

**KİŞİLİK HAKKI AÇISINDAN
TIBBİ GENETİK ANALİZLER**

Meral GÜRBÜZ

DOKTORA TEZİ

Eylül 2010

KİŞİLİK HAKKI AÇISINDAN TIBBİ GENETİK ANALİZLER

Meral GÜRBÜZ

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül 2010

DOKTORA TEZ ÖZÜ
KİŞİLİK HAKKI AÇISINDAN TIBBİ GENETİK ANALİZLER

Meral Gürbüz

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eylül 2010

Danışman: Prof. Dr. Şebnem Akipek

Genetik analizler kişinin kalıtsal yapısını ortaya çıkararak, o kişinin sağlık ve hayat beklentileri yönünden etkili ve önemli kişisel verilere ulaşılmasını mümkün kılar. Kişinin gelecekteki sağlık durumunu da belirleyecek bazı fiziksel ve ruhsal özelliklerini içeren bu veriler kişinin özel hayat alanına dâhildir. Dolayısıyla, bu bilgilerin açıklanması, sigorta alanında veya iş hayatında ayrımcılık amaçlı kullanılması kişilik hakkı ihlallerine sebep olur. Diğer yandan, genetik bir analizin uygulanması için kullanılacak biyolojik materyalin, kişinin bedeninden alınması gerekmektedir. Bu durum ise, kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı kapsamında bir kişilik hakkı ihlali ortaya çıkarabilir.

Günümüzde genetik analizlerin yaygın kullanımı ve bunun karşısında yaşanan kişilik hakkı ihlalleri, konuya hukuki bir çerçeve çizme zorunluluğu doğurmuştur. Bu kapsamda, özellikle, genetik analizlerin uygulanmasında aranacak hukuka uygunluk koşulları ve hukuka aykırılık durumunda karşılaşılabilecek yaptırımların tespit edilmesi önem taşımaktadır. Bu çalışmada Türk hukukunda konuya değinen hukuki düzenlemeler kadar, uluslararası belgelerde yer alan temel ilkeler ve özellikle İsviçre ve Alman hukuklarındaki düzenlemeler de dikkate alınarak, ihtiyaç duyulan hukuki çerçeve çizilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Genetik veri, Genetik analiz, Kişilik hakkının korunması

ABSTRACT**MEDICAL GENETIC ANALYSES: PERSONALITY RIGHT
VIEWPOINT****Meral Gürbüz****Private Law Department****Anadolu University Social Sciences Institute, September, 2010****Advisor: Professor Dr. Şebnem Akipek**

Genetic analyses, which reveal human genome information, make it possible to access effective and important data related to individuals' health and life expectations. These data also include information about an individual's physical and psychological characteristics, which determine one's expected health conditions in the future, are considered part of private life matters. Therefore, disclosure of that information may cause discrimination and violation of personality rights regarding insurance issues or in work places. Moreover, genetic material, which will be used in genetic analysis, should be distracted from the person's body. Thus, this process may create a violation in terms of body privileges.

Violation of personality right as a result of widespread use of genetic testing and analyses created a need for a legal framework on this issue. It is essential to determine the legal conditions and enforcements that may be required in the cases of lawful and unlawful applications of genetic analyses. This study aims to provide a needed framework for the regulations regarding genetic analysis issues in Turkish Law System considering the principals reported in international documents and the regulations especially in Swiss and German Law Systems.

Keywords: Genetic data, Genetic analysis, Protection of personality right.

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Meral GÜRBÜZ'ün "Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler" başlıklı tezi 21 Haziran 2011 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, Doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Şebnem AKİPEK
Üye : Prof.Dr.Erhan TÜRKER
Üye : Doç.Dr.Nuri ERİŞGİN
Üye : Doç.Dr.Hasan PETEK
Üye : Yard.Doç.Dr.Doğan GÖKBEL

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Prof.Dr.Ramazan GEYLAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ÖZGEÇMİŞ

Meral GÜRBÜZ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Doktora

Eğitim

Yüksek Lisans	2003	Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü
Lisans	1998	Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi
Lise	1994	Kayseri Nuh Mehmet Küçükçalık Anadolu Lisesi

İş

1999 Araştırma Görevlisi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Alınan Burs ve Ödüller

2007 İsviçre Hükümeti tarafından verilen araştırma bursu

2000 DAAD (Alman Akademik Değişim Servisi) tarafından verilen iki aylık Almanca dil eğitimi bursu

Yayın

Sosyal Hizmet Mevzuatı (Ünite 2, 3 ve 4), Editör: A. İlhan Oral, Anadolu Üniversitesi Yayını No:1921, Eskişehir, 2009.

“Sanatçılar ile Müzayedeler Arasında Süregelen Fiyat Belirleme Tartışması ve Eserin Kamuya Sunulma Tarzı”, Güncel Hukuk, Ekim 2008 / 10.

“Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Hukuki Sorumluluk”, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı:10 (Haziran 2006).

“Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk ve Konunun Alman Hukukunda Düzenlenişi”. Özel Hukuk Uluslararası Sempozyumu, Bakü – Azerbaycan, 29-30 Eylül 2005.

“Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri”, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı:7 (Haziran 2005).

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı : Kozaklı 24 Ekim 1976

Cinsiyet : Kadın

Yabancı dil : Almanca, İngilizce

İÇİNDEKİLER

TEZ ÖZÜ	ii
ABSTRACT	iii
JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI	iv
ÖZGEÇMİŞ	v
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENETİK ANALİZLERİN BİYOLOJİK VE TIBBİ TEMELLERİ

1. GENETİK ANALİZLERİN TANIMI VE GEN TEKNOLOJİ

İÇERİSİNDEKİ YERİ

1.1. Temel Kavramlar	6
1.1.1. Gen	6
1.1.2. Genom	9
1.1.3. İnsan Genomu Projesi	10
1.1.4. Genetik Bilimi ve Gen Teknolojisi.....	12
1.1.4.1. Kavram	12
1.1.4.2. Gen Teknolojisinin Kullanım Alanları	13
1.2. Gen Teknolojisinin Tıbbi Genetik Kapsamı	15
1.2.1. Genel Olarak	15
1.2.2. Genetik Analiz.....	18
1.2.3. Gen Tedavisi.....	19

2. TIBBİ GENETİK FAALİYETLERDE KULLANILAN YÖNTEMLER	20
2.1. Gen Analizi Yöntemleri.....	20
2.1.1. Fenotip (Morfolojik) Analizi.....	21
2.1.2. Kromozom Analizi.....	21
2.1.3. Protein Kimyasal Analiz.....	21
2.1.4. DNA Analizi.....	22
2.2. Gen Tedavisi Yöntemleri	23
2.2.1. Somatik Gen Tedavisi.....	23
2.2.2. Germ Hattı Gen Tedavisi	24
3. GENETİK ANALİZLERİN ÇEŞİTLERİ	26
3.1. Tanı amaçlı testler	26
3.2. Taşıyıcılık Testi	27
3.3. Doğum Öncesi (Prenatal) Tanı.....	27
3.4. Preimplantasyon Genetik Tanı.....	28
3.5. Prediktif Genetik Testler	29
3.6. Kök Hücre ve DNA Bankacılığı	31
3.7. Akrabalık ve Doku Uygunluk Testleri.....	32
3.8. Tarama Testleri	32

4. GENETİK ANALİZ VE BİLGİNİN KULLANIM ALANLARI	33
4.1. Tıp Alanı.....	33
4.2. İlaç Endüstrisi	34
4.3. İş Yaşamı	35
4.4. Sigorta Endüstrisi	36
4.5. Soybağının Tespiti	37
4.6. Kriminal Amaçlı Kullanım	38
5. GEN TEKNOLOJİSİNE YÖNELTİLEN İTİRAZLAR VE ÖZELLİKLE KLONLAMA SORUNU	38
5.1. Gen Teknolojisine Yöneltilen İtirazlar	38
5.2. Klonlama	42
5.2.1. Tedavi Amaçlı Klonlama.....	45
5.2.2. Üreme Amaçlı Klonlama.....	46

İKİNCİ BÖLÜM

GENETİK ANALİZLERİN KİŞİLİK HAKKI İLE İLİŞKİSİ VE TÜRK HUKUKU İLE ULUSLARARASI HUKUKTA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. GENETİK ANALİZLERİN KİŞİLİK HAKKI İLE İLİŞKİSİ	51
--	-----------

1.1. Kişilik Hakkı Kavramı ve Temel Nitelikleri	51
1.1.1. Kişilik Hakkı Kavramı	51
1.1.2. Kişilik Hakkının Nitelikleri.....	55
1.1.2.1. Mutlak Hak	55
1.1.2.2. Şahıs Varlığı Hakkı.....	55
1.1.2.3. Kişiyeye Sıkı Surette Bağlı Hak	56
1.1.2.4. Tekelci Hak.....	57
1.2. Genetik Analiz Yoluyla İhlal Edilebilecek Temel Kişilik Değerleri ...	58
1.2.1. Genel Olarak	58
1.2.2. Maddi Kişilik Değerleri.....	59
1.2.2.1. Yaşam.....	60
1.2.2.2. Sağlık.....	61
1.2.2.3. Bedensel Tamlik.....	63
1.2.2.4. Genetik Analizlerin Maddi Kişilik Değerleri İçerisindeki Yeri.....	66
1.2.3. Manevi Kişilik Değerleri	68
1.2.3.1. Özgürlükler	68
1.2.3.2. Kişinin Hayat Alanı	69
1.2.3.2.1. Kavram.....	69
1.2.3.2.2. Kişinin Hayat Alanının Çeşitleri.....	71
<u>1.2.3.2.2.1. Genel Olarak.....</u>	<u>71</u>
<u>1.2.3.2.2.2. Kamuya Açık Hayat Alanı.....</u>	<u>73</u>
<u>1.2.3.2.2.3. Özel Hayat Alanı.....</u>	<u>74</u>
<u>1.2.3.2.2.4. Gizli Alan.....</u>	<u>75</u>
1.2.3.3. Genetik Analizlerin Manevi Kişilik Değerleri İçerisindeki Yeri.....	80
1.3. Genetik Analiz Karşısında Kişinin Bilişimsel Geleceğini Belirleme Hakkı.....	85

<u>1.3.1. Genel Olarak.....</u>	85
1.3.2. Kişinin Bilme Hakkı	88
1.3.3. Kişinin Bilmeme Hakkı	91
1.3.3.1. Bilmeme Hakkının Gerekliliği.....	94
1.3.3.2. Bilmeme Hakkının Sınırları.....	95
1.4. Genetik Tedavide Hastanın Özerkliği	96
1.4.1. Özerklik Kavramı	96
1.4.2. Tıp Etiğinin Temel Bir İlkesi Olarak Hastanın Özerkliği	97
1.5. Genetik Tedavide Hastanın Mahremiyet Hakkı.....	99
1.5.1. Kavram	99
1.5.2. Hastanın Mahremiyetinin Korunması.....	99
1.5.3. Hastaya Ait Bilgilerin Açıklanabileceği Haller	104
1.5.4. Genetik Bilgilerin Sigorta Şirketi ya da İşveren ile Paylaşılması	106
1.5.5. Biyolojik Örneklerin ve Genetik Verilerin Saklanması	108
1.5.5.1. Genetik Analizi Yapan Kurum Tarafından Saklanması .	108
1.5.5.2. Biyobankalarda Saklanması	110
2. ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	108
2.1. Uluslararası Hukuk	111
2.1.1. UNESCO Bildirgeleri	113
2.1.1.1. İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	113
2.1.1.1.1. Bildirge'nin Niteliği ve Oluşum Süreci.....	113
2.1.1.1.2. Bildirge'nin İçeriği	114

2.1.1.2. Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirgesi	115
2.1.1.2.1. Bildirge'nin Niteliği ve Oluşum Süreci.....	115
2.1.1.2.2. Bildirge'nin İçeriği	116
2.1.2. Avrupa Konseyi Çalışmaları.....	117
2.1.2.1. Parlamenterler Meclisi'nin "İnsan Genomunun Korunması"na İlişkin 1512 Sayılı Tavsiye Kararı.....	117
2.1.2.2. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi	118
2.1.2.2.1. Sözleşmenin Oluşum Süreci ve Türkiye Açısından Durum.....	118
2.1.2.2.2. Sözleşme'nin Özellikleri.....	120
2.1.2.2.3. Sözleşme'nin İçeriği	122
2.1.3. Helsinki Bildirgesi.....	126
2.2. Türk Hukuku	127
2.2.1. Genel Olarak	127
2.2.2. Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi Yönetmeliği.....	129
2.2.3. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik.....	130

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ GENETİK ANALİZLERDE HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI ve

KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ

1. TIBBİ GENETİK ANALİZLERİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI	132
1.1. Genel Olarak	132
1.2. İlgilinin Rızası	134

1.2.1. Genel Olarak	134
1.2.2. Aydınlatılmış Rıza Kavramı	137
1.2.3. Rızanın Şekli.....	141
1.2.4. Rızanın Geri Alınması	142
1.2.5. Küçük ve Kısıtlılar ile Ayırtım Gücü Bulunmayanlarda Rıza Sorunu.....	143
1.2.6. Doğum Öncesi ve Erken Çocukluk Dönemi Genetik Analizlerde Rıza.....	146
1.2.7. Rıza Aranmayan Durumlar	147
1.2.7.1. Bir Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi.....	147
1.2.7.1.1. Ceza Muhakemesi Kanunu.....	147
1.2.7.1.2. Türk Medeni Kanunu	148
1.2.7.2. Üstün Özel Yarar ve Kamu Yararı	150
1.2.7.2.1. Kişinin Genetik Kökenini Bilme Hakkı.....	150
1.2.7.2.2. İş Güvenliği	151
1.2.7.3. Acil Durumlar	153
1.2.7.4. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Kapsamında Öngörülen Durumlar.....	154
1.3. Genetik Analizin Yetkili Kişi Tarafından Yürütülmesi.....	154
1.4. Genetik Danışma.....	155
2. TIBBİ GENETİK ANALİZLERDE KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ ..	157
2.1. Genel Olarak	157
2.2. İhlal Oluşturan Durumlar ve Sorumluluğun Belirlenmesi.....	159
2.2.1. Sözleşmeye Aykırılık.....	159
2.2.2. Haksız Fiil.....	165

2.3. İhlal Karşısında Kişiliğin Korunması.....	167
2.3.1. Koruyucu Davalar	168
2.3.1.1. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi Davası	168
2.3.1.2. Saldırıya Son Verilmesi Davası	169
2.3.1.3. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası.....	170
2.3.2. Tazminat Davaları	171
2.3.2.1. Maddi Tazminat Davası	172
2.3.2.2. Manevi Tazminat Davası.....	173
2.3.2.3. Kazancın Geri Verilmesi Davası	175
SONUÇ.....	177
KAYNAKÇA	182

KISALTMALAR LİSTESİ

- a.g.e.** : Adı geçen eser
- a.g.m.** : Adı geçen makale
- AD** : Adalet Dergisi
- AÜHFD** : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- AÜEHFD** : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
- BDSG** : Bundesdatenschutzgesetz
- BGB** : Bürgerliches Gesetzbuch
- BGE** : Bundesgerichtsentscheidungen
- BK** : Borçlar Kanunu
- Bkz.** : Bakınız
- BVerfGe** : Bundesverfassungsgericht
- c.** : Cümle
- dpn.** : Dipnot
- DSG** : Bundesgesetz über den Datenschutz
- EÜHFD** : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- f.** : Fıkra

GenDG	: Gendiagnostikgesetz
GUMG	: Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
J Med Ethics	: Journal of Medical Ethics
Karş.	: Karşılaştırınız
KhukA	: Archiv des öffentlichen Rechts (Kamu Hukuku Arşivi Dergisi)
md.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für deutsches Recht
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	: Neue juristische Wochenschrift
No	: Numara
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Sted	: Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
ÜYTE	: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik

- V** : Volume
- vd.** : ve devamı
- ZGB** : Schweizerisches Zivilgesetzbuch
- ZPO** : Zivilprozessordnung

GİRİŞ

Genetik analiz, insanların genetik yapılarından kaynaklanan çeşitli hastalıklara yatkınlığının tespiti ile hastalık ortaya çıkmadan önce tanı olanağı ve hatta hastalığa yol açan genlere müdahale edilmesi suretiyle tedavi olanağı sunan bir gen tekniği faaliyetidir. Tıbbi genetik alanındaki bu gelişmede, şüphesiz, uluslararası bir konsorsiyum tarafından yürütülen İnsan Genom Projesi kapsamındaki araştırmaların büyük payı bulunmaktadır. İnsan genom projesinin 2003 yılında çok büyük oranda tamamlanıp açıklanması, gerek doğal bilimler ve tıp alanında, gerek çeşitli endüstri alanlarında büyük bir beklenti ve umutla karşılanmıştır. Bu gelişme ile bilimsel ve teknolojik gelişmelere kapı açılmış; tıp uygulaması önemli ölçüde gelişmiştir. Öyle ki, genetik analizler sayesinde günümüzde, bazı kalıtsal hastalıklara sebep olan genler tespit edilebilmekte ve buradan hareketle, hastalıklarla mücadelede yeni yöntemler geliştirilebilmektedir. Diğer yandan, tıbbi genetik alanındaki söz konusu gelişmeler, genetik tedavinin yanı sıra, hastalığın ortaya çıkışından önce genetik yatkınlıkların belirlenmesi açısından da son derece önemlidir. Hatta doğum öncesi uygulanan genetik analizlerle, henüz anne karnında bulunan bir çocuğun kalıtsal bir hastalıktan etkilenme olasılığı tespit edilebilmektedir. Dolayısıyla, genetik analizler kişinin kalıtsal yapısını ortaya çıkararak, o kişinin sağlık ve hayat beklentileri yönünden etkili ve önemli kişisel verilere ulaşılmasını mümkün kılmaktadır.

Ancak genetik analizlerin sunduğu olanaklar sadece daha etkili tedavi yöntemleri konusundaki umutları değil, pek çok konuda oluşan şüpheli yaklaşımları da beslemiştir. Zira bu analizler ile, özellikle, tedavisi mümkün olmayan ve sürecin ölümle sonuçlanacağına muhakkak gözle bakılan hastalıklar ve dolayısıyla, yıkıcı etkileri olan sonuçlar da ortaya çıkmaktadır. Genetik test sonuçlarına karşı tek yönlü ve öngörülebilir bir tepki ve davranış şeklinden söz etmek mümkün değildir. Tedavisi ya da önleyici

tedbiri bulunmayan bir hastalık durumu ile ilgili bilginin bazı kişileri ağır psikolojik travmaya sürüklediği görülürken, aynı bilginin, başka kişilerde, hayat planlarını ortaya çıkan hastalık tehlikesine göre şekillendirme seçeneği sunması noktasında çok daha olumlu karşılandığı görülmektedir. Diğer yandan, genetik analiz ile ulaşılan sonuçlar, ilgilinin analize katılmayan aile üyelerinin genetik yapıları hakkında da doğrudan sonuçlar içermekte olup, açıklanan bilgilerin onlar üzerinde de yoğun etkisi olacağı şüphesizdir.

Kısaca açıklanmaya çalışıldığı üzere, ilgili kişinin ve aile üyelerinin hayat planları ve seçimleri üzerinde geniş kapsamlı etkiler yaratan genetik analizler karşısında, kişilik hakkının korunması ve güvenceye alınması ihtiyacı kendisini göstermektedir. Çünkü genetik analizlerle ulaşılan sonuçlar, genetik yapı ve dolayısıyla bu yapıda mevcut bozukluklar ile gelecekte maruz kalınabilecek hastalıklar hakkında önemli veriler sunmaktadır. Kişinin fiziksel ve ruhsal bazı özelliklerini de içeren söz konusu veriler, kişinin özel hayat alanına dahildir. Dolayısıyla, bu bilgilerin açıklanarak bir sosyal kontrol mekanizması haline dönüştürülmesi, sigorta alanında veya iş hayatında ayrımcılık amaçlı kullanılması kişilik hakkı ihlallerine sebep olur. Diğer yandan, genetik bir analizin uygulanması için kullanılacak biyolojik materyalin, kişinin bedeninden temin edildiği durumlarda, ayrıca, kişinin vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı kapsamında bir kişilik hakkı ihlali ortaya çıkabilir.

Tıp alanındaki gen teknik faaliyetler karşısında hukuk yetersiz kalmış; hızla yaşanan gelişmeler, geniş kapsamlı bir tartışma sürecini başlatarak hukuk biliminin önemli meşguliyet alanı haline gelmiştir. Tıbbi genetik uygulamaları ile bağlantılı olarak ortaya çıkan belirsizlikler, ilk olarak çeşitli uluslararası düzenlemelerin yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu alanda özellikle UNESCO Bildirgeleri ve Avrupa Konseyi'nin çalışmaları ile, hızlı gelişen teknoloji karşısında oluşan hukuki boşluk, asgari ilkeler belirlemek suretiyle doldurulmaya çalışılmıştır. Diğer yandan, söz konusu hukuki boşluk ve yetersizlikler, İsviçre ve Almanya gibi bazı ülkeleri de konuya ilişkin özel kanunlar çıkarmaya sevk etmiştir. Bu süreçte, gerek uluslararası gerek ulusal düzenlemelerin oluşturulmasında, sayısız komisyon görevlendirilerek, konunun tıbbi, etik ve hukuki boyutlarıyla tartışılması amaçlanmıştır.

Ancak belirtilmelidir ki, konu, hukuk öğretisinde, çoğunlukla sigorta ve iş hukuku kapsamında yarattığı hukuki problemler çerçevesinde tartışılmıştır. Sigorta şirketlerinin ya da işverenin talepleri doğrultusunda genetik analizlerin uygulanıp uygulanamayacağı ve henüz sigorta ya da iş sözleşmesi kurulmadan önceki dönemde uygulanmış bir genetik testin varlığı halinde, bilinen genetik verilerin söz konusu işveren veya sigortacı ile paylaşılmasının gerekip gerekmediği, tıbbi genetik faaliyetlere ilişkin hukuki tartışmaların ağırlık noktasını oluşturmuştur.

Son zamanlara kadar yürütülen bu tartışmaların içerisinde, genetik analizi yapılacak kişinin kişilik hakkını esas alan fikirler ileri sürülmüşse de, konunun tek başına, ilgilinin kişilik hakkı boyutuyla incelenmesinde yarar bulunmaktadır. Çünkü hem tıbbi bir müdahale olarak kişinin bedensel tamlığının ihlali, hem de elde edilen genetik veriler yoluyla kişinin özel alanının ihlali sonucunu doğurabilecek olan genetik analizler, kişiliğin korunması sorununda son derece önemli bir yere sahiptir. Daha da ötesi, genetik analizler ile kişilik hakkı arasındaki sıkı bağlantı sebebiyle, öğretilerde, konunun “genler üzerindeki kişilik hakkı”, “genetik bilgiler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı” şekillerinde somutlaştırıldığı görülmektedir. Bu bağlamda, genetik analizlerin uygulanması ve elde edilen verilerin saklanması veya işlenmesi aşamalarında ilgilinin kişilik hakkının ihlal edilmesinin önüne geçmek; bunun için de, tıbbi genetik faaliyetlerin uygulanmasında aranacak hukuka uygunluk sebeplerinin belirlenmesi ve açıklanması gerekmektedir. Diğer yandan, genetik analizlerin sebep olduğu kişilik hakkı ihlalleri karşısında, ilgili kişinin saldırıya karşı korunmak için başvurabileceği hukuki yollar ve ortaya çıkan zararı tazmin sorunu da konunun diğer bir boyutudur.

Bu çalışmanın amacı, uygulaması son derece yaygınlaşan genetik analizler karşısında ilgilinin kişilik hakkının korunması çerçevesinde ortaya çıkan sorunları incelemek ve konuya kişilik hakkı bağlamında bir hukuki çerçeve çizmektir. Söz konusu çerçeve oluşturulurken, iç hukukumuzda konuya dolaylı olarak değinen düzenlemeler kadar, uluslararası bildirge ve sözleşmelerde yer alan temel ilke ve kurallar ile özellikle İsviçre ve Alman hukuklarındaki düzenlemeler de gözden geçirilmeye çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki, genetik analizlerin, tıbbi, etik, sosyal ve hukuki anlamda tartışılması gereken çok farklı boyutları bulunmaktadır. Bu anlamda, çalışmanın ilk bölümünü oluşturan genetik analizlerin tıbbi ve biyolojik temelleri, sorunun anlaşılabilirliği ve hukuk ile ilişkisinin kurulabilmesi açısından zorunlu görülmüştür. Dolayısıyla bu kısımda, genetik analizlerin konusu ve çeşitleri ile genetik tedavi usullerine yer verilmiştir. Genetik analizlerin kişilik hakkı ile ilişkisi başlıklı ikinci bölümde, konunun doğrudan ilgili olduğu kişilik değerlerine yer verilerek, genetik analizlerin bu değerlere karşı nasıl bir müdahale oluşturabileceği ve bu bağlamda ortaya çıkabilecek tipik kişilik hakkı ihlalleri irdelenmeye çalışılmıştır. Bu sayede, genetik analizlerin kişilik hakkı boyutunda yaratabileceği sorunlar, daha somut ve görünür bir şekilde bürünmüştür. Yine bu bölümde, özellikle herhangi bir hastalık belirtisi veya eğilimi ortaya çıkmadan önce uygulanan genetik analizlerde ilgilinin kişilik hakkının korunması bakımından büyük önem taşıyan ve hukukumuzda henüz yabancı olan, kişinin enformasyonel geleceğini belirleme hakkı ve bu kapsamda ilgilinin bilme ve bilmeme hakları açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın bu bölümünde ayrıca, uluslararası hukukta konuya ilişkin çeşitli bildirge ve sözleşmeler ile ulusal mevzuatımızda konuya dolaylı olarak temas eden bazı hükümlere yer verilerek, konuya ilişkin temel ilkelerin tespit edilmesi amaçlanmış ve bu yolla genetik analizlerin hukuka uygunluk koşullarının belirlenebileceği temel bir hukuki bir zemin oluşturulması hedeflenmiştir.

Hukukumuzda kişilik hakkı ihlalleri bakımından aranan hukuka uygunluk koşulları ve incelenen konuya ilişkin karşılaştırmalı hukuk ve uluslararası metinlerde yer alan temel ilkelerin birlikte değerlendirilmesi suretiyle, üçüncü bölümde, genetik analizlerin hukuka uygunluk koşulları belirlenmeye ve açıklanmaya çalışılmıştır. Burada, bir yandan, kural olarak tıbbi müdahaleleri hukuka uygun hale getiren rıza ve diğer hukuka uygunluk sebepleri, diğer yandan genetik analizler için özel olarak öngörülen genetik danışma, genetik uygulamayı gerçekleştirecek yetkili kişi gibi koşulların açıklanması amaçlanmıştır.

Hukuka uygunluk koşullarının incelendiği üçüncü bölümün ikinci kısmında ise, hukuka uygunluk koşullarını taşımayan genetik analizler sebebiyle ortaya çıkabilecek kişilik hakkı ihlallerinde sorumluluğun dayandığı esaslar ve söz konusu ihlal karşıısında hukuki korunma yolları yer almaktadır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu sorumluluk ve hukuki korunma, elde edilen genetik verilerin saklanması veya işlenmesi süreçleri bakımından da geçerlidir. Bu şekilde bir kişilik hakkı ihlali ile karşıılaşan kişi, pozitif hukuk sistemimiz itibariyle, TMK md. 24 ve 25 çerçevesinde öngörülen hukuki korumadan yararlanarak, koruyucu davaları ve tazminat davalarını açabilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENETİK ANALİZLERİN BİYOLOJİK VE TIBBİ TEMELLERİ

1. Genetik Analizlerin Tanımı ve Gen Teknolojisi İçerisindeki Yeri

1.1. Temel Kavramlar

1.1.1. Gen

Gen sözcüğü ilk olarak 1909'da, genetik biliminin kurucusu Gregor Mendel'in 1865 yılında keşfettiği kalıtsal öğeye bilimsel bir ad koyma amacı ile ortaya atılmıştır¹. Mendel, dizilmiş bir şekilde kromozomlarda yer alan söz konusu kalıtsal öğelerin bölünmeden, sulandırılmadan, karışmadan kalıtımla aktarıldığını ortaya çıkarmıştır. Buradan hareketle, genlerin, her biri organizmanın belirli bir özelliğini içeren, kalıtımla yavruya aktarılabilen küçük bilgi paketleri olarak tanımlanması mümkündür².

1930'lu yıllarda kalıtım araştırmacılarının yanı sıra fizikçiler de gen ile ilgilenmeye başladılar. Onlar, örneğin genin röntgen ışınlarından nasıl etkilendiğini ya da bunun sonucu bir değişime uğrayıp uğramadığını öğrenmek istiyorlardı. Kısa bir süre içerisinde, genlerin atomlardan oluştuğu ve ardından da, hangi kimyasal maddelerden oluştuğu bilgisine ulaşıldı: Kalıtımın temel fiziksel ve işlevsel birimi olan gen, protein ya da RNA molekülü gibi özel bir işlev taşıyan kromozomların belli bir noktasındaki

¹ Ernst Peter Fischer, **Genler ve Genom**. Çeviren: Barış Konukman (İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2005), s.105; Horst Domdey, "Biochemische Aspekte der Genomanalyse", **Genomanalyse: Ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte**, Derleyenler: Rolf Ellermann ve Uwe Opolka (Frankfurt, New York: Campus Verlag, 1991), s.13-14.

² Mahlon B. Hoagland, **Hayatın Kökleri**. Çeviren: Şen Güven (On sekizinci basım, Ankara: TÜBİTAK Popüler Bilim Kitapları 1, Temmuz 2000), s.15-16.

nükleotid³ dizilerinden oluşmaktaydı⁴. Genlerin yapısına ilişkin bu araştırmalar 1953 yılında, James Watson ve Francis Crick tarafından DNA'nın ikili sarmal yapısının keşfedilmesi ile devam etti⁵. Watson ve Crick'in çalışmaları, genetik bilginin, DNA'nın merkezinde yer alan ve iç içe geçmiş bulunan söz konusu ikili sarmal yapıda oluştuğunu göstermiştir⁶.

Genlerin, bedensel işleyişimizdeki yaşamsal önemi ve işlevi ise kısaca şöyle özetlenebilir: Genler, hücrenin ihtiyaç duyduğu proteinlerin yapımı için tüm bilgiyi içeren ve adeta kimyasal bir bilgi bankası olan DNA'nın işlevsel alt birimleridir. Başka bir deyişle, DNA'nın, protein üretiminde rol alan belli harf dizilimleri "gen" olarak adlandırılmaktadır⁷. Bilim adamları tarafından A, T, G ve S olarak kısaltılmış bu harfler, esasında, DNA'da yer alan "adenin", "timin", "guanin" ve "sitozin" isimli dört kimyasal bağdır. DNA'nın söz konusu dizilimindeki harf sıralaması aynı canlının her hücresinde aynıdır; canlıdan canlıya ise farklılıklar gösterir⁸.

Bir genin etkin duruma gelmesinde amaç belli bir proteinin üretilmesi olup⁹, her gen, genel olarak ayrı bir tek proteini kodlar ve değişik genler değişik hücrelerde aktifleşerek hücreye özgü karakteri veren değişik proteinleri yaparlar. Bu proteinler hücrelerin ve dokuların yapılarını oluşturan ve etkinliklerini düzenleyen basit kimyasal maddelerdir ve onların yardımı olmaksızın bir hücre içindeki kimyasal reaksiyon yeterince hızlı gerçekleşemez. Ayrıca, proteinlerin sonsuz çeşitlilikteki edimleri

³ Nükleotidler, DNA ve RNA zincirlerinin halkalarını oluşturan molekülleri ifade etmektedir.

⁴ Fischer, **a.g.e.**, s. 105-106.

⁵ Bu keşif süreci için bkz. James D. Watson, **İkili Sarmal: DNA Yapı Çözümünün Öyküsü**. Çeviren: Alev Serin (Ankara: Tübitak Popüler Bilim Kitapları, 2005); Begüm Akman ve Taner Tuncer, **Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi**, (Ankara: ODTÜ Yayıncılık, 2009), s.24.

⁶ Domdey, **a.g.m.**, s.14; Fischer, **a.g.e.**, s.105.

⁷ Kenan Ateş, "Genlerimiz Kölesi Miyiz?", **Bilim ve Gelecek**, Sayı no: 14, (Nisan 2005), s.10.

⁸ **Aynı**, s.10.

⁹ Ernst- Ludwig Winnacker ve Horst Ibelgaufits, "Genetik", **Lexikon der Bioethik Band 2 (G-Pa)**. Derleyen: im Auftrag der Görres Gesellschaft von Wilhelm Korff in Verbindung mit Ludger Honnefelder, (Gütersloh: Gütersloher Verlag, 1998), s.24; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.15.

sayesinde hücreler büyüyüp gelişirler¹⁰. Buna göre, proteinlerin olmaması hücrelerin yaşamının sona ermesi anlamına gelmektedir. Bedenimizin her bir işlevinin proteinlere gereksinimi olması ise, insan bedeninde on binlerce farklı proteinin üretilmesi sonucunu doğurmaktadır. İşte tüm bu yaşamsal süreç genlerimiz tarafından yönetilmektedir¹¹. Başka bir deyişle, bir canlının hayat bulması ve hayatını sürdürmesi, genlerinde kodlanmış bilgiler sayesinde gerçekleşmektedir¹².

Mendel ve diğer pek çok araştırmacının deneyleri, canlıların tüm özelliklerinin yukarıda açıklanan ve “gen” adı verilen maddelerle kuşaktan kuşağa taşındığını hiçbir kuşkuyla düşünmeyecek şekilde göstermiştir. Gen parçacıklarından oluşan ve kuşaktan kuşağa aktarılan genetik maddenin iki temel görevi vardır: Kendi kendine çoğalarak, tıpa tıp kendisine benzeyen ya da kopyası olan maddeleri oluşturmak ve hücre metabolizması için gerekli olan bilgi aktarımını sağlamak¹³.

Özetle, tüm kalıtsal bilgilerimizin depolandığı genlerimiz her DNA molekülünde pek çok sayıda bulunmaktadır. Her şeyden önce hücreler, gen sayesinde belirli ürünler ortaya koyabilmektedir. Hücreler, genlerin içinde barındırdığı biyolojik bilgilerin yardımıyla yaşam için gerekli tüm görevleri üstlenen gen ürünlerini üretebilmektedirler¹⁴. En önemli gen ürünlerini ise, hücrelerin büyüyüp gelişmesini sağlayan proteinler oluşturmaktadır¹⁵.

¹⁰ Fischer, **a.g.e.**, s.13.

¹¹ Aslı Zülal, “Kromozom, DNA, Gen...”, **Bilim ve Teknik**, Sayı no: 400, (Mart 2001 Sayısı Eki), s.3.

¹² Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.15.

¹³ Nurettin Başaran, **Tıbbi Genetik** (Bursa: Güneş & Nobel Tıp Kitabevi, 1999), s.1.

¹⁴ Domdey, **a.g.m.**, s.14.

¹⁵ Fischer, **a.g.e.**, s.13.

1.1.2. Genom

Günümüzdeki “genom” sözcüğünün kökeni, Antik Yunan dönemine dayanmaktadır. Yirminci yüzyılın başlarında türetilen bu bilimsel sözcük bir yönüyle, “cinsiyet” anlamına gelen “genos” kavramından yola çıkar. Diğer yönüyle ise, sözcüğün ilk hecesi, oluş ve yaratılış anlamına gelmektedir¹⁶. Genom, bir üreme hücresinde bulunan kromozomların ve dolayısıyla bu kromozomlar üzerinde bulunan genlerin tümü anlamını taşır¹⁷. Bu tanımdan ve gen kavramına ilişkin daha önce yapılan açıklamalardan da anlaşılabilceği üzere, bir genomun içinde, bir şeyi kuşaklar boyunca oluşturup meydana getirme becerisi saklıdır. Günümüzde biyologlar, canlıların özelliklerini, bu özelliklerin gelecekte başka canlılara nasıl iletiildiğini ve bunun yanı sıra canlı biçimlerinin gelişimini, organizmaların genomlarını hücre ortamından uzaklaştırıp izole ederek, açığa çıkartarak, deşifre ederek ve çözümlenerek anlamaya çabalamaktadırlar. Genlerin açıklanıp anlamlandırılması ve kontrolüne ilişkin tüm soruların karşılığı, sonuç olarak, genom dizilerinin ne oranda tanındığına bağlıdır¹⁸.

Genomları araştırmaya yönelmenin temelinde, bir organizmanın genomları sayesinde karakterize edilebileceği varsayımı yatmaktadır. Zira bir genomun taşıdığı bilgi, içerisinde yer aldığı organizmayı ifade etmektedir¹⁹. Genom, canlı bir hücre içindeki bütün bilgilere ait genlerin toplamını oluşturmaktadır. Ancak, fareler, insanlar ve evrimin ortaya koyduğu diğer karmaşık biçimler milyarlarca hücreden oluşur ve

¹⁶ Aynı, s.7.

¹⁷ Winnacker ve Ibelgaufits, a.g.m., s.24; Fischer, a.g.e., s.12-13; Akman ve Tuncer, a.g.e., s.100.

¹⁸ Domdey, a.g.m., s.21.

¹⁹ Domdey, a.g.m., s.21. Belirtmelidir ki, literatürde bakteri genomu, bitki genomu ve insan genomu gibi kavramlardan söz edilmekte ise de, genom organizmalarda değil, organizmaların hücrelerinde bulunmaktadır. Dolayısıyla bilimsel açıdan daha kesin bir ifade kullanılmak isteniyorsa, organizmanın değil “hücrenin içindeki genom”dan söz edilmelidir. Bkz. Fischer, a.g.e., s.12; Uluslararası İnsan Genom Projesi Konsorsiyumu’nun liderliğini yürütmüş olan Francis Collins, genomu farklı amaçlar için kullanılabilir bir kitaba benzeterek şöyle devam etmiştir: “Bu bir tarih kitabıdır; bizim türümüzün zaman içindeki yolculuğunun bir hikayesidir. Bu, tüm insan hücrelerini inşa etmek için inanılmaz detaylı bir kılavuzdur. Ve bu, tıbbi bilimlerde kullanılabilir bir ders kitabıdır, bir hastalığı önlemek ve tedavi etmek için araştırmacılara uçsuz bucaksız yeni güçler verecektir.” (Akman ve Tuncer, a.g.e., s.45’ten naklen).

hücrelerin her biri kendi kalıtsal ögesini –kendi genomunu- beraberinde taşır. Dolayısıyla bir insan tek bir genoma değil, milyarlarca genoma sahiptir. Dünyada milyarlarca insanın yaşadığı düşünüldüğünde ise, genom araştırmaları sonucunda insan genomunun bütünüyle tanınıp anlaşıldığını söylemek henüz mümkün görünmemektedir²⁰. Yine de araştırma sürecinin zorluğuna rağmen, genom dizisi (sekans), gelecekteki moleküler biyolojik araştırmaların yapısını belirleyecek derecede bir öneme sahiptir. Zira insan genomunun dizilenmesi sayesinde, bedenin nasıl çalıştığı ve hastalıkların nedenleri ile bedende yarattığı aksaklıkların anlaşılması mümkün olacaktır²¹.

1.1.3. İnsan Genomu Projesi

Yukarıda açıklanan genom araştırmaları, “İnsan Genomu Projesi” adı altında yürütülerek, 2003 yılında tamamlanmıştır²². Bu proje, 16 farklı kurumdan insanın aktif olarak çalıştığı uluslararası bir konsorsiyum tarafından yönetilmiştir²³. Resmi olarak, 1 Ekim 1990’da James Watson’un direktörlüğünde başlamış olan insan genomu projesi ile, sayısı yaklaşık 30000- 35000 olarak tahmin edilen²⁴ insan genlerinin keşfedilmesi

²⁰ Fischer, **a.g.e.**, s.13.

²¹ Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.64.

²² Berrin Ayaz Tüylü, Hülya Sivas ve diğerleri, **Genetik**, Editör: Hülya Sivas, (Eskişehir:Anadolu Üniversitesi Yayını, 2009), s.11; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.4; Şubat 2001’de HGP (Human Genom Project) Konsorsiyumu ve aynı yönde araştırmalar yürüten Celera Genomics adlı özel şirket, Beyaz Saray’da gerçekleştirilen bir törenle, insan genomunun sıralanmasının genel hatlarıyla tamamlandığını açıkladılar. Bkz. Beyazıt Çirakoğlu, “Genom Ne Söylüyor?”, **Bilim ve Teknik**, Sayı no: 400, (Mart 2001 Sayısı Eki), s.2.

²³ ABD Enerji Bakanlığı ve Ulusal Sağlık Enstitüsü (NIH) tarafından koordine ve finanse edilen bu proje kapsamında ABD’de yüzlerce üniversite ve laboratuvar ile çok sayıda özel şirkette araştırmalar yürütülmüştür. ABD’nin yanı sıra İsrail, Almanya, Fransa, İngiltere, Rusya, Japonya, Kore ve Çin dâhil en az 18 ülkede de insan genom programları kurulmuş olup, bu ülkeler de projeye katılmışlardır. Söz konusu uluslararası işbirliği, İnsan Genom Organizasyonu (HUGO) tarafından koordine edilmiştir.

²⁴ Bu sayı kesin olarak bilinmemekle beraber, araştırmaları yürüten uluslararası konsorsiyum ve özel bir şirket olan Celera Genomics’in her ikisi de 30.000–35.000 şeklinde sayı vermektedirler. Projenin başlatılmasından önce bu sayı yüz bin civarında gen olarak tahmin edilmekte idi. Bkz. Ateş, **a.g.m.**, s.8-9. Yazar ayrıca, sayının kesin olarak 31.000 olduğunu da söylemektedir. İnsandaki gen sayısının yaklaşık

ve genetik haritasının çıkarılması sayesinde genlerin daha ileri biyolojik çalışmalar için ulaşılır kılınması amaçlanmıştır²⁵. Bu amaç, özetle, seçilen kromozomun çok küçük parçacıklara ayrılması, bu parçacıkların dizi analizlerinin yapılması ve elde edilen verilerin birleştirilmesi suretiyle, insan genomunun detaylı bir fiziksel haritasının çıkarılmasını gerektirmektedir.

İnsan genomunun son halkasının okunması, Mayıs 2006'da ancak tamamlanabilmiştir. İnsan Genomu Konsorsiyumu tarafından Nature adlı bilimsel bir derginin Şubat 2001 sayısında yayımlanan makalede, insan genomu sıralanmasının çıkarıldığı, başka bir deyişle, harf diziliminin tespitinin tamamlandığı açıklanmıştır. Ancak tespit edilen bu harf diziliminin okunup anlamlandırılması uzun zaman alacak gibi görünmektedir²⁶.

Bu projenin başlatılmasındaki en önemli etken, günümüzde tedavisi henüz olanaksız olan pek çok genetik hastalığa yatkınlığın belirlenmesi ve hastalıktan sorumlu genlerin yapısının aydınlatılması ile işlevi bozuk genler için düzeltmelerin yapılabileceği, hastalıkların önceden teşhis ve tedavisinin mümkün olabileceği öngörüsüdür²⁷.

İnsan genomu projesinin tamamlanmasıyla, yeni bilimsel ve teknolojik gelişmelere kapı açılmış; tıp uygulaması önemli ölçüde gelişmiştir. Biyolojik bilimler içinde biyoteknoloji, genom haritalama, moleküler tıp ve gen tedavisi gibi yeni alanlar ortaya çıkmıştır²⁸. Projenin tamamlanması, insan DNA'sındaki genlerin sayısı, yerleri,

25.000 olduğu konusunda bkz. ve karşı. John Bryant, Linda Baggott la Velle ve John Searle, **Introduction to Bioethics**, (West Sussex: John Wiley & Sons Ltd., 2005), s.111.

²⁵ Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.29; Gen araştırmalarının kronolojik bir sıralaması için bkz. Talin Sucuyan, "Terfi ve İsten Çıkarmada Genetik Test", Erişim tarihi: 1 Şubat 2010, <http://bianet.org/bianet/bianet/1457-terfi-ve-isten-cikarmada-genetik-test>

²⁶ Ali Özalp, "**Etik Açından Genom Projesi**", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007), s.5.

²⁷ Ayşim Tuğ, İ. Hamit Hancı ve Aysun Balseven, "İnsan Genom Projesi: Umut mu Kâbus mu?", **Sted**, Cilt no 11, Sayı no 2, (2002), s.57.

²⁸ Ayaz Tüylü, Sivas vd., **a.g.e.**, s.11.

düzenleri ve işlevleri konusunda ayrıntılı bilgiler içeren bir kaynağa ulaşılması anlamına gelmektedir²⁹. Böylece, genlerin işlevleri ve koordinasyonu anlaşılacak hastalıkların genetik sebepleri ortaya çıkarılabilecektir. Dolayısıyla bu araştırmaların, özellikle tıp alanında son derece önemli etkiler yaratması beklenmektedir. Genetik temelli hastalıkların daha doğru ve kolay biçimde teşhis edilebilmesinin yanı sıra, hastalığa genetik yatkınlığın erken tespit edilmesi de mümkün olmaktadır³⁰. Ayrıca, daha özel nitelikli ve yan etkileri az olan, hedefe yönelmiş ilaç üretimi yapılabilmektedir³¹.

İnsan genom projesinin tamamlanmasının ardından, yukarıda belirtilen amaçlara yönelik çeşitli büyük projeler başlatılmıştır. Örneğin, tıbbi fayda beklentisiyle, insanlar arasındaki genetik varyasyonların detaylı bir resmini çıkarmak amacıyla 1000 Genom Projesi (1000 GP) başlatılmıştır. Uluslararası bir araştırma konsorsiyumu tarafından 2008’de yürütülmeye başlanan ve yaklaşık 1200 insanın genom analizini yapmayı hedefleyen bu proje, çok sayıda araştırma merkezi tarafından da desteklenmektedir³².

1.1.4. Genetik Bilimi ve Gen Teknolojisi

1.1.4.1. Kavram

Genetik bilimi genlerin yapıları ve işlevlerini, organizma üzerindeki etkilerini ve genetik özelliklerin kalıtsal geçişini inceler³³. Bu nedenle hem bilimsel araştırmalara, hem de kişi ve toplum sağlığı uygulamalarına katkıda bulunur. Kısaca kalıtım bilimi

²⁹ Tuğ, Hancı ve Balseven, **a.g.m.**, s.57.

³⁰ Winnacker ve Ibelgaufts, **a.g.m.**, s.25.

³¹ Benan Dinçtürk, “Genom Projeleri Hangi Aşamada? Genom 2005”, **Bilim ve Gelecek**, Sayı no 14, (Nisan 2005), s.25; Fischer, **a.g.e.**, s.75-76.

³² Ayaz Tüylü, Sivas vd., , **a.g.e.**, s.11.

³³ Werner Gottschalk, “Genetik”, **Lexikon der Bioethik Band 2 (G-Pa)**, Derleyen: im Auftrag der Görres Gesellschaft von Wilhelm Korff in Verbindung mit Ludger Honnefelder, (Gütersloh: Gütersloher Verlag, 1998), s.18.

olarak nitelendirilebilecek bu bilimin araştırma konusu da, virüslerden mikro organizmalara, hayvan ve bitkilerden insana dek uzanan bütün canlılardır³⁴.

Gen teknolojisi ise, canlıların genetik bilgilerini taşıyan DNA'ların analiz edilerek dizilişlerinin tespit edilmesi, sıralarının değiştirilmesi; istenen genin organizmadan izole edilmesi, değiştirilmesi veya başka bir organizmaya aktararak aktif hale getirilmesi gibi araştırmaların tümünü ifade etmektedir³⁵. Başka bir deyişle bu teknoloji, organizmadaki bir DNA parçasını, anlamını yitirmeden bir başka canlıya aktarma ve bu yöntemle aktarılan canlının bazı özelliklerini değiştirme teknolojisidir.

1.1.4.2. Gen Teknolojisinin Kullanım Alanları

Doğal bilimlerin en genç dalı olan gen teknolojisi günümüzde yaşamla ilgili her alana uygulanabilecek bir anahtar teknoloji olarak görülmektedir. Bu teknoloji, günümüzde tarımdan tıba, gıda teknolojisinden biyolojik çeşitliliği sağlamaya kadar birbirinden farklı alanlarda oldukça yaygın olarak uygulanmakta ve uygulandığı bu farklı alanlarda çok farklı işlevler üstlenmektedir: Organ nakli alanında, hastanın genlerine uygun yapay organların üretilmesi, daha verimli tohumların elde edilmesi, yeni enerji kaynakları yaratmada bakteriyel kaynakların kullanımı, çevre kirleticilerin belirlenmesinde erken uyarı sistemi ve kirliliğin biyolojik yolla temizlenmesi uygulamalarında, hayvancılığın geliştirilmesi ya da her tür iklime dayanıklı bitki örtüsünün yetiştirilmesi gibi³⁶.

Biyoteknolojinin en yeni bölümünü oluşturan gen teknolojisi, insan sağlığı ile ilgili pek çok yeni yöntemin gelişmesini sağlamaktadır. İşte gen teknolojisinin

³⁴ Winnacker ve Ibelgaufts, **a.g.e.**, s.22.

³⁵ Michael Schröder, "Gentechnologie, Chancen und Risiken- eine Beschreibung", **MDR (Monatschrift für Deutsches Recht)**, (1986), s.720; Domdey, **a.g.m.**, s.16.

³⁶ Şeminur Topal, **Biyogüvenlik ve Biyoteknoloji**, (İstanbul: Cemturan Ofset Matbaa, 2006), s.11 vd.; Tekin Memiş ve M. Fadıl Yıldırım, "Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması Ve Yarattığı Hukuki Sorunlar", **AÜEHFD**, Cilt no VIII, Sayı no 1-2, (Haziran 2004), s.286; Dinçtürk, **a.g.m.**, s.25.

incelediğimiz konuyu oluşturan kısmı da, bu teknolojinin insan üzerindeki uygulamaları ile tıbbi uygulamalardır. İnsanla ilgili genetik araştırmalar bu bilim dalının halen en yaygın uygulama alanıdır. Kalıtsal hastalıkların tanısı da günümüzde en yaygın şekilde gen yapılarının incelenmesiyle yapılmaktadır. Söz konusu inceleme ve analizlerin tükürük, sperm, kan örnekleri ve hatta bir tek kıl örneği üzerinde dahi yapılabilmekte olduğu göz önüne alındığında, bu teknoloji karşısında, kişilik haklarını koruyucu düzenlemelere duyulan ihtiyaç açıktır.

Diğer yandan, gen teknolojisinin son derece hızlı ve kontrolsüz ilerlemesi ve bu bilginin insanlığa ve değerlerine karşı kötüye kullanılma olasılığının bulunması, alabildiğine ticari kullanıma açılması³⁷, doğayı ve doğanın bir parçası olan insanı etkilemekte ve değiştirmektedir³⁸. Genom bilgilerinin herkese açık olmaması, ticari kaygılar, tekelcilik, yeterli laboratuvar analizi yapılmadan piyasaya sürülen ürünler de bu teknolojinin bir parçasını oluşturmaktadır³⁹. Ayrıca, bu alanda yapılan buluşlar olağanüstü bir ekonomik değer ifade ettiği için, şirketler ve hatta ülkeler arasında ortaya çıkan rekabet, hukuki ve etik kuralların kolaylıkla göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Bu teknolojinin başlangıçta öngörülen amaçların dışına taşarak günümüzde artık dört köşe domates üretmek, daha fazla pirzola elde etmek amacıyla kaburga sayısı arttırılmış hayvanlar yetiştirmek gibi amaçlarla kullanılması bitki, hayvan ve insanın doğal yaşamını tehdit eder bir nitelik kazanmıştır. Bu türden amaçlar için genetik yapısıyla oynanmış organizmaların geri dönüşümü olmayacak şekilde doğaya bırakılması, üzerinde önemle durulması gereken bilimsel ve tıbbi etik tartışmaları ortaya çıkarmıştır.

³⁷ Bu ticarileşme, genlerin patentini almak suretiyle, o genlerle ilgili her türlü girişime izin hakkını ele geçirmek ve bunun karşılığında maddi kazanç sağlamak şeklinde gerçekleşmektedir. Bkz. Tuğ, Hancı ve Balseven, **a.g.m.**, s.58.

³⁸ Zehra Genç ve Aysegül Demirhan Erdemir, **Genetik Sorunlar ve Tıbbi Etik (Genetik Danışma)**, (İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri Ltd. Sti., 1997), s.114-115.

³⁹ Dinçtürk, **a.g.m.**, s.27.

Söz konusu tartışmaların incelenen konuya ilişkin olan tıbbi genetik kısmı, ilerleyen bölümlerde⁴⁰ aktarılmaya çalışılacaktır. Ancak belirtilmelidir ki, insan üzerindeki genom analizlerinin tıbbi tedavi ve araştırmaların yanı sıra, iş hukuku, ceza hukuku, ispat hukuku ve sigorta hukuku alanlarını ilgilendiren pek çok alanda kullanılması, farklı hukuki sorunlar doğurabilmektedir. Bu noktada özellikle iş hukukunda, bir işverenin iş akdinin yapılmasından önce işçi adayından genetik analiz isteyip isteyemeyeceği ve işçinin söz konusu analiz sonuçlarını işverene bildirmeye zorunlu tutulup tutulamayacağı gibi konular tartışılmaya değer sorunları ortaya çıkarmıştır. Yine, sigorta ilişkileri çerçevesinde, sigortacının, sözleşme yapma özgürlüğü bağlamında, sözleşme yapmanın ön koşulu olarak kişinin genetik analiz sonuçlarının bildirilmesini isteyip isteyemeyeceği de sigorta hukuku kapsamında ayrıca tartışılması gereken önemli bir husustur⁴¹.

1.2. Gen Teknolojisinin Tıbbi Genetik Kapsamı

1.2.1. Genel Olarak

Gen teknolojisi, özellikle tıp alanında yeni teşhis ve tedavi olanakları yaratmıştır. Biyoteknolojinin insan sağlığı kısmını oluşturan ve kalıtsal hastalıklarla mücadelede yeni bir yöntem olan tıbbi genetik, hastalıkların moleküler sebeplerini sistematik bir şekilde araştırıp açıklar⁴²; genlerdeki moleküler bozuklukların, sağlıklı genlerin ilavesi ile düzeltilmesi ya da eksik genin dışarıdan tamamlanmasını amaçlar⁴³.

⁴⁰ Bkz. ileride s. 31 vd.

⁴¹ Zira sigorta endüstrisinin, sigorta ettirenin kalıtım bilgilerini elde etmesi son derece yararına olacaktır. Genetik hastalıkların tespit edilebilmesini mümkün kılan gen analizleri, sigorta ettirene riziko tahlil ve kontrol olanağı sunacağından, hastalık ve hayat sigortaları için oldukça önemlidir. Bkz. Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.289.

⁴² Stefan F. Winter, “Was ist Genmedizin? – Eine Einführung”, **Genmedizin und Recht: Rahmenbedingungen und Regelungen für Forschung, Entwicklung, Klinik, Verwaltung**, Derleyen: Stefan F. Winter, Hermann Fenger, Hans-Ludwig Schreiber, (München: C. H. Beck, 2001), s.9; Domdey, **a.g.m.**, s.16-17.

⁴³ Topal, **a.g.e.**, s.26.

Diğer yandan, tıbbi genetik, sadece hastalık ve hastaları değil, aynı zamanda sağlıklı bireylerin genetik yapılarının öğrenilerek daha uzun ve kaliteli bir yaşamı hedeflemelerini de sağlamaktadır. Üstelik bu genetik çalışmalar, yaş grupları bakımından sadece bebek, çocuk, yetişkin ve yaşlılık dönemlerini değil, -üzerinde etik yönüyle de durulan- embriyo dönemini de kapsamaktadır. Tıbbi genetik, bu yaşam dönemlerinin tümü için gerekli sağlık hizmetleri, önleyici, tanısal ve tedavi edici bütün genetik ya da biyoteknoloji yöntem ve ürünleri içermektedir⁴⁴.

Genetik faktörler, tüm yaşam süreci boyunca insanın sağlık durumunda önemli bir rol oynamaktadır. Canlı doğan bebeklerin yaklaşık yüzde beşi genetik unsurlardan kaynaklanan önemli bir tıbbi sorunla karşılaşmaktadır⁴⁵.

Yine, diyabet, dolaşım bozukluğu, alerji gibi yaygın hastalıkların pek çoğuna yatkınlık da kişinin genetik yapısından etkilenmektedir⁴⁶. Genetik hastalıkların sınıflandırılması bakımından dört temel ayırım yapılmaktadır: Tek gene dayalı bozukluklar (monogenik), çok faktörlü (multifaktöryel/poligenik) ya da kompleks bozukluklar, kromozom dengesizlikleri ve mitokondrik mutasyonlar⁴⁷:

Tek gene dayalı bozukluklar, Mendel'in kalıtım modelini izler ve kendi içerisinde otozomal resesif ve otozomal dominant olarak ayrılır⁴⁸. Çok faktörlü

⁴⁴ Hüveyda Başağa ve Dilek Çetindamar, Uluslar arası Rekabet Stratejileri: **Türkiye'de Biyoteknoloji İşbirlikleri** (İstanbul: TÜSİAD Rekabet Stratejileri Dizisi-9, 2006), s.38.

⁴⁵ Peter Sudbery, **Human Molecular Genetics** (2. Basım. Harlow: Pearson Education Limited, 2002), s.23. Tek bir genin değişiminden kaynaklanan üç-dört bin kalıtsal hastalık bulunmaktadır. Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde her dört bin çocuktan biri, kromozom 7'deki hatalı bir genin neden olduğu safrakesesi kistiyle doğmaktadır. Bu özürle doğan çocukların birçoğu on üç yaşına gelmeden hayatını kaybetmektedir. Başka bir gende ise, yalnızca bir T'nin A ile yer değiştirmesi hilal hücreleri anemisine yol açmaktadır. Yine, beynin zamanla ve kaçınılmaz bir şekilde eridiği Huntington hastalığı, kromozom 4'ün üst noktalarına yakın bir gende SAG harflerinden oluşan serinin tekrarlanması ve bozuk bir kayıt gibi takılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bkz. James Shreeve, **Gen Savaşları**. Çeviren: Özgür Atılım Turan (İstanbul: Doğan Kitap, 2004), s.29.

⁴⁶ Domdey, **a.g.m.**, s.17; Örneğin diyabet hastalığının ortaya çıkmasında 5-10 genin ve belki de daha fazlasının rol oynadığı düşünülmektedir. Bkz. Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.67.

⁴⁷ Sudbery, **a.g.e.**, s.23; Nihat Dilsiz, **Moleküler Biyoloji**, (Ankara: Palme Yayıncılık, 2004), s.180-181.

⁴⁸ Söz konusu hastalıklar ve daha geniş bilgi için bkz. Genç ve Demirhan Erdemir, **a.g.e.**, s.31 vd; Sudbery, s.2 vd.

bozuklukların oluşumunda ise, hem genetik hem de çevresel faktörler etkili olmaktadır⁴⁹. Burada sadece çevresel faktörlerle belirli bir genin etkileşimi değil, aynı zamanda bazı genlerin kendi aralarındaki etkileşim de belirtilen hastalığın oluşumunda ve gelişiminde etkili olmaktadır. Bu nedenle de söz konusu hastalıklar kompleks bozukluklar olarak anılmaktadırlar. Kromozom bozukluğu hastalıkları ise çoğu durumda mayoz esnasında ayrılamama nedeniyle ya da zigotun ilk bölünme evresinde oluşmaktadır. Kromozom kaybı monosomi sonucunu doğururken, kromozomun fazladan bir kopyası ise trizomi ile sonuçlanmaktadır. Trizomi 21 olarak adlandırılan bu hastalık, yaygın bir şekilde Down sendromu olarak bilinen genetik bozukluğa neden olmaktadır. Bilinen diğer kromozom bozukluklarından bir diğeri, translokasyon adı verilen ve kromozomun bir parçasının koparak başka bir kromozoma eklenmesi şeklindeki mutasyondur⁵⁰. Son olarak mitokondrik mutasyonlar ise, sadece kişinin ana tarafından geçerler. Hastalığın şiddetinde ve ortaya çıkışında değişik faktörler etkili olmaktadır. Mitokondrik bozukluklar, merkezi sinir sistemi, iskelete ait kas sistemi, kalp, görme gücü gibi pek çok farklı organ ve yetiyi eş zamanlı olarak etkiler⁵¹. Bu türden bozuklukların bilinen belirtileri olan diyabet, kas güçsüzlüğü, görme ve işitme yetilerindeki kayıp vb. normal yaşlanma sürecinin de karakteristik özelliklerini oluşturmaktadır. Bu durum, DNA'da somatik mutasyonların birikmesinin, yaşla birlikte vücut fonksiyonlarının bozulmasında etkili olduğu fikrini güçlendirmektedir⁵².

