T.C.
ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
DOKTORA TEZİ

HUKUKSAL YÖNLERİYLE İNSAN GENİ ÜZERİNDEKİ İNCELEMELER

REMZİ DEMİR

OCAK 2019

Tez Başlığı : Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler

Tezi Hazırlayan : **Remzi DEMİR**

Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı

Prof Dr. Mehmet YAZICI
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Bu tezin doktora derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof. Dr. İbrahim Sahir ÇÖRTOĞLU
Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

Bu tez, tarafımdan incelenmiş olup doktora Tezi olarak uygun bulunmuştur.

Dr. Öğr. Üyesi Gamze TURAN BAŞARA
Tez Danışmanı

Tez Sınav Tarihi : 11.01.2019

Tez Jüri Üyeleri :

Prof. Dr. Cemal OĞUZ (Çankaya Üniversitesi)

Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Hacı Bayram Veli Üniversitesi)

Doç. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR (Sosyal Bilimler Üniversitesi)

Doç. Dr. Emel BADUR (Çankaya Üniversitesi)

Dr. Öğr. Üyesi Gamze Turan BAŞARA (Çankaya Üniversitesi)

ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları bilimsel etik kurallarını gözeterek ifade ettiğimi ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. 11.01.2019

Adı Soyadı : Remzi DEMİR

İmzası :

04.02.2019

ÖZET

Hukuksal Yönleriyle İnsan Geni Üzerindeki İncelemeler

REMZİ DEMİR

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi

Tez Yöneticisi: Dr. Öğr. Üyesi Gamze TURAN BAŞARA

Ocak 2019, 309 sayfa

İnsan geni üzerindeki incelemeler, genlerin ve gen ürünlerinin incelenmesini içerir. Bu incelemelerin insanlığa bir çok alanda olumlu katkılar sağladığı açmaktadır. Ancak gen incelemeleri, etik ve hukuksal açıdan çeşitli sorunlara yol açmıştır. Oluşan bu sorunlara hukuk, etik, biyoetik ve tıp biliminin kurallarıyla, etik ilkelere uygun çözümler getirilmeye çalışılmıştır.

Ülkemizde gen incelemelerinin yapılışını ve sonuçlarını düzenleyen bağımsız bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Konuya ilişkin Avrupa Biyotıp Sözleşmesi, AİHS gibi iç hukukumuzu bağlayıcı sözleşmelerin yanı sıra, bildirge ve yönergeler ile Anayasamız, TMK, TBK, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu gibi ulusal yasalarımız ile Türk Deontoloji Nizamnamesi ve ÜYTE, HHY gibi yönetmeliklerle, insan geni üzerindeki incelemelerin sebep olduğu etik ve hukuksal sorunlar çözümlenmeye çalışılmaktadır.

Bu nedenle genetik incelemeler ve tanılarla ilgili olarak , Gen Teşhisi Kanunu, Embriyonun Korunması Kanunu, Kök Hücre Araştırmaları Kanunu gibi Kanunların bir an önce çıkarılması zorunludur. Hatta bu konuların tümünün İnsan Geni İncelemeleri Hakkında Kanun olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu yasa ile insan haklarının ve temel özgürlüklerin ve insan onuruna saygının korunması gerçekleşecektir. İnsan geni üzerinde yapılacak incelemeler ile bu incelemelerin sonuçlarının etik ilkeler de göz önüne alınarak; ulusumuzun hak ettiği demokratik, çağcıl, insan onuruna ve haklarına uyan yasal düzenlemelerin, Avrupa Biyotıp

Sözleşmesi başta olmak üzere evrensel hukuk normlara uygun olarak bir an önce gerçekleştirilmesi kaçınılmaz bir zorunluluktur.

Anahtar Kelimeler : Gen incelemeleri, Genetik veri, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi, Hukuk, Etik

ABSTRACT

The Research of Human Genes in a Legal Perspective

REMZİ DEMİR

Department of Private Law, Ph.D. Thesis

Supervisor: Lecturer Dr. Gamze TURAN BAŞARA

January 2019, 309 Page

The research on human genes includes the research of genes and gene products. It is apparent that these researches are beneficial to human beings on multiple fields. However, research on genes has caused problems from an ethical and legal perspective. Solutions for these problems are tried to be given with legal, ethical, bioethical and medical rules and ethical principles.

There is no independent legal arrangement that regulates the process of genetic research and the results thereof that are carried out in our country. We try to resolve ethical and legal problems that occur due to the research on human genes with the help of conventions that are internally binding such as the European Biomedical Agreement and the European Human Rights Convention, on the other hand we use instructions and directives and national laws, such as the Constitution, the Turkish Civil Code, the Turkish Code of Obligations, the Law On The Protection Of Personal Data and the Civil Procedure Code, but also regulations such as the Turkish Deontology Charter, the Regulation on Centres of Reproductive Support and the Patients' Rights Charter.

Therefore laws governing genetic research and diagnoses, such as the Genetic Diagnosis Code, the Protection of the Embryo Code, the Research of Stem cells code should be drafted immediately. It might be even good to address all of these issues in one Research on Human Genes Code. With this law, the protection of human rights and fundamental freedoms, as well as the respect for human dignity can be ensured. It is necessary to draft democratic, contemporary legal regulations that are in accordance with human dignity and human rights, which are also in accordance with

the European Biomedical Agreement and other international legal norms, as soon as possible while taking into account the research on human genes as well as the results thereof in light of ethical principles.

Keywords : Genetic research, Genetic data, European Biomedical Agreement, Law, Ethics

İÇİNDEKİLER

ÖZET ..... **iv**
ABSTRACT ..... **vi**
İÇİNDEKİLER ..... **viii**
KISALTMALAR ..... **xiv**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM
TERMİNOLOJİ VE İNSAN GENİ KAVRAMI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1. Temel Kavramlar **4**
1.1.1. Genetik Bilimi **4**
1.1.2. Kök Hücre **11**
1.1.3. Klonlama **17**
1.1.4. Yardımcı Üreme Yöntemleri **25**
1.1.5. Organ ve Doku Nakli **27**
1.2. İnsan Geni Kavramı Hakkında Genel Bilgiler **38**
1.2.1. Gen **38**
1.2.2. İnsan Genomu Projesi **41**
1.2.3. Genetik Testler **44**
1.2.3.1. Prenatal ve Preimplantasyon Genetik Teşhis **48**
1.2.3.2. Postnatal ve Prediktif Genetik Teşhis **52**
1.2.4. Genetik Mühendisliği **54**
1.2.5. Gen Terapisi **55**
1.2.6. Genetik Yükseltme **59**

İKİNCİ BÖLÜM
GENETİK ARAŞTIRMA VE İNCELEMELERDE ETİK SORUNLAR VE BU SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNDE BAŞVURULACAK TEMEL İLKELER

2.1. Genetik Araştırma ve İncelemelerde Etik Sorunlar **61**
2.1.1. Irka Dayalı Ayrımcılık **62**

2.1.2. Çocuğun Cinsiyetini Belirleme 69
2.1.3. Hastalığın Önlenmesi ya da Düzeltilmesi 73
2.1.4. Bireyin Kendi Genetik Kimliği ile İlgili Bilgilerin Kendisi veya Üçüncü Kişilerle Paylaşılması 74
2.1.5. Yaşama ve Sağlık Hakkına Müdahale Edilmemesi 82
2.1.6. Sosyal Devlet İlkesinin Korunması 86
2.1.7. Genetik Bilgilerin Ticarileştirilmemesi 90
2.2. Genetik Araştırma ve İncelemelerde Sorunların Çözümünde Başvurulacak Temel İlkeler 99
2.2.1. Özerkliğe Saygı İlkesi 107
2.2.2. Yararlılık İlkesi 115
2.2.3. Zarar Vermeme İlkesi 120
2.2.4. Adalet İlkesi 123

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
AVRUPA BİYOTIP SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA GENETİK İNCELEMELER

3.1. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin Amacı ve Konusu 132
3.2. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinde Yer Alan Temel İlkeler 132
3.2.1. İnsanın Önceliği 132
3.2.2. Sağlık Hizmetlerinden Adil Şekilde Yararlanılması 134
3.2.3. Meslek Kurallarına Uyma 134
3.2.4. Aydınlatılmış Rızanın Alınması 137
3.2.4.1. Hukuki Dayanak 137
3.2.4.2. Aydınlatmanın Konusu 141
3.2.4.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları 145
3.2.4.3.1. Hastanın İstememesi 145
3.2.4.3.2. Hastanın Bilgisinin Bulunması 145
3.2.4.3.3. Acil Durum 146
3.2.4.3.4. Zorunluluk 147
3.2.4.4. Aydınlatılmış Rızayı Almanın Zamanı 148
3.2.4.5. Hastayı Aydınlatacak Kişi 149
3.2.4.6. Aydınlatılacak Kişi 150
3.2.4.7. Aydınlatmanın Şekli 153

3.2.4.8. Aydınlatmada İspat Külfeti 154
3.2.4.9. Aydınlatma Yapmamanın Sonucu 156
3.2.5. Özel Yaşamın Gizliliğinin Korunması 156
3.3. İnsan Geninin İncelenmesi 157
3.3.1. Genel Olarak 158
3.3.2. Tüpte Embriyonlar Üzerinde Araştırma 159
3.3.3. Nakil Amaçlarıyla Canlı Vericilerden Organ ve Doku Alınmasında Ticaret Yasağı 163
3.3.4. İnsan Geni İncelemesi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği 163
3.3.4.1. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmelerin Hizmet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması 167
3.3.4.2. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmenin Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması 168
3.3.4.3. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmenin Vekalet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması 170
3.3.4.4. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmenin Hukuksal Niteliği ile İlgili Görüşlerin Değerlendirilmesi 171

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN GENİ İNCELEMELERİNİN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ HALLER

4.1. Genel Olarak 176
4.2. Yapay Döllenmede Genetik İnceleme 178
4.2.1. Üreme Hakkı 178
4.2.2. Yapay Döllenme Kavramı 179
4.2.3. Yapay Döllenme Çeşitleri 181
4.2.3.1. Homolog Yapay Döllenme 182
4.2.3.1.1. Homolog Yapay Döllenme Kavramı 182
4.2.3.1.2. Homolog Yapay Döllenmede Soybağı 183
4.2.3.2. Heterolog (Türdeş Olmayan) Yapay Döllenme 185
4.2.3.2.1. Heterolog Yapay Döllenme Kavramı 185
4.2.3.2.2. Heterolog Yapay Döllenme Yolları 185
4.2.3.2.2.1. Sperm Bağışı 185
4.2.3.2.2.1.1. Sperm Bağışı Kavramı 185
4.2.3.2.2.1.2. Sperm Bağışında Soybağı 188

4.2.3.2.2.1.3. Sperm Bağışçısının Kimliğinin Gizlenmesi ve Çocuğun Genetik Kökenini Öğrenme Hakkı 189
4.2.3.2.2.2. Yumurta Bağışı 191
4.2.3.2.2.2.1. Yumurta Bağışı Kavramı 191
4.2.3.2.2.2.2. Yumurta Bağışında Soybağı 192
4.2.3.2.2.3. Embriyo Bağışı 194
4.2.3.2.2.3.1. Embriyo Bağışı Kavramı 194
4.2.3.2.2.3.2. Birden Fazla Embriyo Transferi 194
4.2.3.2.2.3.3. Üreme Hücreleri, Gonad Dokuları ve Embriyoların Dondurularak Saklanması 195
4.2.3.2.3. Heterolog Döllenmede Soybağı 196
4.2.4. Yapay Döllenmede Genetik İncelemenin Hukuki Sonuçları 196
4.3. Taşıyıcı Annelikte Genetik İnceleme 197
4.3.1. Taşıyıcı Annelik Kavramı 198
4.3.2. Taşıyıcı Annelik ve Soybağı Sorunu 199
4.3.3. Taşıyıcı Annelikte Gen İncelemesinin Hukuki Sonuçları 201
4.4. Soybağının Tespiti Davasında Gen İncelemeleri 204
4.4.1. Soybağı Kavramı 204
4.4.2. Soybağının Tespitine Genel Bir Bakış 205
4.4.3. Soybağının Tespitinde Genetik İncelemeye Katılmaya Dair Mahkeme Kararının Zorla Yerine Getirilmesi Meselesi 209
4.4.3.1. Genetik İncelemeye Katılmaya Dair Mahkeme Kararının Zorla Yerine Getirilmesi Gerektiğini Savunan Görüş 211
4.4.3.2. Genetik İncelemeye Katılmaya Dair Mahkeme Kararının Zorla Yerine Getirilmesinin Mümkün Olmadığını Savunan Görüş..... 214
4.4.3.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi 216
4.4.4. Soybağının Tespiti Davalarında Gen İncelemelerinin Hukuki Sonuçları217
4.5. Klinik İlaç Araştırmalarında Yararlanılan İnsan Geni İncelemeleri..... 219
4.5.1. Klinik İlaç Araştırmalarında Yararlanılan İnsan Geni Üzerine İncelemelere İlişkin Genel Bilgiler 219
4.5.1.1. İlaç Kavramı..... 220
4.5.1.2. Klinik İlaç Araştırmalarının Türleri 221
4.5.1.2.1. Tedavi Amaçlı Klinik İlaç Araştırması..... 221

4.5.1.2.2. Bilimsel Amaçlı Klinik İlaç Araştırması 223
4.5.2. Klinik İlaç Araştırmalarında Kullanılan İnsan Geni İncelemelerinin Hukuka Uygunluğu İçin Gereken Koşullar 224
4.5.2.1. Araştırmanın İnsan Dışı Deney Ortamında Denenmesi..... 226
4.5.2.2. Orantılılık İlkesi..... 227
4.5.2.3. Etik Kurulu Onayı ve Yetkili Makamın İzninin Olması 229
4.5.2.4. Araştırmaya Katılacak Kişinin Aydınlatılması ve Rızasının Alınması 231
4.5.2.5. Sigorta Yaptırılması 233
4.5.2.6. Araştırma Sırasında Kişiye İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayacak Derecede Acı Verici Yöntemlerin Uygulanmaması 234
4.5.2.7. Araştırmanın Mali Bir Menfaate Dayanmaması 235
4.5.2.8. Gönüllünün Mahremiyeti ve Kişisel Bilgilerinin Saklı Tutulması236
4.5.2.9. Araştırmanın Hekimler Tarafından Yürütülmesi 236
4.5.3. Klinik İlaç Araştırmalarında Yararlanılan İnsan Geni İncelemelerinin Hukuki Sonucu 237

BEŞİNCİ BÖLÜM
GENETİK VERİ BANKALARI BAKIMINDAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

5.1. Genetik Veri Bankaları Kavramı..... 239
5.2. Genetik Veri Bankalarının Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi 240
5.3. Genetik Veri Bankalarının Yarar ve Sakıncaları 244
5.3.1. Genetik Veri Bankalarının Yararları..... 244
5.3.2. Genetik Veri Bankalarının Sakıncaları 246
5.4. Genetik Veri Bankalarının Kuruluşu ve İşleyişine İlişkin Esaslar..... 248
5.4.1. Genetik Verilerin Kişinin Rızasıyla veya Anonimleştirme Yoluyla İşlenmesi ve Kullanılması..... 250
5.4.1.1. Kişinin Rızasıyla 250
5.4.1.2. Anonimleştirme Yoluyla 251
5.4.2. Genetik Verileri Depolanan Kişiyi Koyucu Önlemlerin Alınması 253
5.4.3. Gizlilik Sağlanmalı Ve Erişim Hakkı Olanların Belirlenebilmesi..... 253
5.5. Gen İncelemelerine Koruyucu Şemsiye Olarak Getirilen Özel Yasa : Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 254

5.5.1. Kanunun Amacı ve Kapsamı 256
5.5.2. Kişisel Veri Kavramı 262
5.5.3. Kişisel Verinin İşlenmesi 267
5.5.3.1. Kişisel Verilerin İşlenmesi İle İlgili Genel İlkeler 271
5.5.3.1.1. Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuka, İnsan Haklarına ve Dürüstlük Kuralına Uygun Olması 271
5.5.3.1.2. Kişisel Verilerin Doğru ve Gerektiğinde Güncel Olması 272
5.5.3.1.3. Kişisel Verilerin Belirli, Açık ve Meşru Amaçlar İçin İşlenmesi 272
5.5.3.1.4. Kişisel Verilerin, İşlendikleri Amaçla Bağlantılı, Sınırlı ve Ölçülü Olması 273
5.5.3.2. Özel Nitelikli Kişisel Verilerden Sayılan İnsan Geni ile İlgili Verileri İşleme Yasağı 275
5.5.3.3. Kişisel Verilerle İlgili Diğer İşlemler 276
5.5.3.3.1. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi Veya Anonim Hâle Getirilmesi 276
5.5.3.3.2. Kişisel Verilerin Aktarılması 277
5.5.3.4. Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması 278
5.5.4. Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve İlgili Kişinin Hakları 279
5.5.4.1. Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğü 279
5.5.4.2. İlgili Kişinin Hakları 280
SONUÇ 281
KAYNAKÇA 290
ÖZ GEÇMİŞ 308

KISALTMALAR

AB. : Avrupa Birliği

ABD. : Amerika Birleşik Devletleri

AİHM. : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS. :Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AÜHFD. : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AY : Anayasa

AYM : Anayasa Mahkemesi

Bkz. : Bakınız

BM. : Birleşmiş Milletler

C. :Cilt

CD. : Ceza Dairesi

D.D. : Danıştay Dairesi

DEÜHFD. : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

DİDDGK. : Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu

E. : Esas

EC : European Commission

Ed. : Editör

EPC : Europe Avrupa Patent Sözleşmesi

HD. : Hukuk Dairesi

HHY : Hasta Hakları Yönetmeliği

HMK : Hukuk Muhakemeleri Kanunu

ICH : Uluslararası Uyum Komisyonu

Iss. : Basım

İÜHFD : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

K. : Karar

KAHY : Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik

KHK : Kanun Hükmünde Kararname

m.	**:** madde
Me.ÜHFD	**:** Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÖ.	**:** Milattan Önce
MS.	**:** Milattan Sonra
Mük.	**:** Mükerrer
N.	**:** Numara
ODASANK	**:** Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun
Pat KHK.	**:** Patent Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
RG.	**:** Resmi Gazete
S.	**:** Sayı
s.	**:** sayfa
TBB	**:** Türkiye Barolar Birliği
TBK.	**:** Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	**:** Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	**:** Türk Ceza Kanunu
TKD	**:** Türk Kütüphaneciler Derneği
TMK.	**:**Türk Medeni Kanunu
TODAİE	**:** Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü
TÜBiTAK	**:** Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu
UM.	**:** Uyuşmazlık Mahkemesi
UNESCO	**:** Birleşmiş Milletler Eğitim, Bilim ve Kültür Kurumu (United Nation Education Social Coorperation Organisation)
USA	**:** United States (Amerika Birleşik Devletleri)
Vol.	**:** Cilt
Y.	**:** Yıl
YSŞ.	**:** Yüksek Sağlık Şurası

GİRİŞ

İnsanların bir arada bulunduğu toplumun bir hukuk düzenine dayanması gerekir. Bu düzenin temellerini de hukuk kuralları oluşturur. Toplumun olduğu her yerde hukuk kuralları bulunmaktadır. Hukuk, toplum içindeki işlevine uygun olarak , toplumun gereksinimlerini karşılamak, toplumun değişen koşullarına uymak zorundadır.[1] Bilim ve teknoloji alanındaki gelişmelerin en çok yaşandığı bilim dallarından olan tıpda, insan geni üzerindeki incelemelerin önemi her geçen gün artmaktadır.

Gen incelemelerinin insanlığın uygarlık savaşımında ve ileriye doğru evrilmesinde oynadığı rol, bir çok hukuksal ve etik sorunları da beraberinde getirmiştir. İnsan Genomu Projesi ile insan gen haritasının çıkarılması insan yararına bir çalışma olmasına karşın, klonlama, üreme amaçlı kök hücre çalışmaları, cinsiyet belirlenmesi yoluyla cinsiyet ayrımcılığının dünyayı ve insanları tehdit etmesi, araştırma amaçlı embriyo üretimi, genetiği değiştirilmiş gametin oluşturduğu hücreler yoluyla insanın fiziksel, ruhsal ve türsel değişimle karşı karşıya kalması gibi sorunlara da yol açmaktadır.

Hukuk insan geni üzerine yapılan incelemeleri, çalışmaları ve sonuçlarını düzenlemek yoluyla, bu etkinliklerin insana zarar vermesini, insanın önceliği, adalet ve yararlılık ilkesi ile önlemenin yolunu aramıştır. Etik ilkeler, bildirgeler, ulusal ve uluslararası hukuksal düzenlemeler; etik, biyoetik ve hukuk kurallarından yararlanarak insan onurunun yok olmasına engel olmak istemiştir. Antik dönemden bugüne tarihte yalnızca iyiler olsaydı, gen incelemeleri sorun olmazdı. Ancak sağlık hakkı başta olmak üzere yaşama hakkına ve kişilik haklarına saldırıların başlıca sebepleri insanoğlundaki iktidar, kar ve canlı cansız ayrımı yapmaksızın tüm varlıklara hükmetme isteğidir. Etik ve hukuk, işte bu saldırıların önünde kalkan olmak zorundadır.

[1] Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları,* 32. Baskı, Ankara, 2010, s.11.

Çalışmamızın birinci bölümünde terminoloji ve insan geni kavramı hakkında genel bilgiler, tıp, genetik ve hukuk ekseninde sunulduktan sonra, ikinci bölümünde genetik araştırma ve incelemelere dair etik sorunlar ve bu sorunların çözümünde başvurulacak temel ilkelere yer verilmiştir. Üçüncü bölümde ise bu ortaklaştırılmış ilkelerin biyotıpla da ilişkilendirildiği oranda Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" ayrıntılarıyla incelenmiştir. Çalışmamızda bu sözleşmeden kısaca Avrupa Biyotıp Sözleşmesi olarak söz edilmiştir.

Anayasamız'ın 90. maddesi ile Türk hukuk düzeninin bir parçası olan Sözleşme, biyoloji ve tıbbın uygulanmasına ilişkin temel konulardaki biyoetik ilkeleri[2] ya da bu ilkeleri konu alan ahlak felsefesi konularını hukuk dünyasına kazandırmıştır. Bu sözleşme ile, insanın üstünlüğü temel ilkesinden yola çıkılarak[3] aralarında tüpte embriyonlar üzerinde kök hücre çalışmalarının da bulunduğu kimi temel tartışmalar sadece biyoetiğin ya da özel bazı ulusal hukuk sistemlerinin sorunu olmaktan çıkıp, genel ve evrensel bir üst norm olarak yaklaşılmıştır.

İnsan geni incelemelerinin özellik arz ettiği haller başlığı altında incelediğimiz dördüncü bölümde, genetik verilerin kullanılmasıyla birlikte üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin gelişmesi ile birlikte çıkan sorunlara hukuk ve etik bazda getirilen çözümleri incelenmiştir. Özellikle yapay döllenmenin tanımı, çeşitleri ve hukuk düzenimizin getirdiği düzenlemeler, ulusal ve uluslararası yargı kararlarıyla irdelenmiştir. Çalışmamızın beşinci bölümünde ise , genetik veri bankaları bakımından kişisel verilerin korunmasına yer verilmiştir. Bu bölümde genetik veri bankaların yararları ve sakıncaları, tarihten ve günümüzden örneklerle, özel hukukun iş hukuku ve sigorta hukuku bölümleriyle olan ilişkileri de tartışılarak sonuca bağlanmıştır. Soybağının tespitine yönelik genetik inceleme yapılmasına hâkim tarafından karar verilmesinin dayanağını oluşturan TMK 284/II ve HMK 292

[2] Yeşim Işıl Ülman, "Etik, Biyoetik, Hukuk: Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar". *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, C.1, S.1, İstanbul 2010, s.3.
[3] Cengiz Gül, "Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı". *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı,*. Cilt: 1, S. 1, Kayseri 2012, s. 178.

maddeleri öğretideki görüşler ile yargısal kararlar ışığında tartışılmış ve görüşümüz yaptığımız özgün öneri ile birlikte bu bölümde ele alınmıştır.

Çalışmamızda insan geni üzerindeki incelemelerin hukuki yönleri incelenirken; tıp, etik, biyoetik ve hukuksal metin ve görüşlere yer verilmekle yetinilmemiştir. Böyle bir tutum gen incelemelerinin insanlık, uygarlık ve bilim tarihine haksızlık olurdu. Bu nedenle çalışmamızda hukuk, tıp ve etik kavramlarının kuramsal yönünü incelerken, ulusal ve uluslar arası Yüksek Yargı kararlarına da yer verdik. Uygulama ile kuramın birlikteliği, bilimsel gelişme için oldukça önemlidir. İnsanın önceliğini amaçlayan çalışmalarda, kuram ve uygulama bütüncüldür. Özellikle de Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay ve Bölge Adliye Mahkemesi kararlarıyla zenginleştirdiğimiz çalışmamızda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi kararlarına da yer verilmiştir.

Amacımız tezimizin uygulamaya ve öğretiye katkı sağlamasıdır. Zira birbirleriyle bağlantılı olan hukuki müesseseler ile yürürlükteki hukuk kuralları, hukuk düzenini oluşturur. Bu düzen sayesinde, insanlar arasında ortak amaç olan sosyal menfaatin gerektirdiği güvence ve dayanışma sağlanır. İnsan aklının ürünü olan hukuk düzeni, maddi bir varlığa sahip değildir. Bir başka deyişle, hukuk düzenine girme insan aklı ile mümkündür.[4]

[4] Bilge Öztan, a.g.e.,s.16.

BİRİNCİ BÖLÜM

TERMİNOLOJİ VE İNSAN GENİ KAVRAMI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1. Temel Kavramlar

İnsan geni üzerine yapılan incelemelerde, konuya ilişkin kavramların tanımlanması ve sınırlarının belirlenmesi büyük bir önem arz etmektedir. Tıp, genetik, etik ve hukuk bilimlerinin çalışma sahasında bulunan kavramlar, disiplinler arası yakınlaşmayı da beraberinde getirmektedir. Bu bölümde kavramların incelenmesi ile birlikte konuya ilişkin öğretide ve uygulamada yer alan tartışmalar da konu edilecektir.

1.1.1. Genetik Bilimi

İnsanlık tarihi boyunca mühendislik ve tıp alanında gerçekleştirilen atılımların ve buluşların, insanlığın lehine olduğu kadar bir çok sorunu da beraberinde getirdiği tartışılmaz bir gerçekliktir. Tıp, biyoloji, kimya gibi fen bilimlerinin tarih boyunca var olmasının ötesinde , genetik bilimi gibi görece yeni bilim dallarının varlığı, her şeyi bilme gereğini talep eden bilim dünyasının sınırlarını baş döndürücü biçimde genişlettiği gibi, buluşların ve bilgilerin baş döndürücü bir hızla değişimine de yol açmaktadır. Genetik bilimindeki çığ gibi büyüyen bilimsel gelişmelere, çağımız haklı olarak genetik çağ adını vermektedir.[5]

Genetik sözcüğü, Yunanca'da meydana getirilen, doğurulan, var edilen anlamlarına gelen genesis kelimesinden kaynaklanmıştır. Genetik bilimi ise, canlılarda bir şeyin, bir karakterin oluşunu, gelişmesini ve bunu meydana getiren

[5] Öztürk, B. K. (2011). *Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar,* İstanbul, Vedat Kitapçılık, s.133.

yeteneğin kalıtsallığını inceleyen ve araştıran bir bilim dalıdır.[6] Mendel ile başladığı kabul edilen genetik bilimi çağımızda çok ilerlemiştir. Mendel biyolojik ve matematiksel prensiplerin birlikte uygulanabileceğini saptamak suretiyle canlıların genetik yapısının temellerini bulmuştur. Mendel'in bezelyelerdeki bitki boyu, tohum şekli, çiçek rengi konularında yapmış olduğu çalışmalar bugün insan kopyalanması aşamasına ulaşmış bulunmaktadır.[7] Organizmadaki kalıtsal özelliklerin nesilden nesile kalıtım prensiplerini ve genetik hastalıkları inceleyen genetik, biyolojide köken anlamına gelir ve canlı organizmalar ile türlerin kalıtım biçimlerini inceler.8

Günümüzde genetik bilim ve teknolojisi insan yaşamına olumlu katkılar sunmaktadır. Bu katkılar insan için, bedensel hastalıklara, engellilere çare olabilecek buluşlar, hangi hastalıklara yatkın olunduğunun önceden belirlenmesi, doğum öncesi olası hastalıklara müdahale etmek, alkolizm ve uyuşturucu madde bağımlılıklarının tedavisi, tohumların elde edilmesi, hayvancılığın geliştirilmesi, her tür iklime dayanıklı bitki örtüsünün yetiştirilmesi gibi faydalar olarak karşımıza çıkmaktadır.[9]

Genetik bilimi sayesinde önemli hastalıkların tedavisi için canlı cansız tüm varlıkların yapı taşı olan DNA'ya (Deoksiribo Nükleik Asit) ilişkin çalışmalar hızla devam etmektedir. DNA için yeni çözümlemeler geliştiriliyor, değişiklikler yapılıyor ve genetik faktörler elde ediliyor.[10] İşte bu 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 karşılaşmaktadır. Tek bir genin değişiminden kaynaklanan üç-dört bin kalıtımsal hastalık bulunmaktadır. Örneğin, ABD'nde her dört bin çocuktan biri, kromozom 7'deki hatalı bir genin neden olduğu safra kesesi 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 hücresi anemisine yol açmaktadır. Yine, beynin zamanla ve kaçınılmaz bir şekilde eridiği Huntington hastalığı, kromozom 4'ün üst noktalarına yakın bir gende SAG harflerinden oluşan

[6] Atıf Şengül, Bilgin Tözün, Şule Öztürk, *Genetik,* Bursa, s. 9.
[7] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, " Genetik Danışmanlık ve Biyoetik", *Türkiye Klinikleri,* S. 25(2), Ankara 2017, s. 61.
[8] Cahid Doğan, Genetik ve İnsan Hakları, *V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Kasım "2013),* Ankara 2014, s. 268.
[9] Lewontin R.C., *İdeoloji Olarak Biyoloji DNA Doktrini,* İstanbul 2016, s. 59.
[10] Kathryn Asbury, Robert Plomin, Genlerin G'si. (Çeviren: Dilek Boyraz), İstanbul 2016, s.9.

serinin tekrarlanması ve bozuk bir kayıt gibi takılması nedeniyle ortaya çıkmaktadır.[11]

Genetik bir nörolojik hastalık olan bu hastalığın genini taşıyan kişiler genellikle belirtilerini 40 yaşını aştıktan sonra gösterirler. Otozomal dominant olarak kalıtsallaşan bir hastalık olup beyin ve sinir sistemini etkiler. Heterozigot olan hasta kişilerin, bu hastalığı çocuklarına taşıma riski % 50'dir.12 Bu da demek oluyor ki, gen incelemelerinde isabet bulunması halinde önleyici tıp devreye girerek, bu tür kalıtsal hastalıkların önlenmesini ya da etkilerinin azaltılması sağlanabilmektedir.

Ülkemizde yakın akraba evliliklerinin yaygınlığı, otozomal resesif hastalıkların sıklığına yol açmaktadır. Toplumsal sağlık açısından akrabalık ve genetik hastalıklar arasındaki önemli bağlantı, özelikle otozomal resesif hastalıkların izlenmesinde genetik testler ile genetik teşhis etkinliklerini ve genetik danışmanlık hizmetlerini gerekli kılmaktadır.[13] Ancak genetik danışmanın, uygulama ekibinden bağımsız olması ve katılımcıyı sadece bilgilendirmesini, onun kararını etkilememesini ve kesinlikle yönlendirme yapmamasını belirten görüşte isabet bulunmaktadır.14

Ayrıca organ nakli alanında, hastanın genlerine uygun yapay organların imal edilmesi yönünde yapılan çalışmalar da bu analizlerin yararları arasında yer alır. Bu durum engelli kalmış birçok kişi için büyük umut vaat etmektedir. Adli tıp alanında DNA analizi ile kimlik tespiti son yıllarda tüm dünyada ve ülkemizde gündeme gelmiştir.[15] Bu gelişmeye moleküler genetik veya bir başka deyişle rekombinant DNA teknolojisinde kaydedilen ilerlemeler[16] neden olmuştur. Tıbbi genetik alanında yaşanmakta olan bu devrimin gerçekleşmesini sağlayan en önemli gelişmelerden biri DNA molekülü üzerinde bulunan nükleotid dizisi değişimlerinin direkt olarak

---

[11] James Shreeve, *Gen Savaşları.* (Çeviren: Özgür Atılım Turan), İstanbul 2004, s.29.
[12] Cahid Doğan, "Gen Analizleri ve Şahsiyet Haklarının Korunması". *Tıp Hukuku Dergisi*, 2013, S.4, s.111-160; Peter Sudbery, Human Molecular Genetics, 2. Edition, Harlow 2002, s.2.
[13] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. 57-71.
[14] Aslıhan Tolun, *Genetik Araştırma ve Uygulamada Etik,* Türkiye Bilimler Akademisi Raporları. S. 15, Ankara 2007,s. 8; F. Zehra Konuk, "Biyoetik ve Hukuk Yönünden Gen Bilimi". *Sağlık Hukuku Makaleleri 2*, İ İstanbul 2012,s. 67.
[15] Fatih Yağmur, " Gen ve Hukuk". *Me.ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, Cilt: 1, S. 1, Kayseri 2012 s. 145; Kathryn Asbury, Robert Plomin, a.g.e., s.9.
[16] Kurt Bayertz, *Genethics.* (Translete into English by sarah L. Kirkby). Cambridge Universıty Press, New York 1994..s.66; Brown, T.A. , *Gene Cloning * DNA Analysis, Gen Klonlama ve DNA Analizi,* (*Çev. F. Bardakçı, Ali Fazıl Yenidünya, Nazan Yılmaz*) , Ankara 2006, s.302.

görünebilir hale getirilmesi olmuştur. Örneğin elimizde bulunan cam, taşla kırılabilir. Bu durumda cam işimize yaramaz ama camı elmasla keserek istediğimiz şekli verebiliriz. DNA'nın kesilmesine fırsat veren enzimlerin keşfi ile başlayan bu süreçte, erişkin bir insanda yaklaşık 75-80 trilyon hücrenin bulunduğunu, her bir hücrede bulunan 46 kromozomun bulunduğunu, her bir hücrede de 2 metrelik DNA bulunduğuna göre 2x70 trilyonluk muazzam bir dev yapı bulunmaktadır.[17] İşte genlerin tanınması ile değişik alanlarda birçok gelişme sağlanmaktadır.

Tıp alanındaki teknolojik süreç, herhangi bir diğer sektörde olduğu gibi özgürlüğün ve bilincin yayılmasına yardım eder. Genetik araştırmalar da bu süreci alevlendirmektedir. Bu araştırmalar, bilginin artması ve yeni hakların gelişimiyle beraber, ciddi kuramsal sorunlar ve teorik sonuçların yanında, uygulama da gelişmelere yol açmaktadır.[18] Gen teknolojisindeki bu gelişmelerin hukuku iki şekilde etkilediği söylenebilir. Birincisi, uyuşmazlık konusu bazı maddi vakıaların gelişmiş bu teknoloji sayesinde güvenilir bir şekilde aydınlatılmasının olanaklı hale gelmiş olmasıdır. İkincisi ise, gen teknolojisinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümü için hukuksal çözüm yollarının araştırılması ve bu konuyla ilgili hukuki alt yapının oluşturulmasının bir zorunluluk haline gelmiş bulunmasıdır.[19]

Genetik testler ile mutasyonlar ve polimorfizmlerin saptanması[20] yeterli değildir. Canlıların genetik yapılarının mutasyon yoluyla mevcut genetik yapılarının değişebilirliği de mikroorganizmaların yaymasında etkilidir.[21] Bu nedenle bunları yorumlamak için genetik danışma oldukça önemlidir. Genetik testlerin yetkili kişilerce yorumlanarak genetik danışma yapılması gerekir.[22] Bu danışma faaliyetinin; suç ve suçlunun tespiti, maddi olayın aydınlatılması ve şüphelinin belirlenmesi

---

[17] Yusuf Özkul, "Tıbbi Genetiğin Günümüz Yaşamındaki Uygulama Alanı", *Me.ÜHFD Gen Hukuku* Özel Sayısı , Cilt: 1, S.1, Kayseri 2012, s. 2.

[18] Alberto Marches, "Genetics and right: a metodogy". The Journal of Maternal-Fetal& Neonatal Medicine. 30(7), 2017.s. 855.

[19] Pınar Aksoy Gülaslan, "Hukuksal Kavramda Hücresel Tedaviler", *Terazi Hukuk Dergisi, S.* 93, Ankara 2014, s. 128; Memnune Apak, "Genetik Hastalıklar ve Prenatal Tanı ile İlgili Etik Sorunlar". *Turkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History,* İstanbul 1994; S. 2(3), s. 129.

[20] Halis Uygar Tazebay, "Genetik Araştırmalar ve Etik", *Avrasya Dosyası, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel*, Cilt: 8, S. 3, Ankara 2002, s. 52.

[21] Mustafa Fadıl Yıldırım, *Gen Teknik Uygulamalardan Doğan Hukuki Sorumluluk,* Ankara 2008, s. 46.

[22] Hülya Bilgen, "Karşılaştırmalı Hukukta Genetik Teşhislere İlişkin Hukuki Düzenlemeler". *Tıp Hukuku Dergisi*, Y : 2, S. 4, İstanbul 2013, s. 75.

amacıyla delillerin toplaması, soy bağının tespiti, nüfus kayıtlarının düzeltilmesi gibi adli olaylarda gen incelemesinin önemi yadsınamaz.[23] Yargıtay son kararlarında, gen incelemelerine başvurulmasını öldürme, yaralama ya da soy bağının tespiti davaları gibi insan bedenini konu edinen yargılama ve soruşturmaların yanı sıra mal varlığına karşı suçlar bölümde bulunan hırsızlık suçlarının soruşturulmasında ve kovuşturulmasında da önemli görmektedir. Bu karara göre, müştekiye ait teybin bulunduğu arabanın kapıları kilitli olarak bırakıldığı, sanığın araçtan 40 metre mesafede kaçarken yakalandığı, araç ile araçta bulunan teyp ve diğer eşya üzerinde sanığa ait DNA, parmak izi vs. bulunup bulunmadığı da değerlendirilerek, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi işaret edilmiştir.[24]

Gen incelemesinden delile ve suçluya ulaşılmasında sadece insan DNA'sının değil, failin hırsızlık suçunun konusunu oluşturan hayvanların DNA incelemesinden bile suç delilinin ve sanığın tespiti hukuk uygulamamızda da benimsenmiştir. Yargıtay'ın emsal kararında, hayvancılık işiyle uğraşan müştekinin, yaklaşık iki yıl evvel hayvanlarını otlattığı sırada sürünün içerisinde bulunan 4 adet koyunun kaybolduğu, ilerleyen günlerde hayvanlarını otlatmakta olan sanığın sürüsünün içerisindeki bir adet koyununu görüp bu koyunun iki yıl evvel kaybolan koyunlarından bir tanesi olduğunu fark etmesi sonucu koyundan alınan DNA örneği ile müştekinin sürüsünde yer alan ve Veteriner Fakültesi'nden alınan raporda iddia konusu koyunun yavruları ile koyunlardan alınan DNA örneğinin anne-yavru ilişkisi bakımından uyumlu olduğunun belirtilmesi ve sanığın iddia konusu koyunu yaklaşık 2,5 yıl evvel hayvan pazarında tanımadığı yaşlı bir adamdan bir kuzuyla beraber 650 TL'ye kulak küpesiz olarak aldığını beyan etmesi ve iddia ettiği kişinin tespitine yarayabilecek bir bilgide veremediği dikkate alındığında, sanık hakkında kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçundan mahkumiyet kararı vermek gerekirken beraatına karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.[25]

İnsan geni üzerinde yapılan incelemelerin, gerçeği tam anlamıyla yansıtılabilmesi için, materyal üzerinde yapılacak bilimsel araç ve gereçler ile incelemeyi yapanın uzman kimliğinin yanı sıra gen incelemesine konu kişinin ve bu

[23] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.12; Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e., s. 142.
[24] Y. 13.C.D., 14.06.2017 T., 2016/2759 E. 2017/7216 K.
[25] Y. 13.C.D., 08.02.2017 T., 2015/12342 E., 2017/937 K.

kişiden alınacak materyallerin de güvenilir bir şekilde sağlanması gerekir. Yargıtay bir kararında bu hususa önemle işaret etmektedir [26]

DNA incelemeleri sonucunda elde edilen verilerin doğruluğunun mantık kurallarıyla da sınanması gerekir. Örneğin, adam öldürmekle itham edilen bir sanığın, cinayet zamanında A ilinde bulunan Kapalı Cezaevinde tutuklu olduğunun resmi kayıtlarla kanıtlanması halinde, B ilinin C köyünde bulunan doku örneklerinin, cinayet anında kapalı cezaevinde olan sanığa ait bulunduğuna ilişkin DNA testi sonucu kuşkuludur. Fail aynı anda iki ayrı yerde bulunamaz. Bir kimse kapalı cezaevinde iken kapalı cezaevi dışında bir suç işleyemez. Bilirkişi raporunun mantığa aykırı olması her zaman bu kadar net bir şekilde ortaya çıkmayabilir. Aynı sanık olay anında açık cezaevinde ya da organ nakli nedeniyle hastanede bulunduğunu kanıtlayabilir. Bütün bu örnekler DNA testinin kesin delil olarak kabul edilmesi fikrini şüpheyle karşılamayı gerektirmektedir. Bu nedenle gerek hukuk davalarında gerekse de ceza davalarında DNA testine rağmen yapılan adli soruşturmanın önemine işaret eden ve soruşturma evresinde tanık anlatımı dahil her türlü kanıtı toplamanın adil karar verilmesi açısından bir zorunluluk olduğunu savunan görüşte isabet bulunmaktadır.[27] Yargıtay benzer bir bir olayda aynı görüşü paylaşmıştır28.

---

[26] " Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünün ekspertiz raporunda, olay yerinden alınan 4 adet kan lekesinden elde edilen DNA profilinin, DNA veri bankasında bir başka hırsızlık olayı nedeniyle kayıtlı olan sanığa ait genotip özellikler ile uyumlu olduğunun tespit edildiği, sanığın savunmasında bu rapora itiraz etmesi üzerine kovuşturma sırasında sanığın İstanbul Adli Tıp Kurumuna gönderilerek sanıktan svap alındığı ve olay yerinden alınan örneklerle karşılaştırması sonucunda ise Adli Tıp Kurumunun 31.01.2013 tarihli raporuna göre sanığa ait DNA profilinin olay yerinden alınan DNA profiliyle uyumlu olmadığı belirtilmiş ise de, sanığın Adli Tıp Kurumuna gönderilmeden önce mahkemece kimlik tespiti yapıldığına dair ve memur refakatinde gönderildiğine dair dosya arasında herhangi bir tutanağa rastlanmadığı anlaşıldığından ve raporlar arasındaki çelişki de nazara alındığında, kovuşturma sırasında Adli Tıp Kurumunda gerçek kişiden numune alınıp alınmadığı hususunda şüphe bulunduğundan, sanığın mahkemece kimlik tespiti yapılarak ve gerektiğinde kolu mühürlenerek ve mutlaka memur refakatinde Adli Tıp Kurumuna yeniden gönderilip DNA incelemesi için usulüne uygun şekilde numune alındıktan sonra olay yerinden elde edilen kan örnekleri ile karşılaştırmasının yapılması ve yapılacak araştırma neticesinde tüm kanıtlar birlikte değerlendirilerek sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekir" Y. 2.C. D., 14.06.2017 T. ve 2014/37516 E., 2017/6909 K.

[27] Mustafa Saldırım, Yargılama Hukuku Açısından DNA İncelemesinin Önemi,saldirim.com.; Tekin Memiş, Mustafa Fadıl Yıldırım, "Soy Bağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar", *EÜHFD*, C. VIII, S. 1-2,Erzincan 2004,s. 286.

[28] "Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.(babalık karinesi) (TMK. md. 285/1) Davacının annesi davalı kadın 6.5.1986 tarihinde kocası davalıdan boşanmıştır. Davacı ……, evliliğin sona ermesinden sonraki üçyüz gün içinde (24.11.1986) tarihinde doğmuştur. Davacı, 24.11.2004 tarihinde ergin olmuş, dava ise 1.4.2005

Sosyal ve politik yönleriyle olduğu kadar etik sorunlara da yol açan gen incelemeleriyle[29] ilgili olarak genetik deterministler alkolizm, suçluluk, manik depresyon, şizofreni gibi genel kişilik faktörleriyle; risk alma, homoseksüellik ve utangaçlık gibi problemlerin de genetik kökenli olduğunu belirtmektedirler.[30] Genetik determinizme göre, kişi suçlu veya alkolik ise bunu özgür iradesiyle yapamamaktadır. Çünkü bireyin suç işlemesine ya da onun alkolik olmasına genler sebep gösterilmektedir. Genlerin yaptıklarından dolayı, insanların sorumlu tutulmaması gerekir. Böylece bireyin işlediği suçtan kurtulmak için kolaylıkla savunma mekanizması oluşturmasını sağlanmaktadır.[31]Suçlu birinin, genetik determinizmin savunduklarına bağlı olarak, suçu kendi iradesiyle yapmadığını, tüm suçlunun bozuk genlerinin olduğunu söylemesi mümkün gözükmektedir.[32] Gerçi bu savunmanın mahkemede hakim tarafından kabul edilmesi ihtimal dahilinde görünmemektedir. Mevcut hukuk kurallarına göre, hareketlerin sorumluluğu onu işleyene aittir. Bireyler davranışlarını kontrol edebilecek iradeye sahiptir. Fakat, suç bireyin karar verme yetisini önleyen bazı faktörler sonucunda oluşmuşsa, kişi bu davranışından ötürü sorumlu tutulamamaktadır.[33]

Yargıtay bir kararında suçun ve suçlunun saptanmasına dair moleküler incelemenin önemini vurgulamıştır. Bu karara göre ;

"Olay tutanağında imzaları bulunan tutanak düzenleyicileri tanık olarak dinlenilerek; valizde uyuşturucu madde bulunduğunun nasıl belirlendiği, valizin sahibinin sadece muavinin beyanına dayalı olarak tespit edilip edilmediği, bagaj fişinin çanta üzerinden mi yoksa sanıktan mı ele geçirildiği, çanta içerisinde uyuşturucu madde dışında giysi ve kişisel kullanıma yönelik başka bir materyal

---

tarihinde açılmıştır. Dava süresinde ikame edilmiştir. (TMK. md. 289/2) Davacının annesi kızlık hanesine annesinin aile soyismi ile tescil edilmiş olması ve bu hanede baba adının "....." gösterilmiş bulunması çocukla koca arasında yasal olarak kurulmuş olan soybağını (TMK.md. 285/1) ortadan kaldırmaz. Bu soybağı geçersiz kılınmadıkça, davacının babalık davası açmasına da olanak yoktur. Dinlenen tanıklar, annenin davacıya hamile kaldığı dönemde kocasından ayrı yaşadığını beyan ettiklerine ve davalılar da bu iddiayı kabul ettiklerine göre TMK' nun 288/1. maddesi gereğince davacının başka bir kanıt getirmesine de gerek yoktur. Davanın kabulü ile davacı ile davalı .... arasındaki soybağının reddine karar verilmesi gerekirken aksine karar verilmesi doğru görülmemiştir. " Y. 2. H. D., 13.06.2006 T ve 2006/ 2900 E., 2006/ 9378 K.

[29] Ruth Chadwick, (2011). " Personal Genomes : No Bad News?". *Bioethiks*, 25(2), 623.

[30] Greg Gibson, *Son Sözü Genom Söyler,* (Çeviren: Ergi Deniz Özsoy), 2.Basım. İstanbul 2016, s. 138.

[31] Cahid Doğan, a.g.m., s. 293.

[32] Murat Emre, *Alzheimer, Parkinson* . 3. Baskı , İstanbul 2014, .s. 84.

[33] Emet Öztürk, *Genetik Determinizm, İnsan Davranışları ve Eğitim, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü,* Yükseklisans Tezi, Ankara 2007, s. 16.

bulunup bulunmadığı hususlarının sorulması, uyuşturucu dışında bulunan eşya ya da materyaller varsa bunların sanığa ait olup olmadığının belirlenmesi ve gerektiğinde sanıktan alınacak kan, doku ya da benzeri örneklerle mukayeseli olarak moleküler genetik inceleme yaptırılmaması bozmayı gerektirir."[34]

Genetik test ile daha neler bulabiliriz sorusuna yanıt veren öğretideki görüş, genetik testlerin insanlık ve uygarlık için ne denli önemli olduğunu isabetle vurgulamıştır. Bu görüşe göre genetik testlerle kalp hastalığı riskimiz varsa spor yapmak ve sağlıklı beslenmek gibi yaşam tarzımızı değiştirmemiz gereğini hatırlayabiliriz. Ayrıca ne yapacağımızı tam bilmediğimiz prostat kanserine yakalanma yüzdemiz hakkındaki bilgi ile alzheimer hastalığı[35] riskimiz gibi bilmek istemediklerimizi de genetik testlerle öğrenebiliriz.[36] Meme kanseri ve parkinson hastalığı için çok artmış riski ortadan kaldıran yararlı olabilecek bilgilere ulaşabileceğimiz gibi, bildiğimizi sandığımız ama bilmediğimiz veriler ile test yaptıran ile atalarının lahana sevmesi gibi eğlenceli bilgilere de genetik testlerle vakıf olabiliriz.[37]

Genetik öyle bir genişliğe ve derinliğe sahip bir alandır ki, bir çok alanı ilgilendirmektedir. Biyolojiden tıp bilimine, felsefeden hukuka, ilahiyattan biyoteknolojiye kadar bir çok bilimsel alan ve disiplinde incelenmesi gereken bu alanda, yöntem sorunun yasal çerçeveyle düzenleme kaçınılmaz bir zorunluluktur. Bilimsel ilerlemelerin ortaya çıkaracağı sorunların, kamu hukuku, özel hukuk, ceza hukuku, uluslararası hukukun harmanlanarak çözülmesinden başka bir yöntem bulunmamaktadır.[38]

1.1.2. Kök Hücre

Kuramsal olarak sonsuz bölünme ve çok sayıda değişik hücre türüne dönüşebilen özelleşmiş hücreler olan kök hücreler, doku ve organları oluşturan temel hücrelerdir. Yeni bir canlı oluşturma yeteneğine sahip olabilen[39], birden fazla farklı

[34] Y. 20.C.D., 07.11.2016 T., 2016/1506 E., 2016/5413 K.
[35] Murat Emre, a.g.e., s. 16.
[36] Yusuf Özkul, a.g.m., s. 2; Süha Aydın, *Meme Kanseri,* İstanbul 2009, s. 20.
[37] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 76; Greg Gibson, a.g.e. , s. 23.
[38] Alberto Marches, a.g.m., s. 854.
[39] Nesrin Çobanoğlu, *Tıp Etiği,* Ankara 2007, s.164.

hücre üretebilen, zedelenmiş dokuları düzeltebilen ve yenileyebilen hücreler kök hücre olarak tanımlanmaktadır.[40] Bir kök hücre bölündüğünde oluşan yavru hücreler bir kök hücre olabileceği gibi, yeni bir hücreye farklılaşma yetisine sahip olmaktadır[41]. Örneğin cilt hücreleri ve kas hücreleri bölündüklerinde kendileri gibi hücre oluştururlar.

Kök hücreler iki önemli özelliğe sahiptirler; ilk olarak, farklı hücre türlerine farklılaşmadan kendilerini yenileyebilme ve üreyebilme özelliğine sahiptirler. İkinci özellik ise bu hücrelerin, aldıkları sinyallere göre farklı hücre tiplerine dönüşebilmeleridir. Zira vücudumuzdaki diğer hücrelerin hedefleri bellidir ve bu hücreler bölündükleri zaman yine kendileri gibi bir hücre oluştururlar. Oysa kök hücrelerin belirlenmiş bir işlevleri bulunmaz. Bu yüzden aldıkları sinyallere göre farklı hücre tiplerine dönüşebilirler. Vücudumuzdaki herhangi bir hücre grubunda ölüm ya da hasar meydana gelince, kök hücreler hangi hücreye gereksinim varsa o hücreye dönüşüm gösterirler.[42]

İşlevlerine göre kök hücreleri progenitor kök hücre, multipotent kök hücre ve pluripotent kök hücre olarak sınıflandırılabilir. Progenitor kök hücre, yalnızca keratinocytes ve spermatozoa gibi belli tip hücrelere dönüşebilir. Multipotent kök hücre, belli organ ve dokuları oluşturan hücre tiplerine dönüşebilen kök hücrelerdir. Pluripotent kök hücre ise, tüm hücre tiplerine dönüşebilir. Pluripotent kök hücreler ise, diğer birçok hücreye dönüşebilir ve dokuların onarılmasında olağanüstü yararlı olabilirler.[43] Pluripotent kök hücre her hücre tipine dönüşebilse bile işlevsel bir organizma oluşturamaz. Pluripotent hücre doku yenilemesi özelliği dolayısıyla böbrek, pankreas, kalp kasları, zarar gören beyin hücrelerinin tamirinde ve tedavisinde ufuklar açmaktadır.[44] Progenitor ve multipotent kök hücreler bireyin

---

[40] Pınar Aksoy Gülaslan, a.g.m., s.127; F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 57; Nesrin Özkaya, Betül Çakır, Kök Hücre Araştırmalarına Etik, Dini ve Hukuki Yaklaşımlar. *Terazi Hukuk Dergisi.* S. 119, 2016, s. 224.

[41] Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması,* Ankara 2012. .s.4; Nurullah Tekin, "Kök Hücre Kavramı Ve Kök Hücre Çalışmalarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi". *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* S. 41, Ankara 2010, s. 150.

[42] Karakaya, Ahmet , "Kök Hücre Çalışmaları ve Etik ". Yükseklisans Tezi. Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2013,s.3.Tekinalp, Ünal, *Fikri Mülkiyet Hukuku.* 5. Bası, İstanbul 2012,s.811.

[43] Burcu Kalkan Oğuztürk, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, İstanbul 2011, s.170.

[44] Tekinalp, Ünal. Kök Hücrenin Patentlenebilirliği, s. 4, Nagehan Gürbüz, *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru,* İstanbul 2014,s.61; Nurullah Tekin, a.g.m.,.s. 151.

yaşamı boyunca var olan hücrelerdir. Bu hücreler fetus döneminde, yetişkinlere kıyasla daha çoktur.[45]

Embriyonik kök hücrelere göre gelişmenin daha sonraki basamaklarında görülen bu hücreler, elde edildikleri döneme giderek daha sınırlı bir bölünme ve farklılaşma yeteneği gösterirler. Yetişkin kök hücreler, daha ziyade elde edildikleri organ ve dokuya dönüşme eğilimindedir ve "multipotent kök hücreler" olarak adlandırılırlar.[46] 1960 yılında kemik iliğinden alınarak lösemi tedavisinde kullanılan kök hücrelerin, 1980'li yıllara gelindiğinde kordon kanında bol miktarda bulunduğu anlaşılmıştır. Embriyonik kök hücreler, 1981 yılında ilk kez bağımsız iki grup fare embriyosundan temin edilmiştir. İnsan embriyonik hücreleri 1991 yılında izole, 1998 yılında ise kültüre edilebilmiştir.[47]

Kök hücre araştırmaları, temel ve klinik bilimler çatısı altında yer alan birçok alanda yürütülmektedir. Kök hücrelerle ilgili araştırmaların yoğunlaşmasının sebeplerinden biri, totipotentlik ve plastisite niteliklerini açıklayarak, embriyonik gelişim dönemine ışık tutmaktır. Bu niteliklerin düzenlenmesinde görevli genlerin ve hücre farklılaşmasını öncüleyen yönlendirmenin moleküler düzeneklerinin belirlenmesi, kök hücre araştırmalarından temel biyolojik bilimlere sağlanacak yararlar arasındadır. Farklılaşma sürecindeki hataların, doğumsal kusurlar ve ilerleyen dönemde kanser[48] gibi ciddi hastalıkların gelişiminde belirleyici olduğu bilinmektedir.[49] Bunu etkileyen moleküler düzeneklerin açıklanması, yeni tedavi seçeneklerini de ortaya koyabilecektir. Kök hücrelerden hayvanlarda insana özgü hastalıkların modellerinin oluşturulmasında yararlanmak, hedef kullanım alanlarından biridir.[50]

Tüp bebek, çocuk sahibi olmak isteyen infertil çiftlerin çocuk sahibi olmasını sağlayan ve çeşitli tekniklerle yapılan tıbbi bir uygulamadır.[51] Bu uygulamaların

---

[45] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.5.
[46] Özpınar, Berna, "İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırmalar ve Hukuk", *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı,* Ankara 2014,s. 428; Nagehan Gürbüz, a.g.e. , s.61.
[47] Nurullah Tekin, a.g.m., s. 152.
[48] Abdullah Ekmekçi, Ece Konaç, H. İlke Önen, "Gen Polimorfozi ve Kansere Yatkınlık". *Marmara Medical Journal*, S. 21(3) , İstanbul 2008, s. 286-287.
[49] Emin Kansu, "Kök Hücreleri ve Klonlama" *Avrasya Dosyası,* Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Cilt: 8, S. 3, Ankara 2002, s. 41.
[50] Nurullah Tekin, a.g.m., s. 153.
[51] Gülekli, Bülent, a.g.e.,s.45.,s. 3.

ilkinde bağışçılardan alınan sperm ve yumurta uygun koşullarda döllenerek uygunsa anne olmak isteyen kadının rahmine, değilse taşıyıcı bir annenin rahmine yerleştirilmektedir.[52]Ancak bu uygulamalar sırasında işlemin başarısızlık ihtimallerini ortadan kaldırmak üzere yedek embriyolar da tüplerde tutulmaktadır. Yapay döllenmenin amacını gerçekleştirmesi durumunda, yedek embriyolara ne gibi bir işlem uygulanması gerektiği noktasında belirmektedir. Yedek embriyolar doğrudan yok edilecek midir? Birinci seçenek budur. İkinci seçenek ise, söz konusu yedek embriyoların araştırma embriyosu olarak klinik ortamda tutulması olasılığıdır. Uluslararası hukuk, araştırma amacıyla insan embriyosu üretimini yasaklamaktadır. Ancak tüm bu kısıtlamalar tıbbi gelişmelerin önündeki engeller olarak da düşünülmüş[53] ise de, insan onurunun korunması açısından kısıtlamanın yerinde olması hukuka uygundur. Başka bir deyişle yedek embriyolar üzerinde deney yapmak insan onuruna aykırı bulunduğu için yasaklanmaktadır. Ancak aynı embriyoların yok edilmesi, insan onurunun ayrılmaz parçası yaşam hakkına bir tecavüz olarak görülmemektedir.[54]

Klinik alanda kalp ve damar hastalıklarının iyileştirilmesi için yapılan kök hücre temelli tedavi yöntemlerinde Donald Orlic ve arkadaşlarının fareler üzerinde yaptıkları deneyler, kemik iliği kök hücrelerinin miyokardial dokuları yeniden üretme yeteneklerinin olduğunu göstermiştir. Bu deneyden sonra, Antonio P. Beltrami ve arkadaşları ise kalbe ait progenitor hücrelerin kardiyomiyositlere farklılaşabildiğini ve bu hücrelerin hasar görmüş kalbe enjekte edilmesiyle kalp kasının kendisini yeniden ürettiği ve böylece kalbin görevini yaptığını gözlemlemişlerdir.55

İnsan beyninde bulunan kök hücrelerin, belirli sinir hücrelerini üretebileceği buluşu ve kök hücre çalışmalarının sinir sistemindeki hasarlı hücrelerin yerine yenilerini oluşturmasını hedeflemesi kök hücre temelli tedavilerin Parkinson,

---

[52] Nurullah Tekin, a.g.m., s. 152; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Aile Hukuku. 15. Bası, İstanbul 2013, s. 345.

[53] Funda Çoban, (2016). "*Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar".* İnsan Hakları Yıllığı, C. 34, s 26; İrem Seyalıoğlu, Berna Eraslan, İnci Hot, Tunç Demircan, Gürsel Çetin, "Klonlamaya Genetik, Etik ve Hukuksal Açıdan Yaklaşım" , *Adli Tıp Dergisi*, Y . 21 S.2 , Ankara 2007, s. 42.

[54] Funda Çoban, a.g.m. ,s.33; Nesrin Özkaya, Betül Çakır, a.g.m., s. 225.

[55] Karakaya, Ahmet , a.g.e.,s.32.

Alzheimer[56], Felç, Huntington, Amyotrofik Lateral Skleroz (ALS), Multipl Skleroz (MS) ve Omurilik Yaralanmaları gibi nörolojik rahatsızlıklar için yeni bir tedavi yöntemi olabileceğini de göstermektedir.[57]

Gen tedavisiyle ilgili son gelişmelerden birisi de, enfeksiyon hastalıklarıyla baş etmemizi kolaylaştıracak bazı ek proteinlerin üretimini sağlamaktır.[58] Mart 2015'de maymunlar üzerinde yapılan bir çalışmada, maymun DNA'sına eklenen rekombinant bir gen sayesinde hayvanların hepsi HIV'e karşı bağışıklık kazanmıştır.[59] Bunan yanı sıra, bilim insanları, kalan artık ya da terk edilmiş embriyoların bir bölümünü kök hücreleri elde etmek için kullanmaya başladığında, parkinson hastalığı[60], diyabet, omurilik zedelenmeleri, kalp hastalıkları ile diğer sağlık problemlerine tedavi bulma potansiyeline sahip olabileceklerine inanmışlardı.[61] Kök hücresi elde edebilmek için embriyonun yok edilmesi bir neden sonuç ilişkisidir. İnsan yaşamının ilk döneminin yok edilmesini yanlış bulan etik ve siyasi çekişmeler nedeniyle 2001 yılında Başkan George W. Bush, embriyolardan üretilen kök hücre dizisi kullanılan araştırmalar için federal fon kullanımını yasaklamıştır.[62] Barack Obama tarafından 2009 yılında bu yasak iptal edildi. Ancak federal fonların bu tür araştırmalar için kullanılması iznini veren yürütme emri 2010 yılıında federal yargıç tarafından bozulmuştur. 63

Kök hücreler, "fetus" denen aşamada, doğumla birlikte kordon kanında ve yetişkin vücudunda özellikle kemik iliği ve yağ dokusunda erişkin hücreler olarak bulunurlar. Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği'nin 23/ c bendinde, bankaların para karşılığı ya da başkaca bir çıkar karşılığı amacıyla kordon kanı satışı yapamayacakları yasağı getirilmiştir.[64] Ancak tedavi amaçlı olarak bu hücrelerin kullanılması halinde bu uygulamaların Avrupa Biyotıp Sözleşmesi kapsamında

[56] Murat Emre, a.g.e., s.8.
[57] Karakaya, Ahmet , a.g.e,s.33; Nurullah Tekin, a.g.m.,s. 150.
[58] Begüm Akman, Taner Tuncer, *Yaşamın Şifresi,* İnsan Genom Projesi, Ankara 2009, s. 24.
[59] Mehmet Aşkın, "Genetik mühendislik : dost mu düşman mı?", *Türkiye Biyoetik Dergisi,* 2, 2, 2015, s. 161.
[60] Ebru Bodur, Ediz Demirpençe, " Kodlamayan RNA'lar ve Gen Susturumu", *Hacettepe Tıp Dergisi*, S. 41, Ankara 2010. s. 88.
[61] Brown, T.A. a.g.e., s.314.
[62] Rebecca Dresser, *"A Tale of Two Disciplines: Law and Bioethics". Perspectives in Biology and Medicine,* Cilt : 60. S. 1 , 2017, s. 55.
[63] Peter Singer, *Pratik Etik.* (Çeviren : Nedim Çatlı). İstanbul 2015,s. 193.
[64] Tekin Memiş, "İnsana Ait Genetik Bilgilerin Ticarileştirilmesi ve Türk Hukukundaki Durum", *Me.ÜHFD Gen Hukuku,* Özel Sayısı, Cilt: 1, S. 1, Kayseri 2012,s. 45.

yapılması gerekir.[65] Bu yasak, " Ticari Kazanç Yasağı " başlığı altında Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 21. maddesiyle örtüşmektedir. İlgili hükme göre, insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ne eklenen bir protokol ile üreme amaçlı klonlama yasaklanmıştır. Protokolün birinci maddesinde, bir insanın genetik özdeşinin ve canlı ya da cansız başka bir insan yaratmayı amaçlayan herhangi bir müdahale yasaklandığı gibi, genetik olarak özdeş ifadesi de bir insanın başka bir insanla aynı nükleer genetik seti paylaşması olarak tanımlanmıştır.[66] Bu ek protokolden de, kolonlanmış embriyonun üreme amaçlı bir insan yaratma amacıyla kullanılmasının yasak olduğu, ancak tedavi amacıyla ana rahmine yerleştirilmesinin ise olanaklı olduğu sonucuna varılabilir.[67]

Belçika ve İngiltere'de döllenmeyi takip eden 14 günlük süre içinde embriyolar üzerinde araştırma yapmak mümkündür.[68] Macaristan, Estonya, Litvanya ve Slovenya'da tedavi için klonlamaya, embriyo dizaynına izin vardır ve kök hücre araştırmaları serbesttir. Almanya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, Hollanda gibi ülkelerse üretilmiş kök hücreler üzerinde araştırma yapmayı yasal kılmıştır. Avusturya, Litvanya, Malta, Polonya, Slovakya embriyo araştırmalarına tamamen karşıyken, Türkiye'de yalnızca kök hücre tedavisi amaçlı hücre klonlamasına izin verilmekte, ÜYTE Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre embriyo bağışı, embriyoların araştırma amaçlı kullanımı ve üretilmesi yasaklanmaktadır. Avustralya, Çin, İsrail, Hindistan, Japonya, Singapur, Kore'de ise kök hücre çalışmaları yasaldır. Hukuki düzenlemelerin bu asimetrik yapısının sonucu olarak sağlık turizmini ve tıbbi araştırma mübadelesini tetiklemektedir. Tekno-yaşam bilimlerinin iktisadi yönü, özelde ise belirmeye başlayan küresel biyokapitalizm içinde biyoteknolojinin etkisi, biyolojik olgunun ve yaşayan organizmaların merkantilizasyonuna, endüstrileştirilmesine ve ekonomik değer ile ölçülmesine işaret etmektedir.

[65] Nesrin Özkaya, Betül Çakır, a.g.m., 230.
[66] İrem Seyalıoğlu, v.d., a.g.m., s.41.
[67] Nurullah Tekin, a.g.m., s. 157.
[68] Nurullah Tekin, a.g.m.,s. 1158.

Genom haritalarını çıkararak kişinin ileride yakalanabileceği hastalıkları listeleyen teknolojilerin yaygınlaşması ise, sağlık kontrollü işe alımlar, sigorta primlerinin belirlenişi[69], mirasın pay edilişi gibi konularda gelecek nesilleri anatomo-politik ve biyopolitik dispozitiflere daha fazla maruz bırakabilecektir.[70] Ayrıca gen incelemeleri sayesinde sağlanan bilgilerin sadece analiz edilen insan ya da mensubu olduğu ailenin bireyleri açısından değil, aynı zamanda genomik tıbbın gelecek döneminde milyonlarca insan için yararlı sonuçlar doğuracağı da açıktır.71

1.1.3. Klonlama

Etimolojik kökeni antik Yunan uygarlığına dayanan ve aseksüel üreme anlamına gelen klon sözcüğü, *" aynı kökten yeni dallar elde etmek"* olarak benimsenmektedir.[72] Bir şeyin aynısının kopyalanması olan klonlama, bir organizmanın tıpkı kendisi gibi aynı genetik yapıya sahip başka organizmalar üretmesi olarak tanımlanır.[73] Klonlama sonucu ortaya çıkan klon ise, belirli bir bireyden eşeysiz üreme metoduyla çoğaltılmış, genetik yapısı birbirinin aynısı olan canlı topluluğu ile örtüşen bir biyolojik terimdir[74]. 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 sağlanmasıdır.[75] Bu işlem, genlerin bir organizmadan alınarak üretilmesi ve bu genin diğer genlerden fiziksel olarak ayrılıp saf olarak elde edilmesi ve nükleotid[76] dizisinin belirlenmesi ile gerçekleşir.

---

[69] Tekin Memiş, Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 290.
[70] Cahid Doğan, a.g.m., s. 318; Nurullah Tekin, a.g.m., s. 150.
[71] Robertson, J.A. , "The $ 1000 Genome : Ethical and Legal Issues in Nutritional Genomics", *The American Journal of Bioethics*, 3(3), 2013, s.35.
[72] Erdal Yerdelen, "Klonlamanın Ceza Hukukundaki Yeri" *AÜHFD*, Y. 63, S.3, Ankara 2014, s. 644; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e s.180.
[73] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, *Deontoloji*, Ankara 1996, s.124; F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 57.
[74] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.20; Tansu Sayar, Hızal Sevinç Arslan, "Etik ve Hukuki Boyutlarıyla İnsan Klonlama ", III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa 23-25 Nisan 2016), (Editörler :Hancı, Hamit / Yener Ünver), Ankara 2016, s. 232; Kurt Bayertz, a.g.e., s.69.
[75] Funda Çoban, a.g.m., s .27, Gül Cengiz, a.g.m, s. 167; Emin Kansu, a.g.m. s. 44; İrem Seyalıoğlu, v.d., a.g.m., s.32.
[76] Fatih Yağmur, a.g.m.,s. 146; Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.124.

Dolly adındaki koyunda nükleer transfer / çekirdek nakli yöntemini kullanarak, bir yumurta hücresinden çekirdeği çıkartarak onun yerine yetişkin koyunun memesinden alınan bir hücre çekirdeğini koymuşlardır. [77] Sonuçta meydana gelen embriyo daha sonra ikinci bir koyunun rahmine yerleştirildi. Dolly genetik olarak, meme bezi hücresinin alındığı koyunla aynıdır. 78 Dolly'nin klonlanması bir memelinin klonlanmasını ortaya koymuştur. Bunun mantıksal sonucu da insanın da klonlanabileceğini göstermiştir.79 Ayrıca sorun sadece bir koyunun kopyalanması değildir. Kedi, köpek gibi hayvanların da kopyalanması çalışmalarının üniversitelerde sürdürülmesiyle, yeni canlı sentezlere ulaşılabilir.[80] Bundan hareketle, klonlama yoluyla bir koyunun üretilmesinden sonra fare, domuz, maymun başta olmak üzere pek çok hayvanın kopyalanmasından[81] sonra, 2002 yılında ilk kopya bebeğin doğduğunun duyulması şaşırtıcı olmayacaktı. İnsan vücudunun en küçük yapı taşı olan hücrenin içinde çekirdek, çekirdeğin içinde de 46 tane kromozom vardır. Yarısı anneden, kalanı da babadan gelen kromozomların içinde DNA sarmalı bulunmaktadır.[82] Bu DNA sarmalının içinde de yaşamımızı belirleyen kodlar vardır. DNA'nın yüzde ikisi ile dördünü oluşturan genlerin bilgi kaynağı olarak DNA'ya şifreli olarak işlendiği açıklanmıştır. Gen haritasında ise mevcut genlerin konumu, nicel ve nitel özellikleri vardır. Genetik açıdan % 99,9 oranında birbirlerine benzeyen insanların sadece % 0,01 oranında farklılaşması şaşırtıcıdır. Klonlama alanındaki gelişmelerin sebebi, bu gen haritalarının oluşturulması ve DNA sarmalındaki kodların çözülmesi aşamalarıdır.[83] Kromozomları bir kütüphaneye benzettiğimizde, genleri kitaplara, kitaplardaki satırları da DNA'larla eşleştirebiliriz.84

Klonlama, transgenik ve çekirdek transfer teknolojisi olmak üzere iki yöntemle yapılır. Transgenik klonlama yöntemiyle, tıbbi bakımdan önemli proteinleri bolca üretecek şekilde işleyen DNA'lar düzenlenebilmektedir. Örneğin diyabet

[77] Sevtap Metin, *Biyotıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul 2010, s. 184; Tansu Sayar, Hızal Sevinç Arslan, a.g.m., s. 232; Emin Kansu, a.g.m., s. 46; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.181
[78] Peter Singer, a.g.m.,s.216.
[79] Yusuf Özkul, a.g.m..s. 3; Gleen McGee, *"Clonning, The Family and Adoption",* Applied Ethics Critical Concepts in Philosophy. (Edited by Ruth Chadwick and Doris Schroeder). III, London and New York 2002. s.44.
[80] Gleen McGee, a.g.m., s 45.
[81] Emin Kansu, a.g.m., s. 46.
[82] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 71.
[83] Brown, T.A. a.g.e. ,s.6.
[84] Kemale Aslanova, *Hukuki ve Etik Boyutuyla Gen Analizleri,* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018,s. 5.

hastaları için insülin üretimi bu yöntemle gerçekleştirilebilir. Genlerin döllenmiş yumurtaya aktarılması şeklinde oluşan bu yöntemde, gen veya gen parçalarının bir insandan alınıp başka bir insanın DNA'sına aktarımı söz konusudur. İnsandan domuza, sığıra, keçiye ve koyuna gen aktarımı yapılarak sütlerinden üretilecek insan proteini emphysema ya da cystic fibrosis gibi hastalıkların tedavisi amaçlanmaktadır. Çekirdek transferi teknolojisiyle klonlama, farklılaşmamış embriyonik hücre çekirdeğinin çekirdeği çıkarılmış yumurta hücresi veya zigot içine aktarılması ile yapılır.[85]

Gen klonlaması ise, çok çeşitli amaçlarla yapılmakla beraber, tıbbi çerçevede, özetle, şu hedeflere ulaşılması amaçlanmaktadır: Tıbbi sebeplerle çocuk sahibi olamayanlar için bir umut, yitirilen bir yakını geri getirmek, çok zeki, yetenekli ve ünlü bir kimsenin tıpa tıp kendisi olan kopya bir çocuğuna sahip olmak, büyük dehaların yeniden üretilmesi[86], 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 tedavisi gibi amaçlara yönelik olarak gerçekleştirilebilir[87.]

Klonlama, temel olarak iki farklı amaç ile yapılmaktadır. Bunlardan ilki; üreme amaçlı klonlama, ikincisi ise tedavi amaçlı klonlamadır. Üreme amaçlı klonlama da kendi arasında iki farklı amaçla yapılabilir. Bunların ilki; bir bireyin tıpatıp ikizini yaratmak, ikincisi ise; üreme yeteneği olmayan bir bireyi çocuk sahibi yapmaktır. Bu amaçlarla, herhangi bir vücut hücresindeki genetik bilgi kullanılarak yapay dölleme yapılmaktadır. Üreme amaçlı klonlama şu an itibarıyla yasaktır.[88] Tedavi amaçlı klonlamada ise; oluşturulan embriyolardan elde edilen kök hücreler

[85] Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.21; İrem Seyalıoğlu, v.d., a.g.m.,s. 85.
[86] Sevtap Metin, a.g.e,s.187; Tansu Sayar, Hızal Sevinç Arslan, a.g.m., s. 232.
[87] Gül Cengiz, a.g.m, s. 167; Emin Kansu, a.g.m., s. 172; Nesrin Özkaya, Betül Çakır, a.g.m., s. 230; İrem Seyalıoğlu, v.d., a.g.m., s.33.
[88] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 57; Nagehan Gürbüz, a.g.e. , s.73; Nesrin Özkaya, Betül Çakır, a.g.m., s. 230; İrem Seyalıoğlu, v.d., a.g.m.., s. 32; Erdal Yerdelen, a.g.m., s. 646.

yardımı ile yeni organ ve doku üretimi sağlanmaktadır. Üretilen doku ve organlar, hastalıklı organ ve dokuların tamiri veya değiştirilmesinde kullanılmaktadır.[89]

Tedavi amaçlı klonlama, insan embriyolarından alınan embriyonik kök hücrelerinden verilen sinyallerle istenilen doku ya da organı üretecek şekilde farklı hücrelere dönüşebilmesi ve bu farklı hücrelerin milyarlarca kere çoğaltılarak, istenilen doku ya da organa dönüştürülebilmesi esasına dayanır Hastalıklı veya hasarlı organlara sahip hastalar, organ transplantasyonu ile tedavi edilebilirler. Doku mühendisliği alanındaki bilim insanları, hücre transplantasyon ve bio-mühendislik prensiplerini uygulayarak, hasta veya hasar görmüş dokuların yerine geçebilecek biyolojik yedekleri yapılandırma amacındadırlar.[90]

Genetik bilimi açısından klonlama, DNA'nın belli bir kısmının, çoğunlukla da bir genin kopyasını oluşturmak için kullanılan yöntemleri içermektedir. Klonlama teknolojisine kısırlık problemi yaşayan çiftler çocuk sahibi olabilmek; bir yakınını kaybeden kişiler onu geri getirebilmek, ölümü alt etmek isteyen insanlar art arda klonlarını yaratmak ya da hasta kişiler kendilerine donör yaratabilmek için başvurabilirler. İnsan klonlaması yasağı, (human reproductive cloning) uluslar arası hukukun çokça tartıştığı ve benimsediği bir olgudur. [91]

İnsan klonlanması, insanın herhangi bir hücresinden alınacak nükleusun, döllenmemiş ve nükleusu yok edilmiş bir yumurta hücresine aktarılması ve böylece nükleusun geldiği bireyin bir kopyasının üretilmesi işlemidir. Bu tip bir klonlamadan ortaya çıkacak embriyo kök hücreleri kullanılarak, nükleusu veren bireyin vücudunun reddetmeyeceği bir dokunun üretilmesi ve daha sonra o bireye nakledilmesi yakın gelecekte uygulanması olanaklı bir teknik olarak görülmektedir. Böylelikle doku nakline yönelik klonlamalar "tedavi amaçlı klonlama (therapeutic cloning)" olarak adlandırılmaktadır.[92]

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11. maddesinde , üreme amaçlı insan klonlamayı, insan onuruna aykırı bir uygulamaya örnek

[89] Funda Çoban, a.g.m. ,s .26; Emin Kansu, a.g.m., s. 44.
[90] Gül Cengiz, a.g.m, s. 167; Emin Kansu, a.g.m. s. 170; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.187.
[91] Tansu Sayar, Hızal Sevinç Arslan, a.g.m., s. 233; Gleen McGee, a.g.m.. s. 45.
[92] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 56; Nagehan Gürbüz, a.g.e. ,s. 32.

göstererek evrensel bir yasaklama getirilmiştir.[93] Bu hükme göre , insan klonlama gibi insan onuruna aykırı uygulamalara izin verilemez.

İn vitro fertilizasyon işlemi için, yumurtanın içinde bulunduğu kaba belli sayıda sperm konulmakta, böylece bu spermin yumurtanın içine girmesi ve döllenmeyi gerçekleştirmesi beklenir. Laboratuvarda yapılan bu işlem için yeterli kalitede sperm ve yumurta bulunması gerekir.[94] Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin " Tüpte embriyonlar üzerinde araştırma" başlıklı 18. maddesi ile in vitro embriyon üretilmesini düzenlemiştir.[95] Bu maddeye göre, hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacağı ve sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılmasının yasal olduğu belirtilmiştir. Böylelikle tüpte yapılan araştırmalar yasaklanmamış, yalnızca araştırma amaçlı embriyo yapmak yasaklanmıştır.[96] Tüpte (in vitro) ve rahim içi (in vivo) döllenmelerde oluşan fetüs üzerinde araştırma yapılmasını yasaklayan hukuksal bir düzenleme bulunmamaktadır.[97]

Aynı Sözleşme'nin 13.maddesi ile de alt soyun genetik yapısını değiştirme yasaklanmıştır. Buna göre, insan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi amaçlarıyla yapılacaktır. Ancak müdahalenin amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik olmaması gerekir.

Klonlama çalışmaları sonucunda meydana gelecek insan kopyalamaları endişe yaratmaktadır. Klonlanmış insan, kendisine has özellikleri olan ve başka hiçbir canlıyla özdeşleştirilemeyen bir bireyin genomunun kopyasıdır. Klonlanmış çocuklar, genetik bakımdan benzersiz olamayacaklarından, önceden belirlenmişlik duygusu bağımsız birey olarak gelişmelerini engelleyecektir.[98] Klonlamanın olası olumsuz sosyal sonuçları arasında, geleneksel aile yapısında çözülme, insanların birbirlerine, Tanrı ve doğa karşısında toplumsal saygılarının kaybolması ayrıca suç ve güç amaçlarına yönelik kötü kullanılması sayılabilir. Ortaya çıkan klonların aile

[93] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.13; Nagehan Gürbüz, a.g.e. ,s. 32.
[94] Gülekli, Bülent, a.g.e.,s.45..s.193
[95] Özpınar, Berna, a.g.m.,s. 431; Alvina Gojayeva, "Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna Etkileri" Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Y:1, S.1, Ankara 2019 , s.50; Nagehan Gürbüz, a.g.e. ,s. 63.
[96] Gül Cengiz, a.g.m, s. 167; Emin Kansu, a.g.m., s. 182; Özpınar, Berna, a.g.m.,s. 431.
[97] Cahid Doğan, Genetik , s. 311.
[98] Sevtap Metin, a.g.e,s. 190; Erdal Yerdelen, a.g.m.,s. 649.

bağlantısını belirlemede güçlükler olabilir. İnsan kopyalamanın ortaya çıkaracağı başka bir sonuç da, dünyanın diğer kültürlerine mensup gruplarını kendine hizmet ile yükümlü gören ırkçı bir anlayışın, hiçbir etik kaygı taşımadan bu yöntemi kötüye kullanmasıdır.[99]

Bu etik tartışmalar bağlamında, insan klonlamanın yasaklanmasını savunan görüşe göre [100] organ elde etmek amacıyla insan klonlama, insanların organ tarlaları olarak görülmesine sebep olacağından, ikame edilebilir bir varlık olarak görülmeye başlanması ve dolayısıyla insan onurunun zedelenmesine yol açabilecektir. Klonlama ile çocuk sahibi olmak insanlarda psikolojik rahatsızlıkların doğmasına neden olacak, ekonomik ve sosyal dengesizliklerin oluşması bir yana uzun vadede insan gen havuzunun azalmasıyla insan türünün yok olması da insanlığın üzerine bir kabus gibi çökecektir.[101]

Üreme amaçlı klonlama, üreme faaliyeti kapsamında değerlendirilmelidir. Zira klonlama insanlar için başlı başına yeni bir çoğalma türü olup buna aseksüellik denmektedir. Bu üreme türünde iki karşı cinsin genetik katkılarının bulunmadığı bir çocuk doğmakta ve böylece seksüel üreme ortadan kalkmaktadır. Bu tür değişimi, sadece bireylerin isteklerine değil tamamıyla insan türüne odaklanmaya zorlamaktadır.[102] Üreme amaçlı klonlama, ikinci bir insanın üretilmesi, insanın araç kılınması ve dolayısı ile onurunun zedelenmesi olarak kabul edilmektedir. Bu amaçla klonlama beş ayrı aşamayı gerektirir.

Öncelikle nükleer transfer çalışmalarında yumurta hücresi seçilir. Çünkü bu aşamada yumurta hücresi, hücre içerisine yerleştirilecek bir çekirdeğin bölünmesini sağlayacak potansiyele sahiptir. Olgun yumurtanın nükleusu çıkarılır (enükleasyon). Kültüre edilen verici hücre, enükle edilmiş ve tutulan yumurta hücresinin boşluğuna yerleştirilir. Olgun yumurta hücresi ve verici hücrenin füzyonla birleşmesi sağlanır. Enükle edilmiş yumurta hücre zonasının altına, seçilen verici hücre bırakılır ve iki

[99] İrem Seyalıoğlu, v.d., a.g.m s. 39.
[100] M. Onur Cin, *Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Konya 2004, s. 216-225.
[101] Tansu Sayar, Hızal Sevinç Arslan, a.g.m., s. 23.
[102] Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.24; Erdal Yerdelen, a.g.m.,,s.650.

hücrenin birleşebilmesi için elektrik akımı uygulanır.[103] Böylece verici hücrenin çekirdeğinin, yumurta sitoplazmasının içerisine girmesi sağlanır.

Hücre bölünmesini aktive edebilmek için kimyasallardan veya elektrik akımından yararlanılır. Bir kısım değişimlere uğramasının ardından pronükleuslar, DNA sentezine girer ve mitozun başlaması için gerekli uyarı verilir. Böylece kopyalanan DNA iki kardeş hücreye bölünür. Embriyo transfer işlemi 3. gün, 4. gün ya da 5. günde gerçekleştirilebilir. Gebelik süresinin kırk haftadan on gün fazla ya da eksik olarak kabul edildiğinde, 8. hafta sonuna kadar uterusta gelişen canlı embriyo olarak tanımlandığına göre, gebeliğin başlangıcının anne adayının son adet tarihinin birinci günü olarak kabul edilmesi gerekir.[104] Sekiz hafta sonunda embriyo 2.1-2.5 cm boyunda ve 1 gr ağırlığında bir canlıdır.[105]

Türk Hukuku bakımından çocuk ile ana-baba arasındaki soybağı kan bağına ya da biyolojik temelli olmayan mahkeme kararına dayanan soybağıdır. Günümüz gen teknik ilerlemesi ile yapay döllenme ürünü çocukların ana babaları ile olan soybağları vericilerin değişkenliğine göre tartışmalıdır. Bu tabloya bir de klonlanan bireyin soybağı durumu eklenmektedir. Üreme amaçlı klonlamada sperme ihtiyaç duyulmamaktadır. Vücut hücresinden çıkarılan çekirdek, çekirdeği çıkarılmış yumurta hücresine yerleştirilir. Böylece döllendirilmiş olan hücre, ana rahmine transfer edilir. Çekirdek kimin vücut hücresine ait ise o kişinin genetik kopyası bir çocuk dünyaya gelecektir. Klonlamanın tekniği dolayısıyla aile ilişkileri bakımından geleneksel yapının alt-üst olması kaçınılmaz olacaktır.

Üretim amaçlı kopyalamada istenilen sonuç, belirli bir gen yapısına sahip insan meydana getirmektir. Bu şekilde dünyaya getirilen insanın varlık sebebi, onun genetik yapısına üçüncü kişilerin duydukları ilgi ve üçüncü kişilerin onun genetik yapısı üzerine menfaatleridir. Kant'ın amaç ve araç formülü, insanı hiçbir zaman sadece bir araç olarak görmemeyi, aynı zamanda bir amaç olarak görmeyi gerektirdiğinden, kopyalama ürünü insanı araç kılmaktadır. Bu da mutlak olarak

[103] İsmail Dölen, " Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?".*Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2014,s. 35
[104] İsmail Dölen, a.g.m,s. 35.
[105] Önder İlgili, *YSŞ Kararlarında Kadın Hastalıkları ve Doğum (2000-2005).* İstanbul 2012,s.57.

insan onurunu zedelemektedir. Özellikle ırkçılıkta olduğu gibi farklı amaçlar için kopyalamanın insan onurunu zedelediği tartışmasızdır.

İnsanların belirli amaca yönelik olarak kopyalanması ve insanların genetik yapılarının üçüncü kişiler aracılığı ile önceden belirlenmesine izin vermek, insan kimliğine bir saldırı olarak kabul edilebilir. Klonlamanın olası olumsuz sosyal sonuçları arasında; geleneksel aile yapısında çözülme, insanların birbirlerine, Tanrı ve doğa karşısında toplumsal saygılarının kaybolması ayrıca suç ve güç amaçlarına yönelik kötü kullanılması sayılabilir. Ortaya çıkan klonların aile bağlantısını belirlemede güçlükler olabilir. İnsan kopyalamanın ortaya çıkaracağı başka bir sorun da; dünyanın diğer kültürlerine mensup gruplarını kendine hizmet ile yükümlü gören ırkçı bir anlayışın, hiçbir ahlâkî kaygı taşımadan bu yöntemi kötüye kullanması şeklinde ortaya çıkabilir. Klonlama karşıtlarının itirazları arasında; insan genetik havuzunun zarar görmesi, klonlama sonucu organların zarar görmesi, bağışıklık sisteminin zayıflaması, doğum oranlarının düşmesi ve erken yaşlanma gibi olumsuz tıbbî sonuçlar yer almaktadır.

Kişilerin klonlama ile kendileri veya sevdikleri için yedek parça üretmesi, bu yönteme karşı diğer bir endişeyi ortaya koymaktadır. Çocuğuna kemik iliği nakli[106] gereken bir ailenin uygun bir verici bulamadığından, çocuklarının klonunu üretip dünyaya gelen bebeği verici olarak kullanmaları ahlâkî açıdan kabul edilemez görülmektedir.

Bütün itirazlara karşın kök hücre ve klonlama çalışmaları başarılı olursa birçok insan bundan yararlanabilecektir. Bu teknik kalp kapakçığı, karaciğer, böbrek, pankreas gibi hayatî doku ve organlar üretme şansı verecektir. Bu da dünyada 700 bin kişi diyalize bağlı olarak yaşarken, Amerika'da 3 milyon kişi konjestif kalp yetmezliği hastalığı ile mücadele edip yılda 250 bin tanesi bu hastalıktan hayatını kaybederken, birçok hasta için umut olarak görülebilir . Bir bilimsel çalışma, buluş ya da icat beraberinde birçok sorunu da doğurur. Burada önemli olan buluşların en üst derecede insanların yararına kullanılmasını sağlamaktır. Suistimallerin olması

[106] Nesrin Özkaya, Betül Çakır, a.g.m., s. 230.

doğaldır. Çünkü insanın olduğu yerde kötüye kullanmanın olması pek muhtemeldir[107]Suistimallerin önü, güçlü ve hukuksal düzenlemelerle alınacaktır.

Klonlama çalışmalarına ilişkin koruma önlemlerinin ülkemizde yasayla değil de, ÜYTE Yönetmeliği ile düzenlenmesi haklı olarak eleştirilmiştir.[108] İnsan onurunun korunması için, şimdiki ve gelecekteki kuşakların iyiliği için Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerin zaman geçirmeksizin hukukumuza uyarlanarak çağcıl normların kabulünü öneren görüşte isabet bulunmaktadır.[109] Kaldı ki, ülkemiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerdendir.[110] Anayasamızın 90/ son maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar ile ulusal kanun hükümleri arasında uyuşmazlık halinde, uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanacağı emredici bir üst normdur. Bu andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez.[111] Bu nedenle klonlama hakkındaki ÜYTE artık yalnızca Anayasa'ya değil, milletlerarası anlaşmalara da aykırı hale gelmiş olmaktadır. Konunun açık, tutarlı ve bütüncül olarak kanunla düzenlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

1.1.4. Yardımcı Üreme Yöntemleri

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) cinsel ilişkide bulunma yeteneği olan erkek ve kadının, önleyici gebelik yöntemlerinini kullanmamalarına karşın bir yıl içerisinde kadının hamile kalamamasını kısırlık olarak nitelemiştir. Özel olarak kadında kısırlık

[107] Osman Kaşıkçı, " Gen-Etik ve Hukuk", *Me.ÜHFD Gen Hukuku*, Özel Sayısı , Cilt: 1, S. 1, Kayseri 2012,s. 40. (Gen)
[108] Gökhan Taneri, *Hasta Hakları*. Ankara 2014,s.22; Hazal Çalışkan Ungan, " Bırakınız Taşısınlar : Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", *MÜHF – HAD,* C. 22, S. 1, İstanbul 2016,s.489; Öztan, a.g.e. s. 504; Yener Ünver, "Genetik Teşhislere Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu", *Tıp Hukuku Dergisi*, Y : 2, S. 4, 2013s. 195.
[109] Sabire Sanem Yılmaz, *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu.* Ankara 2017,s.74; Melike Belkıs Aydın, *Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku Ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları,* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir. Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2013,.s.29.
[110] Tezcan Durmuş Erdem, Mustafa Ruhan, Oğuz Sancakdar, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması ,* Ankara 2004,s. 30; F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 64.
[111] Hazal Çalışkan Ungan, a.g.m.,s. 505; Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.132; Öztan, Bilge, a.g.e. ,s. 123.

ise gebe kalamama, hamileliği doğumla sonuçlandıramama veya sürdürememe şeklinde görülmektedir. [112]

İlk insandan günümüze dek, insanlığın üremesi normal olarak cinsel ilişki yoluyla gerçekleşir. Bir başka deyişle, erkek gametin dişi gameti döllemesiyle oluşan, döllenmiş yumurtaya zigot denir.[113] Zigotun ard arda mitoz bölünmeye uğramasıyla da embriyo meydana gelir. Ancak doğal yollarla çocuk sahibi olamayacak çiftlerin[114] bu isteklerinin olanaklı kılınması ya da genetik incelemeler ve testlerle doğacak çocuğun cinsiyeti, göz ve saç rengi, boyu gibi fiziksel özelliklerinin seçilmesi ve embriyoya müdahale edilmesi yardımcı üreme tıbbi teknolojileri ile olanaklıdır. Yardımcı üreme teknolojisi ile bilim adamları, embriyo üretebilmek için bir erkeğin spermi ile bir kadının yumurtasını laboratuvar ortamında birleştirmektedirler.[115]

Kendilerince yeterli sayıda çocuk sahibi oldukları inancı ile başka çocuk istemeyenlerinde üreme yeteneklerinin şimdilik ortadan kaldırılmalarını istemeleri doğaldır. Bu hususta aynen üremeye yardımcı tıbbi teknolojilerden yararlanma hakkının karşıtı olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Yargıtay da , bu tür tıbbi teknolojinin kullanılmasında, hastanın bilgilendirme konusu ve takiplerinin düzenli yapılmasını ve özellikle vazektomi operasyonu sonrasına dair 3 aylık dönemde korunma yöntemi kullanıp kullanmadığının Yerel Mahkeme tarafından araştırılması gerektiğine isabetle işaret etmiştir. [116.]

---

[112] Hazal Çalışkan Ungan, a.g.m., s. 492'den naklen. ".... Kısırlığın hem erkek hem de kadın kökenli olabilmesi nedeniyle ölçülmesi oldukça zor olup Dünya Sağlık Örgütü (WHO), ülkelerin kısırlık tespitinde uygulamaları için şu formülü geliştirmiştir:

Hamile kalma riski taşıyan
(hamile olmayan, cinsel olarak aktif,
doğum kontrol yöntemi kullanmayan ve emzirmeyen) ve
doğurgan yaş aralığındaki (15 - 49 yaş) kadınlardan
gebe kalma denemelerinde en az iki senedir başarısızlığa uğrayanlar
_____ x 100
Hamile kalma riski taşıyan
(hamile olmayan, cinsel olarak aktif,
doğum kontrol yöntemi kullanmayan ve emzirmeyen) ve
doğurgan yaş aralığındaki (15 - 49 yaş) kadınlardan
en az iki senedir gebe kalmayı deneyenler."

[113] İsmail Dölen, a.g.m.,s. 35; Özpınar, Berna, a.g.m.,s. 426.

[114] Arın Namal, Yaşamın Başlangıcına Ait Etik Sorunlar, istanbultip.istanbul.edu.tr (E.T. 30.10.2017); Müge Ürem, "Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar". *Sağlık Hukuku Makaleleri 2* , İstanbul 2012, s. 94.

[115] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s. 191.

[116] Y. 13. H.D.25.01.2016 T. ve 2014/47020 E., 2016/1395 K.

1.1.5. Organ ve Doku Nakli

Latince organum sözcüğünden gelen organ terimi, biyolojide bedenin özel bir görev yapan parçası olarak, belli bir görevi ya da görevler bütününü yapan doku grubunu karşılamaktadır. Tıp biliminde organ, canlı bir organizmanın, dokulardan oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak belirlenebilen bölümüdür. Organların görevleri birbirinden ayrı ve bağımsızdırlar. Midenin görevi sindirim yapmak, akciğerinki solunum yoluyla kanı temizlemek, kalbin görevi kanı toplama ve vücuda dağıtmak, böbreğin görevi kanı temizlemek, gözün görevi görmektir.[117]

Birlikte organı oluşturan dokular ise, özellikleri ve işlevleri birbirine benzeyen hücrelerden ve liflerden oluşur. Organ ve doku nakli, yaşayan veya ölmüş bir kişiden alınan organ veya dokunun, tedavi amacı güden bir tıbbi müdahaleyle diğer kişinin bedenine yerleştirilmesidir.[118] Bir kimseden alınan organın başka bir kişiye aktarıldığında, bu kişinin hayatı kurtulacaksa ve organın alınması vericiye zarar vermezse vericinin vücut bütünlüğüne dokunulabilir.[119] Ancak kişinin kendisinden alınan bir dokunun, aynı kişinin bedeninde başka bir yere nakledilmesi yani otogreflerle, saç ve deri aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu, organ ve doku nakli sayılmamaktadır[120].

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkında Kanun'un (ODASANK) 2. maddesinde organ ve doku kavramından anlaşılması gerekenin ne olduğu acık biçimde belirtilmiştir. Bu tür insan kaynaklı maddelerin aktarımının, yürürlükte bulunan diğer yasalar, tüzükler, yönetmelikler ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirileceği belirtilmiştir.[121] Bu maddeye göre, bu Kanun'da sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto - grefler, saç ve

---

[117] Doğan Soyaslan, " Organ Nakilleri ",*Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları,* TBB Yayını, Ankara 2008, s. 333.

[118] Parlak, Şafak "Organ Bağışı ve Organ Naklinde Ortaya Çıkan Sorunlar", *TBB Dergisi*, S.83, Ankara 2009, s.191. Buse Aksaray, " Organ ve Doku Naklinin Hukuki Boyutu". Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul 2012, s. 154; Nesrin Çobanoğlu, a.g.e., s.161; Nagehan Gürbüz, a.g.e., s.85; Yılmaz Ergün, "Organ ve Doku Nakli", Sağlık Hukuku Digestası, Y.2, S.2, Ankara 2012,s.206.

[119] Doğan Soyaslan, a.g.m,s. 331; Yıldız Abik, (2014)." Canlıdan (Sağlararası) Organ ve Doku Nakli ".*Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara,s. 93-147 ,s. 94; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.53.

[120] Sevtap Metin, a.g.e, s. 514

[121] Mustafa Dural, Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt 2 Kişiler Hukuku.* İstanbul 2016,s.113. 318; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.54; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler,* İstanbul 2006..s. 82.

deri alınması, aşılanması ve nakli ile kan transfüzyonu bu Kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.

Organ nakli, organ yetmezliğinde ve belli kanser türlerinde tedavi seçeneğidir. Tıp alanındaki ilerlemeler ile cerrahi olanakların gelişimi bir yana organ nakillerinde başarılı sonuçların gitgide mükemmel düzeye yaklaşması aktarılacak organa gereksinimi artırmaktadır.[122] Bu durum yaşamak için organ naklinden başka çözüm yolu bulunmayan bireyleri mafyalaşmış organ tacirlerine muhtaç hale getirmektedir. Ayrıca yasal organ naklinin sağlıklı koşullarda yapılabilmesi için, donanımlı nakil merkezlerine ihtiyaç olduğu gibi, hem alıcı hem verici hem de organ naklini yapacak personelin zamanla yarışı da vardır. Bu da işin tıbbi boyutundan kaynaklanan meseledir.[123]

Hukuka uygun organ sağlanmasını zorlaştıran etkenler sosyolojik, bürokratik ve dinsel olabilir. Kültürel ve sosyolojik bakımdan farklı değer yargılarını barındıran toplumların organ nakline karşı ön yargılarının bulunması organ teminini zorlaştırmaktadır. Örneğin halkın eğitim düzeyi, organ bağışının faydasına yeterli inancın olmaması ya da azlığı, yöneticilerin ve tıp mensuplarının yeterince özendirici davranışlarda bulunmaması organ bağışının önündeki sosyolojik ve kültürel engellerdir. Siyasetçiler başta olmak üzere sinema, müzik, moda, televizyon ve spor yıldızları başta olmak üzere popüler kişilerin organ bağışını yönlendirici ve özendirici söz ve davranışlarının organ bağışını artıracağı yadsınamaz. Organ naklinde kültürel tabulara örnek olarak Afro-Amerikanlar gösterilmektedir. Siyahiler arasında yapılan organ bağışı oranındaki düşüklüğün nedeni, organ bağışçısının ölümünden sonra kendi bedenine yaptığı saygısızlık saymasıdır.124

Organ naklinde, alıcı ve vericinin hukuki yararları arasında bir ölçülülük olmalıdır. Alıcının organ ve doku naklinden menfaati, vericinin menfaatinden fazla olmalıdır. İnsanlar sırf insani duygularla herhangi bir organını diğer bir insana verebilir. Organ alıcısı organ verenin bir yakını ve akrabası olabileceği gibi, herhangi bir kişi de olabilir. Organ vericisi insani duygularla vermelidir. Bundan herhangi bir

[122] Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.274.
[123] Yılmaz Ergün, a.g.m, s.205.
[124] Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.274.

maddi yarar sağlayamaz.[125] Çağdaş bir devlet anlayışı, kişinin sağlığının korunması, maddi manevi varlığını geliştirmesi için gerekli ortamı hazırlamasını gerektirir. Bu nedenle bir kişinin sağlığını korumak ötekinin bedensel işlevlerine zarar vermemek koşuluyla organ nakline izin vermektedir.[126]

Organ ve doku nakli, canlı ve ölülerden alınmak suretiyle yapılabilmektedir. Ölülerden organ ve doku naklinde, tedavi amaçlı olarak bunların canlı insanlara nakli amaçlanmakla birlikte bilimsel araştırma amacıyla da alınabileceği muhakkaktır. Öğretide genel ahlak ve adaba uygun olmak ve onurlarının korunması şartıyla, ölülerden organ ve doku alınmasında herhangi bir sınırlamanın bulunmadığı isabetle belirtilmiştir.[127]

ODASANK ile sadece yaşayan kişilerden ve ölüden organ nakli mümkündür. Her iki durumda da organ alıcısı canlı insandır.[128] Hiç hayata gelmemiş olan embriyodan doku nakledilmesi gibi bir sorunun bu kanun kapsamında olmayıp, özel bir düzenlemeyi gerektirdiği isabetle belirtilmiştir. Çünkü canlı olarak doğmuş kişinin ölümü söz konusudur. Gebeliğin sonlandırılması[129] neticesinde ana rahminden tahliye edilen embriyodan veya düşük sonucu kaybedilen ceninden organ ve doku nakli amacıyla faydalanılması ayrı bir sorun oluşturur ve ayrı bir yasal düzenleme gerektirir.[130]

Ölülerden organ-doku nakli yapılabilmesi için öncelikle ölüm olayının gerçekleşmesi ve ölüm anının kesin olarak saptanması gerekir. Ölüm, kişiye canlılık niteliği kazandıran dolaşım, solunum ve sinir sistemleri işlevlerinin kendi başına çalışmalarının durması ve ancak bir takım araçlarla bu işlevler tekrar faaliyete getirildiğinde kendi başına çalışmaya gücünün olmaması hali olarak tanımlanabilir. Ölüm anının belirlenmesinde aktarılacak organın, dolaşım ve solunum sisteminin durmasından hemen sonra süratle alınması gerekir. Dünyanın gelişmiş ülkelerinde

---

[125] Buse Aksaray, a.g.m., s.157; Nagehan Gürbüz, a.g.e., s.100; Pınar Aksoy Gülaslan, "*Genetik Bilgilerin Ticarileştirilmesi",* V. Sağlık Hukuku Kurultayı , 01-02 Kasım 2013, Ankara 2014, s.467-473 ,s.470.

