

**T.C İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YENİ TÜRK CEZA KANUNU' NDA İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU
(TCK. Madde 90)**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Esra ALAN
Numara: 610030003**

**Anabilim Dalı: HUKUK
Program: KAMU HUKUKU**

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bahri ÖZTÜRK

Ağustos, 2008

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1-2

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE GELİŞİMİ

1. Genel Olarak İnsan Üzerinde Deney.....	3
A. Kavram.....	3
a. Genel Olarak.....	3
b. Deney.....	6
c. Deneme.....	6
B. İnsan Üzerinde Deney Bağlamında Tıbbi Ceza Hukukuna Egemen Olan İlkeler ve Korunan Temel Haklar.....	9
a. Hukuk Devleti İlkesi.....	9
b. Yaşam Hakkı (Vücut Bütünlüğünün Dokunulmazlığı, Yaralanmama ve Öldürülmeme Hakkı).....	10
c. İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması İlkesi.....	12
d. Özel Hayata Saygı (Mahremiyet Hakkı) İlkesi.....	15
e. Hastanın İradesinin Önceliği İlkesi (Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı).....	17
f. Hasta Yararının Üstünlüğü İlkesi.....	19
g. Sağlık Hizmetine Erişimde Adalet İlkesi.....	20
h. Ayrımcılık Yasağı.....	21
i. Üzerinde Araştırma Yapılacak Kişinin Korunması (Kobay Kullanma Yasağı).....	22
j. İnsan Vücudundan Alınmış Parçalar Üzerinde Tasarruf ve Ticari Kazanç Yasağı.....	23
k. Bilgi Edinme Hakkı.....	24

1. Hasta Güvenliği İlkesi.....	25
m. Ötanazi Yasası.....	26
2. Uluslararası Bazı Belgeler ve Mevzuatta İnsan Üzerinde Deney.....	29
A.Uluslararası Bazı Belgelerde Durum.....	29
a. Uluslararası Antlaşmalar.....	29
aa. Genel Olarak.....	29
ab. 20 Ağustos 1947 Tarihli Nürnberg Kodeksi.....	31
ac. Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi.....	32
ad. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi.....	33
b. Uluslararası Bildiriler.....	34
ba. Genel Olarak.....	34
bb. Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi.....	35
bc.UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Deklerasyonu.....	36
bd. Uluslararası Tıp Bilimleri Konseyi (CIOMS)'nin 1982 Tarihli İnsanlar Üzerinde Yapılacak Tıbbi Araştırmalarda Uygulanması Önerilen Etik Kurallar.....	36
B. Türk Hukukundaki Durum.....	38
a. 1982 Tarihli Türk Anayasası.....	38
b. Türk Ceza Kanunu Madde 90.....	38
c. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu.....	39
d. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü.....	39
e. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik.....	40
f. Hasta Hakları Yönetmeliği.....	41

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNU' NDA İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU

A. Genel Olarak.....	43
B. İnsan Üzerinde Deney Suçu.....	43
1. Yetişkinler Üzerinde Deney Suçu.....	43

a. Genel Olarak.....	43
b. Suçun Unsurları.....	44
ba. Kanuni Unsur (Tipiklik).....	44
bb. Maddi Unsur (Hareket).....	46
bba. Suçla Korunan Hukuksal Yarar.....	46
bbb. Suçun Maddi Konusu.....	47
bbc. Fail-Mağdur.....	48
bbd. Hareket- Netice- Nedensellik Bağlantısı.....	49
bbda.Hareket.....	49
bbdb.Netice.....	50
bbdba. Genel Olarak.....	50
bbdbb. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Deney.....	50
bc. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	52
bca. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Haller.....	52
bcaa. Genel Olarak.....	52
bcab. Deneyle İlgili Olarak Yetkili Kurul Veya Makamlardan Gerekli İzin Alınmış Olması....	53
bcac. Deneyin Öncelikle İnsan Dışı Deney Ortamında Veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması.....	57
bcad. İnsan Dışı Deney Ortamında Veya Hayvanlar Üzerinde Yapılan Deneyler Sonucunda Ulaşılan Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunların İnsan Üzerinde de Yapılmasını Gerekli Kılması.....	58
bcae. Deneyin, İnsan Sağlığı Üzerinde Öngörülebilir Zararlı ve Kalıcı Bir Etki Bırakmaması.....	59
bcaf. Deney Sırasında Kişiye İnsan Onuruyla Bağdaşmayacak Ölçüde Acı Verici Yöntemlerin Uygulanmaması.....	60

bcag. Deneyle Varılmak İstenen Amacın, Bunun Kişiyeye Yükledeği Külfete ve Kişinin Sağlığı Üzerindeki Tehlikeye Göre Daha Ağır Basması.....	61
bcah. Deneyin Mahiyet ve Sonuçları Hakkında Yeterli Bilgilendirmeye Dayalı Olarak Açıklanan Rızanın Yazılı Olması ve Herhangi Bir Menfaat Teminine Bağlı Bulunmaması.....	62
bcb. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/1).....	64
bcc. İlginin Rızası (TCK m. 26/2).....	65
bd. Manevi Unsur (Kusurluluk).....	67
2.Çocuklar Üzerinde Deneş Suçu.....	68
a. Genel Olarak.....	68
b. Çocuklar Üzerinde Deneş Suçunun Unsurları.....	70
ba.Maddi Unsur (Hareket).....	70
baa. Suçla Korunan Hukuksal Yarar.....	70
bab. Suçun Maddi Konusu.....	71
bac. Fail-Mağdur.....	71
bad. Hareket- Netice- Nedensellik Bağlantısı....	72
bb. Hukuka Aykırılık Unsuru.....	72
bba. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Haller.....	72
bbaa. Genel Olarak.....	72
bbab. Yapılan Deneşler Sonucunda Ulaşılan Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunların Çocuklar Üzerinde De Yapılmasını Gerekli Kılması.....	73
bbac.Rıza Açıklama Yeteneğine Sahip Çocuğun Kendi Rızasının Yanı Sıra Ana Ve Babasının Veya Vasisinin Yazılı Muvafakatinin De Alınması.....	74

	bbad. Deneyle İlgili İzin Verecek Yetkili Kurullarda Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları Uzmanının Bulunması.....	77
3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....		77
a)Teşebbüs.....		77
b)İştirak.....		78
c)İçtima.....		78
4. Yaptırım.....		79
5. Kovuşturma.....		81
C. İnsan Üzerinde Tedavi Amaçlı Deneme Yapma Suçu.....		81
1.Genel Olarak.....		81
2.İnsan Üzerinde Tedavi Amaçlı Deneme Yapma Suçunun Unsurları.....		82
a.Kanuni Unsur (Tipiklik).....		82
b.Maddi Unsur (Hareket).....		83
ba. Suçla Korunan Hukuksal Yarar.....		83
bb. Suçun Maddi Konusu.....		83
bc. Fail-Mağdur.....		83
bd. Hareket- Netice- Nedensellik Bağlantısı.....		84
bda. Hareket.....		84
bdb. Netice.....		85
c.Hukuka Aykırılık Unsuru.....		85
d. Manevi Unsur (Kusurluluk).....		88
3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri.....		88
4.Yaptırım.....		89
5.Kovuşturma.....		89
SONUÇ.....		90
KAYNAKÇA.....		93

KISALTMALAR

Age	: adı geçen eser
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AY	: Anayasa
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: cilt
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
E	: Esas
f	: Fıkra
K	: Karar
KHukA	: Kamu Hukuku Arşivi
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
vb	: Ve benzeri
WRV	: Alman Weimar Anayasası
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
Yön	: Yönetmelik

GİRİŞ

Din adamları ve sihirbazların hastalıkları iyileştirmek için esrarlı ilaçlar, sihirler kullandıkları dönemden bugüne, yüzyıllar süren bir durgunluktan sonra, bilimin ve teknolojinin son yıllarda ilerlediği ve sürekli olarak gelişme içinde olduğu gözlenmektedir. Buna koşut olarak, amacı insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak olan tıp bilimi de gelişim sürecine devam etmektedir. Bilim adamları ve hekimler, her gün yeni bir gelişmeye imza atmaktadır. Özellikle genetik alanda yapılan çalışmalar, organ ve doku nakilleri son zamanlarda en çok gelişme kaydedilen alanlardandır. Gerek bu alanlarda ve gerekse tıp biliminin diğer alanlarında, ilerlemelerin gerçekleştirilebilmesi ve insan yaşamının daha iyi korunabilmesi için bilimsel deneyler sonucunda elde edilecek yeni tekniklere ve yeni tedavi yöntemlerine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle insan üzerinde gerçekleştirilecek bilimsel deneyler ve denemeler tıp biliminin ilerlemesinde önemli bir yer tutmaktadır.

Tıbbın gelişmesi ve insanlığa faydalı olması için zorunlu olan deney ve denemeler, tümüyle kontrol dışı bırakılmamalı ve muhtemel tehditlere karşı dikkatli olunmalıdır. Yetersiz tedavi yöntemlerinin veya tıbbi hataların (malpraktis) deney olarak adlandırılmasının, insanı obje haline getiren ve insan değerini ihmal eder nitelikte cüretkar araştırma projelerinin ortaya çıkmasının önüne geçilmelidir. Özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, Nazi Almanyası'ndaki toplama kamplarında deney ve deneme adı altında yapılan insanlık dışı uygulamalara tepki olarak bu alandaki ilk uluslararası antlaşma ortaya çıkmıştır. Bununla birlikte, hukukçuların ve tıp uygulamacılarının ilgisi bu alana yoğunlaşmış ve bu alanda uygulanacak etik kurallar belirlenmeye çalışılmıştır.

Ülkemizde de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ile insan üzerinde deney ve deneme fiilleri yasal boyutta ele alınmıştır. Bu yapılırken uluslararası alanda yerleşmiş etik kurallar 90. maddeye aktarılmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, tıp alanındaki birçok konu ve tıbbi müdahale biçimini, tıp ve

hukukçular arasında görüş ayrılığına yol açmayacak biçimde ele alan ve bizim için rehber niteliğinde olan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de Türkiye tarafından onaylanarak yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

İnceleme konumuz olan Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin başlığı ile içeriği uyum içinde değildir. Zira maddede « *deney* » ve « *deneme* » adı altında iki ayrı suç düzenlenmiştir ancak bu durum madde başlığına yansıtılmamıştır. Biz çalışmamızda her iki suç tipini, uygulandığı kişi yönünden de « *yetişkinler* » ve « *çocuklar* » olmak üzere ikiye ayırarak ele alacağız. Gerekli görülen yerlerde deney ve deneme suçu ayırımı yapılacaktır. Genel bilgilerin verildiği yerlerde ise, 90. maddenin bütününe yönelik açıklamalar yapılacaktır.

Bu doğrultuda çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, insan üzerinde deney ve gelişimi hakkında genel bilgiler verilecektir. Bu bölümde, deney ve denemenin içeriği tespit edilerek kavram üzerinde durulduktan sonra insan üzerinde deney bağlamında tıbbi ceza hukukuna egemen olan ilkeler ve korunan temel haklar belirtilecektir. Daha sonra, uluslararası bazı belgeler ile mevzuatımızda insan üzerinde bilimsel deney ve denemeye ilişkin düzenlemelerin tümü incelenecektir. Çalışmamızın ikinci bölümü; Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi kapsamında, insan üzerinde deney suçunun suç tipi olarak incelenmesine ayrılmıştır. 90. maddede ele alınan “*deney*” ve “*deneme*” suçu iki ayrı suç tipi olarak ayrı ayrı incelenmiş ve bu suçların uygulandığı kişiler yönünden de “*yetişkinler*” ve “*çocuklar*” üzerinde olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır. Türk Ceza Kanunu kapsamında deney ve deneme fiillerinin gerçekleştirilebilmesi için gerekli koşullar da bu bölümde belirtilmiştir. Bu bölümdeki incelememizde yeri geldikçe, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri ışığında, 90. maddeye ilişkin önerilere de yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK İNSAN ÜZERİNDE DENEY VE GELİŞİMİ

1. Genel Olarak İnsan Üzerinde Deney

A. Kavram

a. Genel Olarak

Tıp biliminin en önemli amacı insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmaktır¹. Bu amaç doğrultusunda tıp, sürekli olarak kendini yenilemektedir². Bu gelişmenin gerçekleştirilebilmesi ve insan yaşamının etkin bir biçimde korunabilmesi için yeni tedavi yöntemlerine ve yeni tekniklere ihtiyaç duyulmaktadır. Bu nedenle tıbbi araştırmalar tıp biliminin ilerlemesinde önemli bir yer tutmaktadır³.

İnsanlar üzerinde yapılacak bilimsel veya tedavi amaçlı çalışmaların ne şekilde adlandırılacağına ilişkin mevzuatımızda bir kavram birliği mevcut değildir. Özellikle, çalışmamızın konusunu oluşturan, TCK. nun 90. maddesinde düzenlenen “İnsan Üzerinde Deney” başlıklı maddede “bilimsel deney” ve “tedavi amaçlı deneme” kavramlarının farklı anlamlar içerecek şekilde ele alındığı görülmektedir. Bu nedenle bu kavramların ceza hukukunda belirlilik ilkesi (lex certa) gereğince açık ve belirgin biçimde tanımlanması gerekmektedir.

Ulusal mevzuatımızda ve uluslararası alanda bu kavramların ne şekilde kullanıldığını öncelikle ele almak istemekteyiz.

¹ Yalvaç, Gürsel, Karşılaştırmalı-Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Birinci Baskı, Ankara 2008, s. 732.

² Yalvaç, s. 732.

³ Kerman, Onur, Tıbbi Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2007, s. 3.

TCK. nun 90. maddesinde, “deney” ve “deneme” adı altında iki ayrı terimin kullanıldığını ifade etmiştik. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nun 3/k maddesinde “bilimsel araştırma” teriminin, 1262 sayılı İspençiyarı ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu’nun 14. maddesinde ise “tetkik” teriminin kullanıldığı görülmektedir. Yine, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ de, “*linik araştırma*” veya sadece “*araştırma*” terimleri, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nde, “*araştırma*” (m.10) ve “*cerrahi müdahale*” (m. 11) terimleri kullanılmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği’ne baktığımızda, burada da “deney” (m.27) ve “araştırma” (m. 32 ile m.36) terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Konuyla ilgili olarak mülga Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği⁴, “*test*” terimini, Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği “*test ve klinik araştırmalar*” (m. 9) terimlerini kullanmaktadır.

Yukarıda ele aldığımız düzenlemelerde görüldüğü üzere, ulusal mevzuatımızda insanlar üzerinde yapılan tıbbi çalışmaların nitelendirilmesinde deney, deneme, araştırma veya test gibi kavramların kullanıldığı; ancak bir kavram birliğinin olmadığı görülmektedir.

Konuya ilişkin uluslararası mevzuata baktığımızda, Türkiye tarafından 3/12/ 2003 tarihli ve 5013 sayılı kanunla onaylanan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nde “*bilimsel araştırma*” teriminin kullanıldığını görmekteyiz. Yine bu sözleşme çerçevesinde hazırlanan Biyotıbbi Araştırmalara İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne Ek Protokol’de “*araştırma*” terimi kullanılmaktadır. Dünya Tabipler Birliği tarafından 1964’te Helsinki’de kabul edilen ve son olarak 2000 yılının Ekim ayında Edinburg’ta değişikliğe uğrayan Helsinki Bildirgesi’nde de “*tıbbi araştırma*” terimi kullanılmaktadır.

Amerika Birleşik Devletleri’nde, 1946 yılında, savaş gazilerine hizmet veren hastanelerdeki hastalar, tıbbi deneylerde kobay olarak kullanılmış, kuşku ortadan

⁴ 19/01/2005 tarih ve 25705 S.R.G. de yayımlanan Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği’nin 30. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

kaldırmak için de, ne zaman hastanede gerçekleştirilen çalışmayla ilgili rapor hazırlansa, “deney” sözcüğü yerine “araştırma” ya da “inceleme” sözcüklerinin kullanılması⁵ emredilmiştir. Bu da gösteriyor ki, ne şekilde adlandırıldığından ziyade, söz konusu çalışmanın ne amaçla yapıldığı bizim için yol gösterici olacaktır.

Doktrinde de konuyu ele alan kimi yazarların farklı terimler kullandığını görmekteyiz. BAYRAKTAR, “*Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*” adlı çalışmasında, tıbbi denemeler üst başlığı altında; bilimsel amaçlı tıbbi denemeler ve tedavi amacı ile yapılan tıbbi denemeler şeklinde konuyu iki ayrı bölümde ele almıştır. Ayrıca, bilimsel deneylerin de kabul edilemeyeceğini belirtmiştir⁶. ZEVKLİLER de, konuya ilişkin bir makalesinde⁷, bilimsel amaçlı tıbbi denemeler ve tedavi amaçlı tıbbi denemeler kavramları çerçevesinde konuyu incelemiştir. HAKERİ, “*Tıp Hukuku*” adlı kitabında klinik araştırma⁸ terimini kullanmıştır. YENERER ÇAKMUT, “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*” adlı doktora tezinde, aynı şekilde, bilimsel amaçlı tıbbi denemeler ve tedavi amaçlı tıbbi denemeler kavramlarını kullanmıştır⁹. ERMAN ise, insanlar üzerinde yapılan tıbbi deneyler üst başlığı altında, iyileştirme amaçlı denemeler ve bilimsel deneyler olmak üzere konuyu iki şekilde ele almıştır¹⁰. ÜNVER, söz konusu kavram kargaşasına ilişkin olarak; “*Asıl kullanılması gerekli terim ve kavram araştırma olmalı ve tek bir kavram kullanılmalıdır. Deney ve denemenin ne olduğu uygulamada çok suiistimal edilecektir.*” şeklinde görüş beyan etmiştir¹¹.

Görüldüğü gibi, ulusal mevzuatta, uluslararası alanda ve doktrinde, kullanılan terim açısından bir farklılığın olduğu ortadadır. Biz, öncelikle kavramın veya kavramların içeriğini açıkladıktan sonra, kendi düşüncemizi belirteceğiz.

⁵ ABD'nin İnsanlar Üzerinde: “İnsanlık Dışı Deneyleri”, Ayrıntılı bilgi için bkz. http://www.yaklasansaat.com/haberdosya/2007_haberleri/h322.htm.

⁶ Bayraktar, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

⁷ Zevkliler, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD., Yıl: 1983, Sayı:1, s. 23- 24.

⁸ Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Birinci Baskı, Ankara 2007, s. 402.

⁹ Yenerer, Çakmut, Özlem, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 39 -40.

¹⁰ Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara 2003, s. 225-233.

¹¹ Ünver, Yener, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No: 1, İstanbul 2007, s. 167.

b. Deney

Deney; doğal ya da yaratılmış bir olgunun incelenmesi yoluyla bir önermeyi doğrulamayı ya da bu gözlemden bir önermeye ulaşmayı sağlayan sınamadır¹². Aristoteles, deney konusunda şöyle der: “*Deney, bireyler üzerine bilgidir.*” Kant, deneyin bilgide, başlangıç noktasını oluşturduğunu yazar. HAKERİ, deneyi “*standardın aşılması*” olarak tanımlar¹³. Bu bağlamda tıbbi deney de, yerleşik tıbbi yöntemlerden farklı, henüz araştırma aşamasında bulunan ve insanlara tatbik edilmesi halinde sonuçlarının ne olacağı kesin olarak bilinmeyen yöntemlerin uygulanması şeklinde¹⁴ tanımlanabilir

TCK. nun 90. maddesinde, deneyin ne olduğu, hangi eylemleri kapsadığı konusunda bir açıklık yoktur. Ancak maddenin gerekçesinde, “*deney*” terimi bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanılmıştır. Burada deneyin iki özelliği üzerinde durulmaktadır. Birincisi, buradaki eylemin “*bilimsel çalışma niteliğinde olması gerektiği*” ve ikincisi de, bu nitelikteki bir çalışmanın daha “*ilk aşamaları*”nda bulunuluyor olması gerektiğidir. Madde gerekçesi dikkate alınarak, deneyin tanımı bilimsel deneye ilişkin eylemlerle sınırlı olarak yorumlandığında, bilimsel olmayan deneyin madde kapsamında suç olarak düzenlenmediği görülmektedir.

c. Deneme

Yeni bir tedavi usulünün, yeni bir ilacın, denenmemiş cerrahi bir müdahalenin uygulanabilip uygulanamayacağı, uygulanma durumunda bunun ne ölçüde gerçekleştirilebileceği hep tartışmalara neden olmuştur¹⁵. Bu nedenle de tıp biliminde denemelerin önemli bir yeri bulunmaktadır.

Deneme, deneyden farklı olarak, bir şeyin niteliklerini sınamak için yapılan işlem veya bir şeyi gerçekleştirmek, elde etmek için sonuçtan emin olmadan yapılan

¹² Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi; 6. Cilt, Milliyet, s. 3018.

¹³ Hakeri, s. 402.

¹⁴ Erman, s. 225.

¹⁵ Bayraktar, s. 159.

eylem, girişim¹⁶ olarak tanımlanmaktadır. Araştırmacının, deneklere yöntemi uyguladığı, verileri elde ettiği ve çıkan sonuçların değerlendirdiği bir çalışmadır¹⁷.

Tıbbi denemeler ise, önceden uygulanmayan ve insan vücudu üzerindeki etkileri kesinlikle bilinmeyen ameliyelerin tedavi ya da bilimsel amaçla uygulanması, olarak tanımlanabilir¹⁸. Bu tanımda dikkati çeken özellik, tıbbi denemelerde insan vücudundaki belirsizlikten çok, kullanılan tıbbi vasitanın veya metodun belirsizliğidir¹⁹. Bu belirsizlik, yukarıda denemeye ilişkin yaptığımız genel tanımda da dikkati çekmektedir.

TCK. nun 90. maddesinin 4. fıkrasında “*tedavi amaçlı denemede*” den söz edilmektedir. Tıpkı deney suçunda olduğu gibi, denemenin ne olduğu, hangi eylemleri kapsadığı ve özellikle de “*deney*” eyleminden nasıl ayrıldığı konusunda kanun metninde bir tanım bulunmamaktadır. Madde gerekçesine bakıldığında ise, şöyle bir tanımla karşılaşılmaktadır; “*Deneme*” bilimsel amaçlı deney sonuçlarının, henüz bir kesinliğe varmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı somut bazı faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemidir. Buradaki tedavi amacının eylemin niteliği ile bir ilgisi bulunmadığı, sağlıklı insan üzerinde de deneme yapılabileceği, bilimsel olmayan deney sonuçlarının da deneme eylemi kimliğini kazanabileceği, deney sonrası bazen fayda elde edilmeyebileceği ve çoğu kez olduğu üzere bazı bilgiler ve yararlı olabileceğine ilişkin bulgular olabileceği vs. gözden kaçırılarak, gerekçede yukarıda belirtilen ve uygulamada karışıklık ve suiistimallere yol açacak ve daha çok da bu alandaki ceza hukuku uygulamasını sağlık mensuplarının bilirkişi raporlarına mahkum edecek bir tanım getirilmiştir²⁰ ki bunun doğru olmadığı kanaatindeyiz. Zira, kişinin sağlık durumunu düzeltmekten çok, gelecekteki hastaların tedavilerinde kullanılacak olan kesinleşmemiş tıbbi teorilerin doğrulanması ya da reddedilmesine yönelmiş bilimsel denemeler²¹ de söz konusu olabilir. Bu tür denemelerin hasta insanlarla sınırlanmaması işin doğası gereğidir. Bu

¹⁶Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi; 6. Cilt, Milliyet, s. 3013.

¹⁷ <http://www.tdkterim.gov.tr/> (Erişim: 04.07.2008).

¹⁸ Bayraktar, s. 159.

¹⁹ Bayraktar, s. 159.

²⁰ Ünver, s. 155.

²¹ Bayraktar, s. 161.

nedenle diyebiliriz ki, tedavi sadece hasta insan için mümkün iken, insan üzerinde denemeler hem hasta hem sağlıklı insanlar üzerinde yapılabilir²².

Her ne kadar yeni bir tedavi metodunun geliştirilmesine veya hastanın iyileştirilmesine hizmet etse de deney ve denemelerin gerçekleştirilmesinde, tıbbi olarak kabul görmüş yöntemlere nazaran daha katı şartların yerine getirilmesi gerekecektir. Bunun sebebi yöntemin henüz tanınmaması ve tedavi için en doğru metot olduğunun henüz ispatlanmış olmamasıdır.

Yukarıda yaptığımız açıklamalarda da görüldüğü üzere, kavram konusunda bir birlik söz konusu değildir. Türk Ceza Kanunu'nda kullanılan ve ne anlama geldiği belli olmayan “deney” ve “deneme” terimlerinin açıklığa kavuşturularak, gerekçede değil yasa metninde düzenlenmesi yerinde olacaktır²³. Bizce de her iki kavramı içerecek şekilde, insanlar üzerinde uygulanacak bilimsel faaliyetler için kullanılması gereken terim “araştırma”dır²⁴. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R (90) 3 sayılı tavsiye kararında tıbbi araştırmaların tanımı şöyle yapılmaktadır; “*Tıbbi araştırmalar, amacı veya amaçlarından birisi tıbbi bilgileri geliştirmek olan ve insanlar üzerinde yapılan tüm deneme ve deneylerdir*”²⁵. Başka bir ifade ile araştırma, bilimsel bilginin doğruluğunun denenmesi veya bu bilgilerin geliştirilmesi vasıtasıyla bir takım genelleştirilebilir sonuçlara ulaşılabilmesi faaliyetleridir. Bu haliyle araştırma terimi deney ve deneme terimlerinden daha geniş olmaktadır. Bu nedenle tıbbi araştırmalar deney ve denemeleri de kapsayacak şekilde algılanmalıdır.

²² Koch, Hans-Georg, Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Araştırmacıların ve Sponsorların Sorumluluğu, Çeviren: Emine Elif Vatanoglu, KHUKA, Yıl: 10, Sayı: 2, Eylül, s. 101.

²³ Ünver, Yener, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukuku'na Etkileri, KHUKA, Kasım 2005-Yıl:8, s. 189.

²⁴ Kerman, s. 17; Ünver, İnsan Üzerinde Deney, s. 167.

²⁵ Kerman, s. 11.

B. İnsan Üzerinde Deney Bağlamında Tıbbi Ceza Hukukuna Egemen Olan İlkeler ve Korunan Temel Haklar

a. Hukuk Devleti İlkesi:

Hukuk Devleti, devleti yöneten iktidar sahiplerinin egemenliği karşısında, kişilere bağımsız bir haklar ve özgürlükler çerçevesi tanıyan, iktidar sahiplerince bu haklar çerçevesine yapılacak müdahale ve tecavüzlere karşı yargı garantisi koyarak iktidar sahibi kurum ve kişilerin, bu iktidarı Anayasa, diğer yasalar ve hukukun temel ilkelerine uygun biçimde kullanmasını sağlayan devlettir²⁶. Hukuk devleti ile kişilerin onurunun korunması, hayatları boyunca onurlu bir hayat sürdürebilmeleri, maddi ve manevi varlıklarının gelişimi için gerekli koşulların sağlanması ve bu yolda önlerine çıkan engellerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır²⁷. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için de hukuk devleti üç sütun üzerine inşa edilmiştir²⁸:

İnsan haklarının gerçekleştirilmesi.

Adaletin sağlanması.

Güvenliğin temin edilmesi.

İnsan hakları, hiçbir ayrıma tabi tutulmadan kişinin sırf insan olmasından dolayı sahip olduğu, hiçbir makam veya kişi tarafından bahşedilmeyip doğumla kazandığı haklardır. İşte bu hakların uygulamada gerçekten kullanıldığı ülkelere hukuk devleti denmektedir²⁹.

Hukuk devletinden bahsedebilmek için, devletin her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirmesi gerekmektedir. Etik ve hukuki bir kavram olan adalet; herkesin fırsat eşitliğinin bulunması; herkesin kanun önünde eşit sayılması; herkese kişiliğini geliştirme olanağının verilmesi; buna engel olan maddi ve manevi engellerin

²⁶ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kavramı, D.D. Y.3, 1975, s. 14.

²⁷ Baş, Hüseyin, 1982 Anayasa'sında Hukuk Devleti, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1993, s. 1.

²⁸ Öztürk, Bahri/Erdem, M. Ruhan, Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK'ya Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2008, s. 34.

²⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 34.

ortadan kaldırılması; her türlü imtiyazın ve keyfiliğin reddedilmesi anlamına gelir³⁰. Yani, adil olan devlet hukuk devleti olabilir.

Hukuk devleti, bireylerin ve birey topluluklarının siyasi otorite karşısında güven içinde buldukları bir devlet sistemini ifade eder³¹. Hukuk devletinde yönetenler, yasaları yalnızca yönettikleri insanlar için değil, aynı zamanda kendileri için de yapmış sayılırlar³². Bu özellik, hukuk devleti ile mülk devleti ve polis devleti arasındaki farkı da ortaya koymaktadır³³.

Az önce de belirttiğimiz gibi, insan hakları ancak bir hukuk devletinde söz konusu olabilir. Bu nedenle bu ilkeye burada yer verilmiştir. Ancak bir hukuk devletinde kişinin hakları korunabilecektir ve kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilecek müdahalelerin hukuka uygun olmasının güvencesi oluşturulabilecektir. AY. m. 17/2'de de belirtildiği gibi, tıbbi zorunluluğun söz konusu olmadığı durumlarda, ancak kanunda yazılı hallerde, kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler hukuka uygun sayılabilir. Bir hukuk devletinde kanunlar, yönetilenlerin yönetenler karşısında güvencesini oluşturmaktadır. Yine, ancak bir hukuk devletinde bireyin rızası önem taşır ve ancak rızası var ise bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulabilir.

b. Yaşam Hakkı (Vücut Bütünlüğünün Dokunulmazlığı, Yaralanmama ve Öldürülmeme Hakkı):

Yaşam hakkı, en önemli temel haklardan birisi ve hukuk devletinin de temel değeri³⁴ olarak nitelendirilmektedir. Devlet tarafından yaşama hakkı, yalnızca

³⁰ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 34.

