

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

(667 Sayılı KHK ile kapatılan Fatih Üniversitesi Mezuniyet Tezi)

**GEN ANALİZLERİNDE KİŞİLİK HAKLARININ
KORUNMASI**

Ramazan BOZAT

2570161057

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY

2017

ONAY SAYFASI

Öğrenci : Ramazan BOZAT
Enstitüsü : Sosyal Bilimler
Anabilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Konusu : Gen Analizlerinde Kişilik Haklarının Korunması
Tez Tarihi : Haziran, 2016

Bu tezin şekil ve içerik açısından Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Yazım Kılavuzu'nda belirtilen kurallara uygun formatta yazıldığını onaylıyorum.

Prof.Dr. Yusuf BÜYÜKAY
Anabilim Dalı Başkanı

Özel Hukuk Anabilim Dalı 510914003 numaralı öğrencisi Ramazan BOZAT tarafından hazırlanan bu tezin yüksek lisans tezinde bulunması gereken yeterliliğe, kapsama ve niteliğe sahip olduğunu onaylıyorum.

Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY
Tez Danışmanı

Tez Sınavı Jüri Üyeleri

Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY

Prof. Dr. Savaş BOZBEL

Yrd. Doç. Dr. Hasan Fehmi ERDOĞMUŞ

Bu tezin Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tez Yazım Kılavuzu'nda belirtilen kurallara uygun formatta yazıldığını onaylıyorum.

Müdür

Prof. Dr. Mehmet KARAKUYU

ETİK BEYANNAMESİ

Fatih Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, tez yazım kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada,

- Tez içindeki bütün bilgi ve belgeleri akademik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Görsel, işitsel ve yazılı tüm bilgi ve sonuçları bilimsel ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda ilgili eserlere bilimsel normlara uygun atıfta bulunduğumu,
- Atıfta bulunduğum eserlerin tümünü kaynak olarak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığımı,
- Bu tezin herhangi bir bölümü bu üniversitede veya başka bir üniversitede başka bir tez çalışması olarak sunmadığımı,
- Tezin içerdiği yenilik ve sonuçların başka bir yerden alınmadığını beyan ederim.

İmza

Ramazan BOZAT

Üniversite : Fatih Üniversitesi
Enstitüsü :Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı :Özel Hukuk Anabilim Dalı
Tez Danışmanı : Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY
Tez Tarihi :Haziran, 2016

KISA ÖZET

GEN ANALİZLERİNDE KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI

Ramazan BOZAT

Bu çalışmada gen analizi yoluyla gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlalleri incelendi. Çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde gen analizi ve kişilik hakkı kavramları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Gen analizlerinin önemine, tarihçesine, uygulama alanına ve gen analizlerinin etik boyutuna yer verildikten sonra kişilik hakkı kavramı açıklanıp başlıca kişilik hakkı değerlerine yer verilmiştir.

İkinci bölümde gen analizinin gerçekleştirilme yollarına ve genetik bilgilerin bir kişisel veri olarak korunması gerektiğine değinilmiştir. Bundan sonra gen analizlerinde meydana gelebilecek bilme ve bilmeme haklarının ihlali, genetik bilgiden dolayı ayrımcılığa uğrama, gizlilik ilkesinin ihlali gibi başlıca kişilik hakkı ihlallerine yer verilmiştir.

Üçüncü bölümde ise Türk Medeni Kanunu'nun kişilik hakkının korunması için öngördüğü hukuki mekanizma dikkate alınarak gen analizleri yoluyla meydana gelen saldırılara karşı kişilerin başvurabileceği hukuki yollar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Gen Analizi, Kişilik Hakkı, Gen ve Etik, Bilme ve Bilmeme Hakkı, Genetik Ayrımcılık

University : Fatih University
Institute : Institute of Social Sciences
Department : Private Law
Supervisor : Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY
Degree Awarded and Date : June 2016

ABSTRACT

PROTECTING PERSONAL RIGHTS ON GENETIC ANALYSIS

Ramazan BOZAT

In this study, violation of personality rights in genetic analysis has been examined and this work consists of three main chapters.

In the first chapter, concept of genetic analysis and personal rights has been thoroughly analyzed. After stating the importance of genetic analysis, its historical development and its fields of application as well as the ethical discussion about genetic analysis are elaborated upon, and then the concept of personal rights and primary personal rights are covered.

In the second chapter, the ways of implementation of genetic analysis and the necessity to protect the genetic information as a part of personal data are mentioned. After that, main breaches of personality rights associated with genetic analysis such as genetic discrimination, violation of right to know and right not to know in genetic analysis and infringement of privacy are studied.

In the last part, considering the mechanism established by Turkish Civil Law for the protection of personal rights, the legal remedies in case of personal rights violations stemming from genetic analysis are examined.

Key Words: Genetic Analysis, Personal Rights, Gene and Ethics, Right to Know and Right not to Know, Genetic Discrimination

ÖNSÖZ

Bu çalışmada gen analizleri yoluyla meydana gelen kişilik hakkı ihlalleri ele alınmıştır. Genetik bilginin kişisel veri olarak ele alınması gerekliliğine değinilip başta bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi ve genetik ayrımcılık olmak üzere bu verilere yönelik saldırı halinde başvurulabilecek hukuki yollara yer verilmiştir.

Tez hazırlık döneminde destek ve teşviklerinden dolayı başta dekanımız sayın hocam Prof. Dr. Osman KAŞIKÇI, tezin tüm aşamasında gerekli uyarıları ve önerileriyle yardımlarını esirgemeyen danışman hocam sayın Prof. Dr. Yusuf BÜYÜKAY'a, tezimi yazarken her daim anlayışlı olup çalışmalarım için gerekli zamanı yaratan kıymetli hocam Yrd. Doç. Dr. Hasan Fehmi ERDOĞMUŞ'a, yine gerek kaynak temininde gerek de yazım sırasındaki desteklerinden dolayı Arş. Gör. Öztürk AYDIN'a ve tüm yüksek lisans eğitimi döneminde desteklerini esirgemeyen değerli arkadaşlarım Gökhan KESİCİ, Muhammed Emir BACIK ve Hüseyin AMİKLİOĞLU'na teşekkürü bir borç bilirim.