[126] Doğan Soyaslan, a.g.m,s. 332.

[127] Nagehan Gürbüz, a.g.e. ,,s.90; Yılmaz Ergün, a.g.m, s.208.

[128] Doğan Soyaslan, a.g.m.,s. 335.

[129] İsmail Dölen, a.g.m., s.38; İlhan Subaşı, *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Aydınlatılmış Onam, Tazminat Sorumluluğu.* Ankara 2016,s.75.

[130] Şafak Parlak, a.g.m., s.193.

ölüm anının saptanmasında beyin ölümü ölçütü kabul edilmektedir[131]. Beyin ölümü halinde beyin hücrelerinin harap olması sonucu beyin fonksiyonlarının durması söz konusudur. Aniden ölüm gerçekleşmez. Ölümün gerçekleşebilmesi için beyin işlevlerinin tam ve iyileştirilemez, bir biçimde yitirilmesi gerekir. Kişinin solunumu ve kan dolaşımı yapay cihazlarla yerine getirilebilir. Ancak bu durum kişinin yaşadığını göstermez. Beyin, vücudu yönetemiyorsa, kişi ölmüş sayılacaktır. Hukukumuzda beyin ölümü ölçütü geçerlidir. Organ Nakli Merkezleri Yönetmeliği'nin (20 Ağustos 1993 tarihli ve 21674 say ılı) ek-1 maddesinde beyin ölümünün gerçekleşmesine ilişkin kriterler tek tek sayılmıştır. Maddenin sonunda "hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra organ bağış izni alınamadığında, hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilir" ibaresine yer verilmiştir.[132]

Kanaatimizce ölüm bulgularının oluşmasından sonra ölüm anına karar verebilmek için, biyolojik ölüm ya da beyin ölümü ölçütü tek başına yeterli değildir. Birisinin ölüm zamanın saptanabilmesi için, ölüme engel olmayı sağlayacak tüm tıbbi çabaların denenmesi ve buna karşın hastanın hiçbir zaman hayata geri dönemeyeceğinin tıbben kesin olarak saptanması halinde ölümün gerçekleşeceğini kabul eden görüşte isabet bulunmaktadır.133

TMK'nun 28. maddesinde, kişiliğin ölümle sona ereceği belirtilmiştir. ODASANK'ın 11. maddesine göre, ölüden organ ve doku nakli için ölümün nasıl saptanacağı düzenlenmiştir.[134] Buna göre, tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.

ODASANK'ın 12. maddesinde, ölüm halini tespit edecek hekimlere ilişkin getirilen yasakla, alıcının müdavi hekimi ile organ ve doku alınması, saklanması ve naklini gerçekleştirecek olan hekimlerin, ölüm halini saptayacak olan hekimler

[131] Mehmet Ali Zengin, a.g.e. ,s.287.
[132] Doğan Soyaslan, a.g.m.s. 331.
[133] Mustafa Dural, Tufan Öğüz, a.g.e.,s. 2; Emine Elif Vatanoğlu, Türkiye'de Yasal ve Etik Boyutuyla Organ Nakli Hakkında Anket Araştırması ve Sonuçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2007,s.8.
[134] Buse Aksaray, a.g.m. ,s.157, s. 161; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.55.

kurulunda yer almaları yasaklanmıştır. Aynı Yasa'nın 13. maddesinde ise, ölüm halini saptayan tutanakların sağlık kurumunda saklanma zorunluluğu benimsenmiştir.

Ölü kişiden canlı insana organ naklinde ilk şart, organları alınacak insanın öldüğünün kesin olarak saptanması, ikinci koşul da ölmeden önce kişiden organ ve doku nakline dair rıza alınması ya da öldükten sonra ölen kişinin ailesinden alınacak rızadır. Hukukumuzda kural olarak rıza sistemi benimsenmiştir.[135] ODASANK'ın 14. maddesine göre, bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Aksine bir vasiyet ibraz edilmedikçe , kornea gibi ceset üzerinde bir değişiklik yapmayan dokular alınabilir. Ölü, sağlığında kendisinden ölümünden sonra organ veya doku alınmasına karşı olduğunu belirtmişse organ ve doku alınamaz.

Kaza veya doğal afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle yaşamı sona ermiş olan bir kişinin yanında yukarıda sayılan kimseleri yoksa, sağlam doku ve organları, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığı 11 inci maddede belirlenen hekimler kurulunun raporuyla belgelenmek kaydıyla, yaşamı organ ve doku nakline bağlı olan kişilere ve naklinde ivedilik ve tıbbi zorunluluk bulunan durumlarda vasiyet ve rıza aranmaksızın organ ve doku nakli yapılabilir. Bu hallerde, adli otopsi, bu işlemler tamamlandıktan sonra yapılır ve hekimler kurulunun raporu adli muayene ve otopsi tutanağına geçirilir ve evrakına eklenir.

Ayrıca vücudunu ölümden sonra inceleme ve araştırma faaliyetlerinde faydalanılmak üzere vasiyet edenlerle yataklı tedavi kurumlarında ölen veya bunların morglarına getirilen ve kimsenin sahip çıkmadığı ölü muayenesi veya otopsi işlemi tamamlanmış cesetler aksine bir vasiyet olmadığı takdirde 6 aya kadar muhafaza edilmek ve bilimsel araştırma için kullanılmak üzere ilgili yüksek öğretim kurumlarına verilebilirler. Bu cesetlerin defin hususu dahil olmak üzere, tabi

[135] Buse Aksaray, a.g.m. ,s.157, s. 163; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.55; Mustafa Dural, Öğüz, Tufan, a.g.e., s.116; Serap Helvacı, a.g.e., .s. 84.

olacakları işlemler Adalet, İçişleri, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlıklarınca bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren 3 ay içinde çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Tıp eğitimi için gerekli olan kadavranın yurt içinden yeteri kadar temin edilememesi hâlinde, kadavra veya kadavra parçası, soykırım ve insanlığa karşı işlenmiş suçlar yoluyla ölmüş kimselerden temin edilmemiş olması kaydı ile yurt dışından temin edilebilir[136]. Kadavra veya kadavra parçası temini ile yurt dışından kadavra temin edecek kişi veya kuruluşların yetkilendirilmesine dair usul ve esaslar Sağlık Bakanlığınca belirlenir.

Canlı insanlardan organ ya da doku alınarak yapılan aktarımlar, canlı bir bireyden alınan organ veya dokunun, organ veya doku nakline ihtiyaç duyan bir başka bireye aktarılmasıdır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 19/1 maddesinde, hayattaki bir kişiden organ veya doku alınabilmesi düzenlenmiştir.[137] Bu maddeye göre, yaşayan bir kimseden nakil amaçlarıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin istifadesi için yapılır. Ayrıca organ ve doku naklinin ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunmadığı ve karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir tedavi yönteminin olmadığı durumlarda gerçekleştirilmesi gerekir.

Canlı bir insanın kendisinden organ alınmasına rıza göstermesi için üstün bir amacın varlığı gerekmektedir. Biyolojik madde alındığı zaman vericinin uğrayacağı zararla elde edilecek yarar karşılaştırıldığında elde edilecek yarar, vericinin zararının önüne geçiyorsa ve bu zarara katlanmayı haklı gösteriyorsa üstün bir amaç vardır. Üstün amaç, organ aktarılacak kişinin hayatını kurtarmaktır. Böylece yaşamını sürdürmesi organ ya da doku aktarımına bağlı bir kişinin, kendisine nakil yapıldığında tekrar sağlığına kavuşabilecek olması, canlıdan organ alınabilmesinin başlıca koşuludur. Vericinin organı aktarıldığında, aşırı bir zarar görmemesi ve yaşamsal bir tehlikeyle karşı karşıya kalmaması da diğer koşuldur. [138]

ODASANK'ın 9. maddesinin, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ile örtüşen bir düzenleme olduğu görülmektedir. Organ ve doku nakli yapan doktorun, hem alıcıya

[136] Sevtap Metin, (2010) *Biyotıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul : XII Levha,s.519
[137] Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller,* Ankara 2017 ,s. 321; Yıldız Abik, a.g.m. ,s. 110.
[138] Mustafa Dural, Tufan Öğüz, . a.g.e ,s.114.

hem de vericiye ait bilgileri kayıt altına alması yetmemektedir. Bu bilgilerin saklanması ve sır olarak benimsenmesi de gerekmektedir.

Organların birer meta gibi para karşılığı satılması konusunda etik açıdan farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Ekonominin temeli olan " talep, arzı belirler " kuralı, organ bağışının azlığı, organ talep edenin çokluğu karşısında ister istemez legal bir organ pazarının kurulmasındaki yönündeki talepleri artırmaktadır. Ancak bu yöndeki istemlere yani insan organının satışına uluslararası sözleşmeler tarafından yasaklar getirilmiştir.

En yüce değerin insan olduğu gözetildiğinde, insan vücudundaki organların tümünün ya da bazılarının parayla satılmasına, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 21. maddesi ticari kazanç yasağı düzenlenmesi ile karşı çıkılmıştır. İnsan ve bedenine ait parçaların ticaret konusu olarak değerlendirilemeyeceğini[139] belirten bu maddeye göre, insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır.

Sözleşmenin bu hükmünün, gen incelemeleriyle ilgisi açıktır. Bu evrensel kuralın arka planında da, insanın özü, öz değeri ve doğası anlamında insan onurunun korunması[140] ve insanın önceliği ilkesi bulunmaktadır.[141] Dolayısıyla insana ait genetik materyallerin sonuç itibarıyla insanın bir parçası olması sebebiyle, bir insanın kök hücre gibi her tür genetik değerinin asla bir ticari işleme konu olamayacağı Sözleşme'nin 21. maddesiyle perçinlenmiştir.[142] Kaldı ki, ulusal ve evrensel hukuki düzenlemelerin nedeni, insan bedeni ve onurunun değer oluşu, parayla ölçülemezliği, alım ve satıma, bir borç ilişkisine konu olamayacağı tüm hakların temelini oluşturan kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hakkının devredilemeyeceği ve bu haktan vazgeçilemeyeceğidir . Özellikle ülkemizde, bir hısım ya da herhangi bir kişi bir diğerinin organından para kazanırsa toplumda kınanır. Ayrıca yapılan eylem para kazananı psikolojik yönden ezeceği gibi, bu kişinin dışlanması da gündeme gelir.[143]

[139] Cahid Doğan, Şahsiyet, s.120.
[140] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, İstanbul 2015,s. 172.
[141] Nagehan Gürbüz, a.g.e., s.30.
[142] Gül Cengiz, a.g.m, s. 167; Emin Kansu, a.g.m., s. 1180.
[143] Doğan Soyaslan, a.g.m.s. 334.

Aynı Sözleşme'nin 22. maddesinde ise insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarrufun sınırları çizilmiştir. Bu maddeye göre,*"Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, yalnızca uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir."* şeklindedir.

ODASANK'ın 3. maddesindeki düzenlemede *"Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır"* denilmek suretiyle organ ticareti yasaklanmıştır.[144] Yargıtay bu yasağın sınırlanmaması gerektiğine isabetle işaret etmiştir[145] .

ODASANK'ın 5. maddesinde, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerdin organ ve doku alınmasını yasaklamıştır. Organ alıcısı on sekiz yaşını bitirmemiş ise veli veya vasisinin, kanuni temsilcinin rızası zorunludur. [146]Vericiden farklı olarak burada kanuni temsilcinin rızası yeterlidir. Çünkü organ alıcısı, sağlığını iyileştirmek veya sağlığını kurtarmak için organ almaktadır. Vücudundan herhangi bir parça vermemekte, bedeninde bir eksiklik meydana gelmemektedir.[147] Yargıtay'ın konu ile ilgili yasal düzenlemeleri tartışarak verdiği ayrıntılı kararı ile kısıtlı adına, vasi tarafından organ ve doku nakli kararı verilemez[148]

---

[144] Buse Aksaray, a.g.m. ,s.157, s. 157.

[145] "Organ veya doku ticareti yapılmasının suç olarak tanımlandığı TCK 91/3. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, burada önemli olan hususun organ veya dokunun para veya sair bir maddi menfaat karşılığında tedavüle tabi tutulması olup, suçun oluşması için ödemenin ne zaman yapıldığının ya da yapılıp yapılmadığının öneminin olmaması, hatta organ veya dokunun alınmasına dahi gerek bulunmaması karşısında, suçun tamamlandığı gözetilmelidir. Sanığın savunmalarında da belirttiği üzere, işleri dolayısıyla bankalardan almış olduğu kredi borçlarını ödemek için böbreğini satmaya karar verip, başka bir kişi aracılığıyla tanıştığı organ ticareti yapan diğer sanık ile irtibata geçerek anlatılan şekilde atılı suçun işlendiği olayda, kendi eylemiyle bilerek ve isteyerek neden olduğu ekonomik sıkıntısını, hayati önem taşıyan bir organını para karşılığında satmak dışında başka bir yolla giderebilme imkanının bulunması, öte yandan kişinin ekonomik sıkıntısını bu şekilde gidermeyi tercih etmesinde tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasındaki orantıdan da söz edebilme imkanının bulunmaması ve söz konusu eylemin hukukun genel ilkeleri gereğince kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlarının aşılması niteliğinde olması karşısında, cezada TCK 92. maddesinin uygulanmasına yeterli şartlar oluşmamıştır" Y. 12.C.D., 17.02.2015 T. ve 2014/2281 E., 2015/2805 K.

[146] Yılmaz Ergün ,a.g.m, s.207.

[147] Doğan Soyaslan, a.g.m.,s. 336.

[148] "Yasa koyucu, vasinin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa'da, tıbbi zorunluluklar ve

Kişinin sağlığında organ ve doku nakline dair yaptığı irade beyanı, ölümünden sonra sonuç doğuran tek taraflı irade beyanını içeren bir hukuki işlemdir[149] Kişinin rızası resmi veya yazılı vasiyet ile olmalı ya da kişi organ nakline izin verdiğini iki tanık huzurunda açıklamalıdır. Organ ve doku alınması için alınacak rızanın şekli, ODASANK'ın 6. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Bu maddeye göre, " onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur. " hükmü yer almaktadır.

Organ ve doku almaya yetkili hekimler, ODASANK'ın 7. maddesinde sayılmıştır. Bu madde, kanun koyucunun organ ve doku nakli hususunda titizliğini göstermesi yönünden de önemlidir.[150] Bu maddeye göre :

" Organ ve doku alacak hekimler:

a) *Vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile, bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek;*
b) *organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak;*
c) *Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar verebilecek durumda olmayan kişilerin vermek istedikleri organ ve dokuları almayı reddetmek;*
d) *Vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşinin, vericinin organ ve doku verme kararından haberi olup olmadığını araştırıp öğrenmek ve öğrendiğini bir tutanakla tespit etmek;*

---

kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbı deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında ..... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin hükmü ile kısıtlı .....'dan kardeşi .....'a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi .....'a izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır. " Y. 18. Hukuk D.'nin 06.03.2014 T. ve 2013 / 16178 E.. 2014/3998 K.

[149] Gökhan Taneri, a.g.e., s. 191.

[150] Yıldız Abik, a.g.m. ,s.109; İlhan Subaşı, a.g.e.,s.56.

e) *Bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek;*
f) *Kan veya sıhri hısımlık veya yakın kişisel ilişkilerin mevcut olduğu durumlar ayrık olmak üzere, alıcının ve vericinin isimlerini açıklamamak; zorundadırlar."* hükmü yer almaktadır.

Organ ve doku nakil merkezleri, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Türkiye Organ ve Doku Bilgi Sistemi üzerinden alınacak, yapılan aktarımları ve hasta izlemlerini içeren bir önceki yıla ait verileri en geç 31 Ocak tarihinde Sağlık Bakanlığına ulaşacak şekilde bildirirler. Bu yönetmeliğe istinaden yayınlanan Organ Nakli Merkezleri Yönergesi'nin 8. maddesine göre kalp, karaciğer, akciğer, kalp-akciğer, böbrek, pankreas nakli yapılabilmektedir. Bu maddeye göre:

"*Merkez, Bakanlıktan her birisi için ayrı ayrı faaliyet izni almak koşulu ile aşağıdaki nakil türlerinde faaliyette bulunabilir. Bunlar*

a) *Kalp nakli.*
b) *Karaciğer nakli.*
c) *Akciğer nakli.*
d) *Kalp–akciğer nakli: Hastaya tek başına kalp nakli veya kalp ve akciğer birlikte nakledilebilir, ancak tek başına akciğer nakledilemez.*
e) *Böbrek nakli.*
f) *Pankreas naklidir."*

Ülkemizde organ ve doku naklinin temelinde, alıcı ve verici arasındaki uyumun anlaşılması için gen incelemelerinin sağlıklı ve hukuka uygun biçimde yapılması gerekir. Konuyla ilgili olarak yapılan bir alan araştırmasında, hastalarla sağlık personelinin, organ nakli konusundaki bilgi düzeyleri oldukça düşündürücüdür. Bu araştırmaya göre :

" Hastaların organ ve doku nakli konusundaki Türkiye'deki mevzuata ilişkin bilgi düzeyleri sağlık personelinden yüksektir. Hastaların bilgi düzeyleri beş üzerinden 3,25, sağlık personelinin ki ise beş üzerinden 2,65'dir.

Kadın sağlık personelinin bilgi düzeyleri (3,22), erkek sağlık personelinden (2,10) yüksektir Kadın hastaların bilgi düzeyleri (3,45), erkek hastalardan (3,13) yüksektir.

Dahili tıp bilimlerinde (2,71), görev yapan sağlık personelinin bilgi düzeyleri cerrahi servislerde (2,62) hizmet yapanlardan yüksektir. Dahili tıp bilimlerinden (3,50) hizmet alan hastaların organ ve doku nakli konusundaki Türkiye'deki mevzuata ilişkin bilgi düzeyleri cerrahi tıp bilimlerinden (3,15) hizmet alanlardan görece yüksektir.

Türkiye'deki organ nakli konusundaki mevzuata ilişkin bilgi düzeyleri hizmetiçi eğitim alanlarda (2,78) almayanlara (2,47) göre görece daha yüksektir.

TCK'da sağlık hizmetleri ile değişiklikleri duyanların (4,30) organ ve doku nakli ile ilgili mevzuat bilgi düzeyleri değişiklikleri duymayanlardan (2,74) daha yüksektir.

Sağlık personelinin çalışma süreleri artıkça organ ve doku nakline ilişkin mevzuat konusundaki bilgi düzeyleri azalmaktadır.

Sağlık personelinin Avrupa Biyoetik sözleşmesinde organ nakli konusundaki bilgi düzeyleri oldukça düşüktür.

Tam bilginin 5 puan olduğu bir skalada puan ortalamaları 0,36 olarak saptanmıştır. Sağlık personelinin organ nakli konusundaki düşüncelerinin yakınları tarafından bilinen sağlık personellerinin (2,81) bilgi düzeyleri bilinmeyenlerden (2,52) yüksektir.

Avrupa Biyoetik Sözleşmesi'nde organ nakli konusundaki bilgi düzeyleri sırasıyla hemşire, asistan hekim ve uzman hekimdir. "[151]

[151] Emine Elif Vatanoğlu, a.g.e.,.s.237-238.

1.2. İnsan Geni Kavramı Hakkında Genel Bilgiler

1.2.1. Gen

Yunanca doğum ya da başlangıç anlamına gelen " genos" kökünden gelen gen kelimesi, ilk kez Gregor Mendel'in bulduğu kalıtımsal unsuru belirtmek için 1909 yılında kullanılmıştır.[152] Mendel, dizilmiş kromozomlarda mevcut kalıtımsal unsurların bölünmeden, sulandırılmadan, karışmadan kalıtımla transfer edildiğini keşfetmiştir. Böylelikle genlerin, her biri organizmanın belirli bir özelliğini içeren, kalıtımla yavruya taşınabilen küçük bilgi paketleri olarak tanımlanması mümkündür.[153] Gen genetik yapının en küçük parçasıdır.[154] Gen, *" bedenin işlevlerini yerine getirebilmesi için gerekli olan, kimyasal formda kromozomlar içerisinde depolanmış olan bilgi"* şeklinde tanımlanmaktadır. Hayatı belirleyen bu yapılar DNA sarmalında bulunmaktadır. DNA'nın yalnızca % 2 ile % 4 aralığında bir yer kaplayan genler, insanın saç ve göz rengi, boyunun uzunluğu gibi fiziksel nicel ve nitel özelliklerinden başlayıp maruz kalacağı hastalıklara kadar insanın yaşamını belirleyen kimyasal bir madde olan proteinlerin salgılanmalarına yardım eder. Uzun DNA ya da bazı virüslerde RNA şeritlerinden oluşan genler, protein şeklindeki fonksiyonel ürünlerin üretilmesi için gerekli bilgileri içermektedir.

Bir genin etkin duruma gelmesindeki amaç belli bir proteinin üretilmesi olup, 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 sayesinde hücreler büyüyüp gelişirler. Buna göre, proteinlerin olmaması hücrelerin yaşamının sona ermesi anlamına gelmektedir. Bedenimizin her bir işlevinin proteinlere gereksinimi olması ise, insan bedeninde on binlerce farklı

[152] Çağlar Özel, Günhan Gönül*, "Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması*", V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2014, s.439.
[153] Meral Gürbüz*, Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler,* Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2010, s.6
[154] Öztürk, B. K. (2011). a.g.e.,s.136.

proteinin üretilmesi sonucunu doğurmaktadır.[155] İşte tüm bu yaşamsal süreç genlerimiz tarafından yönetilmektedir. Başka bir deyişle, bir canlının hayat bulması ve hayatını sürdürmesi, genlerinde kodlanmış bilgiler sayesinde gerçekleşmektedir.[156]

İnsan bedeninde bulunan trilyonlarca hücrenin büyük bir bölümü, santimetrenin yüzde birinden küçüktür. Bu hücrelerin her birinin çekirdeği içinde insan genomunun iki seti bulunur. Bu setlerin biri anneden biri babadan gelir. Her bir genom seti aynı 60.000 ile 80.000 geni aynı 23 kromozom üzerinde taşır.[157] Kromozomlar, DNA ve RNA nükleoproteinleri ile bazı özel proteinlerden oluşan kromatinlerin sıkıca katlanmasıyla oluşur. Bu yapı, canlıların her birinde faklı sayıdadır.158

İnsan genomu zaman içerisinde mutasyonlara uğrayabilir. Mutasyon sözcüğü, Latince mutatio kelimesinden gelir ve bir karakterin değişikliğini ve bu değişikliğin kuşaktan kuşağa geçişini anlatır.159 Genetik maddenin bir sonraki kuşakta değişmesine neden olabilecek mutasyonlar, tek bir gende meydana gelebileceği gibi, kromozomların yapısında ya da sayısında da oluşabilir. Mutasyonlar rahatsızlıklara ve işlevsel arızalara yol açabilir. Hastalıklara yol açan veya etki eden mutasyonlar patojenik mutasyonlardır. Bu mutasyonların gamet hücrelerinde ortaya çıkması durumunda, kuşaktan kuşağa aktarılması yoluyla kalıtsal hastalıklar meydana gelir.160

Gen incelemelerinde Fenotipik (Morfolojik) Analiz, kişinin bedenine müdahalede bulunmaksızın, yalnızca gözlem yoluyla genetik özelliklerinin saptanmasıdır. Başka bir deyişle, kişinin genotip[161] ve çevre tarafından belirlenen dış görünüşünün gözlenmesi ve bu suretle insanın dış görünüşündeki belirgin değişikliklerden genetik özelliklerinin ortaya çıkarılması söz konusudur. Canlının

[155] Meral Gürbüz, a.g.e. ,s.8
[156] Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e., s. 15.
[157] Öztürk, B. K. (2011). a.g.e.,s.135.
[158] Ezgi Başak Demirayak, *Hayat ve Sağlık Sigortası Sözleşmelerinde Genetik Test Sonuçlarının Kullanılması*, Ankara 2014, s.11.
[159] Atıf Şengül, Bilgin Tözün, Şule Öztürk, a.g.e., s. 143.
[160] Ezgi Başak Demirayak, a.g.e. ,s.: 14.
[161] Cahid Doğan, Genetik , s. 296.

temelini genotip oluşturur. Ana babadan yavrulara geçen özelliklere genotip denir.[162] Bireyin rengi, şekli, bütünlüğü, davranışı ve kimyasal yapısı ise onun fenotipidir. Örneğin down sendromu, normalde anneden bir adet ve babadan bir adet olmak üzere iki tane bulunması gereken 21. kromozomdan üç adet bulunmaktadır.[163] Bunun için vücuda bir müdahale şart değildir.164 Fenotip (Morfolojik) analiz kromozom analizi, protein kimyasal analiz ve DNA analizi şeklinde dört şekilde yapılmaktadır. Kromozom analizi yöntemi , belirlemeye yönelik olarak, kromozomların mikroskop aracılığıyla incelenerek kromozomlardaki mutasyonların tespit edilmesi ve bu suretle insanın DNA yapısı ile çeşitli hastalıkların ilişkisinin araştırılmasıdır. Bu alandaki diğer bir yöntem ise, Protein kimyasal analiz yöntemidir. Bu yöntemle farklı proteinlerin genetiğe bağlı değişimleri araştırılmaktadır. Bu değişimler kişiyi tanımlamak için kullanılabildiği gibi, bazı genetik hastalıkların teşhisine de olanak sağlamaktadır.[165]

Bedenimizde hekimlerin genetik incelemeler sonucunda varacakları teşhiste, de, odaklanmaları gereken belirli sayıda organ sistemleri ve buna bağlı uzmanlık alanları vardır: Dermatolojik (deri), gastro intestinal (sindirim sistemi), ortopedik (kemikler ve eklemler), kardiyolojik (kalp), vasküler (kan damarlar), romatolojik (romatızma ve bağışıklık sistemi), intaniye (bulaşıcı hastalıklar), nörolojik (beyin ve sinir sitemi), psikiyatrik (ruh hastalıkları), hekatolojik (kan sistemi), onkolojik (kanser), genito üriner ve jinekolojik (üreme ve idrar yolları ile kadın hastalıkları). Genlerden hareket ederek teşhis koyacak olan uzman hekimin, bu sitemlerle ilgili bilgileri özümsemesi ve bu bilgileri rastladığı vakıalarda değerlendirmesi gerekir.[166]

Psikiyatrinin yan dalı olan adli psikiyatri uygulamalarına da genetik teşhis ve tedavinin katkısı bulunmaktadır. Adli psikiyatrinin, suç işlemiş akıl hastalarının cezai sorumluluklarının saptanmasının yanı sıra, akıl hastası olmayıp suç işlediği sırada davranışlarını yönlendirme yeteneği zedelenmiş kişilerin sorumluluğunu saptamak

[162] Atıf Şengül, Bilgin Tözün, Şule Öztürk, a.g.e, s.14.
[163] Ezgi Başak Demirayak, a.g.e. ,s.17; Peter Sudbery, a.g.e., s.14.
[164] Tekin Memiş, Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 286.
[165] Mevlüt Sarıkaya, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri 2011, s.12; Yusuf Özkul, "Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler", *AÜHFD*, Cilt IX, S. 3-4, Ankara 2005, s.360; Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e., s. 16.
166 Arthur Bank, *En İyi İlacı Ararken Bir Doktor ve Hastanın Yaşantısından Kesintiler,*(Çeviren M. Ender Arkun) Ankara 2015.,s.113.

gibi bir işlevi vardır. Örneğin hırsızlık suçuna karşı failde bulunan ve cezai sorumluluğu etkiyecek psişik bir ruhsal durum bir fenotiptir. Belirli bir genotipe sahip suçluların, alınacak tedbirlerle şiddete eğilimlerinin bir nebze de olsa önlenebilmesi mümkündür.[167]

1.2.2. İnsan Genomu Projesi

Günümüz dünyasında genetiği konu edinen çalışmaların gelişen, değişen ve ilerleyen yöntemlerle artarak sürmesi çalışmaları klasik tekniklerle bir gen odağında ve tüm genomları içerisine alacak düzeyde yürütülmesi gerekmektedir. Sınırsız ve doyumsuz gereksinimlerin kıt kaynaklardan sağlandığı küresel ekonomik gerçeklikte, bu yöndeki çalışmaların yeni parasal kaynakları ve insan unsurunu gerektirdiği bir gerçekliktir. Salt insanın insan olmasında değil, insanın bilim ve doğayla iç içe geçerek evrilmesinde kilometre taşı olan insan genom projesi, tarihin en büyük etik tasarımı ya da yaşamın kitabı olarak vurgulanmaktadır[168]. Bu proje için dev bir bütçe ayrılmışsa da çalışmalar, insan geninin etik, hukuki ve sosyal etkileri ile anlaşılmasına adanmıştır. İnsan genom haritasının tamamlanmasıyla, disiplinler arası bir başarı da elde edilmiştir.[169]

İnsan Genom Projesi ile insan genlerinin yapılarının, genomdaki yerlerinin ve işlevlerinin anlaşılabilmesi için insan genomunu oluşturan 3 milyar bazın diziliminin belirlenmesi temel hedef alınmıştır. Böylelikle hastalığa yol açan genlerin saptanması, bunların sağlıklı olanları ile değiştirilmesi, insanın genetik yapısına uygun ilaç üretilmesi, genetik yapının incelenerek muhtemel rizikolara karsı söz konusu rizikoların gerçekleşme olasılığını azaltacak bir hayat tarzı belirleme olanağı, hastalıklı kuşakların doğumunu engelleme olarak sayılabilir.[170]

---

[167] Sertaç Ak, "Psikiyatri Genetiği'nin Ceza Hukuku Uygulamalarına Etkisi "III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa 23-25 Nisan 2016), (Editörler: Hamit Hancı, Yener Ünver), Ankara : Seçkin Yayınevi, s. 128.

[168] Gürbüz, M. (2010), a.g.e., s.12. Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. 61.

[169] LeRoy Walters, "Genetics and bioethics : How our thinking has changed since 1969". Theory Med Bioeth , 2012, S. 33 s. 85; Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.122.

[170] Mustafa Fadıl Yıldırım, "İnsan Genom Projesi ve Hukuk Dünyasına Etkileri", *GÜHFD*, C. XI, S. 1-2, İstanbul 2007.s. 358; İ. Hamit Hancı, Ayşim Tuğ, Aysun Balseven, "İnsan Genom Projesi: Umut mu Kâbus mu?", *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, Cilt No:11, S.2, Ankara 2002, s.57.

İnsan genomunun ayrıntılı incelenmesi için, çok sayıda devletin ve şirketlerin katıldığı çok ortaklı bir organizasyon kurulmuştur.[171] Çalışma alanının ve giderlerinin büyük finans desteğini gerektirmesi sebebiyle, bu organizasyona ekonomik yatırım yapan firmaların kar elde etme amacının yanı sıra etik kurallara uygunluk ve kamu yararını da birlikte gözetmeleri, insan genom projesinin insanlık için taşıdığı önemi pekiştirmiştir. [172] Ayrıca insan genom projesinin tamamlanması ile insan geni üzerindeki bilgilere hızlı ve doğru olarak ulaşılabilmesi yanında finansal açıdan da cazibeli bir alan oluşturulmuştur.[173]

Genetik kodun A, T, C, G olmak üzere dört harf ile simgelendiği ve bunların da uzun DNA moleküllerinde dizili olduğu kabul edilmiştir. Tek bir insan geni bu harflerin yaklaşık 10000 tanesinden oluşmakta ve bir kromozomda yaklaşık 1000 civarında gen bulunmaktadır. Genin fonksiyonunu ve doğasını bu harflerin dizilmesi belirler. Bu harf dizisindeki değişim, hastalığın, göz renginin ya da huyun oluşmasını sağlayacaktır. Gerçekten de, bir kişinin 11 numaralı kromozomundaki 102.221.163. konumda bulunan bir G harfi yerine bir A'nın bulunmasının, kalpte soruna yol açabilmesi oldukça ilginçtir. Bir benzetmeyle, genom dizisini bir yol haritası olarak kabul ettiğimizde, sokak isimleri ve ailelerin adreslerine sahip olan kişiler kimin nerede iskan edilmiş olduğunu bileceklerdir. Ancak genetik bir hastalık ortaya çıktığında neyin yolunda gittiğini anlayabilmek için evlerin ve işyerlerinin içlerine bakmak gerekecektir. Bu olumsuzluğu saptamak bazen bir evin çatısının olmaması gibi açıkça görülebileceği gibi, çözümü zor sorunlar da olabilir.[174] Diyabetin, astımın ve depresyonun altında bu değişken sorunlar bulunabilir. Bu sorunların çözümü için istatistik, hesaplama ve tıp verilerinin kullanılması muhakkaktır. Genlerin kromozomlarda nasıl bir bütün halinde çalıştıklarını saptama, genetik hastalıkların temeli ve nedenlerini ortaya çıkarma ve bu projenin sergileyici sosyal, hukuksal ve etik sorunlara çözüm bulmak insan genom projesinin amaçlarındandır.[175]

---

[171] Ruth Chadwick, a.g.m., s. 62; Hamit Hancı, Ayşim Tuğ, Aysun Balseven, a.g.m.,s.57.
[172] Osman Kaşıkçı, a.g.m..s. 17.
[173] Eline M. Bunnik, Antina De Jong, Nijsing Niels, M.W.R. De Wert, (2013). The New Genetics and Informed Consent : Differentiating Choice To Preserve Autonomy. *Bioethics*, 27(6), s. 349; Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e, s. 4.
[174] Greg Gibson, a.g.e., s.19-20.
[175] Osman Kaşıkçı, a.g.ms. 18 (Gen).

Genom projesinin bilimsel, sosyal, ahlaki yansımalarının insanı umuda süreklediği kadar, endişeye sürüklediği var olan bir gerçektir. Gen incelemeleri ile kalıtsal yapının çözümlenmesi sonucunda, insanın tedavisiz bir hastalığa uğrayacağını bilmesi belki de intiharın sebebi olabilecektir. Zira kalıtsal bir hastalığın genini taşıdığı belirlenen bir kişinin bunu önceden bilmesi, kişinin yaşamını ve çevresiyle ilişkilerini de etkiler. Umutsuz hastalara gen tedavisini kesine yakın tedavi olarak sunan ve bundan maddi kazanç sağlayan istismarcıların olacağını söylemek kehanet değildir. Ayrıca kalıtsal hastalıklara yatkınlık taraması, gen tedavisinin maliyetlerinin ağır olması sebebiyle herkesin başvurabileceği bir yöntem değildir. Yoksul insanlar üzerinde yapılacak gen incelemeleri, küresel güçlerin çıkarları doğrultusunda kullanılabilecektir.[176] Genetik araştırmaların ciddi boyutlarda kötüye kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, ABD'de yaklaşık 40 yıl süresince 400 kadar sifilis hastası Afrika kökenli Amerikalı'nın- o günlerde sifilisin penisilin G ile tedavi edildiği bilinmesine rağmen kasıtlı şekilde tedavi edilmeyerek hastalığın doğal seyrinin izlenmeye bırakılması, New York Willowboak'ta zeka geriliği olan 700 kadar çocuğa viral hepatit hastalarının dışkı ekstrelerinin yedirilmesi suretiyle çocukların enfekte edilmesi ve çocuklardan binlerce serum örneği toplanması, New York Musevi Kronik Hastalıklar Hastanesi'nde kanser hücrelerinin immünolojik incelenmesi amacıyla aydınlatılmış rızası alınmaksızın 22 yaşlı kronik hastaya canlı kanser hücresi transfer edilmesi gibi.[177]

İnsan Genomu Projesi, insan türünde genetik benzerlik oranının yüksek düzeyde olduğunu göstermektedir. Sosyal bilimcilerin, ırkın uydurma bir siyasi kategori olduğunu belirtmelerine denk gelen genom araştırmaları, sözde ırkların içindeki genetik değişikliğin , ırklar arasındaki genetik değişiklikten fazla olduğunu gösterir. Böylelikle, insanın genetik çeşitliliğinin, insanları bilimsel amaçlar için kümeleştirme konusunda en önemli araç sayılan ırkın yerine geçeceği kanısındadır. [178] Bu nedenlerden dolayı, İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin

[176] Hamit Hancı, Ayşim Tuğ, Aysun Balseven, a.g.m .s.56,57.
[177] Onur Sezen, " İnsan Üzerinde Biyolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu ". AndHd, Cilt : 1, S. 1, Eskişehir 2015, s. 86.
[178] Jonathan Metzl, Anna Kirkland, S*ağlığa Karşı*, (Çeviren : Nurettin Elhüseyni), İstanbul 2010, s.88.

13. maddesinde insan genom projesi ile ilgili araştırmalarda temel ölçütler getirilmiştir. [179]Bu hükme göre ;

“ İnsan genomu ile ilgili araştırmaların etik ve sosyal etkilerinden dolayı, hem araştırmanın yürütülmesi, hem de bulguların sunuşu ve kullanılması aşamalarında araştırıcıların çalışmalarında doğal olarak bulunması gereken sorumluluklar, özellikle de titizlik, tedbir, bilimsel dürüstlük ve saygınlığa özel bir dikkat gösterilmelidirler. Bilim politikası alanında kamusal ve özel karar makamlarının da bu alanda belirli sorumlulukları vardır.” şeklindedir.

1.2.3. Genetik Testler

Genetik test, belli bir hastalıktan sorumlu bir gende kişinin gen kusuru taşıyıp taşımadığının dolaylı ya da doğrudan araştırılmasıdır.[180] Genetik testlerin önemi, insan genom projesi ve sonrasında daha da artmıştır. İnsan genomu projesi, kuşaktan kuşağa kalıtım yoluyla taşınan, aynı kökten geldiklerimizle bizi benzer yapan ve diğer insanlardan ayıran önemli ve büyük bir projedir.[181] Bu proje sonrası elde edilen bilgiler sonucunda genetik testler ortaya çıkmıştır. Genetik testler sonucunda gen bozuklukluklarını saptamak yoluyla, çok sayıda hastalığa teşhis koyma olanağı bulunmaktadır. 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 yapılır.

---

[179] “Bu ilkeye uygun bir araştırmada, ABD’nde farklı eyaletlerden belirlenen 181 ceza yargıcına bir vakıa sunulmuştur. Şiddeti oluşturulabilecek biyomekanizması olan ve olmayan, savcılık tarafından bu mekanizmanın “ topluma zararlı ceza artırılsın” ve savunma tarafından “ biyolojik – sabit olarak engelli cezada indirim yapılsın” savları oluşturularak gruplara ayrılıp yargıçlara sunulmuştur. Sonuç olarak her iki iddia grubunda da yargıçlar sanık lehine hafifletici nedenler olduğuna hükmederlerken, biyomekanizma tanımlanan kişilere verilen cezanın yıl olarak ortalaması anlamlı derecede düşük bulunmuştur. Kısacası yargıçlar etkisi tam kanıtlanmayan biyolojik bir belirteç ile ilgili mevcut bilimsel verileri kendi kararlarını inşa ederken önemli ölçüde dikkate almışlardır.” Naklen; Sertaç Ak, a.g.e., s. 129 .

[180] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 73.

[181] Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e, s. 100.

Genetik testler, genlerin ve gen ürünlerinin incelenmesini içerir. DNA mutasyonu ya da patojenik değişikliği bulup ortaya çıkarmayı amaçlayan genetik testler, kan almak yoluyla ya da doku örneği sayesinde yapılabilmektedir. Herhangi bir hastalığa sebep olmayacak olan genel kişilik ve fiziksel özellikleri ortaya çıkaran yaşam stili testleri de, genetik testlerin yansıması olarak kabul edilmektedir. Genetik teşhise varabilmek için genetik teste başvurulması zorunluluktur.

Genetik teşhis, insanın hem bugününü hem geleceğini kurtarabileceği gibi, bu kişinin yakınlarını da ilgilendirmesi nedeniyle oldukça önemlidir. Hekim tarafından gerçekleştirilen muayene sonucunda mutlaka bir hastalığın ortaya konması şart değildir. Belirli bir sonuca ulaşılamamış olsa bile, rahatsızlığı saptanması amacı ile yapılan faaliyetlerin tümü teşhis kavramına dahildir.[182] Genetik teşhise yönelik testler ise, embriyonun hastalık açısından taranması, genetik hastalıklara rastlanması durumunda tanımlanması, kişinin hastalığa sebep olacak bir gene sahip olma ve bunun altsoyuna geçme durumunun belirlenmesi, erişkinlerde genetik hastalıkları semptomlarından önce saptamak, hastalık semptomları olan kişide teşhis koymak, teşhis konulmuş kişide kullanılacak en iyi tipi ve dozunu belirleme amacını gütmektedir.[183]

Ailelerin çoğu doğacak çocuklarının kusurlu, özürlü ya da bazı hastalıklara eğilimli olarak doğmalarını istemezler. Özellikle üst soylarında ya da kan hısımlarında, zeka geriliği, down sendromu, hemofili, çatlak damak, diyabet gibi hastalıklar bulunan bireyler, kalıtım yoluyla çocuklarının bu hastalıklara uğrama riskinden dolayı tasalanmaları doğaldır.[184] Bu konudaki bilgileri ve aile bireylerindeki rahatsızlıkları, tam ve doğru olarak gen incelemesini yapmakla görevli kişilere bildiren ana babaların, sağlıklı sonuç almaları mümkündür. Görevlinin sağlıklı bilgi verememesi durumunda, bu karmaşık durumu ve aileyi, genetik laboratuvarına ya da genetik uzmanına sevk etmesi zorunluluktur. Böylesi bir durumda ultrason, amniyosentez ya da koryonik kılcal damar örneği istenebilir.[185]

---

[182] Hayrunnisa Özdemir, *Sağlık Hukuku Alanında Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara 2017, s. 37.
[183] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. 57.
[184] Cahid Doğan, Şahsiyet, s.117.
[185] Çağatay Deniz Saygılı, "Doğum Takibinde Hekimin Hukuki Sorumluluğu" III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa 23-25 Nisan 2016), (Editörler: Hamit Hancı, Yener Ünver), Ankara 2016, s. 366.

Genetik testlerin incelenmesi, radyoaktif maddelerin incelenmesi ile benzerlik oluşturmaktadır. Genetik verileri elinde bulunduran kişi ile radyoaktif maddeleri elinde bulunduran kişinin hem kendisi hem de insanlık için zarar tehlikesi yaratması mümkündür. Genetik verilerin hukuka aykırı biçimde ele geçirilmesi ve yayılması ile Çernobil'deki radyoaktif maddesinin sızarak insanoğlunun uğradığı felaket arasında , kişilik hakkı yönünden bir ayrım yoktur.

Hastalığın ne olduğunun ortaya konduğu teşhis, doğru tedavi yolu için gereklidir. Zira, teşhiste sağlanacak başarı, uygulanacak tedavi buna göre belirleneceği için tedavinin başarılı ya da başarısız olmasında hayati öneme sahiptir. Yanlış bir teşhis, tedaviyi asıl amacından saptırabilecek, uygun olmayan bir ilaç veya tedavi yönteminin kullanılması, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak hastanın ölümüne bile yol açabilecektir. Örneğin ameliyat için anestezi verilen hastalarda, verilen ilaç kimisi için ağır kimisi için çok hafif olabilir. İlacın aynı olmasına rağmen, tesirinin farklı olmasının nedeni genetik farklılıktır. Aynı zamanda herkese genetik özelliğine göre ilaç verilmesi, tedavi maliyetini de düşürecektir.[186] Bu durum bile genetik testlerin önemini vurgulayan sıra dışı bir örnektir.

İnsan geni üzerindeki inceleme yöntemleri sürekli olarak bir gelişim içindedir. Buna bağlı olarak bir DNA laboratuvarının yöneticisinin veya yardımcı sağlık personelinin mevcut en yeni bilgileri öğrenme sorumluluğu vardır. Örneğin, olmadık yerlerdeki lenf bezleri, dirsektekiler gibi ya da el tırnaklarında kanamalar gibi, bazı olağan dışı vakıalarda genetik testler yol gösterici olabilir. Mevcut laboratuvar test olanakları acaba yeni bazı ipuçları çıkarabilir mi? Doğru bir teşhise varılabilmesi için başka hangi testlerler yapılmalıdır? Herhangi bir yerde biyopsi uygulamalı mıyım? Bu soruların yanıtının olumlu olabilmesi için gerekli süreç diferansiyel teşhistir. Zira hasta bakımından ana hedef genetik testlerle uygun bir teşhise ulaştıktan sonra tedaviye başlamaktır.[187]

Bu nedenlerden dolayı diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de klinik uygulamalı moleküler genetik, adli tıp ve hukuk alanlarında öncü kişilerin düzenli aralıklarla toplanarak DNA testi ile ilgili sorunları tartışmaları, gerekirse bazı

[186] Yusuf Özkul, a.g.m..s. 3.
[187] Arthur Bank, a.g.e,.s.121.

ülkelerde olduğu gibi *"Ad Hoc"* komiteleri oluşturarak, adli ve klinik amaçlı DNA analizleri için birtakım standartlar getirmelerinde zorunluluk vardır. [188]

Genetik tarama ise, gen incelemelerinin kişisel boyuttan çıkıp toplum seviyesinde yapılmasıdır.189 Toplumda belli bir ırsi rahatsızlığın sıklığının saptanması ve taşıyıcıların belirlenmesi gayesiyle, o hastalıktan sorumlu gendeki kusurların toplumda ne kadar sıklıkta bulunduğu genetik taramayla anlaşılır. Örneğin koneksin 26 genindeki belli bir kusur Akdeniz toplumlarında yaygındır. Bu kusur hem anneden hem babadan geçerse, işitme noksanlığına yol açar. Kalp hastalıkları ile kanser ve diyabet gibi hastalıklara yatkınlık için toplum genelinde yaygın genetik taramaların yapılması büyük bir gerekliliktir.190 Zira önleyici tıp ancak bu tür genetik yatkınlığı bulunanların taranıp saptanması ile işlevini yerine getirebilir. Yeni gen araştırmaları hastalıkları teşhis etmenin yanında, yeni ve beklenmedik buluşları da gerçekleştirmiştir. Koruyucu ve önleyici arayışlarda testlerin bilimsel ve dikkatli yapılması önemlidir. Bu yararların genlerden alınacak haberlerle mümkün olduğu da unutulmamalıdır.[191] Kanaatimizce genetik tarama çalışmalarının, hem bireysel anlamda hem de bireylerin toplamıyla oluşan toplumsal niteliği içerdiği tartışılmaz. Bu nedenle genetik tarama programlarının genetik testlerin kullanımını içerdiği, fakat bütün gen testlerinin bir organizasyon çalışması olduğu ve bu organizasyonun da sosyal merkezli olduğunu belirten görüşde isabet bulunmaktadır.[192]

Yeni doğmuş bebekler hakkında yapılan tarama da, genetik taramanın başka bir türüdür. Ülkemiz başta olmak üzere birçok ülkede fenolketonuri, hipotiroid, galaktoseme ve kan hastalıkları gibi kalıtsal hastalıklar için yeni doğanlarda yapılan taramalarla, bu hastalıklardan etkilenecek çocuklar beli bir yaşam tarzından ya da ilaçlardan yaralanabilirler.[193] Bu tarz tarama ilk kez ABD'nde 1962 yılında yapılmış ve bu tarihten beri birçok ülkede de yapılmaktadır. Yeni doğmuş bebek taramasından amaç, maruz kalınabilecek hastalıkların erken teşhis edilerek güvenli ve kolay bir

---

[188] Timur Gültekin, Ömer Gökçümen, "Genetik ve Toplum"*.Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi,* 49, S. 1, Ankara 2009, s. 28; Nurullah Tekin, a.g.m., s. 154.
[189] Cahid Doğan, a.g.m., s. 268.
[190] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 74; Aslıhan Tolun, a.g.m., s.12; Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e., s. 67.
[191] Eline M. Bunnik, Antina De Jong, Nijsing Niels, M.W.R. De Wert, a.g.m.,s. 349.
[192] LeRoy Walters, a.g.m., s. 89.
[193] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.12; Hakan Hakeri, *"Tıbbi Genetik ve Hukuk".* KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (25-26 Nisan 2011), Ankara 2012. s. 108.

tedavi sürecini erişilebilir kılmaktır.[194] Günümüzde gebelik sürecinin genetik tarama yoluyla izlenmesi ise, hemen hemen her gebe kadın hakkında uygulanan bilimsel bir süreçtir. Bu genetik tarama sonuçlarına göre bebeği risk grubunda olan hamile kadınlara rıza göstermeleri halinde, girişimsel tanı yöntemleri uygulanmaktadır. Eğer bebekte kromozom anomalisi varsa anne adayının onay vermesi koşuluna bağlı olarak, gebelik sonlandırılabilecektir.195 Bu gelişme bile insan geni üzerindeki inceleme yöntemlerini sürekli olarak geliştiğinin bir kanıtıdır.

Genetik teşhislerin aşamaları ve kronolojik açıdan incelendiğinde, tıp ve etik biliminin iç içe geçtiğini gösteren bu araştırmada, denetimi sağlayacak hatta uygulama öncesi standartların saptanması ve insan hakları ile onurunun korunmasını sağlayan etik kuralların ve kurulların önemi oldukça büyüktür. Genetik prenatal ve preimplantasyon ile postnatal ve prediktif genetik teşhis türlerinin incelenmesini yararlı görmekteyiz.

1.2.3.1. Prenatal ve Preimplantasyon Genetik Teşhis

Ülkemizde gebelik takibinin alışılagelmiş yöntemleri olarak, hamile kadınlara ikili, üçlü, dörtlü test olarak adlandırılan prenatal tarama testleri uygulanmaktadır. Embriyo 10 haftalık iken, kesenin dışından elde edilen küçük doku örneğinden ailedeki kalıtsal hastalığın varlığı ya da yokluğu öğrenilir. Embriyonun henüz iki hücre halinde olduğu vakit yapılan bu genetik teşhis, sadece tüp bebek uygulamasında yapılabilir.[196] Anne karnındaki ceninde kromozom anomalisi olasılığını saptanmaya çalışılan bu testlere popüler kültürde zeka testleri de denilmektedir. Riskin var olup olmadığını anlamaya yarayan bu testler, tanı koyma işlevini taşımazlar. Tarama testlerinde kromozom anomalisi riskinin yüksek çıktığı hallerde annenin sağlıklı bir bebek doğurması olasıdır. Bu durumlarda hekimler kararı anne adayına bırakmaktaysa da, böyle bir durumda hekimler girişimsel teşhis

[194] Eline M. Bunnik, Antina De Jong, Nijsing Niels, M.W.R. De Wert, s. 351.
[195] Hilal Yener Coşkun, "Gebelikte Yapılan Prenatal Trama Testleri ve Bu Testlere İstinaden Uygulanan Girişimsel Tanı Yöntemlerinin Hukuki Boyutu". *Tıp Hukuku Dergisi"* S.5, İstanbul 2014, s. 35.
[196] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 73; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.278.

yöntemini önermektedir. Bu yöntemin doğrudan hekim tarafından önerilmemesinin sebebi, zaman zaman gebeliğin sona ermesine yol açabilmesidir.[197]

Doğacak çocuk hakkında karşılaşabileceği hastalık risklerini ya da belirli kişiye özgü nitel ve nicel değerlerini ortaya koyan tıbbi uygulamalara prenatal genetik testler adı verilir.[198] Genetik servislerin doğum öncesi testlerle mutlaka ilgilenmesi gereğine işaret eden düşüncede isabet bulunmaktadır.[199] Çünkü gen incelemeleri ile mutlaka özel bir servisin ilgilenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Prenatal genetik testlerde, fetüsün , herhangi bir fiziksel ya da mental hastalığa neden olacak alışılmışın dışında genetik bir özelliğin bulunup bulunmadığının saptanması amaçlanmaktadır. [200] Örneğin Down sendromlu bir bebeğin doğmasına, 35 yaşın üstü annelerde daha sık rastlanması sebebiyle bu durumu araştıran bir prenatal test uygulanması gerekebilir. Yine fetal devrede çeşitli hastalıkların saptanması için amniyo sıvısından örnek alınarak incelenmesi de genetik hastalığın teşhis edilmesi bakımından önemli bir yöntemdir. Zira hamilelik evresinde bebeğin içinde bulunduğu amniyo sıvısı, genetik yapının analiz edilebileceği hücreleri barındırmaktadır.

Prenatal testlerde de komplikasyon hali de gerçekleşebilir. Öngörülebilen, fakat önlenemeyen sonuçlar, tıpta komplikasyon olarak belirtilen, tıbbi müdahalenin beklenen fakat önlenemeyen, istenmeyen zararlı sonuçlardandır. İzin verilen risk alanı olarak nitelendirilebilecek bu alanda oluşan zararlardan, hastanın bilinen komplikasyonlar hususunda müdahaleden önce aydınlatmak yeterlidir. [201] Yargıtay bir kararında, hastanın tedavisine yönelik olarak biyopsi yapıldıktan sonra komplikasyon işlemi yapılması sebebiyle doktorun herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığına karar vermiştir.[202]

---

[197] Hilal Yener Coşkun, a.g.m., s. 56.
[198] Eline M. Bunnik, Antina De Jong, Nijsing Niels, M.W.R. De Wert, s. 351; Hakan Hakeri, Genetik , s. 107.
[199] Wertz, D.C., Fletcher, J. C., Berg, K., *Review of Ethical Issues in Medical Genetics.* World Health Organization, New York 2003s. 24.
[200] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. 66.
[201] Aykut Cemil Aykın, "Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası – Komplikasyon Ayrımı" *Terazi Hukuk Dergisi*. Cilt : 11. S.119, Ankara 2016,S. 119. s. 72; Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.174.
[202] Y. 4.H.D, 09.10.2008 T., 2008/8542 E., 2008/11495 K.

Embriyoda genetik tanı, embriyonun ana rahmine transferinden önce, belirli olumsuz genetik özellikleri araştırılarak, bunların tespiti durumunda ana rahmine transferinin engellenmesi amacıyla yapılan tanıdır. Erkekten alınan sperm ile kadından alınan yumurtanın yapay yollarla döllendirilmesi sonucu elde edilen embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önce genetik hastalık tanısı yapılması için genetik testlere başvurulmaktadır. Buna Preimplantasyon Genetik Tanı (Preimplantation Genetic Diagnosis) denilmektedir.[203] Başka bir deyişle, geleneksel tüp bebek uygulaması aşamasında ya da intrositoplazmik sperm aşılanması aşamasında olan embriyonun test edilmesi prosedürünü tarif etmektedir. Bu aşama döllemeden sonra sekiz hücreli evreye ulaşmış bir kaç günlük embriyonun bir ya da iki hücresinin genomunun incelenmesi sürecidir. Böylece embriyoda olası genetik mutasyon ya da anormal kromozomlar, anne rahmine yerleştirilmesinden önce belirlenebilmektedir. Günümüzde bazı kalıtsal hastalıklar (mongol, akdeniz anemisi gibi) doğumdan önce tespit edilebilmekte ve ana babanın rızasıyla doğum engellenebilmektedir. Preimplantasyon genetik testler yoluyla, bir bebeğin cinsiyetini belirlemek, var olan bir özrü ya da doğacak bebeğin, kardeşine bir organ ya da doku verebilmeye uygun bağışlayıcı olup olmadığına karar vermek için de kullanılabilir.[204]

Bazı genetik rahatsızlıklarda, sağlıklı bebeklerin seçimi in vitro fertilizasyon merkezlerinde *" implantasyon öncesi genetik teşhis"* ile gerçekleştirilmektedir. Bu uygulamada teşhis amacı ile embriyodan hücre alınmasında doğacak çocuk için öngörülemeyen bazı riskler bulunabilir. Halen hasta bir çocuğu olan aile, bu çocuklarının tedavisi amacıyla, onunla doku uyumu bulunan bir kurtarıcı kardeşin doğumunu sağlamak için embriyo seçimi isteyebilir.[205] Kanaatimizce kurtarıcı çocuk modeli insan onuruna aykırıdır. Doğacak bir insanın, başka bir insanın yaşaması için araç kılınması, o kişiyi insan kılmayıp adı üstünde araç kılacağı için kabul edilemez. Hatta aşırı uç bir örnek verecek olursak, işitme engelli ya da akondroplastik bir anne baba çocuklarının da, aile ortamına uygun olacağını düşünerek, kendileri gibi

[203] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 56; s. 57; Nagehan Gürbüz, a.g.e., s.74.
[204] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.10.
[205] Nagehan Gürbüz, a.g.e. ,,s.78

olmasını isteyebilirler. Bu tür uygulamalarda, çocuğun yararını işaret eden düşüncede isabet bulunmaktadır.[206]

Etik değerlerin genetik testleri bir şal gibi örtmesi için bazı sorunların çözümü gerekmektedir. Prenatal ya da preimplantasyon genetik testlerin sonuçlarının olumsuz çıktığı bir ortamda, her ne kadar bu test sonuçlarının mutlak bir doğruluğu bulunmasa da, ebeveynlerin bebeğin hayatını ana rahminde sonlandırmaları büyük bir olasılıktır. Bu sorunlar, insan geni üzerinde incelemelerde etik sorunların çözümünde izlenecek yollar bölümünde ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay bir kararında, doktorun hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumunda gerektiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak, uygulama sırasında özen borcunu sonuna kadar yerine getirmek zorunda olduğuna karar vermiştir. Böylelikle yapılması gereken prenanal testlerin yapılmaması ve gerekli önlemlerin alınmamasından ötürü hekim sorumludur.[207]

Bir başka prenatal genetik test yöntemi de, amniyosentez metodudur. [208]İçi boş bir uzun iğnenin anne karnındaki bebeğin içinde yüzdüğü torbaya sokulmak suretiyle, bu bölgeden sıvı örnek alınma işlemidir. Ceninin bedeninden dışarı boşaltılan bu hücreler kromozom ve kimyasal yapılanması için incelemeye tabi tutulurlar. Bu yöntemle ceninin ciğerlerinin gelişme süreci, büyüme durumu ve varlığı halinde anormal durumları saptanır. Bebeğin cinsiyetinin bile saptanabildiği amniyosentezin önemi, cinsiyete bağlı genetik bozukluktan kuşku duyulması halinde ortaya çıkar. [209]

Alman Gen Teşhisi Kanunu madde 15/1' e göre, doğumdan önceki genetik muayenelerin tamamının tıbbi nedenlerle yapılması ve embriyo ile fetüsün genetik özelliklerine yönelik olmasını gerekli görmektedir. Zira bu muayeneler ve incelemelerin, bebeğin doğum öncesi veya sonrası sağlığına zarar verebilmektedir.

---

[206] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.10.
[207] Y. 13. H.D. 16.09.2008 T. , 2008/5238 E., 2008/10666 K.
[208] LeRoy Walters, a.g.m. s. 91.
[209]Çağatay Deniz Saygılı, a.g.m.,s. 366.

Bu nedenle aynı maddenin 2. fıkrasına göre, 18 yaşından sonra ortaya çıkma olasılığı bulunan genetik hastalıkların teşhisi amacıyla doğum öncesi genetik muayene yapılması yasaklanmıştır. 210 Ülkemizde de bir an evvel bu konuları düzenleyen bağımsız bir Gen Teşhis Kanunu çıkarılması önem taşımaktadır.

1.2.3.2. Postnatal ve Prediktif Genetik Teşhis

Kalıtsal yollarla geçen hastalıklara, doğum öncesi olduğu kadar doğum sonrası da teşhis konulabilmektedir. Genetik test ile bir hastalığa teşhis koymak, normal bir tıbbi teşhisten farklılık arz etmektedir. Gen incelemesinde teşhisi konulan hastalığın ortaya çıkıp çıkmayacağı belli değildir. Hastalığın gerçekleşme riskinin belirlendiği genetik testlerde bilme ya da bilmeme hakkı oldukça önem taşımaktadır[211].

Kişinin doğumundan sonra ve herhangi bir rahatsızlığının olmamasına rağmen yapılan prediktif genetik testler ise, kişinin ileride belirli bir hastalığa yakalanmasının kalıtımsal nedenlerle yüksek bir olasılık ya da kesinlik taşıdığı durumlarda söz konusu olur. Kişinin atalarından gelen olası bir genetik bozukluk dolayısıyla risk altında bulunması sebebiyle, hastalıklı geni taşıyıp taşımadığını belirlemek için yapılan uygulamalar, muhtemel ya da mevcut hastalıkların teşhisinde yarar sağlamaktadır.[212]

Bir genetik bozukluğa yol açan gen mutasyonunun tek bir kopyasını taşıyan heterozigotların belirlenmesi amacıyla yapılan taşıyıcıların belirlenmesine yönelik testler, bir hastalıkla ilgili aile hikâyesi olan kişiler ile bazı genetik koşullar bakımından yüksek riskli etkin gruplarda önem taşıyan testlerdir. Bu testler, anne ve babanın birlikte test edildiği durumlarda, doğacak çocuklarla ilgili genetik bilgi sağlar. Örneğin, fenilketonüri'nin belirlenmesi amacıyla yapılan testler, bu türdendir. Yeni doğmuş bebeklere ya da doğması beklenen fetüslere uygulanacak genetik testlerin çeşitli sakıncaları bulunmaktadır. Bu testler fiziksel, psikolojik, tıbbi, sosyal ve ekonomik riskler taşıyabilirler. Testler sırasında bireylerin karşılaştığı fiziksel

[210] Henning Rosenau, "Alman Genetik Teşhisler Kanunu". (Çeviren : Erdal Yerdelen). *Tıp Hukuku Dergisi*, Ankara 2013, Y . 2, S. 4. s. 250.
[211] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.158.
[212] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e. s.159.

riskler son derece küçüktür. Bu testlerde hastadan kolayca alınan kan veya yanak içinden alınan dokular kullanılmaktadır. Doğum öncesi testlere bağlı düşük oranı ise 1/400 ile 1/200 arasındadır.[213] Genetik testlerin sonuçlarına göre bireyler çocuk sahibi olmamayı, veya ileri düzeyde önleyici tıbbi önlemler almayı (örneğin, meme kanserine[214] yatkınlık sağlayan BRCA1 geni mutasyonları saptanan bireyin sağlıklı iken göğüslerini aldırmayı istemesi gibi) seçebilirler. Ayrıca negatif test sonucu alan bireylerin yanlış izlenimlere kapılarak önleyici hekimlik hizmetlerine ve rutin yapılması gereken testlere boş verme riski de vardır. Burada en büyük risk, test sonuçlarının hatalı yorumlanması sonucu ortaya çıkabilecek yanlış veya gereksiz tedavi riskidir. [215]

Öte yandan, test sonucu pozitif çıkan bireyler karışık duygular içerisine girebilir ve psikolojik yönden zorluklar yaşayabilirler. Böyle bireylerin çaresizlik, kızgınlık, korku, depresyon ve umutsuzluk duygularıyla karşı karşıya kalmaları riski yüksektir. Negatif test sonuçları alan bireylerde de rahatlama görülebileceği gibi, ailesinde başkalarının yakalandığı bir hastalıktan kaçmış olmanın vereceği karışık suçluluk duyguları görülebilmektedir. Negatif sonuç alanlarda görülen, araştırılan hastalığa yakalanma olasılığının sıfır olduğu yönündeki hatalı bir güvenlik duygusu da risk oluşturabilmektedir. [216]

Genetik testlerin sonuçları, kişinin hastalık durumu ile ilgili kapsamlı bilgiden ziyade sınırlı bir bilgiler vermektedirler. Kişilerin bir gendeki moleküler farklılaşmaya göstereceği reaksiyonlar değişik olabileceğinden, genetik test sonuçlarının öngörüsel olmaları kaçınılmazdır. Söz gelişi multifaktöriyel hastalıklarda, yaşam stilinin değiştirilmesi ile hastalığın engellenebileceği gibi, çevre etkenleri de bu tür hastalıkların seyrini ve meydana gelişini etkilemektedir[217].

[213] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 59.
[214] Süha Aydın, a.g.e., s.3.
[215] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s. 160.
[216] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 56 , s. 59.
[217] Ezgi Başak Demirayak, a.g.e. ,s.: 25

Anayasa Mahkemesi tüp bebek tedavisinin sonucunda, postnatal dönemde meydana gelen olumsuzluklardan dolayı prenatal dönemdeki işlemleri ve eylemleri de tartışarak kişinin maddi ve manevi varlığının ihlal edildiğine karar vermiştir.[218]

1.2.4. Genetik Mühendisliği

Bilimsel, endüstriyel ya da medikal amaçlar yönünde genetik maddenin deneye tabi kılınması, ilişkili ya da ayrı olan organizmalar arasında genetik materyalin değişimi ve yeniden düzenlenmesi ile ilgili teknikler toplamı olan disiplinler arası bir teknoloji genetik mühendisliğini oluşturur.[219] Genetik mühendisleri ise, genlerin izolasyonu, üretilmesi, farklı canlı türlerinin genlerinin birleştirilmesi ya da genlerin canlılar arası nakledilmesiyle uğraşırlar. Rekombinant DNA teknolojisi, gen klonlaması, DNA klonlaması, genetik kodlama ya da gen ekleme kavramlarıyla gen mühendisliği kavramları birlikte kullanılabilmektedir.[220]

Genetik mühendisliği, faaliyet konularına göre ayrı renklere ayrılmıştır. Kırmızı, tıp uygulamalarını ; beyaz, çevre teknolojisi ve ekoloji alanındaki genetik mühendisliği uygulamalarını; mavi, deniz bilimleri alanında; kahverengi atık su alanında; yeşil, besin ve tarım ile ilgili uygulamaları simgelemektedir.[221]

Öğretide savunulan bir görüşe göre, genetik testler ve taramalar biyoetik alanında sorunlara sebep olmaktadır. Ancak çocuk hastalıkları başta olmak üzere, ciddi nitelikteki hastalıkların önlenmesi ya da etkilerinin azaltılmasında işe yarayan bu testler, bireysel kararların alınmasında da kişiye hareket alanı sağlamaktadır. Genetik testler sayesinde çiftler, ne zaman, nerede ve hangi koşullar altında çocuk sahibi olmaya karar verme serbestisi de olanaklıdır. Ancak genetik mühendisliğin bu genetik testleri ve tarama sonuçlarını daha çok materyalleştirmektedir[222.] Bu endişelerin kanun koyucu tarafından ulussal ve uluslar arası hukuk ve etik ilkelerine uygun, çağcıl ve insancıl içeriğe sahip İnsan Geni İncelemeleri Hakkında Kanun'la giderileceğini düşünmekteyiz.

---

[218] AYM'nin 15.10.2015 T., 2013/2084 Başvuru No'lu kararı (RG. 18.12.2015 T. ve 29566 sayı).
[219] Cahid Doğan, a.g.m., s. 268.
[220] Mehmet Ali Zengin, ,a.g.e., s.18; Murat Emre, a.g.e., s. 9.
[221] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.162.
[222] LeRoy Walters, a.g.m., s. 93.

1.2.5. Gen Terapisi

Gen terapisi, herhangi bir hastalığın meydana gelmesine neden olan anormal ya da noksan genetik işlevlere yapılan müdahale ile yeniden düzenlenen genetik maddenin hastanın bedenine aktarılması sonucu hastalıkların önüne geçilmesi ya da iyileştirilmesi olarak tanımlanır.[223] Bu yolla hatalı genlerin yeniden işlevine kavuşturulması ya da bu genlerin yenileriyle değiştirilmesi sağlanır. İlk başlarda genetik hastalıkların tedavisi ile başlayan gen terapisi kanser, AIDS, diyabet hastaları için de büyük bir çare olmuştur.[224] Hatta yaşanan hastalıkların genomik ya da moleküler bazlarını düzelten daha efektif gen terapilerinin oluşması mümkündür.225

İlk gen tedavisi klinik denemesinin 1991 yılında immün yetersizliği hastalığı olan Adenozin deaminaz yetmezliği hastalığının tedavisi amacıyla ve iki hasta üzerinde yapılmıştır. Bu iki hastadan birisi orta düzeyde bir iyileşme görürken, diğeri beklenenin üzerinde bir iyileşme göstermiştir. 1998 yılında yapılan bir diğer girişimde ise hasta doğrudan gen tedavisine bağlı bir komplikasyon sonucu yaşamını yitirmiş ve bu olay üzerine eleştiriler de artmıştır.[226] Kanaatimizce, bu eleştiriler yersizdir. Çünkü komplikasyon tıp mesleğinin icrası sırasında hastayı zarara uğratan, tıbben istenmeyen ancak öngörülebilen kötü sonuçtur. Bir tıbbi müdahalede, doğru endikasyon, doğru teşhis ve bilimsel verilere uygun tedavi ile birlikte gösterilen tüm dikkat ve özene karşın, hastada herhangi bir komplikasyon gelişmiş ve bu komplikasyona hekim tarafından, doğru bir şekilde müdahale edilmiş, gerekli tedavi uygulanmasına rağmen hastada bir zarar oluşmuşsa, bu zarardan dolayı hekim ya da hastane için sorumluluk kabul edilemez. 227

Gen terapisinin teknik ve etik sorunlardan dolayı halen onaylanmayan iki yaklaşımı vardır. Bunlardan birincisi gen hücrelerinin hedef alındığı eşey hat tedavisidir. Düzeltilmiş DNA, eşey hücreleri de dahil, genetiği değiştirilmiş gametin oluşturduğu tüm hücrelere katılacaktır. Gelecek kuşakların etkilenmesine neden olabilecek bu durumun ahlakiliği tartışılabilir. İkinci tür gen terapisi ise, güçlendirilmiş gen terapisidir. İstenilen nitelikte gen oluşturma gücünü artırabilen

[223] Cahid Doğan, Genetik , s. 269; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.163.
[224] Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e, s. 74.
[225] Robertson, J.A. , a.g.m., s.35.
[226] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 358.
[227] Akyıldız, Sunay, *Sağlık Hukuku Rehberi ,* Ankara 2016,.s. 514; Aykut Cemil Aykın, a.g.m ,s. 72.

yaklaşımda bulunulmasına izin verilip verilmeyeceği de tartışılmaktadır. Örneğin öyle genler saptanarak insanın boyunun uzatılması, atletik yapıyı güçlendirmek ya da zihinsel kapasitenin artırılması çözüm bekleyen konulardır.228 Her ne kadar somatik hücrelere yapılan uygulama gerçek tedavi olduğu için kabul edilir ise de germinal hücrelere karşı tedavi ise, gametler ile in vitro embriyo üzerinde yaptığı değişikliklerde, iyi gencilik olarak tercüme edilen öjenizm229 konusu gündeme gelebileceğinden dolayı benimsenmez.230

Kök hücre çalışmalarının klinik bilimler açısından en fazla ilgi uyandıran alanı, hiç şüphesiz, bu hücrelerin ve farklılaşması ile elde edilecek pluripotent/multipotent kök hücrelerin hastalıklı ya da hasarlı dokuların yedeklenmesinde kullanılmasını kapsayan hücre tedavileridir.[231] Öğretide bir görüşe göre, gen transferi terimi, gen terapisi yerine kullanılabilir. [232]Bu eleştiride haklılık payı yoktur. Zira kök hücre çalışmaları ve klonlama başta olmak üzere, gen terapisini saplayan çalışmalardır. Bu bilimsel etkinliklerin, gen tedavisine hizmet ettiklerinden kuşku yoktur.

Hastalıkların önemli bir bölümü için gen tedavisi deneyleri yapılmaktadır. Burada amaç, genetik bir kusurun, etkilenen genin normal bir kopyası kullanılarak yedeklenmesidir. Bu tedavi şekli, işlevli genin naklinde yaşanabilecek sorunlardan kaynaklanacak riskler doğurabilir.[233] 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. Kanserlerde, gen tedavisinin yeni uygulaması olarak kanserleri hücreleri seçici olarak öldüren bir gen aktarımı sağlanmaktır. Toksik proteinleri kodlayan birçok gen bilindiğinden dolayı, bunlardan birinin bir tümöre aktarılması kanser hücrelerinin ölümüne ve hastanın iyileşmesine yol açar. Başka bir yaklaşımda gen tedavisini, kanser hücrelerinin hastanın bağışıklık sistemi tarafından, tümör hücrelerinin bağışıklık sistemi tarafından etkin olarak tanınan güçlü antijenler

[228] Mehmet Görgülü, "Genetik Girişimler ve Etik". Biyoetik Araştırmalar. İstanbul :Türkiye Biyoetik Derneği Yayını, 2012, No: XVI.s.244.Brown, T.A. ,a.g.e. ,s.319.
[229] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 97.
[230] Cahid Doğan, Genetik, s. 270.
[231] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 55.
[232] LeRoy Walters, a.g.m., s. 88.
[233] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.11 .

sentezlemelerine neden olan bir gen ile, doğal olarak öldürülmelerini sağlamak için kullanılırlar.[234]

Günümüzde bunlar gibi gelişmiş tedavi yöntemlerine rağmen çok sayıda 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 adımdır. Belirli hastalıklardan sorumlu genetik kusurları düzeltme amacıyla kullanılan gen tedavisi, yüzün üzerinde klinik araştırmayla kalıtsal hastalıklar, kanser ve AİDS'in teşhis ve tedavisine yönelik olarak geliştirilmeye çalışılmaktadır. Örneğin kişinin annesi başta olmak üzere ailesindeki kadınlarda meme kanseri ile birlikte veya tek başına yumurtalık kanseri görülmesini de meme kanseri açısından bir risk faktörü olarak algılanabilir. O sebeple, bu kadının sağlık durumuna ilişkin özenli ve geniş kapsamlı bir takip gerekir. Bir de ailede farklı kanser hastaları (akciğer, prostat, bağırsak vb.) sıklıkla görülüyorsa, o zaman bu ailede kansere bir yatkınlık var demektir. Bu durum aile bireylerinde meme kanserine de yakalanma olasılığını akla getirir.[235]

Belli bir proteinin işlevsel türünü yapamayan veya o protein için genetik bilgiyi tümüyle taşıyamayan kişilerin hücrelerinde o proteinin üretilebilmesi için, proteini düzgün olarak kodlayan bir gen molekülü kişinin hücrelerine transfer edilir.[236] Böylelikle gen terapisi, anormal ya da noksan bir genin yenisi ile değiştirilmesi, hatalı genin onarılması ya da bir genin etkin ya da edilgen kılınması ile oluşur. Bir başka deyişle, tıp bilimindeki ilerlemelerde hastaya uygulanan en son rekombinant DNA teknolojisi yaygın olarak gen tedavisidir. Bu yöntemle arızalı bir genin kopyasının hasta insana verilerek kalıtsal bir hastalığın iyileştirilmesi sağlanmaktadır. Başka bir deyişle, hücrelerin hastalığa sebep olan eksik veya kusurlu genleri yerine, sağlıklı olan kopyalarının yerleştirilmesi ile gereken tedavi sağlanır.[237]

[234] Brown, T.A. ,a.g.e.s.321.
[235] Süha Aydın, a.g.e., s. 16.
[236] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 74.
[237] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.163.

Gen terapisi, somatik (= vücut hücresi) ve germ hattı (=eşey-üreme hücresi) gen terapisi olarak ikiye ayrılmaktadır.[238] Vücut hücresi gen terapisinde, insanda bulunan hastalık sebebi yetişkin vücut hücresine müdahale edilir. Başka bir deyişle, somatik hücrelerin gen tedavisi, hücrelerde oluşan anomaliyi yani aykırılığı düzeltmek amacıyla yapılmaktadır.[239] Çoğunlukla kanser, kalp hastalıkları ve bulaşıcı hastalıkların tedavisinde gen terapisi uygulanır. Örneğin, kanserin nedeni kusurlu hücrelerin sonsuz sayıda artmasıdır. Bu kontrolsüz artışın sebebi hücre bölünmesine hizmet eden belli genlerin işlevlerini yerine getirememeleridir. Önceleri kanserin temel nedenlerinden birisinin virüsler olduğu benimsendiği için, virüslerle mücadele etmek için çok fazla emek, para ve zaman yitirilmiştir.[240]

Günümüzde araştırmacılar, somatik gen tedavisi yöntemiyle, normal bir genin, hastalığa neden olan genle değiştirilmesini sağlayarak başarılı sonuçlar elde etmektedirler. [241]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 verilir. Normal genler, hastanın hedef hücrelerine vektör denilen taşıyıcı moleküller ile yerleştirilmektedir.[242] Örneğin, Duchenne tipi kas distrofisi için taşıyıcı olan kadınların erkek çocuklarının yarısının hasta olması beklendiğinden, mutlaka embriyoda genetik inceleme yaptırılmalıdır.[243]

Gen terapisinde, genetik bozukluğun tedavi edilmesi için üreme hücreleri ayarlanır. Böylelikle bireyin herhangi bir bozuk geninin yalıtılması sağlanır. Babanın spermine ya da annenin yumurta hücresine yapılacak gen aktarımıyla, iyileştirilmiş gen ile doğacak bebek, genetik hastalığa maruz kalmaksızın dünyaya gözünü

---

[238] Wertz, D.C., Fletcher, J. C., Berg, K. a.g.e.,s. 87; Nesrin Çobanoğlu, a.g.e., s. 164.
[239] Cahid Doğan, Şahsiyet,.s. 116; Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s.55; Brown, T.A. ,a.g.e.s.319; Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e, s. 73; Peter Sudbery, a.g.e.,s.328.
[240] Lewontin, R.C. ,a,g,e,.s. 53
[241] Mehmet Aşkın, a.g.m. ,s. 161.
[242] Abdullah Ekmekçi, Ece Konaç, H. İlke Önen, a.g.m., s. 288; Hülya Bilgen, a.g.m., s. 74; Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e, s. 73.
[243] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.11.

açacaktır. Bu durum dizayn edilmiş bebekler gerçeğine yol açacağından, etik açısından değerlendirilmesi gereken bir sorundur.[244]

İnsanlarda somatik hücrelerin haricinde, diğer hücrelere gen tedavisi yapılmamaktadır. Ancak germ (tohum) hücrelerinde bu tedavi yönteminin uygulanması etik ve teknik nedenlerle olanak dışıdır. Somatik gen tedavisinde, etik sorun bulunmamaktadır. Gen tedavisinin kısa ömürlü olması sebebiyle, gen tedavisine başlanmadan önce, nakledilecek DNA'nın hücre içinde kararlı ve uzun süre kalabilmesi bir sorundur. Aksi halde hastalar sürekli ve dönemsel gen tedavisine uğrayacaklardır. Gen tedavisi uygulamasında bir diğer sorun ise, bazı genetik hastalıklara birden fazla genin yol açmasıdır.[245] Sadece bir tek gende oluşan bir mutasyondan kaynaklanan hastalıkların tedavisinde kullanılabilen gen tedavisi, birden fazla genin etkili olduğu hastalıklar söz konusu olduğunda uygulanamayacaktır.[246]

1.2.6. Genetik Yükseltme

Genetik yükseltmede amaçlanan yeterli olan mevcut işlev, kapasite ve özelliklerin geliştirilmesidir. Kişinin genlerinin rol oynadığı uzun boyluluk, güzellik, yetenek ya da zeka gibi genetik özelliklerin yükseltilmesidir. Kişiyi mevcut ve kabul edilebilir olandan daha iyi düzeye gelmesini sağlayan genetik yükseltme, kişinin ve içinde bulunduğu toplumun sağlığını ve mutluluğunu artırıcı bir etkinliktir.[247] Aynı çevresel koşullarda yaşayan insanlar üzerinde genetik yükseltme uzun bir araştırma ve deneme süreci gerektirse de, bu husus genetik mühendislik yoluyla aşılabilir.

Öğretide genetik yükseltmenin tedavi eylemi dışında değerlendirildiği de görülmektedir. Ancak amaca uygun yorum yapıldığında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Düşük seviyede hemoglobini olan bir sporcu için, daha iyi verim alabilmek için dışarıdan alınacak bir ilaç yoluyla hemoglobin artırımı[248] elbette genetik yükseltmedir. Ancak aynı hemoglobin artırıcı ilaç kansızlık hastalığından acı çeken

[244] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.167.
[245] Begüm Akman, Taner Tuncer, a.g.e, s. 74.
[246] Meral Gürbüz, a.g.e, s. 11.
[247] Sevtap Metin, a.g.e, s. 227.
[248] LeRoy Walters, a.g.m., s. 86.

küçük bir çocuğa verildiğinde tedavi kapsamındadır. [249] İnsanın bedensel ve ruhsal bütünlüğünü korumayı ve geliştirmeyi amaçlayan genetik yükseltmenin, estetik kaygılarla olsa bile, ahlaka aykırı olmadıkça kabulü yerinde olacaktır.

[249] Mehmet Aşkın, a.g.m., s. 162.

İKİNCİ BÖLÜM

GENETİK ARAŞTIRMA VE İNCELEMELERDE ETİK SORUNLAR VE BU SORUNLARIN ÇÖZÜMÜNDE BAŞVURULACAK TEMEL İLKELER

2.1. Genetik Araştırma ve İncelemelerde Etik Sorunlar

Tıp biliminin konusu insan vücududur. Tıbbın artan ve genişleyen alanlarında , çeşitli tartışma konuları ve bakış açılarının getirilmesi doğaldır. Bu bağlamda ölü ya da diri insan bedeni üzerinde yapılan tıbbi çalışmalar, insanın dokunulmazlık alanlarıyla ilgili evrensel normların zorunlu ihlaline dayandığı için, tartışmalara yol açmaktadır. Tıbbın ölüm anına, hastalıkların teşhis ve tedavisindeki süreçlere yönelik karar yetkisi, bu gibi konulardaki bilimsel sınırların yeni keşif ve buluşlarla sürekli olarak değişmesi insanlığa ve insana ilişkin genel etik ve hukuki kabullerin sorgulanmasına neden olmaktadır. Başka bir deyişle, sağlıklı yaşamın derinleştirilmesi ve insan yaşamının uzatılması yönündeki araştırmaların yöntemi, belli kabullerin çağın ruhuna uygun olarak yeniden tanımlanmasıyla gerçekleşebilmektedir. [250]

Genler, her bir insan hücresinin çekirdeğinde bulunduğundan, o hücrenin protein üretimini yönetir. Hücrenin büyümesini ya da büyümesinin durdurulmasını sağlayan proteinler, hücrenin alacağı biçimi de belirler. Genlerden gelen hatalı bir emir nedeniyle bazı proteinlerin fazla miktarda üretimi ya da hiç üretilmemesi sonucunda ortaya çıkan kistik fibroz, tay sachs gibi çoğuna nadiren rastlanan yüzlerce genetik hastalık vardır.[251] Genetik analiz sonucunda elde edilecek bilgi, bu hastalıkları önleyecekse yararlıdır. Hastalık tehdidinin kaldırılmadığı durumlarda ise sürekli kaygı altında yaşamak, bireyde psikolojik baskı yaratabileceği gibi potansiyel

[250] Funda Çoban, a.g.m. , s .22.
[251] Brown, T.A. ,a.g.e .s.321.

hasta olarak yaşamak ailevi, sosyal ve ekonomik sorunları da beraberinde getirir[252]. Bu etik sorunların çeşitli türleri ve çözümünde başvurulacak temel ilkeler bulunmaktadır.[253]

2.1.1. Irka Dayalı Ayrımcılık

Bir çok canlı türünün aksine, farklı ekolojik ortamlara alışabilen insanlar, kutuplardan ekvatora kadar, ekolojik açıdan da geniş bir çeşitlilik arz eden bölgelerde yaşamaktadırlar. Değişik coğrafyalara göç etmiş olan insan grupları, ekonomik, kültürel ve sosyal ağlar üzerinde tarih boyunca birbirleri ile ilişki içinde olmuşlardır. Bu nedenle insanlar genetik olarak, mesela şempanze alt türlerinin birbirlerine olan genetik uzaklıkları ile karşılaştırınca, birbirlerine çok yakındırlar. Fakat bu demek değildir ki insanların genetik çeşitliliği gözardı edilmelidir. Aksine, genetik çeşitliliğimiz ortak tarihimize, zayıflıklarımıza ve bizi biz yapan evrimsel karakteristiklere açılan çok önemli bir penceredir.[254]

Yunanca'da iyi anlamında kullanılan *"eu"* ve soy anlamına gelen *"genes"* sözcüklerinin birleştirilmesinden kaynaklanan *"eugenic"* terimi ile saf ırk ve sağlıklı gen yapısı belirtilmektedir. 1883 yılında Galton tarafından ileri sürülen[255] ve kısa sürede biyolojik olarak belli bir grubun ya da ırkın ıslahı için geliştirilen bu bilimsel hareket, ilerleyen dönemlerde canlı soyunun geliştirilmesi ve genetik bozuklukların onarılması amacıyla teknolojinin araç olarak kullanılması ile tekno-eugenic olarak adlandırılmıştır.[256] Öjenik düşüncelerin kaynağının Darwin'in doğal seleksiyon teorisi ile başladıktan sonra, ilerleyen süreçte amacın mükemmel insanın yaratılması olduğu da ileri sürülmüştür.[257]

19. yüzyıl boyunca yaşanan sanayileşme devrinde, sıra dışı sosyal bozulmalara karşı ortaya çıkan ırka dayalı ayrımcılık, 20. yüzyılın ortalarında kalıtsal belirginlikler hakkında kusurlu kuramlara dayanan sosyal politikalara karşı insan ırkının düzeyini yükseltmek için çalışmalar yapmıştır. Yoksulluk ve halk sağlığı

[252] Sevtap Metin, a.g.e,s.206.
[253] Peter Singer, a.g.m, s.20.
[254] Timur Gültekin, Ömer Gökçümen, a.g.m., s. 23
[255] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 71.
[256] Cahid Doğan, Genetik , s. 300.
[257] Kurt Bayertz, a.g.e., s.63.

üzerindeki olumsuz etkilerin sebebi olarak biyolojik problemler görüldüğünden, hastalıklar ve zayıflıklar ile anti sosyallikle savaşım için öjenik ilkeler[258] benimsenmiştir. Öjenik , 1900-1940 arasında dünya boyunca bir hareket olarak gelişmiştir. II. Dünya Savası öncesindeki on yıllık zaman zarfında genetik determinizmin önemi yadsınamaz. Bu halk politikalarının çoğu biyolojik, tıbbi ve sosyal bilimlerin desteğiyle kurulmuştur.[259] II. Dünya Savaşı başladıktan sonra, Alman ordusunun Yahudilerin kayıtlarını tutmaya başlaması ile kişisel verilerin üçüncü kişilerce ayrımcılık ve diğer olumsuz niyetlere hizmet edecek şekilde kullanılmıştır. [260] Bu ilkelerin Hitler Almanya'sı ve Mussolini İtalya'sında faşizmin sayısız insanın canına, uygarlık için derin acılara neden olduğunu uygarlık tarihi kaydetmiştir.[261]

Öjenik hareketi, pozitif ve negatif öjenik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Pozitif öjenik, istenilen kalıtsal özelliğe sahip bireylerin desteklenmesini savunur. Negatif öjenik ise olumsuz özellikli bireylerin kendi rızaları olmaksızın üremelerinin engellenmesini destekler . Aslında her iki öjeniğin ulaşmak istediği sonuç, toplumda üstün özellikli bireyler oluşturmaktır.[262] Bu nedenle ülkeler, genetik hastalıklardan sosyal huzursuzluklara kadar aniden beliren problemleri sıfırlamak için biyolojik açıklamaları kullanmaktadır. Sorunu oluşturan genleri bulmak için yüksek rakamlarda paralar harcamaktadırlar. Para sorunu olmayan gelişmiş ülkeler, sorunların çözümünü genetik determinizmde bulmaktadırlar.[263]

İnsan Genom Projesi'nin başlangıcı ile birlikte genetik bilgiler, diğer tıbbi bilgilerden özel hale gelmiştir. Ancak bu bilgilerin internet veri bankaları yoluyla kolayca paylaşılması ve konunun insan sağlığını şimdi ve gelecekte de etkilemesi sebebiyle özel bir yasal çerçeveye kazandırılması gerekir. Ayrıca bu bilgiler nedeniyle insanların popüler ve akademik medya tarafından damgalanarak yanlış anlamaların önüne geçilmesi gerekir.[264] Gerçekten de, genetik determinizmin daha

[258] Mehmet Ali Zengin, a.gm., s. 216.
[259] Emet Öztürk, a.g.e., s. 12.
[260] Ahmet Boz, *"Kişisel Verilerin Korunması: Türkiye, ABD ve AB Örnekleri"* Polis Akademisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 34.
[261] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.77.
[262] M. Onur Cin, *a.g.e.* ,s. 199.
[263] Emet Öztürk, a.g.e., s. 14; Doğan, Cahid Doğan, s. 305.
[264] Joly, Y., Knoppers, BM., "Ethics and Genetics". Brenner's Encyclopedia 0f Genetics, 2nd Edition,2013, S. 2, s. 528.

karmaşık bir türü, insan vücudunun çevresel ve genetik etkenlerin sonucu olarak şekillendiğini ileri sürmektedir. 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 karşılaşmaktadır.[265]

Bireyler arasındaki ayrışmaların başlıca sebebini kişilerin kapasitelerine bağlayan bu görüş, tezini boş kovalar örneği ile açıklamaktadır. Her insan farklı boyutlardaki kovalar olarak, dünyaya gözünü açar. Dış ortamdan az ölçekte su gelirse tüm kovalarda eşit miktarda su olur. Fakat suyun çok fazla olması halinde küçük su kovalarının taşacağı, büyük olanların ise daha fazla su alacağı muhakkaktır. İnsanların genetik kapasitelerini artıracak yöntemlerin uygulanması halinde, beceri , verimlilik ve nitel değişimlerinde, doğal ve adil bir gelişim olacaktır.266

Gen testlerinin yapılmasıyla sosyal yaşamda ayrımcılık yasağı ile bağdaşmayan haller ortaya çıkmıştır. Ayrımcılığa dayanan bir sistem ile genetik ayrımcılığı önlemek olanaklı değildir.[267] Ülkemizde gen testlerine sıkça başvurulmaması sebebiyle bu konuda fazla sorun çıkmamaktadır. Ancak gen incelemelerinin gitgide arttığı ve yaygınlaştığı gelişmiş ülkelerde ayrımcılığa konu örneklere rastlanmaktadır. ABD'nde bir şirkete ait iş yerinde çalışan işçilerin rızası alınmaksızın işveren tarafından yaptırılan genetik testler, bu işçilerde görülen karpal tünel sendromu iddiaları üzerine yaptırılmıştır. Karpal Tünel Sendromu, özellikle geceleri ağrı ile uykudan uyanma derecesine gelen bir hastalıktır. Bunun sebebi ele giden nervus medianus adlı sinirin el bileği çevresinde geçtiği bir kanalda sıkışmasıdır. İşte bu rahatsızlığın saptanması amacıyla yapılan gen incelemesi sonucunda pozitif sonuç alınan bir işçinin iş sözleşmesi feshedilmek istenmiştir. Bu istem, Birleşik Devletler Çalışmada Fırsat Eşitliği Komisyonu tarafından, Amerikan Özürlüler Kanunu'na aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle reddedilmiştir.[268]. Şirketin işçilerin rızasını almaksızın yaptırdığı genetik incelemelerin, ayrımcılık oluşturduğu gerekçesiyle de reddolunması mümkündür.

---

[265] Peter Sudbery, a.g.e.,s. 23.
[266] Lewontin, R.C. ,a,g,e, s.41.
[267] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 78; Alberto Marches, a.g.m., s.855.
[268] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.80.

İşverenin, işçinin yapacağı işle sınırlı olarak, işçinin sözleşmeden kaynaklanacak edimi yerine getirememesine neden olacak bir hastalığının bulunmadığını araştırma hakkı olduğu söylenebilir. Bu amaca yönelik olarak, işçiyi gen incelemeleri de dahil olmak üzere belirli testlere tabi tutabilir.[269] Bununla birlikte, işçi iş görme yeteneğini etkilemese bile, işyerinde çalışmasında sakınca doğurabilecek bulaşıcı hastalık gibi sağlık sorunları hakkında işvereni bilgilendirmelidir.[270] Örneğin sağlık kuruluşunda hemşire, hasta bakıcı, laboratuar görevlisi vb. tarzda çalışmak üzere iş başvurusunda bulunan kişi, HIV virüsü taşıyorsa hastalığını kendiliğinden bildirmelidir.[271]

DNA üzerinde yapılan araştırmalarda, bireyin ya da ailesinin veya bağlı bulunduğu topluluğun belirli bir hastalığa olan yatkınlığı saptandığında, çoğu zaman, damgalanmaya[272], dışlanmaya ve ayrımcılığa uğraması söz konusu olabilmektedir.[273] Gen incelemelerinin ayrımcılık yasağını çiğneyen başlıca alanlarından birisi de prenetal dönemde fetus için gerçekleştirilen genetik testlerdir. Kalıtımdan gelen defektlerin prenatal teşhisi için, fetüsü çevreleyen amniyotik sıvının amniyosentez tekniği ile incelenmesi çerçevesinde bu hücreler belirli gen defektleri için problanabilir ve eğer biri bile saptansa fetüsün alınmasına karar verilebilir. Yine kansere eğilimli genlerden BRCA1 ya da BRCA2'den biri için pozitif sonuç elde edilmesi ya da eşcinselliğe yol açan bir genin tespit edilmesi bile fetusun yaşamının sona erdirilmesinde bir neden olabilir. [274]

Irkçılığa dayanan ayrımcı düşüncelerin temelinde, çoğu zaman düşmanlık, nefret, küçük görme, güvensizlik gibi duygular bulunmaktadır. Bu duygularla hareket eden insanların çoğu, ötekini dışlama, uzak tutma amacıyla farklı işlemde bulunmaktadırlar.[275] Ayrımcılığı yasaklayan mevzuatın hazırlanmasında, ayrımcılıkla etkin mücadele edebilmek için bu muamelelerin türlerinin ve kaynağının göz ardı

---

[269] Murat Şen, "Gen Analizlerinin İş Hukuku Alanında Kullanımı", *Me.ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, Cilt: 1, S. 1, Kayseri 2012, s. 131.
[270] Aydın Başbuğ, "İşçinin Genetik Özellikleri ve İş Hukuku",V. Sağlık Hukuku Kurultayı, 01-02 Kasım 2013, Ankara 2014, s.466.
[271] A. Eda Manav, "İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* , C. XIX, S. 2, Ankara 2015,s.118.
[272] Wertz, D.C. , Fletcher, J. C., Berg, K. , a.g.e..s. 20.
[273] Cahid Doğan, Şahsiyet, s.140.
[274] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.81; Aslıhan Tolun, a.g.m., s.11.
[275] Walter Kalın, Jörg Künzli, *The Law of International Human Rights Protection.*Oxford University Press, 2009,s. 367.

edilmemesi gerekir. Ancak uluslararası sözleşmeler ile bu sözleşmelerin yorumlarını içeren karar, tavsiye ve görüşlerde yer alan ayrımcılık tanımlarında, ya muamelenin amaç veya etkisi ya da sadece muamelenin etkisine yollama yapılmaktadır. Bir olayda ayrımcılık yapıldığının kabulü için, uygulamanın amaç ya da etkisinden birisinin ayrımcılık sonucunu doğuracak olması yeterlidir. [276]

Yukarıda söz edilen öjenik hareketle mücadele için, gen incelemelerinin yasal ve etik çerçevelerinin belirlenmesi önem arz etmektedir.[277] İşte bu çabaların ürünü olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde yer alan temel hak ve özgürlüklerden yararlanma açısından, ırka dayalı ayrımcılık kabul edilmemiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesine göre , yapılan sayım örnekseme yöntemi olup, sınırlayıcı sayım değildir. [278] Bu maddeye göre, *" bu sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır"* şeklindedir.

İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi'nin 7/a maddesinde, teknolojik gelişmeler yüzünden genetik farklılıkların saptanmasına bağlı olarak gelişen ayrımcılığa karşı uluslar arası duyarlığın yankısı bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, insan genetik verilerinin ve insan proteomik verilerinin ihlaline ilişkin amaçlar için ya da insan haklarını, temel özgürlükleri veya bir bireyin insanlık onurunu ihlal edecek ya da bir bireyin, ailenin, topluluğun veya toplumun aşağılanmasına yol açabilecek amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılmaması için her türlü çaba sarf edilmelidir.[279]

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 6. maddesiyle , otonom karar verme ilkeleri ile insan onurundan kaynaklanan endişelerle ayrımcılık yasağı somut biçimde vurgulanmıştır.[280] Bu hükme göre, hiç kimse genetik özellikleri nedeni ile insan hak ve temel özgürlükleri ile onurunu ihlal etmeye

[276] İdil Işıl Gül, "Ayrımcılık Yasağına İlişkin Sorunlar", Uğur Alacakaptan'a Armağan, Cilt :2 , İstanbul 2008, s. 353.
[277] Joly Y ., Knoppers BM., a.g.e.,s. 529.
[278] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, a.g.e.,s.316 .
[279] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.48.
[280] Nagehan Gürbüz, (2014). *Biyotıp Hukukunda İnsan Onuru.* İstanbul : XII Levha,s.33.

yönelik veya bunları ihlal edici sonuçlar doğuracak bir ayırımcılığa maruz bırakılmamalıdır.

İnsan geni üzerindeki incelemeleri de kapsayan genetik bilimindeki ilerlemeler, insanlığın bugününü ve yarınını da ilgilendirdiği için, genelde insan onuru, özelde ise kişinin temel hak ve özgürlüklerini, bütün insanların onur ve haysiyetini, kimliğini koruyacak biçimde ve müdahalelerin kişiler arasında ayrımcılık yapılmaksızın kişinin bütünlüğü ile hak ve özgürlüklerine saygıyı teminat altına alan bir yapıda bulunmasını gerektirmektedir.[281] Bu düşüncelerle, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin " Ayırım Yapmama " başlıklı 11. maddesinde, insanlık için yüz karası olan ırkçılığın bilimden dışlanması benimsenmiştir. Anılan hükme göre, bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır.

Bu evrensel norma uygun düşen bir hüküm Alman Gen Teşhisi Kanunu'nda bulunmaktadır. Kanun'un 4. maddesinde, kişinin genetik özelliklerinden dolayı ayrımcılığa tabi tutularak mağdur edilemeyeceği açıkça belirtilmiştir.[282] Hukukumuzda bağımsız bir Gen Teşhisi Kanunu olmadığından, bu husus diğer yasalarda yer verilen hükümlerle engellenmeye çalışılmıştır. Bu yasalardan birisi de İş Kanunu'dur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesine göre, işverenin eşit davranması ifade edilerek eşit davranma ilkesine yer verilmiştir. Bu maddeye göre," *iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz."* denilmek suretiyle eşitlik ilkesi vurgulanmıştır.

İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı olarak farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz.

---

[281] Yener Ünver, a.g.m., s. 202.
[282] Henning Rosenau, a.g.m. s. 250.

Genetik kalıtımı ile insanlara ayrımcılık yapılmasının bir yansıması olarak ortaya çıkan biyolojik determinizmi desteklemeyen düşüncede isabet vardır. Bu görüşe göre, ırklar arası davranış, huy ve zeka gibi özelliklerde genetik farklılıklar bulunmamaktadır. Etnik kökenin ya da ırkın bir tür ekonomik ayrımcılık olarak kullanılması dışında, toplumsal kesimlerin genetik yapılarında bir ayrışmanın varlığını gösteren hiçbir kanıt yoktur. Ayrımcılığı olumsuz bir propaganda aracı olarak gören bu düşünce , genlerle belirlenebilen şeylerle toplumsal ve çevresel değişimlerle değiştirilebilen şeyler arasında sürekli bir kafa karışıklığı yaratarak, toplumsal eşitsiz yapıyı haklılaştırmak amacı gütmektedir.[283] Ancak bazı alanlarda pozitif ayrımcılık yapılması kommuniteryan düşünceye[284] uygundur. Örneğin bir devlet, kendi toplumunun değerleri gereği, yaşlı,yoksul ve engellilere pozitif ayırımcılık yapılmasına karar verebilir. Pozitif ayrımcılık, anahtar mesleklerde siyahların ve kadınların bulunmasıyla çeşitliliği gerçekleştirmeyi sosyal olarak yararlı bir boyut olarak benimser.[285] Kommuniteryan yaklaşım, bu düzenlemeyi, toplumsal değerlere uygun olması nedeniyle adil olarak tanımlamaktadır. Gerçekten de, bireyci yaklaşımın kommuniteryan düşünceye göre dezavantajları bulunmaktadır. Toplumdan soyutlanan bireycilik, sadece bireyin çıkarlarını öngördüğü için sınırlanmış bir alana seslenir. Oysa kommüniteryan düşünce; karşılıklılık, eşitlik, dayanışma[286] ve evrenselliği içermektedir. [287]

Ülkemizin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ile ulusal hukukumuzda mevcut yasal düzenlemelerin , bireyler arasındaki hukuksal ihtilaflara eşitlik ilkesi ile ayrımcılık yasağına göre uygulanması hukuk devleti ilkelerindendir.288 Bu çabaların sürdürülmesi ve korunması, tüm insanların onurda ve haklarda eşit olduğuna dair anlayışın yaygınlaşmasına bağlıdır. Bunun ön koşulunun din, dil, ırk, etnik köken, cinsiyet , siyasal görüş, cinsel yönelim, engellilik ve benzeri nedenlere

---

[283] Lewontin, R.C. , a.g.e.,.s. 51.
[284] Elif Ekmekçi, Perihan Bor, *Tıp Etiği Açısından Sağlık Hakkı ve Romanlar Üzerine Bir Çalışma . Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü,* Doktora Tezi. Ankara 2014, s. 27.
[285] Sandel, Michael J., *Adalet* .(Çeviren : Mehmet Kocaoğlu).4. Baskı. Ankara 2017 s. 235.
[286] Harmon, S.H.E., "Ethical Rhetoric: genomics and the moral content of UNESCO's 'universal' declarations". *J Med Ethics*. S. 34, 2008,s. 3.
[287] Heather Widdows, "Between the individual and the community : the impact of genetics on ethical models". New Genetics and Society. S.28: 2, 2009,s. 180.
[288] Ahmet M. Kılıçoğlu, "Türk Medeni Kanunumuzda İnsan Hakları", Çankaya Üniversitesi Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016, (Yayına Hazırlayanlar : Badur, Emel / Turan Başara, Gamze), Ankara 2016, s. 49.

dayalı ayrımcılığın sorunsalını ve çözümlerini birer vakıa olarak kabul etmek olarak gören düşüncede isabet bulunmaktadır.289

İnsan geni üzerine yapılan incelemeler sonucunda ayrımcılığın doğabileceği sorunsalından hareket edilse de, çözümün etik ve hukuk kurallarıyla yapılacak irdelemelerde olduğu muhakkaktır. Öğretide ileri sürülen düşünceye göre, yapılacak bireysel gen incelemeleri ya da genetik tarama sonucunda elde edilen gen bilgilerinin, uygarlık açısından dayanışmayı ve eşitliği de sağlayacağı ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, insanların toplum halinde yaşamalarından dolayı birbirlerine karşı ahlaki değerlere tutunarak dayanışma yükümlülüğü bulunmaktadır. Toplumun yararı için genetik bilgilerden eşit yararlanma hakkı, insanların maruz kalacağı hastalıkları da azaltacaktır.290

Kanaatimizce, eşit ve adil bir dünya için insan haklarının ulusal ve ulusalüstü belgelerle yaygınlaşarak hukuk düzenlerine girdiği çağdaş demokrasilerde, ırkçı ve eşitsiz yaklaşımların yeri tarihin acı verici çöplüğüdür. Bu nedenle eşitsiz bir sistemden faydalananların ırkçı, dışlayıcı ve ötekileştirici düşüncelerini genetik kalıtıma dayandırmaları kabul edilemez.