Yukarıda kısmen belirtilen ve genetik kaynaklı olduğu bilinen kimi hastalıkların hem önlenmesi hem de teşhis ve tedavi edilebilmesi bakımından gen teknolojisi uygulamaları son zamanlarda hızlı bir gelişim göstermektedir. Gen teknolojisinin tıp alanındaki uygulamaları öncelikle genetik tanı ile başlamıştır. Gen dizilerinde

⁴⁹ Örneğin, kanser ve kalp krizi gibi pek çok hastalık, birkaç genin kendi aralarında ve çevreyle etkileşimlerinin bozulmasından kaynaklanmaktadır. Nedenini bulabilmek için öncelikle hangi genlerin bulunduğunu ve hatta genomun tümünü bilmek gerekmele beraber, bu bilginin doğruca kanserin ve diğer hastalıkların tedavisini mümkün kılamayacağı unutulmamalıdır. Bkz. Shreeve, **a.g.e.**, s.29-30; Dilsiz, **a.g.e.**, s.181.

⁵⁰ Sudbery, **a.g.e.**, s.14 vd. ile s.24; Genç ve Demirhan Erdemir, **a.g.e.**, s.75-76.

⁵¹ Sudbery, **a.g.e.**, s.24.

⁵² Aynı, s.21.

olabilecek hataların genetik hastalıklara neden olmaları ve günümüzde erişilen bilgi birikiminin hastalıkların genetik temelleri üzerindeki aydınlatıcı etkisiyle, söz konusu genetik tanı uygulamaları çeşitli genetik testler ile hayata geçirilmektedir⁵³.

1.2.2. Genetik Analiz

Kişinin genetik bilgisini ortaya çıkarmak için genetik materyale uygulanan testler, genetik analiz kapsamına girmektedir. İlgili kişideki şüpheli bir kalıtsal hastalığın tanısını doğrulamak, kişilerin kalıtsal hastalıklara yatkınlıklarını belirlemek, toplum taraması yapmak, riskli gebeliklerde gelecek kuşakların riskli geni taşıyıp taşımadıklarını araştırmak ve ilgilinin ilaca ya da tedaviye cevap profilini ortaya çıkarmak amacıyla genetik test yapılır⁵⁴.

Genetik analiz, diğer bir deyişle moleküler genetik tanı, bireylerin taşımakta oldukları kalıtsal bozukluklar ya da risk faktörlerinin kişiden ve/veya aile fertlerinden temin edilen DNA, RNA, kromozom, protein veya birtakım biyokimyasalların analizi suretiyle değerlendirilip rapor edilmesidir⁵⁵. Bu nedenle, yürütülecek genetik analiz, uygulama amacına göre tek bir örnek ve testten ibaret olabileceği gibi, çok sayıda örneği ve bir dizi farklı testi de içerebilir.

Genetik analiz kapsamında yapılan testler incelenen materyalin niteliğine ya da yapılan analizin türüne göre dört ana gruba ayrılır: Doğrudan testler, kişinin genetik materyalini meydana getiren DNA veya RNA moleküllerinin çeşitli yöntemlerle doğrudan analizini içerir⁵⁶. İlinti testleri ise, esas hastalığı meydana getiren genetik faktörün yerine incelenmesi daha kolay ya da daha az zaman alıcı olan, ancak bu hastalık genleriyle beraber kalıtsal geçiş gösterdiği bilinen ilintili işaretlerin analizidir.

⁵³ Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.113-114.

⁵⁴ “Genetik Testler: Çerçeve Kurallar” UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010. (<http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1>).

⁵⁵ Winter, **a.g.m.**, s.9 vd.

⁵⁶ Dodey, **a.g.m.**, s.23.

Üçüncü grubu oluşturan biyokimyasal testler ise hastalıklı genler sonucunda ortaya çıkan metabolizma bozukluklarının vücut doku veya sıvılarında biriken ve söz konusu gen ürünü olan proteinlere nitelik ya da nicelik yönünden bakılması suretiyle yapılan analizdir. Son olarak sitogenetik⁵⁷ testler ise, genetik hastalığa yol açan genetik aykırılığı barındıran kromozom veya kromozomların yapısal, sayısal ya da kısmi içerik bakımından incelenmesidir⁵⁸.

Genetik analiz diğer rutin laboratuvar testleri ile bazı benzerlikler taşısa da, pek çok yönden bu testlerden farklıdır. Genetik analizin en önemli farklılığı yalnızca hasta kişide halen belirti veren bir olgunun tanısında değil, en geniş anlamı ile hastanın taşımakta olduğu belirgin hale gelmiş ya da henüz gelmemiş bütün kalıtsal hastalık ve risk faktörlerini ortaya çıkarmasındadır⁵⁹. Bu anlamda genetik analiz, örneğin, kişilerin çocuk sahibi olmak gibi kişisel kararlarına sağlayacağı katkı açısından diğer test yöntemlerinin çok ötesindedir.

Genetik analizi farklı kılan ikinci faktör ise, analiz sonuçlarının yalnızca hasta bireyle sınırlı kalmayıp, diğer aile bireylerine ve sonraki kuşaklara da yansımalarıdır. Örneğin, genetik danışmanlık çerçevesinde istenmiş bir genetik analiz raporu, test sonuçlarının yanı sıra kişinin ve ilgili aile bireylerinin elde edilen sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi, gerekiyorsa olgunun ailede tıbbi yönden takibini de içermelidir⁶⁰.

1.2.3. Gen Tedavisi

Kalıtsal hastalıkları kontrol ya da tedavi etmek için ilaç kullanmak yerine, hastanın o hastalıkla ilgili olan genetik yapısının düzeltilmesi, hücreye yeni bir fonksiyon kazandırılması ya da eksik olan genin hastaya verilmesi gen tedavisi olarak

⁵⁷ Başlıca görevi, kromozomların kendileri ve ayrışım ilkeleri yanında, bunların fenotiple olan ilişkilerini incelemek olan genetik dalı. Bkz. Başaran, **a.g.e.**, s.441.

⁵⁸ Dilsiz, **a.g.e.**, s.187.

⁵⁹ Fischer, **a.g.e.**, s.73 vd.

⁶⁰ Genç ve Erdemir, **a.g.e.**, s.13 vd.

adlandırılabilir⁶¹. Bu tedavinin temelinde, hasta kişinin genlerini, iyileştirici proteinler üretecek şekilde değiştirmek yatmaktadır⁶². Gen tedavisinin başarılı olması için, aktarılacak genin tanımlanması, hedef hücrelere aktarılması, bu genin çalışıp çalışmadığının kontrol edilmesi ve beklenmeyen bir yan etkisinin olup olmadığının saptanması çok önemlidir. Günümüzdeki gelişmiş tedavi yöntemlerine rağmen pek çok hastalığın tam tedavisi henüz mümkün değildir. Örneğin kanserin birçok türünde genetik özellik, çevresel faktörler kadar etkili olabilmektedir. Bu hastalıklara neden olan geni tanımlamak ve değiştirmek tedavi yolunda oldukça önemli bir adımdır⁶³. Belirli hastalıklardan sorumlu genetik kusurları düzeltme amacıyla kullanılan gen tedavisi halen, yüzün üzerinde klinik araştırmayla kalıtsal hastalıklar, kanser ve AİDS'e yönelik olarak geliştirilmeye çalışılmaktadır. Diğer yandan, gen analiz yöntemleri ile, organ nakli alanında, hastanın genlerine uygun yapay organların üretilmesi yönünde de çeşitli çalışmalar yapılmaktadır.

2. Tıbbi Genetik Faaliyetlerde Kullanılan Yöntemler

2.1. Gen Analizi Yöntemleri

Gen analizleri dört farklı yöntemle yapılmaktadır: Fenotip analizi, kromozom analizi, protein kimyasal analiz ve DNA analizi⁶⁴.

⁶¹ Başaran, **a.g.e.**, s.398; Topal, **a.g.e.**, s.26 ve 31; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.73-74.

⁶² Nuray Pekdemir, **Genetik Devri'm** (Yer belirtilmemiş: Su Yayınları, Eylül 2000), s.177.

⁶³ Başağa ve Çetindamar, **a.g.e.**, s.52; Domdey, **a.g.m.**, s.26.

⁶⁴ Özlem Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008), s.73; Winter, **a.g.m.**, s.10; Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.286.

2.1.1. Fenotip (Morfolojik) Analizi

Fenotip gen analizi kişinin genotip ve çevre tarafından belirlenen beden yapısının şekil olarak incelenmesidir. Bu tür incelemenin amacı, bir insanın dış görünüşündeki belirgin değişikliklerden genetik özelliklerini ortaya çıkarmaktır. Fenotip analizi tamamlamak amacıyla ultrason incelemesi yapılarak iç organlardaki genetiğe bağlı değişikliklerin görülmesi de mümkün olmakla beraber, esasında bu analiz için vücuda bir müdahale gerekli değildir⁶⁵.

2.1.2. Kromozom Analizi

Bu analiz ile, bir mikroskop aracılığıyla kromozomlardaki yapısal değişiklikler tespit edilir. Kromozomlardaki şekil bozuklukları incelenerek hastalıklara ilişkin izler araştırılır⁶⁶. Genetiğe bağlı olan bozuklukların büyük bir kısmını oluşturan DNA yapısındaki değişikliklerin mikroskop ile teşhisi genellikle mümkün değildir. Bunun için kromozom kartları oluşturularak, normal yapısı ve sayısı karşılaştırılır. Böylece kişinin kromozomlarındaki değişiklikler tespit edilebilir. Kromozomlarda oluşan bu şekildeki değişiklikler embriyon gelişimi sırasında kendiliğinden gerçekleşebileceği gibi, örneğin belirli ilaçlar ya da bir şekilde temas edilen bazı zararlı maddeler gibi çevresel koşullardan da ileri gelebilir.

2.1.3. Protein Kimyasal Analiz

Bu analiz yöntemiyle gen ürünü olan farklı proteinlerin genetiğe bağlı değişimleri araştırılır⁶⁷. Her bireyin protein değişimi farklı bir kompozisyona sahip

⁶⁵ Jörg Schmidtke, "Genmedizin im Diagnose – Sektor", **Genmedizin und Recht**, Derleyen: Stefan F. Winter, Hermann Fenger ve Hans-Ludwig Schreiber, (München: C. H. Beck Verlag, 2001), s.410.

⁶⁶ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi**, s.73; Schmidtke, **a.g.m.**, s.411; Winter, **a.g.m.**, s.48.

⁶⁷ Heike Rieder, **Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht**, (Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2006), s.28.

olduğundan, söz konusu değişimlerin bireyi tanımlamak için kullanılması mümkün olmaktadır. Gen üretimi alanına yönelmiş olan bu analiz yöntemiyle proteinlerin kalitesi ve oluşumu da incelenebilmektedir⁶⁸. Bir proteindeki yapısal bozukluğun DNA oluşumunda da bir hataya yol açtığı bilgisinden hareketle, protein kimyasal analizinin bazı genetik hastalıkların teşhis edilmesini sağlayacağını söylemek mümkündür. Bu analiz yöntemi kısmen DNA analizi gibi de sonuç verebilmektedir; ancak belirtilmelidir ki, protein analizinde genetik materyalin kendisi değil, gen ürünleri incelenir.

2.1.4. DNA Analizi

Bu yöntemde, DNA profillemeye ya da parmak izi ile insanın genetik yapısından faydalanılarak kimlik tespiti yapılabilmektedir⁶⁹. Genetik bilimindeki son derece hızlı gelişme sayesinde artık, DNA üzerindeki şifrenin tek bir harfi üzerindeki değişiklikler dahi tespit edilebilmektedir. DNA üzerinde yer alan ve özel bir şifre ile kodlanan genlerdeki hataları ortaya çıkarmanın birkaç farklı yöntemi bulunmaktadır. Bu yöntemlerden en kesin sonuç vereni DNA dizinlemesidir (DNA Sequencing)⁷⁰. Bu yöntemde insan hücrelerinden elde edilen DNA'nın, araştırılacak hastalığa yönelik gen bölgesi, PCR (Polimeraz Zincir Reaksiyonu) işlemiyle çoğaltılır. Çoğaltılan bu bölgeler florokrom maddelerle işaretli bazlarla tekrar PCR reaksiyonuna sokulur. Bu reaksiyon sonucunda ortaya çıkan hedef bölgelerdeki baz dizisi şifresini oluşturan bazlar genetik analizör (DNA Sequencing) ile tek tek okunarak, incelenen gende söz konusu hastalığa yol açabilecek değişimlerin olup olmadığı araştırılır⁷¹.

⁶⁸ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi**, s.73.

⁶⁹ Aynı.

⁷⁰ Schmidtke, **a.g.m.**, s.412.

⁷¹ Aynı.

DNA Analizi yöntemi, tek gen hastalıklarının doğum öncesi ve doğum sonrasında tanısı ile kanser genetiği alanlarında kullanılmaktadır. Adli tıp alanında en çok kullanılan teknik de budur⁷².

2.2. Gen Tedavisi Yöntemleri

2.2.1. Somatik Gen Tedavisi

Hastalıkları genetik köklerinde durdurmayı hedefleyen gen tedavisinin ilk türü olan somatik (bedensel) gen tedavisi ile hücrelerdeki genetik ifadenin değiştirilmesi yoluyla hastalıktan sorumlu anormal genin düzeltilmesi amaçlanmaktadır⁷³. Günümüzde araştırmacılar, somatik gen tedavisi yöntemiyle, normal bir genin, hastalığa neden olan genle değiştirilmesini sağlayarak başarılı sonuçlar elde etmektedirler⁷⁴. Araştırmacılar hatalı genleri değiştirmek için çeşitli yöntemler kullanmaktadırlar. Bunlardan en yaygın olanı, ‘normal’ genin genomda herhangi bir yere yerleştirilmesi suretiyle, “anormal” genin yerine ‘normal’ genin çalışmasının sağlanmasıdır. Başka bir deyişle, genetik bir mutasyon sebebiyle belli bir proteinin işlevsel türünü yapamayan bir kişiye, o proteini düzgün olarak kodlayan bir gen molekülü verilir⁷⁵. Normal genler, hastanın hedef hücrelerine vektör denilen taşıyıcı moleküller ile yerleştirilmektedir⁷⁶.

Somatik tedavide müdahale sadece somatik hücrelerde yer alır ve ilgili kişinin kendi bedeniyle sınırlıdır; üreme hücrelerine dokunulmadığından genetik değişiklikler

⁷² Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi**, s.74.

⁷³ Ayaz Tüylü, Sivas vd., **a.g.e.**, s.12; Domdey, **a.g.m.**, s.26; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.73.

⁷⁴ Kan hücrelerini etkileyen bir kanser hastalığından mağdur iki yetişkine 2006 yılında gen tedavisi başarıyla uygulanmıştır. Bkz. Ayaz Tüylü, Sivas vd., **a.g.e.**, s.12-13.

⁷⁵ Aslıhan Tolun, **Genetik Araştırma ve Uygulamada Etik**, (Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi Raporları 15, 2007), s.13.

⁷⁶ Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.73.

çocuklara aktarılamaz⁷⁷. Bu durum, somatik gen tedavisinden doğan iyileşmenin tedavi gören bireyle sınırlanması ve olası zararlı yan etkiler ya da hataların da yalnızca tek bireyi etkilemesi sonucunu doğurur.

Gen tedavisi insanlarda sadece somatik hücelere uygulanmaktadır; aynı işlemin germ (tohum) hücrelerine uygulanması etik ve teknik nedenlerle mümkün olmamaktadır⁷⁸. Somatik gen tedavisi teorik olarak diğer tıbbi tedavi yöntemlerinden farklılık göstermez⁷⁹. Dolayısıyla, bu türden tedavide etik bakımdan hemen hemen hiçbir itirazla karşılaşılmamaktadır⁸⁰. Ancak belirtilmelidir ki, gen tedavisini uygulanabilir bir tedavi olmaktan alıkoyan çeşitli faktörler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki, gen tedavisinin kısa ömürlü olmasıdır. Gen tedavisine başlanmadan önce, aktarılacak olan DNA'nın hücre içinde kararlı ve uzun süre kalabilmesi sorununun çözülmesi gerekmektedir. Aksi halde hastalar periyodik olarak gen tedavisine maruz kalacaklardır⁸¹. Gen tedavisi uygulamasında bir diğer sorun ise, bazı genetik hastalıklardan birden fazla genin sorumlu olmasıdır. Tek gende meydana gelmiş bir mutasyondan kaynaklanan hastalıkların tedavisinde kullanılabilen gen tedavisi, birden fazla genin etkili olduğu hastalıklar söz konusu olduğunda uygulanamayacaktır⁸².

2.2.2. Germ Hattı Gen Tedavisi

Tıbbi genetikte kullanılan ikinci yöntem ise, teknik ve etik nedenlerle son derece dar kapsamlı yürütülen germ (tohum) hattı gen tedavisidir. Üreme hücrelerinde gen transferi olarak da adlandırılan⁸³ bu yöntem, kalıtsal olarak aktarılan hücre

⁷⁷ Sudbery, **a.g.e.**, s.328; Jeremy Rifkin, **Biyoteknoloji Yüzyılı**. Çeviren: Celal Kapkın (İstanbul: Evrim Yayınevi, 1998), s.151.

⁷⁸ Topal, **a.g.e.**, s.27.

⁷⁹ Sudbery, **a.g.e.**, s.328.

⁸⁰ Genç ve Demirhan Erdemir, **a.g.e.**, s.113.

⁸¹ Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.74.

⁸² Aynı, s.74-75.

⁸³ Genç ve Demirhan Erdemir, **a.g.e.**, s.113.

çekirdeklerinin değiştirilmesi temeline dayanmaktadır. Diğer bir deyişle, genetik değişimler sperm, yumurta ya da embriyo hücrelerinde yapıldığından gelecek nesillere de taşınabilmekte⁸⁴; fiziksel sağlıktan IQ derecesine kadar istenilen tüm özellikler sonraki nesillere de aktarılabilecek şekilde değiştirilebilmektedir⁸⁵. Ancak belirtmelidir ki, germ hattındaki gen değişikliklerinden kaynaklanabilecek olası hatalar, gelecekteki kuşakların sağlığını geri dönülmez şekilde tehlikeye sokabilecek bir nitelik taşımaktadır.

Diğer yandan, bu yöntem, çocuk sahibi olacak bir çifti bebekteki olası genetik hastalık riskinden kurtarmaktadır⁸⁶. Ancak böylesi durumlarda, embriyonun hayatına son vermek yerine, gebelikten önce durumun tespitinin daha iyi bir çözüm olacağı da germ hattı tedavi yöntemine etik açıdan yapılan çok sayıda itirazdan biridir⁸⁷.

Bunlardan başka, genetik yolla değiştirilmiş organizmaların ilaç ve aşı yapımında kullanılması ve moleküler tanı geliştirmek için rekombinant DNA tekniklerinin kullanılması gibi dolaylı gen tedavisi uygulamaları da bulunmaktadır⁸⁸.

⁸⁴ Pekdemir, **a.g.e.**, s.178; John Fagan, **Genetik Mühendisliği: Tehlikeler Veda Mühendisliği: Çözümler Sağlık- Tarım- Çevre**. Çeviren: Deniz Yılmaz, (İstanbul: Sistem Yayıncılık: 356 İnsan ve Evren Dizisi, 2002), s.21 ve 56; Sudbery, **a.g.e.**, s.328; Rifkin, **a.g.e.**, s.151; Domdey, **a.g.m.**, s.27; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.83.

⁸⁵ Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), s.223-224.

⁸⁶ Sudbery, **a.g.e.**, s.328. Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.128; Doğum öncesi testler ve germ hattına genetik müdahaleler konusunda farklı görüşler için bkz. Rifkin, **a.g.e.**, s.155 vd.

⁸⁷ Sudbery, **a.g.e.**, s.328–329; Polkörüpsisi olarak adlandırılan bir yöntemle, henüz döllenme gerçekleşmeden yumurtada bir kromozom dağılımı problemi olup olmadığı tespit edilebilmektedir. Söz konusu yöntemde, yumurtanın ihtiyaç duymadığı kromozomlarını attığı Polkörper adı verilen madde incelenmektedir. Polkörper maddesinin içerisindeki kromozomun yapısında ya da sayısında bir sorun varsa, sağlıklı olmayan bir yumurtayla karşı karşıya olunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. Hans Lilie, “Neue Probleme Bei Der In-Vitro-Fertilisation- ‘Embryoselektion’”, **KhukA**, Yıl:8, (Kasım 2005), s.110.

⁸⁸ Fagan, **a.g.e.**, s.41.

3. Genetik Analizlerin Çeşitleri

Tıbbi genetik analizlerde toplanan örnekler bir bireyin ve/veya aile bireyinin klinik yönden izlenmesi, tanı ya da tedavisi amacıyla incelenir ve yazılı olarak rapor edilir. Bu analizlerin diğeri bir uygulaması ise, klinik ya da adli amaçlı genotipleme⁸⁹, analık (maternite) veya babalık (paternite) testleridir.

Genetik testlerin klinik uygulamalarından en yaygın olanları şunlardır:

3.1. Tanı amaçlı testler

Hastada genetik tanı, moleküler incelemeyle hastalıktan sorumlu olabilecek gende kusurun aranması veya kusurlu genin kalıtım yoluyla edinildiğinin belirlenmesidir. Kişinin genetik yapısındaki değişikliklerin tespitinde yararlanılan bu testler, geleneksel yöntemlere oranla farklı olanaklar sunmakta; hastalıkların tanısında önemli gelişme ve ilerleme sağlamaktadır⁹⁰. Zira genlerin yapı ve dizilimlerinin anlaşılması sayesinde, mutasyona uğrayacak genin erken tespiti ve dolayısıyla henüz hastalık ortaya çıkmadan önce önleyici bir tedaviye başlanması mümkün olmaktadır⁹¹. Özellikle, ailesinde belli bir kalıtsal hastalık bulunan bireyler ile bir hastalığın tipik klinik bulgularını sergilemeyen hastalar bu uygulamadan yararlanırlar. Örneğin, sık akciğer enfeksiyonu geçiren çocuklarda sistik fibrozis hastalığı olup olmadığının araştırılması bu yönde bir uygulamadır⁹².

⁸⁹ Taşıyıcısının fiziksel görünüşüne etki eden genetik materyal “genotip” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Fischer, **a.g.e.**, s.136.

⁹⁰ Domdey, **a.g.m.**, s.26.

⁹¹ Aynı, s.26; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.92.

⁹² Tolun, **a.g.e.**, s.11.

3.2. Taşıyıcılık Testi

Taşıyıcılık testleri, bireylerin genetik yapılarında genetik geçiş gösteren hastalıklara yol açan genetik mutasyonlar taşıyıp taşımadıklarını araştırmak üzere yapılan testlerdir⁹³. Bazı kalıtsal hastalıkların taşıyıcıları hiç hastalık belirtisi göstermezler. Bu tür bir hastalık taşıyan ailede genetik veya biyokimyasal incelemeyle taşıyıcılar belirlenir. Kişinin taşıyıcı olup olmadığını bilme ihtiyacı özellikle çocuk sahibi olmak istediğinde ortaya çıkmaktadır⁹⁴.

3.3. Doğum Öncesi (Prenatal) Tanı

Günümüzde artık kromozom bozukluklarının, bunun gibi bir dizi genetik hastalığın ve bozuk oluşumların doğum öncesinde tespit edilmesi mümkündür. İşte prenatal tanı da, gebelik sırasında bir fetüsün sağlık durumunu değerlendirmek amacıyla yapılan testleri içerir⁹⁵. Alınan küçük bir doku örneğinden, embriyoda, kromozal bir mutasyon veya ailede bulunan kalıtsal bir hastalığın olup olmadığı araştırılır⁹⁶. Fetüsün normal bir gelişme gösterip göstermeyeceğinin veya kalıtsal bir hastalıktan etkilenme olasılığının bilgisi edinilir⁹⁷. Özellikle ileri yaşlardaki kadınlarda hamilelikte yüksek oranda bir risk oluşturan Down sendromu ve diğer kromozom anormalliklerinin tespiti bu testlerle mümkün olmaktadır⁹⁸.

Prenatal tanı testlerinin uygulanması, söz konusu riskleri içeren hamileliklerde, anne ve çocuğa daha özenli bir bakım için gerekli bir uygulama ise de, her hangi bir risk

⁹³ “Genetik Testler: Çerçeve Kurallar” UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010 (<http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1>); Tolun, **a.g.e.**, s.11.

⁹⁴ Tolun, **a.g.e.**, s.11.

⁹⁵ Winter, **a.g.m.**, s.48; Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.115.

⁹⁶ Genç ve Erdemir, **a.g.e.**, s.81; Dilsiz, **a.g.e.**, s.187; Tolun, **a.g.e.**, s.11.

⁹⁷ Bernd – Rüdiger Kern, “Zivilrechtliche Aspekte der Humangenetik”, **Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik**, Derleyen: Thomas Hillenkamp, (Heidelberg: Springer Verlag, 2002), s.19.

⁹⁸ Sudbery, **a.g.e.**, s.317.

ya da rahatsızlık belirtisi bulunmayan hamilelikler bakımından isteğe bağlı ek bir önlem niteliği taşır⁹⁹. Doğum öncesi tanının bir diğer uygulamasını ise, embriyonun cinsiyetinin belirlenmesi oluşturmaktadır¹⁰⁰.

3.4. Preimplantasyon Genetik Tanı

Preimplantasyon tanı, tüpte (in-vitro) döllenmiş bir embriyoya ana rahmine yerleştirilmeden önceki aşamada DNA analizi uygulanmasıdır¹⁰¹. Doğacak çocuğun sağlığı ile ilgili bilgi vermek üzere gerçekleştirilen bu testlerde amaç, in vitro koşullarda oluşturulan embriyoların ana rahmine transfer edilmeden önce kalıtsal bir hastalık taşıyıp taşımadıklarını analiz etmektir¹⁰². Bu yöntemde, tüpte gerçekleştirilen döllenme sonucu oluşan embriyo sağlıklı ise ana rahmine yerleştirilmekte, hastalık olasılığında ise –hukuki ve etik açıdan tartışmalara konu olarak- yok edilmektedir¹⁰³. Erken

⁹⁹ Wolf, Gerhard Wolf, “Genetische Beratung”, **Lexikon der Bioethik Band 2 (G-Pa)**, Derleyen: im Auftrag der Görres Gesellschaft von Wilhelm Korff in Verbindung mit Ludger Honnefelder, (Gütersloh: Gütersloher Verlag, 1998), s.31. Diğer yandan, bu uygulamalar neticesinde hamileliğin sona erdirilmesi kararının alınmasının, test sonucu pozitif de olsa, çevresel etkiler, farklı genler arası etkileşimler vb. nedenlerle kişide beklenen hastalığın hiçbir zaman ortaya çıkmama olasılığının bulunması karşısında, bir takım tıbbi etik problemler yaratacağı ifade edilmektedir.

¹⁰⁰ Geçerli tıbbi bir neden olmaksızın cinsiyet belirleme amacıyla prenatal test veya preimplantasyon genetik testi uygulanması etik bulunmayıp, T.C. Sağlık Bakanlığı tarafından yasaklanmıştır. Bkz. Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği md.17 (10.06.1998 tarih ve 23368 sayılı. RG).

¹⁰¹ Christiane Woopen, “Genetische Beratung- Rechtlich”, **Lexikon der Bioethik Band 2 (G-Pa)**, Derleyen: im Auftrag der Görres Gesellschaft von Wilhelm Korff in Verbindung mit Ludger Honnefelder, (Gütersloh: Gütersloher Verlag, 1998), s.33.

¹⁰² “Genetik Testler: Çerçeve Kurallar” UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010. <http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1> ; Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.117-118; Tuncer ve Akman, **a.g.e.**, s.91.

¹⁰³ İlyas Doğan, “İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyonunun Ahlaki Statüsü”, **KhukA Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8, (Kasım 2005), s.105; Almanya’da, Embriyo Koruma Kanunu’na göre, tüpte döllenmiş bir embriyonun ana rahmine nakledilmeden önce genetik incelemeye tabi tutularak sadece kusursuz embriyoların veya cinsiyet analizi sonucuna göre belirli bir cinsiyetteki embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi gibi kötüye kullanım yöntemleri yasaktır. Bkz. Embryonenschutzgesetz (EschG) § 2 ve 3; Lilie, **a.g.m.**, s.110; Özalp, **a.g.e.**, s.67. Türkiye’de “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” ile üremeye yardımcı uygulamalara ve bu uygulamaları yapacak olan merkezlerin çalışmalarına ilişkin esaslar belirlenmiş olmakla beraber, söz konusu yönetmelik, tüpte bulunan embriyoya genetik analiz uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin yeterli

embriyonun bu şekilde bir seçmeye tabi tutularak, sadece sağlıklı döllenmelere yaşama şansı tanınması nedeniyle bu yöntem, hem dini çevrelerin hem de bazı kadın çevrelerinin tepkisini çekmektedir¹⁰⁴.

Diğer yandan, çok özel bazı durumlarda ise anne-baba belli bir genetik kusur taşıyan bir çocuğa sahip olmak istemektedirler. Örneğin, işitme engelli bir anne-baba, çocuğun aile ortamına daha uyumlu olacağını ileri sürerek çocuklarının da kendileri gibi olmasını arzu etmektedirler¹⁰⁵. Belirtmek gerekir ki, gerek doğum öncesi gerek preimplantasyon genetik tanıda bu tür uygulamalara izin verilirken, çocuğun sağlığı ve doğduktan sonra içinde bulunacağı sosyal ve toplumsal koşullara uyumu birlikte değerlendirilip, çocuğun yararı ilkesi gözetilmelidir.

3.5. Prediktif Genetik Testler

Prediktif genetik testler, kişinin ileride belirli bir hastalığa yakalanmasının kalıtsal nedenlerle yüksek bir olasılık ya da kesinlik taşıdığı durumlarda söz konusu olur¹⁰⁶. Aile öyküsünde olası bir genetik bozukluk dolayısıyla risk faktörü taşıyan bireyin hastalıklı geni taşıyıp taşımadığını belirlemek için yapılan uygulamalar prediktif olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁷.

açıklıkta bir düzenleme içermemektedir. İlgili Yönetmelik md.18/(9) hükmü, “*Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamaz*” hükmünü getirerek, müdahale yasağını sadece doğacak çocuğun cinsiyetine ilişkin durumlara sınırladığını göstermektedir (06.03.2010 tarih ve 27513 sayılı RG).

¹⁰⁴ Bu konuya ilişkin İslâm Hukukundaki farklı görüşler için bkz. Mustafa Avcı, “Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslâm Hukukundaki Görüşler”, **KhukA**, Yıl:8, (Kasım 2005), s.142 vd. Ayrıca, sağlıklı sağlıklı hücre ayrımı gözetilmesi kilise çevrelerinde ilahi iradeye müdahale olarak değerlendirilmektedir. Erken embriyo üzerinde yapılan seçme işlemlerini şüphe ve itiraz ile karşılayan kadın çevrelerinin tepkilerinin temelinde ise, bu çalışmaların, özellikle kadınlar aleyhine bir cins ayrımcılığını körükleyebileceği endişesi yatmaktadır. Bkz. Doğan, **a.g.m.**, s.106.

¹⁰⁵ Tolun, **a.g.e.**, s.10.

¹⁰⁶ Wolf, **a.g.m.**, s.30.

¹⁰⁷ “Genetik Testler: Çerçeve Kurallar” UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010. <http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1>

Bu testler özellikle ailevi alzheimer, ailevi kolon kanseri ya da göğüs kanseri gibi ileri yaşlarda ortaya çıkabilecek ciddi kalıtsal hastalıklar için uygulanmaktadır¹⁰⁸. Klinik belirtilerden önce bireyin normal veya mutant genden hangisini aldığını göstererek, hastalığa yatkınlığını tanımlama olanağı verir. Prediktif genetik testler, halen sağlıklı olan kişinin gelecekte büyük olasılıkla taşıyacağı hastalığı gösterdiğinden olağan dışı testler olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹. Zira kabullenilmesi zor bazı prediktif genetik analiz sonuçları, test edilen bireylerin yaşama bakışlarını etkileyebilmekte, ciddi psikolojik ve sosyal rahatsızlıklar doğurabilmektedir.

Diğer yandan, bu testler ile belirli bir kalıtsal hastalığa yakalanma olasılığının tespitinin getireceği fayda tartışmalıdır. Zira genetik bir hastalığa yönelik kesin bir tanı her zaman başarılı bir tedavi ile hastalığın engellenmesi ya da iyileştirilmesi sonucunu doğurmaz. Bu bağlamda –en azından şimdilik- genetik tanı ile tedavi arasında bulunan bir boşluktan söz etmek mümkündür¹¹⁰.

Diğer yandan, yatkınlık tespit edilen hastalığın önceden bilinmesi, ilgili kişiler ve hatta diğer aile bireylerinde zararlı psikolojik bir etki bırakabilme noktasında olumsuz sonuçlar doğurmaktadır¹¹¹. Yine, kişinin ve diğer aile üyelerinin bilmeme haklarının¹¹² ihlâli olasılığının da bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Ayrıca, bu türden genetik testlerin sonuçlarının devlet, sigorta şirketleri ve işverenler tarafından bilinmesi ayrımcı uygulamalara neden olabilmektedir¹¹³. Ancak, söz konusu sakıncalara rağmen, bu genetik testlerin hastalığa erken dönemde tanı koyma olanağını sağladığı ve bu

¹⁰⁸ Sudbery, **a.g.e.**, s.319.

¹⁰⁹ Aynı, s.320.

¹¹⁰ Dodey, **a.g.m.**, s.28.

¹¹¹ Wolf, **a.g.m.**, s.31; Dodey, **a.g.m.**, s.29.

¹¹² Bkz. ileride s.90 vd.

¹¹³ Sudbery, s.320 ve 330; Dodey, **a.g.m.**, s.29; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.79.

sayede koruyucu önlemler alma ve erken tedavi seçeneklerinin uygulanabilmesi yönünde ilk adım olduğu da unutulmamalıdır¹¹⁴.

3.6. Kök Hücre ve DNA Bankacılığı

Son yıllarda farklı kök hücreler kullanılarak uygulamaya girmesi düşünülen tedavi yöntemleri oldukça hızlı bir gelişme göstermiştir. Ayrıca ilerleyen yaşlarda otograft kök hücre temininin güçleşmesi sebebiyle de, ülkemizde kordon kanı bankacılığı şeklinde ilk uygulamaları başlamıştır¹¹⁵. Ancak unutulmamalıdır ki, genetik analizi yapılmadan ya da DNA örneği alınmadan dondurulan kök hücreler, içerikleri analiz edilmeden saklandıkları için sadece kartotekte birer numaradan ibaret kalmaktadırlar. Bu nedenle burada kök hücre bankacılığı ile DNA bankacılığı birbirinden ayrılmaz hizmetler olarak ele alınmaktadır.

DNA bankacılığında amaç, hücrelerden ayrıştırılmış DNA moleküllerinin gelecekte yapılacak analizlerde kullanılmak üzere uzun süreli saklanmasıdır. DNA Bankalarının temel amacı, biyomedikal araştırmalar için yeterli sayıda örneğin elde edilmesi, yeniden örnekleme olmaksızın aynı örnek üzerinde çeşitli testlerin uygulanabilirliği ve ileride gerektiğinde analizlerin tekrarlanabilmesini sağlamaktır¹¹⁶. İlginç klinik olgulardan ve bazı ölümcül hastalardan temin edilmiş DNA örneklerinin deneysel amaçlı analizi ve saklanması bu kişilerin ailelerine, ileride güncellik kazanacak genetik testlerde ışık tutacak bir arşiv niteliğinde olacaktır.

DNA Bankaları, üniversite ve benzeri araştırma merkezlerine bağlı, ticari amaçlı, Adli Tıp Kurumlarına bağlı ve Silahlı Kuvvetlere bağlı olarak genelde dört

¹¹⁴ Sudbery, **a.g.e.**, s.320; Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.115; Dodey, **a.g.m.**, s.28; “Genetik Testler: Çerçeve Kurallar” UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010. <http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1>.

¹¹⁵ Bkz. Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği (5.7.2005 tarih ve 25866 sayılı RG).

¹¹⁶ “Biyobankalar ve Biyoetik: DNA Bankaları Çerçeve Kuralları” UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010. <http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1>

farklı kapsamda oluşturulmaktadır. Belirtilmelidir ki, DNA Bankası yöneticileri, biyolojik örneklerin uzun süreli olarak sağlıklı ve kalite güvenliği olan koşullarda depolanmasından sorumludurlar¹¹⁷.

3.7. Akrabalık ve Doku Uygunluk Testleri

Akrabalık ve doku uygunluk testleri diğer genetik testlerin aksine, genetik bozukluğun tanısı veya hastalığa yatkınlığın tespiti amacıyla değil, farklı bireyler arasındaki genetik benzerlik ya da farklılıkları saptamak amacıyla yapılan testlerdir. Bu testlerin ortak yönü birden fazla örneğin aynı anda analize tabi tutularak aralarındaki genetik yapı benzerliği veya farklılığının rapor edilmesidir. Aile hukuku alanında sık karşılaşılan babalık testleri de bu grupta yer almaktadır. Yine, örneğin, bebek iken kaçırılmış bir çocuğun biyolojik anne-babasının tespit edilmesi ya da cesedi tanınmaz durumdaki bir kişinin kimliğinin belirlenmesi amacıyla yapılan genetik testler bu grupta yer alır¹¹⁸.

3.8. Tarama Testleri

Hastalık belirtisi göstermeyen ve bu yönde aile öyküsü bulunmayan gruplarda ya da toplumlarda kişilerin belirli bir hastalık için taranması veya hastalık taşıyıcılarının belirlenmesi amacıyla yapılan testlerdir¹¹⁹. Özellikle belirli mutasyonların sık görüldüğü

¹¹⁷ Aynı. Türk hukuku bakımından da bu yönde bir çalışma bulunmaktadır. Bkz. “DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı” (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/dna.pdf>). Ancak belirtilmelidir ki, söz konusu Tasarı, kimlik tespiti veya adli amaçla DNA örneklerinin analizi ve verilerin saklanmasıyla ilişkin esasları düzenlemekte olup; tıbbî etik kuralları çerçevesinde bir hastalığın teşhis ve tedavisi ile bilimsel araştırma ve deney amacıyla yapılan DNA analizleri hakkında uygulanmayacaktır.

¹¹⁸ Tolun, a.g.e., s.12.

¹¹⁹ “Biyobankalar ve Biyoetik: DNA Bankaları Çerçeve Kuralları” UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010. <http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1>; Bryant, Baggott la Velle ve Searle, a.g.e., s.118; Sudbery, a.g.e., s.318-319; Tolun, a.g.e., s.12.

toplumlarda tarama testi erken tanı ve hastalığın önlenmesi bakımından son derece önemlidir¹²⁰.

Günümüzde Türkiye'nin de içinde bulunduğu birçok ülkede bazı kalıtsal hastalıklar için yeni doğanlarda tarama yapılmaktadır. Böylelikle, çeşitli kan hastalıkları vd. kalıtsal hastalıklardan etkilenecek çocukların diyet, ilaç gibi araçlardan yararlanmaları mümkün olmaktadır¹²¹.

4. Genetik Analiz ve Bilginin Kullanım Alanları

4.1. Tıp Alanı

Genetik analizlerin tıp alanındaki uygulamaları, gen dizilerinde oluşan hataların genetik hastalıklara sebep olmaları ve günümüzde ulaşılan bilgi birikiminin hastalıkların genetik temelleri üzerindeki aydınlatıcı etkisiyle hızla artmaktadır. Dikkat eksikliği ve aşırı hareketlilik gibi davranış bozukluklarının dahi genetik temellerinin bulunması ve tanının yapılabilmesi, söz konusu hızlı gelişimin bir sonucudur¹²².

Gen tedavisi, hatalı bir genin yanına sağlıklı bir kopyanın yerleştirilmesini ve bu yolla genetik temele dayalı hastalıkların tedavisini amaçlamaktadır. Bu yöntem, kimi kalıtsal hastalıklar üzerinde denenmiş ve başarılı sonuçlara da ulaşılmıştır¹²³.

¹²⁰ Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.118; Sudbery, **a.g.e.**, s.319.

¹²¹ Tolun, **a.g.e.**, s.12.

¹²² Yusuf Büyükay, "Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler", **AÜEHFD**, Cilt no: IX, Sayı no: 3-4 (Aralık 2005), s.363.

¹²³ Gen tedavisinde, başarıya ulaşılmış bir örnek, Science dergisinde (2000 Nisan) açıklanmıştır. Bir grup Fransız bilim adamı, 8 ve 11 yaşlarındaki akut bağışıklık sistemi yetersizliği görülen iki çocuğun kemik iliklerini alarak, kemik iliği hücrelerine eksik geni aktarmışlar ve genetik yapısı değişen kemik iliği hücrelerini de yeniden kemik dokusuna nakletmişlerdir. Bunun sonucunda, 15 gün içinde aktarılan geni taşıyan yeni hücrelere rastlanmış ve 3 ay sonra çocuklar hastaneden taburcu olacak şekilde iyileşme göstermişlerdir. Bkz. Topal, **a.g.e.**, s.31.

Kalıtsal hastalık riski bulunan durumlarda uygulanan doğum öncesi tanı ya da tüp bebek uygulamalarında gerçekleştirilen preimplantasyon tanı ülkemizde de son derece yaygınlaşmıştır. İnsanın ileride yakalanma olasılığı bulunan kalıtsal hastalıkları, o henüz doğmadan ya da doğduktan sonra tespit edilebilmektedir¹²⁴. Genetik analizlerle elde edilen bu bilgiler insanlar için son derece önemlidir. Kişi, bu sayede ileriki yaşlarda yakalanabileceği genetik temelli bir hastalıktan, hastalık henüz ortaya çıkmadan haberdar olabilmekte ve önleyici tedaviden yararlanabilmektedir. Günümüzde artık kişi, örneğin, Alzheimer ya da Huntington hastalığına yatkınlığı konusunda önceden bilgi sahibi olabilmektedir¹²⁵.

4.2. İlaç Endüstrisi

Gen teknolojisinin tıp alanına en önemli katkılarından biri ilaç endüstrisinde görülmektedir¹²⁶. Bireyler arasındaki genetik değişkenlikler temel alınarak, tedavide etkili ya da yan etkileri görülmeyecek “kişiye özgü” ilaçların tasarlanması hedeflenmektedir. Genetik biliminin ilaç sektöründe de kullanılması sonucunda farmakogenetik isimli yeni bir uzmanlık alanı da ortaya çıkmıştır. Bu yeni alan, insanın genetik yapısının, vücudun belli ilaçlara karşı tepkisini nasıl etkilediğini incelemektedir¹²⁷. Bu teknoloji ile üretilen çok sayıda ilaç ve aşı bulunmaktadır¹²⁸. Bu ilaçlara en güzel örnek, diyabet hastalarının kullandığı insülinidir. Ayrıca, özellikle hormonların, proteinlerin ve genlerin bakterilerde klonlanmasıyla elde edilen ilaçlar geniş hasta kitlelerine ulaşmaktadır.

¹²⁴ Bkz. yukarıda s. 26 vd.

¹²⁵ Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.76.

¹²⁶ Winter, **a.g.m.**, s.34; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.70.

¹²⁷ Topal, **a.g.e.**, s.31; Winter, **a.g.m.**, s.34; Schmidtke, **a.g.m.**, s.417; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.70-71.

¹²⁸ Büyükay, **a.g.m.**, s.363.

4.3. İş Yaşamı

Gen analizlerinin iş hukukunda da kullanıldığı ve gerek işe eleman almada, gerekse terfi ve işten çıkarmalarda kişinin genetik verilerinin dikkate alındığı bir gerçektir¹²⁹. İşverenler, genetik yapısından kaynaklı olarak iş yeri kazalarına daha duyarlı olabilecek kişileri çalıştırmak istememekte; hastalığa daha kolay yakalanabilecek çalışanları da seçerek işten çıkarmaya çalışmaktadırlar. İşveren, aynı zamanda sağlık sigortası sağlayıcısı da olarak, en sağlıklı işçilerle çalışarak faturaları azaltma yönünde düşünmektedir¹³⁰.

Gen analizleri iş hukuku alanında ilk kez ABD’de siyahların işe alınmalarında kullanılmıştır. 1970 ve 1980 yılları arasında siyahların bazı kimyasal maddelere aşırı tepki verdiği ve düşük basınçta solunum problemleri yaşadıkları tespit edilerek, bu kişilerin Hava Savunma Akademilerine girmelerine izin verilmemiştir¹³¹. Yine, 1999’da yapılan bir araştırmaya göre, ABD’de orta ve küçük ölçekli şirketlerin yüzde otuzu terfi ve işten çıkarmalarda çalışanlarının genetik testlerinden yararlanmaktadır¹³². Özellikle ABD’den gelen bu türden haberler, işverenlerin, iş başvurularında ve çalışanlarda, gen analizleri sonuçlarından hareketle ayrımcılık yaptıklarını ortaya koymaktadır¹³³. Dolayısıyla, gen analizlerinin iş alanında kullanılması durumunda, belirli bir hastalığa genetik yatkınlığı bulunan bir işçinin işsiz kalma riski ortaya çıkabilmektedir¹³⁴. Bu nedenlerle, gen analizleri iş hukukunda da son derece önemli ve hukuki düzenlemeye muhtaç sorunlar yaratmaktadır.

¹²⁹ Erwin Deutsch, “Genomanalyse”, **Lexikon der Bioethik Band 2 (G-Pa)**, Derleyen: im Auftrag der Görres Gesellschaft von Wilhelm Korff in Verbindung mit Ludger Honnefelder, (Gütersloh: Gütersloher Verlag, 1998), s.42; Rifkin, **a.g.e.**, s.188 vd.

¹³⁰ Metin, **a.g.e.**, s.235-236.

¹³¹ Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.288; Metin, **a.g.e.**, s.236; Büyükay, **a.g.m.**, s.362.

¹³² Sucuyan, **a.g.m.**, (<http://bianet.org/bianet/bianet/1457-terfi-ve-isten-cikarmada-genetik-test>)

¹³³ Thilo Weichert, “Der gläserne Mensch – Die Entschlüsselung des menschlichen Genoms als ethische und gesellschaftliche Herausforderung”, Erişim tarihi: 27.01.2010,

(www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm).

¹³⁴ Deutsch, **a.g.m.**, s.42.

4.4. Sigorta Endüstrisi

Kişinin genetik bilgilerinin sigorta şirketleri tarafından kullanılması, genetik ayrımcılık uygulamalarını da beraberinde getirmektedir. Yapılan araştırmalar, pek çok kişinin genetik yapıları ve genetik eğilimleri sebebiyle çeşitli ayrımcılıklara uğramış olduklarını göstermektedir¹³⁵.

Sigorta şirketleri, genetik analiz sonuçlarını kullanarak, daha sağlam riziko değerlendirmesi yapmak istemektedirler¹³⁶. Genetik hastalıkların tespit edilebilmesini mümkün kılan gen analizleri hayat ve hastalık sigortalarında olduğu gibi, kaza sigortaları bakımından da önem taşımaktadır¹³⁷. Sigorta endüstrisinin, sigorta ettiren hakkında kalıtım bilgilerini elde etmesinde, riziko doğumu, tahlili ve kontrol olanağı bakımından çeşitli çıkarları bulunmaktadır¹³⁸.

Dolayısıyla, sigorta edenin, sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde, sigorta yapmanın ön koşulu olarak gen analizi sonuçlarının bildirilmesini isteme olasılığı ortaya çıkmaktadır. Başka bir deyişle, sigorta alanında gen analizlerinin kullanılması sigorta teminatını veren şirketin, sigorta ettirenin yapılacak bir genetik araştırmaya izin vermesini ve araştırma sonuçlarını açıklamasını zorunlu tutması olacaktır¹³⁹. Buna göre, özellikle hayat ve sağlık sigortalarında, sigorta edenin, ilgili kişinin genetik verilerine

¹³⁵ Newsweek'de 1996'da yayımlanan bir araştırma bu konudaki çeşitli ayrımcılık örneklerine yer vermiştir. Örneğin, sigorta şirketi, bir ailenin dört çocuğundan birinin X hastalığı zafiyetine tutulmuş olduğunu saptadığı zaman, ailenin bütün sigorta teminatını iptal etmiştir. Yine, bir başka olayda, yirmi dört yaşında bir kadının yaşam sigortası talebi, aile geçmişinde Huntington hastalığı bulunduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Bkz. Rifkin, **a.g.e.**, s.185-186.

¹³⁶ Weichert, **a.g.m.**, Erişim tarihi: 27.01.2010.

(www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm).

¹³⁷ Tekin Memiş, "Sigorta Sözleşmelerinde Genom Analizlerinin Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", **Reasürör**, (2002), s.46.

¹³⁸ Deutsch, **a.g.m.**, s.42; Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.289.

¹³⁹ Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.290.

dayanarak sigorta edilip edilmemeye karar vermesi ya da sigorta primlerinin miktarını bu verilere göre belirlemesi tehlikesi orta çıkabilecektir.

4.5. Soybağının Tespiti

Genetik analizlerin aile hukuku alanındaki en sık kullanımı, hukuki süreç içerisinde babalığın tespitinde görülmektedir. Diğer yandan günümüzde, gerçek baba olup olmadığı konusunda şüphe taşıyan ve çocukla arasındaki biyolojik ilişkinin kesin olarak belirlenmesini isteyen pek çok kişi de bu testlere başvurmaktadır¹⁴⁰. Yine, evlat edinmek isteyen kişilerin de, evlat edinilecek olanın belirli özellikleri ya da bir hastalık riskini taşıyıp taşımadığının tespiti için genetik testleri kullandıklarına rastlanmaktadır¹⁴¹.

Hukukumuzda da, Medeni Kanun'un 284. maddesine göre, babalığa hükmedilirken ya da daha önce kurulmuş bir soybağının ortadan kaldırılmasında gen analizlerinin kullanılması ve DNA testlerinin yapılmasını hâkim isteyebilmektedir. Dolayısıyla babalığın tespitinde doğrudan yasal düzenleme gereği gen analizleri kullanılmaktadır. Taraflar ve üçüncü kişiler de, soybağının belirlenmesi için zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan durumlarda, söz konusu testlerin kendilerine uygulanmasına rıza göstermekle yükümlüdürler. Medeni Kanun'un bu düzenlemesi, mehz Kanun olan İsviçre Medeni Kanunu md. 254'te yer alan düzenlemeye paraleldir.

¹⁴⁰ Schmidtke, **a.g.m.**, s.416; Weichert, **a.g.m.**, www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm, Erişim tarihi: 27.01.2010.

¹⁴¹ Weichert, **a.g.m.**, www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm, Erişim tarihi: 27.01.2010.

4.6. Kriminal Amaçlı Kullanım

DNA analizi, ceza muhakemesinde uzunca bir süredir, suçlunun tespitinde kullanılmaktadır. Analiz tekniklerinin ulaşılmış olduğu seviye karşısında günümüzde DNA analizi sonuçlarının ceza muhakemesinde son derece önemli bir delil değeri taşıdığı tartışmasızdır¹⁴².

Suçluların tespitinde daha önceleri parmak izi analiz yöntemi kullanılırken, son yıllarda artık DNA analiz teknikleri kullanılmaya başlanmıştır. Tek yumurta ikizleri dışında tüm insanların DNA profilleri birbirinden farklıdır¹⁴³. Dolayısıyla, DNA molekülü kanıt için güçlü bir araç özelliği taşır. DNA'nın ceza hukuku bakımından oldukça önemli olan bir diğer özelliği de, bir insanın DNA'sının her hücrede birebir aynı olmasıdır. Dolayısıyla, bir insanın kan hücrelerinden alınan DNA örneği, saç hücresinde, kemik hücresinde ya da sperm hücresindeki DNA ile aynıdır. Bu anlamda suç yerinden DNA örneklerinin toplanması son derece kolaylaşmıştır. Genetik analizlerin kriminal amaçlı kullanılması, insan dokusundan elde edilen DNA'nın belirli bölgelerinin incelenerek barkodlanması ile gerçekleştirilir. Bu barkodun bilgisayarda sayısal bir değere dönüştürülmesi yoluyla da, tek yumurta ikizleri hariç her insanın kendine özgü bir barkodu ortaya çıkar¹⁴⁴. Elbette söz konusu teknik, suçlunun tespitinin yanı sıra, yanlışlıkla suçlanan insanların aklanması için de kullanılabilir¹⁴⁵.

5. Gen Teknolojisine Yöneltilen İtirazlar ve Özellikle Klonlama Sorunu

5.1. Gen Teknolojisine Yöneltilen İtirazlar

Genetik ve genetik mühendisliği yüzyılın en ileri teknolojilerinden biridir. Tüm dünyada ve özellikle gelişmiş ülkelerde bu teknolojinin üretilmesi ve geliştirilmesi için

¹⁴² Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi**, s.75; Büyükay, **a.g.m.**, s.364.

¹⁴³ Domdey, **a.g.m.**, s.18.

¹⁴⁴ Büyükay, **a.g.m.**, s.364–365.

¹⁴⁵ Dinçtürk, **a.g.m.**, s.25; Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.78.

yoğun çalışmalar yapılmaktadır. Henüz yaklaşık 25–30 yıllık bir geçmişi olan gen teknolojisi metotlarıyla her hangi bir canlının kalıtsal bilgisi belirlenebilmekte, izole edilebilmekte ve diğer canlılara aktarılabilmektedir. Farklı organizmalar arasında gen transferi yapılması mümkün olmaktadır. Böylece gen teknolojisi doğayı ve insanı doğrudan etkileyebilecek bir teknik olma yolunda ilerlemektedir. Bu ilerleme kuşkusuz, gen teknolojisi konusunda elde edilen yeni bilgilerin dahi hemen pazarlanabilmesi sayesinde bulunan güçlü finansal destekle mümkün olmaktadır. Öyle ki, özel şirketler geliştirilen teknolojiyi kullanmakla yetinmeyip söz konusu araştırma geliştirme faaliyetlerini artık bizzat yürütmektedirler¹⁴⁶.

Ancak son derece hızlı ilerleyen ve doğayı diğer canlı türlerinin varlığını tehdit edercesine dönüştüren bu teknolojinin sadece kısa dönemli, spesifik etkilerinin bilinebiliyor olması ve uzun vadede nasıl sonuçlar doğuracağı sorusunun net olarak yanıtlanamaması etik tartışmaları gündeme taşımaktadır. Uygulanan moleküler genetik teknikleri tıpta bir devrim yaratmaktadır. Organizmaları enfeksiyonlara karşı dirençli hale getirmek, verimliliklerini arttırmak, üremelerini hızlandırmak, bazı kalıtsal hastalıkları tedavi etmek için genlerin bir organizmadan alınıp başka bir organizmaya transferi son yılların en önemli araştırmalarındandır¹⁴⁷. Yine, organ nakli için klonlamalar ile genetik olarak değiştirilmiş bakterilerin ilaç yapımında kullanılmasının pek çok insanın yaşamını kurtardığı görülmektedir. Diğer yandan, gen klonlaması ve DNA teknolojisi tıp dışındaki alanlarda da yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. Endüstri alanında enzimlerin, biyolojik hormon ve ilaçların saf ve ekonomik bir şekilde üretilmesi, çevre mühendisliğinde kirliliği azaltıcı ya da önleyici mikroorganizmaların geliştirilmesi gibi çok farklı alanlarda da bu teknoloji kullanılmaktadır¹⁴⁸.

Ancak, genetik çalışmaların doğru kişilerce ve yoğun kontrol altında sürdürülmesi gerektiği de tartışılmaz bir gerçektir. Doğada varolan ve doğal seleksiyon

¹⁴⁶ Genler ve genetik şifre üzerinden ticari kazanç sağlama amacıyla büyük şirketler arasındaki mücadelenin gelişimi için bkz. Shreeve, **a.g.e.**, s.27 vd.

¹⁴⁷ Genç ve Demirhan Erdemir, s.114.

¹⁴⁸ Ayaz Tüylü, Sivas vd., **a.g.e.**, s.217.

gereği zaman içinde kaybolabilen bazı canlı türlerinin biyo-teknolojik gelişmeler neticesinde hızlı bir yok oluşa sürüklenmesi ekolojik çevre üzerinde ciddi tahribatlar yaratabilecektir. Unutulmamalıdır ki, gen teknolojisi, organizmaların 3 milyar yıldır devam eden evrim sürecini ve uzun vadede sonuçları öngörülemez ve kontrol edilemez bir şekilde yeniden düzenlemektedir.

Yukarda kısmen belirtilen nedenler dolayısıyla günümüzde dünyanın her yanında genetik mühendisliği üzerine şiddetli tartışmalar yapılmaktadır. Bu teknolojiyi geliştiren pek çok bilim insanı, toplumları sürekli bilgilendirmeye özen göstermektedirler. Diğer yandan, gen teknolojisinin ve uygulamalarının güvenliğini farklı gerekçelerle de olsa son derece kuşkuyla karşılayan ve sorgulayan pek çok insan bulunmaktadır¹⁴⁹.

Başlangıçta öngörülen endüstri alanının dışına çıkarak yaşamın her alanına yayılan bu teknoloji, kendisini geliştirip üreten bilim insanlarına toplum adına tıbbi etik açıdan bir takım sorumluluklar da yükler. Bu sorumluluklardan bazıları şu şekilde sıralanabilir:

- Konuya gereken önem gösterilerek genel riskler üzerinde durulmalıdır. Ortaya çıkabilecek teknik riskler ve bunların baş edilebilirlikleri tartışılmalıdır.
- Gen teknolojisinin çalışıldığı laboratuvarların güvenilirliği sağlanmalıdır.
- Gen teknolojisinin, insanın “düzeltip mükemmelleştirilmesi” gibi, öngörülenden farklı amaçlarla kullanılmasının yaratacağı sonuçlar üzerinde durulmalıdır.
- Gen teknolojisinin kullanım amaçlarının toplumun ahlaki değerleriyle bağdaşp bağdaşmadığı irdelenmelidir¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Bkz. Francis Fukuyama, **İnsan Ötesi Geleceğimiz Biyoteknoloji Devriminin Sonuçları**. Çeviren: Çiğdem Aksoy Fromm (Ankara: ODTÜ Geliştirme Vakfı ve İletişim A.Ş Yayınları, 2003).

¹⁵⁰ Bkz. Genç ve Demirhan Erdemir, **a.g.e.**, s.115.

Diğer yandan, bu teknoloji yoluyla elde edilen bilgilere erişme ve bu bilgileri kullanma hakkının da ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Kişinin genetik yapısına ilişkin bilgilerin, sigorta şirketleri, işverenler, ordu vb. kurum ve kuruluşlar tarafından ele geçirilip kullanılması ayrımcılığa ve pek çok sosyal ve hukuki probleme yol açabilecek niteliktedir¹⁵¹.

Gen teknolojisine yöneltilen eleştirilerin bir kısmı da, bu teknolojinin ve özellikle tıp alanındaki temel hedeflerin amacına ulaşamayacağı yönündedir. Bu bağlamda yöneltilen bir itiraza göre, genetik kusurların, sağlıklı bir insanın örnek dizilimini belirlemek ve bunun hasta insanın dizilimi ile karşılaştırılmak suretiyle belirleneceği fikri, büyük olasılıkla gerçekleşmeyecektir. Zira bu görüş, insanın gen diziliminin, bütün insanlarda benzer olduğu şeklinde bir yanılgıya dayanmaktadır. Oysa, hasta bir insanın DNA'sı ile sağlıklı bir insanın DNA dizilimi karşılaştırıldığında her iki DNA dizilimi arasında ortaya çıkacak pek çok farklılıktan hangisinin hastalıktan sorumlu olduğunu kesin olarak saptamak mümkün değildir¹⁵². Gen tedavisi hedeflerinin gerçekleşmesinde güçlük yaratacak diğer bir neden ise, bazı hastalıkların gelişiminin, birbiriyle etkileşim içerisindeki birden fazla genin kontrolünde olmasıdır. Dolayısıyla gen tedavisinin ancak, tek gene bağlı hastalıklarda mümkün olabileceği ileri sürülmektedir¹⁵³.

Gen teknolojisinde üzerinde ciddiyetle düşünülmesi gereken diğer önemli bir durum, toplumun ve ekolojik çevrenin bu teknoloji ve yeni bilimin getireceklerini ne derece taşıyabileceğidir. Bu noktada akla gelebilecek bazı sorular vardır: Belirli amaçlar için genetik yapısı değiştirilerek veya bozularak oluşturulan canlıların yarattığı doğaya karşı sorumluluğumuz ne olmalıdır? Gen teknolojisinde kullanılan deney hayvanlarından yararlanmada bir sınır belirlenmeli midir? Tıbbi etik açıdan daha önemli bir soru ise, insan üzerinde genetik deneyler yapılması noktasındadır. Burada sınır nasıl çizilmelidir? Sakıncalı olarak değerlendirilebilecek bir diğer nokta da, gen

¹⁵¹ Metin, **a.g.e.**, s.235-236.

¹⁵² Pekdemir, **a.g.e.**, s.18 ve 29; Metin, **a.g.e.**, s.234.