Haziran 2016

Ramazan BOZAT

İÇİNDEKİLER

ONAY SAYFASI.....	ii
ETİK BEYANNAMESİ.....	iii
KISA ÖZET	iv
ABSTRACT	v
ÖNSÖZ.....	vi
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ	1
BÖLÜM I GEN ANALİZİ	3
1.1. Gen Analizi ve Gen Analizinde Kullanılan Temel Kavramlar	3
1.2. Gen Analizinin Tarihçesi.....	8
1.3. Gen Analizinin Uygulama Alanı	9
1.3.1. Tıp alanında gen analizleri	9
1.3.1.1. Hastalık teşhisi.....	9
1.3.1.2. Taşıyıcılık testi	10
1.3.1.3. Doğum öncesi genetik testler	11
1.3.1.3.1. Prenatal testler.....	11
1.3.1.3.2. Preimplantasyon genetik testler	13
1.3.1.4. Doğum sonrası genetik testler	14
1.3.1.5. Preseptomatik testler	15
1.3.1.5.1. Prediktif testler.....	15
1.3.1.5.2. Hastalıklara yatkınlık (susceptibility) testi	16
1.3.1.6. Toplum taraması.....	16
1.3.2. Hukuk alanında gen analizleri.....	16
1.3.2.1. Ceza hukukunda gen analizleri.....	16
1.3.2.2. Medeni hukukta gen analizleri.....	19
1.3.2.3. İş hukukunda gen analizleri.....	21
1.3.2.4. Sigorta hukukunda gen analizleri.....	22
1.3.3. İlaç endüstrisinde gen analizleri.....	23
1.4. Gen Analiz Yöntemleri	24
1.4.1. Karyotip analizi.....	25

1.4.2.	Array-Based testi (dizi analizi)	25
1.4.3.	Fluoresence in situ hybridization (FISH) Testi	25
1.4.4.	Biyokimyasal analiz	26
1.4.5.	Linkage (bağlantı) analizi	27
1.4.6.	DNA analizi	27
1.4.7.	Fenotip analizi.....	27
1.5.	Etik Açından Gen Analizleri	28
1.5.1.	Genel olarak etik ve tıp etiği	28
1.5.2.	Gen analizleri bakımından etik	29
1.5.3.	Gen analizlerinde uyulması gereken etik ilkeler.....	33
1.5.3.1.	<i>Aydınlatılmış onam ve özerkliğe saygı.....</i>	33
1.5.3.2.	<i>Sır saklama ve gizlilik ilkesi.....</i>	34
1.5.3.3.	<i>Yarar ve zarar dengesinin korunması.....</i>	36
1.5.3.4.	<i>Adalet ve eşitlik ilkesi</i>	36
1.5.3.5.	<i>Bilme ve bilmeme hakkının korunması</i>	37
1.5.3.6.	<i>Öjenizm.....</i>	39
1.5.3.7.	<i>Yasallık.....</i>	39
1.6.	Gen Analizleri Bakımından Biyobankalar	40
1.7.	İnsan Genom Projesi	42
1.8.	Kök Hücre ve Klonlama.....	44
1.9.	Karşılaştırmalı Hukukta Gen Analizleri.....	47
1.9.1.	Uluslar arası alanda yapılan düzenlemeler.....	47
1.9.1.1.	<i>Nürnberg ilkeleri.....</i>	47
1.9.1.2.	<i>Helsinki bildirgesi.....</i>	48
1.9.1.3.	<i>UNESCO deklarasyonları.....</i>	49
1.9.1.4.	<i>Avrupa konseyi biyotıp sözleşmesi.....</i>	50
1.9.2.	Ulusal alanda yapılan düzenlemeler.....	50
1.9.2.1.	<i>Amerika Birleşik Devletleri</i>	50
1.9.2.2.	<i>İngiltere.....</i>	51
1.9.2.3.	<i>İsviçre.....</i>	52
1.9.2.4.	<i>Avusturya</i>	53
1.9.2.5.	<i>Almanya</i>	53
1.10.	Türk Hukukunda Gen Analizlerine İlişkin Bazı Düzenlemeler.....	54
1.10.1.	Yeni Bitki Çeşitlerine Ait Islahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun	55
1.10.2.	Tohumculuk Kanunu.....	55
1.10.3.	Biyogüvenlik Kanunu	55

1.10.4. Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi Yönetmeliği	56
1.10.5. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik	57
1.10.6. Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği	58
1.10.7. Toplum Sağlığı Merkezi ve Bağlı Birimler Yönetmeliği	58
1.10.8. Tıbbi Laboratuvarlar Yönetmeliği	58

BÖLÜM II GEN ANALİZİ İLE KİŞİLİK HAKKININ İHLAL EDİLMESİ... 59

2.1. Kişilik Hakkı	59
2.1.1. Kişilik hakkı kavramı	59
2.1.2. Kişilik hakkının hukuki nitelikleri	62
2.1.3. Kişilik hakkının sınıflandırılması.....	64
2.1.4. Başlıca kişilik değerleri.....	65
2.1.4.1. Maddi bedensel değerler	65
2.1.4.1.1. Yaşam	65
2.1.4.1.2. Beden bütünlüğü	66
2.1.4.1.3. Sağlık hakkı	68
2.1.4.2. Manevi değerler	68
2.1.4.2.1. İsim.....	68
2.1.4.2.2. Şeref ve haysiyet.....	69
2.1.4.2.3. Resim ve ses	72
2.1.4.2.4. Özel hayat	73
2.1.4.2.4.1. Ortak hayat çevresi.....	74
2.1.4.2.4.2. Dar anlamda özel hayat çevresi	75
2.1.4.2.4.3. Gizli hayat çevresi	76
2.1.4.3. İktisadi değerler.....	79
2.1.4.4. Gen analizi için verilerin örneklerin ve analiz sonucu elde edilen verilerin kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi	80
2.1.4.4.1. Gen analizi için verilen örneklerin hukuki durumu	80
2.1.4.4.2. Gen analizi sonucunda elde edilen verilerin hukuki durumu	83
2.1.4.4.2.1. Kişisel veri kavramı	83
2.1.4.4.2.2. Kişisel verilerin hukuki niteliği.....	84
2.1.4.4.2.3. Hassas kişisel veriler	86
2.1.4.4.2.4. Genetik bilgilerin hassas veri olarak değerlendirilmesi	87
2.1.4.4.2.5. Kişisel verilerin işlenmesi.....	89
2.1.4.4.2.6. Kişisel verilere ilişkin uluslar arası ve ulusal düzenlemeler	94
2.1.4.4.2.6.1. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi.....	95
2.1.4.4.2.6.2. 108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi.....	95

