

İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU (TCK m. 90/1)*

Oğuz BANDIR**

Can Eralp ELİBOL***

ÖZ

Birey, toplumun yapı taşıdır. Bireylerin hayatlarını huzur ve güven içinde devam ettirebilmeleri için hukuki olmayan müdahalelerden korunmaları gerekir. Bireylerin vücut bütünlüğü, ceza hukuku korumasını gerektiren önemli bir hukuki değerdir. Bu öneme istinaden 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde bireylerin vücut bütünlükleri çeşitli suç tipleri ile koruma altına alınmıştır. Bu suçlardan biri de bu çalışmanın konusunu oluşturan ve TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçudur. Bilimsel gelişmenin sağlanabilmesi için kişilerin deney yapmaları zorunludur. Ancak bu gelişme hiçbir hukuki sınırlamaya tabi olmaksızın gerçekleştirilemez. TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu bu sınırı ceza hukuku bakımından belirlemiştir. Bu çalışmada TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu, suç inceleme sistematigi çerçevesinde incelenmektedir.

***Anahtar Kelimeler:** İnsan üzerinde deney suçu, bilimsel araştırma özgürlüğü, vücut bütünlüğü/dokunulmazlığı, klinik araştırma, deney.*

THE CRIME OF EXPERIMENT ON HUMAN BEINGS (TCC Art. 90/1)

ABSTRACT

The individual is the building stone of society. In order for individuals to continue their lives in peace and security, they must be protected from unlawful interventions. The physical integrity of individuals is an important legal value that requires criminal

* Bu çalışmaya yaptıkları katkılarından dolayı Dr. Öğr. Üyesi Serdar TALAS'a ve Arş. Gör. Kazım Furkan AĞKUŞ'a teşekkür ederiz.

** Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, e-posta: bandir@tau.edu.tr

ORCID: 0000-0001-8427-8541

*** Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı / İSTANBUL, e-posta: can.elibol@tau.edu.tr

ORCID: 0000-0001-5866-2224

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.1018880

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 12/07/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 13/10/2021

law protection. Based on this importance, physical integrity of individuals is protected with various crimes established under the second book titled "Special Provisions" in the chapter titled "Crimes against Physical Integrity" of the section titled "Crimes against Persons" within the Turkish Criminal Code No. 5237. One of these crimes is the crime of experiment on human beings, which is the subject of this study and regulated in Article 90 of the Turkish Criminal Code. In order to achieve scientific development, it is imperative that people do experiments. However, this development cannot be achieved without any legal restrictions. The crime of experiment on human beings regulated in Article 90 of the Turkish Criminal Code has drawn the line in terms of criminal law. In this study, the crime of experiment on human beings, which is regulated in Article 90 of the Turkish Criminal Code, is examined within the framework of the crime examination system.

Keywords: *Experiment on human beings, freedom of scientific research, physical integrity, clinical research, experiment.*

GİRİŞ

Bilimsel çalışmalarda tarih boyunca en çok kullanılan yöntemlerden biri, elde edilen verilerin olumlu ya da olumsuz sonuçlarını görebilmek için bir şey üzerinde deney ve gözlem yaparak bir sonuca ulaşmaktır. Bu metot özellikle pozitif bilimlerde daha çok önem arz etmektedir.

Bilimsel araştırma özgürlüğü anayasal düzeyde koruma altına alınmış bir özgürlüktür. Anayasa'nın 27. maddesi "*Herkes, bilim ve sanatı serbestçe öğrenme ve öğretme, açıklama, yayma ve bu alanlarda her türlü araştırma hakkına sahiptir.*" düzenlemesiyle çok geniş bir şekilde bilimsel araştırma özgürlüğü tanımaktadır. Buna rağmen bilimsel çalışma sırasında yapılan deneyde deneye maruz kalan insan, hayvan ya da ceset için ne pahasına olursa olsun deney yapılması kabul edilmemiştir. Bir diğer ifadeyle Anayasa m. 27, insan üzerinde deneyin hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın bilimsel araştırma özgürlüğü kapsamında olduğu anlamına gelmez¹. Buna göre bu çalışmanın

¹ Yener Ünver, "Forschungen am Menschen und an Embryonen in der Türkei und die Würde des Menschen", in Eric Hilgendorf ve Susanne Beck (eds), Biomedizinische Forschung in Europa, Nomos, 2010, s. 211; Alman Anayasası bakımından yapılan aynı yöndeki tespit ve insan üzerinde deneyin sıkı şartlara bağlanması gerektiği görüşü için bkz. Volker Lipp, "Heilversuch und medizinische Forschung", in Laufs/Katzenmeier/Lipp: Arztrecht, C.H. Beck, 2021, XIII kn. 4.

konusu olan insan üzerinde yapılan deneylerde kişinin yaşamı ve vücut bütünlüğü üzerinde tamamen tasarruf edebilmesi kabul edilmemiştir.² Nitekim Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlıklı 17. maddesinde hiç kimsenin rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı ifade edilerek insan üzerinde yapılacak deneydeki temel şart düzenlenmiştir. Bilimsel çalışmaların gelişimi ile deneye maruz kalacak kişinin hakları arasında bir denge kurmak gerekir. Bu denge hem ulusal hem de uluslararası düzenlemelerle tesis edilmeye çalışılmıştır.

İnsan üzerinde deney suçunun kanuni unsurlarına ilişkin açıklamalara geçmeden önce, kavramsal olarak deneyin ne anlama geldiğinin tespit edilmesi gerekir. Deney kavramı, "Bilimsel bir gerçeği göstermek, bir yasayı doğrulama, bir varsayımı kanıtlamak amacıyla yapılan işlem, tecrübe" olarak sözlükte tanımlanır.³ Buna karşılık insan üzerinde yapılan deney, klinik araştırmaların sadece bir parçasını oluşturur. Klinik araştırmalar bakımından özellik arz eden üç kavramdan söz edilmektedir: insan üzerinde deney (*Humanexperiment*), klinik deney (*klinisches Experiment*) ve tedavi amacıyla deneme (*Heilversuch/therapeutischer Versuch*). Klinik araştırma, tüm bunları bünyesinde ihtiva eden çatı kavramdır.⁴ İnsan üzerinde deney ile klinik deney, tedavi amacı olmaksızın deneye gönüllü olan kişinin üzerinde deney konusu hakkında bilgi elde etmek için yapılan araştırmalardır.⁵ Klinik deneyin farkı, insan üzerinde deneye nazaran daha ileri bir aşamayı ifade etmesidir.⁶ Buna karşılık tedavi amacıyla deneme, bir hastalığın teşhisi, tedavisi yahut önlenmesi amacıyla hastaya müdahalede bulunmak ya da hastayı tedavi etmek için yapılan

² Ersan Şen, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", in V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008, s. 591.

³ Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (çevrimiçi), <<http://www.tdk.gov.tr>> Erişim Tarihi 26.03.2021.

⁴ Nitekim İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik m. 10'da klinik araştırma dönemleri (Faz I, II, III, IV) hem insan üzerinde deneyi hem de denemeyi içerecek şekilde düzenlenmektedir. Doktrinde fazların Yönetmelik'te belirtilen özellikler doğrultusunda deney veya deneme aşamasına göre ayrılacağı ifade edilse de somut olayın özelliğine göre bir fazın kapsamında hem deneyin hem de denemenin söz konusu olabileceği savunulmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ezgi Cankurt, Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018), s. 321 vd.

⁵ Bernd-Rüdiger Kern ve Martin Rehborn, "Der Vertrag über Humanexperiment", in Laufs/Kern/Rehborn: Handbuch des Arztrechts, C.H. Beck, 2019, § 42 kn. 77; Erwin Deutsch ve Andreas Spickhoff, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Springer Verlag, 2014, Rn. 1335.

⁶ Cankurt, s. 317.

araştırmalardır.⁷ Uygulamada deney ile tedavi amaçlı denemeyi birbirinden ayırmak her zaman kolay değildir. Zira tıp biliminin gereklerinden ayrılan tedavinin hasta üzerinde onu sağlığına kavuşturmak amacıyla denemesi, kural olarak bu metodun başarıya ulaşması için yapılan çalışmaları da içerir ve başarıyla sonuçlanması hâlinde diğer hastalar bakımından da uygulama alanı bulur.⁸ Buna karşılık tedavi amaçlı denemenin, insan üzerinde deneye nazaran daha sık gündeme gelmesi, iyileşme ümidi olmayan hastalar üzerinde uygulanması, deneyde olduğu gibi daha hususi gerekçelere dayanmaması ve üzerinde deneme yapılacak kişilerin tesadüfi seçilmemesi (*Zufallsprinzip*) deney ile denemeyi birbirinden ayıran özellikler olarak öne çıkmaktadır.⁹

İnsan üzerinde deney, deneyin yapılma amacı ile tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren şartlardan müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun yapılması¹⁰ ve endikasyonun (zorunluluğun)¹¹ bulunması şartlarının mevcut olmaması bakımından sözlükteki genel tanımdan ayrılır¹². Bu bakımdan insan üzerinde deneyin de tıp bilimiyle ilgili olduğu hâllerde bir tıbbi müdahale teşkil ettiği ifade edilmelidir. Ancak buradaki müdahale deneysel müdahale (*experimenteller Eingriff*) olup tıp biliminin gereklerine uygun şekilde standart hâle gelmiş tıbbi müdahalelerden farklılık arz eder.¹³ Zira buradaki tıbbi müdahale şahsi tedavi amacına değil, henüz tıp biliminin gereklerine uygun olmayan bir metodun bu gerekleri karşılama için araştırma yapılması ve bilimsel bulguların elde edilmesi amacına yöneliktir.¹⁴ Bir diğer ifadeyle tıp

⁷ Kern ve Rehborn, § 42 kn. 77; Deutsch ve Spickhoff, Medizinrecht, Rn. 1332.

⁸ Heider Thomas, Zufallsfunde und Zufallsbefunde in der medizinischen Forschung, Nomos, 2018, s. 38; Nitekim tıbbi deneylerin söz konusu olduğu durumlarda doktorlar hem tıbbi araştırma yaparak bulgular elde etmekte hem de bu bulguları hususi olarak hastaların tedavisinde denemektedirler. Bkz. Jürgen Helle, Jürgen Frölich ve Hans Haindl, “Der Heilversuch in der klinischen Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten”, 2002, 12, NJW, s. 860.

⁹ Erwin Deutsch ve Andreas Spickhoff, “Einleitung”, in Medizinrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, 2018, 1 Rn. 64.

¹⁰ Nina Schrott, Intersex-Operationen, Nomos, 2020, s. 260.

¹¹ Nitekim Anayasa başta olmak üzere tıbbi zorunluluk veya gereklilik şartlarını ihtiva eden çeşitli düzenlemeler mevzuatta yer almaktadır. Bu istikamette bkz. Anayasa m. 17/2, TCK m. 99/2 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m. 12.

¹² Barış Erman, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Özel Ceza Hukuku: Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 240; Eric Hilgendorf, Alman Tıp Ceza Hukukuna Giriş, Çev. Salih Oktar, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, s. 37, kn. 19.

¹³ Kern ve Rehborn, § 42 kn. 78.

¹⁴ Thomas, s. 40; Lipp, XIII kn. 41; Schrott, s. 260; İnsan üzerinde deneyin belirleyici özelliği

biliminin gereklerine uygun tıbbi müdahalede müdahale standart olup hastanın tedaviye olumlu cevap verip vermeyeceği meçhul iken deneysel müdahalede müdahalenin bizatihi kendisi tıp biliminin gereklerine uygun değildir.¹⁵ Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren şartların insan üzerinde deneyde söz konusu olmaması, bu tarz deneyleri hukuka uygun hâle getirebilmek için özel düzenlemelerin sevk edilmesi zaruretini doğurmuştur.¹⁶ Bu çalışmanın kapsamını Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu oluşturduğundan bu suç tipinin unsurları incelenecektir.

I. İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNUN TARİHİ GELİŞİMİ

İnsan üzerinde deney suçunun tarihî gelişimine bakıldığında insan üzerinde deneyin ilk olarak 1767 tarihli *Baker/Stapelton* davasında cezalandırıldığı görülmektedir.¹⁷ Bununla birlikte bu dönemde cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için yaralama suçuna ait neticenin meydana gelip gelmediğine bakılmaktaydı. 19. yüzyıla gelindiğinde 1833 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin ordu cerrahı olan *William Beaumont* insan üzerinde araştırma yapabilmek için üzerinde araştırma yapılan kişinin gönüllü olması gerektiğini savunmuştur.¹⁸ 1900 yılında Prusya Başkanlığı tarafından tanı, tedavi ve aşılama gibi tıbbi müdahalelerde ilgilinin rızasının alınmasının gerekliliği ifade edilmiştir.¹⁹

20. yüzyıla gelindiğinde insan üzerinde deneyin ve etik ilkelerinin ciddi şekilde ilk tartışıldığı olaylar Nuremberg Mahkemesi ve *Tuskegee* deneyidir.²⁰

esasen bilimsel araştırma amaçlarına yönelmesidir. Ancak bu, şahsi iyileştirme amacının güdülmeyeceği anlamına gelmez. Şahsi iyileştirme amacının tali bir şekilde mevcut olmasında beis yoktur. (bkz. Detlev Sternberg-Lieben, "Körpervletzung", in Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar, 30., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2019, § StGB 223 kn. 50a.)

¹⁵ Kern ve Rehborn, § 42 kn. 78.

¹⁶ Endikasyonun söz konusu olmadığı tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacağından endikasyon olmayan tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hâle getirmek için kanunda ilgili müdahalenin açıkça düzenlenmesi gerekir. Bkz. Hakan Hakeri, Tıp Hukuku: El Kitabı, Güncellenmiş 21. Baskı, Seçkin, 2020, s. 246.

¹⁷ Hakeri, El Kitabı, s. 516.

¹⁸ Hilal Yüksel, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 8.

¹⁹ Yüksel, s. 8.

²⁰ Ayşe Almula Pazarıcı, "Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Kaynaklar Çerçevesinde İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Kavramları", 2012, 2(2), Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, s. 34.