¹⁵³ Metin, **a.g.e.**, s.234.

teknolojisine sahip olup, bunu bir pazar olarak görerek, bilgiyi kendi çıkarları doğrultusunda ve fakat insanlığa ve değerlerine karşı kullanan güçlerin ortaya çıkmasıdır. Burada, özel şirketlerce yapılıp sonuçları pek açıklanmayan, bir kısmının patentlenip ancak yüksek ücretler karşılığında satıldığı genom projeleri sebebiyle insan genlerinin ticarileştirilmesi tehlikesi kendini göstermektedir¹⁵⁴.

Görüldüğü üzere, gen teknolojisi uygulamaları, henüz bir sonuca ulaşamamış pek çok etik soruna ve itiraza rağmen hızla devam etmektedir. Çözüm olarak pek çok ülkede, gen teknolojisinin kullanımında uyulması gereken kuralları ve sınırları belirlemek üzere etik kurullar oluşturulmuştur. Diğer yandan sorun, uluslararası sözleşmelerde yer alan bir takım düzenlemeler ile de çözülmeye çalışılmaktadır¹⁵⁵.

5.2. Klonlama

Klonlama, herhangi bir canlı organizmanın genetik özelliklerinin tıpa tıp aynısının kopyalanması, başka bir deyişle, dünyaya gelecek canlının genetik özelliklerinin dışarıdan bir müdahale yoluyla başka bir canlının DNA'sı ile aynı olmasının sağlanmasıdır¹⁵⁶. Bu işlem, genlerin bir organizmadan alınarak üretilmesi ve bu genin diğer genlerden fiziksel olarak ayrılıp saf olarak elde edilmesi ve nükleotid dizisinin belirlenmesi ile gerçekleşir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Örneğin, insan genleri ile ilgili 6500 patent, insan geni projesi üzerindeki çalışmaya katılmasının üzerinden henüz birkaç yıl geçtikten sonra (Haziran 1991) Amerika Birleşik Devletlerinde faaliyet gösteren Celera Genomics Inc. Şirketi adına alınmıştır. Bkz. Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.290; Dinçtürk, **a.g.m.**, s.25;

¹⁵⁵ Konuyla doğrudan ilgili uluslararası düzenlemeler, 1997 tarihli “İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”, 2003 tarihli “Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirgesi”, “Biyetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi” ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin çeşitli tarihlerde verdiği “Tavsiye Kararları” ile Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Komitesi tarafından hazırlanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması (Oviedo) Sözleşmesi”dir. Bu bildirme ve sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda 2. bölüm, başlık 2.1.

¹⁵⁶ Cengiz Gül, “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı”, **e-akademi**, Sayı no 101 (Temmuz 2010), (Bkz. <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=101>)

¹⁵⁷ Genç ve Demirhan Erdemir, **a.g.e.**, s.114.

Gen klonlaması çok çeşitli amaçlarla yapılmakla beraber, tıbbi çerçevede, özetle, şu hedeflere ulaşılması amaçlanmaktadır: Genleri tanımak ve işlevlerini öğrenmek; insan sağlığı ya da ticari bakımdan önemli proteinlerin ucuz ve kolay bir şekilde üretilerek kullanıma sunulması; yapay doku ve organ üretimi; gen tedavisinde kullanılmak üzere yapay virüs taşıyıcı sistemlerin iyileştirilmesi ve bir hastalıkla ilgili olarak genlerde meydana gelen kalıtsal bozuklukların teşhis ve tedavisi¹⁵⁸.

Gen teknolojisinin vardığı en son nokta olan genetik kopyalama (gen klonlaması) teknolojisinde neredeyse her gün yeni gelişmeler yaşanmaktadır. Bitkiler ve bazı hayvanlar kesinlikle kopyalandılar. İnsan dışındaki canlı organizmaların klonlanması konusunda da etik tartışmalar yapılmasına karşın, söz konusu insan klonlanması olduğunda tartışmalar şiddetlenmektedir. Bu tartışmalara rağmen, belki de teknoloji laboratuvarlarında genetik bilimcilerin meraklarını gidermek ya da olabilirliğini görmek için insanı da kopyalamış olabilecekleri de iddia edilmektedir. Ancak belirtilmelidir ki, insan kopyalanması sadece bir teknolojik gelişme ya da tıbbi bir konu olarak görülmemeli; konunun son derece önemli hukuki, ahlâki, toplumsal ve kültürel boyutlarının bulunduğu göz ardı edilmemelidir¹⁵⁹.

İnsan klonlanmasına ilişkin itirazlar daha çok doğaya müdahale edilmesi, doğanın dengesinin bozulması zemininde olmaktadır. Bu anlamda öncelikle, herhangi bir insanın “yeniden üretimi”, üstün insan veya ari ırk yaratma çabasına hizmet edebilir. İnsanın klonlanması düşüncesi, ırkçılık, öjenik¹⁶⁰ ve cinsiyetçilik tartışmalarını ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, Almanya gibi tarihi geçmişinde ırkçılık gibi sorunları olan ve bu konuda son derece hassas bulunan ülkelerde bilim ve tekniğin insan üzerinde denenmesine büyük duyarlılık gösterilmektedir. Genetiğin insanın düzeltilmesi ve

¹⁵⁸ Dilsiz, **a.g.e.**, s.43; Domdey, **a.g.m.**, s.26.

¹⁵⁹ Doğan, **a.g.m.**, s.107.

¹⁶⁰ Sakat ve hasta insanların ayıklanması ve sağlıklı bireylerin çoğaltılması yoluyla insan soyunun “ıslah edilmesi”. Bkz. Alâeddin Şenel, **İrk ve İrkçilik Düşüncesi** (Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1993), s.64.

mükemmelleştirilmesi gibi amaçlarla kullanılması, bu ülkelerde yakın tarihe göndermeler yapılmasına yol açmaktadır¹⁶¹.

İnsanlık, klonlama yoluyla, ırkçılığı ve öjeniki yaratmada teknolojik olanakları elinde bulundurmaktadır. Bu anlamda, genetik mühendisliği, onun eşitlikçi bir toplum anlayışını ve dünya barışını tehlikeye sokabileceğini düşünenler tarafından eleştirilmekte ve bu araştırmaların sınırlandırılması, hatta sona erdirilmesi savunulmaktadır¹⁶².

Rifkin'e göre¹⁶³, genetik mühendisliği, II. Dünya Savaşından sonra ortadan kalktığı düşünülen öjenığın yeniden canlandırılmasıdır. Bu alanda her gün, hangi genlerin değiştirilip türün kalıtsal kodundan silineceği konusunda kararlar alınmaktadır. Yeni ticari öjenik, saf ırk yaratmak amacından değil; ekonomik verimin artırılması, daha iyi başarı standartları, yaşam kalitesinin yükseltilmesi gibi amaçlardan söz ederek, kendisini toplumsal ve ekonomik bir nimet olarak sunmaktadır. Yazara göre, eski öjenik, siyasal ideolojinin içine işlemiş ve korku ve kinle güdülmüştü. Yeni öjenik ise tüketici isteği ve piyasa güçleriyle güdülmektedir¹⁶⁴.

Gen teknolojisinin insan üzerinde uygulanması ve uygulanacaksa sınırının belirlenmesi konusunda temel insan hakları, insan onuru ve değeri öncelikli olarak esas alınmalıdır. Ancak belirtilen noktaların asgari bir çerçeve ve sınır olarak gözetilmesi gerekmektedir beraber, son derece hassasiyet içeren bu konuda, daha net sınırlar çizen hukuki düzenlemelerin yapılması zorunludur. Örneğin İsviçre hukukunda, gen teknolojilerinin insan üzerinde kullanılmasına ilişkin bir Anayasa hükmü bulunmaktadır¹⁶⁵. İsviçre Anayasası Art. 119'da, söz konusu teknolojinin kötüye

¹⁶¹ Almanya'nın biyoetik araştırma ve tartışmalarda katı olarak nitelendirilebilecek bir duruşunun bulunmasının temelinde, nasyonal sosyalizm döneminde yaşanan temel insan hakları ihlali olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bkz. Lilie, **a.g.m.**, s.110.

¹⁶² Şenel, **a.g.e.**, s.122-123; Domdey, **a.g.m.**, s.30; Rifkin, **a.g.e.**, s.139 vd.

¹⁶³ Bkz. Rifkin, **a.g.e.**, s.139, 145 ve 151.

¹⁶⁴ Aynı, s.162.

¹⁶⁵ Belirtmek gerekir ki, Anayasada yer alan söz konusu hükmün yanı sıra, İsviçre hukukunda, gen hukuku alanına ilişkin özel bir hukuki düzenleme de bulunmaktadır. Burada gen tekniği faaliyetleri iki alt

kullanılmasının önlenmesi ve kişilerin korunmasına yönelik esasların belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Yine, aynı hükmün ikinci fıkrası ile, klonlamanın her türlü ile insanda üreme işlevini yerine getiren hücrelerin genetik yapısına ve embriyoya müdahale yasaklanmıştır. İlgili düzenlemede ayrıca, kişinin genetik yapısının incelenmesi, verilerin kaydedilmesi ve açıklanmasının da, ancak ilgili kişinin rızası ile ya da Kanunun öngördüğü durumlarda mümkün olacağı belirtilmiştir.

Aşağıda da inceleneceği üzere, klonlamanın hedeflenen sonuçları bakımından iki türü bulunmaktadır: Tedavi amaçlı klonlama ve üreme amaçlı klonlama.

5.2.1. Tedavi Amaçlı Klonlama¹⁶⁶

Mikrobiyoloji ve biyoloji alanında kendisinin aynısı molekül veya canlıların çoğaltılması anlamında kullanılan klonlama, özellikle kısırlığa karşı geliştirilmiş bir yöntemdir. Bu yöntem zamanla cinsiyet seçimi, üreme amacı gibi farklı amaçlarla da kullanılabilir hale gelmiştir. Tedavi edici kopyalamada amaç, embriyo araştırmalarını tıbbi tedavinin hizmetine sunmaktır¹⁶⁷.

Tedavi amaçlı klonlamada, vücuttan alınan bir hücrenin çekirdeği, çekirdeği alınmış bir yumurtanın içerisine yerleştirilerek döllenme gerçekleştirilir. Ancak burada elde edilen embriyo, üreme amaçlı klonlamadan farklı olarak anne rahmine verilmez ve bazı teknik işlemlerle embriyodaki kök hücrelerinin istenen dokuya farklılaşması

bölüme ayrılarak düzenlenmiş ve her bölüm için ayrı bir kanun çıkarılmıştır. Bu bölümler, insanlar üzerindeki genetik araştırmalar ve insan dışındaki alanlara ilişkin genetik araştırmalar şeklindedir. İncelenen konuya ilişkin “İnsanlar Üzerindeki Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun (GUMG)” içerdiği 10 bölüm ve 44 madde ile oldukça ayrıntılıdır. Söz konusu Kanun’un çeşitli hükümlerine aşağıda “Genetik Analizlerin Hukuka Uygunluk Koşulları” başlıklı bölümde değinilecektir.

¹⁶⁶ Tedavi amaçlı klonlama, “terapötik klonlama” ve “embriyo klonlama” olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Gül, **a.g.m.** (<http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=101>).

¹⁶⁷ Henning Rosenau, “Embryonenforschung Und Therapeutisches Klonen Nach Der Biomedizin-Konvention Des Europarates”, **KhukA Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8, (Kasım 2005), s.132.

sağlanır¹⁶⁸. Örneğin bu yöntemle, karaciğer ve böbrek gibi dokular elde edilebilmektedir. Bu yolla insanın kendi dokularının aynısı oluşturularak transplantasyon işlemlerinde kullanım mümkün olmaktadır¹⁶⁹.

Üreme amaçlı klonlamaya yöneltilen pek çok etik itiraza rağmen, tedavi amaçlı klonlamaya olumlu yaklaşılmakta¹⁷⁰ ve bazı koşullarla kontrol altında uygulanmasına ses çıkarılmamaktadır¹⁷¹. Oysa örneğin Almanya’da Embriyo Koruma Kanunu¹⁷² § 2/1 açıkça tedavi amaçlı kopyalamayı da yasaklamaktadır. Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi’nin 18/2. maddesine göre de, insan embriyosunun araştırma amacıyla üretilmesi yasaktır. Ancak tedavi edici kopyalamanın sözleşmenin belirtilen maddesinin kapsamında olup olmadığı açık değildir. Yine tedavi amaçlı klonlamada da insan onurunun ihlal edildiğini ileri süren çok sayıda insan vardır. Onlara göre, embriyo sadece kök hücre kazanımı için oluşturulduğundan araştırılmakta, hizmete sunulmaktadır¹⁷³.

5.2.2. Üreme Amaçlı Klonlama

Üreme amaçlı klonlama¹⁷⁴ genellikle sperm hücresine gerek olmadan gebelik oluşabilmesi ve sonuç olarak erkek olmadan da üremenin gerçekleşebilmesidir. Burada,

¹⁶⁸ Nagehan Kırkbeşoğlu, **Soybağı Alanında Biyoetik Ve Hukuk Sorunları** (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), s.37.

¹⁶⁹ Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.168.

¹⁷⁰ Doğan ise, “tedavi edici klonlama” teriminin yanıltıcı bir kanaat oluşturduğunu, zira, bu amaca ulaşıp ulaşılamayacağını oldukça şüpheli olduğunu belirtmektedir. Bkz. Doğan, **a.g.m.**, s.108.

¹⁷¹ Kırkbeşoğlu, tedavi amaçlı klonlamanın sadece organ ve doku klonlama için mümkün olması gerektiğini; insan klonlanmasına ise hangi amaçla olursa olsun olumlu yaklaşılmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.37. İslâm hukukunda konuya ilişkin farklı görüşler için bkz. Avcı, **a.g.m.**, s.149 vd.

¹⁷² Gesetz zum Schutz von Embryonen (EschG). Yürürlük tarihi: 1 Ocak 1991. Kanun metni için bkz.

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eschg/gesamt.pdf>

¹⁷³ Bkz. Rosenau, **a.g.m.**, s.135.

¹⁷⁴ Bazı yazarlarca “çoğaltımsal kopyalama” olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Ayaz Tüylü, Sivas vd., **a.g.e.**, s.10.

vücuttan alınan bir hücrenin çekirdeği, çekirdeği alınmış bir yumurtanın içerisine yerleştirilir ve döllenme gerçekleştikten sonra ana rahmine transfer edilir¹⁷⁵. Sonuç olarak, yumurta içerisine yerleştirilen hücre kimden alınmışsa teorik olarak onun aynısı bir canlı doğmaktadır.

Üreme amaçlı kopyalamanın insanlara uygulanması durumunda ünlü insanların kopyalanacağı ve doğal dengenin bozulacağı yönünde basında ve halk arasında tartışmalar yapılmaktadır. Hatta gen haritasının tamamen çözülmesi ile aynı insanın göz rengi farklı olanı, daha uzun boylu olanı ya da daha zeki olanını yaratmak mümkün olabilecektir.

Günümüzde klonlamanın insanlar üzerinde uygulanmasına genellikle olumsuz yaklaşılmaktadır. Kopyalama teknikleri ile gen veya insan kopyalanmasının insanı “meta”laştırma sonucunu doğuracağı ve bunun insan onuruna aykırı bir uygulama olduğu ileri sürülmektedir. Klonlama sürecinde yer alacak kadınların, son derece riskli deneysel ve tartışmalı uygulamaların nesnesi olacakları belirtilmektedir¹⁷⁶. Ayrıca, üreme amaçlı klonlama yolu ile ortaya çıkan çocuk, geni kullanılan kişinin genetik olarak özdeşi olacağı için, soy bağının belirlenmesi bakımından güçlüklerle karşılaşılması da olasıdır.¹⁷⁷ Diğer yandan, insan kopyalama, miras hukuku alanında da çeşitli hukuki sorunlar ortaya çıkaracaktır: Gerçekte doğal yollarla doğmayacak bir kişinin, gerçek bir kişi olarak toplumda ve hukuk alanında yerini alması, hak sahiplerinin normal koşullarda alacakları miras paylarını etkileyecektir¹⁷⁸. Yine, bu yöntemin uygulanır hale gelmesiyle beraber birbirinin ikizi insanlar ortaya çıkacaktır.

İnsan klonlamaya karşı olan bütün görüşlerin ortak noktası, klonlamanın insan onurunu yaralayacağı ve bu nedenle de yasaklanması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, insan başka bir insan tarafından (kendi dâhil) salt bir araç olarak kullanılamaz;

¹⁷⁵ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.33.

¹⁷⁶ Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.158.

¹⁷⁷ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.34.

¹⁷⁸ Doğan, **a.g.m.**, s.108.

aksine o her zaman amaçtır ve onuru da bundan dolayıdır. Ayrıca, klonlamayla insan kişiliğinin bireyselliğinin ihlal edildiği ve bu yolla üremeye insanın özne niteliğinin elinden alındığı belirtilmektedir¹⁷⁹. Yine, klonlama neticesinde insan türünün sürdürülebilirliğinin tehdit altında olması ve tehlikeye düşmesi de klonlamaya karşı yapılan itirazlar arasında yer almaktadır.

Dolayısıyla, insan klonlamanın istisnasız olarak yasaklanmasının yerinde olacağı; çünkü bu yasağın koruduğu değerlerin, klonlanmış insanın yaşam hakkı ve sağlık menfaatleri olduğu vurgulanmaktadır¹⁸⁰.

Adli Tıp alanından da klonlamaya farklı yönlerden eleştiri getirilmektedir: Buna göre, mevcut teknolojik yöntemlerle dünyadaki bütün insanların kimliklerinin tespitinde DNA analizleri ile kesin verilere ulaşılmaktadır. Klonlama tekniğinin uygulanması ile üretilen ve birbirinin aynı genetik yapıya sahip insanların parmak izleri de birbirinin aynı olacağından, kimlik tespiti yapılamayacaktır¹⁸¹.

Diğer yandan, üretim amaçlı kopyalamanın her durumda insan onurunu zedelediği iddiasına karşı çıkanlar da bulunmaktadır¹⁸². Bu görüşe göre, normal yollardan üreyemedikleri için ya da trafik kazasında kaybettikleri çocuklarına tekrar kavuşmak için kopyalama yoluyla çocuk sahibi olmayı seçen eşlerin yaptıklarında, mutlak olarak kopyalanan insanın onurunun zedelendiği söylenemez. Böyle durumlarda kopyalama yoluyla dünyaya getirilen bebek bir araç değil amaçtır ve burada insanın araçlaştırılması yasağına aykırı bir davranıştan söz edilemez¹⁸³. Yine bu görüş sahiplerine göre, kopyalama ürünü olan insanlar da, doğal yollardan dünyaya gelen her insan gibi sadece genlerinin toplamından ibaret değildir. Her ne kadar bir insanın

¹⁷⁹ M. Onursal Cin, “Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar”, **SÜHF 20. Yıl Armağanı**, Cilt no 11, Sayı no 1-2 (2003), s.133.

¹⁸⁰ Cin, **a.g.m.**, s.133; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.36.

¹⁸¹ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.36.

¹⁸² Bkz. Frank Saliger, “Das Verbot des Reproduktiven Klonens Nach Dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen”, **KhukA Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8 (Kasım 2005), s.157–158.

¹⁸³ **Aynı**, s.158.

genomu o kişinin biyolojik varlığının belirleyici faktörü ise de, insanın kişiliğinin gelişmesine katkı sağlayan dış etkenler ve özellikle çevresel faktörler, kopya yoluyla üretilmiş bir insana da kendi benliğini oluşturma ve kişiliğini geliştirme serbestisi sunmaktadır. Biyolojik olarak aynı genoma sahip olmalarına rağmen, farklı kişilikler geliştirebilen tek yumurta ikizleri bu gerçeğin göstergesidir¹⁸⁴.

Yukarıda tartışma yaratan noktaları ana hatlarıyla verilmeye çalışılan insan klonlanmasına, yasal mevzuat bakımından da pek çok ülkede olumsuz yaklaşılmaktadır¹⁸⁵. Uluslararası hukuk alanında, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, “İnsanın Önceliği” başlıklı 2. maddesinde, “*insanın menfaatleri ve refahı, bilim ve toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır*” hükmünü getirerek temel bir ilke ortaya koymuş; bilimsel hiçbir çalışmanın, bireyin insan olma onur ve değerinin önüne geçemeyeceğini açık ve net bir biçimde ifade etmiştir¹⁸⁶. Ayrıca, Sözleşme’nin bir ek protokolü ile insan kopyalanması yasaklanmıştır¹⁸⁷. Söz konusu ek protokole göre, ölü ya da canlının genetik benzerinin yaratılması amacıyla klonlama yasaktır¹⁸⁸. Yine,

¹⁸⁴ Aynı, s.158; Gül, a.g.m., . (<http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=101>).

¹⁸⁵ Örneğin, Avusturya’da 4.6.1992 tarihli Üreme Hekimliği Kanunu (Fortpflanzungsmedizingesetz) ile, -Almanya’da olduğu gibi- klonlama yasaklanmıştır.

¹⁸⁶ Gül, a.g.m., (<http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=101>).

¹⁸⁷ “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanmasında İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Dair Sözleşmenin İnsan Klonlanmasının Yasaklanmasına Dair Ek Protokol”, 1.3.2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 1998 yılında imzaya açılan söz konusu protokol Türkiye tarafından imzalanmış olmakla beraber, henüz onaylanmamıştır.

¹⁸⁸ Kopyalamayı yasaklayan Ek Protokol md.1 c.1 şu şekildedir: “Canlı veya ölü bir insanın genetik olarak aynısını üretmeye yönelik her türlü müdahale yasaktır.” Genetik olarak aynı kavramından

Almanya'da Embriyo Koruma Kanunu § 6 ile insan kopyalanması hangi amaçla olursa olsun yasaklanmıştır.

anlaşılması gereken husus ise ikinci cümlede tanımlanmıştır: “Bu maddenin ‘bir başka insanla genetik olarak aynı insan’ kavramından anladığı, bir başka insanla aynı çekirdek genoma sahip ikinci bir insandır.”

İKİNCİ BÖLÜM

GENETİK ANALİZLERİN KİŞİLİK HAKKI İLE İLİŞKİSİ VE TÜRK HUKUKU İLE ULUSLARARASI HUKUKTA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. GENETİK ANALİZLERİN KİŞİLİK HAKKI İLE İLİŞKİSİ

1.1. Kişilik Hakkı Kavramı ve Temel Nitelikleri

1.1.1. Kişilik Hakkı Kavramı

İnsanın kişi olarak kabulü ve kişilik hakkının korunması çağdaş hukuk düzenlerinin temelini oluşturan en önemli unsurlardan birisidir¹⁸⁹. Bu nedenle hukuk düzeni, kişiliğe saygı duyulması, kişiliğin gelişimini temin etmek ve gerek kamu otoritesi gerek diğer kişilerce yöneltilecek saldırılara karşı korunması için gereken önlemleri almak zorundadır. Önceleri “kişi hakları”, kişiye devlet karşısında, devlet iktidarını sınırlayacak bir özgür alan bırakılması ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme olarak algılanarak kamu hukuku kuralları ile korunurken, zamanla kişinin diğer insanlarla ilişkilerinde de korunması gereken özel bir hak olarak algılanmaya başlanmış ve bir özel hukuk sorunu olarak da incelenmiştir¹⁹⁰.

Kişilik hakkı somut ve durağan bir içerik taşımadığından, kapsamını ve sınırlarını açık ve kesin bir şekilde belirleyecek bir tanımının yapılması zordur. Bu

¹⁸⁹ Ülker Gürkan, “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hâlide Topçuoğlu’na Armağan** (Ayrı Basım, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1995), s. 39.

¹⁹⁰ Gürkan, **a.g.m.**, s.51.

nedenle, öğretide¹⁹¹ farklı tanımlara rastlamak mümkün olmakla beraber, kişilik hakkı, kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlık ve değerlerinin tümü üzerindeki hakkı şeklinde tanımlanabilir¹⁹². Bu hak, öznesi olan kişiye ayrılmaz şekilde bağlı olma niteliği taşır¹⁹³. Türk Hukukunda kişilik hakkını düzenleyen TMK md.23 ve 24 korunacak kişisel varlık ve değerlerin neler olduğunu sınırlı bir şekilde saptamamış; kaynak Kanun ZGB'nin 27 ve 28. maddelerindeki düzenlemeye paralel bir şekilde, kişilik hakkı yönünden çerçeve hüküm getirmiştir. Dolayısıyla, kişilik hakkının koruduğu kişisel varlık ve değerler bakımından bir '*numerus clausus*' söz konusu değildir¹⁹⁴.

Kişilik hakkının soyut ve içeriği yer ve zamana göre değişebilecek bir kavram olduğu düşünüldüğünde, Türk ve İsviçre kanun koyucusunun kesin çizgilerle içerik tespiti yapmamış olması yerindedir. Gerçekten, hukuken korunacak kişisel varlık ve değerler, teknolojik ilerlemeye ve günün gereksinimlerine göre değişebilmektedir.

¹⁹¹ Kişilik hakkının farklı tanımlar için bkz. Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk** (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982) s.4; Jale Akipek ve Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku** (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002), s.359 vd; Bilge Öztan, **Medenî Hukuk'un Temel Kavramları** (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002) s.251; Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve Tüzel Kişiler)** (Dokuzuncu Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009), s.133; Aydın Zevkliler, M. Beşir Acabey ve K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk** (Altıncı Basım. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000), s.398; İlknur Serdar, **Radio ve TV Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması** (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999), s.27; Heinz Hausheer ve Regina E. Aebi Müller, **Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches** (Bern: Stämpfli Verlag, 2005), s.110–111; Selâhattin Sulhi Tekinay, **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku** (Altıncı Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992),s. 249.

¹⁹² Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku** (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006) s. 93–94; Serap Helvacı, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar** (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001) s.41–42.

¹⁹³ Hans Michael Riemer, **Personenrecht des ZGB Studienbuch und Bundesgerichtspraxis** (2. Basım. Bern: Stämpfli Verlag, 2002) s.131-132; Hausheer ve Aebi- Müller, **a.g.e.**, s.110; Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010), s.19.

¹⁹⁴ Andreas Bucher, **Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz** (3. Basım. Basel; Genf; München: Helbing & Lichtenhahn, 1999), s. 115; Andrea Büchler, "Art. 27-30", **ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Derleyenler: Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander ve Stephan Wolf (Zürich: Orell Füssli Verlag, 2006), s.30.

Diğer yandan, Türk Hukukunda sadece belirtilen genel düzenlemeyle yetinilmemiş; bazı kişisel varlık ve değerler özel düzenlemelerle de korunmuştur¹⁹⁵. Söz konusu özel düzenlemelerle korunmuş kişisel varlık ve değerlerden hareketle, bunların tümü üzerinde geçerli olan tek bir kişilik hakkının mı bulunduğu, yoksa söz konusu kişisel varlık ve değerlerin her biri üzerinde ayrı ayrı kişilik haklarının mı bulunduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Bazı yazarlara göre, kişisel varlık ve değerlerin tümü üzerinde geçerli olan tek bir kişilik hakkı vardır. Kişisel varlık ve değerlerin her biri üzerinde geçerli olan tek tek haklardan söz edilebilirse de, bundan birden fazla kişilik hakkı bulunduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Zira kişilik hakkı, söz konusu kişisel varlık ve değerler üzerindeki bu tek tek menfaatlerin kaynağını ve kökenini oluşturmaktadır. Gerçekte, farklı biçimlerde görünen tek bir kişilik hakkı bulunmaktadır¹⁹⁶. Nitekim TMK md.24/f.1’de yer alan “kişilik hakkı” ifadesi de bu görüşün doğruluğunu destekler niteliktedir¹⁹⁷.

Buna karşılık bazı yazarlara göre ise, kişisel varlık ve değerlerin hepsi üzerinde geçerli olan genel bir kişilik hakkından söz edilemez; kişinin adı üzerindeki hakkı, kendisine ilişkin bilgiler üzerindeki hakkı gibi münferit kişilik hakları bulunmaktadır¹⁹⁸. Bu görüşteki yazarlara göre, bir hakkın içeriğinin ve konusunun belirli olması gerekir; zira içeriği ve konusu belirli olmayan bir hakkın korunması mümkün değildir. Hakkın

¹⁹⁵ Örneğin MK. md.26 ve 27, ad üzerindeki hakkı özel olarak düzenlemiştir. Ayrıca bkz. BK md.47, FSEK md.14 vd.

¹⁹⁶ Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979), s.149; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.94-95; Hüseyin Hatemi, **Gerçek Kişiler Hukuku**, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005), s.59; Gürkan, **a.g.m.**, s.41; Serdar, **a.g.e.**, s.23; Akipek ve Akıntürk, **a.g.e.**, s.364; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.133; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.397 vd.

¹⁹⁷ Ancak belirtmek gerekir ki aynı hükmün ikinci fıkrasında “kişilik hakları” ifadesi yer almaktadır. Söz konusu farklılık, hükmün iki fıkrası arasında mevcut bir uyumsuzluk gibi görünmekle beraber, söz konusu çoğul kullanım ile, “birden fazla kişinin kişilik haklarının” kastedildiğini düşünmek daha yerinde olacaktır.

¹⁹⁸ W. Siebert, “Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler”, Çeviren: Bilge Öztan, **AÜHFD**, Cilt no: XXVI, Sayı no: 1-2: 217-230, (1969), s.219-220.

içeriğindeki belirsizlik hukuki güvensizliğe ve günlük yaşamda kişiler arasında gerginliğe sebep olur¹⁹⁹.

Yukarıda da belirtildiği gibi, hukukumuzda, hangi kişisel değer ve varlıkların kişilik hakkının içerisinde yer alacağı kanunda sayılmamıştır. Çerçeve nitelikteki hükmün içeriğinin saptanması hâkime bırakılmıştır. Bu durum, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin, özellikle de tıp ve iletişim araçlarındaki hızlı gelişimin yol açabileceği yeni kişilik hakkı ihlalleri karşısında, korunacak kişisel varlık ve değerlerin belirlenmesi bakımından hâkime bir esneklik tanımaktadır²⁰⁰. Hâkim, bu araştırmayı sadece özel hukukla sınırlı olmadan, Anayasa ve diğer kamu hukuku kuralları ile öğreti ve mahkeme kararlarında yer alan görüşleri de dikkate alarak yapmalıdır²⁰¹. Burada özellikle, kişinin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlerinden söz eden Anayasa md.12 ve kişinin hak ve ödevlerini düzenleyen Anayasa'nın 17-40. maddeleri gerek bağlayıcı nitelikleri, gerek yol gösterici nitelikleri ile hâkimin araştırma ve değerlendirmesinde önemlidirler.

Kişilik hakkına ilişkin genel bir çerçeve niteliği taşıyan hukuki düzenlemeden hareketle, bu kapsamda korunacak özel kişisel varlık ve değerlerin neler olduğunu önceden ayrı ayrı tespit etmek mümkün değildir. Bununla beraber, hukuk öğretisinden ve mahkeme içtihatlarından yola çıkılarak, kişilik hakkında, korumanın konusu esas alınmak suretiyle, kişinin maddi ve manevi varlık ve değerleri ile sosyal kişiliğini oluşturan mesleki ve ekonomik değerlerini temel alan bir sınıflandırma yapılmaktadır²⁰².

¹⁹⁹ Aynı, s.222.

²⁰⁰ Bucher, **a.g.e.**, s.115; Akipek ve Akıntürk, **a.g.e.**, s.364; Serdar, **a.g.e.**, s.24; Helvacı, **2010**, s.97-98.

²⁰¹ Riemer, **a.g.e.**, s.135-136; Halûk Tandoğan, “Şahsiyetin Akit Dışı İhlâllere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlâllere Karşı Özel Hayatın Korunması” **AÜHFĐ**, Cilt no: XX, Sayı no:1-4: 1-36, (1963), s.14-15.

²⁰² Hausheer ve Aebi- Müler, **a.g.e.**, s.158-159; Bucher, **a.g.e.**, s.116; Sibel Özel, **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), s.29 vd.; Serdar, **a.g.e.**, s.30.

1.1.2. Kişilik Hakkının Nitelikleri

1.1.2.1. Mutlak Hak

Kişilik hakkı mutlak bir hak olup²⁰³, hukukumuzda bu hakkı düzenleyen TMK md.23-25, başkalarının kişinin hayat alanına müdahalesini yasaklayan genel bir hüküm olma özelliği taşır. Bu niteliği ile kişilere, kişiliklerini haksız müdahalelerden arınmış bir şekilde geliştirme olanağı sunarak, kişiliğin dokunulmazlığını sağlar²⁰⁴. Bunun sonucunda kişi, hukuken korunan varlık ve değerlerinin tanınmasını, onlara saygı gösterilmesini üçüncü kişilerden isteyebilir ve onların, kişilik hakkına aykırı müdahalesini önleyebilir²⁰⁵.

1.1.2.2. Şahıs Varlığı Hakkı

Kişilik hakkı, koruduğu hukuki varlık ve değerlerin para ile değerlendirilememesi nedeniyle şahıs varlığı haklarına dâhildir²⁰⁶. Ancak bu nitelik, kişilik hakkının hiçbir zaman malvarlığı etkisinin olmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Bazı durumlarda kişisel varlık ve değerlerin ihlâli, malvarlığı bakımından etkili sonuçlar doğurur: Örneğin, kişinin, vücut bütünlüğüne yapılan bir saldırı sonucu ortaya çıkan

²⁰³ Riemer, **a.g.e.**, s.133; Hausheer ve Aebi – Müller, **a.g.e.**, s.115; Özsunay, **a.g.e.**, s.150; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.97; Bucher, **a.g.e.**, s.125; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.8; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.134; Öztan, **Temel Kavramlar**, s.252; Akipek ve Akıntürk, **a.g.e.**, s.366; Büchler, **a.g.m.**, s.30; Helvacı, **2001**, s.46; Helvacı, **2010**, s.98; Özel, **a.g.e.**, s.29; Habip Oğuz, **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması**, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2010), s.11; Ayrıca kişilik hakkının mutlak hak sayılması noktasındaki itirazlar ve tartışma için bkz. Tandoğan, **a.g.m.**, s.12; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.8 vd; Siebert, **a.g.m.**, s.222-223. Ayrıca, “mutlak hak” deyimini yerine “yasaklayıcı hak” deyiminin kullanılmasının daha tutarlı olduğu yönünde bkz. Zevkliler, Acabay ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.398.

²⁰⁴ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.97.

²⁰⁵ Helvacı, **2010**, s.99; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 8

²⁰⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.7; Tandoğan, **a.g.m.**, s.9; Özsunay, **a.g.e.**, s.150; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.97; Öztan, **Temel Kavramlar**, s.252; Akipek ve Akıntürk, **a.g.e.**, s.366; Büchler, **a.g.m.**, s.30; Zevkliler, Acabay ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.400; Helvacı, **2001**, s.46-47; Hausheer ve Aebi – Müller, **a.g.e.**, s.114; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.134; Oğuz, **a.g.e.**, s.10.

tedavi masrafları ya da çalışmamasından doğan ücret kaybı para ile ölçülebilen özellikte olup, malvarlığına etkilidir. Fakat bu türden malî sonuçlar, kişilik hakkının ihlalden doğan dolaylı sonuçlardır ve kişilik hakkının şahıs varlığı niteliğini ortadan kaldırmaz²⁰⁷.

1.1.2.3. Kişiyeye Sıkı Surette Bağlı Hak

Kişilik hakkı, kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklardanır. Bu hak ancak sahibi tarafından kullanılabilir; bir başkası tarafından sahip çıkılıp kullanılamaz²⁰⁸. Bu nedenle, kişilik hakları MK md.16/f.1'de de öngörüldüğü üzere, sınırlı ehliyetsizler tarafından kural olarak, yasal temsilcilerinin onayı olmadan kullanılabilir. Sınırlı ehliyetsiz, kişilik hakkına ilişkin koruyucu davaları ve manevi tazminat davasını da kural olarak yasal temsilcisinin onayı gerekmeksizin açabilir²⁰⁹.

Kişilik hakkı kişiyeye, kişi olması sebebiyle tanınmış olup, kişiden ayrı olarak düşünülemediğinden, gerçek kişilerde doğumla birlikte, tüzel kişilerde ise kurulma anında herhangi bir kazandırıcı işleme gerek duyulmadan kendiliğinden kazanılır ve ölümle ya da tüzel kişilerde tüzel kişiliğın sona ermesiyle sona erer²¹⁰. Kişilik hakkının miras yoluyla başkalarına geçmesinden ya da ölenin kişilik hakkından söz edilemez²¹¹. Ancak kişinin, kişiliği sona ermeden önce kullanmış olduğu bir kişilik hakkı malî sonuçlar doğurmuşsa, bunlar mirasçılara geçer²¹². Diğer yandan kişilik hakkı ölümle birlikte sona erdiğinden, ölümden sonra kişinin onurunun ve saygınlığının, eserlerinin

²⁰⁷ Hausheer ve Aebi – Müller, **a.g.e.**, s.114; Tandoğan, **a.g.m.**, s.9; Helvacı, **2001**, s.47; Helvacı, **2010**, s.99; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.400; Serdar, **a.g.e.**, s.27-28.

²⁰⁸ Büchler, **a.g.m.**, s.30; Helvacı, **2010**, s.99; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.7; Özel, **a.g.e.**, s.29; Oğuz, **a.g.e.**, s.10.

²⁰⁹ Helvacı, **2001**, s.47; Hausheer ve Aebi – Müller, **a.g.e.**, s.115.

²¹⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.7; Bucher, **a.g.e.**, s.126; Öztan, **Temel Kavramlar**, s.252; Helvacı, **2010**, s.100.

²¹¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.7; Akipek ve Akıntürk, **a.g.e.**, s.366; Helvacı, **2001**, s.49; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.399.

²¹² Bucher, **a.g.e.**, s.126 ve 139; Mario M. Pedrazzini ve Niklaus Oberholzer, **Grundriss des Personenrechts** (Dördüncü basım. Bern: Stämpfli Verlag, 1993), s.177; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.399; Sırabaşı, **a.g.e.**, s.25.

ya da cesedinin saldırıya uğraması ölenin kişilik hakkının ihlali olarak değerlendirilmez; ancak üzerlerinde yaratılan etki ve sarsıntı bakımından hayattaki yakınlarının kişilik hakkının ihlali olarak kabul edilir²¹³. Ancak öğretilerde, ekonomik değeri olan kişilik değerlerinin, örneğin ölen kişinin resminin, adının, sesinin üzerindeki hakların mirasçılara geçebileceğini savunan yeni bir anlayıştan söz edilmektedir²¹⁴.

Kişilik hakkı başkalarına devir edilemeyeceği gibi, bu haktan vazgeçilmesi de mümkün değildir. Ancak, istisnaen kişilik hakkının içerdiği kimi kişisel değerlerin devri veya kullanılmasından feragat edilmesi mümkündür²¹⁵.

1.1.2.4. Tekelci Hak

Kişilik hakkı tek elci niteliğe sahip haklardan; sadece, hukuk düzenince korunan kişisel varlık ve değerlere sahip olan kişiye aittir²¹⁶. Bu özelliği ile de malvarlığı haklarından ayrılır. Zira kişilik hakkı kapsamında korunan varlık ve değerlerden birine ya da bir kaçına, örneğin kişinin şeref ve haysiyetine ya da hayat

²¹³ Bucher, **a.g.e.**, s.126; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.7; Helvacı, **2001**, s.49; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.135; Sırabaşı, **a.g.e.**, s.26; Serozan bu görüşü, “ölüyle ticaret yapılması” şeklinde değerlendirerek sakıncalı bulmaktadır. Bu görüş yerine, kişilik hakkının, ölüm sonrasında belirli ve sınırlı bir art etki (post mortal etki) taşıdığı kabulünün daha yerinde olacağını belirtmektedir. Bkz. Rona Serozan, “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler” **MHAD**, Yeni Seri Yıl: 11, Sayı no:14, (1977), s.109–110. Ayrıca, kişinin, ölümünden sonra kişilik hakkının olası ihlallere karşı korunacağına dair duyduğu güvenin de onun kişilik hakkına dahil olduğunu belirten bir Federal Mahkeme kararı için bkz. BGE 129 I 302.

²¹⁴ Rona Serozan, “Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçılara Geçebilirliği, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006), s.562–563. Belirtmek gerekir ki, yazar, ortaya çıkan bu yeni anlayışa eleştirel yaklaşmakla beraber, ekonomik ve sosyal gelişmeler karşısında kişilik değerlerinin bir kısmının metalaşmasının kaçınılmaz olduğu tespitini yapmaktadır.

²¹⁵ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.97; Helvacı, **2001**, s.48; Oğuz, **a.g.e.**, s.10; Örneğin, ticaret unvanı ve işletme adının devri ve mirasçılara geçmesi mümkündür. Bu adlar üzerindeki haklar başkalarına devredilebilir ve mirasçılara geçebilir. Ticaret Kanununda, ticaret unvanının başkasına devredilebileceği ve bu devrin işletmeden ayrı olamayacağı hakkında özel hüküm bulunmaktadır (TTK. md. 51. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan Yeni TTK md.49 hükmü).

²¹⁶ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.97; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.399; Sırabaşı, **a.g.e.**, s.26; Oğuz, **a.g.e.**, s.10.

alanlarına başka bir kişinin sahip olması mümkün değildir. Hâkimiyet yetkisi sadece bu varlık ve değerlere sahip olan kişiye aittir²¹⁷.

1.2. Genetik Analiz Yoluyla İhlal Edilebilecek Temel Kişilik Değerleri

1.2.1. Genel Olarak

DNA'nın yapısındaki genetik bilgi, kişinin sadece geçmişi ve bugünü değil, geleceğinin önemli bir bölümünü de belirleyen fiziksel ve ruhsal özelliklerini içermektedir. Bu nedenle, tıbbi genetik alanındaki yenilik ve gelişmeler insanlığa sağlık alanında çok önemli olanaklar sunabilecek bir nitelik taşımaktadır. Söz konusu çalışmalar kişiye uygulanan çeşitli genetik test ve analizler yoluyla sürdürülmektedir.

Kişinin genetik bilgisini ortaya çıkarmak için genetik materyale uygulanan testler, genetik test kapsamına girmektedir. Bu testler sayesinde pek çok hastalığın doğumdan önce ve sonra teşhis ve tedavisi mümkün olabilmekte; erken teşhis ile ağır hastalık riski taşıyan gebeliklerin yasal sınırlar içinde sonlandırılması olanağı elde edilmektedir. Gen tekniği çalışmalarında kaydedilen bu başarılı gelişmeler, kişilik haklarının daha kapsamlı korunmasını da gerekli kılmaktadır. Burada söz konusu olan, başarısız gen tekniği çalışmalarının, bir kaza ya da yanlışlık durumunda insan yaşamı ve sağlığı üzerinde yaratabileceği tehlikelerden ziyade, insanlar üzerinde başarılı ve giderek kendini geliştiren bir gen tekniğinin kullanılmasının sonuçlarıdır²¹⁸. Zira söz konusu teknoloji ile kişinin mahremiyeti ortadan kaldırılmaktadır²¹⁹.

İnsanlar üzerindeki gen analizleri yoluyla, belirli bir hastalık hakkında elde edilen bulgular, yalnızca geri dönülemez ve düzeltilemez kesin bilgiler anlamına gelmemektedir. Bunlar ayrıca insanların bireysel anlayışları, gelecekteki tutumları ve

²¹⁷ Helvacı, 2001, s. 47–48.

²¹⁸ Büyükay, a.g.m, s.357.

²¹⁹ Mustafa Fadıl Yıldırım, “Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması”, EÜHFD, C XI, S 3–4, (Aralık 2007), s.388.

yaşam planları üzerinde de potansiyel etkilere sahiptir. Bu durum yalnızca hasta ya da riziko taşıyıcısı olarak gen yapısı araştırılan kişiyi ilgilendirmemekte, aynı zamanda bu kişilerin mevcut ve gelecekteki akrabalarını da ilgilendirmektedir²²⁰. Gen analizlerinin hukuki yönü ile ilgili olarak yapılan çalışmalarda dikkat çekilen en önemli iki husus, kişilik hakkının korunması ve insanlık onurudur. İsviçre’de “İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun”²²¹ md.2’de, “insanlık onuru ve kişiliğinin” korunmasının hedeflendiği belirtilmektedir. Yine, UNESCO’nun, insan geni ve insan hakları hakkında yayınladığı bildirmede²²² de, insanlık onuru ve kişiliğinin korunmasından özellikle söz edilmektedir.

Diğer yandan, gen analizleri ile elde edilen verilerin taşıdığı önem, bu analizlerin sağlık alanı dışında da sosyal hayatın pek çok alanında; işverenler tarafından çalıştırılacak elemanı seçme, sigortacılık, suçluların belirlenmesi, babalığın tespiti, aile planlaması gibi alanlarda da yoğun olarak kullanılması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum, analizi yapılan biyolojik materyalin sağlandığı kişinin kişilik hakkı ile ilgili pek çok hukuki sorunu ortaya çıkarmaktadır.

1.2.2. Maddi Kişilik Değerleri

Kişinin yaşamı, sağlığı, bedensel tamlığı ve hareket özgürlüğüne²²³ ilişkin varlık ve değerleri onun maddi kişilik değerlerini oluşturmaktadır²²⁴. Bu varlık ve değerler,

²²⁰ Büyükay, **a.g.m.**, s.356.

²²¹ Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG), <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2004/5483.pdf>

²²² İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Erişim tarihi: 10.2.2010. Metnin tamamı için bkz. <http://www.unesco.de/445.html?&L=0>

²²³ Pedrazzini ve Oberholzer, **a.g.e.**, s.133; Büchler, **a.g.m.**, s.30.

²²⁴ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.98; Akipek ve Akıntürk, **a.g.e.**, s.364; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.5 vd.; Öztan, **a.g.e.**, s.253; Özsunay, **a.g.e.**, s.98; Riemer, **a.g.e.**, s.143; Bucher, **a.g.e.**, s.116; Tekinay, **a.g.e.**, s.250; Özel, **a.g.e.**, s.29; Volkan Sırabaşı, **İnternet ve Radyo – Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)** (Ankara: Adalet Yayınevi, 2007), s.28.

insanın sağlıklı ve eksiksiz bir bedensel varlığa sahip olmasını ve bu durumu sürdürebilmesini sağlar.

1.2.2.1. Yaşam

Temel bir hak olan yaşama hakkı, kişinin varlığının ve fizik devamlılığının en öncelikli koşuludur²²⁵. Kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, varlığını sürdürebilmesi ve bunun çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi yaşama hakkının içeriğini oluşturur²²⁶. Dolayısıyla, bu hak, kişi güvenliği ile anlam kazanıp somutlaşmaktadır²²⁷. Zira yaşam, bedensel tamlık, özel yaşam özgürlüğü, güvenlik hakkı gibi unsurlar gereken şekilde sağlanıp korunmadıkça, gerçek anlamda bir yaşama hakkından söz etmek mümkün değildir²²⁸. Yaşama hakkının içeriğinde yer alan bedenine sahip olma hakkı, kişinin bedeni konusunda karar alma sürecindeki özgürlüğü ile birlikte, kişinin sağlıklı yaşaması için talepte bulunabilmesini (sağlık hakkı) de içerir. Kişinin sağlığının korunmadığı, sağlıklı yaşaması için gerekli önlemlerin alınmadığı, sağlık hizmetlerinin verilmediği durumlarda, yaşama hakkından söz etmek anlamsızdır. Bu nedenle, yaşama hakkı ile bu hakkın gerçekleşmesini sağlayan sağlık hakkı birbirinden ayrılamaz nitelikteki haklardır²²⁹.

Tüm insanlar yaşama hakkına, sırf insan olma nedeniyle doğuştan ve eşit olarak sahiptirler. Bu temel prensip, “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” şeklinde Anayasanın 17. maddesinin ilk fıkrasında da düzenlenmiştir.

²²⁵ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku** (İstanbul: Afa Yayıncılık, 1993), s.154.

²²⁶ Özsunay, **a.g.e.**, s.99; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.98; Helvacı, **2001**, s.50; Helvacı, **2010**, s.101; Serdar, **a.g.e.**, s.31.

²²⁷ Kaboğlu, **a.g.e.**, s.270.

²²⁸ Gürkan Sert, **Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı** (İstanbul: Babil Yayınları, 2008), s.22; Oğuz, **a.g.e.**, s.14.

²²⁹ **Aynı**, s.22–23.

Yaşama hakkının varlığı, kişinin doğumundan ölümüne kadar geçecek süre içerisinde, yaşamına yönelik, bir başkasının ve hatta kişinin kendisinin dahi gerçekleştireceği saldırılardan korunması esasını getirir. Dolayısıyla, kamu düzenini yakından ilgilendiren bu hak üzerinde tasarruf edilmesi hiçbir şekilde mümkün değildir. Kişinin kendisinin ya da bir başkasının onun hayatına son vermesi hiçbir şekilde hukuka uygun değildir; bu yönde verilecek herhangi bir rıza da hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, hastanın isteği üzerine hayatına son verilmesi (ötenazi) de Türk hukukunda mümkün değildir²³⁰.

1.2.2.2. Sağlık

Kişinin maddi kişilik değerleri arasında yer alan sağlık, insan organizmasının iyi ve düzenli işlemesidir. Bu anlamıyla da sağlık; organizmanın düzenli işleyişine ilişkin bir kavram olup, bedensel tamlıktan farklıdır²³¹. Zira kişinin bedensel tamlığı, kişinin doğumuyla sahip olduğu doğal ve yapısal bütünlüğü ifade eder. Buna karşılık sağlık ise, işlevsel olup, sahip olunan bedensel tamlığın düzenli işleyişini ifade eder²³². 224 Sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun²³³ md.2’de de sağlık, “...Sağlık, yalnız hastalık ve malûliyetin yokluğu olmayıp beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.” şeklinde tanımlanmıştır.

²³⁰ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.98-99; Özsunay, **a.g.e.**, s.99; Bu konuda geniş bilgi ve tartışmalar için bkz. Kudret Güven, **Kişilik Hakları ve Ötenazi** (Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2000).; Ayrıca bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği md.13 (01.08.1998 tarih ve 23420 sayılı RG).

²³¹ Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.406.

²³² Oğuz, **a.g.e.**, s.17.

²³³ 12.01.1961 tarih ve 10705 sayılı RG. Kanun metni için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1047.html>

Evrensel bir hak olarak kabul edilen sağlık hakkı, aynı zamanda, ekonomik, kültürel ve sosyal haklar kategorisinde kabul edilmektedir²³⁴. 1940'lı yıllardan itibaren uluslararası alanda da düzenlenmeye başlanan sağlık hakkı, Dünya Sağlık Örgütü tarafından da açıkça tanımlanmıştır. Söz konusu tanıma göre sağlık hakkı, sadece “hastalıkların yokluğu” ya da bedence veya zihince zayıflık/sakatlık” gibi durumların olmaması anlamına gelmez; bunların yanı sıra “tam bir fiziksel, ruhsal ve sosyal iyilik hali” anlamına gelir²³⁵.

Sağlık bir hak olarak değerlendirildiğinde, kişi için sağlıklı bir ortamın oluşturulmasını, mevcut sağlık durumunun korunmasını, bozulan sağlığın yeniden iyileştirilmesini talep etme haklarını da içermektedir²³⁶. Anayasa'nın “Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunması” başlıklı 56. maddesinde sağlık hakkının sözü edilen talep edilebilme özelliğine yer verilmiştir: “*Herkes sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. ...Devlet herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf verimini artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.*” Dolayısıyla sağlık hakkının içeriğine uygun bir şekilde gerçekleşmesi, devletin bu husustaki yükümlülüklerini yerine getirmesi ile mümkündür.

Kişinin sağlığı, onun kişilik hakkı arasında yer aldığına göre, sağlığı tehlikeye düşürecek herhangi bir girişimde bulunmak da hakka saldırı niteliği taşıyacaktır. Belirtmek gerekir ki, kişilik sadece bedensel sağlık bakımından değil, ruhsal sağlık bakımından da korunur²³⁷. Ruh sağlığı, kişinin insan olması dolayısıyla sahip olduğu

²³⁴ Adil Şahin, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **AÜHFD**, Cilt no: 59, Sayı no:4, 2010, s.734.

²³⁵ Aynı, s.735.

²³⁶ Özlem Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003), s.50; Sert, **a.g.e.**, s.22.

²³⁷ Bucher, **a.g.e.**, s.116; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.138; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.407.

kişisel değerlerin başında gelir. Bu nedenle, manevi acı verilerek kişinin ruhsal sağlığının bozulması ve sarsılması da kişilik hakkına saldırı niteliği taşır²³⁸.

1.2.2.3. Bedensel Tamlık

Bedensel tamlık, kişinin yaşamı süresince, bedenine yönelik olarak diğer bir kişinin ve hatta kendisinin gerçekleştireceği saldırılardan korunması esasını belirtir. Bedensel tamlık ile ifade edilmek istenen, kişinin fiziksel tamlığı ve psikolojik tamlığıdır²³⁹. Maddi ya da manevi şekilde bu tamlığa zarar verecek hareketler kişinin bedensel tamlık hakkının ihlâlini oluşturur. Bu ihlal, kişinin fiziksel ya da ruhsal tamlığına yönelik olabileceği gibi, her ikisine yönelik de olabilir²⁴⁰. Kişinin bedensel tamlığı, başta İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde ve çok sayıda uluslararası metinde işkencenin yasaklanması suretiyle devlete karşı da koruma altına alınmıştır.

Bedensel tamlığın korunması, özellikle tıbbi müdahaleler açısından önem taşımaktadır. Yapılan bir tıbbi müdahale, esasında kişinin bedensel tamlığına bir müdahale olmakla beraber, müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun olmak suretiyle ve ilgili kişinin rızası ile gerçekleştiğinden hukuka aykırı değildir²⁴¹.

Kişinin bedensel tamlığına hukuka aykırı müdahale oluşturabilecek bir diğer durum da, organ ve doku nakilleridir. Kişinin, organ ve dokuları üzerinde de mutlak ve vazgeçilmez bir hakkı vardır. Yaşayan bir kişiden ya da ölüden organ ve doku nakli kişinin bedensel tamlığına ilişkin bir müdahale olması sebebiyle kural olarak, kişilik

²³⁸ Riemer, **a.g.e.**, s.143; Serdar, **a.g.e.**, s.33.

²³⁹ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi**, s.88.

²⁴⁰ Aynı; Helvacı, **2010**, s.104.

²⁴¹ Mustafa Dural, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", **Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, (24-25 Nisan 2008), (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011), s.249.

hakkına saldırı olarak değerlendirilir. Ancak bu konudaki özel yasal düzenleme²⁴², çeşitli koşullar altında buradaki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla kişinin, başkasına sağlık kazandırma amacıyla kendi bedensel tamlığı üzerinde tasarrufta bulunması, özellikle organ, doku ve kan bağışi halleri söz konusu yasal düzenleme çerçevesinde hukuka uygundur. Ayrıca belirtmek gerekir ki, kişi, öldükten sonra cesedinden organ alınmasına izin verip vermemek konusunda serbesttir. Bu serbesti, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına dayanmaktadır²⁴³.

Yaşama yapılan müdahalelerden farklı olarak, bedensel tamlığa yapılacak bir müdahalede kişinin rızası; müdahalenin türüne bağlı olmak kaydıyla hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilir. Yine de rızanın bulunduğu hallerde de, vericinin bedeninde devamlı bir eksiklik meydana getirerek yaşamını tehlikeye sokacak ya da mutlak surette sona erdirecek bir müdahale hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır²⁴⁴. Kişinin rızası dışında bunlara yapılacak herhangi bir müdahale ise, kural olarak hukuka aykırı bir nitelik taşır ve kişilik hakkına saldırı teşkil eder²⁴⁵. Söz konusu rızanın ahlâk ve adaba, kamu düzenine uygun olmadığı durumlarda da, yine, rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırması mümkün olmayıp, ancak BK md.44 uyarınca tazminatta bir indirim sebebi olarak değerlendirilir²⁴⁶. Diğer yandan, istisnai bazı durumlarda, rıza olmadan yapılan müdahale de hukuka uygun olarak kabul edilir: Örneğin salgın bir hastalık durumunda genel sağlığın korunması amacıyla yapılacak müdahaleler bu türdendir²⁴⁷.

²⁴² Bkz. 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (03.06.1979 tarihli ve 16655 sayılı RG).

²⁴³ Şahin Akıncı, “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri Ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, **Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, (Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995), s.439.

²⁴⁴ Bkz. 2238 Sayılı Kanun md.8.

²⁴⁵ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.136-137; Helvacı, **2001**, s.52; Hatemi, **a.g.e.**, s.62; Özsunay, **a.g.e.**, s.100; Serdar, **a.g.e.**, s.31.

²⁴⁶ Bilge Öztan, **Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar** (Dokuzuncu Basım, Ankara: Turhan Kitabevi, 2000), s.120; Helvacı, **2001**, s.52.

²⁴⁷ Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.99.

Aynı şekilde, kişinin cinsel hayat ve üreme fonksiyonuna ilişkin müdahaleler de özel hukuki düzenlemelerle²⁴⁸ ele alınmış ve ne şekilde hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı açık bir şekilde ortaya konmuştur. Diğer yandan, maddi kişisel değerler arasında yer alan kişiye ait biyolojik maddeler bakımından TMK md.23/f.3 açık bir düzenleme getirerek²⁴⁹; yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olduğunu belirtmiştir.

Tıbbi müdahaleler bakımından da, kural olarak, hekimin müdahalesinin hukuka uygunluğu için kişinin tedaviye rıza göstermesi gerekir. Burada rızanın yanı sıra ayrıca, müdahalenin tedavi amacı gütmesi ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması da hukuka uygunluk şartı olarak aranır²⁵⁰. Dolayısıyla, tedavi ya da koruma amacı taşımayan, kişinin sağlığında zararlı sonuçlar doğurabilecek nitelikte, sadece tıbbın gelişmesine hizmet eden denemeler hasta üzerinde uygulanamaz²⁵¹. Kişinin yaşamı ya da bedensel tamlığı bakımından risk taşımayan tıbbi deneyler için ise, gönüllü kişinin yazılı şekilde vereceği özel bir rıza aranmaktadır²⁵².

Bu açıklamalar ışığında, kişinin maddi kişisel değerleri üzerine yapılan her müdahalenin, kişilik hakkına bir saldırı oluşturduğu, ancak yasal düzenlemeler kapsamına giren bazı durumlarda ve belirli koşullar altında hukuka uygunluğun bulunduğu sonucuna varılabilir.

Kişinin yaşam hakkı, bedensel tamlığı ve sağlığı, özel hukuk alanındaki korumanın yanı sıra, Anayasa ve Ceza Hukuku alanlarında da korunmuştur²⁵³.

²⁴⁸ Bkz. 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun 27.5.1983 tarih ve 18059 sayılı RG.

²⁴⁹ Düzenleme ilk olarak 14.11.1990 tarih ve 3678 no'lu Kanunla değişik 1. madde ile yapılmıştır.

²⁵⁰ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.100; Dural, **a.g.m.**, s.249; Öztan, **Şahsın Hukuku**, s.121; Helvacı, **2010**, s.105.

²⁵¹ Helvacı, **2001**, s.52; Serdar, **a.g.e.**, 31-32.

²⁵² Bu konudaki rızanın şekli ve diğer koşullarına ilişkin hususlar için bkz. Hasta Hakları Yönetmeliği md. 28 vd.

²⁵³ Türk Ceza Kanunu md. 81 ve devamında yaşama hakkını koruyan esaslara yer verilmiş ve bu hakka yönelik saldırıların yaptırımları belirlenmiştir. Diğer yandan Türk Ceza Kanunu md. 25, kişinin kendisine yönelmiş bir saldırıya karşı kendisini savunabileceğini belirterek, bunu meşru müdafaa hali olarak

Anayasanın 17. maddesi, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Aynı maddede devamla, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamayacağını belirterek, maddi kişisel değerlere ilişkin korumanın anayasal çerçevesini çizmiştir.

1.2.2.4. Genetik Analizlerin Maddi Kişilik Değerleri İçerisindeki Yeri

Amacı ne olursa olsun yapılacak bir gen analizi, gerek bu işlemin yapılışı gerek bu süreç içerisinde ortaya çıkabilecek sonuçlar bakımından kişinin yaşamı, sağlığı ve bedensel tamlığı ile yakın bir ilişki içerisinde. Çünkü analizin yapılabilmesi için kullanılacak biyolojik materyalin kişinin bedeninden alınması söz konusudur. Tedavi amaçlı ya da sadece genetik bir rapor elde etmek amacıyla gen analizleri, şüphesiz, aynı zamanda birer tıbbi müdahale²⁵⁴ olarak kabul edilirler. Tıbbi müdahale şeklindeki her eylem ise, kişinin yaşam, sağlık ve bedensel tamlık hakkına yönelmektedir. Bu nedenle, geçerli bir rızaya dayanmayan ya da gerekli hukuka uygunluk sebeplerinden birini taşımayan analizler hukuka aykırı nitelik taşırlar ve kişilik hakkına bir saldırı oluştururlar.