2.1.2. Çocuğun Cinsiyetini Belirleme

Genetik manipülasyon uygulamaları, doğacak çocuğun cinsiyetini de belirleyebilmektedir.[291] Cinsiyet, insanın erkek ya da kadın olarak doğumuyla sahip olduğu biyolojik ve fiziksel özelliklerdir. Genel eşitlik ilkesi, başlangıçta sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmaya yönelikti. Ancak günümüzde aleni bir sosyal eşitsizliğin egemen olduğu görülmektedir. Toplumda ailelerin gelir düzeyleri, barınma durumları büyük farklılıklar göstermektedir. Bütün sosyal sınıflar içinde kadınlar, erkeklere oranla eşitsizdirler.[292] Kadınlar ile erkeklere yüklenen toplumsal rolün içerdiği eşitsizlikler kadınları tüm dünyada dezavantajlı hale getirmektedir.[293] Çocuklarımızın cinsel yönelimlerini ve cinsiyet tercihlerini belirleyebilmelerinin etik

[289] Cahid Doğan, a.g.m., s. 314-315; İdil Işıl Gül, a.g.m., s. 339-357.
[290] Ruth Chadwick, a.g.m., s. 63.
[291] Osman Kaşıkçı, *"İnsan Genomu Projesi'nin Etik Açıdan Değerlendirilmesi"*, Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2016), Ankara 2007,s. 152 (Sempozyum)
[292] Zafer Gören, "Suum-Cuıque: Herkese Kendisininki". *İzmir Barosu Dergisi.* Y: 81. s. 2.s. 199-231, İzmir 2016, s. 201.
[293] Mehmet Aşkın, a.g.m., s. 162.

ve hukuksal sonuçları bulunmaktadır. Beynin hipatalamus bölgesinde saptanan bir alanın, kişinin bu özelliğini tayin ettiğine dair bilimsel veriler bulunmaktadır. Homoseksüelliğin genlerle ifade edilebilen ve bu konumun ahlaki bir seçim olmadığı kabul edilmektedir. Günümüzde aileler gen analizleri ile çocuklarının cinsel eğilimini belirlemek bir yana, doğacak çocuğun cinsiyet tercihini de yapmak isteyeceklerdir. Bu isteğin olumlu karşılanması, doğada bulunan erkek ve kadın dengesinin bozulmasına yol açabileceği gibi, homoseksüel, gay ve lezbiyenlerin haklarını ve özgürlüklerini korumak bir yana, gen analizleri sonucunda fetusun doğumu kürtaj ya da diğer yollarla engellenebilecektir[294].

Yaygınlaşan ultrason ve amniyosentez kullanımı, erkek çocuğu beklentisinde olan birçok toplumda, sağlıklı kız ceninleri kürtaj edilmektedir. Kast sisteminin uygulandığı Hindistan'da[295] daha sık rastlanan bu yönelim, patriarkal toplum yapısıyla da ilintilidir. Bu tarz uygulamaların gerekçesi olarak, kadının öncül görevinin erkek çocuk doğurmak olarak benimsenmesidir. Soyun devamının yanı sıra aile büyüklerinin ekonomik destek olarak erkek çocukların görülmesi ayrı bir statü sağlayıcı unsurdur.[296] Erkek çocuk doğurmayan kadının toplumda değer görmemesi, kadın açısından, psikolojik sıkıntıların yanı sıra sağlık sorunlarına sebebiyet vermektedir.[297] Kadının erkek çocuk doğurana kadar çok sayıda doğum yapmasının getirdiği bedensel rahatsızlıklar ile boşanmaya kadar varan aile içi huzursuzluk da madalyonun öbür yüzüdür[298]. Kadın olarak kendisi çileli ve katlanılamaz bir yaşam süren kadının, yaşadıklarının doğacak kızının başına gelmemesi için erkek çocuk doğurmayı yeğlemesi anlaşılabilir. Kadınların piyasa koşullarında istihdama katılmada karşılaştığı cinsiyet ayrımcısı tavırlar ile ekonomik sorunların, erkeklere göre daha fazla olması[299] da doğacak fetüsün ana babasını cinsiyet tercihine zorlamaktadır.

---

[294] Sevtap Metin, a.g.e,s.220.
[295] Berna Arda, Selmin Gölpınar, "Tıbbi Etik Açısından "Doğum Öncesinde Cinsiyet Belirlenmesi". T*ürkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*, (3) 2 , s. 88; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.274.
[296] Arda, Berna , Gölpınar, Selmin, a.g.m., s. 88.
[297] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 73.
[298] Sevtap Metin, a.g.e,s.208; Cahid Doğan, Genetik , s. 317.
[299] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.125; Wertz, D.C., Fletcher, J. C., Berg, K., a.g.e..68.

Cinsiyet tercihinin doğal sonucu, cinsiyet oranları dengesizliğini doğurmasıdır. Kadın nüfusunun azalmasının yol açtığı sorunlar, uygar dünyanın bozulması ile sonuçlanacaktır.[300] Bir an için tüm ana cinsiyet tercihlerini erkek çocuğundan yana yaptığını düşündüğümüzde, insanların çoğalması zorlaşacaktır. Cinsiyet tercihi sonucunda şiddete eğilimli toplumlarda kadın ve kızlara yönelik baskılar artacaktır. Yalnızca erkek çocuk doğurması beklenen kadınların, bu beklentiyi karşılayamamaları durumunda kadının ailede ve çevresinde horlanıp ötekileştirileceği kaçınılmazdır. Kadın böyle bir sürece girdiğinde, boşanmadan intihara kadar pek çok olumsuz sonuçla karşılaşacaktır. Böyle bir yaşantı, uygar dünyanın ritmine ve kurallarına aykırıdır.[301]

Kadın haklarının uygarlık tarihinde gelişmesi, cinsiyet yerine insan odaklı bir eşitlik yaklaşımı ile olanaklıdır. Kadın ve erkek arasındaki eşitlik sorunu, temelinde bir insan hakları sorunudur.[302] Kadının insan hakları sorunsalı, bir cinsiyet ayırımı olarak görülmemelidir. İnsan onurunun çekirdeğini oluşturan kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olmaları ilkesi, hümanizm ve aydınlanma düşüncelerinden kaynaklanmıştır. Bu ilke, insan hakları hukukunun temel unsuru, demokrasinin vazgeçilmez koşuludur.[303] Kadının erkeğe göre ötekileştirilmesi insan haklarına aykırıdır. İnsan haklarının genelliği ve evrenselliğinin gereği olarak, bu haklar cinsiyet farkı baz alınarak tanınan haklardan değildir. İnsan hakları, siyah-beyaz, zengin-fakir, kadın-erkek, yaşlı-genç ayrımı gözetilmeksizin yeryüzündeki insanların, insan onuruna yakışır bir yaşam sürmesi için, uğrunda ölüm dahil olmak üzere hesapsız ve sınırsız bedelleri ödediği temel haklardandır. Ulusların birleşerek kadın ayrımcılığına karşı uluslararası sözleşmelerle, her türlü ayrımcılığın ve bu yolla uygarlığın bozulmasına karşı ilkeleri belirlemesi de bu çabaların yansımasıdır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin "Cinsiyet seçememe " başlıklı 14. maddesinde bu evrensel ve çağcıl ilkeler uluslar arası bir norma bağlanmıştır. Bu hükme göre,*"Cinsiyetle ilgili ciddî bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni döllenme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır."* şeklinde ifade edilmiştir.

---

[300] Arda, Berna, Gölpınar, Selmin, s.88.
[301] Sevtap Metin, a.g.e., s.209; Cahid Doğan, a.g.m., s. 318.
[302] Harmon, S.H.E. a.g.m., s.3.
[303] Zafer Gören, a.g.m., s. 2.s. 210.

Anayasamızın 12. maddesinde özel hayat hakkının[304] da içinde bulunduğu temel hak ve hürriyetlerin niteliği, kadın erkek ayrımcılığı ile cinsiyet tercihi ile uygarlığın bozulmasına set çekmiştir. Bu maddeye göre, herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.

Cenin, tıp bilimi kurallarına göre tanımlanması gereken bir kavramdır. Gebeliğin başlamasından sonra ceninden söz etmek mümkündür. Ceninin varlığı için gebeliğin başlamış olması gerekir. Gebelik dişi yumurtanın erkek spermi ile birleşmesiyle başlayan ve doğumla ya da ceninin ana rahminde ölmesiyle sona eren kural olarak 9 aylık bir süreçtir.[305] Kadın erkek eşitliğine özel bir önem veren TMK'nun 28/2 maddesinde de, anayasal ilkeye bağlı kalmıştır.[306] Hak ehliyetine sahip olmanın, cinsiyetle ilgili olmadığına vurgu yapan bu maddeye göre, çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.

TMK'nun 582/1 maddesinde, ceninin mirasçılığı açısından, sağ doğmak yeterli görülmüştür.[307] Doğacak çocuğun cinsiyeti açısından bir ayrım yapılmadığı bildirilen bu maddeye göre, cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 2. maddesi ile nüfus planlaması düzenlenmiştir. Nüfus planlamasında herhangi bir şekilde cinsiyet tercihi benimsenmemiştir. Sadece çocuk sayısı ve istenilen zamanla sınırlandırılan[308] nüfus planlamasındaki ölçütleri açıklayan yasal norma göre, nüfus planlaması, fertlerin istedikleri sayıda ve istedikleri zaman çocuk sahibi olmaları demektir. Devlet, nüfus planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır. Nüfus planlaması gebeliği önleyici tedbirlerle sağlanır. Gebeliğin sona erdirilmesi ve

---

[304] Enis Karaarslan, Ali Murat Ergin, Nalin Turğut, Özgür Kılıç, "Elektronik Sağlık Kayıtlarının Gizlilik ve Mahremiyeti". İnet-Tr'15, XX. Türkiye'de İnternet Konferansı 1-3 Aralık 2015, İstanbul Üniversitesi. s.215. (E.T. 29.11.2017); M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, a.g.e, s.178; Ümit Yaşar Aras, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2010, s.37.

[305] Olcay Çankaya Işık, "İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından: Cenine İlişkin Bir Manifesto "*Tıp Hukuku Dergisi*, S. 1, İstanbul 2012, s. 172; Önder İlgili, a.g.e.,.s.57; İsmail Dölen, a.g.m.,s. 36.

[306] Serap Helvacı, a.g.e..s. 7.

[307] Mustafa Dural, Tufan Öğüz, a.g.e.,s.20.

[308] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e.,.s.130.

sterilizasyon, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon ameliyesi yapılamaz.

2.1.3. Hastalığın Önlenmesi ya da Düzeltilmesi

Genetik teşhis ve tedavilerde de amaç, diğer tıbbi müdahalelerde olduğu gibi hastalıklara etki eden sebeplerin ortadan kaldırılması, şayet bu mümkün değilse rahatsızlığın olumsuzluklarının azaltılmasıdır. Teşhis ve tedavi eylemlerinin yetkili bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Bu kişi de tıp fakültesi diplomasına sahip olmalıdır. Hekimin sahip olduğu diplomanın yanında, Türk vatandaşı olması, tabip odasına kayıtlı olması, hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel halinin bulunmaması koşullarının birlikte ve noksansız olarak bulunması gerekir.[309]

Hekimlik mesleğinin sanat olması yanında, teorik ve pratik bilgi birikimini gerektiren evrensel bir yönü vardır. Bu mesleğin etik ilkeleri, sadece teşhis ve tedavi aşamasında değil, insanları hastalıklardan koruma ve rahatsızlıkları önleyici aşamasında da önem taşımaktadır. Etik ilkelerin gen araştırmalarında ve gen uygulamalarında da her somut olaya göre ayrı ayrı uygulanması gerekir.[310]Toplumda hastalıkların doğumuna etki eden unsurların yok edilip önlenmesinin yanı sıra, koruyucu hekimlik çalışmaları kapsamında hastalıklarından korumaya yönelik uygulamalar da yapılmaktadır. [311]

Yargıtay verdiği bir kararında hekimin görevinin , hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak olduğunu belirtmiştir. Bu kararda hekimin etik sorumluluğunun, hastanın rahatsızlığını önleyici davranışlarda bulunmayı da kapsadığı özenle vurgulanmıştır. [312]

---

[309] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e.,s. 40; Aykut Cemil Aykın, Serkan Çınarlı, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu.* Ankara 2016, s. 38; Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.3.
[310] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 76.
[311] Akyıldız, Sunay , a.g.e. ,s.318.
[312] Y. 13. H.D., 30.05.2013 T., 2013/1806 E ,14431 K.

2.1.4. Bireyin Kendi Genetik Kimliği ile İlgili Bilgilerin Kendisi veya Üçüncü Kişilerle Paylaşılması

Gen incelemeleri sonucunda elde edilen veriler, muayene edilen kişinin genetik durumunun yanında genetik olarak akraba kişilerin de teşhis ya da tedavi olunan hastalığa yakalanıp yakalanmayacağına dair bilgi sağlar. Ayrıca genetik testler sonucunda sadece var olan hastalıkların teşhisi yapılmamakta, gelecek de ortaya çıkacak hastalık riskleri de öğrenilmektedir. Kişinin genetik kimliği, yakın akraba konumundaki üçüncü kişiler ile de bağlantılıdır.[313] Kişinin yaptırdığı gen incelemelerinden elde edilen verilerin, kendisi ya da üçüncü kişi konumundaki akrabaları tarafından bilinmesi ya da bilinmemesi hakkı oldukça önemli bir konudur.

Öğretide bir görüşe göre, toplum genetiği gibi kişisel açıdan anlamlı olmayan araştırmalarda, kişinin genetik bulguları bilmesi gerekli değildir.[314] Kanaatimizce kişinin bilme ve bilmeme hakkı, kişisel gen incelemelerinde olduğu gibi, genetik taramalarla elde edilen gen bulgularının anonimleştirilmesi ya da taramaya tabi tutulan kişilerin ayrı ayrı bireysel rızalarının bulunması durumunda da tanınması gerekir. Örneğin A kasabasında yaşayan Bay B'nin yaptırdığı gen incelemesi üzerinde bilme ya da bilmeme hakkına sahiptir. Yine Bay B'nin A kasabasında yapılan kansere dair genetik tarama sonuçlarını bilmesi, hem kendi sağlığı hem de ailesi bakımından önemlidir. Meğer ki genetik taramaya katılan kişilerin rızası olmasın ya da genetik veriler anonimleştirilmemiş olmasın.

Bilme ve bilmeme hakkını, kişinin bilişsel geleceğini belirleme hakkı olarak adlandıran görüşte isabet bulunmaktadır. Gerçekten de, kişinin gen incelemelerinin ortaya koyacağı bir hastalık tehlikesini bilmek istememesi bir haktır. Bu hak ihlal

313 ".... Yirmi yaşında bir genç beklenmedik bir şekilde komaya girer ve ölür. Bir doktor, ölümün sebebi olarak X kromozomundan kaynaklı hastanın ciğerinde oluşan bir kalıtsal metabolizma bozukluğu teşhisini koyar ve söz konusu genetik rahatsızlıktan dolayı ölen gencin teyzelerinin yetişmekte olan çocuklarının da aynı hastalığa yakalanma riskinin olduğunu anneye açıklar. Anne utandığı için bu durumdan kimseye bahsetmez, durumu gizler ve hekim mevzu bahis olan kalıtsal karaciğer rahatsızlığının, sıkı bir diyet uygulanmak suretiyle nasıl kontrol altında tutulabileceğini bilmesine rağmen susma yükümlülüğüne uyması gerektiğini düşünerek kimseye bilgi vermez. Ölen gencin teyzeleri ve teyze çocuklarının durumdan haberi olmaz ve böylelikle aile trajedisi başlar. İlk koma vakıasından üç Y sonra kuzenlerden biri de aynı şekilde ölür ve ölen kuzenin annesi, doktoru suçlar. Anneye göre, doktor susarak oğlunun önüne geçilmesi mümkün bir ölümden kurtulma şansını elinden almıştır. Wollenschlager, Ferdinand. "Genetik Teşhisleri ve Üçüncü Kişilerle İlgili Teşhis Öncesi Genetiği Bilme ve Bilmeme Hakkı" (Çeviren : Melike Şentürk), *Tıp Hukuku Dergisi*, Y : 2, S. 4, Ekim 2013.s. 19.

314 Aslıhan Tolun, a.g.m., s.15.

edilecek biçimde, yapılan gen analizlerinin sonuçları bildirilirse hukuka aykırılık gerçekleşecektir. Bu nedenle Almanya'da sigortacılık sektöründe ve işe alımlarda gen incelemelerinin istenilmesi insan onuruna ve genel kişilik haklarına bir saldırı olarak kabul edilerek hukuka aykırı sayılmıştır.[315]

Kişinin kendisiyle ilgili tıbbi verileri ve bununla bağlantılı sonuç ve sorunları bilmesi temel haklarındandır. [316] Bu hak, bireyin vücudu üzerinde yapılacak tüm tıbbi analiz ve müdahaleleri hukuka uygun hale getirecek olan rızanın da ön şartıdır. Kişisel genetik verileri, 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 çok sayıda yararı bulunmaktadır. Bu yarar, bireyin bilme hakkı olarak adlandırılmış ve gen alanı özel bir kişilik hakkı olarak pek çok hukuk düzeninde yasal düzenlemeye konu olmuştur. [317]

Kişinin neleri öğrenmek istediğini belirtmesi halinde, bunun için hangi genetik testleri yaptırması gerektiğini bilmesi geleceğini belirleyebilmesi açısından önemlidir.[318] Böylelikle genetik testlerin sonucuna göre, önleyici ya da tedavi edici tıbbi yöntemler uygulanacaktır.[319] Olası ya da var olan bir hastalığın tedavisi bir yana, kişinin bilme hakkını kullanmasıyla aile kurma, çalışma hayatına katılma ve kimlik oluşturmada da yadsınmaz katkı sağlayacağı açıktır.[320] Öğretide Yıldırım'a göre 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. Kendisine bilme hakkı tanınarak olası ya da mevcut sağlık risklerini öğrenen kişilerin mümkün olduğunca rizikonun gerçekleşmesini önlemek ya da geciktirmek için ilaç tedavisi, diyet ya da hayat tarzı değişikliklerine yöneldikleri görülmektedir. [321]

---

315 Mustafa Fadıl Yıldırım, "Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması Özellikle Üçüncü Kişilerin Bilmeme Hakkının İhlali", *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2014, s. 417.
316 M. Onur Cin, a.g.m. ,s. 16.
317 Meral Gürbüz, a.g.e,s. 89
318 Robertson, J.A., a.g.m.,s.38.
319 Cahid Doğan, a.g.m., s. 271.
320 Cahid Doğan, a.g.m., s. 273.
321 Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e.,s. 38-39.

Genetik testlerin amaçlarından biri de kişinin hangi kalıtsal hastalıkları taşıdığını veya hangi hastalıkları taşımaya genetik yatkınlığı olduğunu öğrenebilmesidir. Alman Hukuku, kişinin kendisi için en verimli yaşam biçimini seçebilmesi adına isteğe bağlı genetik analiz yaptırabilmesini kabul etmiştir. [322]

Hukukumuzda insan geni incelemelerini düzenleyen bağımsız bir kanun bulunmamaktadır. Oysa Alman Gen Teşhis Kanunu ise 01.02.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla birlikte Almanya'da ilk kez insanla ilgili genetik testlerin yasal çerçevesi belirlenmiştir. Bu çerçeve ise genetik bilgilerin değişik kullanım alanlarını kapsamaktadır. Genetik bilgi ise, kişiyle ilgili gen testlerini, kişinin aile üyeleri(eşi, çocukları ve 4. dereceye kadar kan bağı olanlar) ile ilgili gen testlerini, kişinin veya aile üyelerinden birisinin hakkında gen hizmetleri ile ilgili herhangi bir istem ya da klinik araştırmalara katılımı olup olmadığının araştırılmasını içerir.[323] Bu nedenle tıbbi amaçlardan soybağının tespitine, sigorta alanındaki genetik incelemelerden çalışma hayatına kadar genetik araştırmaların nasıl yapılacağı bu kanunda gösterilmiştir.[324] Herkesin sağlık durumu ile ilgili bilgi alma hakkı ve sağlık durumu ile ilgili kayıt ve dokümanları inceleme hakkı vardır. [325] Genetik bilgilerle ilgili olarak HHY'nin 15. maddesinde düzenlenen " Bilgilendirmenin Kapsamı " başlıklı düzenlemesi ile bu testlerin yasal çerçevesi gösterilmiştir. Buna göre,*"Hastaya;*

a) *Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,*
b) *Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,*
c) *Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,*
d) *Muhtemel komplikasyonları,*
e) *Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,*
f) *Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,*
g) *Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,*

[322] Cahid Doğan, a.g.m., s. 273.
[323] Murat Şen, a.g.m.,.s. 129'dan naklen One Hundred Tenth Congress of the United States of America at the Second Session, An Act 493, Sec. 201/4-A, Genetic Information In General, i,ii,iii,pg.26.
[324] Henning Rosenau, a.g.m., s. 242; Tekin Memiş, Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m.,s. 290.
[325] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, .a.g.e,.s.162., İlgili, Önder , a.g.e.s.20.

h) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği,

hususlarında bilgi verilir." şeklindedir.

Bireyin kişilik hakkının korunmasını amaçlayan bilme hakkını düzenleyen çok sayıda bildirge yayımlanmıştır. 1972'de kabul edilen Amerikan Hastane Birliği Hasta Hakları Bildirgesi'nde, *"hastanın hastalığının tanısına ve tedavisine ilişkin doğru, eksiksiz ve anlayabileceği dilde bilgi almaya ve akla uygun bir karar verebilmesine olanak sağlanmasını beklemeye hakkı vardır"* kuralı bulunmaktadır. Akabinde yayımlanan ve altı maddeden oluşan I. Dünya Tabipler Birliği Hasta Hakları Bildirgesi hastanın kendi durumunu belirleme hakkı ve bilme hakkını benimsemiştir. Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi, 1994 yılında Amsterdam'da ilan edilmiştir.[326] Bu bildirgede *"Herkes kendi yaşamını belirleme hakkına sahiptir. Hastalar durumları ile ilgili tıbbi gerçekleri bilme hakkına sahiptirler"* şeklinde bir madde içermektedir. Dünya Tabipler Birliği Hasta Bildirgesi de benzer ilkeler içermektedir.[327]

İsviçre Federal Anayasası'nın 119. maddesinde her kişinin kökeni hakkındaki verilere ulaşma özgürlüğü tanınmıştır. 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinde çocuğun ana babasını bilme hakkı tekrarlanmıştır. Bu maddeye göre, çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 5/1-c bendinde, bilme ve bilmeme hakkı somut biçimde vurgulanmıştır. Bu hükme göre, her bireyin, genetik inceleme ve bunların doğuracağı sonuçlar hakkında bilgi sahibi olmak veya olmamak kararına saygı gösterilmelidir.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin " Özel Yaşam ve Bilgilendirme Hakkı" başlıklı 10. maddesinde , kişilerin sağlık alanında ve kendileri

---

[326] Berna Özpınar, *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları* ,Ankara 2007,s.10; Esra Öztürk, *Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk,* Ankara 2013.s.92.

[327] Meral Gürbüz, a.g.e., s. 89; Bildirgeler için bkz. http://www.biyoetik.org.tr/mevzuat/Uluslararasi/DTB.htm

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.[328] Bu maddeye göre, *"1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*

2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.

3. İstisnai durumlarda, 2 nci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir." şeklindedir.

Kişinin sağlık alanında özellikle genetik inceleme sonucu hakkında bilgilendirilmesi, analizin olumlu ya da olumsuz olmasına göre değişiklik gösterebilir. Zira bilginin niteliğine göre, kişide duygu, düşünce ve davranış değişiklikleri meydana gelecektir. Yapılan analiz sonucunda herhangi bir sağlık sorununun olmadığını ya da mevcut hastalığına ait tedavi sürecinin başarılı sürdüğü şeklindeki bir olumlu bilgi kişiyi rahatlatıp, hayatına iyi bir yön verirken, olumsuz bilgi karşısında kişinin psikolojik olarak çökmesi başta olmak üzere farklı reaksiyonlar gösterebilecektir.[329] Kaldı ki, 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 olabilmektedir. Bu nedenle, isteğe bağlı gen analizinin yaptırılabilmesi ve gelecekte nasıl bir hayatın kendisini beklediğini öğrenebilmesi *"kişinin bilme hakkı"* kapsamında kabul edilmektedir. Ancak, söz konusu bilmenin 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 olacaktır.[330]

Gen testi yaptıran insana, test sonuçlarının anlaşılır bir dille, açık ve seçik olarak bildirilmesi gerekir. Hastanın hoşuna gitmeyecek test sonuçları, kişinin

[328] Cahid Doğan, a.g.m., s. 272.
[329] Nesrin Çobanoğlu, a.g.e., s. 133; Mustafa Dural, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü ", Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008), İstanbul 2011. s.253.
[330] Meral Gürbüz, a.g.e., ,s. 90.

psikolojik durumu da gözetilerek hekim tarafından uygun bir dilde anlatılmalıdır.[331] Örneğin, ne geçmişte ne de gelecekte çocuk sahibi olamayacağı genetik test sonucunda ortaya çıkmış ama üç çocuğu olan bir kimseye *"bilme hakkı "* kapsamında bu durum anlatılmalıdır.

Akrabalara bilme hakkının tanınmasında, bu kişilerin önemli bir çıkarı bulunmaktadır. Erken teşhis sayesinde tam vaktinde tedaviye başlanması veya tedaviye yönelik tedbirler yoluyla önlenebilir hastalıklar konusunda bir umut ışığı doğar.[332] Örneğin kuzeninin kanser olduğu gen incelemesi sonucunda ortaya çıkan bir kişi, bu durumu bilmesi halinde, kendisinin de durumdan kuşkulanarak muayene olması ve belki de var olması durumunda erken teşhis sayesinde bu hastalıktan kurtulması mümkün olabilecektir. Somut bir olayda, 73 yaşında E.Ç. rumuzlu kadın hasta, karın ağrısı, sarılık ve idrarında koyulaşma şikayeti ile hastaneye başvuruyor. Yapılan tetkik sonucunda hastaya pankreas kanseri teşhisi konuyor. Hastanın 15 yıllık diyabet, 25 yıllık tansiyon öyküsü bulunuyor. Hekim hastaya pankreas kanseri olduğunu söylüyor. Burada hastanın özel hayatının gizliliğine riayet edilerek, aydınlatılmış rızasını almak için açıklamalarda bulunulmuş ve bilme hakkına dayanarak hekim bu bilgiyi vermiştir. Hastanın içinde bulunduğu ortam sebebiyle hekimin tanısını söylememesi durumunda da, hastanın zarar görmemesi amaçlanmıştır. Yapılan yorumda, hekimin hastanın durumu ne olursa olsun hastaya tanısını söylemesi ve hastadan tedavisini seçmesini beklemesi gerektiği belirtilmiştir.[333]

Unesco İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 7. maddesinde, kimliği bilinen bir kişiyle ilişkilendirilmiş genetik verilerin yasa tarafından belirlenen koşullarda gizli tutulması gerektiğini belirtmiştir.[334] Benzer bir olayda Unesco, genetik bilgilerin akrabalarla paylaşılmasını hem genetik verilerin

[331] Yusuf Özkul, *İstenmeden ,* s. 54.
[332] Wollenschlager Ferdinand, a.g.m.,s. 28.
[333] Selenge Bedük Çağlayan, Elif Haznedaroğlu, Cem Çöteli, "Bilmeli Mi, Bilmemeli Mi? Yoksa Hiç Öğrenmemeli Mi?" Kanser ve Etik. (Ed. : Nesrin Çobanoğlu). İstanbul 2011, s.71-76.
[334] Harmon, S.H.E. a.g.m..s. 2.

mahrem niteliği hem de genetik bilgileri bilmesi yararına olacak kişinin yaşama hakkı arasında bir çatışma doğuracağını isabetle belirtmiştir.[335]

Ailesel Akdeniz Ateşi gibi bazı hastalıklarda kliniği çok hafif bir seyir izleyen hastalıklar için, bilme hakkının bireye ya da aileye bırakılması önem arz etmektedir. Bireyde çıkması olası bu hastalığın genel kliniği ve gen incelemeleri konusunda, gelecekteki muhtemel teşhis veya tedavi yöntemleri hakkında özerklik ilkesinin de nazara alınarak gen analizleri konusunda bilme hakkı kişinin kendisine ve ailesine tanınmalıdır.[336]

Kişinin yaptırdığı gen incelemesinin sonuçları hem incelemeyi yaptırana hem de aile bireylerine psikolojik olarak zarar verebilir. DNA analizleri sonucu negatif ayrımcılığa uğranabilir. Sigorta ettirilmekten veya işe alınmaktan kaçınılan bireylerin yaşayacakları psikolojik sorunlar göz önüne alındığında bilme hakkının olduğu kadar kişiye yaptırılan testin sonucunu öğrenmeme hakkının da tanınması gerekir. Habersiz kalma, öğrenmeme hakkı olarak da adlandırılan bilmeme hakkı, genetik bilgileri tamamen ya da bir kısmını öğrenmeme hakkıdır.[337]

Gen analizi yaptırma iradesi taşımamasına rağmen, her nasılsa yapılan gen analizinin sonucunda kişini tedavisi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış olduğunun ortaya çıkması halinde, bu bilginin verilmesinin hastanın bilmeme hakkının dolayısıyla kişilik hakkının çiğnendiği yolundaki görüşte isabet bulunmaktadır. Örneğin kemik iliği nakline rıza gösteren babanın doku tipi uyuşması için yapılan tıbbi müdahaleden elde edilen doneden, babalık statüsü de ortaya çıkacaktır.[338] Elbette ki, bu bilginin açıklanmaması gerekmektedir. Zira baba aydınlatılmış rızasını sadece kemik iliği nakli için vermiştir. Bu sebeple kişinin bilmeme hakkına uyulması gerekmektedir.

Genetik incelemenin olumsuz sonuçlarının öğrenilmesi halinde kişinin yaşam sevincinin azalması bir yana, kişinin yaşam kalitesinde olumsuz değişimler yaratacak bir bilginin kişiye bildirilmemesi gerekir. Zira bu hakkın sahibi böyle bir bilgiye

---

[335] " İnsanın Savunmasızlığı ve Kişisel Bütünlüğüne Saygı İlkesi". UNESCO Uluslararası Biyoetik Komitesi. deontoloji.hacettepe.edu.tr (E.T. 24.11.2017)
[336] Aslıhan Tolun, a.g.m., s. 10.
[337] Alberto Marches, a.g.m., s. 856; Mustafa Fadıl Yıldırım, g.m.,s. 416.
[338] Cahid Doğan, a.g.m.,, s. 272.

sahip olmak istememektedir. Tıpkı bunun gibi, genetik analizlerin ortaya koyacağı bir hastalık tehlikesini kişinin bilmek istememesi bir haktır ve korunmaya değerdir.[339] Buna rağmen kişinin gen analizi yapılır ve kendisine bir biçimde duyurulur veya kendisinden gen analizi yaptırması ve kendilerine sunması istenirse kişilik hakları ihlal edilmiş olur ve bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Bu nedenle gen incelemelerinde aydınlatma yükümlülüğünün düzeyi alabildiğine geniş ve ayrıntılı olmalıdır. HHY'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.[340] Bu maddeye göre, ilgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.

Sonradan oluşacak hastalığın önceden tahmin edilmesi halinde, bilgilendirilen kimse bu kötü kaderle birlikte yaşamak zorunda kalır. Henüz bir semptom göstermeyen öngörülmüş hastalığın kişide psikolojik sorunlara, depresyona, korkuya ve hatta intihara bile yol açabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Buna örnek olarak kalıtsal kolon kanserinin bir türü olan kalınbağırsağın ailevi adenomatöz polipleri hastalığı gösterilebilir. Bu hastalığın önlenmesi kalınbağırsağın zamanında alınması ile mümkündür. Ama 35-55 yaş aralığında aniden oluşan, bedensel olarak çökmeye yol açan ve yavaş yavaş ölüme götüren bir hastalık olan huntington hastalığında hiçbir tedavi yoluna başvurulması mümkün değildir.[341] Hastalıkla ilgili bilgi, radyasyon alımı alımı ile sonuçlanacak önleyici muayenelere yol açabileceği gibi, bazen kesin olmayan tıbbi endikasyon ile birlikte reaksiyonel işlemlere (örneğin, bir meme bezinin sırf korku nedeniyle alınması işlemi gibi) sebep olabileceği için, hastalık eğilimini bilmek riskli olabilir.[342] Ayrıca bu hastalığın öğrenilmesi halinde kişinin yaşam sevincini azaltacak, yaşam kalitesini olumsuz etkileyecek bir bilginin,

[339] Osman Kaşıkçı, a.g.m, s. 27; Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m.,s. 421.
[340] Çağlar Özel, Günhan Gönül, a.g.m.,s.445.
[341] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s. 152.
[342] Wollenschlager, Ferdinand, a.g.m,s. 28.

kişinin bilgilendirilmeme istemine rağmen paylaşılması kişilik hakkının ihlâli sonucunu doğuracaktır.

2.1.5. Yaşama ve Sağlık Hakkına Müdahale Edilmemesi

Kişinin yaşama hakkı, sağlık hakkı[343], beden bütünlüğü hakkı kişilik hakları içinde olup, bu haklar bireylerin mutlak, vazgeçilmez hakları niteliğindedir.[344] Beden bütünlüğü kavramı, kişinin fiziksel bütünlüğünün yanında ruhsal tümlüğünü de içermektedir. Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi, TBK'nun 58. maddesine göre manevi tazminata hükmedilmesini gerektirir. [345]Yaşama hakkı temel hak[346] olduğundan, kişiliğin korunması yoluyla diğer haklara göre daha belirginleştirilmiştir. Zira yaşama hakkına yapılan her türlü müdahale bu anlamda Anayasa'ya aykırılık da oluşturacaktır.[347] Kişilik değerlerine yapılan rıza dışı müdahaleler, kişilik haklarını ihlal etmektedir.[348] İstisnai olarak, sağlığın korunmasını gerektiren hallerde yapılacak müdahaleler, Anayasamızın 17. maddesine göre hukuka uygun sayılmaktadır. [349]Anayasamızın 17. maddesinde yaşama hakkı ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir.[350] Bu maddeye göre :

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.

---

[343] Cahid Doğan, Şahsiyet,. s.128; Berna Özpınar, a.g.e.,s.13; Serap Helvacı, a.g.e., s. 77; Zeynep Ateş, "Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası", Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010, s. 51.

[344] Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.51; Zeynep Ateş, a.g.e., s. 50; Hamide Tacir, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011,s. 249.

[345] Fulya Erlüle, *Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat,* Ankara 2011, .s. 135; Çağlar Özel, Günhan Gönül, a.g.m ,s.447,

[346] Cahid Doğan, Şahsiyet, s.122; Ahmet M, Kılıçoğlu, a,g,m., s. 46.

[347] Gökhan Taneri, a.g.e.,s.22; Mustafa Dural, a.g.m. , s.249.

[348] Olcay Çankaya Işık, a.g.e.s. 169; Mine Kasapoğlu Turhan, *Klinik İlaç Araştırmalarında Denek Haklarının Korunması ve İdarenin Sorumluluğu,* Ankara 2015,s.110.

[349] Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.51; Önder İlgili, a.g.e., s.27.

[350] Berna Özpınar, a.g.e, s.11. İlhan Subaşı, a.g.e.,s. 29.

Meşrû müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

Temel hak ve özgürlükler arasında birinci ve vazgeçilmez olan yaşama hakkı, insanın bedensel ve ruhsal tamlığını koruyup sürdürerek varlığının türlü etkilerle bozulmasına karşı koyabilmesidir. Yaşama hakkı, insana yaşamayı kabul etme görevini yüklediği gibi, kendi hayatına başkalarının saygı göstermesini talep etme hakkını da verir. [351]Yaşama hakkının maddi ögesi kişinin biyolojik varlığı, manevi unsur ise ahlaki ve entelektüel varlığıdır. Yaşama hakkının güvenceye bağlanması, insan haklarının korunmasını da beraberinde getirir.[352] Bu nedenle, yaşama hakkına müdahale etmemek yükümlülüğünde bulunan devlet, aynı zamanda her insanın yaşamını üçüncü kişilere karşı da korumak zorundadır.[353] Anayasanın 17. maddesinde, kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne dokunulabilmesinin istisnası "kanunda yazılı haller" olarak belirtilmiştir. Öğretide bu ayrıksı durumun vücut bütünlüğünün anayasal korunması bakımından önemli bir açık olduğu belirtilmiştir.[354] En azından anayasal güvenceler belirlenirken rıza ve hakim kararının açıkça ifade edilmesini veya kanunda belirtilecek hallerin sayılmasını daha güvenceli yaklaşım için öneren bu görüşte[355] isabet bulunmaktadır.

Ulusal ve uluslararası belgelerde anlamını bulan temel hak ve özgürlükler başta olmak üzere hak ve özgürlüklerden yararlanabilmek için, öncelikle insanın yaşamını sürdürebilmesi gerekir. [356] Yaşama saygı ilkesi, insan hakları bağlamında yaşam sadece canlı oluş olarak görülmemekte, aynı zamanda sosyal, kültürel ve ekonomik derinliği de olan bir olgu olarak değerlendirilmektedir.[357] Amerikan

---

[351] Fulya Erlüle, a.g.e. ,s.109.
[352] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, *a.g.e.,* s.43.
[353] Osman Kaşıkçı, a.g.m.,s. 159.
[354] Akyürek, Güçlü, a.g.m., s.9; Arif Barış Özbilen, İ*nsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler,* İstanbul 2011,s. 82.
[355] Sultan Tahmazoğlu Uzeltürk, "Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Doğum ve Üremeye İlişkin Haklar". *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2. Türk -Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, C.I, S. 1, İstanbul 2016, s. 163.
[356] Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.104.
[357] Nüket Örnek Büken, *"Denek ve Hasta Hakları Açısından Klinik İlaç Araştırmaları". Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü,* Doktora Tezi, Ankara 2000.s.87; Nilgün Sarp, "Hekimin Tıbbi

Bağımsızlık bildirgesi ile başlayan AİHS ile devam eden Uluslar arası insan hakları belgeleri ile yaşama hakkı ve insan onuru, herkes[358] için tüm hak ve özgürlüklerin temel ekseni olarak evrensel değere büründürülmüştür. İnsan yaşamının korunması konusunda temel bir hükme[359] yer veren AİHS'nin 2/1 maddesine göre :

"1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez."

Sağlık hakkı[360] ile ilgili olarak ülkemiz , 17 Haziran 1947 tarih ve 6634 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, 9.6.1947 tarih ve 5062 sayılı New Yok'ta Toplanan Milletlerarası Sağlık Konferansında Kabul ve İmza Edilen Belgelerin Onanmasına Dair Kanun ile Dünya Sağlık Örgütü Teşkilatı'nın Anayasası'nı da onamıştır.[361]

Sağlık çalışanlarının görevi, insanın sağlığının bozulmasını önleyici önlemler almak, onu hastalıklardan korumak, bozulan bedensel ve ruhsal yapısını, engel teşkil eden hallerini düzeltmek, ruhsal ve fiziksel acılarını dindirmektir. Bireyin sağlık ve yaşama hakkının gerçekleşmesinde önemli bir görev üstlenmiş olan sağlık çalışanları, günümüz tıbbının gerektirdiği son derece karmaşık ve tehlikeli tedavi yöntemlerini uygulaması ve bunu insan üzerinde gerçekleştirmesi nedeniyle büyük riskler ile karşı karşıya gelmektedir.[362] Tıp hata kabul etmez. Bu nedenle ulusal ve ulusüstü hukuksak düzenlemeler, sağlık hakkına büyük bir önem vermiştir.

Özen Sorumluluğu", V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Kasım 2013, Ankara 2014,s. 45.

[358] Olcay Çankaya Işık, a.g.e., s. 169.

[359] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar , a.g.e., s.107; Metin Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler". *Uluslararası İlişkiler*. Cilt 7, S. 27, Güz 2010, s. 116-121.

[360] Alberto Marches, a.g.m., s. 856; Önder İlgili, a.g.e.s.19; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.115.

[361] "II. Dünya Savaşı sonunda herkesin mümkün olan en yüksek sağlık düzeyine ulaşması amacıyla evrensel düzeyde faaliyette bulunmak üzere kurulan Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), uluslararası sağlık çalışmalarında yönlendirme ve koordinasyonu sağlama genel işlevini haizdir. Bu bağlamda Örgüt, kurucu andlaşmasıyla, üye devletleri sağlık alanına ilişkin faaliyetlerinde belirli bir yönde davranmaya yöneltmeyi hedefleyen çeşitli hukukî belgelerin kabulü konusunda yetkilendirilmektedir. Bahsedilen belgeler, sözleşmeler, tüzükler ve tavsiyeler olup, bu belgelerin kabulü konusunda yetkili organ Dünya Sağlık Asamblesidir (DSÖ Anayasası m. 19-23). Sözleşmeler ve tüzükler tarafları bakımından bağlayıcı iken, tavsiyelerin hukuken bağlayıcılığı bulunmamaktadır."Samancı, Uğur , " Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve Hukuki Niteliği " *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt: 16, S. 2,İzmir 2014, s. 162. Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e.,.s.114.

[362] Nesrin Özkaya, (2012). "Hekim Dışındaki Sağlık Mesleği Mensuplarının Tıbbi Uygulamalardan Doğan Sorumlulukları ve YSŞ Tarafından Hatalı Bulunan Tıbbi Uygulama Örnekleri", *Sağlık Hukuku Makaleleri ,* İstanbul 2012, s. 182.

Uluslararası hukuk dünyasının kabul ettiği yaşama hakkının somutlaşmış hali olan sağlık hakkına dair ülkemiz, daha da ileri bir aşamaya giderek AİHS'nin 25. maddesiyle genel ve eşit biçimde yaşama hakkını benimsemiştir.[363] Türkiye, 27 Mayıs 1949 Tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6/4/1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete'de yayımlanması ve okullarda okutulması, yorumlanması, radyo ve gazetelerde uygun yayında bulunulması kararını almıştır. Resmi Gazete'de yer alan ilgili maddesi şu şekildedir:

"1 - Her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.

2 - Analık ve çocukluk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar, aynı sosyal korunmadan faydalanırlar."

AYM kararlarının özel hukuku ilgilendiren kararlarında, özellikle eşitlik ilkesine bağlı verdiği kararlar öğreti kadar uygulamacılar açısından da önemlidir. Özellikle yurttaşlarımıza bireysel başvuru hakkının kabul edilmesinden sonra, yapılan bireysel başvuruların sonucunda AYM tarafından verilen emsal kararlar da gitgide önem kazanmaktadır. AYM'nin verdiği emsal bir kararında eşitlik ilkesinin önemine dikkat çekilmektedir. Bu karara göre, Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayrım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.[364]

---

[363] İlhan Subaşı, a.g.e.s.32

[364] AYM, 31.10.2013 T. ve 2013/23 E., 2013/123 K.,

2.1.6. Sosyal Devlet İlkesinin Korunması

Sosyal devlet ilkesinin önemi, sağlık hizmetlerinin sunumunda kamu kaynaklarının etkin kullanılmasında görülmektedir. İyileşme şansı oldukça az olan tıbbi vakıalarda tedavinin sürdürülmesi, toplumda kamu kaynaklarının gereği gibi kullanılmayıp boş yere harcandığı kanaatinin oluşmasına sebep olmaktadır. Böylelikle tıbbi imkansızlığın ortaya çıktığı durumlar başta olmak üzere, özellikle yaşlı hastalarla doğuştan zihinsel rahatsızlıkları bulunan kişilerin tedavisi için harcanan paraların kaynakları azaltması sebebiyle, diğer hastalara yeterince sağlık hizmetlerinin sağlanmadığı ya da tıp dışındaki harcama kalemlerine yeterince pay ayrılmadığı gibi yanlış düşünceler oluşmasına sebep olabilmektedir.[365]Piyasa ekonomisinin bu acımasız yönünün, sosyal devlet ilkesinin benimsenmesi ile ortadan kaldırıldığı, en azından törpülenerek azaltıldığı bilinen bir gerçekliktir.

AİHS'nde[366] tedavi hakkını düzenleyen doğrudan bir norm bulunmamaktadır. Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşama hakkının, eşit ve genel yapısı itibarıyla sosyal devlet ilkesini de bünyesinde barındırdığı söylenebilir. Ayrıca 8. maddede düzenlenen özel hayatın ve ailenin korunması hakkı da devletlere tedavi giderleri konusunda yükümlülük getirmektedir. Bu hakkın ancak genel ahlak ve sağlık ile diğer hak ve özgürlüklerin korunması maksadıyla sınırlanabileceği belirtilmekle, kamu yararı ve bireysel yarar arasında bir dengenin oluşturulması gereğine işaret edilmiştir.[367] Anayasamızın 2. maddesinde, devletimizin nitelikleri sayılmıştır. Bu ilkelerden birisi de sosyal hukuk devleti ilkesidir. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararlarında, sosyal devlet ilkesini, Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir

[365] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.358.
[366] Henk Have, a.g.e., s.95.
[367] "... Ryan 6 haftalık premature bir bebek olarak dünyaya gelmiş olup solunum işlevlerinde bozukluk, sindirim organlarında blokajve beyninde deformasyon saptanmıştır. Daha sonra bebek Ryan damar yoluyla beslenmeye başlanmış ve diyaliz ünitesine bağlanmıştır. Doktorlar bebeğin bu şekilde iki Y daha yaşatılabileceğini ve uzun dönemli diyalizin etik olmamasının yanında uygun bir tedavi yöntemi olmadığını belirterek tedaviye son verilmesini istemişlerdir. Hastanenin bu istemi bebeğin ana basası tarafından reddolunmuştur. Bunun üzerine aile mahkemeden diyaliz tedavisine devam edilmesi yönünde bir karar almıştır. Daha sonra başka bir hastane bebek Ryan'ı kabul ederek tedavisini üstlenmiştir. Kısa bir süre sonra bebeğe cerrahi operasyon yapılarak sindirim sistemindeki sorun giderilmiş ve oral yoldan beslenmesi sağlanmıştır. Bu olay yaşama hakkının sağlanması gibi yüksek bir amacın kamu kaynaklarının israfı gerekçesi gibi basit bir şekilde ele alınamayacağını ortaya koymuştur." Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.361.

hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet olarak tanımlamıştır."[368]

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 15. maddesinde sosyal devlet ilkesinin temel unsuru olan insan haklarına ve temel özgürlüklere uygun biçimde insan genomu ile ilgili araştırmaların yapılmasının gerektiği somut biçimde vurgulanmıştır. Söz konusu hükme göre :

"Devletler, insan haklarına, temel özgürlüklere, insan onuruna saygı göstermek ve toplum sağlığını korumak amacı ile bu Bildirgede öngörülen ilkelere uygun olarak insan genomu ile ilgili araştırmaların serbestçe yürütülüş çerçevesini belirlemek için gerekli önlemleri almalıdır. Devletler, araştırma sonuçlarının barışçı olmayan amaçlarla kullanılmamasını sağlamak için çaba göstermelidir."

Aynı Bildirge'nin 15. maddesinde sosyal devlet ilkesinin hedeflerinden olan sosyal sorunların çözümü ,insan genomu ile ilgili araştırmalardan kaynaklansa bile devletlerin sorumluluğuna bırakılmıştır. Anılan hükme göre :

"Devletler, insan genomu ile ilgili araştırmalar ve bunların uygulamalarının ortaya çıkardığı etik, hukuki ve sosyal sorunların değerlendirilmesinden sorumlu bağımsız, çeşitli bilim dalları ve görüşleri temsil eden, etik komitelerin uygun görülecek çeşitli düzeylerde kurulmasının teşvik edilmesinin yararını kabul etmelidir."

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 17. maddesinde sosyal devlet ilkesinin temel unsuru olan zayıfın korunması, sosyal kesimler arasındaki adaletsizliğin giderilmesi çabalarının artırılması gerektiği somut biçimde vurgulanmıştır. Genetik hastalık veya özürlüler ile aileleri ve toplulukları ile dayanışmayı öneren bu hükme göre :

"Devletler, genetik hastalık veya özürlere yatkınlığı olan veya bunlara yakalanmış olan bireyler, aileler ve topluluklarla dayanışma göstermeli, geliştirmeli ve dayanışmayı desteklemelidir. Devletler, genetik kökenli olan veya genetik yatkınlık

[368] AYM, 03.10.2013 T. 2012/103 E., 2013/105 K.

nedeni ile ortaya çıkan ve özellikle nadir hastalıkların yanı sıra dünya nüfusunun büyük kısmını etkileyen endemik hastalıkların da belirlenmesi, önlenmesi ve tedavisine yönelik araştırmaları desteklemelidir."

Devletler hukukunda siyasi amaçlarla düzenlenen ve bağlayıcılığı bulunmayan belgelere, bildirge adı verilir. İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi de bu niteliktedir. Ancak bildirgede bulunan kuralların gelecekteki düzenlemelere kaynak olmaları, bu gerçekleşmediği takdirde zamanla örf ve adet hukuku niteliğini kazanıp bağlayıcılık kazanmasının mümkün olduğunu belirten görüşte isabet bulunmaktadır.[369]

Kişilik hakkına dahil olan sağlık hakkı[370], Anayasamızın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesinde sosyal güvenlik hakkı ile iç içe geçmiştir. Sosyal güvenlik hakkı kişilere, "yaşlılık, hastalık, kaza, ölüm ve sakatlık gibi sosyal riskler karşısında asgari ölçüde bir yaşam düzeyi" sağlaması yönüyle yaşam hakkı ile de ilişkilidir. 5510 sayılı Kanun ile getirilen yasal düzenleme, sağlık hizmetlerine ulaşılmasının önündeki ekonomik engellere karşı alınmış önlemlerdendir. Genel sağlık sigortası uygulaması ile sisteme katılanların tedavi giderleri ile ödeme gücü olmayanların tedavi giderleri karşılanabilmektedir. Bu yönüyle sosyal güvenlik hakkı, yaşam hakkı ve sağlık hakkının sosyal bir devlette zorunlu bir sonucu ile yaşam ve sağlık hakkının yerine getirilmesinin zorunlu sonucudur.[371]

Devletin sosyal yükümlülüğünden, önce sosyal bakımdan zayıf olanların desteklenmesi, sonra özel teşebbüsler yoluyla yeterli ölçüde güvence sağlanamayan tüm alanlarda herkese yaşam yardımı konusunda özel bir sorumluluk doğmaktadır.[372] HHY'nin 4. maddesinin (b) bendinde hasta, "sağlık hizmetlerinden yararlanma ihtiyacı bulunan kimse" olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, yönetmelikteki haklardan yararlanacak kişiler olarak hasta yakınlarını da kapsaması sebebiyle çok geniştir. [373]Sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan, hastalanmış, rahatsız kişiler hasta

---

[369] Ezgi Başak Demirayak, a.g.e., s.44; Cahid Doğan, Tedaviyi Kabul Etmeme ve Durdurma Hakkı",Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008), İstanbul 2011, s. 307-359, s. 307.
[370] Fulya Erlüle, a.g.e. ,s.113.
[371] Özgür Temiz, "*Türk Hukukunda Sağlık Hakkı Ve Bir Kamu Hizmeti Olarak Sağlık",* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara 2013,s. 133.
[372] Zafer Gören, a.g.m., s. 2.s. 209.
[373] Emel Badur, a.g.e., .s. 55.

olarak tanımlamak mümkündür. Bunun yanı sıra sağlık ise, kişinin bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik olarak ifade edilebilir. Bu bakımdan, bedensel ve ruhsal olarak iyilik halinde bulunmadığı için sağlık hizmetine gereksinimi olan kişi, hasta olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle fiziksel ve/veya ruhsal sağlığı bozuk kişilere hasta denildiği gibi, sağlık bakımından bir sorunu olmadığı halde, örneğin estetik kaygılarla ya da sünnet gibi toplumsal veya dinsel düşüncelerle ya da tıbbi zorunluluk bulunmamasına rağmen kürtaj gibi sebeplerle hekime başvuran kişileri de hasta olarak benimseyen düşüncede isabet bulunmaktadır.[374] Bu kapsama gen incelemeleri için hekime başvuran kişilerin de girdiği muhakkaktır. Bu nedenle sağlık hizmetlerinden herkesin eşit olarak yararlanması ve hastalığın türü, zamanı, ikamet yeri veya mali kaynaklar konusunda bir ayırım yapılmaması gerekir. 375

Yargıtay insan yaşamının söz konusu olduğu acil hallerde sağlık hizmetlerinden yararlanılmasının bir takım yasal prosedürlerin gerçekleşmesine bağlanmasını kabul etmemiştir. Bu karara göre,sağlık hizmetlerinin devlet tarafından sunulması Anayasada açıkça ifade edildiği üzere sosyal devlet niteliğinin bir gereğidir. Sağlıklı yaşam hakkının herhangi bir şarta tabi kılınmaksızın gerçekleştirilmesi gereklidir. Her birey sağlık ihtiyaçlarının karşılanması için sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına sahiptir. Bu nedenle özellikle insan yaşamının söz konusu olduğu acil hallerde sağlık hizmetlerinden yararlanılmasının bir takım yasal prosedürlerin gerçekleşmesine bağlanması doğru değildir. [376]

Sağlık hakkının kişiye maddi ve manevi destek sağlaması, sosyal hukuk devleti ilkesinin yaşama geçirilmesi hallerinden birisidir. Bu hal insan geni üzerinde yapılan incelemeler için de geçerlidir. Hekimin gereksiz harcama yaptırmama yükümlülüğü, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeyle birlikte, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 20. maddesi hekime, zorunluluk olmadıkça pahalı ilaç ve tedavi yöntemlerini önermeme, gereksiz harcamaları yaptırmama yükümlülüğünü yüklemektedir. Öğretide bu düzenlemelerin hekime bedensel bütünlüğe zarar vermemenin yanı sıra ekonomik açıdan da hastayı

[374] Hasan Petek, "Hasta Ve Yakınlarının Uyguladıkları Şiddet Sebebiyle Sağlık Personelinin Uğradığı Zararların Tazmini" *İzmir Barosu Dergisi*, Y : 81. S. 3, İzmir 2016, s.206.
[375] Mehmet Akif Poroy, "AB'nde Hasta Hakları", V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu 8-9 Kasım 2013, Ankara 2014,.s.149.
[376] Y. H.G.K. 23.12.2009 T. 2009/4-471 E., 2009/578 K.

koruma yükümlülüğü getirilmiştir.377 Kanaatimizce isabet bulunan bu görüşten yola çıkarak, hekimin gen incelemesi yaptıran kişiye, yapacağı incelemeleri en ucuz ve en sağlıklı biçimde sunması sosyal devlet ilkesinin zayıf olanı korumasının pratikteki yansımasıdır.

2.1.7. Genetik Bilgilerin Ticarileştirilmemesi

Genom projesi ile elde edilen veriler ile doğrudan doğruya ilgili olarak hukuk düzenlerinin karşı karşıya kaldığı başlıca sorun, genlerin patentlenmesidir. Latince kökenli olup, " açık olmak, mühür ile kapatılmamış" anlamına gelen patent[378] kelime anlamıyla, mucide icat ettiği şey üzerinde ticari kullanma hakkı tanıyan ve devletçe temin edilen hukuksal durum ya da belge anlamına gelir. Patentler özellikle buluşları özendirmek için verilmektedir.[379] İnsan genom projesi ile sayılamayacak kadar çok DNA dizilişi bulunmuştur. Bunların büyük bir çoğunluğu patent ya da yayın yolu ile kamu oyuna duyurulmuştur. Gen dizilişlerinin tespiti, bu dizilişlerin fenotipleri ile ilişkilerine göre genetik hastalık faktörlerinin belirlenmesinin yolunu açmış, bir gene bağlı olarak ortaya çıkabilecek hastalıklar ve dolayısıyla bu tür hastalıkların tedavisi için gen dizilişlerine duyulan ihtiyaç, gen dizilişlerinin patentinin alınması yolundaki girişimlerle sonuçlanmıştır. [380]

Hukuk düzenleri patentle ilgili olarak, usul patentinin alınabilmesine imkan tanımaktadırlar. Zira keşifler en azından Kıta Avrupası hukukunda patente konu olamamaktadırlar. Patentin konusu bir icat yani yenilik olmalı, bir buluş basamağını temsil etmeli, sanayiye de uygulanabilir olmalıdır. Bununla birlikte bir genin diğerlerinden nasıl izole edilebileceği bir buluş olarak kabul edilmekte ve patentlenebilmektedir. Patentleme, bu bulusun ancak patent hakkı sahibine ödenmesi gereken bir bedel ile kullanılabilmesini sağlar; patent hakkı sahibinin izni olmaksızın bu bulusun kullanılabilmesi ise mümkün değildir.[381]

---

[377] Sunay Akyıldız, a.g.e. ,s. 335
[378] Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç, Temel Nal, *Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları,* 3. Baskı. Ankara 2013,s. 199.Tekinalp, Ünal ,a.g.e., s.523.
[379] Hülya Bilgen, a.g.m., s. 97; Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç, Temel Nal, a.g.e.,.s. 204.
[380] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 364.
[381] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 364.

İnsan genleri üzerindeki patentler, gen sıralamalarının tüm olasılıklarını, teşhis ve tedavi niyetli kullanımları, genlerin yardımı ile üretilen proteinleri ve bunların tıbbi amaçlı kullanımlarını içermektedir. Patentleme sadece insan genlerinin dizilimiyle ilgili olmayıp, bir genin mutasyonları ile insanın genetik verisini kullanan teşhis ve tedavi yöntemlerini de içinde barındırmaktadır[382]. Tarihsel süreçte genlerin metalaşması aslında insan vücudunun metalaşmasının bir yansımasıdır. Seks işçiliği, kölelik ve insan ölüsünün satılması gibi durumlar insan bedeninin metalaşmasına örnek gösterilebilir[383]. Gen çalışması sonucunda elde edilen ürünlerin ticarete konu olması, insan bedenini bir maden ocağı olarak gören zihniyettir. Paranın satın alabileceği nesneler listesinin kabardığı çağımızda, insanoğlu her geçen gün insanlıktan çıkarılma sürecine çekilmekte, yaşayan insanın bedeni bilimsel araştırmaların nesnesi haline gelmektedir. Ekonomik isteklerin konusu olarak metalaştırılan insan vücudu, insan onuru ve insan hakları kavramına aykırılık oluşturmaktadır.

Öğretide bir görüşe göre, kişilerin gen yapıları üzerinde bir mülkiyet ya da fikri ve sınai haktan söz edilemez. İnsan bedeni ve onun özünü oluşturan genlerin bir metaya dönüştürülmesi kabul edilemez. İnsanın ve insana ait parçaların ticari olarak kullanılmasına ilişkin yasağın kaynağı din ve ahlaktan kaynaklanmakla birlikte hukuk sisteminden de doğmaktadır. Yaşayan bir insanın ve onun parçalarının mülkiyete konu olamayacağı, ticari bir meta olarak değerlendirilemeyeceği benimsenmiş ve bunun nedeni de insan onurunun korunmasıdır.[384] Bu görüşe değişik gerekçeyle katılan bir başka görüşe göre, genlerin bir buluş olmaması ve bir keşif olması sebebiyle patentlenememesi gerekir.385 İnsan geni üzerinde ticaret yasağı bulunduğundan dolayı, ticarete konu olamayacak bir varlığın da da patente konu olmasından söz edilemez.

6212 sayılı yasa ile onaylanması uygun bulunan ve Bakanlar Kurulu'nca da 5 Mayıs 2011'de onaylanan "Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp

---

[382] Sevtap Metin, a.g.e,s.456; Meral Gürbüz, (2011). "Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* s : 1.s.

[383] Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.176.

[384] Ömer Ömeroğlu, "Yeni Bir İnsan Hakkı: Benzersiz Olma Hakkı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.X, S.2, İzmir 2008,s.109; Memiş, Tekin, a.g.m.,s. 41.

[385] Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 33.

Sözleşmesine Ek Protokol" 8. maddesine göre "her araştırmanın bilimsel bir temele sahip olması, genel kabul görmüş bilimsel ölçütlere uygun olması ve nitelikli bir araştırmacının ilgili profesyonel zorunluluklar ve standartlar uyarınca uygulanması zorunludur". Bu evrensel norma göre, bilimsel bir temeli, amacı bulunan, yerleşik bilimsel ölçüt ve standartlara uygun, gerekli niteliklere sahip kişilerce yapılan araştırmalar bilimsel araştırmalardır. [386] Bir başka deyişle, bilimsel araştırma bir hipotezi test etmek, geçerli, güvenilir veya genellenebilen bilgiye katkıda bulunmak için uygulanan, yöntemi modern bilimin ilkeleriyle belirlenen ve bu ilkeler doğrultusunda yürütülen çalışmalardır.387

Genetik bilgilerin bir kazanç kaynağı olması için projeler geliştirilmiştir. Bunun ilk uygulaması 200 araştırıcı tarafından internette açılan bir bahis sitesidir. Bir dolar ödeyerek bu bahse katılanlar arasında gen sayısını tam olarak bilen kişi havuzda toplanan parayı kazanacaktır. Bunun gibi radyasyona dayanıklı Deinococcus radiodurans bakterisinin ya da menenjit etkeni Neisseria menengiditis'in genomunun bütünüyle çözümlenmesinden, bunların biyolojik, kimyasal silah olarak kullanılabileceği yaklaşımları aşırı kötümserlik olarak nitelendirilebilir. İnsanlık tarihinde siyasi ve ekonomik güç için canlılara her türlü zarar verebilecek kertede gözünü karartmış insanların öyküleri, bu kötümserliği pek de haksız kılmamaktadır.

Bu kaygılar sonucunda insanlığın gen incelemelerinde " her şeyin para olmadığını" gösteren etik kuralların kökeni, İnsan Genom Projesinin araştırılmasından çok öncelerine dayanmaktadır. Gerçekten de, etik kurallar tarih içerisinde yazısız ve ahlaka uygun, insanlığın gerektirdiği davranış biçimleri olarak ortaya çıksa bile, bunlar, 19. yüzyıldan bu yana yazılı kurallar haline gelmişlerdir.[388] Ahlak, insanın aile, din ve sosyal yaşamda kazandığı birikimler sonucu elde ettiği değerdir.[389] Etik ise, ne yapmamız gerektiği hususunda makul ve mantıklı bir şekilde karar vermemize yardımcı olan felsefi bir disiplindir.[390] Bu disiplin, insanlar

[386] Akyürek, Güçlü a.g.m. , s.10.
[387] Ayşe Almula Pazarcı, "Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Kaynaklar Çerçevesinde İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Kavramları", Sağlık Hukuku Digestası, Ankara 2012, S.2 , Ankara 2012, s.33; Nesrin Özkaya, Betül Çakır, a.g.m., s. 228.
[388] Köksal Bayraktar, "Tıp Etik Kurallarının Hukuka Etkisi". Tıp Ceza Hukuku'nun Güncel Sorunları. TBB Yayını, Ankara : 2008.s. 30.
[389] Yeşim Işıl, Ülman, a.g.m., s.1; Tim Bond, *Psikolojik Danışmanlıkta Etik ve Yasal Konular,* (Çeviren : Binnur Yeşilyaprak), 2. Baskı , İstanbul 2016, s.8; Sandel, Michael J. a.g.e., s.156.
[390] Osman Kaşıkçı, a.g.m.s. 20,

arasındaki ilişkilerde açık uçlu sorulara "iyi-kötü " değerlendirmeleri ile yanıtlar arama uğraşısındadır.[391]

Genetik incelemelerin ticaret yasağı kapsamında olmalarının yanı sıra, firmalar tarafından sağlanacak parasal kazançların biyoetik uzmanlarının bile tarafsızlığını etkileyebilecektir. Bu uzmanların vereceği kararlar, firmaların çıkarı ile ters düşmeyecek şekilde çıkabilir. Yapılan çeşitli tasarımlarda ya da çalışmalarda etik ya da biyoetik uzmanlarının olmaması projenin devamlılığında herhangi bir sorun oluşturmamaktadır. Bununla birlikte biyoetik uzmanlarının projeler ya da çalışmalar içinde aktif rol alması olumlu ve kabul edilebilir sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu gerekçelerle biyoetik uzmanlarının önemli konularda kurumların amaçlarını ve hedeflerini açık, olumlu ve tarafsız şekilde belirtmesini ileri süren düşüncede isabet bulunmaktadır.[392] Kaldı ki, modern sağlık hizmetinde kapsayıcı olmak hayati bir bakış açısıdır.[393]

Dünya Tıp Birliği, 1964 yılında yayınlanan Helsinki Bildirgesi ile tıp araştırmalarında uygulanması gereken etik kuralları belirlemiştir.[394] İlerleyen süreçte 1997 ve 2003 yıllarında Unesco'nun bildirgelerinde, insan haklarına, onuruna ve özgürlüğüne saygı gösterileceği, ırsi özellikleri nedeni ile her türlü ayrımcılık yasaklanmıştır.[395] Genetik incelemelerin ve bu incelemeler sonucunda elde edilen genetik uygulamaların yapılması ile genetik alışmalarda kamu kaynaklarının kullanılması için etik kurullarının[396] kararları şart koşulmuştur.[397] Bu bağlamda, 1932'de Tuskegge Üniversitesi'nde 399 zenci sifi lis hastası ile 201 zenci sağlıklı gönüllü üzerinde yürütülen araştırmada hasta katılımcılar 40 yıl süreyle tedavisiz bırakılmışlardı. 1947 yılında sif lis tedavisinde penisilinin etkisi bulunmasına rağmen araştırmacılar katılımcılara bu tedaviyi uygulamamışlardı. Yine 1947 yılında kabul

---

[391] İlke Bezen Aydoğdu, Nesrin Çobanoğlu, " Tıp Etiğinden Bitoetiğe İlerlerken Biyoetik Uzmanı : Sorun Kümesi mi Çözüm mü?" *Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık,* Türk Tıp Dizini, 2009 s. 131.Bond, Tim , a.g.e. ,s. 8.

[392] İlke Bezen Aydoğdu, Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 137.

[393] Lucy Frith, "Why Health Services Research Needs Bioethics". *J med Ethics,* 2017, s. 2.

[394] Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.78; Turhan, Mine Kasapoğlu, a.g.e.,s.115.,s.101; Hamide Tacir, a.g.e.,s.31.

[395] Pınar Aksoy Gülaslan, a.g.m. ,s.468.

[396] Yeşim Işıl, Ülman, a.g.m., s.4.; Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu (1996). *Deontoloji.* Ankara : Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi :Bilimsel Yayınlar Serisi No:37.s.61.

[397] Eyyüb Macar, "*Sağlık Çalışanlarının Sağlık Etiğine Bakışı (Diyarbakır Gazi Yaşargil Eğitim Ve Araştırma Hastanesi Örneği",* Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 54.

edilen ve araştırmaya katılımda gönüllük esasını getiren Nürnberg Kodu ilkelerinin bu araştırmaya uygulanmasına gerek görülmemişti. Tuskegee araştırması 40 yıl sürmüş 1972'de gerçek ortaya çıktığında yüzlerce hasta zaten ölmüş, eşlerine ve konjenital olarak çocukları- na hastalık bulaşmıştı. Bu skandal ABD'de National Review Board (Etik Kurullar)ın kurulmasını başlatan "National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research and the National Research Act" isimli yasanın çıkması sağlanmıştır.

Unesco Genel Konferansı'nın 16 Ekim 2003 tarihindeki 32. oturumunda oybirliği ile İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi'nin amacı belirtilmiştir. Buna göre :

"(a) Bu bildirgenin amaçları: insan genetik verilerinin, insan proteomik verilerinin ve elde edildikleri biyolojik örneklerin ……. eldesinde, işlenmesinde, kullanımında ve saklanmasında eşitlik, adalet ve dayanışma gereklerince ve araştırma özgürlüğünü de kapsamak üzere, düşünce ve ifade özgürlüğüne hak edeceği değeri vererek; bu konularda üye Devletler'in yasa ve politikalarını belirlemede yol gösterecek ilkeleri koymak; ve ilgili bireyler ve kurumlar için bu alanda yapılacak uygulamaların doğru işleyebilmesi için temel ilkeler oluşturmaktır.

(b) İnsan genetik verilerinin, insan proteomik verilerinin ve biyolojik örneklerin her türlü eldesi, işlenmesi, kullanımı ve saklanması uluslararası insan hakları hukukuyla uyumlu olacaktır.

(c) Bu bildirgenin hükümleri insan genetik verilerinin, insan proteomik verilerinin ve biyolojik örneklerin eldesini, işlenmesini, kullanımını ve saklanmasını içerir. Cezai suçların araştırma, tespit ve dava süreçleri ile uluslararası insan haklarına uygun bir şekilde yürütülen iç hukuka tabi ebeveynlik testleri bu hükümlerin kapsamının dışındadır."

Avrupa Biyotıp Sözleşmesinde de, insan bedeni ve parçalarının ticari amaç için kullanılamayacağı belirtilmiştir. Sözleşme'nin 21. maddesinde insan vücuduna verilen değerin, insan onuru ile özdeş olduğu kurala bağlanmıştır. Bu hükme göre, insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır.

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nde insan vücudunun ve parçalarının ticari kazanç sağlanmasına konu olamayacağı ele alınmıştır. [398] Gerçekten de, bir buluşun patentlenmesi için, o şeyin insan dehasının ürünü olması gerekir. Makine, imalat, ticari ürünler, yöntem veya madde bileşimleri bu nitelikleri sebebiyle patente konu olabilir. Ancak doğa ürünü olan şeyler patente konu olamaz.[399] Bu nedenle kanı ürün saymasına rağmen, kan verenin üretici olmadığını belirten görüşte isabet bulunmaktadır. Çünkü kan üzerinde, kan veren kişinin ticari bir yarar sağlamaya yönelik bir emek sarf etmesinden söz edilemez.[400]

Patentleme, doğanın keşfi ile insan eliyle yapılmış yararlı teknolojiler arasında bir fark görerek, doğada kendiliğinden var olan bir şeyin bulunmasını yasal koruma altına almamaktadır.[401] Amerikan Temyiz Mahkemesi 13.06.2013 tarihinde verdiği " Myriad Genetics" kararıyla, DNA'nın doğanın bir parçası olduğunu ve patent konusu olamayacağını ancak somatik DNA ve gen dizilimlerine patent verilebileceği belirtilmiştir.402

Biyoteknoloji araştırmaları milyar dolarlarla ifade edilen bir endüstri haline geldiğinden, bu araştırmaların finanse edilmesi başlı başına bir sorun haline gelmektedir.[403] Çünkü biyoteknoloji o kadar geniş bir alana hitap etmektedir ki, hücre ve doku biyoloji kültürü, moleküler biyoloji[404], mikrobiyoloji, genetik, fizyoloji ve biyokimya gibi doğa bilimlerinin yanı sıra mühendislik ve bilgisayar mühendisliği disiplinlerini kullanarak, DNA teknolojisiyle bitki, hayvan ve mikroorganizmaları geliştirmek, mevcut olmayan ya da yeterince üretilemeyen nadir bulunan materyalleri sağlamak için kullanılan teknolojilerin tümüdür.[405] Biyoteknolojik etkinlikler bir yana, kamu parasıyla uluslar arası bir konsorsiyumun çıkardığı genomun yanı sıra Celera Genomics olarak adlandırılan ticari bir girişimden de söz etmek gerekir. Burada özel sektörün yapabileceği bir projeye

[398] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 361.
[399] Sami Karahan, Cahit Suluk, Tahir Saraç, Temel Nal, a.g.e s.204; Ünal Tekinalp, a.g.e., s.530.
[400] Oğuz Sadık Aydos, *Ürün Sorumluluğu,* Ankara 2009, s. 114.
[401] Sevtap Metin, a.g.e,, s.455 " Örneğin Samuel Morse icat ettiği telgraf aletinin patentini alabilir ama sinyalleri alıp gönderen elektromanyetik dalgaların kullanımı için patent isteyemez.
[402] Pınar Aksoy Gülaslan, a.g.m.,s.471.
[403] Pınar Aksoy Gülaslan, Ticari, s.471.
[404] Atıf Şengül, Bilgin Tözün, Şule Öztürk, a.g.e.,s.226.Çağlar Özel, Günhan Gönül, a.g.m ,s.440.
[405] Mehmet Ali Zengin, a.g.e.,s.18.

neden kamu kaynaklarının aktarılarak vergi mükelleflerinin yüz milyonlarca dolarının harcandığı da ayrı bir sorunsaldır. Ancak kamu öncülük etmeseydi, Celera'nın bu işi tek başına başaramayacağı söylenebilir. Kaldı ki, kamusal yaklaşımın zaman içinde hem sonuç vereceğinin hem de işe yarar bilgi sağlayacağının güvenceye kavuşmasıdır.[406]

Gen incelemelerinin ve biyoteknolojik çalışmaların yüksek bütçeler gerektirmesi ve finans sorununun aşılmasında bu buluşların patent altına alınması kaçınılmazdır. Genlerden kazanç sağlama girişimlerine örnek olarak ABD'de bir aile çocuklarında ortaya çıkan, ender görülen bir hastalığa neden olan genin patentini almak için mahkemeye başvurmuştur. Genin patentini almak, o genle ilgili her türlü girişime izin hakkını ve bunun karşılığında maddi kazanç sağlamayı olanaklı hale getirmiştir. EPC, Avrupa devletleri arasındaki işbirliğini güçlendirmek ve üye ülkelerde patentlerin tek bir sürece göre sağlamak ve standart kurallar oluşturmak amacıyla kabul edilmiştir. Biyoteknolojik unsurlara sözleşmenin 52. maddesi gereğince " buluşun yeni olması, buluş basamağı içermesi, sanayiye uygulanabilir olması " koşullarının gerçekleşmesi ile patent verilmektedir. [407]Ülkemiz EPC'nin bir tarafı olarak bu bağlamda konunun içindedir ama bu hususta bir buluş başvurusuna muhatap olmamıştır.[408]

İnsan genini konu edinen genetik araştırmaların temel amacı, insanın yaşam kalitesini ve kaliteli yaşam süresini artırmak olan genetik araştırmalarla ilgili finans sorunlar da oluşmaktadır.[409] Günümüzde büyük bir önem kazanan ve bu önemi gitgide çeşitli alanlara yansıyan genetik araştırmaların ve analizlerin öneminin artması ve bu çalışmaların yapılabilmesi için gen dizilerinin oldukça büyük öneme sahip olması[410]; gen dizilişlerinin, o genlerin mutasyonlarının veya insan genetik materyali kullanılarak hazırlanan tedavi yöntemlerinin patentlerinin alınmaya başlamasını beraberinde getirmiştir. İnsan genetik mirasını oluşturan gen dizilerinin belirli kişilere yahut gruplara ait birer eşya olmaya indirgenmesi etik açıdan kabul edilemez. Gen patentlerini elinde bulunduran grup, çoğunluğun ihtiyacı olabilecek

[406] Tekin Memiş, Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m.,s. 290; Hamit Hancı, Ayşim Tuğ, Aysun Balseven, a.g.m.s.57.
[407] Pınar Aksoy Gülaslan, Ticari,s.468.
[408] Tekinalp, Ünal , a.g.e., s.816.
[409] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 51.
[410] Yusuf Özkul, *Analiz*. s.363.

tedaviler üzerinde tekel gücüne sahip olacaktır. EPC Uygulama Yönetmeliği'nin 29. maddesine göre, insan bedeni üzerinde patent verilmesini yasaklarken, insan bedeninden izole edildiğinde, insan bedenine ihtiyaç olmaksızın üretilebilen unsurların ve gen dizilerinin patentlenmesine onay vermiştir.[411]

Gen terapisinde kullanılan genin teknik etkileri patente konu olabilmekte, ancak doğal halde bulunan bir gen bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bir başka deyişle doğal ortamından yalıtılmış, ayrıştırılmış ya da teknik yöntemlerle bir başka şekilde elde edilen unsurlar, " buluşun yeni olması, buluş basamağı içermesi, sanayiye uygulanabilir olması " koşullarının gerçekleşmesi şartıyla patent alabilecektir. Örneğin, sarılık hastalığına Hepatit-C virüsünün sebep olduğunun bulunması keşif olduğundan dolayı patente konu olamaz. Ama insan kanında HCV incelemesi için kullanılan teşhis kiti, HCV virüsünün proteinlerinin saptanması için teknik bir müdahale olacağı için patente konu olacaktır. Antibiyotik etkisi içeren doğal bir varlığın patent konusu olabilmesine rağmen, insan bedenine uygulanan cerrahi, tedavi ve teşhis usulleri ile kamu düzenine ve ahlaka aykırı buluşlara da patent verilemez.[412] Ayrıca gen patentlerinin, patentin ortaya çıkma gününden itibaren beş yıl süreyle sınırlandırılması uygundur. Bu süre patent yatırımlarını koruyacağı gibi kamusal alanın bir parçası haline geleceğinden patentin kullanımından dolayı açılacak dava sayısı artacaktır.[413]

Başlangıçta hastalığın teşhis ve tedavisi için gönüllülerden alınan genlerin, daha sonra ticari bir kazanç haline gelme riski bulunmaktadır. ABD'nde ölümcül bir hastalık olan Canavan hastası çocukların sağlıklarına kavuşabilmesi ve hatta prenatal dönemde hastalığın teşhis edilerek önlenebilmesi için ailelerden gönüllü olarak doku örneği alınmıştır. Miami Çocuk Hastanesi'nde gerçekleştirilen araştırmalar neticesinde hastalığa yol açan genler saptanmıştır. Aynı hastaneye başvurarak sonraları gen incelemesi yaptırmak isteyen kişilerden ücret istenmesi hukuksal

---

411 "... Kök hücrenin patente konu olup olmayacağı tartışmaları 6 Temmuz 1998 tarihli 98/44/AT s "Biyoteknolojik Buluşların Hukukî Korunmasına İlişkin Yönerge" ("BiyotekYön"/"Yönerge") ile başlamıştır. Yönerge kök hücre hakkında doğrudan bir hükmü içermesine rağmen insan embriyosuna ilişkin yasaklayıcı bir hüküm tartışmanın odak noktasını oluşturmaktadır. Bu odak dolayısıyla ahlaka, yani buradaki özel anlamıyla insan onuruna (human dignity) aykırılık ile endüstriyel ve ticari kullanma kavramları da tartışmaya dahildir. İnsan embriyosunun tanımı sorunu AB Hukuk Mahkemesinin önüne gitmiş ve bir karara bağlanmıştır."

412 Pınar Aksoy Gülaslan, Ticari, s.469.

413 Sevtap Metin, a.g.e,s. 467

anlaşmazlığa sebep olmuştur. Hastane istenilen ücreti, bu genin bulunması için yapılan giderleri karşılamak için talep ettiğini bildirmiştir. 414

Öğretide bir görüşe göre, bir genin bulunması, bir yenilik ve icat olmadığından, ayrıca genetik bilgi de tabiatın bir parçası olduğundan kimse doğanın kendisini patente bağlayamaz. Zira genin doğal biçiminden dönüştürülüp işlenmesi söz konusu değildir. Belirli bir gen sekansı içinde dizili nükleotidleri barındıran DNA, bu dizilimin açığa çıkarılmasını sağlayan çalışmalardan önce doğada zaten vardı. Kimse var olan bir şeyin icadını ileri süremez[415]. Karşıt görüşe göre, DNA patentleri her şeyden önce belirli DNA dizilerinin, yalıtılıp saflaştırılması ve değiştirilmesi sorunu olduğundan, yapılan saflaştırma yenilik oluşturur. Ancak bu yolla, doğal durumdaki DNA için olanaklı olmayan kullanımlar sağlanır.[416]

Hukukumuzda insan geni üzerinde yapılan incelemeler sonucunda elde edilen verilerin ticarileştirilmesine engel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak çok hassas bir konumu bulunan bulunan genetik verilerin kişinin rızası ile ticari kullanıma sunulmasının sakıncaları vardır. Özellikle ülkemizde genetik veri bankaları ile biyobankalar hakkında yasal bir düzenlemenin bulunmaması sebebiyle417, kötüye kullanmalara karşı yasal yaptırım yokluğu, özellikle organ ve doku ticaretine dek varacak hukuksuzluklara yol açabilecektir. Bu nedenle kişinin rızası olsa bile, bu tasarrufun sınırlarının mutlaka belirlenmesi ve gendeki bilgilerin ilgilendirdiği kişilerin çıkarlarının da korunmasını zorunlu gören görüşte418 isabet bulunmaktadır. Cerrahi ve tedavi yöntemlerinde, genetik verilerle ilgili doğrudan doğruya bir hukuksal düzenleme bulunmaması sebebiyle, hukuk sistemimizde genetik verilerin patente konu olabileceği isabetle belirtilmiştir.419

İnsan geninin elde edildiği kaynak insan vücududur. Bir canlı olarak tekniğin kapsamında olan insan bedeni, canlı doğanın diğer unsurlarından farklı bir rejime tabi tutularak buluşlara, dolayısıyla patente konu olamaz. Bunun sebebi dinsel ve etik

---

[414] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s. 182.
[415] Stephen Munzer, "*Property, Patents and Genetic Material, A Compenion to Genetics",* Edited By: Justine Burley and John Harris, Oxford 2002, s. 438. nakleden Sevtap Metin, a.g.e,s.456.
[416] Sevtap Metin, a.g.e, s.459.
[417] Tekin Memiş, *"Biyobankaların Hukuki Esasları",* Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan 15-16 Mayıs 2016), Ankara: 2007, s. 175.
[418] Tekin Memiş, s. 53.
[419] Pınar Aksoy Gülaslan, Ticari, s.471.

değerler ile, insana insan bedenine duyulan saygıdır.[420] Kanaatimizce Avrupa Toplululuğu'nun 98/44 sayılı tebliği aksine düzenlemeler içermekteyse de, bu tebliğin ülkemizin imzaladığı bir uluslar arası sözleşme olmaması sebebiyle bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

2.2. Genetik Araştırma ve İncelemelerde Sorunların Çözümünde Başvurulacak Temel İlkeler

Gen incelemeleri, aynı zamanda insan bedenine tıbbi müdahaleyi oluşturmaktadır. Tıbbi müdahale, tıp mesleğini uygulamaya yetkili kişi tarafından doğrudan ya da dolaylı tedavi amacını gerçekleştirmek için yapılan her türlü etkinliktir.[421] Hastalıkları iyileştirmek, mümkün olmadığı halde var olan acıyı azaltmak veya önlemek için yapılan teknik ve bilimsel çalışmalarla vücut tümlüğüne el atma ve araya girmeyi içeren tıbbi müdahale[422], hastalıkların teşhis aşamasında yapılan gen incelemelerini de barındırarak geniş bir alana yayılmaktadır.

Bir gen incelemesinin tıbbi müdahale olarak nitelendirilebilmesi için, vücuda yapılacak müdahale konusunda tıp mesleğini icra yetkisine sahip bir hekimin, tıp bilim ve tekniğine ve tedavi amacına uygun olarak müdahalede bulunması gerekir.[423] Kimlerin tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olduğu, Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun"da açıkça belirtilmiştir. Bu kanunun ilgili maddeleri uyarınca, hekimler (m.1,2,3), dişçiler (m.29,30), ebeler (m.47), sağlık memurları

---

[420] Ünal Tekinalp, a.g.e.,s.531.

[421] Mehmet Ali Zengin, a.g.e, s.39.

[422] Gökhan Taneri, a.g.e., s.39; Emel Badur, a.g.e., s. 21; Pervin Yıldız, "Rıza ve Rıza Formlarının Hukuksal Niteliği". *Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2017, s. 60; Berna Özpınar, a.g.e, s.6; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, a.g.e., s..106; Serap Helvacı, a.g.e., s. 80; Mustafa Kıcalıoğlu, " argı Kararları Işığında Doktorun Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu" , *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 1, S. 4, Ankara 2006, s. 17, Aykut Cemil Aykın, Serkan Çınarlı, a.g.e., s. 269, Mehmet Emin Özgül, *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu,* İstanbul 2010.,s. 5.

[423] "Kuramsal olarak doktorluk hem mesleki hem de kişisel olarak tatmin edici bir alandır ve bu nedenle birçoğumuz tarafından eğer ilgimiz gerçekten o yöndeyse onu yerine getirebilecek yeteneğimiz varsa özel bir görev olarak yorumlanmalıdır. İnsanlarımıza yardım etme doğrultusunda olabilecek bildiğim en sonuç verici ve tatmin edici eylemlerden biridir.: Bu meslek insanın bütün yeteneklerini, zekasını, becerisini, enerjisini ve duygusal kaynaklarının tümünü kullanarak bir insanı hastalığından kurtarmaya yöneliktir. Doktorluk mesleği insana çok tatmin edici bir yaşam seçeneği de sunar. Uzun bir eğitim ve hazırlık süreci gerektirmesine karşın aynı zamanda bu mesleğin sahiplerine yaşamlarında ekonomik istikrar da sağlar." Arthur Bank, a.g.e., s.96; Ferhat Canbolat, "Kamu Hastanesinde Yapılan Tıbbi Müdahalede Hekimin Özel Hukuktan Doğan Sorumluluğunun Dayanağı". TBBD, s.80, Ankara 2009, s. 159; İ. Hamit Hancı, *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Ankara 2005.s. 73; Mustafa Kıcalıoğlu, a.g.m., s. 29.

(m.3), sünnetçiler (m.58), hastabakıcı ve hemşireler (m.68) tıbbi müdahalede bulunabilecek resmi ehliyetli kişiler olarak yer almaktadır. [424]

Tıbbi müdahalenin bedensel bütünlüğe yönelik olmasının yanı sıra, ruhsal sağlığa yönelik gerçekleştirilen müdahale ve başka nitelikteki tedavileri kapsaması ve amaç bakımından da yalnızca tedaviyi değil, hastalık niteliği taşımayan ancak kişide bedensel veya ruhsal bir yakınmaya sebep olan durumların giderilmesi için yapılan estetik müdahalelerin de dikkate alındığı tanımlamada[425], gen incelemelerinin de tıbbi müdahaleyle içselleştirilebileceği muhakkaktır. Bu tanımlamanın teşhis ve tedavi amacı ile sınırlandırılamayacağı gözetildiğinde, teşhis veya tedavi amacıyla yapılan gen incelemelerinin de tıbbi müdahale olarak kabulü gerekir. Tıbbi müdahaleye maruz kişinin aynı zamanda sağlık hizmeti alan kişi olarak bazı etik sorunlara muhatap olması kaçınılmazdır. "[426]

Tıbbi müdahale niteliğinde olan gen incelemelerinde, tıp etiği açısından bazı sorunların saptanması ve çözümünde etik kurulların[427] ve kodların büyük önemi vardır.[428] Etik kurullarca belirlenecek etik ilkeler, gen teknolojisinin insan üzerinde uygulanırken, bunun sınırının ne olması sorusuna yanıt aranması çabasında insana verilen değerin ve insan onurunun ölçü alınması gerekir. Bu nedenle hekime düşen görev, sorun ya da olanak dahilinde olan seçenekleri bireyle ortak konuşmak, fakat belli bir yönde karar vermek konusunda kişileri zorlamamaktır. Genetik incelemelerin insan sağlığı için kullanılması, eğer yararlı sonuçlar verecekse uygundur.[429] Genetik incelemelerin, etik ile içiçe olduğunu gösteren bir yaklaşım, " felsefedeki etik'ten, tıbbi gen'etik'e" denilmek suretiyle genetik sözcüğünün, gen ve etik sözcüklerini çağrıştırdığı bilim insanı duyarlılığı ile pekiştirilmiştir.[430]

Öğretide bir görüşe göre, etik kurullar[431] tarafından kabul edilmiş mevcut ilkeleri aklın süzgecinden geçirmeksizin benimseyen kişilerin, ahlaki bakımdan gelişmiş varlıklar olduğu söylenemez. Çünkü ahlaki yönden kendisini geliştirmiş

[424] Zeynep Ateş, a.g.e., s.14.
[425] Gökhan Taneri, a.g.e., s.39; Aykut Cemil Aykın, a.g.m., s. 58.
[426] Eyyüb Macar, a.g.e., s. 50-51.
[427] Nüket Örnek Büken, a.g.e., s.335.
[428] Gülay Yıldırım, Selim Kadıoğlu, "Etik ve Tıp Etiği Temel Kavramları", *Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, Y. 29, S. 2, Sivas 2007, s. 76.
[429] Ayşegül Demirhan Erdemir, *Tıpta Etik ve Deontoloji* , İstanbul 2011, s. 645.
[430] Nesrin Çobanoğlu, "Genetik Teşhislerde Etik Sorunlar", *Tıp Hukuku Dergisi*, 2, S. 4. , s. 2.
[431] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. 65.

birey, aynı zaman ve mekan diliminde yaşayan insanların sorumluluğunu hisseden kimsedir. Bu nedenle, etik sorunların çözümü için insanların önüne kodlaştırılmış ilkeler konmamalıdır. Bunun yerine yeni değerlere ve normlara hayat verecekleri, ortak vicdan gelişimine katkıda bulunacakları ortamlar sunulmalıdır.[432]

Etik kodlar ve kodlaştırılmış düzenlemeler[433], geçmişte kalan yaşanmış olaylar ve sorunlar temelinde oluşturulmuştur. Değişimden soyutlanan kurallar ve genel ilkeler bütünü niteliğinde kararlar veren etik kuralların, toplumsal değişimin yoğunlaştığı, her gün yeni ve farklı olayların ve sorunların çktığı değişken bir ortamda hukuki ve etik kodlar, geçmişte kalmıştır. Bir kez ortaya konduktan sonra, toplumsal yaşam ilişkilerinin dışında ve üstünde yer alan soyut ilkeler ve düzenlemelerle insan ilişkilerini ve davranışlarını çerçevelemek ve düzenlemek zorlaşır. Kişisel hayata karşı hiyerarşik, dogmatik genel ilkelerin ve kuralların, bireylerin vicdanında içselleştirilmesi çoğu zaman olası değildir. Toplum hayatında dinsel inançları, etnik kökenleri, kimlik ve aidiyet duyguları, çıkarları, görüşleri, yaşam biçimleri, statüleri ve rolleri bakımından farklı özelliklere sahip insanların tutum ve davranışlarını, farklılıkları, çoğullukları, karmaşıklıkları dikkate almayan kodlar ile etkili bir şekilde düzenlemek veya onlara yön vermek oldukça zordur.[434]

Öğretide ileri sürülen bir başka görüş ise, etik kodları ve kuralların anlamını bulduğu etik belgelerin önemine işaret etmektedir. İsabet bulunan bu görüşe göre, tıp kuramında ve uygulamasında tıp etiği belgeleri ve etik kodlar oldukça önem taşımaktadır.[435] Bunların hukuksal bir bağlayıcılığı bulunmamakla birlikte, hekimlik uygulamalarında deontolojik açıdan yol göstericiliğe sahiptirler. Bu bakımdan, devletlerin iç hukuklarında söz konusu etik normlara uymamaları halinde, etik ile hukuk arasında oluşabilecek çatışma alanları, hukukun uygulanmaması sonucuna ulaşabileceğinden, bu gibi ilkelerin kanun koyucular tarafından dikkate alınması gerekmektedir. Bunun dışında etik ilkeler tıbbi standardın belirlenmesinde dikkate alınabilmektedir. Bu nedenle, somut bir olayda herhangi bir hukuk kuralının

---

[432] Mehmet Yüksel, "Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 5(1) , Ankara 2015, s. 24.
[433] Erdem Aydın, "Tıp Etiğinde Hasta Özerkliğine Saygı İlkesi", *Erciyes Tıp Dergisi*, C.25, S.2, Kayseri 2013, , s.95.
[434] Mehmet Yüksel, a.g.m., s. 25.
[435] Gürsel Türkiz, "İnsanlar Üzerinde Yapılan Biyomedikal Araştırmalarda Etik Değerlendirme". *Gazi Tıp Dergisi / Gazi Medical Journal*, Cilt 19: S. 3, Ankara 2008, s.93.

yürürlükte bulunmaması durumunda hekimin özen yükümlülüğünün ve dolayısıyla kusurunun saptanmasında etik ilkeler yol gösterici olabilmektedir.[436]

Tıp etiği konusunda yazılı hukuk kaynaklarından olan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Bakanlar Kurulu tarafından 1960 yılında çıkarılmıştır. Halen yürürlükte olan bu tüzük, hekimlerin uymak zorunda olduğu kuralları belirleyen ve mesleki yükümlülüklerini saptayan düzenlemelerden biridir.[437] Bu tüzüğe aykırı davranan hekim Türk Tabipler Birliği Onur Kurulu tarafından yargılanır. Tüzüğe uyulması da Türk Tabipler Birliği tarafından denetlenir.[438] Hasta yararını üstün tutma, mesleki gizliliği koruma gibi meslek ahlakı kuralları Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ile yasal niteliğe bürünmüş, yaşam ve sağlığa saygı ve özen göstermek, ayrım yapmamak, onam almak, hastaya gerçeği söylemek, haksız rekabete yol açacak uygulamalardan kaçınmak gibi kurallara yer verilmiştir.[439] Tüzüğe göre, araştırmaları sırasında bir tanı ve tedavi yöntemi geliştiren bir hekim, bilimsel olarak yeterince sınadığı yöntemin yararlı olduğu ve zararlı etkiler oluşturmadığı kanısına ulaşmadıkça, bunu insanlar üzerinde uygulayamaz. Hekim her türlü maddi çıkarlardan ve konformizm kaygısından arınmış olarak hastalarına yaklaşmalıdır. Tanrıya yakın bir meslek olan hekimlik evrensel ilkelerin yansımasıdır. Hem başarılı bir hekim, hem de kanser hastalığıyla bir hasta olarak mücadele eden bilim adamının görüşleri oldukça önemlidir.[440]

Hekimler hakkında Türk Tabipler Birliği Onur Kurulu tarafından, meslekten ömür boyu men cezası verilebilmesine bile gerekçe oluşturan hukuksal düzenlemelerin bulunduğu Türk Deontoloji Nizamnamesi eski tarihli bir metindir. Tıp, teknoloji, etik ve hukuk alanlarında gelişmeler ve değişimler hızla sürdüğü halde ülkemizin tıp etiğini yönlendiren bu metnin değişmemesi eşyanın tabiatına aykırıdır.

---

[436] Barış Erman, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2. Türk -Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Sayısı, Cilt :XIII, S. 2, İstanbul 2016,s.17.

[437] Gökhan Taneri, a.g.e., s.86; Eyyüb Macar, a.g.e s. 45.

[438] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e.,.s.13; Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.9.

[439] Nurten Fidan,"Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.1 ,Y. 1, S. 3, Ankara 2010, s.351.

[440] "Harvard Tıp Fakültesi Mezunlar Derneğince düzenlenen bir gecede söylediğimiz şarkıda, o sıralarda aklımızda bulunan pek çok tıbbi kariyeri alaya almakla birlikte tıp öğrencilerinin ve doktorların garip gördüğümüz bazı davranışlarını güldürü konusu yapardık..... Şimdi tıp mesleğinin bugün nasıl bu kadar maddi bir duruma geldiği ve son zamanlarda tıbbi araştırmaların nasıl bu kadar aşırı rekabetçi bir düzene dönüştüğü konusunda sık sık üzüntüye kapıldığımda, bu şarkıyı anımsayarak geçmişin de aslında o kadar övünülecek bir şey olmadığını düşünürüm."Arthur Bank, a.g.e., s. 72-73.

Düzenlemenin dilinin eski oluşuna örnek, adında geçen nizamname sözcüğüdür. Günümüzde nizamname yerine tüzük sözcüğü kullanılmaktadır.[441] Kanaatimizce bu konularda tıp, etik ve hukuk alanlarına özgü terimlerin korunarak, anlaşılabilir dilde yeniden bir hukuksal düzenleme yapılmalıdır.

Ülkemizdeki Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi sadece hekimleri değil, aynı zamanda diş hekimlerini de kapsamaktadır. Diş hekimlerinin ayrı bir mesleksel örgütünün bulunmasını ve ayrı bir bilimsel disiplini oluşturması sebebiyle, diş hekimleri hakkında ayrı bir kanuni düzenleme yapılması daha isabetli olacaktır.[442] Hekimlerle ilgili olarak da bağımsız bir Türk Deontoloji Kanunu olarak yapılabileceği gibi, önerdiğimiz İnsan Geni İncelemeleri Kanunu'nun bir bölümü olarak da düzenlenebilir. Bu kanunda elbette tıp, hukuk, etik, biyoetik ve genetik bilimindeki kavramsal ve kurumsal gelişmeler de dikkate alınmalıdır.

Etik ve deontoloji arasındaki fark, yöntemlerinden, ortak konulara farklı yaklaşımlarından kaynaklanmaktadır. Etik henüz çözümlenmemiş, var olan kuralların dışında kalan sorunlarla ilgili çalışma yaptığı için her zaman tartışılmaktadır. Bir problemin etik alanında çözümlenmesinden sonra edinilen bilgiler deontolojinin konusuna girer.[443] Etik ve deontoloji arasında temel ilkelerde bile çatışma olsa bile faydacı anlayışla sorunlara çözüm getiriler. Kuralların ve ilkelerin getirilmesinde, önemli olan sorunların faydacı anlayışla çözülmesidir.[444] Sorunların çözümünde kronolojik olarak etik, deontolojiden önce gelir.

Biyoetik Batı ülkelerinde, 1960 ve 1970'li yıllarda tıpta ve sağlık hizmetinde teknolojik süreç ve bilimsel güce yanıt olarak gelişmeye başlamıştır. Bireyin yaşamının başlangıcından sonuna kadar tüm sorunlarına yanıt aradığı ileri sürülen[445] biyoetik terimi Hollandalı biyokimyacı Van Rensselaer Potter tarafından, 1970 yılında bilimdeki yeni gelişmelere değerler sisteminden de karşılık gelebilmesi düşüncesiyle, bu çabanın sonucunda kullanılmıştır. Potter bu adlandırma ile birlikte gelecek ile şimdiki zaman, bilim ve değerle, doğa ve kültür, insan ile doğa arasında

[441] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s. 13.
[442] Çağatay Üstün, a.g.m, s.117.
[443] Berna Arda, *"Tıbbi Etik: Temel Kavramlar ve Meslek Sorunlarımız".* file.toraks.org.tr (E.T. 27.11.2018), s.155
[444] Tom L. Beauchamp, James F. Childresss, (1989). *Principles of Biomedical Ethics*. Oxford University Press. New York.s. 62.
[445] Henk Have, a.g.e., s. 10.

köprü kurmuştur.[446] Günümüzde tıp etiği ve sağlık etiğinin çalışma konuları ile ilgili daha geniş bir kapsam kazanmıştır. Biyoetik, tıpta ve biyolojide meydana gelen gelişmelerin, çeşitli teknolojik gelişmelere bağlı olan bilimsel sonuçların etik düzlemde meydana getirdiği içerikli sorunların değerlendirilmesi ile gelişen etik kısmıdır. Biyoetik tüm bir yaşamı konu edinen etik tartışmadır.[447] Biyoetiğe katkı yapacak felsefi düşüncelerin, geleneksellikten arındığı, hatta bir meydan okuma haline geldiği günümüzde, felsefenin geçmişteki düşüncelerden de yararlanarak etik sorunlara tatmin edici çözüm araması isabetle belirtilmiştir.[448]

Biyoetik, konusu insan olan tıp ve hukuk alanlarının kriz noktalarında, bilimsel ilerlemeye engel koymaksızın 'bireyi ve insan onurunu' korumanın bilimsel, etik ve siyasal ilkelerini ortaya koymaya çalışmaktadır.[449] Biyoetik kavramıyla insanın sorumluluk alanı, hayvanlar, bitkiler, hava ve su gibi tüm bileşenleriyle birlikte ekosistemle olan ilişkisiyle genişletilmiştir.[450] Gerek insan yaşamının, gerekse insan onurunun ve özgürlüğünün, bilimsel araştırmalarda bile, sonuçları öngörülemeyen modern teknolojik yöntemler sebebiyle tehlike altında olduğu her yerde gerekli olan biyoetiğin konusu sadece insan hayatı değildir. Aynı zamanda doğadaki tüm canlıların hayatıdır.[451]

Biyoetik, bilimsel araştırmalarda sonuçları öngörülemeyen modern teknolojiler sebebiyle, hem insan ve öteki canlıların hayatlarının hem de özgürlük ve onurunun tehlike altında olduğu her mekan ve zamanda gereklidir.[452] Bu nedenle biyoetik, insanın doğuşunun öncesinden başlamak üzere ölümü ve hatta ölümünden sonra da, tüm bu süreçte ortaya çıkan etik sorunları tartışmakta ve yanıt aramaktadır. Yaşamın başlangıcı, kürtaj, ötenazi, yapay döllenme, insan üzerindeki deneyler, organ nakli, bilgilendirme yükümlülüğü, etik kurullar, tıbbi kaynakların dağıtımındaki adalet, zarar vermeme , adaletin sağlanması biyoetik sorunlara örnek olarak gösterilebilir. Tüm insanları, gelecek insan kuşaklarını ve tüm yaşayan

[446] Henk Have, a.g.e., s.35.
[447] Osman Kaşıkçı, a.g.m. ,s. 19; Yeşim Işıl, Ülman, a.g.e, s.2.
[448] Franklin Miller, "Challenging the Conventional Wisdom : From Philosophy to Bioethics". Perspectives in Biology and Medicine, Cilt. 60., S. 1, 2017 . s. 2-18.
[449] Funda Çoban, (2016). "*Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar".* İnsan Hakları Ylığı, C. 34, s .23.
[450] Nesrin Çobanoğlu, a.g.e., s. 189.
[451] Ayşegül Demirhan Erdemir, a.g.e.,s. 70; Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.85; Müge Ürem, a.g.m., s. 79.
[452] İlke Bezen Aydoğdu, Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 130.

canlıları ve çevreyi kapsayan biyoetik küresel düşünmeyi gerektirir.[453] Kanaatimizce biyoetik, insanla ilgilendiği kadar insan dışı canlı varlıklar olan bitki ve hayvanlarla hatta cansız varlıklarla da dolaylı ya da doğrudan ilgilenmektedir. Bu nedenle başlangıçta biyoetik, etiğin bir alanı olduğu halde günümüzde neredeyse etik biyoetiğin bir alt dalı haline gelmektedir.