³¹ Kutlu, Mustafa, Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri- Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri, 1. Baskı, Ankara 2001, s. 200.

³² Sezer, Abdullah/Kırt, Emrah/Boyar, Oya, Hukuk Devleti, 1. Bası, Nisan 2003, s. 63.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Toker, Ahmet, Hukuk Devleti ve Türkiye'de Gelişimi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994, s. 4- 5.

³⁴ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/ Önok, Murat, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 204.

bireysel değil, aynı zamanda toplumsal bir değer olduğu için korunmuştur³⁵. Başka bir ifadeyle, devlet vatandaşların yaşamını korumak yükümlülüğü altındadır.

AY. m. 17’de, vatandaş veya yabancı ayrımı yapılmadan herkesin yaşama hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. AİHS’ nin 2. maddesinin 2. fıkrası ile de yaşama hakkı koruma altına alınmıştır. Bu düzenlemelere baktığımızda, yaşama hakkının mutlak bir hak olmadığını, bazı durumlarda istisnasının söz konusu olduğunu görmekteyiz³⁶. Ancak bu istisnaların söz konusu olduğu durumlarda gerçekleşen olaylarda bütün ölümlerin hakkın ihlali anlamına gelmediğini söylemek de mümkün değildir. Somut olayın şartlarına göre değerlendirme yapılacaktır.

Yaşam hakkına sahip olabilmenin ilk şartı, diğer haklarda olduğu gibi, kişi olabilmektir³⁷. Başka bir ifadeyle, mevcut hukuk düzeni tarafından kişi olarak tanınmaktır³⁸. İnsan yaşamı doğumla birlikte başlar ve ölümlerle son bulur. Bunun sonucu olarak da kişinin yaşam hakkı, hayatta olduğu süre boyunca koruma altına alınmaktadır. Yani, yaşam hakkı kişinin ölümü durumunda uygulama alanı bulmaz³⁹. Bununla birlikte, doğmamış çocuğun da yaşam hakkından söz edilemez. Kişilik ancak sağ ve tam doğumla gerçekleşeceği için,⁴⁰ yaşama hakkının koruması da ancak bu durumda söz konusu olacaktır.

İnsan üzerinde deney suçunun maddi unsurunu oluşturan hareketler çoğu kez yaralama fiilini oluşturabilecek, insanlar üzerinde vücut bütünlüğünü bozan müdahaleler veya kişilerin maddi ve manevi bütünlüklerine yönelik saldırılar teşkil ettiğine göre, bu suç ile en başta AY. m.17 ile koruma altına alınan “*kişinin*

³⁵ Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/ ÖNOK, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2007, s.115.

³⁶ AİHS’ nin 2. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlamalardan ilki, meşru müdafaa halidir. Yaşam hakkına getirilen ikinci sınırlama ise, bir kişiyi yasal yollara uygun olarak yakalamak; üçüncü sınırlama, yasaya uygun surette tutuklu bulunan kişinin kaçmasını önlemek amacı ile yapılan müdahaledir; sonuncu sınırlama ise, ayaklanma ve isyanın yasal olanaklar dahilinde bastırılması durumudur.

³⁷ Güngör, H.Atilla, Yaşam Hakkı, Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, İstanbul 2007, s. 16

³⁸ Güngör, s.16.

³⁹ Ancak, AİHM, Türkiye’ye karşı 2.9.1998 tarihli YAŞA Kararında, mağdurun ölmemesi ama silahla ağır biçimde yaralanması nedeniyle yeterli soruşturma yapılamamasından dolayı yaşama hakkının (AİHS m.2) ihlal edildiğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 205.

⁴⁰ 4721 sayılı MK m.28: “ (1)Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlerle sona erer. (2) Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.

dokunulmazlığı ile maddi ve manevi varlığı”nın korunduğu ortadadır. Doktrinde belirtildiği gibi, bedenın biyolojik bir olay olan yaşama süreci içerisinde rahat etmesi, maddi ya da manevi bir acıya maruz bırakılmaması gerekir ki, başta yaşama hakkı olmak üzere diğer temel hakların layıkıyla kullanılabilmesi mümkün olsun⁴¹. Başka bir ifadeyle, bireyin bedensel ve ruhsal tamlığını bir bütün olarak koruyan daha genel nitelikteki kişilik hakları, ancak vücut bütünlüğü gibi daha özel hakların, kendi geleceğini belirleme özgürlüğünün özünü korumaya yetmediği durumlarda devreye girecektir⁴².

Üzerinde deney yapılacak kişinin her şeyden önce yaşayan bir insan olması gerektiği için, öncelikli olarak yaşam hakkının korunması gerekmektedir. İnsan üzerinde yapılacak gerek bilimsel amaçlı deneyler ve gerekse tedavi amaçlı denemelerde, kişinin temel hakkı olan yaşama hakkına saygı duyulması gerektiği ortadadır. Yapılan müdahalenin kişinin yaşamı üzerinde tehlike yaratmaması gerekmektedir.

c. İnsan Onurunun (Haysiyetinin) Korunması İlkesi:

Türk Anayasasında, bazı ulusal Anayasalardan farklı olarak⁴³, insan onuru kavramı bir temel hak olarak açıkça koruma altına alınmamışsa da, Anayasanın başlangıç kısmında yer alan “*onurlu bir yaşam sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hakkı*” ile Anayasa md. 13’te yer alan ve “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” hükmü gereğince, insan onurunun Türk Anayasal sisteminde de öncelikli bir değere sahip olduğu söylenebilir.⁴⁴ Aynı

⁴¹ Önok, s.354.

⁴² Erman, s. 58.

⁴³ Örneğin, Alman Anayasası bu ilkeyi değerler sisteminin odak noktası yapmıştır. Almanya’da 1919 tarihli Weimar Anayasasında (WRV), bir temel hak normu olarak Anayasanın başında insan onuru açıkça düzenlenmiştir. Anayasasının 151. maddesinde de etkisini açıkça göstermiştir. Daha sonra 1949 tarihli *Federal Alman Anayasasının* 1. maddesinde ve en yüksek hukuki değer olarak insan onuruna yer verildiği görülmektedir. Buna göre, 1. maddede, insan onurunun dokunulmaz olduğu ve insan onurunu koruma ve buna riayetın bütün devlet güçlerinin ödevi olduğu belirtilmiştir.

⁴⁴ Önok, Murat, Uluslar arası Boyutuyla İşkence Suçu, Ankara, Ekim 2006, 1. Baskı, s. 351.

şekilde, Anayasanın 17/3. maddesinde “*Türk*” veya yabancı ayrımı yapılmadan, “*kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; Kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.*” denmiştir. Bununla suçlu veya aziz, siyah veya beyaz veya Kızılderili, Afrikalı veya Avrupalı, Müslüman veya Hıristiyan, işçi veya işveren, hasta ve sağlıklı demeden, insanlar arasında şu veya bu şekilde bir ayırım yapmadan her insanın, insan haysiyetine sahip bulunduğu vurgulanmıştır⁴⁵.

Onur kavramına yüklenen anlam, insanı kavrayışla doğrudan ilgilidir. İnsan onurunun sahibi gerçek kişi olarak yaşayan insandır. Başka bir ifadeyle, onuru korunmak zorunda olan tek varlık insandır⁴⁶. Bununla birlikte, insan onurunun korunmasından embriyonun da yararlanacağı ve bu korumanın ölümden sonra da belli ölçüde devam edeceği kabul görmektedir.

İnsan onurunun ne anlama geldiğini, insan haklarıyla olan ilişkisi, özellikle hukuk biliminin ve felsefenin olmak üzere birçok bilim dalının da konusu olmuştur⁴⁷.

İnsan onuru, insanın özerkliğinin, varlık nedeninin özünü ve temelini oluşturmakta, insanın insan olmasının anlamını ve amacını anlatmaktadır⁴⁸. Öğretide yazarlar, insan haysiyeti konusunda büyük ölçüde aşağıdaki tanımda birleşmişlerdir⁴⁹: “*İnsan haysiyeti, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür.*” Kısacası, “*irade özgürlüğü*”dür. İrade özgürlüğü de iç ve dış özgürlük olarak ikiye ayrılmakta⁵⁰ ve özgürce alınan kararların dışardan gelebilecek bir zorlama olmadan hayata geçirebilmesini ifade etmektedir.

İslam Hukukunda da korunan insan onuru, 17/ İsrâ 70’de şöyle ifade edilmiştir: “*İnsan üstün onur sahibidir*”.⁵¹

⁴⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 35.

⁴⁶ Şimşek, s. 125.

⁴⁷ Bkz. <http://www.odevarsivi.com> (Erişim:07.05.2008).

⁴⁸ Şimşek, Oğuz, Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir 1999, s. 7

⁴⁹ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R./Sırma, Özge/Saygılar, Yasemin, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 5. Baskı, Kasım 2007. s. 80.

⁵⁰ Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, 1984, s. 116.

⁵¹ Avcı, Mustafa, Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler, KHUKA, Kasım 2/2005, Yıl:8, s.142.

Türk Anayasa Mahkemesine göre insan onuru kavramı, “ ...insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun salt insan olmasının kazandırdığı değer tanınmasını ve sayılmasını ifade etmektedir. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı insan olmaktan çıkarmaktadır”⁵².

Yargıtay Ceza Kurulu da 4. 4. 1983 tarih ve E.1983/8- 64, K. 1983/156 sayılı kararında “İnsani olmayan muameleler: İnsanlık kişiliğini ve duygusunu önemli derecede incitici fiillerdir. Haysiyet kırıcı hareketler ise; kimsenin namus, şöhret veya haysiyetine saldırı niteliğindeki fiillerdir”⁵³ şeklinde değerlendirmede bulunmaktadır.

Birçok uluslar arası belgenin yanında⁵⁴, AİHS’ nin 3. maddesinde düzenlenmiş olan insan onuru, sözleşmenin 2. maddesiyle birlikte Avrupa Konseyini oluşturan demokratik toplumların temel değerlerinden kabul edilmiş⁵⁵ ve koruma altına alınmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin⁵⁶ 39. maddesine göre, hasta, kişilik değerlerine uygun bir şekilde ve ortamda sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkında sahiptir. Buna göre, sağlık kurum ve kuruluşlarında, insan haysiyetine uygun olarak gerekli ortamın sağlanması, hastalara içinde buldukları ruhsal durumları da dikkate alınarak gerekli özenin gösterilmesi esastır.

Görüldüğü üzere, insan onuru kişinin sırf insan olmasından dolayı tanınan ve insanı insan yapan değerlerin başında kabul edilmektedir. Bu bağlamda da, ister

⁵² Anayasa Mahkemesi, E.1963/132, K. 1966/29, K.t. 28. 6. 1966, AMKD, S.4, s.187.

⁵³ Bkz. CGK Kararı, E. 1983/8- 64, K. 1983/156. Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası.

⁵⁴ Örneğin, antlaşma niteliğine haiz olmadığından dolayı katılımcı devletler bakımından sadece yol gösterici olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (m.5), Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslar arası Sözleşmesi (m.7; m.10), İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, İşkencenin ve İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezanın Önlenmesi İçin Avrupa Sözleşmesi, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (I.bölüm, m.1).

⁵⁵ Bkz. *AİHM McCann ve Diğerleri- Birleşik Krallık kararı*; Doğru, OSMAN; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları, Cilt 3, Birinci Baskı, s. 503, prgf. 147. Aynı şekilde *SOERING-Birleşik Krallık kararı*nda da işkence ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezanın mutlak bir şekilde yasaklanmış olduğu belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğru, s. 118-119, prgf. 88.

⁵⁶ RG: 01.08.1998 tarih- 23420 sayı.

klirik araştırma, ister deney, isterse deneme olsun veya adı her ne olursa olsun, ortak noktası tıp alanında yeni olan bir hususun standart hale dönüşüp dönüşmeyeceğinin belirlenmesi çalışmasının yapılması⁵⁷ esnasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak muamelede bulunulamaz. Aksi uygulamaların sorumluluk doğuracağı açıktır.

d. Özel Hayata Saygı (Mahremiyet Hakkı) İlkesi:

Mahremiyet sözcüğü, özel yaşama saygı hakkının bir boyutu olan “*özel yaşamın gizliliği*” anlamını ifade etmekte olup; “*mahremiyet hakkı*” da “*özel yaşamın gizliliği hakkı*”na denk düşmektedir. Biz burada, özel yaşama saygı hakkı ile mahremiyet hakkını eş anlamda kullanmakta sakınca görmemekteyiz⁵⁸.

Yaşama hakkı veya insan onuru gibi haklardan farklı olarak, özel yaşama saygı hakkı çok sonraları tanınmış ve henüz sınırları tam olarak çizilememiş bir haktır. Ancak bireyin yaşam alanının iç içe girmiş üç daireden oluştuğu genellikle kabul edilmektedir⁵⁹.

Birincisi ortak alandır. Ortak alan ile kastedilen; herkesin bilgisine ve ilgisine açık olan, kamuya açık alanlarda yaşanan ve herkesle paylaşılmakta bir sakınca görülmeyen yaşam alanıdır. İkincisi özel alandır. Özel alan; herkesle değil de kişinin ancak yakın çevresi ile paylaştığı ve tercih edilen yakınlar dışında kalmış kişilerce bilinmesi istenmeyen sınırlı korumalı yaşam alanıdır. Nihayet üçüncüsü de mahrem (gizli) alandır. Gizli alan ile kastedilen ise; kişinin başkalarınca bilinmesini istemediği, yalnız yaşamak istediği, sadece kendisi ile paylaşabildiği gizli ve sınırlı yaşam alanıdır.

Burada korunacak olan, özel alan ile üzerinde durduğumuz bireyin mahrem (gizli) alanıdır. 1982 Anayasası 20. madde ile özel hayatın gizliliğini güvence altına

⁵⁷ Hakeri, s. 402.

⁵⁸ Deryal, Yahya, Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet Hakkı), KHUKA, Kasım 2005- Yıl:8, s.127.

⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Donay, Süheyl, Meslek Sırrının Açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s. 20 vd; Öztürk,/Erdem/ Sırma/ Saygılar, s. 97.

almış⁶⁰, kimi zamanda da konuya ilişkin sınırlamalar öngörmüştür. Biz bu sınırlamalara burada değinmemekle birlikte, sınırlama nedenlerinden özellikle “*genel sağlık ve genel ahlakın korunması*” hususunun konumuzla yakından ilgili olduğunu belirtmek isteriz. Yani, kamu sağlığının korunması, bulaşıcı ve salgın hastalıklarla mücadele kapsamında alınabilecek bazı tedbirler ya da genel ahlakın korunmasına yönelik tedbirler nedeniyle, özel hayatın gizliliği hakkına sınırlamalar getirilmesi mümkün olabilecektir⁶¹. AY.’nın ilgili hükmü dışında, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 21. maddesinin kenar başlığı “*Mahremiyete Saygı Gösterilmesi*” şeklindedir. Bu hak şu hususları ihtiva etmektedir⁶²: a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini; b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektirecek diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini; c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini; d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını; e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini; f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını. Yine Yönetmeliğin 23. maddesi, sağlık hizmetinin sunulması sebebiyle kişi hakkında edinilen bilgilerin açıklanmasını yasaklamaktadır.

İç hukukumuzda konuya ilişkin bir başka düzenleme de Tıbbi Deontoloji Tüzüğü⁶³ m.17’de yer almaktadır. Buna göre, “*Tabip ve dış tabibi, hastanın hususi veya ailevi işlerine karışamaz.*”

AİHS.’nin 8. maddesi “*özel yaşama, aile yaşamına ve haberleşmeye saygı hakkı*” başlığını taşımaktadır⁶⁴. Özel yaşam, bireye içinde kişiliğini oluşturabileceği ve geliştirebileceği bir alanın garanti edilmesi olarak yorumlanmıştır ve özel yaşamın

⁶⁰ Ancak bu güvence mutlak değildir. Özel hayatın gizliliği hakkı konusunda, AİHS. M. 8/II hükmü de dikkate alınarak, 3 Ekim 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla önemli ve olumlu sayılabilecek bazı değişikliklere gidilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Deryal, s. 128.

⁶¹ Deryal, s. 128.

⁶² Yıldırım, Turhan, Hasta Hakları, Sempozyum No:1, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler, Sempozyum Özel Sayısı, Ocak 2007, s. 120.

⁶³ Yürürlüğe Koyan Bakanlar Kurulu Kararnamesi: No.4/12578- 13 Ocak 1960. RG ile yayın ve ilanı: 19 Şubat 1960- Sayı: 10436.

⁶⁴ AİHS’nin yanı sıra başka uluslar arası belgelerde de özel hayatın korunduğunu görmekteyiz. Örneğin; İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.12), Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (m.17), AB Temel Haklar Şartı (m.7), 1991 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (m. 16), İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (m11/II), Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı (m29) da bu konuda koruyucu hükümler içermektedir.

yalnızca giz alanını değil, aynı zamanda diğer insanlarla olan ilişkileri de içerdiğini özellikle vurgulamakta ve bu bağlamda bireyin mesleki faaliyetlerini de AİHS m. 8 içinde değerlendirmektedir⁶⁵. AİHM içtihatlarına bakıldığında, kişinin özel yaşam hakkı boyutu ve kamu sağlığı boyutu olan tıbbi verilerin korunması konusu üzerinde önemle durmakta ve bu bağlamda kişisel verilerin korunması da özel yaşamın korunması hakkının bir uzantısını kabul edilmektedir⁶⁶. Ayrıca zora dayalı olarak vücudun muayene edilmesi ve kan örneği alınması, Komisyonun değerlendirmesine göre AİHS m.8'e müdahale oluşturur. İşkence veya insanlık dışı muamele boyutuna ulaşmamış olmakla birlikte vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler de AİHS m.8'in koruma alanına girmektedir⁶⁷.

Konumuz itibariyle üzerinde detaylı olarak duracağımız “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*” veya kısaca “*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” de özel hayatın korunmasına hassasiyetle yaklaşmış, m. 10'da özel yaşam hakkından bahsetmiş⁶⁸ ve konuya ilişkin geniş düzenleme getirmiştir.

e. Hastanın İradesinin Önceliği İlkesi (Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı):

Hastanın iradesinin önceliği ilkesi veya başka bir ifade ile hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, hasta haklarının önemli bir bölümü oluşturmakla birlikte demokratik Anayasa'nın en önemli güvencelerinden birisidir. Bu ilkenin ceza hukuku açısından iki görünümü söz konusudur:⁶⁹ Buna göre, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı, başkalarının haklarını zedelediği sürece hastanın kendisine tıbbi müdahalede bulunulmasını sağlayabilmesi ve bunu talep edebilmesi anlamına gelir. Öte yandan ise, kişinin vücut bütünlüğüne veya kendi geleceğini

⁶⁵ Tezcan/Erdem/ Önok, s. 382.

⁶⁶ Örneğin, AİHM'nin 25.2. 1997 tarihli Finlandiya'ya karşı Z Kararı, kişisel veril olarak kabul edilen tıbbi verilerin ceza muhakemesinde kullanılmasıyla ilgilidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tezcan/Erdem/ Önok, s. 385; Deryal, s. 129.

⁶⁷ Tezcan/Erdem/ Önok, s. 388.

⁶⁸ Madde 10 “Özel yaşam ve bilgilendirme hakkı” kenar başlığını taşımaktadır.

⁶⁹ Erman, s. 59.

belirleme hakkına yönelik her türlü müdahale açısından, hukuka uygunluk araştırması yapılması gerekliliğini güvence altına alır.

Kişinin kendi geleceğini tayin edebilmesi hakkı kapsamında, hastanın şu hususlar hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir⁷⁰: a) Kişinin sağlık durumunu bilmesi ve öğrenmesi⁷¹. Bu kapsamda hekim ya da sağlık kuruluşu hastaya hastalığı, yapılması gerekli olan müdahale ya da ameliyat, teşhis veya tedavi ile ilgili açıklamada bulunacaktır; b) Hastanın tıbbi uygulama için rıza göstermesi⁷².

Üzerinde deney yapılacak sağlıklı veya hasta kişilerin, aydınlatılmış bir biçimde ve özgür iradeleriyle deneye izin verebilmeleri için öncelikle yeteri kadar bilgilendirilmeleri gerekmektedir. Yeteri kadar bilgilendirmenin ardından, bu kişilerin baskıdan uzak olarak, özgür iradeleriyle deneye onay vermeleri gerekmektedir. Başka bir ifade ile deneye rıza göstermeleri gerekmektedir. Rızaya önem verilmemesi kişinin üzerinde tıbbi bir baskının kurulmasına yol açacaktır ki, böyle bir durum hastanın kendi geleceğini belirleme hakkını ortadan kaldıracaktır⁷³.

TCK' nın 26. maddesinin ikinci fıkrasında “*ilgilinin rızası*”, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmiştir. İlgilinin rızası, 765 sayılı TCK' da mevcut olmayan bir düzenlemedir⁷⁴. Kişinin mutlak surette üzerinde tasarruf etme hakkına sahip olduğu bir hakka yönelik olarak rızasını belirtmesi durumunda, kendisine karşı işlenen fiil hukuka uygun hale gelecektir. Bu düzenleme ile görülüyor ki, kanunumuz kişinin iradesine önem vermekte ve maddede belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda fiili hukuka uygun kabul etmektedir.

⁷⁰ Bayraktar, Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı, Sempozyum No:1, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum Özel Sayısı, Ocak 2007, s. 97 vd.

⁷¹ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 3. Bölümünde insanların sağlık durumuyla ilgili bilgi alma hakları düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 15. maddesine göre, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale yöntemleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak hastalar bilgi istemek hakkına sahiptirler.

⁷² Hastanın bilincinin yerinde olmadığı veya özgür iradesini oluşturacak veya aktaracak yeteneğe sahip bulunmadığı durumlarda söz konusu olacak “*Varsayılan Rıza*” için bkz. Erman, s. 65-66. Ayrıca, “İzin Verilen Risk” kavramı bakımından, rızasını açıklayamayacak durumda bir hasta bulunduğu, *izin verilen riskin* yardımıyla, her hastanın, aksine bir iradeyi ifade etmedikçe sağlığı açısından, bir yararının söz konusu olduğu, bu yarar ile, müdahaleden doğan risk karşılaştığında, yararın realize edilmesi bu riskin gerçekleştirilmesine bağlı ise, hekimin izin verilen risk alanında bulunduğundan söz edilecektir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver/Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul 1996, s. 243 vd.

⁷³ Bayraktar, s. 79.

⁷⁴ Arslan, Çetin/Azizağaoğlu, Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1.Baskı, Kasım 2004, s. 135.

Rıza konusu, çalışmamızın konusunu oluşturan TCK m.90'da, önemle ifade edilmiş ve rıza olmadan yapılan deney ve denemeler suç olarak düzenlenmiştir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, maddede söz konusu olan rızaya dayalı deney ve deneme fiilleri de belli hallerde suç oluşturmaktadır. Başka bir ifade ile, deney ve deneme suçu bakımından öncelikle aranacak koşul “*ilgilinin rızası*” olmakla birlikte, maddede belirtilen diğer tüm koşulların da gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Söz konusu deney veya denemenin çocuklar üzerinde yapılmasının gerektiği durumlarda, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ilave bir koşul olarak, ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin alınması gerektiği belirtilmiştir. İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi de “*Muvafakat*” başlıklı II. bölümünde konuya ilişkin düzenleme getirmiştir⁷⁵. Buna göre, ilgili kişinin sağlık alanındaki herhangi bir müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesi öncelikle aranacak koşul olarak kabul edilmiştir. Muvafakat etme yeteneği bulunmayanlar koruma altına alınmıştır. Burada akıl hastalarının da, kanunumuzda bulunmayan bir düzenleme olarak, korunduğunu görmekteyiz.

f. Hasta Yararının Üstünlüğü İlkesi:

İnsan üzerinde yapılacak bir deney sonucunda elde edilecek olan olası faydalar ile muhtemel tehlikeler karşılaştırıldığında, ortaya makul bir oranın çıkması gerekmektedir. Yarar ve risk arasındaki orantılılık ilkesinin Alman doktrininde “*tıbbi olarak savunulabilirlik*” kavramı çerçevesinde ele alındığı da görülmektedir⁷⁶.

Her tıbbi araştırma, az ya da çok bilinmeyene doğru bir yolculuk olmakla birlikte, söz konusu olacak bir çalışma ile ulaşılmak istenen amacın öneminin, araştırmaya katılacak kişinin göze aldığı risklere ve katlandığı zahmetlere ağır basması gerekmektedir⁷⁷. Ayrıca söz konusu olabilecek bir deneyde, deneğin fiziksel ve psikolojik dengesini etkileyebilecek olumsuz yansımalar için önlemler alınması da

⁷⁵ Sözleşme'nin 5., 6., 7., 8., 9., 17. maddelerinde ilgili konuya göre farklı içeriklerde ilgilinin rızasını açıklaması için gerekli olan koşullar düzenlenmiştir.

⁷⁶ Kerman, s. 49.

⁷⁷ Kerman, s. 50.

gerekmektedir ve yine insan üzerinde yapılacak deneylerde, deneyi yapacak olanların muhtemel risklerin en aza indirildiğinden⁷⁸ ve yararların risklerle dengelendiğinden emin olması gerekmektedir⁷⁹. Başka bir deyişle, insan denekler üzerindeki çalışmalar yalnızca hedeflenen yararın denekte yaratacağı risk ve rahatsızlıklardan ağır basacağı zaman gerçekleştirilmelidir⁸⁰. Ancak burada şuna da dikkat edilmelidir ki, deneye katılacak olan kişiye doğrudan bir yarar sağlaması söz konusu olan araştırmalarda, yarar ve risk arasındaki oran, hasta lehine yorumlanmalıdır.

g. Sağlık Hizmetine Erişimde Adalet İlkesi:

Sağlık hizmetleri, insanların fiziksel ve ruhsal yönden korunması, onarılması ve iyileştirilmesine yönelik faaliyetler olarak tanımlanabilir⁸¹. Bu faaliyetler; ağrıların dindirilmesi, sakatlığın giderilmesi, vücudun bazı işlevlerinin onarılması, hastalık ve kazaların önlenmesi, çok sayıda hastanın tedavisinde en iyi sonuçların alınacağı bir sistemin geliştirilmesi gibi amaçlar taşıyabilir. Bu amaçların gerçekleştirilebilmesi için insanlar üzerinde bazı deney ve denemelerin yapılması kaçınılmazdır. Sağlık hizmetine erişimde adalet ilkesi ise, söz konusu olacak bu tür bir sağlık hizmetinin, haklı ve kabul edilebilir bir gerekçe olmadığı müddetçe herkese ayırım gözetilmeksizin aynı kalite ve standartta sunulmasını gerektirir⁸².

Bireyler açısından sağlık hizmetleri devletten talep edebilecekleri bir hak⁸³ olduğu için, bu hakkı sağlamak devlet bakımından da bir görevdir⁸⁴. Başka bir ifade ile sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı, devlete sağlık hizmetlerini sunma, düzenleme ve destekleme görevleri yüklemektedir⁸⁵. Bu amacı gerçekleştirmek isteyen devlet, sağlık sistemlerini düzenlerken, en başta, sağlık hizmetlerine ulaşılabilirliği ve bu hizmetlerden herkesin ihtiyacı oranında yararlanmasını

⁷⁸ Helsinki Bildirgesi, m. 21.

⁷⁹ Kerman, s. 50.

⁸⁰ Helsinki Bildirgesi, m. 18.

⁸¹ Yıldırım, Ramazan, Sağlık Hizmetlerinden Adil Yararlanma Hakkı, KHukA, Kasım 2005-Yıl:8- s. 122.

⁸² Yıldırım, Turhan, Hasta Hakları, Sempozyum No:1, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum Özel Sayısı s. 117.

⁸³ AY. m. 56/1'de; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir".

⁸⁴ Polatcan, İsmet, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler, 1. Baskı, İstanbul, 1989, s. 189.

⁸⁵ Yıldırım, Ramazan, s. 122.

sağlamayı ve böylece kişilerin yaşam kalitelerini ve sağlık standartlarını yükseltmeyi amaçlamalıdır.

h. Ayrımcılık Yasağı:

Hukukun her alanında olduğu gibi, tıbbi ceza hukuku alanında geçerli olan temel ilkelerden biri de ayrımcılık yasağıdır. Yapılacak deney ve denemeler için seçilecek insan denekler arasında ayrımcılık yapılmaması gerekmektedir. Buna göre, kişiler arasında cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik kalıtım, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel tercihinden dolayı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Söz konusu yasağın, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 11. maddesinde: “*Bir kimseye, genetik kalıtımından dolayı herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır.*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin AİHS' nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinin bir uzantısı olduğu söylenebilir⁸⁶.

Tıbbi müdahaleye maruz kalacak, aynı veya benzer konumda olan kişiler arasında, farklı muameleyi makul ve objektif sayan yasa hükmü olmadan yapılan davranış, ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilecektir. Yine, cinsiyet ayrımcılığını önlemek için, yasal düzenlemelerle cinsiyet ayrımcılığına yol açıcı deney veya denemelerin önlenmesi sağlanmalıdır.