Bedensel sağlık yanında ruhsal sağlığının da, kişinin sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine göre, bedensel tamlık ile ifade edilmek istenen de kişinin

düzenlemiştir. Yine, Türk Ceza Kanunu md. 86 ve devamındaki müessir fiil suçlarına ilişkin hükümlerde kişinin bedensel tamlığının korunması temel amaçtır.

²⁵⁴ Fiziksel veya psikolojik nitelikteki hastalıklar, ağrı ve acılar ile hastalık niteliği taşımayan şikâyetleri önlemek, teşhis ve/veya tedavi etmek, bunların etkisini azaltmak ya da böyle bir rahatsızlıktan korumak veya nüfus planlaması amacıyla insan vücudu üzerinde yapılan girişimsel veya girişimsel olmayan her türlü müdahale tıbbi müdahale olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, (Ankara: Kazancı Yayınları, 1991), s.5; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **AÜHFD**, Cilt no:52, Sayı no: 3 (2003), s.59; Zarife Şenocak, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **AÜHFD**, Cilt no:50, Sayı no:4 (2001), s.66; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s.24; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi**, s.90.

beden ve ruh tamlığıdır. Dolayısıyla kişinin bedensel tamlığına yönelik ihlal, beden veya ruh tamlığına yönelik olabileceği gibi, her ikisine yönelik de olabilir²⁵⁵.

Sağlık hakkına ilişkin yukarıdaki tanım bağlamında değerlendirildiğinde de, kişinin hem bedensel hem de ruhsal bütünlüğüne müdahaleyi kapsayabilen genetik uygulamaların, kişilik hakkı ve bu kapsamda korunan kişilik değerleri ile yakından ilgili olduğu görülmektedir. Gen analizlerinin sonuçları yalnızca tıbbi teşhis alanında kullanılmamakta ya da insanın sadece mevcut genetik yapısı ile ilgili bilgiler vermemekte, aynı zamanda bu kişinin genetik bozuklukları ve ileride yakalanma olasılığı yüksek olan hastalıklar konusunda da bilgiler sunmaktadır²⁵⁶. Böylelikle, özellikle prediktif gen analizlerinde sonuçlar, bazı durumlarda kişinin tüm yaşamını etkileyerek, ruh sağlığı bakımından bir ihlâl yaratabilir. Örneğin kişi tedavisi mümkün olmayan bir hastalık tehlikesi taşıdığını öğrendiği takdirde yaşamı boyunca bu tehlike kişiyi izleyecek ve yaşam kalitesini olumsuz olarak etkileyecektir²⁵⁷. Aslında tedavisi mümkün olmayan bir hastalığı bilmenin o insan için pek de yararlı olmayacağı, kişinin yaşamını ruhsal sağlık içinde sürdürmesini engelleyeceği açıktır. Bu bağlamda, kişinin genetik test yoluyla edindiği bilginin, bazı durumlarda sağlık hakkı ile çatıştığını söylemek mümkündür.

Ayrıca, kişinin genetik yapısına ilişkin bilginin, işe alınma ve sağlık sigortası konularında ayrımcılığa uğramasına sebep olması ya da aile ilişkileri üzerinde olumsuz etkiler yaratabilecek bir potansiyel taşıması da yadsınamayacak bir gerçektir²⁵⁸.

²⁵⁵ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s.53.

²⁵⁶ Wolfram H. Eberbach, “Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht”, **Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht**, Derleyenler: Dierks, Wienke, Eberbach, Schmidtke, Lippert, (Berlin- Heidelberg: Springer Verlag, 2003), s.1 vd; J. V. McHale, “Regulating Genetic Databases: Some Legal And Ethical Issues”, **Medical Law Review**, Vol:12, N:1 (Spring 2004), s.76; Schmidtke, **a.g.m.**, s.422.

²⁵⁷ Carolyn Johnston ve Jane Kaye, “Does The UK Biobank Have A Legal Obligation To Feedback Individual Findings To Participants”, **Medical Law Review**, Vol:12, N:3 (Autumn 2004), s.242; Schmidtke, **a.g.m.**, s.422.

²⁵⁸ Johnston ve Kaye, **a.g.m.**, s.242.

Dolayısıyla gen analiz sonuçları tıpkı bir kişinin kaşı, gözü, ruhsal yapısı gibi hayatının ayrılmaz bir parçası, kimliğinin zorunlu bir unsuru olmanın yanında gelecekteki kişiliğinin de bir parçasıdır²⁵⁹. Kişinin adı, görüntüsü, şeref ve haysiyeti nasıl korunuyorsa, genler de gerek insan vücudunun bir parçası olması, gerek ilgisi hakkında dış dünyaya önemli veriler sunması sebepleriyle kişilik hakkının bir parçasıdır ve bu kapsamda korunması gerekmektedir²⁶⁰. Diğer yandan, gen analizleri sonucunda elde edilen kişisel bilgilerin, diğer kişisel bilgilere oranla kendine özgü nitelikler taşıdığı da unutulmamalıdır. Bu özelliklerden ilki, gen analizinden elde edilen bilginin, kişinin parmak izi gibi daima söz konusu kişi ile ilişkilendirilebilmesi ve aynı genetik materyal yeniden analiz edildiğinde ilgili kişinin kimliğinin tespit edilebilmesidir. Başka bir deyişle, bilgilerin kesin bir şekilde anonimleştirilmesi²⁶¹ söz konusu olmamaktadır.

1.2.3. Manevi Kişilik Değerleri

1.2.3.1. Özgürlükler

Kişiliğin en doğal ve asli unsuru olması bakımından, özgürlükler manevi kişisel değerler içinde özel bir önem taşımaktadır. Burada söz konusu olan, kişilerin Anayasada ifadesini bulan haberleşme, din ve vicdan, düşünce, hak arama gibi temel hak ve özgürlükleridir²⁶². Yine, karar verme özgürlüğü, bilgi edinme hakkı, ekonomik özgürlük gibi değerler de bu kapsamda koruma altındadır²⁶³. Kişi, bu özgürlük ve inanışlarının

²⁵⁹ Aynı, s. 388.

²⁶⁰ Wiese, **a.g.e.**, s.21. Yazar ayrıca, kişinin genleri üzerindeki hakkının “kişinin bireysel alanı (Eigensphäre) üzerindeki kişilik hakkı” şeklinde somutlaştırılarak, ayrı ve bağımsız bir kişilik hakkı olarak korunması gerektiğini düşünmektedir; Ayrıca bkz. Yıldırım, **a.g.m.**, s.390.

²⁶¹ Anonimleştirme, verilerin, verilerin sağlandığı kişi ile bağının kopartılması, kimden alındığının belirsiz hale getirilmesidir. Veriler anonimleştirilmediği sürece, genetik materyal tekrar incelemeye tabi tutulabilir ve ilgili kişisi tespit edilebilir. Bkz. McHale, **a.g.m.**, s.88 vd.

²⁶² Bkz. Anayasa md.12, 22, 24, 25 ve 36.

²⁶³ Helvacı, **2001**, s.77–78.

dokunulmaz kalmasını ve her türlü saldırıya karşı korunmasını istemek hakkına sahiptir²⁶⁴.

Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 23/f.2 hükmünde yer alan “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz” şeklindeki düzenleme de, özgürlüğü kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak belirtmektedir. Bu hüküm, kişinin özgürlüklerinden vazgeçmesini yasakladığı gibi, özgürlüklerini kullanma hakkını hukuka ve ahlâka aykırı derecede kısıtlamasını da yasaklamıştır.

Gerek Anayasa gerekse Medeni Kanun, özgürlüğü, başkalarının saldırılarına karşı olduğu gibi, kişinin kendi davranışlarına karşı da korumaktadır. Dolayısıyla, kişi kendi rızasıyla olsa dahi bunlardan vazgeçemez; hatta bu özgürlüklerini hukuka ya da ahlâka aykırılık oluşturacak şekilde sınırlandırmaz. Bu tür sınırlama ve vazgeçmeler kişilik hakkının ihlalini oluşturur²⁶⁵.

1.2.3.2. Kişinin Hayat Alanı

1.2.3.2.1. Kavram

Kişinin gizlilik alanı (sır çevresi) üzerindeki değerleri, kişinin hayat alanı üzerindeki değerlerine dâhil olan ve kişilik hakkının konusunu oluşturan değerlerdendir²⁶⁶. Manevi kişisel değerler arasında değerlendirilen kişinin hayat alanı ve bu alanın korunması, son derece gelişmiş olan günümüz teknolojisi karşısında gittikçe artan bir önem kazanmaktadır. Zira teknolojik gelişmeler, özellikle ses ve görüntü alma araçlarındaki olağanüstü ilerleme, mikro alıcı ve vericiler, bilgi bankaları dolayısıyla,

²⁶⁴ Akipek ve Akıntürk, **a.g.e.** s.364–365; Oğuz, **a.g.e.**, s.18.

²⁶⁵ Aynı, s.392; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.150; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.408; Serdar, **a.g.e.**, s.47; Sirabaşı, **a.g.e.**, 34.

²⁶⁶ Barbara Lilie, **Medizinische Datenverarbeitung Schweigepflicht und Ppersönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht**, (Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1980), s.59; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.416; Büchler, **a.g.e.**, s.30; Serdar, **a.g.e.**, s.37; Sirabaşı, **a.g.e.**, s.35.

kişilerin hayat alanlarına haksız müdahaleler ve bunların topluma yansıtılması kolaylıkla mümkün olmaktadır.

Herkes özel hayatına saygı duyulmasını isteme hakkına sahiptir. Bu anlamda kişi, kendine ait bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini ya da bilinmesini istemeyebilir²⁶⁷. Kişi; ancak diğer kişilerin müdahalesi olmaksızın, sadece kendisine ait olduğunu bildiği bir hayat alanında kendini geliştirebilir²⁶⁸. Dolayısıyla, kişiye hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış bir hayat alanının tanınması çok önemlidir. Özel hayatın korunması geniş anlamda, amacı aile ve kişi hayatını korumak olan tüm hukuk kurallarınca sağlanan korunma olarak algılanmaktadır. Söz konusu geniş anlamda algılamaya paralel olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²⁶⁹, nin 8. maddesi kişinin özel hayatına, aile hayatına ve haberleşme özgürlüğüne saygı gösterilmesi konularını düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre herkes, özel hayatı, aile hayatı ve yazışmalarının gizliliğine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Yine, uluslar arası alanda ilk kez, özel hayatın bir insan hakkı olarak kabul edilip korunmasını öngören İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi²⁷⁰, nin 12. maddesi, hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, konutuna, yazışmasına müdahale edilemeyeceğini belirtmiş ve müdahale karşısında kişinin hukuki korunma hakkının bulunduğunu kabul etmiştir.

İç hukukumuzda da, yine kavramın geniş anlamdaki kullanımı çerçevesinde Anayasada çeşitli düzenlemeler yer almaktadır: Anayasanın “Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması” üst başlığı altındaki düzenlemelerden ilki olan 20. madde özel hayatın ve aile hayatının korunacağını öngörmüş ve ardından herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına²⁷¹ sahip olduğunu belirtmiştir. Aynı başlık altında

²⁶⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.147; Helvacı, **2001**, s.59; Helvacı, **2010**, s.113.

²⁶⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 82; Serdar, **a.g.e.**, s.37; Sırabaşı, **a.g.e.**, s.35.

²⁶⁹ Sözleşme, Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmıştır. 19 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı RG.

²⁷⁰ 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı RG.

²⁷¹ Bu hak, kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar (07.05.2010 tarih ve 5982/2 md. ile eklenen fıkra).

yer alan hükümlerden 21. maddede konut dokunulmazlığı, 22. maddede ise haberleşme özgürlüğü ilkeleri kabul edilmiştir. Bunlara göre, herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğu, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, kişisel verilerin korunması esas, herkesin haberleşme hürriyetine sahip olduğu ve bu hürriyetin gizliliğinin esas olduğu, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ve kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyasının aranmayacağı ve bunlara el konulamayacağı, haberleşmenin engellenemeyeceği ve gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kişinin özel ve gizli hayat alanları sadece özel hukuk kapsamında değil, ayrıca anayasal bir koruma altında bulunmaktadır.

Günümüzde ise, özel hayatın korunması kavramı daha dar kapsamlı olarak kullanılmaktadır. Bu kapsamda kişiler, özel hayatın sınırlarına ve özel hayat özgürlüğüne karşı hukuka aykırı müdahalelerden oluşmak üzere, iki özel müdahale türüne karşı korunmaktadırlar²⁷².

1.2.3.2.2. Kişinin Hayat Alanının Çeşitleri

1.2.3.2.2.1. Genel Olarak

Sosyal bir varlık olarak kişi, sürekli başkalarıyla sosyal bir temas halindedir. Bu nedenle, kişinin yaşamında her gün, meydana geldiği yer bakımından farklılık gösteren ya da paylaşılan kişilerin nitelik ve niceliklerinin farklı olduğu çeşitli olaylar meydana gelir. Bu durum özellikle, kişinin yararlanacağı hukuki koruma bakımından da farklılık yaratmaktadır. Federal Mahkeme²⁷³ ve hukuk doktrini²⁷⁴ tarafından kişinin hayat alanı

²⁷² Helvacı, 2001, s.59.

²⁷³ BGE 97 II 97.

özel hayat alanı, kamuya açık hayat alanı ve gizli hayat alanı olmak üzere üçe ayrılmakta ve buna ‘üç alan’ teorisi adı verilmektedir. Federal Mahkemeye göre, insan hayatının alanlara ayrılması hukukun koruduğu kişilik alanının sınırlarını çizmek olanağı vermesi açısından mantıklı bir çözüm yolu olarak görünmektedir²⁷⁵. Bu sınırlama çerçevesinde, özel hayat ve gizli hayat hukuken korunan alanları oluşturmaktadır.

Ancak belirtmelidir ki, kişinin hayat alanını bu tarz üçlü bir ayırım çerçevesinde değerlendirmek ve söz konusu alanlar arasında kesin sınırlar çizmek, somut olay karşısında çeşitli güçlükler ortaya çıkarabilir. Hangi olay ya da bilginin gizli alana, hangisinin özel ya da kamuya açık alana girdiğinin belirlenmesi yere, zamana ve kişiye göre farklılıklar gösterebilir²⁷⁶. Özellikle kişinin kamuya açık alanı ile özel alanı arasındaki sınırı çizmek her zaman kolay değildir. Söz konusu ayırım bir takım objektif ölçütlere dayansa da, bunlar kişiye göre değişebilir. Örneğin kişilerin aile hayatları ya da sağlık bilgileri objektif ölçütlere göre kişinin özel ya da giz alanı kapsamında değerlendirilmek gerekirken, politikacılar, sanatçılar gibi toplumun tanıyıp izlediği kimseler bakımından bu tür olay ve bilgiler sıklıkla kamuya açık alanda gerçekleşir²⁷⁷. Bazen kamuya açık bir alan da özel alan gibi koruma görebilir. Örneğin, bir kişi toplum içerisindeyken fotoğrafının çekilmesini istemeyebilir. Böyle bir durumda ısrarla kişinin

²⁷⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.83; Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.127; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.416; Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s. 177; Büchler, **a.g.m.**, s.30; Özsunay, **a.g.e.**, s.126; Serdar, **a.g.e.**, s.38; Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008), s.140. Özel hayat ile gizli hayat ayırımına karşı çıkan bir görüş için bkz. Ersan Şen, **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No: 148, 1996), s.229; Jürg Schucan, **Datenbanken und Persönlichkeitsschutz**, (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977), s.16; Pedrazzini ve Oberholzer, **a.g.e.**, s.138; Hubman ise bu üç alanı, bireysel alan, özel alan ve sır alanı olarak tanımlamaktadır. Yazara göre, bireysel alan kişinin kimliği, ismi, saygınlığı gibi değerlerini içerir. Bkz. (Johann Paul Bauer, “Grundprobleme der Genomanalyse im Zivilrecht”, **Bioethik und Menschenrechte**. Derleyenler: Françoise Furkel ve Heike Jung , (Köln- Berlin- Bonn- München: Carl Heymanns Verlag, 1993), s. 88’den naklen); Riemer, **a.g.e.**, s.146; Oğuz, **a.g.e.**, s.21.

²⁷⁵ Helvacı, **2001**, s.61’den naklen.

²⁷⁶ Aynı, s. 65.

²⁷⁷ Bucher, **a.g.e.**, s. 119.

fotoğrafının çekilmesi onun özel alanına bir müdahale oluşturur. Bazı durumlarda da esasında kamuya açık alana dâhil olan bir hususun zamanla özel alana kayması ve kişinin ‘*olayın unutulmasını isteme hakkı*’ (*Anspruch auf Vergessen*) söz konusu olabilir²⁷⁸. Yine bazı durumlarda, kişinin gizlilik alanı içerisine giren mektupları, elektronik postaları ve benzerinin kamu yararı gerekçesiyle açıklanması kişilik hakkına aykırı bir nitelik taşımayabilir. Örneğin, bir suçun aydınlatılmasına yarayacak ses bantlarının açıklanmasında üstün kamu yararının varlığı kişilik hakkı ihlalini engeller²⁷⁹. Hayat alanları arasında kesin sınırlar çizmek anılan güçlükleri beraberinde getirir de, “alan teorisi” kullanılabilir bir teori olarak kabul görmektedir²⁸⁰.

1.2.3.2.2.2. Kamuya Açık Hayat Alanı

Kamuya açık alan, kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık, serbestçe açıklanması ve paylaşılmasında bir sakınca bulunmayan olayları ve hareketleri içerir²⁸¹. Kamuya açık alana dâhil bir olayın açıklanmasında, kamunun bir yararının bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur²⁸². Bu kapsama, kişinin çok geniş ve belirsiz kişilerle paylaştığı hayat faaliyetleri girer. Böyle bir hayat alanının oluşumunda, kişinin toplumsal bir varlık olması ve bu sosyal varlığı devam ettirebilmesi için, toplumsal hayata katılıp, sosyal ilişkiler kurma zorunluluğunun bulunması etkilidir²⁸³. Örneğin, kişinin sinema veya tiyatroya gitmesi, spor karşılaşmalarını

²⁷⁸ BGE 109 II 353.

²⁷⁹ Helvacı, **2010**, s.129.

²⁸⁰ Helvacı, **2001**, s. 61.

²⁸¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 83; Helvacı, **2001**, s.62; Helvacı, **2010**, s.115; Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s. 127- 128; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 36; Şen, **a.g.e.**, s.231; Serdar, **a.g.e.**, s. 38; Özel, **a.g.e.**, s. 31; Bazı yazarlar bu alanı “ortak yaşam alanı” olarak adlandırmaktadırlar. Bkz. Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.418; Oğuz, **a.g.e.**, s.22.

²⁸² Öztan, **Şahsın Hukuku**, s.134–135.

²⁸³ Serdar, **a.g.e.**, s. 39.

izlemesi, bir toplantıya katılması kamuya açık hayat alanı içerisinde gerçekleşmektedir²⁸⁴.

Kamuya açık hayat alanı, diğer alanların aksine, kural olarak hukuki bir koruma altında değildir. Bu alanda gerçekleşen olaylar, nitelikleri itibariyle sayısız kişilerce bilinebilecek durumda olduklarından, başka kişilere anlatılmaları ya da aktarılmaları kişinin hayat alanına karşı bir saldırı oluşturmaz. Ancak belirtilmelidir ki, meydana gelmiş olayların değiştirilerek, bir takım ilaveler yapılarak maksatlı bir şekilde kamuya aksettirilmesi kişiliğe saldırı teşkil edecektir²⁸⁵.

1.2.3.2.2.3. Özel Hayat Alanı

Kişinin ailesi ve arkadaşları gibi yakın çevresi ile paylaştığı ve bu çevre dışındaki kişiler tarafından bilinmesini istemediği hayat alanı onun özel alanını oluşturmaktadır²⁸⁶. Özel alan, sınırları gizli alandan biraz daha geniş çizilen hayat alanını ifade eder. Kişi bu alan içine, birlikte oturma, çalışma ve konuşma dolayısıyla sosyal ilişki kurmuş olduğu sınırlı sayıdaki kimseleri alır ve bu alanı sadece onlarla paylaşır²⁸⁷; özel alana ait hususları özellikle kamudan saklı tutma eğilimindedir. Kişinin sır alanına girmesine rağmen, bir şekilde sayıları belirsiz kişiler tarafından öğrenilen

²⁸⁴ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.87; Özsunay, **a.g.e.**, s.126-127; Özel, **a.g.e.**, s. 31; İbrahim Kaplan, “Kitle İletişim Araçları Karşısında Kişilik Hakkının Korunması”, **AD**, Sayı no: 3-4 (1979), s.215; Serdar, **a.g.e.**, s.39;

²⁸⁵ Kaplan, **a.g.m.**, s. 215; Serdar, **a.g.e.**, s.39; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 37.

²⁸⁶ Şen, **a.g.e.**, s. 232; Kaplan, **a.g.m.**, s. 215; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 84; Özsunay, **a.g.e.**, s.127; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s. 128; Pedrazzini ve Oberholzer, **a.g.e.**, s. 138; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.418; Safa Reisoğlu, “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan** (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2007), s.301; Büchler, **a.g.m.**, s.31; Serdar, **a.g.e.**, s. 39; Helvacı, **2001**, s. 62; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 37; Schucan, **a.g.e.**, s. 18.

²⁸⁷ Şen, **a.g.e.**, s. 232; Şimşek, **a.g.e.**, s.141; Helvacı, **2001**, s. 62; Helvacı, **2010**, s.115; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.418; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s. 128; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.301; Ögüz, **a.g.e.**, s.21-22. Ayrıca bkz. BGE 118 IV 45.

bazı olayları da özel hayat alanı kapsamında kabul etmek gerekir²⁸⁸. Özellikle medya aracılığıyla yapılan ihlaller bu kapsamdadır²⁸⁹.

Kişinin özel hayat alanı da kişilik hakkına ilişkin korumadan yararlanır. Özel hayat alanına hukuka aykırı bir şekilde girerek bilgi edinme ve bu bilgilerin ifşası kişilik hakkına aykırılık teşkil eder. Özel hayat alanı, gizli hayat alanına oranla daha aleni olmakla beraber, bu alenilik, çeşitli ortak hayat alanları ve paylaşımlar vesilesiyle belirli sayıdaki kimse tarafından bilinmesi anlamındadır. Bu nedenle kişinin özel hayat alanına hukuka aykırı olarak girme²⁹⁰ ya da bu alana ilişkin bilgilerin kamuya aktarılması halinde özel hayat alanına saldırı oluşur²⁹¹. Belirtmek gerekir ki, günümüzde, kişisel verilerin elektronik ortamlarda kaydedilmesi ve işlenmesi olanaklarının artması karşısında kişinin özel hayatının korunması güçleşmiştir. Bu nedenle, kişilik hakkının korunmasına ilişkin genel hükümler yetersiz kalmakta; çeşitli ülkelerde kanun koyucular kişisel verilerin korunması için özel kanunlar çıkarmaktadırlar²⁹².

1.2.3.2.2.4. Gizli Alan

Gizli alan, kişinin sadece güven duyduğu çok sınırlı sayıdaki kişilerle paylaştığı, bunlar dışında kalan kişilere karşı kapalı olmasını arzu ettiği, onların bilmesini, öğrenmesini istemediği olaylar ve hareketler ile bunları içeren belgelerden oluşur²⁹³.

²⁸⁸ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 85.

²⁸⁹ Bauer, **a.g.m.**, s. 88.

²⁹⁰ Pedrazzini ve Oberholzer, **a.g.e.**, s. 139.

²⁹¹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 85; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 38. Özel hayat alanına ilişkin bilgilerin üçüncü kişilere duyurulması halinde de kişiliğe saldırı oluşacağına ilişkin görüş için bkz. Serdar, **a.g.e.**, s.40.

²⁹² Riemer, **a.g.e.**, s.147. 1 Temmuz 1993'te İsviçre'de yürürlüğe giren Veri Koruma Kanunu (DSG) için bkz. <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/235.1.de.pdf>. Aynı şekilde son olarak 2009 tarihi itibarıyla üzerinde değişiklikler yapılmış olan Alman Federal Veri Koruma Kanunu (BDSG) için bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/bdsg_1990/gesamt.pdf

²⁹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 84; Riemer, **a.g.e.**, s.146; Helvacı, **2001**, s. 62; Helvacı, **2010**, s.115; Bucher, **a.g.e.**, s.119; Pedrazzini ve Oberholzer, **a.g.e.**, s. 138; Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s. 178; Schucan, **a.g.e.**, s.17; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.146; Özel, **a.g.e.**, s. 32; Serdar, **a.g.e.**, s. 40; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 38; Oğuz, **a.g.e.**, s.21; Özsunay'a göre ise, "gizli yaşam" ya da "gizlilik

Hayat alanları içerisinde, dokunulmaz bir çekirdek alan olarak kabul edilen gizli hayat alanı, devletin ya da özel kişilerin her türlü müdahalesine karşı koruma altındadır²⁹⁴. Başka bir deyişle, bu alan, her türlü kamusal müdahaleye de kapalıdır. Özel hayatın gizliliğinin korunması, kişilerin yalnız kalma hakları²⁹⁵ ile yakından ilgilidir. Kişinin yalnız kalma hakkı, ona, hukuk düzenince, kimsenin müdahale etmemesi gereken, sadece o kişiye özgü bir alanın tanınmasını ve söz konusu alanın korunmasını gerektirir.

Kişiler genellikle başkalarının kendilerini rahatsız etmediği, bakışlardan uzak bir ortamda düşünebilir, yaratıcılıklarını kullanıp kişiliklerini geliştirebilirler. Bu alan, kişinin iç dünyasında kendisi ile hesaplaşma ortamıdır²⁹⁶ ve başkalarınca bilinmemesi gereken gizler içerir. Gizli hayat alanına giren olay, kişinin cinsel hayatı, inançları, dünya görüşü, aile ilişkileri ve hisleri gibi iç dünyası ile ilgili olabileceği gibi, sağlık bilgileri, mektupları, hatıra defterinde yazılanlar gibi dış hayatıyla ilgili de olabilir²⁹⁷.

Gizli alan, kişinin gerektiğinde kendi aile üyeleriyle bile paylaşmadığı bir alanı ifade eder²⁹⁸. Bir olayın gizli hayat alanına girmesi için bunun öncelikle, herkes tarafından bilinebilir ya da izlenebilir olmaması gerekirse de, burada kastedilen mutlak bir bilinmezlik değildir. Kişi, giz alanına giren kimi olayları, güven duyduğu belirli sayıdaki kişi ile başkalarına anlatılmamak koşuluyla paylaşabilir. Böyle bir paylaşım ile

alanı”, kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve başkalarının bilgisinden uzak kalmasını istediği yaşam görünüşlerinden oluşmaktadır. Bu anlamda yazarın, gizli alanı çok sınırlı sayıda kişi ile dahi paylaşılmayan bir alan olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bkz. Özsunay, **a.g.e.**, s.127-128.

²⁹⁴ Şimşek, **a.g.e.**, s.140.

²⁹⁵ Özsunay, insanın kişiliğini ve yaratıcılığını ancak başkalarının meraklı bakışlarından korunmuş, kendi duygu ve isteklerine göre biçimlendirilmiş sakin bir alanda geliştirebileceği fikrinden hareketle, kişinin “kendi kabuğuna çekilme” ya da “yalnız kalma hakkı”nın, onun en önemli varlıklarından biri olduğunu belirtmektedir. Bkz. Özsunay, **a.g.e.**, s.128.

²⁹⁶ Serdar, **a.g.e.**, s. 40-41.

²⁹⁷ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.87; Kaplan, **a.g.m.**, s. 214; Serdar, **a.g.e.**, s. 41; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 39.

²⁹⁸ Bauer, **a.g.m.**, s.88.

olay giz alanı kapsamında olma niteliğini kaybetmez²⁹⁹. Yine, örneğin kişinin sağlığına ilişkin bilgi ve belgeler onun sır alanına girmekle birlikte, kişinin sağlığı ile ilgilenmek durumunda olan hekim, hemşire ve benzeri kimseler tarafından söz konusu bilgi ve belgelerin edinilmiş olması bunların giz alanı kapsamından çıkması sonucunu doğurmaz³⁰⁰. Zira hekim ile hasta arasındaki sözleşme gereğince hekim, hastanın sırlarını saklama, hasta ile mesleki ilişkisi devam ettiği süre içerisinde kendisine ulaştığı olan, tesadüfen öğrendiği ya da kendi gözlemleri ile edindiği hastayla ilgili her türlü bilgiyi aralarındaki sözleşmesel ilişki sona erse de, sır olarak tutmakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük tıp etiğinin de en önemli ilkelerinden biridir³⁰¹.

Diğer yandan, bir olayın gizli hayat alanının kapsamında sayılması için herkes tarafından izlenebilir ve bilinir olmaması öncelikli bir objektif koşul ise de, tek başına yeterli değildir. Ayrıca sübjektif bir koşul olan, kişide bu olayı ya da bilgiyi gizli tutma iradesinin de varolması gerekir³⁰². Kişinin bu yöndeki iradesi açık olabileceği gibi, olayın akışına göre, hayat deneyimlerinden, kişinin fiil ve davranışlarından ya da çıkarlarından örtülü bir şekilde de anlaşılabilir.

Kişi gizli alanına dâhil bir olayı, güvendiği bir kimseye açıklamışsa, aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmasa da, bu kişi söz konusu olayı üçüncü kişilere açıklayamaz³⁰³. Bir güven ilişkisine dayanılarak kendileriyle gizli hayat alanına giren olayların paylaşıldığı kişiler, mantıklı bir şekilde hareket ederek, bu bilginin sır olarak

²⁹⁹ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 87; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.417; Özel, **a.g.e.**, s. 32; Şen, **a.g.e.**, s. 231; Serdar, **a.g.e.**, s. 41; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 39; Öztan, **Şahsın Hukuku**, s.134; Riemer, **a.g.e.**, s.146. Bkz. ve karşı. Özsunay, **a.g.e.**, s.127-128.

³⁰⁰ Ozan Ergül, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 1998, s.28.

³⁰¹ Sinem Karasu, **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009, s.51–52. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 23. maddesine göre, "Sağlık hizmetlerinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamaz...". Yine, hastanın kişisel verilerinin sır alanına dâhil olduğu konusunda bkz. BGE 119 II 225.

³⁰² Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 89; Schucan, **a.g.e.**, s.17; Gürkan Sert, **Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları**, (İstanbul: Babil Yayınları, 2004), s.178-179.

³⁰³ Öztan, **Şahsın Hukuku**, S.134;

saklanması ilgili kişinin menfaati bulunup bulunmadığına TMK md.2’de yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde karar verip, bunları gizli tutmakla yükümlüdürler³⁰⁴.

Özel hayatın gizliliği ve sır saklama yükümlülüğü, özel hukukumuzda TMK md. 24 çerçevesinde kişilik hakkının korunması bağlamında düzenlenmiş olsa da, söz konusu yükümlülük sadece anılan düzenleme ile sınırlı değildir. Kişilerin, mektup, telefon, telgraf ya da telsizle yaptığı haberleşme işlemleri anayasal bir güvence altındadır. Anayasanın 22. maddesine göre, haberleşmenin gizliliği esastır. Bu nedenle, kişilerin yapmış olduğu yazışma ve konuşmalar karşılıklı olarak her iki kişinin de gizli hayat alanına girer. Tarafların rızası dışında, gerek üçüncü kişiler tarafından, gerek taraflardan birinin diğerinin rızasını almadan bunları açıklaması, gizli hayat alanına saldırı niteliği taşır³⁰⁵. Ayrıca, çeşitli kanunlar bazı kişilere, onlara anlatılan sırları saklama borcu getirmiştir. Örneğin, bir kişinin meslek ve sanatı nedeniyle öğrendiği sırları yayması Türk Ceza Kanunu çerçevesinde suç sayılarak cezalandırılmıştır³⁰⁶. Yine, Türk Ticaret Kanunu’nun haksız rekabete ilişkin 57. maddesi³⁰⁷ meslek hayatına ilişkin sırlar ile ilgili özel kurallar getirmiştir. Ayrıca, genel olarak vekâlet sözleşmesi kapsamında, bankaların müşterilerinin, avukatların müvekkillerinin ve doktorların da hastalarının sırlarını saklama yükümlülüğü söz konusudur³⁰⁸.

Diğer yandan, sır saklama yükümlülüğünün aile hukukuna ilişkin bir sözleşmeden kaynaklandığı durumlar da bulunmaktadır. Örneğin, her çift evlilik

³⁰⁴ Serdar, **a.g.e.**, s. 42; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 40.

³⁰⁵ Serdar, **a.g.e.**, s. 42; Sırabaşı, **a.g.e.**, s. 40.

³⁰⁶ Türk Ceza Kanunu md.258, “göreve ilişkin sırrın açıklanması” başlığı altında, görevleri dolayısıyla kendilerine bilgi verilen kamu görevlilerinin, bu bilgiler ile ilgili belge ve kararları açıklamaları halini suç olarak kabul etmiştir.

³⁰⁷ Yeni TTK md.55/1 (b) 3 ve (d)).

³⁰⁸ Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, (Genişletilmiş yedinci basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), s.403-404; Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, (Yenilenmiş yedinci basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2007), s.652-653; Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı Ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996, s.221.

birliğine ait sırları, zorlayıcı bir sebep olmadıkça üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlüdür³⁰⁹.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir kimsenin özel ve gizli alanına müdahale, sadece kendisiyle paylaşılmış bulunan bilgileri yaymak yolu ile yapılmaz. Bir kimsenin özel ve gizli alanına dâhil hususları öğrenmek için kullanılan araçların hukuka aykırı olması durumunda da kişinin özel ve gizli alanına bir saldırı söz konusu olur³¹⁰. Kişinin evinin gözetlenmesi, posta yolu ile ulaşan mektuplarının açılması, kapıları dinleme yoluyla gizli hususların öğrenilmesi gibi durumlar da özel hayata yapılan müdahalelerdir³¹¹.

Kişinin özel ya da gizli alanına yapılan müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak TMK md.24/f.2 uyarınca, iki durumda bu hukuka aykırılık ortadan kalkar ve müdahale hukuka uygun kabul edilir: Özel ve gizlilik alanına ilişkin açıklamanın kişinin rızası ile yapılması ve üstün bir kamusal ya da özel yararın bulunması³¹². Üstün özel yarar, kişilik hakkına müdahale edilen kişiye, faile ya da üçüncü bir kişiye ilişkin olabilir. Örneğin, şokta bulunduğu için rızası alınmayan bir kişiye hekimin gerekli tıbbi müdahaleyi yapmasında kişilik hakkına müdahale edilenin üstün özel yararı söz konusudur. Üstün nitelikte kamu yararı ise özellikle, kitle iletişim araçlarıyla yapılan müdahalelerde kendini gösterir. Bunların dışında, kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması da ayrı bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilir³¹³. Söz konusu yetki, kamu görevlileri ve kurumlarının, kamu hukukunu düzenleyen hükümlerden kaynaklanan yetkileridir.

³⁰⁹ Helvacı, **2001**, s. 64–65.

³¹⁰ Şimşek, a.g.e., s.s.142-143.

³¹¹ Öztan, **Şahsın Hukuku**, s. 135; Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.147; Zevkliler, Acabey ve Gökyayla, **a.g.e.**, s.419-420.

³¹² Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s. 177; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.303.

³¹³ Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.141; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.304.

1.2.3.3. Genetik Analizlerin Manevi Kişilik Değerleri İçerisindeki Yeri

Manevi kişilik değerleri arasında yukarıda ilk olarak incelenen kişinin özgürlükleri, şüphesiz, kişinin karar verme özgürlüğünü de içerir. Bu bağlamda, kişinin enformasyonel (bilişimsel) geleceğini belirleme hakkı aynı zamanda onun genetik bilgileri üzerinde tasarruf etme hususundaki özgürlüğünü karşılamaktadır. Söz konusu özgürlük, kişinin genetik özelliklerinden kaynaklanan gerçekleri bilme, ya da kendisini rahatsız edebilecek bilgiyi öğrenmek istememe (bilmeme hakkı) şeklinde somutlaşmaktadır.

Kişisel veri denildiğinde, belirli ya da kimliği belirlenebilir olmak koşuluyla bir kişiye ilişkin, onu tanımlayan her türlü bilgi anlaşılır³¹⁴. Tıbbi veriler de bir tür kişisel veri niteliği taşırlar. Dolayısıyla, hekimlerin ve diğer sağlık görevlilerinin hastanın sağlık durumu hakkında meslekleri sebebiyle edindikleri bilgiler ile hastanın kendilerine aktardığı ve onun kişisel görüşüne göre başkasının öğrenmesini istemediği bilgiler kişisel veri olarak kabul edilir³¹⁵. Bu kapsamda, hastanın fiziki ve psikolojik durumuna ilişkin bilgiler, muayene ve tahlil sonuçları ve teşhis ve tedavisine ait gözlemlerin tümü kişisel veridir. Ayrıca, kişilerin sağlık bilgileri hassas veri³¹⁶ olarak kabul edilmekte olup, bu tür verilerin tabi olduğu sıkı kurallara bağlı olarak işlenebilir.

Gen analizleri de, nihayetinde, insanın genleri hakkında tıbbi içeriği bulunan bilgiler sunmaktadır. Bu kapsamda kişinin genetik bilgileri de kişisel veri olup kişilik

³¹⁴ Hüseyin Can Aksoy, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, (Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010), s.11.

³¹⁵ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2007), s.473 vd. (Metin, **a.g.e.**, s.125, dpn.147'den naklen).

³¹⁶ Uluslararası düzenlemeler ve ulusal veri koruma kanunlarında “özel koruma gerektiren veri”, özel tür veri”, “duyarlı veri” gibi çeşitli isimler kullanılmaktadır. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde “özel tür veri (special categories of data)” kavramı kullanılmıştır. Bkz. Aksoy, **a.g.e.**, s.30; Helvacı da üç alan teorisinden farklı bir çözüm yolunu aktarırken, Tercier’in “duyarlı veri” kavramına getirdiği tanımları aktarmaktadır. Burada duyarlı veri, ancak ilgili kişinin rızası veya üstün çıkarının bulunduğu durumlarda ifşa edilebilme özelliği ile açıklanarak, bunlar, dini, felsefi, siyasi, sendikal düşünce ve hareketler, fiziki, aklî ve psişik durumlar olarak örneklendirilmiştir. Bkz. Helvacı, **2010**, s.114, dpn.304; Lilie, **a.g.e.**, s.59.

hakkının konusunu oluşturur³¹⁷. Çeşitli kanunlarda yer alan ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlerle amaçlanan da, esasında sadece bu verileri korumak değil; kişiliği korumaktır³¹⁸. Bu bağlamda kişilik hakkı ihlâli, her zaman söz konusu verilerin toplanıp işlendiği aşamada ya da üçüncü kişilerle paylaşılmış olması sebebiyle değil; henüz soruşturulma ve toplanma aşamasında, kişinin bunları başkalarına vermek zorunda bırakılmasıyla başlar³¹⁹.

Diğer yandan, bu bilgiler kişiye özel sağlık bilgileri³²⁰ olmakla, kişinin gizlilik alanının bir parçasını oluştururlar³²¹. Bu bağlamda herkes, genetik yapısına ilişkin bilgilerin gizli tutulmasını isteme hakkına sahiptir³²². Dolayısıyla kişinin genetik bilgisinin de, kişilik hakkı kapsamında korunması gereği açıktır.

Kişinin gen analizleri sonucunda elde edilen kişisel bilgilerinin, son tahlilde tıbbi bilgi olduğu şüphesiz olmakla beraber, diğer tıbbi bilgilere oranla kendine özgü bir takım nitelikler taşıdığı da unutulmamalıdır³²³. Genetik testler, insanın sağlık ve hayat beklentileri yönünden oldukça etkili olacak bir takım verilere ulaşılmasını mümkün kılmaktadır. Zira test sonuçları, genetik bir hastalığa yatkınlık bakımından riskli olan

³¹⁷ Christiane Schief, **Die Zulässigkeit postnataler prädiktiver Gentests**, (Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2003), s.87; Yıldırım, **a.g.m.**, s.389; Türk Ceza Kanunu'nun "Genetik İnceleme Sonuçlarının Gizliliği" başlıklı 80. maddesinde de, 75, 76 ve 78. maddeler kapsamında alınan biyolojik örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu ve başka bir amaçla kullanılmayacağı; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip olan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği ifade edilmiştir.

³¹⁸ Alfred Einwag, "Genomanalyse und Datenschutz", **Genomanalyse: Ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte**, Derleyenler: Rolf Ellermann ve Uwe Opolka (Frankfurt, New York: Campus Verlag, 1991), s.93.

³¹⁹ Aynı, s.93-94.

³²⁰ Yıldırım, **a.g.m.**, 390.

³²¹ Kişinin tıbbi bilgilerinin onun gizlilik alanına dahil olduğu konusunda bkz. Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.87; Lilie, **a.g.e.**, s.59-60.

³²² Sudbery, **a.g.e.**, s.324;

³²³ Margaret Otlowski, "Protecting Genetic Privacy In The Research Context: Where To From Here?", **Macquarie Law Journal**, (2002), Vol:2, s.92.; Schief, **a.g.e.**, s.87-88.

kişilerin bir kısmı tarafından kişisel hayat planı, çocuk istemi, meslek seçimi gibi konularda kullanılmaktadır³²⁴.

Diğer yandan, genetik testler çoğunlukla bir hastalığın ortaya çıkışından önce (presemptomatik olarak), yapılmakta ve olasılık içeren sonuçlar vermektedir. Dolayısıyla, belirli bir hastalığa yakalanma olasılığının, örneğin %80 olması durumunda, bu, hastalığın kesinlikle ortaya çıkacağı anlamına gelmemektedir. Ayrıca, bir hastalık için %5’lik bir olasılık öngörüldüğünde de, hastalığa maruz kalılabilmektedir. Kısacası, genetik test yaptıran kişi için, test sonucunun pozitif olması çoğunlukla bir belirsizliğe işaret etmektedir. Söz konusu durum, bir yönüyle kişiyi yoğun bir baskı altına sokarak psikolojik istikrarını tehlikeye sokabileceği gibi, diğer yönüyle, kişiyi hastalığın ortaya çıkmasından çok önce tedaviye başlamaya ya da riski azaltmak amacıyla çeşitli önlemler almaya da yöneltebilir³²⁵. İşte burada kişinin bilme ya da bilmeme hakkını kullanma yönünde yapacağı tercih, onun kişilik haklarının ve kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının bir uzantısı olacaktır³²⁶.

Ayrıca, genetik ve genetik orijinli hastalıklar tüm aileyi ilgilendirmekte olduğundan, söz konusu sonuçlar aile bireyleri hakkında da önemli tıbbi bilgiler içermektedir. Bu durumda aile bireyleri de –rıızaları olmaksızın- dolaylı olarak test edilmiş olmaktadır³²⁷. Dolayısıyla bazı durumlarda, kişinin genetik birlikteliği olan aile üyelerinin sağlığı, bilmeme hakkının önüne geçebilmektedir. Elde edilen bilginin ilgili kişi kadar üçüncü kişiler bakımından da –özellikle işveren ve sigorta şirketleri ile ilgilinin aile üyeleri- önemli olabileceği³²⁸ göz önüne alınırsa, bu bilgilerin TMK. md.23–24 hükümleri uyarınca, kişilik hakkı çerçevesinde korunması gerektiği şüphesizdir. Dolayısıyla, kişinin, herhangi bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadan

³²⁴ Zehra Edisan ve Şahin Aksoy, “Genetik Uygulamalar Özelinde Bilmeme Hakkı”, **Türkiye Klinikleri J Med Ethics**, (2007), Sayı no: 15, s.155–156.

³²⁵ Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.155-156.

³²⁶ Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.155-156.

³²⁷ Sudbery, **a.g.e.**, s.324; Otlowski, **a.g.m.**, s.92; Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.155.

³²⁸ Bauer, **a.g.m.**, s.92.

genetik analize tabi tutulması kadar, elde edilen tıbbi genetik bilginin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi, özel bir amaçla kullanılması ya da üçüncü kişilerle paylaşılması da kişilik hakkı ihlali oluşturur. Bu bağlamda, elde edilen maddi bir kazanç söz konusu ise, bunun da, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümleri uyarınca iadesi sağlanmalıdır³²⁹. Zira burada açılacak olan kazancın geri verilmesi davası ile, kişisel değerlerine hukuka aykırı bir saldırıda bulunulan kişinin elde etmeyi düşünmediği ya da elde edemeyeceği bir kazancın kendisine iadesi söz konusu olur.

Yine, gen bankalarının henüz hukuki bir çerçeveye oturtulmamış olması da pek çok sakınca doğurmaktadır³³⁰. Örneğin, ilgili kişinin rızasının tek bir test için alınmış olmasına rağmen başka testler için de kullanılabilir olması, genetik materyali veren kişi bakımından elde edilen bilgilerde anonimliğin sağlanmaması ve genetik ayrımcılığa yol açabilecek bilgilerin elde edilmesi, söz konusu sakıncalardan bazılarıdır³³¹. Bu nedenle, kişinin bu yönlü kişilik haklarının özel olarak korunmasını sağlamak ve genetik ayrımcılığa karşı hukuki önlemleri geliştirmek zorunludur.

Hukukumuz bakımından, kişinin genetik bilgilerinin Medeni Kanun'un ilgili hükümleri dışında ek bir korumaya ihtiyaç gösterip göstermediği konusunda tartışmalar bulunmaktadır³³². Genetik bilgilerin, tıbbi bilgi niteliği dolayısıyla kişinin özel alanı kapsamında değerlendirilerek korunması dışında ek bir korumaya ihtiyaç göstermediği, hekimin susma ve sır saklama yükümlülüklerinin bu alanda kabul edilmesiyle birlikte

³²⁹ Helvacı, 2010, s.164; Yıldırım, a.g.m., s.400 vd.

³³⁰ Türkiye Milli DNA Veri Bankası'nın kuruluş ve görevlerine ilişkin tasarı için bkz. "DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı" (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/dna.pdf>)

³³¹ Yıldırım, a.g.e., s.40; Otlowski, a.g.m., s.92-93.

³³² Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, henüz yürürlüğe girmemiş olmakla beraber, "Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı" da, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde çeşitli yaptırımlar öngörmektedir. Ayrıca, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md.135/son hükmü, sağlık durumları da dâhil olmak üzere kişisel bilgileri, kişisel veri olarak hukuka aykırı şekilde kaydedenlerin cezalandırılmalarını öngörmektedir. TCK md.136'da ise, kişisel verilerin açıklanıp yayılması ya da hukuka aykırı biçimde ele geçirilmesi cezalandırılmaktadır. Söz konusu fiillerin, belli bir meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde ise, 137.maddenin (b) bendi uyarınca, verilecek ceza yarı oranında artırılacaktır. Dolayısıyla, sağlık çalışanlarının bu fiilleri işlemesi halinde cezanın artırılması söz konusu olacaktır.

yeterli bir korumanın sağlandığı ileri sürülebilirse de, genetik analizlerin, artık hekimlerin dışındaki kimseler tarafından da yapıldığı gerçeğini ve genetik verilerin diğer tıbbi bilgilere oranla taşıdığı özellikleri göz ardı etmemek gerekmektedir³³³. Zira gen analizleri alanında salt ticari amaçlarla kurulmuş biyoteknolojik firmalar uzun bir süreden beri faaliyet göstermekte ve hekimlerin konumunu her geçen gün daha fazla işgal etmektedirler³³⁴.

Yine, bilgi toplumuna geçilmesi ile birlikte de, bilgilerin elektronik ortamlarda işlenmesi ve işlenen bu bilgilerin kolaylıkla nakledilebilmesi karşısında hekimlik mesleğine özgü sır saklama ya da bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüklerine ilişkin ilkeler söz konusu firmalar tarafından ihmal edilmekte, ek bir koruma ihtiyacı kendini göstermektedir³³⁵.

Bir kimsenin genetik bilgilerine ulaşmak için gereken biyolojik materyalin kişiden habersiz bir şekilde ve vücut dokunulmazlığına herhangi bir müdahale olmaksızın ele geçirilmesi son derece kolaydır³³⁶. Bunun için kişiye ait bir saç teli ya da kan lekesi bile yeterli olmaktadır. Burada kişilik hakları bakımından ortaya çıkan tehlike, özellikle, kişinin tamamen bilgisi dışında ona ait biyolojik örneklerin ve dolayısıyla da genetik bilginin kolaylıkla ele geçirilebilmesinde kendini göstermektedir³³⁷. Bu anlamda, vücut dokunulmazlığına herhangi bir müdahale içermese de, bir kişinin DNA örneğini özel amaçlarla izinsiz ve habersiz bir şekilde almak, kullanmak ya da hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olsa bile, elde edilen bilgiyi üçüncü kişilere aktarmak kişilik haklarına aykırılık oluşturmaktadır.

³³³ Otlowski, **a.g.m.**, s.91.

³³⁴ Thilo Weichert, “Gentests und Persönlichkeitsrecht Datenschutz und Datenhoheit” Erisim tarihi: 28.01.2010 (www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/gentests.htm); Yıldırım, **a.g.m.**, s.390.

³³⁵ Yıldırım, **a.g.m.**, s.390.

³³⁶ Otlowski, **a.g.m.**, s.92.

³³⁷ Bauer, **a.g.m.**, s.92; ; Otlowski, **a.g.m.**, s.92; Weichert, “Der gläserne Mensch”, Erisim tarihi: 27.01.2010 (www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm).

1.3. Genetik Analiz Karşısında Kişinin Bilişimsel Geleceğini Belirleme Hakkı³³⁸

1.3.1. Genel Olarak

Genetik bilgiler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı olarak da adlandırılan³³⁹ bu hak, kişinin, kişisel verilerinin hangi sınırlar içerisinde, kimlere ve ne zaman açıklanacağı konusunda bizzat ve sadece kendisinin yetkili olması anlamına gelmektedir³⁴⁰. Kişinin bilişimsel (enformasyonel) geleceğini kendisinin belirlemesini konu alan bu hak, hem kamu hukuku kapsamında temel haklar hem de kişilik hakkı kategorisinde değerlendirilen bir haktır. Günümüzde, temel insan haklarına yönelik çalışmaların çok önemli aşama kaydetmesi sonrasında belirlenen ve geliştirilen haklar çerçevesinde, bireyin kendi hakkında karar verme ve kendi kaderini belirleme hakkı çok öncelikli bir konuma yerleşmiştir.

Kişinin bilişimsel geleceğini belirleme hakkı, hukukumuzda henüz tanımlanıp özel bir düzenlemeye konu olmamakla beraber, kişisel bir değer olarak kabul gören kişinin özel ve gizlilik alanı ile yakından ilgilidir. Özellikle kişinin genetik verileri açısından konu değerlendirildiğinde, söz konusu hak, pozitif hukukumuzda yerini “kişinin gizlilik alanının korunması” başlığı altında bulur. Zira daha önce de belirtildiği üzere, genetik veriler en temel düzeyde kişinin sağlık bilgisi olup, gizlilik alanına dâhildir.

Kişinin bilişimsel geleceğini belirleme hakkı, Alman hukukunda Alman Anayasasının genel olarak kişilik hakkının korunmasına ilişkin md.1/c.1 ve ayrıca da md.2/c.1 hükümleri ile teminat altına alınarak temel bir insan hakkı olarak kabul

³³⁸ Bu hak, “Kişinin Enformasyonel Geleceğini Bizzat Tanıma ve Koruma Hakkı”, “Kişinin Kendi Kaderini Belirleme Hakkı” olarak da adlandırılmaktadır.

³³⁹ Bkz. Yıldırım, **a.g.m.**, s.389.

³⁴⁰ Büchler, **a.g.m.**, s.31.

edilmiştir³⁴¹. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de 1983 tarihli bir kararında³⁴² bu hakkı tanımlamıştır. Buna göre, kişi, kendisi hakkında bilgi toplanması ya da bu bilgilerin başkalarına nakledilmesine karşı korunur. Kişisel verilerin başkalarıyla paylaşılması ya da kullanılmasına izin verme konusunda kişi, kural olarak tek başına yetkilidir³⁴³. Alman hukukunda bu konuda paralel bir düzenleme de Genetik Tanı Kanunu'nda (GenDG)³⁴⁴ yer almaktadır. Kanun'un amacını açıklayan ilk madde kapsamında yer alan amaçlar arasında kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının korunması da ifade edilmektedir.

İsviçre Anayasası'nın 13. maddesinin ikinci fıkrasında da, enformasyonel geleceği belirleme hakkının düzenlendiğini söylemek mümkündür. Söz konusu hükme göre, herkes, kişisel verilerinin kötüye kullanılmasına karşı korunma hakkına sahiptir. Kişisel verinin, genetik veri olması durumu bakımından da özel olarak "İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun"un³⁴⁵ hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu Kanun'un, ilgili kişinin enformasyonel geleceğini bizzat belirleme hakkı başlıklı 18. maddesi, kişinin, bir genetik analizin uygulanıp uygulanmamasına, uygulandıktan sonra ortaya çıkan verileri bilmek isteyip istemediğine ya da hangilerini bilmek istediğine yeterli derecede aydınlatıldıktan sonra ancak kendisinin karar vereceğini belirtmektedir. Ayrıca, genetik bilginin korunmasını düzenleyen 7. madde, genetik verilerin işlenmesinin, Ceza Kanunu'nun meslek sırrına ilişkin 321. madde ile Federal ve Kantonal nitelikli veri koruma hükümlerine bağlı olduğunu belirtmektedir.

³⁴¹ Thomas Kienle, **Die prädiktive Medizin und gentechnische Methoden. Ein Beitrag zur Regelung von Genanalyse und Genterapie in Deutschland und Europa**, (Tübingen: Köhler Druck, 1998), s.67; Einwag, **a.g.m.**, s.94.

³⁴² BverfGe 65, 1 vd.

³⁴³ Einwag, **a.g.m.**, s.94.

³⁴⁴ 31.07.2009 tarihli Gendiagnostikgesetz, "Gesetz über Genetische Untersuchungen Beim Menschen", (Yürürlük tarihi: 01.02.2010). Kanun metni için bkz.

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/gendg/gesamt.pdf>

³⁴⁵ Bkz. dpn.221.

Kişinin bilişimsel geleceğini kendisinin belirleme hakkının ihlalinde iki temel olgu görülmektedir:

- Kişisel bilgilerin elde edilmesi, kaydedilmesi ve kullanılması,

- Hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olsa da, söz konusu bilgilerin yetkisiz bir şekilde yaygınlaştırılması³⁴⁶.

Dolayısıyla, kişinin enformasyonel geleceğini belirleme hakkının güvence altına alınması, henüz verilerin elde edilme ve toplanma aşamasında kişinin korunmasını³⁴⁷ ve dolayısıyla kendisine ilişkin verileri sunmaya ya da bu verileri ortaya çıkaracak herhangi bir müdahaleye zorlanamamasını gerektirir.

Kişinin enformasyonel geleceğini belirleme hakkı, hekimin iyileştirme faaliyetinin de sınırını oluşturmaktadır. Söz konusu hakkın, hasta-hekim ilişkisindeki belirleyici rolünün temelinde, kişisel sağlığı hakkında aydınlatılarak bilgi sahibi olan kişinin, gereken tıbbi önlemler üzerinde olumlu ya da olumsuz yönde özerk bir iradi seçim yapma hakkının yer aldığı ve bunun, insan onuruna duyulan saygının bir gereği olduğu ifade edilmektedir³⁴⁸. Zira enformasyonel geleceğin bizzat belirlenebilmesi, ilgili kişinin bilgilendirilerek, konu hakkında aydınlatılarak, kendisine tanınan seçenekler arasından seçim yapabilmesi sayesinde mümkün olabilir. Bu yaklaşım, genetik analizi gerçekleştirecek yetkiliye, ilgili açıdan gerekli görülen her bilginin verilmesi konusunda yeni bir etik ve hukuki ödev yüklemektedir. Verilecek bilgi kapsamında; ilgilinin genetik analiz sonucunda edineceği bilginin niteliği ve içeriği; genetik tedavinin söz konusu olduğu durumlarda da, hastanın, hastalığı hakkında bilgilendirilmesinin yanı sıra, tedavinin süresi, maliyeti ve diğer sorularının yanıtlanması bulunmaktadır.

³⁴⁶ Bauer, **a.g.m.**, s.91.

³⁴⁷ Bu koruma, üçüncü kişilerden gelecek müdahalelerden çok, Devlet tarafından gerçekleştirilecek müdahalelere karşı önemlidir. Bkz. Einwag, **a.g.m.**, s.103.

³⁴⁸ Erman, **a.g.e.**, s.59-60.

Kişinin bilişimsel geleceğini belirleme hakkı, bir kişilik hakkı olarak kabul edilip³⁴⁹, kişinin *bilme hakkı* ve *bilmeme hakkı* başlıkları altında iki kısımda incelenmektedir. Kişilerin bazı kişisel bilgileri bilmesi ve öğrenmesi gerektiği, bunun o kişinin bir hakkı olduğu alanlarda bilme hakkından (das Recht auf Wissen); kişinin bilmek istemediği, bildiği takdirde yaşamını olumsuz olarak etkileyecek bilgiyi bilmemesi ve öğrenmemesi, o olayların olduğu gibi bırakılması gerekliliğinde ise kişinin bilmeme hakkından (das Recht auf Nichtwissen) söz edilir³⁵⁰. Kişinin bilmeme hakkı özellikle gen testlerinin sonuçları bakımından önem taşımaktadır. Çünkü günümüz teknolojisi ile tıbbi genetik testler sonucunda kişinin geleceğinde hangi hastalıklarla karşılaşabileceği vb. bilgi elde edilebilmektedir. Ülkemizde de Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesinde “Bilgi Verilmesini Yasaklama” başlıklı düzenleme, kişinin bilmeme hakkını dogmatik bir temele bağlamıştır. Bilmeme hakkının söz konusu olduğu durumlarda, bildirilmesi istenmeyen bir bilginin bu kişiye bildirilmesi hukuka aykırı kabul edilmektedir. Örneğin öğrenilmesi halinde kişinin yaşam sevincini azaltacak, yaşam kalitesini olumsuz etkileyecek bir bilginin, kişinin bilgilendirilmeme istemine rağmen paylaşılması kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğurur³⁵¹.

1.3.2. Kişinin Bilme Hakkı

Kişinin haklarını kullanabilmesi, öncelikle kendisiyle ilgili tıbbi verileri ve bununla bağlantılı sorunları bilmesini gerektirir. Bu gereklilik, kişi üzerinde

³⁴⁹ Kienle, **a.g.e.**, s.68.

³⁵⁰ Günther Wiese, **Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts**, (Neuwied- Kriftel- Berlin: Luchterhand Verlag, 1994), s.22; Bernd - Rüdiger Kern, “Unerlaubte Diagnostik – Das Recht auf Nichtwissen”, **Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht**. Derleyenler: Dierks, Wienke, Eberbach, Schmidtke, Lippert, (Berlin- Heidelberg: Springer Verlag, 2003), s.62 vd. Ayrıca bkz. UNESCO İnsan Geni ve İnsan Hakları Deklarasyonu, md.5. ve Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, md.10.

³⁵¹ Sudbery, **a.g.e.**, s.317; Yıldırım, **a.g.e.**, s.384-385.

uygulanacak her türlü tıbbi analiz ve müdahaleleri hukuka uygun hale getirecek olan rızanın da ön koşuludur³⁵². Kişisel sağlık bilgisi, kişinin uygun tedaviye yönelmesine ya da engelleyici, önleyici veya iyileştirici davranışlarda bulunmasına olanak tanır. Bu nedenle kişinin sağlık bilgisini edinme hususunda önemli ve hukuken korunmaya değer bir menfaati bulunmaktadır. Bu menfaat, kişinin/hastanın bilme hakkı olarak adlandırılmış³⁵³; gen alanına özel bir kişilik hakkı olarak somutlaşarak pek çok hukuk düzeninde yasal bir zemine taşınmıştır.

Sağlık hizmetlerinin sunulması sürecinde hastanın kişilik hakkının korunmasını amaçlayan ve bu kapsamda bilme hakkını da özellikle ifade eden pek çok bildirge yayımlanmıştır. Bunlardan ilki Amerika Birleşik Devletleri'nde 1972'de yayımlanan Amerikan Hastane Birliği Hasta Hakları Bildirgesi'dir. Bu bildirgede, “hastanın hastalığının tanısına ve tedavisine ilişkin doğru, eksiksiz ve anlayabileceği dilde bilgi almaya ve akla uygun bir karar verebilmesine olanak sağlanmasını beklemeye hakkı vardır” ifadesi yer almaktadır. Ardından gelen ve altı maddeden oluşan 1981 Lizbon, 1. Dünya Tabipler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi hastanın kendi durumunu belirleme hakkı ve hastanın bilgilendirilmesi konusunu vurgulamıştır. Bu konuda yine, 1994 Amsterdam, Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi, “Herkes kendi yaşamını belirleme hakkına sahiptir. Hastalar durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri bilme hakkına sahiptirler” şeklinde bir madde içermektedir. Ayrıca Dünya Tabipler Birliği Hasta Bildirgesi (Bali 1995)³⁵⁴ de benzer ilkeler içermektedir.