Başlangıcından beri etik ile tıp kavramının bağlantısının olmasına karşın, tıp etiği ilk kez 19. asırda terim olarak kullanılmıştır. Tıp etiğinin geleneksel merkezinde uygulayıcı bulunmaktadır ve tıp etiği erdeme, davranışa ve ödeve vurgu yapmaktadır. Zaman ilerledikçe tıp etiği; hasta merkezli, multidisipliner, ahlak danışmanlığı, makul gerekçe kullanımı, insani değerler üzerine vurgularını artırmıştır.[454] Başka bir anlatımla, tıp etiği, insan sağlığı alanındaki davranışların, iyi ya da kötü türünden değerlendirilmesidir. [455]Tıp biliminde kuramsal ve pratik alanda oluşan yeni düşünceler ve gelişmeler, girişim olanaklarını ve seçenekleri artırdığı için, günümüzdeki kimi değer sorunları, uygarlığın başlangıcından bu yana var olan ve gitgide artan sorunlarla birlikte yerlerini almışlardır. Bu sorunlardaki nicel artışların yanında tıp uygulamasındaki belirleyici konumları da, tıp etiği alanını ve bu alandaki çalışmaları giderek daha önemli kılmıştır.[456]

Tıp etiği özellikle, araştırmanın yapıldığı ortamda araştırmacı ile denek ilişkilerinde de önemlidir. Araştırmaya tabi tutulan deneklerin haklarının ve güvenliklerinin güvence altında tutulmasını belirleyen tıp etiği, araştırmacı bakımından da bir iç görüş ve çalışma çerçevesi sağlar. İnsan geni üzerinde çalışan araştırmacıların da, yaptıkları inceleme ve araştırmaları da bilimsel, sistematik ve etik açısından savunulur kılmak için tıp etiğinin temellendirilmesi şarttır. Bu nedenlerden dolayı etik ile ilgili ulusal ve uluslararası hukuksal düzenlemeler insan geni üzerine inceleme yapan araştırmacıları da bağlayıcıdır. [457] Öğretide bir görüşe göre, biyoetik birleştirici ve ampirik veriler kullansa da, etik analizin işlerliği için bir istem bulunmamaktadır. Bu olumsuzluk, sağlık hizmetleri araştırması gibi ağırlıklı olarak uygulamayı etkileme rollerini öngören uygulamalı araştırma alanları için

[453] Yeşim Işıl, Ülman, a.g.e., s.2.
[454] Henk Have, a.g.e., s. 21.
[455] Yıldırım, Gülay / Kadıoğlu, Selim, a.g.m., s. 78.
[456] Eyyüb Macar, a.g.e. s. 45.
[457] Ersöz,A. Kürşat , *İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu*, İstanbul 2016 ,s.105.

belirli bir eksikliktir. Sağlık hizmetleri araştırması ', epidemiyolojik, sosyolojik, ekonomik ve diğer analitik bilimleri ile sağlık hizmetleri çalışmalarının birleşimidir. [458]

Kurallar ve ilkeler, hiçbir zaman bizim onları rahatlıkla anlayıp uygulayabileceğimiz basitlik, netlik ve açıklıkta olmaz. Herhangi bir olay veya durum karşısında, her şeyden öne bir kuralın mevcut olup olmadığını, bizi ilgilendiren hususun kural tarafından kapsanıp kapsanmadığını, kuralın bir istisnası olup olmadığı düşünülür.[459] Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 6. maddesinde, hekimlik mesleği sırasında uyulması gereken etik ilke ve kurallar uluslararası bildirge, sözleşme ve protokollerde düzenlenmiştir. Bu incelemelerin, evrensel etik kurallar çerçevesinde yapılması özerkliğe saygı, yararlılık, zarar vermeme ve adalet ilkesi ile mümkündür.[460] Ülkemizde bu dört ilke açısından, sağlık personeli ve hastaların organ nakli bağlamındaki görüşlerine ilişkin sonuçlar, gen incelemelerindeki yönlere de ışık tutmaktadır. Bu araştırmaya göre :

"Sağlık personeli ve hastaların organ nakli bağlamındaki özerklik görüşleri kararsız kalma eğilimdedir.

Kadın ve erkeklerin özerklik konusundaki görüşleri farklılık göstermemektedir. Her iki cins özerklik konusunda kararsız kalma eğilimindedirler.

Cerrahi tıp bilimlerinden hizmet alanlar dahili tıp bilimlerinden hizmet alan hastalardan görece daha fazla özerklikten yanadır. Ancak her iki grup yine de tarafsız kalma eğilimindedirler.

Hastalar arasında eğitim seviyesi yükseldikçe organ nakli konusunda özerkliğe verilen değer artmaktadır.

---

[458] Lucy Frith, a.g.m., s. 2

[459] Yüksel, Mehmet , a.g.m.s. 19.

[460] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.15; Nüket Örnek Büken, a.g.e., s. 71. Tom L. Beauchamp, James F. Childresss, a.g.e. ,s.21. Nesrin Çobanoğlu, "Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakkı Olarak Aydınlatılmış Onam ", Sağlık Hukuku Digestası , Ankara 2009, (Onam), s. 73.

Hastaların yaşları ilerledikçe organ nakli konusunda özerkliğe olan inançları düşmektedir. Sağlık personeli hastalara göre organ ve doku nakli konusunda zarar vermeme konusunda daha duyarlıdır.

Sağlık personeli ve hastalar zarar vermeme konusunda kararsıza yakın bir duruş sergilemektedirler.

Kadın hastalar erkeklere göre görece zarar vermeme konusunda daha duyarlıdırlar.

Sırasıyla uzman hekimler, asistan hekimlerden, asistan hekimler hemşirelerden zarar vermeme konusunda daha duyarlıdırlar.

Hastaların yaş durumları ile zarar vermeme duyarlılığı arasında bir ilişki mevcut değildir. Hastaların öğrenim seviyeleri düştükçe zarar vermeme konusundaki duyarlılıkları artmaktadır. Sağlık personeli yarar sağlama konusunda hastalara göre görece daha fazla duyarlıdırlar. Sırasıyla uzman hekimler asistan hekimlerden, asistan hekimler hemşirelerden yarar sağlama konusunda daha duyarlıdır.

Hastaların yaşları ilerledikçe yarar sağlama konusunda duyarlılıkları artmaktadır Üniversite mezunları yarar sağlama konusunda diğer öğrenim düzeylerine göre daha duyarlıdırlar.

Hasta ve sağlık personelinin adalet konusundaki düşünceleri birbirine oldukça yakındır. Sırasıyla uzman hekimler asistan hekimlerden asistan hekimler hemşirelerden adalet konusunda daha duyarlıdır. Eğitim seviyesi çok düşük ve yüksek olanlar adalet konusunda daha duyarlı buna karşın ilkokul ve lise düzeyindekiler görece daha düşüktür."[461]

2.2.1. Özerkliğe Saygı İlkesi

Özerklik, bireyin dışarından bir baskı ya da yönlendirme olmadan düşünme, değerlendirme ve kendisi hakkında sonuç doğuracak eylemde bulunabilmesidir. Bu niteliği taşıyan kişi, eylemde bulunurken, kararını şekillendiren, yönlendiren, baskı

[461] Emine Elif Vatanoğlu, a.g.m., s.239-240.

kuran bir başka gücün etkisinden uzak kalabilir.[462] İki yüzlü bir aynaya benzetebileceğimiz özerkliğin bir yüzünde hayat için amaçlar yaratma, öbür yüzünde de kendi yasasını ortaya koyma kapasitesini görebiliriz.[463]

Yaşama hakkının başlıca görünümlerinden biri olan sağlık hakkı, sağlığın geliştirilmesi, korunması ve onarılması ile ilgili düzenlemeleri kapsar. Sağlık hakkının bir türevi olan hasta hakları ise tıbbi hizmet alma durumu gibi daha dar bir çerçeve içinde ve daha ayrıntılı olarak geliştirilmiş düzenlemelerdir. Tıbbi ilişkiyi hastanın gereksinimlerine ve beklentilerine odaklanan bir yaklaşımla kurala bağlarlar. Kurala bağlamayı, hekimin eyleminin iyi olmasına odaklanan bir yaklaşımla yapan tıp etiğinin bir bakıma alternatifi, bir bakıma tamamlayıcısıdırlar.[464]

Özerklik bireysel hakların gelişimi yönünden güçlü bir ifadeye sahiptir. Sağlık politikalarındaki olumlu rol oynayan özerklik ilkesi[465], sosyal adalet açısından önem kazanmakta, kişisellikten uzaklaşmaktadır. Toplumcu görüş odakları, eşitliğe ve hükümetin sosyal hakların kullanımını sağlamasına vurgu yapmakta ve sağlığa ulaşmada herkesin eşit olduğunu ileri sürmektedir. Özerklik ilkesinin kişi için dadı olmaktan kurtulup, sosyal politikalara yönelmesi gereğini ifade eden düşüncede isabet bulunmaktadır. [466] Bu düşünce özerklik ilkesinin, sosyal adaleti gerçekleştirmesi unsuru olarak benimsenen hukuk devleti ilkesinin ete kemiğe bürünmesini ileri sürmesi bakımından da önem arz etmektedir.

İnsan haklarıyla birlikte gelişen hasta haklarındaki ilerlemeler dolayısıyla; hekim, hastasının tıbbi açıdan yararını gözetmek yanında, ona özerk bir kişi olmasından kaynaklanan haklarını da kullanabilme fırsatı tanımakla yükümlüdür. İngilizcede özerklik anlamında kullanılan "autonomy" terimi, eski Yunancada "kendi kendine" anlamına gelen "autos" ile kanun olarak tabir edilen "nomos" terimlerinin beraber kullanımından oluşmuştur. Bu terim, Yunan site devletlerinin, herhangi bir dış otoriteye maruz kalmadan, kendi kanunlarını kendilerinin koyabilmeleri veya

[462] M. Onur Cin, a.g.e. ,s. 16. Harmon, S.H.E. a.g.m..,s.5; Nesrin Çobanoğlu, a.g.e., s. 61.
[463] Sevtap Metin, a.g.e,s.115
[464] Yıldırım, Gülay , Kadıoğlu, Selim , a.g.m., s. 81.
[465] Tom L. Beauchamp, James F. Childresss, a.g.e. ,s. 112.
[466] Newdick, Christopher . "Health equality, social justice and the poverty of autonomy". Volume 12, Issue 4 (SPECIAL ISSUE: Healthcare and Health Innovation in Europe: Regulating for public benefit or for commercial profit?) (E.T. 06.12.2017). s. 425.

kayıtsız şartsız egemenliklerini kullanabilmeleri şeklinde ifade edilmekteydi.[467] Özerklik, hür ve bağımsız olarak kendi başına düşünebilme, karar alma ve bu kararı iradesiyle uygulayabilme yetisine dayanan bir yönetime sahip olmaktır.[468] Bir kişinin özerk olması için, serbestçe ve kendi iradesiyle, seçme ve davranışta bulunabilme olanağının varlığı gerekir. Bireyin kendi kendisini yönetmesi, özgürlüğü, özel yaşamının korunması, kişisel tercihlerini yapabilmesi, irade serbestisi, kişinin kendi eyleminden ya da eylemsizliğinden sorumlu olması ve kişinin kendisini geliştirirken yenilemesi anlamlarında kullanılan bu kavramın[469] bugün kullanım alanlarından biri "hasta özerkliğine saygı" ilkesi çerçevesinde tıp etiğidir.

Tıp alanındaki baş döndürücü gelişmeler tıbbı geliştirmektedir. Ancak bizatihi teknolojinin kendisinin neden olduğu sorunlardan dolayı, tıbbi etiğin sorumluluk alanı genişlemektedir. Bu nedenle tıp etiğini, meslek etiklerinin başlangıcı sayılan görüşte[470] isabet bulunmaktadır. Bu görüşe göre, hekimlik mesleğinin yöneldiği hasta olarak insan, genel olmayan, standartlaştırılamayan eyleme konu olmasının yanında hekim gibi özne olan bir değerdir. Bu nedenle tıp etiğinin vazgeçilmezliği, hekim-hasta, uzman-uzman olmayan arasındaki giderilemez benzerlikten doğmaktadır. Hekimin mesleki faaliyetini, yardıma muhtaç oylan hastalara gereğince yardım etme şeklindeki genel normun somutlaştırılması olarak görülen tıp etiği, hekimlere hastalıklarına sırf tamir edilecek bir eşya gibi davranmamak yükümlülüğünü getirir.[471]

Tıpta özerkliğe saygı ilkesinin uzantısı, hastanın özerkliğine saygıdır.[472]Sağlık hizmeti sunanların kişinin kendi tıbbi geleceğiyle ilgili olarak karar verici olmasını sağlamakla yükümlü tutulması, tıp etiğine özerkliğe saygı ilkesi olarak girmiştir.[473] Bu ilke gereğince, herhangi bir tıbbi müdahale öncesinde alınacak tıbbi karara hastanın da katılımı sağlanmalıdır. Böylelikle, geleneksel tıp anlayışında hekimin koruyucu bir tutumla her türlü tıbbi kararı almakta tek yetkili olduğu ve hasta için en iyinin ne olduğuna tek başına karar verdiği durumdan, hastanın özerk

[467] Aydın, Erdem, a.g.m. , s.93, Emir, Murat , " Hukuki ve Etik Yönleri ile Biyotıp Araştırmalarında Biyobankalar " Doktora Tezi. Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü. Ankara 2013, s. 14
[468] Tacir , Hamide, a.g.e.,s. 108; Eyyüb Macar, a.g.e., s.35.
[469] Aydın, Erdem, a.g.m. ,, s.94.
[470] Nesrin Çobanoğlu, ,a.g.m., s. 2.
[471] Ayşegül Demirhan Erdemir, a.g.e.s. 69.
[472] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.51.
[473] Nesrin Çobanoğlu, a.g.e.. s. 17.

bir birey olarak kendi tıbbi geleceğini belirleyebildiği bir duruma geçilmektedir. Örneğin " hastaya yalan söylemeyeceksin" şeklindeki emir cümlesi bir kuraldır. Özerkliğe saygı ilkesi, yalan söylemenin yanlış olduğunu bildiren bir kuralı gerekçeleriyle birlikte değerlendirerek tutum ve davranışlarımıza rehberlik eder.[474]

Teorik bir bilim olmasından ziyade uygulamalı bilimlerin öncülerinden olan tıp alanında hekim ile hasta arasındaki ilişkinin temeli güvendir.[475] Hasta tüm sırlarını hekimine anlatmakla kalmayıp, yaşarken vücudunu ve ruhunu açtığı başka bir meslek grubu yoktur. Günümüzde, hekim-hasta ilişkisindeki hem teknik, hem de etik açıdan geleneksel otoriter hekim kimliği yerini; hastasını koruyan, onunla yapıcı bir işbirliğine giren, hasta ile olan iletişimi kolaylaştırarak alınacak tıbbi kararda hastasına karara katılma fırsatını tanıyan özellikte bir kimliğe bırakmıştır[476]. Biyoteknoloji alanında çalışma yapan pek çok araştırmacıya göre, özerklik ilkesi bu bilim dalında da temel ilkelerden sayılmalıdır.[477]

Özerklik kavramının tıp etiğine girmesi özellikle batı dünyasında kişilik hakları ve insan yaşamına verilen önemin artmasıyla olmuştur. İnsan haklarının evrensel ve genel nitelik kazanmasının yansıması olarak, insanın otoritenin bir öznesi yerine, hak sahibi özgür birey olarak uygarlık sahasında kendisini kabul ettirdiği görülmektedir. Hasta haklarının ortaya çıkışı, bilimin hızla gelişmesi ve bu gelişen bilgilere erişim kolaylığının sağlanması, tıp alanında hataların görünmezliği yönündeki sorgulanamaz hoşgörünün yerini, özerk düşüncenin 'herkes hesap vermeli' anlayışı almıştır.[478] Günümüz toplumlarında demokratik katılım, çoğulculuk, medyanın katkısı, yaşamın her alanındaki otoriter eğilimlere karşı beslenen kuşkuculuk ve daha başkaları yanında tıp bilim ve teknolojisindeki büyük gelişmeler de hasta özerkliği anlayışının gelişmesinde etkili olmuştur.

---

[474] Erdem Aydın, Nermin Ersoy, a.g.m., s. 48.
[475] Ayşegül Demirhan Erdemir, s. 142-143.
[476] Nesrin Çobanoğlu, Etik,s. 11; Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 30.
[477] Erdem Aydın, a.g.m. , s.94.
[478] Hilal Yüksel, *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları,* İstanbul 2017, s.35.

Dünya Tabipler Birliği'nin 1981 tarihli Lizbon Bildirgesi'nin[479] özerklik ilkesini belirlediği 3. maddesi evrensel nitelikteki önemli uluslararası hukuk belgelerindendir.[480] Bu maddeye göre :

"a. Hasta kendi kaderini belirleme ve kendisi ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahiptir. Hekim, hastayı verdiği kararların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür.

b. Zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hasta herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkına sahiptir. Hastanın kendi kararını verebilmesi için gerekli şekilde bilgilendirilmeye hakkı vardır."

Özgür seçim hakkı olarak da adlandırılan özerklik ilkesine 2002 yılında Roma'da kabul edilen " Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü"nde de yer verilmiştir. Her bireyin ayrı tedavi yöntemleri ve tedaviyi verecek kişiler arasında tercih yapma hakkına sahip olduğunu belirten statüde, hastanın yeterli bilgiyle donatılmasını şart koşmaktadır.[481] Hastanın hangi teşhis ve tedavi yöntemini kullanacağını, doktor, hastane ya da uzman seçiminde karar verme hakkına sahip olduğu özerklik ilkesine göre, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması baş koşuldur[482].

Tıpta özerkliğe saygı ilkesinin hayata geçirilmesi aydınlatılmış rıza[483] ile mümkündür. Aydınlatılmış rıza, bir hastanın kendisine uygulanacak teşhis ve tedavi yöntemlerinin kapsamını, yararlarını, risklerini varsa seçenek yöntemlerini bilerek bir uygulamayı kabul etmesidir[484]. Araştırma ve yayın etiği açısından da, araştırma

---

[479] Berna Arda, Selmin Gölpınar, "Tıbbi Etik Açısından "Doğum Öncesinde Cinsiyet Belirlenmesi". *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History.* S. (3)2 , 1995, s. 328; Berna Özpınar, a.g.e, s.10.

[480] Carlos M. Romeo Casabona, *"New Legal Trends On Medical Liability Negligence And Breach Of Patient's Autonomy",* Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008), İstanbul 2011, s.393.

[481] Mehmet Akif Poroy, a.g.m., s.153; Berna Özpınar, a.g.e, s.10.

[482] Mehmet Akif Poroy, a.g.m.,s.153 s. 150; F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 65; Nesrin Çobanoğlu, a.g.m. s. 7.; Mehmet Ali Zengin, a.g.e,.s.53.

[483] Pervin Yıldız, a.g.m., s.67; Arif Barış Özbilen, a.g.e.,s.287. Battal Yılmaz, "Aydınlatılmış Rıza ", *Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı,* Ankara 2017, s. 37; Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 62; Nesrin Çobanoğlu, Onam,, s. 76.Aykut Cemil Aykın, a.g.m. s. 61.

[484] Nesrin Çobanoğlu, Onam, s. 79; Halide Savaş, "Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar", *Sağlık Hukuku Makaleleri* .İstanbul 2012, s.259-295; Önder İlgili, a.g.e., s.42; Selenge Bedük Çağlayan, Elif Haznedaroğlu, Cem Çöteli, a.g.m. s. 223; Pervin Yıldız, a.g.m., s. 63; Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.45.

amaçlı tüm genetik teşhisi amaçlayan testlerde bireyin aydınlatılmış rızasının alınması, gizlilik ve mahremiyeti korunmalı ve araştırmayı terk etmek istediğinde tedavisinin yarıda bırakılacağı endişesi taşımamalıdır.[485] Kişi bu hususta aydınlatılıp bilgilendirildikten sonra, tıbbi müdahale[486] için verdiği onamı, herhangi bir anda geri alabilir. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde özerklik ilkesi somutlaşmıştır. Bu maddeye göre :

"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.

Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.

İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir."

Anayasamızın usulüne uygun olarak onanması koşuluna uyularak iç hukuk normu haline gelen Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde düzenlenen özerklik ilkesi[487] ile hastanın verdiği rızasını her zaman geri alabileceğini belirten kuralı, HHY'nin "Tedaviyi Reddetme ve Durdurma" başlıklı 25. maddesinde açıkça benimsenmiştir.[488] Bu maddeye göre, kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.

Bu hükmün önemi tedaviyi reddin yazılı olması gerektiği ve yazılı belgeyi sayılan kişilerin verebileceğinin açıkça belirtilmesidir. Buna göre hasta yakınları, ancak tedaviyi reddeden hasta veya kanuni temsilcilerinin adına, tedavinin reddini ispat için yazılı olarak hazırlayabilirler.[489] Kanaatimizce tedaviyi ret hakkına ilişkin aranan yazılı şekil, ispat şekli değildir. Pozitif hukukumuzda getirilen yazılı şekil,

[485] Nesrin Çobanoğlu, (2013). "Genetik Teşhislerde Etik Sorunlar", *Tıp Hukuku Dergisi*, Y : 2, s. 4, 11; Nesrin Çobanoğlu, a.g.m. ,s. 79.
[486] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, .a.g.e, s. 162
[487] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 65.
[488] Durdurma Cahid Doğan, s. 345.
[489] Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, "Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri ", *Tıp Hukuku Dergisi*, S.10, İstanbul 2016, s. 264.

geçerlilik şekildir. Bireyin yaşamının sona ermesi başta olmak üzere, vücut üzerinde tasarruf hakkında ilişkin temel hakkın kullanılmasına ait bu şekil şartının yönetmelikle düzenlenmiş olması ispat şekli olarak düzenlendiğini göstermez.

6-7 yaşında olan çocuklar kendilerine uygulanan tedaviyi bir ceza olarak görürken, 7-10 yaş arasındaki çocuklar ise, tedavinin amacını daha iyi anlayabilecektir. 10 yaşındaki çocuklar ise tedavinin içeriğini anlayabilirler. Hekim ebeveyninin rızası dışında, 10 yaş ve üzerindeki çocuklardan da ayrıca rıza almalıdır.[490] HHY'nin 24/4 maddesinde rızanın geri alınmasının sonucu olarak, hastanın tedaviyi reddetmesi anlamına geldiği açıktır. Bu maddeye göre, kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi, TMK'nun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.

Yönetmeliğin 24/4 ve 25. maddelerine dikkatle bakıldığında tedaviyi reddetmenin ya da durdurmanın koşullarındaki farklılık göze çarpmaktadır. Yaşamsal bir tehlikenin bulunduğu durumu olumsuz şart koşan 24. maddenin, 25. maddeye göre hayati tehlike doğurmayan tedavi ve müdahalelerin reddedildiği anlamında düzenlendiği şeklinde anlaşılması gerekir. Aksi takdirde hekim aracılığı ve desteğiyle intihara yardım suçu işlenmiş olacaktır.[491]

İnancı sebebiyle kan nakli yapılmaktansa ölüme razı olduğunu söyleyen kadına, yargıç, ceninlerin doğumunu ve hastanın yaşamını tehlikeye atmamak kaydıyla, kan naklini bilerek ve isteyerek reddetme hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir. Bu kararla özerklik ilkesinin iki sınırlayıcısına işrat edilmiştir ki, insancıl hukuk anlayışına uygun bir karardır. Bu karara göre :

"Yehova şahidi Ernistine Jackson, ikizlere gebe iken 26. haftada erken doğum kuşkusu nedeniyle hastaneye başvurur. Daha önce geçirmiş olduğu miyom ameliyatı nedeniyle vajinal doğum kontrendikedir. Ancak diğer taraftan sezaryen yapılması da risklidir. Çünkü plasenta, insizyon yerine yakın olduğundan kan nakli ihtiyacı olabilecektir. Bu durum kendisi ve eşine anlatılır. Ancak anne adayı, kan

[490] Cahid Doğan, Durdurma, s. 344.
[491] Saibe Oktay Özdemir, (2010*). "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği"*. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. Cilt : II, İstanbul 2010., s. 1332.

naklinin yapılmasındansa ölüme razı olduğunu belirtir. Eşi de kendisini destekler. Hastane yönetimi kadına geçici yasal temsilci atanabilmesi için mahkemeye başvurur. Hasta başında yapılan acil durumda yargıç Martin M. Greenfeld kadının ayırt etme gücüne sahip bir yetişkin olduğunu ve inançları doğrultusunda, ceninlerin doğumunu ve yaşamını tehlikeye atmamak kaydıyla, kan naklini bilerek ve isteyerek reddetme hakkına sahip olduğuna hükmeder.

Sonrasında sezaryen yapılır ve kan nakli ihtiyacı gerekmeksizin Jackson bebekleri ile taburcu edilir. Hastane yönetimi benzer olayların tekrarlanması olasılığına karşı kararı temyiz eder. Jackson'ın mahkeme tarafından atanan avukatı, artık tıbbi müdahaleye gerek kalmadığı ve tekrarlanma şansının düşük olduğu yönünde itiraz eder. Temyiz mahkemesi, yargıç Greenfeld'in kararını onar." [492]

Mahkeme kararına konu olan olayda tartışma konusu olan ve çatışan hakların bir kefesinde hamile kadının din özgürlüğü ile özerklik ilkesi, öbür kefesinde de yaşama şansı olan ceninin varlığını koruyabilme ve sağ olarak doğabilme hakkıdır. Mahkeme bu haklardan din ve vicdan özgürlüğünü öncüllemiş, ancak bu özgürlüğü ceninin yaşam hakkı ile sınırlamıştır. Gebe kadının amacı, ceninin zarar görmesi veya kendisinin ölümü değil, din özgürlüğü çerçevesinde, gerekirse ölümü göze alarak, kendi geleceğini belirlemek istemesi ve kan naklini kabul etmemesidir. Bu sebeple öncelikle alternatif müdahale yöntemlerinin araştırılması gerekir. Ancak kan nakli olmazsa olmaz bir gereklilikse ve gebe kadın nakle rıza göstermiyorsa, sezaryen gibi cenini kurtaracak müdahaleler kadının rızası doğrultusunda uygulanabilir. Bu müdahalelerle de çözüm sağlanamazsa, gebe kadının din özgürlüğü çerçevesindeki kendi geleceğini belirleme hakkı bağlamında, hukuken korunan ve yaşama şansı olan ceninin yaşama hakkı yeğlenmelidir. [493]

Öğretideki bir görüşe göre, hasta hakları, hak arama özgürlüğü ile bağlantılıdır. Çünkü hakkın ihlali halinde, hak arama özgürlüğü ortaya çıkmakta ve hakkın yeniden kazanılması sürecinde o hak, birey için bir değer olarak

[492] Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, a.g.m.,s. 285'den naklen David H. Bamberger, Mercy Hospital, Inc. v. Jackson: A Recurring Dilemma for Health Care Providers in the Treatment of Jehovah's Witnesses, Maryland Law Review, C:46, S:3, s. 514-532.
[493] Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, a.g.m., s. 287.

somutlaşmaktadır. Hasta hakları E.en uluslar arası belgeler ve sözleşmeler,anayasa, kanun , tüzük ve yönetmeliklerden kaynaklanmaktadır.[494]

Yargıtay hak arama özgürlüğü ile kişilik haklarının karşı karşıya geldiği durumlarda; hukuk düzeninin bu iki değeri aynı zamanda koruma altına alması düşünülemeyeceğinden dolayı, davacıdan diyet listesi aldıklarını, davacının kendilerine yüksek sesle hitap ettiğini, yeterli bilgilendirme yapmadığını, deontolojik kurallara uygun davranmadığını, yasal haklarını aramak için Hasta Hakları Kurulu'na durumu bildiren davalı hastanın hakkını aramasını, şikayet hakkının kötüye kullanmak olarak kabul etmemiştir. [495]

2.2.2. Yararlılık İlkesi

Yararlılık, merhamet, iyilikseverlik, hayırseverlik, özverililik, sevgi ve insaniyet anlamlarına gelen bir sözcüktür. Başkalarına yönelmiş yararlı tüm eylemlerin karşılığı olan yararlılık ilkesi ise, başkalarına yararlı olmanın etik bir yükümlülük olarak benimsenmesidir.[496]Sağlıksız bir insanın genlerine tedavi maksadıyla müdahale edilerek sağlığına kavuşturulması hem hastaya hem de topluma sağlanan insaniyet dolu bir tavırdır. Ancak herhangi bir tedavi maksadı olmasızın, o insanın genlerini başka bir canlının genleriyle karıştırarak hilkat garibesine benzer yeni bir canlı oluşturmak, ne insaniyetle ne de tıbbi etikle bağdaşmayacaktır.

Mutlak yararlı olmak ve yarar -zarar dengesini kurmak amaçlarını barındıran yararlılık ilkesi, tıp etiğinin tıp bilimine kazandırdığı vazgeçilmez nitelikteki temel ilkelerindendir. J. S. Mill ve Jeremy Bentham'ın ortaya atmış olduğu bu yaklaşım etik değerlendirmenin eylemin sonucunun iyi veya kötü olmasına göre yapılması gerektiğini savunmaktadır.[497] Bu yaklaşıma göre yarar, insan eylemlerinin amacı olduğundan, zorunlu olarak ahlakın da temel ölçütü olmalıdır. Bir eylemin ahlaklı

---

[494] Hasan Özkan, Sunay Akyıldız, *Açıklamalı İçtihatlı Hasta Hekim Hakları ve Davaları.* Ankara 2008, s.34-35; Önder İlgili, a.g.e., s.23; Havva Karagöz, "Genetik Teşhisler Nedeniyle Tazminat Sorumluluğu".*Tıp Hukuku Dergisi*, Y . 2, S. 4, İstanbul 2013, s. 220.

[495] Y. 4.H.D., 02.04.2015 T., 2014/8658 E., 2015/4102 K., Y. H.G.K., 07.07.2012 T., 2010/4-364 E., 2010/374 K., Y. 4. HD., 11.05.20098 T. 2008 / 11606 E.. 2009/6558 K.

[496] Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 165; Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s.18; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.115.

[497] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.88.

olup olmadığı kararı ancak sağladığı yarara ve yarattığı mutluluğa bağlı olarak verilebilir.[498]

Deontoloji terimi, Yunanca deontos ve logos sözcüklerinden kaynaklanmaktadır. Deontos görev, logos ise bilgi anlamındadır. Dar anlamda görev bilgisi, geniş anlamda ise mesleki davranış ve meslek ahlakı anlamına gelen deontoloji[499] , terim olarak, 19. yüzyılın ilk yarısında Jeremy Bentham tarafından önerilmiş ve yükümlülükler bilgisinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Bu anlamda deontoloji ne yapmalı ya da ne yapmamalı sorularına toplumun belirlediği ve ayrıca yaptırımlarla donattığı kuralların bilgisidir[500] Bir başka deyişle deontoloji, sağlık profesyonellerinin görevlerini belirleyen kuralları ifade eder. Bu kuralların bazıları resmi bazıları gayrı resmidir; gayrı resmi olanların kimi sivil tıp etiği kodu halinde yazıya dökülmüş kimi sözlü gelenek içinde yaşatılmaktadır. Tıp deontolojisi ya da kısaca deontoloji terimi, ülkemizde yakın geçmişe kadar tıp etiğinin tam karşılığı olarak kullanılmıştır. Günümüzde ise tıp etiğinin kurallardan oluşan alt kümesinin adı olarak kabul edilmesi eğilimi ağır basmaktadır. Bu kabul çerçevesinde tıp etiği, deontolojiden fazla olarak tıbbi ilişkiler çerçevesinde sağlık profesyonellerinin iyi davranmak adına neleri yapmaları ve nelerden kaçınmaları gerektiği hakkındaki soyut düşünme akıl yürütme etkinliklerini kapsamaktadır[501]

Neticeyi öne çıkaran yaklaşımın bir biçimi olan yararlılık, eylemin niteliğinden çok sonuçla ilgilenir ve eylemi buna göre değerlendirir. Bu ilke, sağlık çalışanından hastanın yaşamına destek vermesini, onu tedavi ederek ağrı acısını dindirmesini ve her durumda hastaya yararlı olmayı gerekli kılar.[502] En iyi ve doğru sonucu veren eylem aynı zamanda en ahlaki olanıdır. Eylemin ahlakiliği sonucuna göre değerlendirileceğinden aynı zamanda görecelidir. Kişiye, zamana ve kültürel ortama bağlı olarak iyi sonuç değişkenlik gösterecektir. Sonucun her zaman tahmin edilmemesi veya sonuçta gerçekleşen iyinin kim için iyi olacağı sorusunun yanıtlanmasının güç olması bu yaklaşımın temel sorunlarındandır.

---

[498] Erdem Aydın, Nermin Ersoy, a.g.m., s. 50.
[499] Önder İlgili İlgili, a.g.e., s. 14.
[500] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.m., s. 325; Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 23.
[501] Gülay Yıldırım, Selim Kadıoğlu, a.g.m., s. 81.
[502] Erdem Aydın, Nermin Ersoy, a.g.m., s. 50.

Yararlılık ilkesi ile hareket eden hekimin, hasta yararına verdiği karar aynı zamanda hastanın kendisi hakkında karar verme özerkliğini ortadan kaldırabilecektir. Paternalizm olarak adlandırılan bu durum, hekim ile hasta arasında hasta için iyi olan nedir sorusunun yanıtında yaşanan anlaşmazlıkta etik sorun oluşturacaktır [503]. Bu faydacı yaklaşımda doktor-hasta ilişkisi, baba ve çocukları arasındaki ilişkiye benzetilmektedir. Babanın çocuklarını koruyup kollaması gibi, doktordan da hastasını bu şekilde koruyup kollaması beklenmektedir.[504] Sağlık hizmetlerinde paternalizmi tamamen yok saymak olanaklı değildir. Ancak bu anlayışın sınırlandırılması gerekliliği özerkliğe saygının temel bir değer olarak kabul edilmesinin sonucudur. Sınırsız paternalizm anlayışının, genel olarak insana yarar sağlama ve zarar vermeme ilkesi ile temellendirilmiş tıp için de çelişki yaratacağı açıktır.[505] İnsanın ahlaki özne olmasının nedeni olan özerkliğin sınırsız paternalizm ile zedelenmesinin, hatta yok edilmesinin, insan olma özelliğini olumsuz etkileyerek insana zarar vereceği unutulmamalıdır[506]

Bu nedenle ilişkinin, hasta-doktor ilişkisinin ötesine geçmemesine de dikkat edilmelidir. Hekimden umulan ve olması gereken, hastalarına yararlı işler yapmasıdır. Bu beklenti nedeniyle, doktor hastasını kendisi gibi görecek ve hastasının tedavisi için en yararlı işleri yapacaktır.[507]

Öğretide savunulan ideal hekim kavramına da değinmek gerekir. Bu görüşe göre, ideal hekimin en güvenilir bir sırdaş kadar ketum olmasının yanında, bir tıp akademisyeni kadar zeki ve inceleyici olması gerekir. Hekimin öncelikle ilgilendiği öznenin hasta, tek amacının da hastaya yardım etmek olması gerekir. Bunun için de, hekimin hastasının tüm ruhsal, fiziksel ya da duygusal sorunlarına odaklanması zorunluluktur. Seyrek acil durumlar dışında hekim, aceleci ve telaşlı olmamalı, sakin ve güven verici bir tarzda hastasının sorunlarına can kulağıyla, yürekten ilgilenmelidir. Hekim önlüğünü giydiğinde nasıl paltosunu ya da ceketini çıkarıp

---

[503] Sevtap Metin, a.g.e., s.132 *"Örneğin mastectomy göğüs kanseri bir kadına net bir yarar sağlar ancak başka bir kadın için kadınlık kimliğinin bir görünümünün yıkılması olarak değerlendirileceğinde öyle bir zarar verir ki yaşam süresinin uzaması yararı bile bu zararı dengelemez."* Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.27.

[504] M. Onur Cin, a.g.e., s. 14.

[505] Tom L. Beauchamp, James F. Childresss, a.g.e., s.213.

[506] Nuriye Değirmen, *Jinekoloji ve Obstetride Beden Mahremiyeti : Kütahya Örneği.* Doktora Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir 2014, s.67.

[507] Eyyüb Macar, a.g.e., s. 60.

vestiyere asıyorsa egosunu da dışarıda bırakabilmelidir. Hasta, doktorunun kendisiyle yeterince ilgilenmediğini düşünürse, aralarında anlamlı bir hekim- hasta ilişkisi kurulamaz. Böylelikle hekim hasta ilişkisinde, öncelikle empati ve güven sağlanmalı, daha sonra da hastanın öyküsüne ve muayene sonuçları ile bulgu ve göstergelere tam odaklanma gerçekleşmelidir.[508]

Yararlılık ilkesi bağlamında ele alınması gereken konulardan birisi de, çocuğun üstün yararı kavramıdır. 509Özellikle aile hukukunda kabul edilen " ailenin ve çocuğun korunması " ilkesi ile, kişiliğin korunmasından hareketle eşler ve çocuk koruma altına alınmıştır.510Anayasamızın 41. maddesinde çocuğun yüksek yararı düzenlenmiştir. Buna göre her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karı çocukları koruyucu tedbirleri alır.

Yargıtay ana ve babanın çocuğun zorunlu aşılara tabi tutulmasına rıza göstermemeleri halinde, bu durum çocuğun üstün yararına açıkça aykırı olduğundan rızanın aranmayacağına karar vermiştir. Bu karara göre, aşının, çocuğun gelecekteki bireysel sağlığı yanında, toplum sağlığı açısından da yapılması zorunlu olduğu dosyadaki raporlardan anlaşıldığına göre, isteğin kabulüne karar verilmesi gerekirken salt ana ve babanın rıza göstermedikleri gerekçesine dayanılarak talebin reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.[511]

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3.maddesinde, yukarıdaki Yargıtay kararıyla benzer sonuca varan bir düzenleme benimsenmiştir. Bu maddeye göre, kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir.

Çocuğun üstün yararının saptanmasında, Sözleme'nin bir bütün halindeki ruhuyla, çocuğun sadece çocuk olarak kabul edilmeyip, kendi görüş ve duygularına

[508]Arthur Bank, a.g.e.,.s. 32.
[509] Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı, AİHM'nin Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme,* Ankara 2016, s. 60.
[510] Bilge Öztan, *Aile Hukuku. 4*. Baskı. Ankara 2004. s. 16.
[511] Y. 2.H.D., 04.05.2015 T., 2014/22611 E., 2015/9162 K.

sahip bir birey olarak ele alınarak, hem kısa hem de uzun vadedeki yararları gözetilmelidir. Bu sebeple çocuğun yüksek yararı kavramı, çerçevesi esnek, hakimin takdirine açık, somut olaya göre değerlendirilmesi gereken hakkaniyet kavramlarındandır.[512]

Hukukun aynı zamanda bir sanat olduğu, başta edebiyat olmak üzere bir çok sanat dalında, yargıya intikal etmiş olayların yetkin sanat adamlarınca tartışılarak ilkelerin coşkun ve vurgulayıcı biçemle insanlık tarihine perçinlendiği bilinmektedir. Bunlardan birisi olan Çocuk Yasası[513] romanının kahramanı Adam Henry seküler devlet yapısına, askerlik yapmaya, kan, kan ürünleri ve organ aktarımına karşı olan Yehova Şahitleri inanç topluluğuna mensuptur.[514] Bu inanç topluluğu, inançları gereğince kanın bir kutsallık içerdiği ve yaşamın özünü oluşturduğu kanaatiyle, kan nakline karşı çıkmakta ve kan nakli yapan ya da yaptıran kişiyi en ağır yaptırım olan topluluktan çıkarma yaptırımına maruz bırakmaktadır[515]. Kendi kanlarının depolanıp, sonra yine kendilerine aktarılmasını bile kabul etmeyen inanç topluluğu üyeleri, bilinçlerinin kapalı olması olasılığında bile kan nakli yapılmaması için " kan naklini kabul etmiyorum " anlamına gelen yazılı kağıtları üstlerinde taşımaktadırlar[516].

Badur'a göre çocuğun yaşamını tehdit eden sağlık sorunlarına ilişkin tıbbi müdahalelerde, ana babanın din ve vicdan özgürlüğünün karşısında konumlanan, çocuğun yaşama hakkının ve üstün yararının517 gözetilmesi gerekir. Böyle durumlarda ana babanın dini inancı küçüğün önünde bir engel olarak görülmemelidir518. Gerçekten de insancıl hukuk anlayışına uygun bu görüş, insanın önceliği ilkesi ile örtüşmektedir.

[512] Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, a.g.m., s. 269; Abdulkadir Pekel, a.g.e., s.55.
[513] McEwan, Ian, *Çocuk Yasası*, 2. Baskı, İstanbul 2017,s.32.
[514] M. Onur Cin, a.g.e. s. 31
[515] Sevtap Metin, a.g.e.,s.119; Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, s. 257.
[516] Emel Badur, a.g.e., s. 138
[517] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s. 204; Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, a.g.m.s. 267.
[518] Emel Badur, a.g.e,s. 139.

2.2.3. Zarar Vermeme İlkesi

Zarar vermeme ilkesi, hasta ile hekim arasındaki güven ilişkisinin uzantısıdır.[519] Güven ilişkisi, birden fazla kimse tarafından yürütülen faaliyetlerde, faaliyete katılan her bir kimsenin, diğerlerinin "faaliyetle ilgili davranış kurallarına" uyacağı beklentisini ve bu beklentiye göre hareket etmesini ifade etmektedir.[520] Sağlık servislerinin ana hedefleri, organizasyon, yönetim, parasal ve yüksek derecede bakım hizmetlerini sunmanın yanında tıbbi hataları azaltarak hasta güvenliğini sağlamaktır. [521] Tıp uygulamalarında istenmeyen zararlı eylem ve sonuçlarının da gerçekleşmesi yarar ve zararın dengelenmesi ilkesinin önemini ortaya koymaktadır. Başkalarının sağlığını koruma ya da sağlığa etki eden olumsuz etkenleri ortadan kaldırmayı amaçlayan hekimlerin, yarar sağlama ve zarar vermeme ilkelerini birlikte değerlendirmeleri gerekir.[522]

Zarar vermeme ilkesi ifadesini Hipokratik tıp etiğinde yer alan "Primum non nocere" şeklinde dile getirilen "herşeyden önce zarar vermeyeceksin" ilkesinde bulmaktadır.[523] Hipokratik tıp anlayışında hastalıkların tedavisi doğanın iyileştirici gücü sayesinde olacaktır ve hekime düşen bu gücün işlemesine izin vermektir.[524] Hekimin, gereksiz, müdahalesiyle bu olasılığın da kaybolması ve başka ek zararlara yol açabilecek olması, Hipokratik zarar vermeme ilkesinin temelini oluşturmaktadır. Bu ilkeye göre, hekimin yükümlülüğü, hastalara en az zararla net tıbbi destek sağlamaktır.[525] Ayrıca hekim, başvuracağı girişimin ve tedavinin yara ile zararını tartarak[526] hastalarına karşı tıbbi hatalardan[527] da sakınmak zorundadır.

Öğretide bir görüşü göre, zarar vermeme ilkesinin yararlılık ilkesi uyarınca hayata geçirilmesi, zira hiç zarar vermeden mutlak bir yararlılık ilkesinin

---

[519] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, *Biyobankalarda Etik ve Yasal Düzenlemeler Kılavuzu*. İstanbul 2017, s. 17.
[520] Nazan Altundere, *Tıp Ceza Hukuku Ve Güven İlkesi. Sağlık Hukuku Makaleleri*, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi. İstanbul 2012.s. 105.
[521] Lucy Frith, a.g.m..s. 1.
[522] Sevtap Metin, a.g.e., s.133.
[523] Çağatay Üstün, a.g.m., s.116; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e.,s.97.
[524] M. Onur Cin, a.g.e. ,s. 11; Aydın, Erdem, a.g.m. , s.93.
[525] Sevtap Metin, a.g.e,s.133; Hilal Yüksel, a.g.e.,s. 38.
[526] Berna Arda, Pelin Serap Şahinoğlu, " Tıbbi Etik : Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları", *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası*, Cilt : 48, S.3, Ankara 1995, s. 330.
[527] Eşitli, Ezgi Aydın, "Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu". Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt : 1. Ankara 2015 s. 177.

olmayacağından bahisle bu ilkenin bağımsız incelenmesine gerek bulunmadığı ileri sürülmektedir.[528] Kanaatimizce her iki ilkenin de ait olduğu durumlarda bütünleyici oldukları bir an düşünülse de, her yararlı tıbbi müdahalenin zarar vermeyeceği, her zarar veren tıbbi müdahalenin yararlı olmayacağı düşünülemeyeceğinden dolayı bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Zarar vermeme ilkesi bir yönüyle kötülük yapmamayı ve yararlı olmayı da kapsamaktadır. İnsana zarar vermemek, tıp etiğinin temel bir ilkesi olmanın yanında, aslında tüm insanlık için de geçerli bir değerdir. Zarar vermek bir eylemin yapılmasıyla olabileceği gibi, kimi zaman yapılması gereken bir ödevin yerine getirilmemesiyle de gerçekleştirilebilir. Ödevler her bir özgül durumda incelenen değerlerle ilgilidir ve değerleri etkiler.[529] Çünkü ödev, günümüzde kişinin içinde bulunduğu grup ya da toplumla ilişkisinden doğan kişinin yapması gereken şeyler için kullanılmaktadır. Aynı zamanda yerine getirilmesi gereken vicdani yükümlülük oluşturan görevli için de ödev tabirinin kullanıldığı isabetle belirtilmiştir.530

Bazı uygulamaların, hayata son verecek biçimdeki diğer uygulamaların yanında daha az zararlı olması durumunda da zarar vermeme olayı vardır. Eğer riskler çoksa ve hastaya faydalı olma durumunu sağlayamıyorsa ve zararlı oluyorsa hastanın kendi tercihini yapması gerekir. Bir teşhis ya da tedavi uygulamasında öncelikli ilke hastaya ve üçüncü kişilere zarar vermemektir.[531] Yargıtay bir kararında doktorların, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorunda

---

[528] Nesrin Çobanoğlu, a.g.e. s. 19.
[529] Yeşim Işıl, Ülman, a.g.m., s.1.
[530] İlgili, Önder, a.g.e.s.14.
[531] " .... Bir erkek hasta radyasyon onkolojisine başvurur. Hastaya daha önce Evre : 3 A olan Yassı Epitel Hücreli Akciğer kanseri Tanısı konur. Kendisine operasyon yapılması gerektiği bildirilir. Ancak hasta kabul etmez. Bu şekilde radyasyon onkolojisine gelen hastaya operasyon gerekliliği yeniden bildirilir. Yine kabul etmez ve ışın tedavisi uygulanır. Radyoterapi bittiğinde yapılan kontrolde tümörün küçüldüğü saptanır. Hastanın operasyonu tekrar reddetmesi sebebiyle ek kemoterapi önerilen hasta maddi nedenlerden dolayı öneriyi reddeder. 1 Y sonra yapılan muayenede tümörün büyüdüğü anlaşılır. Hastanın bu kez kabul etmesi üzerine 6 kür kemoterapi uygulanır. Bu süreçte sisplatin, etoposid gibi ilaçlar verilen hastadaki tümörde % 40 oranında küçülme olduktan sonra yapılan kontrolde her nedense büyüme görülür ve hasta medikal onkolojiye gönderilir. Burada solunum güçlüğü sebebiyle yoğun bakıma alınan hastanın yaşam destek sistemleri ile ömrü uzatılır. Akciğer kanserinde operasyona ikna olayı yalnızca göğüs hastalıkları uzmanı yerine göğüs hastalıkları uzmanı ile birlikte onkoloj ve radyasyon onkolojisi gibi kliniklerin hekimleri, gerekirse psikiyatristin de alınarak oluşturulacak konsultasyonla gerçekleştirilebilirdi. Ayrıca çok sayıda radyoterapi ve kemoterapi alan hastanın yan etkilere uğraması sebebiyle etik ilkelerden olan hastaya zarar vermemek ilkesi çiğnenmiştir." Ayşegül Demirhan Erdemir, , a.g.e.,s. 95,120.

olduğunu belirttikten sonra tıbbi çalışmalarda bulunurken, bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü tedbirlerini alarak yapmak zorunda olduklarını isabetle işaret etmiştir. [532]

Öğretide isabet bulunan bir görüşe göre, zarar vermeme ilkesinin bir uzantısı da, hekimin kendini geliştirme yükümlülüğüdür.[533] Hekim uzmanlık sahasına giren yeni buluşları, teşhis ve tedavi yöntemlerini öğrenmek zorundadır. Lisans ya da uzmanlık eğitimini tamamladıktan sonra kendisini geliştirmeyi bırakan, uygulanması terk edilmiş bir metodu uygulayan hekim, oluşan zararlardan sorumludur. 534 Hekim ile hasta arasında güven ilişkisinin bir sonucu olarak, ilişkide zayıf taraf olan hastanın tıp bilimindeki son yenilikleri öğrenmesini ve uygulamasını beklemek mantık kurallarına ve yaşamın olağan akışına aykırılıktır. Aksine hekimden, gerekirse konunun uzmanı hekimlerden destek alması beklenir.535

Hekimin hastayı muayene etmesi, tıbbi müdahaleyi bizzat kendisinin yürütmesi hekimin birincil sorumluluğudur. İkincil sorumluluk ise, faaliyeti yürüten kişinin, iş paylaşımı çevresinde tali olarak yüklenen ödevlerdir. Örneğin hekimin, birlikte çalıştığı hemşiresinin görevini kendisinden beklenen çerçevede yerine getirip getirmediğini, ameliyathanenin uygun koşulları taşıyıp taşımadığını gözetmesi gerekmektedir.[536] Hekim gen incelemeleri yaptığı sırada, yardımcılarını tıbbi ve olaya ilişkin verilerle donatması etik sorumluluğunun da olmasının yanında, ameliyatlarda da gerekli ve olmazsa olmaz uzman yardımcılarını refakatine almak zorundadır.

AİHS'nin 2. maddesinde yer alan yaşama hakkının, zarar vermeme ilkesiyle birlikte değerlendirilmesi gerekir. İç hukuk yolları ile gördükleri zararları tazmin ve tahsil edemeyen mağdurlar, bu sıfatı korudukları sürece hem iç hukuktan, olmadığı takdirde AİHM'ne başvurabilirler. AİHM, Calvelli ve Ciglio/İtalya davasında,

[532] Y. 13. H.D., 27.01.2014 T. 2013/4758 E., 2014/ 1897 K.
[533] M. Onur Cin, a.g.e. .s. 89.
[534] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e.,s. 48.
[535] " Columbia Presbyterian Hastanesi'nde hastalara bakan benim gibi koğuş sorumlusu hekimler ile asistan hekimler genellikle zor ve karmaşık vakıalarda tanı koymakta kendimizi güvende hissederdik. Tanımızdan emin olmadığımız durumlarda ya da bazı özel vakıaların tedavisinde kuşkularımız varsa konuyla ilgili alt uzmanların güçlü bir desteğinin bulunduğunu ve belirli bir vakıada bizlerden daha bilgili uzmanların bize yardımcı olacaklarını bilmekteydik."Arthur Bank, a.g.e., s.124.
[536] Nazan Altundere, a.g.m., .s. 108.

İtalyan hukuk sisteminin uyuşmazlığın taraflarına, Sözleşme'nin 2. maddesinin gereklerini teorik olarak karşılayan bir koruma sağladığı belirtilmiştir. Ancak, bu koruma, mahkemelerin her bir davanın görülmesini süresi içinde tamamlamalarına imkân verecek şekilde, pratikte de etkili bir şekilde işlemelidir. Başvurucular hukuk davası açma hakkına sahip olup, böyle bir dava açmışlardır. Doktorun sorumluluğunun hukuk mahkemesi tarafından tespit edilememiş olmasının sebebi, başvurucuların doktorun sigortacısıyla anlaşmaya varmış olmalarıdır. Böylece başvurucular doktorun tazminat ödemesine hükmedilebilecek bu davaya devam etme haklarından isteyerek vazgeçmişlerdir. Bu yolla başvurucular, olayın şartları içinde Sözleşme'nin 2. maddesinden doğan devletin pozitif yükümlülüğünü karşılayacak olan davadan vazgeçmek suretiyle, çocuklarının ölümü nedeniyle doktorun sorumluluğunun boyutlarının açıklanmasının en iyi aracından da kendilerini mahrum bırakmışlardır. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesindeki yaşama hakkının ihlâl edilmediğine karar vermiştir.[537]

2.2.4. Adalet İlkesi

Hukuk kadar diğer bilim kollarını da ilgilendiren adalet, tanımı zor ve soyut kavramlardan birisidir. Adalet sözcüğü genel olarak "doğruluk", "hak etme", "hak kazanma" , " haklı olana hakkını vermek" gibi anlamlara gelmektedir. Adalet duygusu ve arayışı ilk çağlardan itibaren insanoğlunun en çok üzerinde durduğu konulardan biri olmuştur. Aristoteles dağıtıcı ve denkleştirici olmak üzere iki tip adalet tipi tanımlamıştır. İnsan ve toplum yaşamında adalet kavramının önemli bir yeri bulunmaktadır.[538] Günümüzde adalet kavramı daha çok hukuk alanında kullanılıyor olsa da, aslında yaşamın her alanında ve dolayısıyla tıp etiği alanında da önemli bir yer tutmaktadır. Bu nedenle, adalet ilkesi günümüzde tıp etiğinin ilkelerinden biridir. [539]

Adalet birbiriyle yarışan istemler arasında adil bir düzenleme temeli üzerine davranmayı gerektiren ahlaki yükümlülüktür. Eşitlik ve hakkaniyet, adalet ilkesinin

[537] Yüksel Metin, a.g.m., s. 124'den naklen AİHM Kararı, Calvelli ve Ciglio/İtalya, 17.01.2002, Başvuru No: 32967/96, parag. 49 vd.
[538] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.58; Turhan, Mine Kasapoğlu, a.g.e.,s.104.
[539] Osman Kaşıkçı, a.g.m, s. 166.

ayrılmaz iki yarısı olduğundan dolayı birlikte değerlendirilmelidir.[540] Ayrıca adalet kavramının eşitlik, özgürlük ve yararlılık kavramlarını içerdiği ileri sürülmektedir.[541] Sağlıkta eşitlik, tüm insanların eşit sağlık durumunda olması değil, bir ülkedeki ilgili vatandaşlara sağlık hizmetine eşit olaşma olanağının sağlanmasıdır.[542] Biyotıp kavramı ile birlikte ele alınan adalet ilkesi gen üzerindeki incelemelerde de vazgeçilmez bir evrensel etik değeridir. Gen incelemelerinin önem taşıdığı başat alanlardan olan insanların kullanıldığı biyomedikal araştırmalardan kimin yarar sağlayacağı ve risklerinin kimler tarafından yüklenileceği hususunda adaletin bağlayıcılığı tartışılmaz. Adaletin dağıtıcı doğası gereği nimet ve külfette eşitlik ilkesinin somut göstergesi, araştırmaya katılımcıların hakkaniyete uygun biçimde seçim ölçütlerinin belirlenmesinde başlar. Seçim ölçütleri, araştırmaların amacıyla bağdaştırılmalıdır. Aksi takdirde kolaycılığa kaçılmış olunacaktır. Benzer biçimde, araştırmadan yarar görmesi olası katılımcılar dışlanmamalıdır. Adalet ilkesi, çok kısıtlı kaynakları olan ülkelerde yapılan araştırmalar ve incinebilir grupları içeren araştırmalar açısından özellikle önemlidir. Bu tür araştırmalar, tahmini sonuçları ve öngördükleri uygulamalar bakımından o ülkenin insanlarının veya söz konusu grupların sağlıkla ilgili gereksinimlerine cevap verebilecek, yarar getirebilecek nitelikte tasarlanmış olmalıdır.[543]

Tıp etiğindeki anlamıyla adalet ilkesi, tıbbi kaynakların hastaların gereksinimlerine göre eşit ve dürüstçe dağılmasını ifade etmektedir.[544] Bir başka deyişle, adalet, hekimin hastaları arasında hakkaniyeti gözetmesi, görevini yaparken hastaların davranışlarından etkilenmemesi, yorgunluk, bitkinlik, uykusuzluk nedeni ile hastaya kötü davranmaması ve hekimlik mesleğinin gereklerini herkese eşit olarak uygulamasıdır.[545] Adalet ilkesi genel kabul görmekle beraber, bu ilkenin tam olarak yaşama geçirilebilmesi güçlükler taşımaktadır. Günümüzde tanısal ve tedaviye dönük tıbbi işlemler yüksek maliyetler taşırken, kamu olanaklarının bu hizmetlere mi yoksa koruyucu sağlık hizmetlerine mi öncelikle aktarılması gerektiği de ayrı bir tartışma konusudur. Bireyin sağlık bakım hakkı dolayısıyla tıbbi olanaklardan yeteri

[540] Berna Arda, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.m., s. 331.
[541] Tom L. Beauchamp, James F. Childresss, a.g.e., s.301.
[542] Nesrin Çobanoğlu, a.g.e., 2007, s. 18.
[543] Sevtap Metin, a.g.e., s.134
[544] M. Onur Cin, a.g.e. .s. 18; Yüksel, Hilal, a.g.e., s. 39.
[545] Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 166.

kadar yararlandırılması gerekmektedir. Ancak bu hakkın, sosyal niteliği en gelişmiş olan ülkelerde bile, tam olarak kullandırılabildiğini savunabilmek güçtür.[546]

Çeşitli sosyoekonomik kesimlerin arasındaki gelir uçurumu, genetik teşhis testleri ile gen tedavilerine erişim olanağını engellemektedir. Bu durum biyolojik bir sömürü aracına dönüşmemelidir. Ayrıca pahalı ve sürekli bakım gerektiren genetik hastalıklarda tedaviye ulaşma şansı sadece varsıllara özgülenmiştir, düşüncesinin yaşam bulunmamasına çalışılmalıdır. Ekonomik yetersizlikler ya da gen analizlerinin yüksek maliyeti yüzünden hastalar, kaygı ve korku yaşamamalıdır[547].

Genetik teşhise yönelik testlerde, kadınların mahremiyet alanına saygı gösterilmesi de önemli bir sorundur. Gerçekten de, jinekolojik teşhis ve tedavi sürecinde kadınlar; korku, anksiyete, bilgi eksikliği, güçsüzlük, sağlık personelinin olumsuz tutumu, muayene edenin karşı cinsten olması, mahremiyetine dikkat edilmemesi, çıplak olması nedeniyle utanma, muayene pozisyonu, genç yaşta olma, kişisel temizlik hakkında endişe, muayene deneyiminin olmaması, olumsuz muayene deneyimleri, cinselliğin olumsuz algılanması ve sosyal izolasyon gibi sorunlar yaşamaktadır. Kadınların jinekolojik muayeneye verdiği tepkiler önceki deneyimlerine bilgi düzeylerine, sosyo-kültürel durumlarına ve semptomlarına göre değişir. Kadınların çoğu pelvik muayeneyi küçültücü bulurlar. Kadınların sağlık kuruluşlarına gidememeleri kendi kendilerine bazı uygulamalara başvurmalarına neden olarak jinekolojik hastalıklara hatta ölümlere sebep olmaktadır.[548]

Hayatın olağan akışını ve mantık kurallarına göre, hekimin her hastaya eşit biçimde davranması mümkün değildir. Bu sebeple hekimin adalet anlayışı, dağıtıcı adalet[549] yani hastanın gereksinimi oranında ilgilenmek ve onu bilgilendirmek olarak anlayan görüşte isabet bulunmaktadır. [550]Hastaları sosyal statülerine göre değerlendirmek ve kariyer ya da ekonomik durumlarına göre ayrım yapmak adalet

[546] Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.57.
[547] Nesrin Çobanoğlu, "Genetik Teşhislerde Etik Sorunlar", *Tıp Hukuku Dergisi*, 2, s. 4, Ekim 2013, s. 12.
[548] Nuriye Değirmen, a.g.e., s.94.
[549] Bilge Öztan, a.g.e., s.14.
[550] Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 166; Elif Ekmekçi, Perihan Bor, a.g.e, s.28-29; Wertz, D.C. , Fletcher, J. C. , Berg, K. , a.g.e..s. 26.

ilkesini zedeler.551Ayrıca yaşam biçimi de hastanın tedavisinde ona öncelik tanınmasını etkiyebilir. Şayet hasta sağılığını olumsuz etkileyen sigara, alkol, düzensiz beslenme gibi alışkanlıklara sahip ise , bu alışkanlıkları bünyesinde barındırmayan hastanın tedavisi öne alınır. 552

Genetik teşhis ve tedavilerle ilgili olarak tıbbi etik sorunların ortadan kaldırılması için olgusal çözümlerin , deontolojik ve hukuksal kurallar biçiminde yaşantıya aktarılmasını öneren görüş, çağların kültürel birikimin imbikten süzüp geleceği de öngörerek insanlığa sunmaktadır. Değerler bilgisine ve etik ilkelere uygunluğun, etkili kurumlarca, normatif kurallarla denetlenmesi " kötü " uygulamaların önüne geçecektir. Tıp bilimindeki sürekli gelişimin getirdiği sorunların, kanun koyucu tarafından zaman alıcı formalitelerle yapılacak yasal düzenlemelerle giderilmesi zordur. Doğası gereği statik bir yapıya sahip olan hukukun, dinamik toplum hayatının gerisinde kalabildiği bilinen bir gerçekliktir. Bu durum, hukuk sistemi ile sosyal hayat arasında çok sayıda problemlerin oluşmasına sebep olmuştur.[553]Bu nedenle hem tıbbın gelişmesi hem de problemlerin halledilmesi için tıbbi etiğin önemi gittikçe artmaktadır. Örneğin, ölümün tanımı, intrauterin tanıya dayalı kürtajın gerekli olduğu durumların saptanması, embriyo dokularının

---

551 " İnsan olarak hastalandığımızda tıbbi yardımın en iyisini hak ederiz. En iyi sağlık sistemlerinde, kim olursak olalım, tedavinin ayrılmaz bir parçası olarak huzur ve teselliyi de hak ederiz. Hiç kimse hasta olduğunda huzur ve teselli gereksinimden muaf değildir. Her birimizin zaman içinde ölümcül bir hastalığa yakalanma riski vardır.Bu insanlığın yapısında olan bir şey. İnsan olarak biz, bazen hastalanırız ve hastayken de bakılıp teselli edilme hakkına sahibiz. Hastayken en iyi doktorların bize bakmasını ve kaygılarımızı gidermesini isteriz.
Hasta olduğumuzda hepimiz olabilecek en iyi tıbbi yardımı alabilmeyi arzularız. Bu tür bakım için gerekli olan nedir? En önemli nitelik, her birimizin her gereksinme duyduğumuzda en üst düzeydeki bakıma, her zaman hızlı bir şekilde ulaşabilme güvencesine sahip olabilmemizdir. Olanakların sağlayabildiği en iyi tıbbi bakıma ulaşabilmek bir ayrıcalık değil, bir haktır. Bu türden bakımın sağlanabilmesinin ilk ve en önemli koşulu her birimizin her istediğimizde şefkatli ve nitelik bir hekime ulaşabilir olmamızdır, bu bir iç hastalıkları uzmanı, bir çocuk hastalıkları uzmanı ya da pratisyen hekim olabilir. İkinci koşul ise tıbbi yardım aldığımız kurumun da üstün niteliklerde olmasıdır."Arthur Bank, a.g.e., s.96

552 Ayşegül Demirhan Erdemir, a.g.e. ,s.97.

553 Doğan Kılınç, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ", *AÜHFD,* S. 61 (3), Ankara 2012,s. 1091, ".....kadınların meme kanseri hakkında bilgilendirilmesi, meme muayenesinin öğretilmesi ve her Y mamografi çektirilerek erken tanı ve tedavinin sağlanması oldukça önemlidir. .... Yapılan incelemeler sonucu meme kanseri tanısı konulan hastaya hekimi tarafından hastalığı ve tedavi seçenekleri hakkında bilgi verilmiş, hastanın onayı ile meme alınmıştır. Olayda aydınlatılmış onam ve özerkliğe saygı ilkeleri uygulanmıştır. Meme hayati organa sahip olmamakla birlikte,estetik olma özelliğinden dolayı her kadın memesinin alınmasını onaylamayacaktır. Meme kanserinde ilk malign hücrenin ortaya çıkışından elle muayenede fark edilebilir bir boyuta ulaşması için geçen süre düşünüldüğünde, mamografinin her kadında uyglnması, meme kanserinden ölümlerin oranını ve tedavi maliyetini düşürecektir. Sağlık hizmetlerinden her kesimin eşit olarak yararlanması sağlanabilirse, mamografinin her kadının hizmetine sunulması mümkün olacak, böylece adalet ilkesinin gerçekleşmesi sağlanacaktır"Erdemir, Ayşegül Demirhan, a.g.e.,s. 127.

kullanılıp kullanılmaması, doku ve organ aktarımı, kiralık anne, rekombinant genetik uygulamalar gibi başlıca sorunların çözümü, başlı başına bir tıbbi etik çalışmasını gerektirmektedir.[554] Bu sorunların çözümü için bir vasıta olan genetik testlerde, kişilik haklarının ve insan onurunun korunmasına özen gösterilirken, toplum birey ilişkisinde yarar zarar dengesi iyi kurulmalı, gelecek kuşaklar gözetilmelidir.[555]Bunun çaresi Anayasamızın 2. maddesinde yer alan " ...sosyal hukuk devleti ..." ilkesinin güçlendirilmesinde bulunmaktadır. Böylelikle kaynak dağılımının adil yapılması yanında, tıbbi uygulamalar sırasında da yaşanacak eşitlik ve hakkaniyet sorununun çözümü de gerçekleşecektir.

Adalet ilkesi, hastalarına karşı teşhis ve tedavi uygulamalarında hekimin hastalarına eşit davranmasını, bu çalışmalarda muhataplarından birinin, diğerinden daha önemli görülmemesini sağlamak amaçlanmaktadır. Hastanın sağlığına kavuşmasında gen incelemeleri de dahil olmak üzere teşhis ve tedavi uygulamalarında tıbbi araç, gereç ve olanakların adil biçimde dağıtılması, paylaştırılması, adalet ilkesinin temelini oluşturmaktadır.556Nitekim Yargıtay, adalet ilkesinin uygulanmasında ve sosyal hukuk devletinin yansıması olarak verdiği bir kararda uluslararası alanda da takdir olunması gereken bir karar vermiştir. Bu karara göre, SGK ile anlaşması olduğu için tercih edilen hastanede ücret alınmaması gereken acile başvuran hastadan sözleşmeye aykırı olarak ve onayı alınmadan ücret alındığı gibi, kesilen hizmet bedeli faturasının da davacı şirket dışında başka bir şirket adına kesilmesi sözleşme ve hasta hakları bakımından izah edilemez bir durumdur.557

[554] Berna Arda, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.m.,s. 327.
[555] Nesrin Çobanoğlu, *a.g.m.*, 2013 , s. 14
[556] Arthur Bank, a.g.e.s. 203; Köksal Bayraktar, a.g.m. ,s. 26.
[557] Y. 13. H.D., 14.10.2010 T. 2010/5419 E., 2010/13274 K.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AVRUPA BİYOTIP SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA GENETİK İNCELEMELER

Bilimsel ve teknolojik ilerlemelerin insani sınırları çiğnemesi tehlikesi karşısında, bir tepki olarak ulusal etik kurullar oluşturulmaya çalışılmaktadır. Gerçekten de, son derece dinamik, değişken yapıya sahip olan ülkelerde gerek toplumsal değişiklikler, gerekse hukuk kuralları gereğince yaşanan değişiklikler ve yenilikler olmakta, etik kurulların yapısının ve işleyişinin de bu gelişmelerden etkilenmeyeceğini söylemek gerçekçi bir tespit değildir.[558] İtalya ve Singapur örnekleri ise, bu kurulların araştırma etiğinin daha liberal bir tanımının yapılması için kullanılabileceklerini göstermekte ve düşündürücü örnekler olarak dikkati çekmektedir.

Ulusal etik kurulların tarihçesine bakıldığında, aktüel konulara ilişkin kuruldukları, yani Ad-hoc komiteler oldukları anlaşılmaktadır. Genellikle hükümetler tarafından görevlendirilmiş ve kamu tarafından finanse edilmiş olsalar da, iç işlerinde bağımsızdırlar. Kurullarda görevli olarak seçilenlerin, lobilerle ve çevrelerle bağlantılı olmamalarına dikkat edilmektedir.[559]

Kurullarda yürütülen etik ekspertiz için fen bilimleri ve tıp yanında felsefi etik, teolojik etik, hukuk ve sosyal bilim disiplinlerinin temsilcilerine yer verilmiştir. İngiltere'de Nuffield Komisyonu'nun ve Yunan Ulusal Etik Kurulunun ele aldığı *"genetiği değiştirilmiş bitkiler "* örneğinde olduğu gibi, insan tıbbı konuları dışında biyoetik açılımıyla çevre konularına da yer verildiği, yine bütün kurulların, üremeye yardım yanında, genetiğin tanı ve tedavideki yeri üzerine özel olarak eğildikleri

[558] Güçlü Akyürek, a.g.m., s.12.
[559] Anıl Namal, "Biyoetik Sorunları Ele Almak İçin Kurulmuş Ulusal Etik Kurullara Dünyadan Örnekler", *Hacettepe Tıp Dergisi,* Ankara 2009, S. 40.s. 76.

dikkat çekmektedir. Kurulların ilgilenecekleri konular, bazılarının kuruluş yasalarında belirtilmiş, bazılarında ise kendilerinin belirlemesine bırakılmıştır. Bu kurulların ilgili konularda yasa yapımına, hatta politik kararlara ışık tutacak işlev gördükleri de göze çarpan yönlerindendir. Çok önemli işlevlerinden birisi de, kamuoyunun biyoetik sorunlar hakkında bilgilendirilmesi ve ilgili tartışmalara katılımlarının sağlanmasıdır.[560]

Genel etik kurulları, yerel etik kurulları, bilimsel araştırma inceleme kurulları, klinik araştırma etik kurulları, danışmanlık etik kurulları, hastane etik kurulları[561] olarak çeşitli türleri bulunan kurulların işlevleri, hastaların, araştırmacıların, ilgili meslek mensuplarının ve araştırma kurumlarının korunmasıdır. Bu kurulların herhangi bir konudaki olumlu ya da olumsuz kararları, mahkemelerce hükümlerinde tartışılıp değerlendirilmektedir. Etik kurullar, hukukun oluşturulmasına yardımcı oldukları gibi, kusur saptanmasında da yol gösterici bir işlev içinde bulunmaktadırlar.[562]

Biyotıp etiğinin önemli sorunları olarak kürtaj, ötenazi, insan üzerindeki deneyler, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, organ nakli, etik kurullar, tıbbi kaynakların dağıtımındaki adalet sorunları başlıca konulardır. Deontoloji ise *" ne yapmalı "* ya da *" ne yapmamalı"* sorularına karşılık gelen ve yaptırıma bağlanmış kuralların bütünüdür. Deontolojinin getirdiği yükümlülükler, yazılı olup olmamasına bakılmaksızın yerleşmiş ilkeleri ve kuralları içeren ve bunları tartışmaya kapalı biçimde zorlayıcı normatif bilgilerdir. Bu açıklamalara göre tıbbi deontoloji, tıp mensuplarının meslekle ilgili oluşturduğu, meslek üyelerine emreden, onları belirli bir şekilde davranmaya zorlayan, hizmet ideallerini korumayı amaçlayan yasal ve ahlaki yükümlülükler bütünüdür. Biyotıp etiği ise tıp uygulaması sırasında hekim-hasta, hekim-hekim, hekim-kurum, hekim – sağlık politikası, denek-araştırıcı hekim ilişkilerinde belirlenen değer sorunlarıyla ilgilenmektedir. Biyotıp etiğinin alanı, tıp değer sorunlarının tartışılması olarak sınırlandırılabilir.[563]

---

[560] Anıl Namal, a.g.m..s. 76.
[561] Nesrin Çobanoğlu, a.g.e., s. 93; Turhan, Mine Kasapoğlu, a.g.e.s.151.
[562] Köksal Bayraktar, a.g.m. ,s. 31.
[563] Sevtap Metin, a.g.e,s.4-5.

Gen teknolojisi, ilaç sanayi, klonlama, doğum, ölüm, ötenazi, insan deneyleri, yapay üreme, kürtaj ve bunlarla birlikte canlılarla ilgili bilimsel ve teknolojik gelişmelerin sonuçları, sınırları ve kullanım ilkeleri biyoetiğin belli başlı konu başlıklarıdır. Tıp ve benzer uğraş alanlarında ortaya çıkan birey hakları karşısında kamu yararı; eşitlik, adalet ve hakkaniyet karşısında bireysel özgürlükler, bireysel tercihler karşısında çoğunluğun iradesi gibi etik ikilemlerde, etik hukuka daha insancıl, insani bir bakış açısı kazandırmıştır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sırasında insanların toplama kamplarında katledilmenin ötesinde birer deney nesnesi olarak kullanılmış olmalarının ve Nürnberg Mahkemeleri ifadelerinin, biyotıp alanını da kapsayan hassasiyetleri tetiklediğini vurgulamak gerekir.[564] Bu nedenle yerkürede hasta haklarının artması, 1947 yılında hazırlanan Nürnberg Kodu'na dayanmaktadır.[565] Kodlar, Nazi rejiminin toplama kamplarındaki insanlar üzerinde yaptığı deneyler nedeniyle düzenlenmiştir. Nürnberg Kodları'nda kişiler üzerinde deney yapılabilmesi için özgür ve aydınlatılmış rızalarının alınması, rıza ehliyetinin olması, toplumsal yararın ön planda olması, gereksiz bedensel ya da ruhsal acı verilmemesi, kalıcı bedensel zararların ya da ölüm sonucunun doğmaması ve deneğin her an sona erdirilmesini isteme hakkı olduğu düzenlenmiştir.[566] Dolayısıyla biyoetik, başından beri insan hakları kavramını merkezine almaktadır.

Tıp ile etiğin kesişme noktasında insan bedeninin gitgide daha fazla medikal bir konu olmasının yol açtığı hukuki ve felsefi sıcak sorunlar uluslararası toplumu olabildiğince ortaklaştırılmış ilkeler nezdinde bir araya gelmeye zorlamaktadır. Goottfried Wilhelm Leibniz tıp ve ahlak arasındaki sıkı bağı *" Ahlak ve tıp, onurlu bir birliktelik oluşturmalıdır"* şeklinde ifade etmiştir.[567] Böylesi ortaklaştırılmış ilkelerin başında ise bilindiği üzere biyotıpla da ilişkilendirildiği oranda insan hakları manzumesi ve buna ilişkin çeşitli düzey ve zamanlarda yapılmış sözleşmeler bulunmaktadır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyo etik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 sayılı Tavsiye Kararı doğrultusunda hazırlanan *"Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması*

[564] Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 20; Aykut Cemil Aykın, a.g.m., s. 61.
[565] Yeşim Işıl Ülman, a.g.m, s.4; Jose Roberto Goldim, "Genetics and ethics: a possible and necessary dialogue". *J Communite Genet*, Y. 2015, S.6-9, s. 194; Nüket Örnek Büken, a.g.e., s. 175, Hamide, a.g.e., s.27.
[566] Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.54; F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 59.
[567] Çağatay Üstün, a.g.m, s.115.

Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmış, TBMM, 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı Kanun ile Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuştur.[568] Bu kanun uyarınca Sözleşme 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır.

Anayasamız'ın 90. maddesi ile Türk hukuk düzeninin bir parçası olan Sözleşme, biyoloji ve tıbbın uygulanmasına ilişkin temel konulardaki biyoetik ilkeleri[569] ya da bu ilkeleri konu alan ahlak felsefesi konularını hukuk dünyasına kazandırmıştır. Bu sözleşme ile, insanın üstünlüğü temel ilkesinden yola çıkılarak[570] aralarında tüpte embriyonlar üzerinde kök hücre çalışmalarının da bulunduğu kimi temel tartışmalar sadece biyoetiğin ya da özel bazı ulusal hukuk sistemlerinin sorunu olmaktan çıkıp, genel ve evrensel bir üst norm olmuştur. Anayasa'nın 90. maddesinin açık düzenlemesiyle, temel hak ve özgürlüklere ilişkin Uluslar arası sözleşmelerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermeleri dolayısıyla oluşacak ihtilaflarda Uluslar arası sözleşme hükümleri uygulanacağından, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi hükümleri dikkate alınacaktır.[571] Sözleşmenin I/2 maddesine göre, taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe konulması için kendi iç hukuklarında gerekli önlemleri alacaktır. Üye devletlerin mahkemelerinin ya da yurttaşlarının Sözleşme'nin yorumuna ilişkin bir istemde bulunma hakları bulunmamaktadır. AİHM, kendisinden yorum için talepte bulunulması durumunda, yorumu, bir mahkemedeki derdest davaya yollamada bulunmaksızın gerçekleştirecektir. [572]

Sözleşme'de on dört bölüm bulunmaktadır. Temel konuların rıza , özel yaşam ve bilgilendirilme hakkı, bilimsel araştırma, tüpte embriyonlar üzerinde araştırma, insan genomu, nakil amacıyla canlı vericiden organ ve doku alınması, ticari kazanç yasağı ve insan vücudundan alınmış parçalar üzerinde tasarruftur. Sözleşmenin başlangıç hükümlerinde, bir ve dördüncü maddeler arasında *"Genel Hükümler"* olarak temel ilkelere yer verilmiş, ardından biyotıp alanına dair olmazsa olmaz hükümlere yer verilmiştir.

---

[568] Nagehan Gürbüz, a.g.e., 2014, s. 28; Gökhan Taneri, a.g.e,.s.27; Fatih Yağmur, a.g.m., s. 153; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.29.
[569] Yeşim Işıl Ülman, a.g.m., s.3.
[570] Gül Cengiz, a.g.m, s. 167; Emin Kansu, a.g.m..s. 178.
[571] Yener Ünver, a.g.m., s.193; Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e., s. 150; Tuğrul Katoğlu, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *AÜHFD,* Cilt : 55, S.1, Ankara 2006, s.162.
[572] Ezgi Başak Demirayak, a.g.e.,s.40.

3.1. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinin Amacı ve Konusu

Küresel bir nitelik kazanan biyoetiğin kapsamı ve alanları, bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hızı arttıkça gelişmektedir.[573] Gen teknolojisi, ilaç sanayi, klonlama, doğum, ölüm, ötenazi, insan deneyleri, yapay üreme, kürtaj ve bunlarla birlikte canlılarla ilgili bilimsel ve teknolojik gelişmelerin sonuçları, sınırları ve kullanım ilkeleri biyoetiğin belli başlı konu başlıklarıdır.[574] Tıp biliminde ortaya çıkan birey hakları karşısında kamu yararı; eşitlik, adalet ve hakkaniyet karşısında bireysel özgürlükler, bireysel tercihler karşısında çoğunluğun iradesi gibi etik ikilemlerde, etik hukuka daha insancıl, insani bir bakış açısı kazandırmıştır. Bu nedenle biyoetik, başından beri insan hakları kavramını merkeze almaktadır.[575]

İnsan haklarının evrenselliğinin bir yansıması olan Sözleşme'nin amaç ve konusu, sözleşmenin ilk maddesinde belirtilmiştir.[576] Anılan hükme göre, bu Sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır. Tarafların her biri, bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe sokulması bakımından kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaklardır.

İnsanın önceliği, sağlık hizmetlerinden adil yararlanma, meslek kurallarına uyma ilkelerine yer veren Avrupa Biyotıp Sözleşmesi, biyoloji ile tıbbın uygulanması konusunu bir insan hakları konusu olarak düzenlemiştir. Bu sözleşmede bulunan pek çok hüküm hukukumuz açısından sorumluluk sebebi olarak düzenlenmiştir.[577]

3.2. Avrupa Biyotıp Sözleşmesinde Yer Alan Temel İlkeler

3.2.1. İnsanın Önceliği

Önce insan ilkesinin geçerli olduğu toplumlarda, siyaset bilimi, tıp, hukuk, ekonomi, mühendislik gibi sözel ya da sayısal bilim alanlarında insanın önceliği

[573] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. 62.
[574] Müge Ürem, a.g.m.,s. 80.Yüksel, Hilal , a.g.e.s.33.
[575] Mevlüt Sarıkaya, a.g.e.,s. 9 .
[576] Alvina Gojayeva, a.g.m., s.32.
[577] Tuğrul Katoğlu, a.g.m., s.159.

ilkesi geçerlidir. İnsanın yaşam süresinde hem dış tehlikelere hem de bizzat kendisinden kaynaklanan tehlikelere karşı korunması gerekir. Savaş, doğal afet gibi etkenler bir yana, uğraması olası hastalıklara ve olumsuzluklara karşı insanın korunması zorunlu bir gerekliliktir. Dünyadaki bütün canlı ve cansız varlıklar içerisinde en değerli özne insandır. Bu husus ulusal ve ulusüstü belgelerde belirtilmiştir. Bu belgelerden olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 2. maddesinde önce insan ilkesinin evrenselleştirilmesi amaçlanmıştır.[578] Bu maddeye göre, insanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır.

İnsanın menfaati için yapılan davranışlar hukuka, etiğe ve bilime uygun olmalıdır. Ancak bazı örnekler vardır ki, bu olaylarda yapılan davranışlar hukuka uygunluk sebeplerini oluşturduğu gibi, başlangıçta etiğe aykırı görülse de olayın içeriğinden insanın önceliği ilkesinin somutlaşmasını sergilemektedir. Örneğin II. Dünya Savaşı'nda Polonya'nın Cracow şehrinde bir fabrika işleten Oskar Schindler, Polonyalı Yahudilerin ölüm kamplarına götürüldüğü bir zamanda, toplama kamplarından ve gettodan Yahudi esirlerden oluşan bir iş gücü oluşturdu. Bu fabrikanın işçiye duyduğu gereksinimden fazlaydı. Bu işçilerini koruması için SS subaylarına ve başka yetkililere rüşvet vermek de dahil olmak üzere bazı yasa dışı taktikler kullanan Oskar Schindler, işçileri için elde ettiği yetersiz resmi yiyecek istihkakını desteklemek amacıyla karaborsadan kendi parasıyla yiyecek almak suretiyle yaklaşık 1200 kişinin hayatını kurtarmıştır.[579]

Olayı irdelediğimizde fabrikatörün yaptığı toplama kamplarında ve gettoda olması gereken Yahudileri istihdam etmesi savaş yıllarındaki hukuksal düzenlemelere aykırıydı. Ancak bu kişilerin istihdam edilmesi ve ölümden kurtarılması insanın önceliğini yansıtan bir etik tavırdı. Yine Oskar Schindler'in işçilerini Alman faşizminin zulmünden kurtarmak için, SS subaylarına rüşvet vermesi hem etik hem de ceza hukuku normlarına aykırıdır. Fabrikatörün davranışını etiğe uygun hale getiren insanın önceliği ilkesinin yansımasıdır. Etiğe ve hukuka aykırı olan davranışları olumsuzluktan olumlu hale getiren insanın yaşama hakkına ve dolayısıyla insanın önceliği ilkesinin yaşatılmasıdır.

[578] Gül Cengiz, a.g.m, s. 167; Emin Kansu, a.g.m., s. 179; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.30.
[579] Peter Singer, a.g.m., s.381.

Toplumun menfaati için bile olsa, kişinin çıkarları ve varlığı asla feda edilemez. Biyolojinin ve tıbbın ya da diğer bir bilim dalının, insanı konu alan her türlü araştırmasında ya da etkinliğinde insanın sağlıklı ve özgür yaşaması hakkı, toplumsal yarardan daha önemlidir. Bu nedenle yapılacak gen incelemelerinde ve bu sonuçların işlenmesi başta olmak üzere gizliliğinin sağlanarak, amaca uygun kullanımında temel anlayış önce insan olmalıdır.

3.2.2. Sağlık Hizmetlerinden Adil Şekilde Yararlanılması

Adillik ilkesi esas olarak Belmont Raporu'nda ve Helsinki Bildirisi'nde yer almıştır. Bu ilke, çalışmaya dahil edilen herkesin aynı tedaviden faydalanmasını; eğer farklı bir muamele görecekse bu konuda önceden bilgilendirilmesini öngörür. Bu durumda ilke aynı zamanda; geçerli yasal veya tıbbi gerekçeler olmaksızın kimsenin araştırmaya dahil olmaktan men edilmemesini, deneklerin tespiti sırasında hiçbir şekilde ayrımcılık yapılmamasını da içerecektir. Bu ilke özellikle risk düzeyi yüksek araştırmaların durumu ağır veya gelir düzeyi daha düşük hastalar üzerinde; belirli hastalıklar için spesifik olarak somut yararlanılabilirliği yüksek ve ulaşılması güç araştırmaların da yalnızca belirli kesime mensup kişiler üzerinde yapılmasını önlemeye çalışmaktadır. [580]

Bu ilkelerin ete kemiğe bürünmesi Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 3. maddesinde gerçekleşmiştir.[581] Bu maddeye göre, taraflar, sağlığa duyulan ihtiyaçları ve kullanılabilir kaynakları göz önüne alarak, kendi egemenlik alanlarında, uygun nitelikteki sağlık hizmetlerinden adil bir şekilde yararlanılmasını sağlayacak uygun önlemleri alacaklardır.

3.2.3. Meslek Kurallarına Uyma

Sözleşmenin 4. maddesinde, araştırmacıların meslekleri için kabul edilen normlara uymaları gerektiği belirtilmiştir. Bu maddeye göre, araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.

---

[580] Onur Sezen, a.g.m., s. 89.
[581] Alvina Gojayeva, a.g.m., s.31.

Tıbbi müdahale, araştırma dahil olmak geniş bir alana yayılmaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması için hastanın özgür iradesine dayanarak rıza göstermesi, tıbbi müdahalenin bir hekim tarafından ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir.[582] Hekimin meslek kurallarına uymaması halinde, maddi ve manevi tazminat ödemeye mahkum edilmesi kaçınılmazdır.

Dünya Tabipleri Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda tıbbi uygulama hataları *"hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar"* olarak tanımlanmıştır. Tıbbi uygulama hataları, *"hizmetleri sunan hekim, hemşire ve ilgili yasaya göre hastaya müdahale yetkisi bulunan fizyoterapist, psikolog veya diyetisyen gibi sağlık personelinin, öneri ve/veya uygulamaları sonucu, hastalığın normal seyrinin dışına çıkarak, iyileşmesinin gecikmesinden hastanın ölümüne kadar geniş bir yelpazedeki koşulların"* tamamını içermektedir.[583]

Sağlık personeli denildiğinde, sağlık hizmeti sunan sistemlerde çalışan kişiler kastedilmektedir. Bu kapsamda, hekim, hemşire, ebe veya diğer sağlık personeli eğitimi alan kişiler de, henüz hekim, hemşire veya ebe sayılmamalarına rağmen sağlık personeli olarak kabul edilmelidir.[584] HHY'nin 4/ 1-c maddesinde, sağlık personelinin nitelikleri belirtilmiştir. Buna göre, hizmetin, resmi, veya özel sağlık kurumlarında ve kuruluşlarında veya serbest olarak sunulmasına bakılmaksızın, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden kimseler sağlık personelidir.

Teşhis ya da tedavi aşamalarında, hekimin gen incelemeleri de dahil olmak üzere müdahalesinin mesleki yükümlülük ve standarda uygun olarak yapılması gerekir. Hastanın fizik muayenesi, hasta öyküsü tarafından sağlanan teşhise yönelik belirtilerin kanıtlandığı bir aşamadır. 585 Bir hastanın kabulü ve sonrasındaki izleme aşamasında yapılması gereken işlemler arasında yaşamsal değeri olan fiziki muayene ile anlaşılamayacak vücuttaki her türlü lezyonu ortaya çıkarabilen daha ileri tıbbi

[582] Gökhan Taneri, a.g.e., s. 178; Emel Badur, a.g.e., s.53.
[583] Oğuz Polat, Işıl Pakiş, "Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu", *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, C.2, S.3, İstanbul 2011. s. 120.
[584] Petek, Hasan, a.g.m., s.199.
[585] Nesrin Özkaya, Betül Çakır, a.g.m., s. 227.

görüntüleme işlemlerini rağmen geçerliliğini korumaktadır. Kişinin bilgisayarlı tomografiye sokulması ya da manyetik rezonansla görüntüleyerek hastalığın seyrini izlemek, hastanın boş yere radyasyon almasına sebep olabilir. Hekimlerin, hastayla ilgili her olasılığı düşünmeleri bir gerekliliktir.[586]

Hekimin, tıp bilimi ve uygulamasıyla benimsenen kuralları bilme ve bunlara uygun hareket etme, tıbbi standarda uyma yükümlülüğü vardır.587 Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin bir kararı, tıbbi müdahalelerin seçimi ve uygulanmasındaki tıbbi standartlarla ilgilidir588. Bu karara göre, *" Doktorlar düzenli olarak bilgilerini güncellemek, tıbbi müdahaleye karar verip uygulamaları öncesinde yayınlanan yayınlarını takip etmek, yeniliklerden haberdar olmak ve kendi uzmanlık alanlarındaki gelişmeleri öğrenmek zorundadırlar. İlgili uzmanlık kaynaklarına bakmamak, onları okuyup öğrenmemek, doktor açısından önemli bir tıbbi müdahale hatasına neden olacak şekilde sonuçlanabilir. Aksi halde, yapılan müdahale tıbbi standarda uygun olmayacak, hastaya zarar verebilecek ve somut tıbbi müdahale açısından gerekli özen gösterilemeyebilecektir. 2004 yılından beri bilinen bir ağrı kesici ilaç hakkında uzmanlık dergilerinde yayınlar yapılmasına rağmen, aşırı duyarlılığı olan ve bu durumu bilinen bir hastada bunun kullanılmaması, standarda aykırı bir müdahaledir. Bu ilaç hakkındaki yayınlar ile doktorun tıbbi müdahalesi arasındaki zaman aralığının yeterince uzun olması nedeniyle, doktorun bu ilaçtan 2005 yılında haberinin olması gerekirdi. Doktorun sorumluluktan kurtulabilmesi için , bu ilaç kullanılsaydı bile, hastaya uygulanması halinde dahi fiilen uygulanan ilaç ile aynı etkiyi yapacağını kanıtlaması gerekir. Bu ispatlanamazsa, tıbbi standarda aykırı davranılması için , özel hukuk açısından doktorun sorumluluğu söz konusu olur."* şeklindedir.

Yüksek Sağlık Şurası, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesine göre, tıbbi müdahalelerden kaynaklanan davalarda resmi bilirkişi olarak görevlendirilmişti. Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla

[586] Y. 13. Hukuk D.'nin 01.11.2013 tarih ve 2013/19631 E., 2013/26901 Karar s kararı.
[587] Nilgün Sarp, a.g.m., s. 48.
[588] Yener Ünver, "Alman Sağlık Hukukuna İlişkin Önemli Yargı Kararları", III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa 23-25 Nisan 2016), (ditörler : Hamit Hancı, Ünver Yener), Ankara 2016, s. 284'den naklen. Koblenz Yüksek Eyalet Mahkemesi. 20.06.2912 tarih ve 5 U 1450/11 s Kararı.

Yüksek Sağlık Şurası'dan rapor almayı mecbur kılan madde iptal edilmişti.589 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 25. maddesi gereğince de Yüksek Sağlık Şurası tamamen ve resmen kaldırılmıştır. Böylelikle gen incelemesini yapan hekimin ya da uzman kişinin, işini yaptığı sırada mesleki kurallara uymadığından bahisle aleyhine açılan tazminat davalarında, mahkeme bilirkişi incelemesine başvurabilir. Tıp hukukunda kural olarak bilirkişiye başvurma zorunluluğu yoktur. Bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek olup olmadığı hususunda mahkemece karar verilir. Mahkeme ara kararında, bilirkişinin mütalaasına başvurulmasına karar verdiğinde, kimin bilirkişi olacağını ve bilirkişinin inceleme yapacağı hususları belirtir. Ancak teknik bir bilim alanına ilişkin olması ve tıp bilimi ile uygulamasının ayrı uzmanlık bilgisi ve deneyimini gerektirmesi nedeniyle tıp hukukundan kaynaklanan dava ve uyuşmazlıklarda bilirkişi incelemesini gerekli kılmaktadır. Ülkemizde bilirkişilik uygulamasının hem kurulların oluşturulması, hem de alınan raporlar ile inceleme araç ve yöntemleri açısından kronik bir sorun oluşturduğu yönündeki eleştiride isabet bulunmaktadır.590

3.2.4. Aydınlatılmış Rızanın Alınması

3.2.4.1. Hukuki Dayanak

Aydınlatılmış rıza kavramı, ikna ve inandırma kavramıyla içiçe geçmiştir. Karşı tarafın söylediklerine veya söylenene inanma anlamına gelirken, ikna, karşı tarafta tam inanmış olmasa da söylenen kabul edilir ve istenen yapmaya rıza gösterir.[591] Gen incelemelerinde rızanın alınması ise, sadece incelemeyi yaptıran bireyi ilgilendirmez. Genetik çalışmaların ya da testlerin sonuçları, bireyin ailesini ve üçüncü kişileri de etkilemektedir. Genlerdeki aynılık diğer aile fertlerini de doğrudan ilgilendirmektedir. DNA'sının bilimsel araştırmalar ile teşhis ya da tedavi amaçlı olarak kullanılmasına rıza gösteren kişi öteki aile bireylerinin de özel hayatına müdahale edecektir.[592]

589 AYM, 03.06.201 T., 2009 / 69 E., 2010/79 K.
590 Yener Ünver, a.g.m.s, 296.
591 Gökhan Taneri, a.g.e.s. 177; Aydın, Erdem, a.g.m., s.94; Berna Özpınar, a.g.e, s.25.
592 Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.35.

Tedavi amaçlı gen incelemelerinde, ilgiliden genetik materyal alınması için aydınlatılmış rızasının alınması o kişinin sağlığı için oldukça önemlidir. Burada amaç kişinin tedavi edilmesidir. Tedavi, ruhsal ya da bedensel bir rahatsızlığı tıbbi yöntemlerle teşhis ettikten sonra ona göre iyi olması için gerekli fiil ve davranışların uygulanması ya da önerilmesidir. Tedavi eylemi, aynen teşhis gibi geniş bir uygulama alanı bulmakta ve bir rahatsızlığın giderilmesi ya da önlenmesi için bütün eylemleri içermektedir.593

Anayasamızın 17/ II maddesinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ilkesini ortaya koymuştur. Her tıbbi müdahale ister istemez beden bütünlüğüne ya da insanın manevi tümlüğüne yönelik bir davranış ile mümkün olacağından bu müdahalenin, kişilik haklarına saldırı oluşturmaması için rızaya dayanması gerekir.[594] Türk Medenî Kanunumuzun 24/ II maddesinde de, kişinin rızası dışında, üstün nitelikte özel veya kamusal bir yararın bulunması ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden birinin varlığı durumunda, kişilik haklarına yönelik müdahalenin hukuka aykırı sayılmayacağına hükmedilmiştir. Bu düzenlemede temel ölçüt vücut bütünlüğünü korumaktır.[595]

Tıbbi müdahale için verilen rıza, tek başına yeterli olmayıp geçerli bir rıza bilgilendirilme sonucunda verilen rıza olduğundan, aydınlatılmış rıza kavramı kullanılmaktadır. Aydınlatılmış rıza kavramı öğreti ve uygulamada, aynı anlamına gelen birden çok sıfat tamlaması ile kullanılmaktadır. Öğretide *"aydınlatılmış"* kelimesinin yerine "bilgilendirilmiş" kelimesinin, *"rıza"* sözcüğünün yerine de *"onam", "onay"* veya "izin" kelimelerinin kullanılması[596] yerinde değildir. Ancak uygulamada bilgilendirilmiş olur[597] ya da bilgilendirilmiş onam598 ibaresine yer verildiği de görülmektedir.

Bir hukuki müessesenin adlandırılmasından ziyade işlevi ve içeriğinin saptanması önemlidir. Kuramsal tartışmaların hele hele adlandırmadan kaynaklanan

---

593 Hayrunnisa Özdemir, a.g.e.,s. 38.Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 23.
594 Saibe Oktay Özdemir, a.g.m., s. 1315.
595 İlhan Subaşı, a.g.e., s.31.
596 İlhan Gülel, *Tıbbi Müdahaleye Rıza,* Ankara 2017, s.123; Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.66.
597 Aslıhan Tolun, a.g.m., s. 7.
598 F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 64.

tartışmaları, konu ile ilgili metinlerin anlaşılabilir ve yaşayan Türkçe ile düzenlenmesi karşısında gereksiz kıldığı görülmektedir. Bir başka deyişle zarfın yerine mazrufun önemli olduğu düşüncesiyle, aydınlatılmış rıza[599] kavramının kullanılmasını öneriyoruz ancak önemli olanın bireyin tıbbi müdahale ya da insan geni üzerindeki inceleme hususunda öz ve biçim yönden etik ve hukuksal ilkelere uygun bilinçlendirilmesidir.

Kişinin bedeni üzerindeki kişilik haklarının niteliği gereğince, tıbbi girişimlerde hastanın rızası bir hukuka uygunluk sebebidir. 11.04.1928 tarihli 1219 no'lu Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Yasa'nın 38. maddesi ile değişik 70. maddesinde tıbbi müdahale için aranan rıza belirtilmiştir. [600]Bu maddeye göre, *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir."* şeklindedir.

Hekim tarafından yapılan müdahaleyi hukuka aykırı olmaktan çıkaran husus, tedaviye rıza gösterilmesidir. Bunun için, rıza alınmasının yanında müdahalenin tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması gerekir.[601] HHY'nin 5. maddesinin d ve e bentlerinde rızaya ilişkin düzenlemeler vardır. Bu bentlere göre, "*d) Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*

e) Kişi, rızası ve Bakanlığın izni olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz." şeklindedir.

Sağlık Bakanlığı tarafından 01.08.1998 tarihinde 23420 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan aynı Yönetmeliğin 22 / 1 maddesinde rıza hususu düzenlenmiştir. Bu maddede, önce yasada gösterilen haller dışında, kimsenin rızası olmaksızın ya da verdiği rızaya uygun olmayacak biçimde tıbbi müdahaleye tabi

[599] Battal Yılmaz, a.g.m.,s. 37.
[600] Aykut Cemil Aykın, a.g.m. ,s. 63.
[601] Mustafa Dural, a.g.m. s.249.

tutulamayacağı belirtilmiştir.[602] Buna göre, *"Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz."* hususu belirtilmiştir.

Aynı Yönetmeliğin 24. maddesinde de hastanın küçük ya da kısıtlı olması halinde rızanın kimden alınması gereği düzenlenmiştir. Buna göre, *"Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır."* olarak düzenlenmiştir.

Aynı Yönetmeliğin 31. maddesinde de tıbbi müdahale hakkında hastanın ya da kanuni temsilcisinin aydınlatılmış olması gereği düzenlenmiştir. Buna göre, rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır. Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar. Tıbbi müdahalenin, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir. Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.

İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi'nin 10. maddesinde genetik veri çalışmalarında rızanın kapsamının daha geniş olduğu görülmektedir. Bu maddeye göre, " tıbbi ve bilimsel amaçlar için insan genetik verileri, insan proteomik verileri ve biyolojik örnekler toplandığında, rıza alma anındaki bilgilendirme , ilgili kişinin, sonuçları öğrenme ya da öğrenmeme hakkında karar verebilme hakkına sahip olduğunu" da belirtmelidir.

[602] Mustafa Dural, a.g.m., s.250.

3.2.4.2. Aydınlatmanın Konusu

Tıbbi müdahaleye verilecek rıza, kişiye bağlı bir haktır. Bu rızanın, bedensel ve ruhsal bütünlüğü hakkında tıbbi müdahalede bulunan kişi tarafından verilmesi gerekir. Hastanın aydınlatılması yükümlülüğü çerçevesinde, rızanın aydınlatılmış rıza olması gerekir.[603] Aydınlatmanın konusunu teşhis, tedavinin yapılış şekli, uygulanacak tedavi sonucunda başarılı olma şansı, tıbbi müdahale sırasında veya sonrasında ortaya çıkabilecek riskler, komplikasyonlar, tedavinin veya müdahalenin seyri ve sürecinin ne şekilde olacağı, maliyetinin ne olacağı, nasıl bir organizasyon, ilaç veya ekipman yapısı ile uygulanacağı, alternatif bir tedavi yönteminin bulunup bulunmadığı, tedavi uygulanmazsa ortaya çıkabilecek olası sonuçlar, özellik arz eden tıbbi müdahalelerde hukuksal durum ve alınması gereken izinler oluşturmaktadır.[604] Örneğin, hastayı korkutmamak için dahi olsa, yapılacak ameliyatın niteliğini gizlemek hukuka aykırıdır.[605] Bu uyarıların yapılmamasını İngiltere, Kanada, Avustralya ve İrlanda Mahkemeleri malpraktis sebebi saymaktadır.[606] Tedavi tamamlandıktan sonra hastanın dikkat etmesi gereken hususlar da aydınlatma kapsamında bulunmaktadır.[607]

Hekimin tedavi amaçlı gen incelemelerinde, aynen tedavi yöntemleri arasında tercihte bulunurken, daha önceden yeterince denenmiş yeni bir tedavi yöntemi uygularken hasta aydınlatılarak yeniden rızası alınmalıdır.[608] Aksi takdirde hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğması kaçınılmazdır. Yargıtay bir kararında, " davacı kadının gebeliğin hangi aşamalarında ve hangi ultrason ve diğer tetkiklerin gerektiği ve davalı doktorun bunları öngörüp öngörmediği ve riskleri ile davacıyı

---

603 Saibe Oktay Özdemir, a.g.m., s.1322; Sunay Akyıldız, (2016). *Sağlık Hukuku Rehberi.* Ankara: Seçkin Yayınevi. s. 332; Battal Yılmaz, a.g.m, s. 45; Berna Özpınar, a.g.e, s.25; Aykut Cemil Aykın, Serkan Çınarlı, a.g.e., s.275.

604 Aykut Cemil Aykın, a.g.m., s. 65; Candaş İlgün, "Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *Terazi Hukuk Dergisi,* Cilt:11. S.119, Ankara 2016 ,s.117; İlhan Subaşı, a.g.e., s.41.

605 İ. Hamit Hancı, a.g.e., .s. 58.

606 Gilbert Kodilinye, *"Causation Issues In Medical Negligence Suits In England, Ireland, Canada And Australia"* Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu 24-25 Nisan 2008), İstanbul 2011, s. 272.

607 İlhan Gülel, a.g.e., s.125; Ş. Berfin Işık Yılmaz, "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", *TBB Dergisi,* S.98, Ankara 2012, s. 397.

608 Gökhan Taneri, a.g.e, .s.52.

her aşamada yeniden aydınlatma görevini yerine getirip getirmediği üzerinde durulmasına işaret etmiştir. “609

Türk Tabipleri Birliği'nin yayınladığı Aydınlatılmış Onam Kılavuzunda610 da belirtildiği üzere, aydınlatılmış rızanın alınabilmesi için kullanılan bilgilendirici materyallerde , bu materyallerin içeriği ile ilgili olarak rızası alınacak kişiyle ayrıntılı olarak yüz yüze görüşülmelidir. Aksi takdirde aydınlatmanın konusu yeterince anlatılmamış olmaması sebebi ile alınan rıza geçersiz olacaktır. Bu kurala göre, *“Aydınlatılmış Onam alma sürecini kolaylaştırıcı çeşitli araçlar kullanılabilir. Bunlar arasında en yaygın olanları bilgilendirici broşürler / kitapçıklardır. Bunların yanı sıra, çeşitli tablolar içeren kartlar veya konu ile ilgili kimi önemli bilgileri içeren CD’lerden de yararlanılabilir. Burada önemle üzerinde durulması gereken nokta, bunların sadece aydınlatılmış onam alma ve genel olarak hasta ve sağlık ekibi arasındaki iletişim sürecine yardımcı gereçler olmasıdır. Tek başına bu araçların kullanılması hiçbir zaman hasta için özgün ve insani bir nitelik taşıması gereken onam alma eyleminin yerine geçmez. Hekim (veya sağlık ekibinin diğer üyeleri) iletişimin kimi açılardan daha kolay yürütülebilmesi için bu araçlardan yararlanabilir, ancak bilgilendirme hasta birey ile uygun bir ortamda ve yeterli süre ayırarak yüz yüze görüşme ile yapılmalıdır. Bu koşul sağlanmadan alınmış onamlar geçersiz kabul edilmelidir.”* şeklindedir.