İkinci Dünya Savaşı sonunda Almanya’da kurulan mahkemede, yirmi üç Alman tıp doktoru toplama kamplarında insan üzerinde deney yapmayı planlamak ve deney yapmak suçlarından yargılanıp on dokuz doktor bu suçlardan dolayı cezalandırılmıştır.²¹ *Tuskegee* deneyi ise 1932-1972 tarihleri arasında gerçekleşmiş ve insan üzerinde deney için etik kuralların ne kadar gerekli olduğunu insanlığa göstermiştir.²² Bu deney kapsamında üzerinde araştırma yapılan hastalığın tedavisi bulunmasına rağmen üzerinde deney yapılan kişilere bu durumun bildirilmemesi neticesinde çok sayıda insan ölmüştür.²³

Bunların dışında etik açıdan oldukça problemlili olan insan üzerinde deneyler gündeme gelmeye devam etmiştir. Bunların arasında bahsedilmeye değer olanlardan biri de 1927 senesinde Berlin’de cereyan eden araştırma etiği skandalıdır (*Forschungsethik-Skandal*). D vitamini üzerine araştırmalar yapan bir grup çocuk doktoru, araştırmalar sırasında deneyleri yüz fare ve yirmi çocuk üzerinde gerçekleştirdiklerini not düşerek meselenin korkunçluğunu lafzi olarak da gözler önüne sermişlerdir.²⁴ Deneyler sürdürülürken bilhassa sosyokültürel seviyesi düşük ailelerin çocukları ile öksüz yahut yetimler kullanılmış ve bu çocuklar D vitamininin düşük seviyede olduğu ihtimalde sonuçların nasıl olacağını test etmek için kasti olarak güneş ışığından mahrum bırakılmıştır.²⁵ Sonuç itibarıyla bu deneyler ile çocukların insan haysiyeti ihlal edilmiştir.²⁶

Bunların haricinde de bu alanın sıkı sıkıya düzenlenmesi sonucunu doğuracak deneyler meydana gelmiştir. Bunlara örnek olarak Almanya’nın Lübeck şehrinde gerçekleşen, iki yüz elli çocuğun hasta olmasına ve yetmiş çocuğun ölmesine neden olan aş skandalı; Amerika Birleşik Devletleri’nde yer alan Philadelphia eyaletinde çeşitli deneyler için öksüz çocukların kullanılması; yine Amerika Birleşik Devletleri’nde 2004 senesinde yeni

²¹ Yüksel, s. 9.

²² Nitekim üzerinde deney yapılan kişilerin madden ve manen oldukça muhtaç durumda olması, bu gerekliliği göstermektedir. (bkz. Volker Roelcke, *Vom Menschen in der Medizin, Psychosozial-Verlag*, 2017, s. 111.)

²³ Erman, s. 247.

²⁴ Andreas Frewer, “Menschenwürde und Humanexperimente Gefährliche Versuche an Menschen”, in Jan C. Joerden, Eric Hilgendorf, Natalia Petrillo, Felix Thiele (eds), *Menschenwürde und moderne Medizintechnik, Nomos*, 2011, s. 264.

²⁵ Frewer, s. 264.

²⁶ Frewer, s. 265.

ilaçların test edilmesi için yetimhanedeki çocukların kullanılması verilebilir.²⁷

Yakın zamanda cereyan eden bu olaylar insan üzerinde deneyin yapılış şekli ile alakalı hem ulusal hem de uluslararası alanda kamuoyu yaratmış ve meseleye atfedilen önemden dolayı ayrıntılı hukuki düzenlemeler sevk edilmiştir.²⁸ Bu bakımdan 765 sayılı Kanun döneminde insana atfedilen önemden dolayı insanın denek olarak kullanılamayacağı anlayışı hâkim olduğu ifade edilmekteydi ve özel bir suç tipi sevk edilerek hangi durumlarda insan üzerinde deneyin cezai sorumluluktan muaf olacağı düzenlenmemiştir.²⁹ 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden ve insan üzerinde deney suçunu tanzim edip riayet edilmesi gereken şartları belirtmesinden önce, normlar hiyerarşisinde daha alt basamaklarda yer alan düzenlemeler ile uygulamada insan üzerinde deneyin yapılmasına imkân sağlanmıştır. TCK m. 90'ın yürürlüğe girmesiyle söz konusu uygulama, kanuni bir temele de sahip olmuştur. Tarihi gelişim başlığı altında kısaca bahsedilen uluslararası ve Türk hukukundaki kaynaklara takip eden başlıkta değinilecektir.

II. İNSAN ÜZERİNDE DENEYİ DÜZENLEYEN KAYNAKLAR

A. Uluslararası Kaynaklar

İnsan üzerinde yapılan deneylere ilişkin etik düzenlemeler ve bilgilendirilmiş rıza ilk defa *Nuremberg Kodeksi*'nde yer almıştır.³⁰ İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra tıbbi araştırmaların artması ve çeşitlenmesiyle bu araştırmalarda insanlar da kullanılmaya başlanmış, bu da beraberinde insan üzerinde deneye ilişkin etik ve ahlaki problemleri getirmiştir.³¹ Nuremberg Kodeksi'nden sonra insan üzerinde deneyle alakalı etik problemler üzerinde daha teferruatlı tartışılmış ve bu tartışmaların neticesinde 1964 senesinde Dünya Tabipler Birliği (*World Medical Association*) tarafından insan üzerinde deneyle ilgili etik kuralları içeren *Helsinki Deklarasyonu* ihdas edilmiştir.³² Deklarasyon'da üzerinde deney yapılan insanın haklarının olduğu

²⁷ Frewer, s. 265.

²⁸ Erman, s. 247.

²⁹ Erman, s. 247.

³⁰ Ezgi Aygün Eşitli, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, Yetkin Yayınları, 2012, s. 28.

³¹ Dale H. Kowan, "Human Experimentation: The Review Process in Practice", 1975, 25(3), *Case Western Law Review*, s. 534.

³² Kowan, s. 534.

bilhassa vurgulanmış ve aydınlatılmış rızanın önemine dikkat çekilmiştir.³³ Deklarasyon'un hukuki bağlayıcılığı olmamasına karşılık, Deklarasyon'da yer alan öneri mahiyetindeki ilkeler muhtelif ulusal hukuk düzenleri ile uluslararası hukuk düzenini etkilemiştir.³⁴

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 7. maddesi hiç kimse “...serbestçe verdiği rızası bulunmadan tıbbi veya bilimsel deneylere tabi tutulamaz.” hükmüyle rızaya dayanmayan deneyi yasaklamaktadır. Sözleşme'nin bu düzenlemesinin sonucu olarak rızaya dayanmayan deneyin işkence teşkil ettiği belirtilmektedir.³⁵

Tıp etiği ve deneylerin yapılmasındaki etik kuralları düzenleyen Helsinki Bildirgesi, Belmont Raporu, İyi Klinik Uygulamalar Kılavuzu, UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Deklarasyonu gibi çeşitli kaynaklar da mevcuttur.

İnsan üzerinde deney konusunu düzenleyen uluslararası kaynaklar arasında değinilmesi gereken son kaynak Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi)'dir. Bu Sözleşme 03.12.2003 tarihinde Türkiye adına da onaylanmış ve Anayasa m. 90 gereği iç hukuk kuralı hâline gelmiştir. Sözleşme'nin daha sonra çıkan Ek Protokol'ü de 28.01.2011 tarihinde 6212 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. Sözleşme'nin “Bilimsel Araştırmalar” başlıklı 5. bölümüne göre biyoloji ve tıp alanındaki bilimsel araştırmalar, Sözleşme'nin kapsamındaki deneylerdir. Bu Sözleşme'nin maddelerine suç incelenirken gerekli yerlerde değinilecektir.

Sözleşme maddeleriyle TCK'nin maddeleri arasında uyumsuzluklar olduğunda hangi hükümlerin uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Anayasa m. 90/5 dikkate alındığında Biyotıp Sözleşmesi iç hukuk kuralı hâline gelmiştir. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi insan haklarına ilişkin düzenlemeler içerdiği için kanunların Sözleşme hükümlerine aykırı olduğu ihtimalde uluslararası antlaşmaya üstünlük tanınması gerekir. Ancak konu suç teşkil eden bir fiil olduğunda bu çatışmayı yorumlarken suçta ve cezada kanunilik ilkesini de dikkate alarak çözüme ulaşılmalıdır.

³³ Kowan, s. 534.

³⁴ Lipp, XIII kn. 3.

³⁵ Erman, s. 251.

TCK ile Biyotıp Sözleşmesi arasındaki uyumsuzluk şu şekillerde ortaya çıkabilir: Eğer TCK'nin düzenlemesi, Biyotıp Sözleşmesi'ndeki hükümden daha kısıtlayıcıysa TCK'nin uygulanması söz konusu olur. Zira deneyin daha sıkı şartlara bağlı olması temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından daha olumludur.³⁶

Biyotıp Sözleşmesi ile TCK arasında oluşabilecek diğer çelişkili durum ise Sözleşme hükümlerinin TCK'ye oranla daha ağır şartlara bağlı olduğu olasılıktır. Bu durumda Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı davranmak hukuka aykırılık oluşturacaktır.³⁷ Ancak bu aykırılık ceza hukuku boyutunda bir ihlalden ziyade özel hukuk ya da idare hukukuyla yaptırıma tabi tutulabilecek bir ihlaldir.³⁸ Zira suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak Biyotıp Sözleşmesi'ne aykırı davranışın ayrıca ulusal hukukta cezai müeyyideye tabi olması gerekmektedir. Bu konuya aşağıda daha ayrıntılı bir şekilde değinilecektir.

B. Türk Hukukundaki Düzenlemeler

Türk hukukundaki mevcut düzenlemelere bakıldığında başta 1982 Anayasası olmak üzere muhtelif hükümlere rastlanmaktadır. Bu kapsamda TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçu büyük önem arz eder. Türk ceza hukukunda 5237 sayılı TCK yürürlüğe girene kadar insan üzerinde deney yapmak ancak netice olarak yaralanma ya da ölümün meydana geldiği ihtimalde bu suçlardan dolayı cezalandırılıbiliyordu³⁹. Bunun nedeni, 765 sayılı Kanun'da insan üzerinde deney suçunu açıkça düzenleyen bir hükmün var olmamasıdır. 5237 sayılı TCK'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte insan üzerinde deney, Kanun'un 90. maddesinin 1. fıkrasında ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu⁴⁰ (SHTK), Tıbbi Deontoloji

³⁶ Benzer görüş için bkz. Şen, s. 627.

³⁷ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 423

³⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 424.

³⁹ Erman, s. 248.

⁴⁰ RG, T. 15.05.1987, S. 19461

Nizamnamesi⁴¹, Hasta Hakları Yönetmeliği⁴² (HHY), Tıbbi Cihaz Klinik Araştırmaları Yönetmeliği⁴³, İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik⁴⁴ (İBUKAY) Türk Ceza Kanunu'na ek olarak bu konuyla ilgili düzenlemelerin yer aldığı mevzuattır. Bu çalışmada insan üzerindeki deney suçu esasen Türk Ceza Kanunu'nda düzenlendiği için bu Kanun kapsamında açıklama yapılacaktır da bu Kanun dışındaki düzenlemelere de gerektiğinde değinilecektir.⁴⁵

III. İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇUNUN BENZER SUÇLARDAN FARKLARI

A. İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90/1) ile İnsan Üzerinde Deneme Suçu (TCK m. 90/4) Arasındaki Farklar

Türk Ceza Kanunu'nun "İnsan üzerinde deney" başlıklı 90. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrasında insan üzerinde deney suçunun; dördüncü fıkrasında ise insan üzerinde deneme suçunun unsurları düzenlemektedir. Bu hâliyle madde başlığının, maddenin içeriğini tam olarak yansıtmaması nedeniyle isabetsiz olduğu ifade edilmelidir.⁴⁶

TCK m. 90'ın gerekçesine bakıldığında "deney" kavramının bilimsel çalışmanın ilk aşaması olarak kullanıldığı ifade edilmektedir. Buna karşılık deneme, deneyde elde edilen başarıların belirli bir ağırlığa ulaştıktan sonra hastalığın tedavisi için kesin olmasa da tedavi için kullanılabilir bir düzeye gelmiş olmasını ifade eder.⁴⁷ Alman hukukunda ise deney ve deneme açısından ayırım yapılırken deney, bilimin gelişimi için yapılan araştırma olarak tanımlanırken deneme ise somut bir hastalığa tedavi olması için kullanılan

⁴¹ RG, T. 19.02.1960, No. 10436; Tüzüğün 11. maddesi ile TCK m. 90 arasında çelişki vardır. Tüzük, bilimsel deneylere mutlak surette izin vermemekte, denemelere ise tedavi amacı başta olmakla birlikte belirli şartların varlığı hâlinde izin vermektedir. Her iki düzenleme hâlihazırda yürürlükte olsa da normlar hiyerarşisi uyarınca TCK m. 90'ın, Tüzüğün 11. maddesini zımnen ilga ettiği ifade edilmelidir. (bkz. Erman, s. 248.)

⁴² RG, T. 01.08.1998, S. 23420.

⁴³ RG, T. 06.09.2014, S. 29111.

⁴⁴ RG, T. 13.04.2013, S. 28617.

⁴⁵ Mevzuatlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pazarıcı, 30 vd.

⁴⁶ Sinan Bayındır, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)", 2018, 24(1), MÜHFHAD, s. 78; Mehmet Fırat Subaşı, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", 2021, 29(1), SÜHFHD, s. 88-89; Tuba Özalp ve Faruk Özalp, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, 2016, s. 178-179.

⁴⁷ Bkz. TCK m. 90'ın gerekçesi.

bir yöntem olarak tanımlanmıştır.⁴⁸ Bundan hareketle *Erman*, tedavi amaçlı yapılan denemenin, tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun olması şartını taşımamasına karşılık somut olayda hastanın aydınlatılmış rızasının alınması hâlinde denemenin muhakkak deneyden sonraki aşamayı ifade etme zorunluluğunun olmadığını savunmaktadır.⁴⁹ Bu görüşe göre hastanın aydınlatılmış rızasının ve tedavi amacının varlığı hâlinde insan üzerinde deneme yapmak için bunun öncesinde yapılan bir deneyin varlığı zaruri değildir.

İnsan üzerinde deneme suçu için Kanun “*tedavi amaçlı deneme*” ifadesini kullanarak manevi unsur olarak amaç aramaktayken,⁵⁰ insan üzerinde deney suçunun kasten işlenmesi yeterlidir.

Giriş kısmında detaylıca bahsettiğimiz üzere iki suç arasındaki temel fark, insan üzerinde deney suçu bilimsel deneyin her türlü konusu için geçerliken insan üzerinde deneme suçu sadece tıbbi müdahalelerde geçerli olmasıdır.⁵¹ Buna ilave olarak denemede amaç iyileştirme iken deneyde araştırmadır.⁵² Ayrıca Kanun’da deneyin bilimsel olması aranmaktayken denemenin bilimsel olması gerektiği ifade edilmediğinden bilimsel olmayan denemeler TCK m. 90/4’ün kapsamında değil, yaralama veya öldürme suçları kapsamında değerlendirilir.⁵³

B. İnsan Üzerinde Deney Suçu ile Kastin Yaralama Suçu Arasındaki Farklar

Her iki suç da vücut dokunulmazlığına karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Kastin yaralama suçuyla insan üzerinde deney suçu arasındaki temel fark, kastin yaralama suçu neticeli bir suç olarak düzenlenmişken, insan üzerinde deney suçu sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. İki suç

⁴⁸ Hans-Ludwig Shreiber, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, Veli Özer Özbek (çev), in Yener Ünver (ed), Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, 2004, s. 94.

⁴⁹ Erman, s. 243.

⁵⁰ Yener Ünver, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 155.

⁵¹ Selman Dursun, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları ile İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki”, Temmuz 2008, 3(6), Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, s. 12; Deney ve denemenin benzerlik ve farklılıklarına ilişkin detaylı açıklama için bkz. “Giriş” kısmındaki açıklamalar.