Yukarda sayılan bildirgelerden farklı olarak, hukukumuz bakımından bağlayıcılığı da bulunan Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md.10/2 hükmünde de, kişilerin sağlık alanında ve kendileri ile ilgili bilgi ve verileri öğrenme hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir. Genetik veriler de, kişinin sağlığına ilişkin kişisel veri niteliği taşıdığına göre bu çerçevede kabul edilmelidir.

³⁵² Bayraktar, **a.g.m.**, s.97.

³⁵³ Rieder, **a.g.e.**, s.63.

³⁵⁴ Anılan bildirgeler için bkz. <http://www.biyotetik.org.tr/mevzuat/Uluslararası/DTB.htm>

Türkiye’de ise, 1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği, hastanın sağlık durumuyla ilgili bilgi alma hakkını tanımıştır. Söz konusu yönetmeliğin 15.maddesinde “Hasta; sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir” ifadesi yer almaktadır.

Sağlık alanında bilgi, olumlu olabileceği gibi olumsuz da olabilmektedir. Bilginin niteliğine göre, kişide duygu, düşünce ve davranış değişiklikleri meydana gelecektir. Sağlığının iyi olduğu ya da tedavi sürecinin başarılı olduğu şeklindeki bir olumlu bilgi kişiyi rahatlatıp, hayatına olumlu bir yön verirken, olumsuz bilgi karşısında kişinin farklı tutumlar sergilemesi mümkündür. Söz konusu bilgi, genetik analizler bakımından ayrıca önemlidir. Zira önleyici genetik test sonuçları, kişinin hayat ve özellikle aile planlamasında etkili olmakta; çocuk sahibi olup olmayacağından, hangi genetik özellikleri taşıyan bir eşle evleneceğine kadar belirleyici olabilmektedir³⁵⁵. Bu nedenle, isteğe bağlı gen analizinin yaptırılabilmesi ve gelecekte nasıl bir hayatın kendisini beklediğini öğrenebilmesi “kişinin bilme hakkı” kapsamında kabul edilmektedir³⁵⁶. Ancak, söz konusu “bilme”nin kişide yaratabileceği olumsuz etkilerin önüne geçmek açısından bilgilendirmenin tek bir kişi tarafından yapılması yerine, genetik uzmanı, psikolog ve başkaca uzmanlardan oluşan bir kurul tarafından yapılması yerinde olacaktır³⁵⁷.

Olumsuz sağlık bilgisi içeren tanı ve teşhislerde, kişinin, bilmenin getirdiği yoğun baskı altına girmesi sonucu özerkliğini ve psikolojik istikrarını kaybetmesi tehlikesi ortaya çıkabilmektedir. Dolayısıyla, kişinin hayata ilişkin planları da bu bilgidan olumsuz etkilenecektir³⁵⁸. Oysa aynı bilgi bazı durumlarda, kişinin hayatına

³⁵⁵ Yıldırım, **a.g.e.**, s.39.

³⁵⁶ Rieder, **a.g.e.**, s.66.

³⁵⁷ Yıldırım, **a.g.e.**, s.38–39.

³⁵⁸ Edison ve Aksoy, **a.g.m.**, s.154; Metin, **a.g.e.**, s.203; Kienle, **a.g.e.**, s.67.

daha gerçekçi bir yön çizmesini sağlayacak bir rol oynayabilir³⁵⁹; kişiyi belirsizlik sebebiyle içinde bulunduğu sıkıntılardan kurtarabilir. Bilme karşısında ortaya çıkan farklı tutum ve davranışlar, kişilerin psikolojileri ve hayata bakış açılarına göre farklılık gösterecektir. İşte, sağlık bilgisi karşısında kişilerin sergiledikleri söz konusu farklı tepkiler, kişinin bilme hakkının yanı sıra bilmeme hakkını da gündeme getirmiştir.

1.3.3. Kişinin Bilmeme Hakkı

Bilmeme hakkı, kısaca, kişinin genetik yapı ve özelliklerini öğrenmeme hakkı olarak tanımlanabilir³⁶⁰. Bu hak, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi ve enformasyonel geleceği belirleme hakkının bir uzantısıdır³⁶¹. Aynı zamanda kişisel bilgileri öğrenme ve bu bilgilerle özerk kararlar verebilme hakkını da içermekte olup³⁶², bu özelliği ile tıp etiğinin önemli bir ilkesi olan hastanın özerkliğinin bir görünümünü oluşturmaktadır.

Genetik uygulamalarda özel bir anlam taşıyan bilmeme hakkı temel olarak kabul görmüştür. Kural olarak, kişinin bilme sorumluluğu/zorunluluğu bulunmamaktadır. İlgilinin bilmeme hakkını kullanmak istemesine rağmen, genetik yapısına ilişkin yapılan incelemelerin ya da başka bir araştırmanın sonucunda ulaşılan bilgi kendisine zorla verilemez³⁶³. Kişinin, bu bilgilerin etkisinden uzak yaşama tercihini dikkate almamak

³⁵⁹ Önleyici genetik test yaptıranların büyük bir çoğunluğu, kendilerini nasıl bir geleceğin beklediğini, örneğin belirli bir hastalığa yatkınlıklarının bulunup bulunmadığını, kalp krizi geçirme olasılığını, diyabet hastası olup olmayacağını vb. öğrenmek istediklerini belirtmektedirler. Bu rizikoları öğrenen kişilerin mümkün olduğunca rizikonun gerçekleşmesini önlemek ya da geciktirmek için ilaç tedavisi, diyet ya da hayat tarzı değişikliklerine yöneldikleri görülmektedir. Bkz. Yıldırım, **a.g.e.**, s.38, dpn.136.

³⁶⁰ Schief, **a.g.e.**, s.90.

³⁶¹ Rita. Wellbrock, "Genomanalysen und das informationelle Selbstbestimmungsrecht", **Computer und Recht**, 5. Jahrgang, Heft: 1-12, (1989), s.209.

³⁶² Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.155.

³⁶³ Domdey, **a.g.m.**, s.29.

ve bilgilendirmek konusunda ısrar etmek kişinin özerkliğinin çiğnenmesi sonucunu doğurur³⁶⁴.

Kimi yazarlarca³⁶⁵ “habersiz kalma hakkı” olarak adlandırılan kişinin bilmeme hakkı, hasta haklarından olup, kişinin özerkliğinin bir unsurudur. Tümüyle kişisel bir seçim olabilecek olan bu hakkı kullanmak istemesi ilgilinin kendi geleceğini belirleme yönünde somutlaşmış doğal bir haktır³⁶⁶. Bilgilendirilme, ilgili için bir hak olduğuna göre, hak sahibinin bu hakkı kullanmaktan vazgeçmesi de kural olarak mümkündür. Ancak, vazgeçme yönündeki iradenin açık olması ve hekim tarafından anlaşılabilir olması gerekmektedir³⁶⁷.

Hukukumuzda, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesi bilmeme hakkını düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre, “İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir”. Yine, Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilmiş olan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları da konuya aynı yönde bir yaklaşım içerisindedir. Bu kuralların 27. maddesine göre, “Hasta, hastalığı konusunda bilgilendirilmek istemediğini belirtmişse, hekimin bilgi vermesi gerekmez. Ailenin haberdar edilmesi, hastayla görüş birliğine varılarak yapılmalıdır...”.

Bilmeme hakkı, yine çeşitli uluslar arası bildirgelerde de tanınmıştır. Öncelikle, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesi uyarınca, ilgili, sağlık alanında kendisi ile ilgili bilgi ve veriler konusunda bilgilenme hakkını kullanmayabilir. Türkiye'nin de taraf olduğu bu anlaşmada, kişilerin sağlıklarıyla ilgili tüm bilgilere ulaşabilme hakkına sahip oldukları belirtildikten sonra, bu konuda bilgilenmek

³⁶⁴ Schief, **a.g.e.**, s.90-91; Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.159.

³⁶⁵ Bkz. Güzeldemir, **a.g.m.**, s. 15.

³⁶⁶ Sudbery, **a.g.e.**, s.316-317; Wellbrock, **a.g.m.**, s.209; Ayrıca bkz. Bryant, Baggott la Velle ve Searle, **a.g.e.**, s.124. Bu eserde, ilgili derslerde öğrencilere, -şimdiden- genetik temelli bir hastalık riski taşıyor olmaları durumunda, bu bilgiyi öğrenmek isteyip istemediklerinin sorulduğu ve her zaman bir kısım öğrencinin bunu bilmek istemedikleri şeklinde yanıt alındığı aktarılmaktadır.

³⁶⁷ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, s.233; Erman, **a.g.e.**, s.116 vd.

istemeyenlerin isteklerinin de göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Yine, 1994 tarihli Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi³⁶⁸’ne göre, “Ayrıca hastalar kesin olarak belirttikleri takdirde bilgilenmeme hakkına da sahiptirler”.

İsviçre’de konuya ilişkin “İnsanlar Üzerinde Genetik İncelemeler Hakkında Kanun”un 6. maddesi de ilgili kişinin bilmeme hakkını temel bir ilke olarak kabul etmektedir. Burada yine, insanlar üzerindeki genetik araştırmaların ancak kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının garanti edilmesi koşuluyla yapılabileceği belirtilmektedir. Ayrıca, ilgili kişinin bilme ve bilmeme hakkına ilişkin bir diğer düzenleme de Kanun’un 18. maddesindedir. Buna göre, ilgili kişi, yeterli bir aydınlatılma sonrasında genetik analizin uygulanıp uygulanmayacağına ve analiz sonuçlarını öğrenmek isteyip istemediğine ya da ne kapsamda öğrenmek istediğine bağımsız bir şekilde karar verecektir.

Alman hukukunda da “Genetik Tanı Kanunu”nun amacını açıklayan ilk maddede, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına, başka bir deyişle bilme ve bilmeme haklarının korunması esasına yer verilmiştir³⁶⁹.

Günümüzde bilmeme hakkı daha çok genetik alanında gündeme gelmektedir. Zira genetik testler daha çok, bir hastalığın ortaya çıkmasından önce yapılmakta ve olasılık içeren sonuçlar vermektedir. Hastalık tehlikesine ilişkin bir olasılığın tespiti halinde, bu tespite rağmen, belirtilerin ortaya çıkıp çıkmayacağı, ne zaman ve ne şekilde ortaya çıkacağı önceden söylenemeyecektir. Bu durumda kişinin belirsizliğe sürüklenerek, bilmenin getirdiği yoğun bir baskı altında kalması söz konusu olabilir³⁷⁰. Dolayısıyla kişisel kaderin belirsiz kalmasını isteme ve kişinin bilmeme hakkı da, bilme hakkı gibi, bir kişilik hakkı olarak kabul edilmelidir³⁷¹.

³⁶⁸ Bu bildirge Amsterdam Bildirgesi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Sert, **Hasta Hakları**, s.321.

³⁶⁹ Angie Genenger “Das neue Gendiagnostikgesetz” **NJW**, 63. Jahrgang, No:3, (Ocak 2010), s.114.

³⁷⁰ Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.155.

³⁷¹ Domdey, **a.g.m.**, s.29; Wellbrock, **a.g.m.**, s.209.

1.3.3.1. Bilmeme Hakkının Gerekliliği

Tedavisi ya da önleyici tedbiri bulunmayan bir hastalık durumu ile ilgili bilgi kişiyi özellikle psikolojik açıdan olumsuz etkileme gücüne sahiptir. Örneğin, genetik bilginin Huntington Hastalarında ağır psikolojik travmaya sebep olduğu tespit edilmiştir³⁷². Yine, bazen genetik testler bir hastada kansere karşı bir korku durumu olan Karzinofobi'ye yol açmaktadır. Kişi, hiç bulmak istemediği bir bilginin arayışı içinde her saat kendisini muayene edip tedirginlik yaşamaktadır. Hatta kimi durumlarda genetik testlerin, ölümün yüzdelerle ifade edilmiş şekli anlamına gelebileceği belirtilmektedir³⁷³. Burada belirtilen sorun, her geçen gün bir hastalığın genetik koşulları hakkında daha fazla bilgi sahibi olurken, tedavi yöntemleri hakkında her durumda aynı derecede bilgili olunamamasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla edinilen bilgi ile bu bilgiyle yapılabilecekler arasında bir uçurum meydana gelmekte ve sonuç olarak söz konusu tıbbi bilgi iyileştirmeye hizmet etmemektedir.

Yukarıda sözü geçen örneklerden de anlaşılacağı üzere, tedavisi bulunmayan bir hastalık bakımından bilme, hayatı değil, söz konusu hastalığın tanısı ile yaşamayı uzatmaktadır³⁷⁴. Bu nedenle, örneğin Huntington hastalığı gibi tedavisi olmayan ve bilmenin de bir yarar sağlamayıp aksine endişeyi artırdığı durumlarda kişinin bilmeme hakkının özellikle önem kazandığı belirtilmelidir.

Bilmeme hakkı kabul edildiğinde, sağlık çalışanı, hastanın bilmeme isteği karşısında onun bu hakkını mümkün kılmak için çeşitli aşamalarla ilerlemelidir. Öncelikle, elde edilecek bilgi ve verilerin ne tür bilgi olduğunu açıklayıp, olası alternatif sonuçlar hakkında kişiyi aydınlatmalıdır. Zira bilmemenin bilinçli bir şekilde seçilebilmesi için, öğrenilmesi reddedilen bilginin ne olduğu hakkında kişi fikir sahibi olmalıdır. Kişi, bilme hakkından vazgeçmeyle hangi tehlikeyi göze alacağını

³⁷² Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.156.

³⁷³ Aynı, s.157.

³⁷⁴ Aynı, s.157; Yıldırım, **a.g.e.**, s.39; Metin, **a.g.e.**, s.203.

belirleyebilmelidir. Gerçek özerklik belirli bilgileri öğrenmek istememe hakkına sahip olup, bu bilgilerin de hangileri olacağına bizzat karar verebilmektir³⁷⁵.

1.3.3.2. Bilmeme Hakkının Sınırları

Bazı durumlarda, kişinin genetik birlikteliği olan başkalarının sağlığı, kişinin bilmeme hakkının ve dolayısıyla özerkliği ile bilişimsel geleceğini bizzat belirleme hakkının ötesine geçebilir. İnsan Genetiği Komisyonu (HGC-Human Genetics Commission) raporunda, genetik ortaklığa işaret ederek, genetik bilginin kişiyi diğer bireylere yönelik özel, ahlâki bir sorumluluğa yönelttiğini belirtmiştir³⁷⁶. Zira söz konusu genetik ortaklık, bazı durumlarda, bir kişinin bilme hakkı ile bir diğerinin bilmeme hakkının çatışması sonucunu doğurabilir³⁷⁷.

Bazı hastalıklar bakımından ise, bilmek bir zorunluluk olabilir. Örneğin, kalıtsal bir hastalık olan Fenilketonüri’de, çocukların belli besin öğeleri yönünden zengin beslenmeleri gerekmekte; aksi takdirde psikolojik gelişimleri geri kalmaktadır. Hastalığın çocuğun gelişimini en az düzeyde etkilemesini sağlamak için, ebeveyninin en erken sürede bilgi sahibi olmaları gerekmektedir. Burada ebeveynin bilmeme hakkının dikkate alınması uygun görünmemektedir. Ancak bu uygulama, yeni doğan çocuklarda her türlü genetik test ve taramanın serbestçe uygulanabileceği anlamına gelmemelidir. Bu tür testlerde ebeveynin rızası sadece tedavisi olan hastalıkların incelenmesi bakımından geçerlidir.

³⁷⁵ Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.158.

³⁷⁶ Genetic Interest Group, “The right not to know”, **Confidentiality Guidelines: Confidentiality & Medical Genetics**, 1998, s.15–16 (Erişim tarihi: 25.05.2009).
http://www.gig.org.uk/docs/gig_confidentiality.pdf.

³⁷⁷ Örneğin, ağır bir kalıtsal hastalık olan Huntington’da hasta olan ebeveynlerin çocuklarında hastalığın görülme oranı %50’dir. Bu hastalık bakımından, kuşaklar arasında bir fikir ayrılığı gündeme geldiğinde, - ara kuşağın- bilmeme hakkının ihlali söz konusu olacaktır. Daha somut bir örnekle açıklamak gerekirse, Anneannenin bu hastalıktan öldüğü varsayımında; ebeveynlerin (ara kuşak) hastalığı ortaya çıkmadan önce, çocuğun genetik test yaptırması, anneninin bilmeme hakkının çiğnenmesi sonucunu doğurabilecektir. Zira test sonucunun pozitif olması halinde anneninin de hastalığı taşıdığı bilgisi ortaya çıkacaktır. Bkz. Edisan ve Aksoy, **a.g.m.**, s.157.

Genetik verilerin gizliliği ve kişinin bilmeme hakkı temel ilkeler olmakla beraber, risk taşıyan aile bireylerinin bulunduğu durumda, hastalığa karşı koruyucu önlemler almak, erken tanı ile genetik riski azaltmak mümkün ise ya da tedavi edilme olanağı söz konusu ise, elde edilen verilerin açıklanması ve dolayısıyla ilgili kişinin bilmeme hakkının sınırlandırılması gündeme gelebilir. Başka bir deyişle, bilginin açıklanması ile sağlanacak yarar, sebep olacağı zarardan fazla ise genetik veriler hakkında riskli aile bireylerine açıklama yapılabilir³⁷⁸.

Diğer yandan kişinin bilmeme hakkı, bazı sağlık mevzuatı hükümlerine ve hastalığın niteliğine göre, yetkili makamların önlem almasını gerektiren bir durumun varlığı hâlinde de sınırlandırılabilir. Özellikle kamu düzeni ve sağlığının söz konusu olduğu durumlarda, hastanın bilgilendirilmemeyi istemiş olması hüküm ifade etmeyecektir³⁷⁹. Hasta Hakları Yönetmeliği de, konuya ilişkin 20. maddesinde, ilgili mevzuat hükümlerine ve yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hastanın, sağlık durumu hakkında kendisine, ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebileceğini belirtmektedir.

1.4. Genetik Tedavide Hastanın Özerkliği

1.4.1. Özerklik Kavramı

Özerklik, kişinin kendi başına düşünme, değerlendirme, özgürce kendi hakkında karar verme ve eylemde bulunabilme yetkinliğidir. Başka bir deyişle, özerklik, kişinin kendini yönetme yetkinliğidir³⁸⁰. Özerkliğinden söz edilecek kişi her şeyden önce, kendi eyleminin özgür olup olmadığını ayırt etme gücüne sahip olmalıdır. Zira ancak bu

³⁷⁸ Genetik Danışma Çerçeve Kuralları. Bkz. Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, WHO, 1998, Erişim tarihi: 2.5.2010, http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf

³⁷⁹ Hasan Özkan ve Sunay Öner Akyıldız, **Açıklamalı – İctihathı Hasta - Hekim Hakları ve Davaları** (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s.39.

³⁸⁰ Metin, **a.g.e.**, s.115.

niteliğe sahip bir kişi, eylemini gerçekleştirirken, kararını şekillendiren, yönlendiren veya baskı altında tutan bir başka gücün etkisinden uzak kalabilir ve gerektiğinde bunlara karşı koyabilir³⁸¹.

Kişinin özerkliğini kısıtlayıp sınırlandıran özelliklerden bazıları şunlardır: Kişinin, isteklerini, eylemlerini ya da her ikisini birden denetim altına alabilme yeteneğindeki eksiklikler, kişinin muhakeme yeteneğini etkileyen durumlar, kişinin tercihini dayandıracığı bilgilerdeki eksiklikler ve kişinin kendi isteklerinde kararlı olma konusundaki eksiklikler³⁸². Dolayısıyla kişi ancak, kararlarının kendisine ait, başkalarından bağımsız ve çeşitli eksikliklerle olabildiğince az sakatlanmış olması ölçüsünde özerk olabilir³⁸³.

1.4.2. Tıp Etiğinin Temel Bir İlkesi Olarak Hastanın Özerkliği

Tıp etiğinin temel ilkelerinden biri de, hastanın özerkliğine ve kişinin kendi kaderini belirleme hakkına saygıdır. Temel evrensel insan hakkı ilkelerinden ”yaşama saygı” ve “kişiye ve insan onuruna saygı”, hekimlik uygulamalarını, “hastanın özerkliğine saygı” ilkesi biçiminde yönlendirmektedir.

Tıpta özerklik; hastanın, kendi tıbbi süreci hakkında, tam, anlaşılır ve açık bilgi edinmeye, aydınlatılmaya ve sonrasında kendi kararını, tedaviyi kabul ya da reddetme yönünde vermeye, ya da istediği anda tedavisini sonlandırmaya hakkı olması anlamına gelmektedir³⁸⁴.

³⁸¹ Aynı.

³⁸² John Harris, **Hayatın Değeri: Tıp Etiğine Giriş**. Çeviren: Suha Sertabiboğlu (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998), s.268 vd.

³⁸³ Aynı, s.273.

³⁸⁴ M. Erdal Güzeldemir, “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, **Sendrom Tıp Dergisi**, (Mayıs 2005), s.13, Erişim tarihi: 10.04.2010, (<http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/anestezi/Metin/Hastabilgilendirmenin%C3%B6nemi.doc>).

Hastanın kişilik hakkının korunması, onun özerkliğine saygı gösterilmesini zorunlu kılar. Bu nedenle de, ona, öncelikle kendisi hakkında karar verme olanağı tanınmalıdır. Hastaya sunulacak bu olanak onun özerkliğini hayata geçiren bir unsur ve rızasını alma yönünde temel bir etik ilkedir. Bireyin kendisiyle ilgili karar verme hakkı veya diğer bir tanımla, “kendi kaderini belirleme hakkı” temel haklarından biri olup, hastalığı ile ilgili, tanı ve tedavisi ile ilgili gerçekleri öğrenme ve kendisine ilişkin son kararı verme hakkını sağlamaktadır³⁸⁵. Sağlık çalışanlarının en önemli yükümlülüklerinden birisi, hasta yönünden özerkliğe saygı ilkesini hayata geçirmektir.

Özerklik kavramı ile birlikte artık, tıbbi uygulamalarda, hekim ve hasta arasındaki ilişkinin tek belirleyicisinin hekim olması ortadan kalkmıştır. Özerk kişi, kendi değer, inanç ve yaşam hedeflerini koruyarak akılcı ve özgür seçimlerde bulunabilir. Seçimini yaparken ise kararını baskılayan her türlü gücün etkisinden uzak duracaktır. İşte, hastanın özerk bir birey olarak yapacağı seçime, vereceği karara ve bu kararın uygulanmasına saygı gösterilmesi “özerkliğe saygı ilkesi” olarak adlandırılan etik bir ilkedir³⁸⁶.

Tıpta hastanın özerkliği, hastaya, “değer yargıları, inançları ve tercihleri” rehberliğinde, “bedenine ve sağlığına yönelik” yapılması planlanan tıbbi girişimlere rıza verip vermemesi doğrultusunda tanınmış kişisel bir hak olarak kabul edilmektedir.

Kişinin alacağı kararlara ve yapılacak uygulamalara “özerkliği”nin yansıyabilmesinde ilk unsur, kişinin içinde bulunduğu durum hakkında ayrıntılı bilgiye sahip olmasıdır. Özerkliğe saygı ilkesinin ikinci unsuru ise, bilgilendirme ve aydınlatmanın ardından hasta tarafından verilecek “rıza”dır³⁸⁷.

³⁸⁵ Güzeldemir, **a.g.m.**, s.12; Sert, **Hasta Hakları**, s.216.

³⁸⁶ Kök, **a.g.m.**, s.117; Özalp, **a.g.e.**, s.37-38.

³⁸⁷ Kök, **a.g.m.**, s.117. Hastanın özerkliğine saygı, onun özerk rızasının alınmasını gerektirir. Tam bir bilgilendirme olmaksızın ise, hiçbir rızanın özerk sayılması mümkün değildir. Bkz. Harris, **a.g.e.**, s.279.

1.5. Genetik Tedavide Hastanın Mahremiyet Hakkı

1.5.1. Kavram

Hasta hakları literatüründe “mahremiyet hakkı” olarak ifade edilen kavram, kişilik haklarının korunması kapsamında “özel hayatın gizliliği” ilkesine karşılık gelmektedir³⁸⁸. Kişinin sağlık bilgileri sadece kendisine ait olup; onun tasarrufundadır³⁸⁹. Bu nedenle, hastanın ve genetik analizler bakımından ilgili kişinin mahremiyetinin sağlanması, ona ait sağlık bilgilerinin gizli tutulması ile mümkündür. Zira, kişisel veri niteliği taşıyan bu tür bilgilerin gizliliği, kişilik haklarından özel hayatın korunmasının bir görünümünü oluşturur³⁹⁰. Bu bağlamda, hastanın mahremiyetini ve kişilik haklarını korumaya yönelik olarak bilgilerin gizli tutulması esas olup, söz konusu gizlilik, hastanın özerkliğine saygının da bir işaretidir³⁹¹.

1.5.2. Hastanın Mahremiyetinin Korunması

Hastanın mahremiyetinin ve özel hayatına saygının sağlanması büyük ölçüde tıbbi bir inceleme ya da tedavinin hasta dışındaki özel veya tüzel kişi tarafına bağlıdır. Zira hasta, inceleme ya da tedavinin öncesinde, devamında ve sonrasında kendisine ilişkin pek çok bilgiyi söz konusu kişilere vermek zorunda kalmaktadır. Bunun yanında, tedavi sürecine dâhil olan kişi veya kurumlar, bazı bilgileri elde edilen bulgulardan da öğrenebilmektedirler. Hasta, bu durumlarda istemese dahi, elde edilen verilerden

³⁸⁸ Yahya Deryal, “Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet) Hakkı”, *KhukA Archiv des öffentlichen Rechts*, Yıl:8 (Kasım 2005), s.127; Sert, *Mahremiyet Hakkı*, s.82 ve 95.

³⁸⁹ Özkan ve Akyıldız, *a.g.e.*, s.48.

³⁹⁰ Aksoy, *a.g.e.*, s.61-62. Hekime gizli kalması şartıyla verilen bilgiler ile hekimin mesleğini icra etmesi münasebeti ile öğrendiği şeyleri sır kapsamındadır. Ayrıca, hastanın maddi ve manevi menfaatini zedeleyebilecek her türlü hususun da bu yükümlülüğün kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan bakıldığında genetik testlerle ortaya çıkan sonuçlar da “sır” kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir. Bkz. Özalp, *a.g.e.*, s.33.

³⁹¹ Metin, *a.g.e.*, s.125-126.

kendisi için sır teşkil edebilecek bazı bilgileri, ikinci ve hatta üçüncü kişilerle paylaşmak zorunda kalabilmektedir.

Ayrıca, tedaviye ilişkin inceleme ve müdahaleler sırasında edinilen hastaya ait bilgiler, sürecin sonucu olarak kendiliğinden, tedaviyi yürüten kurum ya da kişinin bilgilerine dâhil olmaktadır. Özellikle, sağlık alanındaki çeşitli hizmet birimleri arasında uyumlu bir iş bölümünün sağlanması açısından önemli olan iletişimde kullanılan bilgisayar ve elektronik paylaşım ortamı hastaya ait bilgilere ulaşmada kolaylık sağlamaktadır. Ancak bu kolaylık, hastanın mahremiyet hakkı bakımından önemli bir tehdit oluşturmaktadır. Dünya Tıp Birliği, sağlık alanında bilgisayarın ve elektronik bilgi işlem merkezlerinin kullanılmasında yaşanan gelişmeleri göz önünde bulundurarak, “Bilgisayarın Tıpta Kullanılışına İlişkin Duyuru” başlığı ile bir duyuru³⁹² yayınlamıştır. Bu duyurunun 1. maddesine göre, “Ulusal tıp birlikleri hastaları ile ilgili bilgilerin kişiselliğini, güvenliğini ve gizliliğini sağlamak için olası bütün adımları atmalıdır”. Duyuru, elektronik veri bankaları karşısında hastanın özel hayatının korunması kapsamında da önemli tavsiyeler içermektedir³⁹³.

Bu şekliyle, hastanın özel hayatının ve mahremiyetinin korunması, tedavi sürecinde görev alan kişi ya da kurumların özel önlemler almasını gerektirmektedir³⁹⁴. Dolayısıyla, hastanın mahremiyet hakkının sağlanması, tanı konulması, tedavi süreci ve sonrasında hastaya ait bilgilerin gizli tutulması ve beden mahremiyetine saygı gösterilmesi başlıkları altında yer alacak çeşitli önlemlerle gerçekleştirilebilir. Bu kapsamda, hastaya ait bilgilerin saklanması, tedaviyi yürüten kişi ya da kurum tarafından, hasta kayıtlarının tutulması ve arşivlenmesi sırasında gizlilik için gereken

³⁹² İlk olarak 1973 yılında kabul edilen ve sonra çeşitli tarihlerde revize edilen duyuru için bkz. <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/20archives/c9/index.html> (Erişim tarihi: 10.05.2010).

³⁹³ Duyurunun konuya ilişkin 3. maddesi şu şekildedir: “Ulusal hekim birlikleri, elektronik bilgi işlemlere ilişkin olarak hastanın kişisel, güvenlik ve gizlilik haklarını zedeleyebilecek ya da ortadan kaldıracak bir yasa çıkarmaya yönelik herhangi bir çabaya karşı çıkmalıdır. Sosyal güvenlik numaralarının ve bilgilerinin yetkisiz bir biçimde kullanılmasına ya da değiştirilmesine karşı etkin koruyucu yöntemler, bu tip bilgiler bilgisayara yüklenmeden sağlanmalıdır.” Ayrıca madde 4, “Tıbbi veri bankaları, hiçbir zaman başka merkezi veri bankalarıyla ilişkili olmamalıdır” şeklindedir.

³⁹⁴ Sert, **Hasta Hakları**, s.180.

önlemlerin alınması ve hastaya ait sırların açıklanmaması mahremiyet hakkının korunmasında zorunludur³⁹⁵. Belirtmek gerekir ki, hekimin hastaya ait sırları gizli tutmak konusundaki yükümlülüğü, diğer hekimler ve hastanın yakınları da dahil olmak üzere bütün üçüncü kişilere karşı geçerlidir³⁹⁶.

Hastanın beden mahremiyetine saygı ise, hastanın isteği dışında bedenine müdahale edilmemesini ve sağlık hizmetinin beden mahremiyetini sağlamaya elverişli bir ortamda verilmesini ifade eder³⁹⁷.

Sağlık hizmetlerinin sunulmasında hastanın mahremiyet hakkının korunması, hekim-hasta ilişkisinde güven unsurunun yerleşmesi ve dolayısıyla tedavi açısından özel bir önem taşımaktadır. Zira hekime verilen bilgiler arasında hastanın fiziki ve ruhsal durumu ile ilgili bilgilerin yanında, aile hayatı gibi hastanın başkaları ile paylaşmak istemeyeceği bilgiler de yer almaktadır. Bu bilgilerin hekim ile paylaşılması, büyük oranda, söz konusu bilgilerin gizliliği konusunda bir güvencenin bulunmasına bağlıdır³⁹⁸.

Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesini isteme hakkı, hukukumuzda HHY md. 21'de öngörülmüştür. Buna göre, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hastanın sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içinde yürütülmesi, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamı içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca, hastalığın niteliği gerektirmedikçe hastanın kişisel ve ailevi hayatına müdahale edilmemesi gerektiği de bu yönetmelikte belirtilmiştir. Ayrıca, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü md. 4'e göre, "Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez". Bu hükme göre, hekimlerin, kanuni

³⁹⁵ Akıncı, **a.g.e.**, s.222-223.

³⁹⁶ **Aynı.**

³⁹⁷ Sert, **Mahremiyet Hakkı**, s.91.

³⁹⁸ **Aynı**, s.95.

mecburiyetlerin aksini öngördüğü durumlar dışında, meslek sırrını ve dolayısıyla da hastanın mahremiyeti kapsamına giren bilgileri açıklamaları yasaklanmıştır. Ayrıca, Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği'nin 19. maddesi de, sonuçların, kişinin rızası olmadan üçüncü kişilere bildirilemeyeceğini ifade etmektedir.

Yine, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin “Özel Yaşam ve Bilgilendirme Hakkı” kenar başlıklı 10. maddesine göre, “Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.” Belirtilen düzenlemelerin dışında, sağlık mevzuatının pek çok yerinde mahremiyet hakkının korunması esastan söz edilmektedir³⁹⁹.

Genetik analiz sırasında elde edilen kişisel genetik verilerin saklanması konusunda UNESCO İnsan Genetik Verileri Bildirgesi'nde de düzenleme bulunmaktadır. 2003 yılında kabul edilen bu Bildirge'nin 9. maddesi uyarınca, genetik verilerin bilimsel amaçlı kullanılabilmesi için dahi ilgilinin rızası gereklidir. Bu tür bilgilerin bilim insanları arasında paylaşılması bakımından da aynı kural geçerlidir⁴⁰⁰.

Hasta haklarını güvence altına almaya yönelik söz konusu uluslararası ve ulusal mevzuata ve çeşitli tıp etiği belgelerine⁴⁰¹ rağmen, hastanın özel hayatının gizliliğinin korunması gün geçtikçe zorlaşmaktadır. Gelişen ve karmaşıklaşan sağlık sistemi ve bu sistem içerisinde yer alan iletişim ve haberleşme olanaklarının artması, hastanın mahremiyetinin korunmasında güçlükler neden olmaktadır. Şöyle ki, hastanın başvurusu, yapılan incelemeler, tedavi süreci, uygulanan klinik girişimler sırasında görev alan çok sayıda sağlık görevlisi hastanın özel hayatına ve tıbbi durumuna ilişkin bilgileri öğrenebilmektedir. Belirtilen sağlık hizmetlerinin uyum içerisinde devam edebilmesi, birimler arasındaki bilgi akışının sınırlanmamasına ve hizmet veren

³⁹⁹ Örneğin, Ana- Çocuk Sağlığı ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği'nin 11. maddesi şu şekildedir: “Merkezde verilen bütün hizmetler, ... mahremiyete ve gizliliğe saygı gibi tıp etiği ilkeleri ile uygunluk içinde sunulur.” (06.02.1997 tarih ve 22900 sayılı RG).

⁴⁰⁰ Kaye, **a.g.m.**, s.255.

⁴⁰¹ Dünya Sağlık Örgütü Uluslararası Tıbbi Etik Kodu'nda, “Hastanın hekime güvenerek verdiği sırları saklaması hekimin borcudur” denilmektedir. Yine, Cenevre Bildirgesi'nde “Hastanın bana verdiği sırları gizli tutacağım” ifadesi yer almaktadır. Bkz. Gürkan, **Hasta Hakları**, s.181.

birimlerin her birinin kendilerine ait bilgi kayıtları oluşturmasına bağlıdır. Bunun sonucunda hastaya ait bilgiler, pek çok ayrı birimde bulunmakta ve teknolojik olanaklar sayesinde bu bilgilere ulaşmak kolaylaşmaktadır⁴⁰².

İletişim olanaklarının artması ve iş bölümünün zorunluluğu sonucunda hastanın mahremiyetinin korunmasında ortaya çıkan güçlükler, en temel kişilik hakkı olan kişinin özel hayatına saygı esasının göz ardı edilmesi sonucunu doğuramaz. Tıp etiğinin temel ilkelerinin, ulusal ve uluslararası düzenlemelerin önemle belirttiği bu hak, sağlık hizmetlerinin sunulmasında hastaya tanınmış vazgeçilmez bir haktır⁴⁰³. Bu kapsamda, hekimler ya da ilgili sağlık hizmetini veren diğer personel, yasal bir zorunluluk bulunmadığı sürece hastaya dair edindikleri bilgileri hiçbir şekilde açıklayamazlar. Hastalığa ilişkin olarak hekime ve diğer sağlık personeline verilen bilgilerin, konulan tanı veya uygulanan tedavinin üçüncü kişilere açıklanması özel hayatın gizliliği ilkesinin ve mahremiyet hakkının tipik ihlâlidir⁴⁰⁴. Şüphesiz aynı ilke, özellikle kişinin genetik test sonuçları bakımından da geçerli olacaktır.

İsviçre’de konuya ilişkin GUMG md.19’da, genetik analiz sonuçlarının paylaşılacağı kişiler, sadece ilgili kişi/hasta ya da ayırtım gücü bulunmayanlar bakımından yasal temsilci olarak belirlenmiştir. İlgili kişinin akrabaları, eşi veya partneri ise ancak açık bir rızanın varlığı koşuluyla bilgilendirilebileceklerdir.

Türk hukukunda da Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15. maddesi benzer bir düzenleme içermektedir. İlgili hükme göre, “Sağlık durumu ile ilgili gereken bilgiyi bizzat hasta veya hastanın küçük, temyiz kudretinden yoksun veya kısıtlı olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta, sağlık durumu hakkında bilgi almak üzere, bir başkasına da yetki verebilir...”. Yönetmeliğin “bilgilerin gizli tutulması” başlıklı 23.

⁴⁰² Sert, **Hasta Hakları**, s.182.

⁴⁰³ **Aynı.**

⁴⁰⁴ Deryal, **a.g.m.**, s.130. Bu konuda Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 9 şu şekildedir: “Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.”

maddesi de, sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin, kanun ile izin verilen haller dışında hiçbir şekilde açıklanamayacağını belirtmektedir.

Diğer yandan belirtilmelidir ki, genetik verilerin paylaşılması, uygulanan bazı genetik test eşitleri bakımından, mahremiyet hakkının korunması için değil, verilerin kötüye kullanılmasının engellenmesi amacıyla sakıncalıdır. Örneğin doğum öncesi (prenatal) dönemde embriyo üzerinde gerçekleştirilen genetik analizlerde, bilgilerin cinsiyet seçimi, istenen özellikleri taşıyan bir çocuğa sahip olma amacı vd. kötüye kullanım tarzının engellenmesi için, gebeliğin on ikinci haftasından önce, analiz sonucunda elde edilen verilerden sadece ağır ve tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa ilişkin olanların paylaşılması mümkün olmaktadır⁴⁰⁵.

1.5.3. Hastaya Ait Bilgilerin Açıklanabileceği Haller

Öncelikle belirtilmelidir ki, hekim, sadece açık bir yasal düzenlemeyle zorunlu bırakıldığı hallerde hastaya ait bilgileri aıklayabilmelidir⁴⁰⁶. Diğer yandan hekimin, hastaya ait bilgileri vermeye kanunen zorunlu tutulduğu durumlarda da, kamu yararı ve asli görevi olan hastasını korumak seçenekleri arasında bir ikilem yaşaması mümkündür. Bunun sonucunda bazen, hekim, hastaya ilişkin bilgilerin açıklanmasının tedavide olumsuz sonuçlara yol açacağını bilmesine rağmen, bilgileri dışarı vermek zorunda kalmaktadır⁴⁰⁷. Bu noktada, hekimin, hastaya ait bilgiyi açıklama hakkının ya da zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, bilginin açıklanmasından önce alternatif yolların aranması uygun olacaktır. Örneğin, hastanın rızasını sağlamaya yönelik bir çaba veya bilgiyi açıklamasını doğrudan hastanın kendisinden istemek, özel hayatın gizliliğinin sağlanmasında elverişli olacaktır.

⁴⁰⁵ Bkz. GenDG § 15 (I).

⁴⁰⁶ Sert, **Hasta Hakları**, s.197.

⁴⁰⁷ **Aynı.**

Genetik bir analiz sonucunda elde edilen kişisel bilgilerin kullanılması ya da yaygınlaştırılmasında hukuka aykırılık unsuru ancak, söz konusu bilginin herkes tarafından bilinen veya ulaşılabilecek bir niteliğinin bulunması, kanunun öngördüğü durumlardan birinin varlığı⁴⁰⁸ ya da hak sahibi kişinin geçerli rızasının bulunduğu durumlarda ortadan kalkar⁴⁰⁹. Söz konusu hukuka uygunluk sebeplerinden biri olmaksızın kişisel verilerin açıklanması ceza hukuku kapsamında da suç olarak kabul edilmiş olup, Türk Ceza Kanunu md.136⁴¹⁰ ile düzenlenen “kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme, yayma veya ele geçirme” suçu olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı madde 6 ile de, kişisel verilerin işlenebilmesi için aranan hukuka uygunluk sebepleri düzenlenmiştir⁴¹¹. Kişinin sağlığına ilişkin verileri hassas veri olarak kabul eden Tasarı’da, kişinin rızası, kamu yararının sağlanması veya resmi bir görevin yerine getirilmesi ile kişinin kendi haklı çıkarlarının gereklilikleri, verilerin açıklanmasında hukuka uygunluk sebebi olarak sayılmıştır. Ayrıca Tasarı’nın 8. maddesi, kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılmasını konu almaktadır. Maddede, verilerin aktarılması kural olarak yasaklanmış olmakla beraber, özellikle kamu yararı gerekçesiyle bu yasağa çeşitli istisnalar getirilmiştir. Kanunun öngördüğü zorunluluklar, resmi bir görevin yerine getirilmesi, veri kütüğü

⁴⁰⁸ Örneğin, TCK md. 280 gereğince, görevini yaptığı sırada suç işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan sağlık mesleği mensupları durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlüdür.

⁴⁰⁹ Bauer, **a.g.m.**, s.91-92; Akıncı, **a.g.e.**, s.223.

⁴¹⁰ 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ilgili hükmüne göre, “Kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

⁴¹¹ İlgili hüküm şu şekildedir: “(1) Kişisel veriler ancak ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebilir. (2) Kanunlarda öngörülen yükümlülüklerin yerine getirilmesi dışında, ilgili kişinin bir itirazda bulunması hâlinde veri işlenemez. (3) Aşağıdaki hâllerde de hukuka uygunluk sebeplerinin bulunduğu kabul edilir: a) Kanunun öngördüğü bir zorunluluk dolayısıyla, kamu yararına veya resmi olarak verilmiş bir görevin yerine getirilmesi amacıyla veri işlenmesi, b) Kişisel verilerin, ilgili kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olması hâlinde kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla işlenmesi, c) Bir sözleşmenin kurulması ve ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesi, ç) İlgili kişiler tarafından açıklanmış olması veya açık sicillerde mevcut bilgiler olması sebebiyle herkesçe bilinen kişisel verilerin işlenmesi, d) Veri kütüğü sahibinin kendi haklı çıkarları için, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile meşru çıkarlarına zarar vermediği sürece, veri işlenmesinin zorunlu olması”.

sahibinin kendi haklı çıkarları ya da suçun önlenmesi veya soruşturulması amacı için verilerin üçüncü kişilere aktarılması, bu istisnaların bir kısmını oluşturmaktadır.

1.5.4. Genetik Bilgilerin Sigorta Şirketi ya da İşveren ile Paylaşılması

Özel sağlık sigortası hizmeti veren sigorta şirketleri, sigortalayacakları müşterileri ile ilgili tıbbi verilere ulaşmak ve böylece riziko hesabı yapmak istemektedirler. Bu durum ise, ilgili bakımından, mahremiyet hakkının ihlâli sonucu yarattığı gibi, ayrımcı uygulamalara sebep olarak başka zararlar da ortaya çıkarabilmektedir. Bu açıdan, genetik analiz sonucunda kişi/hasta hakkında ulaşılan bilgilerin üçüncü kişilerle ve özellikle de sigorta şirketleri ya da işveren ile paylaşılması, özel bir önem taşımaktadır⁴¹². Zira söz konusu bilgiler, kişinin gelecekte karşılaşacağı olası hastalıkları da içereceğinden, hastanın özel hayatının ve mahremiyetinin ihlâli yanında ayrıca maddi zarar da doğurabilir. Örneğin, bu bilgilerin işverenle paylaşılması, kişinin işini kaybetmesine ya da daha az bir ücretle çalışmak zorunda bırakılmasına neden olabilir⁴¹³. Bu nedenle, genetik analizler karşısında çalışanların kişilik haklarının korunması ayrı bir önem taşır. Ancak bazı durumlarda, çalışanlara genetik test yaptırılması ve verilerin paylaşılması konusunda, üçüncü kişinin üstün yararı bir hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkabilir⁴¹⁴. Örneğin, Alzheimer gibi bazı genetik hastalıklar, kişilerin fiziksel ve zihinsel yetenekleri üzerinde olumsuz etkileri bulunmaktadır. Bu tür hastalığı olup iş sağlığı ve güvenliği bakımından yüksek düzeyde risk içeren görevlerde çalışanların diğer çalışanlar ve üçüncü kişiler için tehlike yaratması mümkündür. Bu grupta pilotluk ilk akla gelen meslek grubu olmaktadır. Amaç, üçüncü kişilerin sağlık ve güvenliğinin sağlanması olduğunda, üçüncü kişinin

⁴¹² Dodey, **a.g.m.**, s.29.

⁴¹³ Sert, **Mahremiyet Hakkı**, s.171.

⁴¹⁴ Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006), s.188.

üstün yararı bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilebilir⁴¹⁵. Yine de bu noktada, genetik analizin tek alternatif olup olmadığı gözetilmelidir.

Diğer yandan, genetik testlerin iş yaşamında kullanılması ve verilerin işverenle paylaşılması durumunda işverenin üstün yararından hareketle bir hukuka uygunluk sebebi bulunduğundan söz etmek de mümkün değildir. İşverenin, genetik olarak dayanıklı işçileri tercih ederek maliyeti düşürmek şeklinde özetlenebilecek ekonomik yararı, genetik analizlerin özel hayata ağır bir şekilde ve çok boyutlu müdahale eden niteliği ve genetik ayrımcılığın yasak olması birlikte düşünüldüğünde, çalışan kişinin özel hayatının gizliliği karşısında üstün tutulamaz⁴¹⁶.

Aynı şekilde, sigorta şirketlerine verilen bilgilerin de, olası hastalık riskinin yüksekliğine bağlı olarak kişinin daha yüksek primlerle sigortalanması sonucunu doğuracağını ve hatta sigorta şirketinin söz konusu kişiyle sigorta sözleşmesi yapmaktan tamamen kaçınabileceğini söylemek mümkündür. Diğer yandan, sigorta şirketlerine verilen ilgili kişiye ait bilgiler genellikle elektronik ortamda saklanmakta ve kişinin bilgisi ve izni olmadan diğer sigorta şirketleri ya da işveren ile paylaşılabilir⁴¹⁷.

Amerikan Tıp Birliği, bir işverene ya da sigorta şirketine karşı sorumluluğu olan, kurum adına çalışan hekimlerin, ilgilileri muayene sırasında elde ettikleri bilgileri yasal zorunluluk veya önceden verilmiş yazılı bir rıza olmadıkça diğer kişilere açıklayamayacağı görüşündedir. İşçilerin sağlığı ile ilgili tüm istatistiksel verilerde ise işçilerin kimlikleri gizli tutulmalıdır⁴¹⁸.

Yine, hastanın bilgilerinin sigorta şirketi temsilcilerine açıklanması da ancak hastanın ya da yasal temsilcisinin izni ile mümkündür. Hekimler, sigorta şirketleri

⁴¹⁵ Karş. Sevimli, **a.g.e.**, s.189.

⁴¹⁶ Aynı, s.187.

⁴¹⁷ Sert, **Mahremiyet Hakkı**, s.172.

⁴¹⁸ American Medical Association, Council on Ethical and Judicial Affairs. Code of Medical Ethics. Current Opinions with Annotations. 2003–2003, s.146 (Sert, **Mahremiyet Hakkı**, s.172, dph.449'dan naklen).

tarafından gerçekleştirilen ve hastaların belli genetik hastalıklara olan yatkınlıklarını belirleyecek olan genetik testlere katılmamalıdır. Ayrıca, hekimler, bağlı oldukları sigorta şirketlerine, ellerinde ilgili kişinin genetik bilgileri bulursa dahi bunu paylaşmayacaklarını kurumla sözleşme yaparken önceden bildirmelidirler⁴¹⁹.

1.5.5. Biyolojik Örneklerin ve Genetik Verilerin Saklanması

1.5.5.1. Genetik Analizi Yapan Kurum Tarafından Saklanması

Biyolojik örnekler, ilgilinin genetik yapısını göstermesinin yanında, tıbbi uygulamalar ve bilimsel araştırmalar için de önemli kaynaklar olduğundan saklanmaktadır. Tıbbi araştırma ve uygulamalarda ilgilinin kişisel ve tıbbi bilgilerine doğrudan ulaşılması gerekirken, bilimsel araştırmalarda ilgilinin adı ve diğer tanımlayıcı bilgileri kodlanarak, biyolojik örnek anonimleştirilir. Ancak, anonimleştirilmiş bu bilgi de gerektiğinde ulaşılacak üzere saklı tutulur. Biyolojik örneğin geri dönülemez bir şekilde anonim hale getirilmesinde ise artık ilgili ile onun kişisel ya da tıbbi bilgisi arasında bir ilişki kurmak mümkün olmayacaktır; tüm kişisel ve tıbbi bilgi imha edilmiş durumdadır⁴²⁰.

Genetik analizler için kullanılan örnekler, sonuçların rapor edilmesinden sonra analizi yapan kurumun kuralları çerçevesinde, ilgiliye de bildirilen bir süre için saklanır. İlgilinin genetik verilerinin ayrımcılık vb. amaçlarla kullanılmasının önüne geçilmesi için bu verilerin saklanmasında da dikkatli hareket edilmelidir. Hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş verilerin saklanması ve işlenmesi sürecinde, kullanım amacı aşılmamalı; ölçülülük ilkesi çerçevesinde hareket edilmelidir⁴²¹. İlgilinin genetik

⁴¹⁹ American Medical Association, Council on Ethical and Judicial Affairs. Code of Medical Ethics. Current Opinions with Annotations. 2003–2003, s.144 ve s.42 (Sert, **Mahremiyet Hakkı**, s.172, dpn.450 ve 451'den naklen).

⁴²⁰ Genetik Danışma Çerçeve Kuralları. Bkz. Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, WHO, 1998, Erişim tarihi: 2.5.2010, (http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf).

⁴²¹ Deryal, **a.g.m.**, s.129.

materyalinin, genetik uygulamaya başlanırken kendisine açıklanan amacın dışında, kendisinden izin alınmadan kesinlikle kullanılmayacağı unutulmamalıdır⁴²².

Analiz sonuçları, elektronik veri tabanlarında korunuyor ise, bilgisayar sistemi şifrelenmelidir. İlgilinin genetik bilgisi ile birlikte kimlik bilgileri ve laboratuara gönderilen klinik bulgular özel olarak hazırlanmış ve ancak şifre ile ulaşılabilen veri bankalarında saklanmalıdır⁴²³.

Elde edilen genetik veriler ile biyolojik örneklerin saklanması ve yok edilmesine ilişkin önemli bir düzenleme Alman hukukunda Genetik Tanı Kanunu'nda yer almaktadır. Söz konusu Kanun'un § 12 hükmüne göre, genetik analiz sonuçları sorumlu sağlık personeli tarafından on yıl süreyle saklanmak zorundadır. Bu sürenin dolması ya da ilgili kişinin sonuçların yok edilmesi yönündeki istemi üzerine, analiz sonuçları derhal yok edilmelidir. Ayrıca, genetik materyalin kullanılması ve yok edilmesine ilişkin esasları düzenleyen § 13 hükmünde de, söz konusu biyolojik materyalin sadece elde edilme amacı çerçevesinde ve bu amaca uygun olarak kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Genetik materyalin, belirlenen amaç için artık gerekli olmadığı veya ilgilinin daha önce vermiş olduğu rızayı geri alması hallerinde, sorumlu sağlık çalışanı ya da sağlık kurumu bunları derhal yok etmelidir. Genetik materyalin başka amaçlar için kullanılması sadece açık yasal düzenlemeler çerçevesinde ya da ilgilinin bu yöndeki açık yazılı izni üzerine mümkün olabilecektir⁴²⁴.

⁴²² Tolun, **a.g.e.**, s.8.

⁴²³ Genetik Danışma Çerçeve Kuralları. Bkz. Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, WHO, 1998, Erişim tarihi: 2.5.2010, (http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf).

⁴²⁴ Genenger, **a.g.m.**, s.115.

1.5.5.2. Biyobankalarda Saklanması

Günümüzde genetik bilgilerin belirli merkezlerde saklanması ve gerektiğinde izin verilen belirli amaçlar için kullanılabilmesi amacıyla gen ve DNA bankaları kurulmaktadır. Doktrinde *biyobankalar* olarak adlandırılan ve kamu ya da özel sektör tarafından kurulan bu gibi yerlerde, insan dokusunun örnekleri uzun süreli saklanmakta, ayrıca bunlarla ilgili genetik ve diğer tıbbi bilgiler depolanarak veri bankası haline getirilmektedir⁴²⁵. Bir yandan genom programına veri desteği sağlayan diğer yandan ticari amaç taşıyan bu bankalar birbirleriyle bağlantılı olarak çalışmakta; depolanan genetik veriler, elektronik bir ağ üzerinden kullanıcıların erişimine sunulmaktadır⁴²⁶.

Genetik veriler de, sağlığa ilişkin diğer tıbbi veriler gibi, ancak ilgili kişinin izin verdiği durumlarda ve sağlık çalışanları tarafından toplanabilir. Bu ilkeler gözetilerek toplanan DNA örneklerinin işlenmesi ve bankada depolanması işlemleri sürecinde ise kişinin mahremiyetinin ve kişisel tıbbi bilgilerinin gizliliğinin korunması en temel kuraldır. Bu nedenle, biyolojik örneklerin saklanması ya da analiz edilmesi aşamalarında ilgili kişinin kimliğinin gizli kalması gerekir. Bilgiler şifreleme sistemi ile korunmalı, kodlanarak depolanmalı ve tüm işlemler sırasında da bu kod kullanılmalıdır⁴²⁷. Aksi durumda, kişilik hakkı ihlallerinin yaşanacağı şüphesizdir. Bu bağlamda, DNA Bankası yöneticileri, biyolojik örneklerin uzun süreli olarak sağlıklı ve kalite güvenliği olan koşullarda depolanmasından ve ayrıca, kişilere ilişkin bilgilerin veritabanında güvenli şekilde korunmasından sorumludurlar⁴²⁸.

Diğer yandan, gen bankalarının yeterli hukuki düzenleme olmaksızın kurulup faaliyet göstermeleri de çeşitli kişilik hakkı ihlalleri oluşturmaktadır. Örneğin, ilgili kişinin belirli bir test için rıza vermesine karşın, alınan biyolojik materyalin ilgilinin

⁴²⁵ Mustafa Fadıl Yıldırım, **Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk**, (Ankara: Engin Yayınevi, 2008), s.40.

⁴²⁶ Metin, **a.g.e.**, s.203.

⁴²⁷ Biyobankalar ve Biyoetik: DNA Bankaları Çerçeve Kuralları. UNESCO Milli Komisyonu Biyoetik Komitesi. Erişim tarihi: 2 Ocak 2010 (<http://www.unesco.org.tr/komiteler.php?gitid=2&menuid=1>).

⁴²⁸ **Aynı.**

bilgisi dışında başka testler için de kullanılması, elde edilen bilgilerde anonimliğin sağlanmaması, genetik ayrımcılığa yol açabilecek bilgilerin elde edilerek bunların depolanması ve test sonuçlarının üçüncü kişilerle paylaşılması durumlarında kişilik hakkının ihlali söz konusu olmaktadır.

Belirtilmelidir ki, böyle bir bankanın kurulabilmesi için güdülen amacın “izin verilen amaç” olması gerekir; her türlü amaç için genetik veri bankasının kurulması mümkün değildir. İzin verilen amaçların başında organ ve doku nakilleri ile ilaç üretimi araştırmaları gelmektedir. Ülkemizde de, henüz kanunlaşmamış olmakla beraber, henüz Tasarı aşamasında hazırlık çalışmaları devam eden DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu’nda⁴²⁹, DNA verilerinin işlenmesi ile toplanma ve kullanılma amaçları ile saklanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

2. ULUSLARARASI HUKUK VE TÜRK HUKUKUNDA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

2.1. Uluslararası Hukuk

Biyoloji ve tıbbın uygulanmasına ve bu alandaki ilerlemelere rehberlik eden biyoetik kavramı ve içerdiği temel ilkeler, bilim ve araştırmaların hızla küreselleşmesine paralel bir şekilde, uluslararası alanda ortak bir kabulü zorunlu kılmaktadır⁴³⁰. Zira biyoloji ve tıbbi buluşturan bu yeni bilim dalı ve gen teknolojisinin gelişimi ulusal ya da bölgesel bir alanla sınırlı değildir⁴³¹. Biyoetiğin küreselleşmesi, kültürel sınırları aşan bir anlayışa işaret etmekle beraber, ayrıca, biyoetik alanında

⁴²⁹ Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/dna.pdf>

⁴³⁰ Tuğrul Katoğlu, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-tıp Sözleşmesi”, **AÜHFD**, Cilt no 55, Sayı no 1, (2006), s.158.

⁴³¹ Claudia Mund, **Grundrechtsschutz und Genetische Information: Postnatale Genetische Untersuchungen im Lichte des Grundrechtsschutzes unter besonderer Berücksichtigung genetischer Untersuchungen im Arbeits- und Versicherungsbereich**, (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005), s.35–36.

ulusal ya da uluslararası etik kurulların, ilgili kuruluşların, sözleşme, bildirme, tavsiye kararları veya raporların güç kazanmasını da ifade etmektedir. Biyoetik alanındaki söz konusu gelişme ve kurumsallaşma, biyotibbin ve genetik araştırmaların, insan onuru ile temel hak ve özgürlüklerin korunacağı yeni bir alan olarak görülmesinin bir sonucudur⁴³².

Biyoloji, tıp ve özellikle genetik alanında yaşanan hızlı gelişmeler, karmaşık bir takım etik sorunlar yaratırken, bu teknolojinin kötüye kullanılma olasılığı hukuktan beklentileri artırmış; uluslararası düzlemde çeşitli çalışmaların başlamasını sağlamıştır⁴³³. Söz konusu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan bildirgelerin temel amacının, evrensel nitelikte ilkeler ve prosedürler oluşturarak biyoetik alanında yasama ile yürütülecek politika konusunda devletlere rehberlik etmek olduğu söylenebilir⁴³⁴.

Uluslararası hukuk alanında insan genetiği ile ilgili temel metinleri özellikle UNESCO Bildirgeleri ve Avrupa Konseyi'nin çeşitli çalışmaları oluşturmaktadır. UNESCO Bildirgelerinde yer alan çözüm ve kurallar, Avrupa Konseyi'ne üye olmayan devletlerde genetik sorunlara ilişkin ulusal düzenlemeler bakımından yön gösterici bir işlev üstlenirken; Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde ise Konsey'in çalışmaları etkili olmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, günümüzde biyotıp hukukunun temel metinleri, UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ile Oviedo Sözleşmesi olarak da bilinen Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir.

Yukarıda sözü edilen UNESCO Bildirgeleri, genetik araştırmaları konu almakla beraber hukuken bağlayıcılık taşımamaktadırlar⁴³⁵. Buna karşılık, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, biyoetik sorunları insan hakları hukuku

⁴³² Katoğlu, a.g.m., s.159.

⁴³³ Mund, a.g.e., s.36.

⁴³⁴ Faruk Aşıcıoğlu, "Türkiye'nin Taraf Olduğu Biyoetik Sözleşmeler ve İç Hukuktaki Yansımaları", **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul 24-25 Nisan 2008), (İstanbul: XII Levha Yayıncılık: Ocak 2011).

⁴³⁵ Mund, a.g.e., s.37.

çerçevesine oturtan ve taraf devletler için bağlayıcı özelliği olan ilk insan hakları belgesidir.

2.1.1. UNESCO Bildirgeleri

2.1.1.1. İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi⁴³⁶

2.1.1.1.1. Bildirge'nin Niteliği ve Oluşum Süreci

11 Kasım 1997 tarihinde UNESCO Genel Konferansı ve 9 Aralık 1998'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen bu bildirge, insan genetiği alanında önemli kilometre taşlarından biridir⁴³⁷. Bildirge, üye devletlere tavsiye niteliği taşıyan hükümleri ile, konuya ilişkin asgari bir uzlaşma ve koruma sağlayacak uluslararası bir standart oluşturmayı hedeflemiştir⁴³⁸. Zira son derece karmaşık, disiplinler arası tartışmaların yürüdüğü genetik alanında, üzerinde tamamen uzlaşmış ortak bir metnin oluşturulması, çok farklı kültürlerin bir araya geldiği Birleşmiş Milletler'de, Avrupa'ya göre çok daha zordur. Bu anlamda üye devletlerin kabulü, politik bir açıklama olarak değerlendirilebilir⁴³⁹.

Bildirge'nin hazırlık çalışmaları, 1993 yılında farklı uzmanlık alanlarından gelen 46 uzman tarafından oluşturulan Uluslararası Biyoetik Komitesi tarafından yürütülmüştür. Bu komitede yer alanlar arasında biyologlar, hekimler, hukukçular ve etik konusunda çalışan uzmanlar bulunmaktaydı. Bu çalışmalar sonucunda ortaya çıkan ilk taslak metni aleni olarak tartışılmış ve üzerinde pek çok kez çalışılmıştır. Taslak metnin tartışılması sürecinde, komite üyeleri, dışarıdan uzmanları ve bölgesel, ulusal

⁴³⁶ Bkz. yukarıda d.pn. 221.