Yargıtay anjiyografi işleminden önce de ileri düzeyde böbrek rahatsızlığı olduğu tespit olmuş davacının, bilgilendirilmiş olur formuna611 göre anjiyografi işleminden önce yeteri kadar bilgilendirilip aydınlatıldığından söz edilemeyeceğine karar vermiştir. Bu karara göre; dosya içerisinde, anjiyografi işlemi öncesinde davacıya imzalatılan 25.09.2007 tarihli *"bilgilendirme ve onay formu"* bulunmakla ve bu formda böbrek işlevlerinde bozukluk olabileceği belirtilmekle birlikte, kişinin halihazırda ileri düzeyde böbrek rahatsızlığının olduğu, anjiyografi işleminin hayati öneme sahip olması nedeniyle yapılması gerektiği ve bu işlemden sonra kişinin diyalize ihtiyaç duyabileceği, buna rağmen hayatını kurtarmak adına bu işlemin

609 Y. 13. H.D. 11.04.2011 T. ve 2010/7997 E., 2011/5581 K.

610 İnternet: URL: http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=983:onam&catid=26:etik&Itemid=65.

611 Aslıhan Tolun, a.g.m., s. 7.

yapılması gerektiği ve gerekliliği uyarısının yapıldığına ilişkin bilgi bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, dosya kapsamından, anjiyografi işleminden önce de ileri düzeyde böbrek rahatsızlığı olduğu tespit olmuş davacının, anjiyografi işleminden önce yeteri kadar bilgilendirilip aydınlatıldığından söz edilemez. 612

Genetik tetkik ya da teşhis için başvuran kişiye bulguların ne ölçüde geçerli olacağı da mutlaka bildirilmelidir. Bireyin beklentisi yüksek olduğu için, genetik teşhisin yüzde yüz oranında kesinlikle konulacağını umar. Ancak birçok hastalıkta genetik teşhis o kadar kesin değildir. Örneğin, Duchenne tipi kas distrofisi hastalığında gen bozukluğu aranması için kullanılan yöntemler gen kusurlarının sadece % 60 kadarını belirler. Bu durumda, hastaların % 40 kadarında gen kusuru belirlenemediği için, onlarda hastalığın bulunmadığı söylenemez. İşte bu durumlarda gen sahibine yazılı ve ayrıntılı bilgi verilmesi gerekir.613

Hekim ile hasta arasındaki ilişki özünde bir iş görme edimi içeren ilişki olduğundan, hizmet alanın hizmet veren tarafından aydınlatılması zorunlu bir yükümlülüktür. Bu ilişkide zayıf olan taraf hasta olduğundan, aydınlatma yönünden bir asimetri bulunmaktadır. Sağlık hizmetinin sunumunda esas olan güven ilişkisi olduğundan, hekimin hastasını aydınlatması sözleşmesinin gereğidir.[614] Anglo – Amerikan hukuk sisteminde, malpraktis davaları ile, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sadece hekimlerin tazminat ödenmesine yol açmamakta, aynı zamanda hastaların da acı çekmelerine sebep olmaktadır.[615] Hekimin aydınlatma yükümlülüğüne aykırı davranması, hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğuna neden olur.[616] Aydınlatma yükümlülüğü hastanın kendi bedenine yapılacak olan her türlü tıbbi müdahaleyi bilme ve belirleme hakkına sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Hekimin hastasını aydınlatma yükümlülüğünün işlevi, hastanın bedensel ve ruhsal bütünlüğü ile ilgili olarak serbestçe karar verme bütünlüğünü sağlamaktır.[617]

---

612 Y. 13. Hukuk D.'nin 11.10.2017 tarih ve 2016/10747 E., 2017/9376 Karar s kararı.
613 Aslıhan Tolun, a.g.m., s.9.
614 Hayrunnisa Özdemir, ,a.g.e., s. 110.
615 Gilbert Kodilinye, a.g.m.,s. 261.
616 Sunay Akyıldız, (2016). *Sağlık Hukuku Rehberi.* Ankara : Seçkin Yayınevi.s. 328; Battal Yılmaz, a.g.m., s. 45.
617 Ozanoğlu, Hasan Seçkin, Hekimin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, *AÜHFD*, C. 52, S. 3, Ankara 2003, s. 55."Hasta ile hekim arasındaki ilişkide hekimin aydınlatma yükümlülüğü a) hasta hekim arasındaki güven ilişkisini sağlamak, b) bunu tedavi sırasında güçlendirmek, c) hastanın önerilen cerrahi tedavinin olası yan etkileri açısından tedaviyi kabul veya red kararını verebilmesi için

Estetik ameliyatlar, kişide doğuştan itibaren bulunan veya kazaen ya da kendiliğinden oluşan sebeplerle sonradan gerçekleşen görünüm bozukluklarını gidermeyi amaçlar. Bu tür müdahalelerin temelinde kişinin güzel görünmek isteği yattığı gibi, deformasyonların giderilmesi de bulunabilir.[618]Yargıtay verdiği bir kararda, aydınlatma yükümlüğünün konusuna, evrensel ilkelerin ışığında ayrıntılı bir yargısal yorum getirmiştir. Bu karara göre, *" davalı yüklenicinin, davacı iş sahibini, eser sözleşmesinin ifasından sonra ortaya çıkabilecek komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirmediği, dolayısıyla özen ve sadakat borcunu gereğince yerine getirmeyen davalı yüklenicinin oluşan zarardan sorumlu bulunduğu"* belirtilmiştir. [619]

Hekimin, rahatsızlığı sebebiyle kendisine başvuran hastaların verdiği bilgileri teyit ettikten sonra, onları aydınlatarak alacağı rızaya dayanarak teşhis ve tedaviye başlaması gerekir.[620] Örneğin, hastanın kan grubunun ne olduğuna, antibiyotik ya da penisilin kullanımına alerjisinin olup olmadığı konusunda hekime verdiği bilgiler, yapılacak testlerle sınanmalıdır. Aksi takdirde hastanın verdiği yanlış bilgilerle yapılacak tedavi yöntem ve süreci maddi ve manevi zararlara sebep olabilecektir.

Cerrahi branşlarda hekimin aydınlatma yükümlülüğü kendine özgüdür. Çünkü hekimin hastanın üzerinde uyguladığı cerrahi müdahalelerde, hastanın yeterli düzeyde aydınlatılması suretiyle sağlanan rızanın bu tıbbi uygulamaların hukuka aykırılığını ortadan kaldırır. Cerrahi müdahalenin, diğer tıbbi müdahalelerden olan ciddiyet ve önem derecesi sebebiyle hastanın aydınlatılmasının daha anlaşılır olması gerekir.[621]

---

gerekli altyapıyı oluşturacak bilgileri anlaşılabilir bir dille ona iletmek gibi bazı temel amaçlara hizmet etmektedir." Ahmet T. Serel, "Cerrahi Branşlarda Aydınlatılmış Onamın Genişletilmesi ", III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa 23-25 Nisan 2016), (Editörler : Hamit Hancı, Yener Ünver), Ankara 2016, s. 190.

[618] Fulya Erlüle, a.g.e., s. 220.

[619] Y. 3. Hukuk D.'nin 21.01.2016 tarih ve 2015/1851 E., 2016/489 Karar sayılı kararı.

[620] Mehmet Ali Zengin, (2016). *Hekimin Hukuk Rehberi,* Ankara : Adalet.s.57.

[621] Ahmet T. Serel, a.g.m.,s. 190; Mustafa Kıcalıoğlu, a.g.m., s. 70.

3.2.4.3. Aydınlatma Yükümlülüğünün İstisnaları

3.2.4.3.1. Hastanın İstememesi

Hasta uygulanacak tıbbi müdahale hakkında, kendisi veya yakınlarına aydınlatma yapılmasını istemeyebilir. Hasta bu konuda bilgi sahibi olduğu için aydınlatmayı istemeyebileceği gibi, tedavisini tamamen hekime bırakma düşüncesiyle de aydınlatılmayı istemeyebilir. Zira hastayla hekim arasındaki ilişki güvene bağlı bir ilişkidir. Bu nedenle hasta tedaviye katılım hakkını kullanmamakta, tedavisini ve gerekenlerin yapılmasını tamamen hekime bırakmaktadır. Yapılacak tıbbi müdahale hakkında bilgisiz olan ve kendi isteğiyle aydınlatılmayan bir hastanın vereceği rıza da bir formaliteden ibaret olacaktır. Gerçekte kararı veren tıbbi müdahalede bulunan olup hasta ilişkinin nesnesi durumuna gelmektedir. Ancak bu durum hastanın iradesi ile olduğundan hukuken geçerlidir.[622]

Aydınlatılma yapılmaması halinde, hastanın, yakınlarının veya toplumun zarar görebileceği hallerde hastanın aydınlatılmayı istememesine bakılmaması gerekir. Örneğin, cinsel yolla bulaşan bir hastalığın varlığı halinde, eşinin korunması bakımından hastaya aydınlatılma yapılması zorunlu olacaktır.

3.2.4.3.2. **Hastanın Bilgisinin Bulunması**

Hastanın uygulanması düşünülen tıbbi müdahale üzerinde mesleki sıfatı ya da uzmanlığı sebebiyle bilgi sahibi olduğunda, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkabilir. Hasta müdahaleye ilişkin bilgiye uzmanlık alanı olması nedeniyle sahip olabilir.[623] Örneğin, kalp yetmezliği olan hastanın bizzat kendisi o konuda uzman bir hekim olabilir. Ancak hastanın daha önceden aynı rahatsızlığa yakalanmış olması nedeniyle o konuda çok detaylı bir bilgiye sahip olması halinde aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir. Çünkü tıbbi rahatsızlıkların ve tedavi yöntemlerinin, medyada ve özellikle reyting kaygılarıyla televizyonlarda tartışılması, hastanın sağlığını tehlikeye atabilir. Kişide var olan önceki rahatsızlığı ile bilgileri, yeni yöntemlerin ilgili tedavi yöntemlerini kökten değiştirdiği rastlanabilecek bir

[622] İlhan Gülel, a.g.e. s.136; İ. Hamit Hancı, a.g.e, s.77; Battal Yılmaz, a.g.m., s. 47.
[623] Battal Yılmaz, a.g.m.,s. 47.

durumdur. Diğer taraftan, herkesçe bilinen genel geçer nitelikteki riskler hakkında hastanın ayrıca bilgilendirilmesi gerekmez. Ancak bu hususların, hastanın bilgi sahibi olduğunun hekim tarafından hasta ile yapılacak ön görüşmelerde tespit ve teyit edilmiş olması da gerekmektedir.[624]

3.2.4.3.3. Acil Durum

Sağlığı ve yaşamı ciddi bir tehlike altında bulunan hastanın aydınlatılmasının, onun yaşamını yitirmesine sebep olabilecektir. Böyle durumlarda kişinin rızası aranmaksızın, tıbbi müdahale yapılması hayatın olağan akışına ve mantığa uygundur.[625] Bilinci kapalı durumda acil olarak müdahale edilmek üzere hastaneye getirilen hastaya aydınlatmada bulunulması zaten mümkün olmadığı gibi, ameliyat esnasında ortaya çıkan zorunlu ve beklenmedik durumlarda da aydınlatmaya ihtiyaç yoktur. [626] HHY'nin 24. maddesinde bu yönde bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, *" tıbbi müdahalelerde hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şart aranmaz. Kanuni temsilci veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı ve hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise, izin şartı aranmaz."* şeklindedir.

Bu maddeyle mefruz irade hali düzenlemiştir. Mefruz irade, narkoz verilmiş bir hastanın ameliyatının başlangıçta verilen tıbbi müdahalenin sınırlarını aşıp genişlemesi ya da ağırlaşan koşullar nedeniyle daha zor bir tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluğunun doğması halinde gündeme gelir. Hasta genel anestezi altında olduğu için, onu uyandırıp rızasını alıp, yeniden uyutarak ameliyatı sürdürmesi doktordan beklenemez.[627] Bu durum mantık kurallarına ve hayatın olağan akışına terstir.

[624] İlhan Gülel, a.g.e., s. 136.
[625] Battal Yılmaz, a.g.m., s. 47; Aykut Cemil Aykın, Çınarlı, Serkan, a.g.e., s. 323.
[626] Ergun Özsunay, Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Türk Hukukunda Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.43. (Aydınlatma); Emel Badur, a.g.e., s.237; Aykut Cemil Aykın, a.g.m., s. 67.
[627] Mustafa Dural, a.g.m., s.251.

3.2.4.3.4. **Zorunluluk**

Hastalığın tedavisinin yararlı biçimde sürdürülmesi için önemli olan hastanın psikolojisi ve üçüncü kişilerin korunması bakımından tehlike ortaya çıkaran hallerin yok edilmesidir. Aydınlatmanın yapılması, tehlikenin aşırı derecede yükselmesine, hastanın sağlığında ciddi derecede bozulmalara sebep olacaksa veya hastalığın tedavisi için kesinlikle zorunlu tedavinin hiç yapılmamasına yol açacaksa hasta aydınlatılmayabilecektir. [628]

Hekimin teşhisini saklayabilme hali Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi ile HHY'nin 19. maddesinde benimsenmiştir. Anılan düzenlemelere göre, teşhisin hastaya söylenmesi halinde, hastanın maneviyatının olumsuz etkilenmesi sonucunda hastalığının daha da ilerlemesi tehlikesi doğacağı kabul edilebiliyorsa hekimin teşhisini saklayabileceği kabul edilmiştir. "Hastalığın seyrinin ve sonucunun vahim" görüldüğü hallerde hekimin aydınlatmada bulunma veya bulunmama konusunda bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Her somut olayın özelliğine göre aydınlatmanın hiç yapılmamasına, hastaya gerçek bir aydınlatma yapılmak yerine moralini yükseltici şekilde yapılmasına veya sınırlı olarak yapılmasına tıbbi müdahalede bulunan tarafından karar verilecektir.[629]

Endikasyon tıbbi zorunluluğu ifade etmektedir.630 Ancak prenatal teşhiste, endikasyondan söz edilemez. Doğacak çocukta herhangi bir fiziksel ya da mental hastalığa neden olacak alışılmışın dışında genetik bir özelliğin bulunup bulunmadığının amaçlandığı bu teşhisin tıbbi zorunluluğu yoktur.[631] HHY 12. maddesinde tıbbi gereklilikler dışında müdahale yasağı ile sınırları çizilen husus, tıbbi zorunluluğu aramaktadır.632 Dolayısıyla endikasyon halinde, tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığından söz edilemez. Bu maddeye göre, teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.

---

[628] İ. Hamit Hancı, a.g.e., s.79.; Ergun Özsunay, s.45; Battal Yılmaz, a.g.m., s. 50.
[629] İlhan Gülel, a.g.e.,s .138.
[630] Pervin Yıldız, a.g.m., s. 62; Aykut Cemil Aykın, a.g.m., s. 59.
[631] Hakan Hakeri, Genetik, s. 113.
[632] Sunay Akyıldız, (2016). *Sağlık Hukuku Rehberi.* Ankara: Seçkin Yayınevi, s.260.

Yargıtay verdiği bir kararda, *“ yapılan muayene ve servikal MRG tetkiklerinde saptanan bulgulara göre ameliyat endikasyonu konulmasının ve yapılan ameliyatın tıp kurallarına uygun olup olmadığının ayrıntılı biçimde araştırıldıktan sonra karar verilmesini”* yerel mahkemeye işaret etmiştir. 633

3.2.4.4. Aydınlatılmış Rızayı Almanın Zamanı

İnsan geni üzerinde inceleme yapacak hekimin, aydınlatma yükümlülüğünü hukuka uygun şekilde yerine getirmiş olması için aydınlatmanın yapıldığı zaman oldukça önemlidir. Aydınlatma ne çok erken ne de çok geç yapılmalıdır. Hastanın tıbbi müdahaleye rızasının alınması ve öncesinde hastaya yapılacak sözlü bilgilendirme, incelemenin hukuka uygunluğu için gereklidir.[634]

Aydınlatma zamanı her ne kadar önemli olsa da, zamanın belirlenmesi somut olayın niteliğine göre olacaktır. Aydınlatılmış rızanın tedavinin başlangıcından önce ya da en geç tedavinin başlangıcında alınması gerekir. Rıza verme, bir hakkın kullanılmasına yönelik bulunduğundan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Her ne kadar kişilik ölümle son bulsa da, doku ve organ nakillerinde kural olarak kişinin sağlığında verdiği rızasının ölümünden sonra da geçerli olduğu kabul edilmiştir.[635] Sözleşme yazılı yapılmış ise tıbbi müdahaleye verilecek rıza sözleşmeye yazılabileceği gibi, sözleşmenin eki niteliğinde bir belgeyle veya ayrı bir sözlü beyanla da olabilir. Buna karşın teşhis ve tedavinin bir arada bulunduğu ve tedavi alternatiflerinin çok olduğu kapsamlı bir tıbbi müdahale faaliyetini gerektiren durumlarda sözleşmenin akdedilmesi tek başına yapılacak her tıbbi müdahaleye de rıza verildiği anlamına gelmemekte olup, ayrıca tıbbi müdahale sırasında aydınlatılmış rıza alınmalıdır.[636]

Kapsamlı ve risk içeren tıbbi müdahaleler bakımından sözleşme ile birlikte verilecek rızanın olsa olsa teşhis amaçlı yapılacak olan tıbbi müdahaleye rıza olduğu söylenebilecektir. Zira öncelikle teşhis yapılmalıdır ki, daha sonra uygulanacak tedavi seçenekleri hastanın tercihine sunulabilsin. Teşhis konulduktan ve tedavi

633 Y. 13. H.D.,04.04.2017 tarih ve 2017/4104 E., 2017/3944 Karar s kararı.
634 Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.61; Battal Yılmaz, a.g.m,s. 51; Aykut Cemil Aykın, a.g.m. s. 66.
635 Gökhan Taneri, (2014). *Hasta Hakları*. Ankara : Bilge Yayınevi, s.185
636 Ş. Berfin Işık Yılmaz, a.g.m., s. 209; Mehmet Emin Özgül, a.g.e., s. 212.

seçenekleri hastaya sunulduktan sonra hasta tedaviyi red hakkını kullanmak isteyebileceği gibi, başka bir hekime muayene olarak konulan teşhisi doğrultmak isteyebilir. Keza, hasta tedavisini başka bir hekimin veya daha donanımlı bir hastanenin üstlenmesini de isteyebilir. Ayrıca hekim de bilgi, deneyim veya uzmanlığını aşan bir durumla karşılaştığında başka bir hekimle konsültasyon[637] yapabileceği gibi hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviyi üstlenmekten kaçınabilir. [638]

Tedavi başladıktan sonra rızanın geri alınabilmesi ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması koşuluna bağlıdır. 4271 sayılı TMK'nun 23. maddesi uyarınca *''biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi manevi tazminat isteminde bulunulamaz."* HHY'nin 24/son fıkrasına göre *"rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması, tıbbi yönden sakınca bulunmaması"* şartına bağlıdır. Organ ve Doku Nakli Hakkında Kanun'da rızanın geri alınmasına ilişkin bir düzenleme yoksa da TMK. 23 maddesi, bu sonucu doğurmaktadır. Rızanın geri alınması kişi yönünden bir borç doğurmayacağı gibi, yeniden tedavi talebinde bulunması halinde aleyhine de kullanılamaz. Rızanın geri alınması nedeniyle kişiye bir zorlama yapılması, kişilik haklarına saldırı teşkil edeceği gibi, zorlamada bulunanın sorumluluğuna yol açar.[639]

3.2.4.5. Hastayı Aydınlatacak Kişi

Hastayı aydınlatma yükümlülüğü kural olarak tedavi sözleşmesinin tarafı olan ve tıbbi müdahaleyi yapacak hekime aittir. Grup halinde yapılacak ameliyatlarda aydınlatma görevi sorumlu operatöründür. Bu görev grupta görevli başka bir hekim tarafından da yapılabilir. .[640] Yargıtay son tarihli kararlarından birinde *"hekimin davacıya muhtemel komplikasyonlar hakkında bilgi verip vermediği, risklerin*

[637] "... Konsültasyon, ayrıntılı görüşme, danışma, bir hekimin hastalığı konusunda hastaya bilgi vermesi olarak tanımlanmaktadır. ..Hipokratik metinde yer alan ' Yetkim olmayan müdahaleleri yapmayacağım, bunları ehline bırakacağım' ifadesi konsültasyonun o devirlerde de geçerli olduğu biçiminde yorumlanmaktadır" Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.140.
[638] İlhan Gülel, a.g.e.,s. 156
[639] İlhan Gülel, a.g.e.,s.156.
[640] Battal Yılmaz, a.g.m.,s. 51.

anlatılıp anlatılmadığı, başka bir deyişle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda inceleme yapılmamasını "büyük noksanlık olarak görmüştür. [641]

3.2.4.6. Aydınlatılacak Kişi

Aydınlatmanın yapılacağı kişi, tıbbi müdahalenin yapılacağı kişidir. Gen analizlerinde ise, genlerinin incelemesini isteyen birey, aydınlatmanın yapılacağı kişidir. Gen incelemesinin yapılabilmesi için, hekimin ya da yetki sahibi görevli kişinin tıbbi müdahalede bulunması gerekir. Tıbbi müdahaleye rıza, kişiye sıkı suretti bağlı bir hakkın kullanılmasıdır. Bunun hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleyi ve sonuçlarını değerlendirebilecek yeterliliğe sahip olması gerekir.[642] Hastanın ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda hastanın velisi ya da vasisi aydınlatılmalıdır. Ancak hasta ayırt etme gücü bulunan br küçük veya kısıtlı ise, hekim aydınlatma yükümlülüğünü hastanın hem kendisine hem de velisi ya da vasisine yerine getirmesi gerekir. Öğretide bir görüş, hastanın rıza açıklama yetkisini bir başka kişiye verdiği durumlarda o kişinin de aydınlatılması gerektiğini ifade etmektedir.[643] Ancak üçüncü bir kişinin özel olarak aydınlatılma konusunda yetkilendirilmesinde sadece o kişinin aydınlatılması ile yetinilebileceği yönündeki görüşte[644] isabet bulunmamaktadır. Zira genleri incelenen kişi tarafından tıbbi müdahaleye verilen rıza kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Hukukumuzda tıbbi müdahalenin kişilik haklarını ilgilendirdiği ve rızanın şahsa bağlı hak olduğu konusunda ittifak bulunmaktayken, bu şahsa bağlı hakkın kullanılmasında temsilci atamaya dair bir yasal düzenleme bulunmamaktadır.[645] Örneğin kanser hastalığının genlerinde bulunup bulunmadığını öğrenmek amacıyla gen incelemesi yaptırmak isteyen kişinin temsilcisinin rızasının alınması yanlış olduğu gibi, her nasılsa teşhis amacıyla rıza veren kişinin yerine, başkasının aydınlatılması da mantık kurallarına aykırıdır. Yargıtay verdiği bir kararında, *" yapılacak aydınlatmanın hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olması ve bilgilerin hasta tarafından anlaşılabilecek biçimde verilmesi gerekir. Sağlıkla ilgili her türlü*

[641] Y. 3. H.D. 15.05.2017 T. 2016/455 E., 2017/7134 K.
[642] Battal Yılmaz, a.g.m.,s. 52; Pervin Yıldız, a.g.m., s. 569.
[643] Eyüp Yıldız, *"Tıbbi Müdahalelerde Hastanın Rızası ve Kapsamı",* İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 36.
[644] İlhan Gülel, a.g.e., s.133; Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2016. s. 209.
[645] Saibe Oktay Özdemir, a.g.m., s.1351.

girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Somut olayda, davacının bizzat aydınlatılması gerekirken eşine yapılan aydınlatmanın, davacıya yapıldığının kabul edilerek davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüştür. [646]

Ayrıca HHY'nin 22. maddesine göre, *" kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz. Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakimin kararına bağlıdır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu ameliye, cumhuriyet savcısının talebi üzerine yapılabilir."* şeklinde düzenlenmiştir.

Tıbbi müdahaleler için üçüncü bir kişiye yöneltilen temsil ya da vekalete ilişkin talimatların başlıca özellikleri, ayırt etme gücünden yoksunluk halinde hüküm ve sonuçlar doğurması ve tek taraflı yapılan irade açıklamasından oluşmasıdır. Bu durumu tanımlamak için Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, talimat, vasiyet, vekalet gibi kavramların yerine kapsayıcı şekilde *" önceden açıklanmış istekler"* ifadesi kullanılmıştır. Hasta talimatı olarak adlandırılan bu müesseseye göre kişi, özerklik hakkını ayırt etme gücünden yoksun kaldığında da devam ettirebilmektedir. Hasta talimatı müessesesiyle kendisine iradi temsilci ya da vekil görevlendirmek suretiyle tıbbi müdahaleler için mahkeme kararı ile kanuni temsilci atanmasının önüne geçebilen kişi, mahkeme tarafından vesayet önlemi olarak kanuni temsilci atanma hallerinde de önceden vermiş olduğu talimatla kimin kanuni temsilci olarak atanacağını saptayabilmektedir.[647] Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesinde yer alan düzenlemenin yanında iç hukukumuzdaki HHY'nin 24. maddesinde rızanın müdahalede bulunulacak kişi ya da yasal temsilcisi tarafından verilebileceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre, tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır.

[646] Y. 13. H.D., 23.12.2013 T. 2013/3720 E., 2013/32218 K.
[647] Yücel, Özge,. *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları,* Ankara 2018,s. 131.

Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 9. maddesine uygun bir iç hukuk düzenlemesi yapılarak, hasta vasiyeti başta olmak üzere hasta talimatının hangi şartlarda bağlayıcı sayılacağının ya da sayılmayacağının belirtilmesi ve böylelikle hukuksal güvenliğin sağlanması zorunludur.[648]

Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi, TMK'nun 346. ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır. Tıbbi müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekleri göz önüne alınır.

Fiil ehliyetine sahip kişilerin kendilerine yönelik tıbbi uygulamalara rıza göstermesinde veya bunları reddetmesinde sorun yoktur. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların hem kendilerinin hem de yasal temsilcilerinin aydınlatılması zorunludur. Burada sınırlı ehliyetsizin ana hatlarıyla ve daha basit şekilde, yasal temsilcilerinin ise daha detaylı olarak aydınlatılması gerektiğini ileri süren görüşte[649] isabet bulunmamaktadır. Zira aydınlatılması gereken sınırlı ehliyetsizin de hakkındaki gen incelemesini sebepleri ve tehlikeleri de dahil olmak üzere tüm ayrıntılarıyla bilmesi, kişinin bilme hakkına dahildir. Özellikle Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi görüşümüzü desteklemektedir. Bu maddeye göre,*" sözleşmeyi imzalayan taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar."* şeklindedir.

[648] Özge Yücel, a.g.e., s. 182.
[649] Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, s. 236; İlhan Subaşı, a.g.e., s.55.

Çocuğun katılım hakkının yanı sıra yüksek yararının da değerlendirilmesi gerekeceğinden, somut olayda çocuğun muhakeme ve anlama yeteneği de göz önüne alınmalıdır.[650] Tam ehliyetsizlerin ise yasal temsilcilerinin aydınlatılması gerekmektedir. Hastanın ehliyetsizliği veya bilinç kaybı yaşaması hallerinde yakınları aydınlatılabilir. Organ ve doku naklinde hem donör hem de alıcı, nakil ve sonuçları hakkında ayrı ayrı aydınlatılmalıdır.[651] Hastanın kendisine müdahalede bulunacak hekim dışında başka bir hekimden de tıbbi görüş alması veya aydınlatılmayı istemesine engel bir durum bulunmamaktadır.

3.2.4.7. Aydınlatmanın Şekli

Hukukumuzda aydınlatmanın şekli hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. O yüzden aydınlatma konusunda kural olarak şekil serbestisinin olduğu kabul edilmelidir. Tıbbi müdahalede bulunan aydınlatmayı yazılı veya sözlü yapabilir. Aranan koşul hastanın yapılan aydınlatmayı anlayıp anlamadığının denetlenmesi açısından aydınlatma sözlü olarak yapılmalıdır. Ancak sözlü yapılan aydınlatmanın yazıya dökülmesi, ispat açısından kolaylık sağlar.[652]

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'ne göre, hekim basit tıbbi müdahaleler yönünden hastanın rızası varsa, telefon görüşmesiyle hastayı aydınlatabilecektir. Telefonda hastanın rahatsızlığını konu edinen sorular sorabilmesi, hekimin de bu sorulara aydınlatıcı yanıtlar verebilmesi mümkün bulunduğundan telefonla yapılan aydınlatma geçerli bir aydınlatmadır.[653] Nitel ve nicel yönden komplike tıbbi müdahaleler için telefonla yapılan aydınlatma yeterli değildir. 654

Gerçekten de, hasta ile hekim arasındaki iletişimin uyumsuzluğu, hasta ile hekimin bağlantının kopukluğu ve hasta ile ilgili diğer hekimlerle bağlantının yetersiz olması iletişim noksanlıklarına örnektir. Tıbbi uygulama sırasında telefonla talimat verme, hatalı uygulamalara neden olabilmektedir. Büyük bir kısmı kayıt altına alınmayan bu konuşmalar ve verilen talimatlar ile ilgili çeşitli sorunlara gebedir. Diğer hastane personeli ya da tedavi ile ilgili personelle yapılan konuşmalar

[650] Yakup Gökhan Doğramacı, Zehra Zerrin Erkol, a.g.m., s. 269.
[651] Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, s. 236, s. 92; Buse Aksaray, a.g.m., s. 163.
[652] İlhan Gülel, a.g.e., s. 127; Candaş İlgün, a.g.m., s.119.
[653] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 53.
[654] BGH 15.06.2010, Az. VI ZR 204/09. nakleden Yener Ünver, a.g.m., s. 283.

da yanlış anlaşılma ve yanlış uygulama durumlarında sorun yaratabilmektedir. [655] Örneğin, " üre araştırması için genetik inceleme" talimatını ilgili personele telefonla veren bir hekimin, sözlerinin telefondaki arıza ya da hastane ortamındaki gürültü sebebiyle " üreme araştırması için genetik inceleme" talimatı olarak anlaşılması halinde, her iki gen incelemesinin konu, amaç ve temin edilecek genetik materyalin alınacağı bedensel bölge açısından farklılık oluşturabileceğinden, talepte bulunanın zarara uğraması gündeme gelebilir. Zira genetik inceleme konusunu oluşturan verilere göre büyük bir olasılıkla teşhis ve tedavi de yanlışlık yapılması kuvvetli olasılıktır.

Tababet ve Şuabatı Sanatları Kanunu'nun 70. maddesi ve Hastaneler Talimatnamesi'nin 103. maddesinde, büyük cerrahi ameliyatlar için yazılı rıza koşulu aranmaktadır.[656] Bunun gibi önemli tıbbi müdahalelerde sözlü açıklamaların yapıldığı sırada ikinci bir doktor veya hemşire hazır bulundurulmalı ve açıklamalar ile hazır bulunanların kimlikleri hasta kağıdına geçirilmelidir.657

3.2.4.8. Aydınlatmada İspat Külfeti

Uyuşmazlık konusu olaya uygulanacak maddi hukuk kuralları tarafından, yargılama konusu olayların ispatlanması adaletin sağlanması açısından önemlidir. İspat külfetinin, yasal hakların talep edilmesinde ve korunmasında büyük önemi vardır. Tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat davalarında ispat külfetinin yerine getirilmesi ve ispatla yükümlü kişinin saptanması oldukça önemlidir. Zira dava konusu vakıanın kim tarafından ispat edileceği, maddi hukuk kuralları tarafından saptansa da, olayın gerçekleşmiş olup olmadığının saptanmasına yönelik kurallar usul hukukunun konusunu oluşturur. [658]

Tıbbi müdahalelerden dolayı meydana gelen maddi ve maddi zararların tazmini davalarında, herkesin kendi iddiasını ispat etmek zorunda olduğu kuralı geçerlidir. Hasta gerçekleşen tıbbi müdahale kusurunu ve bu kusurun bedensel ve

[655] Oğuz Polat, Işıl Pakiş, a.g.m, s.120-121.
[656] Battal Yılmaz, a.g.m., s. 52.
[657] Mehmet Emin Özgül, a.g.e., 244.
[658] Ahmet Başözen, (2012). "Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tazminat Davalarında İspat Sorunları", *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi,* S:119, Ocak 2012, s. 2; Pervin Yıldız, a.g.m., s. 81.

ruhsal tümlüğü üzerinde oluşturduğu maddi ve manevi zararlar ile bir nedensellik bağlantısı bulunduğunu kanıtlamak zorundadır. Hekim ise hastayı yaptığı tıbbi müdahale yönünden olması gerektiği biçimde aydınlattığını ispatlamakla ispat yükünden kurtarır.[659]

Hastanenin ya da hekimin ispat yükümlülüğünü yerine getirmesinde, hastayla ilgili kayıtların düzenli, bilimsel verilere ve gerçekliğe uygun şekilde tutulması gerekir. Eksiksiz ve düzgün tutulan tıbbi kayıtlar herhangi bir hatalı uygulama iddiası durumunda hekimin savunmasında çok önemli bir delil niteliğindedir. Hekim savunmasını bu kayıtlara dayanarak yapabilir. Ayrıca kayıt tutulması hukuki bir zorunluluktur. Hastayla ilgili tıbbi bilgilerin hasta kartına, yatırılarak tedavi edilmiş ise hasta dosyasındaki ilgili kısımlara ayrıntılı olarak kaydedilmesi önemlidir. Adli raporlar bu kayıtlar dikkate alınarak hazırlanmaktadır. Bu nedenle kayıtların düzenli ve ayrıntılı olarak tutulması çok önemlidir. Tıbbi hizmeti bir sağlık kurum ve kuruluşu veriyorsa bu kayıtların saklanma sorumluluğu hizmeti veren sağlık kurum ve kuruluşuna aittir.[660] Aksine davranış, hekim ya da hastane aleyhine açılacak davada tazminat davasının kabulüne karar verilmesini gerektirebilecektir. Yargıtay'ın konuyla ilgili olarak verdiği bir karara göre, hastane yönetimi kayıtların tutulmasından sorumlu olup, ibraz olunan ve tarihsiz çekilen filmlerin hangi hastanede çekildiğinin araştırılmak suretiyle, davalı hastanede çekildiğinin anlaşılması durumunda üzerinde tarih bulunmamasının hastanenin kusurundan kaynaklandığının kabul edilmesi gerekir.661

Teknoloji ve bilimdeki baş döndürücü ilerlemeler ile toplumun değişen değer yargıları, evrensel hukuk ile temel değerlerle çelişerek yeni hukuki sorunlara neden olmaktadır. Hukukun görevi bu gelişmelerinin sınırını belirleyerek, insan onuru ve yararına yakışır biçimde destekleyecek ölçütler belirleme işlevini, toplumsal ilişkileri düzenleme işlevinin sonucu olarak yerine getirmelidir.[662] Yargıtay bir kararında, "

[659] OLG Stuttgart Az. 14 U 17/98 (VersR 2000,s.1108). nakleden Yener Ünver, a.g.m., s. 283. Battal Yılmaz, a.g.m., s. 52.
[660] Oğuz Polat, Işıl Pakiş, a.g.m., s.121.
[661] Y. 13. Hukuk D.'nin 13.12.2013 tarih ve 2013/29954 E., 2013/ 31221 Karar s kararı.
[662] Zafer Zeytin, "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller", Uluslararası Katılımlı 1.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, http://www.ehukuk.net/ dokumantasyon. Htm, (E. T. 07.11.2017).

ispat yükünün, tedaviyi gerçekleştiren hekimde olduğu gibi hastanede olduğunu" da belirtmiştir.[663]

3.2.4.9. Aydınlatma Yapmamanın Sonucu

Muhatabının aksine bir talimatının olmadığı ya da aydınlatma yapılamayacak kadar bir durum yoksa, aydınlatma tıbbi müdahalede bulunan için hukuksal bir yükümlülüktür. Aydınlatma, tıbbi müdahaleye verilecek rızanın olmazsa olmaz koşulu olduğu gibi, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu da sağlamaktadır.[664] Aydınlatma yükümlülüğünün hiç ya da yöntemine uygun biçimde olmaması durumunda, yapılacak tıbbi müdahale hukuka aykırı bir eylem olacaktır.

Aydınlatma yapılarak rızanın alınması durumunda, hekimin yaptığı tıbbi müdahale haksız fiil sayılacağından, hekim zarardan sorumlu kılınacaktır.[665] Tıbbi müdahale hekim ile hasta arasında yapılmış sözleşmeden kaynaklanıyorsa, aydınlatma yükümlülüğüne uymayan hekimin sorumluluğu ifa eksikliğidir. Sözleşmenin ifasında ortaya çıkan kusurlu bir eylem olması hasebiyle, hasta haksız fiil sorumluluğuna dayanmadığı vakit tıbbi müdahalede bulunanın sözleşme sorumluluğuna gidebilir. Bunun sonucu olarak da hekim aydınlatma yükümlülüğüne uymadığı için, normal koşullarda yükümlülüğüne uygun bir aydınlatma yapsaydı sorumlu olmayacağı zararlardan bile sorumludur. [666] Gen incelemelerinin yapılması hususunda, hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmaması halinde hukuka aykırılık oluşturan eylem, aydınlatılmış rızanın alınmaması, sır saklama yükümlülüğüne uyulmaması gibi durumlarda haksız fiil gerçekleşecektir.[667]

3.2.5. Özel Yaşamın Gizliliğinin Korunması

Kişinin özel yaşam alanında meydana gelen ve toplumdan gizlenen olayların, kendisinden başkası tarafından bilinmemesi kişilikle hemhal bir durumdur. Kişinin özel yaşam alanında gerçekleşen olayların, ancak kişinin rızasıyla öğrenilmesi

[663] Y. 13. H.D. 07.11.2013 T. 2013/23055 E., 2013/27584 K.
[664] Halide Savaş, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları,* Ankara 2013, s.71.
[665] Zarife Şenocak, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, *AÜHFD*, C. 50, S. 4, Ankara 2001, s.68; Ece Sindel, " Hekimin Haksız Fiil Sorumluluğu", *Terazi Hukuk Dergisi, S.* 119, Ankara 2016, s. 249.
[666] Halide Savaş, a.g.e., s.281.
[667] Havva Karagöz, a.g.m., s. 221.

mümkündür. Sır alanı olarak nitelenen gizlilik alanına, kişinin üçüncü kişiler tarafından bilinmesini ve öğrenilmesini istemediği, gizli kalmasında bireysel menfaati bulunan tüm olaylar ve bilgiler girmektedir. Bu bağlamda kişinin bir hastalığa ilişkin bilgileri, özel hayatına ve aile hayatına dair sorunları, cinsel yaşamı gibi hususlar sayılabilir.[668]

Kişiye uygulanacak teşhis ve tedavinin, gen incelemeleri de dahil olmak üzere, şahsın kişisel verilerinin kapsamı, korunması, sağlık mensuplarıyla paylaşılacak alanın ve koşulların belirlenmesi, kişinin özel yaşamı ve bilgilendirilmesi açısından önemlidir.[669] Sağlığa ilişkin kişisel verilerin korunması ve kişilerin sağlıklarına ilişkin verileri öğrenme hakkının kapsamı, Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre , *"1. Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*

2. Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.

3. İstisnai durumlarda, 2 nci paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında hastanın yararları bakımından kanun tarafından kısıtlamalar öngörülebilir." şeklindedir.

3.3. İnsan Geninin İncelenmesi

İnsan geninin incelenmesi, başta hastalıkların teşhis ya da tedavisi olmak üzere sağlık alanında, hukuk alanında ve bilimsel gelişmelerde oldukça önemlidir. Bu incelemelerin insanlığın yararlanması amacıyla yürütülmesi halinde, insancıl ve çağcıl düşüncelere katkı sağlayacağı açıktır. Ancak özellikle yapılan inceleme ve çalışmalarda, DNA değişikliklerinin yapılabilmesi, araştırmacıların bu genleri tahrif ve imha edebilmesi risklerine karşı da önlem alınmasına yol açmıştır.

---

[668] Gamze Turan Başara, *Kişiliğin İhlalinden Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat ile Haksız Kazancın İadesi,* Ankara 2018, s.29.
[669] Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e.,s.53.

3.3.1. Genel Olarak

Biyotıp alanına ilişkin temel konuların insan hakları çerçevesinde değerlendirilmesi, insanın zararlı saldırılara, salt ekonomik ya da bilimsel erekler uğrunda kullanılmasına karşı uluslar arası hukuk bağlamında set oluşturmaktadır. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin " Genetik Teşhise Yönelik Testler" başlıklı 12. maddesinde, genetik hastalıkları teşhise yönelik testler sıkı şekilde sınırlandırılmıştır.[670]Bu maddeye göre, " *genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir. "* şeklindedir.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 13. maddesinde, insan alt soylarının genetik yapısının değiştirilmesine yönelik bilimsel araştırmaları yasaklamaktadır. Bu maddeye göre, *" insan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Genetik çalışmaların, sağlık ya da tedavi amacıyla yürütülmesi halinde, insancıl ve çağcıl düşüncelere uygunluk arz ettiği kabul edilmektedir. Özellikle DNA değişikliklerinin yapılabilmesi, araştırmacıların bu genleri tahrif ve imha edebilmesi risklerine karşı önlem alınmasına yol açmıştır. [671] Bu sözleşme, benzer araştırmalara izin verme ya da yasaklama yetkisini her devletin kendi takdirine bırakmıştır. 12 Ocak 1998 tarihinde yayımlanan bir ek protokol ile ölü veya canlı bir insanın genetik kopyalanmasına yönelik her türlü müdahale yasaklanmıştır.[672] Ancak gerek Sözleşme'nin 12. maddesinde, gerekse 13. maddesine hizmet eden TCK'nun 90. maddesinde yer alan deney ve deneme suçları dışında özel bir hüküm bulunmamaktadır.[673]

Türk Ceza Kanunu'nun Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar bölümünde düzenlenen ve T.C.K. 90. maddesi ile yaptırıma bağlanan insan üzerinde deneyler

[670] Alvina Gojayeva, a.g.m., s.45.
[671] Jose Roberto Goldim, a.g.m., s. 193.
[672] İrem Seyalıoğlu, v.d., a.g.m., s. 41.
[673] Yener Ünver, a.g.m., s. 194; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.46.

suçunda, korunan hukuki değer öncelikle vücut bütünlüğüdür. Bunun yanı sıra yaşam hakkının, kişinin sağlık ve onuru ile kişisel verilerin dokunulmazlığı da bu suçla koruma altına alınmıştır.674 İnsan üzerinde deney, bilimsel araştırma amacıyla, bir ilacın veya tıbbi bir yöntemin iyileştirme amacına yönelik olmadan, yaşayan insan üzerinde denenerek etkililiğinin saptanması olarak tanımlanabilir. Çok basit bir tanımla insan üzerinde deney, bir bireyi ne şekilde etkileyeceğini öğrenmek için onun üzerinde gerçekleştirilen her türlü davranıştır.675 Yargıtay bir kararında, *" hastanın bilinen tedavi yöntemleriyle tedavi edilemediği ve kök hücre tedavisine de hastanın onay verdiği durumda, insan üzerinde bilimsel deney yapma suçunun unsurlarının oluşmadığını ve eylemin insan üzerinde tedavi amaçlı deneme olarak nitelenebileceğini, bunun da hastanın rızası kapsamında suç teşkil etmediğini"* vurgulamıştır[676] .

3.3.2. Tüpte Embriyonlar Üzerinde Araştırma

Erişkin dokularda bulunan ve birçok hücreye dönüşebilen kök hücresi olarak tanımlanan erişkin kök hücreleri, embriyonik kök hücreleri gibi birçok hücre tipine dönüşebilir.[677] Ülkemizde erişkin kök hücre çalışmaları ile embriyonik kök hücre çalışmaları konusunda açık hükümler içeren yasal düzenlemeler yapılmamıştır. Ancak TMK'nun 28/2 maddesi "*çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder"* demek suretiyle, hayatın başlangıcı

674 Hilal Yüksel, a.g.e., s. 44.

675 Barış Erman, a.g.m., s.3; Nurullah Tekin, (2010). "Kök Hücre Kavramı Ve Kök Hücre Çalışmalarının Hukuki Açıdan Değerlendirilmesi". *Terazi Aylık Hukuk Dergisi,* S. 41, s. 165; Hilal Yüksel, a.g.e., s. 44.

676 "Suç tarihinden 1,5 yıl kadar önce geçirdiği trafik kazası sonucu, Medulla spinalis'te T8 seviyesinden itibaren felç olan ve yatalak olarak hayatına devam eden katılan , önce ..... Üniversitesinde, sonra ise ..... Tıp fakültesi hastanelerinde tedavi edilip, bilinen yöntemlerle sağlığına kavuşamaması üzerine, yakınlarından, sanığın, yatalak hastaları kök hücre yöntemi ile tedavi ettiğini öğrenmesi üzerine, sanığa müracaat ederek kök hücre nakli olması ve sonrasında şifa bulamaması üzerine, sanığın kendi üzerinde bilimsel deney yaptığı düşüncesi ile şikayette bulunması şeklinde gerçekleşen olayda, geçirdiği trafik kazası sonucu bel kısmından altı felç olan katılanın, bilinen tüm tıbbi yöntemler uygulanmasına rağmen şifa bulmadığı, kök hücre tedavisi konusunda bizzat kendisi bilimsel çalışmalar yapıp, uluslararası çalışmaları takip eden, sanık tarafından henüz geçerliliği kanıtlanmamış bir yöntem olan, kök hücre nakli ile tedavi edilmeye çalışıldığı olayda, sanığın üzerine atılı, insan üzerinde bilimsel deney yapma suçunun unsurlarının oluşmadığı, eyleminin İnsan üzerinde tedavi amaçlı deneme olarak nitelenebileceği, bunun da katılanın rızası kapsamında suç teşkil etmediği, dosya içerisinde mevcut katılanlar tarafından imzalanmış rızalarını gösterir belgelerle anlaşılmakla beraat hükmü onanmalıdır." Y.12.C.D., 26.04.2012 T., 2011/20105 E., 2012/10908 K.

677 Nurullah Tekin, a.g.m., s. 152.

meselesi, diğer bir deyişle embriyonun hukukî statüsü hakkında dolaylı da olsa bir hüküm içermektedir. Öğretide embriyonun dondurulup saklanması ve daha sonra ana rahmine transfer edilmesi olasılığı da dahil olmak üzere, hak ehliyetinin döllenme anında, yani embriyonun oluştuğu anda kazanıldığını belirten görüşte isabet bulunmaktadır.[678]

Türk Hukuk Mevzuatında insan embriyosu hakkında tek düzenleme, Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Merkezleri Yönetmeliği'dir.[679] Yönetmeliğin 17. maddesi, embriyonun kullanım şartlarını belirtip, uyulmaması durumunda idari yaptırım öngörmektedir. ÜYTE Yönetmeliği'nin 17. maddesine göre, *" anne ve baba adaylarından tüp bebek amacıyla alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyonların tüp bebek dışında başka bir amaçla kullanılmasını"* yasaklamaktadır. Böyle bir düzenlemeden, embriyonik kök hücre çalışmalarının yasaklandığı sonucuna varılamaz.[680] Bu nedenle, ÜYTE amacıyla elde edilen embriyonların başka bir amaçla kullanılması halinde, sadece ilgili kurumun faaliyetlerinin durdurulması şeklinde idari yaptırım uygulanacaktır.[681] Bu maddeye göre, kendilerine ÜYTE uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve bu Yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır. Bu yasağa ve bu Yönetmelik hükümlerine uymadığı tespit edilenlerin faaliyetleri Bakanlıkça durdurulur.

Bu Yönetmelik'ten başka, Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan 2005/141 sayılı ve 19.09.2005 tarihli genelge ile embriyonik kök hücre araştırmaları yasaklanmıştır. Genelgede, embriyonik kök hücre araştırmaları konusunda, çağdaş bilim ve kamu vicdanı gereklerine göre yapılması gereken hukuksal düzenlemelerin sonuçlandırılması amacıyla çalışmaların sürdürüldüğü, yapılan bu çalışmalarda söz konusu araştırmaların AB mevzuat uyumu kapsamında, hukuki, kültürel ve etik

[678] Gamze Turan Başara, a.g.e,s. 44
[679] Melike Belkıs Aydın, a.g.e. , s. 31.
[680] Nurullah Tekin, a.g.m., s. 164.
[681] Pınar Aksoy Gülaslan, a.g.m., s.129; Emel Badur, "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalarında Kişisel Verilerin Korunması". Çankaya Üniversitesi Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016. (Yayına Hazırlayanlar: Emel Badur, Gamze Turan Başara), Ankara 2016,s.176.

yönleriyle ele alındığı dile getirilmiş ve bu çalışmalar sonuçlanıncaya kadar embriyonik kök hücre araştırmaları yasaklanmıştır.

Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan 2006/51 sayılı ve 01.05.2006 tarihli Genelge ile klinik amaçlı embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına izin verilmiştir. Bu bağlamda çalışmanın yapılacağı kurum bünyesinde gerekli alt yapının oluşturulması ve çağdaş bilimin gereklerine uygun olarak uygulama yapılabilmesi amacıyla, Bakanlık bünyesinde Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu oluşturulmuş ve *"Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu"* genelgeye ek olarak yayınlanmıştır. Bu genelgeyle, embriyonik olmayan kök hücre çalışmaları hakkında bazı koşullar öngörülmüştür. Bu şartlar kısaca şu şekilde ifade edilebilir:

"- Çalışmalar, Bakanlıkça bu alanda çalışmasına onay verilen bilimsel merkezlerde yapılacaktır.

- Kök hücre çalışmalarına yönelik olarak kurulacak "yerel etik kurul" onayını takiben, çalışma başvuru dosyası Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kuruluna sunulacaktır.

- Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kuruluna başvuru esnasında, çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgilerin yanı sıra, hastalara verilecek olan "bilgilendirilmiş gönüllü olur formu" taslağı da eklenecektir.

- Hastada, bu uygulama sırasında ya da sonrasında gelişebilecek istenmeyen veya beklenmeyen etkilerin önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması ve komplikasyonların tedavisi için güvence sağlanmasının (sigorta edilmesi) ardından çalışma başlatılacaktır.

- Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu tarafından onay verilmiş olan çalışmaların, 6 ayda bir gelişme raporları ve çalışma sonrasında "Sonuç Raporu" Sağlık Bakanlığına bildirilecektir.

- Hastanın takibinde oluşabilecek beklenmeyen ciddi yan etkilerin veya ölüm durumunun ortaya çıkması halinde, yedi gün içinde sebeplerine yönelik bilgilerle, komplikasyonların ayrıntılı dökümünü Sağlık Bakanlığına bildirilecektir.

- *Klinik kök hücre çalışması tamamlanıp, sonuçları bilimsel bir ortamda veya hakemli bilimsel bir dergide yayınlanmadıkça söz konusu çalışma ile ilgili verilerin kamuoyunu yönlendirecek/yanıltacak biçimde açıklanması yasaktır. Hasta hakları ve insan onuruna saygı gereği, hastalarla ilgili bilgilerde mahremiyet hakkının gözetilmesi ve tıp etiğine uyulması esas alınacaktır*."[682]

Sağlık Bakanlığı'nın düzenlediği genelge ile kılavuz bir arada değerlendirildiğinde erişkin kök hücre araştırmaları konusunda yeterli olmasa da belirginleşmiş bir yaklaşımın olduğu söylenebilir. Ancak embriyonik kök hücre çalışmaları konusunda, araştırmaların durdurulması dışında herhangi bir kural bulunmamaktadır. Böylelikle erişkin kök hücre araştırmaları konusunda, kuralların belirginleştirilmesi yönünde önerilerin getirilmesi mümkündür. Ancak embriyonik kök hücre ile erişkin kök hücre araştırmalarının[683] aynı ya da farklı yasal düzenlemeler ile mutlaka düzenlenmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun gerekli düzenlemeleri yaparken, kök hücre araştırmalarındaki hızlı ve değişken gelişimin de ayırtında olması gerekir.

Embriyonik kök hücre çalışmalarında; kaynak olarak In Vitro Fertil merkezlerinde onamı alınmış vericilerden, alınacak kullanılmayan üreme hücrelerinden elde edilen materyalin ya da var olan hücre hatlarının, düşük materyalinin kullanımı, salt araştırma yapmak amacıyla yeni embriyon elde etmenin kesin olarak yasaklanması, etkin bir denetim gerçekleştirilerek projelerin güvenle işlemesinin sağlanması, vericilerin ekonomik yönden araç konumuna dönüşmesinin engellenmesi, araştırma sonuçlarının kullanımı ve uygulamaya geçirilmesinde ticari meta olarak kullanımını sınırlayıcı önlemlerin alınması, kadın bedeninin bu uygulamalardan zarar görmelerini engelleyici tedbirlerin alınmasını ileri süren görüşte isabet bulunmaktadır.[684]

---

[682] www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id... (E.T. 05.12.2017)
[683] Bülent Gülekli, a.g.e., s.86.
[684] Mukadder Gün, "*İnsan Embriyonu Kök Hücre Araştırmalarının Etik Boyutu ve Türkiye İçin Bir Etik Düzenleme Önerisi",* Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yükseklisans Tezi, Ankara 2013, s.137; Nagehan Gürbüz, a.g.e., 2014, s.57.

3.3.3. Nakil Amaçlarıyla Canlı Vericilerden Organ ve Doku Alınmasında Ticaret Yasağı

Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunu'nun 3. maddesinde *" Bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması yasaktır"* şeklinde yer alan norm ile organ ve doku naklinin ticari gayeyle yapılması yasaklanmıştır.[685] Kişilik hakkının en önemli unsurlarından olan vücut bütünlüğüne dahil olan bir organının alınıp satılması yasaya olduğu kadar, etik değerlere de aykırılık oluşturmaktadır.

Aynı Yasa'nın 7/e maddesi ile kanun koyucu açık bir şekilde, insan ve ona ait parçaların ticarileştirilmesi engellenmiştir. Bu maddeye göre, " hekim bedel veya başkaca çıkar karşılığı veya insancıl amaca uymayan bir düşünce ile verilmek istenen organ ve dokuların alınmasını reddetmek" zorundadır.

3.3.4. İnsan Geni İncelemesi Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Özel hukuka ilişkin bir sözleşmeyi kuran taraflar, karşılıklı irade beyanında bulunurlar. Sözleşmeden doğan edimlerin sözleşmeye uygun biçimde yerine getirilmemesinde ya da hiç ifa olunmamasında, taraflar arasında uyuşmazlık yaşanması büyük bir olasılıktır. Bu durumda irade beyanlarının yorumlanması ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi için hakime başvurulmaktadır. Hakimin yorumda bulunabilmesi için yorumun konusunu saptaması gerekir. Yorumun konusunun ne olacağı hakkında kesin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Her somut olayda sözleşme ayrıntılı olarak incelenmeli ve neyin yorumlanması gerektiği saptanmalıdır. Bu yorum faaliyetinde zayıf yanın korunması, yorumun hukuk ve ahlaka uygun olması, daha önce sözleşmenin tarafları arasında bir yorum anlaşması yapılmışsa bu anlaşmadaki hükümlerin dikkate alınması zorunludur. Bu zorunlulukların başında da, taraflar arasındaki sözleşmenin belirlenmesi gelir.[686]

[685] Tekin Memiş, s. 44; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s. 162.
[686] Ceren Damar, "Sözleşmenin Yorumu". *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.* Cilt:1, S:2, Ankara 2016, s. 108.

Sözleşmenin hukuksal niteliğini belirleyecek olan, formalist tanımlama, uygun semantik anlatım veya linguistik kullanımı belirleme çalışmasıdır.[687] Teşhis ve tedavi sözleşmesi, bir tarafında hekimin, diğer tarafında ise hastanın bizzat kendisinin ya da onun temsilcisinin bulunduğu, taraflar arasında belirlenen ücret karşılığında hekimin, hastanın iradesi ve menfaatine uygun olarak ve hekimlik mesleğinin öngördüğü ilke ve etik kurallar ışığında hastalığın teşhisi ve tedavisini üstlendiği, açık ya da üstü örtülü irade beyanıyla kurulan sözleşmelerdir. [688]

Türkiye'de gen analizleri, hekim olmayan uzmanlar tarafından da yapılabilmektedir. Gen analizleri yapmak üzere, ticari amaçla biyo-teknolojik firmalar faaliyet göstermektedir. Bu firmalar izinle de olsa hekim olmayan şahıslar ile bu faaliyeti gerçekleştirmektedir. Bu konuda hekimin sorumluluğu hükümlerinin uygulanması açısından sorun oluşturma ve yeni düzenleme gereksinimine işaret edilmektedir689 Alman Gen Teşhisi Kanunu'nun 7. maddesine göre, genetik incelemede hekim zorunluluğu benimsenmiştir. Daha kaliteli bir danışmanlık ve gen incelemesinin gerçekleştirilmesi güvence altına alınmaktadır. Böylece hekim gerekliliği ile öngörülen yetki ve ehliyet sağlığa hizmet etmektedir. Ayrıca bu zorunluluk ticari bakış açısıyla sunulan teşhis yöntemlerini de önlemektedir.690

İnsanların hukuksal konularda, danışma amaçlı olarak da avukatlara danıştığı bilinmektedir. Genetik danışma da, bir genetik danışmanın rehberliğinde kişi ya da ailenin genetik bir hastalığın görülme durumunda ya da olasılığında tıbbi bilgiler açısından uygun olarak bilgilendirildiği, genetik testlerin öncesine ve sonrasını içeren, tedavi seçenekleri ve danışanın durumuna ilişkin en uygun adımların atılması konusunda rehberlik yapan bir süreçtir.[691] Bu süreçte, genetik bozukluğa sahip ya da bu riski taşıyan kişi ya da aile genetik uzmanı tarafından bilgilendirilmektedir.[692] Gen testlerinin bireye göre değişikliğinden yola çıkan görüşe göre, kişiye özgü kullanılacak ilaçların önemli özelliklerinin saptanarak tedavi yöntemlerinin başarıya ulaşmasında kişisel gen bilgileri oldukça önemlidir. Kişiselleştirilmiş gen bilgileri, A

[687] Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme.* 2. Baskı, İstanbul 2014, s.98.
[688] Yasemin Işıktaç, a.g.e., s.86. 337; Abdülkadir Yılmaz, *"Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğü"* Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2015, s.12.
[689] Havva Karagöz, a.g.m., s. 220.
[690] Henning Rosenau, a.g.m., s. 247.
[691] Wertz, D.C. , Fletcher, J. C. , Berg, K., a.g.e., s.30.
[692] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. 58.

ve B ilaçları arasından seçiminde hekime yarar sağlayacaktır. Hatta tedaviye yarayacak ilacın dozajı bile, genlerin vereceği bilgiye göre değişebilecektir. [693] Kişisel genetik bilgilerini bilen kişinin ya da teşhis ve tedaviyi sağlayan hekimin kullanılacak ilaç bir yana, ilacın dozajının saptanmasına bile yarayan verilerin saklanması ve günü geldiğinde iyi amaçlar için kullanılması konunun bir an önce bağımsız yasal düzenlemeye kavuşturulmasının ne denli önemli olduğunu göstermektedir.

6098 sayılı TBK'nda teşhis ve tedavi faaliyetlerini düzenleyen bir sözleşme yer almamaktadır.694Tıp hukukunda genel olarak hasta ile hekim arasındaki tedavi sözleşmelerinin hukuki niteliği konusunda görüş birliği yoktur. İnsan geni üzerinde yapılan incelemeyi konu edinen sözleşme, incelemenin yapılışı anında ve sonuçları bakımından kişinin yaşamı, sağlığı ve vücut tamlığıyla ilintilidir. Bu incelemenin üzerinde yapıldığı biyolojik madde, bireyin bedeninden alınacaktır. İster teşhis, ister tedavi amaçlı olsun yapılan gen incelemeleri, birer tıbbi müdahaledir. Tıbbi müdahale ise, *" kişinin yaşam, sağlık ve bedensel bütünlüğünü"* konu edinmektedir. Bu nedenle, geçerli bir rızaya dayanmayan ya da gerekli hukuka uygunluk sebeplerinden birini taşımayan gen incelemeleri hukuka aykırı nitelik taşıdığından, kişilik hakkına açık bir saldırı oluştururlar.[695]

Sözleşme hukukundan doğan sorumlulukla, haksız fiil hukukundan doğan sorumluluk kavramlarının birbirlerinden ayrılması gerekir. Sözleşme hukuku daha önceden yüklenilmiş bir borca aykırı davranışı sorumluluğun temeli yapar. Haksız fiilden kaynaklanan sorumlulukta ise, genel davranış kurallarına aykırılık hali mevcuttur. Bu tarz bir sorumluluğun ortaya çıkması için kusurun aranıp aranmaması konusu merkezi önemi haizdir. Haksız fiil sorumluluğunun kusursuz sorumluluk halleri ya da hukuka aykırılık olmaksızın ortaya çıkan zararlara kadar genişletilmesi mümkündür. 696

İşte gen incelemeleri insan vücudunda yapılan bir işlem olduğundan, hukuka aykırı eylem sebebiyle, hem haksız fiil hem de sözleşme sebebiyle özel hukuk

[693] Ruth Chadwick, a.g.m., s. 62-65.
[694] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e.,.s. 49. Battal Yılmaz, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu,* Ankara 2010, s.19.
[695] Meral Gürbüz, a.g.e., .s.66.
[696] Yasemin Işıktaç, a.g.e., s. 337; Ece Sindel, a.g.m., s. 247.

sorumluluğu doğabilir. 697 Hekimle hasta arasında sözleşme ilişkisi mevcut değilse**,** hekim TBK'nun 58. maddesine göre sorumlu olacaktır. Bu hükme göre, kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.[698] Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlüdür**.** Sözleşmeye aykırı zarar verici her hareket aynı zamanda haksız fiil oluşturduğundan, bu tür olaylarda sözleşmeye dayanan sorumluluk ile haksız fiile dayanan sorumluluk yarışır. Hasta, iki sebepten herhangi birisine dayanarak hastane işleticisine dava açabilir.[699] Hekimin özel hastanede hizmet sözleşmesi ile çalıştığı durumlarda hekimin sorumluluğu, kural olarak, haksız fiil sorumluluğudur. Zira, belirtilen durumlarda, hekimle hasta arasında önceden kurulmuş bir sözleşme ilişkisi mevcut olmadığı gibi, hekim hastadan ücret almamakta, hasta da hekimi seçememektedir.[700]

Gen incelemeleri açısından önemli bir husus da, bu işlemlerin yardımcı kişi aracılığıyla yaptırılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Adam çalıştıranın sorumluluğunu düzenleyen TBK 66/II maddesi gereğince adam çalıştıranlar, kusursuz sorumludurlar. Bu maddeye kıyasen, hekim yanında çalışanı seçmede, ona talimat vermede, onu gözetim ve denetimde zararın doğmasını engellemek için gerekli tüm özeni ve dikkati gösterdiklerini kanıtlamadıkça, onların eyleminden kusursuz sorumludur.701

Öğretide bir görüşe göre, teşhis ve tedavi sözleşmese isimsiz bir akittir. Bir sözleşmenin unsurlarının ve bunların bir araya gelme biçiminin kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi halinde tipik sözleşmeden söz edilebilir. Özel sağlık kuruluşlarıyla hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesinde bir iş görme ilişkisi bulunduğundan, bu sözleşmenin hizmet, eser ve vekalet sözleşmeleri açısından incelenmesi gerekir.702

---

[697] Havva Karagöz, a.g.m., s. 221; Ece Sindel, a.g.m., s. 253.
[698] Fulya Erlüle, a.g.e., s.120.
[699] Hasan Petek, a.g.m., s.219; Ece Sindel, a.g.m., s. 252.
[700] Filiz Yavuz İpekyüz, "Hekimin Tazminat Sorumluluğu" *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 20, S.33, Diyarbakır 2015, s. 24.
[701] Havva Karagöz, a.g.m, s. 223.
[702] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 87.

3.3.4.1. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmelerin Hizmet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Hizmet sözleşmesinde işçinin belirli ya da belirsiz bir zaman zarfında iş gücünü işverene sunması, işvereninde bunun karşılığında bir ücret ödemeyi taahhüt altına girmesidir. Hizmet sözleşmesi TBK'nun 393. maddesinde düzenlenmiştir.[703] Bu maddeye göre, *" hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*. "İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.[704]

Sağlık hizmeti sunan hekim ile hasta arasında bir hizmet sözleşmesi bulunmamaktadır. İşçi ile işveren arasında astlık üstlük ilişkisi vardır. Çalışan iş gücünü belirli ya da belirli olmayan bir süre için işverenin emrinde bulundurur. İşçi işverene karşı, sonucun gerçekleşmesinden sorumlu değildir. İyiniyet kurallarına göre işçi sözleşme konusu iş için gereken faaliyeti göstermişse, sonuç gerçekleşsin ya da gerçekleşmesin, işçi borcunu ifa etmiş sayılır.[705]

TBK'nun 399. maddesinde işçinin, işverenin talimatına uyma borcuna yer verilmiştir. İşverenin bu yönetim hakkının karşısında, işçinin de işverenin talimatına itaat borcu bulunmaktadır. Bu sebeple işçi, işverenin yönetim hakkına dayanarak işin yapılması ve işyerinin düzeni ile ilgili verdiği talimata uymak zorundadır.[706] Halbuki hekim ile hasta arasındaki teşhis ve tedavi sözleşmesinde bir altlık üstlük ilişkisi mevcut değildir. Ruhsal ya da bedensel bir rahatsızlığının önlenmesi, sona erdirilmesi ya da olumsuz etkilerinin azaltılması için hekime başvuran kişi, hekimin üstü değildir. Hekim, hastanın emrinde de değildir. Hizmet söyleşmesinde işçinin belirli niteliklere sahip olması gerekmez. Ancak hekimin sahip olması gereken nitelikler kanunla belirlenmiştir. Genetik incelemeleri yapan hekim ile başvuran ilgili kişi arasındaki ilişki hizmet sözleşmesinden ayrı olarak, karşılıklı güven

[703] Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,* 9. Baskı. İstanbul 2014, s. 844; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri,* Ankara 2014, s. 143.
[704] İlhan Subaşı, a.g.e., s. 102.
[705] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s.88. Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, a.g.e., s. 847.
[706] Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, a.g.e, s.848.

ilişkisidir.707 Güven kavramı oldukça geniştir. Soyut güven kavramı yerine haklı görülebilirlik ya da makul güven ifadelerinin benimsenmesini öneren görüşte isabet bulunmaktadır.708

Uygulama ve öğretide, hekimin akdi ilişkiye dayanan sorumluluğunun hizmet sözleşmesine uymadığı oybirliği ile benimsenmiştir. Hasta ile hekim arasında, hizmet akdinin vücut veren bağımlılık unsuru yoktur.[709] Ancak belirli veya belirsiz bir süre için çalışmasını özel bir hastaneye tahsis eden hekim ile hastane arasındaki hukuki ilişki hizmet sözleşmesidir. [710]Ancak özel hastanede gen incelemesi yaptıracak kişi ile hekim arasındaki hukuki ilişki hizmet sözleşmesi değildir.

3.3.4.2. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmenin Eser Sözleşmesi ile Karşılaştırılması

TBK'nun 470. maddesinde düzenlenen ve iş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmedir. Yüklenicinin meydana getirdiği eseri teslim borcu, iş sahibinin de bedel ödeme borcu ile değişim meydana gelmektedir. Eser sözleşmesinde, bir sonuç borçlanılmıştır. Bu sözleşmenin konusu bir eserin meydana getirilmesi ile bunun karşılığında ödenen ücrettir. Her iki unsur da eser sözleşmesinin mevcudiyeti için zorunludur.711 İş sahibinin isteği doğrultusunda, müteahhit tarafından üretilen şeye eser denilir.712TBK'nun 470. maddesine göre, eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.

Eser sözleşmesi ile teşhis ve tedavi sözleşmesi arasındaki belirgin fark, bir sonucun borçlanması noktasında düğümlenmektedir. Eser sözleşmesinde bir sonuç borçlanılmıştır. Teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekim edim fiilini, kendisinden umulan davranışı sözleşmeye uygun olarak doğru ve düzenli olarak yerine getirmişse

---

[707] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 88.
[708] Yasemin Işıktaç, a.g.e., s.280.
[709] İlhan Subaşı, a.g.e., s.103.
[710] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 90; Zarife Şenocak, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara 1998, s. 24; Nurten Fidan, a.g.m., s.355.
[711] Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, a.g.e., s. 955; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler,* Cilt : 2, İstanbul 2012, s. 2; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri,* İzmir 2013, 655; Yusuf Özkul, *Eser Sözleşmesi.* Ankara 2013, s.27; Erzan Erzurumluoğlu, a.g.e., s.168; İlhan Subaşı, a.g.e., s.104.
[712] Oğuz Sadık Aydos, a.g.e., s. 130.

borcundan kurtulur. Hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermesi yeterli olup, yapılan teşhis ve tedavinin sonuç itibarıyla başarılı olup olmamasının önemi yoktur. 713

Teşhis ve tedavi sözleşmesinde, hekim ile hasta arasındaki ilişki güven ilişkisidir. Eser sözleşmesinden farklı olarak bu tür sözleşmelerde, hekim Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi 13. maddesine göre sözleşmeden dönebilir. 714Bu maddeye göre, " tabip ve diş tabibi, bilimsel gereklere uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi uygular". Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından sorumlu kılınmaz. Tıbbi prensip ve kurallara aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve diş tabibi, teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.

Eser sözleşmesinde, sözleşmeden dönme farklı düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinde yüklenici belli sebeplerin varlığı halinde, tazminat ödeyerek bu hakkını kullanabilir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri teslim yükümlülüğünün yanında ayıba karşı tekellüf borcu da vardır. Halbuki teşhis ve tedavi sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması mümkün değildir.715

Öğretide bir görüşe göre, hekimle hasta arasında, belli bir sonucun elde edilmesine yönelik tümörün, apandistin alınması, kangren olmuş bir organın kesilmesi ya da estetik ameliyatlara eser sözleşmesinin uygulanması mümkün olabilecektir.716 Bu tür müdahalelerde iş görmenin konusunu tek bir sonuç oluşturması sebebiyle eser sözleşmesinin benimsenebileceğini belirten bu görüşte isabet bulunmamaktadır. 717 Yine hamilelik öncesi ya da hamilelik sonrası gen analizleri yapılması için hekim ile hasta arasında yapılan sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu belirten görüşün718 isabet olduğu söylenemez.

---

713 Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 91
714 Nilgün Sarp, a.g.m., s. 47.
715 Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s.91.
716 Arif Barış Özbilen, a.g.e., s. 173.
717 Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 92.
718 Yusuf Özkul, *İstenmeden*, s. 140.

Gen analizinin hazırlanması, yalnızca ceninin görüntülenmesi gibi edimleri konu edinen sözleşmelerin eser sözleşmesini oluşturabileceği savunulmaktadır.719 Belirtilen bu görüşlere, eser sözleşmesinin sonuç vaad etme unsuru bulunmaması sebebiyle katılmak mümkün görülmemektedir. Anılan görüşlerde amaç unsurunun gözardı edildiği gerçektir. Zira bu türdeki tıbbi müdahalelerde sözleşmenin konusu hekimin belli bir sonucu yüklenmesi şeklinde ortaya çıkmakta ise de, sayılan örneklerde nihai amaç tedavidir.

3.3.4.3. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmenin Vekalet Sözleşmesi İle Karşılaştırılması

Vekalet sözleşmesi, vekilin sözleşme ile belirlenen işi görmeyi ya da işi yapmayı borçlandığı ve vekilin yerine getireceği edimin yasada düzenlenen başka bir sözleşmenin konusuna girmediği, buna karşılık ancak sözleşme ve teamül olan durumlarda vekilin ücrete hak kazandığı bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır.720 TBK'nun 502/1 maddesine göre vekalet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır. Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.

Bir sözleşmenin vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için, şu üç unsurun birlikte varlığı gerekmektedir. Bunlardan ilki, sözleşme konusunun bir iş görme edimini içermesi, ikincisi iş görmenin zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmemesi rizikosu taşımaksızın belli bir yönde yapılması, üçüncüsü ise tarafların herhangi bir şekille bağlanmaksızın açık ya da örtülü olarak bu konuda anlaşmalarıdır.721

Hasta ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi hekime, insan yaşamını koruma, aydınlatma, teşhis koyma, hastayı aydınlatma, tedavi etme, en uygun tedaviyi seçme, sadakat ve özen gösterme, tedaviyi kayda geçirme, sır saklama, hesap verme, acil durumlar dışında gerekirse hastayı uzmanına göndermek üzere tedaviyi

719 Yusuf Özkul, a.g.e., s. 46.
720 Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, a.g.e., s. 1120; Mustafa Alper Gümüş, a.g.e., s.116; Erzan Erzurumluoğlu, a.g.e., s. 168.
721 Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 93; Cevdet Yavuz, Faruk Acar, Burak Özen, a.g.m., s. 1121, Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, a.g.e., s.680.

üstlenmekten kaçınma ve mesleki bilgi geliştirme borcu yüklemektedir. Hekimlik sözleşmesinin hastaya yüklediği borçlar ise, ücret ödeme, bilgi ve belge verme, hekimin verdiği talimatlara uyma ve teşhise yönelik incelemelere uyma ve katlanma borçlarıdır[722]

Teşhis ve tedavi sözleşmelerinde, hekimin sonucu gerçekleştirmeye yönelik bir yükümlülüğü bulunmadığından dolayı, vekalet sözleşmesi olarak yapılan hukuksal niteleme yerinde gözükecektir.[723] Diğer taraftan eser sözleşmesinde yüklenicinin özel bir eğitim alması şart olmadığı gibi, iş gören yüklenicinin herhangi bir sıfatı haiz olması kesin kurallara bağlanmamıştır. Halbuki gen analizini yapan kişinin belirli nitelikleri taşıması sözleşmenin olmazsa olmaz koşuludur.

3.3.4.4. Gen İncelemesini Konu Edinen Sözleşmenin Hukuksal Niteliği ile İlgili Görüşlerin Değerlendirilmesi

Öğretide ağırlıklı olarak gen incelemesini de içinde barındıran teşhis ve tedavi sözleşmelerinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmenin içeriğindeki karşılıklı edimlerin niteliğine göre sözleşmenin hukuki niteliğini saptamak hukuka daha uygun olacaktır. Bu noktada gen incelemesi yapılması borcunu doğuran sözleşme ile tedavi sözleşmelerinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren düşüncede isabet bulunmamaktadır.[724] Çünkü ister gen incelemesini amaçlayan teşhis sözleşmelerinde, isterse tedavi sözleşmesinde amaç insanın sağlığının korunması olup, belli bir sonucun gerçekleştirilmesi aranmamaktadır.

Gen incelemesini konu edinen sözleşmeler, gen incelemesi yaptırmak isteyen kişi ile gen incelemesi yapacak kişi veya kurum arasında kurulacak sözleşmeye dayanmaktadır. Söz gelişi kanser olduğundan kuşkulanan kişinin, teşhis maksadıyla gen incelemesi yaptırması için, hasta ile hekim arasında bir sözleşme yapılmalıdır.

[722] Nurten Fidan, a.g.m., s.355; Nilgün Sarp, a.g.m., s. 46.
[723] İlhan Subaşı, a.g.e., s.109.
[724] Mevlüt Sarıkaya, a.g.e., s. 68.

Bu sözleşmenin niteliği tarafların irade beyanlarının yorumlanması[725] ve tarafların yükümlendiği edimlerin niteliği ile saptanacaktır.

Öğretide bir görüşe göre genetik tarama için kan analizi gibi testleri konu edinen sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak nitelendirmektedir.[726] Bu görüşe göre, eser sözleşmesinde, yüklenici iş sahibinin talep ettiği belirli bir sonucun meydana getirilmesini borçlanmakta, iş sahibi de bir bedel ödemek zorundadır. Yüklenicinin borçlandığı bu iş görme edimine de eser denilmektedir. Eser sözleşmesinin konusunu teşkil eden eserin maddi bir niteliğinin bulunması mümkün olduğu gibi, maddi niteliği bulunmayan bazı sonuçlarında eser olarak kabul edilmeleri mümkündür. Genetik tarama için incelemesi yapılmasına ilişkin sözleşmede, gen incelemelerinin hatasız yapılmasını ve ilgili kimseye belirli sonucun vaat edilmesini içermektedir. Bununla beraber gen incelemesinin sonuçlarının yazılı olarak hazırlanması durumunda ise maddi niteliği olan bir eserin bulunduğu, sonuçların yazılı olarak değil de sözlü olarak aktarılması durumunda ise maddi niteliği olmayan fikri bir eserin varlığı sonucuna varılmalıdır. Öğretide prenatal ve postnatal testlerin yapılmasını içeren sözleşmeler ile embriyo üzerinde bir takım analizlerin yapılmasına, embriyonun görüntülenmesine ve hamileliğin sona erdirilmesine ilişkin sözleşmenin de eser sözleşmesi olduğu ileri sürülmüştür.[727]

İnsan geni üzerindeki incelemelerinin nihai amacı, insan yararına olacak biçimde etik ve bilimsel kurallara uygun şekilde teşhis ve tedavi amacı güdülmektedir. Her ne kadar gen incelemesi için hekime başvuran kişi, belirli bir sonucu öğrenmek istemekteyse de, bu sözleşmenin amacı, kişinin nihai olarak teşhis ve tedavi amacıyla incelemeyi yaptırmasıdır. Tedavi amacı güden hekimlik sözleşmesinde sonucun garantilenmesi mümkün değildir.728 Tedavinin nasıl sonuçlanacağını dair hekim vaatte bulunamaz. Örneğin vekalet sözleşmesine dayanılarak, müvekkilinin aleyhinde açılan bir boşanma davası için bir savunma edimini üstlenen ve davada ileri süreceği iddia ve savunmaları hazırlayabilmek için müvekkiline ait bilgileri inceleyen avukat, yaptığı incelemeler için bir sonuç

[725] Ceren Damar, a.g.m., s. 108.
[726] Arif Barış Özbilen, "Kan Bağışı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* S. 22, İstanbul 2012, s.99; Mevlüt Sarıkaya, a.g.e., s.69
[727] Yusuf Özkul, İstenmeden, s.140.
[728] Gökhan Taneri, (2014). *Hasta Hakları*. Ankara : Bilge Yayınevi, s.59; Önder İlgili, a.g.e, s.49.

vaadinde bulunmadığına ulaşabiliriz. Aynı örneği hekim- hasta arasında yapılan teşhis ya da tedavi amaçlı gen incelemeleri için değiştirdiğimizde, aynı sonuca, yani aralarında bir sonuç vaadi bulunmadığını görebiliriz. Çünkü testin lehe ya da aleyhe olacağını taahhüt edemeyen hekim, sözleşmeyi ifa için gerekli özeni göstermekle borcundan kurtulur. Hekimin amacı gen incelemesi sonucunda hastalığın olup olmadığını vaad değildir, nihai amacı tedavidir. Teşhisin tedavisiz kalması olasıdır ancak teşhissiz tedavi olamaz. Bu nedenlerden dolayı gen üzerindeki incelemeleri konu edinen sözleşmelerin, asıl ve nihai amaçlarının teşhis ve tedavi olduğu için, vekalet akdini oluşturacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca hekimlik mesleğinin, ihtisas gerektirmesi nedeni ile hekimin sadakat ve özen yükümlülükleri altında olması, hekimliğin özel uzmanlık gerektirmesi, hekim ile hasta arasında güven ilişkisinin fevkalade ön planda olması da, teşhis ve tedavi sözleşmelerinin niteliklerinin, vekâlet sözleşmesiyle örtüştüğünü ortaya koymaktadır.[729] Kaldı ki, vekalet sözleşmelerindeki güven ilişkisi, diğer sözleşmelere göre daha yoğundur. Vekalet sözleşmesinde vekil ile vekalet veren arasındaki bu özel güven ilişkisi, vekilin vekaleti kişisel olarak yerine getirme, sadakat ve taraflara tanınan her zamanki fesih haklarında somutlaşır. [730]

Yargıtay bir kararında hamilelik sırasında takiple ilgili gen incelemesindeki özensizliğin üniversiteden seçilecek bir kurul tarafından rapor alınması ile taraflar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesine göre çözümlenmesi gerektiğini belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bu karara göre, doktor hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumunda gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak, uygulama sırasında özen borcunu sonuna kadar yerine getirmek zorundadır. Hastanın meslek mensubu doktordan özen, titizlik ve dikkati bekleme hakkı vardır.[731]

[729] Abdülkadir Yılmaz, a.g.e., s.25; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, a.g.e., s.685; Mustafa Dural, a.g.m., s.252.
[730] Mustafa Alper Gümüş, a.g.e., s.121; Murat Aydoğdu, Nalan Kahveci, a.g.e. s.680-682.
[731] Y. 13. H.D. 14.10.2008 T., 2008/5640 E., 2008/11835 Karar.

Hasta ile hekim arasında kurulan vekâlet sözleşmesi, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte artık bu Kanun hükümlerine tabidir.[732] Zira Kanun'un 3/l hükmüne göre tüketici işlemi *"Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya meslekî amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi"* ifade etmektedir. Ancak bu sözleşme ilişkisinin her halükârda ücret veya menfaat karşılığı olması gerekmektedir. Hükümde açıkça hekim ile hasta arasındaki sözleşmeden söz edilmemekle birlikte, kimler arasında olursa olsun vekalet ve eser sözleşmeleri de artık açıkça Kanun kapsamına alındığından ve hekim ile hasta arasındaki tedavi sözleşmesi de vekalet sözleşmesi niteliği taşıdığından, artık tedavi sözleşmeleri de 6502 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmelidir.[733] Hekim ile hasta arasında haksız fiilden veya vekaletsiz iş görmeden kaynaklanan sorumluluk yine genel hükümlere tâbi olup, sadece sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamındadır.[734] Yargıtay verdiği bir kararda bu hususa isabetle işaret etmiştir. Bu karara göre, " *davacı ile davalı arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi niteliğindedir ve 28.5.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı yasa kapsamına alınmış olup, 28.5.2014 tarihinden önce açılan davalarda, açıldığı tarihte görevli olan mahkemeler görevlidir. Nitekim bu husus 6502 sayılı yasanın geçici 1. maddesiyle çözüme bağlanmış durumdadır. Mahkemece, davanın 6502 sayılı yasanın yürürlüğe girmesinden sonra açıldığı ve bu bağlamda davaya bakmanın tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği gözetilerek işin esasına girilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken aksine düşüncelerle görevsizlik karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır*."[735]

Genleri incelenen kişinin, bu konuda özel sağlık kurumlarıyla ya da hekimle yapacağı sözleşmenin niteliğinin vekalet sözleşmesi olması sebebiyle, sözleşmede vekalet sözleşmesine özgü azil, istifa, ehliyetsizlik ölüm gibi sebeplerle sona erebileceği gibi, genel bir sona erme sebebi olan ifa ile de sözleşme sona erecektir.736 Ayrıca Hekimlik Meslek Etiği Kuralları 8. ve 25. maddelerinde, hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesinin sona erdirilmesi için özel bir hal

[732] Candaş İlgün, a.g.m., s.118
[733] Candaş İlgün, a.g.m., s.118.
[734] Hasan Petek, a.g.m., s.211.
[735] Y. 13. HD, 13/04/2016 T. 2015/41952 E., 2016/10356 K.
[736] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 139.

benimsenmiştir.737 Buna göre, vekilin iş görme borcunun kişisel niteliğinin ağırlığı, onun yeteneklerine ve ahlaki özelliklerine olan güven, müvekkilin iradesine ve menfaatine uygun olmadıkça, işin bizzat vekil tarafından yapılmasını ve kural olarak yardımcı kişilere başvurulmamasını gerektirir. Ancak hekim kendisini göreceği iş için yeterli derecede yetenekli bulmadığı veya hasta amaca elverişli olmayan yahut hekimin vicdanıyla ve mesleki etik kuralları ile bağdaşmayan talimatlarında ısrar ettiği anda derhal istifa edebilmelidir.[738]

Gen incelemesini yapan hekimin kamu hastanelerinde çalışması halinde, bu incelemelerin hatalı yapılmasından ya da etik ilkelere aykırılık oluşturması halinde dava idari mahkemelerde görülecektir. Bir kamu hastanesine başvuran hasta ile burada çalışan memur statüsündeki doktor arasındaki ilişki bir kamu hukuku ilişkisi olup, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanamaz.[739] Yargıtay Hukuk Genel Kurulu benzer bir olayda, *"davalının görevi dışında kalan kişisel kusuruna dayanılmadığına, dikkatsizlik ve tedbirsizliğe dayalı da olsa eylemin görev sırasında ve görevle ilgili olmasına ve hizmet kusuru niteliğinde bulunmasına göre, davada husumetin kamu görevlisine değil, idareye düştüğünü"* isabetle belirtmiştir. [740]

Hekim ile hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi olduğundan dolayı, zamanaşımı süresi beş yıldır. Zira 6098 sayılı TBK 147/5 maddesine göre, vekalet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda zamanaşımı beş yıl olarak belirtilmiştir. Yargıtay verdiği bir kararda özel hastane ile hasta arasındaki ilişkiyi hizmet sözleşmesi olarak adlandırarak zamanaşımını on yıl olarak belirtmiştir. 741 Yargıtay'ın bu kararı, hem hizmet sözleşmesinin hem de vekalet sözleşmesinin unsurlarına açık aykırılık oluşturmaktadır. Hizmet sözleşmesindeki bağımlılık ilişkisi ile işçinin, işverenin talimatlara uyma borcu unsurlarının somut olayda bulunmayışı bir yana, hekimlik sözleşmesinin iş gören tarafının belirli niteliklere sahip doktorlardan oluşması, hizmet sözleşmesinde ise böyle bir unsurun zorunlu olmaması sebebiyle bu karara katılmak mümkün değildir.

---

737 Nurten Fidan, "Hekimin Tıbbi Müdahaleleri Nedeniyle Sorumluluğu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.1 ,Y 1, S. 3, 2010, s.360.
738 Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s. 202.
739 Mustafa Alper Gümüş, a.g.e., s.116.
740 Y. H.G.K 01.02.2012 T., 2011/4 E., 2012/25 K.
741 Y. 13.H.D, 13.10.2015 T., 2014/ 36562 E., 2015/29888 K.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İNSAN GENİ İNCELEMELERİNİN ÖZELLİK ARZ ETTİĞİ HALLER

4.1. Genel Olarak

Tıp bilimi başta olmak üzere, yeni gelişmelerin yeni sorunları da beraberinde getirdiği bilimsel gelişmelerle anneliğin de doğal yörüngesinden uzaklaştığı söylenebilir. Yapay döllenme, embriyo nakli ve hatta kocaya ait olsun olmasın herhangi bir şekilde bağışlanmış veya satın alınmış spermle taşıyıcı annelik gibi yöntemler artmaktadır.[742] Kadınların (ya da ana ve babanın her ikisinin) yeni doğmuş bebeklerini, bulunmasını ve bakılmasını sağlayacak biçimde terk edebilmesi için kurulmuş bebek sandığı ile kadının kimliği hakkında bilgi vermeden hastane ortamında doğum yapması ve doğum sonrasında çocuğun ilgili kuruluşlar tarafından alınarak bakılması tarzında işleyen anonim doğum uygulamalarına Avrupa'da ve dünyanın bir çok ülkesinde bulunmaktadır. Anonim doğum ve bebek sandığı gibi uygulamalara Almanya, Fransa, Avusturya, Macaristan, Pakistan, Filipinler, Amerika Birlesik Devletleri ve Japonya gibi ülkelerde rastlanmaktadır.[743]

Bu çerçevede ortaya çıkan biyoetik sorunların ilki, sperm ve yumurta bankalarına yapılan bağışlardan dünyaya gelen çocukların genetik ebeveynlerine dair ne kapsamda bilgi alabileceklerine ilişkindir. Özellikle eşin bir kalıtımsal hastalığının bulunup bulunmadığının tespitinin gizli tutulmasına özen gösterilmelidir. Keza embriyo nakli için yapılan harcamaların kaynağı da açıklanmamalıdır. Embriyo nakli sebebiyle eşler hakkında tutulan kayıt ve belgeler de, yetkisiz kimselerin eline

[742] Fulya Erlüle, a.g.e., s. 212,213; Michael J. Sandel, a.g.e., s.136; Nagehan Gürbüz, a.g.e., 2014, s. 79; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e.,s.197.
[743] Özlem Tüzüner, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", *AÜHFD*, S. 6(4), 2013, s. 1153.

geçmemesi için hassasiyet gösterilerek korunmalıdır.[744] Bu uygulamalarda bugünkü genel kural, donörlerin kimliklerinin saklanmasıdır. Ancak türetilen çocuğun yetişkin olduğunda donörler, kardeşleri ve akrabaları hakkında bilgi sahibi olma hakkının bulunması fikri de kabul görmektedir. Esas mesele, böylesi bir durumda akrabalık ve aile ilişkilerinin bundan nasıl etkileneceğidir. Örneğin günün birinde genetik olarak kardeş olan kadın ve erkeğin bundan haberleri olmaksızın cinsel birliktelik kurmaları olası olaylardan biridir. Keza 'fakir' bir babanın genetik babası zengin çocuğunun miras hakkı, büyük hukuki sorunlar doğurabilir. [745]

Üreme teknolojilerinin bireysel otonomi ile ilgili olduğu bir diğer husus, dondurulmuş embriyolarını kendi isteklerine göre 'zamanı geldiğinde' aktive eden ebeveynlerin bu tercihinin bebeğin geleceğine dönük bir tahakküm olup olmadığı noktasında düğümlenmektedir.[746] Zira çiftlerin böyle bir teknolojiyle çok geç yaşta ana baba olmaları mümkündür. 72 yaşında anne olan Daljinder Kaun isimli Hindu kadın, bu tartışmanın en son örneğidir .[747]

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 14. maddesinde cinsiyet seçimi amacıyla yapay döllenme tekniklerinin kullanılması yasaklanmıştır. Bu maddeye göre, cinsiyetle ilgili ciddî bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni döllenme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır.

Doğacak bebeğin cinsiyeti, gebe bir kadında yaklaşık 9 ile 12. gebelik haftasında koryon villus örneklemesi ve 15 ile17. gebelik haftalarında amniyosentez yoluyla saptanabilir. Belirlenen cinsiyetin istenmemesi durumunda gebeliğin sonlandırılması mümkündür. Ancak bu uygulamalarda son derece önemli etik ve yasal sorunlar doğmaktadır. Bazı ülkelerde bebeğin cinsiyetini gebeliğin çok daha

---

[744] Murat Doğan, *"Embriyon Nakillerinde Mahremiyet Hakkı",* II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009,s. 164.
[745] Funda Çoban, "*Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar".* İnsan Hakları Ylığı, C. 34, 2016, s. 27.
[746] Bülent Gülekli, a.g.e., s.62.
[747] Funda Çoban, "*Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar".* İnsan Hakları Ylığı, C. 34, 2016, s. 28.

sonraki dönemlerinde saptanabilen yöntem bu amaçla kullanılabilmektedir. Çin'de 1995 yılının Ocak ayından başlayarak ile cinsiyet belirlenmesi yasaktır.[748]

4.2. Yapay Döllenmede Genetik İnceleme

4.2.1. Üreme Hakkı

Biyolojik insan hakları, insan vücuduna doğduğu günden başlayan saygı ile, insan onuru ekseninde dokunulmaz bir yaşam ve onurlu ölüme dek süren bir doğrultu çizmekte ve içinde doğal doğma hakkı, sağlık hakkı ve onur içinde ölme hakkını da barındırmaktadır. Biyolojik insan haklarının erkek ve kadın üzerinden ifadesi, doğuma ve üremeye ilişkin haklardır.[749] Üreme hakkı, evrensel insan hakları bağlamında bireylerin yapacakları çocukların sayısını ve zaman aralığını özgür iradeleriyle kararlaştırabilmeleri, bu konuda gerekli bilgilere sahip olarak sağlık hizmetlerine ulaşmalarıdır.[750] İnsan haklarının alt kümesi olan üreme hakkı, bir yönüyle çocuk sayısına ve aralığına karışmama gibi devletin müdahaleci olmamasını gerekli kıldığı gibi, öbür yandan da üreme ve cinsel sağlık hizmetleri gibi devlete görev yüklemektedir[751].

Üreme hakkının birden çok boyutları bulunmaktadır. Üreme haklarının bazı boyutları, yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi bireyin bedensel varlığına ve fikir alanına ilişkin "bireysel hak ve özgürlükler" ile bağlantılıdır. Üreme haklarının bazı boyutları da eğitim, sağlık, örgütlenme hakkı gibi "sosyal haklar" ile bağlantılıdır. Üreme haklarının bazı boyutları, bireylerin, çocukların sayısı ve aralığına karar vermelerine devlet tarafından güvence sağlanması istemlerini barındırır[752].

Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan[753] olan üreme hakkını kişinin, diğer kişilere ya da devlete karşı bir istem konusu olarak ileri sürmesi mümkün değildir.

---

[748] Berna Arda, Selmin Gölpınar, s. 89.
[749] Sultan Tahmazoğlu Uzeltürk, a.g.m., s. 161; Melike Belkıs Aydın, a.g.e., s.74.
[750] Emel Badur, a.g.e., s.179; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.200.
[751] Gizem Atik, "Yapay Döllenmenin Soybağına Etkisi", III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa 23-25 Nisan 2016), (Editörler: Hamit Hancı, Yener Ünver), Ankara 2016, s. 159.
[752] Recep Doğan, "Kadının Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürtme ve Düşürtme Suçları *"TBB Dergisi,* S. 127, Ankara, 2016, s. 78.
[753] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s.82.

Aynı şekilde üreme hakkının temel niteliği, kişinin vücut bütünlüğünün kendi biyololojik maddeleri üzerindeki mutlak tasarruf yetkisi ile sınırlıdır. Kişinin üremeye yarayan organ ve etkinliklerine müdahale hukuka aykırıdır. Kişinin rızası ile bu faaliyetlerine müdahale edilebilir. Zira kişinin hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı kişiliği kapsamındadır. Bu nedenle kişinin üreme hakkı saygı gösterilmesi gereken değerlerinden biridir.[754]

İnsan haklarına saygı göstermenin yanı sıra, devletin hakkı sadece kağıt üzerinde değil eylemsel olarak da bireylere teslim etmesini pozitif yükümlülük olarak düzenleyen[755] AİHS'nin 8. maddesine göre, herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

Genetik analizlerin, üreme amaçlı ve üremeye yardımcı tedavide kullanılmasına ilişkin hükümler içeren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik[756] , 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.[757]

4.2.2. Yapay Döllenme Kavramı

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları (ÜYTE) dar ve geniş anlamda ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda ÜYTE uygulamalarında, çiftlerin çocuk özlemini

[754] M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s.164; Arif Barış Özbilen, a.g.e., s. 87.
[755] Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.66.
[756] Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi.* Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s. 172.
[757] Meral Gürbüz, a.g.e., s. 130.

dindirmeyi amaçlayan tıbbi müdahaleler amaçlanmaktadır.758. Erkek ve kadın üreme hücrelerinin bir araya getirilerek kadının gebe kalmasının sağlanması aynı zamanda yapay döllenme olarak da adlandırılmaktadır759. Erkeğe ait spermin, bazı tıbbi metotlar kullanılarak kadının rahmine, döl yoluna ya da yumurta kanalına enjekte edilerek döllenmenin kadın vücudunda gerçekleştirilmesidir. Buradaki tıbbi yöntemler ile üremeye yardımcı tedavi uygulamaları kastedilmektedir760.

Dar anlamda yapay döllenme, erkek üreme hücrelerinin cinsel ilişki olmaksızın bazı tıbbi yöntemleriyle kadın üreme organına nakledilerek bu şekilde döllenmenin gerçekleştirilmesini sağlayan tıbbi müdahaledir. Geniş anlamda döllenme ise, cinsel münasebet olmadan erkek ve kadından alınan üreme hücrelerinin yapay yolla döllendirilmesidir.[761]

Döllenmede çocuk isteyen eşlerin üreme hücreleri kullanılabileceği gibi, sair şahıslara ait üreme hücrelerinin kullanılması da mümkündür. Başka bir ifadeyle, yapay döllenmede sadece sperm veya yumurta hücreleri başkasına ait olabileceği gibi, hem sperm hem de yumurta hücrelerinin başkalarına ait olması söz konusu olabilmektedir. Yapay döllenmede çocuk isteyen erkeğin spermleri yerine başka bir erkeğe ait spermler kullanılmış ise, sperm bağışından söz edilir.[762] Şayet çocuk isteyen kadının yumurta hücreleri yerine, başka bir kadının yumurta hücreleri yapay döllenmede kullanılmış ise, yumurta bağışı söz konusudur. [763]

Üreme hakkı bağlamında özel hayatın korunması özellikle yapay döllenme yöntemiyle çocuk sahibi olmakta önem arz etmektedir. Bu yöntemin gizliliği donörü, çocuğu ve ebeveynleri mahcubiyetten koruyacaktır. Yapay döllenmeyle dünyaya gelen çocuğun bilgi edinme hakkı ile spermi ya da yumurtası kullanılan ve kimliğinin anonimleşmesini isteyen bağışlayanın ya da taşıyıcı annenin özel

[758] Emel Badur, a.g.e., s. 188, Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi,* Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s.173.
[759] Emel Badur, a.g.e., s.187; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s.165; Fulya Erlüle, a.g.e. s. 214; Serap Helvacı, a.g.e., s. 86.
[760] Cemile Turgut, Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar, İstanbul 2016, s.4. Önder İlgili, a.g.e., s.56; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, a.g.e., s. 344.
[761] Seda Ergüneş, "Yapay Döllenme". *Sağlık Hukuku Makaleleri 2.* İstanbul 2012. s. 167.
[762] Müge Ürem, a.g.m., s. 94; Bülent Gülekli, a.g.e., s.61.
[763] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.195.

hayatının gizliliğinin korunmasını isteme hakkından hangi hakkın korunması gerektiği ayrı bir sorundur.[764]

Yapay döllenmeyle dünyaya gelen çocuğun biyolojik ebeveyni ile bağ kurması,kökeninin nereden ve kimden geldiğini öğrenmesi, kimliğinin oluşumunda ve gelişiminde psikolojik, sosyal ve ahlaki bakımdan büyük bir önem taşımaktadır. Ayrıca gen haritasının bilinmesi gereken bedensel ya da ruhsal kalıtsal bir hastalığın bulunup bulunmadığını öğrenmek de çocuğun biyolojik babasını öğrenme isteğini yaşamsal kılabilecektir. Çocuğun kendisiyle arasında evlenme yasağı bulunan biyolojik ana babasını ve kardeşlerinin kimliklerini öğrenmesi, soybağı karışıklığının önlenmesi bakımından da gereklidir.[765]

4.2.3. Yapay Döllenme Çeşitleri

Üreme hakkı, kişiye kaç kez ve kiminle üreyeceğini belirleme iradesini vermesinin yanı sıra, aynı zamanda üremenin evlilik içi, evlilik dışı ya da bekarlıktaki statüsüne göre prenatal testler yaptırmasını ve yapay döllenme tercihinde bulunabilmesini de içeren geniş bir alan sağlar. Doğal yolla gerçekleşmeyen üreme, bekarlara, homoseksüellere, evlilik statüsü içerisinde olsun ya da olmasın karşı cinsteki insanlara çocuk sahibi olabilme olanağını sağlar.[766] Yapay döllenme çeşitlerinin avantajları ve dezavantajları olduğu kadar, sebep olduğu etik ve hukuki sorunlar açısından da önemlidir. Taşıdığı bu önem sebebiyle yapay döllenme çeşitleri ayrıntılı biçimde incelenmiştir.

[764] Başak Baysal, "*Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı".* Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. Cilt : 1, İstanbul 2010,s. 497.
[765] Gamze Turan Başara, "*Çocuğun Biyolojik Ana – Babasını Öğrenme Hakkı",* Çankaya Üniversitesi Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu 10-11 Haziran 2016. (Yayına Hazırlayanlar : Emel Badur, Gamze Turan Başara), Ankara 2016, s. 265; Başak Baysal, a.g.m., s.496.
[766] Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.358.

4.2.3.1. Homolog Yapay Döllenme

4.2.3.1.1. Homolog Yapay Döllenme Kavramı

ÜYTE sağlık hizmeti sadece evli çiftlere sunulmaktadır.[767] Homolog döllenmede, evli çiftller arasında herhangi bir nedenle cinsel birleşmenin gerçekleşememesi halinde kocanın üreme hücreleri, tıbbi yöntemlerle alınarak eşinin üreme organına aktarılmakta ya da eşlerin üreme hücreleri dış ortamda döllendirilerek kadının rahmine enjekte edilmektedir.[768] Bu tür döllenme, kişilerin üreme yönünden var olan rahatsızlıklarının tedavi edilmesi ve ayrıca çocuk sahibi olmayan çiftlerin maruz kalabileceği psikolojk olumsuzlukların giderilmesi açısından hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak benimsenmektedir[769].

Evli çiftlerin kendilerine ait üreme hücrelerini kullanmaları zorunlu olduğundan, evlilik sözleşmesi olmaksızın birlikte yaşayan ve sadece çocuk sahibi olabilmek için yapay döllenme yapılmasına yönetmelik cevaz vermemektedir. Diğer taraftan, kocanın onayı olmaksızın uygulanan yapay döllenme, Türk TMK'un 24 ve TBK . 58. maddeleri gereğince " kişisel çıkarların ve kişisel hakların ihlali " durumu olarak benimsenmektedir. Ayrıca TMK'nun 130. maddesine göre ağır, onur kırıcı bir işlem " olarak kabul edilecek ve boşanma nedeni olabilecektir.[770]

Hukukumuzda heterolog döllenme, yani evli çiftler dışında üçüncü bir kişiye ait sperm ya da yumurta kullanılması olanak dışıdır[771]. Öğretide isabet bulunan bir görüşe[772] göre, evli olmayan kişilerden yazılı rızaya dayanarak, insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve aktarılmasına dair TMK 23/3 maddesine göre tanınan hakka yönetmelikle engel olunmaması gerekir. Gerçekten de, kanunlar arasındaki hiyerarşiye göre yönetmelik, kanuna aykırı olamaz. Kaldı ki, Anayasamızın 10. maddesinde yer alan " kanun önünde eşitlik ilkesi", 2. maddede yer alan devletin " … sosyal hukuk devleti" niteliğinin bir yansımasıdır. Hukuk

---

[767] Emel Badur, a.g.e., s.193; Nagehan Kırkbeşoğlu, *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları,* İstanbul: 2006,s.57.
[768] M. Onur Cin, *Tıp Etiği ve Cezai Sorumluluk.* Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, 2004, s. 189, Seda Ergüneş, a.g.m. s. 171.
[769] Turgut Cemile, a.g.e., s.27.
[770] Sevtap Metin, a.g.e., s.481.
[771] Turgut Cemile, a.g.e., s.37. Seda Ergüneş, a.g.m., s. 170.
[772] Badur Emel, a.g.e., s.196.

devletinde, aynı koşulları taşıyan kişiler yasa önünde eşittir. Nasıl ki evli çiftler üreme hakkına sahip ise, bekar çiftlerin de anne baba olma hakları vardır.

Döllenme yasağı aynı zamanda Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nde vurgulanan evrensel ve genel nitelik taşıyan " ayrımcılık yasağı ilkesi" ile de çelişmektedir. Yumurta, sperm ve embriyo bağışı ya da taşıyıcı annelik gibi çocuk özlemini dindirici insan onuru ile bağdaşan uygulamaların, anne ve baba adaylarının açık yazılı rızasıyla sağlanabilmesi, kişilerin medeni haline göre yapılan ayrımcılığa da son verecektir. Yönetmelikteki yasağın katı biçimde uygulanması sağlık turizminin[773] bir türevi olan üreme turizmini de tetikleyecektir.