⁵² Erman, s. 243.

⁵³ Bayındır, s. 95.

arasındaki diğer fark ise insan üzerinde deney suçunun tüzel kişilerin faaliyeti altında işlenmesi hâlinde güvenlik tedbirlerine hükmedilebilmesidir. Kasten yaralama suçu ile insan üzerinde deney suçu arasındaki ilişki, içtima kısmında ayrıca değerlendirilecektir.

C. İnsan Üzerinde Deney Suçu ile İnsanlığa Karşı Suçlar Arasındaki Farklar

İnsanlığa karşı suçlar TCK'nin 77. maddesinde “*Aşağıdaki fiillerin, siyasal, felsefi, ırki veya dini saiklerle toplumun bir kesimine karşı bir plan doğrultusunda sistemli olarak işlenmesi, insanlığa karşı suç oluşturur...*” şeklinde tipikliğin unsurları ifade edilerek 77. maddenin (a) ilâ (h) bentleri arasında bu unsurları taşıdığı takdirde insanlığa karşı suç teşkil edecek suçlar belirtilmektedir. Bu çalışma kapsamında 77. maddenin (e) bendindeki “*bilimsel deneylere tabi kılma*” ifadesi üzerinde durulmalıdır. Bir plan doğrultusunda ve siyasi, felsefi, ırki, dini saiklerle sistematik olarak insan üzerinde gerçekleştirilen deneyler TCK m. 77/1-e uyarınca cezalandırılırken bu kapsamda gerçekleştirilen deneyler TCK m. 90/1'de düzenlenen insan üzerinde deney suçunun konusunu da oluşturur.⁵⁴

IV. İNSAN ÜZERİNDE DENEY SUÇU İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

İnsan üzerinde deney suçunun birçok hukuki değeri doğrudan ya da dolaylı olarak koruduğu ifade edilmektedir. Öncelikle bu suç ile korunan hukuki değer, suçun düzenlendiği yerin “*Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar*” başlıklı olması nedeniyle kişinin vücut dokunulmazlığı/bütünlüğüdür.⁵⁵ Bununla birlikte bireyler, insan olmalarından dolayı obje konumuna indirgenemezler. Bu suç tipiyle kişilerin nesne hâline getirilmemeleri amaçlandığından insan

⁵⁴ Aysun Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2011), s. 160.

⁵⁵ Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90)”, in Uğur Alacakaptan'a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 550; Uğur Güner, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90)”, Aralık 2015, 10(29), CHD, s. 326; Gülşah Güven, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 90. Maddesi ile Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza”, 2016, 90(4), İstanbul Barosu Dergisi, s. 221; Güçlü Akyürek, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları”, Aralık 2014, 9(100), Terazi Hukuk Dergisi, s. 9; Osman Yaşar, Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: 3. Cilt, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet, 2014, s. 3129; Subaşı, s. 89.

haysiyetinin de bu suçla korunan hukuki değerlerden olduğu belirtilmektedir.⁵⁶ Ayrıca kişinin yaşam hakkı⁵⁷ ile birlikte deney sırasında öğrenilecek bilgilerin korunması açısından kişisel verilerin de korunduğu kabul edilmektedir.⁵⁸ Bunun dışında bilimsel deneylerin hukuka uygun şekilde yürütülebilmesi temin edildiğinden bu suç ile korunan diğer bir hukuki değer de bilimsel çalışma özgürlüğü olduğu iddia edilmektedir.⁵⁹

Kanaatimizce insan üzerinde deney suçu bakımından esas alınması gereken hukuki değerler, **vücut dokunulmazlığı ve yaşam hakkıdır**.⁶⁰ Her deneyin sonucunda yaralanma ve ölüm neticelerinin meydana gelmemesi, bu görüşümüz ile çelişmemektedir. Zira bu neticelerin ortaya çıkma tehlikesi de bu suç tipiyle korunmaktadır. Vücut dokunulmazlığı ile yaşam hakkı dışında bu suçla korunduğu iddia edilen hukuki değerler ancak tali nitelikte olabilir. Bu itibarla insan haysiyeti, kişinin vücut dokunulmazlığına mündemiç korunmaktadır. Buna karşılık, kişisel verilerin ve bilimsel çalışma özgürlüğünün korunduğu görüşüne katılmıyoruz. Bilimsel çalışma özgürlüğü hâlihazırda Anayasa m. 27’de teminat altına alınmıştır. TCK m. 90 ile bilimsel çalışma özgürlüğünü kapsamında insan üzerinde yapılması planlanan deneylerin suç teşkil etmemesi için uyulması gereken kriterler ihdas edilmekte ve bunlara aykırılık hâlinde deney yapan kişi cezalandırılmaktadır. Keza kişisel verilere ilişkin olarak da TCK m. 90’da herhangi bir koruyucu düzenleme sevk edilmediği görülmektedir.⁶¹

Bu tespite binaen insan üzerinde deney suçunun varlığının gerekli

⁵⁶ Erman, s. 256; Güner, s. 326; Subaşı, s. 89; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3129; İnsan haysiyetine ek olarak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının da bu suçla korunan hukuki değerlerden biri olduğu görüşü için bkz. Erman, 257; İnsan haysiyeti kavramının, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını da ihtiva ettiği görüşü için bkz. Bayındır, 85; İnsan üzerinde deney suçunun tasarıda “Kişi Hürriyetine Karşı Suçlar” bölümü altında düzenlenmesinin öngörülmesi, daha sonra “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” bölümüne alınması dikkate alındığında kanun koyucunun kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına önem atfettiği görüşü için bkz. Erman, s. 256.

⁵⁷ Güven, s. 221; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3129.

⁵⁸ Özbek ve Doğan, s. 551.

⁵⁹ Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, 2015, 6 (3), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 170.

⁶⁰ Aynı yönde bkz. Özalp ve Özalp, s. 182.

⁶¹ Kişisel verilerin bu suçla korunan hukuki değer olmadığı görüşünde olan *Erman*, kişisel verilerin TCK m. 135-139 düzenlemeleri ile korunduğunu, bu maddelerin koruma alanına giren hareketlerin insan üzerinde deney kapsamında yapılması hâlinde içtima hükümlerinin gündeme geleceği görüşündedir. (bkz. Erman, s. 256.)

olup olmadığı tartışılmalıdır. Bunun nedeni, vücut dokunulmazlığı ile yaşam hakkını hâlihazırda koruyan yaralama ve öldürme suçlarının varlığıdır. Bu kapsamda bu suçların varlığına rağmen insan üzerinde deney suçunun vücut dokunulmazlığı ile yaşam hakkını korumak bakımından ayrıca gerekli olduğu ifade edilmektedir. Zira yaralama ve öldürme suçları zarar suçlarıdır. Bir diğer ifadeyle bu suçların söz konusu olabilmesi için yaralanma ve ölüm neticelerinin ortaya çıkması gerekir. Aksi takdirde suçlar teşebbüs aşamasında kalır. Buna karşılık insan üzerinde deney suçu, sırf hareket suçudur. Suçun gerçekleşmesi için herhangi bir zararın ortaya çıkması aranmadığı için bu suç bir tehlike suçudur. Bu yönü itibarıyla insan üzerinde deney suçu, yaralama ve öldürme suçlarına nazaran cezalandırılabilirliğin daha geniş olduğu bir suç tipidir. Buna istinaden kanun koyucunun insan üzerinde deneyin söz konusu olduğu hâllerde deneyin TCK m. 90/1'e aykırı olması ihtimalinde herhangi bir zararın ortaya çıkmasını aramaksızın failin haksızlık teşkil eden hareketini cezalandırmayı tercih ettiği, suçun bu özelliğinden dolayı yaralama ve öldürme suçlarından ayrıldığı ve varlığının gerekli görüldüğü ifade edilebilir. Dolayısıyla kanun koyucu, gerekli şartlara riayet edilmemiş deneyin başarıyla sonuçlanması ve herhangi bir yaralanma veya ölüm neticesinin ortaya çıkmaması ihtimalini de cezalandırarak bu suç tipinin gerekliliğini ortaya koymuştur.⁶² Buna ek olarak tıp biliminin gelişimi için çeşitli deneylerin insan üzerinde yapılmasının gerekliliği, insan üzerinde deneyin açıkça ve ayrı bir suç olarak düzenlenmesi zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir.⁶³

V. TİPİKLİK

A. Suçun Maddi Unsurları

1. Fail

Doktrinde bu suçun failinin kim olabileceği hususunda çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre insan üzerinde deney suçu özgü suçtur.⁶⁴ Bu görüşün dayanak noktası, bilimsel deney yapma faaliyetinin bilim insanları tarafından yürütülebileceği, bilim insanları tarafından yürütülmeyen deneyin

⁶² Güner, s. 327.

⁶³ Güven, s. 220.

⁶⁴ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3130; Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, USA Yayıncılık, 2010, s. 92; Aygün-Eşitli, s. 54; Necati Meran, Kişilere Karşı Suçlar, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2008, s. 218; Akyürek, s. 9; Cankurt, s. 331.

bilimsel deney olamayacağı için suçun kapsamına girmeyeceğidir.⁶⁵ Buna karşılık bizim de katıldığımız görüşe göre kural olarak bu suçun faili **herkes** olabileceğinden suç, özgü suç değildir.⁶⁶ Zira özgü suçlarda failin insan olmak dışında özel ve objektif özelliklere de sahip olması gerekir.⁶⁷ Keza TCK m. 90/1 gibi, failin fiil unsuru üzerinden tanımlandığı suç tiplerinde özgü suçtan söz edilemez.⁶⁸ Bununla birlikte Kanun'da "...insan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi..." den bahsedilmektedir. Kişi, kimse, her kim gibi ifadeleri içeren kanun metinlerinin herkes tarafından işlenebilen suçların varlığına işaret ettiği dikkate alınmalıdır.⁶⁹ Bütün bu gerekçelere ek olarak Kanun'da belirtilen *bilimsel deney* ifadesi fiil unsuruyla ilgili olup tipik hareketin gerçekleşebilmesi için aranan bir şarttır.⁷⁰ Bu itibarla bilimsellik, deneyi niteleyen bir husus olup deneyi yürütecek kişinin herhangi bir bilim alanına mensup olmasını ve o alanda faaliyet göstermesini sonuçlamaz.⁷¹ Buna karşılık, kanuni düzenlemeler itibarıyla deney yapmak hususunda yetkilendirilen kişi veya kişilerin söz konusu olduğu hâller de bulunmaktadır.⁷² Yetkisiz kişilerin deney yapması TCK m. 90/2 ve m. 90/3 bakımından düzenlenmiş bir şart

⁶⁵ Aygün-Eşitli, s. 54.

⁶⁶ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Adalet, 2019, s. 270; Gökhan Taneri, Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge, 2015, s. 659; Hakeri, El Kitabı, s. 519; Özbek ve Doğan, s. 551; Ünver, Deney ve Deneme, s. 151; Bayındır, s. 89; Güner, s. 330; Güven, s. 221; Subaşı, s. 90; Erman s. 257-258.

⁶⁷ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 273.

⁶⁸ Fail unsurunun fiil üzerinden tanımlandığı durumlarla ilgili ortaya atılan görüş için bkz. Klaus Tiedemann, Ekonomi Ceza Hukuku, Ayşe Nuhuğlu (çev), Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 129; Bu görüşü desteklemek için örnek olarak şu suçlar verilebilir: TCK m. 257'de tanzim edilmiş görevi kötüye kullanma suçunda failin kamu görevlisi olabileceği açıkça belirtilerek fiil unsuru üzerinden bir nitelendirme yapılmamıştır ve bu itibarla suç özgü suçtur. Buna karşılık TCK m. 141'de hırsızlık suçunun faili olarak başkasının taşınır malını zilyedinin rızası olmaksızın alan kişiden bahsedilmekte ve fail unsuru fiil üzerinden tanımlandığından bu suç herkes tarafından işlenebilmektedir. Keza aynı esas TCK m. 240'ta da söz konusudur. Mal veya hizmet satımından kaçınan kişinin bu suçun faili olacağı ifade edilerek fail, fiil unsuru üzerinden tanımlandığından bu suç da herkes tarafından işlenebilmektedir. Bkz. Can Eralp Elibol, Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m. 240), On İki Levha, 2021, kn. 70.

⁶⁹ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 1, 4., vollständige neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2006, § 10 Rn. 54.

⁷⁰ Ünver, Deney ve Deneme, s. 151; Erman s. 258.

⁷¹ Bayındır, s. 89.

⁷² Buna örnek olarak İBUKAY m. 13/3-a ile HHY m. 32/3 düzenlemeleri gösterilebilir.

olmaması nedeniyle doğrudan bu suçun kapsamında olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak bu deneyi yapmaya yetkisiz olan kişilerin TCK m. 90/2-a bakımından gerekli izni alması mümkün olmayacağı için izinsiz yapılan bu deney insan üzerinde deney suçunu oluşturur.

2. Mağdur

Bu suçun mağduru herkes olabilir. Suç ile insan üzerinde deney yapmak yasaklandığı için kişinin hayatta olması gerekir. Ölmüş kişiler üzerinde yapılan deneyler ve hayvanlar üzerinde yapılan deneyler bu suçun kapsamında değerlendirilemez.⁷³ Deneylerin cesetler üzerinde yapıldığı ihtimalde kanuni unsurları gerçekleşirse kişinin hatırasına hakaret suçu gündeme gelebilir.⁷⁴ Buna ek olarak bu suçun mağduru ancak yaşayan bir insan olabileceğinden ve embriyo⁷⁵ ile cenin insan olmadığından bu suçun mağduru olarak nitelendirilemezler.⁷⁶ Buna karşılık tüp bebekler bakımından tüp bebeğin nakli gerçekleşikten sonra bunların da suçun mağduru olabileceği doktrinde savunulmaktadır.⁷⁷

Kanun bu suçtan dolayı mağdur olmak için özel bir şart aramasa da mağdurun çocuk olması durumunda deneyin suç teşkil etmemesi için TCK m. 90/2'de yer alan hukuka uygunluk sebeplerinin yanı sıra TCK m. 90/3'te yer alanların da varlığını aramaktadır.

Belirtmek gerekir ki bu konudaki diğer hukuki düzenlemeler, deney yapılacak kişilerin özelliklerine göre farklılık arz edebilmektedir. Deney yapılan kişinin çocuk olması, gebe, lohusa veya emziren kadın olması (Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 18), kısıtlı olması (İBÜKAY m. 8), yoğun bakımda olan bir kişi olması (Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 19) gibi durumlarda deney yapmanın farklı şartları mevcuttur.⁷⁸ Kişinin hükümlü olması durumunda Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m. 78/3 uyarınca “*rızası olsa bile hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz.*” denilerek hükümlülerin söz konusu olduğu hâllerde tıbbi

⁷³ Güner, s. 331; Bu doğrultuda otopsi sırasında yapılan deneyler de yaşayan insan üzerinde yapılmadığı için bu suçun mağdur unsuru teşekkül etmez. Bkz. Güven, s. 222; Hakeri, El Kitabı, s. 522.