Kişiler arasında eşitliğe aykırı olarak gerçekleştirilen her türlü ayrımcı muamelenin önlenmesi devletin temel görevidir. Dolayısıyla devlet kendisi ayrımcı muamele yapmayacağı gibi kişiler arasında gerçekleşen ayrımcı muamelelere de göz yummayacaktır⁸⁷. Bu hem insan hakları sözleşmeleri hem de anayasa ile devlete yüklenen bir görevdir. Bu görev kapsamında Türk Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde “*Ayrımcılık*” bir suç olarak düzenlenmiştir⁸⁸. Ancak maddede belirtilen

⁸⁶ AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesinde cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi sebeplerle ayrımcılık yapılamayacağı hükme bağlanmıştır.

⁸⁷ Eren, Abdurrahman, Ayrımcılık, www.sivas.gov.tr/insanhaklari/Ayrimcilik2007 (Erişim: 29.06.2008).

⁸⁸ Ayrımcılık

faaliyetler arasında tıbbi deneyler ya da deneylere katılacak kişilerin seçim sürecini ele alan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu haliyle TCK' nun 122. maddesinin deney ve denemelerle ilgili durumlarda uygulanması mümkün gözükmemektedir. Dolayısıyla bu meselenin TCK' da ya da deney ve denemeyi ayrıntılı bir şekilde düzenleyecek bir kanun kapsamı içerisinde ele alınması gerekir⁸⁹.

i. Üzerinde Araştırma Yapılacak Kişinin Korunması (Kobay Kullanma Yasağı):

Araştırma ve deneylere konu olacak insanların korunması esastır. Üzerinde deney yapılacak kişinin kararlarına önem vermek, şahsi düşüncesini oluşturmasında gerekli bilgileri vererek onun doğru seçim yapmasını sağlamak ve araştırma ve deneylere katılma aşamasında özgürce seçim yapabilmesini sağlamak gerekmektedir.

Araştırma ve deneyler sonucunda elde edilmesi beklenen faydalar ile olası tehlikeler arasındaki oranın doğru kurulması gerekmektedir. Elde edilmesi beklenen fayda ile göze alınan riskler arasında oran kurulurken, üzerinde araştırma yapılacak kişinin korunması esastan hareket edilmelidir.

Söz konusu ilke ile kişinin vücut dokunulmazlığı korunmaktadır ve bunun pozitif hukukta dayanağını da 90. madde oluşturmaktadır. Bu madde, kişilerin kobay olarak kullanılmaması için vardır. 90. maddenin dayanağını da AY. m. 17 oluşturmaktadır. Konu ile ilgili genel çerçeveyi çizen AY. m. 17'ye göre: “*Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz.*” Kişilerin

MADDE 122. – “Kişiler arasında dil, ırk, renk, cinsiyet, özürllülük, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yaparak;

a) Bir taşınır veya taşınmaz malın satılmasını, devrini veya bir hizmetin icrasını veya hizmetten yararlanılmasını engelleyen veya kişinin işe alınmasını veya alınmamasını yukarıda sayılan hâllerden birine bağlayan,

b) Besin maddelerini vermeyen veya kamuya arz edilmiş bir hizmeti yapmayı reddeden,

c) Kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını engelleyen, Kimse hakkında altı aydan bir yıla kadar hapis veya adlî para cezası verilir.”

⁸⁹ Kerman, s. 105.

kobay olarak kullanılmaması için bu düzenlemelere mevzuatımızda yer verilmişse de, özellikle maddi durumu kötü olan vatandaşlarımızın yabancı ilaç firmaları tarafından kobay olarak kullanıldıkları⁹⁰ ifade edilmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken bir önemli husus da, tıbbi deney ve denemelere konu olacak çocukların ve kısmen veya ruhsal bakımdan geri kalmış kimselerin özellikle korunması gerektiğidir. Bu kişiler kendi geleceklerini tayin etmekten kısmen veya tamamen mahrum oldukları için, önemli bir korumadan faydalanmalı ve tehdit oluşturabilecek müdahalelerden uzak tutulmalıdırlar⁹¹.

j. İnsan Vücudundan Alınmış Parçalar Üzerinde Tasarruf ve Ticari Kazanç Yasası:

Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, yalnızca uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir⁹². Aynı şekilde, insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticari kazanç sağlanmasına konu olamaz⁹³.

Vücut tamlığı, kanunlar tarafından koruma altına alınmış bulunan ve üzerinde tasarrufta bulunulmayacak kişilik değerlerindedir ve vücut tamlığı üzerindeki hak,

⁹⁰ Milliyet Gazetesi'nin haberine göre (27 Nisan 2008, Pazar): Türkiye'de uyuşturucu bağımlılığı ve alkol tüketiminin düşük olması nedeniyle yabancı ilaç firmaları "*Türk kobayları*" tercih ediyor. Parasızlıktan ek gelir olarak kobaylık yapan vatandaşa araştırma başına 300 ile 1000 YTL arası ücret veriliyor. "*İnsan kobaylar*" üzerinde eczanelerde satılan patentli ilaçların eşdeğeri olarak üretilen yerli ilaçları denediklerini belirten İyi Klinik Uygulama Merkezi Sorumlusu, Avrupa'daki mevcut en büyük ilaç araştırma kliniği olduklarını söylemiştir. İlaç geliştirmenin çeşitli aşamaları vardır ama dünyada ilk kez, ürün bazında değil klinik bazda, Faz1, Faz2, Faz3'ü tamamen Türkler tarafından yapılmış ve dünya piyasasına verilmiş ilaçlar var. Yılda 125- 130 civarı Türk firma için biyoeşdeğerlik çalışması yapılıyor, 12 de yabancı firmadan da teklif var. Yurtdışından da tamamen yabancı ilaç firmaları, Türkiye ile çalışmak istiyor. Bunun nedenlerinden biri Türkiye'deki deneklerin uyuşturucu bağımlısı olmaması, diğeri Türkiye'de göreceli olarak alkol tüketiminin düşük olması. Ama en önemli neden parasızlıktır. 2001 krizinde çaresizlikten kobaylık yapan 60 kişinin sayısı yedi yılda 8 bine fırlamıştır. Kanser ve hormon ilaçları denekler üzerinde kullanılmıyor. İlaçlar, biyoeşdeğerlik araştırmasının ardından, sağlıklı ve hasta denekler üzerinde de deniyor.

⁹¹ Kerman, s. 36. Aynı ilke CIOMS tarafından kabul edilen etik ilkelerde de yer almaktadır. Bkz. http://www.cioms.ch/guidelines_nov_2002_blurb.htm, s.10.

⁹² İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 22.

⁹³ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 21.

özellikle tıbbi müdahaleler açısından büyük önem taşımaktadır⁹⁴. Kişi, yapılacak tıbbi müdahaleye (deney ve/veya denemeye) rıza gösterme olanağına sahiptir. Gösterdiği rıza sonucunda vücudundan alınmış parçalar ancak bu doğrultuda kullanılabilir. Aksi bir uygulama veya ticari amaçla kullanımın sorumluluk doğuracağı ortadadır⁹⁵.

Burada birçok kanun ve bildiri yasaklanmış olan organ ticareti konusunu da kısaca açıklamakta yarar görmekteyiz. TCK m.91’de organ ticareti yasaklanmaktadır. Bu maddeye göre; hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu satın alan, satan, satılmasına aracılık eden, organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因ları hakkında hapis cezasına hükmolunur⁹⁶. Aynı şekilde, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun’da organ ticareti yasaklanmaktadır.

k. Bilgi Edinme Hakkı:

Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir⁹⁷. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirmeye yetkili kişiler, sağlık durumu hakkında kişilere bilgi vermek yükümlülüğü altında olmakla birlikte, bireylerin, bilgilendirilmeme isteklerini de gözeticekledir⁹⁸. Yine, istisnai durumlarda, kişinin sağlığı hususunda toplanmış bilgiyi öğrenme veya bilgilendirilmeme haklarının kullanımına, hastanın yararı için kanuni kısıtlamalar getirilebilir⁹⁹. Örneğin, ölümcül

⁹⁴ Çakmut, Özlem Yenerer, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, 1. Baskı, Ocak 2003, s. 53.

⁹⁵ TTB’nin , “İlaçların Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Taslağı” na ilişkin görüşlerini bildiren raporda, konuya ilişkin açıklama getirilmektedir. Günümüzde özel hastanelerin ticari kazanç elde etmeye yönelik etkinliklerinin bulunduğu ve büyük sermaye grupları tarafından özel hastane zincirlerinin kurulduğu, bu yönüyle özel hastanelerde işletme niteliği ve “ticari kazanç” elde etmenin birincil amaç olarak ortaya çıktığı, belirtilmektedir. Ayrıca özel hastanelerin akademik yapılar olmadıkları, klinik araştırmaların, asıl olarak akademik çalışma olduğu, akademik amaç olmaksızın yapılacak klinik çalışmaların, söz konusu Yönetmelik hükümlerine ve etik ilkelere uygun hale getirilmesi ve yürütülmesinin denetimle sağlanmasının zorluğu üzerinde durulmaktadır. Ülkemizdeki özel hastanelerin klinik araştırmalara açılması, bu alanda kamu kurumlarında dahi yaşanan güçlükler ve Bakanlığın denetim konusunda kaynakların yetersizliği de dikkate alındığında; klinik araştırmalar konusunda uluslararası ilaç tekellerinin kural dışı çalışmalarının ülkemize kayması, insanlarımızın temel haklarının ihlal edilmesi riskini ortaya çıkaracaktır, denilmektedir.

⁹⁶ Süren, Özlem Koçak; “Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, Kasım-Aralık 2007, s. 191.

⁹⁷ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 10/2.

⁹⁸ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m. 10/2.

⁹⁹ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, m.10/3.

bir tanının hemen hastaya iletilmesi bazı durumlarda hastanın durumunu son derece kötü bir şekilde etkileyeceğinden buna karşı önlemlerin alınması yoluna gidilebilecektir. Bu durumda hekimin hastayı bilgilendirmesi yükümlülüğü ile hastanın sağlığının korunması ödevi adeta karşı karşıya gelmektedir¹⁰⁰.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de bilgi isteme hakkına değinilmiş¹⁰¹ ve bunun gereklerinin yerine getirilmesi görevi sağlık kurum ve kuruluşlarına verilmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken bir husus da şudur ki, özel hayatın gizliliği kapsamında kişisel veri kabul edilen sağlık bilgilerinin üçüncü kişilerle paylaşılmasının özel hayatın gizliliğini ihlal durumu oluşturacağıdır¹⁰².

I. Hasta Güvenliği İlkesi:

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli olan şartlardan biri de tıp mesleğini yapmaya kanunen yetkili kılınan kişi tarafından bunun yapılmasıdır ve bu yapılırken de ilmi ve fikri bakımdan yeterli bilgi donanımına sahip olunmasıdır. Ancak bu şekilde hastalar kendilerine sunulan hizmet bakımından kendilerini güven

¹⁰⁰ Kerman, s. 68.

¹⁰¹ **Hasta Hakları Yönetmeliği; madde 7 “Bilgi İsteme”** - Hasta, sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği konusunda bilgi isteyebilir. Bu hak, hangi sağlık kuruluşundan hangi şartlara göre faydalanılabileceğini, sağlık kurum ve kuruluşları tarafından verilen her türlü hizmet ve imkanın neler olduğunu ve müracaat edilen kuruluşta verilen sağlık hizmetlerinden faydalanma usulüne öğrenme haklarını da kapsar. Bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastayı birinci fıkra uyarınca bilgilendirmek için yeterli teknik donanımı haiz birimi oluşturmak; bu birimde, hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek nitelik ve ehliyete sahip personeli daimi olarak istihdam etmek ve hastanın ihtiyacı olan birimlere kolayca ulaşabilmesini temin etmek üzere, kuruluşun uygun yerlerinde bilgilendirici tabela, broşür ve işaretler bulundurmak gibi tedbirleri almak zorundadırlar.

¹⁰² **4982 Sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu; madde 21 “Özel Hayatın Gizliliği”** — Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.

Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir.

içinde hissedebileceklerdir ve sağlık hizmetinin hastaya yarar yerine zarar vermesinin önüne geçilmiş olunacaktır¹⁰³.

Sağlık hizmeti bazen zarar verebilmekte, sakat bırakabilmekte veya kişilerin ölümüne neden olabilmektedir. Yine ilaç hataları, yanlış konulan tanı veya tedavi hataları, ekipman veya doktor-hemşire iletişim hataları ciddi sorunlar ortaya çıkarabilmektedir. İstenmeyen bu sonuçların gerçekleşeceğine ihtimal veren hasta kendisini güven içinde hissetmeyecektir. Hastanın kendini güvende hissedebilmesi için, sağlık kuruluşlarının bu konulara hassasiyet göstermeleri gerekmektedir. Elbette ki, gösterilen hassasiyete ve alınan tüm önemlere rağmen istenmeyen bazı hatalar ortaya çıkabilecektir. Burada yapılması gereken, istenmeyen sonucun gerçekleşmemesi için gerekli hassasiyetin gösterilmesi ve bu konuda hastada güven duygusunun uyandırılmasıdır.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir başka husus da sağlık kuruluşlarında hastanın kendini güven içinde hissetmesidir. Herkesin, sağlık kurum ve kuruluşlarında güvenlik içinde olmayı bekleme ve bunu isteme hakkı vardır ve bunun için de bütün sağlık kurum ve kuruluşları, hastaların, ziyaretçi ve refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunması ve sağlanması için gerekli tedbirleri almak zorundadırlar¹⁰⁴.

m. Ötanazi Yasağı¹⁰⁵:

Bugün insan hayatına çok büyük değer verildiği için hayatın kanunların güvencesi altına alınması, ferdin olduğu kadar toplumun menfaatlerini korumak bakımından da gerekli ve zorunlu görülmüştür¹⁰⁶. 1982 Anayasası'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme

¹⁰³ Çakmakçı, Metin, Bir Hasta Hakkı Olarak Hasta Güvenliği ve Tıbbi Hata, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 105, Birinci Basım, Eylül 2007, s. 169.

¹⁰⁴ Yıldırım, s. 121.

¹⁰⁵ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi "Ötanazi Yasağı" başlığını taşımaktadır. Buna göre; "Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez."

¹⁰⁶ Artuk, Mehmet Emin/ Yenidünya, Caner, Ötanazi, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE'ye Armağan, İzmir 2001, s. 297.

hakkına sahip olduğu şeklinde ifadesini bulan yaşam hakkı, TCK. nun “*Kişilere karşı suçlar*” başlıklı ikinci kısmının, “*Hayata karşı suçlar*” başlıklı birinci bölümünde güvence altına alınmıştır (m.81 vd.)¹⁰⁷. Bu şekilde korunan yaşama hakkına rağmen, bir şahıs tıbben şifa bulamayacağı kesin olarak saptanan bir hastalığa müptela olan kimseyi, çektiği ızdıraptan bir an önce kurtarmak amacıyla öldürebilir mi?¹⁰⁸. Ötanazi olarak adlandırılan bu durumu kısaca açıklayalım.

İlk kez Bacon (1214- 1294) tarafından kullanılan¹⁰⁹ ötanazi (euthanasia) kavramı; Türkçe karşılığı kolay, iyi, hoş olan “*eu*” ve ölüm anlamına gelen “*thanatos*” sözcüklerinin birleşmesinden türemiş bir sözcüktür¹¹⁰.

Ötanazi; İyileşmesi olanaksız, bedensel veya ruhsal ileri derecede ızdırap verici bir hastalığın sonlandırılması için ölümün sağlanması demektir¹¹¹. Burada hekim tarafından hastanın hayatına son verilmektedir. Bir tıp sözlüğünde¹¹² de ötanazinin iki tanımı verilmiştir; birincisi ağrısız ölüm, sakin ölüm. İkincisi ise, tedavisi olmayan ve ağırlı hastaların bilinçli ve suni olarak yaşamına son verilmesidir.

Ötanazi, kişinin iradesine bağlı olup olmamasına göre, *iradeye bağlı-irade dışı ötanazi (Volonter-Nonvolenter ötanazi)*; uygulanan usullere göre de *aktif- pasif ötanazi* ayrımına tabi tutulabilir¹¹³.

Teknolojinin baş döndürücü bir hızla geliştiği çağımızda, iyileşemez bir hastalığı iyileştirebilecek bir çarenin bulunması artık imkansız değildir ve yaşamak öylesine güzel bir duygudur ki, bir defa nefes almak dünyalara bedeldir¹¹⁴. Böyle olunca da, iyileşmesi mümkün gözükmeyen bir hastalığa yakalanmış bir insanın

¹⁰⁷ Artuk/Yenidünya, Ötanazi, s.297.

¹⁰⁸ Artuk/Yenidünya, Ötanazi, s.297.

¹⁰⁹ Öztürk, Bahri, Hasta Hakları ve Ötanazi, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, s.580.

¹¹⁰ Özkara, Erdem, Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar, Birinci Baskı, Ankara 2001, s. 11.

¹¹¹ Çelik, Faik, Türk Hukuk Sistemine ve Biyo-Hukuk Sözleşmesine Göre Ötanazi , KHukA, Kasım 2005-Yıl:8-s.169.

¹¹² Stedman’s The Best Words in Medicine; Online Medical Dictionary; (<http://www.stedmans.com>) ; Erişim: 06.07.2008.

¹¹³ Güven, Kudret, Kişilik Hakları ve Ötanazi, 1. Baskı, Ankara 2000, s. 12; Karaca, Süleyman, İnsan Hakları ve Hasta Hakları Bağlamında Ötanazi, T.C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Ocak 2001, Sayı: 6, s. 120.

¹¹⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 219.

hayatına son vermek anlamına gelen ötanaziyi kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Ancak, öyle hastalıklar vardır ki, hem iyileşmez hem de dayanılmaz ağrılara sebep olur ve bu nedenle ağır seyreder; hastanın hayatını yaşanmaz hale getirir¹¹⁵.

Tamamen bu durumlarda, yani hem iyileşmez, hem de ağrısı, ızdırabı dindirilmeyen durumlara özgü olmak üzere, bir dahiliye ve onkoloji uzmanının daima yer alacağı, hastalığın türüne göre ilgili başka uzman hekimlerin de katılacağı en az beş kişiden oluşan bir kurul tarafından, sırf hastanın dayanılmaz ızdırabını dindirmek amacıyla ötanazi kabul edilmelidir¹¹⁶.

Ötanazi ile ilgili pozitif hukuka baktığımızda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 13. maddesi ile ötanazi yasaklanmıştır¹¹⁷. Ancak, Yeni TCK m. 26 ile bu yolun açıldığını görmekteyiz. 26. maddenin ikinci fıkrasında, “*ilginin rızası*” hukuka uygunluk nedeni düzenlenmektedir ve bu düzenleme ile ötanaziye yasal bir zemin hazırlanmış olmaktadır.

Yasalarında ötanaziye izin veren, Almanya¹¹⁸, Hollanda¹¹⁹, Belçika gibi ülkelerde, tedavisi mümkün olmayan hastalar için ölüm evleri denilen ve acılar içinde kıvranan hastaların, daha fazla acı çekmeden ölmesine yardımcı olmak için kurulmuş siteler bulunmaktadır. Burada deneme mahiyetinde olmak üzere bazı ilaçlar kullanılmak istenebilmektedir. Mesela, mutluluk verici, acı çekmemesini temin eden, ölümü hızlandıran veya hızlandırmayan ilaçlar verilebilmektedir. Pasif ötanazi olarak kabul edilebilecek bu tür uygulamalar, 90. madde kapsamında değerlendirilebilir.

¹¹⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s.219.

¹¹⁶ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s.219; Öztürk, Ötanazi, s.590.

¹¹⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13- Ötanazi Yasağı : “*Ötanazi yasaktır. Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.*”

¹¹⁸ Hastanın rızasından hareketle, uygulamada pasif ötanazi kabul edilmektedir. Alman Yüksek Mahkeme içtihatları bu konuda istikrarlı bir çizgi çizmektedir. Buna göre, hekim, hastasının rızası hilafına hiçbir surette tedaviye başlayamaz veya devam edemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Ötanazi, s. 583.

¹¹⁹ Hollanda'da ötanazi, özellikle maslahata uygunluk ilkesinden, yani savcıya ötanazi fiillerini takip konusunda verilen takdir yetkisinden hareketle hukuken kabul edilmektedir ve Hollanda, ötanaziye yasal bir zemin kazandırma gayretleri içinde olan ülkelerin başında gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztürk, Ötanazi, s. 583.

Ülkemizde de onkoloji kliniklerinde, terminal safhaya gelen hastalara, ağrı dindirme adı altında ilaç denemelerinin yapılması bu kapsamda düşünülebilir.

2. Uluslararası Bazı Belgeler ve Mevzuatta İnsan Üzerinde Deney

A. Uluslararası Bazı Belgelerde Durum

a. Uluslararası Antlaşmalar

aa. Genel Olarak

1982 tarihli TC. Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasına, 07.05.2004 tarih ve 5179 sayılı Kanunla¹²⁰ eklenen hüküm uyarınca, inceleme konumuz olan “*insan üzerinde deney*” ile ilgili, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası antlaşma hükümleri, teminat altına alınmış ve kanunlarla aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda da uluslararası antlaşmalara öncelik tanınmıştır.

Aşağıda ele alacağımız antlaşmalardan “*Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi*” Türkiye tarafından 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalanmıştır; ancak, TBMM'de henüz onaylanmamıştır. TBMM tarafından onaylandıktan sonra yürürlüğe girecektir. “*Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*” ise, TBMM tarafından, 03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*” ile uygun bulunmuştur. 16.03.2004 tarihinde de Bakanlar Kurulu'nca onaylanması kararlaştırılmıştır. Böylece, AY. m.90'ın yukarıda açıkladığımız hükmü uyarınca, artık Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin önceliği teminat altına

¹²⁰5170 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre: “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 90 ıncı maddesinin son fıkrasına aşağıdaki cümle eklenmiştir. *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.*”

alınmış olmaktadır¹²¹. Kısaca Oviedo Sözleşmesi olarak da anılan sözleşmenin bağlayıcılığının derecesi konusunda tartışmalar mevcuttur. Sözleşme'nin birinci maddesinin ikinci fıkrasında; *“Tarafların her biri, bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe sokulması bakımından kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaklardır.”* hükmü yer almaktadır. Buna göre, taraf devletlerin, Sözleşme hükümlerini iç hukuklarında yürürlüğe koymak için gerekli tedbirleri almaları gerektiği belirtilmiştir. Yine Sözleşme'nin 23. ve 25. maddelerinde, tarafların, Sözleşmede belirtilen hakların ve ilkelerin hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesinin önlenmesi veya durdurulması için uygun yargısal korumaları sağlayacakları ve gerekli yaptırımları düzenleyecekleri hükme bağlanmıştır. Sözleşme'nin 30. maddesinde ise, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'nin talebi halinde taraf devletlerin Sözleşme hükümlerinden birinin etkin şekilde uygulanmasını sağlamak üzere, kendi iç hukuklarında ne şekilde bir düzenleme bulunduğu hakkında açıklamada bulunacakları belirtilmiştir. Sözleşme hükümlerinin yorumu konusunda çıkan hukuki sorunlar hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin istişari görüş bildireceği de Sözleşme'nin 29. maddesinde belirtilmiştir. Sözleşmede bazı kısıtlamalara da yer verilmiştir. Şöyle ki; 26. maddeye göre: *“Bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması için kanunda belirtilen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlar dışında kısıtlama konulamaz.”* Ancak, 26. maddenin ikinci fıkrasına göre, sözü geçen kısıtlamaların birtakım maddeler için uygulanmayacağı belirtilmektedir. Buna göre; genetik kalıtım dolayısıyla müdahaleyi yasaklayan 13. madde, cinsiyet seçimi amacıyla sun'i döllenme tekniklerinin kullanılmasını yasaklayan 14. madde, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmasını öngören 16. madde, araştırmaya rıza yeteneği olmayan kişileri koruyan 17. madde, canlı donörden organ nakline ilişkin genel kuralı belirleyen 19. madde, rıza yeteneği olmayan donörü korumaya yönelik 20. madde ve insan vücudunun ve parçalarının ticari kazançta konu olmasını yasaklayan 21. madde açısından kısıtlamaların uygulanması söz konusu olmayacaktır¹²². Sözleşme'nin 27. maddesi

¹²¹ Katoğlu, Tuğrul, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AÜHFİD, Yıl 2006, C.55, s. 166.

¹²² Katoğlu, s. 165.

uyarınca da, taraf devletlerin biyoloji ve tıbbın uygulanmasında Sözleşmede şart koşulan hükümlerden daha kapsamlı koruma önlemleri almalarına engel yoktur¹²³.

ab. 20 Ağustos 1947 Tarihli Nürnberg Kodeksi

İnsanlar üzerinde yapılacak tıbbi deneylerle ilgili ilk uluslar arası antlaşma, II. Dünya Savaşı'ndan sonra, Nazi Almanyası'nda bilim adamlarının toplama kamplarındaki insanları denek olarak gören ve çok ağır sonuçlar doğuran deneylerine tepki olarak kabul edilen 20 Ağustos 1947 tarihli Nürnberg Kodeksi'dir. Nürnberg Mahkemesinde hekimlerin yargılanması sonucu mahkemenin verdiği hükümde belirlenen on temel ilkedен oluşan Kodeks, hekimlerin insanlar üzerinde yapılan deneylerle bağlantılı olarak insan hakları ihlallerindeki sorumluluğunu formüle eden genel geçerli normları içeren ve tüm insanlık tarafından kabul edilen bir belgedir.

Nürnberg Mahkemesi'nin yargıçları, 19.8.1947 tarihinde "*Amerika Birleşik Devletleri Karl Brandt'a karşı*" davası kararının hüküm paragrafında, evrensel ahlaki, etik ve hukuksal ilkeleri dikkate alarak, ilk kez genel geçer bir uluslararası hukuk normunda, bilimsel deneylerin koşullarını belirlemişlerdir¹²⁴. Nürnberg Kodeksi'nde belirlenen ilkelere göre, insanlar üzerinde deney yapılabilmesi için şu koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir:

- Katılanların rıza ehliyeti bulunması,
- Özgür ve aydınlatılmış rızalarının alınması,
- Deneyin toplumun yararına olması ve gereksiz ya da keyfi yöntemler izlenmemesi,
- Her türlü gereksiz fiziksel veya ruhsal acıdan kaçınılması,
- Kalıcı bedensel zarar veya ölüm tehlikesinin bulunmaması,

¹²³ Kerman, s. 62.

¹²⁴ Erman, s. 230.

*Tehlikenin boyutunun, çözülmesi gereken sorunun insani yapısının üzerine çıkmaması,

*Deneklerin korunması,

*Deneyin, denekler tarafından her an sona erdirilmesine izin verilmesi gerekmektedir¹²⁵.

ac. Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Nürnberg Kodeksi'nde ortaya koyulan ilkeler, Birleşmiş Milletlerin 1948 tarihli İnsan Hakları Beyanname'si'ne de etkili olmuştur. BM Genel Kurulu'nun 16 Aralık 1966 tarihli ve 2200 A (XXI) sayılı Kararıyla kabul edilmiş olan Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 7'nci maddesi, insanlar üzerinde yapılacak tıbbi deneylere ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, "*özellikle hiç kimse, serbestçe verdiği bir rıza bulunmadan tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulamaz*".

Türkiye, insan hakları ve demokratikleşme konusunda evrensel normları belirleyen en önemli uluslararası belgelerden biri olarak kabul edilen "*Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi*" ni 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamıştır¹²⁶.

Bugüne kadar BM üyesi 188 ülkeden 144'ünün imzaladığı Sözleşme, TBMM'de onaylandıktan sonra yürürlüğe girecektir.

¹²⁵ Erman, s. 231.

¹²⁶ <http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>. (Erişim: 10.08.2008).

ad. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

Tam adı “*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*” olan bu sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 3.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, “*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 ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

Tıp alanındaki birçok konu ve tıbbi müdahale biçimini, tıp ve hukukçular arasında görüş ayrılığına yol açmayacak biçimde ele alan bu sözleşme, AY’ nın 90/son maddesi uyarınca, iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir.

Sözleşme, biyolojik ve tıbbi gelişmelerin suiistimaline karşı birçok temel esas ve yasaklamalar getirerek, insan haysiyetini, insan haklarını ve özgürlüklerini korumak amacıyla düzenlenmiş, yasal bağlayıcılığı olan uluslararası ilk metindir. İnsan türünün yararlarının, bilim ve toplum çıkarlarından önce geldiği fikri¹²⁷, sözleşmenin ana hareket noktasını oluşturmaktadır.

Sözleşme’nin 15. maddesi ile, “*biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığının korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir.*” şeklinde genel kural koyulmuştur. Araştırma ve deneylere konu olacak insanların korunması ile ilgili şartlar ise sözleşmenin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, insanlar üzerinde deneyde bulunmanın şartları; a) insanlar üzerinde deney yapılmasına, karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması; b) üzerinde deney yapılacak kişinin maruz kalabileceği tehlikelerin veya başka bir deyişle, deneyden beklenen yararın, ortaya çıkabilecek risklerle orantısız düzeyde olmaması; c) araştırma projesinin bilimsel niteliği, gerek amacının önemi, gerekse etik kabul

¹²⁷ Cin, Mehmet Onursal, İnsan Üzerinde Yapılan Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı, HPD Hukuki Yorum ve Haber Dergisi, 2004, S.2, s. 172.

edilebilirliği açılarından yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir inceleme yoluyla denetlenmesi ve sonra onaylanması; d)deneye tabi tutulacak kişilerin, hakları ve kendilerini koruyan yasal güvenceler hakkında aydınlatılması ve sözleşmenin 5. maddesinde tanımlanan şekilde gerekli rızanın açıkça ve yazılı olarak alınmasıdır.