⁴³⁷ Ergun Özsunay, "Uluslararası Hukuk ve Genetik", **Güncel Hukuk**, (Ekim 2006), s.12.

⁴³⁸ Mund, **a.g.e.**, s.37 ve 38.

⁴³⁹ Gerhard F. Fulda, "UNESCO- Deklaration über das menschliche Genom und Menschenrechte", **Genmedizin und Recht**, Derleyen: Stefan F. Winter, Hermann Fenger ve Hans-Ludwig Schreiber, (München: C. H. Beck Verlag, 2001), s.196.

ve uluslararası alandan çeşitli sivil toplum örgütü temsilcilerini dinlemiş; onların görüşlerini de almışlardır⁴⁴⁰. 1996 yılının sonlarında, UNESCO, üzerinde halen çalışılan taslağı, görüşlerini bildirmeleri için üye devletlerin tamamına ve uluslararası organizasyonlara göndermiş; gelen görüşler ışığında hazırlanan yeni metin Temmuz 1997'de Paris'te tüm üye devletlere açık bir toplantıda görüşülmüş ve nihayet 11 Kasım 1997 tarihli UNESCO Genel Konferansı'nda resmi bir oylama yapılmaksızın kabul edilmiştir⁴⁴¹.

UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, biyoteknolojik gelişmeler karşısında insan hakları ile insan genomunu konu alan ve tüm dünya ülkelerini kapsayan uluslararası nitelikte bir organizasyon tarafından kabul edilen ilk evrensel belgedir⁴⁴². Dolayısıyla, Bildirge, bağlayıcılık özelliği taşımamasına rağmen, biyoloji, genetik ve tıp ile insan hakları ilişkisinde merkezi bir öneme sahiptir.

2.1.1.1.2. Bildirge'nin İçeriği

Bildirgenin ilk maddesi, insan genomunun sembolik olarak insanlığın mirası olduğunu ifade etmektedir. İnsan genetiği ve insan hakları bağlamını kuran 2.madde, her insanın kendi genetiğinden bağımsız olarak, kendi haklarına ve onuruna saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğunu belirtmektedir.

Bildirge'nin "Bireyin Hakları" başlığını taşıyan 5.maddesi, genetik araştırma, tanı ve tedavi süreçlerine ilişkin düzenlemeler içermektedir. Buna göre, genetik bir müdahale sürecinde ilgili kişilerin açık bir şekilde bilgilendirilmesi ve rızalarının alınması gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle, genom araştırmasına rıza verme yeteneği bulunmayanların korunmasına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Bu kimseler üzerinde genetik bir araştırma sadece sağlık amacıyla yapılabilecektir.

⁴⁴⁰ Fulda, **a.g.m.**, s.197.

⁴⁴¹ Aynı, s.197.

⁴⁴² Mund, **a.g.e.**, s.39; Fulda, **a.g.m.**, s.198.

Araştırma, kişinin kendi sağlığı bakımından doğrudan bir fayda getirmemekle beraber, aynı yaş grubundan veya genetik yapıdan başkalarının sağlığına katkıda bulunacaksa, bu takdirde, kişiye getireceği yükün asgari derecede olması gözetilmelidir (md.5/e).

Ayrıca, herkes, genetik araştırmaların sonuçları hakkında bilgi sahibi olmak ya da olmamak (bilmeme hakkı) konusunda karar vermek hakkına sahiptir. Yine, genetik ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 6.madde ve genetik verilerin gizli tutulması esasını getiren 7.madde bu çalışmanın kapsamında anılması gereken önemli düzenlemelerdir.

Bildirge'nin "İnsan Genomu Üzerinde Araştırma" başlıklı kısmında ise, insan genomuna ilişkin araştırmaların, ancak insan onuruna ve temel hak ve özgürlüklere saygı çerçevesinde yapılabileceği açıklanmakta (md.10 vd.); üremeye yönelik insan klonlaması gibi insan onuruna aykırı uygulamalara izin verilemeyeceği belirtilmektedir (md.11).

2.1.1.2. Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirgesi⁴⁴³

2.1.1.2.1. Bildirge'nin Niteliği ve Oluşum Süreci

Genetik alanındaki en önemli belgelerden birisi de 16 Ekim 2003 tarihli "Uluslararası İnsan Genetik Verileri Bildirgesi"dir⁴⁴⁴. UNESCO 32. Genel Konferansı'nda kabul edilen Bildirge, genetik alanında uluslararası kabul görmüş temel etik ilkeleri içermekte olup, politik bir niyet açıklaması ve tavsiye niteliği taşımaktadır; bağlayıcı değildir⁴⁴⁵.

Uluslararası Biyoetik Komitesi, Bildirge'nin kabulünden önceki süreçte farklı ülkelerden çok sayıda uzmanla buluşmuş ve uluslararası bir danışma faaliyeti

⁴⁴³ Bildirge metni için bkz. http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁴⁴⁴ Özsunay, **a.g.m.**, s.12; Mund, **a.g.e.**, s.41.

⁴⁴⁵ Mund, **a.g.e.**, s.43.

yürütmüştür. Bu sayede, Bildirge'nin genetik konusundaki en yeni bilgilerle uyumlu olması ve etik, sosyal ve hukuki planda ortaya çıkabilecek sorunlara çözüm olacak şekilde ortaya çıkarılması amaçlanmıştır⁴⁴⁶.

2.1.1.2.2. Bildirge'nin İçeriği

Bildirge'nin başlangıç kısmında, genetik verilerin özelliklerine değinilerek, bunların kişinin hastalığa yatkınlığı önceden açık etme özelliği vurgulanmıştır. İlk madde Bildirge'nin amacını açıklamaktadır. Buna göre amaç, konuya ilişkin diğer tüm uluslararası metinlerde de vurgulandığı üzere, eşitlik, adalet ve dayanışma gereğince, insan genetik verilerinin toplanması, işlenmesi, kullanımı ve saklanması sırasında insan haklarının, temel özgürlüklerin korunması ve insan onuruna gerekli saygının gösterilmesini güvence altına almaktır⁴⁴⁷.

Bu bildirge ile genetik verilerin özel durumu vurgulanmakta (md.4); bunların insan haklarını, temel özgürlükleri veya bireyin insanlık onurunu rencide edecek şekilde ya da bireyin, ailenin, topluluğun veya toplumun aşağılanmasına yol açabilecek amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılması yasaklanmıştır (md.7). Dolayısıyla ayrımcılık yasağı burada da kesin bir şekilde ifade edilmiştir.

Genetik veriler üzerinde çalışma, ancak teşhis amacıyla veya uluslararası alanda kabul görmüş insan haklarıyla bağdaşır nitelikte bir sağlık amacıyla mümkündür (md.5). Genetik verilerin ancak ilgilinin aydınlatılmış rızasının ile toplanabileceğini belirten Bildirge, bu verilerin işlenmesi, kullanımı ve saklanması süreçlerinde mahremiyet ve gizlilik, doğruluk ve güvenlik gibi ilkeler çerçevesinde koruyucu çözümler öngörmektedir.

⁴⁴⁶ Aynı, s.42.

⁴⁴⁷ Aşıcıoğlu, a.g.m., s.263.

Bildirge, belirtilen ilkelerin uygulanmasını denetleyecek kurulların kurulmasını üye devletlerin sorumluluğuna bırakmıştır. Söz konusu ilkelerin uygulanmasını sağlamak amacıyla her devletin hukuki, idari ve diğer gerekli önlemleri alması, ayrıca etik alanında eğitim ve bilgilendirmeyi geliştirmesi talep edilmektedir.

2.1.2. Avrupa Konseyi Çalışmaları

2.1.2.1. Parlamenterler Meclisi'nin "İnsan Genomunun Korunması"na İlişkin 1512 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi, 1980'li yıllardan itibaren genetik konusu kapsamında çalışmalar yapmış ve çeşitli "Tavsiye Kararları"⁴⁴⁸ vermiştir. Söz konusu Tavsiye Kararları, üye devletlere yönelmiş olmakla beraber, hukuken bağlayıcı bir nitelik taşımamaktadırlar.

İnsan Genomunun Korunmasına ilişkin 1512 Sayılı Tavsiye Kararı⁴⁴⁹, Parlamenterler Meclisi'nin yapmış olduğu söz konusu çalışmalar içerisinde inceleme konumuzla doğrudan ilişkili olandır⁴⁵⁰. Söz konusu Tavsiye Kararında, genetik bilimi ve insan genomu projesinin önemi ve geniş kapsamlı etkileri vurgulanmakta; bu kapsamda yapılacak çalışmalarda insan onurunun korunmasının temel bir ilke olarak gözetilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Genetik araştırmalar sayesinde genetik bozuklukların ve çeşitli hastalıklara yatkınlığın belirlenebileceğini, gen tedavisi

⁴⁴⁸ 1982 yılında Genetik Mühendisliği Hakkında 934 Sayılı Tavsiye Kararı, 1999 yılında Biyoteknoloji ve Fikri Mülkiyet konulu 1425 Sayılı Tavsiye Kararı, 2000 yılında Biyoteknolojiler konulu 1468 Sayılı Tavsiye Kararı ve 2001 yılında İnsan Genomunun Korunmasına İlişkin 1512 Sayılı Tavsiye Kararı.

⁴⁴⁹ Karar metni için bkz.

<http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta01/erec1512.htm>

⁴⁵⁰ Tavsiye Kararlarının yanı sıra, konuya ilişkin bir Ek Protokol Tasarısı da bulunmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ni hazırlayan Avrupa Konseyi "Biyoetik Yürütme Komitesi (CDBI), genetikle ilgili sorunlar konusunda bir çalışma grubu oluşturmuştur. Bu çalışma grubu, "İnsan Genetiği Hakkında Ek Protokol Tasarısı oluşturmakla görevlendirilmiştir. Belirtilmelidir ki, Ek Pprotokoller de, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gibi, Avrupa Anlaşması (European Treaty) hükmündedir. Bkz. Özsunay, **a.g.m.**, s.13.

olanaklarının bulunabileceğini belirten Tavsiye Kararı, ayrıca, genetik araştırmaların ancak ilgilinin aydınlatılmış rızasıyla yapılabileceğini de ifade etmektedir.

2.1.2.2. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi⁴⁵¹

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, insan üzerinde genetik inceleme ve araştırmaların tabi olacağı temel ilke ve esasları belirlemiştir Sözleşme, konuya ilişkin önemli düzenlemeler getirmekte; genetik analizler ve kişilik haklarının korunmasına ilişkin çeşitli hükümler içermektedir. Türkiye'nin de 1998 yılında tarafı olması dolayısıyla bağlayıcılığı bulunan bu sözleşme ayrıntılı bir incelemeyi gerektirmektedir.

2.1.2.2.1. Sözleşmenin Oluşum Süreci ve Türkiye Açısından Durum

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanmış ve 4 Nisan 1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentinde imzaya açılmıřtır⁴⁵².

Sözleşme'nin amacı, temel hak ve özgürlükleri güvence altına alma amacı taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralel olup; özel olarak düzenlediği biyoetik alanı bakımından da onun bir uzantısı niteliği taşımaktadır⁴⁵³. Zira tıp ve biyoloji konusundaki diğer uluslararası düzenlemeler, bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiye kararları ve bildirgelerden oluşmaktadır. Biyoetik alanında uluslararası hukukun

⁴⁵¹ Avrupa Konseyi "Biyoetik Yürütme Komitesi (Steering Committee on Bioethics) tarafından hazırlanarak 4 Nisan 1997 tarihinde İspanya'nın Oviedo kentinde imzalanan sözleşmenin tam adı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"dir.

⁴⁵²Katođlu, **a.g.m.**, s.157.

⁴⁵³ Metin, **a.g.e.**, s.412; Yavuz Kaplan, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, **e-akademi**, Sayı no 27 (Mayıs 2004), Erişim tarihi: 10.07.2010. <http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=27> .

en önemli metinlerinden biri olan Sözleşme'ye taraf olabileceklerin kapsamı da geniş tutulmuştur. İlgili düzenlemeye⁴⁵⁴ göre, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne Avrupa Konseyi üyesi devletlerin yanısıra, üye olmayan devletler de taraf olabilecektir. Ancak, Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletler, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarına katılmış bulunmak veya Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından Sözleşme'ye katılmak üzere davet edilmiş bulunmak koşuluyla üye olabilmektedirler.

Türkiye, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ne imzaya açıldığı 4.4.1997 tarihinde imza koymuştur. Sözleşme'nin Türk Hukuku bakımından bağlayıcı hale gelmesi ise, diğer bütün uluslararası sözleşmelerde uygulanan hukuki prosedürün uygulanması ile gerçekleşmiştir. Buna göre, Türkiye, 3.12.2003 tarihinde kabul edilen 5013 sayılı "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*"u⁴⁵⁵ çıkarmıştır. Zira, 1982 Anayasası'nın 90/I. maddesinde de belirtildiği üzere, uluslararası sözleşmelerin onaylanması, TBMM tarafından çıkarılacak bir uygun bulma kanunu ile yapılır. Aynı maddenin son fıkrası ise (m.90/V), usulüne uygun olarak onaylanarak yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu ve bu sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, uluslararası sözleşmelerin kanunlara göre daha üst nitelikte hukuk normları olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, usulüne uygun olarak onaylanıp yürürlüğe girmiş bulunan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, biyoetik alanına getirdiği tüm ilke ve kuralları ile Türk Hukuku'nun bir parçasını oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Türk Hukuku açısından bağlayıcı olup; doğrudan uygulanabilecek bir nitelik taşımaktadır⁴⁵⁶. Sözleşme'nin

⁴⁵⁴ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md.33 ve 34.

⁴⁵⁵ 09.12.2003 tarih ve 25311 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁵⁶ Hasan Petek, "Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması", **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı no: 49 (Ocak 2007), s.53; Kaplan, **a.g.m.**, par.11; Katoğlu, **a.g.m.**, s.166. Belirtmek gerekir ki, Türkiye, Sözleşme'nin, "*Herhangi bir devlet ve Avrupa Topluluğu, Sözleşme'yi imzalama zamanında ya da onay, kabul, uygun bulma ya da katılım belgesini depo etme tarihinde, o tarihte ülkesinde yürürlükte bulunan herhangi bir kanun hükmüyle Sözleşme'nin herhangi bir hükmünün uyumlu bulunmaması ölçüsünde, bu*

bağlayıcılık özelliği ayrıca, 1/II. maddede yer alan düzenlemede de kendini göstermektedir. Söz konusu hüküm, bütün taraf devletlere, Sözleşme'nin en etkili biçimde uygulanabilmesi için, iç hukukta gerekli düzenlemelerin yapılması ve bu değişikliklerin Sözleşme hükümlerini değişikliğe uğratacak nitelikte olmaması yönünde yükümlülükler getirmiştir.

2.1.2.2.2. Sözleşme'nin Özellikleri

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, pek çok Avrupa devleti tarafından onaylanmış geniş katımlı, bağlayıcı özelliğe sahip ve tamamen biyoetik alanına yönelik ilk uluslararası sözleşmedir. Bu uluslararası metin bir bildirge değil, sözleşmedir. Dolayısıyla sözleşme, taraf olan devletleri bağlamakta ve onlara, iç hukuklarında, sözleşmede yer alan ilkelere uygun yasal değişiklikleri yapmak yükümlülüğü getirmektedir⁴⁵⁷.

Bu bağlamda anılabilecek 23 ve 25. maddelerde, taraf devletlerin Sözleşme'de öngörülen hak ve ilkelerin hukuka aykırı olarak ihlâl edilmesini önlemek için uygun hukuki korumayı sağlamaları ve Sözleşme hükümlerine uyulmasını teminat altına almak üzere, iç hukuklarında uygun yaptırımlar öngörmeleri gerektiği hükme bağlanmaktadır. Diğer yandan, Sözleşme'de yer verilen haklardan ve koruyucu hükümlerden yararlanılmasında, taraf devletlerin bir takım sınırlamalar getirmesinin yolu da 26. madde ile açılmıştır. Bu hükme göre, *“Sözleşme'de yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından*

Sözleşme'nin herhangi bir hükmüne bir çekince koyabilir...” şeklindeki md.36/1 hükmüne dayanarak, Sözleşme'nin md.20/2 hükmüne bir çekince koymuştur. Türkiye'nin çekince metni şu şekildedir: *“Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme madde 36 uyarınca, belli şartlar altında onay verme yeteneği bulunmayan bir kişiden kendini yenileyebilir dokuların alınmasına yetki (izin) veren, Sözleşmenin madde 20 paragraf 2 hükmünü uygulamama hakkını, işbu hüküm, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun madde 5'te öngörülen yasakla uyumlu olmadığından, saklı tutmaktadır”*. Bkz. Katoğlu, **a.g.m.**, s.187; Metin, **a.g.e.**, s.413-414;

⁴⁵⁷ Metin, **a.g.e.**, s.414-415; Katoğlu, **a.g.m.**, s.160 ve 165.

öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır". Yine de, aynı maddenin devamında, bu tür sınırlamaların Sözleşme'nin genetik kalıtım dolayısıyla ayrımcılığı yasaklayan 11, önleme, teşhis ve tedavi amaçları dışında insan genomuna müdahaleyi yasaklayan 13, cinsiyet tercihi amacıyla yapay dölleme tekniklerinin kullanılmasını yasaklayan 14. maddeleri gibi⁴⁵⁸ Sözleşme'nin esasını oluşturan düzenlemeler bakımından mümkün olamayacağı kesin bir ifade ile hükme bağlanmıştır. Diğer yandan, 27. maddeye göre, taraf devletlerin, Sözleşme ile öngörülenden daha geniş bir hukuki koruma sağlamalarına bir engel yoktur⁴⁵⁹.

Sözleşme'nin önemli özelliklerinden biri de, biyoetiğin konularına geniş kapsamlı bir şekilde yaklaşmasıdır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, UNESCO'nun İnsan Genomu ve İnsan Hakları Bildirgesi gibi sadece genetik alanına odaklı diğer sözleşmelerin aksine, biyotıp etiğinin tüm alanlarını kapsamayı hedeflemektedir⁴⁶⁰.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, biyotıp alanında üzerinde uzlaşılan ve bu alanda yürütülen faaliyetleri yönetecek temel kural ve ilkeleri bir araya getirmeyi amaçlamıştır. Bu sebeple de, belirli konularda, zamanla, çeşitli ek protokollerle⁴⁶¹ genişletilmesi hedeflenen genel ilkeler içermekte olup, başlangıcından itibaren çerçeve bir sözleşme olarak düşünülmüştür.

Sözleşme'nin özellikleri arasında belirtilmesi gereken bir diğer husus da, Sözleşme'nin birçok hükmünün doğrudan uygulanma kabiliyetine sahip olmasıdır⁴⁶².

⁴⁵⁸ Sınırlamanın mümkün olmadığı hakları ve koruyucu düzenlemeleri içeren diğer maddeler, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunmasını öngören 16. madde, araştırmaya rıza yeteneği olmayan kişileri koruyan 17. madde, canlı donörden organ nakli konusunda genel kural içeren 19. madde, rıza yeteneğine sahip olmayan donörün korunmasına yönelik 20. madde ve insan vücudunun ve parçalarının ticari kazançta konu olmasını yasaklayan 21. maddedir.

⁴⁵⁹ Katoğlu, **a.g.m.**, s.166.

⁴⁶⁰ Metin, **a.g.e.**, s.415.

⁴⁶¹ Bu güne kadar üç ek protokol kabul edilmiştir: İnsan Klonlama (1998), Organ Nakli (2002) ve Biyotıp Araştırmaları (2004).

⁴⁶² Katoğlu, **a.g.m.**, s.166.

Söz konusu hükümler, taraf devletlere yasama yükümlülüğü getirmekten çok, belirli bir konuda doğrudan uygulanacak düzenlemeler içermektedir. Bu bağlamda, örneğin, insanın menfaati ve refahının önceliği ilkesini düzenleyen 2. madde ve meslek kurallarına uygun tıbbi müdahaleyi öngören 4. madde, doğrudan etkilidir. Yine, tıbbi müdahalelere rıza kapsamındaki hükümler ayrıntılı olup, doğrudan uygulanabilir nitelik taşımaktadır.

Sözleşme'nin zayıf yönü olarak görülen bir özelliği ise, yargısal başvuru yollarının eksikliğidir. Sözleşme'nin emredici nitelik taşıyan 23. maddesinde, *“ taraflar, bu Sözleşme’de öngörülen hakların ve prensiplerin hukuka aykırı ihlallerinin en kısa sürede önlenmesi veya durdurulmasına yönelik uygun yargısal korumayı sağlayacaklardır”* denmektedir. Bu ifadeye göre, kural ya da hüküm kısmının Sözleşme’de, eksik bırakılan yaptırım ve yargısal koruma hususlarının ise kanunlarda bulunması esası benimsenmiş olmaktadır⁴⁶³.

2.1.2.2.3. Sözleşme'nin İçeriği

Sözleşme, otuz sekiz maddenin yer aldığı on dört bölümden oluşmaktadır. Bölüm başlıkları arasında, incelenen konu bakımından dikkat çeken temel başlıklar, rıza, özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı, insan genomu ve bilimsel araştırmadır. Sözleşme maddelerinin neredeyse tamamının temelini, insanın üstünlüğü ve insan onurunun korunması ilkelerinin oluşturduğu görülmektedir.

Sözleşme'nin Başlangıç kısmında, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında insan onuru ve temel hak ve özgürlükleri esas hukuki çerçeve olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, insan hakları ve temel özgürlüklerin güçlendirilmesi ile Avrupa Konseyi üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşılabileceği inancı dile getirilmektedir. Söz konusu temel tespitten ardından, biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılmasının insan onuruna zarar vermesinin önlenmesinde ve bu alandaki gelişmelerin yararlarından gelecek

⁴⁶³ Aynı, s.167; Metin, a.g.e., s.416-417.

kuşaklar ile tüm insanlığın yararlanabilmesinde uluslararası işbirliğinin önemine dikkat çekilmektedir. Bu kısımda, biyoteknoloji alanındaki gelişmelerin insan onuruna aykırı sonuçlar doğurma riski taşıdığı; ancak bunu engellemek için söz konusu gelişmelerin bugünkü ve gelecek kuşakların yararına kullanılması gerektiği ifade edilmektedir.

Sözleşme kapsamında yer alan temel hak ve özgürlüklerin, insan onuru, yaşam hakkı, insanın kimliği, bedensel tamlık, hastanın özerkliği, ayrımcılık yasağı, özel hayatın gizliliğine saygı ve sağlık hizmetlerinden adil biçimde yararlanmadan oluştuğu görülmektedir⁴⁶⁴.

Sözleşme’de Başlangıç kısmının ardından gelen ve “Genel Hükümler” başlığı altında bulunan ilk dört maddede biyotıp alanında gözetilecek temel bazı ilkelere yer verilmiştir. Bu kısımda yer alan “amaç ve konu” başlıklı 1. madde, biyotıbbı, insan onuru ve insan hakları çerçevesine yerleştirmektedir⁴⁶⁵. Bu hükme göre, Sözleşme’nin tarafları, insanların onurunu ve kimliğini koruyacak, biyoloji ve tıbbın uygulanması bağlamında ayırım yapmaksızın, herkesin bütünlüğüne ve diğer temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini garanti altına alacaktır.

Sözleşme’nin ilk bölümünü oluşturan genel hükümler arasında yer alan 2. maddeye göre, “*insanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır*”. Böylece, bu maddede “insanın önceliği” ilkesine yer verilerek bilimsel araştırma özgürlüğünün sınırının çizildiği görülmektedir.

Genel hükümler arasında yer alan 3. maddede, “sağlık hizmetlerinden adil yararlanma hakkı düzenlenmiştir. Bu kısımda son olarak, araştırma dâhil sağlık alanındaki her türlü müdahalenin, o alanın mesleki standartlarına ve yükümlülüklerine uygun şekilde yapılacağı vurgulanmıştır (4. madde). Böylece bir tıbbi müdahalenin Sözleşme’ye uygun olabilmesinin ilk şartı, müdahalenin tıp mesleğinin standartlarına uygun olmasıdır. Bu düzenleme sadece hekimler için değil, sağlık hizmetinin

⁴⁶⁴ Katoğlu, a.g.m., s.162.

⁴⁶⁵ Aynı, s.168; Metin, a.g.e., s.419; Mund, a.g.e., s.46.

sunulmasında yer alan tüm çalışanlar için bağlayıcı niteliktedir⁴⁶⁶. Diğer yandan, Sözleşme, müdahalenin, meslek kurallarına uygun olma koşulunu, yazılı olan veya olmayan meslek kuralları bakımından aramaktadır⁴⁶⁷.

Sözleşme'nin II. Bölümü hastanın rızası konusunu düzenlemektedir. Burada, *“sağlık alanındaki herhangi bir müdahale zorunlulukla, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş rızası alındıktan sonra yapılabilir”* denilmek suretiyle, kişiyi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmektedir. Dolayısıyla, biyotıp kapsamında gerçekleştirilecek herhangi bir müdahalede gözetilmesi zorunlu bir ilke olan aydınlatılmış rıza, ilk defa uluslararası bağlayıcılığa sahip bir sözleşmede yer almıştır. Sözleşme'nin 5 ila 9, 10 ve 22. maddeleri aydınlatılmış rıza koşuluna özellikle yer veren hükümlerdir⁴⁶⁸.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin III. Bölümü, “Özel Yaşam ve Bilgilenme Hakkı” başlığını taşımaktadır. Burada sağlığa ilişkin kişisel verilerin korunması ve kişilerin bu verileri öğrenme hakkı düzenlenmiştir (10. madde). Aynı maddenin 2. fıkrasına göre, bireylerin bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir. Kişinin bilme hakkına istisna getiren bu hüküm, ilgilinin özerkliğinin bir ifadesidir⁴⁶⁹.

Sözleşme'nin 11 ila 14. maddelerinin yer aldığı IV. Bölüm, bağlayıcı bir sözleşmede ilk kez yer alan çeşitli yasakları düzenlemektedir. Genetik ayrımcılık hakkındaki 11. madde, genetik mirasa dayalı olarak yapılacak herhangi bir ayrımcılığı yasaklamaktadır. Ancak belirtilmelidir ki, bu hüküm sadece haksız ayrımcılığı yasaklamaktadır; genetik mirastan kaynaklanan bir dezavantajı dengelemeyi hedefleyen

⁴⁶⁶ Kaplan, **a.g.m.**, parç.19.

⁴⁶⁷ Katoğlu, **a.g.m.**, s.170.

⁴⁶⁸ Bu çerçevede 5. madde ile hastanın aydınlatılmış rızasının alınması konusundaki genel kural konulmuş, 6. maddede rıza yeteneğine sahip olmayanların durumu, 7. madde ise akıl hastalarının korunması konusu düzenlenmiştir. Ardından, 9. maddede, müdahale sırasında rıza gösterilmesinin mümkün olmadığı durumlarda, önceden verilen rızanın dikkate alınmasına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Bilgilendirilme hakkı 10. madde ile güvence altına alınmış, 22. maddede ise, insan vücudundan parça alınmasında hastanın aydınlatılmış rızasının alınması gerektiği belirtilmiştir.

⁴⁶⁹ Metin, **a.g.e.**, s.429.

birtakım pozitif tedbirlerin uygulanması yasak kapsamında değildir⁴⁷⁰. Ayrımcılığın önlenmesi amacıyla getirilen bu düzenleme, özellikle iş yaşamında ve sigorta sözleşmeleri alanında genetik özellikleri sebebiyle kişilerin ayrımcılığa maruz bırakılma olasılığını ortadan kaldırmayı hedeflemiştir. Bu hükmü tamamlayan 12. maddede, teşhise yönelik genetik testlerin sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak koşuluyla yapılabileceği belirtilmiştir⁴⁷¹. Sözleşme'nin 13. maddesinde, insan genomuna müdahale olanağı sınırlandırılarak, gelecek kuşakların genetik yapısının geri döndürülemez şekilde dönüşmesine, bozulmasına yol açacak müdahaleler yasaklanmıştır. İnsan genomuna müdahale, ancak, bir hastalığın önlenmesi, teşhis ve tedavi amacıyla gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla genetik bir müdahale ancak somatik hücrelerle sınırlı olduğunda Sözleşme'ye uygun kabul edilebilecektir.

Belirtilenler dışında Sözleşme'de, biyoloji ve tıp alanındaki bilimsel araştırmalar ve üzerinde bilimsel araştırma yapılan kişilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler, tüpte embriyolar üzerinde araştırma ile ilgili 18. madde ve canlı vericilerden organ ve doku naklini düzenleyen hükümler bulunmaktadır. Ayrıca, Sözleşme'nin 23 ve 25. maddeleri kapsamında, taraf devletlere, Sözleşme'de öngörülen hakları ihlâl eden uygulamaları ortadan kaldıracak hukuki korumayı sağlamak ve ihlâllere karşı uygun yaptırımlar öngörme yükümlülüğü getirilmiştir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, düzenlemelerinin esnek olduğu ve devlete fazlaca takdir yetkisi bıraktığı düşüncesiyle eleştirilmektedir. Sözleşme'de yer alan çeşitli kavramların tanımlanması işinin taraf devlet uygulamalarına bırakılması sebebiyle Sözleşme'de benimsenen kavramların ulusallaşması ve dolayısıyla istenen düzeyde bir Avrupa biyotıp etiği standardının oluşamaması tehlikesine işaret

⁴⁷⁰ Bkz. Sözleşme'ye eklenen açıklayıcı rapor, paragraf 75.

⁴⁷¹ Açıklayıcı Raporun 85. paragrafında, istihdam tercihleri ve sigorta poliçelerinin hazırlanmasının sağlık amacı kapsamında yer almadığı açıkça ifade edilmiştir.

edilmektedir⁴⁷². Çeşitlilik, taraf devlet sayısı kadar hukuki düzenlemeye yol açarsa, Sözleşme'den beklenen yararın ortaya çıkması da güçleşecektir.

Sözleşme'de eksiklik veya boşluk olarak değerlendirilen diğer bir husus da, Sözleşme'nin, genetik analizi yürüten hekimlerin, araştırmacı kişi ve kurumların elde ettikleri genetik verileri hangi esaslarla, ne şekilde kullanabileceklerine ilişkin sorulara yanıt vermemesidir⁴⁷³. Yine, Sözleşme, bilimsel araştırmalara ve özellikle embriyo araştırmalarına ilişkin içerdiği kısıtlayıcı hükümler nedeniyle de eleştirilmektedir. Söz konusu kısıtlayıcı düzenlemeler sebebiyle, Sözleşme'ye taraf ülkelerin sıkı hukuki rejimlerinden, daha serbest hukuki düzenlere doğru bilim insanı ve hasta göçü yaşanacağı ifade edilmektedir⁴⁷⁴.

2.1.3. Helsinki Bildirgesi

Dünya Tabipler Birliği Helsinki Bildirgesi⁴⁷⁵, ilk defa 1964 yılında kabul edilmiş ve ardından çeşitli yıllarda revize edilmiştir. Bildirge son değişiklikleri ile Ekim 2008 tarihinde kabul edilmiştir. Helsinki Bildirgesi, insanlar üzerindeki tıbbi araştırmaların sınırları ve koşullarını konu almaktadır. Bildirgede açıkça ifade edilmiş olmasa da, burada yer alan ilkeler, genetik alanındaki uygulamalar bakımından da geçerlidir.

Bildirge, tüm hekimlere, üzerinde araştırma yapılan kişinin hayatı, sağlığı, özel alanı ve onurunun korunması ile kendi geleceğini belirleme hakkının tanınması noktalarında yükümlülük getirmektedir (11. madde). İlgili kişi, araştırmaya, yeterli bir aydınlatma sonucunda verilecek açık bir rıza ile ve gönüllü olarak katılmalıdır (22 ve

⁴⁷² Katoğlu, **a.g.m.**, s.163.

⁴⁷³ Mund, **a.g.e.**, s.47.

⁴⁷⁴ Metin, **a.g.e.**, s.441-442.

⁴⁷⁵ İngilizce metin için bkz. <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/17c.pdf> (Erişim tarihi: 10.08.2010).

24. maddeler). Helsinki Bildirgesi, aydınlatılmış rızayı, her türlü tıbbi müdahalede temel bir koşul olarak öngören ilk uluslararası belgedir⁴⁷⁶.

Bildirgenin, incelenen konu bakımından özellik arz eden kimi maddeleri şu şekildedir: İnsan üzerinde gerçekleştirilecek bir tıbbi araştırmada, denek bireyin iyiliği diğer tüm menfaatlerden önceliklidir (madde 6). İnsanlar üzerinde tıbbi araştırmalar sadece bilimsel olarak nitelikli kimseler tarafından ve uzmanların denetiminde yapılabilir (madde 16). İnsan üzerinde araştırma, yalnızca, araştırmanın yararının, denek için ortaya çıkardığı riziko ve yükümlülüklerden fazla olması durumunda yapılabilir (madde 20). Üzerinde araştırma yapılacak kişinin özel hayatının, kişisel bilgilerinin güvenliğinin sağlanması ile çalışmanın, kişinin fiziksel, zihinsel ve sosyal bütünlüğü üzerindeki etkilerinin azaltılması için her önlem alınmalıdır (madde 23).

2.2. Türk Hukuku

2.2.1. Genel Olarak

Genetik çalışmaların, analizlerin nasıl ve hangi koşullar altında yapılabileceği, elde edilen verilerin nasıl ve hangi sürede muhafaza edileceği, hangi amaçlarla kullanılabilmesi sorularına cevap veren özel bir gen tekniği kanunu henüz hukuk sistemimizde bulunmamaktadır. Ancak; bazı kanun hükümleri ile rızaya dayalı olmayan genetik incelemelerin yapılmasına olanak tanındığı görülmektedir. Konuya ilişkin iç hukukumuzdaki söz konusu düzenlemeler, Ceza Muhakemesi Kanunu md.78 ve Türk Medeni Kanun md.284/f.2 hükümleridir⁴⁷⁷.

Diğer yandan, genetik incelemeler hakkında genel kurallar koyan ve ülkemiz tarafından imzalanmış olmakla bağlayıcılık kazanan İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin de, Anayasanın 90. maddesi gereği kanun hükmünde sayıldığı ve

⁴⁷⁶ Mund, **a.g.e.**, s.55.

⁴⁷⁷ Kriminal amaçlı veya soy bağının belirlenmesinde genetik incelemeye yer veren söz konusu hükümler için bkz. aşağıda başlık 2.5.1.

hukukumuzun bir parçası olduğu unutulmamalıdır. Sözleşme’de kabul edilen ilkeler, günümüzde Türk hukukunun bir parçası olmakla beraber, Sözleşme’ye taraf olunmadan önceki süreçte de Türk hukuk öğretisi ve mevzuatı konuyla ilgili tartışmalara yabancı kalmamıştır. Örneğin, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği gibi sağlık hukukuna ilişkin mevzuatta bilgilendirme ya da aydınlatma yükümlülüğü ve kapsamına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁷⁸. Yine, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları⁴⁷⁹, genetik teşhis ve tedavi bakımından önemli kurallar içermektedir. Bu kapsamda, insan onurunun korunması, hekimin sır saklama yükümlülüğü, hasta haklarına saygı, aydınlatılmış rıza ve kişinin bilmeme hakkı kurallar arasında yer almaktadır. Ayrıca, henüz kanunlaşmamış olmakla beraber, DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu’nun hazırlık çalışmaları da Tasarı aşamasında devam etmektedir⁴⁸⁰.

Ülkemizde gen analizlerinin hukuka aykırı bir şekilde yapılması ya da bu analizlerle elde edilen bilginin kişinin rızası olmaksızın üçüncü kişilere aktarılması sorunu, TMK md.23 ve 24 hükümleri ile İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi çerçevesinde çözülmeye çalışılacaktır. Bir kişilik hakkının ihlâli durumunda da, sorunun haksız fiil hükümlerince (BK md.41) ya da genetik incelemesi yapılan kişi ile hekim arasında bir vekâlet sözleşmesinin⁴⁸¹ varlığı halinde, sözleşmesel sorumluluk

⁴⁷⁸ Katoğlu, **a.g.m.**, s.172-173; Büyükay, **a.g.m.**, s.380.

⁴⁷⁹ Bkz. http://www.ttb.org.tr/index.php?option=com_content&task=view&id=552&Itemid=44 (Erişim tarihi: 10.08.2010).

⁴⁸⁰ Tasarı’nın “Temel İlkeler ve Yasaklar” başlıklı ikinci bölümünde kişilik haklarını ilgilendiren çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Özellikle, DNA analizinin ancak kanunda öngörülen hallerde ve öngörülen esas ve usullere uygun olarak ve ancak meşru amaçlarla, ilgili kişinin açık rızasıyla yapılabileceğini belirten 3. madde ve temel ilkeleri içeren 4. madde bu niteliktedir. 4. madde, “DNA verilerinin; a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun işlenmesi, b) Kanunların belirtmiş olduğu meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak kullanılmaması ve aktarılmaması, c) Toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı olması, ç) Kanunlarla belirtilen süre sonuna kadar saklanması, d) Doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi gerekir” şeklindedir. Tasarı metni için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/dna.pdf>

⁴⁸¹ Türk hukukunda ağırlıklı görüş, hekimin hastaya tıbbi müdahalelerde bulunmasının vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturacağı yönündedir. Bkz. Akipek Öcal, Şebnem, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, **Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp’ta Etik ve Yasal Boyut** (Ankara: Medical Network, 2004), s.50; Zarife Şenocak, **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu**, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, 1998), s.25 ve dnp. 31’de anılan Yargıtay Kararları.

kapsamında yaptırımı bağlanması mümkün olmaktadır. Ancak, hukukumuzda, özellikle, inceleme sonrasında elde edilen verilerin korunması noktasında yaptırımların yetersiz kalması olasılığı vardır⁴⁸². Zira kişisel verilerin korunması yönünde yasal düzenleme çalışmaları⁴⁸³ henüz tamamlanmamıştır. Her ne kadar Medeni Kanunda kişiliğin korunmasına ilişkin hükümler bulunmakta ise de, bu hükümler yeterli değildir. Zira bu tür verilerin nasıl ve ne şekilde kullanıldığı ya da kullanılacağı çoğu zaman kişinin denetimi dışındadır ve kişinin bunu hiçbir zaman öğrenememe olasılığı bulunmaktadır. Bu tür durumlarda kişinin kurumsal bir korumaya kavuşturularak, söz konusu verileri elde eden kurum ve kuruluşlara özel sorumlulukların yükletilmesi gerekmektedir⁴⁸⁴.

Yukarıda belirtilen ve bir dayanak noktası veya yol gösterici hüküm olarak değerlendirilebilecek hükümler dışında ülkemizde tıbbi genetik uygulamalara ilişkin özel bir kanun bulunmamaktadır. Diğer yandan, hukukumuzda, aşağıda inceleneceği üzere, genetik tanı merkezlerinin kuruluş ve faaliyetleri bir yönetmelik ile düzenlenmiştir.

2.2.2. Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi Yönetmeliği⁴⁸⁵

Hukukumuzda genetik incelemeler konusunda yol gösterici nitelik taşıyan ve yukarıda belirtilen hükümler dışında, genetik tanı merkezlerinin faaliyetlerinin denetlenmesi ve bunları işleten kamu kurum ve kuruluşları ile özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin uymak zorunda oldukları usul ve esasları düzenleyen Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi Yönetmeliği bulunmaktadır.

⁴⁸² Yıldırım, **a.g.e.**, s.152.

⁴⁸³ 18 Eylül 2000 tarihinde Adalet Bakanlığı bünyesinde bir komisyon kurularak “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” hazırlanması için çalışmalara başlanmıştır. Ancak söz konusu tasarı henüz kanunlaşmamıştır. Bu tasarı hakkında geniş bilgi için bkz. Nilgün Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004).

⁴⁸⁴ Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.303.

⁴⁸⁵ Bkz. yukarıda dpn.100.

Yönetmeliğin 1. maddesinde yönetmeliğin amacının, bireyin dünyaya gelmesinden önce genetik hastalıkların tanısına ve dolayısıyla tedavisine olanak sağlamak üzere, genetik hastalıkların doğum öncesi (prenatal) veya doğum sonrası (postnatal) tanısı için açılacak genetik tanı merkezlerinin anne ve çocuk sağlığı açısından sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve denetlenmesi olduğu belirtilmektedir. Konunun kişilik hakları ile ilgili boyutu bakımından son derece önemli bir düzenleme ise yönetmeliğin 19. maddesinde yer almaktadır. Bu maddede, genetik analizi yapılacak kimsenin rızasının alınması gereği ve elde edilen sonuçların üçüncü kişilere, kişinin rızası olmadan bildirilemeyeceği belirtilmektedir.

2.2.3. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁴⁸⁶

Genetik anlizlerin, üreme amaçlı ve üremeye yardımcı tedavide kullanılmasına ilişkin hükümler içeren bu Yönetmelik, 23 madde ve 12 ek'ten oluşmaktadır. Yönetmelik, üremeye yardımcı tedavi uygulamalarına başvuracak çiftin evli olması ve eşlerin sadece kendi hücrelerinin üremede kullanılabileceği esasını getirmektedir. Üremeye yardımcı uygulamaları gerçekleştirecek merkezlerin faaliyete geçebilmek için Bakanlık'tan yazılı izin alınması gerekliliği ve tıbbi ve teknik donanıma ilişkin ayrıntılı düzenlemeler de yine Yönetmelik'te yer almaktadır.

Burada, üremeye yardımcı tedavi kapsamında, embriyonun ve annenin korunmasına ve üreme hücreleri ile dokuların saklanmasına ilişkin çeşitli esalara da yer verilmiştir. Ancak inceleme konusuyla doğrudan ilgili olarak ÜYTE md.18 (9) hükmü bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan

⁴⁸⁶ Bkz. yukarda dpn.103.

kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı embriyo seçimi ve transferi yapılması yasaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ GENETİK ANALİZLERDE HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI VE KİŞİLİK HAKKININ İHLALİ

1. TIBBİ GENETİK ANALİZLERİN HUKUKA UYGUNLUK KOŞULLARI

1.1. Genel Olarak

Genetik tedavi ve gen analizleri, insanlar üzerinde gerçekleştirilen gen teknik faaliyetlerinin toplandığı iki temel alandır. Bu faaliyet alanlarına ilişkin düzenlemeler yapılırken özellikle dikkate alınması gereken çeşitli hususlar bulunmaktadır: Genetik tedavi ve gen analizlerinin birer tıbbi girişim olması niteliği dolayısıyla tıbbi müdahalelere özgü hukuka uygunluk sebeplerinin aranması, aydınlatma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve aydınlatılmış rızanın alınması ile kişisel verilerin korunması.

Her türlü tıbbi müdahalede olduğu gibi, kişiye uygulanacak genetik analizlerde de ilgiliye zarar vermeme en temel hukuka uygunluk koşulu olarak gözetilmelidir. Hasta/ilgili üzerinde gerçekleştirilecek genetik analiz ya da tedaviye ilişkin bir tıbbi uygulama, öncelikle onun yararına olmalı; tıbbın bilimsel verilerine uygun olarak teşhis ya da tedavi amacı taşımaktadır⁴⁸⁷.

İnsanlar üzerinde yapılacak her türden genetik analiz temelinde tıbbi bir faaliyet olup, gen analizi yapılacak kişi ile yapacak kişi arasında hekim-hasta ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle, söz konusu ilişkide de diğer tıbbi faaliyetler bakımından

⁴⁸⁷ Yenerer Çakmut, “Tıbbi Müdahaleye Rıza”, s.38.

geçerli olan rıza esasına bağlılık ve hastanın mahremiyetine saygı ilkesinin uygulanması kaçınılmazdır⁴⁸⁸.

Diğer yandan, ulaşılabilecek bilginin niteliği ve kapsamı düşünüldüğünde, gen analizlerinin salt rızaya dayalı olarak yapılıp yapılamaması, başka bir deyişle, her dileyen kişinin isteğe bağlı olarak gen analizi yaptırmasının mümkün olup olmaması yine, tartışılması gereken bir diğer husustur. Burada özellikle, gen analizi sonuçlarının sadece analizi yaptıran kişiyle ilgili değil, onun akrabalarını da ilgilendirdiği; onlar hakkında da veriler içereceği unutulmamalıdır.

Kişilik hakkına müdahalede hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, bir kanun hükmünün yerine getirilmesi ve zarar görenin rızasından ibaret değildir. Konuya ilişkin TMK md.24/f.2, “Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” şeklindedir. Bu kapsamda, yasal savunma, zaruret hali, üstün nitelikli özel yarar ve üstün nitelikli kamu yararı da, zarar görenin rızası gibi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabilmektedir.

Üstün nitelikli özel ya da kamusal yararın, tıbbi genetik analizlerinin yapılmasında bir hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmesi ayrıca önem taşımaktadır. Özellikle, günümüz dünyasında artık bir temel hak olarak görülen “kişinin kendi genetik kökenini bilme, genetik babasını bilme hakkı”nın⁴⁸⁹, kişinin gen analizinin yapılmasını isteme konusunda üstün özel bir yarar olarak kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁹⁰. Ancak, tek başına merak saikiyle böyle bir analizin yaptırılıp yaptırılmayacağı da ayrıca sorgulanmalıdır⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ Yıldırım, **a.g.m.**, s.396.

⁴⁸⁹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Wilhelm Kleineke, **Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung** (Göttingen: Juristischen Fakultät der Georg-August Universität, 1976); Thomas Donhauser, **Das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung** (Regensburg: Juristischen Fakultät der Universität Regensburg, 1997).

⁴⁹⁰ Yıldırım, **a.g.m.**, s.399; Bauer, **a.g.m.**, s.97.

⁴⁹¹ Yıldırım, kişinin kan grubunu öğrenmesinde olduğu gibi, sırf merakını giderme amacıyla da olsa genom analizlerinin yapılabilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, bu merakın giderilmesi dahi

1.2. İlgilinin Rızası

1.2.1. Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği üzere, tıbbi müdahalelerde yaşam hakkı, bedensel tamlık ve özel hayatın gizliliği haklarına karşı tehditler olduğundan, hukuka aykırılığın giderilmesi kural olarak, kişinin/hastanın rızasının alınmasına bağlıdır. Genel olarak kişilik hakkı teorisinde, kişisel varlık ve değerlere karşı yapılacak müdahalelerin hukuka uygun hale gelmesini sağlayan en önemli sebep, müdahalede bulunulan kişinin rızasıdır⁴⁹². Tıbbi bir müdahale söz konusu olduğunda hastanın rızası dışında gerçekleştirilecek her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırıdır⁴⁹³. Ancak belirtmelidir ki, hukuka ve ahlâka aykırı olmayan, TMK md.23 sınırları içinde verilmiş bir rıza hukuka aykırılığı ortadan kaldırır. Rıza, her şeyden önce bir iradenin açığa vurulması olduğuna göre, rıza beyanının ehliyetsizlik, irade beyanındaki sakatlık gibi sebeplerle hükümsüz olması durumunda hukuka aykırılık devam eder⁴⁹⁴.

Kişinin karakteristik ve sağlığına ilişkin bir takım özelliklerinin, örneğin, belirli hastalıklara yatkınlığı veya belirli maddelere karşı hassasiyetinin belirlenebilmesi için uygulanan bir genetik analiz, ilgilinin kişilik haklarına önemli bir müdahaleyi içermektedir. Bu nedenle, hukuka uygunluğu sağlayacak bir rızaya ya da yasal yetkiye ihtiyaç gösterir⁴⁹⁵. Ancak, gen analizi dolayısıyla ortaya çıkabilecek kişilik hakkı

üstün özel yarar olarak değerlendirilmelidir. Bu tespitle beraber yazar ayrıca, gen analizinin ilgisinin sadece genetik materyali veren kişi olmadığını da kabul etmektedir. Bkz. Yıldırım, **a.g.m.**, s.399. Ancak belirtmek gerekir ki, bu iki durum esasında, ilgililerden birinin merak saikiyle genetik analiz yaptırmak istemesi, diğerinin ise bilmeme hakkını kullanmaktan yana olması durumunda ciddi sorunlar yaratabilecektir.

⁴⁹² Riemer, **a.g.e.**, s.151.

⁴⁹³ Yıldırım, **a.g.m.**, s.396; Yenerer Çakmut, **a.g.e.**, s.40-41.

⁴⁹⁴ Helvacı, **2010**, s.143.

⁴⁹⁵ Erwin Deutsch, “Rechtsfragen der Genomanalyse”, **Genomanalyse: Ihre biochemischen, juristischen und politischen Aspekte.** (Frankfurt: Campus Verlag, 1991), s.79–80; Bauer, **a.g.m.**, s.93.

ihlâlinin önüne geçebilmek için diğer tıbbi müdahale türlerinde olduğu gibi ilgili kişinin yasal sınırlar çerçevesindeki rızasının yeterli olduğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Zira gen analizlerinin “ilgili kişisi” net olarak belirli değildir. Gen analizi yalnızca biyolojik materyali rızasıyla veren kişi hakkında sonuçlar bildirmeyip, aynı zamanda bu kişinin aile üyeleri ve akrabaları hakkında da bilgiler sunmaktadır⁴⁹⁶. Bu nedenle, genetik testlerde, sadece kendisinden biyolojik materyal alınan kişinin rızasının, tıbbi müdahaleye rıza olarak değerlendirilerek hukuka uygunluk sebebinin bulunduğundan söz etmek doğru görünmemektedir.

Diğer yandan, rızanın hukuken bir anlam taşıyabilmesi için en önemli koşulun, ilgilinin, rızasının ilişkin olduğu konu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi olduğu da göz ardı edilmemelidir. Kişinin bedensel tamlığını iyileştirmeye yönelik tıbbi müdahale ve araştırmalarda rızanın geçerliliği tartışmasız olmakla beraber, bedensel tamlığa zarar veren ve hatta onu geri dönülmez bir duruma getiren müdahalelerde rızanın her durumda hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı söylenemez⁴⁹⁷.

Gen analizinin yapılmasını isteme hakkı ve buna ilişkin verilecek rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kapsamında değerlendirileceği şüphesizdir. Dolayısıyla, Türk Medeni Kanunu md.16 gereğince, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar bu hakkı bizzat kullanacaklardır. Ancak, üzerinde durulması gereken nokta, hukuka uygunluğu sağlayacak olan rızanın, ayırtım gücünün varlığından söz edilemeyecek küçükler ve ayırtım gücü bulunmayan erginler bakımından ne şekilde beyan edileceğidir⁴⁹⁸. Bu kişilerin genetik bakımdan araştırılmalarında yasal temsilcileri tarafından verilmiş iznin geçerli olup olmayacağı, hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmasından dolayı, tartışmaya açıktır. Burada sorun, tam ehliyetsiz kişinin korunma

⁴⁹⁶ Weichert, **a.g.m.**, Erişim tarihi: 27.01.2010 (www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm); Yıldırım, **a.g.m.**, s.389.

⁴⁹⁷ Köksal Bayraktar, “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (Sultanahmet 17 Kasım 2006), Sempozyum Özel Sayısı: 1, Ocak 2007, s.104; Özsunay, **a.g.e.**, s.100-101.

⁴⁹⁸ Yıldırım, **a.g.m.**, s.397.

ihtiyacı açısından değerlendirilmek suretiyle çözülmeye çalışılmalıdır. Yapılacak genetik incelemenin, tam ehliyetsizin sağlığının korunmasına yönelik olması durumunda, diğer tıbbi müdahalelerde olduğu üzere, yasal temsilci tarafından açıklanan rıza hukuka uygun kabul edilmelidir.

Genetik analizlerde rıza konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir konu da rızanın her zaman geri alınabilir olmasıdır. Henüz uygulanmamış bir analiz için verilmiş olan rızanın geri alınması mümkün olduğu gibi, analiz yapıldıktan sonra ve ilgili henüz sonuçları öğrenmeden önceki süreçte de rıza geri alınabilir⁴⁹⁹.

İsviçre hukukunda da, genetik analizlerde rıza konusunu düzenleyen GUMG md. 5'e göre, genetik analizler ancak ilgili kişinin, yeterli bir aydınlatma süreci sonrasında bağımsız bir şekilde vereceği rıza üzerine yapılabilir. Söz konusu düzenlemede ayrıca, ayırtım gücü bulunmayanlar bakımından yasal temsilcinin rızasının alınması gereği ve verilen rızanın her zaman geri alınabileceği hususu da düzenlenmiştir.

Almanya'da Genetik Tanı Kanunu da genetik analizlerin uygulanmasında rıza ve aydınlatma koşuluna ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir⁵⁰⁰. Bu Kanun'un 8. maddesine göre, genetik bir araştırma ya da analiz, ancak ilgili kişinin analize veya bunun için gerekli materyalin alınmasına açık ve yazılı bir şekilde rıza vermesi koşuluyla gerçekleştirilebilir. Ayrıca, ilgili kişi rızasını her zaman yazılı şekle uygun olarak geri alabilecektir.

⁴⁹⁹ Deutsch, **a.g.m.**, s.80.

⁵⁰⁰ Genenger, **a.g.m.**, s.114.

1.2.2. Aydınlatılmış Rıza Kavramı

Aydınlatılmış⁵⁰¹ rıza (informierte Bewilligung), tıbbi amaçla yapılacak bir uygulama için beden bütünlüğüne müdahale edilecek kişinin, müdahalenin kapsamı, olası tehlike ve komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirilmesini ve ancak bu bilgilendirme sonucunda tıbbi araştırma ya da müdahaleye rızasının alınmasını öngören bir kavramdır⁵⁰². Dolayısıyla hasta, kendisine yapılacak müdahale konusunda bilgilendirilerek, söz konusu müdahale konusunda serbestçe karar verebilecek bir duruma getirilmektedir⁵⁰³.

Kişinin, kendisi üzerinde gerçekleşecek tıbbi uygulamalara karar verilmesi sürecine katılımını sağlayan aydınlatılmış rıza ilkesi, zarar vermeme ve hastanın özerkliğine saygı gibi diğer tıbbi etik ilkelerin de uygulanmasını sağlar⁵⁰⁴. Dolayısıyla herhangi bir tıbbi müdahale söz konusu olduğunda verilecek rıza, bunun öncesinde kişinin aydınlatılmasını zorunlu kılar⁵⁰⁵. Bu durumda hastanın veya üzerinde tıbbi bir araştırma yapılacak kişinin aydınlatılmış olması, geçerli bir rızanın ön koşulu

⁵⁰¹ İncelemede açıklanan aydınlatma türü, müdahaleden önce gerçekleştirilen ve hastanın seçim yapmasını mümkün kılan “kendi geleceğini belirleme hakkının gerçekleştirilmesine yönelik” aydınlatmadır.

⁵⁰² Ahmet Nezh Kök, “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, ”, **Khuka Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8 (Kasım 2005), s.118-119; Sudbery, **a.g.e.**, s.316; Yıldırım, **a.g.m.**, s.398. Helvacı, **2010**, s.145-146; İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi'nin 6. maddesinin d fıkrası da, genetik testlerde test muhatabının bilgilendirilmesi hakkında aydınlatmayı şart koşturmuştur. Buna göre; “*Peşin, özgür, aydınlatılmış ve açık onamı istenen kişiye anlaşılır, uygun ve yeterli bilgi verilmesi etik açıdan zorunludur. Böyle bir bilgi, diğer gerekli ayrıntularla birlikte ne amaçla insan genetik verilerinin ve insan proteomik verilerinin ve biyolojik örneklerden elde edildiğini, kullanıldığını ve saklandığını belirtir. Bu bilgilendirme, gerekirse, riskleri ve sonuçları da belirtmelidir. Söz konusu bilgilendirme, ilgili kişiye, isterse onamını hiçbir zorlamaya maruz kalmadan geri alabileceğini ve bu durumun kişiye, ne bir zarar; ne de bir yaptırım getirmeyeceğini belirtmelidir*”.

⁵⁰³ Akıncı, **a.g.e.**, s.217.

⁵⁰⁴ Kök, **a.g.m.**, s.117; Enis Sarıal, **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler**, (İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1986, s.56; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s.225.

⁵⁰⁵ Deutsch, **a.g.m.**, s.80; Riemer, **a.g.e.**, s.152.; Özsunay, **a.g.e.**, s.100; Akıncı, **a.g.e.**, s.217; Ayrıca bkz. BGE 108 II 59.

olmaktadır⁵⁰⁶. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi de, sağlık alanındaki herhangi bir müdahalenin, ilgili kişinin baskıdan uzak ve aydınlatılmış rızası alındıktan sonra yapılabileceğini belirterek, kişinin aydınlatılması gereğini ve dolayısıyla özerkliğini desteklemektedir.

Hastanın/ilgilinin rızası, tıbbi bir müdahale ya da araştırma faaliyetinin hukuka uygunluğu açısından vazgeçilmez bir koşul olarak kabul edildiğinde, şüphesiz bu rızanın, gerek rızayı gösterecek kişinin zihinsel yapısı, gerek açıklama anında herhangi bir dış etken tarafından sakatlanmamış olması gerekir. Ancak, sağlıklı bir iradede söz edilebilmesi için öncelikle, iradesini rıza gösterme ya da göstermeme yönünde açıklayacak kişinin, söz konusu iradenin konusu ve sonuçları üzerinde bilgi sahibi olması zorunludur. Özellikle tıbbi müdahaleler gibi teknik bir bilgiyi gerektiren, bunun yanında kendisine müdahalede bulunulacak kişi üzerindeki sonuçları çok kapsamlı olabilecek girişimler bakımından, rıza gösterecek kişinin gerek müdahalenin şekli ve kapsamı gerekse sonuçları konusunda yeterli derecede aydınlatılmış olması gerektiği tartışmasıdır⁵⁰⁷. Bu anlamda kişi, müdahalenin amacı, niteliği ile sonuçları ve taşıdığı riskler, kişinin yaş, başka hastalıklar gibi özel durumları da dikkate alınarak müdahalenin yapılmamasının doğurabileceği olası sonuçlar hakkında önceden uygun biçimde bilgilendirilmiş olmalıdır⁵⁰⁸. Ancak belirtilmelidir ki bu bilgilendirme, hastanın anlayabileceği bir dille yapılmalı ve hastanın vereceği karara ilişkin bir yönlendirme içermemelidir.

Diğer yandan, kişi, sadece gerçekleşecek tıbbi müdahaleye ilişkin olarak değil, öngörülen müdahalenin yapılmaması durumunda ortaya çıkacak olası sonuçlar ve riziko bakımından da aydınlatılmış olmalıdır. Hastanın gerekli bir tıbbi müdahaleyi ya da

⁵⁰⁶ Pascal Payllier, **Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung**, (Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999), s.102; Claudia Kurcz, **Die Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Einschränkung des Selbstbestimmungsrecht des Patienten**, (Tübingen: Köhler Druck, 2002), s.53; Dural, **a.g.m.**, s.252; Sarial, **a.g.e.**, s.63; Tolun, **a.g.e.**, s.7.

⁵⁰⁷ Payllier, **a.g.e.**, s.94-95; Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), s.99; Deutsch, **a.g.m.**, s.80.

⁵⁰⁸ Metin, **a.g.e.**, s.423-424; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahale**, s.230-231.

tedaviye yönelik bir önlemi reddetmesi durumunda da hekim, olası hastalık ve ortaya çıkabilecek problemler konusunda hastayı yeterince aydınlatmalıdır. Aksi takdirde özen yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır⁵⁰⁹.

Bilgilendirilmiş ya da aydınlatılmış rıza; tıp dünyasında da, riskleri, yararları ile alternatifleri ve onların da risk ve yararlarını kapsayan tedavi uygulamasının, hekim tarafından yeterli düzeyde ve uygun şekilde açıklanmasından ve hasta tarafından hiçbir tereddüde yer kalmayacak şekilde anlaşılmasından sonra, tıbbi tedavinin, uygulamanın hasta tarafından ‘gönüllülükle kabulü’ olarak tanımlanmaktadır⁵¹⁰.

Hastanın kendi hakkında karar vermesini esas alan hekim-hasta ilişkisinin temelinde, bireyin özerkliğine saygı, kötü davranmama ve yararlılık gibi temel etik ilkeler ile oluşturulan “aydınlatılmış rıza” bulunmaktadır. Aydınlatılmış rıza öğretisi, bilginin anlaşılır bir şekilde açıklanmasını, hastanın karar vermede yeterli düzeyde ve gönüllü olmasını ön koşul olarak tanımaktadır. Dolayısıyla aydınlatılmış rıza, sadece hastaya bilgi aktarma işlemi olarak değil, hastanın kendisi için en iyi kararı verebilecek düzeyde bir yeterliliğe ulaştırılması süreci olarak değerlendirilmelidir⁵¹¹. Ancak böyle bir bakış açısı sayesinde, iş bölümünün derinleşip yaygınlaşması ve farklı uzmanlık alanlarının gelişmesi ile ortaya çıkan kişiler arasındaki bilgi uçurumunun törpülenerek makul seviyelere indirilmesi mümkün olabilecektir. Bunun sonucu olarak, hekim-hasta ilişkisinde de, “aydınlatma” ile söz konusu bilgi uçurumu aşılarak, hastanın kendisine uygulanacak araştırma ve tedavi sürecine aktif bir düzeyde katılımı sağlanacaktır⁵¹².