2.1.4.4.2.6.3. 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi.....	97
2.1.4.4.2.6.4. AB Veri Koruma Direktifi	99
2.1.4.4.2.6.5. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu	100
2.2. Gen Analizleri Yoluyla Kişilik Hakkının İhlal Edilmesi	102
2.2.1. Genetik verilerin elde edilmesi amacıyla kurulan sözleşmenin geçersizliği nedeniyle kişilik hakkının ihlal edilmesi	102
2.2.1.1. Gen analiz sözleşmelerinin hukuki niteliği	102
2.2.1.2. Gen analiz sözleşmelerinin geçerlilik şartları	105
2.2.1.2.1. Sözleşme yapma ehliyeti.....	105
2.2.1.2.2. Sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka aykırı olmaması	108
2.2.1.2.3. Aydınlatılmış rızanın alınması ve genetik danışmanlık hizmetinin verilmesi	110
2.2.1.2.3.1. Aydınlatılmış rızanın alınması.....	110
2.2.1.2.3.2. Genetik danışmanlık hizmetinin verilmesi	120
2.2.2. Genetik verilerin elde edilmesi amacıyla kurulan sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi	123
2.2.2.1. Yanlış tanı	123
2.2.2.2. Sözleşmenin kapsamının aşılması.....	125
2.2.2.3. Gizlilik ve sır saklama ilkelerinin ihlali.....	126
2.2.2.4. Eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkesinin ihlali.....	132
2.2.2.5. Bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi.....	141
2.2.2.5.1. Test yaptıran kişi bakımından bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi	141
2.2.2.5.2. Üçüncü kişiler bakımından bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi	149
2.2.3. Sözleşme olmaksızın genetik verilerin elde edilmesi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi.....	154
2.2.3.1. Haksız fiil yoluyla kişilik haklarının ihlal edilmesi	154
2.2.3.2. Vekâletsiz iş görme yoluyla kişilik haklarının ihlal edilmesi.....	157
2.2.3.3. Sözleşme benzeri borç ilişkileri ile kişilik haklarının ihlal edilmesi	158
2.2.3.3.1. Culpa in contrahendo sorumluluğu	158
2.2.3.3.2. Sözleşmenin art etkisi.....	159

BÖLÜM III GEN ANALİZİNDEN DOĞAN KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİNDE AÇILACAK DAVALAR..... 160

3.1. Kişilik Hakkı İhlalleri Nedeniyle Sorumluluğun Şartları	161
3.1.1. Sözleşmeye aykırılık ve hukuka aykırılık	161

3.1.1.1.	<i>Sözleşmeye aykırılık</i>	161
3.1.1.2.	<i>Hukuka aykırılık</i>	162
3.1.1.3.	<i>Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller</i>	163
3.1.1.3.1	<i>Mağdurun rızası</i>	164
3.1.1.3.2	<i>Kamu veya özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması</i>	165
3.1.1.3.3	<i>Üstün özel yarar ve üstün kamu yararı</i>	167
3.1.2.	Kusur	169
3.1.3.	Zarar	170
3.1.4.	İllyet bağı	172
3.2.	Kişilik Hakkı İhlalleri Nedeniyle Açılacak Davalar	173
3.2.1	Koruyucu Davalar	173
3.2.1.1	<i>Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası</i>	174
3.2.1.2	<i>Saldırıya son verilmesi davası</i>	174
3.2.1.3	<i>Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası</i>	175
3.2.2	Tazminat davaları.....	176
3.2.2.1	<i>Maddi tazminat davası</i>	176
3.2.2.2	<i>Manevi tazminat</i>	179
3.2.2.3	<i>Kazancın geri verilmesi davası</i>	182
3.3.	Davacı ve davalı	183
3.3.1	Davacı	183
3.3.2	Davalı	184
3.4.	Sorumsuzluk anlaşması	185
3.4.1	Genel olarak	185
3.4.2	Hekimin sorumluluğu bakımından.....	186
3.5.	Zamanaşımı	188
SONUÇ		191
KAYNAKLAR		193
ÖZGEÇMİŞ		206

KISALTMALAR

108 Sayılı Sözleşme	: 108 Sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AB VKD	: Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
CMK	: Ceza Muhakemeleri Kanunu
Direktif	: 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkındaki Direktif
DNA	: Deoksiribonükleik Asit
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GDO	: Genetiği Değiştirilmiş Organizma
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
MİSED	: Merkez İçi Seminerleri Eğitim Dergisi
MÜHFD	: Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
RG.	: Resmi Gazete
RNA	: Ribonükleik Asit
S.	: Sayı
s:	: Sayfa aralığı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UK	: United Kingdom
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

İnsanoğlu var olduğu günden bu yana kendini ve çevresini anlamak için uğraşlarda bulunmuş, yazının icadından uzayda araştırmalar yapmaya kadar yayılan bu süreçte gerekli teknolojik alt yapıyı oluşturmaya çalışmıştır. Artan teknolojik birikim ile birlikte insanın kendisi hakkında bilgileri de artmış ve bu bilgiler bireyin sağlıklı bir yaşam sürdürmesi amacıyla kullanılmıştır.