4.2.3.1.2. Homolog Yapay Döllenmede Soybağı

Homolog döllenme, evli eşlerin üreme hücrelerinin yapay yolla döllendirilmesi olarak ifade edilebilir. Burada önemli olan evli çiftlerin sperm ve yumurtalarının kullanılmasıdır. Eşler arasındaki yapay döllenmede soybağı, evlilik birliği içinde doğan çocuğun soybağı gibidir. Zira burada evlilik içinde karı kocanın normal yollardan doğan çocukları ile eşlerin homolog yapay döllenmesi ile dünyaya gelen çocuklar aynı hükümlere tabidir. Yapay döllenmede sperm anne rahmine yapay yolla nakledilmekte ya da sperm ve yumurta laboratuvar ortamında döllendirilerek anne rahmine konulmaktadır.[774]

Evlilik birliği süresince eşlerin üreme hücreleri kullanılarak doğan çocuğun soybağı TMK'nun 285. maddesinde düzenlenmiştir.[775] Mülga Kanunun 241. maddesini karşılayan bu maddede, çocuğu doğuran kadınla evli olan ya da evliliği sona ermiş bulunan kocanın çocukla olan soybağı düzenlenmiştir.[776] Bu maddeye göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar.

---

[773] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.271; Henk Have, a.g.e., s. 186; Bülent Gülekli, a.g.e., s.60.
[774] Yasemin Erol, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*, Ankara 2012, s. 156.
[775] Seda Ergüneş, a.g.m.,.s.172; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, a.g.e., s. 329.
[776] Ali İhsan Özuğur, *Kişi Hukuku-Velayet Vesayet- Soybağı.* 5. Baskı. Ankara 2016, s. 233; Yasemin Erol, a.g.e., s.157.

Kocadan habersizce spermlerin karısı tarafından kullanılmasında bile, TMK'nun 285 maddesi gereğince soy bağı reddolunamaz. Homolog yapay döllenmesinin tanımına uygun olarak, eşler arasında cinsel ilişki zaten yoktur. Çocuk evlilik birliği içinde kocanın spermi ile doğduğundan da kanun koyucunun aradığı koşul gerçekleşmiştir. Homolog yapay döllenmeyi gerçekleştiren hekim, kocanın aydınlatılmış onamını almadığı için hekime karşı tazminat davası açabilecektir. Kocanın karısına da haksız fiilden dolayı dava açma hakkı bulunmaktadır.[777]

Kocanın babalığı karinesine göre evlilik devam ettiği sürece ya da evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır şeklindeki karinenin çürütülmesi ancak soybağının reddi davası ile mümkündür. Bu konuda Yargıtay karar düzeltme incelemesi sonucunda vermiş olduğu kararda aynı görüştedir. [778] Bu karara göre, mahkemece yapılacak iş, doğumun sağlık kuruluşunda olup olmadığına ilişkin beyanına başvurulmak üzere annenin isticvap olunması ve buna ilişkin varsa doğum belgesinin istenerek dosyaya alınması, doğum sağlık kuruluşunda gerçekleşmiş ve evlilik dışı ise, bu halde nüfustaki doğum tarihinin tashihinin hukuken mümkün bulunmadığı gözetilerek, davanın esasının incelenmesi, aksi takdirde, çocuk adına kayyımı tarafından açılmış olan babalığa hüküm isteğinin içinde, başka erkekle soybağı ilişkisinin geçersiz kılınması (soy bağının reddi) isteği de mündemiç bulunduğundan, annenin boşandığı kocası dava dışı erkeğe de husumetin yöneltilmesi, göstermesi halinde bu kişinin delillerinin de toplanması, bu şahısla çocuğun genetik örneklemesinin de yaptırılması ve hasıl olacak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. " [779]

Spermin dondurulduktan yıllar sonra kullanılmasında da sonuç değişmeyecektir. Bir hastalığa yakalanan kişi tedavi öncesi spermlerin dondurulmasını sağlayarak ileride çocuk sahibi olma isteğini yerine getirebilecektir. Doğal olarak homolog döllenmede soybağı ve miras hukuku açısından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Burada TMK'nun soybağı ve miras hukukuna ilişkin hükümleri uygulanacaktır.

[777] Yasemin Erol, a.g.e., s.156.
[778] Ömer Uğur Gençcan, *Aile Hukuku*. Ankara 2011, s. 1204.
[779] Y., 2. H.D., 05.04.2010 T., 2010/ 3512 E., 2010 / 6547 K.

4.2.3.2. Heterolog (Türdeş Olmayan) Yapay Döllenme

4.2.3.2.1. Heterolog Yapay Döllenme Kavramı

Heterolog döllenme, evli bir kadına ait yumurta hücrelerinin kocası dışında bir erkeğin veya evli olmayan bir kadının yumurta hücrelerinin herhangi bir erkeğin spermi ile döllendirilmesidir . İlk olasılıkta gebe kalacak kadına enjekte edilen spermler kadının kocasının olmayacaktır, bu anlamda spermleri kullanılan erkeğin de bir başkasıyla evli olması mümkündür. Sperm bankaları ve taşıyıcı anneliğin alt türleri türdeş olmayan döllenmeye örneklerdir. Türdeş olmayan döllenme ile birden çok erkeğin spermlerinin karıştırılarak bir kadının döllenmesi yolu da olanaklıdır. Bu duruma karışık döllenme ya da sperm kokteyli adı verilir.[780]

Bu yönteme daha çok erkeğin çocuk yapma yeteneğine sahip olmadığı durumlarda başvurulmakla birlikte, evlenmeden ve cinsel ilişkiye girmeden çocuk sahibi olmak isteyen kadınlar için de tercih edilen bir yöntemdir. Bu uygulamalar, bekar kadın ve erkeklerin, heteroseksüel veya homoseksüel çiftlerin çocuk sahibi olabilmeleri gerçeğini ve buna bağlı etik sorunları da beraberinde getirmiştir.781

4.2.3.2.2**.** Heterolog Yapay Döllenme Yolları

4.2.3.2.2.1. Sperm Bağışı

4.2.3.2.2.1.1. Sperm Bağışı Kavramı

Sperm bağışı, evli kadının yumurtasının kocasından başka herhangi bir erkeğin spermi ile veya evli olmayan kadının yumurtasının herhangi bir erkeğin spermi ile yapay olarak döllendirilmesi yöntemidir.[782] Ağır oligoospermi, azoospermi, spinal kord travması, retrograd ejakülasyon, üriner sistemi etkileyen cerrahi girişimler, vazektomi, sitotoksik tedavi, multipl skleroz, testis tümörü, kraniofaringioma ve kronik nefropati gibi klinik durumlarda üremenin normal

[780] Yasemin Erol, a.g.e., s.25;Turgut Cemile, a.g.e., s.37.
[781] Fulya İlçin Gönenç, "*Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar".* Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, TBB Yayını, Ankara 2015, s. 68.
[782] Turgut Cemile, a.g.e., s.40,

yollarla oldukça zor olduğu ve sonraki yıllarda da bu şansın azaldığı hatta olanaksız hale geldiği bilinmektedir . Bu durumlarda ya da sperm parametrelerinin daha da bozulacağı klinik durumlarda, genetik materyalin aktarılmasını sağlayan spermin korunması için sperm, ovum, testiküler doku ve erken embriyoların dondurularak saklanması seçeneği ortaya çıkmaktadır. Dünyada yaygın olarak kullanılmaya başlanan sperm dondurma, çok sayıda klinik ve deneysel araştırmalar sonrasında daha da etkili olarak klinik pratikte yerini almıştır. Gelecekte sperm dondurma konusunda ortaya konulacak teknik ve hücre düzeyindeki yenilik ve gelişmelere paralel olarak spermlerin motilite, sayı, canlılık, akrozom reaksiyonu ve DNA gibi yapılar açısından minimal düzeyde etkilenmesinin sağlanmasıyla daha başarılı sonuçların alınacağı anlaşılmaktadır. [783] Sperm bağışçısı ile sperm bankası arasındaki sözleşme yüklemeli bir bağış sözleşmesidir. Bağışçının sperm bankasına sperm bağışlamasıyla yüklemeli bir bağışlama sözleşmesi yapılmıştır. Zira bağışçı, spermi, sperm bankasına, üreme tedavisinde kullanılması mükellefiyetini yükleyerek bağışlamaktadır. Sperm bankası, bu yükümlülüğü yerine getirmezse, bilimsel bir araştırmanın yürütülmesinde kullanır ya da, ticarî açıdan kazanç sağlamak amacıyla bir kozmetik şirketine satıp devrederse, yükümlülüğe aykırı hareket ettiğinden tazminat ödeme borcuna girecektir.[784]

Hukukumuza göre sperm bağışı yasaklanmıştır. ÜYTE Yönetmeliği'nin 17. maddesinde, herhangi bir sperm bağışı yapılmasını ya da evli çiftler dışında üremeye yardımcı tedavinin uygulanamayacağını açıkça belirtmiştir. Ayrıca yasağa uymayan merkezlerin süresiz kapatılacağı ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikalarının iptal edileceği de kesin olarak hükme bağlanmıştır.

Sperm bankasından sperm alınması ile kurulan aile hakkında " yumurtası benden, spermi kimden belli değil bir analık" tanımlaması, evlat edinmede ise" yumurta da sperm de başkasından" şeklinde gerçekleşmektedir. Ayrıca " annem babam kim?" sorusunun her iki durum için de geçerli olduğunu ileri sürmenin

[783] Sperm Dondurulması hakkında ayrıntılı bilgi için Bknz. Fikret Erdemir, "Sperm Dondurma ". Erkek Üreme Sağlığı, 2014, s.191-195.
[784] Arif Barış Özbilen, a.g.m., s.112; Bülent Gülekli, a.g.e., s.84.

hukukla bağdaşmadığı gibi, sosyolojik ve psikolojik sorunlara da sebep olacağını belirten görüşte isabet bulunmaktadır.[785]

Kocasının rızası olmadan başka bir erkeğin spermi ile yapılan yapay döllenme yöntemiyle oluşan gebelik, kocanın kişilik hakkının çiğnenmesi sonucunu doğurur. Bu gebeliğe dayalı olarak koca, zina sebebiyle boşanma davası açamaz. Zinanın oluşabilmesi için , evli eşin cinsel organı ile karşı cinsten yabancı kişi arasında fiili bir cinsel birleşme bulunmalıdır.[786] Bu durumda zina nedeniyle ayrıca ortak hayatın çekilmez olması unsuru aranmaz.[787] Kadın, başka bir erkekten ya da sperm bankasından aldığı spermle gebe kalıp doğurması halinde, TMK'nun 161. maddesinde aranan "..eşlerden biri zina ederse" koşulu gerçekleşmemiştir. Bu gerekçeye göre, kocanın rızası olmaksızın yabancı bir erkekten alınan spermle gerçekleştirilen yapay döllenme zina sebebiyle boşanma sebebi olarak kabul edilemez.

Öğretide bir görüş ise, kocanın rızasıyla yabancı bir erkekten alınan spermlerinin karısının rahmine transfer edilmesi durumunda, karının başka bir erkekten gebe kalması durumunun oluşacağı, bu durumun zina anlamına geleceğini iddia etmektedir.[788]

Onur, kişilik hakkını oluşturan değerlerdendir.[789] Kocanın rızası olmaksızın yabancı bir erkekten alınan spermle gerçekleştirilen yapay döllenme halinde, TMK 'nun 163. maddesinde yer alan haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle de boşanma davası açılamaz. Zira haysiyetsiz hayat sürmek; ayyaşlık, sefahat, kumarbazlık, onur kırıcı bir işle uğraşmak gibi sürekliliği gerektirir.[790] Oysa sperm bankasından ya da başka bir erkekten sağlanacak spermle gebe kalan ve çocuk doğuran kadının eylemi anlık hareket olup, süreklilik unsurunu içermez.

Bu husus TMK'nun 185. maddesinde düzenlenen eşlerin birbirine karşı olan sadakat yükümlülüğünün çiğnenmesidir. Bu madde ile sadakat yükümlülüğü,

[785] Gül Cengiz, a.g.m., s. 167; Emin Kansu, a.g.m., s. 188.
[786] Bilge Öztan, a.g.e., s.374.
[787] Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku,* Ankara 2016, s.118.
[788] Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, a.g.e., s. 345.
[789] Cahid Doğan, Şahsiyet, s.118.
[790] Bilge Öztan, a.g.e., s. 393.

sadece cinsel sadakati kapsamaz.[791] Sadakat yükümlülüğü, eşlerin karşılıklı olarak birbirlerinden gizli saklı iş yapmamalarını, yalan söylememelerini, dürüst davranmalarını da gerektirir. Bu nedenle yalan söyleme alışkanlığı gibi diğer eş karşısında güven sarsıcı eylemler ortak yaşamı çekilmez hale getirir. Bu nedenle koca, kimliği bilinsin ya da bilinmesin kendisinden başka bir erkeğin bağışladığı sperm ile hamile kalıp çocuk doğuran karısına karşı boşanma davası açabilecektir. [792]

Yargıtay verdiği bir kararda, evli kadının çocuklarının sperm bağışı ile doğurduğunu söylemesini evlilik birliğinin temelden sarsılması olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu karara göre, karının da kocasını istemediğini, ondan tiksindiğini, boşanmak istediğini, çocukların eşinden olmayıp, onları sperm bankasından yaptığını söylediği, kayın validesini evden kovduğu anlaşılması karşısında taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik olduğundan dolayı TMK'nun 166/1. maddesinde yer alan boşanma koşulları gerçekleşmiştir. [793]

4.2.3.2.2.1.2. Sperm Bağışında Soybağı

Bekar ya da dul olan bir kadının yumurtası ile herhangi bir erkeğin spermi, sperm bağışı ile yapay olarak döllendirilip kadının rahmine yerleştirildiğinde, çocuk ve kadın arasındaki soybağı doğumla kurulacaktır. Spermi veren erkek ile çocuk arasındaki soybağı tanıma ya da babalık hükmüyle kurulur.[794] Doğaldır ki, bu soybağı evlilik birliği olmaksızın kurulmuş olacaktır.

Evli bir kadının yumurtası ve yabancı bir erkeğin spermi, sperm bağışı ile yapay döllendirilip kadının rahmine konulduğunda kadın ile çocuk arasında soybağı hususunda genel kural uygulanır. Çocuğu doğuran kadın anne sayılır. Asıl sorun evli kadının kocası bakımından kaynaklanmaktadır. Bu durumda soybağının reddi gündeme gelebilecektir

Soybağının reddi davası açma hakkı, koca ve çocuğun yanı sıra, kocanın bu hakkını fiili imkansızlık nedeniyle kullanamaması durumunda, diğer ilgililere de

[791] Bilge Öztan, a.g.e., s.155.
[792] Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s.209.
[793] Y. 2. H.D. 07.05.2015 T., 2014/24032 E., 2015/9572 K.
[794] Turgut Cemile, a.g.e., s.43; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s. 383.

tanınmıştır. Koca soybağının reddi davasının süresi olan bir yıllık süre içinde ölürse ya da gaipliğine karar verilirse veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybederse, kocanın altsoyu, annesi, babası veya baba olduğunu ileri süren kişi durumu öğrenmelerinden itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davasını açabileceklerdir.[795]

4.2.3.2.2.1.3. Sperm Bağışçısının Kimliğinin Gizlenmesi ve Çocuğun Genetik Kökenini Öğrenme Hakkı

Kocadan başka bir erkeğin sperminin kullanarak yapay döllenme sonucunda doğan çocuk biyolojik baba ilgili kökenini öğrenme hakkına sahip olabilecektir. Ülkemizde ÜYTE'ye göre sadece çocuk sahibi olamayan evli çiftler bu yönteme başvurabileceğinden ve sadece kendilerine ait üreme hücrelerine kullanabileceğinden üçüncü kişilerce sperm bağışı mümkün değildir. Ancak mevzuata buna uygun başka bir ülkeden sperm bağışı yoluyla yapay döllenme gerçekleşmişse çocuğun kökenini öğrenme hakkı doğar. Sperm bağışı yoluyla yapılan döllenme ülkemizin dışında gerçekleşeceği için yabancılık unsurunun da göz önüne alınması gerekir. [796]

Çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkı, sperm bağışı ile yapay döllenmeden doğan çocukların durumunda söz konusudur. Sperm bağışçısı ile çocuğun genetik geçmişini öğrenmedeki menfaati karşılaştırıldığında, sperm bağışçısının kişilik hakkının bir kısmı olan anonim kalma hakkı ile korunan çıkarının karşısında çocuğun genetik geçmişini öğrenmedeki menfaati tartıma girecektir. Hangisinin hakkına üstünlük sağlanmalı sorunun çözümünde, menfaatler durumu değerlendirilirken her olasılığı tek kurala bağlamak yani şematik bir çözümü benimsemek doğru olmayacaktır. Bunun yerine somut olay temelinde[797]sorunun çözümünü öneren görüşte isabet bulunmaktadır. Bu ilkelerin başında "çocuğun üstün yararı", "çocuk yararının önceliği " ilkesi gelir.

Öğretide savunulan bir görüşe göre, aksine davranışının İcra İflas Kanunun 343. maddesi gereğince para ve hapis cezalarının uygulanmasını gerektireceğinin bildirilmesi suretiyle, hekimin genetik malzemeyi veren erkeğin kimliğini bildirmeye

[795] Cemile Turgut, a.g.e., s.48.
[796] Başak Baysal, a.g.m., s. 522.
[797] Başak Baysal, a.g.m., s. 498

zorlanabileceği belirtilmiştir.[798] Bu görüşte isabet bulunmamaktadır. Zira, Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmayan TMK'nun 286. maddesi uyarınca, soybağının reddi isteminde[799] bulunan çocuk kimlik hakkını ve soybağını ret etme hakkını kullanmaya karar verdiğinden dolayı, sperm bağışçısının kimliği gizli tutulamayacaktır. Çocuğa soybağının reddi davasını açma hakkı ile genetik kökenini öğrenme hakkını da kullanabileceği yolu var olmasına rağmen, hekimi hapis ve para cezaları ile tehdit etmek yerinde değildir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararında anonim bağışlanan sperm ile döllenerek dünyaya gelen çocuğun sperm bağışçısı hakkında genetik kökeninin öğrenme yönündeki bilgi talebi ile ilgili hususlar ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Kararda sperm bağışlayıcısı ile döllenme sonucu doğan çocuğun üstün yararı öncelikli görülmüştür. Bu karara göre, heterolog döllenen çocuk, yapay döllenmeyi yapan hekime karşı iyiniyet kurallarına aykırı olmamak üzere sperm bağışçısının kimliği hakkında bilgi sahibi olmayı talep edebilir. Bu talep hakkının özel hukuksal dayanağı, çocuğun korunması hukuksal etkisini de içeren tedavi sözleşmesidir. Yargı uygulamasının geliştirdiği ve sözleşmelerin yorumunda kullanılan üçüncü kişi lehine koruma etkisi kuralı, ebeveynle sözleşme yapan hekime çocuk karşısında çocuğa bilgi verme yükümlülüğünü de yüklemektedir. Bunun gibi yapay döllenmeyle ilgili bir çok yükümlülük esasında çocuğun korunmasına hizmet eder. Çocuğun spermi ile döllendiği bağışçının kimliğini öğrenmek istemesi de bu kapsamda korunan bir haktır. Bu olayda sperm bağışçısının kişilik hakları ile çocuğun bilgilenme hakkı karşı karşıya gelse de, bu tartımda sperm bağışçısının ekonomik yararları dikkate alınmaz. Döllenmede kullanılan spermlerin bağışçılarının çok sayıda olması, bu açıklamaları değiştirmemektedir. Bu durum biyolojik babanın saptanmasını zorlaştırsa da çocuk, sperm bağışçısını öğrenme hakkına sahiptir.[800]

Çocuğun genetik kökenini öğrenme hakkını, TMK'nda düzenlenen soybağının reddi davasını açmak suretiyle öğrenmesinin yanı sıra Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesine dayanarak da kullanabilecektir. Devletimiz bu uluslararası sözleşmeye taraf olduğu için iç hukuk kuralı haline gelen

---

[798] Rona Serozan, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 2005, s.522.
[799] Tufan Öğüz, *"Türk Medeni Kanunu'nun Soybağına İlişkin Hükümleri Hakkında Değerlendirme"*. Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan. Cilt : II, İstanbul 2010, s. 1418.
800 BGH 28.01.2015 – Dosya No: XII ZR 201/13. nakleden Yener Ünver, a.g.m., s. 293.

bu üst norm, çocuğun genetik kökenini öğrenmesine yeterli hukuksal dayanak oluşturacaktır. Bu maddeye göre, çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.

Evlilik içi doğmuş ancak biyolojik babası annesinin kocasından başka birisi olan çocuğun, evlilik zaman zarfında gerçekleşmiş doğumla kurulan annesinin kocası ile arasındaki hukuksal soybağına itirazı olmasa bile, çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince genetik kökenini öğrenme hakkına sahip olduğunu ileri süren görüşte isabet bulunmaktadır.801 Örneğin, kocanın rızası ile heterolog döllenme yoluyla doğan bir çocuğun hukuken kurulmuş soybağına kişisel sebeplerle kendisinin de ebeveynlerinin de itirazı olmayabilir. Ancak çocuk özellikle sperm bağışı durumunda genetik kökenine ilişkin bilgilere üstün menfaati olduğu için erişebilir.

4.2.3.2.2.2. Yumurta Bağışı

4.2.3.2.2.2.1. Yumurta Bağışı Kavramı

Yumurta bağışı, doğurabilen kadından geleneksel tüp bebek tedavilerinde olduğu gibi yumurta hücresi elde edilerek, bu yumurtaların, başka bir kadın için kullanılmasıdır. Bu ihtimalde, verici kadından elde edilen yumurtalar alıcı kadının kocasının spermleri ile döllendikten sonra alıcı kadının rahmine transfer edilir. Bu yola genellikle yumurtalıkların işlevini gerçekleştiremediği durumlarda başvurulur. Bu uygulamadan sonra doğacak olan çocuk, genetik olarak babasının özelliklerini taşıdığı halde, onu doğuran kadının genetik özelliklerine sahip olmayacaktır.[802] Ülkemizde yapay döllenmeye ilişkin tek hukuki düzenleme olan "Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği"'nde, sadece evli kişilere ait üreme hücrelerle yapay döllenmenin gerçekleştirilmesine izin verilmektedir.

Kadının yumurtalıklarından birinin işlevini yerine getirememesi, buna karşın döl yatağının doğurma yetisine sahip olması durumunda yumurta bağışı ile döllenme

[801] Başak Baysal, a.g.m., s. 525; Aydın, Melike Belkıs, a.g.e., s.117.
[802] Cemile Turgut, a.g.e., 56.

gerçekleştirilebilir. Bu durumda, çocuğu taşıyacak olan ve istemde bulunan anne, doğuracağı çocuğun genetik olarak annesi olmayacaktır. Çünkü iletilen yumurtalar, yumurtalıkları işlevini yerine getiren bir kadından temin edilecektir. [803]

Hukukumuzda taşıyıcı annelik yasaklanmış olduğundan, yumurta bağışı da öncelikle yasaktır. Bu yasak hukuka ve yaşam deneyimlerine uygundur. Heterolog döllenme , hem anne baba hem de çocuk açısından çok boyutlu psikolojik sorunlara sebebiyet vermektedir. Ancak bu yasağa rağmen yapay döllenmenin gerçekleştirildiği bir durumda ortaya çıkabilecek soybağı problemlerinin çözümlenmesi zorunludur. [804]Burada hukuk sistemlerinin çözüm bulması gereken temel soru; çocuğu doğuran biyolojik anne ile genetik annenin ayrıldığı bir durumda hukuki açıdan hangi tür anneliğe üstünlük tanınması gerektiğidir.

Ülkemizde karşılaşılan bir durum da, doğuran kadın yerine, ısmarlayan kadın adına hastaneye kimlik bildiriminde bulunulması ve sanki o doğurmuş gibi çocuğun onun ve kocasının nüfusuna kaydettirilmesi olgusudur. Bu hukuka ve gerçekliğe aykırılık iki yöntemle düzeltilir. Birincisi,karı ya da kocanın yasal mirasçılarının ya da her ilgilinin ihbarı ile Cumhuriyet Savcısı, nüfus kayıtlarının düzeltilmesi davası açabilir. İkincisi de, ısmarlayan kadın ile kocasının ayrı ayrı cezalandırılmaları için açılacak kamu davasıdır[805]. TCK'nun 231. maddesinde düzenlenen " çocuğun soybağını değiştirme " başlıklı maddesine göre, bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan 3 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

4.2.3.2.2.2.2. Yumurta Bağışında Soybağı

Hukukumuzda kocanın spermi ile anne adayının yumurtasının (evli çiftlere ait üreme hücrelerinin) birleştirilerek döllenmesiyle oluşan embriyonun, döllenen yumurtanın sahibi olan kadının dışında başka bir kadının döl yatağına yerleştirilmesi, başka bir ifade ile taşıyıcı annelik yasaktır. [806]Bu tür taşıyıcı annelikte, çocuk sahibi olmak isteyen kadının yumurtası ile eşinin sperminin vitro fertil yöntemiyle

[803] Cemile Turgut, a.g.e., 56.
[804] Seda Ergüneş, a.g.m., s. 173.
[805] Şükran Şipka, *Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar*, 2007. http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm; http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7788 .
[806] Müge Ürem, a.g.m., s. 98.

döllendirilerek taşıyıcı annenin rahmine yerleştirildiği için, taşıyıcı olan kadın ile doğacak çocuk arasında genetik bağlantı bulunmamaktadır. Ancak yumurta da taşıyıcı anneden alınmış ise, başka bir ifade ile yumurtayı veren kadın ile çocuğu doğuran taşıyıcı kadın aynıdır ve çocuk ile genetik bağı vardır. Üçüncü kişilere ait yumurta ve spermin kullanılarak, taşıyıcı anneden yararlanılması da mümkündür. Üremenin üç temel unsuru (sperm, yumurta, rahim) farklı döllenme kombinasyonları ile farklı taşıyıcı annelik türlerini de mümkün kılmaktadır.807 Yumurta bağışı taşıyıcı annelik uygulamalarının başka bir yolu olarak da değerlendirilebilir. Bu nedenle 2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 18/5 maddesinde yumurta bağışı da yasaklanmıştır. Bu maddeye göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez.

Yumurta bağışındaki soybağı tartışmaları, ABD'nde birbirinden farklı çözüm önerilerini destekleyen görüşler doğrultusunda hararetli biçimde yapılmaktadır. Bu öneriler çift annelik, annesizlik, her bir olaya göre, amaca göre, çocuğun menfaatine göre, doğum çözümü ve genetik çözüm olarak yediye ayrılmaktadır. TMK'nun 282/ 1. maddesinde yer alan, "çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur " prensibi ana kuraldır. Buna göre, soybağının çocuğu doğuran kadın tarafından reddi olanaksızdır.808 Bu nedenle yumurtası kullanılan ya da genetik annenin çocuğu tanımasına hukuk düzeni cevaz vermemektedir. Çocuğun genetik annesi ancak

807 Fulya İlçin Gönenç, a.g.m., s. 70.
808 Ömer Uğur Gençcan, a.g.e., s.1003; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s. 513; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, a.g.e., s. 327.

evlatlık yoluyla çocuk özlemini dindirebilir. Spermleri kendisine ait olan koca da soybağını red etme hakkına sahip değildir. 809

4.2.3.2.2.3. Embriyo Bağışı

4.2.3.2.2.3.1. Embriyo Bağışı Kavramı

Sperm bağışı ile yumurta bağışı bir aradaysa, başka bir ifadeyle döllenmede kullanılan üreme hücrelerinden ne sperm ne de yumurta hücreleri çocuğu isteyen çifte aitse, ortada embriyo bağışı vardır. Yabancı bir erkeğin ya da kocanın spermi ile yabancı bir kadının yumurtasının laboratuvar ortamında veya yabancı kadının rahminde döllendirilmesi ve belirli bir gelişimden sonra annenin rahmine yerleştirilmesi işlemi embriyo bağışıdır.[810]

Embriyo bağışı ile gerçekleştirilen döllenmeler, in vivo (canlı içinde) ya da in vitro (tüp içinde) olarak iki yöntemle yapılabilir. Bu iki tür döllenme, hem homolog hem de heterolog döllenmeler için kullanılabilen tekniklerdir. Her iki teknik ile yapılan embriyo nakillerinde kullanılan sperm ve yumurtalar, evli çiftlerin kendilerine ait olabileceği gibi yabancı kişilerden de temin edilip doğuracak kadının rahmine yerleştirilebilir.[811]

4.2.3.2.2.3.2. Birden Fazla Embriyo Transferi

ÜYTE Yönetmeliği sadece evli çiftlerin üreme hücrelerinin döllendirilmesi ile oluşan embriyonun transferini hukuka uygun görmektedir. Ayrıca kadının rahmine transfer edilecek embriyo sayısı da sınırlanmıştır. Yönetmeliğin 17 No'lu Eki'nde birden fazla embriyonun transferinin gerçekleşebilmesi için, 35 yaşına kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerindeki uygulamalarda en fazla iki embriyonun aktarılabileceği belirtilmiştir.[812]

---

[809] İsmail Aytaç, "Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi", *Adalet Dergisi*, S. 11, Ankara 2002, s. 184.
[810] Cemile Turgut, a.g.e.. s.62.
[811] Cemile Turgut, a.g.e., s.62.
[812] Cemile Turgut, a.g.e., s.66.

Yerel Mahkeme tarafından soybağının tespiti ile ilgili bir davada vesayet makamının soybağı ile ilgili karar alma ve delil değerlendirme yetkisi bulunmadığından müdahil tarafın iddialarının asıl davayı gören mahkemece değerlendirilmesinin gerektiği, bu nedenle küçüğe kayyım atanmasına dair kararı Y. embriyo transferi yoluyla çocuk sahibi olmanın babalığa etkisinin açılabilecek soybağının reddi davası içinde değerlendirilebileceği gerekçesi ile onamıştır. [813]

4.2.3.2.2.3.3. Üreme Hücreleri, Gonad Dokuları ve Embriyoların Dondurularak Saklanması

ÜYTE Yönetmeliği'nin 20. maddesinde, tıbbi zorunluluklar dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasının yasak olduğu belirtilmiştir.[814] Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre erkeklerde hangi hallerde tıbbi zorunluluk koşulunun gerçekleşmiş sayılacağı "numerus clauses " yoluyla birer birer sayılmıştır. Bu haller şunlardır;

- Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde,
- Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,
- Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde,
- Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumudur.

Yönetmeliğin 20/ 3 maddesinde de kadınlarda üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbi zorunluluk halleri sınırlayıcı sayımla belirtilmiştir. Bu haller :

- Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde,
- Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlar (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde,

[813] Y. 2.H. D. 27.09.2011 T. 2010/21723 E., 2011/14142 K.
[814] Emel Badur, a.g.e., s. 200.

- Düşük over rezervi olup henüz doğurmamış veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesinin üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi durumudur.

Yönetmelikte üreme hücresi ve gonad dokusu saklanması serbestisine izin verilen tıbbi zorunluluk hallerinin hem erkekler hem de kadınlar yönünden ayrı ayrı ve sınırlayıcı biçimde sayılması konuya verilen önemi göstermektedir. Ancak bu düzenlemenin yönetmelik yerine kanunla yapılması yerinde olacaktır.

4.2.3.2.3. Heterolog Döllenmede Soybağı

Heterolog döllenme yöntemi ülkemizde yasaktır. ÜYTE'nin 18. maddesine göre aralarında evli çiftlerin kendi aralarındaki döllenme haricinde başka kişilere ait sperm, yumurta ve embriyo kullanılması suretiyle çocuk dünyaya getirilmesi yasaklanmıştır. Ancak kocanın kısır olması ve karısının da başka bir erkekten temin olunan sperm vasıtasıyla gebe kalması halinde, doğan çocuğun ana babası, TMK'nun 285. maddesine göre çocuk evlilik içerisinde doğmuş olacağından hem anaya hem babaya karşı soybağı doğum ile kurulmuş olacaktır.[815]

4.2.4. Yapay Döllenmede Genetik İncelemenin Hukuki Sonuçları

Türk hukukunda, ÜYTE'nin 18. maddesine göre eşlere sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılacağı belirtilmiştir ve herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaklanmıştır.[816]

AİHM in vitro fertilizasyon amacıyla sperm ve yumurta bağışının iç hukukta yasaklanmasını sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Ancak Mahkeme aynı kararda, söz konusu alandaki hızlı bilimsel ve hukuki gelişmeler karşısında üye devletleri "sürekli bir denetleme yapmaya" da çağırmaktadır.[817] Bu kararda, yumurta hücresi bağışı ve sperm bağışında ahlaki değer yargıları ve toplumsal kabule ilişkin oluşan kaygıların

[815] Yasemin Erol, a.g.e., s. 164.
[816] Berna Özpınar, a.g.m., s.431; Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.186.
[817] Uzeltürk, Sultan Tahmazoğlu, a.g.m., s. 178.

ciddiye alınması gerektiğini belirtmektedir. Ancak , bu kaygıların tek başına yumurta hücresi bağışının ve sperm bağışının tamamen yasaklanması için yeterli olamayacağını da vurgulamıştır. Devletlerin bu alandaki takdir yetkileri yapılan yasanın tutarlı olması ve çeşitli meşru amaçları tatmin etmesi bağlamında sınırsız değildir."[818]

4.3. Taşıyıcı Annelikte Genetik İnceleme

Bilim ve tıp dünyasındaki hızlı ilerlemeler , insanlığın çoğu sorunlarına olduğu gibi kısırlığa da çözüm getirmiştir. Annelik duygusunu tatmak isteyen kadının, doğal yollarla döllenemeyen yumurtasının, baba adayı veya üçüncü bir kişinin spermi ile döllenmesi yoluyla oluşan embriyo, anne adayının rahimine implante edilmiştir. Bu yöntemle kısırlık teknik olarak ortadan kaldırılmasa bile sonuçları belirli bir ölçüye kadar azaltılmıştır. Bebek sahibi olmak isteyen kadının sadece üreme yetisini değil veya üreme yetisini kaybetmemiş olmakla beraber doğurma yetisini kaybetmiş olduğu hallerde taşıyıcı anneler bulunmuştur. Doğuran kadının anne olduğu anlamına gelen *mater semper certa est* - anne her zaman bellidir prensibinin kesinliği sarsılmaya başlamıştır.[819]

Hindistan'da yapılan taşıyıcı annelik uygulamalarında, taşıyıcının bu 'görevi' belli ücretlerle yaptığı görülmektedir. Bu ülkede kadınların yüzde yetmişi ev almak için taşıyıcı anne olmayı kabul etmektedir. Büyük bir endüstri haline gelen taşıyıcı annelik[820] için "Hindistan'a gelmenize bile gerek yok, sperminizi gönderin çocuğunuzu alın" sloganını kullanan reklamların oluşturduğu piyasada 50.000 ila 100.000 dolara uygulamalar söz konusudur. Keza Kıbrıs'ta kadınlar yumurtalarını birkaç bin dolara yumurta bankalarına satmaktadırlar.[821]

---

[818] AİHM'nin S.H. ve diğerleri/Avusturya - 57813/00, Karar 3.11.2011. nakleden Uzeltürk, Sultan Tahmazoğlu , a.g.m s. 178.
[819] Hazal Çalışkan Ungan, a.g.m, s. 490.
[820] Sevtap Metin, "Yörüngesinden Çıkan Tabiat:Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik", *Sağlık Hukuku Makaleleri II*, İstanbul 2012, s. 40.
[821] Funda Çoban, "*Tıp ve Hukukun Buluşma Noktasında Biyoetik Tartışmalar".* İnsan Hakları Ylığı, C. 34, 2016, s. 37.

4.3.1. Taşıyıcı Annelik Kavramı

Taşıyıcı anneye evli kadının kısırlığı, bedensel yapısının doğum yapmaya elverişli olmaması, ırk farklılığı, dini nedenler, genetik bir hastalığının bulunması veya mesleki etkinliği nedeniyle çocuk doğurmasının mümkün bulunmaması nedenleriyle başvurulmaktadır. Ayrıca, erkek eşcinsellerin[822] çocuk sahibi olmak istemeleri ya da evli olmayan bir erkeğin, çocuk sahibi olmayı istemesi hâlinde de bu yola başvurduğu gözlemlenmektedir.[823]

Annelik duygusunu tatmak isteyen kadının yumurtasının olmaması durumunda, taşıyıcı annenin ya da yumurta bağışı ile verilecek yumurtanın alınıp döllenmesi sağlanır. Çocuk sahibi olmak isteyen kadının üreme hücresinin olmamasıyla beraber kocanın da üreme hücresinin bulunmadığı kimi durumlarda sperm ve yumurta bağışı ile elde edilecek üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında döllenmesi ve taşıyıcı annenin rahmine embriyonun transferi söz konusudur. Bebek, taşıyıcı annenin vücudundaki besinleri, oksijenleri kullanır; temel besin maddelerini anneden alır. Bebek anne karnında olduğu sürece annenin içinde bulunduğu psikolojik ortamdan etkilenir. Ayrıca annenin AIDS, hepatit ve rubella gibi bazı viral hastalıkları da çocuğa geçer.[824] AIDS gibi riskli ve kamuoyunda kişinin manevi değerlerini rencide edebilecek bir hastalığın tedavisinde kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi, mahremiyet kuralına ve sır saklama yükümlülüğüne uyulması[825], hekim yönünden tedaviyi reddetme seçeneğinin kişiye sağlanması ve HIV taramasında hastanın bilgilendirilmesi ve gelişmiş bir laboratuvar düzeninin kurulması gereklidir.[826]

---

[822] "...AİHM, Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında eşcinsel birliktelikleri hukuken tanıma yönünde artan bir eğilim olmasına rağmen, bu konuda henüz yeterli bir ortak temel görmediği için devletlerin takdir marjlarının geniş olduğunu belirtmiştir..... Avrupa Konseyi üyesi devletlerden on üç tanesi eşcinsel birlikteliği evlilik, yirmi iki üye devlet ise farklı bir medeni birliktelik olarak tanımaktadır." Abdulkadir Pekel, a.g.e., s.108-109.

[823] Yasemin Erol, a.g.e., s.61.

[824] Şükran Şıpka, Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm.

[825] Murat Volkan Dülger, "Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Cilt:1, S.2, İstanbul 2014, s.59. Hayrunnisa Özdemir, Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.XIV, S.1, Ankara 2010, s.140.

[826] Köksal Bayraktar, a.g.m., s. 28.

Herhangi bir nedenden dolayı çocuk doğuramayan ya da çocuk doğurması durumunda çeşitli sağlık noksanlıklarına uğrayacağı öngörülen bir kadının çocuğunu, onun yerine karnında taşıyan kadına taşıyıcı anne, söz konusu edime de taşıyıcı annelik denir.[827] Avrupa Konseyi ise taşıyıcı anneyi, başka bir kimsenin istemi üzerine hamilelikten önce buna razı olarak çocuğu taşıyan ve doğumdan sonra istem sahibi bu kimseye teslim eden kadın olanak tanımlamıştır.

4.3.2. Taşıyıcı Annelik ve Soybağı Sorunu

Taşıyıcı annelik başlıca üç türe ayrılmıştır. Birinci tür taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anne çocuğun genetik annesi değildir, çocuğu yalnızca doğurmak üzere döl yatağında taşımaktadır. Bu duruma tam ya da genetik olmayan taşıyıcı annelik denmektedir. Bu tür taşıyıcı annelik "ödünç" ve "kiralık" annelik olarak ikiye ayrılmaktadır. Eğer çocuğu taşıma işi bir kazanım karşılığı yapılıyorsa kiralık ya da ticari annelik; bir kazanım karşılığında yapılmıyorsa ödünç ya da özgecil annelik söz konusudur.[828]

Öğretide bir görüşe göre, özgecil taşıyıcı annelik, yakın aile ferleri arasındaki böbrek bağışına benzetilmektedir. Çocuk sahibi olamayan kız kardeşine geçici olarak rahmini kiralamak ve ona yardım için gebe kalmak, kız kardeşine böbreğini bağışlamak ile eşdeğerdir. Ancak kadın akraba, taşıyıcı anne olmak için hissi bakımdan manipüle edilerek bu özveriye zorlanabilir ya da kısır olmadığı ve hamile kalabildiği için kendini suçlu duyumsayabilir.829

İkinci tür taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anne çocuğun aynı zamanda genetik annesidir. Taşıyıcı annenin yumurtaları ile çocuk sahibi olmak isteyen kadının partnerinin spermleri döllenerek elde edilen embriyo taşıyıcı annenin dölyatağına nakledilmektedir. Bu taşıyıcı annelik türüne genetik ya da ikame taşıyıcı annelik denmektedir . Üçüncü tür taşıyıcı annelikte çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerden ne

[827] Yasemin Erol, a.g.e, s.61; Gizem Atik, a.g.m. s. 170; Sevtap Metin, a.g.m., s. 7. Michael J. Sandel, a.g.e., s.136.
[828] İsmail Aytaç, a.g.m. s. 183; Sevtap Metin, a.g.m., s. 8.
[829] Sevtap Metin, a.g.m., s. 36.

sperm ne de yumurta alınır. Üçüncü kişilerin spermi ile yumurtası döllenerek elde edilen embriyo taşıyıcı annenin döl yatağına nakledilir.[830]

Cenini taşıması ve doğumdan sonra kendilerine teslim etmesi koşuluyla, taşıyıcı anne ile anlaşma yapan çift gönüllü, ısmarlayan veya akdi ebeveyn olarak adlandırılmakla birlikte hukukumuzda, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin, kesin hükümsüz sözleşmelerden olduğu kabul edilmektedir. [831] TBK'nun 27. maddesine göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararında, taşıyıcı annelik sözleşmesiyle Kaliforniya'da bir kadının doğumu sonrası Berlin'de evlilik dışı birlikte yaşayan bir çiftin nüfus kayıtlarına kendi çocuklarıymış gibi tescil olunması ile ilgilidir. Bu karara konu somut olayda kamu düzeninin çiğnenip çiğnenmediğini saptamak için, AİHS hükümleri, AİHM içtihatları, yaşam hakkı , insan onuru, çocuğun özel yaşamı göz önünde tutulmalıdır. Aynı cinsten birlikte yaşayan bir çiftin eş olarak kabulü kamu düzenini ihlal etmez. Taşıyıcı annelik konusunda aynı veya ayrı cinsten çiftler arasında ayrım yapmak için yeterli gerekçe bulunmamaktadır. Bu kabul Alman hukuku ile temel haklara ve özgürlüklere aykırı değildir. Çocuğun yararı, o kişilerin çocuğun ebeveyni olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Her ne kadar Alman hukukunda taşıyıcı annelik yasak ise de, bu somut vakıada taşıyıcı annelik sözleşme ve uygulaması yabancı ülkede kuralına uygun yapılmıştır. Bu çocuğun o çiftin nüfusuna çocukları olarak kaydetmek, Alman hukukuna aykırı değildir. Çünkü nüfus kütükleri vakıaların öğrenebilmesi ve ebeveynle olan hukuki ilişkiyi düzenler. Bu kütükler biyolojik veya genetik soybağı bilgilerini içermez.[832]

[830] Hakan Hakeri, Taşıyıcı Annelik, s.84; Sevtap Metin, a.g.m., s. 8.
[831] Fulya İlçin Gönenç, a.g.m., s. 70.
[832] Yener Ünver, a.g.m., s. 288'den naklen BGH, 10.12.2014 – Dosya No : XII ZB 463/13.

4.3.3. Taşıyıcı Annelikte Gen İncelemesinin Hukuki Sonuçları

Taşıyıcı annelikte de doğan çocuğun bir annesi olması gerektiği için çeşitli çözümler bulunmaya çalışılmıştır. Bu çözümlerin ortaya atılmasının en önemli sebebi tabii ki çocuğun bir genetik annesi bir de onu taşıyan annenin olmasıdır. Bu çözümler ABD'nde ortaya çıkan çözüm tarzlarıdır. Doğum çözümünde, çocuğu doğuran kişi annedir. TMK'nun kabul ettiği kural da budur. Bu durumda taşıyıcı anne çocuğun hukuken de annedir. Burada doğum olayı belgelendirildiği için doğuran kişinin anneliği de saptanmaktadır. Taşıyıcı annelikte, çocuğu isteyen aile, çocuk doğduktan sonra evlat edinmek zorundadır . Genetik çözüme göre, çocuğun genetik annesi, anne olarak kabul edilmelidir. Taşıyıcı anne bu çözüm tarzında önem taşımaz. Yumurtanın sahibi kimse anne de odur. Burada esas alınan genetik faktörlerdir. Başka bir ifadeyle kan bağı esası alınmaktadır. Böylelikle hem çocuğun menfaati hem de toplum bir arada değerlendirilmektedir.[833]

Avustralya ve ABD'nin bazı eyaletlerde taşıyıcı annelik kabul edilmiştir. ABD'de 2007 yılı itibarıyla Florida, Nevada ve Arkansas eyaletlerinde taşıyıcı annelik sözleşmeleri hukuka uygun kabul edilmektedir834. Yunanistan, Hindistan, Ukrayna, Gürcistan ve İsrail'de taşıyıcı annelik sözleşmeleri belirli şartlar altında benimsenmektedir.835

Bazı ülkelerde, taşıyıcı annelik konusunda yapılan sözleşmenin bir bedel içeremeyeceği, ancak taşıyıcı annenin doğum masrafları ile hamilelik dönemine ilişkin masraflarını karşılayacak bir ücret anlaşmasının yapılabileceği kabul edilmektedir. Buna karşın İsviçre Anayasası'nın geçici 24. maddesinde, embriyo bağışının ve kiralık anneliğin her şeklinin yasak olduğu belirtilmiştir.[836] İngiltere'de 1998 yılında yapılan bir araştırmada, katılımcılara " Taşıyıcı anneye, sözleşmenin karşı tarafı olan gönüllü çift tarafından yapılacak bir ödemeye hukuki bir yasak getirilmeli midir" sorusu sorulmuş ve katılımcıların % 88.83'ü "hayır" yanıtını

---

[833] Yasemin Erol, a.g.e., s.67.
[834] Hazal Çalışkan Ungan, a.g.m., s. 497.
[835] Ergun Özsunay, "Taşıyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar", *Güncel Hukuk,* S. 44, İstanbul 2007, s. 29; Sevtap Metin, a.g.m., s. 37.
[836] Şipka, Şükran (2007). *Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar*, 2007. http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm;http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=7788; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s. 513.

vermiştir. Fransa'da ise 2009'da yapılan bir araştırmada aynı soru sorulmuş ve katılımcı kadınların % 70'inin görüşüne göre taşıyıcı annelerin, gönüllü çift ya da sağlık sigortasından mali tazminat alması gerektiği belirtilmiştir.837

Mevzuatımızda taşıyıcı anneliğe izin verilmemektedir. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği sadece evli çiftlere yönelik işlemlere izin vermektedir. Keza Yönetmeliğin ek 17.maddesine göre, kendilerine üremeye yardımcı tedavi yöntemi uygulanan eşlerden alınan embriyoların bu yönetmelikle belirlenen esaslar dışında kullanılması, nakledilmesi yasaktır. Taşıyıcı anneliğe müsaade edilmemesinin nedeni, ikiye bölünmüş anneliğin çocuğun faydasına olmadığı, çocuğun kimliğini bulmasını zorlaştırdığı, ruhsal çatışmalara yol açabileceği, çocuğun mal gibi değerlendirilmesini sonuçlandığı, taşıyıcı annenin doğurma makinesi olarak görülerek insan onuruna aykırı bir eylem gerçekleştirildiği belirtilmektedir.[838]

ÜYTE'nin 15 ve 18. maddelerinin birlikte değerlendirilmesinde, yapılacak üremeye yardımcı tedavi müdahaleleri bakımından çiftlerin evli olmaları şartıyla benimsemiştir. Ancak bu şarta aykırı davranan çiftler ya da sağlık personeli bakımından herhangi bir cezai yaptırıma yer veren hukuksal bir düzenleme bulunmamaktadır. Sadece Yönetmeliğin 18. maddesiyle yasağa aykırı faaliyet gösteren işletmelerin faaliyetinin durdurulacağı ve ilgililer hakkında adli yönden işlem yapılmak üzere olayın Cumhuriyet Savcılığına bildirileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin ceza hukuku bakımından önemi bulunmamaktadır. TCK 2, 7 ve Anayasa'nın 38. maddesi ile kabul edilen " suçta ve cezada yasallık" evrensel ilkesi gereğince bu normun hiçbir uygulama olanağı yoktur.[839] Bu nedenle kanun koyucunun bu konuda bir ceza normu getirmesi adalet düşüncesine uygun olacaktır.[840]

Hukukumuzda taşıyıcı anneliğin yasaklanmış bir sözleşme tipi olduğu, zira TBK'nun 27. maddesi gereğince, ahlaka aykırılık nedeniyle geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Keza, kişilik haklarına ve adaba aykırılık nedeniyle de taşıyıcı annelik

[837] Sevtap Metin, a.g.m., s. 24.
[838] Hakan Hakeri, Taşıyıcı Annelik, s. 88; Fulya Erlüle, a.g.e., s.215.
[839] Yener Ünver, a.g.m., s. 204.
[840] Seda Ergüneş, a.g.m., s. 176.

sözleşmelerinin hükümsüz sayılacağı da belirtilmelidir.[841] "Çocuğun anası onu doğuran kadındır" kuralı kesin bir kuraldır. Ana yönünden nesepsiz çocuk yoktur.[842] Öğretide, rıza ile dahi olsa, eşlere ait embriyonların başka birine transfer edilmesi durumunda, taşıyıcı annenin doğurduğu çocuk üzerinde genetik ananın analık hakkının bulunmadığına da dikkat çekilmektedir.[843]

Yumurta ya da sperm bağışı ile taşıyıcı annelik sözleşmesi ülkemizde yasaktır. Taraflar buna rağmen bir sözleşme yapmışsa, bu sözleşmeden doğan edimlerin yerine getirilmesi istenemeyecektir. Örneğin taşıyıcı anne (yasal anne) bebeği gönüllü çifte teslim etmeyi kabul etmezse, gönüllü anne baba, bebeği kendilerine teslim konusunda taşıyıcı anneyi hukuken zorlayamaz. Genetik anne baba, çocuğu taşıyıcı anneden onun rızası bulunmak koşuluyla ve evlat edinme yoluyla alabilme olanağı vardır.844Eğer taşıyıcı anne, sözleşme gereği doğumdan sonra bebeği teslim edimini yerine getirmezse kendisine ödenen para sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenebilir. Zira taşıyıcı annelik sözleşmesi, emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olduğu için geçerli olmadığı gibi, icra takibine de konu edilemez.845

Türk Hukukundaki bir görüşe göre eşler arasında olmayan yapay döllenme yöntemlerine karşı olmakla birlikte her nasılsa taşıyıcı annelik gerçekleşmiş ise hem yumurta sahibi kadını hem de doğuran kadını anne olarak kabul etmektedir. Bu nedenle evlenme yasağı ya da mirasçılık her iki anne bakımından da kabul edilecektir. Ancak çocuğun hangi anneye teslim edileceği ya da her ikisine de teslim edilmeyeceği konusunda hâkimin çocuğun menfaatine göre karar vermesi gerekecektir.[846] Genetik baba bakımından ise durum, annede olduğu kadar karmaşık değildir. Baba, tanıma davası yoluyla, çocuğun babası olarak tescil ettirilebilir.

Bir başka sorun da, doğuran ana ve yumurtasını veren annenin her ikisi de bir başka kadının anne olmasını kararlaştırması durumudur. Aynı görüşe göre, bu taahhüt ancak çocuğun üstün yararı varsa evlat edinmeye izin sayılmalıdır. Sözleşme annesi

[841] Müge Ürem, a.g.m., s. 98.
[842] Mahmut Kamacı, *"Embriyon Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Sorunları",* II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 101.
[843] Hakan Hakeri, *Taşıyıcı Annelik,* s. 88; Mahmut Kamacı, a.g.m., s.102, Gizem Atik, a.g.m., s. 173.
[844] Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.e., s. 390.
[845] Rona Serozan, a.g.e., s. 167; Nagehan Kırkbeşoğlu, a.g.m. s. 73; Sevtap Metin, a.g.m., s. 43.
[846] Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, *Aile Hukuku*.2. Bası, İstanbul 2013,s.122.

eşcinsel bir birlikteliğin tarafıysa ya da başkaca bir sakınca varsa bu sözleşmenin evlat edinmeye de dayanak alınmayıp geçersiz sayılması gerekir.[847]

4.4. Soybağının Tespiti Davasında Gen İncelemeleri

Soybağının tespiti alanında yapılan gen incelemeleri, DNA analizine dayanır. Soybağı davalarında başlıca kanıt olarak görülen gen incelemeleri, mahkeme kararıyla yapılmaktadır. İsteğe bağlı gen incelemelerini düzenleyen bir özel yasal düzenleme bulunmamaktadır. TMK'nda yer alan soybağı hükümlerinde kişilerin kendi iradesiyle özel olarak gen inceleme yaptırmasını yasaklayan bir hüküm bulunmamakla birlikte, özellikle soybağı araştırılan çocuğun menfaatlerin korunması ve genel olarak da kişilik haklarının korunması yönünden sakıncalar barındırdığından dolayı isteğe bağlı gen incelemelerini hukuka aykırı gören görüşte isabet bulunmaktadır. [848]

Gerçekten de, soybağını saptamaya yönelik gen incelemelerinin yapılması, vücut tamlığı, kişisel veriler üzerindeki kendi geleceğinin belirlemek hakkı, kişinin kendi kökenini öğrenme hakkı, özel hayat ve gizlilik alanına müdahale oluşturur. Bu müdahale yalnızca gen incelemesine doğrudan doğruya katılanların değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin de kişilik haklarını ihlal etme tehlikesini getirdiğinden hukuka aykırı sayılması gereken müdahalelerdir.

4.4.1. Soybağı Kavramı

743 sayılı mülga TMK'da soybağını ifade etmek için "nesep" kelimesi kullanılmıştı. 4721 sayılı TMK'da ise aynı anlamı ifade eden "soybağı" kelimesi tercih edilmiştir. Yürürlükten kalkan TMK'da "nesep" sözcüğü dar anlamda kullanılmış, "hısımlar" başlığı altında 241. ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. TMK'nda soybağına ilişkin hükümler, Aile Hukuku kitabının "Hısımlık" başlığını taşıyan 2. kısmının 1. bölümünde 282 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.[849]

---

[847] Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s. 122.
[848] Ali Sonat, *"Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Dayalı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri" . MÜHF – HAD*, C. 19, S. 3, İstanbul 2013, s.373.
[849] Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.119.

Dar anlamda soybağı, ana-baba ve çocuk arasındaki hısımlık ilişkisidir. Geniş anlamda soybağı ise birbirinden üreyen kimseler arasındaki hısımlık ilişkisidir. Çocukla ana babası arasındaki doğal bağı, dar anlamda soybağı olarak, geniş anlamda soybağı ilişkisini de bir kökdeşlik ilişkisi, atalar zinciri olarak tanımlayan görüşte isabet bulunmaktadır.[850]

4.4.2. Soybağının Tespitine Genel Bir Bakış

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 başvurmaktadır. Yine, evlat edinmek isteyen kişilerin de, evlat edinilecek olanın belirli özellikleri ya da bir hastalık riskini taşıyıp taşımadığının tespiti için genetik testleri kullandıklarına rastlanmaktadır.

Soybağı ilişkisinin ne şekilde kurulacağı TMK'nun 282. maddesinde sınırlayıcı şekilde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, ana yönünden soybağı doğum ile, baba yönünde ise, ana ile evlilik, tanıma veya açılan davada verilecek babalık hükmü ile kurulur. TMK'nun 282. maddesinde ayrıca, soybağının, gerek ana gerek baba yönünden, evlat edinme yoluyla da kurulabileceği öngörülmüş, bu suretle hukuki soybağının, biyolojik ilişkinin yanı sıra manevi-sosyal ilişkiye de dayanabileceği benimsenmiştir.[851]

Soybağının tespitine ilişkin davalar, aile mahkemelerinin görevi kapsamındadır.[852] Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinde düzenlenen nüfus kaydının düzeltilmesi davalarına ise asliye hukuk mahkemelerinde bakılır.[853] Ancak nüfus kayıtlarının davacının talebi gibi düzeltilebilmesi için öncelikle gerçek anne babanın dolayısı ile soybağının tespit edilmesi gerekir. O hâlde her iki davanın birlikte açılması hâlinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi değil, aile mahkemesidir. Yargıtay en son kararlarından birisinde, genetik babanın nüfus

[850] Ömer Uğur Gençcan, a.g.e. s.990; Serap Helvacı, a.g.e., s. 23; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, a.g.e., s.321.
[851] Hüseyin Hatemi, Burcu Kalkan Oğuztürk, a.g.e., s.120.
[852] Ali İhsan Özuğur, a.g.e., s.387.
[853] Ali İhsan Özuğur, a.g.e., s.229.

kaydına işlenmesi talebinin soybağı davası niteliğini kazanacağından aile mahkemesinde görülmesi gerektiğini isabetle belirtmiştir[854]

Soybağının tespiti amacıyla yapılan gen incelemelerinde kullanılan yöntem, DNA incelemesi yöntemidir. Bu yöntem esasen, soybağı ilişkisi araştırılan kişilere ait DNA molekülleri üzerinde yapılan bir seri biyokimyasal uygulama sonucunda ilgililerin DNA profillerinin çıkartılmasına ve bunların birbiriyle karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Her bireyin DNA profili, kendine özgü, karakteristik bir yapıda olduğundan, bu yöntem sayesinde soybağı araştırılan kişiler arasında – çocuk ile anne veya çocuk ile yasal baba ya da baba olduğu iddia edilen kişi arasında – biyolojik bağlantının mevcut olup olmadığı büyük bir kesinlikle tespit edilebilmektedir.[855]Yargıtay soybağının tespiti davalarında DNA incelemelerini, bu tür davalarda olmazsa olmaz bir araştırma unsuru olarak kabul etmektedir. Gerçekten de;

" Kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağının tespiti davalarında, Mahkemece, kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın soybağının doğru olarak tespit edilmesi zorunludur. Öncelikle baba olduğu iddia edilen kişinin mezarının tespit edilip fethi kabir yapılarak DNA incelemesine esas doku ve kemik örnekleri alınması, bu imkanın kullanılamaması halinde davacı ile kardeş olduğu iddia edilen davalılar arasında kardeşlik bağının olduğunu (aynı soydan geldiklerini) kanıtlar nitelikte DNA incelemesi yaptırılması ve alınacak rapor ile tarafların diğer delilleri birlikte değerlendirilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, DNA testi yaptırılmadan sadece davacı beyanları, bir kısım davalıların kabul beyanı ve tanık ifadeleri yeterli bulunarak davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.[856]"

Yargıtay aynı incelemeyi nüfus kaydının düzeltilmesi davalarında da gerekli görmektedir. Şöyle ki, nüfus kayıtlarındaki düzeltme istemine ilişkin davalarda, mahkemelerin hiçbir kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğu gözetilerek, somut olayda mahkemece salt taraf ve tanık

[854] Y. 20. HD., 02.05.2017 T. 2017/5981 E., 2017/3857 K., Y.20.H.D., 09/10/2017 T., 2017/9018 E., 2017/7472 K.
[855] Ali Sonat, a.g.e., s.328.
[856] Y. 8. H.D., 06.07.2017 T., 2017/13143 E., 2017/10069 K.

beyanları ile yetinilmeyip bu iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp, alınacak rapor da gözetilerek karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir.[857]

Soybağının tespiti davaları ile nüfus kaydının düzeltilmesi davalarında, genetik testlerin yapılması sonucunda elde edilen veriler önemli bir delildir. Yargıtay verdiği en son kararlardan birisinde, yerel mahkemenin "ana-baba adının düzeltilmesi/değiştirilmesi" istemli davaya ilişkin verdiği kararı DNA incelemesi yaptırılmaması gerekçesiyle bozmuştur. Bu karara göre ;

"Davacılar vekili, dava dilekçesinde; müvekkilleri Besim Fatih ve Cihat Fatih'in T.C. vatandaşı olurken nüfus kayıtlarını Fatih olarak yazılan baba adının Mohamed olarak düzeltilmesini, baba ve üvey kardeşleri farklı tarihlerde T.C vatandaşı olmaları nedeni ile birbirleri ile irtibatlı olmayan nüfus kayıtlarının düzeltilmesini, babaları ve üvey kardeşleri ile soy bağının kurulmasını istemiş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Nüfus kayıtlarında düzeltme istemine ilişkin davalarda, mahkemelerin hiçbir kuşku ve duraksamaya yer bırakmaksızın doğru sicil oluşturmak zorunluluğu bulunduğundan, somut olayda mahkemece taraflar ve tanık beyanları ile yetinilmeyip, iddia ile ilgili olarak DNA testi yaptırılıp alınacak rapor da gözetilerek toplanacak deliller birlikte değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğinin düşünülmemesi doğru görülmemiştir[858]."

Soybağının tespiti davalarında, davacının ilk önce kan muayenesi yapılmasını istemesi halinde ise davacıyı masraflı olan DNA incelemesine zorlamak doğru olmaz. Bu durumda önce kan muayenesi yapılmalıdır. Babalığın tespitinde pratik bir yol olan kan grubu muayenesi çocuğa ait kan grubu ile anne ve baba olduğu iddia edilen davalının kan gruplarının mukayese edilmesidir. Bu yola başvurabilmesi için çocuğun annesinin mutlaka belli olması gerekir, annenin şüpheli olduğu durumlarda da babanın kesin olarak belli olması gerekir. Günümüzde kan testleri vasıtasıyla bir erkeğin belli bir çocuğun babası olamayacağı % 98'e varan bir olasılıkla, yani matematiksel kesinliğe yakın bir biçimde saptanabilmektedir.

---

[857] Y. 8. H.D., T.15.06.2017, 2017/2298 E., 2017/9109 K.
[858] Y. 8.H.D., T. 08.06.2017, 2017/6169 E., 2017/8639 K.

Kan muayenesi sonucunun hüküm kurmaya elverişli olmaması halinde ise DNA incelemesi yaptırılmalıdır. Örneğin, gen incelemesi baba yönünden yapılmış ve annenin kocasının genetik baba olmadığı tespit edilmiş ise, bu inceleme vasıtasıyla annenin koca dışındaki bir kişiyle cinsel ilişkiye girdiği ortaya çıkacağı ölçüde annenin kişilik hakkına bir müdahale söz konusu olur. Keza baba olduğunu iddia eden kişi ile yapılan gen incelemesi sonucunda bu kişinin baba olduğunun tespit edildiği ölçüde, annenin kocasının genetik baba olmadığı da ortaya çıkacağından aynı sonuca varmak gerekir.[859]

Amerika Birleşik Devletleri'nde DNA analizinin bir delil olarak mahkemelere sunulmasında "Fry kriterleri"olarak adlandırılan bir kural uygulanmaktadır. Buna göre yeni bir bilimsel tekniğin uygulanması ile elde edilen sonuçlar mahkemelere delil olarak sunulmadan önce o teknik, ait olduğu bilim dalında yeterli derecede yerleşmiş olmalı ve genel kabul görmelidir. "Fry kriterleri" ABD'nde yerine gelmiş ve pek çok eyalet yüksek mahkemesi DNA analizini bir delil olarak kabul etmiştir. DNA analizinin bir delil olarak kabul edilmediği davalar da olmuştur. Kabul edilmemesinin gerekçesini ise DNA testini uygulayan laboratuvarların teknik yeterliliği ile ilgili şüpheler oluşturmuştur.[860]

Ülkemizin sosyo-kültürel yapısı ile aile bağlarına verilen önem gözetildiğinde, insanımız kendisine karşı açılan soybağının reddi davasını kişilik haklarına saldırı sayma eğilimindedir. Bu durumda sobağının reddi isteminde bulunan kişinin hak arama özgürlüğü ile karşı tarafın kişilik hakları çatışmaktadır. Bu konuda Yargıtay hak arama özgürlüğünü üstün tutmuştur. Bu karara göre, davalı hakkında düzenlenen raporlar ve taraflar arasında açılan boşanma davaları göz önüne alındığında, soybağının reddi davası açılması, Anayasal şikayet hakkının kullanılması anlamında olup kişilik haklarına saldırı oluşturmayacağından davanın tümden reddi gerekir.[861]

Genetik babanın, evli bir kadınla cinsel ilişki kurması sonucunda doğan çocuğun soybağının reddi davası açma olanağı mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde bulunmamaktadır. Genel kanı genetik babaya, kütük babası olarak

[859] Ali Sonat, , a.g.e., s.332.
[860] E.Hülya Yükseloğlu, Kara Umut, *Temel Adli Genetik*, İstanbul 2015, s.12.
[861] Y. 4. H.D., 22.01.2015 T.ve 2014/4463 E., 2015/744 K.

adlandırılan kocanın yerleşik aile huzurunun bozulmamasıdır. 4721 sayılı yürürlükte bulunan TMK'nun 291/1. maddesi ile kocanın altsoyu ya da anası veya babasının soybağının reddi davasını açabilmesi için aradığı şartların gerçekleşmesi durumunda genetik babaya soybağının reddi davası açma olanağı tanınmıştır.862

Evli kadın, zina ürünü olarak doğurduğu çocuğun babasının kocası olmadığına dair soybağının reddi davasını açamaz. Yargıtay verdiği bir kararında bu hususu isabetle vurgulamıştır. Bu karara göre, soybağının reddi davasının anne tarafından kendi adına açılması mümkün olmadığından davasının reddine yönelik karar usul ve yasaya uygun bulunmuştur863.

4.4.3. Soybağının Tespitinde Genetik İncelemeye Katılmaya Dair Mahkeme Kararının Zorla Yerine Getirilmesi Meselesi

Soybağının saptanmasına yönelik gen incelemelerinde, bu tür incelemelerin yapılmasına olanak veren bazı özel hükümler hukukumuzda vardır. Bu hükümler derdest bir dava kapsamında bu incelemenin yapılmasının hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, açılmış bir davadan bağımsız olarak ilgililerin soybağı tespiti amacıyla, isteğe dayalı olarak gen incelemesi yaptırmalarının mümkün olup olmadığı veya bu olanağın ne ölçüde ve hangi koşullarda icra edileceği hususlarını doğrudan ve açıkça düzenleyen özel hükümler bulunmamaktadır.[864]

TMK'nun 284/II ve HMK'nun 292 maddeleri, görülmekte olan bir davada soybağının tespitine yönelik genetik inceleme yapılmasına hakim tarafından karar verilmesinin dayanağını teşkil etmektedir. HMK'nun 292. maddesi uyuşmazlığın çözümü açısından, zorunlu ve bilimsel verilere uygun olması ve ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak kaydıyla, herkesin soybağının belirlenmesi amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunluluğunu getirmiştir. Bu maddeye göre hakim, haklı bir sebep olmaksızın kan ya da doku örneğini vermeye kişi hakkında incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.

862 Ömer Uğur Gençcan, a.g.e., s. 1070.
863 Y. 2. Hukuk D.'nin 12.06.2008 tarih ve 2007/10000 E., 2008/ 8665 Karar s kararı.
864 Ali Sonat, a.g.e., s.330.

Ayrıca üçüncü kişiler tanıklıktan çekilme hakkını kullanarak bu yükümlülükten kaçınamaz.[865]

Nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davalarda da, ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespiti için kullanılacak doğum belgelerinin mevcut olmaması veya gerçeği yansıtmıyor olması halinde başvurulacak yol genetik inceleme olacaktır. Bu noktada tartışma konusu olacak temel mesele, kadının genetik incelemeye rıza göstermemesi halinde, TMK'nun 284/b.2. maddesinin mi, yoksa söz konusu maddeye göre daha ağır sonuçlar içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 292/I. maddesinin mi uygulanacağına ilişkindir. TMK'nun 284/b.2. maddesine göre, davalı, soybağının belirlenmesine yönelik araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. HMK'nun 292/I. maddesine göre ise haklı bir sebep olmaksızın genetik incelemeye rıza gösterilmemesi halinde hakim zor kullanarak kan ve doku alınmasına karar verebilir.[866]

Babalık ya da nesebin reddi davasında her şeyden evvel hakimin gen testi yapılmasına ilişkin karar vermesi gerekir. TMK 284/2 ve HMK 291 hükümlerine göre soybağının tespitine yönelik gen incelemesi yaptırılması ancak bir dava olması halinde mümkündür. Bu nedenle kişilerin kendi isteğiyle ve herhangi bir derdest dava olmaksızın gen incelemesi yaptırabilmeleri mümkün değildir.[867] Gen testi yapılmasına ilişkin, kanları alınacak kişilerin fotoğrafını taşıyan bir müzekkere yazılır. Ayrıca test için kanları alınacak kişilerin sol kolları mühürlenir. Daha sonra test için kan verecek kişiler, müzekkerede belirtilen tarihte ilgili kuruma giderler ve uzmanların gözetiminde kendilerinden kan örnekleri alınır.

Soybağının belirlenmesine yönelik davalarda tıbbi inceleme ve araştırmalara ilişkin TMK'nun 284/b.2. maddesi ile HMK'nun 292/I. maddesi olmak üzere iki yasal düzenleme yürürlüktedir. İki ayrı kanunda yer alan aynı konuda iki düzenlemedeki en önemli fark, soybağının saptanmasında zorunlu olan inceleme ve

[865] Ali İhsan Özuğur, a.g.e., s.231; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, a.g.e., s. 363.
[866] Gamze Turan Başara, "Ana ile Evlilik Dışında Doğan Çocuk Arasındaki İlişkiyi Düzenleyen TMK Hükümlerinin Değerlendirilmesi ",*TBB Dergisi*, S.131. Ankara 2017, s.213.
[867] Sonat, Ali, a.g.e., s.374.

araştırmaya haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesinin sonucuna ilişkindir. TMK'nın 284/b.2. maddesine göre, davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermez ise dava konusu olay, onun aleyhine doğmuş sayılır. HMK'nın 292/I. maddesine göre ise hakimin öngördüğü inceleme ve araştırmaya rıza gösterilmemesi halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir.[868]

4.4.3.1. Genetik İncelemeye Katılmaya Dair Mahkeme Kararının Zorla Yerine Getirilmesi Gerektiğini Savunan Görüş

Bir kişinin zorla vücudunun muayene edilmesinin ve kan örneği alınmasının Anayasa'ya aykırı olduğu kabul edildiği takdirde hakim kararına rağmen muayeneden ve kan vermekten kaçınan kişinin hukuki durumunun o kişinin aleyhine değerlendirilmesinin mümkün olmadığı haller de olabilir. Örneğin, mülga 743 sayılı TMK'nun 245/2 maddesine göre evlenmeden önce gebe kalan kadının doğurduğu çocuğu koca tanımış olsa bile Cumhuriyet Savcısı çocuğun kocadan olmadığının tespiti ve bu şekilde yanlışlığın giderilmesi için dava açabilirdi. Bu durumda davanın taraflarının kan muayenesine karşı çıkması halinde, o çocuğun kocadan olmadığına hükmetmenin isabetli olmadığı savunulmuştur. Bu görüşe göre, kanun koyucu Cumhuriyet Savcısının doğrudan dava açmasına olanak tanıyarak nesebin tespitinde kamu yararı görmüştür. Bu davalarda re'sen araştırma ilkesi uygulandığından maddi vakıa her türlü şüpheden uzak ve inandırıcı delillerle ispatlanmadıkça hüküm kurulamaz. [869]

Öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre, cumhuriyet savcısının soybağı davasından dışlanması gerekir. Bu davaları cumhuriyet savcısının adeta yatak odasına müdahalesi olarak gören düşünceye göre, kayyım tarafından açılan davanın da Cumhuriyet savcısına ihbar edilmesi anlamsızdır. Bu ihbar yükümlülüğünün kamu düzeni kavramıyla da açıklanamayacağını ileri süren düşünce haklılığını[870], cumhuriyet savcısının babalık davası açamayacağını amir pozitif hukuk kurallarından almaktadır. Ayrıca kayyım tarafından açılan babalık davasının hak

---

[868] Arif B. Özbilen,"Kan Bağışı Sözleşmesinin Hukuki Niteliği", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 22, s.114.
[869] Mustafa Saldırım, *Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri*, Ankara 2005, s. 124-126.
[870] Ömer Uğur Gençcan, a.g.e., s. 1226.

düşürücü süreye bağlı olması da kamu düzeniyle izah edilemez. Kamu düzeninin korunduğu ve cumhuriyet savcısının dava açması gerektiği hallerden söz edildiğinde, kanun koyucu hak düşürücü süre benimsemez. Soybağı konusunda kanun koyucu, soybağının reddini isteyen davacının bu hakkını belirli sürede ileri sürmesi, aksi takdirde var olan hukuksal konumu kabul etmesini öngörmüştür. Eşlerden biri tarafından evlilik dışı ilişkisinden doğan çocuğun soybağının uzun yıllar dava konusu yapılmamasına karşın, cumhuriyet savcısı tarafından ileri sürmesi hakkaniyet duygusuyla bağdaşmaz. Bu nedenlerle ikinci görüşte isabet bulunmaktadır. Bu görüşe ilaveten, cumhuriyet savcısının soybağının tespitini sağlayan dava açabilmesi, insan haklarına aykırılık oluşturduğu gibi, doğan çocuğun kayıtlı olduğu babasının onun üzerinde olan maddi ve manevi emeğine, oluşan sevgi ve saygı ortamı ile insani düşüncelerle de bağdaşmamaktadır.

Kişinin rızasına ihtiyaç duyulmadan, kan ya da DNA molekülü gibi örneklerin vücuttan zorla alınması sonucunu doğuracak olan keşfe katlanma zorunluluğuna, HMK'nun 292. maddesinde yer verilmiştir. TMK'nun 284/f. 1 b.2 maddesinin aksine, HMK'nun 292. maddesi hakimin, gerek tarafların gerekse üçüncü kişilerin vücudundan zor kullanılarak kan veya doku alınmasına karar verebileceğini öngörmektedir.[871]

HMK düzenlenirken, kanun koyucu, soybağını karıştıran doğum yöntemlerine net bir tavır olarak, genetik incelemeye boyun eğme yükümlülüğünü getirmiştir. Daha doğrusu, genetik analize karşı çıkan kişiyi zorlama imkanı, soybağı yargılamasında re'sen araştırma ilkesinden odun verilmemesi anlamına gelmektedir. Tırnak, saç teli, kan yanı sıra, yanağın içine kulak çubuğu gibi steril bir araç dokundurularak alınan doku üzerinden de moleküler genetik analiz yapılmaktadır. Böylesine kolay bir muayenenin vücut bütünlüğünü ihlal etme düzeyiyle, soybağının biyolojik gerçeklere uygun tespiti arasında kıyaslama yapıldığında, menfaatler dengesinin ikincisine ağırlık vermeyi gerektirdiği açıktır. Bilimsel ilerlemeler sayesinde, yanağın iç kısmından yalnızca sürterek alınan basit bir doku (sürüntü) sayesinde %99.73 doğrulukta soybağı saptanmaktadır. Saç teli, tırnak dokusu veya tükürük sürüntüsü teslim etmek vücut bütünlüğünü ne oranda ihlal etmektedir? Kişinin söz konusu genetik muayenede zarar görme olasılığı dikkate alınmayacak

[871] Özlem Tüzüner, a.g.m., s.12.

kadar düşüktür. Buradaki vücut bütünlüğü ihlalinin basitliği ve sıradanlığı hesaba katıldığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki kamu düzeni temeli ile re'sen araştırma ilkesine dayanan bu görüşe[872] , vücut bütünlüğü bir kez ihlal olunduktan sonra bu ihlalin hiç bir zaman basit ve sıradan olarak nitelendirilemeyeceği kanaatiyle katılmıyoruz.

Öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin sonraki kanun sıfatıyla Türk Medeni Kanunu'nun 284/1-b.2'den yaklaşık on yıl sonra yürürlüğe giren ve aynı konuyu düzenleyen hüküm olması itibarıyla, çelişen noktalarda ilk hüküm olan Türk Medeni Kanunu'nun 284/1-b.2 hükmünü mülga kıldığını ve özel hukukta öncelikli olarak uyulması gereken kuralın hem sonraki kanun olması, hem yargılama hukukuna ilişkin bir kanun olması, hem de bizatihi Türk Medeni Kanunu'nun 284/1 maddesindeki düzenlemede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na açık yollama yapılarak bu tür yargılama konularında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu uygulanacağı ileri sürülmüştür.873 Hatta öğretide daha ileri bir görüşe göre, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 04.02.2011 tarihinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun ise 01.01.2002 tarihinde yürürlük kazanması sebebiyle, Türk Medeni Kanunu'nun 284/ 1 b. 2 maddesinin sonradan yürürlüğe giren yasal düzenlemeyle yürürlükten kaldırıldığı açıkça belirtilmiştir.874

Yargıtay soybağının tespiti amacıyla açılan davalarda, HMK 292/1 maddesinin metnine sadık kalarak uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, soybağının tespiti amacıyla hakimin bu hususta zor kullanılarak incelemenin yapılmasına karar vermesini zorunlu kılmıştır[875]

[872] Özlem Tüzüner, a.g.m., s. 1156.
[873] Yener Ünver, a.g.m., s. 197.
[874] Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.e., s. 521.
[875] Y. 8. Hukuk D.'nin 06.04.2017 tarih ve 2017/1250 E., 2017/5144 Karar s kararı.

4.4.3.2. Genetik İncelemeye Katılmaya Dair Mahkeme Kararının Zorla Yerine Getirilmesinin Mümkün Olmadığını Savunan Görüş

Soybağının tespitine yönelik gen incelemesi, yöntem itibariyle, kişinin genetik özelliklerini taşıyan DNA molekülü üzerinden gerçekleştirilmektedir. DNA molekülü ise, kişinin biyolojik materyalinde mevcuttur. Bu yönüyle soybağının tespitine yönelik gen incelemelerinde, soybağı araştırılan kişilerin biyolojik materyalinin elde edilmesi zorunludur. Biyolojik materyal, kişinin vücudunda bulunan her türlü biyolojik– organik unsurdur. Bu anlamda, kişinin DNA yapısı, her türlü biyolojik materyalde mevcut olduğundan, soybağı araştırılacak kişinin vücudundan elde edilmiş olma koşuluyla, biyolojik materyalin türünün önemi yoktur. İncelemede kullanılacak materyal ile kişinin vücudu arasındaki bu bağlantı, soybağının tespitine yönelik gen incelemelerinin soybağı araştırılan kişilerin vücut bütünlüğü ile ilişkili kılmaktadır.[876]

Çocuğun doğumu ile kocanın cinsel ilişkisi arasında illiyet bağının bulunmadığının ispatlanması hususunda başvurulabilecek yollardan biri de tıbbi inceleme yöntemlerinin kullanılmasıdır. Tıbbi inceleme noktasında kullanılabilecek iki yöntem vardır. Bunlardan birincisi kan muayenesi, ikincisi ise genetik incelemedir. Hakimin tıbbi yöntemlerin uygulanmasına karar vermesi halinde dahi davanın tarafı veya üçüncü kisiler tıbbi yöntemlerin uygulanmasına rıza göstermezse, bu kimselerin tıbbi incelemeye zorlanması olanaklı değildir. Bu tip bir zorlama kişilik hakkının ihlali anlamına gelir. Bu noktada tıbbi yöntemlere katlanma ödevine uymamanın yaptırımı olarak sadece kaçınan kişi zararına bir fiili karine öngörülmüş ve tıbbi yöntemlerle ispatlanmak istenen olgu ispatlanmış olur.[877]

TMK 284. maddesine göre, üstün yarar gerçeğin ortaya çıkması, çocuğun korunması gibi gözükse bile, bir kişiden zorla elleri ağzı bağlanarak doku veya kan alınması, ağır kişilik hakkı ihlali oluşturacak ve ölçülülük ilkesini zedeleyecektir. Anılan hükmün yaklaşımı, gerçeğin ortaya çıkmasını üstün yarar olarak tutsa da, bu yarar, kan vermek istemeyen kişiden fiziki zorlamayla kan ve doku alınmasını haklı

[876] Emel Badur, a.g.e., s.266; Gamze Turan Başara, a.g.m., s. 281.
[877] Gül Paksoy, "Soybağının Reddi", *TBB Dergisi*, S. 97, Ankara 2011, s. 358; Gençcan, Ömer Uğur a.g.e ,s.1033.

kılmaz.[878]Öğretide bir görüşe göre, TMK'nun 284/f. 1/b. 2 maddesi "Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse" demek suretiyle, böyle bir olasılığı gerçekleşebileceğini öngörmüş ve davasını kaybetmeyi göze alan kişiye, vücut bütünlüğüne dokunulmasını kabul etmeme olanağı vermiştir. Kanun koyucu, davalıya böyle bir olanak tanımak istemeseydi ikinci bendi, ikinci cümle olmaksızın düzenler, böylelikle, tarafların ve üçüncü kişilerin araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü olduklarını söylemekle yetinirdi. İkinci bendin ikinci cümlesinin açık hükmüne rağmen, MK 284/f. 1/b. 2 maddesinin davanın aleyhine sonuçlanmasını dahi göze alan bir kişinin vücudundan zorla örnek alınmasına olanak tanıyan bir hüküm niteliğinde olduğunu savunmanın isabetli olmadığını haklı olarak belirtmektedir.[879]

Ancak kan ve doku alınmasına izin vermeyen kişiden zorla kan ve doku alınması kişilik hakkının ihlali olup, insan onuruyla bağdaşmayan bir uygulamadır. Genetik inceleme yapılmasına haklı bir sebep olmaksızın izin vermemenin yaptırımı zor kullanmak suretiyle ilgilinin bedensel bütünlüğüne müdahale olmayıp sadece kaçınan kişi aleyhine fiili bir karine yaratılmasından ibarettir. Hakim, somut olayın şartlarına göre tıbbi incelemeyle ispatlanmak istenen olgunun ispatlanmış saYdığına karar verebilir.[880]İnsan haklarının evrenselliği, genelliği, eşitliği ilkesi bir yana Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan özerkliğe saygı ilkesi de bu görüşü desteklemektedir.

Öğretide Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 291/1. maddesinin insanlığa sığmadığı gibi, hukukumuzda ilamların icrasında bile tanınmayan bir yöntem olarak nitelendirilmesi oldukça yerindedir. Bu görüşe göre kan ve doku alınmasının zorla yapılmasına karar verilmesi hukuk sistemimize aykırıdır. İcra İflas Kanunu'nun 24. ve 26. maddelerinde ilamla tespit edilip yerine getirilmesi emredilmiş bir verme borcuna uyulmaması halinde o mala el koyup hak sahibine vermek için zor kullanılabilir. Aynı Yasa'nın 25. maddesinde belirtilen halde, çocuğu ilam alacaklısına teslim etmek için de zor kullanılabileceği belirtilmiştir. Ancak İcra İflas

[878] Özlem Tüzüner, a.g.m., s. 1152.
[879] Arif Barış Özbilen, a.g.m., s.117.
[880] Gamze Turan Başara, a.g.m. , s.232.

Kanunu'nun 30. maddesinde yapma ya da yapmama borcunu ifa etmemenin yaptırımı, zor kullanmak değildir.[881]

AİHM verdiği kararında, baba olduğu iddia edilen kişiyi, ne DNA örneği vermeye zorlayan, ne de, DNA örneği vermediği takdirde, babalığına hükmedileceğini öngören bir hüküm bulundurmaması nedeniyle, Hırvatistan Devleti'nin, davacı çocuğun özel yaşam hakkını ihlâl ettiğine hükmetmiştir. Bu karara göre, çocuğun soybağının belirlenmesi konusundaki menfaati ile baba olduğu iddia edilen kişinin, genetik teste zorlanamayacağı yönündeki menfaati arasında bir karşılaştırma yaparak, çocuğun menfaatinin diğer menfaate nazaran daha üstün konumda olduğuna karar vermiştir. [882]

4.4.3.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

TMK öz itibarıyla, dava konusu olayın maddi hukuk kısmını oluşturmaktadır. HMK ise yargılama yöntemine ilişkin kurallar demetidir. Asıl olan dava konusu olayın esasının, adil bir hakikate vararak yargı organınca kesin olarak çözümlenmesidir. Davanın esası asla usul kuralına feda edilmemelidir. Ulusal hukuk devrimimizin temel taşı, Türk Medeni Kanunumuzdur. Hukukumuzun temeli insan haklarına uyan yaklaşımlardır. HMK 292 maddesinde yer alan düzenlemeyle kabul edilen hakim tarafından hakkında incelemesi için kan ve doku alınması kararı verilen kişinin, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uymaması halinde , hakimin zor kullanılarak gerekli inceleme yapılmasına hükmetmesi ve bu kararın yerine getirilmesi insan haklarına aykırıdır. Bu durum TMK'nun niteliğine aykırıdır.

Öğretide isabet bulunan görüşe göre, Türk Medeni Kanunu kişi özgürlüğüne geniş yer vermiştir. Kamu düzeni, genel ahlak ve toplumun çıkarlarına ilişkin sınırlar dışında bireye geniş bir özgürlük alanı bırakmıştır. Sosyal eğilimli olan bu Kanun, tümüyle kişisel çıkarlar ile toplumsal yararlar arasında adil bir denge kurmak amacını gütmüştür. Sosyal düşünceler, hem kişiler arasındaki ilişkilerde hem de kişinin devletle olan ilişkilerinde göz önünde tutulmuştur.[883] Bu nedenle TMK'nun 284

[881] Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi.* Ankara 2011, s. 801.
[882] AİHM., 7.2.2002 tarihli kararı için bkz. *Mikulić v. Croatia* (no. 53176/99).
[883] Bilge Öztan, a.g.e., s. 109. Mustafa Dural, Tufan Öğüz, a.g.e., s.13; Serap Helvacı, a.g.e., s. 4.

maddesinin insan haklarına daha saygılı bir hüküm olduğunu belirten düşünce oldukça isabetlidir.[884]

İnsan haklarının evrenselliği, genelliği, eşitliği ilkesi bir yana Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan özerkliğe saygı ilkesi de bu görüşü desteklemektedir. Özellikle, TMK'nun 23. maddesi göz önüne alındığında, özgürlük ilkesinin amacının elbette kişilere vazgeçemeyecekleri bir özel alan ve serbest karar verme olanağı tanımak olduğu görülecektir.[885] Böylelikle kanunkoyucu kişiliği, TMK'nun 24. maddesi ile bir yandan dışarıdan gelebilecek hukuka aykırı fiillerle yapılacak saldırılara karşı koruyucu hükümlerle, öte yandan da TMK 23. maddesinde olduğu gibi kişinin aşırı özverilere katlanmasını engelleyici hükümlere yer vermiştir.[886] Yapılan yasal düzenlemelerin kişilerin özgürlüğüne ve özerk karar verme hakkına saygılı olması, beklenen bir tutum olmalıdır.

4.4.4. Soybağının Tespiti Davalarında Gen İncelemelerinin Hukuki Sonuçları

Hakim, ceza yargılamasının aksine, özel hukukta meydana geldiği iddia olunan bir hukuksal sonucun var olup olmadığının saptanması için, hukuk normundaki vakıaların somut olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini kendiliğinden araştıramaz. Hukuksal durumun varlığını iddia eden taraf, dava konusu vakıaların gerçekleştiğini kanıtlamalıdır. Bu nedenle isbat yükü, olayın ispatsız kalması yüzünden hakimin aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesidir. [887] Soybağının tespitine yönelik davalarda verilen genetik incelemelerde, bu tür incelemelerin yapılmasına olanak veren hükümler özel hukukumuzda bulunmaktadır. Bu hükümler derdest bir dava kapsamında gen incelemelerinin hukuki dayanağını oluşturmaktadır. Bununla birlikte, açılmış bir davadan bağımsız olarak ilgililerin soybağı tespiti amacıyla, isteğe dayalı olarak gen incelemesi yaptırmalarının mümkün olup olmadığı veya bu olanağın ne ölçüde ve hangi koşullarda icra edileceği hususlarını doğrudan ve açıkça düzenleyen özel hükümler bulunmamaktadır.[888]

---

[884] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 423.
[885] Mustafa Dural, Tufan Öğüz, a.g.e., s.99; Gamze Turan Başara, a.g.e., s. 29.
[886] Serap Helvacı, a.g.e., s. 4.
[887] Bilge Umar, Ejder Yılmaz, *İsbat Yükü,* İstanbul 1980,s. 3.
[888] Ali Sonat, a.g.e., s.330.

Soybağının tespiti amacıyla yapılan gen incelemelerinde kullanılan yöntem, DNA incelemesi yöntemidir. Bu yöntem esasen, soybağı ilişkisi araştırılan kişilere ait DNA molekülleri üzerinde yapılan bir seri biyokimyasal uygulama sonucunda ilgililerin DNA profillerinin çıkartılmasına ve bunların birbiriyle karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Her bireyin DNA profili, kendine özgü, karakteristik bir yapıda olduğundan, bu yöntem sayesinde soybağı araştırılan kişiler arasında (çocuk ile anne veya çocuk ile yasal baba ya da baba olduğu iddia edilen kişi arasında) biyolojik bağlantının mevcut olup olmadığı büyük bir kesinlikle tespit edilebilmektedir.[889]

Soybağının tespiti davalarında gen incelemesine dair bilirkişi raporuna itibar etmeyen hakim, mevcut raporu ortadan kaldıran yeni bir rapor dava dosyasına kazandırılmadıkça ilk rapor ile bağlıdır. Böyle durumlarda hakim vicdani kanaatine uymayan raporla yetinmeksizin, farklı bir üniversitenin adli tıp anabilim dalından bir kez daha rapor düzenlenmesini emredebilir.890 Ancak böyle bir durumda hakim, yeni rapor istemesinin gerekçesini ara kararına yazmalıdır.

Yargıtay soybağının tespiti davalarında DNA incelemelerini, bu tür davalarda olmazsa olmaz bir araştırma unsuru olarak kabul etmektedir. Bu karara göre, kamu düzeni ile yakından ilgili olan soybağının tespiti davalarında, Mahkemece, kuşku ve duraksamaya neden olmaksızın soybağının doğru olarak tespit edilmesi zorunludur. Öncelikle baba olduğu iddia edilen kişinin mezarının tespit edilip fethi kabir yapılarak DNA incelemesine esas doku ve kemik örnekleri alınması, bu imkanın kullanılamaması halinde davacı ile kardeş olduğu iddia edilen davalılar arasında kardeşlik bağının olduğunu (aynı soydan geldiklerini) kanıtlar nitelikte DNA incelemesi yaptırılması ve alınacak rapor ile tarafların diğer delilleri birlikte değerlendirilip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, DNA testi yaptırılmadan sadece davacı beyanları, bir kısım davalıların kabul beyanı ve tanık ifadeleri yeterli bulunarak davanın kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.[891]

---

[889] Ali Sonat, a.g.e., s.328; Kemale Aslanova, a.g.e.,s. 39.
[890] Özlem Tüzüner, *Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri.* İstanbul 2016, s. 155.
[891] Y. 8. H. D. 06.07.2017 T., 2017/13143 E., 2017/10069 K.

4.5. Klinik İlaç Araştırmalarında Yararlanılan İnsan Geni İncelemeleri

4.5.1. Klinik İlaç Araştırmalarında Yararlanılan İnsan Geni Üzerine İncelemelere İlişkin Genel Bilgiler

Dünyada klinik araştırmalarının tarihinde, insanlık için üzücü ve yüz kızartıcı olaylar yaşanmıştır. 2. Dünya Savaşı sırasında hekimlerin Nazi Kamplarındaki tutsak insanlar üzerinde rızaları dışında deneyler yaptıkları bilinmektedir. Bu ilaç araştırmalarında, kişilerin kalıcı engelli olmalarının yanında ölümler de olmuştur. Nurnberg Kodu'nun ortaya çıkması, savaş sonrası kurulan mahkemenin tıbbi araştırmalardaki etik ilkelerden ve temel prensiplerden oluşmuştur[892].

İlaç endüstrisi ile ABD, İngiltere ve Japonya'nın resmi temsilcilerinden oluşan Uluslararası Uyum Komisyonu (ICH) 1993 yılında insan denekleri üzerinde yapılan ilaç araştırmalarının tasarımı, yürütülmesi, kaydedilmesi ve raporlaması için tek bir standart sağlamak amacı ile İyi Klinik Uygulamalar kılavuzu hazırlamıştır. Bu kılavuz, araştırmaya katılan gönüllü deneklerin hakları, sağlığı ve gizliliğinin korunduğuna, temeli Helsinki Bildirgesi'ne[893] dayanan ilkelere uyulduğuna ve elde edilen verilerin ve bildirilen sonuçların güvenilir ve doğru olduğuna dair kamuoyuna güvence vermektedir.[894] Helsinki Bildirgesi'nde tıbbi ilerlemelerin en sonunda kısmen insan üzerindeki deneylere dayanan araştırmaları temel aldığı belirtilerek, hasta insanlar hatta sağlıklı insanlar üzerinde de ilaç araştırmalarının yapılması mümkün hale gelmiştir.895

Yeni ilaç üretimi araştırmalarına, ilaçların olası etkilerinin belirli özellikleri hücrelerde ortaya konması da hücre ayrışmasının aydınlatılması ve denenmek istenen hücrelerin pluripotent hücrelerin farklılaştırılması sonucunda elde edilmesiyle mümkün olabilecektir. Sağlık hakkı ile fikri mülkiyet hakları arasındaki ilişkinin göründüğü alanlardan birisi de klinik ilaç araştırmalarına esas oluşturan genetik bulgulardır. Uluslararası ticarette önemli bir yeri olan ilaç bileşimleri, belli bazı

---

[892] Bilge Aydın Temiz, " İlaç Klinik Araştırmaları"III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa 23-25 Nisan 2016), (Editörler : Hamit Hancı, Yener Ünver), Ankara 2016, s. 255.
[893] Berna Arda, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.m.,s. 328; Jose Roberto Goldim, a.g.m.s. 194; Nüket Örnek Büken, a.g.e., s.188; F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 61.
[894] Gürsel Türkiz, a.g.m., 94.
[895] Esra Öztürk, a.g.e., s.32.

firmaların fikri mülkiyet hakları kapsamındadır. Bu nedenle, ilaçların ekonomik olarak erişilebilirliği güçleşmektedir. Fikri mülkiyet hakları ile sağlık hakkı arasında bu yüzden tersine bir etkileşim söz konusu olabilmektedir.[896]

Klinik ilaç araştırmaları, kontrol gruplarının oluşturulması, çok sayıda hasta ve denek kullanarak rastlantıdan doğacak hata payının azaltılması, değerlendirmede istatistik yöntemlerden yararlanılması gibi nitelikleri ile bir bilimsel araştırmada bulunması gereken özellikleri taşımalıdır. İyi bir klinik ilaç araştırmasından beklenen temel özelikleri de; araştırmada elde edilen sonuçların geçerliliği, genellenebilirliği, araştırma yönteminin etkinliği, araştırmanın etik sorunlardan arınmış olması ve araştırmacının yeterliliği olarak belirten düşüncede isabet bulunmaktadır.[897]

4.5.1.1. İlaç Kavramı

Tıpta kullanılan ve biyolojik etkinliği olan saf bir maddeyi veya ona eşdeğer olan bitkilerden ya da hayvanlardan sağlanan maddeleri standart miktarda içeren bir karışımı tanımlayan ilaç[898], insan hayatı için vazgeçilmez bir tedavi yöntemidir. İlaç bir tıbbi üründür. Araştırma ilacı ise araştırma ürünüdür[899].

Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik (KAHY) 'in "Tanımlar" başlıklı 4.maddesinin (ç) bendinde, "araştırma ilacı" tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre, araştırma ilacı, "araştırılan maddenin, test edilen plasebonun[900] veya klinik araştırmadaki referans ürünün farmasötik formunu" belirtmektedir. Yönetmelik'in 14/ç maddesinde ise klinik ilaç araştırmasının faz IV aşaması, "ruhsatlı ürünlerin onaylanmış endikasyonları, izinli ürünlerin ise önerilen kullanımlarına yönelik emniyetinin ve etkililiğinin daha fazla incelenmesi veya yerleşik diğer tedavi, ürün ve yöntemlerle karşılaştırılması için fazla sayıda hasta üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırma safhası" olarak tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, araştırma ürününün ruhsatlı veya ruhsatsız olabileceği yazılı hukukta düzenlenmiştir. Ayrıca Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen 28.05.2010 tarihli ve 3426 sayılı Klinik

[896] Özgür Temiz, a.g.e., s. 135.
[897] Nüket Örnek Büken, a.g.e., s.125; Esra Öztürk, a.g.e., s.35.
[898] Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi.* Ankara : Seçkin Yayınevi. 2016, s. 619
[899] Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.31; A. Kürşat Ersöz, a.g.e., s. 26.
[900] Nüket Örnek Büken, a.g.e., s.127.

Uygulamaları Kılavuzu'nun 2.7 maddesinde yapılan "araştırma ürünü" tanımında, hem ruhsatlandırılmış hem de ruhsatlandırılmamış ilaçlara yer verilmiştir[901].

İspençiyari ve Tıbbi Müstühzalar Kanunu'nun 1/I. maddesinde de ilacın tanımı yapılmıştır. Bu maddeye göre, kodekste muharrer şekil ve formül haricinde ve fenni kaidelere muvafık muayyen ve sabit bir şekilde yapılarak âmillerin ismiyle veya hususi bir nam altında, ticarete çıkarılan tababette müstamel her nevi basit ve mürekkep devai tertiplere ispençiyarî ve tıbbi müstahzarlar ismi verilir.

KAHY'nin 4/1 -p maddesinde, ilaç veya beşeri tıbbi ürün tanımı yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre, ilaç veya beşeri tıbbi ürün; hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonu olarak tanımlanmıştır.

Öğretide kabul gören tanıma göre," acıların, bedensel zararların veya hastalıkların iyileştirilmesine, azaltılmasına ve bunlardan korunmaya özgülenmiş maddeler ile bedensel fonksiyonlar ve ruhsal durumları teşhis ve etkilemeye yönelik maddeler ilaç " olarak kabul edilmektedir. Ancak besin maddeleri, kozmetik maddeler, tütünden üretilen ürünler, tıbbi ürünler ve organlar ilaç olarak kabul edilmemektedir.[902]

4.5.1.2. Klinik İlaç Araştırmalarının Türleri

4.5.1.2.1. Tedavi Amaçlı Klinik İlaç Araştırması

Kusurlu bir genin, normal şartlar altında, kusurlu bir fizyolojiye sebep olduğu doğuştan gelen çok sayıda metabolik hata vardır. Örneğin Wilson hastalığında, genetik bir kusurun sebep olduğu bu hastalıktan zarar görenler, hayatımızı sürdürebilmemiz için gıda tüketimimizdeki düşük oranlarda aldığımız bakırı bedenlerinden atamazlar. Vücutlarında depolanan bakır zamanla sinirsel yıpranmaya ve ölüme sebep olacaktır. İşte Wilson hastalığına yol açan kusurlu gene

[901] Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e, s.32.
[902] Çiçek Özgür, *"İnsanlar Üzerinde İlaç Klinik Araştırmaları",* Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, Y:2, S.2, Ankara 2012, s.182; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e, s.32; Esra Öztürk, a.g.e., s.35.

sahip olan insanlar bakırı vücutlarından atmalarını sağlayan bir ilaç kullanarak tamamen normal bir yaşam ve gelişim sürdürebilirler.[903] İnsan geni üzerindeki incelemelerin, klinik ilaç araştırmaları öncesinde kullanılarak genetik kusurların saptanması ve akabinde bu rahatsızlıkları tedavi amacıyla gerekli ilaçların icadında oynadığı rol insanlık için oldukça önemlidir. İnsan geni haritası yaparak, her bireyin kendine özgü kullanacağı ilaç hakkındaki bilgisinin genişlemesine yol açan gen incelemeleri, ekonomik yatırımlar için de yol göstericidir.[904]

Küresel ilaç araştırmaları ve sağlık dünyasını bir deney alanına çevirme uğraşı, uluslararası klinik tedavi uzmanlarının ne tür bir bilimle ortaklaşa çalışması gerektiği sorununu doğurur. Bu klinik tedavi uzmanları, titiz deneysel modeller oluştururlar.[905] Birçoğu alandaki yeni kesinlik konusunda istekli olmasına rağmen, bazıları bunu hastalara yeterli tıbbi hizmeti sunma konusundaki becerilerini bozan bir gelişme sayarlar. Farmakogenomik alanında hastalıkların genetik köklerini ve ilaçlara gösterilen farklı tepkileri araştıran uzmanlar, geleneksel ilaçlardan daha etkili ve güvenli ilaçlar geliştiriyor. Bu konuyla ilgili olarak araştırmalardaki etik endişelerin giderilmesi için "trust model" olarak adlandırılan güvene dayalı bir model önerilmiştir.[906] İnsan geni üzerindeki incelemelerin, kişiselleştirilmiş tıp yönündeki ilk adımları, belirli ırksal ve etnik topluluklarda hastalıkları tedaviye yönelik ilaç üretimi olmuştur. Kaldı ki, kanıtlanan etkisiyle, sağlık güvencesine dahil edilen ve zaman zaman da güvence dışına çıkarılan kaplıca tedavisi gibi yöntemler de ilaçlardan beklenen yararları sağlamaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından benimsenen Yerli ve Kabile Toplulukları Sözleşmeleri'nde (özellikle 20. ve 25. maddeler) kabile topluluklarının ulaşılabilir en yüksek sağlık standardından yararlanacakları gibi kendi geleneksel koruyucu ve tedavi edici uygulamalarının da koruma altında olduğunu düzenlenmiştir.[907] Böylelikle doğru tıbbi uygulamanın mevcut ve gelecekteki kabul edilmiş klinik buluşlarla gerçekleşebileceği, modern hekimliğin bilgi tekeli ile öngörülen uygulamanın modern devlet ve toplum tarafından kabul edilebilir addedilebileceği açıktır.

[903] Lewontin R.C., a.g.e., s.44.
[904] Alberto Marches, a.g.m., s. 855.
[905] Gürsel Türkiz, a.g.m., s. 95; Jonathan Metzl, *Anna Kirkland*, a.g.e.,s.78.
[906] Heather Widdows, a.g.m.,s. 186.
[907] Özgür Temiz, a.g.e., s.96.

Gen işlevlerinin ve genetik polimorfizmlerin incelendiği araştırmalar, klinik araştırmalar yönünden işlevsel bir rol oynamaktadır. Bu araştırmalar ile yeni ilaçlar ve tedavi yöntemleri saptanabilecektir.[908] İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik 4/t maddesinde , insan üzerinde gerçekleştirilen klinik araştırmaları şöyle tanımlanmaktadır:

"Bir veya birden fazla araştırma ürününün klinik, farmakolojik veya diğer farmakodinamik etkilerini ortaya çıkarmak ya da doğrulamak; advers olay veya reaksiyonlarını tanımlamak; emilim, dağılım, metabolizma ve atılımını tespit etmek; güvenliliğini ve etkililiğini araştırmak amacıyla insanlar üzerinde yürütülen çalışmadır."