⁷⁴ Erman, s. 260.

⁷⁵ Hilgendorf, s. 127, kn. 30.

⁷⁶ Güven, s. 224.

⁷⁷ Cankurt, s. 349.

⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 411 vd.

deneyin hiçbir şekilde yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.⁷⁹ Ancak ifade ettiğimiz üzere deney kavramı sadece tıbbi deney ile sınırlı değildir. Bu takdirde hükümlüler bakımından tıbbi deney söz konusu olmasa da diğer deneylerin yapılabilmesi mümkündür. Bununla birlikte Kanun'da yalnızca hükümlülerden söz edildiğinden tutuklular yahut gözaltına alınanlar üzerinde insan üzerinde deney yapılabilecektir.⁸⁰

3. Konu

Suçun konusu insandır. Burada insanın bedeni üzerinde yapılan deneylerin yanı sıra insanın psikolojisi üzerinde yapılan deneyler de suçun konusunu oluşturmaktadır.⁸¹ Doktrinde azınlıkta olan bir görüş, suçun konusunun sadece insan vücudu olduğunu savunmaktadır.⁸² Ancak TCK m. 90/1'de deneyin insanın üzerinde yapılmasından bahsedildiği için suçun konusunu insan bedeni ile sınırlamak mümkün değildir.

İnsanın bedeni üzerinde yapılan deneyler bakımından bu suçun oluşabilmesi için bedensel bütünlüğün söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda ortaya atılan bir görüşe göre insan bedeninden ayrılmış kıl, saç, sperm ve kan gibi⁸³ parçalar, madde metninde açıkça “insan bedeni”nden söz edildiği için suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak bu suçun konusunu oluşturmaz.⁸⁴ Diğer bir görüşe göre insan vücudundan ayrılan parçalar üzerinde yapılan deney de bu suçun konusunu oluşturur.⁸⁵ Kanaatimizce de insan bedeninden ayrılmış olan parçalar insan üzerinde deney suçunun konusunu teşkil eder. TCK m. 90/1'de “insan üzerinde” yapılan deneyden söz edilmektedir. Dolayısıyla bu suçun konusu insan bedeni ile sınırlandırılmamıştır. Bu itibarla kanunilik ilkesinin katı yorumlanması

⁷⁹ Doktrinde ortaya atılan bir fikre göre Biyotıp Sözleşmesi m. 20'de hükümlüler üzerinde deney yapılabilmesine olanak tanınmasına ve AY m. 90/5 uyarınca Sözleşme hükümlerinin iç hukuk hükmü gibi uygulanacağı belirtilmesine rağmen CGTİHK m. 78/2'de hükümlüler üzerinde deney yapılamayacağı düzenlemesi özgürlükler bakımından daha ileri bir düzenleme olup bunun esas alınması gerekir. İlgili görüş için bkz. Cankurt, s. 365.

⁸⁰ Düzenlemenin bu nedenle eksik olduğu görüşü için bkz. Remzi Demir, Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Adalet, 2019, s. 278-279.

⁸¹ Ünver, Deney ve Deneme, s. 152; Özbek ve Doğan, s. 551; Bayındır, s. 93; Yüksel, s. 44; Erman, s. 263; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3130; Aksi yönde bkz. Subaşı, s. 91-92.

⁸² Meran, s. 212.

⁸³ Bayındır, s. 93.

⁸⁴ Güner, s. 328; Erman, s. 260; Bayındır, s. 93; Subaşı, s. 91.

⁸⁵ Cankurt, s. 371.

ile insandan sâdır olan parçaların kişinin üzerinde olmamasından bahisle bu suçun konusunu oluşturmayacağını ifade etmek isabetli değildir. Her ne kadar kişinin vücudundan ayrılmış bir parça olsa da sonuç itibarıyla elde edilen ürün o kişiden kaynaklanmıştır ve biyolojik bir üründür. Nitekim kök hücre tedavi araştırmaları kapsamında yapılan deneyler TCK m. 90/1'in konusunu oluşturur.⁸⁶ Bununla birlikte bu görüşümüz, korunan hukuki değerın vücut bütünlüğü olması gerektiği görüşümüz ile çelişmektedir. Zira vücut bütünlüğünün kapsamının insandan sâdır olan biyolojik ürünleri de ihtiva edecek şekilde geniş yorumlanması normun koruma amacına uygundur.

Suçun konusu bakımından suçlar zarar suçu ve tehlike suçu olarak ikiye ayrılmaktadır. Tehlike suçları da soyut tehlike suçu ve somut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. İnsan üzerinde deney suçunda ortaya çıkması gereken herhangi bir zarar veya somut bir tehlike öngörülmemektedir. Bu nedenle suç **soyut tehlike suçudur**.⁸⁷ Dolayısıyla tipiklikteki hareketin yapılmasıyla suç oluşacaktır.

4. Fiil

TCK'nin 90. maddesinin 1. fıkrasında “...*insan üzerinde bilimsel deney yapan kişi...*” ifadesiyle fiilin bilimsel deney yapmak olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla fiil unsurunun oluşması için öncelikle bir deney olmalı ve bu deney bilimsel olmalıdır. Deneyin ne anlama geldiği hususundaki açıklamalar ilgili başlıkta yapıldığı için fiil başlığı altında bunun üzerinde tekrar durulmayacaktır.

Bir deneyin bilimsel addedilebilmesi için bilimsel içerikli bir konuda bilimsel araştırma metotlarının kullanılması ve bilimsel bir sonuç almak için⁸⁸ yapılan bir faaliyet olması gerekir.⁸⁹ Dolayısıyla TCK m. 90'ın gerekçesinde sadece tıp biliminden bahsedilmesi maddenin kapsamının daraltılarak

⁸⁶ Cankurt, s. 392; Kök hücrelerin, Alman hukukunda tıbbi araştırmaların konusunu teşkil edebilmesine imkân sağlayan düzenlemeler için bkz. Hilgendorf, s. 132-133, kn. 55-57.

⁸⁷ Aygörmöz-Uğurlubay, s. 172; Hakeri, El Kitabı, s. 521; Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 271; Taneri, s. 660; Özalp ve Özalp, s. 184; Akyürek, s. 10; Güven, s. 222; Güner, s. 329; Bayındır, s. 96; Erman, s. 265.

⁸⁸ Bilimsel amacın varlığını esas alan görüş için bkz. Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 270.

⁸⁹ Altunkaş, s. 269; Şen, s. 592; Hakeri, El Kitabı, s. 519; Bu bakımdan hem benimsenen metot hem objektif olarak değerlendirilmek kaydıyla güdülen amaç hem de doğacak sonuçların bilimsel olarak anlamlı olması kriterlerinin benimsenmesi mümkündür. Bilimselliğin nasıl tespit edileceği ile ilgili görüşler için bkz. Erman, s. 262-263.

yorumlanmasına sebep olabilecek hatalı bir kullanımdır. Tıp biliminin yanı sıra kriminolojide, adli tıpta, sporda, askeri alanda ve uzayla ilgili yapılan deneyler de bilimsel deney olarak bu suçun kapsamına girer.⁹⁰

Kanun'da insan üzerinde deney suçunun ne şekilde işlenebileceği kesin olarak belirtilmediğinden bu suç, **serbest hareketli** bir suçtur.⁹¹

Suçun fiil unsuru deney yapmak olup deney yapmak niteliği itibarıyla aktif bir hareket olduğundan bu suç, **icrai hareketle** işlenebilen bir suçtur.⁹² Buna karşılık doktrinde bu suçun hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebileceği görüşü savunulmaktadır.⁹³ Kanaatimizce bu suç, yalnızca icrai hareketle işlenebilen bir suçtur. Nitekim Kanun'da bu suçun failin pasif kalması suretiyle işlenebileceğine dair herhangi bir ifade bulunmamaktadır. Bilakis Kanun'da deney "yapmaktan" bahsedilmekte, bir işi yapmak da aktif birtakım hareketlere işaret etmektedir. Bu bakımdan deney yapmak fiilinin tabiatı itibarıyla ihmali olamayacağı kanaatindeyiz. Üzerinde deney yapılan kişinin deney sırasında rızasını geri alması hâlinde de suç, ihmali hareketle işlenmemektedir. Zira bu aşamadan sonra da failin deney yapmak yönünde aktif hareketlerde bulunması gereklidir.

Hareketin niteliğine göre tartışmalı olan bir diğer husus, insan üzerinde deney suçunun ani hareketli mi, yoksa mütemadi hareketli bir suç mu olduğudur. Bir görüşe göre bu suç ani hareketlidir.⁹⁴ Bir diğer görüşe göre insan üzerinde deney suçu hem ani hareketlidir hem de uzun süre kesintisiz devam eden deneyler bakımından mütemadi suçtur.⁹⁵ Öncelikle belirtmek gerekir ki aynı fiilin aynı anda hem ani hem de mütemadi olması mümkün değildir. Kanaatimizce deney yapmak, belli bir sürece işaret eder. Bu bakımdan deney kapsamında yapılması gerekenler, ceza hukukunda **mütemadi suç** bağlamında uzun bir süre olarak kabul edilmelidir. Buna göre deneyin yapılmaya başlanması ile bu suç tamamlanır ancak sona ermez. Zira deney,

⁹⁰ Şen, s. 592; Akyürek, s. 9; Güven, s. 222; Bayındır, s. 94; Hakeri, El Kitabı, s. 521; Taneri, s. 659.

⁹¹ Subaşı, s. 92; Erman, s. 263; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3130; Özalp ve Özalp, s. 184.

⁹² Akyürek, s. 10; Subaşı, s. 92.

⁹³ Bayındır, s. 96; Erman, s. 264.

⁹⁴ Bu görüşte olan *Subaşı*, deneylerin uzun sürdüğü ihtimalde zamanaşımı süresinin uygulanması bakımından mütemadi suç hükümlerinin esas alınması gerektiğini savunmaktadır. (bkz. *Subaşı*, s. 92.); Akyürek, s. 10.

⁹⁵ Bayındır, s. 96.

yapılmaya devam edilmektedir. Deneyi sonlandıran işlemin yapılmasıyla suç sona erer. Bu görüşün sonucunda deney yapılmaya başlandığı anda suç tamamlandığından artık suça teşebbüs mümkün değildir. Bununla birlikte suça şerik olarak iştirak etmek, deneyi sonlandıran işlemin yapıldığı ana kadar mümkündür.

5. Netice

İnsan üzerinde deney suçu sırf hareket suçu olarak düzenlenmiştir. Suçun gerçekleşmesi için ayrıca bir neticenin ortaya çıkması aranmamaktadır. Bununla birlikte yaralanma ve ölüm neticesinin gerçekleştiği durumlar için TCK m. 90/5'te kasten yaralama veya öldürme suçuna ilişkin hükümlerin uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu konu hakkında detaylı bilgi içtima başlığı altında verilecektir.

6. Suçun Nitelikli Hâlleri

Kanun'da insan üzerinde deney suçu için herhangi bir nitelikli hâl öngörülmemiştir. Buna karşılık, özel bir içtima hükmü olan TCK m. 90/5'te kasten yaralama ve kasten öldürme suçuna atıfta bulunduğu için bu suçların nitelikli hâlleri uygulama alanı bulabilir.⁹⁶

B. Suçun Manevi Unsuru

İnsan üzerinde deney suçunun manevi unsuru kasıttır⁹⁷. Bu suç doğrudan kasıt ile işlenebileceği gibi, olası kasıt ile de işlenebilir.⁹⁸ Kanun'da açıkça

⁹⁶ Özbek ve Doğan, s. 557.

⁹⁷ Doktrinde ve TCK'de suçun manevi unsuru olarak "kast" kavramından bahsedilse de bunun dil bilgisi kurallarına aykırı olması ve "kast" diye bir kelimenin Türkçede olmaması nedeniyle biz, kavramın doğru ifade ediliş şekli olan "kasıt" kelimesini kullanacağız. Bu konudaki eleştiri için bkz. Elibol, dn. 481.

⁹⁸ İnsan üzerinde deney suçunun olası kasıtle işlenemeyeceği görüşü ortaya atılmıştır. Bunun nedeni olarak olası kasıtle sorumluluğun neticeye göre belirlendiği fakat insan üzerinde deney suçunun neticesi harekete bitişik suç olması sebebiyle neticeye dayalı bir sorumluluk tesis edilemeyeceği gösterilmektedir. (bkz. Subaşı, s. 94-95.); Kanaatimizce insan üzerinde deney suçunun netice ihtiva etmemesi nedeniyle olası kasıt sorumluluğunun mümkün olmadığı görüşünü savunan yazar, bu suç tipini neticesi harekete bitişik suç olarak nitelendirerek çelişkili ifadeler kullanmıştır. Zira neticesi harekete bitişik suç ile sırf hareket suçu aynı anlama gelmez. Neticesi harekete bitişik suç ifadesi, her suçta neticenin olduğunu savunan klasik görüşün bir sonucudur. Bu görüşe göre neticesi harekete bitişik suçlarda da netice vardır ancak harekete bitişik olarak tecelli etmektedir. Hâlbuki sırf (salt) hareket suçu ifadesi, her suçun neticeli olmadığını savunan güncel görüşün yansımasıdır. Bu bakımdan yazarın makalesinde iki farklı görüşün mahsulü olan iki farklı ifadeyi birbirini ikame eder şekilde kullanması hatalıdır. Buna ek olarak olası kasıt, TCK m. 21/2'de tanımlanmıştır

bu suçun taksirle işlenebileceği belirtilmediğinden taksirle işlenmesi mümkün değildir. Buna göre failin yaptığı deneyin bilimsel olduğunu ve mağdurun yapılan deneye rızasının olmadığını yahut verdiği rızanın geçerli olmadığını bilerek ve isteyerek yahut kabullenerek hareket etmesi gerekir.⁹⁹ Kanun'da bu suçun meydana gelebilmesi için failin herhangi bir saik veya amaç ile hareket etmesi aranmamaktadır.

Suç ancak kasten işlenebildiğinden kastı kaldıran hata hâlleri söz konusu olduğunda kişinin kastı kalkacağından manevî unsur yokluğundan suç oluşmaz. Belirtmek gerekir ki benimsediğimiz görüş uyarınca ilgilinin rızası hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendirildiğinden failin üzerinde deney yapılan kişinin rızası olduğu hususunda hataya düştüğü olasılıkta hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarında hatadan söz edilmelidir.¹⁰⁰ Bununla birlikte TCK m. 30/3 uyarınca hukuka uygunluk nedenlerinin koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşen kişi bu hatasından yararlanacağı için failin ilgilinin rızasının varlığını bilmediği ihtimalde TCK m. 90/1'den sorumluluğuna da gidilemez.