Rızaya ehliyeti olmayanlar üzerinde deney yapılması (m.17) ise, sözleşme gereği olanaklı olmakla birlikte, bu durum kural olarak iyileştirmeye yönelik deneylerle sınırlı tutulmuştur. Bunun için rıza hariç, yukarıda sayılan şartların yanında ilave bazı şartların varlığı aranmaktadır. Rıza ehliyeti bulunmayan kişiler üzerinde tıbbi denemeler, ancak araştırma sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması, benzer etkililikte bir deneyin, rızaya ehil olan kimseler üzerinde gerçekleştirilemiyor olması, yasal temsilcinin yazılı şekilde sunulan irade beyanı ve ilgili kişinin itirazda bulunmaması hallerinde mümkün olabilmektedir. İstisnai hallerde bilimsel amaçlı deneylerin de bu kişiler üzerinde yapılması mümkündür. Böyle bir durumda, doğal olarak araştırmanın, ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlayıcı bir etkisinin olması beklenmeyecektir. Bunun dışında rıza ehliyeti bulunmayan kimseler üzerinde iyileştirmeye amaı olmayan deneyin yapılabilmesi; riskin asgari düzeyde bulunması ve yapılan araştırmanın, deneye konu olan kimsenin hastalığının daha iyi anlaşılacak, o kişi veya benzer durumdaki başka kişilerin hastalıklarına çare bulunabilmesine yönelik olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır.

b. Uluslararası Bildiriler

ba. Genel Olarak

Uluslar arası antlaşmalar dışında tıbbi deney konusunu ele alan uluslararası bildiriler yayımlanmıştır. Mukayeseli hukukta bu konuya ilişkin detaylı bilgi içeren ulusal düzenlemelere de rastlanmaktadır¹²⁸ ancak biz uluslararası nitelik taşıyan bildiriler üzerinde durmaktayız.

¹²⁸ Örneğin; ABD’de yaşanan önemli ihlallerden sonra, “*Biyomedikal ve Davranışsal Araştırmalarda İnsan Deneklerin Korunmasına İlişkin Ulusal Komisyon*” kurulmuş ve bu komisyon *Belmont Raporu*’nu yayınlamıştır. Bu rapor, CIOMS’in yayınlanan ilkeleri gibi, insanlar üzerinde yapılacak

Uluslararası bildirimler yol gösterici niteliğe sahip olmakla birlikte, hukuk kaynağı olarak, tavsiye niteliğindedir. Ancak önemi şuradadır ki, kanun koyucu bu bildirimlerde öngörülün hususları dikkate alabilir. Bu niteliklerinden dolayı, söz konusu olacak tıbbi deney ve denemelerde, bu deney veya denemeyi yapacak olanlara yol göstericidir.

bb. Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi

1964 yılında Dünya Hekimler Birliği tarafından ortaya konan “*Helsinki Bildirgesi*”, insan denekleri üzerindeki biyomedikal araştırmalar hakkında yol gösterici olmuş ve bu metin, Birliğin takip eden toplantılarında beş kez geliştirilmiştir¹²⁹. Helsinki Bildirgesi, tıp alanındaki gelişmelerin araştırmalara bağlı olduğunu belirtmiş ve bu nedenle hem iyileştirme amaçlı denemelere hem de bilimsel amaçlı deneylere izin vermiştir. 5. maddesine göre, “*İnsanlar üzerindeki tıbbi araştırmalarda insan deneklerin sağlığı, bilim ve toplumun menfaatinden önce gelmelidir.*” Görüldüğü gibi, bildiriye göre, tıbbın veya toplumun edineceği fayda hiçbir zaman araştırmaya katılacak kişinin iyiliğinin üzerinde yer almamalıdır. 18 maddesinde ise “*insan süjeleri içeren tıbbi araştırmalar, ancak amacın önemi, süjeye yönelik risk ve külfete göre ağır bastığı durumda gerçekleştirilebilecektir*” hükmüyle temel çerçeveyi çizmiştir.

araştırmalar bakımından bireye saygı, yarar ve adalet ilkelerini benimsemiştir. Raporda, tıbbi araştırmalara katılacak kişilerin özekliğinin korunması, araştırmanın getireceği risklerin tartışılması ve araştırmaya katılacak bireylerin seçiminde adil davranılması gibi hususlar belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kerman, s. 27 vd.

¹²⁹ Dünya Hekimler Birliği 1947 yılında Nürnberg Kodeksi'nin oluşturulduğu yıl kurulmuştur. 1954 yılında “Araştırma ve Deneye Katılanlara İlişkin İlkeler” i kabul etmiştir. Bu belge sonraki on yıl içinde gözden geçirilmiş ve tıbbi araştırmalara ilişkin etik ilkeleri içeren Helsinki Bildirgesi, Birliğin 18.genel kurulunda (Helsinki, Finlandiya, Haziran 1964) benimsenmiştir. Daha sonra, 29.genel kurulunda (Tokyo, Japonya, Ekim 1975), 35.genel kurulunda (Venedik, İtalya, Ekim 1983), 41.genel kurulunda (Hong Kong, Eylül 1989), 48.genel kurulunda (Somerset West, Güney Afrika Cumhuriyeti, Ekim 1996), 52.genel kurulunda (Edinburgh, İskoçya, Ekim 2000) genel kurullarında geliştirilmiş ve 2002’de Washington’da yapılan genel kurulda 29.maddeye; 2004 yılında da 30. maddeye açıklama notu ilave edilmiştir.

Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.site.adu.edu.tr/med/insanetikkurulu/documents/Helsinki>.

Bildirinin 24. maddesi, rıza ehliyeti bulunmayan kişiler¹³⁰ üzerinde yapılacak deneylerle ilgili düzenleme getirmektedir. Buna göre, kural olarak, bu kimseler üzerinde tıbbi deneyler yapılamayacağı belirtilmiş, temsil edilen nüfusun sağlığının korunması ve aynı zamanda araştırmanın rıza ehliyeti olanlar üzerinde yapılamayacak olması durumları istisna olarak gösterilmiştir. Ayrıca, bu kişiler yerine, yasanın öngördüğü doğrultuda yasal temsilcilerinin aydınlatılmış onamı alınacaktır.

bc. UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu

UNESCO tarafından 1997 yılı Kasım ayında kabul edilen Biyoetik ve İnsan Hakları Deklarasyonu ile Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile arasında doğrudan doğruya bir bağlantı mevcuttur. Bu Deklarasyonda, tıbbi araştırmada bulunma özgürlüğünün önemi belirtilmekle birlikte, bu özgürlüğün insan onuru ile beraber ele alınması gerektiği ifade edilmiştir (m. 2/d)¹³¹. Bildirinin 6. maddesinde, diğer uluslar arası belgelerde de belirtildiği üzere, aydınlatılmış onamın önemi üzerinde durulmuştur. Ayrıca deklarasyonda, insan genomunun insanlığın ortak mirası olduğu ve insan üzerindeki araştırmalardaki öncelikli hedefin, insanlığın refahının iyileştirilmesi ve dünyadaki eşitsizliklerin azaltılması¹³² olduğu belirtilmiştir. UNESCO kapsamında, Uluslararası Biyoetik Komite ve Hükümetler Arası Biyoetik Komite adı altında tıp etiği konusunda çalışan iki komitenin bulunduğu¹³³ da ayrıca burada belirtmek isteriz.

bd. Uluslararası Tıp Bilimleri Konseyi (CIOMS)'nin 1982 Tarihli İnsanlar Üzerinde Yapılacak Tıbbi Araştırmalarda Uygulanması Önerilen Etik Kurallar

Tıbbi deney konusunda mevcut uluslararası mevzuatı açıklarken, bu konudaki etik ilkeleri belirleme ve bunların içeriğini açıklama konusunda, Dünya Sağlık Örgütü

¹³⁰Bildiride “yasal olarak yetersiz” (imcompetent) terimi kullanılmaktadır.

¹³¹ Kerman, s. 28.

¹³² Ünver, Avrupa Bio- Hukuk Sözleşmesi, s. 184.

¹³³ Kerman, s. 28.

(WHO) ile ortaklaşa çalışan, Uluslararası Tıp Bilimleri Konseyi'nin (CIOMS) çalışmalarına kısaca değinmek gerekmektedir. Konsey, 1982 yılında “*İnsanlar Üzerinde Yapılacak Tıbbi Araştırmalarda Uygulanması Önerilen Etik Kurallar*” adı altına bir çalışma yapmıştır. CIOMS, 2002 tarihli belgede, tıbbi araştırmalarda kullanılacak olan 21 adet ana kuralı tespit etmiştir¹³⁴. Yine bu belgede, tıbbi araştırmalarda kullanılacak üç temel etik ilke olarak; bireye saygı, yarar ve adelet ilkeleri üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede, özellikle kendi geleceklerini belirleme hakkını kısmen veya tamamen kullanamayacak durumda olanların korunması gerektiği; göze alınan risklerin beklenen faydayla kıyaslandığında aradaki oranın makul olması gerektiği; araştırmanın geçerli bir amacının olması ve araştırmacıların hem araştırmayı yürütmek hem de araştırmaya katılanların sağlığını korumak konusunda yeterli olmaları gerektiği belirtilmiştir.

CIOMS tarafından kabul edilen etik kurallardan biri de “*aydınlatılmış onam*”dır. Buna göre, insanlar üzerinde yapılan tüm tıbbi araştırmalarda araştırmacı, deneğin bilgilendirilmiş ve gönüllü onamını almalıdır¹³⁵. Yine, çocuklar ve davranışsal ya da zihinsel bozukluklar gösteren kişilerin tıbbi araştırmalara dahil edilmesi detaylı bir şekilde incelenmiştir. Buna göre, çocuklar veya davranışsal ya da zihinsel bozukluklar gösteren kişiler üzerinde bir araştırmaya girilmeden önce araştırmacı; öncelikle aynı araştırmanın yetişkinler veya sağlıklı insanlar üzerinde yürütülemeyeceğini garanti etmeli; deneyin amacı çocukların veya davranışsal ya da zihinsel bozukluk gösteren kişilerin sağlık ihtiyaçlarına ilişkin bilgi elde etmek olmalı; her çocuğun veya davranışsal ya da zihinsel bozukluk gösteren kişinin bir ebeveyni ya da yasal temsilcisi araştırmaya izin vermeli; araştırma için onam alınırken ilgili kişinin de rıza ehliyeti göz önünde tutulmalı ve kişinin araştırmaya katılmayı ya da devam etmeyi reddetmesi halinde bu karara saygı duyulmalıdır.

¹³⁴ Kerman, s. 28.

¹³⁵ Kerman, s. 42.

B. Türk Hukukundaki Durum

a. 1982 Tarihli Türk Anayasası

1982 Anayasasınının 27. maddesinin birinci fıkrasına göre; “*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir*”¹³⁶.” Anayasa’nın 17. maddesinin 2.fıkrasına göre ise, “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*”

Anayasamızda, bilimsel araştırmalarda bulunma özgürlüğü ve hakkı insan onuru kavramı ve vücut dokunulmazlığı ile beraber ele alınmıştır ve burada bir yandan bilimsel araştırmaların geliştirilmesi desteklenirken, diğer yandan bireylerin maddi ve manevi varlıkları koruma altına alınmıştır¹³⁷.

AY. m.17/2’deki hüküm incelendiğinde, Türk Hukukunda insanlar üzerinde gerek bilimsel gerekse tedavi amaçlı deney yapılması olanaklıdır, şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

b. Türk Ceza Kanunu Madde 90

Çalışmamızın konusunu oluşturan 5237 sayılı TCK. nun 90. maddesi ile, Türk hukukunda insan üzerinde deney konusu yasal zeminde bir düzenlemeye kavuşmuştur. 90. madde ile ilgili, çalışmamızın II. Bölümünde suç tipi olarak detaylı bilgi vereceğimiz için, burada düzenlemeyi belirtmekle yetiniyoruz.

¹³⁶ 1961 AY.’nın 14. ve 21. maddelerinde vücut dokunulmazlığı ve bilim, sanat hürriyeti düzenlenmişti. Buna karşılık, kişinin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, 1982 AY. ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir.

¹³⁷ Kerman, s. 6.

c. 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu

3359 sayılı Kanunun “Sağlık hizmetleriyle ilgili temel esaslar” başlıklı 3. maddesinin (k) bendine göre; “...*Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmamış ilaç ve terkiplerin üretimi, ithali, satışı ile ruhsat veya izin alınmış dahi olsa ilaç ve terkiplerin bilimsel araştırma amacıyla Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ve ilgili kişinin rızası olmadan insan üzerinde kullanımı yasaktır.*” Söz konusu düzenleme incelendiğinde, burada da ilgi kişinin rızasının esas alındığı, rıza olmadan insan üzerinde deneyin mümkün olmadığı görülmektedir.

d. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü

5237 sayılı TCK m.90 yürürlüğe girmeden önce, Türk Hukukunda Anayasa m. 17/2 dışında, bilimsel amaçlı tıbbi araştırmalar hakkında tüzük ve yönetmelik düzeyinde düzenlemeler yapılmıştır.

Konuya ilişkin ilk düzenleme, 1960 tarihli “*Tıbbi Deontoloji Tüzüğü*” dür. Tüzüğün 11/1. maddesine göre, “*Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiçbir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı maksatla kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez.*” Bu hüküm incelendiğinde, insanlar üzerinde hiçbir şekilde bilimsel amaçlı deneylerde bulunulamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. 11. maddenin 2. fıkrasına baktığımızda, “*Klasik metodların bir hastaya fayda vermeyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde daha önce, mutata tecrübe hayvanları üzerinde kafi derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için, hastaya faydalı olacağının ve muvaffakiyet elde dilmemesi halinde ise mutata tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmayacağının muhtemel bulunması şarttır.*” tedavi amaçlı denemelerin, belirlenen şartlar altında mümkün olduğu görülmektedir.

e. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik

Konuya ilişkin bir diğer düzenleme, 29. 01. 1993 tarihli “*İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik*” tir. Yönetmeliğin 4. maddesinde klinik araştırmanın tanımı yapılmıştır. Buna göre; “*İlaçların etkilerini ve/veya yan etkilerini, emilim, dağılım, metabolizma ve atılımlarını araştırmak ve değerlendirmek amacıyla insanlar üzerinde yürütülen tüm çalışmalar*” klinik araştırmadır. Klinik araştırma başlığını taşıyan 8. maddede “*İnsanlar üzerinde bilimsel amaçla ilaç kullanılarak yapılacak tıbbi araştırmaların yürütülmesinde*” uyulacak hususlara işaret edilmiş, (a) bendinde “*insan üzerinde yapılacak ilaç araştırmalarında Helsinki Deklarasyonu ve ekleri kararlar ile Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’ne tam olarak uyulur*” denmiştir.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ile İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ in anılan hükümleri arasında bir çelişkinin bulunduğu yadsınamaz bir gerçektir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, bilimsel amaçla insanlar üzerinde deney yapılamayacağını, sadece sayılan şartların oluşması durumunda iyileştirmeye yönelik denemelerin mümkün olabileceğini hükme bağlarken, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ in 8. maddesi, açıkça, bilimsel amaçlı deneylere izin vermiş, üstelik (a) bendinde bu araştırmaların (bilimsel amaçlı deneyleri kabul etmeyen) Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’ne uygun olarak yapılacağını belirtmiştir. Her iki düzenleme de yürürlükte bulunmaktadır. Her ne kadar “*İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik*” adlı düzenlemenin hükümleri, sadece ilaç geliştirilmesi amacıyla ve ilaç kullanarak araştırma yapılmasını düzenlemekte ise de, mevcut çelişkinin giderilmesi ve her iki düzenlemenin birbirlerine paralel hale getirilmesi yerinde olacaktır.

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ in 8. maddesinin (b) ve (c) bentlerine göre, deneyler, kişiye ayrıntılı ve yazılı olarak yapılan aydınlatma sonucu yine yazılı olarak verilen rızanın varlığı durumunda gerçekleştirilecektir. (d) bendine göre ise, “*kesin bir zorunluluk olmadıkça 18 yaşını tamamlamamış olanlar ile gebeler ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde I.ve II. dönem¹³⁸ ilaç denemeleri yapılamaz. III.*

¹³⁸ İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ in 10. maddesine göre, I. Dönem: “ İlacın farmakokinetik özellikleri (emilim, dağılım, metabolizma, atılım), toksisitesi, biyoyararlanımı, vücut fonksiyonlarına etkisi ve biyolojik aktivitesi, az sayıda *sağlıklı* gönüllüler üzerinde denenir. Bu araştırmanın yapılacağı yerde, her türlü acil tıbbi desteği sağlayacak imkanların ve araştırmaların mahiyetine uygun laboratuvarların bulunması gereklidir.

*dönem*¹³⁹ denemeler, velayet veya vesayet altında bulunanlar için, ancak veli ve vasilerinin yazılı muvafakati ile yapılır.” Düzenlemeye bakıldığında, rıza ehliyeti olmayan kimseler üzerinde de bilimsel amaçla deney yapılabilmesine olanak tanıdığı görülmektedir.

f. Hasta Hakları Yönetmeliği

Konuya ilişkin bir başka düzenleme, 1.8.1998 tarih ve 23420 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren T.C. Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Yönetmeliği’dir.

Yönetmeliğin, konumuza ilişkin maddelerini incelemeye geçmeden önce, kullanılan “*terim*” konusunda açıklama yapmak istemekteyiz. “*Kavram*” başlığı altında yaptığımız açıklamalarda da belirttiğimiz üzere, Yönetmelik’de “*tıbbi müdahale*¹⁴⁰” ifadesine yer verilmiştir. Konuyla ilgili buraya kadar incelediğimiz uluslararası antlaşmalarda, bildirilerde ve sağlık mevzuatımızda “*araştırma*”, “*deneme*” veya “*deney*” ifadelerine yer verildiğini belirtmiştik.

II. Dönem: Az sayıda seçilmiş *hasta* üzerinde, ilacın etkili doz sınırları, klinik etkinliği, biyolojik aktivitesi, yararı, güvenilirliği, hastalık halinde farmakokinetik özellikleri ve toksisitesi araştırılır.

¹³⁹ İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ in 10. maddesine göre, III. Dönem: I. ve II. Dönemlerde olumlu bulunan ilaç, daha geniş sayıda *hasta* üzerinde etkinliği, emniyeti ve değişik dozları yönünden denenir.

¹⁴⁰ Yönetmelik’ in 35. maddesinde “...sırf *tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler*...” kavramını görmekteyiz. CİN; Hasta Hakları Yönetmeliği m. 35’deki “*sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler*” ifadesinin yanlış olduğunu belirtmektedir. Şöyle açıklama yapmaktadır: Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 13/3. maddesi, tıbbi müdahalenin teşhis, tedavi veya korunmak amacıyla yapılabileceğini açıkça vurgulamıştır. Buradan hareketle Hasta Hakları Yönetmeliği’ nin 35. maddesinde kullanılan “sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler” ifadesi yanlıştır. Tıbbi müdahalenin tanımı ve kanuni içeriğinde araştırma ya da deney amacı yoktur. Başka bir ifadeyle; tıbbi araştırma amacı güden müdahaleler, “*tıbbi müdahale*” olarak kabul edilemez. YENERER ise “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*” adlı doktora tezinde, “*tıbbi müdahale*” kavramını şöyle açıklamaktadır; “*Bedensel, fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminde genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyettir.*” Bu tanıma baktığımızda, tıbbi müdahalenin bir unsuru olarak “müdahalenin tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve esaslar” çerçevesinde yapılması gerektiğinden bahsedilmiştir. Buradan hareketle, tıbbi araştırmaların teknik anlamda tıbbi müdahale olmadıklarını söyleyebiliriz. Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 24 vd.

Söz konusu Yönetmelik’ in 5. maddesinin (e) fıkrasına göre, “ *Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz.*” Rıza unsuru, “*Tıbbi Araştırmalar*” başlıklı altıncı bölümde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. 32. maddeye göre, “ *Hiç kimse; Bakanlığın izni ve kendi rızası bulunmaksızın, tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale konusu yapamaz. 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 bulunmaya 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.*” Görüldüğü gibi, burada araştırmanın, ancak ilgili kişinin isteği doğrultusunda mümkün olabileceği ve araştırmanın kişinin sağlığı üzerinde hayati tehlike yaratmaması koşulunun madde metninde düzenlendiğini görmekteyiz. “*Gönüllünün Korunması ve Bilgilendirilmesi*” başlıklı 33. maddenin 1. fıkrasında ise “ *Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulursa dahi, araştırma konusu yapılamaz.*” düzenlemeyle, araştırmacının bu hususu önceden araştırması ve tarafsız bir şekilde araştırmanın muhtemel sonuçlarına ilişkin verileri ortaya koyması istenmiştir.

Küçüklerin ve mümeyyiz olmayanların durumu Yönetmelik’in 35. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan, sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerinin veya vasilerinin rızasına bağlıdır. Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, 24 üncü maddenin ikinci fıkrası¹⁴¹ hükmü uygulanır.*” Küçük ve mümeyyizlere ilişkin bu madde hükmüne bakıldığında, hasta özerkliğinin madde metnine tam olarak yansıtılmadığını görmekteyiz.

¹⁴¹ Adı geçen Yönetmelik’ in 24/2. maddesi şöyledir: “Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunabilmesi Türk Medeni Kanununun 272. ve 431. maddesi uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”

İKİNCİ BÖLÜM

TCK'DA İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU

A. Genel Olarak

TCK m. 90'da, "*İnsan üzerinde deney suçu*" adı altında, iki ayrı suç tipi düzenlenmektedir. Bunlardan birincisi "*deney suçu*", diğeri ise, "*deneme suçu*" dur. Yine suçların uygulandığı kişi bakımından da "*yetişkinler*" ve "*çocuklar*" olmak üzere ikili ayrıma tabi tutulmaktadır.

Biz kanun koyucunun seçtiği terminolojiye bağlı kalarak, "*insan üzerinde deney suçu*" başlığı altında deney ve deneme suçlarını, bunların uygulandığı kişiler yönünden "*yetişkinler*" ve "*çocuklar*" olmak üzere ikiye ayırarak inceleyeceğiz. Suç tiplerinin unsurlarını incelerken, 5237 sayılı Kanunun sistemini de dikkate alarak suçun dört unsuru üzerinde duracağız. Bunlar: a) Kanuni unsur (Tipiklik), b) Maddi unsur (Hareket), c) Hukuka aykırılık unsuru, d) Manevi unsur (Kusur)'dur.

B. İnsan Üzerinde Deney Suçu

1.Yetişkinler Üzerinde Deney Suçu

a. Genel Olarak

Deney suçunu düzenleyen TCK. m. 90 içerisinde "*yetişkin*" kavramına yer verilmemiştir. Ancak 3. fıkrada "*çocuklar üzerinde yapılacak deney*" bakımından ayrıca koşullar düzenlendiği için, kanun koyucunun 2. fıkrada "*yetişkinler üzerinde deney*" i düzenlediği sonucu çıkmaktadır. "*Yetişkin*" kavramı ile kastedilenin ne olduğunu, TCK. nun "*Tanımlar*" başlıklı 6. maddesinin, 1. fıkrasının (b) bendinin

mefhum-u muhalifinden çıkarıyoruz. Buna göre, *onsekiz yaşını doldurmuş* kişiye yetişkin denir. Kanunumuz “*onsekiz*” yaşını sınır olarak kabul etmiştir. Buna göre, deney yapıldığı sırada onsekiz yaşında olan kişi bakımından, yetişkinler üzerinde deney suçuna ilişkin hükümler uygulanacaktır.

b. Suçun Unsurları

ba. Kanuni Unsur (Tipiklik)

Kanuni unsur (Tipiklik¹⁴²), işlenmiş bir fiilin ceza kanununda yapılmış bulunan suç tanımına (suç kalıbına) uygun bulunup bulunmadığının tespiti ile ilgilidir; işlenmiş fiilin kanundaki suç tanımına uygun olduğu tespit edilirse kanuni unsur (tipiklik) vardır veya yoktur denir¹⁴³. Kanuni unsur (tipiklik), başka bir ifadeyle, suç sayılan fiilin ceza normundaki soyut tasviridir¹⁴⁴.

90. maddenin 1. fıkrasında “*insan üzerinde bilimsel deney*” yapılması suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, “*deney yapmak*” olarak düzenlenen tipe uygun eylem unsurunun ne olduğu kanunda tanımlanmamış ve deneyin hangi eylemleri kapsadığı belirtilmemiştir. Tanım için madde gerekçesine baktığımızda, deney teriminin, “*bilimsel çalışmanın ilk aşamalarına yönelik olarak kullanıldığı*” ifade edilmiştir. Bu tanımda iki özellik vurgulanmıştır. İlk özellik, eylemin “*bilimsel çalışma niteliğinde olması*”dır. Bir deneyin bilimsel nitelik taşıyıp taşımadığı, o deneyin bilimsel bir çerçevede yapılıp yapılmadığı, bilimsel verilere ulaşmayı amaçlayıp amaçlamadığı, bir inceleme ve araştırma içerip içermediği ve sonuçlarının bilim alanında kullanılıp kullanılmayacağıyla ilgilidir¹⁴⁵. Deney eyleminin suç teşkil edebilmesi için, deneyin “*bilimsel*” nitelikte olması koşulu arandığından, bilimsel yönleme ve esasa

¹⁴² Almanca’da Taatbestand kelimesinden üretilen taatbestandmasslgkeit veya Typizitat, İtalyanca’daki corrispondenza al tipo legale veya tipicita (aynızamanda fattispecie) yi karşılamak üzere, Türkçe’de tipiklik teriminin kullanılması ilk defa Kunter tarafından önerilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Keyman, Selahattin, “Tipiklik ve Ceza Hukuku”, AÜHFD, C.:XXXVII, S:1-4 (1980), Ankara 1982, s. 59.

¹⁴³ Öztürk/Erden, Ceza Genel, s. 157.

¹⁴⁴ Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu’na Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I, 2. Bası, Ankara 2006, s.411.

¹⁴⁵ Şen, Ersan, İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu (TCK m.90), İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:79, Sayı: 2005/6, Kasım- Aralık, s. 2003.

dayanmayan deneyler bu kapsamda ele alınamayacaktır ve bu tür deneyler zaten hukuka aykırı sayılacağından, ortaya koydukları eziyet, yaralama, ölüm sonuçlarının tümünden failleri sorumlu tutulacaktır¹⁴⁶.

Suç tipi bakımından deneyin “bilimsel” nitelikte olması koşulunun aranması ÜNVER tarafından eleştirilmiş ve bu durum, suça ilişkin kanuni tipteki vahim hata olarak görülmüştür¹⁴⁷. Türk Tabipler Birliği de 5237 sayılı TCK’ na ilişkin olarak hazırladığı bilgilendirici broşürde, cezayı gerektirecek bir fiilin bilimsel olarak tanımlanmasının olanaksız olduğunu aktarmakta, amacı doğru ifade edecek şekilde “bilimsel deney” yerine “deneyssel çalışma” kavramını önermektedir¹⁴⁸. ŞEN ise, 90. maddenin gerekçesinde, insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak amacıyla yapılan deneylerin bu madde kapsamında değerlendirileceği gibi bir sonucun ortaya çıkmasını eleştirmekte ve bu düşüncenin hatalı olduğunu belirtmektedir¹⁴⁹. ŞEN’e göre; insan üzerinde bilimsel deney yapmayı içeren tüm ilmi deney ve denemeler, bunların sonuçları mutlak şekilde insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak olmasa da yine 90. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Örneğin, insan sağlığı bakımından zorunluluk içermeyen plastik cerrahi alanında, insan klonlamasında veya insan vücudu üzerinde araştırmalar yapılarak, kriminoloji ve adli tıp bilimleriyle ilgili bir takım verilerin elde edilmesinde yapılacak deney ve denemeleri, 90. madde kapsamında incelemek gerekir¹⁵⁰.

Kanımızca, 90. maddenin (f.1-3) kıyasa varacak şekilde yorumlanmaması gerekmektedir. Aksi takdirde, kanser için dua edilmesini¹⁵¹, ilaç adı altında zakkum¹⁵² veya plasebo¹⁵³ verilmesini de bu kapsamda değerlendirmek gerekecektir.

¹⁴⁶ Ayrıca, kanununun 187. maddesinin birinci fıkrasında “kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek şekilde ilaç yapma ve satma” fiilinin suç kabul edilmektedir. 187. maddenin birinci fıkrasında, bilimsel araştırma ve deneye dayandırılmayan, dolayısıyla kişinin hayatını ve sağlığını tehlikeye düşürecek biçimde ilaç üretilmesi ve satılması fiilleri suç olarak kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şen, Deney Suçu, s. 2001.

¹⁴⁷ Oysa deney bilimsel nitelikte olmasa dahi suç olarak düzenlenmeliydi. Kaldı ki, zaten deneyle bilimsel bir araç veya yöntem bulunmaya çalışılmaktadır; yani çoğunlukla bilimsel değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Deney Suçu, s. 153.

¹⁴⁸ Kerman, s. 91.

¹⁴⁹ Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, Cilt I, Birinci Baskı, İstanbul, Nisan 2006, s. 302.

¹⁵⁰ Şen, Ceza Kanununun Yorumu, s. 302.