Çevresel faktörlerin insan sağlığı üzerindeki etkisi uzun süreden beri bilinmekteyse de Mendel'in bezelyeler üzerinde yaptığı çalışmaların açmış olduğu yolda ilerleyen bilim adamları insan vücudundaki genleri ve bunların işlevini keşfetmiştir. Bugün insan vücudunda hastalığa sebep olan veya büyüme ve hormonal düzenlemeleri etkileyen birçok genin var olduğu bilinmektedir. Teknolojinin imkânlarından faydalanan bilim adamları çalışmalarını hastalığın kaynağı olan genin bulunması ve bunun üzerinde yapılacak çalışmalar ile hastalığın önlenmesi üzerine yoğunlaştırmıştır. Bu çalışmanın neticesinde insan vücudu üzerinde bulunan ve kalıtsal olarak hastalık oluşturan veya mutasyona uğramış genlerin tespiti mümkün hale gelmiştir. Çalışmaları devam ettiren bilim adamları bir üst basamağa çıkarak insanın gen haritasını çıkarmayı başarmıştır. Artık genlerin bu dizilimleri kullanılarak hastalığın oluşmadan önlenmesi mümkün hale gelmiştir. Bu önleme birey dünyaya geldikten sonra yapılabildiği gibi henüz anne karnındayken veya embriyo anne karnına yerleştirilmeden önce de yapılabilmektedir.

Sağlık sektörünün yanında hastalıkla mücadelede etkin ilaçların kullanılabilmesi adına ilaç endüstrisi de gen çalışmalarından faydalanmakta ve bu durum ileride bireylere özgü etkin ilaç üretimi ihtimalini gündeme getirmektedir. Diğer taraftan genin bireyin en kişisel bilgileri içermesi hukuk alanında da bu bilgilerin kullanılmasına yol açmış ve ilk olarak suçlunun tespiti adına parmak izinin kullanılması ile başlayan süreç suçlunun tespiti adına kendisi veya yakınları üzerinde genetik test yapılmasına kadar ilerlemiştir. Suçla mücadelenin yanı sıra soy bağının

tespiti adına da hukukta gen analizlerine başvurulmaktadır. Genetik alışmalar tarihsel süreçte bireylerin soy tespitinin yapılması amacıyla antropolojide, yüksek verimli ürün elde etmek amacıyla gıda ve tarım sektöründe de kullanılmaktadır.

Gen teknolojinin almış olduğu bu yol, sağladığı faydaların yanında bireylerde bir takım endişeler de oluşturmaktadır. Bireyi belirleyen bu gizli bilgilerin başkası tarafından kullanılabilmesi, belirli ırkları yok etmeye yönelik biyolojik silahların yapılması tehlikesi, tktilen gıdaların kişide daha sonra oluşturabileceği etkiler, genetik veriler nedeniyle bireyler arasında sağlık hizmeti alma veya sigorta hizmetleri açısından ayrımcılık yapılabilmesi ihtimali, bu risklere karşı bireylerin korunması adına gerekli hukuki düzenlemelerin yapılması ihtiyaını doğurmuştur.

Biz de bu çalışmamızda kişinin adeta bir günlüğü işlevini gören genetik verileri nedeniyle uğrayabileceği kişilik hakları ihlallerine karşı korunması amacıyla başvurabileceği mekanizmaları ele alacağız. Bunun için önce gen analizleriyle ilgili bilgiler vereceğiz. Daha sonra kişilik hakkı kavramı hakkında bilgiler verip gen analizleri neticesinde elde edilen verilerin hukuki niteliğine değinip bu verilerin bir kişisel hak kapsamında hangi korumalardan faydalanabileceğine değineceğiz.

BÖLÜM I

GEN ANALİZİ

1.1. Gen Analizi ve Gen Analizinde Kullanılan Temel Kavramlar

Bireylerin gerek hastalığın tanısı gerekse tedavisi için veya hukuksal veya da tıbbi amaçlarla yapmış oldukları gen analizleri neticesinde elde etmiş oldukları bilgiler, geleceklerini planlamaları için önemli bir kaynaktır. Bu testler aracılığı ile bireyler genetik kaynaklı bir hastalığa yakalanma ihtimalleri olup olmadığını öğrenebilmekte ve geleceklerini buna göre planlayabilmektedir. Hayatımızda böylesi büyük bir etkiye sahip olan bu genetik testlerin önemi, nasıl ve hangi alanlarda uygulandığına değinmeden önce konunun daha iyi anlaşılabilmesi için bu alanda sıkça kullanılan ve bizim de çalışmamızda yer vereceğimiz DNA, RNA, kromozom, gen, mutasyon, genom, gen mühendisliği ve gen analizi kavramlarını açıklamamız gerekmektedir.

DNA: Varlığı 1869 yılında İsveçli biyolog Friedrich Miescher tarafından keşfedilen¹ deoksiribonükleik asit veya kısaca DNA, tüm organizmalar ve bazı virüslerde bulunan ve canlılığın gelişimi için gerekli genetik bilgileri taşıyan sarmal yapıda² bir nükleik asittir. DNA vücut üzerinde çoğunlukla hücrelerin çekirdeklerinde (alyuvarlar hariç) yer alır. Bununla birlikte DNA, mitokondride de yer alabilir ki bunlara mitokondrial DNA (mtDNA) denir³. DNA, genetik bilgilerin hangi şekilde saklanacağı ve kromozomun şekli gibi hayati bilgileri taşır ve yapısal olarak

¹ AKMAN, Betül, TUNCER, Taner, Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi, ODTÜ Yayıncılık, Ankara 2009, s. 8; TEKŞEN, Fulya, Tıbbi Biyoloji ve Genetik Ders Kitabı, Ankara Üniversitesi Sağlık Eğitim Fakültesi Yayınları, NO: 4, Ankara 2006, s. 26

² ÖZER, Ayşe, DNA-Gen-Protein, Yeni Ufuklara Genetik, Bilim ve Teknik Dergisi, Nisan 2002 Eki, s. 5; TEKŞEN, s. 26; KAROL, Sevinç, SULUDERE, Zekiye, AYVALI, Cevat, Biyoloji Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu Yayınları, 5. Baskı, Ankara 2010, s. 161; YAĞMUR, Fatih, Gen ve Hukuk, MÜHFD, C.1, S. 1 (2012), S. 145-155, s. 146