VI. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK m. 90/1 insan üzerinde deney suçunun tipikliğine ilişkin düzenleme yer almaktayken, ilgili maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında insan üzerinde yapılan bilimsel deneyin ceza sorumluluğu doğurmaması için bazı koşulların var olması gerekliliği düzenlenmiştir. TCK m. 90/2'de yer alan “*ceza sorumluluğunu gerektirmemesi*” ifadesi hukuka uygunluk nedenlerinin ve kusurluluğa etki eden nedenlerin düzenlendiği TCK'nin birinci kitabının ikinci kısmının ikinci bölümündeki “*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler*” başlığıyla terminolojik olarak isabetli bir ifadeye yer vermektedir. Gerek bu sebeple gerekse ilgili hükümlerdeki koşullar dikkate

ve hükümde “...suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen...” ifadesine yer verilerek yalnızca netice unsuruna değil, suçun tüm kanuni unsurlarına atıf yapılmıştır. Her ne kadar olası kasıttaki tipiklik unsuru olarak genellikle netice unsuru esas alınsa da bu, yazarın olası kasıt ile bu suçun işlenemeyeceği görüşünü meşrulaştırmaya yeterli değildir. Bkz. Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin, 2020, s. 172.

⁹⁹ Güner, s. 331; Bayındır, s. 99.

¹⁰⁰ Bu suç kapsamında ilgilinin rızasının yokluğu hâlinde hukuka uygunluk nedenlerinde hataya düşülmüş sayılacağı görüşü için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3132; Güven, s. 224; Subaşı, s. 95, 96; İlgilinin rızasını suçun maddi unsurları kapsamında değerlendiren ve rızada düşülen hatayı suçun maddi unsurlarında düşülen hatayı teşkil ettiğini savunan görüş için bkz. Güner, s. 331.

alındığında TCK m. 90/2 ve 3'teki düzenlemelerin hukuki niteliklerinin hukuka uygunluk nedenleri olduğunu söylemek mümkündür. Ancak belirtmek gerekir ki TCK'de yer alan hukuka uygunluk nedenleri insan üzerinde deney suçunun hukuka uygun olabilmesi için düzenlenmiş genel düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin dışında yapılan deneylerin niteliğine veya deney yapılan kişilere göre özel düzenlemeler yer almaktadır. Deneylerin türü olarak tıbbi deneyleri, kişiler bakımından ise hamileler ve lohusalar için yapılan deneyleri bu bakımdan örnek vermek mümkündür.¹⁰¹ Bilimsel bir deneyin hukuka uygun kabul edilebilmesi için hem TCK m. 90/2 ve 3'te yer alan koşulları hem de diğer mevzuatta yer alan koşulları ihtiva etmesi gerekir. Aynı şekilde hem TCK m. 90/2 ve 3'teki hem de diğer mevzuatta yer alan koşulların eksikliği insan üzerinde deneyi hukuka aykırı hale getirmektedir. Ancak TCK'de yer alan koşullarla diğerleri arasında önemli bir fark bulunmaktadır. TCK'deki koşulların olmaması durumunda insan üzerinde yapılan deney suç oluştururken, TCK'deki koşulların mevcut olmasına rağmen diğer mevzuattaki koşulların eksik olması durumunda bu eksiklik hukuka aykırılık sonucunu doğurmasına rağmen, TCK m. 90/1 kapsamında insan üzerinde deney suçunu oluşturmamaktadır. Bu durumda kanunilik ilkesi gereği her ne kadar ceza hukuku bakımından bir sorumluluk söz konusu olmasa da deneyi yapan kişilerin medeni hukuk veya idare hukuku bakımından sorumlulukları doğmaktadır.

A. İlgilinin Rızası

TCK m. 90/2'de rızadan ayrıca ve açıkça bahsedilmesi nedeniyle rızanın tipikliğe mi, yoksa hukuka aykırılık unsuruna mı ilişkin olduğu tartışmalı hâle gelmiştir. Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre her ne kadar TCK m. 90/2'de açıkça rıza kavramından bahsedilse de rızanın suçun maddi unsurları kapsamında değil, hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmesi gerekir.¹⁰² Bir diğer görüşe göre TCK m. 90 özelinde rıza tipikliğe ilişkindir.¹⁰³ Biz de bu suç kapsamında rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmekteyiz. Bu düşünceyi kabul etmemizin en önemli sebebi, rızanın TCK m. 90/2'deki düzenleme şeklinden kaynaklanmaktadır. TCK m. 90/1 suçun tipikliğini ve yaptırımını düzenlemektedir. Aynı şekilde TCK m. 90/5'te yer alan "*Birinci*

¹⁰¹ Yukarıda bu tür deneylere ayrıca değinilmiştir.

¹⁰² Rızayı hukuka aykırılık unsuru kapsamında değerlendiren görüşler için bkz. Akyürek, s. 10; Subaşı, s. 96; Bayındır, s. 102-103; Güner, s. 332.

¹⁰³ Cankurt, s. 370; Bu suç bakımından ilgilinin rızasının suçun maddi unsurlarından fiil unsuruna ilişkin olduğu görüşü için bkz. Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 271.

*fıkra*da tanımlanan suçun işlenmesi” ifadesi de esasen 1. fıkradaki hususların suçun tipikliğini oluşturduğunun, 2. ve 3. fıkralarda yer alan hükümlerin tipikliğin dışında olduğunun göstergesidir.

Rızanın alınması ve geçerli olması birtakım şartlara tabidir. Hasta Hakları Yönetmeliği’nin “Tıbbi Araştırmalar” başlıklı 32. maddesinde ve Biyotıp Sözleşmesi’nin “Muvafakat” başlıklı 2. bölümünde ilgilinin rızasının geçerli olabilmesi için aranan şartlar ile rıza alınırken izlenmesi gereken usul düzenlenmektedir. Bu usul ve esasların da somut olayda var olup olmadığı incelenmelidir.

Rızanın geçerli olabilmesi için deneye tabi tutulacak kişinin deneyin konusu, yapılış şekli ve karşılaşılabileceği muhtemel zararlar gibi konularda aydınlatılmış olması¹⁰⁴ ve kişinin vereceği rızanın özgür iradesine dayanması gerekir.¹⁰⁵ Bu esas, Biyotıp Sözleşmesi’nin Ek Protokolü’nün 13. maddesinde geniş olarak yer almaktadır. Ayrıca TCK m. 90/2-g uyarınca rızanın geçerli olabilmesi için rızanın yazılı bir şekilde verilmesi aranmaktadır. Bununla birlikte menfaat teminine bağlı olarak verilen rıza kabul edilmemektedir.

İnsan üzerinde deney suçu kapsamında korunan hukuki değerler vücut bütünlüğü ile yaşam hakkı olduğundan bunlar kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardır ve kural olarak deneye tabi tutulacak kişinin şahsen rıza vermesi gerekir. Buna karşılık rıza verme ehliyeti bulunmayan kişiler için bunların kanuni temsilcilerinin rıza vermesi yeterlidir.¹⁰⁶ Ancak doktrinde bir görüş, rıza vermeye ehil olmayan çocuklar ve akıl hastaları üzerinde deneyin hiçbir şekilde yapılamayacağını savunmaktadır.¹⁰⁷ Ancak çocuğun rıza gösterme yeteneği olsa bile onun rızasına ek olarak kanuni temsilcisinin de yazılı rızasının alınması gerekmektedir.¹⁰⁸ Bilinci kapalı yoğun bakım hastalarının üzerinde deneyin yapılıp yapılamayacağı da tartışılmalıdır. Zira doğrudan bu hastaların tedavisinde yahut bakımında kullanılacak ilaçların araştırılmasının elzem

¹⁰⁴ Rızanın kişilerin aydınlatılmasının sonucunda elde edilmesi zorunluluğu, özerklik ilkesinin bir gereğidir. Bkz. Güven, s. 225; Rızanın kapsamını belirlemek deneyi yapan kişinin işi olduğundan aydınlatma yükümlülüğünün de bizzat bu kişiye ait olduğu ve devredilemeyeceği ifade edilmektedir. Bkz. Cankurt, s. 331.

¹⁰⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 458.

¹⁰⁶ İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu: Cilt 2, Sözkese Matbaacılık, 2013, s. 1537; Aygün-Eşitli, s. 139 vd.; Meran, s. 213.

¹⁰⁷ Şen, s. 626; Hafizoğulları ve Özen, s. 94; Bu görüşü nakleden için bkz. Hakeri, El Kitabı, s. 283.

¹⁰⁸ Hakeri, El Kitabı, s. 283.

olduğu durumlar söz konusu olabilir. Bu bağlamda Biyotıp Sözleşmesi'nin 6. maddesinde rıza verme yeteneği olmayan kişiler üzerinde deneyin hangi şartlar altında yapılabileceği ifade edilmiştir. Maddenin birinci ve üçüncü fıkrası birlikte değerlendirildiğinde bu kişiler üzerinde deney, bunların kanuni temsilcisinden veya kanunda belirtilen yetkili makamdan, kişiden veya kurumdan izin alınması ve deneyin bu kişilerin doğrudan yararına olması şartıyla yapılabilir. Maddede belirtilen bu temel şartlara ek olarak Biyotıp Sözleşmesi m. 17 ve 20'deki koşulların da bulunması hâlinde bilinci kapalı yoğun bakım hastaları üzerinde deney yapmak hukuken mümkün olur. Bu hususta son olarak Sözleşme, bilimsel araştırma özgürlüğüne ağırlık vererek bilinci kapalı yoğun bakım hastalarının doğrudan yararına olmasa bile diğer şartların varlığı hâlinde bu kişiler üzerinde deney yapılabileceğini ifade etmektedir (m. 17/2).

Rızanın en geç deneyin başlangıç anına kadar alınması gerekir ve rızanın deneyin başından sonuna kadar var olması gerekir. Verilen rıza her zaman hiçbir şarta bağlı olmadan geri alınabilir (SHTK Ek Madde 10). Kişi, aydınlatılmış rızasını yazılı olarak verdikten sonra deney süresince herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın rızasını geri alıp araştırmadan çekilme hakkına sahiptir (İBUKAY m. 5/1-i). Varsayılan rıza ve örtülü rıza¹⁰⁹ insan üzerinde deney suçu için kabul edilmemektedir.

Doktrinde üzerinde deney yapılacak kişinin sadece bir deneye katılmasının mümkün olduğu savunulmuştur.¹¹⁰ Ancak kanaatimizce Kanun'da böyle bir teorik zorunluluk mevcut değildir. Dolayısıyla pratikte mümkün olduğu müddetçe kişinin birden fazla deneye katılmasının önünde teorik bir engel mevcut değildir.

1. Yetişkinler Bakımından Deneyin Hukuka Uygun Olması İçin Aranacak Koşullar (TCK m. 90/2)¹¹¹

İnsan üzerinde deneyin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetişkinler bakımından ve takip eden başlıkta açıklanacak olan çocuklar bakımından TCK m. 90/2 ve 3'te yer alan koşulların bulunması gerekmektedir.

¹⁰⁹ Hafizoğulları ve Özen, s. 93.

¹¹⁰ Bayındır, s. 103.

¹¹¹ Aşağıda bu başlık altında anlatılacak hususların numaraları Kanun ile uyumlu olabilmesi için Kanun maddelerine göre düzenlenmiştir.

a) Deneyle İlgili Olarak Yetkili Kurul veya Makamlardan İzin Alınmış Olması Gerekir.

Aynı koşul Biyotıp Sözleşmesi m. 16 ve Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 7’de de yer almaktadır. Ulusal mevzuata bakıldığında deneyin konusuna göre yönetmeliklerde iznin nasıl alınacağına ilişkin usul düzenlenmektedir. Araştırmanın başlatılabilmesi için etik kurul tarafından onay verme işlemi gerçekleştirmektedir (İBUKAY m. 5/1-h). Terminolojik olarak her ne kadar TCK m. 90/2-a’da yetkili kurulun izin vermesinden bahsedilse de İBUKAY’da yetkili kurul tarafından onay verilebileceği belirtilmektedir. Bu bakımdan terimsel birliğin sağlanması hukuk sisteminin insicamı bakımından gereklidir.

Etik kurulun onayına ek olarak bazı hâllerde etik kurul prosedürü gerçekleştirildikten sonra ilgili makam olan Sağlık Bakanlığının da izni gerekmektedir (SHTK Ek madde 10). Bu bağlamda HHY m. 32/1 uyarınca eğitim yahut araştırma amacı güdülen tıbbi müdahalelerin yapılabilmesi, Sağlık Bakanlığının iznine bağlıdır.

Etik kuruldan izin alınırken kurul tarafından somut olayın özelliğine göre yan kanunlarda yer alan koşulların mevcut olup olmadığı da incelenmektedir. Dolayısıyla esasen etik kurul onayından geçen bir deney hem TCK m. 90/2 ve m. 90/3’teki hem de yan kanunlarda yer alan koşulları sağlamaktadır. Ancak etik kurulun incelemesine rağmen sağlanması gereken fakat sağlanmayan koşulların varlığı söz konusu olursa ikili bir inceleme yapmak gerekir. Eğer sağlanması gereken fakat sağlanmayan koşullar TCK m. 90/2 veya m. 90/3 kapsamındaki koşullar ise hareket tipik hâle gelecektir ve suç oluşacaktır. Buna karşılık eksik kalan koşullar yan kanunlarda yer alan koşullarsa artık kişinin bu maddeden dolayı cezai sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bu takdirde özel hukuk veya idare hukuku sorumluluğu gündeme gelir. Önemle ifade etmek gerekir ki TCK m. 90/2 ve m. 90/3’teki koşullar ile birlikte somut olaya göre yan kanunlardaki koşulların da sağlandığı ihtimalde fiil hukuka uygun addedilir. Olayın özelliğine göre yan kanunlardaki koşulların sağlanmasının gerektiği fakat sağlanmadığı, buna karşılık TCK m. 90/2 ve m. 90/3’teki koşulların sağlandığı varsayımında esasen failin hareketinin hukuka uygun veya aykırı olduğu sonucuna varılamaz. Bu durumda faile TCK m. 90/1’den dolayı ceza verilmez, zira ikinci ve üçüncü fıkradaki koşullar sağlandığı için ceza hukuku sorumluluğu doğmaz.

b) Deneyin Öncelikle İnsan Dışı Deney Ortamında veya Yeterli Sayıda Hayvan Üzerinde Yapılmış Olması Gerekir.

Deneyin yaratabileceği tehlikeleri en aza indirmek amacıyla¹¹² öncelikle deneyin insan dışı deney ortamında *veya* yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması gerekir.¹¹³ Bu hükümdeki “veya” bağlacının işlevi, maddedeki durumları seçimlik olarak düzenlemesidir. Doktrinde bu hükmün deneyin öncelikle hem insan dışı deney ortamında hem de yeterli sayıda hayvan üzerinde denenmesini gerekli kılacak şekilde “ve” bağlacıyla tekrar düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştiri getirilmektedir.¹¹⁴ Kanaatimizce bu eleştiri isabetli değildir. Zira bu yaklaşım, bütün deneyleri aynı mahiyette görmektedir. Hâlbuki bütün deneylerin hem insan dışı deney ortamında hem de hayvan üzerinde yapılması doğru bir yöntem olmayabilir. Hükmün bu şekilde yeniden düzenlenmesi, maddenin tatbik kabiliyetini gereğinden fazla azaltabilir. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi de meseleyi daha genel bir yaklaşım ile çözümlüyüp somut olayın özelliğine göre değerlendirme yapılması gerekliliğine işaret etmektedir.¹¹⁵ Sözleşme’nin getirdiği prensip dikkate alınarak TCK m. 90/2-b’nin değerlendirilmesi gerekir. Buna göre önemli olan, deneyin insan üzerinde yapılmasının “*son çare*” olmasıdır.¹¹⁶ Somut olayın özelliğine göre deneyin insandan önce hem insan dışı ortamda hem de hayvan üzerinde yapılması zorunluysa fakat deney bunların her ikisi üzerinde yapılmadan insan üzerinde yapılmışsa suç oluşur. TCK m. 90/2-b’nin “veya” bağlacını kullanması buna mâni değildir. Bunun nedeni “veya” bağlacının bağladığı iki söz öbeğinin hem ayrı ayrı hem de birlikte gerçekleştiği ihmali ihtiva etmesidir.