¹⁵¹ 01/09/2005 tarihinde Sabah Gazetesi’nde çıkan bir habere göre; Alternatif tedavi yöntemleriyle ilgili çok sayıda bilimsel araştırmanın uluslararası kongrelerde sunulması üzerine tıp dünyası uzak durduğu “dua” konusunu gündemine aldı. Türkiye’de Sağlık Bakanlığı kanser konusunda dualar ve bitkisel tedavi yöntemlerinin bilimsel olarak araştırılması için danışma kurulu oluşturdu. Danışma kurulu tedaviye yardımcı metot olarak dualardan yararlanılması için araştırma yaparak bu yöntemlerin

bb. Maddi Unsur (Hareket)

bba. Suçla Korunan Hukuksal Yarar

TCK' nun ikinci kısmının, “*Vücut dokunulmazlığına karşı suçlar*” başlıklı ikinci bölümünde yer alan bu suçla korunan hukuksal yarar birden fazladır. Ancak öncelikle korunan hukuksal yarar, vücut dokunulmazlığıdır. Çünkü, insan üzerinde yapılan deneylerin önemli bir kısmı ilaçların kullanım şeklinin belirlenmesi, yan etkilerinin tespiti amaçlarını taşıdığı için, söz konusu deneyler, belirli ölçüde risk içerir ve bu risk doğrudan insan sağlığı için tehlike yaratabilecek ölçüdedir¹⁵⁴. Vücut dokunulmazlığının yanı sıra, bu suçla kişinin yaşam hakkı, onuru, özel yaşamının dokunulmazlığı da korunmaktadır. Yapılan deneylerin ölüm ile sonuçlanma ihtimalinin bulunduğu göz önüne alınırsa, kişilerin yaşam hakkının da korunmak istenen hukuki yararlar arasında olduğu söylenebilir. Suçla korunan bir başka hukuki yarar ise bireyin onurudur. Tıp alanında yeni olan bir hususun standart hale dönüşüp dönüşmeyeceği ile ilgili yapılacak deneylerde, kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak muamelelerde bulunulamayacaktır. Deneyler sırasında elde edilen DNA verileri, fotoğraflar, kişilerin bunlara bağlı kişisel verilerine zarar verici nitelikte olabileceği için, söz konusu suç ile bireyin özel yaşamının dokunulmazlığı da koruma altına alınmıştır.

Öte yandan bu suçla, kişinin sağlık hakkı da korunmaktadır. Bu yönüyle bu suçla korunan hukuki değer karma bir nitelik gösterdiği söylenmelidir¹⁵⁵.

tıp fakültelerinde tartışılmasını sağlayacak. Amerika’da geçen yıl dinin tedavi üzerine etkileriyle ilgili çok sayıda bilimsel araştırma yayınlandı. Özellikle kalp ve kanser hastalıklarının tedavisinde duaların etkisi üzerine yapılan bilimsel yayınların ardından Amerika Kardiyoloji Cemiyeti “*kalp damar hastalıkları ve tamamlayıcı tıp*” başlığı altında bir belge yayınladı. Bu yazı din, dualar ve inançla kalp sağlığı konusundaki ilk resmi ve bilimsel önerileri içeren bir belge oldu.

¹⁵² Dr. Ziya Özel 46 yıl zakkumun kanseri tedavi ettiğini söyledi durdu. Ürettiği formülün patentini ABD’den aldı.

¹⁵³ Latince bir kelime olan plasebo, “*hoşnut olacağım*” anlamına gelir; ilaç ya da deva niyetine alınan bir şeyin öznel olarak olumlu etkisini ima eder (<http://www.odevsel.com>) (Erişim:15.08.2008). Boş ilaç (etkili madde bulunmayan şeker tabletleri) verilen hastaların yüzde 25-30’unda baş ağrısı, mide bulantısı, sinirlilik, vd. şikayetlerin azaldığı gözlemlenmiştir.

¹⁵⁴ Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray, İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90), Uğur Alacakaptan’ a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, I. Cilt, 1.Baskı, İstanbul 2008, s. 550.

¹⁵⁵ Özbek/Doğan, Tıbbi Deney, s. 551.

bbb. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu “*insan*”dır. Suç tipinde insan üzerinde bilimsel deneyden söz edilmiş, deney insan bedenine özgülenmemiştir¹⁵⁶. Ayrıca, deneyin çoğunlukla insanın maddi anlamdaki bedeni/beden bütünlüğü üzerinde yapılacak olmasına karşın, gerçekleştirilecek deneyin psikolojik nitelikli de olacağı gözden kaçırılmamalıdır¹⁵⁷. Bu nedenle, ruh sağlığı, insanın ruhsal yapısının da bu suçun maddi konusunu oluşturması mümkündür ve bu nedenle psikolojik deneyler de madde kapsamına dahil kabul edilmelidir. Suçun maddi konusunu “*beden*” ile sınırlayan görüşlere¹⁵⁸ bu anlamda katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Öte yandan, insan vücudundan ayrılan parçalar insan ya da insan bedeni sayılmayacağından bu suçun konusunu oluşturmaz¹⁵⁹. Uygulamada kanuna karşı hile eylemleri olarak veya vücudun diğer kısımlarına ilişkin bir riski ortadan kaldırmak için, az da olsa, yaşayan kimsenin vücudundan parça alınarak üzerinde deney yapılması¹⁶⁰ söz konusu olabilir. Vücuttan ayrılan kısımlar “insan”, “insan bedeni” sayılmayacağı için, fiil bu halde unsurlarının varlığı halinde, ya yaralama (TCK m. 86 vd.) ya da ölmüş kişinin hatırasına hakaret (TCK m. 130) suçu kapsamında ele alınacaktır¹⁶¹. Çünkü, böyle bir durum, madde kapsamında olmayan, maddenin uygulanma alanından kaçmak amacıyla başvurulmuş bir yoldur ve bu suç tipinin uygulanma alanı olarak hem mağdur hem de maddi konu açısından kanuni özellikleri taşımayacağından, yaralama ya da ölünün hatırasına hakaret suçu oluşabilir¹⁶².

¹⁵⁶ Özbek/Doğan, Tıbbi Deney, s. 551.

¹⁵⁷ Ünver, Tıbbi Deney, s. 152

¹⁵⁸ Örnek olarak bkz. Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (Madde 1- 140), I.Cilt, Ankara, Şubat 2007, s. 780; Meran, Necati, Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, 2005, s. 153.

¹⁵⁹ Özbek/Doğan, Tıbbi Deney, s. 551.

¹⁶⁰ Ünver, Tıbbi Deney, s. 152.

¹⁶¹ Ünver, Tıbbi Deney, s. 152.

¹⁶² Ünver, Tıbbi Deney, s. 152.

bbc. Fail-Mağdur

TCK madde 90/1’de “*insan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi*” terimi kullanıldığı için, suçun faili herkes olabilir. Suç, doktrinde bazı yazarlarca¹⁶³ belirtildiğinin aksine, özgü (mahsus) suç olmayıp, suçun faili olmak için herhangi bir resmi, özel veya mesleki veyahut sanata ilişkin statüye sahip kişi olmak gerekli ve zorunlu değildir¹⁶⁴. Başka bir ifadeyle, failin mutlaka bilimsel tıbbi deney yapmaya yetkili bir hekim veya sağlık mesleği mensubu olması gerekli değildir. Bu durum suçun uygulama alanını önemli ölçüde genişletmektedir¹⁶⁵. Bize göre, tıbbi deneylerin konusunda uzman tıp mensupları tarafından yapılması gerektiği hususu yasa metninde yer almalıdır.

Kanun koyucu, tüzel kişilerin bu suçta fail olabileceklerini 90. maddenin 6.fıkrasında düzenlemiştir. Suç bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlendiğinde, tüzel kişi hakkında tüzel kişiye özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır.

Suçun mağduru, üzerinde deney eylemi gerçekleştirilen kişidir¹⁶⁶. Ancak, yetişkinler üzerinde deney suçu bakımından, kişinin 18 yaşından büyük olması gerekmektedir. Suçun mağdurunun yetişkin veya çocuk olması, failin ceza sorumluluğunu kaldıran haller bakımından önem arz eder. Suçun mağdurunun yetişkin olması halinde, ceza sorumluluğunu kaldıran haller madde 90/2’de, çocuk olması halinde ise madde 90/3’de düzenlenmiştir ve bu fıkralarda ceza sorumluluğunu kaldıran haller farklı koşullara bağlı kılınmıştır¹⁶⁷. Mağdur olarak yalnızca gerçek ve yaşayan kişi düşünülmelidir. İnsan cesedi veya insan bedeninden

¹⁶³ Örnek olarak bkz. Meran, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 153; Arslan/Azizoğlu, *TCK Şerhi*, s. 399; Parlar/Hatipoğlu, *TCK Yorumu*, s. 780.

¹⁶⁴ Ünver, *Tıbbi Deney*, s.151.

¹⁶⁵ Yarsuvat, Duygun/Bayraktar, Köksal, *Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamalar*, GÜHKD, Y.3, S.2, 2004/2, Erden Kuntalp’e Armağan, C.II, s. 74.

¹⁶⁶ İnsan üzerinde deney suçunun mağduru *herkes* olabilir. Ancak, maddede “insan üzerinde deney” düzenlendiği için, “hayvanlar” bu bağlamda inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Ancak şunu belirtmek isteriz ki; 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu (RG.1.7.2004-25509) kural olarak hayvan üzerinde deneyi de yasaklamıştır. Bu yasağa aykırı davranış kabahat oluşturup idari para cezası ile cezalandırılır.

¹⁶⁷ Özbek/Doğan, s. 552.

ayrılmış vücut parçaları üzerindeki deney eylemleri madde metni kapsamında düzenlenmemiştir¹⁶⁸.

İnsan üzerinde yapılan deneylerde genellikle denenen ilacın verildiği bir kontrol grubu, bir de hiçbir tıbbi etkisi olmamasına rağmen ilaç görünümünde olan ve sadece psikolojik olarak kişiyi deneye dahil eden plasebo verilen grup vardır¹⁶⁹. Deney yapılan kişilerden “*plasebo*” alan kişilerin de bu suç bakımından mağdur durumunda olduğunu savunun yazarlar mevcuttur¹⁷⁰. Bu kişilerin etkin ilaç almamalarına rağmen deneyin bir parçası durumlarında olmalarından ve suç tipinin de soyut tehlike suçu niteliğinde olmasından bahisle, bu suçun mağduru konumunda olduğunu kabul etmektedirler. Ancak bize göre böyle bir durumda işlenemez suç söz konusudur. Zira, plasebo, deney suçu bakımından uygun ve elverişli araç değildir.

bbd. Hareket- Netice- Nedensellik Bağlantısı

bbda. Hareket

İnsan üzerinde deney suçunun tipe uygun eylem unsuru, “*bilimsel deney yapmak*” tır. Yukarıda açıklandığı üzere, deneyin bilimsel nitelikte olması gerekir. Bilimsel amaç taşımayan deneyler madde kapsamında değil, failin kastına ve neticeye göre kasten yaralama, eziyet, canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürme suçlarını oluşturur¹⁷¹. İfade etmek gerekir ki, tipe uygun eylem unsurunda, deney, bilimsel olmasa dahi 90. madde anlamında suç olmalıydı¹⁷². Sadece bilimsel deneyin düzenlenmesi ve fakat bilimsel olmayan deneyin yasaklanmaması hatalı olmuştur¹⁷³.

¹⁶⁸ Ünver, Tıbbi Deney, s. 152.

¹⁶⁹ Özbek/Doğan, s. 553.

¹⁷⁰ Özbek/Doğan, s. 553.

¹⁷¹ Özbek/Doğan, s. 553; Donay ve Kaşıkçı, bilimsel deney, bilimsel olmayan deney ayırımı açısından bir açıklama yapmamakla birlikte, deneyin bilimsel olmadığı durumlarda, eylemi gerçekleştiren kişinin, meydana gelen neticeye göre yaralama veya öldürme suçundan sorumlu olacağını belirtmektedir. Bkz. Donay, Süheyl/Kaşıkçı, Mahmut, En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu, İstanbul, 2005, s. 141.

¹⁷² Ünver, Tıbbi Deney, s. 153; Özbek/Doğan, s. 553.

¹⁷³ Ünver, Tıbbi Deney, s. 168.

Ancak, buradaki temel açmaz, bilimsel olanın nasıl cezalandırılabilirdir¹⁷⁴. Şöyle ki, bilim yapma bir hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenmiştir. Deneyin bilimsel olduğunun ifadesi hareketin hukuka uygun olduğunun kabulünü gerektirir. Bu nedenle *bilimsel* ibaresinin madde metninden çıkarılması ve amaca uygun bir ifadenin kabulü yerinde olacaktır¹⁷⁵.

bbdb. Netice

bbdba. Genel Olarak

Deney suçu, neticesi harekete bağlı bir suç olarak düzenlendiği için, suçta ayrı bir netice söz konusu değildir. Bilimsel deneyin insan üzerinde yapılması ile birlikte suçun neticesi de gerçekleşmiş olmaktadır. Bilimsel deney neticesinde üzerinde deney yapılan kişinin sağlığının bozulması veya tehlikeye girmesi, yaralanması veya ölmesi gerekli olmadığı gibi yapılan hareketin böyle bir neticeye yol açabilecek nitelikte olması da önemli değildir¹⁷⁶. Bu nedenle bu suç bir soyut tehlike suçudur.

bbdbb. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Deney

90. maddenin 5. fıkrasında, tıbbi deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Gerekçede bu durum; “insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâllerinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçlarına ilişkin hükümlerin 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

¹⁷⁴ Özbek/Doğan, s. 553.

¹⁷⁵ Özbek/Doğan, s. 553.

¹⁷⁶ Özbek/Doğan, s.554.

kişinin en azından taksir nedeniyle kusurunun bulunması gerekeceği” şeklinde ifade edilmektedir.

5. fıkradaki “yaralama” suçuna ilişkin kısım, anlamsız ve hatalıdır¹⁷⁷. Çünkü, kişinin vücudu üzerinde yapılan deneyler zaten “yaralama” suçunu oluşturmaktadır. Mürekkep (bileşik) suç kuramının yeterli olduğu bu durumda, maddeye yaralama ile ilgili hüküm koyup kasten yaralama suçuna atıf yapmak hatalıdır¹⁷⁸. Kanun koyucu, m.90/1’de yer alan suçun cezasını, meydana gelen netice bakımından yetersiz görmüş olmalı ki kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin ayrıca uygulanacağını kabul etmiştir. Ancak mutlaka bu tür bir hüküm konulacaksa, bu takdirde de nitelikli veya netice nedeniyle ağırlaşmış yaralama neticesinin doğduğu hallere ilişkin olarak atıf yapmak gerekirdi¹⁷⁹.

Bu düzenlemede açıkça vurgulandığı üzere, ağır neticelerden faili sorumlu tutabilmek için, mutlaka 90. maddenin 1. fıkrasında yer alan suçun işlenmesi¹⁸⁰ ve bu ağır neticelerin de bu suç sonucundan meydana gelmiş olması gerekmektedir¹⁸¹. Failin gerçekleştirmiş olduğu bilimsel deney, maddede sayılan hukuka uygunluk sebeplerinin gerçekleşmesine bağlı olarak suç teşkil etmiyorsa, bu durumda kasten yaralama veya kasten öldürme hükümlerinin de uygulanma imkanı olmayacaktır¹⁸².

Deney sırasında, maddede belirtilen tüm koşullara uyulmuş ancak buna rağmen yaralama ya da ölüm neticesi meydana gelmişse, koşulları varsa, fail taksirden sorumlu olmalıdır. Ancak, burada neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz

¹⁷⁷ Hakeri, s. 420; Özbek/Doğan, s. 554; Ünver, Tıbbi Deney, s.174.

¹⁷⁸ Ünver, Tıbbi Deney, s. 174.

¹⁷⁹ Nitekim m. 91/8’de aynı hata tekrarlanmamış ve burada daha sağlıklı düzenlenmiştir. TCK. m. 90’daki hüküm de tıpkı 91. maddedeki hükümdeki gibi bir içeriğe kavuşturulmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Tıbbi Deney, s. 174.

¹⁸⁰90. maddenin 5. fıkrası, 1. fıkrada düzenlenen deney suçu açısından uygulanmak koşuluyla, deney eylemi neticesinde mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, fail hakkında gerçekleşen neticeye göre yaralama veya kasten insan öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver, Tıbbi Deney, s. 154.

¹⁸¹ Özbek/Doğan, s. 555.

¹⁸² Özbek/Doğan, s.555; Benzer görüş için bkz. Ünver, Tıbbi Deney, s. 154; Yarsuvat ve Bayraktar da bu düzenlemeyi şöyle eleştirmektedir: “Kanunda öngörülen koşullara uymadan tıbbi deney yapan kişi sonucu bilen ve isteyen kişi olduğunda, kısaca yaralama ve ölümü isteyen, bilen kastı bunlara yönelik kişi olduğunda, kasten adam öldürme ya da kasten yaralamadan sorumlu tutulabilirse de, kastı bu eylemlere ya da sonuçlara yönelik olmadığında, kusurluluğu kasta nasıl dayandırılabilir? Bu noktada sanırız ve korkarız ki herhalde “olası kast” kusurluluğuna gidilecektir ki, bu tutumun kusurluluk ve sorumluluk sınırlarını alabildiğince genişleteceğinden kuşku yoktur.” Ayrıntılı bilgi için bkz. Yarsuvat/Bayraktar, s. 77-78.

edilmez. Zira neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçtan söz edilebilmesi için, ilk fiilin de suç olması, ikinci fiilin daha ağır ya da başka neticeli bir suç olması gerekir¹⁸³. Bu nedenle, böyle bir durumda, kasten yaralama veya ölüm meydana gelmişse kasten öldürme suçu oluşur¹⁸⁴.

Mağdurun ölmesi veya yaralanması halinde kasten öldürme veya kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanacağına göre, failin meydana gelen netice bakımından kastının bulunması gerekir. TCK. m. 23'e göre, failin ağır ya da başka netice bakımından en azından taksir seviyesinde kusurunun bulunması arandığına göre, failin taksirli hareketinin kasten işlenmiş gibi cezalandırılması söz konusu olacaktır ki bu durum neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun yapısına aykırıdır¹⁸⁵.

bc. Hukuka Aykırılık Unsuru

bca. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Haller

bcaa. Genel Olarak

90. maddenin 1. fıkrasında, kural olarak, yetişkinler üzerinde bilimsel deney yapılması yasaklanmış, ancak, 2.fıkarda, yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için bir arada bulunması gerekli koşullar belirtilmiştir. Bu koşulların hepsine uyulması gerekmektedir. Maddede belirtilen koşullar esasen, bugüne kadar tıbbi deney konusunda oluşan birikimin, uluslararası bildirgelerin ve özellikle Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin yasal alandaki tezahüründen ibarettir¹⁸⁶. Aşağıda, 90. maddenin 2. fıkrasında belirtilen bütün şartlar tek tek incelenirken, tespit edilen eksiklikler ve yanlışlıklar, gerekli görülen noktalarda, ulusal veya uluslararası mevzuattaki durumla karşılaştırmalar yapılarak ele alınacaktır.

¹⁸³ Özbek/Doğan, s. 555.

¹⁸⁴ Özbek/Doğan, s. 554; Benzer görüş için bkz. Hakeri, s. 420.

¹⁸⁵ Özbek/Doğan, s. 555.

¹⁸⁶ Kerman, s. 93.

90. maddenin 2. fıkrası uyarınca, “*insan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için*” uyulması gerekli olan koşullar şunlardır:

bcab. “Deneyle İlgili Olarak Yetkili Kurul Veya Makamlardan Gerekli İzin Alınmış Olması”

İnsan üzerinde yapılacak bilimsel deneylerin ceza hukuku açısından hukuka uygun olabilmesi için, öncelikle yetkili kurul veya makamlardan gerekli izin alınmış olması gerekmektedir¹⁸⁷. Bu kurullar, multidisipliner bir yapıda oldukları için, hekimlerin yanı sıra, hukukçuların, ilahiyatçıların ve felsefecilerin vs. bu kurullara katılımı gerekmektedir¹⁸⁸.

İnsan üzerinde yapılan bilimsel deneyleri¹⁸⁹ değerlendirme görevi olan etik kurullar¹⁹⁰, hukukumuzda İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik tarafından düzenlenmiştir¹⁹¹. Yönetmeliğin 1. maddesinde, Sağlık Bakanlığı nezdinde kurulacak bir merkez etik kurulu ve yerel etik kurulları öngörülmektedir. Yönetmeliğin 12. maddesine göre merkez etik kurul, Bakanlık müsteşarının veya görevlendirilecek bir müsteşar yardımcısının başkanlığında, uzmanlık dallarında en az on yıllık deneyime sahip, şu üyelerden oluşmaktadır: Üniversitelerin tıp ve eczacılık fakültelerinde seçilecek belirli alanlarda çalışan öğretim üyeleri, Türk Tabipleri Birliği Merkez Konseyi’nce seçilecek bir uzman tıp doktoru, Türk Eczacılar Birliği Merkez

¹⁸⁷ Hakeri, s. 409.

¹⁸⁸ Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri’nde, üzerinde deney yapılan kimselerin haksız veya çok ileri giden deneyler karşısında korunmalarını amaçlayan hareketin bir sonucu olarak komisyon kontrolü kabul edilmiştir. “Human-Subject-Protections-Committees” veya “Institutional Review Boards” adları anılan bu komisyonların çıkış noktası, üzerlerinde deney yapılan kimseleri korumak ve deneyi daha başlangıçta uygun görüp görmediklerini bildirmektir. Bu komisyonlarda, araştırmacıların meslektaşlarının yanı sıra, meslekten olmayanlar, hukukçular ve teologlar da yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Deutsch, s. 183 vd.

¹⁸⁹ İlaç deneyi, tıbbi ürünlerin deneyi veya insanlar üzerinde temel nitelikli araştırmalar (deney) niteliğinde olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, s. 409.

¹⁹⁰ Etik kurullar, esasen araştırma komisyonu olarak adlandırılmaktadır, zira insan üzerinde yapılacak araştırmalarda hukuk, etik ve tıbbi yön hususunda karar verme durumundadırlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, s. 421.

¹⁹¹ İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik dışında, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 32. maddesinde, Sağlık Bakanlığının izni olmadan tecrübe, araştırma veya eğitim amaçlı hiçbir tıbbi müdahale yapılamayacağı belirtilmiştir. Yönetmeliğin “İlaç ve Terkiplerin Araştırma Amacıyla Kullanımı” başlıklı 36. maddesine göre de; “*Özel mevzuatına göre izin veya ruhsat alınmış olsa dahi, sırf tıbbi araştırma amacı ile hasta üzerinde kendi rızası ve Bakanlığın izni bulunmaksızın hiçbir ilaç ve terkip kullanılamaz.*”

Heyeti'nce seçilecek bir eczacı, Türk Diş Hekimleri Birliği Merkez Heyeti'nce seçilecek bir diş hekimi, bakanlıkça seçilecek üç klinisyen, Bakanlık İlaç Ruhsat Komisyonu'ndan seçilecek bir üye, hukuk fakültelerinin ilgili bilim dalından seçilecek bir öğretim üyesi, Adli Tıp Kurumu tarafından seçilecek bir uzman tıp doktoru, Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü, İlaç ve Eczacılık Genel Müdürü, Bakanlık I. Hukuk Müşaviri'nden oluşmaktadır.

Merkez Etik Kurul'un görevleri ise Yönetmeliğin 13. maddesinde şu şekilde açıklanmaktadır:

“a) Klinik araştırmalar ile ilgili olarak yerel etik kurullar tarafından Bakanlığa sunulan ve bu Yönetmelikte belirtilen dokümanları incelemek ve gerekçeli olarak kararını bildirmek,

b) Gerek gördüğünde, projelerin uzmanlara incelettirilmesini önermek,

c) Yerel etik kurulların raporlarını incelemek, değerlendirmek ve müteakip dönemlere geçiş için görüş bildirmek,

d) Yerel etik kurullardan gelen projeleri, alındığından itibaren en geç iki ay içerisinde değerlendirmek, zorunlu sebeplerden dolayı gecikme olacak ise bunu aynı süre içinde gerekçeli olarak yazı ile bildirmek (bu süre, en fazla bir kez uzatılabilir),

e) Bu Yönetmeliğin diğer maddeleri ile kendisine verilen görevleri yapmak.”

Yerel Etik Kurullar ise, Yönetmeliğin 14. maddesi uyarınca, araştırmanın yapılacağı eğitim hastanelerinde oluşturulacaktır¹⁹². Mevcut Yönetmelik gereği, ülkemizde tıbbi deneylerin yapılabileceği yerlerin tıp fakülteleri ile diğer resmi kurumların hastaneleri olduğu belirtilmekte ve bu nedenle, eğitim hastanesi niteliğinde olmayan resmi ve özel hastanelerde doğrudan klinik ilaç araştırması yapmak mümkün olmayacaktır, ancak bu yerlerdeki hekimler izin verilen hastanelerdeki araştırmalara, duruma göre, yardımcı araştırmacı olarak

¹⁹² Türkiye'deki yerel etik kurulların listesi için bkz. Melli, Mehmet/ Kayaalp, S. Oğuz, Etik Kurullar, Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık, Cilt:19, Sayı: 6, s. 441- 447.

katılabileceklerdir¹⁹³. Yönetmeliğin 14. maddesine göre yerel etik kurullar; üç klinisyen doktor, bir klinik farmakolog veya tıp doktoru farmakolog, bir eczacı, bir biyokimya uzmanı, bir patolog, mümkünse bir tıbbi deontoloji uzmanı ve yapılacak çalışmanın özelliğine uygun bir uzmandan oluşacaktır.

Yerel etik kurulların görevi de Yönetmeliğin 15. maddesinde şöyle belirtilmiştir:

“a) I. Ve II. Dönem araştırmaları ile henüz ruhsat almamış ilaçlarla yapılacak III. Dönem araştırmalar için hazırlanan protokol ve belgeleri incelemek, değerlendirmek ve uygun gördüklerini en geç bir ay içinde Bakanlığa göndermek,

b) a bendi dışında kalan III. Dönem ve IV. Dönem araştırma protokollerini incelemek, uygulanıp uygulanamayacağına gerekçeli olarak karar vermek ve araştırma özeti ile birlikte kararını yazılı olarak Bakanlığa bildirmek,

c) Lüzum gördüğü durumlarda, gerekçesini belirterek araştırmaları durdurmak,

d) Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 11 inci maddesine göre yapılan ve mükerrer nitelik gösteren uygulamaları, yeni ve yerleşmemiş tıbbi teknolojilerin uygulamalarını değerlendirmek ve denetlemek,

e) 6 ncı maddede belirtilen izne tabi araştırmalar dışında kalan, ruhsatlı ilaçların biyoyararlanım araştırmaları gibi rutin testlerle ilgili projeleri değerlendirmek ve karara bağlamak.”

İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik tarafından her ne kadar etik kurulların oluşturulması öngörülmüşse de¹⁹⁴, ÜNVER tarafından¹⁹⁵, TCK' daki yeni düzenleme karşısında tıbbi deneylere izin vermek ya da vermemek konusunda yeni bir kurulun oluşturulması önerilmektedir. Özellikle TCK. nun 90. maddesinin

¹⁹³ Melli/Kayaalp, s. 444.

¹⁹⁴ Kerman, s. 96.

¹⁹⁵ Ünver, s. 175.

işlerliğinin sağlanması için ve deneylerin taşıdığı önem nedeniyle, kurulacak bu yeni etik kurulun da yasa ile düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁶.

Konuya ilişkin, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne baktığımızda, Sözleşme'nin 16/iii maddesinde şu koşul öngörülmektedir: *“Araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tabi tutulması dahil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelenmeden sonra onaylanmış olması.”*

Tıbbi deneylerle ilgili projeleri denetleyecek ve bunların kabul edilmesi aşamasında adeta bir filtre görevi görecek yetkili kurullar düzenlenirken, Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/iii hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre, etik kurullar, araştırma projelerini disiplinler arası bir incelemeden geçirerek bilimsel değerleri hakkında bağımsız bir şekilde incelemede bulunmalı ve daha sonra projeyi onaylamalı ya da reddetmelidir¹⁹⁷. Hukukumuzda etik kurulların, bu şekilde detaylı ve deneyle ilgili araştırma projelerini objektif bir şekilde inceleyecek bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, etik kurulların araştırmacıdan ve tıbbi deneyleri destekleyen kuruluşlardan bağımsız bir şekilde düzenlenmesi, insan yaşamının korunması açısından olmazsa olmaz niteliktedir¹⁹⁸.

Hukukumuzda, etik kurulların kararlarına karşı başvurulacak kanun yolları hakkında yönetmelikte açık bir hüküm yoktur. Ancak etik kurulların kararları idari işlem niteliğinde olduğundan, bu kararlara karşı genel kurullar gereğince idare mahkemesine iptal istemiyle başvurmak mümkündür¹⁹⁹.

¹⁹⁶ Ünver, s. 175.

¹⁹⁷ Kerman, s. 96.

¹⁹⁸ Kerman, s. 96.

¹⁹⁹ Hakeri, s. 423.

bcac. Deneyin Öncelikle İnsan Dışı Deney Ortamında Veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması

90. maddenin 2. fıkrasının (b) bendi uyarınca, tıbbi deneyin insan üzerinde uygulanabilmesi için öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olmasının seçimlik olarak düzenlendiği görülmektedir. Kanunun bu haliyle, masraftan kaçınmak ve süreyi uzatmamak amacıyla bunlardan birisinin devre dışı bırakılması söz konusu olabilecektir²⁰⁰. Öğretide bu hüküm genel olarak eleştirilmiş ve tıbbi deneyin öncelikle hem insan dışı deney ortamında hem de yeterli sayıda hayvan üzerinde uygulanmış olması gerektiği vurgulanmıştır²⁰¹. Dolayısıyla, deneyin insan dışı ortamda yapılmış olması, yeterli sayıda hayvan üzerinde de araştırma yapma zorunluluğunu kaldırmamalıdır²⁰². Sonuç olarak, ikinci fıkranın (b) bendinde yer alan “veya” ibaresi “ve” olarak değiştirildiğinde ve her iki hususun sırayla birlikte gerçekleşmesinin olanaksız olduğu durumlarda ise hangisi gerçekleştirilebilir veya amaca elverişli ise insan üzerinde deneye girişmeden önce onun denenmesi şart kılındığında²⁰³ sorun kalmayacaktır. Sadece hayvanlarda mümkün olmayan deneyler²⁰⁴ açısından, insan dışı ortamda deney yapılmış olmasının da yeterli olması gerektiği ifade olunmaktadır²⁰⁵.

Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi'nin 11. maddesinde de, insanlar üzerinde yapılacak tıbbi deneylerin laboratuvar şartlarında ve gerektiğinde de hayvan denekler üzerinde yapılmış çalışmalara dayandırılması gerektiği belirtilmektedir. Bu haliyle Helsinki Bildirgesi ve yukarıda yapılan açıklamalar ışığında bu bentte bir değişikliğe gitmek gerektiği açıktır²⁰⁶.

²⁰⁰ Hakeri, s.409.

²⁰¹ Ünver, s.168- 169; Hakeri, s. 409; Cin.Onursal, Yerel ve Uluslararası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney, KHUKA, Kasım 2005, Yıl:8, s.200.

²⁰² Kerman, s. 97.

²⁰³ Ünver, s.169.

²⁰⁴ Türk Tabipler Birliği tarafından, 90. madde üzerinde 01.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonunda yapılan görüşmeler sırasında ilgili bentte, Avrupa Birliği ülkelerinde kabul edilen 2001/20 sayılı direktif hükümleri doğrultusunda, gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bunun gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır; Her ilaç için uygun bir hayvan modeli olmayabilir ve bu durumda, kuşkusuz, insanların sağlığı için bir takım yöntemlerin geliştirilmesi, bir takım iyileştirmeler, ilaçlar da yapılması gerektiği hususunun da gözden kaçırılmaması gerekmektedir.

²⁰⁵ Hakeri, s. 409.

²⁰⁶ Kerman, s. 98.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/i maddesi, esasen konuya daha geniş bir koşul getirmektedir²⁰⁷: “İnsanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması.” Sözleşmenin bu hükmü, 90. maddeye ilave bir koşul olarak eklenmelidir²⁰⁸.

bcad. “İnsan Dışı Deney Ortamında Veya Hayvanlar Üzerinde Yapılan Deneyler Sonucunda Ulaşılan Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunların İnsan Üzerinde de Yapılmasını Gerekli Kılması”

90. maddenin 2. fıkrasının (c) bendinde, yapılan tıbbi deney sonucunda bir yarar beklentisi olması üzerine, artık belirli koşullar geçildikten sonra insan üzerinde de araştırmaya girişilebileceği belirtilmektedir²⁰⁹. Bunun için, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneylerden elde edilen bilimsel veriler ışığında, varılmak istenen amaca ulaşılabilmesi için, bilimsel deneylerin insan üzerinde de yapılması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır²¹⁰. Bununla birlikte, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneylerden olumsuz sonuçlara ulaşılmış veya olumlu sonuçlara ulaşıp da insan üzerinde ayrıca yorucu ve sıkıntı verici uygulamalar yapılmasına gerek yok ise bu durumda insan üzerinde bilimsel deney yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır²¹¹.

Deneyin insan üzerinde de yapılmasının gerekli olup olmadığı hususu, sağlık mevzuatı çerçevesinde tıp biliminin verileri gözetilerek belirlenmelidir²¹².

90. maddenin (c) bendinde yer alan “varılmak istenen hedef” ifadesi yerine, ÜNVER tarafından, “hukuka uygun hedef” ifadesinin kullanılması önerilmektedir²¹³.

²⁰⁷ Hakeri, s. 409.

²⁰⁸ Ünver, s. 169.

²⁰⁹ Kerman, s. 98.

²¹⁰ Şen, s. 2005.

²¹¹ Şen, Deney Suçu, s. 2005.

²¹² Parlar/Hatipoğlu, s. 783.

²¹³ Ünver, Tıbbi Deney, s. 169.

Metinde aranması gerekenin, ulaşılması istenen meşru amaç olduğu ve bunun da “*hukuka uygun amaç (hedef)*” olarak ifade edilmesi gerektiği savunulmaktadır²¹⁴.

bcae. “Deneyin, İnsan Sağlığı Üzerinde Öngörülebilir Zararlı ve Kalıcı Bir Etki Bırakmaması”

90. maddenin 2. fıkrasında aranan koşullardan bir diğeri de, yapılacak deneyin insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmamasıdır. Bu koşul, Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 33. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre; “*Araştırmalarda, gönüllüniin sağlığına ve diğer kişilik haklarına zarar verilmemesi için gereken bütün tedbirler alınır. Araştırmanın gönüllüye vereceği muhtemel zararlar önceden tespit edilemediği takdirde; gönüllü, rızası bulunsa dahi, araştırma konusu yapılamaz.*”

Bir bilimsel deneyden beklenen tıbbi fayda ve toplum menfaati, üzerinde deney yapılmasına rıza gösteren gönüllünün hayatından ve vücut bütünlüğünün korunmasından üstün tutulamayacağından, deneyin insan sağlığı üzerinde zararlı ve kalıcı bir etki bırakacağı açık veya öngörülebilir ise gönüllünün tıbbi deneye rıza göstermiş olması, bu deneyde görev alan personelin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmaz²¹⁵.

Deneyi gerçekleştiren kişi, bilimsel deneyin insan üzerinde uygulanmasından zararlı ve kalıcı bir etki doğabileceğini öngörmekte, fakat buna rağmen deneyi yapmakta ise, elbette söz konusu deney hukuka aykırı olacak ve failin fiili suç teşkil edecektir²¹⁶. Fail hakkında cezai sorumluluğun doğabilmesi için, yapılan deneyler sonucunda insan üzerinde zarar oluşmalı, bu zarar geçici olmamalı, kalıcı bir etki bırakmalı ve deneyi yapan tarafından öngörülebilir bir nitelik taşımalıdır. şEN’e göre; “*öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakma*” nın değil, “*somut tehlike içeren ve ileride kalıcı etkiler göstermesi pek muhtemel olan öngörülebilir*

²¹⁴ Ünver, Tıbbi Deney, s. 169- 170.

²¹⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 783.

²¹⁶ şen, Tıbbi Deney, s. 2005.

sonuçlar”ın da bent kapsamına dahil edilmesinde yarar bulunmaktadır²¹⁷. Ancak, “*kanunilik*” prensibi karşısında bu hususun mümkün olmayacağını ve şartın “*d*” bendinin lafzıyla sınırlı anlaşılması gerekliliğini ifade etmek isteriz.

bcaf. “Deney Sırasında Kişiy e İnsan Onuruyla Bağdaşmayacak Ölçüde Acı Verici Yöntemlerin Uygulanmaması”

İnsan üzerinde yapılacak deneylerin belirli ölçüde acı verici geçici sonuçlar içermesi mümkündür. Ancak bu acının, insanın tahammül sınırını zorlaması, eziyet çekmesine yol açması halinde, bilimsel deneyin hukuka aykırılığı gündeme gelecektir²¹⁸. Bu hususun, izin vermeye yetkili kurul ve makamlarca, deneye izin verilmesi aşamasında değerlendirilmesi gerekmektedir²¹⁹.

Bu bendin bu düzenleniş biçimiyle eksik olduğu, sadece yöntemler açısından insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı vermeme özelliğinin aranmasının yetmeyeceği, buna ilave olarak araştırması yapılan ilaç vs. maddelerin de bu özelliğinin vurgulanması gerektiği belirtilmektedir²²⁰. Bununla birlikte, ikinci fıkradaki “*insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması*” koşulunun madde metninde suç nedeniyle ceza verilmemesinin bir koşulu olarak düzenlenmesinin hatalı olduğu ifade edilmektedir²²¹. Bunun gerekçesi ise şöyle açıklanmaktadır; Bu koşul eylem sonrası yapılacak bir bilirkişi tespitiyle hekimler üzerinde ciddi ve bazen de kötüye kullanılabilir bir tehdit aracı olabilecektir. Ayrıca, bunun tespiti olanaksız olup, yasal tanım bulunmamakta ve uygulamada tıp mensupları arasında tereddüt uyandırıcı nitelikte bir hükümdür²²². Bu koşulun belirsizliğine rağmen yine de muhafaza edilmek isteniyorsa, araştırmaya izin verecek yetkili kurulun inceleyip karar vereceği bir husus olarak düzenlenmesi gerektiği de ifade edilmektedir²²³.

²¹⁷ Şen, Tıbbi Deney, s. 2005.

²¹⁸ Şen, Tıbbi Deney, s. 2005.

²¹⁹ Parlar/Hatipoğlu, s. 783; Hakeri, s. 410.

²²⁰ Kerman, s. 100.

²²¹ Ünver, s. 170.

²²² Ünver, s. 170.

²²³ Ünver, s. 170.

bcag. “Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması”

Tıbbi deneyler hiç değilse kısmen bilinmeyene atılmış bir adımdır. Hastayı veya üzerinde deney yapılan kimseyi bekleyen muhtemel yarar veya riziko karşılaştırılmalıdır²²⁴. Tıp biliminin amacı insan sağlığını korumak ve hastalıklara çare bulmak olduğuna göre, uygulama alanı insan olan ve bilimsel çalışmanın ilk aşamasını oluşturan deneyin, elverişli bir netice alınması olasılığını taşıması, beklenen tıbbi faydanın, deneye tabi tutulan kişinin yüklendiği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye oranla ağır basması şarttır²²⁵. Başka bir ifadeyle, yapılacak deneyin getireceği fayda ile sebep olacağı riskler ve deneye tabi olacak kişilere yükleyeceği külfetler arasında bir orantı olmalı ve deneye katılacak kişilerin vücut bütünlüğü her türlü çıkar ve faydanın üzerinde olmalıdır²²⁶.

Söz konusu ilke, Helsinki Bildirgesi'nin 18. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, hedeflenen yararın söz konusu risk ve rahatsızlıklara göre daha ağır basması gereği özellikle sağlıklı insan denekler üzerinde yapılacak araştırmalarda aranması gereken bir koşul olarak düzenlenmiştir. Aynı ilke, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/ii maddesinde ise şu şekilde ifade edilmiştir: *“Araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararıyla oransız olmaması.”*

Bu bentte bahsedilen *“tehlike”* kavramının, insan hayatı üzerinde ciddi bir somut tehlike doğurucu sonucu içermemesi de gerekmektedir²²⁷. Aksi halde, bilimsel

²²⁴ Deutsch, Erwin, Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu, Çeviren: Dr. İrfan Yazman, AÜHFD, Cilt: XXXVI, 1979, Sayı: 1- 4, s. 179.

²²⁵ Parlar/Hatipoğlu, s. 783.

²²⁶ Kerman, s. 101.

²²⁷ Şen, Tıbbi Deney, s. 2006.

deneylere katılan insanların hayatlarına son verebilecek veya sağlıklarını bozabilecek deneylerin de hukuka uygun sayılması söz konusu olur²²⁸.

**bcak. “Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli
bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın
yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı
bulunmaması”**

Özerkliğe saygı ilkesinin tıbbi müdahalelerde amacına uygun yerine getirilebilmesi, aydınlatılmış onam ilkesinin öncelikle uygulanmasını gerektirmektedir²²⁹. Şimdiye kadar incelemiş olduğumuz uluslararası belgelerde ve özellikle Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nde yer alan ve insan üzerinde yapılacak deneylerin hayata geçirilmesinde insan yaşamına, onuruna verilen önem dolayısıyla her zaman en önde tutulan aydınlatılmış ve hür onam ilkesine, TCK’ da da yer verildiğini görmekteyiz. 90. maddenin 2. fıkrasının ilk cümlesinde, bilimsel deneylerin ancak rızaya dayalı olarak yapılabileceği belirtilmiş, fıkranın (g) bendinde de bu onamın yeterli bir bilgilendirmeye dayalı ve yazılı olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu düzenlemenin, TCK’ nun 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen “*ilginin rızası*” hukuka uygunluk nedeni ile uyumlu olduđu²³⁰ görülmektedir.

Yapılan bilimsel deneylerle ilgili olarak, kişinin rızası olsa bile bunun geçerliliğinin olmadığını ve bu nedenle de insanlar üzerinde bilimsel deney yapılmasının tamamen hukuka aykırı olduğunu belirten görüşün mevcudiyetinin²³¹ yanında, TCK m. 26 ve inceleme konumuz m. 90 ile insan üzerinde deney yapılmasının tümüyle yasaklanmasının zaten mümkün olmadığı²³² görülmektedir. Biz de, en önemli amacı insan sağlığını korumak olan tıp biliminin gelişmesinin

²²⁸ Şen, Tıbbi Deney, s. 2006.

²²⁹ Kök, Ahmet Nezi, İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, KHUKA, Kasım 2005, Yıl:8, s. 116.

²³⁰ Şen, Tıbbi Deney, s. 2001.

²³¹ Bu görüşün gerekçesi, insanın kişiliğine duyulan saygıya ve insan bedeninin, bilimin gelişmesi veya hekimin cerrahi tekniğini kanıtlaması açısından bir deney aracı konumuna düşürülememesi düşüncesine dayandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, s. 162.

²³² Şen, Tıbbi Deney, s. 2002.

sağlanması açısından aydınlatılmış rızası bulunan insanlar üzerinde bilimsel amaçlı deneyler yapılması düşüncesine kural olarak katılmaktayız.

Tıbbi deneylerde söz konusu olan aydınlatılmış ve özgür onamın detaylı bir bilgilendirme ve bazı biçim şartlarına sıkı sıkıya uyulması sonucu verilebileceği belirtilmiştir. Hukukumuzda insan üzerinde tıbbi deneylerde verilecek onam şartına İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’ te ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nde yer verilmiştir. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 8/c maddesine göre; *“Yapılacak araştırmaların kapsamı, amacı, zarar ve tehlikeleri, gönüllülere tam ve yazılı olarak anlatılır.”* Yönetmeliğin 8/b maddesine göre de; *“I., II., III. Dönem denemeler, gönüllülerde ve kişinin yazılı rızası ile yapılır.”* Tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerektiğini belirten (m.24) Hasta Hakları Yönetmeliği’nde de konuya ilişkin düzenleme 33. maddenin 2. fıkrasında yer almaktadır. Buna göre: *“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.”* Aynı Yönetmeliğin 34. maddesi ise, onam alınmasının usulünün ve şeklinin nasıl olacağını hükme bağlamıştır. Buna göre: *“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.”*

Görüldüğü gibi mevzuatımızda, tıbbi deneye verilecek onamın içeriği, bilgilendirmenin hangi konuları kapsayacağı yönetmelikler aracılığıyla düzenlenmiştir. Bu kadar büyük bir öneme sahip olan bu hususun kanun aracılığıyla düzenlenmesinin daha uygun olacağı önerilmektedir²³³. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki, düzenleme kanun düzeyinde de olsa, mühim olan uygulamacılardır. En iyi kanunun bile kötü uygulamacıların elinde kötü sonuç doğuracağı bir gerçektir. Uygulamada da, aydınlatılmış onam şartı aranmadan, hatta kişinin haberi bile olmadan deney konusu olduğu durumlar söz konusu olabilmektedir. Özellikle onkoloji kliniklerinde, kişilere istekleri, hatta bilgileri dışında deneyler

²³³ Kerman, s. 104.

uygulanabilmektedir. Bu tür suiistimler ancak iyi kanunlarla ve bu iyi kanunları uygulayan iyi uygulamacılarla ortadan kaldırılabılır.

TCK m. 90/2 (g)'de öngörülen diğer bir koşul olan yapılacak deneyin “*herhangi bir menfaat teminine bağlı olmaması*” koşulu, ceza hukuku korumasının alanını daraltmaktadır²³⁴. Tıbbi deneylerde gönüllülük esas olduğundan, onam verilmesi bir menfaat teminine bağlı bulunmamaktadır²³⁵, denilmektedir. Ancak bu durum öğretilerde eleştirilmiştir. Bu düzenlemeyi eleştirenlere göre, insan üzerinde deneylerin yapılabilmesi için menfaat temininin bulunmaması koşulu denek insan bulunmasını zorlaştıracak ve ceza hukuku korumasının alanını daraltacak, gereksiz yere cezalandırmak için menfaat temini gibi bir koşula başvurulacaktır²³⁶. Çünkü, hasta olmayan ve iyileştirilmeye çalışılmayan birisi neden üzerinde deney yapılmasına izin versin? Bu durum hayatın gerçeklerine uymamaktadır. Örneğin, Almanya’da bedel alınmaktadır²³⁷. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nde, yasaklanan deney müdahaleleri açısından suç tipinde herhangi bir menfaat temini koşulu bulunmamaktadır²³⁸.

bcB. Hakkın Kullanılması (TCK m. 26/I)

765 sayılı TCK’da yer almayan hakkın kullanılması, TCK m. 26/1’de düzenlenmiştir²³⁹. Buna göre; “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.*” Hakkın kullanılması durumları bir hukuk devletinde sayıca çok fazladır. Bunlardan biri de hekimlik mesleğinin icrasıdır. Devletin tıp mesleğinin yerine getirilmesine izin vermesi ve bunu desteklemesinin olağan sonucu bu meslek ile ilgili bütün fiillere de izin verilmiş olmasıdır²⁴⁰. Bu nedenle, ameliyat sırasında hastanın karın boşluğunu açan cerrah yaralama suçunu işlemiş olmaz²⁴¹.

²³⁴ Ünver, Tıbbi Deney, s. 171.

²³⁵ Cin, Onursal, İnsan Üzerinde Yapılan Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı, Hukuki Perspektifler Dergisi, S.2, Sonbahar, 2004, s. 172.

²³⁶ Hakeri, s. 412; Ünver, Tıbbi Deney, s. 171.

²³⁷ Ünver, Tıbbi Deney, s. 171.

²³⁸ Ünver, Tıbbi Deney, s. 171.

²³⁹ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 209.

²⁴⁰ Bayraktar, s. 90.

²⁴¹ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 214.

Hekim, bu hukuka uygunluk sebebinden, tedavi amacıyla giriştiği fiillerde ve estetik amaçlı ameliyatlarda, organ nakillerinde, hatta deneysel müdahalelerde de faydalanacaktır²⁴². Hekimlik mesleğinin icrası sırasında, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmediği sürece, ön planda tutulan tedavidir, şifadır, yoksa hastanın ne düşündüğü değildir²⁴³. Ancak bilinmektedir ki, insanı obje (nesne, eşya) haline getiren her türlü muamele insan haysiyetine doğrudan doğruya ağır bir aykırılık teşkil ettiğinden, bir hukuk devletinde asla kabul edilemez ve böyle bir muamele daima hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir²⁴⁴. Tıbbi zorunluluk (AY m. 17/2) bulunmadığı sürece, örneğin bir estetik ameliyatı söz konusu ise, hastanın iradesi ikinci değil daima ilk plandadır; rızanın aranması şarttır; aksi takdirde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Aynı şekilde, hekim tedavi amacıyla değil de deney amacıyla tıbbi müdahalede bulunmuş ise yine hakkın kötüye kullanılması söz konusudur; bu şekilde hareket eden hekim sorumluluktan kurtulmaz²⁴⁵. Doktrinde, hakkın icrasının tam olarak bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilmesinin, hekimin *tedavi etme amacıyla* hareket etmesine bağlı olduğunu ve bu nedenle de bilimsel deneylere insan üzerinde girişilmesinde artık hakkın icrasının varlığının ileri sürülemeyeceğini belirten görüş²⁴⁶ de mevcuttur.

Fiilin hukuka uygunluk koşullarında, insan üzerinde tedavi amaçlı deneme yapma suçundan farklı olarak açıkça belirtilmemişse de insan üzerinde deney yapan kişilerin de yetkili kişiler olması gerekir²⁴⁷. Bu işlemlerin hukuka uygun sayılmalarının temelinde yasa koyucunun verdiği bir yetki yattığından, cezasızlığı "*hakkın icrasına*", dayandırmak yanlış olmaz²⁴⁸. İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m.9'da açıkça vurgulandığı üzere, araştırmacının mutlaka *tıp doktoru* olması ve uzmanlık dalında en az 5 yıl tecrübesi bulunması gerekmektedir. Bu kişiler bakımından, 2. fıkrada belirtilen diğer koşulların da tümünün birden gerçekleşmesi halinde hekimlik mesleğinin icrası, hakkın kullanılması kapsamında hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilir.

²⁴² Bayraktar, s. 91.

²⁴³ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 215.

²⁴⁴ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 215.

²⁴⁵ Öztürk/Erdem, Ceza Genel, s. 215.

²⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bayraktar, s. 91.

²⁴⁷ Özbek, Veli Özer, TCK İzmir Şerhi-Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı-Özel Hükümler Madde 76- 169), Cilt 2, 1. Baskı, Ankara 2008, s. 523- 524.

²⁴⁸ Keyman, Selahattin, Hekimin Cezai Sorumluluğu, AÜHFD, 1978, s. 68.

bcc. İlginin Rızası (TCK m. 26/2)

İlgilinin (mağdurun), kendisine karşı işlenen fiili onaylaması durumu olan ilgilinin rızası TCK' nun 26. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre: *“Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.”*

İnsan üzerinde yapılacak deneyler bakımından öncelikle şunu ifade etmeliyiz ki, ilginin rızası fiili tek başına hukuka uygun hale getirmez. İlginin rızasının yanında mutlaka yukarıda saydığımız koşulların da gerçekleşmiş olması şarttır. Kanunun özel düzenlemesi gereği, rızanın geçerli kabul edilebilmesi için, açıklanan rızanın deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olması, yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması gerekir. Böylece kanun koyucu genel olarak kabul edilen rızanın şekle bağlı olmadığı kuralına, suçun ağırlığını da dikkate alarak istisna getirmiştir²⁴⁹. İlginin rızasının tıbbi müdahaleyi haklı kılabilmesi için, ilgilinin hangi ölçüde aydınlatılması gerektiğinin²⁵⁰ de açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Tıbbi deney söz konusu olduğunda, üzerinde deney yapılacak olan kişi, araştırmanın amacı, usulü, muhtemel faydalar ve zararları, araştırmaya iştirak etmekten vazgeçebileceği ve araştırmanın her safhasında başlangıçta verdiği rızayı geri alabileceği hususlarında, önceden yeterince bilgilendirilmelidir (Hasta Hakları Yön. M.33).

Bununla birlikte, CGTİHK m. 78/3 uyarınca, rıza olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz²⁵¹.

²⁴⁹ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 35 de bu durumu: *“ Tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekil şartına tabidir.”* şeklinde vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek/Doğan, s. 557.

²⁵⁰ Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD, S.51, C.3, Y.2003, s. 65.

²⁵¹ Benzer düzenleme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararıyla kabul edilen “Herhangi Bir Biçimde Tutulan Veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü” m. 22’de yer almaktadır. Buna göre: *“Tutulan veya hapsedilen bir kimse, kendi rızası bile olsa, sağlığına zarar verebilecek tıbbi veya bilimsel bir deneye tabi tutulamaz.”*

bd. Manevi Unsur (Kusurluluk)

Yetişkinler üzerinde tıbbi deney suçunun manevi unsuru kasttır. Kanun koyucu burada özel kast aramamıştır. Failin, ilgilinin rızası bulunmaksızın veya rızası bulunsa bile yetişkin bir insan üzerinde 2. fıkradaki şartlar bir arada gerçekleşmeden bilimsel deney yapma bilinç ve iradesi ile deneyi gerçekleştirmesiyle suç oluşur²⁵². Eğer bu deneyin sonucunda üzerinde deney yapılan insanın yaralanabileceği veya ölebileceği öngörülmesine rağmen, fail sonucu kabullenerek deneyi gerçekleştirmişse, ortaya çıkan sonuçlar bakımından failin olası kastla (TCK m. 21/2) hareket ettiğinin kabulü gerekir²⁵³.

Kanun koyucu özel kast aramadığı için, insan üzerinde deney yapan kişinin bunu maddi menfaat temini amacıyla veya tıp bilimine katkı sağlamak amacıyla veya başka bir amaçla yapmış olması önem taşımaz²⁵⁴. Ancak böyle bir durumun varlığı, TCK m. 61 kapsamında cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Ancak, deney esnasında tüm koşullara uyulmasına rağmen yaralama ya da ölüm meydana gelmiş ise, koşulları varsa, fail taksirden sorumlu tutulabilir. Örneğin, tüm koşullara uyularak yapılan deneyde, failin mesleki dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucunda mağdurun yaralanması veya ölümü halinde, meydana gelen netice açısından kişinin en azından taksir düzeyinde kusuru bulunduğundan, taksirle öldürme veya yaralama suçundan sorumlu tutulması mümkündür.

Doktrinde, yetişkinler üzerinde deney suçunun kusurluluk açısından bir takım sorunlar içerdiği ifade edilmektedir²⁵⁵. Bu görüşteki yazarlara göre; “Birinci fıkrada belirtilen suçun oluşması sonucunda yaralama veya ölüm neticeleri oluşursa, kasten yaralamaya veya kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ancak bu düzenleme ile mağduru deney yaparak öldürmeye kast etmiş fail ile böyle bir kastı olmaksızın sadece bilimsel deney yapma kastı ile hareket eden fail aynı şekilde cezalandırılacaktır. Böyle bir durum ise, cezanın failin kusuru ile oranlı olarak

²⁵² Parlar/Hatipoğlu, s. 781.

²⁵³ Parlar/Hatipoğlu, s. 782.

²⁵⁴ Özbek/Doğan, s. 558.

²⁵⁵ Özbek/Doğan, s. 555.

belirlenmesi ilkesine aykırıdır. Bu durumda tartışılması gereken durum acaba insan üzerinde deney yapan kişinin 5. fıkra atfıyla kasten öldürme ile yargılanırken, olası kast hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağıdır. Kanun koyucu bu durumda her ne kadar kasten yaralama hükümleri uygulanarak failin kastını varsayar bir düzenleme yapmış gibi görünse de bu durumda olası kast hükümlerini uygulayarak cezasında indirim yapılmasına bir engel yoktur”.

Zorunluluk hali ya da yetkili merciin emri bu suç bakımından kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul edilemez²⁵⁶.

2. Çocuklar Üzerinde Deney Suçu

a. Genel Olarak

TCK’ nun Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen tasarı metninin 93. maddesinin 2. fıkrasında “*Çocuklar üzerinde bilimsel bir deney hiçbir surette yapılamaz.*” hükmü yer almaktaydı. Ancak bu hüküm Komisyon görüşmelerinde ciddi bir şekilde eleştirilmiştir. Türk Tabipler Birliği, 01.07.2004 tarihli Adalet Komisyonundaki görüşmelerde şu hususa dikkatleri çekmiştir: “Çocuklarda kullanılacak ilaçların sadece yetişkinler üzerinde denendikten sonra uygulanması bilimsel açıdan çok kabul edilebilir ve güvenli bir yöntem değildir; çocuklarda kullanılan aşı ve ilaçların tamamı çocuklarda yapılan deneyler sonrasında kullanılabilir hale gelmiştir ve bu gerçeği göz önünde tutan Avrupa Birliği, 2001/20 sayılı direktifin 4 üncü maddesini de tamamen çocuklarla ilgili deneylere hasretmiştir.” Yine, 13.07.2004 tarihli Adalet Komisyonundaki görüşmelerde, çocuklar üzerinde deney yapılmasının gerekliliği şöyle ifade edilmektedir: “Eğer çocuklar üzerinde bazı deneyler veyahut denemeler yapılmazsa, bu sefer, çocuklar birçok ilaçtan ve bunlardan önemlisi aşılardan mahrum kalacaktır. Yeni aşular üzerinde çalışmalar yapılmaktadır ve bu aşular geliştirildiği takdirde, mutlak surette denenmesi gerekir. Eğer çocuk üzerinde hiçbir araştırma yapılmaz, deneme yapılmaz

²⁵⁶ Özbek/Doğan, s. 558.

derseniz, bütün yatırımlar boşa gidecektir. Birçok ilacın çocuk dozu vardır. Bu çocuk ilaçlarının da çocuklarda mutlak surette denenmesi gerekmektedir.”

Bu eleştiriler doğrultusunda, 90. maddenin metni 31.03. 2005 tarihli ve 5328 sayılı Kanunla değiştirilmiş ve çocuklar üzerinde tıbbi araştırma yapılması mümkün hale gelmiştir²⁵⁷.

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinin 3. fıkrasına göre:

“ *Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkra da 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.”

Görüldüğü gibi, çocuklar üzerinde yapılacak deneyler, yetişkinler üzerinde yapılacak deneylere göre daha sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Çocuklar üzerinde deneylerin yapılabilmesi için, 90. maddenin ikinci fıkrasındaki koşulların hepsinin yerine getirilmesi gerekmekte ve buna ilave olarak da üçüncü fıkradaki koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir.