⁵⁰⁹ Kurcz, **a.g.e.**, s.53.

⁵¹⁰ Kurcz, **a.g.e.**, s.53; Erdem Aydın, “Paternalizm ve Aydınlatılmış Onam”, Erişim tarihi: 03.01.2010, (<http://www.medinfo.hacettepe.edu.tr/ders/TR/D2/9/3413.doc>).

⁵¹¹ Abdi Özasan, “Aydınlatılmış Onam”, **Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No:48**, Editörler: Gürsel Çetin ve Coşkun Yorulmaz, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Etiği Komisyonu, İstanbul 2006.

⁵¹² Yıldırım, **a.g.m.**, s.398-399. Yazar ayrıca, gen analizi yapılacak kişinin, söz konusu hizmetin edinilmesi amacıyla bir kuruluşa başvurduğunu ve bunun için bir –özel amaçla- sözleşme yaptığını, dolayısıyla yapılan işlemin bir tüketici işlemi sayılması gerektiğini belirtmektedir. Buradan hareketle de, yeterince aydınlatılmayan kişinin, uğradığı zararı tüketicinin korunmasına ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesinde tazmin ettirebileceğini ifade etmektedir. Gerçekten de burada tüketici ile sağlayıcı (kuruluş)

Dolayısıyla, aydınlatılmış rızanın ilk aşaması hekimin aktif olduğu aydınlatma (bilgilendirme) aşamasıdır. Bu aşamada, hekime hasta karşısında üstünlük sağlayan tıbbi bilginin hastaya aktarılması ile hekim-hasta arasındaki eşitsizlik ortadan kaldırılmış olacaktır. İkinci aşamada ise aktif rolü hasta oynamaktadır. Bu noktada hasta, kendisine sunulan bilgiyi değerlendirerek rıza verip vermeme konusunda bir karara varmalıdır. Bir irade beyanı şeklinde beliren ve kendisine bir takım hukuki sonuçlar bağlanan rızanın en önemli etkisi hukuka aykırılık üzerinde oynadığı roldür⁵¹³.

Genetik bir araştırma veya uygulama söz konusu olduğunda da, ilgili kişi, söz konusu uygulamanın ne amaçla yapılacağı ile olası yarar ve riskleri konusunda bilgilendirilmiş olmalıdır. Bu bilgilendirme, tıbbi ve teknik terimlerden mümkün olduğunca uzak bir şekilde ve kişinin anlayabileceği dilde yapılmalıdır. İlgili kişi, istediği zaman ve gerekçe göstermeden rızasını geri alabileceğini ve bu durumda genetik materyalinin artık kullanılamayacağını bilmelidir. Ayrıca, kişiye, genetik uygulama sonucunda kendisi hakkında ortaya çıkacak bulgulardan haberdar edilip edilmemesinin de kendi isteğine bağlı olduğu hatırlatılmalıdır.

Ülkemizdeki uygulamada, ailede görülen kalıtsal bir hastalık üzerine gerçekleştirilecek genetik uygulama ve araştırmalar için ilgili kişilere bir “Bilgi ve Olur Formu” imzalatılmaktadır. Yukarıda belirtilen tüm hususlar bu formda yer almakta; ilgilinin “aydınlatılmış rızası” bu formun imzalatılması suretiyle alınmakta ve imzalı belgenin bir kopyası da kendisine verilmektedir⁵¹⁴.

Almanya’da da, Genetik Tanı Kanunu’nda, rızanın alınmasından önceki aşamada hekimin ilgili kişiyi, yapılacak genetik analizin anlamı, önemi ve ortaya çıkaracağı sonuçlar hakkında yeterince aydınlatmak zorunda olduğu belirtilmektedir. Hükümde ayrıca, söz konusu aydınlatma aşaması ile ilgilinin karar vereceği tarih

arasında yapılan bir hukuki işlem söz konusu olduğuna göre, gen analizi yapılan kişi tüketicinin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanabilmelidir.

⁵¹³ Kök, **a.g.m.**, s.119.

⁵¹⁴ Tolun, **a.g.e.**, s.7.

arasında uygun bir düşünme zamanının bırakılması gerektiği de ifade edilmektedir (GenDG md.9). Yine, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında hekim, aydınlatmanın içeriğini belgelemek zorundadır.

Diğer yandan belirtilmelidir ki, hastadan, tıbbi bir müdahale için aydınlatılmış rıza alınmış olması, hekimin bilgisizliği, deneyimsizliği ya da ilgisizliği nedeniyle hastaya zarar verilmiş olması durumunda hekimin hukuki ya da cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü tıbbi bir müdahale için alınan aydınlatılmış rıza, sadece o müdahalenin hukuka uygun hale gelmesini sağlar; yapılan hatalı uygulamadan doğan sorumluluğu ortadan kaldırmaz⁵¹⁵.

1.2.3. Rızanın Şekli

Genetik bir rapor elde etme amacına yönelik veya bir tedavinin ilk basamağını oluşturmak amaçlı yapılacak genetik analizler, aynı zamanda birer tıbbi müdahale sayıldıklarına göre, bu müdahaleye verilecek rızanın şekli de sağlık hukuku mevzuatı ve tıbbi etik ilkeler çerçevesinde belirlenmek durumundadır.

Tıbbi bir müdahale için hastadan alınacak rıza hukukumuzda herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır; sözlü ya da yazılı olarak alınması mümkündür⁵¹⁶. HHY md.28/f.1’de “mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında” rızanın şekle bağlı olmadığı belirtilmektedir. Ancak bazı özel yasal düzenlemeler ile ayrıcalıklı durumlarda hastanın rızası şekle bağlanmıştır⁵¹⁷.

⁵¹⁵ Kök, **a.g.m.**, s.121.

⁵¹⁶ Özasan, **a.g.m.**, s.44; Hasan Özkan ve Sunay Öner Akyıldız, **Açıklamalı-İçtihatlı Hasta – Hekim Hakları ve Davaları**, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008), s.41.

⁵¹⁷ Örneğin, cinsiyet değişikliği ameliyatı için öncelikle mahkemenin vereceği bir izin(TMK md.40), ağır ameliyat (Tebabet ve Şuubatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun md.70) ya da organ ve doku alınması (Organ Nakli Kanunu md.6) söz konusu ise, bu takdirde yazılı rıza aranacaktır. Yine, tıbbi araştırmalarda rıza yazılı şekle tabidir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de, rıza konusunda herhangi bir şekil şartı öngörmemiş, bu konuyu düzenlemeyi devletlerin yasama organlarına bırakmıştır. Ancak söz konusu olan, bir biyotıp araştırması ise, bu takdirde yazılı rıza gerekmektedir (md.15/5). Dolayısıyla rızanın şekli de, pozitif hukukumuz bakımından yapılacak genetik analizin niteliğine, başka bir deyişle, araştırma amaçlı olup olmamasına göre belirlenecektir. Gerçekleştirilecek genetik analizin araştırma amaçlı olması veya bir proje kapsamında olması durumunda yazılı rıza aranacaktır.

Diğer yandan, genetik tanı ve araştırmalar konusunda Avrupa Konseyi'nin çeşitli tavsiyeleri⁵¹⁸ bulunmaktadır. Söz konusu tavsiyeler sonucunda konuya ilişkin bazı etik ilkeler ortaya çıkmıştır. Bu ilkelerden hareketle, ülkemizde de uygulamada, genetik tanı için, önceden hazırlanmış yazılı formların imzalatılması söz konusu olmaktadır. Bu formlarda, özellikle, hangi hastalığın araştırılması amacıyla analizin yapılacağı belirtilmekte ve ilgili kişiye sonucu öğrenmek isteyip istemediği sorulmaktadır⁵¹⁹.

1.2.4. Rızanın Geri Alınması

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemeye göre, hasta, özgür iradesinin ürünü olarak verdiği rızayı, yine özgür iradesi ile hiçbir koşula bağlı olmaksızın her an geri alabilir. Sözleşme'ye ait Açıklayıcı Rapor'da, kişinin verdiği rızayı geri alma yönündeki iradesinin, tedavinin ya da müdahalenin kesilmesinin sonuçları kendisine açıkça bildirildiği takdirde hüküm ifade edeceği belirtilmektedir.

Rızanın geri alınması konusunda, aynı yönde bir düzenleme de HHY'de bulunmaktadır. HHY md.24, "rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır" şeklindedir. Ancak söz konusu

⁵¹⁸ Bkz. <http://ec.europa.eu/research/science-society/> (Erişim tarihi: 15.04.2010).

⁵¹⁹ "Genetik Tanı İçin Bilgilendirilmiş Olur" örnek formu için bkz. Tolun, **a.g.e.**, s.19, ek 4.

düzenlemenin, hastanın özerkliğine saygı ilkesi ve bu ilkenin uygulamadaki bir yansıması olan tedaviyi reddetme hakkı ile çeliştiği söylenebilir⁵²⁰.

1.2.5. Küçük ve Kısıtlılar ile Ayırtım Gücü Bulunmayanlarda Rıza Sorunu

Tıbbi müdahalelerde rızayı kural olarak müdahaleye maruz kalacak olan kişi vermelidir. Ancak belirtilmelidir ki, kişi somut müdahale bakımından, anlama ve karar verme yeteneğine sahip olmalı; korunmasından vazgeçtiği menfaatin ve bu yönde vereceği kararın anlam, kapsam ve niteliğini bilebilecek, sonuçlarını takdir edebilecek akli olgunluğa erişmiş olmalıdır⁵²¹. İşte, kişinin tıbbi bir müdahaleye rıza ehliyetine sahip olup olmadığı bu çerçevede belirlenmelidir.

Küçükler ve kısıtlılar ile ayırtım gücü bulunmayan erginler üzerinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış rızanın alınması çeşitli özellikler taşımaktadır. Bu hususta bir açıklama yapmadan önce, TMK'nın fiil ehliyetine ilişkin 10. maddesi ve erginliği belirleyen 11 ve 12. maddelerinin birlikte değerlendirilmesi ile hukukumuzda kimlerin küçük olarak tanımladığı belirlenmelidir. Buna göre, on sekiz yaşını doldurmamış, evlenme veya ergin kılınma yoluyla da erginliği elde etmemiş kişiler küçük olarak nitelendirilirler. Küçüklerin tıbbi müdahale niteliği taşıyan bir genetik analize rıza vermesi konusunda ise TMK md.16/f.1 yol göstericidir. Şöyle ki; bu hükme göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın kullanabilirler. Kişinin bedensel ve ruhsal tamlığı üzerinde tasarruf anlamına gelen tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olup, ayırt etme gücüne sahip küçükler ile kısıtlılar bu hakkı bizzat kullanabilirler⁵²². Söz konusu düzenlemeler ışığında, tanı ve tedavi

⁵²⁰ Kök, **a.g.m.**, s.120.

⁵²¹ Aynı, s.119; Petek, **a.g.m.**, s.68; Payllier, **a.g.e.**, s.103-104.

⁵²² Petek, **a.g.m.**, s.69; Şenocak, **a.g.m.**, s.73-74; Dural, **a.g.m.**, s.250. Erman, kişinin, kendisine sıkı sıkıya bağlı haklarına yönelik tıbbi müdahalelerde kuralın, kişinin bunlar üzerinde tasarruf hakkını kendisinin kullanması olduğunu belirtmekle beraber, istisnai olarak bu rızayı verme yetkisinin yasal temsilciye bırakılabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Erman, **a.g.e.**, s.86.

amaçlı bir genetik analize rızayı ayırtım gücüne sahip küçük/kısıtlı vereceğinden, aydınlatma yükümlülüğünün muhatabı da o olmalıdır⁵²³.

Ayırtım gücü bulunmayan küçükler ve erginler bakımından ise, tanı ve tedavi amaçlı bir genetik analize ve dolayısıyla tıbbi müdahaleye rıza, yasal temsilci tarafından gösterilir⁵²⁴.

Hukukumuzda sağlık hukukuna ilişkin mevzuatta, ayırtım gücüne sahip küçük ve kısıtlıların tıbbi müdahaleye rızası farklı bir yönde düzenlenmiştir: Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine göre, "*Tabipler, dış tabipleri ve..., hasta küçük ve tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar*". Bu düzenleme, rıza bakımından erginliği esas almış olup, hakkın niteliğini göz ardı etmiştir. Benzer bir hüküm de Hasta Hakları Yönetmeliği'nde bulunmaktadır. Yönetmeliğin 24. maddesine göre, "*Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır*".

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması" başlıklı 6. maddesi, yasal olarak bir müdahaleye muvafakat verme yeteneği olmayan bir küçüğe, sadece yasal temsilcisinin ya da kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabileceğini belirtmektedir. Ancak bu aşamada, küçüğün fikrinin, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı olarak dikkate alınmasının gerektiği de, yine aynı maddede vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, rıza verme kapasitesine sahip olan küçük, başka bir kimsenin rızası veya onayı olmaksızın kendisine biyotıp alanında bir müdahalede bulunulup bulunulamayacağına karar verebilir. Hatta Sözleşme, rıza konusunda iradesini açıklama yeteneğinden yoksun küçüğü de karar verme sürecinin tamamen dışında

⁵²³ Şenocak, **a.g.m.**, s.78.

⁵²⁴ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.100; Dural, **a.g.m.**, s.250; Erman, **a.g.e.**, s.86.

birakmamaktadır. Bu aşamada küçüğün fikri, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde artan belirleyici bir etken olarak dikkate alınmalıdır⁵²⁵.

Rıza verme yeteneği bulunmayan erginlerin durumu da Sözleşme'nin anılan maddesinde ayrıca açıklanmıştır. Buna göre, tıbbi müdahalenin ilgisinin yetişkin bir kişi olmakla beraber, yasal olarak akıl hastalığı ve benzer sebeplerden dolayı müdahaleye muvafakat verme yeteneğine sahip olmaması halinde, müdahale ancak yasal temsilcinin ya da kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile mümkün olacaktır. Sözleşme'ye ilişkin Açıklayıcı Rapor'da, benzer sebep ifadesi ile anlatılmak istenenin, kaza ve koma durumu gibi kişinin iradesinin oluşmasına ya da onu açıklamasına engel durumlar olduğu belirtilmektedir. Diğer yandan, anılan düzenlemede, ilgili kişinin mümkün olduğunca izin verme sürecine katılması gerektiği de ifade edilmektedir. Ayrıca; Sözleşme'nin 6. maddesinin 2. fıkrası kapsamında herhangi bir organik nedenle bilincini kaybetmiş bir yetişkine ancak, yasal temsilcisi ya da kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilecektir.

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin, küçüğün ve ayırtım gücüne sahip olmayan erginlerin korunması amacını taşıyan söz konusu düzenlemelerine paralel çeşitli düzenlemelere ulusal mevzuatımızda da rastlanmaktadır: HHY'nin 24. maddesinde, hastanın küçük olması durumunda velisinden izin alınacağı, yasal temsilci tarafından rıza verilmemesi halinde ise, gerekli tıbbi müdahale için, TMK 346 ve 487 maddelerinde öngörülen önlemler çerçevesinde mahkeme kararı alınması gerektiği belirtilmektedir. Yine, Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının 42. maddesinde, “reşit ve/veya mümeyyiz olmayan kişiler yönünden veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı gerekir” ifadesi yer almaktadır.

⁵²⁵ İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin bu hükmü, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde yer alan “ Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanınır” şeklindeki düzenleme ile paraleldir.

İsviçre’de GUMG md.5 hükmü de paralel bir düzenleme ile, ayırtım gücü bulunmayanlar bakımından rızanın yasal temsilci tarafından açıklanacağını belirtmektedir. Ayrıca 10. maddeye göre, ayırtım gücü bulunmayanlar üzerinde gerçekleştirilecek genetik analizler sadece sağlık amacıyla yapılabilecek; istisnai olarak, ailede veya benzer genetik yapıyı taşıyan diğer kişilerde bulunan ağır kalıtsal hastalıkların başka türlü aydınlatılmasının mümkün olmadığı durumlarda da bunlar üzerinde genetik inceleme mümkün olabilecektir.

Almanya’da ise, Genetik Tanı Kanunu’nun 14. maddesi, Kanun’da rıza konusunda yer alan düzenlemelerin rıza verme yeteneği olmayanların yasal temsilcileri için uygulanacağını belirtmekle beraber, rıza verme yeteneğinden yoksun bu kişiler üzerinde yapılacak genetik analizler için çeşitli koşullar öngörmüştür. Buna göre, yapılacak genetik incelemenin anlam ve önemini kavrayacak durumda olmayan kişiler üzerinde analiz ancak, genetik yapıdan kaynaklı bir hastalığın önlenmesi veya tedavi edilmesi ya da etkisi genetik özelliklere bağlı olan bir ilaç ile tedavinin öngörülmesi durumlarında gerçekleştirilebilecektir. Ayrıca, analizin bu kişilere getireceği yük ve rizikonun mümkün olduğunca az olması gerektiği de ifade edilmektedir. Tüm bu sınırlamaların yanında yine de, bu kişilere, yapılacak genetik inceleme kapsamı ve sonuçları itibarıyla mümkün olduğunca uygun bir şekilde anlatılmaya çalışılmalıdır.

1.2.6. Doğum Öncesi ve Erken Çocukluk Dönemi Genetik Analizlerde Rıza

Doğum öncesi (prenatal) dönemde, embriyo üzerinde uygulanacak bir genetik analiz, -embriyoyu taşıyan- annenin rızasının alınmasını gerektirir⁵²⁶. Zira henüz doğmamış çocuk tam ve sağ doğmak kaydıyla hak ehliyetine sahip olup; doğmadan önce annenin bir parçası olarak kabul edilmektedir⁵²⁷.

⁵²⁶ Deutsch, **a.g.m.**, s.80.

⁵²⁷ Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s.156.

Erken çocukluk döneminde gerçekleştirilecek bir genetik analiz de, müdahalenin tıbbi niteliği dolayısıyla, çocuğun yasal temsilcilerinin rızasını gerektirir. Burada, ayırtım gücü bulunmayanların tıbbi müdahaleye rızasına ilişkin esaslar geçerli olup; tanı ve tedavi amaçlı bir genetik analiz için yine, yasal temsilcinin rızası aranır. Ancak, çocuğun ergin olmasından sonra, önceden uygulanmış olan analizin sonuçlarının kendisiyle paylaşılması ayrıca kendisinin rızasını gerektirir⁵²⁸.

1.2.7. Rıza Aranmayan Durumlar

1.2.7.1. Bir Kanun Hükmünün Yerine Getirilmesi

Konuya ilişkin iç hukukumuzdaki düzenlemeler, Ceza Muhakemesi Kanunu md.78 ve Medeni Kanun md.284/f.2 hükümleridir. Söz konusu hükümler gereğince yapılacak genetik incelemelerde ilgililer rıza göstermekle yükümlüdürler.

1.2.7.1.1. Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 78. maddesinde, “... elde edilen örnekler üzerinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik inceleme yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.” denilmektedir. Yine Ceza Muhakemesi Kanunu, md.80/I'de moleküler genetik inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu ve elde edilmiş amacı dışında kullanılmayacağı; ceza dosyasının bir parçası sayıldığı ve dosyanın içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından, bir başkasına

⁵²⁸ Deutsch, a.g.m., s.81.

verilemeyeceği belirtilmiştir. Söz konusu düzenleme, yukarıda da belirtildiği üzere, genetik inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliği taşımasının bir sonucudur⁵²⁹.

1.2.7.1.2. Türk Medeni Kanunu

Medeni Kanun'un 284/f.2 hükmünün ikinci bendinde, "*Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir*" denilmiştir. Bu düzenlemenin ilk cümlesinde, kişilerin moleküler biyolojik araştırmalara bazı sınırlamalar altında da olsa, rıza göstermeleri zorunluluğu getirilirken, ikinci cümlede, böyle bir incelemeye rıza göstermemenin yaptırımı öngörülmektedir. Dolayısıyla kanun, kişinin araştırma ve incelemeye rıza gösterme yükümlülüğünü getirmiştir. Ancak; incelemeye rıza gösterme bir yükümlülük olmakla beraber, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için aynen ifa davası açılmaz. Yükümlülüğe aykırı davranışın yaptırımı, dava ile amaçlanan hukuki sonucun kişi aleyhine gerçekleştiğinin kabulüdür. Bu düzenleme, kişinin rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamayacağını hükme bağlayan Anayasanın 17. maddesi ve Medeni Kanununun 23. maddesi ile de uyumludur.

Ancak, TMK 284 hükmü, özetle, moleküler biyolojik araştırma ve incelemeler sonucunda elde edilen kişisel verilerin korunması konusunda Türk Hukukunda yeterli düzenlemenin mevcut olmadığı noktasında eleştirilmektedir⁵³⁰. Zira, genetik çalışmaların, analizlerin nasıl ve hangi koşullar altında yürütüleceği, elde edilen verilerin nasıl ve ne kadar süre saklanacağı, hangi amaçlarla kullanılacağı hususları halen yasal düzenlemeye muhtaçtır⁵³¹. Bu noktada TMK md.284'ün uygulanmasında,

⁵²⁹ Nur Centel ve Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, (6. Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008), s.279.

⁵³⁰ Yıldırım, **a.g.m.**, s.394; Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.302 vd.

⁵³¹ Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.303.

hâkimin kişisel verilerin korunmasını nasıl sağlayacağı, verilerin nasıl saklanıp korunacağı ve yok edileceği soruları yanıtız kalmaktadır. İlgili kişilerin genetik bilgilerinin güvenliğini sağlayacak bir koruma istemi karşısında hâkim, bu olanaktan yoksundur. Dolayısıyla, kişisel verilerin korunması ve gen ile ilgili özel düzenlemeler yapıncaya kadar, genetik analiz isteyen hâkimler bu alanlardaki koruma boşluklarının farkında olarak hareket etmeli; analiz sonuçlarının farklı amaçlar için de kullanılabilceğini göz önünde bulundurmalı ve üçüncü kişilerin bilgisine sunmamalıdır.

TMK md.284'ün uygulanmasında ayrıca belirtilmesi gereken diğeri bir nokta da, hâkimin, “sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemeler” ifadesini yorumlarken, kişinin ruh sağlığının da bu ifade kapsamında bulunduğunu unutmaması gerektiğidir. Gerçekliğin bilinmesi durumunda çocuk ya da babanın yaşayacağı ruhsal çöküntü ile gerçeği bilme konusundaki menfaatleri dikkatle değerlendirilerek genetik incelemeye karar verilmelidir⁵³².

Soy bağıının belirlenmesine ilişkin olarak, Alman hukuk sistemindeki benzer bir düzenleme BGB 1600 c ve d'de bulunmaktadır. Söz konusu hükmün uygulama alanı bulduğu durumlarda, ZPO § 372a özel bir önem taşımaktadır: İlgili kişiler, mahkeme sürecinde bilimsel ilkelere göre yapılacak gerekli araştırmalara katılmak zorundadırlar. Bu anlamda ZPO § 372a, Alman Anayasasının 2. maddesi ile korunan kişinin bedensel bütünlüğüne zorunlu bir müdahale ve sınırlama getirmektedir. Bu hükme göre, soy bağıının belirlenmesine ilişkin davalarda kan incelemeleri, kalıtsal biyolojik raporların ve benzeri incelemelerin yapılması mümkündür⁵³³. Genetik analizlerin de, hükümde sayılan inceleme türleri içerisinde yer aldığı söylenebilir. Ancak belirtmelidir ki, söz konusu düzenleme, kişisel verilerin korunması konusunda ayrıntılı hükümler getiren Federal Verilerin Korunması Kanunu⁵³⁴ ile de tamamlanmaktadır. Bu kanun ile kişisel verilerin izinsiz bir şekilde yetkisiz kimselerin

⁵³² Memiş ve Yıldırım, **a.g.m.**, s.305.

⁵³³ Einwag, **a.g.m.**, s.97. Ayrıca bkz. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>

⁵³⁴ Bkz. yukarda dpn.273.

eline geçmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Kanun ayrıca, kişisel verilerin işlenme, saklanma, yok edilme ve anonimleştirilmesi ile ilgili hükümlerin yanında, bu tür kişisel verileri bulunduran ve elde edenlerin denetlenmesi ile ilgili hükümler de içermektedir. Ayrıca, kişinin genetik verilerinin korunması yükümlünün ihlâli durumunda, hekimin susma/sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışının cezalandırılmasını öngören § 203 StGB hükmü bulunmaktadır.

1.2.7.2. Üstün Özel Yarar ve Kamu Yararı

1.2.7.2.1. Kişinin Genetik Kökenini Bilme Hakkı

Kişinin temel haklarından biri olarak kabul edilen genetik kökenini bilme hakkının, üzerinde genetik analiz gerçekleştirilecek kişinin korunan yararından daha üstün bir yarar içerdiği kabul edilmektedir⁵³⁵. Bu durumda, genetik analizi talep edenin üstün yararı karşısında ilgilinin rızası aranmayacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında⁵³⁶, kişinin biyolojik babasını bilmek istemesini üstün yarar olarak kabul etmiş ve bu durumda babalığın tespiti için yapılan DNA testinin kişilik hakkı ihlâli oluşturmayacağını belirtmiştir.

Yine, soybağının belirlenmesi için uygulanan genetik analizlerde, soybağının reddi için analizi isteyen velayet hakkı sahibi eşin de üstün özel bir yararının bulunduğunu söylemek mümkündür⁵³⁷. Ancak belirtmelidir ki, burada üstün yararın bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabulü, mevcut soybağı ilişkisinin ve velayet hakkının kişiliği yakından ilgilendiren niteliğinden kaynaklanmaktadır; yoksa, soybağı ilişkisinin kurulmasıyla bağlantılı olarak ortaya çıkan bakım ve nafaka yükümlülükleri ile ilgili değildir. Zira “üstün özel yarar” kavramına yer veren TMK md.24/f.2 hükmü, kişilik hakkına ilişkin hükümler arasında yer aldığına göre, hukuka aykırılığı giderecek

⁵³⁵ Bauer, **a.g.m.**, s.97-98.

⁵³⁶ BGE 134 III 241.

⁵³⁷ Bauer, **a.g.m.**, s.97.

olan üstün özel yararın da kişilik hakkı ile ilgili olması gerekir. Başka bir husustan kaynaklanan yarar, müdahaleyi hukuka uygun kılmaz⁵³⁸.

1.2.7.2.2. İş Güvenliği

İş hayatında uygulanan genetik analizlerde, bazı durumlarda, çalışanların üstün yararı bir hukuka uygunluk sebebi olarak akla gelmektedir. Şöyle ki, özellikle iş sağlığı ve güvenliği bakımından genetik analizlerden yararlanılarak bir koruma sağlamak amacı söz konusu olduğunda, uygulanan analizin çalışanın yararına olduğu ve dolayısıyla hukuka uygun olduğu iddia edilebilecektir. Örneğin, belirli bir kimyasal maddeye karşı bir işçinin genetik yapısından dolayı özel bir hassasiyetinin bulunduğu ve hatta sağlığı açısından tehlike yarattığı durumda, kişinin, iş ortamının iyileştirilmesi, çalıştığı pozisyonun değiştirilmesi gibi önlemler⁵³⁹, onun yararına olacaktır⁵⁴⁰. Bu anlamda genetik analizlerin çalışanın yararına olarak kullanılması da mümkün olmakla beraber, tek başına, söz konusu yararın işçinin rızası olmaksızın yapılacak bir müdahaleyi haklı kılıp kılmayacağı tartışılması gereken bir sorundur.

Kişinin hayatına yönelik mevcut bir tehlikenin varlığı ve kişinin, müdahale için rızasının alınamayacak durumda olduğu istisnai durumlarda, mağdurun üstün yararı, kişilik haklarına aykırı müdahaleyi hukuka uygun kılar⁵⁴¹. Genetik analizlerde ise, henüz ortaya çıkmamış ve ilerde çıkma olasılığı da kesin olarak tespit edilemeyen hastalıklara ilişkin bir öngörü söz konusu olmaktadır. Bu bakımdan, söz konusu analizlerde, gerekli ve yeterli bilgilendirme yapıldıktan sonra verilmiş bir rıza

⁵³⁸ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.142-143.

⁵³⁹ Burada da dikkat edilmesi gereken bir husus şudur: İşçiyi, kendisi için tehlike yaratmayan başka bir işte çalıştırmak, genetik bir hastalığa yatkınlığa işaret edecek ve bu durumda da, işçinin özel hayatına ait bir bilginin açık edilmesi söz konusu olacaktır. Bkz. Sevimli, **a.g.e.**, s.188 ve d.pn.335.

⁵⁴⁰ Deutsch, **a.g.m.**, s.84.

⁵⁴¹ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.140.

olmaksızın, tek başına, çalışanın üstün yararı müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir⁵⁴².

İş hayatında, çalışanlardan genetik test istenmesi konusunda, üçüncü kişinin üstün yararı da bir hukuka uygunluk sebebi olarak düşünülebilir. Genetik yapısı itibariyle bazı hastalıklara yatkınlığı olup, iş sağlığı ve güvenliği bakımından risk taşıyan görevlerde bulunanların diğer çalışanlar ya da üçüncü kişiler bakımından tehlike yaratmaları söz konusu olabilir⁵⁴³. Bu durumda, üçüncü kişilerin üstün yararının bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebilmesi için, söz konusu hastalığın engellenmesinin veya kontrol altına alınabilmesinin rutin tıbbi gözlem ve muayeneler ile mümkün olmaması gerekir. Zira genetik analizler kişilik hakkı bakımından çok boyutlu ve sonuçları ağır sorunlar doğurabilmektedir⁵⁴⁴.

İsviçre’de, GUMG md.21 ile iş sözleşmesinin kurulmasında veya devam ettiği süreçte çalışanların genetik analize tabi tutulması kural olarak yasaklanmıştır. Ancak; söz konusu yasak, genetik analizin, meslek hastalıklarının ve iş kazalarının önüne geçilebilmesi amacıyla yapılması halinde ortadan kalkmaktadır (GUMG md.22).

Sigorta sözleşmelerinin kurulmasında genetik analizlerin kullanılması bakımından, sigortacının ekonomik menfaatinin üstün özel yarar olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda da benzer sonuçlara varmak mümkündür. Sigortacının potansiyel riski gözeterek sözleşmeyi hiç yapmaması ya da daha yüksek primlerle yapması şeklinde özetlenebilecek ekonomik menfaati, ilgilinin özel hayatının korunması karşısında üstün özel yarar olarak değerlendirilemez. Nitekim İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu’nda, istihdam tercihleri ve sigorta poliçelerinin hazırlanmasının sağlık amacı oluşturmadığı açıkça ifade edilmektedir.

⁵⁴² Sevimli, **a.g.e.**, s.188; Deutsch, **a.g.m.**, s.84; Metin, **a.g.e.**, s.431.

⁵⁴³ Bauer, **a.g.m.**, s.94; Sevimli, **a.g.e.**, s.188.

⁵⁴⁴ Bkz. ve karşı. Sevimli, **a.g.e.**, s.186-187.

1.2.7.3. Acil Durumlar

Her türlü tıbbi müdahaleler bakımından aranan rıza koşulunun bir istisnası da acil durumlardır⁵⁴⁵. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 8. maddesine göre, "Acil bir durum sebebiyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir".

Bir durumun acil olarak nitelendirilmesi için mutlaka hayati bir tehlikenin bulunması gerekmez. Gecikmeli olarak yapılacak bir müdahale, hastanın iyileşme sürecini uzatacak ya da hastanın sağlığında geçici veya kalıcı bozulmalara yol açacak nitelikteyse rıza aranmaz⁵⁴⁶. Dolayısıyla, kişinin sağlığı bakımından çok kısa sürelerin dahi önemli olduğu durumlarda, hastanın ya da yasal temsilcilerinin aydınlatılmış rızasının alınması ihmal edilebilecektir.

Ayrıca, tıbbi bir müdahale ve özellikle bir ameliyat sırasında önceden öngörülemeyen hallerin ortaya çıkması ve bu sebeple ameliyat kapsamının genişletilmesi zorunluluğunun doğması durumunda da, hastadan yeniden rıza alınması söz konusu olmayacaktır⁵⁴⁷. Bu durumun da, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin düzenlediği ve rızaya gerek olmayan hallerden biri olduğu kabul edilmelidir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Özsunay, **a.g.e.**, s.103; İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, tıbbi müdahalenin derhal gerçekleştirilmesi zorunlu ve kaçınılmaz ise artık hekimin, yapacağı operasyon için hastanın rızasını aramayacağını belirtmiştir. Bkz. BGE 108 II 59.

⁵⁴⁶ Metin, **a.g.e.**, s.427; Helvacı, **2010**, s.105-106.

⁵⁴⁷ Helvacı, **2010**, s.106.

⁵⁴⁸ Kaplan, **a.g.m.**, s.8; Metin, **a.g.e.**, s.427.

1.2.7.4. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı Kapsamında Öngörülen Durumlar

Kişisel verilerin işlenmesinde hukuka uygunluk bakımından da kural olarak rıza zorunludur. Genetik analiz yoluyla edinilen kişisel veriler hassas veri olarak kabul edilmektedir. Tasarı'nın "Özel Niteliği Olan Kişisel Veriler" başlıklı 7. maddesi, hassas verilerin işlenmesini kural olarak yasaklamakla birlikte, bu yasağa çeşitli istisnalar getirmiştir. Bunlardan ilki, kişinin rızasının bulunması durumudur. Ancak, söz konusu düzenlemeye göre, rıza bulunmasa da, rızasını açıklayamayacak durumda bulunan bir kişinin kendisinin veya bir başkasının hayatı ya da beden bütünlüğünün idamesi için veri işlemenin zorunlu olması durumunda hassas verilerin işlenmesi hukuka uygundur. Bu düzenleme, kişilik hakkı ihlallerinde hukuka uygunluk sebepleri arasında yer alan üstün özel yarar halinin bir görünümüdür.

Ayrıca, aynı maddede devamla, belirli şartlar altında koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla bu verilerin işlenmesi de hukuken mümkün kabul edilmiştir⁵⁴⁹. Şüphesiz, kişinin genetik verileri de bu kapsamda değerlendirilecek ve hükümde öngörülen durumlardan birinin varlığı halinde, genetik verilerin işlenmesi ilgilinin rızası koşulu aranmaksızın hukuka uygun sayılacaktır.

1.3. Genetik Analizin Yetkili Kişi Tarafından Yürütülmesi

Kişinin yaşamına, sağlığına ve bedensel tamlığına yönelik bir müdahalenin tıbbi bir müdahale olarak kabul edilebilmesi ve hukuka uygun sayılabilmesi için, söz konusu müdahalenin öncelikle, tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişiler tarafından

⁵⁴⁹ İlgili maddenin f bendi şu şekildedir: "Koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi, bakım veya sağlık hizmetlerinin yürütülmesi amacıyla kişisel verilerin; 1. Sağlık kurumları, 2. Sigorta şirketleri, 3. Sosyal güvenlik kurumları, 4. İşyeri sağlık birimi oluşturmakla yükümlü işverenler, 5. Sağlıkla ilgili okul ve üniversiteler tarafından ilgili kanunlara uygun olarak, hukuken veya meslek kurallarına göre sır saklama yükümlülüğü altında bulunan sağlık personeli veya eşdeğer seviyede sır saklama yükümlülüğü altındaki bir başka kişinin gözetimi altında işlenmesi mümkündür".

gerçekleştirilmesi gerekir. Tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişinin sahip olması gereken özellikler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu'nda⁵⁵⁰ düzenlenmiştir. Bu düzenlemelere göre, tıp bilimini icra edebilecek kişinin Tıp Fakültesi mezunu olması, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması, Tabip Odasına kayıtlı olması ve hekimlik yapmaya engel hali bulunmaması gerekmektedir.

Tıbbi genetik uygulamalar bakımından da aynı kuralın geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Dolayısıyla, gerek genetik yapıdan kaynaklı olarak ve henüz herhangi bir hastalık belirtisi ortaya çıkmadan önce, sırf hastalık eğilimlerini tespit için yapılan önleyici genetik testler gerek teşhis ve tedavi amacı taşıyan genetik testler, tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişilerce yürütülmelidir.

İsviçre hukukunda konuya ilişkin GUMG md.13 hükmü, genetik analizlerin sadece hekimler tarafından yapılabileceğini belirtmektedir. Ayrıca hükmün ikinci fıkrası, önleyici nitelik taşıyan genetik analizleri ve doğum öncesi genetik analizler gibi aile planlamasına hizmet eden analizleri yürütecek hekimlerin bu konuda ayrıca eğitim almış olmalarını aramaktadır.

Almanya'da konuya ilişkin açık bir düzenleme Genetik Tanı Kanunu md.7'de yer almaktadır. Bu hükme göre, teşhis amaçlı bir genetik analiz ancak hekimler tarafından, önleyici genetik analizler ise sadece insan genetiği alanında uzmanlaşmış hekimler tarafından uygulanabilecektir.

1.4. Genetik Danışma

Genetik bir hastalık tanısında kişi, bir uzman tarafından bilgilendirilmeli; genetik danışmanlık hizmeti almalıdır. Genetik danışma, genetik bir hastalığın ailede ortaya çıkması ya da tekrarlama olasılığı sonucu ortaya çıkan sorunlarla ilgilenen bir

⁵⁵⁰ 31.1.1953 tarih ve 8323 sayılı RG.

iletişim sürecidir⁵⁵¹. Bu süreçte hekim, genetik testlerin sonuçları ve ailenin diğer bireylerinin taşıdığı olası riskler ve seçenekler konusunda hastayı ve ailesini anlayabileceği bir açıklıkta bilgilendirmeli; hastalığın tanısı, seyri ve yönetimini de içerecek şekilde tıbbi sorunu aileye anlatmalıdır. Ayrıca, genetik danışma hizmeti verecek uzmanın bu alanda özel eğitim almış bir hekim olması da aranmalıdır⁵⁵².

Genetik danışmayı veren uzman yönlendirici olmamalıdır⁵⁵³. Daha açık bir ifadeyle, genetik danışma, hastanın ya da aile üyelerinin bağımsız bir şekilde karar vermesine yardımcı olmalı, bunu teşvik etmelidir. Dolayısıyla, ilgili kişiye genetik tanının, bu tanı karşısındaki tüm seçeneklerin ve sonuçların açıklanması son derece önemlidir⁵⁵⁴. Özellikle önleyici karakter taşıyan genetik testlerde genetik danışma hizmeti mutlaka ve kapsamlı olarak verilmelidir. Zira ancak bu yolla, uygulanması düşünülen genetik test öncesinde, ilgilinin, genetik yapısını öğrenmek isteyip istemediği konusunda gerçekten bağımsız ve kişisel bir kararla hareket etmesi mümkün olur⁵⁵⁵.

Ayrıca hastaya, genetik alanındaki hızlı gelişmeler sebebiyle verilen bilgilerde zamanla değişiklikler olabileceği, bu nedenle, özellikle gebelik sürecinde bir tanı söz konusu ise veya yeni bir gebelik söz konusu olacaksa yeniden bir genetik birimine başvurmasının yararlı olacağı hatırlatılmalıdır.

⁵⁵¹ Genetik Danışma Çerçeve Kuralları. Bkz. Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, WHO, 1998, Erişim tarihi: 2.5.2010, (http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf) .

⁵⁵² Schmidtke, **a.g.m.**, s.420. Ancak bazı yazarlar, genetik danışmanların sağlık sektörü elemanı olarak çalışan ve biyoloji, genetik, hemşirelik, psikoloji ya da kamu sağlığı gibi alanlardan birinde eğitim yapmış kişiler olduğunu belirtmektedirler. Bkz. Akman ve Tuncer, **a.g.e.**, s.85.

⁵⁵³ Carla Mainardi - Speziali, **Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik: Die genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes**, (Bern: Verlag Stämpfli + CIE AG, 1992), s.131; Tolun, **a.g.e.**, s.8.

⁵⁵⁴ Genetik Danışma Çerçeve Kuralları. Bkz. Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, WHO, 1998, Erişim tarihi: 2.5.2010, (http://whqlibdoc.who.int/hq/1998/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf) .Mainardi – Speziali, **a.g.e.**, s.133-134.

⁵⁵⁵ Schmidtke, **a.g.m.**, s.420; Mainardi – Speziali, **a.g.e.**, s.132.

İsviçre’de GUMG md.14, genetik danışma faaliyetinin nasıl gerçekleştirileceği konusunu ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Buna göre, genetik danışmada, görüşmenin kayıt altına alınması ve bilgilendirmenin yönlendirici olmaması gerekmektedir. Yine, ilgili kişinin ayırtım gücünün bulunmaması durumunda yasal temsilcisinin bilgilendirilmesi gereği de ifade edilmektedir. Ayrıca, genetik danışma ile genetik analizin uygulanması arasında –ilgili kişinin gereken değerlendirmeyi yapabilmesi için- uygun bir zaman diliminin bulunması gerektiği de belirtilmektedir.

Almanya’da da Genetik Tanı Kanunu md. 10’da, genetik danışma, genetik analizlerin uygulanmasında zorunlu bir koşul olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, teşhis amaçlı genetik analizlerde hekim, sonuçların elde edilmesinden sonra genetik danışma hizmeti vermek zorundadır. Önleyici genetik analizlerde ise, genetik danışma hizmeti hem analizin yapılmasından önce hem de sonuçların ortaya çıkmasından sonra sunulmalıdır.

2. TIBBİ GENETİK ANALİZLERDE KİŞİLİK HAKKININ İHLALI

2.1. Genel Olarak

Genetik analiz uygulamalarında, çoğunlukla, hukuka uygunluk için aranan temel koşul ve ilkeler yoğun bir şekilde tartışılmış; hukuka aykırılık durumunda ortaya çıkan sorumluluk kısmı ve kişiliğin korunması ise bu tartışmaların arka planında kalmıştır⁵⁵⁶. Hukuka uygunluk koşulları taşımayan bir genetik analizin gerçekleştirilmesi veya elde edilen genetik verilerin hukuka aykırı bir şekilde başkalarına açıklanması ve aktarılması tazminat taleplerine yol açacaktır. Dolayısıyla, genetik analizlerde hukuka aykırılık ve kişilik hakkı ihlali olasılığı, sürecin başında, biyolojik materyalin temini ve analizi ile başlayıp verilerin elde edilmesi ile sona ermemektedir. Elde edilen genetik verilerin ve biyolojik materyalin saklanması, elde edilme amacına uygun olarak kullanılması ve

⁵⁵⁶ Erwin Deutsch, “Haftung für unerlaubte bzw. fehlerhafte Genomanalyse, **Versicherungsrecht** Juristische Rundschau für die Individualversicherung, 42. Jahrgang, Heft:31, November 1991, s.1206.

özellikle ticari bir amaçla işlenmemesi ile başta öngörülen sürenin sonunda yok edilmesini içeren bütün bir süreç içerisinde kişilik hakkına yönelik bir müdahale potansiyeli bulunmaktadır⁵⁵⁷.

Ülkemizde genetik analiz ve tedavi karşısında ilgilinin kişilik hakkını koruyacak özel bir düzenleme bulunmadığından, sorun, Biyotıp Sözleşmesi ve TMK md. 23 ile 24 çerçevesinde değerlendirilerek çözülmeye çalışılacaktır. Tıbbi genetik uygulamaları dolayısıyla ortaya çıkacak bir kişilik hakkı ihlali karşısında, olayın niteliğine göre, sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin ya da BK md.41 vd. kapsamında haksız fiil hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir. Zira buradaki sorumluluğun kaynağını genetik tedaviyi uygulayacak hekim ile hasta arasında önceden açık ya da örtülü olarak kurulmuş bir sözleşme ya da haksız bir fiil teşkil eder⁵⁵⁸. Başka bir deyişle, gen analizleri tıbbi bir faaliyet olup, gen analizi yapılacak kişi ile yapacak kişi arasında çoğunlukla bir hekim - hasta ilişkisi bulunmaktadır.

Genetik analiz uygulamasında, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmemesi, aydınlatılmış rızanın alınmasında eksiklik ya da rızanın kapsamının aşılmış bulunulması gibi durumlarda hukuka aykırılık söz konusu olur⁵⁵⁹. Hasta ya da genetik analizi yapılacak kişinin rızası dışında gerçekleştirilecek her türlü müdahale kural olarak hukuka aykırıdır ve haksız fiil hükümlerinin ya da sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Ayrıca hukuka uygunluk koşullarını taşıyan bir genetik analiz sonucunda ortaya çıkan verilerin de, hukuka aykırı olarak kullanılması mümkündür. Örneğin hukuka uygun bir şekilde elde edilen verilerin üçüncü kişilere açıklanması ve aktarılması durumunda yine, hukuka aykırılık söz konusu olacaktır.

Ancak, söz konusu düzenlemelerin, kişilik hakkı ihlali karşısında uygulanacak yaptırım yönünden her zaman yeterli olmayacağı da belirtilmelidir. Özellikle, kişisel verilerin korunması yönünde yasal düzenleme çalışmasının halen yürürlüğe

⁵⁵⁷ Aynı.

⁵⁵⁸ Şenocak, **a.g.e.**, s.3: Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006), s.123.

⁵⁵⁹ Yıldırım, **a.g.m.**, s.396; Deutsch, **Fehlerhafte Genomanalyse**, s.1205 vd.

sokulamamış olması, genetik inceleme sonrasında elde edilen verilerin korunması yönünden ciddi boşluklar doğurmaktadır. Bu noktada öncelikle, kişisel verilerin korunmasına ilişkin bir yasal düzenlemenin yürürlüğe sokulması ve bu düzenleme kapsamında devletin, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinde gözetim ve denetim yükümlülüğü ile kusursuz sorumluluğu esaslarına yer verilmesi gerekmektedir.

2.2. İhlal Oluşturan Durumlar ve Sorumluluğun Belirlenmesi

Tıbbi genetik analizler yoluyla bir kişilik hakkının ihlali durumunda, ihlali gerçekleştirenin hukuki sorumluluğu, başka bir ifadeyle, zararı tazmin etmekle yükümlü tutulması sonucu ortaya çıkacaktır. Söz konusu sorumluluk sözleşmeden, kanundan veya haksız bir fiilden kaynaklanabilir. Bu anlamda, sorumluluğun belirlenmesinde Borçlar Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulacaktır.

Türk Medeni Kanunu, kişilik hakkına ilişkin sorunları bazı yönleriyle düzenlemiştir; bir kısım sorunların çözümünde ise Borçlar Kanunu işaret edilmiştir. Bu durumda, örneğin, kişilik hakkı ihlali oluşturan durumun sebebi, zararın kapsamı, kusurun belirlenmesi gibi konularda Borçlar Hukuku kuralının doğrudan uygulanması söz konusu olacaktır. Bu nokta özellikle “Bu kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır” hükmüne yer veren TMK md.5 hükmünün sonucudur.

2.2.1. Sözleşmeye Aykırılık

Hem tedavi amaçlı genetik müdahaleler hem de sadece genetik bir tanı elde etme amaçlı gerçekleştirilen genetik testler, “tıbbi müdahale” nitelikleri dolayısıyla kural olarak, “hekimin sorumluluğunun tabi olduğu esaslar” kapsamında bir sorumluluk

yaratır⁵⁶⁰. Hukukumuzda, kusurlu tıbbi müdahalelerden dolayı hekim ve hastanelerin sorumluluğu, hasta ile hekim arasındaki özel hukuk veya kamu hukuku ilişkisinin bulunup bulunmamasına göre, Borçlar Kanunu hükümlerinin ya da kamu hukuku esaslarının uygulanmasını gerektirecektir.

Zira sağlık hizmeti almak üzere, hizmeti sunan kişi ya da kuruma başvurulması halinde, söz konusu kişi veya kurum ile hasta arasında bir tedavi sözleşmesi kurulur. Acil durumlar dışında hekim, hasta ile arasındaki bu sözleşmeye dayanarak tıbbi müdahalede bulunur⁵⁶¹. Sözleşme gereğince, hekim, tıp bilimi ve uygulamasının kuralları çerçevesinde gerekli tanıyı koymak ve bu tanıya en uygun tedavi yöntemini uygulamakla yükümlüdür. Tıp biliminin genel mesleki ilke ve standartlarına aykırı uygulamalar, kural olarak sözleşmenin ihlâli sonucunu doğurur⁵⁶². Zira hekim veya hastane tıbbi faaliyetleri yürütürken, mevcut sözleşme hükümleri yanında, dolaylı olarak sözleşmenin içeriğine dâhil olan mesleki ilkelere ve sağlık hukuku mevzuatına da uygun davranmakla yükümlüdürler⁵⁶³. Dolayısıyla, tıbbi uygulamanın tıbbi ve hukuki özen kurallarına aykırılık taşıması ve bu aykırılığın kişinin yaşam, sağlık, bedensel tamlık ve özel ve gizlilik alanı gibi kişilik değerlerinin ihlali sonucunu doğurması halinde hekimin sorumluluğu doğmaktadır⁵⁶⁴.

Genetik analizin, tıbbi tedavi çerçevesinde bir sözleşmeden kaynaklı olarak uygulandığı durumlarda da, yanlış bir uygulama veya öngörülen genetik uygulamanın

⁵⁶⁰ Yıldırım, **a.g.e.**, s.157. Hekimin sorumluluğu, hekimlik mesleğinin uygulanmasında esas alınacak etik ilkelerin pek çoğunun bir hukuki yaptırıma bağlanması ve hukuk kuralı halini alması ile oluşmuştur. Diğer hastalıklarda olduğu gibi, özellikle genetik test ve analizlerde de, kişinin bilgilendirilmesinden rızasının alınmasına ve elde edilen bilgilerin saklanması kadar birçok aşamada hekimin sorumluluğuna başvurulabilmektedir. Bkz. Özalp, **a.g.e.**, s.32.

⁵⁶¹ Sert, **Hasta Hakları**, s.193.

⁵⁶² Akipek Öcal, **a.g.m.**, s.52; Akıncı, **a.g.e.**, s.220.

⁵⁶³ Zarife Şenocak, **İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat**, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), s.43; Akıncı, **a.g.e.**, s.220-221.

⁵⁶⁴ **Aynı**, s.43.

sınırlarının aşılması, sözleşmeden doğan bir sorumluluk ortaya çıkarır⁵⁶⁵. Burada ortaya çıkan zararın tazmini, kusurlu tıbbi müdahalelerden dolayı hekim ve hastanelerin sorumluluğunun özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır.

Hukukumuzda söz konusu sorumluluk, hekimin tedavi sözleşmesi ile bir sonuç borcu değil, özenli iş görme borcu altına girdiğinden hareketle, ağırlıklı olarak BK md.386 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesinden doğan bir sorumluluk olarak değerlendirilmektedir⁵⁶⁶.

Genetik teşhis ve tedavi yöntemlerinin, bilimin geldiği son aşama itibariyle henüz tüm sonuçlarının tam olarak kestirilememesi ve bu nedenle ne ölçüde güvenle uygulanabileceği noktasında endişeler yaratması sebebiyle, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında, vekâlet sözleşmesinin doğurduğu olağan bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğüne oranla, bir genişleme yaratacağı kuşkusuzdur. Başka bir deyişle, genetik teşhis ve tedavi yöntemi kullanan hekimin hastayı daha geniş bir kapsamda aydınlatma yükümlülüğü altında olduğu söylenebilir. Bu yükümlülüğün ihlâli halinde ise hekimin, aydınlatma ve özen borcuna aykırı davrandığı şüphesizdir.

Kişinin genetik verilerinin içerdiği bilgilerin niteliği ve özelliği dikkate alındığında, hekimin dokümantasyon (belge düzenleme ve saklama) yükümlülüğünün de hastayı aydınlatma yükümlülüğü gibi özel bir önem taşıdığı görülür. Diğer yandan bu yükümlülük sadece hekimler için değil, genetik analiz ve tanı hizmetleri sunan tüm özel ya da kamu kurumları için geçerlidir. Zira tıbbi hizmet sunan özel ya da tüzel kişiler, ister kamu kurumu ister özel kurum olsun kendisine başvuranların tıbbi kayıt ve belgelerini düzenlemekle⁵⁶⁷ ve tanı veya tedavi sürecinde hastaya ait edindikleri

⁵⁶⁵ Deutsch, “Fehlerhafte Genomanalyse”, s.1206.

⁵⁶⁶ Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s.24 vd; Şenocak, **Özürlü Çocuk**, s.44; Akipek Öcal, **a.g.m.**, s.50; Mehmet Demir, “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **AÜHFD**, Cilt no: 57, Sayı no: 3, (2008), s.235-236; Zafer Zeytin, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, **Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, Derleyenler: Erdemir, Öncel, Namal, Ünver ve Doğan, İstanbul 2005, s.138; Sarial, **a.g.e.**, s.50; Sert, **a.g.e.**, s.32.

⁵⁶⁷ Zeytin, **a.g.m.**, s.140; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.108-109.

bilgileri gizli tutmakla yükümlüdür⁵⁶⁸. Çünkü; kişinin fiziki varlığına ve diğer kişilik değerlerine saygı göstermek zorunda olan hekimler ve genetik danışmanlık merkezleri, ilgililerin özel yaşam alanının gizliliği esasına da riayet etmek zorundadırlar⁵⁶⁹.

Hekimin bilgileri gizli tutmak konusundaki yükümlülüğü kural olarak, bütün üçüncü kişilere karşı geçerlidir⁵⁷⁰. Gerek aydınlatma yükümlülüğü gerek dokümantasyon yükümlülüğü, kural olarak sözleşmeden kaynaklanan birer yan edim yükümlülükleridir⁵⁷¹ ve ihlalleri halinde sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluk söz konusu olacaktır.

Yine, hukuka aykırı olarak hastanın mahremiyetini ve dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünü ihlal eden hekim, diğer hukuki yaptırımlar saklı kalmak üzere, bu yükümlülüğün ihlali nedeniyle ortaya çıkan maddi ve manevi zararı tazmin etmek zorundadır⁵⁷². Bu bağlamda örneğin, sağlığı hakkındaki bilgilerin veya genetik test yaptırmış olması halinde test sonucunun açıklanması nedeniyle işten atılan işçinin veya işe alınmayan kişinin, iş kaybı sebebiyle yaşadığı maddi zararın tazmini (BK md. 96 vd.); genetik veya bunun dışında bir hastalığının duyulması sebebiyle iş ve arkadaş çevresinden dışlanması sonucu yaşadığı manevi zararın tazmini (BK md. 49) gündeme gelebilecektir⁵⁷³.

Belirtmek gerekir ki, tıbbi teşhis ve tedavi konulu bir sözleşmeden doğan sorumluluk, normun koruma amacı kapsamında kabul edilebilecek üçüncü kişilere karşı da etkilidir. Bu durum özellikle, genetik analizin üçüncü bir kişi için, örneğin çocuk için yapılması durumunda ve analiz sonuçlarının üçüncü bir kişiye doğrudan zarar

⁵⁶⁸ Hayrünnisa Özdemir, **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**. (Ankara: Yetkin Yayınları, 2004). s.137.

⁵⁶⁹ Şenocak, **Özürlü Çocuk**, s.116.

⁵⁷⁰ Akıncı, **a.g.e.**, s.223; Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.114; Özdemir, **a.g.e.**, s.138.

⁵⁷¹ Akıncı, **a.g.e.**, s.216; Demir, **a.g.m.**, s.238-239; Zeytin, **a.g.m.**, s.141; Özdemir, **a.g.e.**, 152-153.

⁵⁷² Akipek Öcal, **a.g.m.**, s.52-53.

⁵⁷³ Özalp, **a.g.e.**, s.36.

verebileceği durumlarda ortaya çıkar⁵⁷⁴. Örneğin, çocuk sahibi olmayı planlayan ve doğacak çocuğa ilişkin potansiyel bir genetik bozukluk konusunda bilgilenmek isteyen bir çiftin, hatalı bir genetik analiz sonucunda herhangi bir risk olmadığı yönünde bilgilendirilmesi ve ardından çocuğun genetik yapısında mevcut bir bozuklukla doğması hali bunlardan biridir. Bu örnekte, sözleşmenin tarafı olan çift gibi, çocuk da sözleşmenin koruma alanında yer almaktadır⁵⁷⁵.

Genetik tanı ve tedaviler bakımından özellik gösteren bir diğer husus da “yeni” tedavi yöntemlerinin uygulanmasıdır. Henüz denenmemiş ya da deneme aşamasında bulunan tedavi yöntemlerinin uygulanması, şüphesiz, hekimin özen yükümlülüğünün kapsamını da genişletecektir. Hekim, mümkün olduğunca hasta için “en güvenilir yolu” tercih etmelidir; aynı sonucu sağlayacak klasik ve denenmiş bir tedavi yöntemi varken, daha fazla risk içeren bir yöntemi seçemez⁵⁷⁶. Daha önce denenmemiş bir tedavi yönteminin uygulanması söz konusu olursa, bu tedavide hekimin özen borcu daha geniş değerlendirilmelidir⁵⁷⁷.

Henüz deneme aşamasında bulunan tedavi yöntemlerinin ve bu kapsamda değerlendirilmesi gereken genetik tedavilerin hastaya uygulanmasında gözetilmesi gereken esaslar Hasta Hakları Yönetmeliği’nde belirtilmektedir. Buna göre, bu tür uygulamalara ancak “zaruret halinin şartlarının gerçekleşmesi halinde” başvurulabilecektir. Yönetmeliğin 27. Maddesine göre, “*Klinik veya laboratuvar muayeneleri sonucunda klasik tedavi metotlarının hastaya fayda vermeyeceği sabit olursa, daha evvel deney hayvanları üzerinde kâfi derecede tecrübe edilmek suretiyle faydalı tesirlerinin anlaşılması ve hastanın rızasının bulunması şartları birlikte mevcut bulunduğu, bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun*

⁵⁷⁴ Deutsch, “**Fehlerhafte Genomanalyse**”, s.1206.

⁵⁷⁵ **Aynı.**

⁵⁷⁶ Veysel Başpınar, “Hekimin Özen Borcu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Derleyenler: Baygın, Uçar ve Büyükkay, (Erzincan 15–16 Mayıs 2006), Ankara 2007, s.31.

⁵⁷⁷ Başpınar, **a.g.m.**, s.31.

uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağı ve tedavinin bilinen tedavi usullerinden daha elverişsiz bir sonuç vermeyeceğinin muhtemel olması şarttır. Evvelce tecrübe edilmemiş bir tıbbi tedavi ve müdahale usulü, ancak zarar vermeyeceğinin ve hastayı kurtaracağı mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir". Söz konusu hüküm çerçevesinde, hekim, genetik bir tedavi usulüne başvururken daha titiz bir karar sürecinden geçmek zorundadır.

Belirtmek gerekir ki, hekimin, yukarıda sözü edilen meslek ilke ve kurallarına aykırı, özen yükümlülüğünün gerektirdiği dikkat ve titizliği göz ardı eden davranışları, bir sözleşmenin varlığı halinde sözleşmeye aykırılık yanında, ayrıca, genel davranış kurallarına aykırılık olarak kendini gösterir. Burada söz konusu olan sorumlulukta, gerek sözleşme gerek haksız fiil hukukunun işlevi aynı olup, hastanın yaşam, sağlık, bedensel tamlık gibi kişilik değerlerinin korunmasına yöneliktir⁵⁷⁸. İsviçre Federal Mahkemesi bazı kararlarında⁵⁷⁹, hekimin sorumluluğu bakımından, tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını kabul etmek için, hastanın mutlak hak niteliğindeki kişilik hakkının ihlal edilmiş olmasını yeterli görmemekte, ayrıca, hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranmış olmasını da aramaktadır. Dolayısıyla, özen yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, sözleşmeye aykırılık durumunda olduğu gibi, hukuka aykırılığın tespitinde de dikkate alınmaktadır. Oysa belirtmek gerekir ki, özen yükümlülüğünün ölçüsü ve esasları açısından sözleşmesel sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluk arasında bir fark bulunmamakta; bu yükümlülüğe aykırılık bir mutlak hak ihlaline yol açtığı sürece meslek kusuru oluşturmaktadır. Böylece, hekimin sorumluluğunda sözleşmeye aykırılık ile hukuka aykırılık, içerik olarak örtüşmektedir⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ Şenocak, **Özürlü Çocuk**, s.44.

⁵⁷⁹ BGE 123 II 577 ve BGE 120 Ib 411 (Şenocak, **Özürlü Çocuk**, s.107, dpn.83'ten naklen).

⁵⁸⁰ Şenocak, **Özürlü Çocuk**, s.107.

2.2.2. Haksız Fiil

Mutlak bir hak olan kişilik hakkının ihlali, bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiğini gösterir. Dolayısıyla, tıbbi genetik analiz yoluyla gerçekleşen bir kişilik hakkı ihlali de, ilgilinin gerek bir hekim veya genetik tanı merkezi ile yaptığı bir sözleşme kapsamında gerçekleşsin, gerek sözleşme dışı bir ilişkiden kaynaklansın, hukuka aykırılık unsuru taşır. Ancak, sözleşmesel bir ilişki içerisinde ortaya çıkan kişilik hakkı ihlalinde, hakkın mutlak niteliği dolayısıyla, hem borca aykırılık hem de haksız fiil olma özelliklerinin birlikte bulunduğunu söylemek mümkündür⁵⁸¹.