Sonuç itibarıyla bu şart gerçekleşmeden doğrudan insan üzerinde deney yapılırsa başarılı bir sonuç elde edilse bile söz konusu deneyin yapılması suç teşkil eder.¹¹⁷

¹¹² Demir, s. 271.

¹¹³ Bu şartı aynı şekilde formüle eden düzenleme için bkz. SHTK ek madde 10.

¹¹⁴ Ünver, Deney ve Deneme, s. 169; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 404; Bayındır, s. 106; Güner, s. 335.

¹¹⁵ Biyotıp Sözleşmesi m. 16/1-i’de “*İnsanlar üzerinde yapılacak araştırmalarla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir araştırma seçeneğinin bulunmaması*” gerektiği düzenlenmiştir. Aynı esas Ek Protokol m. 5’te de söz konusudur: “*Yalnızca karşılaştırılabilir etkinlikte bir seçeneğin bulunmaması halinde insan üzerinde araştırma yapılabilir.*”

¹¹⁶ Akyürek, s. 10; Demir, s. 272.

¹¹⁷ Şen, s. 617.

c) İnsan Dışı Deney Ortamında veya Hayvanlar Üzerinde Yapılan Deneyler Sonucunda Ulaşılan Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunların¹¹⁸ İnsan Üzerinde de Yapılmasını Gerekli Kılması Gerekir.

Bu hüküm deney öncesinde yapılması gerekenleri düzenleyen (b) bendinin devamı niteliğindedir. Şöyle ki öncelikle insan dışı ortamda veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış deneyin olumlu sonuçlanması gerekir. Şayet (b) bendindeki deneyden olumsuz sonuç alınırsa deneyin insan üzerinde yapılmaması gerekir.

Ayrıca (b) bendi kapsamında yapılan deney ile ulaşılan veriler deney yapanların amaçladıkları sonuca ulaşabilmeleri için deneyin insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılacak mahiyette olmalıdır. Bir diğer ifadeyle insan dışı ortamda veya yeterli sayıda hayvan üzerinde denenmiş ve başarıya ulaşmış deneyler insan üzerinde yapılmasına gerek olmamasına rağmen yine de yapılmışsa suç oluşur. İnsan üzerinde deney yapmanın son çare olması gerekir.¹¹⁹

Bu bent kapsamında “*varılmak istenen hedef*” ifadesi de eleştirilmektedir. Bunun yerine “*hukuka uygun hedef*” ifadesine maddede yer verilmesi gerektiği görüşü savunulmaktadır.¹²⁰ Ancak insan üzerinde deney ile varılmak istenen hedefin hukuka aykırı olması söz konusu olamayacağından Kanun’da ayrıca hedefin hukuka uygun olduğundan bahsedilmesi gerekli değildir. Bu sonuca hükmün bütününe bakıldığında varılmaktadır.¹²¹

d) Deneyin İnsan Sağlığı Üzerinde Öngörülebilir Zararlı ve Kalıcı Etki Bırakmaması Gerekir.

Bu bentte deney sonucunda meydana gelen öngörülebilir zararlı ve kalıcı etkinin cezai sorumluluğa sebep olacağı ifade edilmektedir. Doktrinde bir görüş öngörülebilir zararlı ve kalıcı etki bırakma ihtimalini de bu madde

¹¹⁸ Kanun’da yer alan “bunların” kelimesinin isabetli olmadığı görüşü ortaya atılmıştır. “Bunların” zamiri ile ifade edilenin “deneyler” olmasına karşılık cümlenin ilk kısmında yer alan “bilimsel veriler” ifadesinin yerine kullanıldığı yönünde yanlış anlaşılmaya mahal vermesi, bu görüşe gerekçe olarak sunulmaktadır. (bkz. Güner, s. 335.)

¹¹⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 404.

¹²⁰ Ünver, Deney ve Deneme, s. 169.

¹²¹ Güner, s. 336.

altında değerlendirmektedir.¹²² Ancak kanaatimizce bu zararın gerçekleşme ihtimali suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereği bu bendin kapsamında değildir.¹²³ TCK m. 90/2-d bendi, meseleyi belli bir durumun ortaya çıkmasına endekslemiştir. Şayet deney, öngörülebilir bir zarar veya kalıcı etki bırakırsa bu bentteki durum ortaya çıkacağından suç meydana gelir. Deneyin zararlı ve kalıcı etki bırakma ihtimali, insan üzerinde yapılan deneylerin çoğunda olasılık dâhilindedir. Burada önemli olan, deneyin sonucunda böyle bir durumun ortaya çıkmasıdır. Bununla birlikte böyle bir durumda genellikle aşağıda (f) beninde incelenecek olan deneyin amacı ile kişiye yüklediği külfet arasında oran bulunmayacağı için suç oluşacaktır. Kaldı ki bu tarz hâllerde etik kurul deneyin yapılmasına onay vermeyeceğinden buna rağmen deney yapılırsa (a) bendine aykırılık sebebiyle suç oluşacaktır.

Biyotıp Sözleşmesi'nin Ek Protokolü külfet bakımından değerlendirildiğinde zararlı ve kalıcı etkinin gerçekleşme ihtimalinin olması hâlinde deneyin yapılmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bunun gibi durumlar etik kurul tarafından incelenirken kurulun öncelikle Biyotıp Sözleşmesi'ni dikkate alarak riski tespit etmesi gerekir. Risk kişinin üzerinde zararlı ve kalıcı etki bırakacak kadar yüksekse deneye izin verilmemelidir. Bununla birlikte ortaya çıkabilecek olası zararlar tespit edilememekteyse deneyin yapılamaması gerekir.¹²⁴ Buna karşılık, ortaya çıkabileceği öngörülen ve kalıcı etki bırakmayacak zararların tespit edilmesine rağmen somut olayda öngörülemeyen zararların ortaya çıkması durumunda fiil tipik olmayacağından suç oluşmaz. Zira Kanun'da öngörülebilir zararlı ve kalıcı etkilerden bahsedilmekte, bunların dışında ortaya çıkan etkilerden bahsedilmemektedir.

İnsan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı etki sadece vücut dokunulmazlığı ile sınırlı olmayıp yaşam hakkı kapsamında hayati tehlike ihtiva eden durumları da kapsamına alır.¹²⁵

Bu bent kapsamında zararlı ve kalıcı etkinin öngörülebilir olması, suçun manevi unsuru ile yakından ilişkilidir. Zira öngörülebilirlik, hem olası kastın hem de bilinçli ve basit taksirin bir unsurudur. Bununla birlikte bu bentte öngörülebilir zararlı ve kalıcı etkiden bahsedilmesi, ortaya çıkabilecek zarar veya kalıcı etkinin deneyin kapsamında gerçekleştiği ihtimalin

¹²² Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3135; Aygün-Eşitli, s. 111.

¹²³ Şen, s. 618.

¹²⁴ Cankurt, s. 345.

¹²⁵ Güner, s. 336.

düzenlendiğini göstermektedir. Eğer kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı bir davranışının neticesinde üzerinde deney yapılan kişi yaralanırsa bu yaralanmanın deney kapsamında olup olmadığı tespit edilmelidir. Örneğin kişi, steril olmayan bir iğneyi kullanmak suretiyle üzerinde deney yapılan kişiye hastalık bulaştırırsa buradaki taksirli davranışın deneyin kapsamında olmadığından söz edilebilir. Keza kişi, dozları karıştırıp fazla doz ilaç kullanmak suretiyle kişinin yaralanmasına sebep olursa buradaki taksirli davranış da deneyin kapsamında değildir. Bu ayrımın önemi, taksirli hareketler ile ortaya çıkan yaralanmanın deneyin kapsamı dışında olduğu ihtimalde doğrudan ve yalnızca taksirle yaralama suçundan dolayı sorumluluk doğar. Buna karşılık, taksirli hareketler ile ortaya çıkan yaralanma deneyin kapsamında ise (d) bendine aykırılık olsa da bu suçun manevi unsuru kasıt olduğundan suç oluşmaz. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık deneyin kapsamında olduğu için taksirle yaralama suçundan da failin cezai sorumluluğu bulunmaz. Bu bağlamda ortaya çıkabilecek son ihtimal de failin olası kasıt ile hareket ederek zararlı ve kalıcı etki ortaya çıkarmasıdır. Bu takdirde fail, deneyin kapsamında hareket ediyorsa TCK m. 90/5 hükmü uyarınca kasten yaralama suçundan; deneyin kapsamında hareket etmiyorsa doğrudan kasten yaralama suçundan dolayı sorumlu olur.

e) Deney Sırasında Kişiye İnsan Onuruyla Bağdaşmayacak Ölçüde Acı Verici Yöntemlerin Uygulanmaması Gerekir.

Özellikle tıbbi deneylerin deney yapılan kişiye acı verme ihtimalinin yüksek olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı veren bir yöntemden başka bir yöntemi uygulamak mümkün değilse deneyden vazgeçilmesi gerekir.¹²⁶ Buna rağmen insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanması hâlinde deney suç teşkil eder.

İnsanın hür iradesine ve özerkliğine dayanan¹²⁷ insan onuru kavramı oldukça soyut bir kavramdır.¹²⁸ Bu kavramın yorumunu hâkim, somut olayın özelliklerine göre yapmalıdır. Her hâlükârda insan onuru ile bağdaşmayacak ölçünün ne zaman aşılmış sayılacağına tespiti oldukça belirsizdir ve bu

¹²⁶ Akyürek, s. 11; Bayındır, s. 108.

¹²⁷ Harun Tepe, “İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019, s. 65-66.

¹²⁸ Yener Ünver, “İnsan Onuru Kavramının Ceza ve Tıp Hukuku Bağlamında Pozitif Hukuka Etkileri”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019, s. 25.

nedenle zordur.¹²⁹ Bu bağlamda değerlendirmenin objektif kriterlere göre mi, yoksa subjektif kriterlere göre mi yapılacağı da belirsizdir. Söz konusu değerlendirmenin üzerinde deney yapılan kişinin şahsi özelliklerinden bağımsız ve objektif yapılması kabul edilebilir bir yaklaşımdır.¹³⁰

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

Bu bentteki husus Biyotıp Sözleşmesi m. 16/1-ii ile Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokol m. 6'da ve m. 17'de de tanzim edilmiştir. Deneyle ulaşılmak istenen amaç ile denek olarak kullanılacak kişinin hakları arasındaki dengenin nasıl tesis edileceği bu bentte düzenlenmektedir. Kişinin sağlığı üzerindeki tehlike ile deneyle varılmak istenen amacın bir terazinin iki ayrı kefesinde olduğu farz edilirse terazinin eşit ya da deney yapılan kişinin haklarının daha ağır basması hâlinde söz konusu deney suç teşkil eder. Dolayısıyla bu bent kapsamında ölçülülük incelemesi yapılması¹³¹ ve denge tesis edilirken kişinin maruz kalacağı hem maddi hem de manevi zararların hesaba katılması gerekir.¹³²

g) Deneyin Mahiyet ve Sonuçları Hakkında Yeterli Bilgilendirmeye Dayalı Olarak Açıklanan Rızanın Yazılı Olması ve Herhangi Bir Menfaat Teminine Bağlı Bulunmaması Gerekir.

TCK m. 90/2-g, özellikle rızanın nasıl alınması gerektiğini ve alınma şeklini düzenleyen bir hükümdür. Rızanın nasıl alınması gerektiği hususu ilgilinin rızası bölümünde incelendiği için bu başlık altında tekrar üzerinde durulmayacaktır. Burada değerlendirilmesi gereken ve eleştiri konusu olan husus, menfaat teminine bağlı deneyin yasaklanmış olmasıdır. Kişinin elde edeceği menfaatin maddi veya manevi olması önem arz etmediği¹³³ gibi, fiilen herhangi bir menfaat elde edilmese dahi menfaat vaadinde bulunulması da yeterlidir.¹³⁴ Bir görüşe göre deneylerin menfaat sağlanması için yapılması

¹²⁹ Ünver, Deney ve Deneme, s. 170; Bayındır, s. 108.

¹³⁰ İlgili görüş için bkz. Bayındır, s. 108.

¹³¹ Akyürek, s. 11.

¹³² Aygün-Eşitli, s. 115.

¹³³ Bayındır, 110; Bu madde kapsamında yalnızca maddi menfaat elde edilmesinin yasaklandığı yönündeki aksi görüş için bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3136; Cankurt, s. 361.

¹³⁴ Akyürek, s. 11.

durumunda kişinin buna yönelik rızası, onun hür iradesine dayanmaz.¹³⁵ Hatta bu görüşü savunanlar, TCK m. 91’de olduğu gibi menfaat karşılığı deney söz konusu olduğunda deney yapılan kişinin de cezalandırılması gerektiğini ifade etmektedir.¹³⁶ Deneyin menfaat teminine bağlı olmaması şartı, kişinin rızasının hür iradesine dayanmasını temin etmek amacıyla getirilmişse de doktrinde menfaat temini olmaksızın kişilerin deneye gönüllü olacağını beklemenin hayatın gerçekleriyle bağdaşmadığının ve bilimsel gelişmeyi örseleyici olduğunun altı çizilmektedir.¹³⁷ Zira hasta olmayan kişiye menfaat sağlanmadığı takdirde üzerinde deney yapılacak kişi bulmak imkânsız hâle gelebilir. Belirtmek gerekir ki bu hükümle özellikle maddi olarak sıkıntı içinde olan insanların kobay olmayı meslek haline getirmesini engelleme amacı güdülmektedir.¹³⁸ Bu yönüyle Kanun, kişiyi kendinden de korumaktadır. Kanaatimizce kişinin denek olmayı meslek hâline getirebileceği kaygısı ile bilimsel gelişmenin devamlılığının sağlanabilmesi düşüncesinin birlikte değerlendirilerek meselenin çözülmesi gerekir. Bu doğrultuda kişinin ulaşım ve yemek giderleri ile deneye vaktini ayırması karşılığında objektif kriterlere göre belli bir karşılık ödenmesi, menfaat temin etmek olarak addedilmemelidir. Nitekim Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda da bu görüşe paralel bir hüküm yer almaktadır. SHTK ek 10. maddesiyle¹³⁹ birlikte üzerinde deney yapılan kişinin, deney yüzünden ortaya çıkan masraflarının karşılanması yasal zemine oturtulmuştur. Ancak SHTK’nin uygulama alanı TCK m. 90/1’den daha sınırlı olup tüm deneyleri kapsamına almamaktadır. Ne var ki biz, üzerinde deney yapılan kişiye ifade ettiğimiz kriterlere göre makul bir karşılık ödenmesini menfaat temin etmek olarak kabul etmediğimizden bu esas tüm deneyler bakımından uygulama alanına sahip olacaktır.¹⁴⁰

¹³⁵ Malkoç, s. 1536.