³ YAĞMUR, s. 147; <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/basics/dna>, <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

nükleotid denilen iki uzun polimerden (küçük moleküllerin birbirlerine ardı sıra eklenmesi) oluşur. Bu polimerler de ester bağları ile şeker ve fosfat gruplarında oluşur⁴. Her bir şeker grubuna baz olarak adlandırılan molekülden biri bağlıdır. DNA üzerindeki hayatın devamına ilişkin kodlar, adenin, guanin, stozin ve timin denilen bu baz dizilişlerinde gizlidir. İnsan vücudunda bu bazlardan yaklaşık üç milyar vardır ve bunların %99'u tüm insanlarda aynıdır⁵. Her baz dizilişinde adeninin karşısına timin, guaninin karşısına ise stozin gelir ve bunlar baz çifti olarak adlandırılırlar. Bunlara baz ve şekerlerin bağlanması ile nükleotidler oluşur. DNA üzerinde bu bazların oluşturduğu dizi genetik bilgileri taşır. Protein sentezi sırasında bu dizinler genetik kodlar aracılığı ile proteinlerin amino asit dizisini belirler. Bunun için DNA'daki bilgiler RNA'ya kopyalanır ve böylece proteinlerin üretimi sağlanır⁶. DNA'nın en önemli özelliklerinden biri de kendisini kopyalayabilir olmasıdır⁷. Böylece her bir hücre çoğalmasında oluşan yeni hücrelerde de DNA'nın olması sağlanmış olur⁸.

RNA: Ribonükleik asit veya RNA da bir nükleik asittir. Her nükleik asit bir azotlu baz, bir riboz şeker ve fosfattan oluşur. RNA, ana dogma (central dogma) olarak adlandırılan ve DNA'dan proteinlerin oluşturulmasına giden yolda önemli bir görev üstlenmektedirler⁹. DNA'nın ikili sarmal yapısının aksine RNA tekli halde bulunur ve bu sayede kompleks yapılar içine rahatlıkla yerleşebilmektedir¹⁰. RNA'da timin bazı yerine urasil vardır¹¹. RNA'nın mesajcı RNA, ribozomal RNA ve taşıyıcı RNA olmak üzere üç çeşidi vardır. Mesajcı RNA protein sırasında DNA'dan aldığı bilgileri ribozoma taşır. Ribozomal RNA ribozom içinde görev üstlenirken, taşıyıcı RNA ise protein sentezi sırasında kullanılmak üzere aminoasitleri taşır¹².

Kromozom: DNA'nın histon proteinlerinin etrafına sarılıp yoğunlaşarak oluşturduğu, canlılarda kalıtımı sağlayan genetik birimlerdir¹³. Kromozomlar canlı hücrelerde

⁴ ÖZER, s. 5; TEKŞEN, s. 30; YAĞMUR, s. 146

⁵ <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/basics/dna>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

⁶ TEKŞEN, s. 30; YILDIRIM, Ahmet, KARADAĞ, Yaşar, KANDEMİR, Nejdet, SAKİN, Mehmet Ali, Genetik, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2008, s. 105 vd.

⁷ TEKŞEN, s. 32; <http://www.genome.gov/25520880>, Erişim Tarihi: 16.03.2016; <http://publications.nigms.nih.gov/thenewgenetics/chapter1.html#c1>, Erişim Tarihi: 06.04.2016

⁸ ÖZER s. 6,

⁹ AKMAN/TUNCER, s. 14; TEKŞEN, s. 35

¹⁰ TEKŞEN, s. 35

¹¹ ÖZER, s. 6; TEKŞEN, s. 34

¹² ÖZER, s. 6; TEKŞEN, s. 35 -36

¹³ TEKŞEN, S. 55

sabit olmayıp akıcı ve dinamik yapıdadırlar¹⁴. Bir türün tüm bireylerinde kromozom sayısı aynıdır sadece üreme hücrelerinde kromozom sayısı normal sayının yarısıdır¹⁵. İnsanda 23 anneden 23 de babadan gelmek üzere toplam 46 kromozom vardır¹⁶. Kromozom sayısındaki farklılıklar genetik rahatsızlıklar olarak kendinin gösterir. Örneğin embriyoda 21. kromozomun sayısının iki olması gerekiyorken üç tane olması halinde Down Sendromu olarak adlandırılan genetik rahatsızlık ortaya çıkar¹⁷. Canlı türleri arasında kromozom sayısı farklılık göstermektedir. Örneğin insanda kromozom sayısı 46 iken, tütünde 48, keçide 60, meyve sineğinde ise 8'dir¹⁸. Genler kromozom denilen bu küçük iplikçi yapılar üzerinde bulunur¹⁹.

Gen: Varlığı ilk kez 1860'lı yıllarda Mendel'in yaptığı seri çalışmalar ile ortaya konulan, anne ve baba aracılığı ile çocuğa geçen kalıtsal bilgiler olarak tanımlanan genler²⁰, proteinlerin üretilmesi için gerekli bilgiyi taşıyan DNA moleküllerinden oluşur. Genler, her canlıda farklı sayıda olan ve anne ve babadan gelen kromozomlarda dağılmış halde bulunurlar. İnsanda yaklaşık olarak 35.000 gen vardır²¹. Nükleotid dizilerinden oluşan genler hastalığın ve türe ilişkin özelliklerinden nesilden nesile aktarılmasında önemli bir işleve sahiptir ve genetik rahatsızlığın büyük bir kısmını oluşturan bozulma ve mutasyonlar genler üzerinde meydana gelir. Bunların yanında boy, göz rengi ve saçın düz veya kıvrıkcık olması gibi özellikler de genlerdeki kodlardan dolayı farklılık göstermektedir²².