Tedavi amaçlı deneyden söz edilebilmesi için KAHY'te belirtildiği gibi, bilimsel araştırma sonuçları henüz kesin nitelik taşımasa da yani tedavi edeceğine dair kesin sonuçlar bulunmasa da hastalığın tedavisi konusunda elde edilmiş bazı somut faydaların bulunması gerekmektedir. Deneme amaçlı kullanım için bilinen yöntemler faydasız veya yüksek riskli olmalı; bu ihtimal gerçekleşmese bile en azından hastanın yararı açısından yeni yöntemin tedaviye daha fazla elverişli olduğunu gösteren somut veriler bulunmalıdır.[909] Bu tür araştırmalarda hasta hem araç hem de amaç konumundadır.[910]

4.5.1.2.2. Bilimsel Amaçlı Klinik İlaç Araştırması

Geleneksel tedavi yöntemlerinin yerine yeni tedavi yöntemlerinin geliştirilmesi çabaları, bilimsel amaçlı klinik ilaç araştırmalarının nicel ve nitel gelişimini artırmıştır. Bu araştırmalar sadece bir ilacın etki ve yan etkilerinin saptamasına yönelik olan ve araştırmaya katılan kişiyi tedavi gayesi olmaksızın sağlıklı veya hasta kişiler üzerinde gerçekleştirilen ilaç araştırmalarıdır. Araştırmaya tabi olan gönüllü kişilerin hasta ya da sağlıklı olmasının önemi yoktur. Böylelikle bir

[908] Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 55.
[909] Çiçek Özgür, a.g.m., s.184.
[910] Nüket Örnek Büken, a.g.e., s. 134.

ilacın teşhis ya da tedavi değeri başta olmak üzere ilacın yan etkileri de dahil olmak üzere ilaçla ilgili bütün bilgiler sağlanır.[911]

İlaçların keşfedilmesi amacıyla yapılan ve uygulama yapılan kişinin tedavisi amacını taşımayan ilaç araştırmalarına bilimsel amaçlı klinik ilaç araştırmaları denilmektedir. Uygulanacak kişiler, bu müdahalelerde sağlıklı kişiler veya ilacın tedavisinde kullanılan hastalığı taşıyan kişiler olmalıdır. Klinik ilaç araştırmalarında tedavi amacının bulunmaması, gönüllülerin menfaatsiz bir fedakârlığa katlanmalarını gerektirir. Bu nedenle çok sıkı şartlara bağlı kalarak uygulamanın yapılması gerekmekte; aksi durum ise araştırmacının sorumluluğunu doğurmaktadır.[912]

Öğretide bilimsel amaçlı deneyi diğer tıbbi müdahalelerden ayıran üç özellik olduğu belirtilmiştir. Bunlar yeni bir ilacın veya yöntemin etkililiğini ölçme amacına yönelik bir bilimsel araştırma çerçevesinde gerçekleştirilmesi, müdahalenin tıbbi endikasyonunun bulunmaması ve uygulanan ilaç veya yöntemin - henüz- tıbbi standarda dahil olmamasıdır.[913]

Bilimsel deney ile tedavi amaçlı deneme arasındaki başlıca ölçüt, amacın araştırma yerine iyileştirmeye yönelik olmasıdır. Ayrıca tedavi amaçlı deneme için bazı ek koşullar gereklidir. Bir yöntemin, tıbbi veriler çerçevesinde kesinlik gösteren sonuçlarının bulunmaması, ancak müdahalenin gerçekleştirildiği an itibariyle, öngörülen sonuçlar ile olası riskler tartıldığında hastanın yararına bir sonucun doğması bakımından somut bir olasılığın bulunması gerekmektedir.[914]

4.5.2. Klinik İlaç Araştırmalarında Kullanılan İnsan Geni İncelemelerinin Hukuka Uygunluğu İçin Gereken Koşullar

Gen teknolojilerinin yaygın olarak kullanıldığı ilaç endüstrisinde en büyük sorunlardan biri sterilizasyonun yeterince yapılmaması ve ilacın süresinin geçmesiyle içerdiği mikroorganizmalar sebebiyle bozularak yaralanmalara hatta ölümlere yol açmasıdır. Ancak bilim adamları, yoğun çalışmalarla, bu olumsuz sonuçları en aza

[911] Öztürk, E. *Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2013, s.41.
[912] Seda Kara Kılıçarslan, "Klinik İlaç Araştırmalarından Doğan Sorumluluk*". Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XV, S. 3 , Ankara 2011, s. 289.
[913] Barış Erman, a.g.m., s.6.
[914] Barış Erman, a.g.m., s.7

indirgemeye çalışmaktadırlar. İlaçların etkilerini, toksitelerini inceleyerek ilaçların sağlığa zararlı özelliklerini giderici katkılarda bulunan farmagenomik ve farmagenetik bilim dalları da incelemeye değerdir.[915]

Aynı ilacı kullanan kişilerde farklı tesirlere maruz kalmasının sebebini, genetik yapılardaki farklılıkla gerekçelendirmeye çalışan bilim dalı farmakogenetiktir. Bu yeni alan, insanın genetik yapısının, vücudun belli ilaçlara karşı tepkisini nasıl etkilediğini incelemektedir. Bu teknoloji ile üretilen çok sayıda ilaç ve aşı bulunmaktadır. Bu ilaçlara en güzel örnek, diyabet hastalarının kullandığı insülindir. Ayrıca özellikle hormonların, proteinlerin ve genlerin bakterilerde klonlanmasıyla elde edilen ilaçlar geniş hasta kitlelerine ulaşmaktadır. Bir ilacın gen dizilimindeki etkilerini ise farmagenomiktir.[916] Aynı hastalığa maruz olan kişilere verilen sabit ve standart ilaçlar yerine, hastaya özgü ilaçların verilmesi tıbbi bir zorunluluktur. İnsan genomunun dizilişinin incelenmesiyle elde edilen bilimsel verilere dayanan bu iki bilim dalındaki gelişmelerle, kişiye özgü ilaç üretimi ve dozaj saptanması ile ilaç türleri yararlı biçimde kullanılacaktır. Sonuç olarak sağlıklı bir toplumun yaratılmasının yanı sıra, tedaviye yaramayan ilaçların sürümden çıkartılarak ilaç tasarrufu da sağlanacaktır.[917]

Küresel olarak bakıldığında sadece diyabet hastalığının tedavisi için 2003 ve 2013 arasındaki on yıllık süreçte yaklaşık 825 billion dolar harcanmış ve bu harcamalar artış eğilimindedir. Bu durum devletler için büyük bir mali meseledir. Şimdiki zaman bir yana gelecekte de bu sorunun çözümü için büyük bir kaynak gerekmektedir. [918] Hastalığın önlenmesi ve tedavi edilmesi bir yana, ilaç imalat ve dağıtım şirketlerinin yapacağı genetik incelemelerin maliyetlerinin finansı sorununun çözümünde, etik ve insan onuru ilkelerini içermeyen yöntemlerin ve tekniklerin uygar dünyada yeri yoktur. Biyoteknolojik ilerlemelere uygun olarak insanlar üzerinde uygulanacak tıbbi ilaçların üretiminin merkezinde insan geni ve bu genden hareketle oluşturulmuş proteinler bulunmaktadır.

[915] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e., s. 182.
[916] Greg Gibson, a.g.e. ,s. 41.
[917] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e., s. 185.
[918] Christopher Newdick, a.g.m., s. 414.

4.5.2.1. Araştırmanın İnsan Dışı Deney Ortamında Denenmesi

İlaç araştırmalarının daha önceden insan dışı deney ortamında ve hayvanlar üzerinde[919] denenmeden, doğrudan doğruya insan üzerinde yapılması tehlikeli sonuçlara yol açabilir. Hayvanların denek olarak kullanılması, onların değerinin azlığından ya da yokluğundan değildir. Burada amaç insan sağlığının olası zararlardan korunmasıdır. İnsanlar üzerinde daha önce araştırılmamış ilaçların ne tür etki vereceği bilinmediğinden, ilaç öncelikle insan dışı deney ortamında ve yeterli sayıda hayvan üzerinde araştırılmalıdır920. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/i ve Ek Protokol'ün 5. maddelerine göre, insan üzerinde deney en son umar yol olmalıdır.[921]

Araştırmanın insan dışı deney ortamında denenmesi koşulu Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek 10. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, herhangi bir tedavi yöntemi veya araçlarının veyahut ruhsat veya izin alınmış olsa dahi ilaç ve terkiplerinin, tıbbi ve biyolojik ürünler, bitkisel ürünler, kozmetik ürünler ve ham maddeleri ile tıbbi cihazların bilimsel araştırma amacıyla insanlar üzerinde kullanılabilmesi için Sağlık Bakanlığı veya bağlı kuruluşlarından izin alınmasının yanında, araştırmanın, öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması gerekir.

Bu düzenlemeye göre araştırmanın mümkünse en son insan üzerinde yapılmasıdır. Deney hayvanı kullanılmaksızın geçerliliği kanıtlanmış diğer bilimsel alternatif yöntemler (video, bilgisayar simülasyon ve matematiksel yöntemler gibi) varsa hayvan üzerinde deney yapılmaması, Hayvanları Koruma Kanunu'nun 9. maddesinde belirtilmiştir. 922 Henüz deneme aşamasında bulunan tedavi yöntemleri ile klinik ilaç araştırmaları başta olmak üzere, bu kapsamda değerlendirilmesi gereken genetik tedavilerin de hastaya uygulanmasında uyulması gereken kurallar, HHY'nde belirtilmektedir. Buna göre, bu tür uygulamalara ancak "zaruret halinin şartlarının gerçekleşmesi halinde" başvurulabilecektir.[923] HHY'nin 27. maddesine

[919] Nüket Örnek Büken, a.g.e., s.9; Güçlü Akyürek, a.g.m., s.10.
[920] Öztürk, E., *Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk*, Ankara : Yetkin Yayınları, 2013, s.71; A. Kürşat Ersöz, a.g.e., s.79.
[921] Güçlü Akyürek, a.g.m., s.10.
[922] A. Kürşat Ersöz, a.g.e., s.80
[923] Meral Gürbüz, a.g.e., s. 164.

göre, klinik veya laboratuar 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 bulunduğunda, bilinen klasik tedavi metotları yerine başka bir tedavi usulü uygulanabilir. Ayrıca bilinen klasik tedavi metodu dışındaki bir metodun uygulanabilmesi için, hastaya faydalı olacağının 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 kurtaracağının mutlak olarak öngörülmesi halinde yapılabilir.

4.5.2.2. Orantılılık İlkesi

İlaç araştırmasına rıza veren gönüllünün yaşamı, bedensel tümlüğü ve sağlığı, araştırmadan beklenen yarardan daha fazla korunmalıdır. [924] Burada gönüllüye verilebilecek zarar ile bilimsel gelişme sağlanması olmak üzere iki menfaat çatışma halindedir. En yüce değerin insan olması, üzerinde araştırma yapılacak kişi için, onu bekleyen fayda veya zararın orantısının bilinmesini şart koşar. Araştırmaya katılacak bireyin bedensel bütünlüğü, her türlü yarar ve çıkarın üzerindedir.[925] Bu nedenle klinik araştırmalarda ve ilaç araştırmalarında toplumsal yarar ile bireysel yarar arasında bir çatışma olması halinde toplumsal yararın tercih edilmesini belirten görüşte926 isabet bulunmamaktadır.

Öğretide isabetli olarak kabul edilen görüşe göre, insan denekler üzerindeki biyomedikal araştırmalarda elde edilmesi gereken sonuç, araştırmanın denek için taşıdığı tehlikeden daha önemli olmalıdır; aksi takdirde araştırmanın uygulanması yasal olmayacaktır. Araştırma projesinden önce, beklenen yararlar ile ön görülen tehlikeler dikkatlice değerlendirilmelidir. Bütün denek adayları, amaçlar, yöntemler, beklenen yararlar, olası tehlikeler ve ortaya çıkabilecek rahatsızlıklar konusunda yeterince bilgilendirilmelidir. Ayrıca denek adayına çalışmaya katılmaktan vazgeçme

[924] Seda Kara Kılıçarslan, a.g.m., s. 296; Nesrin Çobanoğlu, Onam, s. 77.
[925] Öztürk, E., *Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk*, Ankara: Yetkin Yayınları. 2013, s.74; A. Kürşat Ersöz, a.g.e., s.82; Güçlü Akyürek, a.g.m., s.10.
[926] A. Kürşat Ersöz, a.g.e., s.80.

özgürlüğü olduğu ve herhangi bir anda katılmaya verdiği rızayı geri çekebileceği de bildirilmelidir.[927]

Helsinki Bildirgesi'nin 5. maddesinde, tıbbi ilerlemeler, insanlar üzerinde gerçekleştirilen çalışmaları da kapsaması kaçınılmaz olan araştırmalara dayanır, denilmek suretiyle, orantılılık ilkesini düzenleyen aynı Bildirge'nin 18. maddesine de işaret edilmiştir.[928] Bu maddeye göre, hekimler, risklerin yeterince değerlendirildiğinden ve tatmin edici bir şekilde bunlarla baş edilebileceğinden emin olmadıkça, insan gönüllüler üzerindeki araştırma çalışmalarına katılamazlar. Risklerin yararlardan daha fazla olduğu tespit edildiğinde ya da nihai sonuca ilişkin kesin kanıtlara ulaşıldığında hekim araştırmaya devam etmek mi, araştırmada değişiklik yapmak mı yoksa araştırmayı derhal durdurmak mı gerektiğini değerlendirmelidir.

Araştırma ile beklenen yarar ve zarar orantısının hesaplanarak ilaç araştırmasının yapılması gerektiği koşulu Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'nun Ek 10/1-d maddesinde açıkça düzenlenmiştir.[929] Bu maddeye göre, araştırmayla varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması gerekir.

Klinik ilaç araştırmasında yarar ve zarar oranının her araştırma ve araştırma türü için ayrı ayrı hesaplanması gerekir. Tedavi amaçlı klinik araştırmalarda, hastanın sağlığına kavuşturulması ilk amaç olduğu için buradaki yararın daha ağırlıklı olması gerekir. Bilimsel amaçlı klinik araştırmalarda ise, bilimsel gelişim sağlamak adına insanın kamu yararı için zarara uğratılması kabul edilemez. [930]

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 16. maddesinde, üzerinde araştırma yapılan kişilerin korunması yönteminin sıkı kurallara bağlandığı görülmektedir. Bu kurallara göre, insanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması ile araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararlarıyla oransız olmaması gerekir. Bu şartlara ilaveten araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin

[927] Berna Arda, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.m., s. 328; Alvina Gojayeva, a.g.m., s.43.
[928] www.journalagent.com/aot/Helsinki_Decleration_tur.pdf. E.T. 30.11.2017.
[929] Esra Öztürk, a.g.e., s.74.
[930] Esra Öztürk, a.g.e., s.74.

değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tâbi tutulması dahil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelenmeden sonra onaylanmış olması ve üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları gerekir. Üzerinde araştırma yapılan kişinin her zaman serbestçe geri alabileceği rızasının, açıkça ve belirli bir şekilde verilmiş olması ve bunun belgelendirilmiş bulunması gerekir.

KAHY'de, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/ii maddesini derinleştirerek ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin 5/1-b maddesine göre, insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını zorunlu kılması gerekir.

4.5.2.3. Etik Kurulu Onayı ve Yetkili Makamın İzninin Olması

İlaç etiği, tıbbi etikten bağımsız olarak düşünülemez. II. Dünya Savaşı'ndaki acı deneyimlerden hareketle Dünya Tıp Birliği, insanlardan sağlanan ve sahibi belirlenebilen materyal ya da veriler üzerinde yapılan araştırmalar da içinde olmak üzere, gönüllülerin yer aldığı tıbbi araştırmalar için etik ilkeler Helsinki Bildirgesi'ni geliştirmiştir.[931] Gen araştırmaları dahil olmak üzere ilaç araştırmaları için etik kurullarından, incelemeye başlanmadan önce izin alınmalıdır. 932Ulusal hukuk düzenleri için etik kurullarının ilaç araştırmalarındaki yeri için bu bildirgenin önemi büyüktür. [933]

Etik kurallara uygunluğun ve insan üzerinde yapılacak deneylerde insani ilkelere uyulup uyulmadığı etik kurullar tarafından denetlenecektir.[934] Klinik ilaç araştırmalarında yapılacak araştırmayı ilgili etik kurulun uygun görmesi [935], Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu Ek 10/1-f maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

[931] Nüket Örnek Büken, a.g.e., s.12.
[932] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 77.
[933] A. Kürşat Ersöz, *İlaç Hukuku Bağlamında İdarenin Sorumluluğu*, İstanbul : Onikilevha, 2016, s.104; Gürsel Türkiz, a.g.m., s. 95.
[934] Güçlü Akyürek, a.g.m., s.10.
[935] Ayşe Almula Pazarcı, a.g.m., s.31; Türkiz, Gürsel a.g.m., s .95; Esra Öztürk, , a.g.e., s.77.

Aynı Yasa'nın Ek 10/ son maddesine göre etik kurulların amacı ve kimin tarafından kurulması meselesine açık bir çözüm getirilmiştir. Bu maddeye göre, Sağlık Bakanlığınca,insanlar üzerinde gerçekleştirilecek klinik araştırmalara katılacak gönüllülerin hakları,sağlık güvenliği ve esenliğinin korunmasını sağlamak ve klinik araştırmaları etik yönden değerlendirmek amacıyla etik kurullar; klinik araştırmalarla ilgili konularda Bakanlığa görüş bildirmek üzere Klinik Araştırmalar Danışma Kurulu teşkil olunur.

Etik kurul, yapılan araştırmanın yöntemini, gönüllülerin karşılaşacağı etik olmayan, güvenliksiz denemelerden uzak tutulmayı hedefler. Yaptığı incelemeler sonucunda gönüllülerin haklarını tehlikeye atmayan kişilere faydalı araştırmaların yapılmasına onay verir, bu onay olmadan araştırmanın yapılması mümkün değildir. Etik kurulun, klinik araştırmalar için bir şart olması, Helsinki Bildirgesi'nde de yer almıştır. Önemsiz, ciddi faydalar sağlamayan araştırmalar karşısında gönüllünün kendi menfaatinin riske atılmasının engellenmesini garantileme amacını haiz olduğunu belirtilmiştir.[936]

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in 12/5-6-7. maddesinde bu husus açıkça düzenlenmiştir.937 Etik kurulların klinik ilaç araştırmalarına izin vermesi, başlı başına kesin ve yürütülebilir nitelikte olmayan tasarruflardandır. Bu nedenle etik kurulunun olumlu kararının usulüne uygun olarak, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun onayı şarttır.[938]

Etik kurulların aldığı red kararları ise, klinik ilaç araştırmalarını nihai olarak sonlandırdıkları için idari yargıya başvurulmak suretiyle iptal davasına konu edilebilir. Etik kurulları almış olduğu kararları geri alabilir. Örneğin insanlar üzerinde yapılmak üzere müracaat edilen ilaç araştırmasının öncesinde, hayvanlar üzerinde yeterli klinik araştırma yapılmadığının ortaya çıkması durumunda etik kurulu verdiği onayı geri alabilecektir.939

[936] Seda Kara Kılıçarslan, a.g.m., s. 297; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s. 158.
[937] Esra Öztürk, a.g.e., s.79.
[938] Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.161.
[939] A. Kürşat Ersöz, a.g.e., s.119.

4.5.2.4. Araştırmaya Katılacak Kişinin Aydınlatılması ve Rızasının Alınması

Bireyin bedensel ve ruhsal değerini koruyabilmesi için, klinik araştırmalara katılmadan önce rızasının alınmış olması gerekir. Rızanın geçerliliği için, rıza alınmadan önce aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir. Hasta ya da gönüllünün kendisi hakkında karar verme hakkını veya kendi geleceğini belirlemesi için aydınlatılması olmaz olmazsa koşuldur. Kişinin rızası olmaksızın bilimsel veya tedavi amaçlı klasik ilaç araştırması yapılamayacağı gibi, aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınan rıza da geçerli olmaz.[940]İnsan deneklerin kullanıldığı tıbbi araştırmalarda da aydınlatılmış onam alınması vazgeçilemeyecek bir etik değerdir ve yokluğu kabul edilemez. Riske girerek bir tıbbi araştırmaya katılmış denek kişiye saygı, hem araştırmaya katılanların özerk kimlik ve saygınlığını tanımaktan, hem de araştırma nedeniyle özerk kimliği zayıflamış o kişinin korunmasından geçmektedir.[941] Aydınlatılmış rızası alınan kişinin, deneme grubunda mı test grubunda mı olduğu, araştırmanın neden insan vücudu üzerinde yapılmasının gerekli olduğu hususlarda bilgilendirilmesi gerekir. Araştırmalarda ve onamlarda genelleştirme yasağı olduğu için, her araştırma ve her denek açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması zorunludur.942

Hastanın araştırmaya rızasının alınması Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 16/iv maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre , üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları gerekmektedir. Bu konuda getirilmiş en ayrıntılı ve kapsamlı düzenleme Sözleşmeye Ek Protokol'ün 13. maddesinde yapılmıştır.943

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in 4/h, 5/ı, 6, 8 maddelerinde araştırmaya katılacak olan kişilerin bilgilendirilerek, ayrıntılı biçimde onaylarının alınmasının zorunlu olduğu, deneklerin istedikleri anda klinik araştırmalardan ayrılabilecekleri belirtilmiştir.944 Yönetmeliğin 5/ 1-ı maddesine göre, araştırmaya katılmak üzere gönüllü olmak isteyen kişi veya kanunî

[940] Öztürk, E. *Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s.80; Güçlü Akyürek, a.g.m., s.11.
[941] Erdem Aydın, a.g.m, s.96.
[942] A. Kürşat Ersöz, a.g.e., s.86; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.190.
[943] Esra Öztürk, a.g.e., s.86.
[944] Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.188.

temsilcisi, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri ve araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da diş hekimi olan bir araştırmacı tarafından bilgilendirilir.

Klinik ilaç araştırmasına konu olan gebe, loğusa ya da emziren kadınlarda araştırma gönüllü kadın ile fetus ya da bebek sağlığı açısından öngörülebilir ciddi bir tehlike taşımıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı umuluyorsa izin verileceği iç hukuk sistemimizde kabul edilmiştir.945 Konuya ayrıntılı ve kapsamlı bir düzenleme getiren İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesine göre, araştırma konusunun doğrudan gebe, lohusa veya emziren kadınları ilgilendirmesi ya da sadece gebe, lohusa veya emziren kadınlarda incelenebilir klinik bir durum olması halinde, araştırma gönüllü ile fetüs veya bebek sağlığı açısından öngörülebilir bir risk taşımıyor ve araştırmanın gönüllülere doğrudan bir fayda sağlayacağı hususunda genel tıbbi bir kanaat bulunuyorsa gebeler, lohusalar ve emziren kadınlar üzerinde araştırma yapılmasına izin verilebilir. Ancak gebe, lohusa veya emziren kadınların, bilgilendirildikten sonra yazılı oluru alınır. Bu kadınların kadınların, araştırmaya iştirak etmeyi reddetmeleri veya araştırmanın herhangi bir safhasında araştırmadan çekilmek istemesi durumunda araştırmadan çıkarılır. Etik kurul, özellikle fetüs veya bebek sağlığı yönünden, araştırmayla ilgili klinik, etik, psikolojik ve sosyal problemler konusunda, araştırma konusu ile ilgili alanda uzmanlığını almış bir hekim tarafından bilgilendirilir ve protokol bu yönde değerlendirilir. Gebe, lohusa veya emziren kadınlarda yapılacak klinik araştırmalar için bunların araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak zorunlu masrafların karşılanması dışında herhangi bir ikna edici teşvik veya malî teklifte bulunulamaz.

Özgürlüğü kısıtlanmış kişiler hakkında, CGİK 78/3 maddesine göre rızası olsun ya da olmasın hiçbir hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamayacağı belirtilmiştir. Anılan madde metninde sadece hükümlülerden söz edilip, tutuklulardan

945 Zeynep Ateş, a.g.e., s. 113.

ya da göz altına alınanlardan söz edilmemesi büyük bir noksanlıktır. Ancak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, " Avrupa Cezaevi Kuralları" ve " Tutuklulara Uygulanacak Asgari Kurallar" başlıklı düzenlemelerde " tutuklular kişilik bütünlüğüne, fiziksel ya da moral yapılarına zarar verecek tıbbi ya da bilimsel deneye tabi tutulamazlar" denilmek suretiyle tutukluların da yasak kapsamına alındığı görülmektedir.

Klinik ilaç araştırmalarının yanı sıra, hekimin tedavi için hastaya kullanmasını önerdiği ilaçlar hakkında da gerekli aydınlatmayı yapması gerekir. Araştırma sırasında yapılacak deneylerde, denemeye tabi tutulacak kişinin araştırma konusu ilaca alerjisinin olup olmadığı, yan etkilerinin ne olduğu, ilacın ne sıklıkta ve dozajda alınacağı konusunda gerekli aydınlatmanın hekim tarafından yapılması zorunluluktur.

Çocuklar üzerinde araştırma yapılabilmesi, önceki deney sonuçlarının çocuklar üzerinde deneme yapılmasını gerekli kılması, onam açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi onamı yanında ana-babası veya vasisinin yazılı onamının alınması ve araştırmayı değerlendiren etik kurulda çocuk hekimi bulunması koşullarına bağlanmıştır. HHY deneme, araştırma veya eğitim amaçlı tıbbi müdahale yapılmasını, araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde hastanın kimlik bilgilerinin açıklanmasını ve sağlık hizmetinin verilmesi dolayısı ile edinilen bilgilerin açıklanmasını hastanın veya yasal temsilcisinin iznine tabi tutmaktadır. İlaç Araştırmaları Yönetmeliği ve Sağlık Bakanlığının Genelgesi, beşeri ilaçlarla yapılacak klinik araştırmaların kurallarını belirlemektedir.[946]

4.5.2.5. Sigorta Yaptırılması

Klinik ilaç araştırmalarından doğabilecek zarar tehlikesine karşı sigorta yaptırılması, gönüllüler ve araştırmacıların ruhsal ve bedensel bütünlüğü için önem taşımaktadır. Bilimsel amaçlı ilaç araştırmalarında, kamu yararına özveride bulundukları için, bu kişilerin uğrayacakları zararların karşılanması hakkaniyete uygundur.[947] Bu husus KAHY'nin 5/ I-1 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre,

[946] Gürsel Türkiz, a.g.m., s. 94.
[947] Esra Öztürk, a.g.e., s. 98; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.187.

gönüllülerin klinik araştırmadan doğabilecek zararlara karşı güvence altına alınması amacıyla, faz IV klinik araştırmaları ve gözlemsel ilaç çalışmaları dışındaki klinik araştırmalara katılacak gönüllüler için ilgili mevzuat gereğince sigorta yaptırılması zorunludur.

Öğretide bir görüşe göre araştırmalarda ayırım yapılarak, gönüllüye gelebilecek bir zarar rizikosunun bulunmaması halinde, sigorta yapılamasının zorunlu olmadığını ileri sürmektedir.[948] İlaç araştırmalarının deneğin sağlığı açısından oluşabilecek olumsuzlukların giderilmesi ve ilaç araştırmalarında denek bulmakta oluşabilecek sıkıntıların aşılması için sigorta ettirme zorunluluğunun isabetli olduğu söylenebilir.

4.5.2.6. Araştırma Sırasında Kişiye İnsan Haysiyetiyle Bağdaşmayacak Derecede Acı Verici Yöntemlerin Uygulanmaması

Her tıbbi müdahalede insan bedenine acı verilmesi doğaldır. İnsan üzerinde yapılacak araştırmalarda da, insana az ya da çok zarar verilecektir. Ancak bu acının katlanabilir olması gerekir.[949] KAHY'in 5/ 1-f maddesinde bu hususa işaret edilmiştir. Bu maddeye göre, araştırma acıyı, rahatsızlığı, korkuyu, hastanın hastalığı ve gelişim safhası ile ilgili herhangi bir riski mümkün olan en alt düzeye indirecek biçimde tasarlanır. Hem risk sınırının hem de rahatsızlık derecesinin özellikle tanımlanması ve sürekli kontrol edilmesi gerekir.

Klinik ilaç araştırmalarında, insan sağlığı üzerinde zararlı ve kalıcı bir etkinin oluşması, ilaç araştırmasını hukuka aykırı hale getirir. Araştırmayı gerçekleştiren bilim adamı, araştırmanın insan üzerinde zararlı ve kalıcı bir halin oluşacağını öngörürse araştırma yapmamalıdır.[950] Böyle bir durumda, araştırmaya başlanmışsa derhal sonlandırılmalıdır. KAHY 5/1-ğ maddesine göre, araştırmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması gerekir.

[948] Esra Öztürk, a.g.e., s.99.
[949] Güçlü Akyürek, a.g.m., s.11.
[950] Esra Öztürk, a.g.e., s. 100.

4.5.2.7. Araştırmanın Mali Bir Menfaate Dayanmaması

Klinik ilaç araştırmalarına katılan gönüllülere herhangi bir ücret ödenmesinin gerekip gerekmediği konusu tartışılan konulardan birisidir. Öğretide bir görüşe göre, sigorta güvencesi dışında gönüllülerin araştırmaya katılmasını sağlamak için herhangi bir ikna edici maddi öneride bulunmak mümkün değildir. Gönüllülerin araştırmaya katılmalarıyla oluşan masraflar ile gelir noksanlığından doğacak zararlarının karşılanması için ilaç firmalarının bütçe ayırdığı ya da bazı gelişmiş ülkelerin klinik ilaç araştırmalarına katılan gönüllüler için belli bir ödeme yaptığı bilinmektedir. Ancak ülkemizin gerçekleri göz önüne alındığında, gönüllülere para ödenmesinin yerinde olmadığı ileri sürülmektedir.[951]

Öğretide ileri sürülen diğer görüşe göre, deneyin herhangi bir menfaat teminine bağlı olmaması , bu konudaki çalışmalara aykırılıktır. Sağlıklı insanın, maddi ya da manevi bir yararı olmaksızın klinik ilaç araştırmalarına katılması eşyanın tabiatına aykırıdır. Hem ülkemizde hem de yabancı ülkelerde yürütülen araştırmalarda açık kanuni yasağa karşın deneklere maddi menfaat sağlanmaktadır. Özellikle genetik analizin klinik ilaç araştırmaları amacıyla yapılması ve sonuçların hele hele gönüllüye yararlı olacağı önceden kestirilemiyorsa, gönüllünün ilgili giderleri araştırma bütçelerinden karşılanmalıdır.[952] Ayrıca bu nedenle gönüllüyle, tek taraflı olarak her zaman feshedebileceği bir sözleşme yapılabilmesi olanağı sağlanması hukuka ve gerçek duruma uygundur.[953]

İlaç araştırmalarında gönüllüye maddi çıkar sağlanması, araştırmaya katılımın özendirilmesi ve deneğin araştırmaya katılmakla sergilediği özgeci tavrın özendirilmesi yönünden etiğe uygundur. [954]Ancak öğretide isabet bulunan görüşe göre, gönüllüye sağlanan menfaat kesinlikle özerkliğe zarar verici boyutta olmamalıdır. Kişinin bir araştırmaya katılması için direnemeyeceği miktarda para önerisini kabul etmesi böyle bir durumdur.[955]

---

[951] Bilge Aydın Temiz, a.g.m., s. 260.
[952] Aslıhan Tolun, a.g.m., s.9; Güçlü Akyürek, a.g.m., s.11; Mine Kasapoğlu Turhan, a.g.e., s.185.
[953] Sevtap Metin, a.g.e., s. 474.
[954] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 68.
[955] Nüket Örnek Büken, a.g.e., s. 12.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik'in 5/1 maddede bu husus tartışmaya yer vermeyecek biçimde düzenlemiştir.[956] Anılan düzenlemeye göre, sigorta teminatı dışında, gönüllülerin araştırmaya katılmasının veya araştırmanın sürekliliğinin sağlanmasına yönelik olarak gönüllü veya kanunî temsilcisi için herhangi bir ikna edici teşvikte veya malî teklifte bulunulamaz. Ancak gönüllülerin araştırmaya iştiraki ile ortaya çıkacak masraflar ile sağlıklı gönüllülerin çalışma günü kaybından doğan gelir azalması araştırma bütçesinde belirtilir ve bu bütçeden karşılanır.

4.5.2.8. Gönüllünün Mahremiyeti ve Kişisel Bilgilerinin Saklı Tutulması

Araştırmacıların klinik ilaç araştırmaları sonucunda ulaştıkları bilimsel verileri ve sonuçları, bilim dünyası ile paylaşmaları, uğraşılarının semerelerinin başka araştırmalarda da kullanılmalarını istemeleri hem bireysel hem de bilimin gelişimi adına beklenen bir tutumdur. Kaynağını hekimin sır saklama yükümlülüğünden alan koşula göre, araştırma sonucunda sağlanan bilgilerin yayımlanması durumunda gönüllünün kimlik bilgileri ifşa olunamaz. [957]

Günümüzde ilaç araştırmacıları gizliliğin devredilemez bir insan hakkı olarak gördükleri için, bireylere genetik bilgileri üzerinde devir yetkisi tanıyan hakların kurulamayacağını belirtmişlerdir.[958] Bu duruma aykırılık hekimin TCK 258 ve 134 maddelerine göre cezai sorumluluğunu gerektirdiği gibi, hukuki sorumluluğuna da yol açar. KAHY 5/ 1-n maddesine göre, araştırma sonucunda elde edilecek bilgilerin yayımlanması durumunda gönüllünün kimlik bilgileri açıklanamaz.

4.5.2.9. Araştırmanın Hekimler Tarafından Yürütülmesi

Hekim olmayan bir kişi tarafından bilimsel amaçlı klinik ilaç araştırmasının yapılması hukuka aykırıdır. Bu kural tedavi amaçlı ilaç araştırmalarında ise, zaruret hali ile sınırlı olmak üzere hekim olmayan kişiler de araştırmacı olabilir. KAHY 5/ d bendine göre, araştırmaya katılan gönüllünün tıbbi takip ve tedavisi ile ilgili

[956] Esra Öztürk, a.g.e., s.100.
[957] Esra Öztürk, a.g.e., s. 101.
[958] Mehmet Ali Zengin, a.g.e., s.176.

kararları, bunların gerekli kıldığı mesleki nitelikleri haiz hekim veya diş hekimine aittir.

KAHY'nin 13/ 3-a maddesi ile, sorumlu araştırmacı kavramı getirilmiştir. Bu hükme göre, bu Yönetmelik kapsamındaki klinik araştırmalar, sorumlu araştırmacının başkanlığında, araştırmanın niteliğine uygun bir ekiple yürütülür. Faz I klinik araştırmaları ve biyoyararlanım-biyoeşdeğerlik çalışmaları, iyi klinik uygulamaları konusunda yeterli eğitim ve deneyime sahip uygun bir ekip ve uzmanlığını veya doktorasını yapmış tıp doktoru bir farmakolog tarafından yürütülmelidir.

4.5.3. Klinik İlaç Araştırmalarında Yararlanılan İnsan Geni İncelemelerinin Hukuki Sonucu

İnsan geni incelemeleri, tıp ve ilaç endüstrisinde önemli bir rol oynamaktadır. Hastalıkların teşhis ve tedavisinde olduğu kadar, klinik ilaç araştırmalarında da insan geni incelemeleri önemli bir yer tutmaktadır. Hormonların, proteinlerin ve genlerin bakterilere klonlanması ile oluşan ilaçların temini için yapılan bu incelemeler, başta diyabet hastalıkları olmak üzere birçok hastalığın teşhis ve tedavisinde kullanılmaktadır.[959]

Hastalıkların tedavisine yönelik tıbbi metodlardan biri de ilaçla tedavidir. Bünyelerinde tedavi edici özellikleri bulunan ve böylece yan tesirleri de bulunan ilaçlar, farmakolojik ilaçlar olarak değerlendirilir.[960] Farmakogenomik araştırmaların temelinde, gen incelemelerinin ilaç sektöründe kullanılması yatmaktadır. Genlerde protein kodlayan polimarfizm bilgileri, kişiye özel ilaç ve ilaç dozu seçimi için yapılan araştırmalar için gereklidir.[961]

Rekombinant ilaç ve aşılarda, gen incelemelerinin ilaç üretimine yaptığı katkılar önemlidir. Hedeflenen bir genin, nicel ve nitel artırımını ya da hedeflenen bu gene güç yetiremeyen bir hücrenin, hedeflenen proteini üretebilmesini sağlayan

[959] Mevlüt Sarıkaya, a.g.e., s.18.
[960] Mehmet Emin Özgül, a.g.e., s.27.
[961] Kemale Aslanova, a.g.e., s.38.

teknoloji rekombinant DNA araştırmasının araç ve gerecidir. Bu türdeki protein üretimine insülin ilaçları örnek gösterilebilir.[962]

Tedavi amaçlı ilaç araştırmalarının hukuka uygunluğu için, deneğin ilaç hakkında ayrıntılı olarak aydınlatılması zorunludur. Genleri incelenen insan, yeni ilaç araştırılmasında ilacın kullanılma sebebi, yan etkileri ve umulan tehlikeleri konusunda yeterince aydınlatılmamışsa uygulanan tedavi ve araştırma sürecinde yapılan deney hukuka aykırıdır. Hastanın kendisine özgü yönlerini göz önünde tutmak ve ilaçla hasta arasındaki uyumu gözetmek hekimin ağırlaştırılmış özen yükümlülüğünün sonucudur.[963]

[962] Kemale Aslanova, a.g.e., s. 37.
[963] Özgül, Mehmet Emin, a.g.e., s.34.

BEŞİNCİ BÖLÜM

GENETİK VERİ BANKALARI BAKIMINDAN KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

5.1. Genetik Veri Bankaları Kavramı

Genetik veri bankaları, kamu veya özel hukuk kişileri tarafından kurulan, insan bedeninden alınan örnekler üzerinde yapılan genetik incelemelerden sağlanan moleküler, fizyolojik ve yapısal genetik verilerin kayıt altına alındığı kuruluşlardır. Doku ve hücre bankalarında kan, tükürük, kıl, saç, meni, tırnak, kemik, doku gibi vücut örnekleri saklanmaktadır. Genetik veri bankalarında bu örnekler depolanmaksızın sadece vücut örneklerinin analizinden elde edilen verilerin işlenmesiyle ulaşılan bilgiler elektronik ortamda tutulmaktadır. [964]

Genetik veri bankaları ile toplumun geneline ilişkin gen haritalarının çıkartılması mümkündür. Çünkü rastlantısal olarak seçilen çok sayıdaki kişiye ilişkin genetik verilerin toplanması bu amacı gerçekleştirmeye yetecektir. Araştırma konusunun çeşidine göre, örneğin suçlulukların tespitine, delil toplamada veya belli bir hastalığa yönelik olarak da genetik veri bankaları kullanılabilecektir.[965]

İzlanda tarafından 1998 yılında kurulan de CODE Genetics adlı kuruluş ilk genetik veri bankası örneği olarak kabul edilmektedir. Bu kuruluşta 290.000 kişinin örneklerinden sağlanan merkezi veri tabanı oluşturulmuştur.[966]1.400.000 nüfusu bulunan Estonya'da 1.000.000 kişiden DNA örnekleri ve tıbbi genetik bilgilerin

[964] Cahid Doğan, Şahsiyet, s.114.
[965] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e., s. 36; Pınar Aksoy Gülaslan, a.g.m., s.155.
[966] Memiş, Tekin, a.g.m., s. 181.

arşivlenmesi ile bir sağlık veritabanı oluşturulması amaçlanmıştır. Bu veritabanının hedefi yaygın hastalıklara neden olan veya etki eden genlerin tanımlanmasıdır.[967]

5.2. Genetik Veri Bankalarının Kişilik Hakkı Bakımından Değerlendirilmesi

Bir kimsenin sırf kişi olması sebebiyle sahip olduğu kişilik değerleri üzerindeki haklara kişilik hakları denir. Anayasamızın 12. maddesinde *"Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.*" denilerek bu hakların niteliğine vurgu yapılmıştır. Kişilik hakları, kişisel değerlerin tümü hakkında geçerlidir. Kişinin yaşam hakkı, beden bütünlüğü, sağlık hakkı, kişinin şeref ve onuru gibi konular kişilik hakkının kapsamına dahildir.[968] Kişilik hakları nitelikleri gereği, mutlak hak niteliğindedirler ve şahıs varlığı hakları içinde yer alırlar. Kişilik hakkının koruduğu hukuki varlıklar para ile ölçülemese de, bazı kişisel varlıkların ihlali, malvarlığına yönelik sonuçlar doğurabilir.[969]

Batı hukuk sistemlerinde kişinin belirli yasal sınırlar içerisinde kendisine ait kişisel verilerini belirli bir menfaat karşılığında kullandırabilmesi olanaklıdır. Alman Anayasa Mahkemesi şahsiyet hakkını kişiliğin serbestçe gelişimini, kişinin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilme, depolayabilme, dağıtabilme ve yayabilme imkanı olarak nitelendirmektedir. Ancak bu olanağın yasalarla sınırlı olduğunun unutulmaması gerekmektedir. Verilerin korunması ise, aslında verinin ilişkili olduğu kimsenin şahsiyet hakkını korumaya dönüktür. TMK'nun 23, 24 ve 25. maddeleri kişiliği korumaya dönük hükümler içermektedir. 23. madde kişilik hakkını, hukuki işlem yoluyla saldırılara karşı korurken, 24. ve 25. maddeler şahsiyet hakkını üçüncü kişilerin hukuki işlem dışındaki saldırılarına karşı korumaktadır.[970]

Gen analizleri sonucunda elde edilecek verileri hukuka aykırı olarak kullanan kimse hakkında, kanunda yer alan diğer şartların da varlığı durumunda, TBK'nun 49. maddesi gereğince manevi tazminata hükmedilebilmektedir. Anılan maddeye göre,

---

[967] Murat Doğan, "Genetik Veri Bankaları". *Me.ÜHFD Gen Hukuku*, Özel Sayısı, Cilt:1, S.1, Kayseri 2012, s.60.

[968] Filiz Yavuz İpekyüz, a.g.m., s. 19; Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.35; Fulya Erlüle, a.g.e., s.95; Ahmet M. Kılıçoğlu, a.g.m., s. 45,46; Ümit Yaşar Aras, a.g.e., s.19.

[969] Gamze Turan Başara, a.g.e., s.11; Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.53; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, a.g.e, s.103; Helvacı, Serap a.g.e., s. 74; Ümit Yaşar Aras, a.g.e., s.21.

[970] Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.53; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, a.g.e., s.185; Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.35; Fulya Erlüle, a.g.e., s. 96.

kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Ayrıca, zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de bu zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur.[971]

Ancak bu düzenlemeler kapsamında korunan veriler, kişinin olağan verileridir. Genetik veriler için de bu maddeler uygulanmakla beraber, doktrinde genetik verilerin taşıdıkları önem dolayısıyla daha sıkı korumaya ihtiyaç duyup duyulmadığı tartışmalıdır. TMK'nda yer alan kişiliği korumaya yönelik hükümler yanında[972], genetik verilerin sonuçta tıbbi veriler olduğu ve hekimin sır saklama yükümlülüğü dolayısıyla ayrıca bir korumaya gerek bulunmaktadır. Zira biyoteknoloji alanındaki gelişmeler ve son zamanlarda genetik bilginin yüksek ticari değer taşıması dolayısıyla, genetik verilerin korunmasında ek bir himaye şarttır.

TMK'nun 23/3 maddesine göre, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan, edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamaz denilmektedir. Bu fıkrada kişilik haklarının korunması bakımından yazılı rızanın varlığı öne çıkarılmaktadır. Bu rızanın müdahale gerçekleşinceye kadar her zaman geri alınabilir bir rıza olduğu unutulmamalıdır.[973]

Her birey kişisel bilgilerinin, sağlık durumu, yapılan teşhis ve tedavi konularında bilginin yanında teşhis ve tedavi yapılırken ya da özel ziyaretlerinin gizliliğinin korunması hususunda , gizliliği talep hakkına sahiptir. Bireyin sağlık durumuna ya da kendisine tatbik olunan tedavi yöntem ve sürecine ilişkin bilgiler gizli olmalıdır.[974] Bu anlamda özellikle gen incelemesi sonucu elde edilen kişisel verilerin korunması büyük önem taşımaktadır.[975]

Kitle iletişim araçlarının hem nitelik hem de nicel olarak arttığı çağda, gen incelemelerinin sonuçları dahil olmak üzere kişisel verilerin baş döndürücü hızla

[971] Fulya Erlüle, a.g.e., s.119.
[972] Havva Karagöz, a.g.m, s. 220.
[973] Murat Doğan, Banka, s. 76.
[974] Mehmet Akif Poroy, a.g.m., s. 151.
[975] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 67.

zaman ve mekan ayrımı yapmaksızın yayılmaktadır. Facebook, Twitter ve bloglar gibi popüler sosyal medya kaynakları özel hayatın gizliliğini ihlal edebilmektedir.[976] Kişilik ihlaline yönelik tehlikeyi barındıran bu konuda, gizlilik ihlalinin önlenmesi ve genetik verilerin güvence altına alınması için idari, mali,hukuki ve teknolojik önlemlerin alınması gerekir. Örneğin ünlü bir siyasetçinin kanser hastalığına yakalanıp yakalanmadığını öğrenmek için gen incelemesi yaptırmak üzere gittiği laboratuvar ile test sonuçlarının basın yoluyla kamuoyuna aktarılması gizlilik alanının ihlalini oluşturur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında, devlet hastanesinde AIDS şüphesiyle test yaptırmak isteyen bir hastanın durumu hakkında hastane görevlileri tarafından basının hastaneye çağrıldığı, basının başhekimliğe geldiği, başhekimin bazı doktorları çağırarak basına bilgiler verdiği, basının hastanın odasına kadar çıkıp fotoğraflarını çekmesi ve ertesi gün sonuçlanan testlerden böyle bir hastalığı bulunmadığı anlaşılmasının bildirilmesine rağmen hastanın isim ve resimlerinin belirtilerek hastanın AIDS olduğuna ait haberlerin yayınlanması sebebiyle hastanın Sağlık Bakanlığı aleyhine açmış olduğu maddi manevi tazminat davasını kazanması üzerine, ödenen tazminatın hastanenin başhekimine rücuen açılan tazminat talebi kabul edilmiştir.[977] Bu karara göre, *"Davalı başhekimin basın elemanlarına henüz AİDS teşhisinin doğrulanmadığını bildirmiş olması, ertesi tarih sonuçlanan testlerden böyle bir hastalığı bulunmadığı anlaşılan hastanın isim ve resimlerinin belirtilerek AİDS olduğu yönündeki haberler, basında yer alan davalı resimleri ve belirtilen inceleme raporundaki olgular itibariyle davalının, kimliği gizli tutulması gereken bir hastalık şüphesi taşıyan hastanın basına afişe edilmesiyle sonuçlanan bu süreçte kusurlu davrandığını göstermektedir. Basın elemanlarının kendilerine verilen bilgilerden fazlasını yazmış olmaları davalının bu sorumluluğunu ortadan kaldırmaz*"[978] şeklinde hükmedilmiştir.

Gen analizleri sonucunda elde edilen bulgular şahsiyetle yakın ilişki içerisindedir. Bu yakın ilişki doktrinde *"genetik bilgiler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı"* veya *"genler üzerindeki şahsiyet hakkı"* olarak ifade edilmektedir.

[976] Ruth Chadwick, a.g.m., s. 65.
[977] Murat Volkan Dülger, a.g.m., s.62.
[978] Y. HGK 4.4.2011 T. 2011/4-333 E., 2011/335 K.

[979]Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı ile ilgili herhangi bir bağımsız yasal düzenleme bulunmamaktadır. Hukukumuzda bu hak, kişinin özel hayatının gizliliği ile yakından ilgilidir. Kişinin genetik bilgileri açısından bu hak, pozitif hukukumuzda *"kişinin özel ve gizlilik alanının korunması"* altında değerlendirilmektedir. İsabet bulunan bu görüşte genetik bilgilerin, en temel düzeyde kişinin sağlık bilgisi olup onun gizlilik alanındadır.[980] Bu bulgular insanın kaşı, gözü veya ruhsal yapısı gibi bugünkü yaşamının bir parçası olduğu gibi gelecekteki kişiliğinin de bir parçasıdır. Gen analizleri kişinin mahrem alanındaki birçok bilgiyi de ortaya çıkarmaktadır ve teknolojik gelişmeler dolayısıyla bu bilgiler neredeyse şeffaflaşmıştır.[981]

Bilimsel araştırmalardan hukuksal uyuşmazlıkların çözümünde, suçla savaşımdan suçluların yakalanması ve eylemlerinin kanıtlanmasına kadar çeşitli alanlarda genetik veri bankalarının katkısı bulunmaktadır. İnsanın en mahrem bilgileri genetik veri bankalarında depolanmaktadır. Kişilik hakkının kapsamında bulunan genetik bilgilerin, genetik veri bankalarını saldırganlarınca özellikle insanın mahremiyetine yönelik kişilik haklarını hedef tahtasına konulmaktadır. İnsanlar arasında ticari amaçların yanı sıra ayrımcı emeller için de kullanılabilecek genetik verilerin deşifre olmaması için genetik veri bankalarındaki bilgilerin korunması gerekmektedir.[982]

27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik, bu alanda uygulanabilecek hükümler içermektedir. Bu yönetmelikle bu tip merkezlerin açılabilmesine dönük olarak olması gereken fiziki koşullarla ilgili düzenlemeler getirilmiştir. Konumuzun dışında kalması dolayısıyla bu yönetmeliğin içeriği incelenmeyecektir.

---

[979] Murat Doğan, Banka, s.76; Pervin Yıldız, a.g.m., s. 59.
[980] Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.40.
[981] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 418.
[982] Cahid Doğan, Genetik , s. 277; Pınar Aksoy Gülaslan, a.g.m., s.157.

5.3. Genetik Veri Bankalarının Yarar ve Sakıncaları

5.3.1. Genetik Veri Bankalarının Yararları

Genetik hastalıklara yol açan unsurların saptanmasında genetik veri bankalarındaki bilgilerin önemi tartışılmaz. Sağlık hakkının kullanımının, yaygınlaştırılmasında ve sosyal devlet yapısına uygun bir yapıya bürünmesinde, insanların sıklıkla maruz kaldığı hastalıkların teşhis ve tedavisinde, hatta yeni ilaç buluş çalışmalarında genler ve yaşam tarzı ile ilgili bilgiler çok önemlidir.[983] Bu verilerin yaygın nitelikte bulunan kalp ve damar hastalıklarında, kanser, hormonal ve sinirsel rahatsızlıklarda, enfeksiyon ve immun sistemine bağlı rahatsızlıkların teşhis ve tedavi çalışmalarında, tıp bilimi başta olmak üzere bilimsel çalışma yapanlara desteği önemli düzeydedir. Alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarının tedavisinde de genetik veriler kullanılmaktadır.

Genetik veri bankalarında hukuka uygun olarak elde edilecek verilere dayanarak, ana baba olma özlemini dindirmeyi amaçlayan evlatlık kurumunda, evlat edinene uyum sağlayabilecek özelliklere sahip evlat adaylarının belirlenmesi de mümkün olacaktır. Bu durum evlatlık çocuklar üzerinde yapılan ve biyolojik benzerliklerin ölçülmesi amaçlanan araştırmalarda belirgindir. Genden gelen özelliklerle birbirine benzer ailelerden kaynaklanan benzerliği soyutlamak için evlatlık çocuklar üzerine araştırmalar yapılmaktadır. Çocuklar, kendilerini evlat edinenlere kıyasla biyolojik ana babalarına daha çok benziyorlarsa, genetik bilimiyle uğraşanlar bunu genlerin etkisinin kanıtı olarak görürler. Genlerin zeka üzerindeki tesirini sınamak için evlatlık çocuklar üzerinde yapılan araştırmalarda iki değişmez sonuç vardır. Birinci sonuç, evlatlığın IQ'sunun biyolojik ana babasının IQ'su kadar yüksek olacağı sonucudur. Bu sonuç karşısında, prenatal dönemde beslenme ayrılıkları bir yana bırakılırsa, genlerin IQ puanını oldukça etkilediği söylenecektir. İkinci sonuç ise çocukların IQ punlarının biyolojik ebeveynlerinkinden 20 puan daha yüksek olmasıdır. Bu durumu özdeşlik yerine bağıntı kuramı ile açıklayan genetik bilimi, kalıtımın grup ortalamalarının kuşaktan kuşağa gösterdiği değişikliklere dair öngörüde bulunmaz.[984] Genlerin zeka yapısını etkilediğini benimseyen özdeşlik

[983] Murat Doğan, Banka.s.69; Pınar Aksoy Gülaslan, a.g.m., s.158.
[984] Lewontin, R.C. , a.g.e.,s. 48.

kuramının, bağıntı kuramına tercih edilmesi gerekir. Zira insanların zeki insanları evlat edinmek isteyecekleri eşyanın tabiatına bağlı olup, gen testlerinin zekanın kuşaktan kuşağa genlerle aktarıldığını kanıtladığı bilinen bir bilimsel gerçekliktir.

İş hukuku alanında ise, çalıştığı işyerinde hangi işi daha verimli yapabileceği araştırılan işçinin genetik verileri önemlidir. İşçinin sağlığı ve iş güvenliği açısından, tehlikeli işlerde çalıştırılmaması ya da tehlike olasılığının yok edilmesi yönündeki önlemlerin alınması da genetik bilgilerin değerlendirilmesiyle olanaklıdır.[985] İş Kanunu'nun 77. maddesinde, işverenlerin ve işçilerin yükümlülükleri yer almaktadır. İşverenler iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymak zorundadır.986 Gen incelemeleri bu amaca hizmet ederek, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamakla kalmayıp, iş sözleşmesinde zayıfı koruma ilkesinin gereği olarak işçinin korunması ilkesini hayata geçirmektedir.

Yargıtay'ın bir kararında, *" iş yerinde çalışırken epilepsi nöbetine bağlı gelişen iş kazası neticesinde malul kalan işçinin sağlık durumunun kişinin yaşı, genetik özellikleri gibi çeşitli faktörlerinin bir araya gelmesiyle bozulabileceği, bu durumun olayın uygun illiyet bağını oluşturabileceği ve kısmi sebebi olabileceği gözetilerek kusurun ağırlığının değerlendirilmesinde dikkate alınması gerektiği"* işaret edilmiştir. [987] Yargıtay bu kararında, belirtilen iş kazası öncesinde, işveren işçinin genetik özelliklerinden yola çıkarak, epilepsi hastası olduğunu genetik veri bankalarında tutulacak kayıtlardan anlayabilecek ve işçinin hastalığın da etkili olduğu iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi zararlardan hem işçi hem işveren hem de toplum kurtulacaktı. Böylelikle de zarar doğmamış olacaktı.

Yargıtay'ın başka bir kararında ise, işçinin genetik mirasının işverence nazara alınarak, iş güvenliğinin ve çalışma koşullarının bu duruma göre uyarlanması gerektiğini işaret etmesi; hem işçi haklarının korunması, hem de genetik verilerin dayanağı genetik miras ile iş kazasının oluşumu arasındaki nedensellik bağının değerlendirilmesi açısından kilometre taşı niteliğindedir. Bu karara göre, işçinin işe

[985] Cahid Doğan, Genetik, s. 277.
[986] Murat Şen, a.g.m., s. 134; Aydın Başbuğ, a.g.m, s.456.
[987] Y. 21. H D. 11.07.2017 T. 2016/10978 E., 2017/5953 K.

girişinden önce ve işe girişi sırasında yaptırılan muayenelerine ilişkin kayıt ve belgeleri getirtmek, işverenin periyodik sağlık muayenelerini yaptırıp yaptırmadığı, bu muayenelerde beyin kanaması riskine yol açacak rahatsızlıklarına ilişkin bir bulguya rastlanıp rastlanmadığı, kaza tarihinde sigortalının bünyesini zorlayacak bir çalışma yaptırılıp yaptırılmadığı, olay günü sigortalıyı işyerinde rutin dışında bir gerginlik ve stres içine sokacak bir olayın cereyan edip etmediği araştırılmak, işyeri hekimliği, iş gücü sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman olan bir nörolog ve bir kardiyoloğun da yer alacağı üçlü bilirkişi heyetinden kusur raporu alınarak, verilen raporu dosyadaki bilgi ve belgelerle birlikte değerlendirmek ve çıkacak sonuca göre, karar verilmemesi bozma nedeni sayılmıştır.[988]

5.3.2. Genetik Veri Bankalarının Sakıncaları

Genetik bilgileri elde edilen kişinin, ırkçı ve ayrımcı düşünceleri benimsemiş kötüniyetli şahıslarca tehdit, şantaj ya da kötü muamelelere maruz kalması olasıdır. İş hayatında da genetik özellikleri sebebiyle, kişinin bazı işlerde çalıştırılmaması ya da var olan işinden çıkartılması olaylarına rastlanacaktır. Örneğin bazı genlere sahip insanlara solunum yetmezliği nedeniyle iş verilmemesi olumsuz sonuçlara yol açacaktır.

Hayat sigortaları başta olmak üzere sigorta şirketleri tarafından yapılan hastalık ve kaza sigortası sözleşmelerinde de, genetik testlerin kullanımı artmaktadır. Bu testlerin yapılması geniş yatırımları gerektirdiği için, bu testlerin pazarlanması için tanıtımı önem kazanmaktadır.[989] Genetik veri bankalarındaki bilgileri öğrenen sigorta şirketlerinin, şahıs sigortalarında genetik açıdan riskli insanları sigortalamaması ya da yüksek sigorta primi karşılığında sigorta etmesi[990], sigorta ettirenleri ekonomik ve psikolojik bakımdan zedeleyecektir.[991] Sigortacıların sigorta

[988] Y. 21. H.D., 07.02.2017 tarih ve 2016/16618 E., 2017/683 K.
[989] Trudo Lemmens, "Genetics and Insurence Discrimination:Comparative Legislative, Regulatory and Policy Developments and Canadian Options" Health Law Journal Special Edition, University Of Toronto Faculty Of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper No. 04-05, 2003, s.42; Tekin Memiş, a.g,m., s.46.
[990] Mehmet Ali Zengin, a.g.m., s. 211; Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.e., s. 35.
[991] "... ABD'de yapılan bir ankette insanların % 77'si genetik bilgilerinin sigorta şirketine verilmemesi gerektiğini söylerken, % 59'u ise başkalarının yüksek harcamalarını finanse etmek için fazla prim ödemek istemediklerini söylemişlerdir."Osman Kaşıkçı, a.g.m.,s.39; Tekin Memiş, Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 289.

ettirenle sigorta poliçesini düzenledikleri sırada, onların genetik özelliklerini öğrenmeye zorlayıcı davranışları da sigorta sektörünün güvenilirlik ve saygınlık düzeyini zayıflatacaktır.

Kişisel gen incelemelerinin sigorta hukuku ve işçinin istahdamı alanında kötüye kullanılmalarının önüne geçilmesi için getirilecek açık ve net sınırlamaların yönetim politikaları, devletler ve hukuk düzenlerince yapılmasını ileri süren düşüncede isabet bulunmaktadır.[992] Ancak bu kuraları uygulayacak mahkemelerin, insanın önceliğini ilk sıraya koyarak yorumlamaları de gerekliliktir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği emsal karar, özel sigorta alanındaki kişisel verilerin korunmasına ilişkindir. Bir yönüyle hekimin sır saklama yükümlülüğünü diğer yönüyle de sigorta sözleşmesi taraflarının karşılıklı yükümlülük ve haklarını konu edinen bu karara göre, *" .... Sigorta sözleşmesi metninde, sözleşmeden yararlanan kişinin hastalık – tedavi ve bunların etki ve sonuçlarına ilişkin belge ve bilgilerin de sigorta şirketine sunulması gerekmektedir. Sözleşmeye göre, bu bilgiler sadece sözleşmenin tarafı kişiden değil, onun da imzasıyla kurulan sözleşme gereği ilgili resmi ve özel sağlık kurum ve o alandaki kişilerden talep edilebilecektir. Sigortalanan kimse, bu sözleşmedeki açıkça yazılan bir hüküm uyarınca, bu bilgi ve belge talebine izin vermektedir. Dava konusu vakıa, bilgilenmeye dayalı bizzat tercihte bulunmak hakkı ile genel kişilik haklarının korunmasıyla ilişkilidir. Sözleşme yapılırken sigortalıya başka olanak verilmediği ve bunu imzalamazsa sözleşme kurulamayacağı için, bu kişinin Alman Anayasası'nın 2/1 ve 1. maddelerindeki genel kişilik haklarının korunmasından yararlanamayacağını söylemek hatalı olacaktır. Anayasa'daki Bu hükümler, özel sözleşmeler açısından da uygulanma alanı bulurlar ve bireyi korurlar*. "[993] şeklindedir.

Genetik test sonuçlarının kullanılması için sigorta şirketleri, kişinin yanı sıra aile üyelerinin de genetik verilerini toplayabilir. Bunun sebebi, kişide ailesinden gelen bir kalıtsak hastalık riskinin bulunup bulunmadığını da araştırmaktır. Kanada da bu incelemelerin hukuka uygunluğunun bulunup bulunmadığı tartışılmaktadır.

[992] Joly Y., Knoppers BM , a.g.e., s. 529.
[993] Yener Ünver, a.g.m., s. 294'den naklen Alman Federal AYM'nin 17.07.2013 T. ve 1 BvR 3167/08 sayılı kararı.(

Endüstriden sigorta şirketlerine kadar gelişen bilimsel ilerlemelerde insan hakları komisyonlarının etkin çalışması önerilmiştir.[994]

Genetik veri bankalarındaki gen bilgilerinin, başka devletler ya da güç merkezleri tarafından öğrenilmesi, ulusal güvenlik açısından büyük bir tehlikedir. Bu bilgileri ele geçiren zararlı unsurlar tarafından, toplumun gen haritasına göre biyolojik ya da kimyasal silah kullanılmasının yanında istihbarat amaçlı olarak da, şantaj ya da baskı unsuru olarak kötüye kullanılabilir.[995] Savaş yoluyla olmasa da, toplumsal genetik haritayı bilen saldırgan güçler, ölümcül bir hastalığı yaygınlaştırabileceği gibi, önleyici ilaçların kullanılmasını da engelleyebilir. Ölümün yanı sıra yaralanan, engelli hale gelen kitleler bir tarafa, gelecekte doğacak çocukların özürlü doğması tehlikesini de içeren gen bilgilerinin korunmasında salt bireysel değil, ülkesel çıkarlar da bulunmaktadır. [996]

Ülkemizde eğitimin özel kurum ve kuruluşlarca da verildiği bir gerçektir. Özel sektörün yatırım yaptığı eğitim kurumları, yatırım yaptığı eğitim alanında, öğrenci kaydedebilmek ve vitrin oluşturmak amacıyla, zeki ve çalışkan öğrencileri saptayıp özendirici yaklaşımlarla bünyesine katmak isteyecektir. Hatta prestij ve terfi gibi teşvik edici kazanımları hedefleyen kamu görevlisi okul yöneticilerinin de aynı davranışta bulunması umulabilir. Bu nedenle okullarda öğrenci adaylarının algılama ve yeteneğine uygun eğitim verilmesi amacıyla yapılan genetik testler hem kayıt aşamasında, hem de eğitim sürecinde ayrımcılığın ve eğitimde eşitsizliğin artmasının yanı sıra eğitim hakkının çiğnenmesini de tetikleyecektir. İnsan zekası ve öğrenme becerisinin, genlerde bulunan hücresel ve moleküler özelliklere göre değişebildiği algısı, evrensel eşitlik ilkesini ortadan kaldırabilecektir.[997]

5.4. Genetik Veri Bankalarının Kuruluşu ve İşleyişine İlişkin Esaslar

Gen ve DNA'ların elde edilmesi ve bunların işlenerek elde edilen verilerle bankanın oluşturulması ile verilerin kayıt ve saklanması ayrı işlemlerdir. Genetik veri bankalarının işleyişinde, serbest piyasanın aktörü olan bankaların işleyişinde

[994] Trudo Lemmens, a.g.m., s. 86.
[995] Mustafa Fadıl Yıldırım, a.g.m., s. 416.
[996] Murat Doğan,: a.g.m., s. 71.
[997] Cahid Doğan, a.g.m., s. 278; Kathryn Asbury, Robert Plomin, a.g.e., s.17.

benzerlik bulunduğu görülecektir. Genetik veri bankalarının kuruluşuna veya işleyişine dair yasal düzenleme hukuk sistemimizde bulunmamaktadır. Genetik veri bankaları bir yana biyobankalarla[998] ilgili taslak 2008 yılında Başbakanlığa gönderilmiş ancak taslak geri gönderilmiştir. Etik ilkeler ve uluslar arası mevzuat bağlamında genetik verilerin sağlanması, saklanma ve verilerden üçüncü kişilerin yararlanma koşulları değerlendirilmektedir.

Kişilerin özel hayatlarının biyobanka uygulamalarına karşı korunmasını düzenleyen özel bir yasanın bulunmaması, bu uygulamaların tamamen özgür olduğu anlamına gelmez. Uluslararası hukuka göre de, biyobankaların kurulumu, işleyişi ve yönetimi hakkında görüş birliği yoktur. ABD, Fransa , Brezilya gibi ülkelerin konumu ile ülkemizin konumu aynıdır. Bu ülkelerde bankalama işlemlerinde kişilerin mahremiyetlerinin ve kişisel veriler ile tıbbi bilgilerin korunması özel hayatın gizliliğine saygı hakkı içerisinde değerlendirilmektedir.[999] Ülkemizde uygulanacak kılavuzda da aynı şekilde kişinin özel hayatına saygı isteme hakkına ihlal edilmemesine dair düzenlemelerin bulunması gerekliliktir.[1000]

Öğretide biyobankaların güven modeline göre örgütlenerek, başta gen sahipleri ve bağışçı kişilerin ve grupların çıkarlarını ve haklarını koruması gerektiği ileri sürülmektedir. Etik ilkelerle çerçevelendirilecek geleceğin ve şimdiki zamanın araştırmacıların uyacağı ilkeler, insanlığın sahip olunan gen bilgilerinin kötüye kullanılması endişelerini de ortadan kaldıracaktır.[1001] Ülkemizde çeşitli resmi ve özel kurumların, araştırma amaçlı biyobankalar oluşturduğu vakıadır. Bir yasal düzenlemenin bulunmaması, ülkemizin ve yurttaşlarımızın güvenliğini tehdit altına almaktadır. İyi bir denetim sağlanması koşuluyla, biyobankaların yasal düzenlemeye kavuşturulması ülkemizin ve ulusumuzun yararına olacaktır. Yasal çerçeveye

[998] "İstanbul Kalkınma Ajansınca 2015 yılında Yenilikçi İstanbul Mali Destek Programı kapsamında desteklenen ve İstanbul Üniversitesi Aziz Sancar Deneysel Tıp Araştırma Enstitüsü yürütücülüğünde gerçekleştirilen 'Geleceğe Yatırım: Biyobanka 'başlıklı proje 2015 Eylül – 2016 Ağustos tarihleri arasında tamamlanmıştır." Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, *Biyobankalarda Etik ve Yasal Düzenlemeler Kılavuzu*. İstanbul 2017. s. 16; Cahid Doğan, Genetik, s. 276.
[999] Alptekin Burak Boydak, "Ulusal ve Uluslararası Metinler Çerçevesinde Tıbbi Verilerin Gizliliği İlkesi". *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, S. 23(3), 2015, s. 87.
[1000] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, a.g.e., s. 11.
[1001] Heather Widdows, a.g.m., s. 183.

bağlandıktan sonra biyobanka işletecek kurumun özel ya da kamusal sektöre ait olması önemli değildir.[1002]

Sağlık Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Adalet Bakanlığı müfettişlerinden oluşacak karma bir teftiş kurulu tarafından denetlenmek koşuluyla, tıpkı özel hastanelerin hukuksal düzenlemesiyle benzer bir yasal statüye tabi olacak biyobankalar hem araştırma, hem tedavi, hem de adaletin tecellisi için oldukça verimli işlevler gerçekleştireceği söylenebilir.

5.4.1. Genetik Verilerin Kişinin Rızasıyla veya Anonimleştirme Yoluyla İşlenmesi ve Kullanılması

5.4.1.1. Kişinin Rızasıyla

Kişinin gen incelemelerine tabi tutulacak vücut örneğinin alınmasına yönelik gösterdiği rızanın çoğunlukla genetik verinin depolanmasını ve işlenmesini, araştırmalar için kullanılmasını da kapsar. Ancak rızanın bunları da içermesi için bu yönde bir aydınlatma yapılması, özellikle verilerin işleneceği bildirildikten sonra işlenme amaçları, bu verilerin hangi süreyle saklanacağı ve kimlere açıklanacağı, ilgilinin hakları, genetik verilerin depolanmasına ilişkin verilen iznin her zaman geri alınabileceği hususları ayrı ayrı olmak koşuluyla ayrıntılı ve anlayabileceği şekilde bilgilendirilmesi gerekir[1003].

Saklanma ve daha sonra kullanma amaçları, açık ve anlaşılır şekilde somutlaştırılmalıdır. Genetik veri sahibinin, yapı ve olgunluk derecesine bağlı olarak sürece etkin bir katılımının sağlanması gerekir. Veri sahibinin ergin olmadığı ya da ayırt etme gücünden yoksun olduğu durumlarda, bu kişilerin yasal temsilcilerine imza yetkisi verilir[1004].

[1002] Tekin Memiş, a.g.m., s. 190.
[1003] Cahid Doğan, a.g.m., s: 280; Murat Emir, a.g.e., s.51.
[1004] Murat Doğan, a.g.m., s. 75;Tekin Memiş, a.g.m., s. 187.

5.4.1.2. Anonimleştirme Yoluyla

Kişilerin mahremiyetlerinin ve ve tıbbi bilgilerinin gizliliğinin korunmasını istemesi, evrensel ve ulusal bir haktır. Bu sebeple, veri sahiplerinin kimliklerinin saklı kalması gerekir. Verilerin anonimleştirilmesinin değeri, Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun 6. maddesine göre, *"özel kişisel veri sayılan genetik verilerin korunarak gizliliğe riayet edilmesidir"*. Bu bilgilere sadece gen incelemelerini yapan hekim, hemşire, genetik danışman, eczacılar gibi insanların hastalardan edineceği bilgilere ulaşması mümkündür.[1005] Bu durumda kişinin rızası bulunduğundan, özel hayatın gizliliği sorunu ortadan kalkacaktır.

Elektronik şifrelemeyle korunacak genetik verilerin, kodlanarak biriktirilmesi ve tüm işlemler sırasında kişinin açık kimliğinden söz edilmeksizin sadece bu kodun kullanılması gerekir. Genetik veri bankası personeli dışında kimsenin ulaşamayacağı, güvenli ve şifreli verilerin[1006] gizliliği bu yolla sağlanmış olacaktır. Kriptografi adı verilen bu yöntem, gizli yazma sanatı veya bilimidir. Kriptografinin sağladığı en temel servis şifrelemedir. Şifreleme ile veriler sadece hedeflenen alıcıların okuyabileceği bir biçime dönüştürülmektedir. Burada amaç gizliliğin sağlanmasıdır.[1007]

Anonim (anonymous) örnek, genetik epidemiyoloji ve benzeri çalışmalar kapsamında toplum taraması sonucunda elde edilen ve kime ait olduğu bilinmeyen örneklerdir. Anonimlik, kişiyi belirli ya da belirlenebilir olmaktan çıkarmaktır.[1008] Anonimleştirilmiş örnek ise , kime ait olduğu bilinen ancak çalışmalar sırasında kimliksiz hale getirilen örnektir. Böylelikle genetik verilerin kime ait olduğu bilinemeyecek şekilde isimsizleştirilmesi durumunda, sahibinin rızası alınmadan saklanması ve kullanılması mümkün hale gelmektedir.[1009]

Bilgileri depolanan kişi bakımından kişilik hakkının çiğnenmesi söz konusu olmayan anonimleştirmede iki yöntem vardır. Birincisi sahibinin sağlanan genetik verilerin anonimleştirileceği konusunda aydınlatılarak sağlanan rızasıyla, ikincisi de

[1005] Joly, Y., Knoppers, B.M., a.g.e., s. 5289.
[1006] Murat Doğan, s.76.
[1007] Enis Karaarslan, Ali Murat Ergin, Nalin Turğut, Özgür Kılıç, a.g.m., s.216.
[1008] Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.57; Tekin Memiş, a.g.m., 188.
[1009] Murat Doğan, a.g.m., s.. 77; Cahid Doğan, a.g.m., s. 287.

tıbbi bir müdahale sonucunda ilgilinin rızası alınmadan elde edilen vücut parçacıklarının kullanılması yoluyla gerçekleşebilir. [1010]

Elde edilen örneklerde herhangi bir DNA izi varsa, o örnekler gerçek anonim örnek olarak kabul edilemezler. Çünkü DNA parmak izi saptanarak bağışçının kim olduğu saptanabilir. Bu nedenle anonim teriminin arkeolojik örnekler için kullanılmasını öneren görüşte isabet bulunmaktadır.[1011] Kaldı ki, anonimleştirmeden amaç elde edilen örneklerin kime ait olduğunun bilinmemesidir. Uzman kişinin DNA temin ederken gerekli önlemleri almaması anonimleştirme amacına aykırılık oluşturacaktır.

Anonimleştirilmede bedenden örnek alınırken kime ait olduğunun kayıt altına alınmaması ya da başlangıçta verilerin kime ait olduğuna ilişkin kayıtların sonradan geri döndürülemez biçimde silinmesiyle de olabilir. Bu yöntem öğretide bağlantısız anonimleştirilmiş örnek olarak adlandırılmaktadır. Bu şekilde genetik örneklere ulaşım olanaksız hale gelmektedir.[1012] Şayet örneklerin anonimleştirilmesi sırasında bağışçının kimliğini saptayacak tüm bilgilerin dönüşümlü şekilde, şifre ile tanımlanabiliyorsa bağlantılı anonimleştirilmiş örnek gündeme gelmektedir. Bu yöntemde şifrenin içeriğine ancak biyobanka tarafından belirlenmiş kişilerce erişilebilmekte ve üçüncü kişilere erişim kapalı olmaktadır.[1013]

Kodlama usulünde ise , yapılan kodlamalar veri bankası işleteni dışındaki güvenilir bir kişi ya da makam olabilir. Bu usul ile bağlantılı anonimleştirilmiş örnek benzer yapıya sahiptir. Buradaki fark araştırmacıların kodlara erişimi açıktır.[1014] Uygulamada gen incelemesi yapanlar, gen sahibinin kişisel güvenliğinin korunması için, genetik materyali kimlik bilgileri yerine verilen kodlarla kayda alınmakta ve veri tabanına da bu kodlarla işlenmektedirler.[1015]

[1010] Murat Doğan, a.g.m., s.78; Yusuf Özkul, "Biyolojik Veri Bankaları", *Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara 2011, s.594.
[1011] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, a.g.e., s. 6.
[1012] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, a.g.e., s. 7.
[1013] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, a.g.e., s. 7; Cahid Doğan, a.g.m., s. 286.
[1014] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, a.g.e., s.7.
[1015] F. Zehra Konuk, a.g.m., s. 68.

5.4.2. Genetik Verileri Depolanan Kişiyi Koyucu Önlemlerin Alınması

Genetik verileri depolanan kişinin korunması için temel kaynak, Anayasamızın 17. maddesidir. Bu maddeye göre, " herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. " şeklinde hükme bağlanmıştır.

Genetik veri bankalarında, verileri saklanan kişilerin korunmasına yönelik önlemler mutlaka alınmalıdır. Genetik bilgilerin her türlü amaçla kullanılmasına ilişkin rızası geçersiz sayılmalıdır. Aynı şekilde verilerin silinmesine veya düzeltilmesine ilişkin önceden feragat de geçersizdir. Bu tür olumsuzlukların engellenmesi için, genetik veri bankalarının bağımsız denetimi kaçınılmaz bir gerekliliktir.[1016]

5.4.3. Gizlilik Sağlanmalı Ve Erişim Hakkı Olanların Belirlenebilmesi

Kişisel tıbbi bilgilerin gizliliğine riayet edilmesi temel bir zorunluluktur. Genetik incelemeler sonucunda saptanan ya da umulan bir hastalığının üçüncü kişiler tarafından bilinmesini istemeyen kişinin, bu isteğinin çeşitli sebepleri bulunabilir. İlk olarak, hastanın özel yaşam ve gizli alanına ilişkin verileri kişisel veri olarak kabul etmek gerekir.[1017] Bu nedenle kişisel veri kavramının geniş yorumlanması gerekir. Hastalığın vasfı, hastanın hikayesi, teşhis, tedavi, psikolojik durumu, fiziksel noksanılıkları , hasta dosyası, röntgen filmleri, muayene sonuçları ile şahsi, ailevi, mesleki, ekonomik durumuna ilişkin bütün veriler kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Hastanın ikamet ve iş adresi ile hastaneye geliş gidiş tarihleri de sır saklama yükümlülüğü kapsamındadır.[1018] Örneğin kanser hastası olduğu hususunda teşhis konulan bir iş adamı, ailesinin, arkadaş ve dost çevresini üzmek istemeyebileceği gibi, iş ilişkilerinin de bu bilginin açığa çıkması ile bozulabileceği endişesini taşıyabilir. Bu nedenle kişinin saklanan genetik verilerinde gizlilik sağlanmalıdır.

[1016] Murat Doğan, a.g.m., s.79.
[1017] Türkay Henkoğlu, Nazan Özenç Uçak, Üniversite Kütüphanelerinde Kişisel Verilerin Korunması ", *Bilgi Dünyası,* S.16(1) , Ankara 2015,s. 48
[1018] Murat Volkan Dülger, a.g.m., s.65.

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 7. maddesinde genetik verilerin gizliliğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu hükme göre, " *araştırma veya başka amaçla, muhafaza edilen veya işleme tabi tutulan, kimliği bilinen bir kişiyle ilişkilendirilmiş genetik veriler yasa tarafından belirlenen koşullarda gizli tutulmalıdır."* şeklindedir.

Genetik veri bankalarının yanı sıra biyobankalar da yapıları gereğince, bağışçılardan sağlanan örnekleri ile birlikte bütün kişisel verilerini saldırılara karşı korunaklı biçimde saklamakla yükümlüdür. Bunun için elde edilen genetik örnekleri ayrı ayrı şifrelendirerek korurlar ve maddelerin paylaşım ve erişimleri için etik prensiplere uygun hazırlanmış yöntemleri izlerler.[1019] Biyobankaların gerek tarihi gerekse günümüzde elde ettikleri verilere her zaman geri dönebilmeleri mümkündür. Sağlık alanında yararlanacak bu verileri bilim ve uygulama için önemi yanında bireysel sonuçlarının da gizlenmesi açısından yüksek derecede korunması, denetim ve gözetim altında tutulması gerekir.[1020]

5.5. Gen İncelemelerine Koruyucu Şemsiye Olarak Getirilen Özel Yasa : Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 28 Ocak 1981 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılan ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi[1021], ülkemiz tarafından 28 Ocak 1981 yılında imzalanmış olmasına karşın, uzun süre onaylanmamış ve nihayet 30 Ocak 2016 tarihinde kabul edilen 6669 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile onaylanarak 18 Şubat 2016 tarihli ve 29628 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

[1019] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, a.g.e., s.6.
[1020] Joly, Y., Knoppers BM, a.g.e., s.530; Tekin Memiş, a.g.m., s. 176.
[1021] Cemil Kaya, AB Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas Kişisel) Veriler ve İşlenmesi. *İÜHFM*. Cilt. LXIX, S.l -2, İstanbul 2011, s. 318; Murat Volkan Dülger, a.g.m., s.49.

AİHS'nin 8. maddesi, özel yaşamı, aile yaşamını, konutu ve haberleşme özgürlüğünü korumakta ve bu dört temel hakkı güvenceye almaktadır.[1022] Kişisel verilerin korunmasının çiğnenmesi, AİHM'nce özel hayatın gizliliğine saygının bir uzantısı olarak benimsenmiştir. Mahkeme bu uygulamasını özellikle 1997 tarihli Oveido İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'ni imzalamamış ülkeler için de sergilemektedir. Bu husus Mahkemenin biyoetik ve biyotıp konularındaki duyarlılığını göstermektedir.[1023]

Biyoetik ile hukuk karşılıklı yardımlaşmayı ve çalışmayı gerektirmektedir. Bu durum, sözleşmeler hukukunda hem de ceza hukukunda ortaya çıkan biyoetik sorunlarda, biyoetik çalışanlarının hukukun koruyuculuğuna gereksinimi bulunmaktadır. Biyoetiğin konusunu oluşturan sorunlar ile yeni etik itirazlar, hukukla çözülmelidir.[1024]

Ülkemizde kişisel verilerin korunmasıyla ilgili özel bir kanun hazırlamak üzere ilk komisyon 1989 yılında kurulmuş ancak çalışmalarını tamamlayamamıştı. Daha sonra 2000 yılında kurulan ikinci komisyon üç yıllık çalışma sonucunda Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nı hazırlamıştı. Adalet Bakanlığı tarafından 7 Eylül 2003 tarihinde açıklanan Tasarı, AB ilerleme raporları ve e-dönüşüm Türkiye Projesi Kısa Dönem Eylem Planları gibi çeşitli belgelerde yer almasına karşın kanunlaşamamıştı.

Ülkemizde kişisel verilerin korunması, 12 Eylül 2010 tarihli Anayasa değişikliği ile anayasal bir hak olarak düzenlenmiştir. [1025] Kuşkusuz bu adım, kişisel verilerin korunmasında çok önemlidir. Bu düzenleme, kişisel verilerin korunmasını temel bir hak olarak düzenleyen AB Temel Hakları Şartıyla da uyumludur.[1026] Anayasa'nın *" Özel hayatın gizliliği "* kenar başlıklı 20. maddesine, 3. ve son fıkranın eklenmesiyle, kişisel verilerin korunmasına dair Anayasal düzenleme

[1022] Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, a.g.e., s. 223
[1023] Feyza Nur, Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, a.g.e., s. 15.
[1024] Rebecca Dresser, a.g.m., s. 58.
[1025] Fatih Dinkçi, *Kişisel Verilerin Korunmasında Uluslararası Düzenlemeler ve Türkiye Örneği*. Samsun Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2014, s.6; Çağlar Özel, Günhan Gönül, (2014); "*Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması",* V. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 01-02 Kasım 2013,s.446.
[1026] Doğan Kılınç, a.g.m., 1159.

benimsenmiştir.[1027] Bu maddeye göre, *" herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. 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. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir. "* şeklindedir.

Anayasal teminat altına alınan ve temel hak ve özgürlükler içinde sayılan kişisel verilerin korunmasının[1028] kanun bağlamında düzenlenmesi için hazırlanan tasarı, 18.01.2016 tarihinde tekrar TBMM Başkanlığı'na gönderilmiştir.[1029] TBMM Başkanlığı tarafından 19.01.2016 tarihinde esas komisyon olarak Adalet Komisyonuna, 25 tali komisyonlar olarak Anayasa Komisyonu, AB Uyum Komisyonu, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu ve Plan ve Bütçe Komisyonuna gönderilen Tasarı hakkında Adalet Komisyonu 12.02.2016 tarihinde raporunu vermiştir. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 24 Mart 2016 tarihinde TBMM'nde kabul edilerek kanunlaşmıştır.[1030]

5.5.1. Kanunun Amacı ve Kapsamı

Kişinin yaşam sahası içeriden dışarıya doğru, özelden genele doğru git gide genişleyen birbirinin içine girmiş üç halkadan oluşmaktadır. Halkaların en dar ve çekirdek halkası, kişinin kendisi dışındakilerin bilmesini istemediği veya istemeyeceği, iç dünyasındaki gizli ve sırlı sahadır. Ortadaki halka, bireyin sadece yakın çevresi olarak tanımladığı bireylere izin verdiği sahadır. Dış halka ise, bireyin herkes tarafından kolaylıkla öğrenebileceği, kamuya açık olan ve paylaşılmasında bir sakınca görmeyeceği yaşam alanıdır. [1031]

[1027] Nuriye Değirmen, a.g.e., s.56; Emel Badur, a.g.m., s.174.
[1028] Tekin Memiş, s. 43.
[1029] Ahmet Boz, a.g.e., 20.
[1030] Mesut Serdar Çekin, "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi". *İÜHFM* C. LXXIV, S. 2, İstanbul 2016, s. 632.
[1031] Yahya Deryal, *"Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti"* Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2007, s. 72. Mustafa Dural, Tufan Öğüz, a.g.e., s.137; Serap Helvacı, a.g.e., s. 89; Ümit Yaşar Aras, a.g.e., s.48.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 1. maddesinde kanun koyucunun gayesi belirtilmiştir. Bu amacın tanımlanması ile kişisel verilerin korunmasında en önemli konulardan biri olan özel hayatın gizliliği ya da mahremiyet ile kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasının önemi anlaşılmaktadır.[1032] Buna göre Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir.

Maddenin gerekçesinde, bu maddeyle Kanun'un amacının belirlendiği, bu amacın, kişisel verilerin işlenmesinin disiplin altına alınması ve Anayasa'da öngörülen başta özel hayatın gizliliği olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması olduğu belirtilmiştir. Gerekçede ayrıca, Kanun ile son yıllarda önem kazanan kişinin mahremiyet hakkı ile bilgi güvenliği hakkının korunması ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların düzenlenmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Madde metnine bakıldığında, Kanun'un amacının Anayasa'nın 20. maddesi çerçevesinde düzenlendiğini görmekteyiz.[1033] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun amacını gösteren 1. madde ile, 95/46/AT sayılı AB Yönergesi'nin 1. maddesi ve AB Kişisel Verilerin Korunması Yönetmelik Taslağı'nın 1. maddesi ile benzerlik göstermektedir.[1034]

Günümüzde kitle iletişim araçlarının ötesinde, internet kullanımının yaygınlaşması sonucunda kişinin mahremiyet alanına saldırılar artmaktadır. Başkalarının bilmesini istemediğimiz gizli bilgiler sır olarak tanımlanmaktadır[1035]. Kişinin bilgilerini bir daireye benzetirsek, dıştan içe doğru sırasıyla kamuya açık bilgileri, özel hayata ilişkin bilgileri ve en içte de mahrem bilgiler olmak üzere sıralayabiliriz. Kişinin hastalığına ilişkin bilgileri mahrem bilgilerdendir. Mahremiyet sözcüğü, etimolojik kökeninde *"en iç*", *"en derin iç"* anlamına gelmekte ve günlük dilde de *"iç bilinç ya da bir kişinin en gizli gerçekliğinin bilgisi"* gibi anlamlar taşımaktadır. Genel olarak mahremiyet, bir kişinin en derinliğinde var olan şeylere gönderme yapmaktadır. Kişinin hastalığı, yaptırdığı gen incelemelerinde de durum

[1032] Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması,* Ankara 2017, s.19.
[1033] Çekin, Mesut Serdar, a.g.m., s. 633.
[1034] Metin Turan, a.g.e., s.21.
[1035] Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 41; Arif B. Özbilen, a.g.e.,s.90.

böyledir. Kimse hastalığının, hele toplumda utanmaya yol açıcı bir hastalık ise, başkaları tarafından bilinmesini istemez.[1036] Kişiler kendilerine yakın ve güvenilir gördükleri insanlar ile sır saklama yükümlülüğü üzerine dayanan avukatlık, hekimlik gibi meslek mensupları ile sırlarını paylaşır.[1037]

Hasta haklarının ve sırlarının korunması, insan onurunun özüdür ve genel kişilik haklarının içindedir. Bu nedenle kişisel verilerin başkasına verilmesinin yasaklanmasının arkasında yatan sebep, anayasal bir hak olan kişilik hakkının korunmasıdır. Hasta olduğu için hekime hastalığı ile ilgili bilgileri aktaran herkes, bu bilgilerin gizli kalacağı ve ilgisiz kişilere aktarılmayacağına güvenmelidir. Ancak bu suretle hasta ile hekim arasında bir güven ilişkisi oluşturulabilir.[1038]

Hasta ile karşılıklı ilişkinin doğduğu büyücü hekimlikten beri değer sorunu mevcuttur. Hipokrat'tan yaklaşık 2300 yıl önce yaşayan Mısırlı İmhotep'in bir hekim yemini bulunmaktadır. Bu yemin hasta-hekim arasında bilinen ilk yemindir.[1039] Doktorlar Hamurabi Yasaları'nda tanımlanan sır saklama yükümlülüğünü, *" Hipokrat Yemini "* ile perçinlemiştir. Hipokrat, hekimlik mesleği uygulamalarını etik bir zemine oturtmuş, hekim ve hasta ilişkisinde bugün gelinen noktanın temellerini atmıştır.[1040] Hipokrat, hekim hasta ilişkisinde hekime görev yüklemiş ve hastanın yararını öne çıkarmıştır.[1041] Gerçekten de, M.Ö. 5. yüzyılda ortaya çıkan ve günümüzde de geçerliliğini koruyan hekimin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin Hipokrat yemininde[1042] kişisel verilerin korunmasına verilen önem de kendini göstermektedir. Hekime hastasını muayene sırasında bizzat hastadan veya tetkikler sonucu öğrendiği verileri hiçbir şekilde paylaşmama ve koruması yükümlülüğünü getirmektedir.[1043] İnsanlar kendilerine güvenip yakın buldukları ile hekimler, avukatlar gibi meslek mensuplarına anlattıkları sırların başkalarıyla

[1036] Nuriye Değirmen, a.g.m. ,12.
[1037] Serap Helvacı, a.g.e., s. 90.
[1038] Murat Volkan Dülger, a.g.m., s.63.
[1039] Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 19; Berna Arda, Yasemin Oğuz, Pelin Serap Şahinoğlu, a.g.e., s.2.
[1040] İlke Bezen Aydoğdu, Nesrin Çobanoğlu, a.g.m, s. 132, Aydın, Erdem, Ersoy, Nermin, a.g.m., s. 49.
[1041] Burcu G. Özcan, Çağlar Özel, a.g.m., s.54; Ahmet Nezih Kök, "Bir Olgu Nedeniyle Tıp Uygulamalarında Mahremiyet İlkesi, Özel Yaşamın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Kaydedilmesi" , *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 119, İstanbul 2016, s.170.
[1042] Erdem Aydın, a.g.m, s.92; Ahmet Nezih Kök, "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza", KhukA, S. 8, 2005, s. 116.
[1043] Ahmet Boz, a.g.e., s. 33; Enis Karaarslan, Ali Murat Ergin, Nalin Turğut, Özgür Kılıç, a.g.m., s.. 216; Ahmet Nezih Kök, Olgu, s.172.

paylaşılmayacağına inanarak bu kişilere verdikleri sırları etik ilkelere dayanarak açıklar. Hekim hasta münasebetinde, hasta başkalarına aktarılmayacağına inanarak mahrem sırlarını, bedensel ve ruhsal özelliklerini hekime anlatır[1044]. Bu nedenle kişisel bilgi ya da verilerin mahremiyetini korumak için yapılan yasal düzenlemenin toplumsal ve bireysel alanda büyük bir önemi bulunmaktadır.

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 dahil olan kişi veya kurumlar, bazı bilgileri elde edilen bulgulardan da öğrenebilmektedirler. Hasta, bu durumlarda istemese dahi, elde edilen verilerden kendisi için sır teşkil edebilecek bazı bilgileri, ikinci ve hatta üçüncü kişilerle paylaşmak zorunda kalabilmektedir.[1045]

Hastanın özel hayatının ve mahremiyetinin korunması, tedavi sürecinde görev alan kişi ya da kurumların özel önlemler almasını gerektirmektedir.[1046] Dolayısıyla, hastanın mahremiyet hakkının sağlanması, tanı konulması, tedavi süreci ve sonrasında hastaya ait bilgilerin gizli tutulması ve beden mahremiyetine saygı gösterilmesi çeşitli önlemlerle gerçekleşebilir. Bu kapsamda, hastaya ait bilgilerin saklanması, tedaviyi yürüten kişi ya da kurum tarafından, hasta kayıtlarının tutulması ve arşivlenmesi sırasında gizlilik için gereken önlemlerin alınması ve hastaya ait sırların açıklanmaması[1047] mahremiyet hakkının korunmasında zorunludur.

Hekimin hastaya ait sırları gizli tutmak konusundaki yükümlülüğü, diğer hekimler ve hastanın yakınları da dahil olmak üzere bütün üçüncü kişilere karşı geçerlidir.[1048] Hatta ölüm olayı bile mahremiyetin çiğnenmesi hakkını kimseye tanımaz.1049 Hekim diğer hekimlere ve hastanın yakınlarına bile, teşhis ve tedavi çalışması gerektirmedikçe sırları anlatmamalıdır. Hatta bilimsel tebliğlerde de

[1044] Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 42.
[1045] Meral Gürbüz, a.g.e., s.100; Halis Uygar Tazebay, a.g.m., s. 54.
[1046] Fehmi Şener Gülseren, *Hastanın Mahremiyet İsteme Hakkı*, V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (8-9 Kasım "2013). Ankara 2014, s. 214.
[1047] Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi.* Ankara : Seçkin Yayınevi, 2016, s. 319.
[1048] Meral Gürbüz, a.g.e., s.101.
[1049] Fehmi Şener Gülseren, a.g.m., s. 214.

hastanın sırları kesinlikle açıklanmayıp, hasta anonimliliği korunmalıdır.[1050] Bilimsel eserlerde katılımcının tanınmasına sebep olacak biçimde fotoğrafının yayınlanması gerekiyorsa kendisinden ya da vasisinden önceden izin alınmalıdır. Uygulamada bir çok dergi ya da gazete gözleri siyah bantla kapatılmış bir hasta fotoğrafını bile kendisinin izni olmadan basmamaktadır.[1051]

Hekimin tanıklıktan çekinme hakkı yargılama yöntem yasalarında belirtilmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayan ya da hastanın rızasını almaksızın mesleği sebebiyle öğrendiği sırları açıklayan hekimin tazminat ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak hastanın kendisini tedavi eden hekim aleyhine açtığı davada, hekim kendisini savunmak amacıyla mesleği sebebiyle öğrendiği sırları açıklayabilecektir.[1052] Bu durumlarda bile hekimin, sadece aleyhine açılan dava konusu ile sınırlı olarak savunmada bulunması ya da hukuksal koşulları taşıyan dava hakkında şahitlik yapması durumunda, sadece hekimlik sıfatının gerektirdiği sırları açıklayabileceğini unutmamalıyız. Örneğin, kanser hastalığının kendisinde bulunup bulunmadığını araştırmak için gen incelemesi yaptıran kişinin, hekim aleyhine açtığı davada hekim derdest davayla ilgili olarak sadece bu incelemeyle ilgili savunma yapabilecektir. Hekim bu davada, hastanın kendisine cinsel eğilimiyle ilgili olarak anlattığı ve dava konusu olayla ilgisiz bir olayı anlatması kanaatimizce tazminat sorumluluğunu doğuracaktır. Yargıtay'ın verdiği bir karara dayanak oluşturan somut olayda, *" davacının ablasının meme estetiği ve küçültme ameliyatından sonra, yapılan ameliyat ile ilgili sorunlar yaşaması nedeniyle davalı aleyhine açtığı tazminat davasında, davalı doktor tarafından delil olarak, davacının da aynı şekilde ameliyat olması nedeniyle, ameliyat öncesi çekilmiş vücudunun üst kısmına ait elbisesiz fotoğraflarını izinsiz delil olarak ibraz etmiştir. Bir hekim olan davalının mesleği nedeniyle elde ettiği fotoğrafları meslek sırrı kapsamında değerlendirmeyip ve onu saklamayarak başka bir davada davacının iznini almadan delil olarak sunması, davacının özel yaşamının gizliliğinin ihlali olup, onun kişilik haklarına saldırı oluşturur"* şeklindedir.[1053]

[1050] Osman Kaşıkçı, a.g.m., s. 26.
[1051] Aslıhan Tolun, a.g.m., s. 8.
[1052] Hayrunnisa Özdemir, , a.g.e.,s.153.
[1053] Y. 4. H.D. 10.09.2013 T. 2013/11809 E., 2013/ 13931 K.

Tıbbi verileri hastaneler kendilerine özgü bir şekilde tuttuklarından dolayı bir standart bulunmamaktadır. Çoğu hastanede kişisel veriler şifrelenmeden tutulmakta ama kişi bazlı erişim politikaları ile hangi kullanıcıların hangi bilgileri görebileceği belirtilerek kısıtlanmaktadır. Bu da farklı hastane bilgi sistemlerinde farklı olmaktadır. Hastanelerin öncelikle ağ güvenliklerini sağlamaları ve bu bilgilere erişimi denetlemeleri gerekmektedir. Hastanelerin elektronik sağlık verilerini korumak için daha ayrıntılı güvenlik süreçlerini devreye alması gerekmekte ama bunlar ne yazık ki birçok hastanede yapılmamaktadır.[1054]

AİHM konuya ilişkin kararında, tıbbi belgelerin tutulmasının ve paylaşılmasının, özel hayatın gizliliğine aykırılık oluşturacağını isabetle işaret etmiştir. Bu karara göre, bayan LH sezeryan ile doğum yaparken rızası dışında kısırlaştırılmış ve bu sebeple hastaneye dava açmış ve tazminat kazanmıştır. Ancak bu operasyondan 7 yıl kadar sonraya başvurucunun sağlık verilerinin kayıtları izin alınmadan tutulmuştur. Ayrıca üç ayrı sağlık kurumuna aktarılmıştır. Sağlık kayıtlarına güvenliği hayati önem taşımaktadır. Tıbbi bilgilerin tutulmasının özel hayatın korunmasının temel kavramıdır. Bu bilgilere sadece hastanın özel hayatına saygı duymak yanında güvenli olarak da korumak gerekmektedir. Başvurucunun kayıtları ayrımcı biçimde, izinsiz, niçin tutulduğu belli olmadan tutulmuştur.[1055]

Hastanın mahremiyetiyle, basın özgürlüğünün ya da kamunun haber alma hakkının çelişmesi de ayrı bir sorundur. Burada üstün tutulması gereken hasta haklarının, insan haklarının bir yansıması olduğu dikkate alındığında, mahrem kişisel sağlık verilerinin kişinin rızası alınmadan, herhangi bir hukuki zorunluluk olmaksızın hukuka aykırı bir şekilde açıklanması, verilmesi ya da paylaşılmasının tazminat sorumluluğunu gerektirmesi sonucuna ulaşılmaktadır. Aynı zamanda hastanın özerkliği ilkesi ile özel hayatın gizliliğini de açıklayan aşağıdaki olgu oldukça önem arz etmektedir. Bu olguya göre :

"Büyükşehir kapsamında bir ilimizde yaşayan erkek erişkin hasta, gece yarısı 112 Acil Hizmetlerini arayarak rahatsızlandığını beyan etmiştir. Çağrı üzerine gelen ambulansla il merkezinde donanımlı bir kamu hastanesine kaldırılan hasta, burada

---

[1054] Enis Karaarslan, Ali Murat Ergin, Nalin Turğut, Özgür Kılıç, a.g.e., s.219.
1055 Case of l.h. v. latvıa, (application no. 52019/07), judgment, 29 April 2014, Fınal, 29.07.2014.

"Rektumda kanama ve yabancı cisim" tanısıyla, cerrahi müdahale geçirmiş ve yabancı cisim (salatalık parçası) çıkarılmıştır. Söz konusu bu tıbbi kişisel bilgiler, bir şekilde, o ilin yerel basınında yer almış; bunun sonucunda da din görevlisi olarak görev yapmakta olan hasta hakkında disiplin soruşturması başlatılarak şahıs açığa alınmıştır . Bu bilgiler daha sonra internet ortamında da şahsın adı soyadı ile birlikte yaşadığı yer ve fotoğrafı ile birlikte yer alarak sosyal medyada paylaşılmıştır. Hasta, kendisiyle ilgili olarak duyduğu tıbbi rahatsızlık sonucu hastaneye getirildiğinde amacı, duyduğu tıbbi rahatsızlığın sağlık personeli tarafından yapılacak tıbbi müdahaleyle ortadan kaldırılmasıdır. Bu nedenle hastanın, tıbbi rahatsızlığı ve tıbbi rahatsızlığının giderilmesiyle ilgili bilgilendirmeye ihtiyacı vardır. Bu bilgilendirmenin, kim tarafından ve nasıl yapılacağı HHY başta olmak üzere değişik sağlık mevzuatında belirlenmiştir. Bu konuda, olgu ile en önemli düzenleme, Yönetmeliğin 20. maddesinde yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre hasta, ilgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir."

Olgumuzda da kişinin cinsel güdü giderimi tercihi ile ilgili durumunu ortaya koyan tıbbi belirtiler, bulgular ve bilgiler kişinin özel yaşamını ve hatta gizli yaşamını ilgilendiren bir durumdur. Bu nedenle, kişinin rızası olmadan bu bilgilerin paylaşılması ya da yayımlanması özel yaşamın ihlali anlamındadır."[1056]

5.5.2. Kişisel Veri Kavramı

Kişilerin konu olduğu bilgilere *"isme bağlı veriler"* veya *"bireysel veriler"* denilmektedir. İsme bağlı veriler, gerçek veya tüzel kişi tarafından depo edilmekte, islenerek bilgi haline getirilmekte, istenilmesi halinde üçüncü kişilere verilebilmektedir. Bu dolaşım bazen sınır ötesine de geçebilmektedir. Gerçek ve tüzel kişisel veri toplayıcıdır.[1057] Başta devlet olmak üzere, kamu yönetimleri, çeşitli kamu kuruluşları, özel hukuktaki kar amaçlı kuruluşlar, sivil toplum kuruluşları çeşitli verileri toplamaktadırlar. Konuyla ilgili mesleklere ise doktorluk, avukatlık, noterlik, bankacılık örnek olarak verilebilir. Kısaca ifade etmek gerekirse, toplumda hemen

[1056] Ahmet Nezih Kök, a.g.m.s.173.
[1057] Fatih Dinkçi, a.g.e. s.3; Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.43.

herkes kişisel veri toplamakta, değerlendirmekte ve bunları çeşitli işlemlere tabi tutmaktadır. Kişisel verilerle ilgili öğretide ve konuya ilişkin hukuksal düzenlemelerde farklı tanımlar bulunmaktadır. Bunlardan en yaygın olan tanıma göre, *"kişisel veri, belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgilerdir"*.[1058] Örneğin kişinin konuşmalarının sesli ve/veya görüntülü kayda alınması, adının rızası dışında ilan edilmesi kişisel veri olduğu gibi, kişilik hakkının da kapsamındadır.1059

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin TBMM tarafından onaylanması üzerine hukuk sistemimizde üst norm olarak benimsenmiştir. Bu Sözleşme'nin 2/ a maddesinde kişisel veri, *" kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgi"* olarak tanımlanmıştır.[1060] KVKK'nun 3/d maddesinde benzer bir tanım kabul edilmiştir. Kanun'da sadece gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi denilmek suretiyle, Kanun'un kapsamı gerçek kişilerle sınırlıdır. [1061]

Kişisel veri ile mahremiyet kavramı arasındaki ilişki, bir elmanın iki yarısı gibidir. Mahremiyet, bireyin bağımsız bir varoluşa sahip olduğu anlayışındadır. Bireyin kendi kararlarını verebilme özelliği, tüm diğer bireyler karşısında sahip olduğu dokunulmaz ve bağımsız varlık alanının dayanağını sağlar. İnsanın toplumsal varoluşu ise, öteki ile ilişkiyle oluşması nedeniyle açık olmayı gerektirir. Birey kavramı, kendi eyleminin tek belirleyicisi olma özelliğiyle kendi dışındaki dünyayı kontrol etme gücünü de kendisinde taşır ve merkezde olan birey için her şeyin paylaşımının sınırını belirleyen mahremiyet hakkının kabulüyle özgür irade ve düşünme yeteneğine dayalı karar verme özelliği oluşabilir. O halde mahremiyet, insanın varoluşu için ötekinin belirlenmesine gereksinim duymama durumudur.[1062] Örneğin bireyin özel hayatına dair sırlarını, kişisel harcamalarını ve tıbbi bilgilerini öğrenen kurum ya da kuruluş, bu bilgileri dilediği gibi kullanabilir. Bu tehlike, kişinin hareket serbestisini sınırladığı gibi, insanlığı da olumsuz yönde etkileyebilir.