¹³⁶ Malkoç, s. 1536.

¹³⁷ Ünver, Deney ve Deneme, s. 171; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 409; Şen, s. 621; Güner, s. 333-334; Etik açıdan kişiye deneye katılmasını özendirerek mertebede mali çıkar sağlanması uygun olmakla birlikte sağlanan menfaatin kişinin hür iradesini etkileyecek seviyede olmaması gerekir. Bkz. Demir, s. 281-282.

¹³⁸ Bununla birlikte insanların adeta bir meta konumuna indirgemesinin de önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. (bkz. Akyürek, s. 11.)

¹³⁹ “Sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya iştiraki veya devamının sağlanması için gönüllüye herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak, gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.”

¹⁴⁰ Anayasa m. 10’da düzenlenen eşitlik ilkesinin gereği olarak TCK m. 90/2-g’nin, SHTK ek 10. maddesiyle birlikte yorumlanması ve bunun tüm bilimsel deneyler bakımından geçerli

2. Çocuklar Bakımından Ayrıca Aranılan Koşullar (TCK m. 90/3)

Çocuk, TCK m. 6 uyarınca on sekiz yaşından küçük kişidir. Deney yapmaya başlandığı anda kişinin on sekiz yaşından küçük olması hâlinde TCK m. 90/3'teki şartların gerçekleşmesi gerekir.

Kanun ilk yürürlüğe girdiğinde çocuklar üzerinde yapılan deney tamamen yasaklanmıştı. Ancak TCK m. 90/3'te 2005 senesinde yapılan değişiklikle çocuklar üzerinde yapılan deneyin de belli şartları taşınması hâlinde cezai sorumluluğa tabi olmayacağı hüküm altına alınmıştır.¹⁴¹ Ancak böyle bir deneyin hukuka uygun kabul edilebilmesi için yetişkinler üzerinde yapılan deneyler için aranan koşullardan daha sıkı koşullar aranmaktadır. Çocuklar üzerinde yapılan deneylerde yukarıda yetişkinler için aranan koşullara ek olarak 90. maddenin 3. fıkrasındaki koşulların da tamamının gerçekleşmesi gerekir.

a) Yapılan Deneyler Sonucunda Ulaşılan Bilimsel Verilerin, Varılmak İstenen Hedefe Ulaşmak Açısından Bunların Çocuklar Üzerinde de Yapılmasını Gerekli Kılması.

Bu bendin yukarıda anlatılan bentlerle birlikte yorumlanması gerekir. Çocukların üzerinde yapılacak deneyin öncelikle TCK m. 90/2-b uyarınca insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde, daha sonra da yetişkinlerin üzerinde uygulanması gerekir.¹⁴² Bütün bu prosedürler izlendikten sonra söz konusu deneyin başarıyla sonuçlanabilmesi için çocuklar üzerinde de yapılmasının gerektiği durumlarda deneyin çocukların üzerinde yapılması mümkündür. Aksi takdirde deneyi yapan kişi TCK m. 90/1'den sorumlu tutulur.

b) Rıza Yeteneğine Sahip Çocuğun Kendi Rızasının Yanı Sıra Ana ve Babasının veya Vasisinin Yazılı Muvafakatinin de Alınması Gerekir.

Yapılacak deney bakımından Kanun sadece çocuğun rızasını yeterli saymamakta, onun menfaatini en iyi şekilde koruyacak kişilerin de yapılacak deney için rızalarının yazılı olarak alınmasını aramaktadır. Kanun'un lafzî itibarıyla çocuk üzerinde deneyin sadece rıza gösterme yeteneğine sahip olan

bir kural olarak uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Hakeri, Tıp Hukuku, s. 410.

¹⁴¹ Çocuklar üzerinde deney yapılmasının yasak veya serbest olması yönünde beyan edilen görüşler için bkz. Bayındır, s. 111.

¹⁴² Şen, s. 625; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3136.

çocuklarla sınırlandırıldığı görülmektedir. Rıza ehliyetine sahip olmayan çocukların üzerinde bunların kanuni temsilcilerinin muvafakati olsa dahi deney yapılamaz.¹⁴³

Bu bentte yer alan “ana ve baba” ifadesi doktrinde eleştirilmektedir. Bilhassa çocuğun anne ve babasının boşandığı durumlarda sorun çıkma ihtimali vardır. Bu itibarla velayet hakkına sahip olmayan ebeveynin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda uygulamada problem çıkma ihtimali yüksek olduğundan söz konusu ifadenin “kanuni temsilci” olarak değiştirilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁴⁴

c) Deneyle İlgili İzin Verecek Yetkili Kurullarda Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Uzmanının Bulunması Gerekir.

Bu unsur ile deney sırasında çocuk üzerinde meydana gelebilecek zararları en aza indirmek ve çocuğun sağlığını korumak için çocuk hastalığı uzmanının deneye onay verecek yetkili kurulda yer alması aranmaktadır. Kurulda çocuk hastalığı uzmanı yer almaksızın deneye onay verilirse kişi insan üzerinde deney suçundan sorumlu olur.

VII. KUSURLULUK

Bu suç kapsamında kusurluluğu etkileyen herhangi bir hâlin tatbiki gündeme gelmez. Bu bağlamda bir mazeret nedeni olan zorunluluk hâli, insan üzerinde deneme suçunun (TCK m. 90/4’ün) aksine insan üzerinde deney suçu (TCK m. 90/1) bakımından uygulanabilir değildir. Bununla birlikte insan üzerinde deneyin gerek ulusal gerek uluslararası mevzuatta çeşitli düzenlemelere konu olması, TCK m. 30/4 kapsamında haksızlık hatasını

¹⁴³ Bayındır, s. 111; Güner, s. 339; Her ne kadar Kanun’un lafzından bu yönde bir anlam çıksa da HHY m. 35 dikkate alındığında maddede reşit ve mümeyyiz olmayan kişiler üzerinde deney yapılabileceğinden bahsedildiği görülmektedir. Bu hükümden hareketle aksi görüşe göre rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan küçüklerin üzerinde de kanuni temsilcilerinin rızası ile deney yapılabilir. Bkz. Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3137; Hakeri, El Kitabı, s. 283; Kanaatimizce Kanun’un lafzı aşıkârdır. Kanun’da açıkça rıza açıklama yeteneğine sahip olmayan çocukların üzerinde kanuni temsilcilerinin rızası ile deney yapılabileceği belirtilmiştir. Kanun’un rıza açıklama yeteneğine sahip olan çocuklar hakkında böyle bir şartı aramasının karşısında rıza yeteneği olmayan çocukların üzerinde deney yapılabileceğinin savunulmasının isabetli olmadığı ifade edilmelidir. Bununla birlikte TCK m. 90 hükmünün hem HHY’den daha sonra ihdas edilmiş olması hem de normlar hiyerarşisinde üst mertebede bulunması nedeniyle TCK m. 90/3-b’nin esas alınması gerekir. Aynı hususu İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik ile TCK arasında çıkan çelişkiler bakımından değerlendiren görüş için bkz. Dursun, s. 12.

¹⁴⁴ Erman, s. 271.

gündeme getirecek mahiyette kabul edilse de bu alanda araştırma yapacak kişilerin bu kanuni gerekleri sağlamak durumunda olduklarını bilmeleri gerektiğinden bu hususta düşülen hatanın kaçınılabilir olduğundan söz edilemez.

VIII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. Teşebbüs

İnsan üzerinde deney suçunun teşebbüse elverişli olup olmadığı tespit edilirken bu suçun sırf hareket suçu ve mütemadi suç olduğu dikkate alınmalıdır. İnsan üzerinde deney suçu sırf hareket suçu olduğu için bu suça teşebbüs ancak icra hareketleri bölünebilir olduğunda mümkündür.¹⁴⁵ Buna ilaveten, bu suç aynı zamanda mütemadi suç olduğundan suçun tamamlanma ve sona erme anları farklıdır. Mütemadi suçlarda suçun teşebbüs aşamasında kalması, suçun tamamlanma anına kadar mümkündür.¹⁴⁶ Dolayısıyla deney yapma fiilinin başladığı ana kadar bu suça teşebbüs edilebilir.

B. İştirak

İnsan üzerinde deney suçu kural olarak herkes tarafından işlenebilen bir suç olduğundan iştirak bahsi herhangi bir özellik arz etmez. İştirakin türlerinden her biri bu suç bakımından söz konusu olabilir. Buna göre suçun iştirak iradesini haiz birden fazla kişi tarafından fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurularak işlenmesi hâlinde müşterek faillik ve tipik deneyi yapan kişinin iradesi üzerinde hâkimiyet kurularak bu suçun işlenmesi hâlinde dolaylı faillik söz konusu olur. Bu bağlamda deneyin bir ekip tarafından yürütüldüğü ihtimalde somut olayda bu kişilerin fiil üzerindeki fonksiyonel hâkimiyetleri tespit edildikten sonra müşterek fail olarak sorumlu olmaları mümkündür.

Faillik hâllerine ek olarak azmettirmenin ve yardım etmenin de gündeme gelmesi ihtimal dâhilindedir. TCK m. 90/1 bakımından tipik olan hareketin yapılması kararını aldırان kişi azmettiren olarak sorumlu olur iken hâlihazırda var olan kararı güçlendiren veya maddi yahut manevi olarak deney yapan kişiye yardım eden kişi yardım eden olarak sorumlu olur.

¹⁴⁵ Özbek ve Doğan, s. 558; Hakan Hakeri, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, in II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara Barosu Yayınları, 2008, s. 325; Şen, s. 641; Akyürek, s. 12; Güner, s. 339; Subaşı, s. 97; Erman, s. 265; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3139; Taneri, s. 664; Özalp ve Özalp, s. 187.

¹⁴⁶ Volker Krey ve Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5., neu bearbeitete Auflage, Kohlhammer, 2012, § 40 kn. 1198.

C. İçtima

İnsan üzerinde deney kapsamında gerçekleştiren birçok doğal hareket tek bir tipik hareketi oluşturur. Bu bakımdan deneyin kapsamında olan işlerin yapılması her ne kadar birden çok doğal hareketi meydana getirirse de bunlar hukuki anlamda tek bir tipik hareketi oluşturur.

İnsan üzerinde deney suçunun özellikle diğer suçlarla içtima ilişkisinin incelenmesi için öncelikle TCK m. 90/5'te yer alan “*Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi halinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*” hükmünün hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.¹⁴⁷ Bir görüş¹⁴⁸ söz konusu hükmü netice sebebiyle ağırlaşmış suç kapsamında değerlendirmekteyken, diğer bir görüş¹⁴⁹ ilgili hükmü bir içtima kuralı olarak kabul etmektedir. Kanaatimizce ilgili kanun maddesi TCK m. 90/1'e aykırı olan ve yaralanma veya ölüm neticesi meydana gelen deneylerde cezai sorumluluğun hangi hükümlere göre belirleneceğini düzenleyen bir içtima kuralıdır. Ceza hukukunda asli-tali norm ilişkisi bazı durumlarda yorum yoluyla ortaya çıkarken, bazı durumlardaysa kanunda açık bir şekilde asli-tali norm ilişkisinin düzenlendiği görülmektedir.¹⁵⁰ TCK m. 90/5'te yer alan düzenlemeye göre insan üzerinde deney suçu **tali norm niteliğinde bir düzenlemedir**. Burada bazı suçlarda olduğu gibi (örneğin TCK m. 102/4) kastedilen neticeden daha ağır bir neticenin ortaya çıkması durumuna ilişkin gerçek içtima veya fikri içtima kuralı söz konusu değildir. Soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiş insan üzerinde deney suçunun bazı neticelerin ortaya çıkması durumunda geriye çekilmesi söz konusudur. Bu bakımdan TCK m. 90/1'e aykırı olan deney sonrası yaralanma neticesinin meydana gelmesi durumunda TCK m. 86 ve m. 87/1, 2, 3 hükümlerinin; ölüm neticesinin meydana gelmesi durumunda TCK m. 87/4 veya TCK m. 81 hükümlerinin uygulanması söz konusudur. Görüşümüze göre ölüm neticesinin ortaya çıktığı durumlarda yalnızca kasten öldürme suçu değil, kasten yaralama sonucu ölüm neticesinin meydana gelmesiyle TCK m. 87/4 de uygulanabilir olduğu

¹⁴⁷ Benzer bir hüküm kasten öldürme bakımından TCK m. 91/8'de bulunmaktadır.

¹⁴⁸ Bayındır, s. 98; Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 369.

¹⁴⁹ Koray Doğan, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 298 vd.; Erman, s. 276; Pazarıcı, s. 170; Bayındır, s. 101; Akyürek, s. 12; Subaşı, s. 98; Güner, s. 340.

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayıhan İçel, Suçların İçtimaları, Sermet Matbaası, 1972, s. 211 vd.

için doktrinde bir görüşün¹⁵¹ savunduğunun aksine bu düzenleme ile objektif sorumluluğun getirildiği ve düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiaları isabetli değildir.

Kanun'da insan üzerinde deney ve kasten yaralama suçu arasında aslitali norm ilişkisinin bu şekilde düzenlenmesi bazı problemler yaratmaktadır. Öncelikle deney yapma fiili çoğu durumda kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturmaktadır.¹⁵² Bu ise TCK'nin 90. maddesinin 1. fıkrasındaki hükmün uygulanmasını son derece sınırlamaktadır. Diğer problemler husus ise deney kapsamında gerçekleştirilen kasten yaralamanın basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek nitelikte olmasıdır. Görünüşte içtima ilişkisinin söz konusu olduğu normlar arasında fikri içtimada olduğu gibi en ağır suçtan cezalandırılma söz konusu değildir. Burada doğrudan uygulanacak norm kasten yaralama olduğu için basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek bir yaralanmaya sebep olan deney söz konusu olduğunda suçun yaptırımı “...dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası...” olur. İnsan üzerinde deney suçunun yaptırımı ise “bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası” şeklinde düzenlenmiştir. Bu ise kasten yaralamanın tipikliğini oluşturmayan ve soyut tehlike suçu olan deneyin daha fazla haksızlık içeriği bulunan basit tıbbi müdahale oluşturan deneye göre ölçüsüz olarak daha ağır bir şekilde cezalandırılması anlamına gelmektedir. Kanaatimizce asli-tali norm ilişkisinin netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama için kabul edilmesi daha isabetli bir tercih olurdu.