Mutasyon: DNA'da meydana gelen kalıcı değişikliklerdir ve DNA'nın oluşması sırasında veya DNA'daki nükleotid dizisinde meydana gelir²³. Genom mutasyonu (kromozomların bölünme sırasında doğru ayrılmaması), kromozom mutasyonu

¹⁴ TEKŞEN, s. 55

¹⁵ AKMAN/TUNCER, s. 16; TEKŞEN, s. 56,

¹⁶ ÖZER, s. 5; TEKŞEN, s. 57; ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Soybağının Değiştirme Suçu, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2008, s. 77

¹⁷ AKMAN/TUNCER, s. 20

¹⁸ BAŞARAN, Nurettin, Tıbbi Genetik, Güneş Nobel Tıp Kitapevi, İstanbul 1999, s. 51

¹⁹ KAROL/SULUDERE/AYVALI, s. 392; YAĞMUR, s. 146

²⁰ YILDIRIM/KARADAĞ/KANDEMİR/SAKİN, s. 1; BAŞARAN, s. 5; UNCULAR, Selen, İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Seçkin Yayınları, s. 89

²¹ TOLUN, Aslı, Kalıtsal Genetik Hastalıklar, Yeni Ufuklara- Genetik, Bilim ve Teknik, Nisan 2002 Eki, s. 18

²² Lister Hill National Center for Biomedical Communications, U.S. National Library of Medicine, National Institutes of Health, Department of Health & Human Services, Mutations and Health, (<http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/mutationsanddisorders.pdf>), Erişim Tarihi: 03.04.2016, Centre for Genetics Education, An Introduction to DNA, Genes and Chromosomes, Fact Sheet 1, s. 3, (<http://www.genetics.edu.au/Publications-and-Resources/Genetics-Fact-Sheets/FactSheetDNAGenesChromosomes>), Erişim Tarihi. 07.04.2016

²³ TEKŞEN, s. 33

(kromozomların düzenlenmesi sırasında ortaya çıkar) ve gen mutasyonu (DNA'yı oluşturan baz çiftlerinde meydana gelir) olmak üzere üç çeşittir²⁴. Bazı mutasyonlar aileden kalıtsal olarak gelirken bazı mutasyonlar başta çocukluk dönemi olmak üzere daha sonra gelişir²⁵. Bu çeşit mutasyonlar genellikle hücrelerin kendilerini kopyalamaları sırasında gerçekleşir. Bunun yanında çevresel faktörlere bağlı olarak da mutasyonlar gerçekleşebilir. Kimyasal tepkimelere veya radyasyona maruz kalma da genetik mutasyonlara neden olabilmektedir²⁶. Söz konusu mutasyonlar genetik rahatsızlıklara yol açabilir. Ancak bazı mutasyonlar bulundukları her kişide genetik rahatsızlığa neden olurken bazı mutasyonların genetik hastalığa neden olabilmesi için başka mutasyonların da mevcut olması gerekmektedir²⁷.

Genom: Bir canlının genlerinin tamamıdır ve çekirdekte bulunan kromozomlara dağılmış halde bulunur²⁸. Genom ve genler bireyle ilgili kalıtsal materyalleri taşıdıklarından büyük bir öneme sahiptir. Her bir genom organizmanın inşası ve büyüüp gelişmesi için gerekli olan tüm bilgileri taşımaktadır ve bu bilgilerin çözülmesi adına İnsan Genom Projesi'ne başlanmış ve on üç yıllık çalışmanın sonunda (1990-2013) insandaki tüm genlerin keşfedilmesi sağlanmıştır²⁹.

Genetik: Genlerin yapı ve görevlerini, canlıların kalıtsal özelliklerini ve bunların nesilden nesile aktarılmasını inceleyen bilim dalıdır. Tarihin çeşitli dönemlerinde insanlar verimli hayvan ve bitki yetiştirmek için genetik ile uğraşmışlarsa da 1860'lı yıllarda Mendel'in çalışmalarına kadar genetik, bir bilim olarak ele alınmamıştır³⁰. Genetik, hücreler, canlılar, aile ve moleküller üzerine çalışsa da tüm çalışmaların merkezinde gen vardır.

Genetik Mühendisliği: Genetik mühendisliği dıştan bir müdahale ile bir canlıya yeni bir irsi özellik kazandırmak veya canlıdaki mevcut kalıtsal özellikleri değiştirmek için uğraşan bilim dalıdır³¹. Gelişen teknoloji ile birlikte bugün genetik mühendisleri,

²⁴ TEKŞEN, s. 34; BAŞARAN, s. 33

²⁵ <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

²⁶ <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

²⁷ <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

²⁸ AKMAN/TUNCER, s. 15

²⁹ <http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/hgp/description>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

³⁰ FREEMAN, W. H. An Introduction to Genetic Analysis, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK21851/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

³¹ NICHOLL, Desmond S. T., An Introduction to Genetic Engineering, Cambridge University Press, Third Edition, s. 3

bir canlıya ait genleri başka bir canlıya nakledebilmekte veya canlıdaki genleri değiştirebilmektedirler.

Gen Analizi: Bugün insan vücudundaki tüm genlerin haritası çıkarılabilmektedir. İnsan genom projesi ile bilim adamlarının elde ettikleri bu başarıların, son yıllarda sayıları hızla artan gen analizleri veya genetik testler üzerinde de büyük yansımaları vardır. Bugün artık bilim adamları hangi genlerin hangi hastalıklara sebep olduğunu, söz konusu hastalıkların nesilden nesile aktarılıp aktarılmadığını bilmekte ve hastalıkların tedavisi adına genler üzerinde çalışmaktadırlar.

İşte genetik analiz olarak nitelendirilen bu çalışmalar kromozom, gen ve proteinler üzerinde meydana gelen değişimleri belirlemek amacıyla yapılan tıbbi analiz ve testlerdir³². Başka bir ifade ile canlıların kalıtsal özelliklerini barındıran hücre birimlerinin analizinin yapılması ile canlının hangi kalıtsal özelliklere sahip olduğunun belirlenmesidir³³. Çoğunlukla bireyin hastalığa neden olan bir geni taşıyıp taşımadığı veya hastalık kaynaklı bir gen mutasyonuna sahip olup olmadığına ilişkindir³⁴. Gen analizleri sonucunda elde edilen sonuçların doğruluğu diğer testlere göre daha fazladır ve bu durum da hastalıkların teşhisinde sıkça başvurulmalarını sağlamaktadır³⁵.