Çocuklar üzerinde yapılacak deneylerle ilgili İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik' in 8/D maddesinde de hüküm bulunmakta ve kural olarak 18 yaşını

²⁵⁷ Ancak doktrinde, çocuk üzerinde deney yapılmasının belirli şartlarla kabul edilmiş olması değişik görüşlerin oluşmasına neden olmuştur. Örneğin; Yarsuvat ve Bayraktar tarafından, çocukların deneylerde kullanılmasının insancıl duygu ve düşüncelerin zedelenmesine neden olabileceği ve çocukların araç olarak kullanılması sonucunu doğurabileceği ifade edilmektedir (Yarsuvat/Bayraktar, s. 75). Yine, Donay ve Kaşıkçı da, çocuklar üzerinde deneylere izin verilmesi, çocukların özellikle etki altında kalabilmeleri ve veli ya da vasilerinin maddi çıkarlarla kandırılarak onam verme konusunda ikna edilmeleri olasılığının bulunduğunu ve bu nedenle TCK' da yapılan değişikliğin yerinde olmadığını ve suiistimallere neden olabileceğini belirtmektedirler (Donay/Kaşıkçı, s. 142).

tamamlamamışlar üzerinde deney yapılması yasaklanmaktadır. Buna göre; kesin bir zorunluluk olmadıkça 18 yaşını tamamlamamış olanlar üzerinde I. ve II. Dönem ilaç denemeleri yapılamayacaktır. Ancak kesin bir zorunluluk varsa, ki bu koşul TCK' da da öngörülmüştür, çocuklar üzerinde deney mümkün olabilecektir²⁵⁸. Böylece yönetmelik hükümleri çocuklar bakımından Türk Ceza Kanunu'na nazaran daha sınırlayıcı niteliktedir²⁵⁹. Bununla beraber, kanun niteliğinde olması ve daha sonra yürürlüğe girmesi itibariyle, ceza kanunumuzda belirtilen ve aşağıda ele alınacak koşulların gerçekleşmesiyle çocuklar üzerinde deney yapılabilir²⁶⁰. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 35. maddesinde de bu konuda düzenleme bulunmaktadır. Bu maddeye göre; “ *Reşit ve mümeyyiz olmayanlara kendilerine faydası olmadan sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler hiçbir surette tatbik edilemez. Faydaları bulunması şartı ile reşit ve mümeyyiz olmayanlar üzerinde tıbbi araştırma yapılması, velilerin veya vasilerinin rızasına bağlıdır.*”

b. Çocuk Üzerinde Deney Suçunun Unsurları

Çocuklar üzerinde deney suçunun unsurlarını açıklarken, benzer noktalarda yetişkinler üzerinde yapılan deney suçuna ilişkin yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetineceğiz. Aşağıda sadece gerekli gördüğümüz unsurlar üzerinde duracağız.

ba. Maddi Unsur (Hareket)

baa. Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Çocuklar üzerinde deney suçuyla korunan hukuksal yarar da en başta vücut dokunulmazlığıdır. Bunun yanı sıra, çocuğun yaşam hakkı, onuru, özel yaşamının dokunulmazlığı da korunan hukuksal yararlar içerisinde yer almaktadır.

²⁵⁸ Hakeri, s. 412.

²⁵⁹ Hakeri, s. 412.

²⁶⁰ Hakeri, s. 412.

bab. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu “*insan*”dır. Çocuklar üzerinde deney suçu bakımından, suçun maddi konusunu oluşturan yaşayan bu insanın aynı zamanda “*çocuk*” olması gerekmektedir. Yukarıda yetişkinler üzerinde deney suçu bakımından suçun maddi konusu ile ilgili yaptığımız açıklamalar bu suç bakımından da geçerlidir.

bac. Fail-Mağdur

Fail bakımından yetişkinler üzerinde deney suçu ile benzerlik arz etmektedir.

Mağdur bakımından ise, bu suçun faili “*çocuk*” olmalıdır. 90. maddenin 3. fıkrasında sadece “*çocuk*” denmiş, herhangi bir yaş sınırı belirtilmemiştir. Deneye tabi tutulacak kişinin yaşı ve çocuk olup olmadığı, bilimsel deneyin yapıldığı zaman dikkate alınmak suretiyle tespit edilmelidir²⁶¹. Böylece, deney sırasında onsekiz yaşını doldurmamış olan birey “*çocuk*” kabul edilecektir²⁶². Ancak bu noktada hiç olmazsa üçüncü fıkrada bir yaş sınırının gösterilmesi ve bu yaş sınırının da oniki yaşını tamamlamak olarak belirtilmesi ve bu yaş sınırını tamamlamayanlar üzerinde bilimsel deneylere yasak getirilmesi daha isabetli olurdu²⁶³.

Çocukların bu suçun mağduru olması ile ilgili çeşitli görüşler mevcuttur. Örneğin, Şen, TCK’nun 90/3. maddesinin ilk halinin daha isabetli olduğunu ve sadece hasta çocukların tedavi amaçlı tıbbi denemelere tabi tutulmasının daha doğru olduğunu belirtmektedir²⁶⁴. Ünver ise, sağlam ve hiçbir hastalığı olmayan çocuklar üzerinde araştırmaya kesinlikle izin verilmemesi gerektiğini belirtmekte ve hasta çocuk ile ilgili bir beklenti varsa ancak o zaman araştırma yapılması gerektiğini ifade etmektedir²⁶⁵. Cin ise, özellikle ilaç araştırmaları çerçevesinde, yabancı ilaç firmalarının kendi ülkelerinde ruhsat alamadığı ilaçlarla ilgili araştırmaları ülkemizde çocuklar üzerinde gerçekleştirmesi gibi bir tehlikenin doğabileceğine dikkatleri

²⁶¹ Şen, Tıbbi Deney, s. 2008.

²⁶² Şen, Tıbbi Dene, s. 2008.

²⁶³ Şen, Tıbbi Deney, s. 2009.

²⁶⁴ Şen, Tıbbi Deney, s. 2009.

²⁶⁵ Ünver, Tıbbi Deney, s. 172.

çekmekte ve konu ile ilgili düzenlemelerde bu durumu engelleyecek bir hükmün bulunmadığını belirtmektedir²⁶⁶.

Çocuklar üzerinde yapılacak tıbbi deneylere karşı yapılan tüm bu itirazlara rağmen, çocuklara özgü ilaçların keşfedilmesi ve bunların geliştirilebilmesi için, fıkroda belirtilen tüm koşullara uyulması ve çocukların haklarının sıkı bir şekilde korunması koşuluyla, bu deneylerin yapılmasının gerekli olduğu düşüncesindeyiz.

bad. Hareket- Netice- Nedensellik Bağlantısı

Bu bölüm altında ele alacağımız hususlarla ilgili de yetişkinler üzerinde yapılan deneylerle ilgili olarak yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

bb. Hukuka Aykırılık Unsuru

bba. Ceza Sorumluluğunu Kaldıran Haller

bbaa. Genel Olarak

“Çocuk” kabul edilen bireyler üzerinde yapılan deneylerin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için, öncelikle 90. maddenin ikinci fıkrasında gösterilen koşulların yanı sıra üçüncü fıkroda üç bent halinde sayılan koşulların da gerçekleşmesi gerekmektedir. İkinci ve üçüncü fıkralarda sayılan koşullara uyulmaksızın bir çocuk üzerinde yapılacak deney, maddenin birinci fıkrasında tanımlanan suç kapsamına girecek ve deneyin sonucunda başarı elde edilip edilmediğine bakılmaksızın deneyi yapan kişi, yani fail cezalandırılacaktır.

90. maddenin 3. fıkrası uyarınca; Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için aranan koşullar şunlardır:

²⁶⁶ Cin, Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı, s. 172.

**bbab. “Yapılan Deneyler Sonucunda Ulaşılan
Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe
Ulaşmak Açısından Bunların Çocuklar
Üzerinde De Yapılmasını Gerekli Kılması”**

Üçüncü fıkranın (a) bendine göre, yetişkinler üzerinde yapılan deney bir sonuç vermemeli ve deneyin sonuç verebilmesi için çocuklar üzerinde yapılması gerekliliği ortaya çıkmalıdır. Örneğin, çocuklar için söz konusu olacak ilaç ve aşıların geliştirilebilmesi veya bunların çocuk dozunun ayarlanabilmesi ancak çocuklar üzerinde yapılacak deneylerle mümkün olabilecektir. Özellikle aşı meselesi üzerinde durulmalıdır. Çünkü aşı tamamen sağlıklı çocuklar içindir ve o çocukların sağlığını korumak için yapılır. Ne hayvanlar üzerinde ne de yetişkinler üzerinde yapılan deneylerle bu aşıların çocuklar üzerinde ne etki yaratacağı öngörülemez. Bu gibi durumlarda deneyin çocuklar üzerinde yapılmasında, ulaşılmak istenen hedef bağlamında bir zorunluluk söz konusudur.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşme'nin 17. maddesi hükmü gereği olarak, doğrudan bir yarar bulunmadığı durumlarda çocuk üzerinde deney yapılması mümkün değildir²⁶⁷. Bu düzenleme karşısında, incelediğimiz 3. fıkranın (a) bendinin yetersiz kaldığını görmekteyiz. Zira, fıkranın bu haliyle yeteri kadar güvence oluşturmadığı ve Sözleşme'nin onam vermeye yeteneği olmayan kişiler üzerinde deney yapılabilmesi için aradığı *doğrudan yarar* koşulunun kanunumuz bakımından aranması gerektiği düşüncesindeyiz.

²⁶⁷ Katoğlu, s. 179.

**bbac. “Rıza Açıklama Yeteneğine Sahip Çocuğun
Kendi Rızasının Yanı Sıra Ana Ve Babasının
Veya Vasisinin Yazılı Muvafakatinin De
Alınması”**

Fıkranın (b) bendi ile çocuklar üzerinde yapılacak deneylerde, kanuni temsilcilerinin onamlarının yanı sıra, onam verme yeteneğine sahip çocuğun da onamının aranacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda çocuk rıza açıklama yeteneğinden henüz yoksun bulunmakta ise, bu durumda o çocuk üzerinde kanuni temsilcisinin yazılı rızası olsa dahi bilimsel deney yapılabilmesi mümkün değildir²⁶⁸. Çünkü, (b) bendinin ters anlamından, rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocuklar üzerinde bilimsel deney yapılamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır²⁶⁹.

Onam açıklama yeteneğine sahip olan çocuk kavramından ne anlaşılması gerektiği belirsiz olup, bu hukuki olmayan bir kavramdır²⁷⁰. Bununla birlikte, sağlığı açısından çocuk üzerinde deney yapılması zorunlu ise, konunun bilimsel verilerden de yararlanmak kaydıyla ayrıntılı olarak ciddi bir biçimde düzenlenmesi ve duraksamalara son verilmesi önerilmektedir²⁷¹. Şen ise, maddenin üçüncü fıkrasının (b) bendinin sadece rıza açıklama yeteneğine sahip çocuklar üzerindeki deneylere izin verir nitelikte olduğunu, ancak maddede yaş sınırına ilişkin açıklığın bulunmadığını belirtmekte ve bu yaş sınırının, 12 yaşını doldurmak şeklinde olması gerektiğini önermektedir²⁷².

3. fıkranın (b) bendi ile ilgili eleştirilecek bir başka husus da, rıza verecek durumda olmayan çocukların durumunun ne olacağı ile ilgili bir açıklığın olmayışıdır. Bentte, çocuk bakımından temyiz kudretinin değil, rıza ehliyetinin düzenlendiğini

²⁶⁸ Şen, Tıbbi Deney, s. 2008.

²⁶⁹ Şen, Tıbbi Deney, s. 2008.

²⁷⁰ Kerman, s. 108.

²⁷¹ Donay/Kaşıkçı, s. 142.

²⁷² Şen, Tıbbi Deney, s. 2009.

görmekteyiz. Rıza ehliyeti olmayanların özel olarak ve daha itinayla korunacağı ve yine tedavi amacı olmayan deneylerin tedavi amaçlı denemelere nazaran daha sıkı düzenleme altına alınacağı kuşkusuzdur²⁷³. Bazı ülkeler rıza ehliyeti olmayan çocuklar üzerinde araştırma yapılmasını tümüyle yasaklamaktadırlar²⁷⁴. Örneğin, Danimarka, Almanya, Avusturya, İsviçre'nin bazı kantonları ve 2005 tarih ve 5328 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce Türkiye (TCK m. 90/3)'de durum böyledir²⁷⁵. Bunun yanında, diğer bazı ülkelerde ise istisnai olarak ve dar sınırlarla bu deneylere izin verilmektedir²⁷⁶. Örneğin, Fransa, İtalya, İspanya ve Yunanistan'da durum böyledir²⁷⁷. Günümüzdeki eğilim ve uluslararası hukuktaki gelişim ise, bazı sınırlamalarla birlikte çocuklar üzerinde deneylere izin verilmesi yönündedir²⁷⁸.

Öğretide, bu kanuni düzenlemeden önce, insan üzerinde deney bakımından küçüklerin rızalarının geçerli olmadığı, bunlar adına kanuni temsilcilerinin de muvafakat etmesinin kabul edilemeyeceği savunulmaktaydı²⁷⁹. Ancak kanunumuz buna yasal olarak olanak tanımıştır²⁸⁰. Çünkü, bentte, rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin alınması düzenlenmiştir. Helsinki Bildirgesi'nin 24. maddesinin birinci cümlesi de aynı hükmü ihtiva etmektedir: *“Tam rıza gösterme yeteneğine sahip olmayan, bedeni veya ruhsal bir engel dolayısıyla rızasını bildiremeyen veya reşit olmayan bir kimse üzerinde deney yapılacak olduğunda, rıza yasal olarak yetkili temsilcinin aydınlatılmasından sonra geçerli olan hukuka göre alınmalıdır.”*

Çocuklar üzerinde deney konusuna ilişkin olarak, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşme'nin 16. ve 17. maddeleri önem arz etmektedir. Sözleşme'nin 16. maddesi deney konusu ile ilgili genel kuralı koymakta, 17. madde ise, muvafakat verme yeteneği olmayanların korunması konusunu düzenlemektedir. Sözleşme'nin 17. maddesi, kanunumuzda da belirtildiği üzere, öncelikle yetişkinler üzerinde yapılacak deneylerde uyulması gerekli koşulların (m.16) tümünün birden gerçekleşmesini aramış ve buna ilave olarak, yine kanunumuzun tercih ettiği

²⁷³ Ünver, Tıbbi Deney, s. 177.

²⁷⁴ Ünver, Tıbbi Deney, s. 177.

²⁷⁵ Ünver, Tıbbi Deney, s. 177.

²⁷⁶ Ünver, Tıbbi Deney, s. 177.

²⁷⁷ Ünver, Tıbbi Deney, s. 177.

²⁷⁸ Ünver, Tıbbi Deney, s. 177.

²⁷⁹ Hakeri, s. 415.

²⁸⁰ Hakeri, s. 415.

yöntemle, ek bir takım koşulların da gerçekleşmesini zorunlu kılmıştır. Bu şartlar arasında belki de en önemli olanı, 17. maddenin (i) bendinde düzenlenmiş olan, deney sonuçlarının ilgilinin sağlığına doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunmasıdır²⁸¹. Maddenin birinci fıkrasının (ii) bendinde göre; “*Araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması*” gerekmektedir. Buradan çıkan sonuç şudur ki; doğrudan yarar koşulunun gerçekleşmemesi halinde, onam verme yeteneği bulunmayanlar üzerinde deney yapılması mümkün olmayacaktır. Bu hüküm, TCK’ nun 90. maddesinde düzenlenen ve belirli şartların gerçekleşmesi durumunda çocuklar üzerinde deney yapılmasını olanaklı kılan hükümlerle yakından ilgilidir²⁸². Bunun dışında, muvafakat verme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir deneyin yapılamaması durumu söz konusu olmalıdır. Yine, Sözleşme’nin 6. maddesinde öngörülen gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş olması ve ilgilinin itirazda bulunmaması koşulunun da gerçekleşmesi gerekmektedir. TCK da çocuğun kendi rızasını aramak suretiyle, sözleşmedeki “ilgili kişinin itirazda bulunmaması” koşulunu düzenlemiş bulunmaktadır²⁸³.

17. maddenin ikinci fıkrasında ise, araştırmanın ilgilinin sağlığı üzerinde doğrudan yararlı sonuçlar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı durumlarda, istisnai olarak ve kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlar altında, söz konusu araştırmaya izin verilebileceği belirtilmiştir. Ancak bunun için öncelikle, yukarıda incelediğimiz koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunun yanında 17. maddenin ikinci fıkrası iki tane ek koşul daha düzenlemektedir, bu ek koşulların da onam verme yeteneği bulunmayan kişiler üzerinde yapılacak ve doğrudan yararlı sonuçlar sağlama beklentisi bulunmayan deneylerde aranması gerekir. Bu hükümler özellikle TCK’ nun 90/3 maddesinde düzenlenen ve çocuk üzerinde deney yapılmasına imkan sağlayan hükmün uygulanabilirliği açısından önemlidir²⁸⁴.

²⁸¹ Katoğlu, s. 179.

²⁸² Katoğlu, s. 179.

²⁸³ Hakeri, s. 415.

²⁸⁴ Katoğlu, s. 179.

bbad. “Deneyle İlgili İzin Verecek Yetkili Kurullarda Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları Uzmanının Bulunması”

Deneyle ilgili olarak, izin verecek yetkili kurullarda, çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının yer alması gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu deney hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır. Yetkili kurul izni konusunda, yukarıda yetişkinler üzerinde deney konusunda yaptığımız açıklamalarımıza atıf yaptığımızı belirtmek isteriz.

3. Suçun Özel Görünüş Biçimleri

a. Teşebbüs

90. maddenin 1. ve 3. fıkralarında tanımlanan insan üzerinde deney yapma suçu kasten işlenebilen bir suçtur ve teşebbüse müsaittir²⁸⁵. Deney yapma suçu bakımından, üzerinde deney yapılan kişide belli bir zararın oluşması gerekmez. Ancak yukarıda manevi unsuru açıklarken belirttiğimiz gibi, deney eylemi sonucunda yaralanma veya ölümün meydana gelmesi halinde fail hakkında kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır. Bu suçların teşebbüs aşamasında kalması durumunda sadece deneyden dolayı mı ceza verilecek, yoksa ilgili suçlara teşebbüs nedeniyle de fail cezalandırılabilir mi? Burada, ikinci ve üçüncü fıkralardaki koşulları taşımadığı gerekçesiyle yaralanma veya ölüm neticelerinden dolayı faildeki kastı araştırmaksızın, kanuni karine olarak kastı var kabul etmek yanlıştır²⁸⁶.

²⁸⁵ Özbek/Doğan, insan üzerinde deney suçunun soyut tehlike suçu niteliğinde olması ve bu nedenle neticesi harekete bitişik suç olmasından dolayı, kural olarak teşebbüse elverişli olmadığını belirtmektedirler. Ancak hareketlerin bölünebilmesi halinde teşebbüsün mümkün olduğunu belirtmektedirler. Örneğin, fail deneye başlamış ancak henüz tamamlamamış olduğu bir aşamada yakalanmıştır. Böyle bir durumda ancak teşebbüsün mümkün olduğunu ifade etmektedirler (Özbek/Doğan), s. 558.

²⁸⁶ Şen, Ersan, İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Birinci Baskı, Nisan 2008, Ankara, s. 638.

b. İştirak

Deney suçu gerek suça iştirak (suçluların çokluğu) anlamında bir özellik göstermez. Bu suça iştirak mümkündür. Ancak doktrinde, 90. maddede tanımlanan deney suçunun özgü (mahsus) suç olduğunu ve özgü suç olması nedeniyle de ancak özel faillik sıfatını taşıyan deney yapmaya yetkili tıp bilim adamları, araştırmacılar ve yetkili hekimin fail olabileceğinden bahisle, bu suçlara TCK' nun 40/2. maddesi uyarınca ancak azmettiren veya yardım eden konumunda iştirakin mümkün olduğunu belirten yazarlar mevcuttur²⁸⁷.

c.İçtima

Bu suçun zincirlime suç (TCK m.43) şeklinde işlenmesi mümkündür. Ancak bunun için birden fazla deneyin aynı mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi gerekir²⁸⁸. Mağdurlar değişirse mağdur sayısınca suçun bulunduğu kabul edilir²⁸⁹. Ayrıca, maddenin 5. fıkrası uyarınca, insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağından bu durumda TCK' nun 43/3. fıkrası uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir²⁹⁰. Yaralama veya ölüm sonuçlarının meydana gelmesi halinde faile sadece kasten yaralama veya kasten öldürme hükümleri uygulanır, ayrıca 90/1. fıkra uyarınca ceza verilmez²⁹¹.

Üzerinde deney yapmak amacıyla bir kişinin hürriyetinin kısıtlanması durumunda, ortada birden fazla fiille işlenen birden fazla suç tipi olduğundan gerçek içtima hükümlerince her iki suç tipinden de ayrı ayrı ceza verilmesi gerekir²⁹². Aynı şekilde, suçun işlenmesi sırasında cebir kullanılmışsa bu suçta cebir, nitelikli hal veya

²⁸⁷ Parlar/Hatipoğlu, s. 785.

²⁸⁸ Özbek/Doğan, s. 558.

²⁸⁹ Özbek/Doğan, s. 558.

²⁹⁰ Parlar/Hatipoğlu, s. 785.

²⁹¹ Parlar/Hatipoğlu, s. 785.

²⁹² Özbek/Doğan, s. 558.

suçun unsuru olarak düzenlenmediğinden, her iki suçtan da ayrı ayrı ceza vermek gerekir²⁹³.

Konuya ilişkin şu hususu da belirtelim ki, TCK m. 187/1'de kişilerin hayatını ve sağlığını tehlikeye sokabilecek şekilde ilaç yapma ve satma eylemi suç olarak düzenlenmiştir. Ancak, buradaki eylemler deneye dayanmayan eylemlerdir. Bu ilacı yapma, aynı zamanda araştırma eylemleri biçiminde de deney niteliğinde, yani insan üzerinde yapılırsa, sorun suçların içtimaı hükümlerine göre çözümlenecektir²⁹⁴.

4. Yaptırım

Bu suçun yaptırımını 1 yıldan 3 yıla kadar hapis cezasıdır. Kanunda suçla ilgili olarak cezayı artıracak veya daha az ceza verilmesini gerektirecek suça etki eden bir durum düzenlenmemiştir.

Maddenin 5. fıkrası uyarınca, insan üzerinde deney suçunun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağı belirtilmiştir. Buna göre, insan üzerinde yapılan bilimsel deney, üzerinde deney yapılan kişinin duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, konuşmasında sürekli zorluğa, yüzünde sabit ize, yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olması halinde ceza, kasten yaralama suçunun cezasının bir kat arttırılması ile hesaplanır²⁹⁵. Bilimsel deney, üzerinde deney yapılan kişinin iyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, konuşmaya ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, yüzünün sürekli değişikliğine, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olması halinde ise iki kat arttırılması ile hesaplanır²⁹⁶.

²⁹³ Özbek/Doğan, s. 558.

²⁹⁴ Ünver, Tıbbi Deney, s. 176.

²⁹⁵ Özbek/Doğan, s. 555.

²⁹⁶ Özbek/Doğan, s. 555.

90. maddenin 6. fıkrası uyarınca, deney suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, tüzel kişi hakkında TCK' nun 60. maddesinde düzenlenmiş olan güvenlik tedbirlerine hükmolunacaktır. Söz konusu yaptırımlar ise, iznin iptali ve müsaderedir. Örneğin, bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle deney suçunun tüzel kişi yararına işlenmesi halinde, iznin iptaline ve bu suçlarla bağlantılı eşya ve maddi çıkarların da müsaderesine hükmolunacaktır²⁹⁷. Ancak hemen belirtelim ki, kamu tüzel kişilerine yönelik yaptırım yoktur.

TCK. nun 90. maddesi açısından, tüzel kişilere uygulanacak yaptırımların yetersiz, koşullarının belirsiz ve bazen de uygulanamayacağı için hatalı uygulamalara neden olacağı belirtilmiştir²⁹⁸. Özellikle, işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hâkime tüzel kişi hakkında m. 60'daki tedbirlere hükmetmeme imkanını veren, 60. maddenin 3. fıkrasının sorunlu olduğu ifade edilmiştir. Yine, maddede para cezası öngörülmemiştir. Ayrıca, 60. maddede, üçüncü şahsın fiilinden sorumluluğa neden olunmasını önleyecek koşullar düzenlenmemiştir²⁹⁹. Keza kamu tüzel kişilerine TCK m. 60'daki yaptırımların uygulanamayacak oluşu, yani hiçbir yaptırımın uygulanmayacak olması, belirtilen hükümlerle yasaklanan eylemlerin çoğu kez kamu tüzel kişilerinin bünyesinde gerçekleştirilmesi nedeniyle de, caydırıcılıktan uzak ve sağlıklı bir mücadele aracının olmayışının³⁰⁰ bir göstergesi olduğu için eleştirilmiştir.

Öte yandan öğretide bu suçun bir örgüt faaliyeti kapsamında işlenmesinin haklı olarak cezayı artıran bir nitelikli hal olarak ayrıca düzenlenmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir³⁰¹..

²⁹⁷ Parlar/Hatipoğlu, s. 786.

²⁹⁸ Ünver, Tıbbi Deney, s. 175.

²⁹⁹ Ünver, Tıbbi Deney, s. 175.

³⁰⁰ Ünver, Tıbbi Deney, s. 176.

³⁰¹ Özbek/Doğan, s. 559.

5. Kovuşturma

Maddede dzenlenen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. Şikayete tabi değildir. Bu suç bakımından gdevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ancak deney sonucu mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanacağına göre ağır ceza mahkemesi de gdevlidir³⁰².

Ayrıca TCK' nun 66/1-e maddesi uyarınca, bu suçlarda dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

C. İnsan Üzerinde Tedavi Amaçlı Deneme Yapma Suçu

1. Genel Olarak

90. maddenin 4. fıkrasında, rıza olmaksızın hasta insanlar üzerinde yapılan tedavi amaçlı denemeler suç olarak dzenlenmiştir. Suçun tanımı yapılmış ve hangi koşullar altında yapılan tedavi amaçlı denemelerin hukuka uygun sayılacağı ortaya konulmuştur. Elbette, deney süreci tamamlanmış, bilimsel açıdan geçerlik kazanmış çalışmalar ile tıp biliminde kabul görmüş olan tedavi yöntemleri ve sonuçları 90. madde kapsamında deęerlendirilmeyecektir³⁰³.

Maddenin gerekçesinde deneme, “*bilimsel amaçlı deney sonuçlarının; henüz bir kesinliğe ulaşmasa da, hastalığın tedavisi konusunda ulaştığı bazı somut faydalarından yola çıkarak hasta bir insana uygulanması işlemi*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi, deney suçu bakımından üzerinde deney yapılacak kişinin hasta olması gerekmezken, deneme suçu ancak hasta olan insan üzerinde yapılır.

³⁰² Özbek/Doğan, s. 559.

³⁰³ Şen, Deney ve deneme suçları, s. 606- 607.

2. İnsan Üzerinde Tedavi Amaçlı Deneme Yapma Suçunun Unsurları

a. Kanuni Unsur (Tipiklik)

“İnsan” ve “çocuk” kavramlarını 90. madde yönünden farklı düzenlemek gereğini duyan kanun koyucu, bir tartışmanın doğmasına yol açmıştır³⁰⁴. Buna göre, hasta çocuklar üzerinde rızaları olsa da tedavi amaçlı deneme yapılamaz, denebilir. Çünkü TCK m. 2/2’ye göre, “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.” Ayrıca, kanun koyucu, bilimsel amaçlı deneyleri, yetişkin ve çocuklar için ayrı koşullarla düzenlemiş, fakat bu düzenleme biçimini aynı madde içinde yer alan “deneme” suç bakımından ihmal etmiştir³⁰⁵. Bu durumda, kanun koyucunun aynı madde içinde farklı ceza normu düzenleme usulü izlemeyeceği kabul edildiğinde, çocuklar bakımından hastalık tedavisi amaçlı denemelerin yasak olduğu, failleri hakkında da 90/4. madde hükmünde gösterilen yaptırımın uygulanacağı fikri ileri sürülebilir³⁰⁶. Buna karşılık denebilir ki, 90. maddenin dördüncü fıkrası ve devamı çocuk yönünden kısıtlama öngörmemekte, ayrıca 90. maddenin gerekçesinden hareketle, deneyden elde edilen sonuç doğal olarak hasta çocuk üzerinde tedavi amacıyla uygulanabilecektir, çünkü deney, özelliği itibariyle denemede önce gelen ve hukuki yarara yönelik ihlali daha fazla olabilecek bir kavramdır³⁰⁷. Ayrıca, TCK m. 26/1 hükmü de zaten bir hukuka uygunluk nedeni olarak “tıp mesleğinin icrası” müessesesini kapsamına aldığından, çocuk üzerinde hastalık tedavisi amacıyla deneme yapılabileceği ve 90. maddenin bunu engellemediği fikri ileri sürülebilir. Kanaatimizce de, çocuk üzerinde bilimsel deneye izin verildiğinde, bu izin “deneme” kavramını da evleviyetle kapsamaktadır ve zaten

³⁰⁴ Şen, Deney ve deneme suçları, s. 610.

³⁰⁵ Şen, Tıbbi Deney ve Deneme, s. 610.

³⁰⁶ Şen, Tıbbi Deney ve Deneme, s. 610.

³⁰⁷ Şen, Tıbbi Deney ve Deneme, s. 610.

maddenin dördüncü fıkrası ve devamı hükümleri de çocuk üzerinde tedavi amaçlı denemeyi kısıtlamamaktadır. Bu nedenle, çocuk üzerinde deneme yapılabilmesi mümkündür. Ancak yine de belirtmeliyiz ki, bu konuda 90. maddede boşluk bulunduğundan bahisle, “kanunilik” ilkesi çerçevesinde, bu hususun madde metnine tartışmalara yol açmayacak şekilde yansıtılmasında fayda görmekteyiz.

b. Maddi Unsur (Hareket)

ba. Suçla Korunan Hukuksal Yarar

Bu suçla korunan hukuksal yarar da başta vücut dokunulmazlığı olmak üzere, kişinin yaşam hakkı, onuru, özel yaşamının dokunulmazlığıdır. Yukarıda yaptığımız açıklamalar burası için de geçerlidir.

bb. Suçun Maddi Konusu

Bu suçun konusunu *hasta insan* oluşturur. O halde hasta olmayan insanın deneme fiilinin konusunu oluşturması durumunda artık TCK’ daki diğer suçlar düşünülmelidir³⁰⁸. Hemen ifade etmek gerekir ki, sağlıklı insan da bu suçun konusunu oluşturmalıydı³⁰⁹. Bu yönüyle hükmün eksik olduğu kanaatindeyiz.

bc. Fail-Mağdur

TCK m. 90/4’de “*tedavi amaçlı denemede bulunan kişi*” denildiği için bu suçun *faili* herkes olabilir, denebilir. Yani, failin mutlaka bir hekim veya sağlık mesleği mensubu veya araştırmacı olması gerekli değildir. Bu yönüyle suç özgü suç niteliğinde değildir. Ancak, m. 90/4’ün son cümlesinde *tedavinin uzman bir hekim tarafından yapılması* öngörülmektedir. Böyle olunca da bu suçun failinin herkes değil ancak uzman hekim olabileceği ve bu yönüyle özgü suç niteliği taşıdığı

³⁰⁸ Özbek/Doğan, s. 560.