İnsan üzerinde deney suçu ile işkence ve eziyet suçları arasındaki içtima ilişkisi ise kanaatimizce şu şekilde değerlendirilmelidir: İşkence ve eziyet suçunu oluşturan deneyler ayrıca TCK m. 90/5 gereği kasten yaralama suçunu oluşturacağı için kasten yaralama ile işkence ve eziyet suçları arasındaki içtima ilişkisi değerlendirilir. Bu durumlarda insan üzerinde deney suçundan dolayı kişinin ayrıca cezalandırılması söz konusu değildir.

İnsan üzerinde deney suçu bakımından zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Ancak TCK m. 90/5 kapsamında yaralanma ve ölüm neticelerinin ortaya çıktığı durumlarda TCK m. 43/3 gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Bu takdirde gerçek içtima

¹⁵¹ Özbek ve Doğan, s. 555; Şen, s. 637; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3131.

¹⁵² Ancak bütün deneylerin yaralama suçu kapsamında olduğu söylenemez. Örneğin kozmetik sektöründeki ürünler ile ilgili yapılan deney niteliğindeki araştırmalar yahut ilaç sektöründe takviye gıda teşkil eden vitamin kaynaklı ilaçlar ile ilgili yapılan deneysel araştırmalarda yaralama fiili söz konusu değildir; Aynı yönde bkz. İnsan üzerinde deney yapmanın her ihtimalde yaralanma neticesine yol açmayacağı görüşü için bkz. Bayındır, s. 101.

kuralları uyarınca cezai sorumluluk tayin edilir.

TCK m. 77/1-e’de insanlığa karşı suçlar kapsamında düzenlenen bilimsel deney yapma suçu söz konusu olduğu takdirde bileşik suça ilişkin esasın uygulanarak kişiye yalnızca TCK m. 77/1-e uyarınca ceza verilmesi gerekir.¹⁵³ Buna karşılık deneyin kasten yaralama suçunun tipikliğini oluşturduğu durumlarda TCK m. 77/2 gereği gerçek içtima hükümleri uygulanır.

Deney yapmak için kişiyi özgürlüğünden yoksun kılma suçunun işlenmesi hâlinde gerçek içtima hükümleri uyarınca faile her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilirken, deney yaparken kişinin hürriyetinden yoksun kılınması durumunda insan üzerinde deney yapma suçunun haksızlık içeriği, kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasını da ihtiva ettiğinden sadece insan üzerinde deney suçundan dolayı faile ceza verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.¹⁵⁴ Ayrıca insan üzerinde deney suçunun işlenebilmesi için belgede sahtecilik suçları işlenirse de gerçek içtima hükümleri uygulanır.¹⁵⁵

IX. YAPTIRIM VE MUHAKEME

İnsan üzerinde deney suçu için Kanun’da bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Bu suçun tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ise tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirlerine hükmedileceği TCK m. 90/6’da belirtilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, tüzel kişinin faaliyet alanı çerçevesinde işlenen suçlarda bu hükmün uygulanabilir olmasıdır. Tüzel kişinin faaliyet alanını kuruluş tüzüğündeki hükümlere göre tespit etmek gerekir.¹⁵⁶ Şartlar oluştuğu takdirde tüzel kişiye TCK m. 60 uyarınca müsadere veya iznin iptali güvenlik tedbirleri uygulanır.

İnsan üzerinde deney suçu bakımından görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki TCK m. 90/5’in söz konusu olduğu hâllerde ağır netice olarak ölüm meydana geldiği takdirde görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir.¹⁵⁷

¹⁵³ Akyürek, s. 12; Erman, s. 276.

¹⁵⁴ Deney sırasında kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda da gerçek içtima hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü için bkz. Güner, s. 340; Bayındır, s. 101.

¹⁵⁵ Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3139.

¹⁵⁶ Hafizoğulları ve Özen, s. 98.

¹⁵⁷ Bayındır, s. 114; Subaşı, s. 99.

Yetkili mahkeme tespit edilirken bu suçun mütemadi suç olduğu nazara alınmalıdır. Bu itibarla Ceza Muhakemesi Kanunu m. 12/2 uyarınca mütemadi suçlarda yetkili mahkeme, kesintinin gerçekleştiği yer mahkemesidir.

İnsan üzerinde deney suçunun takibi şikâyete bağlı değildir. Bununla birlikte bu suç işleyen kişinin kamu görevlisi olduğu olasılıkta 4483 sayılı Kanun uyarınca muhakeme şartlarının sağlanabilmesi için izin alınması gerekir.¹⁵⁸

TCK m. 66/1-e uyarınca insan üzerinde deney suçunun dava zamanaşımı süresi sekiz yıldır. Failin kamu görevlisi olduğu olasılıkta izin şartının sağlanması zaruri olduğundan izin alınana kadar zamanaşımı durur.¹⁵⁹

SONUÇ

İnsan üzerinde yapılan bilimsel deneyler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 90. maddenin 1. fıkrasında ayrıca suç olarak düzenlenmiştir. İnsan üzerinde deney suçu ile korunması amaçlanan hukuki değerler vücut dokunulmazlığı ve yaşam hakkı olup suçun kanuni tanımındaki unsurların bu minvalden yorumlanıp açıklanması gerekir. Kanun'da deneyin insan üzerinde yapılmasından bahsedildiği için kural olarak yaşayan herkes bu suçun mağduru olabilir. Hayatta olmayan kişiler ile kanunda açıkça üzerinde deney yapılamayacak kişilerin gösterildiği hâllerde deney yapma fiili bu suç kapsamında değerlendirilemez ve fiil, somut olayın özelliğine göre yaralama yahut öldürme suçunu meydana getirir. Deneyin insan üzerinde yapılması ifadesine istinaden bu suçun konusunu insan bedeni ile psikolojisinin oluşturduğu belirtilmelidir. Suçun fiil unsurunu bilimsel deney yapmak meydana getirmekte ve herhangi bir somut tehlikenin yahut zararın varlığı aranmamaktadır. Bu bakımdan suç, soyut tehlike suçudur. Fiil unsurunun oluşabilmesi için deneyin bilimsel olması gerekmekte, bilimselliğin diğer bilim dallarının yanı sıra tıp bilimini de ihtiva eden geniş bir kavram olduğu ifade edilmektedir. Kanun'da sadece deney yapmaktan bahsedilmekte, bu ifade şekli de suçun ancak icrai bir davranışla işlenebileceğine işaret etmektedir. Keza deneyin nasıl yapılacağı kesin bir şekilde belirtilmediğinden suç, serbest hareketlidir. Buna ek olarak deney yapmak belli bir sürece işaret ettiğinden suç, mütemadi bir suçtur.

¹⁵⁸ Bayındır, s. 115; Yaşar, Gökcan ve Artuç, s. 3140.

¹⁵⁹ Subaşı, s. 100.

Bu çalışma kapsamında özellikle ilgilinin rızası ve bununla bağlantılı olarak maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasında yer alan unsurlar üzerinde durulmaktadır. Rıza da dahil olmak üzere ikinci ve üçüncü fıkradaki fiillerin hukuki niteliği hukuka uygunluk nedenidir. Ancak burada yer alan hukuka uygunluk nedenleri yalnızca genel düzenleme niteliğindedir. TCK’de yer alan koşulların dışında diğer birçok mevzuatta da deneyin türü ve üzerinde yapılacağı kişiler bakımından getirilen birçok özel düzenleme bulunmaktadır. Ancak diğer mevzuatta yer alan koşulların eksik olması yapılan deneyi hukuka aykırı hale getirirse de insan üzerinde deney suçu bakımından yalnızca ikinci ve üçüncü fıkrada yer alan koşulların bulunmaması durumunda deney yapan kişilerin cezai olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Diğer mevzuatta yer alan insan üzerinde deneyin koşullarının bulunmaması durumunda ise kişilerin medeni hukuk veya idare hukuku bakımından sorumluluklarının doğması mümkündür.

Çalışmanın diğer önemli noktası ise TCK m. 90/5 hükmünün asli-tali norm ilişkisi ile ilgili olduğu görüşünün ortaya atılmasıdır. Özel bir içtima hükmü olarak düzenlenen TCK m. 90/5’in asli-tali norm ilişkisi kapsamında değerlendirilmesiyle beraberinde getirdiği hukuki mahzurlardan bahsedilmiştir. Bu bağlamda öncelikle TCK m. 90/5’in insan üzerinde deney suçunun tatbik kabiliyetini oldukça düşürmesinin, ardından basit tıbbi müdahalenin söz konusu olduğu deneylerde faile verilecek ceza ile TCK m. 90/1 kapsamındaki deney sonucunda faile verilecek ceza arasındaki orantısızlığın üzerinde durulmuştur.

Sonuç itibarıyla bu çalışmada esas tartışma TCK m. 90/2, m. 90/3 ve m. 90/5 çerçevesinde yapılmakla birlikte bu düzenlemelerden doğan veya bunlardan bağımsız olarak TCK m. 90/1’in kanuni unsurları ile ilgili olan diğer tartışmalı hususlara da odaklanılmıştır.

KAYNAKÇA

Akyürek G, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90) ve Klinik Araştırmalar Etik Kurulları”, Aralık 2014, 9(100), Terazi Hukuk Dergisi, s. 8-16.

Altunbaş A, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi 2011).

- Artuk M E, Gökçen A ve Yenidünya A C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Adalet, 2015.
- Aygün-Eşitli E, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yetkin, 2012.
- Aygörmez Uğurlubay G A, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçuna İlişkin Bazı Tespitler”, 2015, 6 (3), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 165-206.
- Bayındır S, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları (TCK. m. 90)”, 2018, 24(1), MÜHFHAD, s. 77-121.
- Bernd-Rüdiger K ve Martin R, “Der Vertrag über Humanexperiment”, in Laufs/Kern/Rehborn: Handbuch des Arztrechts, 5., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Cankurt E, Tıbbi Müdahale ve İnsan Üzerinde Deney Bağlamında İlgilinin Rızası, (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2018).
- Demir R, Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler, Adalet Yayınevi, 2019.
- Deutsch E ve Spickhoff A, “Einleitung”, in Medizinrecht, 3. Auflage, C.H. Beck, 2018.
- Deutsch E ve Spickhoff A, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Springer Verlag, 2014. (Medizinrecht)
- Doğan K, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015.
- Dursun S, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları ile İlaç Araştırmaları Hakkında Yönetmelik Arasındaki İlişki”, Temmuz 2008, 3(6), Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Derneği Bülteni, s. 12-13.
- Elibol C E, Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu (TCK m. 240), On İki Levha, 2021.
- Erman B, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Özel Ceza Hukuku: Cilt II, On İki Levha, 2018, s. 237-278.
- Frewer A, “Menschenwürde und Humanexperimente Gefährliche Versuche an

- Menschen”, in Jan C. Joerden, Eric Hilgendorf, Natalia Petrillo, Felix Thiele (eds), *Menschenwürde und moderne Medizintechnik*, Nomos, 2011, s. 261-275.
- Güner U, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m. 90)”, *Aralık* 2015, 10(29), CHD, s. 319-344.
- Güven G, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 90. Maddesi ile Düzenlenen İnsan Üzerinde Deney Suçu ve Rıza”, 2016, 90(4), *İstanbul Barosu Dergisi*, s. 213-226.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, US-A Yayıncılık, 2010.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Hakeri H, *Tıp Hukuku: El Kitabı*, Güncellenmiş 21. Baskı, Seçkin, 2020.
- Hakeri H, “İnsan Üzerinde Deney-Deneme ve Ceza Sorumluluğu”, in II. *Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara Barosu Yayınları, 2008.
- Helle J, Frölich J ve Haindl H, “Der Heilversuch in der klinischen Prüfung von Arzneimitteln und Medizinprodukten”, 2002, 12, *NJW*, s. 857-863.
- Hilgendorf E, *Alman Tıp Ceza Hukukuna Giriş*, Çev. Salih Oktar, Yetkin, 2. Baskı, Ankara, 2021.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Seçkin, 2020.
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet, 2019.
- Kowan D H, “Human Experimentation: The Review Process in Practice”, 1975, 25(3), *Case Western Law Review*, s. 533-564.
- Krey V and Esser R, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5., neu bearbeitete Auflage, Kohlhammer, 2012.
- Lipp V, “Heilversuch und medizinische Forschung”, in *Laufs/Katzenmeier/Lipp: Arztrecht*, 8., völlig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2021.
- Malkoç İ, *Açıklamalı Türk Ceza Kanunu: 2. Cilt*, Sözkese Matbaacılık, 2013.
- Meran N, *Kişilere Karşı Suçlar*, 2. Baskı, Seçkin, 2008.

- Özalp T ve Özalp F, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet, 2016.
- Özbek V Ö ve Doğan K, “İnsan Üzerinde Deney Suçu (TCK m.90)”, in Uğur Alacakaptan’a Armağan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Pazarcı A A, “Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Kaynaklar Çerçevesinde İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Kavramları”, 2012, 2(2), Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, s. 30-58.
- Roelcke V, Vom Menschen in der Medizin, Psychosozial-Verlag, 2017.
- Claus R, Strafrecht Allgemeiner Teil: Band 1, 4., vollständig neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2006.
- Schrott N, Intersex-Operationen, Nomos, 2020.
- Shreiber H L, “Hayvandan İnsana Hücre-Doku-Organ Nakli-Hukuksal Görünüş”, Veli Özer Özbek (çev), in Yener Ünver (ed), Tıp ve Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, 2004.
- Sternberg-Lieben D, “Körperverletzung”, in Schönke/Schröder: Strafgesetzbuch Kommentar, 30., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, 2019.
- Subaşı M F, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, 2021, 29(1), SÜHFD, s. 75-104.
- Şen E, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2008.
- Taneri G, Hasta ve Hekim Hakları ile Uygulamadan Örnek Hükümlerle Hekim Ceza Sorumluluğu, Bilge, 2015.
- Tepe H, “İnsan, İnsan Onuru ve İnsan Hakları”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019.
- Thomas H, Zufallsfunde und Zufallsbefunde in der medizinischen Forschung, Nomos, 2018.
- Tiedemann K, Ekonomi Ceza Hukuku, Ayşe Nuhoğlu (çev), Seçkin, 2017.
- Türk Dil Kurumu, Büyük Türkçe Sözlük (çevrimiçi), <<http://www.tdk.gov.tr>> Erişim Tarihi 26.03.2021.

- Ünver Y, “Forschungen am Menschen und an Embryonen in der Türkei und die Würde des Menschen”, in Eric Hilgendorf ve Susanne Beck (eds), Biomedizinische Forschung in Europa, Nomos, 2010.
- Ünver Y, “İnsan Onuru Kavramının Ceza ve Tıp Hukuku Bağlamında Pozitif Hukuka Etkileri”, in Sezgin Seymen Çebi ve Kerem Öz (eds), İnsan Onuru ve İnsana Saygı Sempozyumu, Adalet, 2019.
- Ünver Y, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, in Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Yayınları, 2007.
- Yaşar O, Gökcan H T ve Artuç M, Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu: 3. Cilt, Tamamen Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet, 2014.
- Yüksel H, Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları, On İki Levha, 2017.