Genetik analizler sadece hastalıkların tespiti ve tedavisinde yapılmamaktadır. Aksine sigortacılık, iş sözleşmeleri, babalığın tespiti, ceza kovuşturmaları ve askeri alanlar olmak üzere birçok alanda uygulanmaktadır³⁶. Bununla birlikte bazı etnik kökenli kişilerin genetik kaynaklı bazı rahatsızlıklara yakalanma ihtimalleri yüksek olduğundan birçok insan sahip olduğu etnik köken nedeniyle doğacak çocuklarının

³² ŞEN, Murat, Gen Analizlerinin İş Hukuku Alanında Kullanımı, MÜHFD., C.1,S. 1 (2002)S. 129-144, s. 129; http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/genetic_testing, <http://www.genome.gov/19516567/FAQ-About-Genetic-Testing/FAQ-About-Genetic-Testing>, Erişim Tarihi: 08.11.2015

³³ YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması, EÜHFD, C.IX, S. 3-4(2007), S.383-402, s. 387; ÖZEL, Çağlar, GÖNÜL, Günhan, Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması, V.Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-2 Kasım 2013 Ankara, S.439-454, s. 440; BAŞPINAR, Veyssel, Gen Analizlerinde Kişilik Haklarının Korunması, MÜHFD, C.1, S. 1(2012), S. 79-107, s. 89

³⁴ <http://www.medic8.com/genetic-testing/index.htm>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

³⁵ ÖZEL/GÖNÜL, s. 440

³⁶ YILDIRIM, Gen Analizleri, s. 387, MEMİŞ, TEKİN, Sigorta Sözleşmelerinde Genom Analizlerinin Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, Reasürör, S.54, 2004, s.4-18, s. 5

belirli hastalıklardan muzdarip olarak dünyaya gelip gelmeyeceğinin tespiti için de test yaptırmaktadır³⁷. Günümüzde 1000'den fazla genetik test yapılabilmektedir³⁸.

DNA'ların hemen hemen her hücre çekirdeğinde yer aldığına değinmiştik. Gen analizlerinde hücre içerisinde yer alan bu DNA'lar hücreden alınarak incelenir³⁹. Bugün bu inceleme en küçük bir doku parçasında dahi yapılabilmektedir. Sigara izmaritinden, kan ve sperm örneklerinden, tükürükten veya saç kılından gen analizleri yapılabilmektedir. Gen analizleri DNA'nın dışında kromozomlar üzerinde de yapılabilmektedir. İlerleyen bölümlerde gen analiz yöntemleri ve uygulamalarını anlatırken bu konuya ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

Gen analizleri de bir tıbbi müdahale olmaları nedeniyle hukuka uygunluk nedenleri bulamadığımız taktirde esas itibariyle hukuka aykırıdır ve test sonucunda elde edilen, kişinin belirli bir hastalığının olup olmadığı veya taşıyıcı olup olmadığına ilişkin veyahut kişinin çocuğun gerçek babası olup olmadığına ilişkin son derece mahrem ve şahsi bilgiler içermesi nedeniyle de kişilik hakkı ihlaline neden olabilmektedir. Bu ihlalin ortadan kaldırılması için gereken şartların neler olduğuna ileri de değineceğiz.

1.2. Gen Analizinin Tarihçesi

1858 yılında Charles Darwin'in "On the Orijin of Species" adlı eserini yayınlamasından itibaren bilim adamları canlı türlerinin çeşitliliğinin nedenleri, türler içerisinde bu özelliklerin nasıl korunduğu gibi sorulara yanıt bulmak amacıyla çeşitli deneyler yapmış ve bugün sahip olduğumuz genetik teknolojinin temellerini atmışlardır. Darwin'in bu eserinden sadece yedi yıl sonra Avusturyalı din adamı Gregor Mendel bezelyeler üzerinde yaptığı çalışmalar ile büyük bir başarıya imza atmıştır. Söz konusu çalışmasında Mendel, farklı bezelye türlerini çaprazlamış ve bu bezelyelerdeki dominant karakterlerin bir sonraki bezelyelere aktarıldığını fark etmiştir. Mendel'in ortaya koyduğu bu gerçek yirminci yüzyılın başlarında başka bilim adamları tarafından yapılan deneylerde de ortaya konulmuş. Böylece gen denilen ve tür içerisinde devamlılığı sağlayıp, türün benzer özelliklerinin nesiller boyu devam etmesini sağlayan madde ortaya çıkmıştır. 1900 de Correns de Vries

³⁷ <http://medical-dictionary.thefreedictionary.com/> Erişim Tarihi: 08.11.2015

³⁸ http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/genetic_testing, Erişim Tarihi: 08.11.2015

³⁹ MEMİŞ, TEKİN, YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar, AÜEHFD, C.VIII, S. 1-2(2004), S. 283-306, s. 285

tarafından yapılan çalışmalar ile yeni genetik dönem başlamıştır. İki yıl sonra 1902’de ise Walter Sutton and Theodor Bover kalıtımın kromozomlar tarafından sağlandığını ortaya koymuştur. 1905 yılında ise erkek ve dişi üreme hücrelerindeki X ve Y kromozomlarının varlığı Nettie Stevens tarafından keşfedilmiştir. 1941’de her bir genin belirli protein kodları taşıdığı belirlenirken 1944 yılına gelindiğinde Oswald Avery bakteri hücrelerinde gen transferinin DNA tarafından sağlandığını ortaya çıkarmıştır. 1953 yılına gelindiğinde Thomas Watson ve Francis Crick sayesinde DNA’nın yapısına ilişkin bilgiler artmış ve DNA’nın sarmal yapıda olduğu anlaşılmıştır. 1970’li yıllara gelindiğinde ise protein ve enzimlerin üretiminde DNA’nın fonksiyonu üzerine çalışmalar yapılmış ve 1977 yılında Maxam, Gilbert ve Sanger DNA tarama yöntemleri geliştirmişlerdir. Bunun üzerine gen tarama çalışmaları hızlanmış ve 1995 yılında ilk bakteri gen taraması tamamlanmıştır. DNA ve gen hakkında artan bilgiler sayesinde 1996 yılında Dolly isimli bir koyun Ian Wilmut tarafından kopyalanmıştır. Söz konusu kopyalanma ile birlikte etik ve dinsel tartışmalar artarken 2000 yılında İnsan Genomu Projesi sonuçlandı ve insan vücudunda 100 trilyon hücre ve 3.1 milyar nükleotid olduğu ve tahmin edilen altında olarak 30.000 genin olduğu tespit edilmiştir⁴⁰.