³⁰⁹ Özbek/Doğan, s. 560.

söylenmelidir. Gerçekten denemenin herkes tarafından yapılacağını kabul etmek tıbben, ahlaken ve hukuken doğru olmasa gerek.

Deneme suçunun mağduru, insan üzerinde deney suçundan farklı olarak ancak *hasta bir insan* olabilir. O halde mağdur hasta değilse bu suç değil, yerine göre yaralama, eziyet vb. suçlar oluşur. Yine belirttiğimiz gibi, bu suçun mağdurunun çocuk veya yetişkin olması önemli değildir.

Öte yandan mağdurun yaşıyor olması gerekir. Dolayısıyla ceset veya cenin üzerinde yapılan denemeler bu suç kapsamında ele alınamayacaktır.

Fıkarda da belirtildiği gibi, bu suç tipinin mağduru olarak sadece “*hasta insan*” ın gösterilmesi, Ünver tarafından hatalı bir kanunlaştırma olarak görülmüştür³¹⁰. Bu şekilde bir düzenlemenin, suçun mağdurunu ve maddi konusunu arzulanmayan bir biçimde kısıtladığı ifade edilmiştir³¹¹. Bununla birlikte, buradaki “*hasta*” teriminin, ilgili kişide bulunan herhangi bir hastalık olarak anlaşılması, amaca ve korunması amaçlanan hukuksal değere ve hatta bu suça ilişkin özel kasta dikkat edilerek, deneme yapılarak tedavisi amaçlanan hastalık olarak algılanması gerektiği de belirtilmiştir³¹².

bd. Hareket- Netice- Nedensellik Bağlantısı

bbda. Hareket

Bu suçun hareket unsuru, *denemede bulunmaktır*. Ancak, denemeye yönelik hareketler, hasta insan üzerinde, rıza olmaksızın ve hastanın tedavisi istenen hastalığına ilişkin olarak yapılmalıdır³¹³. Aksi takdirde, hasta bir kimsenin bizzat hastalığına yönelik olarak değil de, başka bir hastalığa yönelik olarak yapılan

³¹⁰ Ünver, Tıbbi Deney, s. 154.

³¹¹ Ünver, Tıbbi Deney, s. 155.

³¹² Ünver, Tıbbi Deney, s. 155.

³¹³ Özbek/Doğan, s. 561.

denemeler artık 90. maddenin 1. fıkrası çerçevesinde düşünölmeli ve deneylerin tabi olduğu koşullara tabi olmalıdır³¹⁴.

Deneme psikolojik nitelikte de olabilir³¹⁵. Zira, “*insan üzerinde*” ibaresinden böyle bir sonuç çıkmaktadır.

bdb. Netice

Söz konusu suç, neticesi harekete bitişik bir suçtur. Bu nedenle insan üzerinde tedavi amaçlı deneme fiili gerçekleştiği anda netice de meydana gelmektedir. Aynı bir netice söz konusu değildir. Tedavi amaçlı deneme neticesinde deneme yapılan kişinin sağlığının bozulması veya tehlikeye girmesi, yaralanması veya ölmesi gerekli değildir³¹⁶. Bu nedenle bu suç, soyut tehlike suçudur.

Maddenin 5. fıkrası bu suç bakımından söz konusu olmadığı için, deneme fiili neticesinde mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler burada uygulanamayacaktır. Ancak benzer neticenin bu suç bakımından gerçekleşme ihtimali olduğundan bahisle, hükme 90/4 de eklenmelidir.

c. Hukuka Aykırılık Unsuru

Tedavi amaçlı deneme fiilinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için;

• Hastanın tedavisine yönelik bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması gerekir³¹⁷. Buna göre öncelikle

³¹⁴ Hakeri, s. 416.

³¹⁵ Özbek/Doğın, s. 561.

³¹⁶ Özbek/Doğın, s. 561.

³¹⁷ Bu koşula ilişkin Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 27. maddesinde bir hüküm vardır. Buna göre, klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda bilinen klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceğinin sabit olması ve daha evvel deney hayvanları üzerinde kafi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması koşulları birlikte mevcut olduğunda, bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca, bilinen

klasik, geleneksel yöntemlerin uygulanıp sonuçlarının beklenmesi bir zorunluluk olmadığı gibi, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin tümünün uygulanması da zorunlu değildir³¹⁸. Bu yöntemlerin sonuçsuz kalacağı önceden anlaşılıyorsa, doğrudan denemeye geçilebilir³¹⁹. Örneğin, ümitsiz bir kanser hastası kendisine hiçbir yararı olmayacak tedavilere maruz kalmadan, sonuçları tam olarak kanıtlanmamış ancak tedavide olumlu bir gelişme sağlama ihtimali bulunan bir yöntemin uygulanmasını talep edebilecektir³²⁰.

• Deneme hastanın rızasına dayalı olmalıdır. Bu koşul da, tıbbi müdahalelerin genel hukuka uygunluk koşullarından birisidir ve bu nedenle ayrıca belirtilmese dahi aranması gerekir³²¹. Bununla birlikte, İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmeliğin 8/B maddesi, sadece I. , II. ve III. dönem araştırmalar için rıza öngörmüş, buna karşılık IV. dönem araştırmalar için, TCK’ nun ifadesiyle “denemeler” için, rıza şartı aranmamıştır³²². Dolayısıyla TCK ‘nun 90/4 maddesi hükmü karşısında yönetmelik hükmü açıkça kanuna aykırıdır³²³.

klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağını ve bu tedavinin bilinen klasik tedavi usullerinden daha elverişsiz sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması da şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağını mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir.

³¹⁸ Özbek/Doğan, s. 561.

³¹⁹ Hakeri, s. 416.

³²⁰ Örneğimize benzer bir olay Ankara 14. İdare Mahkemesi’nin önüne gelmiştir. Akciğer kanseri tedavisi gören ve ameliyat edilemeyen davacının İnsani Amaçlı İlaça Erken Erişim Programı çerçevesinde *cyclopamine* adlı ilacın kullanımına izin verilmesi istemiyle yaptığı başvurunun, İlaç Araştırmaları Hakkındaki Yönetmelik’in 10’ uncu maddesi uyarınca reddine dair Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel MÜdürlüğü’nün 09/07/2007 gün ve 37809 sayılı işleminin iptali ve yürütmenin durdurulması istemiyle dava açılmıştır. Mahkeme ise şu gerekçeyle davacının talebini haklı görerek yürütmenin durdurulmasına karar vermiştir: Kullanılmasına izin verilmesi istenilen ilacın Faz II çalışmaları tamamlanmış ve Faz III çalışmalarına başlanmış olma şartı bulunmamakta ise de, akciğer kanseri olduğu ve kanser tümörünün yeri ve konumu nedeniyle ameliyat edilemeyeceği sabit olan davacının durumunun, yaşam süresinin kısalığı, kullanımına izin verilmesi istenilen ilaçla ilgili yapılan çalışmaların niteliği, hastalığın çözümü için gerekli tıbbi olanak ve klasik tedavi metodlarının yeterliliği, devam eden bilimsel çalışmalarla ortaya konulup güvenilirlik düzeyi vs. bakımından değerlendirilmesi yapılarak Kılavuz’da yer alan “bilimsel olarak izah edilebilir ve çok nadir istisnai durumlar” kuralı kapsamında bir sonuca varılması gerekirken, bahsi geçen ilacın kullanımına izin verilmesi istemiyle yapılan başvurunun İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik’in 10’ uncu maddesi uyarınca reddi yolundaki dava konusu işlemde hukuka uygunluk görülmemiştir. Açıklanan nedenlerle, hukuka aykırılığı açık olan dava konusu işlemin; uygulanması halinde telafisi güç zararlar doğabileceğinden, 2577 sayılı Kanun’un 27’ nci maddesi uyarınca yürütmenin durdurulmasına karar verilmiştir (ESAS NO: 2007/1778, Ankara 14. İdare Mahkemesi).

³²¹ Hakeri, s. 416

³²² Hakeri, s. 416.

³²³ Hakeri, s. 416.

• Rıza, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bir bilgilendirmeye dayalı ve yazılı olmalıdır. Hasta tıbbın en iyi standardına uygun olarak tedavi edilmeyi bekler. Bu nedenle, hastanın tedavisinde yeni bir yönteme başvurulmak isteniyorsa veya bir deneme yapılmak isteniyorsa, onu bu konuda ve doğru bir şekilde aydınlatmak gerekir³²⁴. Konuyla ilgili olarak, 1963 tarihli Hyman v. Jewish Chronic Disease Hospital kararına baktığımızda, burada hastaların rızaları alınırken kendilerine doğru bilgi verilmediğini görmekteyiz. Olayda, yazılı rıza açıklamaları olmaksızın 22 ağır hastanın ciltlerinin altına kanser hücreleri aşılansarak bu hücrelerin sağlıklı insanlar tarafından olduğu kadar çabuk bir şekilde hasta insanlar tarafından da vücuttan atılıp atılmayacağını saptamak amaçlanmıştı. Hastalara ise bağışıklık tepkilerini ve dirençlerini denetleyecek olan bir teste tabi tutulacakları söylenmiş ve rızaları buna ilişkin olarak alınmıştı. Yani, onlara bulaşıcı kanser hücrelerinin aşılacağı bildirilmemişti. Hastalara, kendilerine hastalıklarının tedavisi ile ilgili test uygulanacağına ilişkin yanlış bir bilgilendirme yapılmıştı. New York Eyalet Yüksek Mahkemesi, bir üyenin tedaviye ait belgeleri incelemek isteyişine ilişkin talebini kabul ederek, durumu tespit etmiştir³²⁵. Yine, literatüre, tıbbi bir denemeyi konu alan ilk dava diye geçen *Baker v. Stapelton olayı*, hastanın rızası sorulmadığı için bir hekimle bir eczacının mahkum olmaları sonucunu doğurmuştur. Olayda, 1767 yılında İngiltere’de bir hekimle bir eczacı, fena sayılmayacak bir biçimde iyileşmekte olan bir kırığı, çok cüretkar ve insan değerini ihmal eder bir şekilde, bir makineyi kullanmak için yeniden kırmışlar ve bunu muhtemelen bu makineyi denemek için yapmışlardır³²⁶. Mahkeme, hastanın rızası sorulmadığı için mahkumiyet kararı vermiştir.

• Son olarak, tedavinin uzman bir hekim tarafından hastane ortamında yapılması gerekir. Bu nedenle, hekim dışındaki kimseler, örneğin hemşire veya bilimsel araştırmacılar tarafından ve/veya ilaç araştırma merkezleri veya bilimsel merkezlerde yapılacak denemeler ceza hukuku bakımından hukuka uygun sayılmayacaktır³²⁷.

³²⁴ Deutsch, s. 180.

³²⁵ Hyman v. Jewish Chronic Disease Hospital 206 N.E. 2d 338 (New York, 1965), Ayrıntılı bilgi için bkz. Deutsch, s. 180.

³²⁶ Deutsch; s. 178.

³²⁷ Hakeri, s. 416.

Konuyla ilgili olarak Şu da ifade edilmelidir ki, söz konusu fiil bakımından mağdurun rızasının aranması doktorun zorunluluk hali çerçevesinde hastaya müdahale edebilmesi imkanı ile çeliŐir grnmektedir³²⁸. TCK m. 25/2 doktora hastanın rızasının alınamaması durumunda zorunluluk hali çerçevesinde müdahale edebilme imkanı verirken, 90/4 bunu rıza koŐuluna bağlamakla iki hüküm arasında çatıŐma yaratmıŐtır³²⁹. Ancak m. 90/4 rızanın Őekli konusunda bir açıklık getirmediğine göre, bazı durumlarda varsayılmıŐ rıza kurumundan yola çıkılabilmesi mümkün olmalıdır³³⁰.

d. Manevi Unsur (Kusurluluk)

Deneme suçunun manevi unsuru olarak özel kast aranmıŐ ve madde metninde “*tedavi amaçlı deneme*” olarak belirtilmiştir. Bu nedenle ancak tedavi amaçlı deneme fiili bu suçu oluŐturacaktır. Burada tedavi amacının altındaki niyet önemli değildir. Söz gelimi, insan üzerinde deneme yapan kişinin bunu maddi menfaat temini amacıyla veya sadece bilime katkı sağlamak amacıyla yapmış olması önem taŐımaz.

Suç ancak bu özel kastla iŐlenebildiđi için ve genel kastla suçun işlenmesi olasılığı bulunmadığı için, bu suçun tipik eylemleri olası kastla gerekleŐtirilemez³³¹.

3. Suçun zel Görünüş Biçimleri

Konuyla ilgili yukarıda, teşebbüs, iştirak ve içtima ile ilgili açıklamalarımıza atıf yapmakla yetiniyoruz.

³²⁸ zbek/Doğan, s. 561.

³²⁹ zbek/Doğan, s. 561.

³³⁰ zbek/Doğan, s. 561.

³³¹ nver, Tıbbi Deney, s. 155.

4. Yaptırım

Hükümde bu suçun cezası olarak bir yıla kadar hapis cezası öngörüldü için, suçun cezasının alt sınırı bir aydır. Bu durumda, suçun cezası bir aydan bir yıla kadar hapis cezasıdır. Bu suçla ilgili olarak cezayı artıran veya daha az ceza verilmesini gerektiren suça etki eden bir durum madde metninde düzenlenmemiştir.

İnsan üzerinde deneme yapma suçunun bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi durumunda, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir (TCK m. 60). Yukarıda tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine ilişkin yaptığımız açıklamalara bakılmalıdır.

5. Kovuşturma

Maddede düzenlenen suçlardan dolayı soruşturma ve kovuşturma re'sen yapılır. Şikayete tabi değildir. Suçun cezasının üst sınırı iki yıldan az olduğu için, görevli mahkeme sulh ceza mahkemesidir.

TCK' nun 66/1-e maddesi uyarınca, bu suçlarda dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır.

SONUÇ

Tıp alanında yeni tedavi yöntemlerinin geliştirilmesi ve yeni tekniklerin ortaya çıkarılması, insan yaşamının ve sağlığının daha iyi korunması için zorunluluk arz etmektedir. Tıp biliminin gelişmesi ise, yapılacak deney ve denemeler aracılığıyla mümkün olmaktadır. Dolayısıyla, bir yanda tıp biliminin gelişmesi için zorunluluk arz eden tıbbi deney ve denemeler söz konusu iken, diğer yanda önemli kişilik haklarının ihlaline yol açabilecek müdahaleler gündeme gelecektir. Bu müdahalelerden, hukuka uygunluk koşulları hukuk düzeni tarafından açık olarak düzenlenmiş olanlar, bu koşullara ve tıp mesleğinin gereklerine uygun olarak uygulandıkları sürece, hukuka uygun kabul edileceklerdir.

İnsan üzerinde deney ve deneme fiillerinin, insan yaşamını ve sağlığını ihlal etmeden, insanı bir obje haline getirmeden ve deney veya denemenin içeriği ve sonuçlarına ilişkin bilgilendirilmeye dayalı olarak alınmış aydınlatılmış onam başta olmak üzere, tüm koşullara uyularak yapılması gerekmektedir.

1982 Anayasa'sının 17. maddesinde güvence altına alınmış olan kişinin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne iç hukukumuzda verilen önem doğrultusunda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi ile insan üzerinde deney konusu, ilk kez yasal olarak düzenlenmiştir. Bu çerçevede, insan üzerinde deney ve deneme suçlarının, suç tipi olarak incelenmesi yapılmış, konuya ilişkin tespit ve eleştiriler ortaya konulmuştur.

Çalışmamızda öncelikle, insan üzerinde deney bağlamında tıbbi ceza hukukuna egemen olan ilkeler ve korunan temel haklar incelenmiştir. Deney ve deneme fiilleri, başta kişinin yaşam hakkı (vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı, yaralanmama, öldürülmeme hakkı), insan onuru olmak üzere bir çok ilke ve hak ile doğrudan ilgili bulunmaktadır. Bu bağlamda, deney ve denemeler bakımından aranılan en önemli koşul olan, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı büyük önem taşımaktadır.

İncelemeye, insan üzerinde deney ve denemelerin, tarihsel süreç içerisinde değerlendirilmesiyle devam edilmiştir. Uluslararası hukuk ve Türk hukuku açısından büyük önem arz eden Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi başta olmak üzere, birçok uluslararası belge ve Türk hukuk mevzuatı bu çerçevede incelenmiştir. Ulusal mevzuatımızda, kullanılan terim açısından bir farklılığın olduğu ortadadır. Konuya ilişkin tüzük ve yönetmeliklerde farklı terimler kullanılmıştır. Konuya açıklık getirmesi umulan Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesinde ise, madde metni yerine, gerekçede tanım yapılmıştır. Gerekçede deneyin tanımı bilimsel deneye ilişkin eylemlerle sınırlı yorumlandığında, bilimsel olmayan deneyin madde kapsamında suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Ayrıca, deneme suçu açısından bu tür bir bilimsel, bilimsel olmayan ayırımı yapılmamıştır. Bu durum, iki düzenleme arasında bir çelişki yaratmaktadır. Bu nedenle, ne anlama geldiği belli olmayan deney ve deneme terimlerinin açıklığa kavuşturularak, gerekçede değil, yasa metninde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde deney ve deneme suçları, uygulandıkları kişi yönünden, “yetişkinler” ve “çocuklar” olmak üzere ayrı ayrı incelenmiştir. 90. maddede, kural olarak, insan üzerinde bilimsel deney yapılması yasaklanmıştır. Ancak, *rızaya dayalı* olarak yapılan bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için aranan koşullar maddenin 2. ve 3. fıkrasında belirtilmiştir. Çocuklar üzerinde yapılacak deneyler bakımından, koşulların ağırlaştırılmış olduğu görülmektedir. Ancak buna rağmen, çocuklar üzerinde deney ve denemelerin yapılmasına izin verilmesi eleştirilmiştir. Görüşlerini ilgili bölümde yansıttığımız kimi yazarlar, sağlıklı çocuklar üzerinde deney ve deneme yapılmasının bütünüyle yasaklanması gerektiğini belirtmişlerdir.

Kanunumuzda çocuklar üzerinde yapılacak deney ve denemelere ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte, korunması gereken bir başka grup olan akıl hastalığı olan kişilere ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi kapsamında, akıl hastalığı olan kişiler üzerinde yapılacak olan deney ve denemeler, muvafakat verme yeteneği olmayan kişiler kapsamında ele alınmış ve korunmuştur. Aynı şekilde, Sözleşme'nin Ek Protokol 20. maddesinde, özgürlüğünden yoksun kılınmış kişiler üzerinde yapılacak deney ve denemelerin de düzenlendiği görülmektedir. Ancak inceleme konumuz olan 90. maddede buna ilişkin

bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunilik ilkesine uygun olarak, özellik arz eden bu kişilerin durumlarına ilişkin hüküm bulunması yerinde olacaktır.

Son yıllarda uluslar arası hukukta büyük önem taşıyan genetik araştırmalar, fötüs ve embriyon üzerindeki araştırmaların ve insan kopyalama amaçlı faaliyetlerin 90. madde kapsamında düzenlenmediği görölmektedir. Hem etik hem de insan hakları boyutu olan bu konular Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmelidir.

Sonuç olarak, yeni TCK. nun 90. maddesi, çalışmamızın kimi yerlerinde tespit edilen sakıncalarına rağmen, önemli bir noksanın giderilmesine hizmet etmektedir. Elbette ki konuyla ilgili yeni yönetmeliklere ihtiyaç duyulacaktır ya da en azından sağlık mevzuatımızdaki Türk Ceza Kanunu kapsamında yer alan deney ve denemeleri içeren hükümler, ceza hukukunun ilkelerine bağlı kalınmak suretiyle, yeniden ele alınmalıdır. Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile uyumlu hale getirilmelidir. İnsan üzerinde yapılacak deney ve denemelerde Sağlık Bakanlığı bünyesindeki Etik Kurullara da önemli görevler düşmektedir. Bu kurulların etkin olarak izin ve denetim görevlerini yerine getirmeleri, temel hakların korunmasında önemli rol oynayacaktır.

KAYNAKÇA

Aral, Vecdi; “*Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*”, İstanbul, 1984.

Artuk, Mehmet Emin, Yenidünya,Caner; “*Ötanazi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, s. 297- 319.

Artuk, Mehmet Emin, Gökcen, Ahmet, Yenidünya, Caner; “*5237 Sayılı Yeni TCK. ’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*”, 2. Bası, Ankara 2006.

Arslan, Çetin, Azizağaoğlu, Bahattin; “*Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi*”, 1.Baskı, Kasım 2004.

Avcı, Mustafa; “*Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler*”, KHUKA, Kasım 2/2005, Yıl:8, s. 142- 152.

Baş, Hüseyin; “*1982 Anayasa’sında Hukuk Devleti*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1993.

Bayraktar, Köksal; “*Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*”, İstanbul, 1972.

Bayraktar, Köksal; “*Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı*”, Sempozyum No:1, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler, Sempozyum Özel Sayısı, Ocak 2007, s. 96- 104.

Cin, Mehmet Onursal; “*İnsan Üzerinde Yapılan Deneylere TCK Tasarısı Yaklaşımı*”, Hukuki Perspektifler Dergisi, Hukuki Yorum ve Haber Dergisi, 2004, Say: 2. s.168- 172.

Cin, Onursal; “*Yerel ve Uluslararası Yasal Metinlerde İnsan Üzerinde Deney*”, KHukA, Kasım 2005, Yıl:8, s.199- 201.

Çakmakçı, Metin; “*Bir Hasta Hakkı Olarak Hasta Güvenliği ve Tıbbi Hata*”, A’dan Z’ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları, İstanbul Barosu Yayınları, Genel Yayın Sıra No: 105, Birinci Basım, Eylül 2007, s. 168- 175.

Çakmut, Özlem Yenerer; “*Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*”, 1. Baskı, Ocak 2003.

Çelik, Faik; “*Türk Hukuk Sistemine ve Biyo-Hukuk Sözleşmesine Göre Ötanazi*” , KHukA, Kasım 2005-Yıl:8, s. 169- 173.

Deryal, Yahya; “*Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet Hakkı)*”, KHukA, Kasım 2005- Yıl:8. s. 127- 130.

Deutsch, Erwin; “*Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu*”, Çeviren: Dr. İrfan YAZMAN, AÜHFD, Cilt: XXXVI, 1979, Sayı: 1 -4, s. 171- 186.

Donay, Süheyl; “*Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*”, İstanbul 1978, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 2378, Hukuk Fakültesi Yayınları No: 535.

Donay, Süheyl, Kaşıkçı, Mahmut; “*En Son Değişikliklerle Açıklamalı ve Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu*” , İstanbul, 2005.

Eren, Abdurrahman; “*Ayrımcılık*” www.sivas.gov.tr/insanhaklari/Ayrimcilik2007 (Erişim: 29.06.2008).

Erman, Barış; “*Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*”, Ankara 2003.

Güngör, H. Atilla; “*Yaşam Hakkı*”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, İstanbul 2007.

Güven, Kudret; “*Kişilik Hakları ve Ötanazi*”, Birinci Baskı, Ankara 2000.

Hakeri, Hakan; “*Tıp Hukuku*”, Ankara, 1. Baskı, Mayıs 2007.

Karaca, Süleyman; “*İnsan Hakları ve Hasta Hakları Bağlamında Ötanazi*”, T.C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Yıl: 92, Ocak 2001, Sayı: 6, s. 120- 135.

Katoğlu, Tuğrul; “*Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*”, AÜHFD, Yıl 2006, Cilt:55, s. 157- 193.

Kerman, Onur; “*Tıbbi Araştırmalardan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu*”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Eylül, 2007.

Kök, Ahmet Nezi; “*İnsan Hakları ve Biyotıp sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza*”, KHUKA, Kasım 2005, Yıl:8, s.116- 121.

Keyman, Selahattin; “*Tipiklik ve Ceza Hukuku*”, AÜHFD., C.:XXXVII, S:1-4 (1980), Ankara 1982.

Keyman, Selahattin; “*Hekimin Cezai Sorumluluğu*”, AÜHFD, C. XXXV, 1978, S. 1- 4, s. 57- 89.

Koch, Hans-Georg; “*Medeni Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Araştırmacıların ve Sponsorların Sorumluluğu*”, Çeviren: Emine Elif Vatanoglu, KHUKA, Yıl: 10, Sayı: 2, Eylül, s. 101- 104.

Kutlu, Mustafa; “*Kuvvetler Ayrılığı, Temelleri- Gelişimi Hukuk Devletinin Kökenleri*”, 1. Baskı, Ankara 2001.

Melli, Mehmet, Kayaalp, S. Oğuz; “*Etik Kurullar*”, Toplum ve Hekim, Kasım-Aralık, Cilt:19, Sayı: 6, s. 441- 447.

Meran, Necati; “*Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*”, Ankara, 2005.

Önok, Murat; “ *Uluslar arası Boyutuyla İşkence Suçu*”, 1. Baskı, Ankara, Ekim 2006.

Şimşek, Oğuz; “*Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 1999.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin; “*Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*” AÜHFD, Sayı: 51, Cilt: 3, Y.2003, s. 55- 77.

Özbek, Veli Özer; “*TCK İzmir Şerhi-Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı-Özel Hükümler Madde 76- 169)*, Cilt 2, Birinci Baskı, Ankara 2008.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray; “*İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90)*”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, I. Cilt, Birinci Baskı, İstanbul 2008.

Özkara, Erdem; “*Ötanazide Temel Kavramlar ve Güncel Tartışmalar*”, Birinci Baskı, Ankara 2001.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, Sırma, Özge, Saygılar, Yasemin; “*Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*”, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Yenilenmiş 5. Baskı, Kasım 2007.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan; “*Öztürk Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*”, Yeni TCK’ya Göre Yenilenmiş 10. Baskı, Ankara 2008.

Öztürk, Bahri; “*Hasta Hakları ve Ötanazi*”, Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan, İzmir 2001, s. 573- 590.

Parlar, Ali, Hatipoğlu, Muzaffer; “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu (Madde 1- 140)*”, I.Cilt, Ankara, Şubat 2007.

Polatcan, İsmet; “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Gerekçeler, Anayasa Mahkemesi Kararları, Bilimsel Görüşler*”, 1. Baskı, İstanbul, 1989.

Sezer, Abdullah, Kırıt, Emrah, Boyar, Oya; “*Hukuk Devleti*”, 1. Bası, Nisan 2003.

Stedman’s Online Medical Dictionary.

Süren, Özlem Koçak; “*Organ ve Doku Naklinin Yasal ve Etik Açısından İncelenmesi*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 73, Kasım-Aralık 2007, s. 174- 195.

Şen, Ersan; “*İnsan Üzerinde Deney Yapma Suçu (TCK m.90)*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:79, Sayı: 2005/6, Kasım- Aralık.

Şen, Ersan; “*Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu*”, , Cilt I, Birinci Baskı, İstanbul, Nisan 2006.

Şen, Ersan; “*İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları*”, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 142, Birinci Baskı, Nisan 2008, Ankara, s. 588- 646.

Tezcan, Durmuş, Erdem, M. Ruhan, Önok, Murat; “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu*”, Ankara 2004.

Tezcan, Durmuş, Erdem, M. Ruhan, Önok, Murat; “*Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*”, Ankara 2007, 5. Baskı, s.115.

Toker, Ahmet; “*Hukuk Devleti ve Türkiye’de Gelişimi*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1994.

Ünver, Yener; “*Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*”, İstanbul 1998.

Ünver, Yener; “*İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No: 1, İstanbul 2007, s. 150-183.

Ünver, Yener; “*Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukuku’na Etkileri*”, KHUKA, Kasım 2005- Yıl:8. s. 182- 198.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet; “*Türk Anayasası Açısından Hukuk Devleti Kavramı*”, D.D. Y.3, 1975.

Yalvaç, Gürsel; “*Karşılaştırmalı-Gerekçeli Türk Ceza Kanunu*”, Birinci Baskı, Ankara 2008.

Yarsuvat, Duygun, Bayraktar, Köksal; “*Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu*”, Prof. Dr. Erden Kuntalp’e Armağan, Cilt II Kamu Hukuku, Yıl: 3, Sayı: 2004/2, s. 63- 86.

Yıldırım, Ramazan; “*Sağlık Hizmetlerinden Adil Yararlanma Hakkı*”, KHUKA, Kasım 2005-Yıl:8. s. 122- 130.

Yıldırım, Turhan; “*Hasta Hakları*”, Sempozyum No:1, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler, Sempozyum Özel Sayısı, Ocak 2007. s. 116-122.

Zevkliler, Aydın; “*Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*”, DÜHFD., Yıl: 1983, Sayı:1, s. 1- 37.

Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi; 6. Cilt, Milliyet.

<http://www.belgenet.com/arsiv/bm/bmsiyasihak.html>. (Erişim: 10.08.2008).

<http://www.tdkterim.gov.tr/> (Erişim: 04.07.2008).

<http://www.site.adu.edu.tr/med/insanetikkurulu/documents/Helsinki> (Erişim: 31.08.2008).

http://www.yaklasansaat.com/haberdosya/2007_haberleri/h322.htm (Erişim: 15.05.2008).

<http://www.odevarsivi.com> (Erişim:07.05.2008).

http://www.cioms.ch/guidelines_nov_2002_blurb.htm

www.kazanci.com.tr.

Sabah Gazetesi, 01.09.2005.

Milliyet Gazetesi, 27.04.2008.