Hekim ile hasta arasında daha önceden açık ya da örtülü olarak kurulmuş bir sözleşme bulunmadığı takdirde sorumluluğun kaynağını kural olarak geniş anlamda bir haksız fiil teşkil eder⁵⁸². Böylece sorumluluk ya Borçlar Kanunu'nun 41. maddesine göre dar anlamda bir haksız fiilden ya da Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereğince yardımcı kişilerin fiilinden⁵⁸³ veya 58. maddeye göre maliki bulunulan belirli nitelikteki tıbbi alet ve makinelerin yapım, bozum veya bakım eksikliklerinden doğar⁵⁸⁴.

Hekim ile hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme bulunmaması, hekimin özel bir hastanede hizmet sözleşmesi ile ya da bir devlet hastanesinde memur sıfatıyla çalışması durumlarında ortaya çıkabilir. Söz konusu durumlarda, hekim ile hasta arasındaki ilişki bir sözleşmeye dayanmadığından, hekim kusurlu tıbbi faaliyeti ile

⁵⁸¹ Hatemi, **a.g.e.**, s.61; Şenocak, **Özürlü Çocuk**, s.44.

⁵⁸² Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s.11-12; Pervin Somer, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, (24-25 Nisan 2008), (İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011), s.45.

⁵⁸³ Somer, **a.g.m.**, s.52-53.

⁵⁸⁴ Hekimin tıbbi faaliyetleri esnasında kullandığı tıbbi alet ve makineleri yapı eseri ya da kanundaki ifadeyle "diğer imal olunan şeyler" kavramı içinde düşünmek mümkündür. Ancak; sabitlik ve arza bağlılık niteliği yapı eseri kavramının temel özelliğidir. Bu nedenle sadece yerle doğrudan doğruya ya da dolayısıyla bağlılık arz eden tıbbi alet ve makineler BK md.58 anlamında yapı eseri sayılabilir. Bkz. Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s.116.

hastaya zarar verdiğinde BK md.41 anlamında bir haksız fiil işlemiş olacaktır⁵⁸⁵. Zira birinci durumda hasta sadece özel hastaneyle sözleşmesel bir ilişki içerisine girmekte, hekim ise hastane ile arasındaki mevcut hizmet sözleşmesi gereği, yardımcı kişi sıfatıyla tıbbi faaliyetlerde bulunmaktadır⁵⁸⁶. Diğer yandan, hekimin bir devlet hastanesinde çalışması durumunda ise, hekim bir kamu görevini yerine getirmekte olup; Devletin sorumluluğu ortaya çıkar.

Ayrıca, hekim ile hasta arasında daha önceden geçerli olarak kurulmuş bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı bazı durumlarda ise hekimin, vekâletsiz iş gören sıfatıyla hareketi söz konusudur⁵⁸⁷. Örneğin, acil durumlarda müdahale, ameliyatın genişletilmesi ya da ayırtım gücü bulunmayan kimse ile tedavi sözleşmesinin yapılması durumları vekâletsiz iş görme olarak nitelendirilebilir⁵⁸⁸.

Tıbbi müdahalelerde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin söz konusu açıklamaların, hekim- hasta ilişkisi içerisinde, sağlık amaçlı uygulanan bir genetik analiz bakımından da geçerli olacağı şüphesizdir. Bu bağlamda, genetik analizin ilgilisi ile uygulayıcı hekim veya diğer bir sağlık çalışanı arasındaki hukuki ilişkinin, ikisi arasında mevcut bir sözleşmeye dayanmadığı durumlarda, uygulanan genetik analizler veya genetik verilerin başkalarına iletilmesi, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektir. Diğer yandan, hekimin müdahalesinin vekâletsiz iş görme oluşturduğu durumlarda ise, vekâletsiz iş görme sebebiyle sorumluluk ortaya çıkacaktır.

Belirtmek gerekir ki, genetik analiz yoluyla kişilik hakkı ihlali her zaman hekim/ sağlık personeli veya hastane/genetik danışmanlık merkezi ile ilişkiler çerçevesinde gerçekleşmez. Özellikle genetik analiz uygulanıp, kişinin genetik verileri raporlandıktan sonra bu verilerin kişinin rızası dışında başkalarıyla paylaşılması şeklinde ortaya

⁵⁸⁵ Akipek Öcal, **a.g.m.**, s.56; Demir, **a.g.m.**, 228; Somer, **a.g.m.**, s. 45.

⁵⁸⁶ Şenocak, **Hekimin Sorumluluğu**, s.30.

⁵⁸⁷ Aynı, s.31; Akipek Öcal, **a.g.m.**, s.55; Somer, **a.g.m.**, s.52.

⁵⁸⁸ Yavuz İpekyüz, **a.g.e.**, s.127-128.

çıkacak bir ihlal, herkes tarafından gerçekleştirilebilecek nitelikte olup; yine, haksız fiil esaslarının uygulanmasını gerektirir.

2.3. İhlal Karşısında Kişiliğin Korunması

Kişilik hakkının mutlak olma niteliği, bu hakkın ihlalinin herkes tarafından ve çok farklı şekillerde gerçekleştirilmesini mümkün kılmaktadır. Kişilik hakkı kapsamında değerlendirilebilecek kişilik değerleri, gerek kamu hukuku gerek özel hukuk mevzuatında yer alan düzenlemelerle güvence altına alınmıştır. Ancak burada kişiliğin korunması, özel hukuk düzenlemeleri ve özellikle TMK md.25'te belirtilen hukuk davaları ile sınırlı olarak incelenecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesi, kişiliğin, kişinin rızası dışında gerçekleştirilen saldırılara karşı korunmasını düzenlemektedir. TMK md.24/f.1, hukuka aykırı olarak kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin, saldırıda bulunanlara karşı hâkimden koruma isteyebileceğini belirtmektedir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise, kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel yarar veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği bir yetkinin kullanılması şeklinde bir hukuka uygunluk sebebi bulunmadıkça, kişiliğe karşı gerçekleştirilen her saldırının hukuka aykırı olduğunu ifade etmektedir. Dolayısıyla genetik analizlerin uygulanmasında da, söz konusu hukuka uygunluk sebeplerinden biri bulunmadıkça, hukuka aykırılık ve kişilik hakkına saldırı ortaya çıkacaktır.

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına bir saldırıyla karşılaşan kişinin, saldırıdan korunmak için TMK md.25 çerçevesinde açabileceği davalar, koruyucu davalar ve tazminat davaları olmak üzere iki ana başlık altında incelenebilir.

2.3.1. Koruyucu Davalar

Koruyucu davalar, kişilik hakkı saldırıya uğrayan veya bir saldırı tehdidi altında bulunan kişinin hâkimden korunma talep etmek için açabileceği davalardır. Bu nedenle, bu davalar “tazmini nitelik taşımayan hukuk davaları” olarak da adlandırılmaktadır⁵⁸⁹.

TMK md.25/f.1, davacının hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, devam etmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermekle beraber etkileri süren saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebileceğini belirtmektedir. Söz konusu hüküm çerçevesinde, kişilik hakkına ilişkin koruyucu davalar, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırıya son verilmesi davası ve saldırılının hukuka aykırılığının tespiti davasıdır⁵⁹⁰. Burada farklı davaların öngörülmüş olması, söz konusu kişilik hakkı ihlalinin gerçekleşecek olması, halen devam ediyor olması ya da sona ermiş olmasına göre belirlenen zamansal bir farklılıktan kaynaklanmaktadır⁵⁹¹.

Koruyucu davaların açılabilmesi için aranan ortak koşul, bir kimsenin kişilik hakkının hukuka aykırı bir saldırıyla karşılaşmış olması ya da bu yönlü bir tehlikenin bulunmasıdır. Failin kusurlu olması veya saldırı sonucunda bir zararın gerçekleşmiş olması ise aranmaz⁵⁹². Kişi, maddi ya da manevi herhangi bir zarar ortaya çıkmamış olsa da bu davaları açabilir.

2.3.1.1. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi Davası

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin açabileceği koruyucu davalardan ilki, saldırı tehlikesinin önlenmesi davasıdır. Bu dava, kişiliğe saldırının henüz başlamadığı fakat ciddi ve yakın bir saldırı tehlikesinin bulunduğu durumlarda açılır. Dolayısıyla

⁵⁸⁹ Oğuz, **a.g.e.**, s.145.

⁵⁹⁰ Helvacı, **2001**, s.86 vd.; Helvacı, **2010**, s.155; Özsunay, **a.g.e.**, s.153; Özel, **a.g.e.**, s.65; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.183; Aksoy, **a.g.e.**, s.85; Oğuz, **a.g.e.**, s.146.

⁵⁹¹ Bucher, **a.g.e.**, s.141.

⁵⁹² Helvacı, **2001**, s.86 vd.; Rieder, **a.g.e.**, s.287; Büchler, **a.g.m.**, s.33; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.311.

burada saldırının sonuçlarına değil, doğrudan saldırı fiiline yönelik bir dava söz konusudur. Niteliği gereği, saldırı tehlikesi varlığını devam ettirdiği sürece bu dava açılabilir; saldırı başlamışsa artık önleme davası açılmaz⁵⁹³.

Tıbbi genetik analizler bakımından saldırı tehlikesinin önlenmesi davası genetik verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması veya başlangıçta rıza gösterilmiş olan amaca aykırı kullanılması tehlikesinin bulunması gibi durumlarda söz konusu olabilir. Doğal olarak bu tehlikenin de ciddi bir boyutta olması aranacaktır. Ancak tehlikenin ciddi olup olmadığının tespiti güç olduğundan, burada, ihlal tehdidi oluşturan kişinin bunu gerçekleştirebilme olanağı dikkate alınmalıdır⁵⁹⁴.

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davasının açılabilmesi için, koruyucu davalarda aranan ortak koşulların yanında iki ayrı özel koşul aranmaktadır: Saldırı tehdidinin varlığı ve bu tehdidin ciddi ve yakın olması. Bu anlamda, bir saldırı olasılığının bulunması önleme davasının açılabilmesi için yeterli değildir⁵⁹⁵. Önleme davası bir eda davası olup, hâkimin kararı davalıya yönelik bir yapmama yükümlülüğü içerir. Diğer yandan bu dava bir zamanaşımı süresine ya da hak düşürücü süreye tabi değildir.

2.3.1.2. Saldırıya Son Verilmesi Davası

Saldırıya son verilmesi davası, kişiliği oluşturan değerlerden herhangi birine yapılan hukuka aykırı bir saldırının sona erdirilmesi talebini içerir⁵⁹⁶. Bu davanın amacı

⁵⁹³ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.198-199; Helvacı, **2010**, s.155; Helvacı, **2001**, s.128; Hatemi, **a.g.e.**, s.67; Özel, **a.g.e.**, s.65.

⁵⁹⁴ Oğuz, **a.g.e.**, s.149.

⁵⁹⁵ Helvacı, **2010**, s.155; Helvacı, **2001**, s.128 vd.; Bucher, **a.g.e.**, s.141; Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.211; Riemer, **a.g.e.**, s.156-157; Özsunay, **a.g.e.**, s.154; Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.145; Hatemi, **a.g.e.**, s.67; Özel, **a.g.e.**, s.65.

⁵⁹⁶ Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.144; Bucher, **a.g.e.**, s.142; Riemer, **a.g.e.**, s.156; Hatemi, **a.g.e.**, s.67; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.311; Büchler, **a.g.m.**, s.33; Serdar, **a.g.e.**, s.256; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.205; Rieder, **a.g.e.**, s.286; Helvacı, **2001**, s.130; Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.213; Oğuz, **a.g.e.**, s.151.

kişilik hakkı ihlali oluşturan hukuka aykırı duruma son vermektir. Dolayısıyla, bu davanın, sadece devam eden saldırılar bakımından açılması mümkündür⁵⁹⁷.

Örneğin, kişinin, bir DNA bankasında bulunan bilgilerinin hukuka aykırı olarak halen açıklanmakta veya üçüncü kişilere aktarılmakta olması durumunda, kişinin özel alanının gizliliği ihlal edilmekte olup; saldırıya son verilmesi davası açılmalıdır. Yine, kişiden, farklı bir amaçla temin edilen biyolojik bir materyalin genetik analize tabi tutulması durumunda da bu dava akla gelmektedir. Burada da kişinin bilişimsel geleceğini belirleme hakkına yönelik bir müdahale söz konusu olmaktadır.

2.3.1.3. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti Davası

Kişilik hakkının saldırıya uğraması halinde açılacak korunma davalarından sonuncusu tespit davasıdır. TMK md.25/f.1 uyarınca, davacı, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini talep edebilir. Dolayısıyla bu davanın açılabilmesi için, saldırının, sona ermiş olmakla beraber etkilerinin devam ediyor olması aranacaktır⁵⁹⁸.

Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası, saldırıya son verilmesi ve önleme davalarının bir uzantısını oluşturan ve onları tamamlayan bir hukuki yoldur. Çoğunlukla, üçüncü kişilerin mağdurun kişilik hakkına yapılan saldırıyı öğrenmeleri karşısında onun hakkında toplumda yanlış izlenimler uyanması halinde, saldırının etkisinin devam etmekte olduğundan söz edilir⁵⁹⁹. Bu şekilde, üçüncü kişilerce bilinen saldırılarda, saldırının etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik özelliği ile saldırıya son

⁵⁹⁷ Özsunay, **a.g.e.**, s.154.

⁵⁹⁸ Bucher, **a.g.e.**, s.143; Helvacı, **2010**, s.157; Helvacı, **2001**, s.131 vd.; Rieder, **a.g.e.**, s.286-287; Aksoy, **a.g.e.**, s.86; Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.214; Büchler, **a.g.e.**, s.33-34; Resioğlu, **a.g.m.**, s.311; Serdar, **a.g.e.**, s.248; Oğuz, **a.g.e.**, s.154. Saldırının etkisinin devam ediyor olması koşulu öğretide Tekinay tarafından eleştirilmiştir. Bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, **Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990), s.59.

⁵⁹⁹ Helvacı, **2010**, s.158; Helvacı, **2001**, s.132; Aksoy, **a.g.e.**, s.86.

verilmesi davasına yaklaşır. Belirtilmelidir ki, tespit davalarında aranan “hukuki yarar” koşulu burada da aranacaktır⁶⁰⁰.

Tıbbi genetik uygulamalar bakımından, örneğin, kişinin genetik analiz sonuçlarını bilmeme hakkını kullanmak istemesine rağmen bunların kendisiyle paylaşılmış olması durumunda kişilik hakkına saldırı gerçekleşmiş olmakla beraber, etkileri devam ediyor olacaktır. Yine, kişinin rızası olmaksızın genetik verilerinin üçüncü kişilerle paylaşılmasında da, çeşitli genetik özellikleri itibarıyla ayrımcılığa uğraması vb. durumlarda sona ermiş saldırının etkilerinin devam etmesi söz konusudur. Ayrıca, kişinin rızası dışında veya yeterince aydınlatılmadan, bedensel tamlığının ihlal edilip kendisinden genetik materyal temin edildiği durumlarda da hukuka aykırılığın tespiti davası etkili olabilecektir. Bu tür durumlarda, saldırı gerçekleşmeden önce veya devam ederken diğer koruyucu davalar ikame edilememişse, kişinin artık hukuka aykırılığın mahkeme kararıyla tespitini istemesinde hukuki bir yararı bulunmaktadır.

2.3.2. Tazminat Davaları

Kişiliğin korunmasına ilişkin tazminat davaları, maddi tazminat davası, manevi tazminat davası ve saldırıdan elde edilen kazancın geri verilmesi davasıdır. TMK md. 25/f.2, kişiliği koruyucu davalardan birini açan davacının, ayrıca, maddi ve manevi tazminat istemi ile hukuka aykırı saldırı yoluyla elde edilmiş kazancın kendisine geri verilmesini talep etme hakkının bulunduğunu açıkça belirtmiştir.

Tazminat davaları, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin, mümkün olduğunca saldırı öncesindeki durumuna getirilmesini sağlamak için başvurabileceği hukuki yollardır⁶⁰¹. Bu davaların üç ortak özelliği bulunmaktadır: İlk olarak, bu davaların açılabilmesi için saldırının sona ermiş olması gerekir. Henüz gerçekleşmemiş ya da devam etmekte olan bir saldırı için tazminat davası açılmaz. İkinci ortak özellik ise,

⁶⁰⁰ Bkz. BGE 122 III 449; Oğuz, **a.g.e.**, s.154.

⁶⁰¹ Helvacı, **2001**, s.176; Helvacı, **2010**, s.159; Payllier, **a.g.e.**, s.277-278.

tazminat davalarının saldırıyı değil, saldırının, mağdurun durumu üzerindeki sonuçlarını düzeltmek için açılmalarıdır. Diğer yandan, tazminat davalarının açılabilmesi için, koruyucu davalardan farklı olarak, kişilik hakkı ihlalini gerçekleştiren failin kusurunun bulunması, bir zararın ortaya çıkmış olması ve fiil ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması gerekmektedir⁶⁰². Dolayısıyla, tazminat davalarının açılabilmesi için kişilik hakkını ihlal eden failin kusur yeteneğine sahip olması gerekir.

Tazminat davalarında da, koruyucu davalarda olduğu gibi, kişilik hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle sorumlu tutulan kimse bir edimi ifa etmek yükümlülüğü altına girer. Ancak bu yükümlülük, koruyucu davalarda olduğu gibi bir şeyi yapma ya da yapmama şeklinde değil, davalının çoğunlukla konusu bir miktar paranın ödenmesi olan bir edimi ifa etmekle yükümlü tutulması şeklindedir⁶⁰³.

2.3.2.1. Maddi Tazminat Davası

Maddi tazminat davası, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin malvarlığında, söz konusu saldırı sebebiyle ortaya çıkan azalmanın giderilmesi amacını taşır. Dolayısıyla, maddi zararın tazminini hedeflemektedir⁶⁰⁴.

Maddi tazminat davasının açılabilmesi için, kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı ile birlikte kusurun veya kusursuz sorumluluk hâllerinden birinin varlığı, zararın gerçekleşmiş olması ve saldırı ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. Bilindiği üzere, koruyucu davaların açılabilmesi bakımından kusur ve zarar aranmamaktaydı. Kişilik hakkının ihlali nedeniyle açılan maddi tazminat davasında, kusursuz sorumluluk oluşturan sebepler dışında, BK md.41 kapsamında bir

⁶⁰² Böhler, **a.g.m.**, s.34; Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.149; Oğuz, **a.g.e.**, s.162.

⁶⁰³ Helvacı, **2010**, s.127; Oğuz, **a.g.e.**, s.163.

⁶⁰⁴ Bucher, **a.g.e.**, s. 149; Helvacı, **2010**, s.159; Helvacı, **2001**, s.177; Payllier, **a.g.e.**, s.277; Aksoy, **a.g.e.**, s.87; Serdar, **a.g.e.**, s.273-274; Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.218; Riemer, **a.g.e.**, s.160; Hatemi, **a.g.e.**, s.67; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.312; Böhler, **a.g.m.**, s.34; Oğuz, **a.g.e.**, s.163.

kusur sorumluluğu söz konusudur⁶⁰⁵. Buradan hareketle, kişilik hakkını ihlal eden fiili gerçekleştiren kimsenin kusur yoğunluğu tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olacaktır.

Kişisel değerlere saldırı sonucu ortaya çıkan maddi zarar bazı durumlarda bir borca aykırı davranışın sonucu da oluşabilir. Bu durumda BK 96 vd. maddelerinde yer alan düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır.

Tıbbi genetik analizler bakımından, kişinin rızası dışında verilerinin üçüncü kişilerle ve özellikle işveren veya sigorta şirketi ile paylaşılması sonucunda maddi bir zararın ortaya çıkması mümkün olabilecektir. Örneğin, kişinin genetik bir hastalığa yatkınlığı sebebiyle sigortacıya daha yüksek prim ödemek zorunda kalması veya sigortacının aynı nedenle sözleşmeyi yapmaktan kaçınması halinde maddi bir zarar söz konusu olacaktır. Yine, kişinin genetik özellikleri sebebiyle işini kaybetmesi de maddi bir zarar ortaya çıkarır. Bu gibi durumlarda özel alanına girilerek genetik verileri üçüncü kişilerle paylaşılan kişi, hukuka uygunluk sebepleri olmaksızın verileri açıklayan faile karşı maddi tazminat davası açabilecektir⁶⁰⁶.

2.3.2.2. Manevi Tazminat Davası

Kişiliğin korunması amacıyla açılacak tazminat davalarından bir diğeri de manevi tazminat davasıdır. Bu dava, kişilik hakkı hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kişinin duyduğu manevi zararının giderilmesi amacıyla yöneliktir⁶⁰⁷. Manevi

⁶⁰⁵ Bucher, **a.g.e.**, s.149; Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.125; Büchler, **a.g.m.**, s.34; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.312; Özsunay, **a.g.e.**, s.154; Aksoy, **a.g.e.**, s.88.

⁶⁰⁶ Rieder, **a.g.e.**, s.285-286.

⁶⁰⁷ Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.149; Bucher, **a.g.e.**, s.150; Riemer, **a.g.e.**, s.161; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.313; Helvacı, **2010**, s. 160-161; Özsunay, **a.g.e.**, s.155; Büchler, **a.g.e.**, s.34-35; Payllier, **a.g.e.**, s.277; Aksoy, **a.g.e.**, s.88-89; Oğuz, **a.g.e.**, s.167.

zarar, kişinin ağır bir ruhsal sarsıntı geçirmesi, yaşama sevincini kaybetmesi, toplum içine çıkamayacak derecede utanç duyması şeklinde kendini gösterir⁶⁰⁸.

Manevi tazminat davası, genel hüküm niteliğindeki BK md. 49'da düzenlenmiş olmakla beraber, çeşitli durumlar için özel hükümlerle⁶⁰⁹ düzenleme yoluna gidilmiştir. Hakkında özel hüküm bulunmayan durumlarda BK md.49 uygulanacaktır. Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin manevi tazminat talebi için de, maddi tazminat davasında olduğu gibi, kişilik hakkına hukuka aykırı bir saldırı ile birlikte kusurun veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin varlığı, manevi bir zararın gerçekleşmiş olması ve saldırı ile zarar arasında bir nedensellik bağının bulunması koşulları aranır⁶¹⁰. Diğer yandan, kişilik hakkı ihlali sebebiyle manevi tazminat istemi bir sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanıyorsa BK md.96 gereğince kusurun varlığı bir karine olarak kabul edilir. Örneğin söz konusu ihlal ve bundan doğan manevi zarar, kişinin hekimle yapmış olduğu bir vekalet sözleşmesi sebebiyle de ortaya çıkmış olabilir.

Hukuka aykırı saldırı sonucu manevi zarara uğrayan kişi, davalının kusurlu olması veya kusursuz sorumluluk hallerinin birinden kaynaklanan sorumluluğunun bulunması durumunda, manevi tazminat olarak kendisine bir miktar para ödenmesini talep eder. BK md.49/f.3 'e göre, hâkim, bir miktar para yerine veya onunla birlikte bir başka tazmin şekline karar verebileceği gibi, saldırıyı kınayan bir karar vermekle ve bu kararın basın yoluyla ilanına hükmetmekle de yetinebilir. Para dışındaki tazmin şekilleri, mağdurdan özür dileme, mahkeme kararı ile kınama, yalanlama, davalının sembolik miktarda bir para ödemeye mahkûm edilmesi olarak kabul edilmektedir⁶¹¹.

Tıbbi genetik analizler sebebiyle manevi tazminat istemi özellikle kişinin enformasyonel geleceğini belirleme hakkının ve bu kapsamda bilme ve bilmeme

⁶⁰⁸ Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.149; Özel, **a.g.e.**, s.73; Aksoy, **a.g.e.**, s.88-89.

⁶⁰⁹ Örneğin, adın haksız kullanılması (TMK md.26/II); nişanın bozulması (TMK md.121); evlenmenin butlanı (TMK md.158/f.2); boşanma (TMK md. 174/f.2); cismani zarar ve ölüm (BK md.47).

⁶¹⁰ Riemer, **a.g.e.**, s.161-162; Dural ve Öğüz, **a.g.e.**, s.150; Helvacı, **2010**, s.161; Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.222-223; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.313; Oğuz, **a.g.e.**, s.168.

⁶¹¹ Özel, **a.g.e.**, s.79; Oğuz, **a.g.e.**, s.173.

haklarının ihlalinde söz konusu olabilecektir⁶¹². Özellikle genetik temelli bir hastalık riski konusunda kişinin bilmeme hakkının ihlali, bazı durumlarda, kişiyi yaşamının sonuna kadar sürecek bir psikolojik travmaya ve manevi acıya sürükleyebilecektir. Ayrıca, kişinin, genetik analiz için rızasını yeterince aydınlatılmadan vermiş olması ve bu eksiklik sebebiyle önceden haberdar edilmediği bir durumla karşılaşması halinde de manevi zarar ortaya çıkabilir⁶¹³.

2.3.2.3. Kazancın Geri Verilmesi Davası

TMK md.25/f.2’de kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişi için saklı tutulan son dava, hukuka aykırı saldırı ile elde edilmiş kazancın vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde istenmesini içerir⁶¹⁴. Burada söz konusu olan BK md. 414 ile düzenlenen gerçek olmayan vekâletsiz iş görmedir. Zira gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bir kimsenin yetkisi olmadan ve kötü niyetli olarak diğer bir kimsenin hukuki alanına müdahale etmek suretiyle kendi yararına iş görmesidir ki; kazancın geri verilmesi davasında da bu nitelikteki fiiller söz konusu olmaktadır⁶¹⁵.

Bu dava sonucunda, failin, mağdurun kişiliğine yönelttiği saldırı dolayısıyla malvarlığında gerçekleşen artış mağdura ödenecektir. Burada iade edilmesi öngörülen kazanç, mağdurun elde etmeyi düşünmediği ya da elde edemediği kazançtır. Bu özellik vekâletsiz iş görmeden doğan kazancın geri verilmesi davası ile maddi tazminat davası arasındaki farkı göstermektedir⁶¹⁶. Örneğin, bir kişinin paylaşmak istemediği sırlarının

⁶¹² Deutsch, “Fehlerhafte Genomanalyse”, s.1209; Rieder, **a.g.e.**, s.289.

⁶¹³ Payllier, **a.g.e.**, s.287.

⁶¹⁴ Helvacı, **2010**, s.163; Helvacı, **2001**, s.177; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.148; Büchler, **a.g.m.**, s.35; Özel, **a.g.e.**, s.80; Reisoğlu, **a.g.m.**, s.312; Aksoy, **a.g.e.**, s.90.

⁶¹⁵ Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.148; Hatemi bu davayı “Haksız Karışma Kazancı Talebi” olarak adlandırmaktadır. Bkz. Hatemi, **a.g.e.**, s.69. Kazancın geri verilmesi davasının açılabilmesinin failin kusurundan bağımsız olduğu konusunda bkz. ve karşı. Büchler, **a.g.m.**, s.35.

⁶¹⁶ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s.219; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.148; Özel, **a.g.e.**, s.80; Aksoy, **a.g.e.**, s.90; Helvacı, **2010**, s.163-164.

bir başkası tarafından yayınlanarak kamuya sunulması halinde kazancın geri verilmesi davası söz konusu olacaktır.

Kazancın geri verilmesi davasının açılabilmesi için, kişilik değerlerine karşı hukuka aykırı bir saldırının gerçekleşmesi, failin, mağdurun elde etmek istemediği veya elde edemeyeceği bir maddi kazancı elde etmesi ve saldırı ile kazanç arasında bir nedensellik bağının bulunması gereklidir⁶¹⁷. Bu davanın açılabilmesi için davalının kusuru aranmaz⁶¹⁸.

Genetik analiz sonucunda elde edilen verilerin, ilgilinin rızası olmaksızın çeşitli ticari amaçlarla kullanılması halinde bu davanın açılması mümkün olacaktır. Örneğin bu verilerin çeşitli tıbbi araştırma şirketlerinin veya ilaç firmalarının kullanımına sunulması suretiyle elde edilen bir maddi kazancın ilgili kişiye geri verilmesi, bu dava yoluyla mümkün olacaktır. Zira burada genetik verilerin ilgisinin elde etmeyi düşünmediği bir kazanç söz konusudur.

⁶¹⁷ Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.224; Serdar, **a.g.e.**, s.267-268; Dural ve Ögüz, **a.g.e.**, s.147.

⁶¹⁸ Hausheer ve Aebi-Müller, **a.g.e.**, s.224; Bucher, **a.g.e.**, s.151; Riemer, **a.g.e.**, s.163; Serdar, **a.g.e.**, s.268; Karş. Helvacı, **2001**, s.180; Oğuz, **a.g.e.**, s.180.

SONUÇ

Genetik faktörler, tüm yaşam süreci boyunca insanın sağlık durumunda önemli bir rol oynamaktadır. Günümüzde, gen teknolojisinin tıp alanında kaydettiği gelişme sonucunda, bazı hastalıkların genetik temelli olduğunu ve gen dizilerinde oluşan hatalar sebebiyle ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Yaygın bir şekilde uygulanan ve kişinin genetik bilgisini ortaya çıkaran genetik analizler sayesinde insanın ileride yakalanma olasılığı bulunan kalıtsal hastalıklar, henüz doğumdan önce dahi tespit edilebilmekte; ilgili kişinin önleyici tedavi uygulamalarına başvurmasını mümkün kılmaktadır. Çünkü söz konusu bilgiler, insanların ruhsal sağlıkları, gelecekteki tutumları ve yaşam planları üzerinde etkili olabilmektedir. Ayrıca, genetik analiz yoluyla ulaşılan bilgiler, sosyal hayatın pek çok alanında; işverenler tarafından çalıştırılacak elemanı seçme, sigorta endüstrisinde riziko hesapları, suçluların belirlenmesi, babalığın tespiti ve aile planlaması gibi alanlarda kullanılmaktadır. Bu özellikleri itibariyle, genetik analizler ile ulaşılan bilgiler özel bir önem taşımakta olup, kişinin hayat alanlarından özel alanına dâhildir.

Belirtildiği üzere kendine özgü nitelikleri bulunan bu verilerin, kişilik hakkı kapsamında korunması gereği açıktır. Söz konusu verilerin korunmasında amaç, verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesinin önüne geçerek, kişinin özel hayatının gizliliğini korumaktır. Ancak, kişinin genetik bilgileri, diğer kişisel değerlere oranla daha özel bir korumayı gerektirmektedir. Her ne kadar hukukumuzda kişilik hakkını koruyan hükümler ve hekimin susma ve sır saklama yükümlülüğüne ilişkin hükümlerin birlikte yeterli bir koruma sağlayacağı ileri sürülebilirse de, gen analizlerinin, günümüzde artık salt ticari amaçlarla hareket eden biyoteknolojik kuruluşların da bu alanda faaliyet gösterdiği unutulmamalıdır.

Genetik analizler ve kişilik hakları arasındaki bağlantı, öğretilerde “genetik bilgiler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı” olarak adlandırılan bir hakkın geliştirilmesi

sonucunu doğurmuştur. Bu hak, özel olarak, kişinin enformasyonel (bilişimsel) geleceğini kendisinin belirlemesini konu almakta ve kişinin bilme hakkı kadar bilmeme hakkını da içermektedir. Hukukumuzda henüz tanımlanmamış olan ve bazı yazarlarca “habersiz kalma hakkı” olarak adlandırılan kişinin bilmeme hakkı, kişinin özerkliğinin bir unsurudur. Tümüyle kişisel bir seçim olabilecek olan bu hakkı kullanmak istemesi, ilgilinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi yönünde somutlaşmış doğal bir haktır. Genetik uygulamalarda özel bir anlam taşıyan bilmeme hakkı temel olarak hukuk dünyasında da kabul görmüştür. Buna göre, ilgilinin bilmeme hakkını kullanmak istemesine rağmen, genetik yapısına ilişkin yapılan incelemelerin ya da başka bir araştırmanın sonucunda ulaşılan bilgi kendisine zorla verilemez. Kişinin, bu bilgilerin etkisinden uzak yaşama tercihini dikkate almamak ve bilgilendirmek konusunda ısrar etmek kişinin özerkliğinin çiğnenmesi ve kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur.

Genetik verilerin korunması kapsamında hukuka aykırılık ve kişilik hakkı ihlali, verilerin işlenmesinden önce ya da henüz elde edilme aşamasında da ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, genetik veriler hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak elde edilmeli ve işlenmelidir. İşlenecek verilerin de, belirli, açık ve dürüstlük kuralına uygun amaçlar için toplanması ve kaydedilmesi gerekmektedir. Ayrıca, genetik analizlerde veri tasarrufu ilkesine bağlı kalınmalı; veriler hangi amaçla kullanılmak üzere toplanıp saklanmışsa, bu amaç gerçekleştirildikten sonra yok edilmelidir. Daha sonra bu verilerden araştırma, istatistik vb. amaçlarla yararlanılacak olması halinde ise, veriler tümüyle anonimleştirilmelidir.

Diğer yandan, amacı ne olursa olsun yapılacak bir gen analizi, gerek bu işlemin yapılışı gerek bu süreç içerisinde ortaya çıkabilecek sonuçlar bakımından kişinin bedensel tamlığı ile yakın bir ilişki içerisindedir. Çünkü analizin yapılabilmesi için kullanılacak biyolojik materyal kişinin bedeninden alınmaktadır. Tedavi amaçlı ya da sadece genetik bir rapor elde etmek amacıyla yönelik gen analizleri, şüphesiz, aynı zamanda birer tıbbi müdahale olarak kabul edilirler. Tıbbi müdahale şeklindeki her fiil ise, kişinin yaşam, sağlık ve bedensel tamlık gibi maddi bedensel değerlerine yönelmektedir. Bu nedenle, geçerli bir rızaya dayanmayan ya da gerekli hukuka uygunluk sebeplerinden birini taşımayan analizler, genetik verilerin korunması

sorunundan bağımsız bir şekilde, hukuka aykırı nitelik taşırlar ve kişilik hakkına saldırı oluştururlar. Genetik analizlerin tıbbi faaliyet olması noktasında belirtilmesi gereken bir diğer konu da, genetik analizi yapılacak kişi ile analizi gerçekleştirecek kişi arasında hasta – hekim ilişkisinin bulunmasıdır. Bu ilişkide, hastanın özerkliği ve mahremiyetine saygı, esasında hastanın kişilik hakkının birer görünümünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu ilişki çerçevesinde de, bir hukuka uygunluk sebebi bulunmaksızın genetik verilerin açıklanması ya da üçüncü kişilerle paylaşılması hastanın kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurur.

Kişilik değerlerine karşı gerçekleşen müdahaleleri hukuka uygun hale getiren en önemli sebep müdahalede bulunulan kişinin rızasıdır. Genetik analizler konusunda da aynı kural geçerli olmakla beraber, burada, analiz sonucunda ulaşılan veriler sadece analiz için verilen biyolojik örneğin sahibini değil, onun aile üyelerini de ilgilendirmektedir. Bu nedenle, sadece doğrudan genetik analize tabi tutulan ilgilinin rızası ile yetinilmesi çeşitli hukuki sorunlar yaratabilecek niteliktedir. Bu noktada en azından verilerin ilişkili olduğu diğer kişilerin enformasyonel geleceklerini belirleme haklarının ve özellikle bilmeme haklarının korunmasına dikkat edilmelidir.

Genetik tedavi ve gen analizlerinin birer tıbbi girişim olması dolayısıyla, bunların uygulanmasında da tıbbi müdahalelere özgü hukuka uygunluk sebeplerinin aranması gerekmektedir. Dolayısıyla, her türlü tıbbi müdahalede olduğu gibi, kişiye uygulanacak genetik analizlerde de ilgiliye zarar vermeme en temel hukuka uygunluk koşulu olarak gözetilmelidir. Yine, aydınlatma yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve aydınlatılmış rızanın alınması ile kişisel verilerin gizliliği ilkesinin gözetilmesi, genetik analizin gerçekleştirilmesinden önce ve sonra genetik danışma hizmetinin sunulması, yerine getirilmesi gereken diğer koşullardır.

Genetik analize rızayı da, diğer tıbbi uygulamalarda olduğu gibi, kural olarak müdahaleye maruz kalacak olan kişi vermelidir. Ancak, bu kişinin somut müdahale bakımından, anlama ve karar verme yeteneğine sahip olması; korunmasından vazgeçtiği menfaatin ve bu yönde vereceği kararın anlam, kapsam ve niteliğini bilebilecek akli olgunluğa erişmiş olması aranacaktır. Bu noktada, küçükler ve akıl hastaları üzerinde

gerçekleştirilecek genetik faaliyetlere rıza konusunda İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde yer alan hükümlere uygun hareket edilmelidir. Buna göre, rıza verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe sadece yasal temsilcisinin ya da kanun tarafından belirlenen yetkili makam, kişi veya kurumun izni ile müdahalede bulunulabilecektir. Ancak bu aşamada, küçüğün fikrinin, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı olarak dikkate alınması da gerekmektedir. Aynı kural, rıza verme yeteneği bulunmayan erginler için de geçerli olup, onların da mümkün olduğunca yasal temsilcileri tarafından verilecek izin sürecine katılımları sağlanmalıdır.

Genetik analize rızanın bulunmaması halinde ise, hukukumuzda genel olarak kişilik hakkına müdahalede hukuka aykırılık unsurunu ortadan kaldıran, bir kanun hükmünün yerine getirilmesi, üstün nitelikli özel yarar ve üstün nitelikli kamu yararı hallerinden birinin varlığı aranmalıdır. Burada özellikle belirtilmesi gereken nokta ise, günümüz dünyasında artık bir temel hak olarak görülen “kişinin kendi genetik kökenini bilme hakkı”nın, kişinin gen analizinin yapılmasını isteme konusunda üstün özel bir yarar olarak kabul edilmesi gerektiğidir. Salt ekonomik menfaat amacı ile genetik analiz yapılmasının talep edilmesinde ise, hukuka uygunluk yoktur.

Genetik çalışmaların, analizlerin nasıl ve hangi hukuki koşullara uyularak yapılabileceği, elde edilen verilerin nasıl ve hangi sürede muhafaza edileceği, hangi amaçlarla kullanılabileceği sorularına cevap veren özel bir gen tekniği kanunu henüz hukuk sistemimizde bulunmamaktadır. Dolayısıyla, gen analizlerinin hukuka aykırı bir şekilde yapılması ya da bu analizlerle elde edilen bilginin kişinin rızası olmaksızın üçüncü kişilere aktarılması sorunu, hukukumuzda halen TMK md.23 hükmü ve Türkiye'nin de taraf olduğu İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi çerçevesinde çözülmeye çalışılacaktır.

Kişinin genetik verilerinin, kişilik değerleri arasında yer aldığı tespitinden hareketle, söz konusu verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde, TMK md. 24 ve 25 uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda ilgilinin, kanunda öngörülen koruyucu davaları ve tazminat davalarını açma hakkı bulunmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, genetik verilerin korunmasında anılan genel hükümler yeterli değildir. Türk hukuku

bakımından genetik verilerin korunmasına ilişkin özel bir düzenleme bulunmaması bu konuda ciddi bir boşluk yaratmaktadır. Bu konuda “Kişisel Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı”nın kanunlaşarak yürürlüğe girmesi bu boşluğu kısmen doldurabilecektir. Ancak, Tasarı’nın da, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinde devletin gözetim ve denetim yükümlülüğü ile kusursuz sorumluluğu esasına yer verilmemiş olması sebebiyle eksik olduğu söylenebilir.

Tıbbi genetik alanındaki gelişmeler sayesinde, genetik analizlerin günümüzde son derece yaygın bir şekilde kullanılması ağır ve çok yönlü kişilik hakkı ihlalleri doğurabilecek bir potansiyele sahiptir. Bu nedenle, pek çok ülkede olduğu gibi, konunun özel bir hukuki düzenlemeye tabi tutularak, halen tartışılan ve çözümsüz görünen sorunların açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Hukuk öğretisinin günümüze kadar yürüttüğü tartışma birikiminden ve karşılaştırmalı hukukta yer alan çeşitli özel kanunlardan faydalanılarak hazırlanacak özel kanun, genetik analiz yoluyla ihlâl edilebilecek kişilik değerleri için de daha etkili ve doğrudan bir koruma sağlayacaktır. Bu anlamda, günümüzde Türkiye’de henüz tıbbi genetik faaliyetlerin yürütülmesine ilişkin özel bir yasal düzenlemenin bulunmaması, konuya ilişkin tüm tartışma birikiminden ve karşılaştırmalı hukuktan faydalanmak suretiyle hazırlanacak özel bir kanunu mümkün kılması bakımından bir fırsat olarak görülmelidir.

KAYNAKÇA

Aebi-Müller, Regina E. **Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der Schweiz und in Deutschland**, Bern: Stämpfli Verlag AG, 2005.

Akıncı, Şahin. **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı Ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara: Yetkin Yayınları, 1996.

----- “Türk Özel Hukuku’nda Cesetten Yapılan Organ Nakilleri Ve Bu Konuda Gerçekleştirilmesi Düşünülen Yeni Düzenlemeler”, **Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı**, Konya: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1995.

Akipek, Jale ve Akıntürk, Turgut. **Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Şahsın Hukuku**. Yenilenmiş dördüncü basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2002.

Akipek Öcal, Şebnem. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp’ta Etik ve Yasal Boyut**. Ankara: Medical Network, 2004.

Akman, Begüm ve Tuncer, Taner. **Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi**, Ankara: ODTÜ Yayıncılık, 2009.

Aksoy, Hüseyin Can. **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**. Ankara: Çakmak Yayınevi, 2010.

- Aral, Fahrettin. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş yedinci basım. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Aşıcıoğlu, Faruk. “Türkiye’nin Taraf Olduğu Biyoetik Sözleşmeler ve İç Hukuktaki Yansımaları”, **Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi (İstanbul 24-25 Nisan 2008), İstanbul: XII Levha Yayıncılık, Ocak 2011.
- Ateş, Kenan. “Genlerimizin Kölesi Miyiz?”, **Bilim ve Gelecek**, Sayı no: 14, (Nisan 2005).
- Avcı, Mustafa. “Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslâm Hukukundaki Görüşler”, **KhukA Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8, Kasım 2005.
- Ayan, Mehmet. **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**. Ankara: Kazancı Yayınları, 1991.
- Başağa, Hüveyda ve Çetindamar, Dilek. Uluslararası Rekabet Stratejileri: **Türkiye’de Biyoteknoloji İşbirlikleri**. İstanbul: TÜSİAD Rekabet Stratejileri Dizisi-9, 2006.
- Başalp, Nilgün. **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**,. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Başaran, Nurettin. **Tıbbi Genetik**. Bursa: Güneş & Nobel Tıp Kitabevi, 1999.
- Başpınar, Veysel. “Hekimin Özen Borcu”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Derleyen: Baygın, Uçar ve Büyükay, (Erzincan 15-16 Mayıs 2006), Ankara 2007.

- Bauer, Johann Paul. “Grundprobleme der Genomanalyse im Zivilrecht”, **Bioethik und Menschenrechte**. Derleyen: Françoise Furkel ve Heike Jung. Köln-Berlin- Bonn- München: Carl Heymanns Verlag, 1993.
- Bayraktar, Köksal. “Hastanın Kendi Geleceğini Bilme Hakkı”, **Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu (Sultanahmet 17 Kasım 2006), Sempozyum Özel Sayısı: 1, Ocak 2007.
- Bryant, John., Baggott la Velle, Linda ve Searle, John. **Introduction to Bioethics**, West Sussex: John Wiley & Sons Ltd., 2005.
- Bucher, Andreas. **Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz**. 3. Basım. Basel; Genf; München: Helbing & Lichtenhahn, 1999.
- Büchler, Andrea. “Art. 27-30”, **ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**. Derleyen: Jolanta Kren Kostkiewicz, Ivo Schwander ve Stephan Wolf. Zürich: Orell Füssli Verlag, 2006.
- Büyükcay, Yusuf. “Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler”, **AÜEHFD**, C: IX, S: 3-4, (Aralık 2005).
- Centel, Nur ve Zafer, Hamide. **Ceza Muhakemesi Hukuku**. 6. Basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008.
- Cin, M. Onursal. “Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar”, **SÜHF 20. Yıl Armağanı**, Cilt no:11, Sayı no: 1-2 (2003).
- Çırakoğlu, Beyazıt. “Genom Ne Söylüyor?”, **Bilim ve Teknik**, Sayı no: 400, (Mart 2001 Sayısı Eki).

Demir, Mehmet. “Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu”, **AÜHFD**, Cilt no: 57, Sayı no: 3 (2008).

Deryal, Yahya. “Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet) Hakkı”, **Khuka Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8 (Kasım 2005).

Deutsch, Erwin. “Haftung für unerlaubte bzw. fehlerhafte Genomanalyse”, **Versicherungsrecht** Juristische Rundschau für die Individualversicherung, 42. Jahrgang, Heft:31, Kasım 1991.

----- “Rechtsfragen der Genomanalyse”, **Genomanalyse: Ihre biochemischen, juristischen und politischen Aspekte**. Frankfurt: Campus Verlag, 1991.

Dilsiz, Nihat. **Moleküler Biyoloji**, Ankara: Palme Yayıncılık, 2004.

Dinçtürk, Benan. “Genom Projeleri Hangi Aşamada? Genom 2005”, **Bilim ve Gelecek**, Sayı no: 14, (Nisan 2005).

Doğan, İlyas. “İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyonunun Ahlaki Statüsü”, **Khuka Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8, (Kasım 2005).

Domdey, Horst. “Biochemische Aspekte der Genomanalyse”, **Genomanalyse: Ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte**, Derleyenler: Rolf Ellermann ve Uwe Opolka. Frankfurt, New York: Campus Verlag, 1991.

Donhauser, Thomas. **Das Recht des Kindes auf Kenntnis der genetischen Abstammung**. Regensburg: Juristischen Fakultät der Universität Regensburg, 1997.

- Dural, Mustafa ve Ögüz, Tufan. **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006.
- Dural, Mustafa. “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü” **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu** (24-25 Nisan 2008), İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011.
- Eberbach, Wolfram. H., “Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht”, **Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht**, Derleyenler: Dierks, Wienke, Eberbach, Schmidtke, Lippert. Berlin- Heidelberg: Springer Verlag, 2003.
- Edisan, Zehra ve Aksoy, Şahin. “Genetik Uygulamalar Özelinde Bilmeme Hakkı”, **Türkiye Klinikleri J Med Ethics**, (2007), Sayı no:15: 153-159.
- Einwag, Alfred. “Genomanalyse und Datenschutz”, **Genomanalyse: Ihre biochemischen, medizinischen, juristischen und politischen Aspekte**, Derleyenler: Rolf Ellermann ve Uwe Opolka. Frankfurt, New York: Campus Verlag, 1991.
- Ergül, Ozan. “Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve Korunması”., Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, 1998.
- Erman, Barış. **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Fagan, John. **Genetik Mühendisliği: Tehlikeler Veda Mühendisliği: Çözümler Sağlık- Tarım- Çevre**. Çeviren: Deniz Yılmaz. İstanbul: Sistem Yayıncılık: 356 İnsan ve Evren Dizisi, 2002.
- Fischer, Ernst Peter. **Genler ve Genom**. Çeviren: Barış Konukman. İstanbul: İnkılap Kitabevi, 2005.

- Fukuyama, Francis. **İnsan Ötesi Geleceğimiz Biyoteknoloji Devriminin Sonuçları**. Çeviren: Çiğdem Aksoy Fromm. Ankara: ODTÜ Geliştirme Vakfı ve İletişim A.Ş Yayınları, 2003.
- Genenger, Angie. “Das neue Gendiagnostikgesetz” **NJW**, 63. Jahrgang, No:3, (Ocak 2010).
- Genç, Zehra ve Demirhan Erdemir, Ayşegül. **Genetik Sorunlar ve Tıbbi Etik (Genetik Danışma)**. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevleri Ltd. Sti., 1997.
- Gottschalk, Werner. “Genetik”, **Lexikon der Bioethik Band 2 (G -Pa)**. Derleyen: im Auftrag der Görres Gesellschaft von Wilhelm Korff in Verbindung mit Ludger Honnefelder. Gütersloh: Gütersloher Verlag, 1998.
- Gül, Cengiz “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı”, **e-akademi**, Sayı no 101 (Temmuz 2010). (<http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=101>)
- Gürkan, Ülker. “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hâlide Topçuoğlu’na Armağan**. Ayrı Basım, Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi, 1995.
- Güven, Kudret. **Kişilik Hakları ve Ötenazi**. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2000.
- Güzeldemir, M. Erdal. “Hasta Bilgilendirmenin Önemi”, **Sendrom Tıp Dergisi**, Mayıs 2005.
- Harris, John. **Hayatın Değeri Tıp Etiğine Giriş**. Çeviren: Süha Sertabiboğlu. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1998.
- Hatemi, Hüseyin. **Gerçek Kişiler Hukuku**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2005.
- Hausheer, Heinz/ Aebi, Müller/ ve Regina, E.. **Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches**. Bern: Stämpfli Verlag, 2005.

Helvacı, Serap. **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001.

----- . **Gerçek Kişiler**. Üçüncü basım, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2010.

Hoagland, Mahlon B. **Hayatın Kökleri**. Çeviren: Şen Güven. On sekizinci basım, Ankara: TÜBİTAK Popüler Bilim Kitapları 1, Temmuz 2000.

İpekyüz, Filiz Yavuz. **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Johnston, Carolyn ve Kaye, Jane. “Does The UK Biobank Have A Legal Obligation To Feedback Individual Findings To Participants?”, **Medical Law Review**, Vol:12, N:3, Sonbahar 2004.

Kaboğlu, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku**. İstanbul: Afa Yayıncılık, 1993.

Kaplan, İbrahim. “Kitle İletişim Araçları Karşısında Kişilik Hakkının Korunması”, **AD**, 1979, Sayı no: 3–4.

Kaplan, Yavuz. “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”, **e-akademi**, Sayı no 27 (Mayıs 2004) (<http://www.e-akademi.org/arsiv.asp?sayi=27>).

Karasu, Sinem. **Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü**, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2009.

Katoğlu, Tuğrul. “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-tıp Sözleşmesi”, **AÜHFD**, Cilt no 55, Sayı no 1, (2006), s.157.

Kern, Bernd- Rüdiger. “Unerlaubte Diagnostik – Das Recht auf Nichtwissen”, **Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht**, Derleyen:

Dierks, Wienke, Eberbach, Schmidtke, Lippert. Berlin- Heidelberg: Springer Verlag, 2003.

-----“Zivilrechtliche Aspekte der Humangenetik”, **Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik**, Derleyen: Thomas Hillenkamp, Heidelberg: Springer Verlag, 2002.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1982.

Kırkbeşoğlu, Nagehan. **Soybağı Alanında Biyoetik Ve Hukuk Sorunları**. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Kienle, Thomas. **Die Prädiktive Medizin und gentechnische Methoden. Ein Beitrag zur Regelung von Genanalyse und Genterapie in Deutschland und Europa**. Tübingen: Köhler-Druck, 1998.

Kleineke, Wilhelm. **Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung**. Göttingen: Juristischen Fakultät der Georg-August Universität, 1976.

Kök, Ahmet Nezh. “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, **Khuka Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8 (Kasım 2005).

Kurcz, Claudia. **Die Begrenzung der ärztlichen Aufklärungspflicht unter Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten**, Tübingen: Köhler- Druck, 2002.

Lilie, Barbara. **Medizinische Datenverarbeitung Schweigepflicht und Persönlichkeitsrecht im deutschen und amerikanischen Recht**, Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 1980.

- Lilie, Hans. “Neue Probleme Bei Der In-Vitro-Fertilisation- ‘Embryoselektion’”, **KhukA Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8, (Kasım 2005).
- Mainardi- Speziali, Carla. **Ärztliche Aufklärungspflichten bei der pränatalen Diagnostik. Die Genetische Beratung als vertragliche Leistung des Arztes**, Bern: Stämpfli Verlag & Cie AG, 1992.
- McHale, J. V. “Regulating Genetic Databases: Some Legal And Ethical Issues”, **Medical Law Review**, Vol:12, N:1, İlkbahar 2004.
- Memiş, Tekin. “Sigorta Sözleşmelerinde Genom Analizlerinin Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **Reasürör**, (2002).
- Memiş, Tekin ve Yıldırım, M. Fadıl. “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, **AÜEHFD**, Cilt no: VIII, Sayı no: 1-2, Haziran 2004.
- Metin, Sevtap, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Mund, Claudia. **Grundrechtsschutz und Genetische Information: Postnatale Genetische Untersuchungen im Lichte des Grundrechtsschutzes unter besonderer Berücksichtigung genetischer Untersuchungen im Arbeits- und Versicherungsbereich**. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- Oğuz, Habip. **İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ ve Oktay-Özdemir, Saibe. **Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve Tüzel Kişiler)** Dokuzuncu Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2009.

- Otlowski, Margaret. "Protecting Genetic Privacy In The Research Context: Where To From Here?", **Macquarie Law Journal**, (2002), Vol:2.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin. "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", **AÜHFD**, Cilt no :52, Sayı no: 3, (2003).
- Özalp, Ali. **Etik Açıdan Genom Projesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Erzurum: Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007.
- Özdemir, Hayrünnisa. **Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2004.
- Özel, Sibel. **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- Özkan, Hasan ve Akyıldız, Sunay Öner. **Açıklamalı – İctihatlı Hasta - Hekim Hakları ve Davaları**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- Özsunay, Ergun. "Uluslararası Hukuk ve Genetik", **Güncel Hukuk**, (Ekim 2006).
- **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979.
- Öztañ, Bilge. **Medenî Hukuk'un Temel Kavramları**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- **Şahsın Hukuku Hakikî Şahıslar**. Dokuzuncu basım. Ankara: Turhan Kitabevi, 2000.
- Payllier, Pascal. **Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung unter besonderer Berücksichtigung der spitalärztlichen Aufklärung**, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1999.

- Pedrazzini Mario M. ve Oberholzer, Niklaus. **Grundriss des Personenrechts.** Dördüncü basım. Bern: Stämpfli Verlag, 1993.
- Pekdemir, Nuray. **genetik devri'm.** Yer belirtilmemiş: Su Yayınları, Eylül 2000.
- Petek, Hasan. “Çocuklar Üzerinde İlaç Araştırmaları Yapılması”, **Legal Hukuk Dergisi**, Yıl: 5, Sayı no: 49 (Ocak 2007).
- Reisoğlu, Safa. “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan.** İstanbul: Beta Basım Yayım, 2007.
- Rieder, Heike. **Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht.** Basel: Helbing & Lichtenhahn Verlag, 2006.
- Riemer, Michael. **Personenrecht des ZGB Studienbuch und Bundesgerichtspraxis.** İkinci basım. Bern: Stämpfli Verlag, 2002.
- Rifkin, Jeremy. **Biyoteknoloji Yüzyılı.** Çeviren: Celal Kapkın. İstanbul: Evrim Yayınevi, 1998.
- Rosenau, Henning. “Embryonenforschung und Therapeutisches Klonen nach der Biomedizin-Konvention des Europarates”, **KhukA Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8, (Kasım 2005).
- Saliger, Frank. “Das Verbot des Reproduktiven Klonens nach dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen”, **KhukA Archiv des öffentlichen Rechts**, Yıl:8 (Kasım 2005).
- Sarıal, Enis. **Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler,** İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1986.

- Schief, Christiane. **Die Zulässigkeit postnataler prädiktiver Gentests: Die Biomedizin- Konvention des Europarats und die deutsche Rechtslage**, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH, 2003.
- Schmidtke, Jörg. “Genmedizin im Diagnose – Sektor”, **Genmedizin und Recht**, Derleyen: Stefan F. Winter, Hermann Fenger ve Hans-Ludwig Schreiber, München: C. H. Beck Verlag, 2001.
- Schröder, Michael. “Gentechnologie, Chancen und Risiken- eine Besprechung”, **MDR** , (1986).
- Schucan, Jürg. **Datenbanken und Persönlichkeitsschutz**. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1977.
- Serdar, İlknur. **Radyo ve TV Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması**. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1999.
- Serozan, Rona. “Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler” **MHAD**, Yeni Seri Yıl: 11, Sayı no:14, (1977).
- . “Kişiyeye Sıkı Biçimde Bağlı Sayılan Manevi Hakların Mirasçıya Geçebilirliği, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.
- Sert, Gürkan. **Uluslararası Bildirgeler Ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları**. İstanbul: Babil Yayınları, 2004.
- . **Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı**. İstanbul: Babil Yayınları, 2008.
- Sevimli, Ahmet. **İşinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2006.

- Shreeve, James. **Gen Savaşları**. Çeviren: Özgür Atılım Turan. İstanbul: Doğan Kitap, 2004.
- Sırabaşı, Volkan. **İnternet ve Radyo – Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Siebert, W. “Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler”, Çeviren: Bilge Öztan. **AÜHFD**, Cilt no XXVI, Sayı no 1–2: (1969).
- Somer, Pervin. “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008), İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2011.
- Sudbery, Peter. **Human Molecular Genetics**. İkinci basım. Harlow, England: Pearson Education Limited, 2002.
- Sucuyan, Talin. “Terfi ve İşten Çıkarmada Genetik Test”, (www.bianet.org/diger/arastirma1457.htm 30.03.2001).
- Şahin, Adil. “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, **AÜHFD**, 59 (4), 2010.
- Şen, Ersan. **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No: 148, 1996.
- Şenel, Alâeddin. **İrk ve İrkçilik Düşüncesi**. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1993.
- Şenocak, Zarife. “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, **AÜHFD**, Cilt no: 50, Sayı no: 4, (2001).

----- . **Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu.** Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 529, 1998.

----- . **İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat.** Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

Şimşek, Oğuz. **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması.** İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008.

Tekinay, Selâhattin Sulhi. **Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku.** Altıncı Basım. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

----- . “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, **Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan,** Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, 1990.

Tolun, Aslıhan. **Genetik Araştırma ve Uygulamada Etik.** Ankara: Türkiye Bilimler Akademisi Raporları 15, 2007.

Topal, R. Şeminur. **Biyogüvenlik ve Biyoteknoloji.** İstanbul: Cemturan Ofset Matbaa, 2006.

Tuğ, İ., Ayşim, Hancı, Hamit ve Balseven, Aysun. “İnsan Genom Projesi: Umut mu Kâbus mu?”, **Sted (Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi),** Cilt no:11, Sayı no: 2 (2002).

Tüylü, Berin Ayaz, Sivas, Hülya ve diğerleri, **Genetik,** Editör: Hülya Sivas, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayını, 2009.

Weichert, Thilo. "Der gläserne Mensch – Die Entschlüsselung des menschlichen Genoms als ethische und gesellschaftliche Herausforderung", (www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm).

----- "Gentests und Persönlichkeitsrecht Datenschutz und Datenhoheit" (www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/gentests.htm).

Wellbrock, Rita. "Genomanalysen und das informationelle Selbstbestimmungsrecht", **Computer und Recht**, 5. Jahrgang, Heft: 1-12, (1989).

Wiese, Günther. **Genetische Analysen und Rechtsordnung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts**. Neuwied- Kriftel- Berlin: Luchterhand Verlag, 1994.

Winnacker, Ernst-Ludwig ve Ibelgaufts, Horst. "Genetik", **Lexikon der Bioethik Band 2 (G- Pa)**, Derleyen: im Auftrag der Görres Gesellschaft von Wilhelm Korff in Verbindung mit Ludger Honnefelder, Gütersloh: Gütersloher Verlag, 1998.

Winter, Stefan F. "Was ist Genmedizin? – Eine Einführung", **Genmedizin und Recht: Rahmenbedingungen und Regelungen für Forschung, Entwicklung, Klinik, Verwaltung**, Derleyen: Stefan F. Winter, Hermann Fenger, Hans-Ludwig Schreiber, München: C. H. Beck, 2001.

Yavuz, Cevdet. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş yedinci basım. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2007.

Yenerer Çakmut, Özlem. **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2003. (Tıbbi Müdahale)

-----**Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun**

Soybağını Değiştirme Suçu. İstanbul: Beta Basım Yayım, 2008.

(Soybağının Belirlenmesi)

Yıldırım, Mustafa Fadıl. **Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki**

Sorumluluk. Ankara: Engin Yayınevi, 2008.

----- “Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması”,

EÜHFD, C:XI, S: 3-4, (Aralık 2007).

Zevkliler, Aydın, Acabey, M. Beşir ve Gökyayla, K. Emre. **Medeni Hukuk.**

Altıncı Basım. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2000.

Zeytin, Zafer. “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü

Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller”, **Uluslararası**

Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, Editörler:

Erdemir, Öncel, Namal, Ünver ve Doğan. İstanbul 2005.

Zülal, Aslı. “Kromozom, DNA, Gen...”, **Bilim ve Teknik**, Sayı no: 400, (Mart

2001 Sayısı Eki).