[1058] Cumhur İzgi, "Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri". *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 1(1), Ankara 2014,s.29.
[1059] Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.35.
[1060] Hayrunnisa Özdemir, *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması,* Ankara 2009, (Kişisel Veri). s.124.
[1061] Emel, Badur, a.g.m., s.176.
[1062] Cumhur İzgi, a.g.m., s. 26.

Kişi özgürlüğü ve çoğulcu yapının tehdit altında bulunması, demokratik topluma da yönelmiş bir namlu gibidir. Kişinin mahrem bilgilerinin başkalarınca öğrenilmesi, onayı olmadan işlenmesi ya da üçüncü şahıslara devredilmesi de bireyin özerkliğine ve özgürlüğüne acımasızca saldırılara açık hale getirmektedir.[1063]

Kişisel verilerin korunması hakkı, bireyin özel hayatını ilgilendiren, kişilik haklarının ve onurun korunması anlamına da gelen temel bir haktır. Kişisel verilerin korunmasıyla, bireyin kendisine ait kişisel veriler üzerindeki karar verme özgürlüğünün ve bu verilerin hukuka aykırı müdahalelere karşı korunması amaçlanmaktadır. Kişinin rızası dışında ve hukuka aykırı olarak kişisel verilerin elde edilmesi ve işlenmesi, genel kişilik hakkına ve kişiliğin özgürce geliştirilmesi hakkına da müdahale edilmesi anlamına gelmektedir.[1064] Bu nedenle, kişisel verilerin korunması bir şemsiyeye benzetilebilir. Bu şemsiye ile korunan verinin sahibi olan kişinin kişilik haklarının başkaları tarafından zarara uğratılmamasına karşı getirilen korumadır. Kişilik, bu verilerin korunabildiği ölçüde korunmakta, başka bir deyişle veriler ne ölçüde sıkı korunursa, kişilik hakları da aynı ölçüde sıkı korunabilmektedir. Bu anlamda verilerin korunması, kişilik haklarının ve dolayısıyla Anayasa ile güvenceye kavuşturulmuş temel hakların korunmasıdır.[1065]

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği bir kararda belirttiği üzere, *"kişisel veri, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri, sağlık bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler" kişisel veri olarak kabul edilmektedir.[1066]"*

Danışma hizmetleri ve ödünç verme hizmetlerine ilişkin olarak elde edilen kişisel veriler, üniversite kütüphanelerinde korunması gereken önemli bilgi kaynaklarıdır. Bununla birlikte, üniversite kütüphaneleri üzerinden sunulan web

[1063] Mesut Serdar Çekin, a.g.m., s. 633.
[1064] Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması.* Ankara : Adalet, 2017.
[1065] Mevlüt Sarıkaya, a.g.e., s. 21.
[1066] AYM., T. 9.4.2014, E.2013/122, K.2014/74.

tabanlı uygulamalarla ilişkili olarak da elde edilen bilgilerin (IP adresi vd.) kişisel veri kapsamında korunması önem taşımaktadır (Avrupa Komisyonu, 2012a). Somut kişilerle eşleştirilen bu bilgiler kullanılarak, ilgili kişinin hayat görüşü hakkında bilgi edinilmesi ve sonrasında müdahale edilmesi söz konusu olabilmektedir. AB ülkelerinde bu bilgilerin kişi ile ilişkilendirilmesi ve sadece soruşturma kapsamında yetkili makamlarla paylaşılmasına ilişkin hukuksal düzenlemelerin 30-35 yıl önce yapıldığı ve günümüzde uygulamada birtakım önlemlerin alındığı görülmektedir.[1067] Türkiye'de ise bu konuya ilişkin hususlara sadece bilgi hizmetleri alanında çalışanların uyması gereken norm, kural ve davranışları belirlemeye yönelik olarak Türk Kütüphaneciler Derneği tarafından kabul edilen "Mesleki Etik İlkeleri" ve TKD tarafından kabul edilen "Düşünce Özgürlüğü Bildirgesi" içinde yer verildiği görülmektedir. Ancak bu ilkelerin uygulamada ne kadar dikkate alındığını gösteren kapsamlı çalışmalar bulunmamaktadır.[1068]

Hassas nitelik taşıyan özel nitelikli kişisel veriler ile bu tür verileri işlenmesinin koşulları, Kişisel Verileri Koruma Kanunu 6. maddede düzenlenmiştir.[1069] Bu maddeye göre, *" kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir".* Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.

[1067] Türkay Henkoğlu, Nazan Özenç Uçak, a.g.m., s. 47.
[1068] Türkay Henkoğlu, Nazan Özenç Uçak, a.g.m., s.48.
[1069] Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması.* Ankara : Adalet, 2017, s.23

Kanunkoyucu bu yasal düzenlemeyle, özel nitelikli kişisel verileri sayma yoluyla ve sınırlayıcı olarak belirtmiştir. [1070] Özel nitelikli kişisel veriler dışındaki kişisel veriler, genel nitelikli kişisel veriler olarak adlandırılmıştır. Kanunda genetik bilgiler özel nitelikli kişisel veriler arasında sayılmış ve kişinin rızası olmaksızın işlenmesi yasaklanmıştır.[1071]

Yargıtay, kişisel veri tanımına giren bilgi türlerine örnekler vererek, *" kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilgiyi kişisel veri olarak tanımlamıştır"*. Buradaki her türlü bilgi derken, genel ya da özel nitelikli kişisel verileri benimsemiş ve Yüksek Mahkeme sınırlayıcı bir sayım yapmamıştır. Bu karara göre, *'kişisel veri'* kavramından, kişinin, yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı nüfus bilgileri (T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum yeri ve tarihi, anne ve baba adı gibi), adli sicil kaydı, yerleşim yeri, eğitim durumu, mesleği, banka hesap bilgileri, telefon numarası, elektronik posta adresi, kan grubu, medeni hali, parmak izi, DNA'sı, saç, tükürük, tırnak gibi biyolojik örnekleri, cinsel ve ahlaki eğilimi, sağlık bilgileri, etnik kökeni, siyasi, felsefi ve dini görüşü, sendikal bağlantıları gibi kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan diğer bireylerden ayıran ve onun niteliklerini ortaya koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü bilginin anlaşılması gerektiğine işaret etmiştir.[1072]

Kişisel verilerden sayılan tıbbi veriler ise, özel hayatın gizliliği hakkına dayandığından, gerek özel hayatın gizliliğini düzenleyen uluslarası hükümlerde gerekse tıbbi verilerin gizliliğini düzenleyen hükümlerde koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Uluslarası anlamda önemli bir niteliği olan Birleşmiş Milletler'e ait düzenlemelere bakıldığında konuyla ilgili olarak başlıca belge, 1990 tarihli *"Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyaları Hakkında Yönlendirici İlkeler"*dir. Bu ilkeler incelendiğinde, kişisel verilerin kanuna aykırı ve dürüst olmayan yollarla toplanmaması; toplanan verilerin doğruluğunun kontrol edilmesi; kişisel verilerin

[1070] Emel Badur, a.g.m., s. 178.
[1071] Ülkücan Kaplan, Berna Arda, a.g.m., s. s. 67.
[1072] Y. 12. C.D., 28.06.2017 T., 2016/2351 E., 2017/5587 K.

hangi haklı amaçla toplandığının açık ve kesin olarak belirlenmesi ile ilgililerin bu bilgilere erişim hakkı ile bilgilerin güvenlik ve denetiminin sağlanması gibi temel prensiplere yer verildiği gözlemlenmektedir.[1073]

Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte, *"kişisel sağlık verisi belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her tür sağlık verisi"* olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesinin (g) bendinde kişisel sağlık verisi, (ğ) bendinde ise, kişisel sağlık verilerinin işlenmesine yer verilmiştir. Bu bentlere göre, kişisel sağlık verisi, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü sağlık bilgisini ifade etmektedir. Kişisel sağlık verilerinin işlenmesinde *" kişisel sağlık verilerinin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi sağlık verileri üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem"* şeklinde ifade edilmiştir.

5.5.3. Kişisel Verinin İşlenmesi

Kişisel verilerin işlenmesi kavramı geniş bir sahayı kapsamaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi, *" kişisel verilerin otomatik ya da otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, toplanması, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlanması amacıyla işaretlenmesi, sınıflandırılması veya kullanılmasının engellenmesi gibi, kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen bir işlemi ya da işlemler bütününü nitelendirmek "* için kullanılmaktadır.[1074]

AB Temel Haklar Şartı'nda ve 95/46/EC sayılı AB Yönergesi'nin 3. maddesine göre, kişisel verilerin, tümüyle ya da bölümsel olarak işlenmeyen, ancak depolanan ya da depolanma zorunluluğu bulunması durumlarında söz konusu olduğu belirtilmiştir. Her kişisel verinin işlenmesinde uygulanan kuralın istisnası aynı

[1073] Alptekin Burak Boydak, a.g.m., s. 88.
[1074] Fatih Dinkçi, a.g.e., s.5

maddeyle benimsenmiş ve bu durumlar, *" yurt savunması, güvenliği, ekonomik yarar ve ceza hukukunu ilgilendiren olaylar"* olarak sıralanmıştır. Bu istisnai hallerde, ayrıca gerçek kişinin kişisel ve ailevi verilerinin işlenmesi korunmamaktadır. [1075] Yönergede yer alan düzenlemelere göre, ilgili kişinin rıza beyanının geçerli sayılabilmesi için bazı koşulların bulunması gerekmektedir. Yönerge'ye göre, ilgili kişinin rızasının hukuka uygun olması için, *"şüpheye yer bırakmayacak şekilde verilmiş"* olması gerekir. Yine, özel nitelikli kişisel kişisel verilerin işlenmesinin söz konusu olduğu durumlarda da ilgili kişinin rızasının açık olması aranmaktadır. Aynı Yönerge'ye göre, *" rıza, ilgili kişinin özgür iradesi sonucu olmalı ve hiçbir etki altında kalınmaksızın verilmiş"* olmalıdır.[1076]

Kişisel veri sahibinin vereceği rıza belirli bir duruma ilişkin olması gerekir. Açık rıza, kişisel verilerin işlenmesi için genel rıza verilmesi anlamına gelmeyip, belirli kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak verilen rızadır.1077 Rızanın sadece rıza gösterilecek kişi ve konu ile değil, yürürlükte olacağı süreyi de kapsaması gerekir. KVKK'nun 7. maddesinde, " bu Kanun ve ilgili diğer Kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde kişisel verilerin resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silineceği, yok edileceği ya da anonim hale getirileceği, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesine ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümlerin saklı olduğu "belirtilmiştir.1078 Danıştay'ın konuya ilişkin kararında *" yasaya uygun olarak işlenen kişisel verinin sonsuza kadar işlenmiş olarak kalamayacağı, bu verinin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde kişisel verilerin resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silineceği, yok edileceği ya da anonim hale getirileceği*" isabetle belirtilmiştir. 1079

KVKK'nun 3/e maddesinde kişisel verilerin işlenmesi açıklanmıştır. Kişisel verilerin ilk kez elde edilmesinden başlayan süreçte, veriler üzerinde gerçekleştirilen

[1075] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e, s.125.
[1076] İbrahim Korkmaz, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Deneme", *TBB Dergisi*, Ankara 2016, S. 124, s. 107.
[1077] Cemil Kaya, , a.g.m., s. 326.Turan Başara, Gamze, a.g.e., s.30.
[1078] Turan, Metin, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması.* Ankara:Adalet, 2017, s.24.
[1079] D.15.D., 07/06/2016 T., 2015/9295 E., 2016/4046 K.

her türlü işlem, kişisel verilerin işlenmesidir.[1080] Bu maddeye göre, kişisel verilerin işlenmesi, kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi kapsamaktadır.

KVKK'nun 3 / 1 b, d maddesinde yapılan tanımın uygulama alanına giren her verinin, aynı zamanda kişilik hakkının bir parçası olarak korunacaktır. Bunun sonucu olarak tanımda belirtilen unsurları taşıyan verilerin korunması da, bir mutlak hak niteliği taşıyacaktır. Ancak kanun koyucu söz konusu mutlak hakkın derecesine göre bir ayırıma gitmiş, *"basit"* kişisel verilerin işlenmesini haklı kılacak şartları ve *"nitelikli"* kişisel verilerin işlenmesini meşru kılacak sebepleri ayrı ayrı belirtmiştir.[1081]

Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde ise kişisel bilgilerin işlenmesi, *"otomatik olsun olmasın, toplama, kaydetme, hazırlama, yükleme, uyarlama, değiştirme, geri çağırma, danışma, kullanma, aktarma yoluyla açığa vurma, yayma ya da bunların dışında erişilebilir hale getirme, düzenleme, birleştirme, engelleme, silme gibi yollardan, kişisel bilgiler üzerinden yürütülmekte olan herhangi bir işlem ya da işlemler bütünü"* olarak tanımlanmıştır. [1082]

Kişisel verilerin sağlanması ve işlenmesi hakkında, yasa koyucunun amacının ve kişisel verilerin kullanılması ile ilgili olarak , yüksek mahkemenin kararında yer alan muhalefet şerhinin yerinde olduğu söylenebilir. Her ne kadar bir ceza yargılamasında yer alsa da, özel hukukta yer alan ilkelere ve hukuk devleti ilkelerine de vurgu yapan bu muhalefet şerhine göre, 07/05/2010 tarih ve 5982 sayılı Yasa'nın 2. maddesi ile değişik 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20/3. maddesinde *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu*

[1080] Emel Badur, a.g.m., s.420.
[1081] Mesut Serdar Çekin, a.g.m., s. 634.
[1082] Murat Volkan Dülger, a.g.m., s.53.

verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmünü taşımaktadır. 5982 sayılı Yasa'nın 2. maddesinin gerekçesinde *"Anayasada kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte yeterli değildir. Mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunması önemle vurgulanmaktadır. Maddeyle, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak teminat altına alınmaktadır. Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği hükme bağlanırken, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir"* denilmektedir.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20/3. maddesindeki hükümden, kişisel verilerin korunmasının Devlet açışından yerine getirilmesi gereken bir yükümlülük, yönetilenler açısından da bir isteme hakkı olduğu, konunun temel haklara bakan ciheti itibariyle; kişisel verilerin kaydı, ya kişinin kendi rızasıyla veya kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesi için alınması ve depolanması gerektiği, bunun dışında bir şekilde kişisel veri toplanamayacağı, bu hakkın Devlet tarafından kullanılabilmesi için, mutlaka kanuni düzenleme yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

6698 sayılı KVKK 'nun 6/1. maddesinde özel nitelikli kişisel veriyi *"Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri"* özel nitelikli kişisel olarak tarif ettikten sonra, 28/1. maddesinde bu Kanun hükümlerinin kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi ve soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi halinde uygulanmayacağını hükme bağlamıştır. Bu itibarla sanığın daha önce işlediği başka bir suç nedeniyle hukuka uygun olarak alınıp alınmadığı dahi

tespit edilmemiş vücut örnekleri üzerinde yapılan çalışma sonucu elde edilen genotip özelliklerin hukuka aykırı olarak bir sisteme kaydedildiği ve yargılama konusu olayımızda olay mahallinde bulunan şapka üzerinden alınan materyal üzerinde genotip incelemesi yapılarak sisteme yüklenen sonuçlarla karşılaştırılıp sanığa ait olduğunun tespit edilmesinin 5271 sayılı CMK'nın 217/2. maddesinde öngörülen "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." hükmüne açıkça aykırı olduğu sabittir."[1083]

5.5.3.1. Kişisel Verilerin İşlenmesi İle İlgili Genel İlkeler

5.5.3.1.1. Kişisel Verilerin İşlenmesinin Hukuka, İnsan Haklarına ve Dürüstlük Kuralına Uygun Olması

Kişisel verilerin hukuka uygun olarak işlenmesi, verilerin işlenmesinde usulüne uygun kabul edilmiş Uluslar arası sözleşmelere, Anayasamıza, kanunlara ve diğer hukuksal düzenlemelere uygun davranılması zorunluluğudur. 95/46/AT sayılı AB Yönergesi'nde ve 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde verilerin işlenmesi, kişisel veri üzerinde uygulanan bütün süreçleri kapsayacak şekilde oldukça geniş bir şekilde tanımlanmış olup, işleme sürecinin tamamında hukuka uygun olarak hareket edilmesi, temel bir zorunluluktur.[1084]

Kişisel verilerin işlenmesinde dürüstlük kuralına uygun hareket etme ise, veri sorumlularının verilerin işlenmesi sırasında şeffaflığa dikkat etmeleri ve ilgili kişilerin çıkarlarını ve beklentilerini dikkate almalarıdır. Dürüstlük kuralları, orta zekalı, normal, makul kişilerin, toplumda karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda oluşmuş ve toplumun gereksinimleri ile iş hayatının ihtiyaçlarını karşılayan, bu nedenle de herkesçe genel kabul gören yazılı olmayan kurallar birliğidir. Bu nedenle, kanundan doğan haklar kullanılırken, kanun koyucunun, bu hakları düzenlerken koyduğu sınırlara uyulması gerekir.[1085]

[1083] Y. 17. C.D., 14.03.2017 T.,2015/22839 E., 2017/2999 K.
[1084] Sunay Akyıldız, *Sağlık Hukuku Rehberi.* Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s.420; Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması.* Ankara: Adalet, 2017, s.41.
[1085] Bilge Öztan, a.g.e., s.173.

5.5.3.1.2. Kişisel Verilerin Doğru ve Gerektiğinde Güncel Olması

KVKK'nun 4/ 2. maddesinde kişisel verilerin işlenmesi çerçevesinde dikkate alınması gereken ilkeleri sayarken, kişisel verinin doğru ve gerektiğinde güncel olmasını şart koymuştur.[1086]

Kişisel verilerin doğru olarak tutulması, kişisel verileri işleyen kişi ile ilgili kişinin çıkarları bakımından da gerekli ve önemli bir durumdur. Kişisel verilerin yanlış olarak tutulması, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerini, ekonomik çıkarlarının ve manevi bütünlüğünün ihlali sonucunu doğurabilir. Kişisel verileri işleyen veri sorumlusu kişisel verileri belli bir amaç için tutmaktadır. Kişisel verilerin yanlış olması veri sorumlusunun çıkarlarını zedeleyecektir.[1087]

5.5.3.1.3. Kişisel Verilerin Belirli, Açık ve Meşru Amaçlar İçin İşlenmesi

Kişisel verilerin belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenmesi gerekmektedir. Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde kişisel verilerin işlenmesi istisnai bir nitelik oluşturmaktadır. Kişisel veriler içinde hassas veriler[1088] diye bir ayrıma gidilmesi, bu veri türlerinin daha katı korunmaya tabi tutulması ihtiyacından ileri gelmektedir. Bu ihtiyacı doğuran temel gerekçe bu verilerin işlenmesi sonucunda ortaya onarılamaz durumların ortaya çıkma tehlikesidir. Bu risk içerisinde kişi veya kişilerin ayrımcılığa maruz kalmasını içeren tehlikeleri barındırmaktadır.[1089]

Anayasa Mahkemesi, 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 5. maddesi uyarınca gerçekleştirilen elektronik kart uygulamasının durdurulması, ihlal ettiği hakların tespiti, neden olduğu hukuka aykırılıkların giderilmesi ve bu uygulama nedeniyle zorla imzalattırılan sözleşmelerin geçersizliğine karar verilmesi talebiyle açılan davada, itiraza konu kuralların Anayasa'ya aykırı olmadığı kanısına varan Mahkeme, bu hükümlerin iptalleri için yapılan başvuruda, elektronik kart üzerinde yer alan kişisel verilerin, politik düşünce, dini inanç, sağlık, cinsel yaşam veya ceza mahkûmiyetlerine ilişkin

[1086] Mesut Serdar Çekin, a.g.m.,s. 634; Emel Badur, a.g.m., s.180.
[1087] İbrahim, Korkmaz, a.g.m., s. 101.
[1088] Cemil Kaya, a.g.m, s. 318; Sabire Sanem Yılmaz, a.g.e., s.54.
[1089] Ahmet Boz, a.g.e., s. 10; Enis Karaarslan, Ali Murat Ergin, Nalin Turğut, Özgür Kılıç, a.g.e., s.215.

olanlar gibi hassas veri niteliği taşımadığını belirtmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenen kişisel verilerin haksızlığının ileri sürülemeyeceğine karar vermiştir.[1090]

5.5.3.1.4. Kişisel Verilerin, İşlendikleri Amaçla Bağlantılı, Sınırlı ve Ölçülü Olması

Kişinin başkalarınca bilinmesini istemediği ama teşhis ve tedavi sırasında öğrenilen bilgilerin gizliliğini sağlamakta amaçla ölçülü olması önemli bir unsurdur. Zira mahrem bir bilginin hastane kayıtlarına girdiği anda mahremiyetin korunması önemli bir etik sorumluluktur. Sağlık sistemindeki gelişmelere karşın, hasta mahremiyetinin sağlanmasına ilişkin güçlüklerin olduğu bilinen bir gerçekliktir. Hastanın sağlık kuruluşuna müracaatı, gerektiğinde hastaneye yatması, tetkikler, tanı ve tedavi aşamalarındaki tıbbi müdahaleleri gerçekleştiren ya da bunlara şahit olan çok sayıda personelin yanı sıra bu bilgilerin elektronik ortama kaydedilmesi hastanın mahremiyetinin korunmasını güçleştirmektedir. Teknolojideki gelişim ile tıp etiği değişse de, hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisi değişim göstermemiştir.[1091] Günümüz teknolojisi içinde geliştirilen "*Bulut"* sistemiyle depolanan bilgilerin yok edilmesinin olanaksız hale gelmesi ve bilgileri kayıt altına alınan bireylerin, bilgilerini kayıt altına alanlarca da bilinmeyen gelecekteki olası kullanımların tehdidi altında kalabileceği göz önünde tutulmalıdır.[1092]

Kişisel verilerin işlenmesinde bu gibi sakıncaların önlenmesi açısından, kişisel verilerin işlendikleri amaçla bağlantılı olarak sınırlı olması ve ölçülü olması gerekmektedir. Tıp alanında, kişinin bedensel, düşünsel ve kişisel mahrem bilgilerini içeren kişisel verilerin korunmasındaki amaç ile bunların paylaşımı arasındaki ölçüde hassas terazi özeniyle davranılmalıdır. Çobanoğlu'nun hekim olarak yaşadığı bir vakıada, kırsal kökenli bir ailede kalıtsal bir hastalığı araştırmak için yapılan genetik testler sırasında, hasta çocukların dedesi olan 45 yaş civarındaki adamın, babası sandığı kişinin amcası, amcası sandığı kişinin de babası olduğu saptanmıştır. Hekim durumu öğrenince ne yapması gerektiği hakkında ikilem yaşamış ve etik danışmanlık istemiştir. Konuyu görüşürken amca, baba ve annenin yaşlarının 65-70 yaşlarında

[1090] AYM., 12.11.2015 T. 2014/196 E., 2015/103 K.
[1091] Feyza Nur Tuncer, Aslıhan Öztezel, Şölen Külahçı, *Biyobankalarda Etik ve Yasal Düzenlemeler Kılavuzu*. İstanbul: İstanbul Tıp Kitabevleri, 2017, s. 17.
[1092] Cumhur İzgi, a.g.m., s. 29.

olduğunu öğrendim. ‘ Bu bilgi tedavi sürecini ya da hastalığın seyrini etkiliyor mu? Hasta bu konuda bir bilgi istiyor mu?...’ gibi sorular sordum. Bu bilgi hastalığın tedavisinde ve seyrinde bir fark oluşturmuyordu. Genetik test yapılan bireyler hastalıkla yapılan tarama dışında, başka bir bilgi talep etmiyorlardı, bu durumda sormadıkları ama sosyo kültürel yönden aile birliğinde derinden sarsıcı etkileri olacak bu bilgi hastaya verilmeli midir? Ayrıca bu kadar mahrem bir bilgi hastane kayıtlarına girdiği anda mahremiyetinin korunması önemli bir etik sorumluluktur. [1093].

Hastanın sağlık kuruluşuna başvurmakta amacı ile öğrenilen kişisel verinin, bu amaçla bağlantılı olup olmadığı her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirilecektir. Yargıtay bir kararında, bilgi sistemine girerek tedavi gören mağdurenin muayene bilgilerini hastane çalışanlarına ifşa eden kişinin sorumluluğuna işaret etmiştir.[1094]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi MS-İsveç davasında , hak talebinde bulunan bir kişinin sigortadan yararlanması için tıbbi geçmişine ait bilgilerin kamu sağlık kuruluşları tarafından sosyal sigorta yetkililerine verilmesinin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmediğine bir başka deyişle hukuka uygun olduğuna hükmetmiştir. İfşa edilen bilgilerin sigorta talebiyle ilgili olduğu, bir gizlilik yükümlülüğü olduğu ve bilgilerin istismarı durumunda personele hukuk veya ceza davası açılabileceği için bu önlem orantılı bulunmuştur.[1095]

Kişisel verilerin, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olması kuralının somut yansıması, işçinin sağlığı ve genetik verileri ile ilgili bilgilerin veri olarak kaydedilmesi sorunudur. İşçinin sağlığı ile ilgili veriler sadece iş yerindeki diğer çalışanlar, iş yeri ve işin niteliği gerektiriyorsa kaydedilebilir. Aksi halde kişisel veri hakkının çiğnenmesi gündeme gelir.[1096] Örneğin, yüksek oranda toz olan bir iş yerine astımlı işçinin alınmaması hem işçi sağlığı hem de işin niteliği gereğidir. İşçi astım hastalığı sebebi ile edimini ifa edemeyeceği için iş yerinin verimliliği azalacağı

[1093] Nesrin Çobanoğlu, a.g.m., s. 42; Doğan Kılınç, a.g.m., s. 1159.
[1094] Y. 12. C.D. 05.06.2012 T., 2012 /13104 E., 2012/ 14146 K.
[1095] Alptekin Burak Boydak, a.g.m., s. 89.
[1096] Mehmet Ali Zengin, a.g.m., s. 212.

gibi, işçinin hastalığı kronikleşecektir. Somut olayda işveren, işçinin astım hastası olduğunu kayıt altına alması ölçülülük kuralına uygundur[1097].

İşverenler, kanunun öngördüğü yükümlülüklere uymak, işçi seçiminde, eğitiminde, işçinin yükselmesinde kullanmak, iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak, müşteri ilişkilerini kontrol etmek, işyeri güvenliğini sağlamak gibi amaçlarla iş başvurusunda bulunan işçi adaylarına ya da çalıştırdıkları işçilerine ait kişisel verileri kullanmakta, bazı durumlarda üçüncü kişilerle paylaşmaktadır. İşçinin kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkumiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi vb. bilgiler korunması gereken kişisel veriler kapsamında yer almaktadır.[1098] İşçinin genetik bilgilerinin de kişisel veri bağlamında değerlendirilmesi KVKK'nun 6/2. maddesi gereğidir.

Kişisel verilerin, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olmasına örnek olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 75. maddesinde yer alan düzenlemeyi örnek gösterebiliriz. Bu maddeye göre, işveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.

5.5.3.2. Özel Nitelikli Kişisel Verilerden Sayılan İnsan Geni ile İlgili Verileri İşleme Yasağı

Önleyici tıp , gen incelemeleri, tıbbi teşhis ve tanı, bakım ve tedavi sunma , sağlık hizmetlerinin yönetimi amaçları için zorunlu ise sağlık bilgileri işlenebilir. [1099]Ancak bu hallerde veriler, ulusal hukuka veya mesleki gizlilik yükümlülüğü ile ilgili ulusal yetkili kurumlar tarafından geliştirilen kurallara tabi sağlık görevlileri ya da aynı düzeyde gizlilik yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından işlenebilir. Sağlık görevlisi kavramının içerisine doktorlar , hemşireler, ebeler, dişçiler, gözlükçüler, eczacılar ve diğerleri girer.[1100]

[1097] Erbil Beytar, *İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması,* İstanbul 2017, s. 172.
[1098] A. Eda Manav, a.g.m., s.132; Gamze Turan Başara, a.g.e., 31.
[1099] Mehmet Ali Zengin, a.g.m., s. 214.
[1100] Cemil Kaya, a.g.m, s. 330.

Sigorta şirketleri için genetik verileri içeren kişisel verileri elde etmek, kar artışını ve sürekliliği sağlamak açısından oldukça önemlidir. Zira sigortanın üç kurucu unsuru, prim, tazminat ve risktir. Sigorta şirketinin amacı alabileceği en yüksek primi alarak riski sigortalalamak ve risk gerçekleşince de en az sigorta tazminatını ödemektir. Bunun için sigorta şirketleri özellikle hayat sigortalarında sigortaladıkları kişinin risk durumunu öğrenmek için genetik incelemelere büyük önem verirler.[1101]

5.5.3.3. Kişisel Verilerle İlgili Diğer İşlemler

5.5.3.3.1. Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi Veya Anonim Hâle Getirilmesi

Kişisel verilerin silinmesi, işleme sürecinin sona ermesidir. Bundan anlaşılması gereken, kişisel verilerin her türlü ortadan kaldırılmalıdır.[1102] KVKK'nun 7. maddesiyle, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi düzenlenmektedir. Buna göre, hukuka uygun olarak işlenmiş kişisel verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması durumunda, bu kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinecek, yok edilecek veya anonim hale getirilecektir.

İlgili kişi tarafından kişisel verilerin silinmesini isteme hakkı Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20/3 maddesinde düzenlenmektedir. 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne göre ilgili kişiler, verileri Sözleşme hükümlerine aykırı olarak işlenmişse, bu verilerin silinmesini istemek; silinme talebinin reddi durumunda hukuksal yollara başvurabilmek haklarına sahiptir. 95/46/AT sayılı AB Yönergesi'nin 12. maddesine göre ilgili kişi, Yönerge'ye aykırı olarak işlenmiş veya eksik veya yanlış kişisel verilerinin silinmesini veri sorumlusundan isteyebilir.[1103]

Kişisel verilerin silinmesi, bilgisayardaki kayıtlı bilgilerin silinmesi yoluyla olabileceği gibi, karalama, altını çizme ve kişisel verinin okunmasını olanaksız kılacak nesnelerle kaplanması yoluyla olabilecektir. Silmede önemli olan kişisel

[1101] Trudo Lemmens, a.g.m.,s.43,44.
[1102] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s.137.
[1103] İbrahim Korkmaz, a.g.m., s. 121; Metin Turan, *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması.* Ankara : Adalet, 2017, s.24.

verilerin ortadan kaldırılması veya tamamen okunamaz hale getirilmesidir. Bu nedenle kişisel verilerin üzerinden mürekkepli kalemle geçme, kişisel verilerin silinmesine örnek sayılmaz.[1104]

5.5.3.3.2. Kişisel Verilerin Aktarılması

Kişisel verilerin aktarılması, KVKK'nda iki başlık altında ele alınmıştır. Kanunun 8. maddesinde verilerin aktarılmasına ilişkin hükümlere, 9. maddesinde ise kişisel verilerin yurtdışına aktarılmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Belirtilen maddeler kapsamında hem kişisel, hem de özel nitelikli kişisel veriler yer almaktadır. Kanunda yer alan düzenlemelere istinaden, verilerin hukuka uygun bir şekilde aktarılabilmesi için belirtilen maddelerde yer alan şartların yerine getirilmiş olması gerekir.

Kanunda belirtilen genel ilkeler çerçevesinde işlenmek üzere elde edilen kişisel verilerin, KVKK'nun 8. maddesi uyarınca ilgili kişisinin açık rızası alınmak suretiyle üçüncü kişilere aktarılabileceği hükme bağlanmıştır. Kanun, kişisel verilerin işlenmesi ile bu verilerin yurt içinde aktarılması bakımından aynı şartları aramaktadır. Bu maddede ayrıca ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın, kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılabileceği koşullar belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle 5. madde ve 6. maddede düzenlenen verilerin hukuka uygun şekilde işlenebilmesi için belirtilen şartların yerine getirilmesi, verilerin doğrudan üçüncü kişilere aktarılabileceği anlamına gelmemektedir. Aksine, verilerin aktarılabilmesi için ilgili kişinin açık rızasının alınması gerektiği; açık rızasının alınamadığı hallerde ise KVKK'nun 8/2. maddesinde yer alan şartların yerine getirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buna göre kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri, yeterli korumanın alınmış olması koşuluyla kanunda açıkça öngörülmesi halinde üçüncü kişilere aktarılabilecektir.

Kişilerin, sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verileri ise, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin

[1104] Hayrunnisa Özdemir, a.g.e., s.137.

yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın üçüncü kişilere aktarılabilecektir. Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin bir kararında, kişisel verilerin sahibinin rızası olmaksızın kamu oyuna ya da üçüncü kişilere aktarılmasının maddi ve manevi tazminatı gerektirdiği isabetle belirtilmiştir. [1105]

5.5.3.4. Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması

KVKK'nun 9. maddesiyle, Kanun'un 5. maddesinde düzenlenen kişisel veriler ve 6. maddede düzenlenen özel nitelikli kişisel verilerin yurt dışına aktarılması düzenlenmektedir. Anılan hükmün birinci fıkrasına göre, kişisel veriler ilgilinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamaz. Bu kuralın istisnaları ise ikinci fıkrada yazılıdır. Buna göre, özel nitelikli olmayan kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılabilmesi için ilk olarak Kanun'un 5/ 2 maddesinde belirtilen şartlardan birisinin bulunması gerekmektedir.[1106] Bu şartlar, şunlardır:

- Kişisel verilerin işlenmesinin kanunlarda açıkça öngörülmesi,
- Fiili imkansızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olması,
- Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması veya veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için kişisel verilerin işlenmesinin zorunlu olması,
- Kişisel verilerin ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması veya bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması,
- Kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olmasıdır.

[1105] Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25. H. D., 2017/792 E., 2017/777 K.
[1106] Metin Turan, a.g.e., s.25.

Yukarıda belirtilen şartlardan birisinin bulunması da özel nitelikli olmayan kişisel verilerin yurt dışına aktarılması için yeterli olmayıp, bunların dışında kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede kişisel veriler için yeterli korumanın bulunması veya yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurulun izninin bulunması gereklidir.[1107]

5.5.4. Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri ve İlgili Kişinin Hakları

5.5.4.1. Veri Sorumlusunun Aydınlatma Yükümlülüğü

Kanun koyucu kişisel verileri işlenen ilgili kişilere bu verilerinin kim tarafından, hangi amaçlarla ve hangi hukuki gerekçelere dayanılarak işlenebileceği, kimlere hangi amaçlarla aktarılabileceği hususunda bilgi edinme hakkı tanımakta ve bu hususları, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ele almaktadır. [1108] Buna göre veri sorumlusu, Kanunun 10. maddesi çerçevesinde kişisel verilerin elde edilmesi sırasında bizzat veya yetkilendirdiği kişi aracılığıyla aşağıdaki bilgileri veri sahibine sağlamakla yükümlüdür[1109]:

-Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- Kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği
-Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
-11. maddede sayılan diğer hakları.

Veri işleme faaliyetinin ilgili kişinin açık rızasına bağlı olduğu ve faaliyetin Kanundaki başka bir şart kapsamında yürütüldüğü durumlarda da veri sorumlusunun ilgili kişiyi bilgilendirme yükümlülüğü devam etmektedir. Veri sahibi, kişisel verisinin işlendiği her durumda aydınlatılmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirirken ilgili kişiye verilecek bilgiler, veri sorumlusu siciline açıklanan bilgilerle uyumlu ve kategorik bazda olmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi konusu, ilgili kişinin onayına tabi değildir. Tek taraflı bir beyanla aydınlatma

[1107] İbrahim Korkmaz, a.g.m., s. 144.
[1108] Ahmet Boz, a.g.e., 18.
[1109] Metin Turan, a.g.e.,s. 26

yükümlülüğü yerine getirilebilir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı veri sorumlusuna aittir. [1110]

KVKK'nun 10. maddesine göre, veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgili kişiyi; veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, veri işleme amacı, verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabileceği, veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi ile diğer hakları konusunda bilgilendirecektir.

5.5.4.2. İlgili Kişinin Hakları

KVKK'nun 11. maddesi kişisel verileri işlenen kişinin haklarını düzenlemektedir. maddeye göre kişisel verileri işlenen kişi kendisiyle kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, işlenmişse buna ilişkin bilgileri talep etme, verilerin işlenme amacı ile bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurtiçinde veya yurtdışında verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, 7. maddede öngörülen koşullar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini, yok edilmesini veya verinin içeriğinin eksik ya da gerçeğe aykırı olması hallerinde bunların düzeltilmesini isteme hakkına sahiptir. maddeyle ilgili kişinin, kişisel verilerinin otomatik sistemler kullanılarak analiz edilmesi suretiyle kendisi hakkında çıkacak aleyhe sonuçlara itiraz hakkının olduğu öngörülmüştür. Gerekçede verilen örnekte olduğu gibi, bu maddeyle bir çalışan, performansının otomatik sistemlerde kişisel verileri kullanılarak ölçülmesine itiraz edebilecektir.[1111]

[1110] Metin Turan, a.g.e.,.s.26.
[1111] Metin Turan, a.g.e..s.26.

SONUÇ

Günümüzde genetik bilim ve teknolojisi, insan yaşamına olumlu katkılar sunmaktadır. İnsanlığın karşı karşıyla kaldığı bedensel hastalıklara, engellilere çare olabilecek buluşlar, insanın hangi hastalıklara yatkın olunduğunun önceden belirlenmesi, doğum öncesi olası hastalıklara müdahale etmek, alkolizm ve uyuşturucu madde bağımlılıklarının tedavisi, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması, tarım ve hayvancılığın geliştirilmesi, her tür iklime dayanıklı bitki örtüsünün ekim dikimi belli başlı katkılardır. Ayrıca organ nakli alanında, hastanın genlerine uygun yapay organların imal edilmesi yönünde yapılan çalışmalar da bu analizlerin yararları arasında yer alır. Adli tıp alanında da DNA analizi ile kimlik tespiti son yıllarda tüm dünyada ve ülkemizde gündeme gelmiştir.

Gen incelemeleri, sosyal ve politik yönleriyle olduğu kadar etik sorunlara da yol açabilmektedir. Genetik deterministler alkolizm, suçluluk, manik depresyon, şizofreni gibi genel kişilik faktörleriyle; risk alma, homoseksüellik ve utangaçlık gibi problemlerin de genetik kökenli olduğunu belirtmektedir. Genom haritalarını çıkararak kişinin ileride yakalanabileceği hastalıkları listeleyen teknolojilerin yaygınlaşması ise, sağlık kontrollü işe alımlar, sigorta primlerinin belirlenişi, mirasın pay edilişi gibi konularda gelecek nesilleri anatomo-politik ve biyopolitik dispozitiflere daha fazla maruz bırakabilecektir.

İnsan geni incelemelerinde fenotipik analiz, kişinin bedenine müdahalede bulunmaksızın, yalnızca gözlem yoluyla genetik özelliklerinin saptanmasıdır. Bir başka deyişle, kişinin genotip ve çevre tarafından belirlenen dış görünüşünün gözlenmesi ve bu suretle insanın dış görünüşündeki belirgin değişikliklerden genetik özelliklerinin ortaya çıkarılması söz konusudur. Canlının temelini genotip oluşturur. Ana babadan yavrulara geçen özelliklere genotip denir. Bireyin rengi, şekli, bütünlüğü, davranışı ve kimyasal yapısı ise onun fenotipidir.

İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 13. maddesinde insan genom projesi ile ilgili araştırmalarda temel ölçütler getirilmiştir. Bu hükme göre, İnsan genomu ile ilgili araştırmaların etik ve sosyal etkilerinden dolayı, hem araştırmanın yürütülmesi, hem de bulguların sunuşu ve kullanılması aşamalarında araştırıcıların çalışmalarında doğal olarak bulunması gereken sorumluluklar, özellikle de titizlik, tedbir, bilimsel dürüstlük ve saygınlığa özel bir dikkat gösterilmelidirler. Bilim politikası alanında kamusal ve özel karar makamlarının da bu alanda belirli sorumlulukları vardır.

İnsan geni üzerindeki incelemeler hukuk açısından iki hususu gündeme getirmektedir. Birincisi, uyuşmazlık konusu bazı maddi vakıaların gelişmiş bu teknoloji sayesinde güvenilir bir şekilde aydınlatılmasının olanaklı hale gelmiş olmasıdır. İkincisi ise gen teknolojisinin uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözümü için hukuksal çözüm yollarının araştırılması ve bu konuyla ilgili hukuki alt yapının oluşturulmasının bir zorunluluk haline gelmiş bulunmasıdır. İnsan geni üzerindeki gen incelemeleri öyle bir genişliğe ve derinliğe sahip bir alandır ki, bir çok alanı ilgilendirmektedir. Biyolojiden tıp bilimine, felsefeden hukuka, ilahiyattan biyoteknolojiye kadar bir çok bilimsel alan ve disiplinde incelenmesi gereken bu alanda, yöntem sorunun yasal çerçeveyle düzenleme kaçınılmaz bir zorunluluktur. Bilimsel ilerlemelerin ortaya çıkaracağı sorunların, kamu hukuku, özel hukuk, ceza hukuku, uluslararası hukuk kuralları birlikte değerlendirilerek çözülmesi gerekir.

Genetik bilimi açısından klonlama, DNA'nın belli bir kısmının, çoğunlukla da bir genin kopyasını oluşturmak için kullanılan yöntemleri içermektedir. Klonlama teknolojisine üreme yeteneği olmayan kişilerin çocuk sahibi olabilmek; bir yakınını kaybeden kişiler onu geri getirebilmek; ölümü alt etmek isteyen insanlar art arda klonlarını yaratmak ya da hasta kişiler kendilerine donör yaratabilmek için başvurabilirler. İnsan klonlaması yasağı uluslararası hukukun çokça tartıştığı bir olgudur.

Klonlama, temel olarak iki farklı amaç ile yapılmaktadır. Bunlardan ilki; üreme amaçlı klonlama, ikincisi ise tedavi amaçlı klonlamadır. Üreme amaçlı klonlama da kendi arasında iki farklı amaçla yapılabilir. Bunların ilki; bir bireyin tıpatıp ikizini yaratmak, ikincisi ise; üreme yeteneği olmayan bir bireyi çocuk sahibi

yapmaktır. Bu amaçlarla; herhangi bir vücut hücresindeki genetik bilgi kullanılarak yapay dölleme yapılmaktadır. Üreme amaçlı klonlama şu an itibarıyla yasaktır. Tedavi amaçlı klonlamada ise; oluşturulan embriyolardan elde edilen kök hücreler yardımı ile yeni organ ve doku üretimi sağlanmaktadır. Üretilen doku ve organlar, hastalıklı organ ve dokuların tamiri veya değiştirilmesinde kullanılmaktadır.

Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 13. maddesinde, insan alt soylarının genetik yapısının değiştirilmesine yönelik bilimsel araştırmaları yasaklamaktadır. Genetik çalışmaların, ancak sağlık ya da tedavi amacıyla yürütülmesi halinde, insancıl ve çağcıl düşüncelere uygunluk arz etmektedir. Özellikle DNA değişikliklerinin yapılabilmesi, araştırmacıların bu genleri tahrif ve imha edebilmesi risklerine karşı önlem alınmasına yol açmıştır. Ancak gerek Sözleşme'nin 12. maddesinde, gerekse 13. maddesine hizmet eden TCK'nun 90. maddesinde yer alan deney ve deneme suçları dışında özel bir hüküm bulunmamaktadır. Etik ilkeler ile Avrupa Biyotıp Sözleşmesi, insan yaratmak amacıyla klonlamanın önünde engeldir. İnsan onuru ve insanlığın var olduğu günden bu yana gerektiğinde kan dökerek elde ettiği insan hakları, eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkelerine göre bu yasak son derece yerindedir. Klonlamanın tedavi amacıyla yapılması hukuka ve insan haklarına uygundur.

Hukukumuzda klonlama çalışmalarına ilişkin koruma önlemlerinin ülkemizde kanun yerine, yönetmelik ve genelgelerle düzenlenmesi kanunlar hiyerarşisi ilkesine aykırıdır. İnsan onurunun korunması için şimdiki ve gelecekteki kuşakların iyiliği için Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ile getirilen düzenlemelerin zaman geçirmeksizin hukukumuza uyarlanarak çağcıl normların kabulünü öneren bu görüşte isabet bulunmaktadır. Kaldı ki, ülkemiz hem Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'ni hem de AİHS'ne taraf devletlerdendir. Anayasamızın 90/ son maddesine göre, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalar ile ulusal kanun hükümleri arasında uyuşmazlık halinde, uluslararası anlaşma hükümlerinin uygulanacağı emredici bir üst normdur. Bu andlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülemez Bu nedenle bile klonlama hakkındaki ÜYTE artık yalnızca anayasaya değil, milletlerarası anlaşmalara da aykırı hale gelmiş olmaktadır. Konunun açık, tutarlı ve bütüncül olarak kanunla düzenlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

Organ nakli, organ yetmezliğinde ve belli kanser türlerinde tedavi seçeneğidir. Tıp alanındaki ilerlemeler ile cerrahi olanakların gelişimi bir yana organ nakillerinde başarılı sonuçların gitgide mükemmel düzeye yaklaşması aktarılacak organa gereksinimi artırmaktadır. Bu durum yaşamak için organ naklinden başka çözüm yolu bulunmayan bireyleri mafyalaşmış organ tacirlerine muhtaç hale getirmektedir. Ölülerden organ-doku nakli yapılabilmesi öncelikle ölüm olayının gerçekleşmesi ve ölüm anının kesin olarak saptanması gerekir. Ölüm anına karar verebilmek için, öne sürülen biyolojik ölüm ya da beyin ölümü ölçütü tek başına yeterli değildir. Birisinin ölüm zamanın saptanabilmesi için, ölüme engel olmayı sağlayacak tüm tıbbi çabaların denenmesi ve buna karşın hastanın hiçbir zaman hayata geri dönemeyeceğinin tıbben kesin olarak saptanması halinde ölüm gerçekleşir. Organ ve doku naklinin insan sağlığı açısından taşıdığı önemi vurgulamak ve konunun önemini yaygınlaştırmak amaçlı kamuoyunun oluşturulmasında siyaset, sanat, bilim ve kültür çevrelerinin çalışmalarını artırmaları perçinlemektedir.

Genetik testler, genlerin ve gen ürünlerinin incelenmesini içerir. DNA mutasyonu ya da patojenik değişikliği bulup ortaya çıkarmayı amaçlayan genetik testler, kan almak yoluyla ya da doku örneği sayesinde yapılabilmektedir. Herhangi bir hastalığa sebep olmayacak olan genel kişilik ve fiziksel özellikleri ortaya çıkaran yaşam stili testleri de, genetik testlerin yansıması olarak kabul edilmektedir. Genetik teşhise varabilmek için genetik teste başvurulması zorunluluktur. İnsan geni üzerinde yapılan incelemelerin, gerçeği tam anlamıyla yansıtılabilmesi için, materyal üzerinde yapılacak bilimsel araç ve gereçler ile incelemeyi yapanın uzman kimliğinin yanı sıra gen incelemesine konu kişinin ve bu kişiden alınacak materyallerin de güvenilir ve tam şekilde sağlanması gereklidir. Zira genetik testlerin incelenmesi, radyoaktif maddelerin incelenmesi ile benzerlik oluşturmaktadır. Genetik verileri elinde bulunduran kişi ile radyoaktif maddeleri elinde bulunduran kişinin hem kendisi hem de insanlık için zarar tehlikesi yaratması mümkündür. Genetik verilerin hukuka aykırı biçimde ele geçirilmesi ve yayması ile Çernobil'deki radyoaktif maddesinin sızarak insanoğlunun uğradığı felaket arasında , kişilik hakkı yönünden bir ayrım yoktur.

Doğacak çocuk hakkında karşılaşabileceği hastalık risklerini ya da belirli kişiye özgü nitel ve nicel değerlerini ortaya koyan tıbbi uygulamalara prenatal genetik testler adı verilir. Prenatal genetik testlerde, fetüsün , herhangi bir fiziksel ya da mental hastalığa neden olacak alışılmışın dışında genetik bir özelliğin bulunup bulunmadığının saptanması amaçlanmaktadır. Embriyoda genetik tanı, embriyonun ana rahmine transferinden önce, belirli olumsuz genetik özellikleri araştırılarak, bunların tespiti durumunda ana rahmine transferinin engellenmesi amacıyla yapılan tanıdır. Erkekten alınan sperm ile kadından alınan yumurtanın yapay yollarla döllendirilmesi sonucu elde edilen embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önce genetik hastalık tanısı yapılması için genetik testlere başvurulmaktadır. Buna preimplantasyon genetik teşhis denilmektedir.

İnsan Genom Projesi'nin başlangıcı ile birlikte genetik bilgiler, diğer tıbbi bilgilerden özel hale gelmiştir. Ancak bu bilgilerin internet veri bankaları yoluyla kolayca paylaşılması ve konunu insan sağlığını şimdi ve gelecekte de etkilemesi sebebiyle özel bir yasal çerçeveye kazandırılması gerekir. Ayrıca bu bilgiler nedeniyle insanların popüler ve akademik medya tarafından damgalanarak yanlış anlamaların önüne geçilmesi gerekir.

İnsan geni incelemelerinde ırkçılık yasağı ile cinsiyet ayrımcılığı başta olmak üzere her türlü ayrımcılığında bir daha geri dönmemek üzere tarihin çöplüğüne atılması gerekir. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin "Cinsiyet seçememe " başlıklı 14. maddesinde bu evrensel ve çağcıl ilkeler uluslar arası bir norma bağlanmıştır. Bu hükme göre, cinsiyetle ilgili ciddî bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni döllenme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır.

Gen incelemeleri sonucunda elde edilen veriler, muayene edilen kişinin genetik durumunun yanında genetik olarak akraba kişilerin de teşhis ya da tedavi olunan hastalığa yakalanıp yakalanmayacağına dair bilgi sağlar. Ayrıca genetik testler sonucunda sadece var olan hastalıkların teşhisi yapılmamakta, gelecek de ortaya çıkacak hastalık riskleri de öğrenilmektedir. Kişinin genetik kimliği, yakın akraba konumundaki üçüncü kişiler ile de bağlantılıdır. Kişinin bilme ve bilmeme hakkı, kişisel gen incelemelerinde olduğu gibi, genetik taramalarla elde edilen gen

bulgularının anonimleştirilmesi ya da taramaya tabi tutulan kişilerin ayrı ayrı bireysel rızalarının bulunması durumunda da tanınması gerekir. Örneğin A kasabasında yaşayan Bay B'nin yaptırdığı gen incelemesi üzerinde bilme ya da bilmeme hakkına sahiptir. Yine Bay B'nin A kasabasında yapılan kansere dair genetik tarama sonuçlarını bilmesi gerek kendi sağlığı gerekse ailesi bakımından önemlidir. Meğer ki genetik taramaya katılan kişilerin rızası olmasın ya da genetik veriler anonimleştirilmemiş olmasın. Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin " Özel Yaşam ve Bilgilendirme Hakkı" başlıklı 10. maddesinde , 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.

Gen incelemesini de içinde barındıran teşhis ve tedavi sözleşmelerinin vekalet sözleşmesi olduğu yönünde görüşler çoğunluktadır. Sözleşmenin içeriğindeki karşılıklı edimlerin niteliğine göre sözleşmenin hukuki niteliğini saptamak hukuka daha uygun olacaktır. Bu sebeple ister gen incelemesini amaçlayan teşhis sözleşmelerinde, isterse tedavi sözleşmesinde amaç insanın sağlığının korunması olup, belli bir sonucun gerçekleştirilmesi aranmamaktadır. İnsan geni üzerindeki incelemelerinin nihai amacı, insan yararına olacak biçimde etik ve bilimsel kurallara uygun şekilde teşhis ve tedavi amacı güdülmektedir. Her ne kadar gen incelemesi için hekime başvuran kişi, belirli bir sonucu öğrenmek istemekte ve sözleşmenin konusunu "belirli bir sonucun yüklenilmesi oluşturmakta ise de, kişi tedavi amacıyla bu incelemeyi yaptırmaktır. Tedavi amacı güden hekimlik sözleşmesinde sonucun garantilenmesi mümkün değildir. Tedavinin nasıl sonuçlanacağını dair hekim vaatte bulunamaz. Örneğin vekalet sözleşmesine dayanılarak, müvekkilinin aleyhinde açılan bir boşanma davası için bir savunma edimini üstlenen ve davada ileri süreceği iddia ve savunmaları hazırlayabilmek için müvekkiline ait bilgileri inceleyen avukat, yaptığı incelemeler için bir sonuç vaadinde bulunmamaktadır. Aynı örneği hekim-hasta arasında yapılan teşhis ya da tedavi amaçlı gen incelemeleri için uyarladığımızda, aynı sonuca, yani aralarında bir sonuç vaadi bulunmadığı sonucuna varabiliriz. Çünkü testin lehe ya da aleyhe olacağını taahhüt edemeyen hekim, sözleşmeyi ifa için gerekli özeni göstermekle borcundan kurtulur. Hekimin amacı gen incelemesi sonucunda hastalığın olup olmadığını vaad değildir, nihai amacı

tedavidir. Teşhisin tedavisiz kalması olasıdır ancak teşhissiz tedavi olamaz. Bu nedenlerden dolayı gen üzerindeki incelemeleri konu edinen sözleşmelerin, asıl ve nihai amaçlarının teşhis ve tedavi olduğu için, vekalet akdini oluşturacağı söylenebilir. Ayrıca hekimlik mesleğinin, ihtisas gerektirmesi nedeni ile hekimin sadakat ve özen yükümlülükleri altında olması, hekimliğin özel uzmanlık gerektirmesi, hekim ile hasta arasında güven ilişkisinin fevkalade ön planda olması da, teşhis ve tedavi sözleşmelerinin niteliklerinin, vekalet sözleşmesiyle örtüştüğünü ortaya koymaktadır.

Soybağının belirlenmesine yönelik davalarda, insan geni üzerindeki tıbbi inceleme ve araştırmalara ilişkin TMK'nun 284/b.2. maddesi ile HMK'nun 292/I. maddesi olmak üzere iki yasal düzenleme yürürlüktedir. İki ayrı kanunda yer alan aynı konuda iki düzenlemedeki en önemli fark, soybağının saptanmasında zorunlu olan inceleme ve araştırmaya haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesinin sonucuna ilişkindir. TMK'nun 284/b.2. maddesine göre, davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermez ise dava konusu olay, onun aleyhine doğmuş sayılır. HMK'nun 292/I. maddesine göre ise hakimin öngördüğü inceleme ve araştırmaya rıza gösterilmemesi halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir.

TMK öz itibarıyla, dava konusu olayın maddi hukuk kısmını oluşturmaktadır. HMK ise yargılama yöntemine ilişkin kuralları kapsamaktadır. Asıl olan dava konusu olayın esasının, adil bir hakikate vararak yargı organınca kesin olarak çözümlenmesidir. Davanın esası asla usul kuralına feda edilmemelidir. Hukukumuzun temeli insan haklarına uyan yaklaşımlardır. HMK 292 maddesinde yer alan düzenlemeyle kabul edilen hakim tarafından hakkında incelemesi için kan ve doku alınması kararı verilen kişinin, haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uymaması halinde , hakimin zor kullanılarak gerekli inceleme yapılmasına hükmetmesi ve bu kararın yerine getirilmesi insan haklarına aykırıdır.

TMK kişi özgürlüğüne geniş yer vermiştir. Kamu düzeni, genel ahlak ve toplumun çıkarlarına ilişkin sınırlar dışında bireye geniş bir özgürlük alanı bırakmıştır. Sosyal eğilimli olan bu Kanun, tümüyle kişisel çıkarlar ile toplumsal yararlar arasında adil bir denge kurmak amacını gütmüştür. Sosyal düşünceler, hem

kişiler arasındaki ilişkilerde hem de kişinin devletle olan ilişkilerinde göz önünde tutulmuştur. Bu nedenle TMK'nun 284. maddesi, insan haklarına daha saygılı bir hükümdür.

İnsan haklarının evrenselliği, genelliği, eşitliği ilkesi bir yana Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesinde yer alan özerkliğe saygı ilkesi de bu görüşü desteklemektedir. Özellikle, TMK'nun 23. maddesi göz önüne alındığında, özgürlük ilkesinin amacının elbette kişilere vazgeçemeyecekleri bir özel alan ve serbest karar verme olanağı tanımak olduğu görülecektir. Böylelikle kanunkoyucu kişiliği, TMK 'nun 24. maddesi ile bir yandan dışarıdan gelebilecek hukuka aykırı fiillerle yapılacak saldırılara karşı koruyucu hükümlerle, öte yandan da TMK 23. maddesinde olduğu gibi kişinin aşırı özverilere katlanmasını engelleyici hükümlere yer vermiştir. Yapılan yasal düzenlemelerin kişilerin özgürlüğüne ve özerk karar verme hakkına saygılı olması, beklenen bir tutum olmalıdır. Belirttiğimiz gerekçelere dayanarak kanun koyucunun yeni bir düzenleme yaparak HMK 292 maddesini yürürlükten kaldırılmasını öneriyoruz. HMK'nun 292. maddesindeki hukuka aykırılığın, yerel mahkemeler tarafından Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yoluyla gönderilerek somut norm denetimi yapılabilir.

Özel nitelikte kişisel veri sayılan genetik verilerde dahil olmak üzere kişisel verilerin işlenmesi kavramı geniş bir sahayı kapsamaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi, kişisel verilerin otomatik ya da otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, toplanması, kaydedilmesi, depolanması, değiştirilmesi, silinmesi veya yok edilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması veya başka bir şekilde elde edilebilir hale getirilmesi, üçüncü kişilere aktarılması, kullanılmasının sınırlanması amacıyla işaretlenmesi, sınıflandırılması veya kullanılmasının engellenmesi gibi, kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen bir işlemi ya da işlemler bütününü nitelendirmek için kullanılmaktadır.

İnsan geni üzerindeki incelemeleri de kapsayan genetik bilimindeki ilerlemeler, insanlığın bugününü ve yarınını da ilgilendirdiği için, genelde insan onuru, özelde ise kişinin temel hak ve özgürlüklerini; bütün insanların onur ve haysiyetini koruyacak biçimde ve müdahalelerin kişiler arasında ayrımcılık yapılmaksızın kişinin bütünlüğü ile hak ve özgürlüklerine saygıyı teminat altına alan

bir yapıda bulunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, genetik incelemeler ve tanılarla ilgili olarak , Gen Teşhisi Kanunu, Embriyonun Korunması Kanunu, Kök Hücre Araştırmaları Kanunu gibi yasal düzenlemelerin yapılması zorunludur. Hatta bu konuların tümünün İnsan Geni İncelemeleri Hakkında Kanun olarak düzenlenmesi isabetli olacaktır. Bu yasa ile insan haklarının ve temel özgürlüklerin ve insan onuruna saygının korunması gerçekleşecektir. İnsan geni üzerinde yapılacak incelemeler ile bu incelemelerin sonuçlarının etik ilkeler de göz önüne alınarak yapılacak yasal düzenlemeler, Avrupa Biyotıp Sözleşmesi başta olmak üzere evrensel hukuk normlara uygun olarak bir an evvel gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

Abik, Y. (2014). Canlıdan (Sağlararası) organ ve doku nakli. *Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, 93-147.

Ak, S. (2016). *Psikiyatri genetiğinin ceza hukuku uygulamalarına etkisi*. III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 127-130.

Akıntürk, T. ve Karaman, D.A. (2013). *Aile hukuku.* (15. Bası). İstanbul: Beta Yayınevi.

Akman, B. ve Tuncer, T. (2009). *Yaşamın şifresi: İnsan genom projesi*. Ankara: ODTÜ Geliştirme Vakfı Yayıncılık.

Aksaray, B. (2012). *Organ ve doku naklinin hukuki boyutu*. Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul, 153-156.

Akyıldız, S. (2016). *Sağlık hukuku rehberi.* Ankara: Seçkin Yayınevi.

Akyürek, G. (2014). İnsan üzerinde deney suçu (TCK m.90) ve klinik araştırmalar etik kurulları. *Terazi Hukuk Dergisi*, 100, 8-17.

Altundere, N. (2012). *Tıp ceza hukuku ve güven ilkesi*. Sağlık Hukuku Makaleleri, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, 105-117.

Apak, M. (1994). Genetik hastalıklar ve prenatal tanı ile ilgili etik sorunlar. *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*, 2(3), 127-30.

Aras, Ü.Y. (2010). *İnsan hakları temelinde özel hayat hakkının ulusal ve uluslararası alanda uygulamaları*. Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Arda, B. (2018). Tıbbi Etik : Temel Kavramlar ve Meslek Sorunlarımız". file.toraks.org.tr (E.T. 27.11.2018).

Arda, B. ve Gölpınar, S. (1995). Tıbbi etik açısından doğum öncesinde cinsiyet belirlenmesi. *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History,* 3(2), 85-89.

Arda, B. ve Şahinoğlu, S.P. (1995). Tıbbi etik: Tanımı, içeriği, yöntemi ve başlıca konuları. *Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası,* 48(3), 323-336.

Arda, B., Oğuz, Y. ve Şahinoğlu, S.P. (1996). *Deontoloji.* Ankara: Ankara Tıp Fakültesi Yayınları.

Asbury, K. and Plomin, R. (2016). *Genlerin g'si*. (Çev: Boyraz, D.). İstanbul: Sola Unitas.

Aslanova, K. (2018). *Hukuki ve etik boyutuyla gen analizleri.* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.

Aşkın, M. (2015). Genetik mühendislik: Dost mu, düşman mı?. *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 2(2), 160-165.

Ateş, Z. (2010). *Küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası*. Yüksek Lisans Tezi, Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Atik, G. (2016). Yapay döllenmenin soybağına etkisi. III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 159-175.

Aydın, E. (2013). Tıp etiğinde hasta özerkliğine saygı ilkesi. *Erciyes Tıp Dergisi,* 25(2), 92-97.

Aydın, E. ve Ersoy, N. (1995). Tıp etiği ilkeleri. *Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi*, 2-3, 48-52.

Aydın, M.B. (2013). *Yapay döllenme tekniklerinin soybağı hukuku ve kişilik hakkı bakımından sonuçları.* Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir.

Aydın, S. (2009). *Meme kanseri.* İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Aydoğdu, İ.B. ve Çobanoğlu, N. (2009). *Tıp etiğinden biyoetiğe ilerlerken biyoetik uzmanı: Sorun kümesi mi çözüm mü?*. Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık, Türk Tıp Dizini, 129-138.

Aydoğdu, M. ve Kahveci, N. (2013). *Türk borçlar hukuku özel borç ilişkileri.* İzmir: Seçkin Yayınevi.

Aydos, O.S. (2009). *Ürün Sorumluluğu.* Ankara: Adalet Yayınları.

Aykın, A.C. (2016). Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları ve tıbbi müdahaleden kaynaklanan zararlarda tıbbi uygulama hatası – komplikasyon ayrımı. *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119), 56-76.

Aykın, A.C. ve Çınarlı, S. (2016). *Sağlık personelinin hukuki sorumluluğu.* Ankara: Seçkin Yayınevi.

Aytaç, İ. (2002). Yardımcı üreme tekniklerinin nesep hukuku açısından incelenmesi. *Adalet Dergisi*, 11, 183-199.

Badur, E. (2016). *Üremeye yardımcı tedavi uygulamalarında kişisel verilerin korunması*. Çankaya Üniversitesi Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (Ankara, 10-11 Haziran 2016). (Edt: Badur, E. ve Turan Başara, G.), 173-194.

Badur, E. (2017). *Tıbbi müdahaleye rızanın özellik gösterdiği haller.* Ankara: Seçkin Yayınevi.

Bank, A. (2015). *En iyi ilacı ararken bir doktor ve hastanın yaşantısından kesintiler.* (Çev: Arkun, M.E.). Ankara: TÜBİTAK Yayınları.

Başbuğ, A. (2014). *İşçinin genetik özellikleri ve iş hukuku*. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (01-02 Kasım 2013). Ankara, 455-466.

Başözen, A. (2012). Tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat davalarında ispat sorunları. *Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, 119, 1-49.

Bayertz, K. (1994). *GenEthics.* (Çev: Kirkby, S.L.). New York: Cambridge University Press.

Bayraktar, K. (2008). *Tıp etik kurallarının hukuka etkisi, Tıp Ceza Hukuku'nun güncel sorunları*. Ankara: TBB Yayını, 20-32.

Baysal, B. (2010). *Çocuğun kökenini öğrenme hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*. İstanbul: Seçkin Yayıncılık, 1, 493-533.

Beauchamp, T.L. and Childress, J.F. (1989). *Principles of biomedical ethics*. New York: Oxford University Press.

Beytar, E. (2017). *İşçinin kişiliğinin ve kişisel verilerinin korunması.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Bilgen, H. (2013). Karşılaştırmalı hukukta genetik teşhislere ilişkin hukuki düzenlemeler. *Tıp Hukuku Dergisi*, 2(4), 69-102.

Bodur, E. ve Demirpençe, E. (2010). Kodlamayan RNA'lar ve gen susturumu. *Hacettepe Tıp Dergisi*, 41, 82-89.

Bond, T. (2016). *Psikolojik danışmanlıkta etik ve yasal konular* (Çev: Yeşilyaprak, B.), (2. Baskı). İstanbul: Nobel Yayın Dağıtım.

Boydak, A.B. (2015). Ulusal ve uluslararası metinler çerçevesinde tıbbi verilerin gizliliği ilkesi. *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History,* 23(3), 86-92.

Boz, A. (2014). *Kişisel verilerin korunması: Türkiye, ABD ve AB örnekleri.* Yüksek Lisans Tezi, Polis Akademisi, Ankara.

Brown, T.A. (2006). *Gen klonlama ve DNA analizi* (Çev: Bardakçı, F., Yenidünya, A.F. ve Yılmaz, N.). Ankara: Nobel Akademik Yayıncılık.

Bunnik, E.M., de Jong, A., Niels, N. and de Wert, M.W.R. (2013). The new genetics and informed consent: Differentiating choice to preserve autonomy. *Bioethics*, 27(6), 348-355.

Büken, N.Ö. (2000). *Denek ve hasta hakları açısından klinik ilaç araştırmaları.* Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara.

Büyükay, Y. (2011). *Eser sözleşmesi.* Ankara: Yetkin Hukuk Yayınları .

Büyükay, Y. (2005). Gen analizleri ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler. *AÜHFD*, 9(3-4).

Büyükay, Y. (2006). *İstenmeden dünyaya gelen çocukların bakım eğitim ve tedavi giderlerinin tazmin edilmesi sorunu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Büyükay, Y. (2011). *Biyolojik veri bankaları*. Ankara Barosu II. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara.

Canbolat, F. (2009). Kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalede hekimin özel hukuktan doğan sorumluluğunun dayanağı. *TBBD*, 80, 156-181.

Casabona, C.M.R. (2011). *New legal trends on medical liability negligence and breach of patient's autonomy*. Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (24-25 Nisan 2008), İstanbul. 387-418.

Chadwick, R. (2011). Personal genomes: No bad news?. *Bioethiks*, 25(2), 62-65.

Cin, M.O. (2004). *Tıp etiği ve cezai sorumluluk*. Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.

Coşkun, H.Y. (2014). Gebelikte yapılan prenatal trama testleri ve bu testlere istinaden uygulanan girişimsel tanı yöntemlerinin hukuki boyutu. *Tıp Hukuku Dergisi*, 5, 25-62.

Çağlayan, S.B., Haznedaroğlu, E. ve Çöteli, C. (2011). Bilmeli mi, bilmemeli mi? Yoksa hiç öğrenmemeli mi?. Kanser ve Etik. (Edt: Çobanoğlu, N.).

Çekin, M.S. (2016). 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunun big data (büyük veri) ve irade serbestisi açısından değerlendirilmesi. *İÜHFM*, 74(2), 629-644.

Çoban, F. (2016). Tıp ve hukukun buluşma noktasında biyoetik tartışmalar. *İnsan Hakları Yıllığı*, 34, 21-42.

Çobanoğlu, N. (2007). *Tıp etiği.* Ankara: İlke Yayınevi.

Çobanoğlu, N. (2009). Tıp etiğinden tıp hukukuna hasta hakkı olarak aydınlatılmış onam. *Ankara Barosu Yayınları Sağlık Digestası*, 1(1),70-86.

Çobanoğlu, N. (2013). Genetik teşhislerde etik sorunlar. *Tıp Hukuku Dergisi*, 2(4), 1-15.

Çobanoğlu, N. (2016). *Tıp etiği açısından hasta mahremiyeti.* III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 41-51.

Damar, C. (2016). Sözleşmenin yorumu. *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 89-109.

Değirmen, N. (2014). *Jinekoloji ve obstetride beden mahremiyeti: Kütahya örneği*. Doktora Tezi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Eskişehir.

Demirayak, E.B. (2014). *Hayat ve sağlık sigortası sözleşmelerinde genetik test sonuçlarının kullanılması.* Ankara: Adalet Yayınları.

Deryal, Y. (2007). *Hastanın özel yaşamına saygı hakkının iki boyutu: Hasta sırrının korunması ve beden mahremiyeti*. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara.

Dinkçi, F. (2014). Kişisel verilerin korunmasında uluslararası düzenlemeler ve Türkiye örneği. Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Samsun.

Doğan, C. (2008). *Tedaviyi kabul etmeme ve durdurma hakkı*. Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (İstanbul, 24-25 Nisan 2008), 307-359.

Doğan, C. (2013). Gen analizleri ve şahsiyet haklarının korunması. *Tıp Hukuku Dergisi*, 4, 111-160.

Doğan, C. (2014). *Genetik ve insan hakları*. V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (Ankara, 8-9 Kasım 2013), 265-328.

Doğan, M. (2009). *Embriyon nakillerinde mahremiyet hakkı*. II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara).

Doğan, M. (2012). Genetik veri bankaları. *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, 1(1).

Doğramacı, Y.G., ve Erkol, Z.Z. (2016). Çocuklarda Kan Naklinin Reddi: Yehova Şahitleri Olgu Örnekleri. *Tıp Hukuku Dergisi*, 10, 255-300.

Dölen, İ. (2014). *Tıbbi açıdan fetüs, embriyo, kürtaj ve düşük (abortus) nedir?*. Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara), 35-41.

Dresser, R. (2017). A tale of two disciplines: Law and bioethics. *Perspectives in Biology and Medicine*,60(1), 47-59.

Dural, M. (2011). *Hekimin aydınlatma yükümlülüğü*. Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (İstanbul, 24-25 Nisan 2008), 249-259.

Dural, M. ve Öğüz, T. (2016). *Türk Özel Hukuku, Cilt 2: Kişiler hukuku.* İstanbul: Filiz Kitabevi.

Dülger, M.V. (2014). Sağlık hukukunda kişisel verilerin korunması ve hasta mahremiyeti. *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(2), 43-81.

Ekmekçi, A., Konaç, E. ve Önen, H.İ. (2008). Gen polimorfozi ve kansere yatkınlık. *Marmara Medical Journal*, 21(3), 282-295.

Ekmekçi, E. ve Bor, P. (2014). Tıp etiği açısından sağlık hakkı ve romanlar üzerine bir çalışma. Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Doktora Tezi, Ankara.

Emir, M. (2013). *Hukuki ve etik yönleri ile biyotıp araştırmalarında biyobankalar*. Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara.

Emre, M. (2014). *99 sayfada alzheimer, parkinson.* (3. Baskı). İstanbul: Türkiye İş Bankası Yayınları.

Erdemir, A.D. (2011). *Tıpta etik ve deontoloji*. İstanbul: Nobel Tıp Kitabevi.

Erdemir, F. (2014). Sperm dondurma. *Erkek Üreme Sağlığı Dergisi*, 191-195.

Ergüneş, S. (2012). Yapay döllenme. *Sağlık Hukuku Makaleleri 2,* 167-179.

Erlüle, F. (2011). *Bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat.* Ankara: Seçkin Yayınevi.

Erman, B. (2016). İnsan üzerinde deney ve deneme suçları. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13(2), 1-45.

Erol, Y. (2012). *Yapay döllenme yöntemleri ve taşıyıcı annelik.* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Ersöz, A.K. (2016). *İlaç hukuku bağlamında idarenin sorumluluğu*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Erzurumluoğlu, E. (2014). *Sözleşmeler hukuku, özel borç ilişkileri.* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Eşitli, E.A. (2015). Hekimin tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğu. *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan*, 1, 175-198.

Fidan, N. (2010). Hekimin tıbbi müdahaleleri nedeniyle sorumluluğu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1(3), 349-362.

Frith, L. (2017). Why health services research needs bioethics. *Journal of Medical Ethics*, 1(2), 2017.

Gençcan, Ö.U. (2011). *Aile hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları .

Gibson, G. (2016). *Son sözü genom söyler* (Çev: Özsoy, E.D.). (2. Basım). İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Gojayeva, A. (2019). Avrupa Biyotıp Sözleşmesi ve Türk Tıp Hukukuna etkileri. *Ankara Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Digestası,* 1(1), 28-70.

Goldim, J.R. (2015). Genetics and ethics: A possible and necessary dialogue. *Journal of Community Genetics*, 6(9), 193-196,

Gönenç, F.İ. (2015). *Yardımcı üreme tekniklerinde hukuki sorunlar.* Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (Ankara), TBB Yayını. 63-82.

Gören, Z. (2016). Suum-Cuique: Herkese kendisininki. *İzmir Barosu Dergisi*, 81(2), 199-231.

Görgülü, M. (2012). *Genetik girişimler ve etik, biyoetik araştırmalar*. İstanbul: Türkiye Biyoetik Derneği Yayını, No: XVI.

Gül, C. (2012). Klonlama ve kök hücre çalışmaları karşısında insan onurunun korunması hakkı. *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, 1(1), 161-191.

Gül, İ.I. (2008). Ayrımcılık yasağına ilişkin sorunlar. *Uğur Alacakaptan'a Armağan*, 2, 339-359.

Gülaslan, P.A. (2014). *Genetik bilgilerin ticarileştirilmesi*. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara, 01-02 Kasım 2013), 467-473.

Gülaslan, P.A. (2014). *Genetik veri bankaları*. Adli Bilimciler Derneği I. Sağlık Hukuku Kongresi (Marmaris, 01-04 Mayıs 2014), 155-160.

Gülaslan, P.A. (2014). Hukuksal kavramda hücresel tedaviler. *Terazi Hukuk Dergisi*, 93, 128-133.

Gülekli, B. (2016). *99 sayfada tüp bebek.* (2. Baskı). İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.

Gülel, İ. (2017). *Tıbbi müdahaleye rıza.* Ankara: Seçkin Yayınevi.

Gülseren, F.Ş. (2014). *Hastanın mahremiyet isteme hakkı*. V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (Ankara, 8-9 Kasım 2013), 207-219.

Gültekin, T. ve Gökçümen, Ö. (2009). Genetik ve toplum. *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi,* 49(1), 19-31.

Gümüş, M.A. (2012). *Borçlar hukuku (özel hükümler)*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Gün, M. (2013). *İnsan embriyonu kök hücre araştırmalarının etik boyutu ve türkiye için bir etik düzenleme önerisi.* Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara.

Gürbüz, M. (2010). *Kişilik hakkı açısından tıbbi genetik analizler.* Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Eskişehir.

Gürbüz, N. (2014). *Biyotıp hukukunda insan onuru.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık .

Hakeri, H. (2012). *Tıbbi genetik ve hukuk.* KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (25-26 Nisan 2011).

Hakeri, H. (2015). *Taşıyıcı annelik*. Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu (Ankara), 83-92.

Hakeri, H. (2016). *Tıp hukuku*. (11. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hancı, İ.H. (2005). *Malpraktis, tıbbi girişimler nedeniyle hekimin ceza ve tazminat sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hancı, İ.H., Tuğ, A. ve Balseven, A. (2002). İnsan genom projesi: Umut mu kâbus mu?. *Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi*, 11(2), 56-57.

Harmon, S.H.E. (2008). Ethical rhetoric: Genomics and the moral content of UNESCO's 'universal' declarations. *Journal of Medical Ethics*, 34, 1-6.

Hatemi, H. ve Oğuztürk, B.K. (2013). *Aile hukuku.* (2. Bası). İstanbul: Filiz Kitabevi.

Have, H. (2016). *Global bioethics.* London: Routledge.

Helvacı, S. (2006). *Gerçek kişiler.* İstanbul: Legal Yayıncılık.

Henkoğlu, T. ve Uçak, N.Ö. (2015). Üniversite kütüphanelerinde kişisel verilerin korunması. *Bilgi Dünyası*, 16(1), 45-74.

Işık, O.Ç. (2012). İnsan hakları boyutu ve tıp hukuku açısından: Cenine ilişkin bir manifesto. *Tıp Hukuku Dergisi*, 1, 161-196.

Işıktaç, Y. (2014). *Hukukun kaynağı olarak sözleşme.* (2. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.

İlgili, Ö. (2012). *YSŞ kararlarında kadın hastalıkları ve doğum (2000-2005).* İstanbul: Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği Yayınları.

İlgün, C. (2016). Yeni tüketicinin korunması hakkında kanun kapsamında hekimin aydınlatma yükümlülüğü. *Terazi Hukuk Dergisi*, 11(119), 114-122.

İnternet: Klinik Araştırmalar Etik Kurulu - Gazi Üniversitesi etikkurul.gazi.edu.tr/ Erişim Tarihi: 01.12.2017.

İnternet: www.journalagent.com/aot/Helsinki_Decleration_tur.pdf. Erişim Tarihi: 29.11.2017.

İnternet: www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id, Erişim Tarihi: 05.12.2017.

İpekyüz, F.Y. (2015). Hekimin tazminat sorumluluğu. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 20(33), 19-61.

İzgi, C. (2014). Mahremiyet kavramı bağlamında kişisel sağlık verileri. *Türkiye Biyoetik Dergisi*, 1(1), 25-37.

Joly, Y. and Knoppers, B.M. (2013). Ethics and genetics. *Brenner's Encyclopedia of Genetics*, 2, 528-530.

Kalin, W. and Künzli, J. (2009). *The law of international human rights protection.* London: Oxford University Press.

Kamacı, M. (2009). *Embriyon nakillerinde oluşan nesep (soybağı) sorunları*. II. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara), 93-110.

Kansu, E. (2002). Kök hücreleri ve klonlama. *Avrasya Dosyası – Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel*, 8(3), 41-50.

Kaplan, Ü. ve Arda, B. (2017). Genetik danışmanlık ve biyoetik. *Türkiye Klinikleri,* 25(2), 57-71.

Karaarslan, E., Ergin, A.M., Turğut, N., ve Kılıç, Ö. (2017). *Elektronik sağlık kayıtlarının gizlilik ve mahremiyeti*. XX. Türkiye'de İnternet Konferansı (İstanbul, 1-3 Aralık 2015). (E.T. 29.11.2017)

Karagöz, H. (2013). Genetik teşhisler nedeniyle tazminat sorumluluğu. *Tıp Hukuku Dergisi*, 2(4), 215-225.

Karahan, S., Suluk, C., Saraç, T. ve Nal, T. (2013). *Fikri mülkiyet hukukunun esasları.* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayınevi.

Karakaya, A. (2013). *Kök hücre çalışmaları ve etik*. Yüksek Lisans Tezi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Kaşıkçı, O. (2012). Gen-etik ve hukuk. *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, 1(1), 17-40.

Kaşıkçı, O. (2017). *İnsan Genomu Projesi'nin etik açıdan değerlendirilmesi*. Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan, 15-16 Mayıs 2016), 147-174.

Katoğlu, T. (2006). Türk Hukukunun bir parçası olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi. *AÜHFD,* 55(1), 157-193.

Kaya, C. (2011). AB Veri Koruma Direktifi ekseninde hassas (kişisel) veriler ve işlenmesi. *İÜHFM*, 69(1-2), 317-334.

Kıcalıoğlu, M. (2006). Yargı kararları ışığında doktorun tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluğu. *Terazi Hukuk Dergisi*, 1(4), 17-40.

Kılıçarslan, S.K. (2011). Klinik ilaç araştırmalarından doğan sorumluluk. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 15(3), 285-310.

Kılıçoğlu, A.M. (2016). *Aile hukuku.* Ankara: Turhan Kitabevi.

Kılıçoğlu, A.M. (2016). *Türk Medeni Kanunumuzda insan hakları*. Çankaya Üniversitesi Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (Ankara, 10-11 Haziran 2016), (Edt: Badur, E. ve Turan Başaran, G.), 45-57.

Kılınç, D. (2012). Anayasal bir hak olarak kişisel verilerin korunması hakkı. *AÜHFD*, 61(3), 1089-1169.

Kırkbeşoğlu, N. (2006). *Soybağı alanında biyoetik ve hukuk sorunları.* İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Kodilinye, G. (2011). *Causation issues in medical negligence suits in England, Ireland, Canada and Australia*. Kadir Has Üniversitesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu (İstanbul, 24-25 Nisan 2008), 261-272.

Konuk, F.Z. (2012). Biyoetik ve hukuk yönünden gen bilimi. *Sağlık Hukuku Makaleleri 2*, 55-79.

Korkmaz, İ. (2016). Kişisel verilerin korunması kanunu hakkında bir deneme. *TBB Dergisi*, 124, 81-152.

Kök, A.N. (2005). İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine göre aydınlatma ve rıza. *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, 8, 116-121.

Kök, A.N. (2016). Bir olgu nedeniyle tıp uygulamalarında mahremiyet ilkesi, özel yaşamın gizliliği ve kişisel verilerin kaydedilmesi. *Terazi Hukuk Dergisi*, 119, 1170-1173.

Lemmens, T. (2003). Genetics and insurence discrimination: Comparative legislative, regulatory and policy developments and Canadian options. *Health Law Journal Special Edition*, 4-5, 42-86.

Lewontin, R.C. (2016). *İdeoloji olarak biyoloji – DNA doktrini*. İstanbul: Kolektif Kitap.

Macar, E. (2014). *Sağlık çalışanlarının sağlık etiğine bakışı (Diyarbakır Gazi Yaşargil Eğitim ve Araştırma Hastanesi Örneği)*. Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Manav, A.E. (2015). İş ilişkisinde işçinin kişisel verilerinin korunması. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(2), 95-136.

Marches, A. (2017). Genetics and right: a metodogy. *The Journal of Maternal-Fetal& Neonatal Medicine*, 30 (7), 854-857.

McEwan, I. (2017). *Çocuk yasası*. (2. Baskı). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

McGee, G. (2002). *Applied ethics: Critical concepts in philosophy*. (Edts: Chadwick, R. and Schroeder, D.). New York: Rootledge, 41-49.

Memiş, T. (2002). Sigorta sözleşmelerinde genom analizlerinin kullanılması ve ortaya çıkan hukuki sorunlar. *Reasürör Dergisi*, 46.

Memiş, T. (2007). *Biyobankaların hukuki esasları*. Sağlık Hukuku Sempozyumu (Erzincan, 15-16 Mayıs 2016), 175-191.

Memiş, T. (2012). İnsana ait genetik bilgilerin ticarileştirilmesi ve Türk Hukukundaki durum. *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, 1(1), 41-54.

Memiş, T. ve Yıldırım, M.F. (2004). Soy bağının belirlenmesinde gen analizlerinin kullanılması ve yarattığı hukuki sorunlar. *EÜHFD*, 8(1-2).

Metin, S. (2010). *Biyotıp etiği ve hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Metin, S. (2012). Yörüngesinden çıkan tabiat: Etik, sosyal, psikolojik ve hukuki görünümleriyle taşıyıcı annelik. *Sağlık Hukuku Makaleleri II*, 7-55.

Metin, Y. (2010). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin yaşamın ve sağlığın korunması ile ilgili olarak taraf devletlere yüklediği pozitif yükümlülükler. *Uluslararası İlişkiler*, 7(27), 111-132.

Metzl, J. And Kirkland, A. (2010). S*ağlığa karşı*. (Çev: Elhüseyni, N.). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.

Miller, F. (2017). Challenging the conventional wisdom: From philosophy to bioethics. *Perspectives in Biology and Medicine*, 60(1), 2-18.

Munzer, S. (2002). *Property, patents and genetic materia: A compenion to genetics*. (Edt: Burley, J. and Harris, J.). London: Oxford University Press, 438-454.

Namal, A. (2009). Biyoetik sorunları ele almak için kurulmuş ulusal etik kurullara dünyadan örnekler. *Hacettepe Tıp Dergisi,* 40, 68-77

Namal, A. (2017). *Yaşamın başlangıcına ait etik sorunlar*. istanbultip.istanbul.edu.tr. (E.T. 30.10.2017)

Newdick, C. (2017). Health equality, social justice and the poverty of autonomy. *Health Economics, Policy and Law*, 12(4), 411-433.

Oğuzman, M.K., Seliçi, Ö. ve Özdemir, S.O. (2015). *Kişiler hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

Oğuztürk, B.K. (2011). *Türk Medeni Hukuku'nda biyoetik sorunlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Ozanoğlu, H.S. (2003). Hekimin hastalarını aydınlatma yükümlülüğü. *AÜHFD*, 52(3).

Öğüz, T. (2010). Türk Medeni Kanunu'nun soybağına ilişkin hükümleri hakkında değerlendirme. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt: II,* 1415-1424.

Ömeroğlu, Ö. (2008). Yeni bir insan hakkı: Benzersiz olma hakkı. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(2).

Özbilen, A.B. (2011). *İnsan kökenli biyolojik maddelere ilişkin hukuki işlemler.* İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Özbilen, A.B. (2012). Kan bağışı sözleşmesinin hukuki niteliği. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* 22, 99-124.

Özcan, B.G. ve Özel, Ç. (2007). Kişilik hakları-hasta hakları bağlamında tıbbi müdahale dolayısıyla çıkan hukuki ilişkide hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ve aydınlatılmış rızaya ilişkin bazı değerlendirmeler. *Hacettepe Sağlık İdaresi Dergisi*, 10(1), 49- 70.

Özdemir, H. (2009). *Elektronik haberleşme alanında kişisel verilerin verilerin özel hukuk hükümlerine göre korunması.* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özdemir, H. (2010). Hadım etme ve hekimin sır saklama yükümlülüğü. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(1), 125-164.

Özdemir, H. (2017). *Sağlık hukuku alanında teşhis ve tedavi sözleşmesi*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Özdemir, S.O. (2010). Tıbbi müdahaleye ve tıbbi müdahalenin durdurulmasına rızanın kimler tarafından verileceği. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan Cilt II*, 1315-1353.

Özel, Ç. ve Gönül, G. (2014). *Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması*. V. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara), 439-453.

Özgül, M.E. (2010). *Yeni tıbbi yöntemlerin hukuka uygunluğu.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Özgür, Ç. (2012). İnsanlar üzerinde ilaç klinik araştırmaları. *Ankara Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Digestası*, 2(2), 181-202.

Özkan, H. ve Akyıldız, S. (2008). *Açıklamalı içtihatlı hasta hekim hakları ve davaları.* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Özkaya, N. (2012). Hekim dışındaki sağlık mesleği mensuplarının tıbbi uygulamalardan doğan sorumlulukları ve YSŞ tarafından hatalı bulunan tıbbi uygulama örnekleri. *Sağlık Hukuku Makaleleri*, 179-191.

Özkaya, N. ve Çakır, B. (2016). Kök hücre araştırmalarına etik, dini ve hukuki yaklaşımlar. *Terazi Hukuk Dergisi*. 119, 223-234.

Özkul, Y. (2012). Tıbbi genetiğin günümüz yaşamındaki uygulama alanı. *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, 1(1), 1-4.

Özpınar, B. (2007). *Tıbbi müdahalede kötü uygulamanın hukuki sonuçları.* Ankara: Ankara Barosu Yayınları.

Özpınar, B. (2014). *İnsan embriyosu üzerinde araştırmalar ve hukuk*. Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara), 425-436.

Özsunay, E. (1983). *Alman ve Türk Hukukunda hekimin hastayı aydınlatma ödevi ve istisnaları*. Türk Hukukunda Hekimin Cezai ve Hukuki Sorumluluğu,

Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu (Ankara, 12-13 Mart 1982), 31-59.

Özsunay, E. (2007). Taşıyıcı annelikle ilgili hukuksal sorunlar. *Güncel Hukuk*, 44, 28-29.

Öztan, B. (2004). *Aile hukuku.* (4. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.

Öztan, B. (2010). *Medeni Hukuk'un temel kavramları.* (32. Baskı). Ankara: Turhan Kitabevi.

Öztürk, E. (2007). *Genetik determinizm, insan davranışları ve eğitim*. Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Eğitim Bilimleri Enstitüsü, Ankara.

Öztürk, E. (2013). *Klinik ilaç araştırmalarında hukuki sorumluluk*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Özuğur, A.İ. (2016). *Kişi hukuku-velayet vesayet- soybağı.* (5. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Paksoy, G. (2011). Soybağının reddi. *TBB Dergisi*, 97, 353-376.

Parlak, Ş. (2009). Organ bağışı ve organ naklinde ortaya çıkan sorunlar. *TBB Dergisi*, 83, 189-222.

Pazarcı, A.A. (2012). Ulusal mevzuat ve uluslararası kaynaklar çerçevesinde insan üzerinde deney ve deneme kavramları. *Sağlık Hukuku Digestası*, 2, 30-58.

Pekel, A. (2016). *Aile hayatına saygı hakkı, AİHM'nin geliştirdiği ilkeler bağlamında bir inceleme.* Ankara: Liberte Yayınları.

Petek, H. (2016). Hasta ve yakınlarının uyguladıkları şiddet sebebiyle sağlık personelinin uğradığı zararların tazmini. *İzmir Barosu Dergisi*, 81(3), 197-243.

Polat, O. ve Pakiş, I. (2011). Tıbbi uygulama hatalarında hekim sorumluluğu. *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 2(3), 119-125.

Poroy, M.A. (2014). *AB'de hasta hakları*. V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (KKTC, 8-9 Kasım 2013), 147-155.

Robertson, J.A. (2013). The $ 1000 genome : Ethical and legal issues in nutritional genomics. *The American Journal of Bioethics*, 3(3), 35-52 .

Rosenau, H. (2013). Alman genetik teşhisler kanunu. (Çev: Yerdelen, E.). *Tıp Hukuku Dergisi*, 2(4), 241-253.

Saldırım, M. (2005). *Özel hukukta cumhuriyet savcısının görevleri.* Ankara: Turhan Kitabevi .

Saldırım, M. (2005). *Yargılama hukuku açısından DNA incelemesinin önemi*. İnternet kaynağı: http://saldirim.com/yeni/wp-content/uploads/2013/11/YARGILAMA-

HUKUKU-A%C3%87ISINDAN-DNA-%C4%B0NCELEMES%C4%B0N%C4%B0N-%C3%96NEM%C4%B0-2.pdf

Samancı, U. (2014). Uluslararası Sağlık Tüzüğü (2005) ve hukuki niteliği. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,* 16(2), 113-169.

Sandel, M.J. (2017). *Adalet.* (Çev: Kocaoğlu, M.), (4. Baskı). Ankara: Eksi Kitaplar.

Sarıkaya, M. (2011). *Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması*. Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri.

Sarp, N. (2014). *Hekimin tıbbi özen sorumluluğu*. V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu (KKTC, 8-9 Kasım 2013), 45-61.

Savaş, H. (2012). Tıbbi malpraktis ve komplikasyondan doğan sorumluluklar. *Sağlık Hukuku Makaleleri ,* 259-295.

Savaş, H. (2013). *Yargıya yansıyan tıbbi müdahale hataları.* Ankara: Seçkin Yayınevi.

Sayar, T. ve Hızal, S.A. (2016). *Etik ve hukuki boyutlarıyla insan klonlama*. III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 185-191.

Saygılı, Ç.D. (2016). *Doğum takibinde hekimin hukuki sorumluluğu*. III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 363-370.

Serel, A.T. (2016). Cerrahi branşlarda aydınlatılmış onamın genişletilmesi. III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 185-191.

Serozan, R. (2005). *Çocuk hukuku*. (2. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Seyalıoğlu, İ., Eraslan, B., Hot, İ., Demircan, T. ve Çetin, G. (2007). Klonlamaya genetik, etik ve hukuksal açıdan yaklaşım. *Adli Tıp Dergisi*, 21(2), 31-45.

Sezen, O. (2015). İnsan üzerinde biyolojik uygulamaların uluslararası hukuk boyutu. *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1), 82-107.

Shreeve, J. (2004). *Gen savaşları.* (Çev: Turan, Ö.A.). İstanbul: Doğan Kitap.

Sindel, E. (2016). Hekimin haksız fiil sorumluluğu. *Terazi Hukuk Dergisi*, 119, 243-256.

Singer, P. (2015). *Pratik etik.* (Çev: Çatlı, N.). İstanbul: İthaki Yayınları.

Sonat, A. (2013). Soybağının tespiti amacıyla isteğe dayalı olarak yapılan gen incelemeleri. *MÜHF – HAD*, 19(3), 323-377.

Soyaslan, D. (2008). *Organ nakilleri: Tıp Ceza Hukuku'nun güncel sorunları.* Ankara: TBB Yayını, 328-359.

Subaşı, İ. (2016). *Hekimin aydınlatma yükümlülüğü, aydınlatılmış onam, tazminat sorumluluğu.* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Sudbery, P. (2002). *Human molecular genetics*. (2nd Edt). Harlow: TBS.

Şen, M. (2012). Gen analizlerinin iş hukuku alanında kullanımı. *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı,* 1(1), 129-144.

Şengül, A., Tözün, B. ve Öztürk, Ş. (1998). *Genetik.* Bursa: Güneş Yayınları.

Şenocak, Z. (1998). *Özel hukukta hekimin sorumluluğu*. Ankara: Vedat Kitapçılık.

Şenocak, Z. (2001). Küçüğün tıbbi müdahaleye rızası. *AÜHFD*, 50(4), 65-80.

Şıpka, Ş. (2007). *Taşıyıcı annelik ve getirdiği hukuki sorunlar.* İnternet Kaynağı: http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm

Tacir, H. (2011). *Hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Taneri, G.. (2014). *Hasta hakları*. Ankara: Legal Kitabevi.

Tazebay, H.U. (2002). Genetik araştırmalar ve etik. *Avrasya Dosyası, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel*, 8(3), 51-61.

Tekin, N. (2010). Kök hücre kavramı ve kök hücre çalışmalarının hukuki açıdan değerlendirilmesi. *Terazi Aylık Hukuk Dergisi.* 41, 149-170.

Tekinalp, Ü. (2012). *Fikri mülkiyet hukuku.* (5. Bası). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Tekinalp, Ü. (2012). *Kök hücrenin patentlenebilirliği*. İnternet Kaynağı: https://bilimakademisi.org/wp-content/uploads/2016/04/K%C3%B6k-H%C3%BCcre.pdf

Temiz, B.A. (2016). *İlaç klinik araştırmaları.* III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 255-260.

Temiz, Ö. (2013). *Türk Hukukunda sağlık hakkı ve bir kamu hizmeti olarak sağlık*. Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Tezcan, D., Erdem, M.R. ve Sancakdar, O. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve uygulaması.* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Tolun, A. (2007). Genetik araştırma ve uygulamada etik. *Türkiye Bilimler Akademisi Raporları,* 15.

Tuncer, F.N., Öztezel, A. ve Külahçı, Ş. (2017). *Biyobankalarda etik ve yasal düzenlemeler kılavuzu*. İstanbul: İstanbul Tıp Kitabevleri.

Turan Başara, G. (2016). Çocuğun biyolojik ana – babasını öğrenme hakkı. Çankaya Üniversitesi Türk Medeni Hukukunda Değişimler Sempozyumu (Ankara, 10-11 Haziran 2016). (Edt: Badur, E. ve Turan Başara, G.), 265-283.

Turan Başara, G. (2017). Ana ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişkiyi düzenleyen TMK hükümlerinin değerlendirilmesi. *TBB Dergisi*, 131, 211-238.

Turan Başara, G. (2018). *Kişiliğin ihlalinden kaynaklanan maddi ve manevi tazminat ile haksız kazancın iadesi.* Ankara: Turhan Kitabevi.

Turan, M. (2017). *Karşılaştırmalı hukukta kişisel verilerin korunması.* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Turgut, C. (2016). *Yapay döllenme taşıyıcı annelik ve soybağına ilişkin hukuki sorunlar.* İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Turhan, M.K. (2015). *Klinik ilaç araştırmalarında denek haklarının korunması ve idarenin sorumluluğu.* Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Türkiz, G. (2008). İnsanlar üzerinde yapılan biyomedikal araştırmalarda etik değerlendirme. *Gazi Tıp Dergisi,* 19(3), 93-97.

Tüzüner, Ö. (2013). Soybağının tespiti davasında genetik analize ilişkin hükümlerin değerlendirilmesi. *AÜHFD,* 62(4), 1139-1166.

Tüzüner, Ö. (2016). *Adli genetik ve tıbbi biyoloji bilimlerinin soybağı hukukuna etkileri.* İstanbul: Filiz Kitabevi.

Umar, B. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu şerhi.* Ankara: Yetkin Yayıncılık.

Umar, B. ve Yılmaz, E. (1980). *İspat yükü.* İstanbul: Alkım Yayınevi.

Ungan, H.Ç. (2016). Bırakınız taşısınlar: Taşıyıcı anneliğe güncel bakış. *MÜHF – HAD*, 22(1), 489-509.

Uzeltürk, S.T. (2016). Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi kararlarında doğum ve üremeye ilişkin haklar. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1(1),160-197.

Ülman, Y.I. (2010). Etik, biyoetik, hukuk: Temel kavramlar ve yaklaşımlar. *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 1(1), 1-4.

Ünver, Y. (2013). Genetik teşhislere yönelik tıbbi müdahalelerden kaynaklanan ceza hukuku sorumluluğu. *Tıp Hukuku Dergisi*, 2(4), 191-213.

Ünver, Y. (2016). Alman Sağlık Hukukuna ilişkin önemli yargı kararları. III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi (Bursa, 23-25 Nisan 2016), (Edt: Hancı, H. ve Ünver, Y.). Ankara: Seçkin Yayınevi, 281-296.

Ürem, M. (2012). Kadın vücudu ve etik sorunlar. *Sağlık Hukuku Makaleleri II,* 79-103.

Üstün, Ç. (2009). Tıpta etiğin yerini belirleme. *Sağlık Hukuku Digestası*, 115-118.

Vatanoğlu, E.E. (2007). *Türkiye'de yasal ve etik boyutuyla organ nakli hakkında anket araştırması ve sonuçları*. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.

Walters, L.R. (2012). Genetics and bioethics: How our thinking has changed since 1969. *Theory Med Bioeth*, 33, 83-95.

Wertz, D.C., Fletcher, J.C. and Berg, K. (2003). *Review of ethical issues in medical genetics.* New York: World Health Organization Publications.

Widdows, H. (2009). Between the individual and the community: The impact of genetics on ethical models. *New Genetics and Society*, 28(2), 173-188.

Wollenschlager, F. (2013). Genetik teşhisleri ve üçüncü kişilerle ilgili teşhis öncesi genetiği bilme ve bilmeme hakkı. (Çev: Şentürk, M.). *Tıp Hukuku Dergisi*, 2(4), 17-36.

Yağmur, F. (2012). Gen ve hukuk. *ÜHFD Gen Hukuku Özel Sayısı*, 1(1), 145-155.

Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2014). *Türk Borçlar Hukuku özel hükümler.* (9. Baskı). İstanbul: Beta Yayınevi.

Yerdelen, E. (2014). Klonlamanın ceza hukukundaki yeri. *AÜHFD*, 63(3), 643-685.

Yıldırım, G. ve Kadıoğlu, S. (2007). Etik ve tıp etiği temel kavramları. *Cumhuriyet Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 29(2), 75-84.

Yıldırım, M.F. (2007). *İnsan genom projesi ve hukuk dünyasına etkileri*. G*ÜHFD*, 11(1-2), 355-366.

Yıldırım, M.F. (2008). *Gen teknik uygulamalardan doğan hukuki sorumluluk*. Ankara.

Yıldırım, M.F. (2014). *Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması özellikle üçüncü kişilerin bilmeme hakkının ihlali*. Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara), 415-424.

Yıldız, E. (2006). *Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası ve kapsamı*. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.

Yıldız, P. (2017). *Rıza ve rıza formlarının hukuksal niteliği*. Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara), 59-109.

Yılmaz, A. (2015). *Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü*. Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Yılmaz, B. (2010). *Açıklamalı-içtihatlı hekimin hukuki sorumluluğu.* Ankara: Adalet Yayınevi.

Yılmaz, B. (2017). Aydınlatılmış rıza. Ankara Barosu VI. Sağlık Hukuku Kurultayı (Ankara), 37-59.

Yılmaz, E. (2012). "Organ ve Doku Nakli", *Sağlık Hukuku Digestası,* Y:2, S.2, Ankara, s.203-230.

Yılmaz, S. S. (2017). *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu.* Ankara.

Yılmaz, Ş. Berfin, I. (2012). "Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", TBB Dergisi, S.98, Ankara.

Yücel, Ö. (2018). *Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları,* Ankara.

Yüksel, H. (2017). *Kişilik Hakkı İhlali Kapsamında İnsan Üzerinde Yapılan Deneyler ve Hukuki Sonuçları,* İstanbul.

Yüksel, M. (2015). "Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 5(1) , Ankara, s. 9–26.

Yükseloğlu, E.H. (2015). Kara Umut , *Temel Adli Genetik,* İstanbul.

Zengin, M. A. (2011). "Genetic Tests And Ist Impacts On Some Fields Of Human Rights Law/Genetik Testler ve Bunun İnsan Hakları Hukukunun Bazı Alanlarına Olan Etkileri". *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.I, S.1, İsparta, s. 209-223.

Zengin, M.A. (2012). *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması,*Ankara.

Zengin, M.A. (2016). *Hekimin Hukuk Rehberi,* Ankara.

Zeytin, Z. "Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumlulukta İspat Yükü Kuralının Ters Çevrildiği ve Kolaylaştırıldığı Haller", (Uluslararası Katılımlı 1.Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu, http://www.ehukuk.net/ dokumantasyon. htm, Erişim Tarihi: 07.11.2017.

ÖZ GEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : DEMİR, Remzi
Uyruğu : T.C.
Doğum Tarihi ve Yeri : 17.07.1970 - Karahallı
Medeni Hali : Evli
Tel : 0533 424 95 56
E-posta : remzidemir60@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Yılı
Yüksek Lisans	Çankaya Ü. Sosyal Bil. Ens.	2013
Lisans	Marmara Ü. Hukuk F.	1991
Lise	Karahallı Endüstri Mes. Lisesi	1987

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
1992 – 1995	Adalet Bakanlığı	Hakim Adayı
1995 – 2002	Adalet Bakanlığı	Cumhuriyet Savcısı
2002 – 2015	Tokat Barosu	Avukat
2015 – Halen	Ankara Batı Adliyesi	Cumhuriyet Savcısı

YABANCI DİL
İngilizce – İyi

HOBİLER
Futbol, Sinema, Müzik, Edebiyat