Genlerin nasıl aktarıldığının yanında gen veya kromozom anormalliklerinin hangi hastalıklara neden olduğunun belirlenmesi sayesinde gen ve biyoloji alanındaki diğer kollar da çalışmalarını sürdürmüş, söz konusu değişimlerin nasıl önlenebileceği veya ilaç üretiminde kişiselleşmenin nasıl sağlanacağına ilişkin çalışmalar başlatılmıştır

1.3. Gen Analizinin Uygulama Alanı

1.3.1. Tıp alanında gen analizleri

1.3.1.1. Hastalık teşhisi

Bugün 3000’den fazla hastalığın kalıtsal yollarla nesilden nesile geçtiği bilinmektedir⁴¹. Gen veya kromozomdan kaynaklı bu hastalıkların tespit edilmesi amacıyla gen analizlerine başvurulmaktadır. Çoğunlukla fiziksel olarak etkilerinin göstermeye başlamış olan bir hastalığın varlığını doğrulamak adına genetik testlere

⁴⁰ http://biology.kenyon.edu/courses/biol114/Chap01/genome_chrom.html, Erişim Tarihi: 08.11.2015

⁴¹ Committee on Mapping and Sequencing the Human Genome, Mapping and Sequencing the Human Genome, National Research Council, s. 26, www.nao.edu/catalog.php, Erişim Tarihi: 18.03.2016

başvurulur⁴². Hastalığın teşhisi için yapılacak genetik testler, doğum öncesinde veya doğumdan sonra her hangi bir zamanda da yapılabilir. Genetik testlerin hata payları düşük olduğundan kişinin hasta olup olmadığına ilişkin doğru bilgiler ile hastanın sağlığı ve tedavi yöntemleri ile ilgili sağlıklı karar vermesi sağlanmış olur. Bugün cystic fibrosis hastalığı, huntington hastalığı, orak hücre hastalığı için yapılan testler bu alanda yapılan testlere örnektir⁴³.

1.3.1.2. Taşıyıcılık testi

Belirli bir hastalığa neden olan geni taşıyan ancak hastalığın hiçbir etkisinin görülmediği kişiler taşıyıcı olarak ifade edilirler⁴⁴. Bu kişiler söz konusu hastalığa yakalanmasalar da ilgili geni bir sonraki nesle aktarabilirler. İşte bu durumda taşıyıcılık testi devreye girmektedir. Genetik hastalığa yol açan gen mutasyonunun tek bir parçasını taşıyan heterozigotların belirlenmesi amacıyla yapılan bir testtir⁴⁵. Genetik rahatsızlığa yol açan bir geni taşıyan insanlar her zaman hastalığa yakalanmasalar da, söz konusu genin sonraki nesillere aktarılmaması adına taşıyıcı olup olmadıklarının tespiti için taşıyıcılık testini yaptırabilirler⁴⁶. Taşıyıcılık testi ailesinde genetik hastalığı olan kişilere ve sahip olduğu etnik gruptan dolayı belirli bir hastalığa yakalanma ihtimali yüksek olan kişilere önerilen bir testtir⁴⁷. Kuzey Avrupalıların cystic fibrosis hastalığına neden olan geni taşıyor olma ihtimalleri 1/25'dir⁴⁸ ve bu yüksek orandan dolayı bu kişilerin test yaptırmaları önerilir. Bu testler özellikle çocuk sahibi olmayı düşünen aileler için önem arz etmektedir. Eşlerden her birinin test edilmesi ailenin sağlıklı bir bebek dünyaya getirme ihtimalini ortaya koyacağından, ailenin çocuk sahibi olma noktasında kararını etkileyecektir⁴⁹.

⁴² http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/genetic_testing, Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁴³ <http://patient.info/health/genetic-testing>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁴⁴ <http://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016, FULDA, K.G., LYKENS, K., Ethical Issues in Predictive Genetic Testing: A Public Health Perspective, s. 143; www.jmedethics.com, Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁴⁵ <http://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/uses>, Erişim Tarihi: 15.03.2016

⁴⁶ <http://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 15.03.2016

⁴⁷ HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, 10. Baskı, Ankara 2015, s. 448; <http://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/uses>, Erişim Tarihi: 15.03.2016

⁴⁸ <http://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 15.03.2016

⁴⁹ <http://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/uses>; <http://www.genome.gov/19516567/>; CHRISTENSON, Shaun, The Ethical Consideration of Genetic Screening, 1998, (<http://www.ndsu.edu/pubweb/~mcclean/plsc431/students98/christenson.htm>), Erişim Tarihi: 15.03.2016

1.3.1.3. Doğum öncesi genetik testler

Doğum öncesi yapılan testler bebeğin sağlıklı olarak dünyaya gelmesi adına yapılacak tedavileri belirleme adına önem arz eden, bebeğin tedavisi olmayan bir hastalık ile dünyaya gelme ihtimali halinde ailenin hamileliği sona erdirmek veya çocuğu dünyaya getirmek adına sağlıklı karar verebilmelerine imkân sağlayan testlerdir. Doğum öncesi bebek için yapılan tüm testler genetik test olmasa da biz konunun anlaşılabilmesi adına doğum öncesi yapılan tüm testlere kısaca değineceğiz. Doğum öncesi yapılacak testler bebeğin ana rahmine düşmesinden sonra yapılabileceği gibi ana rahmine düşmeden önce embriyonun laboratuvar ortamında test edilmesi şeklinde de olabilir. Bu nedenle konuyu prenatal (doğum öncesi) testler ve preimplantasyon (embriyo üzerinde) testler şeklinde ikiye ayırıp inceleyeceğiz.

1.3.1.3.1. Prenatal testler

Prenatal testler ceninin gen veya kromozomlarındaki değişikliklerin anne karnında tespiti amacıyla yapılan bir işlemdir⁵⁰. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi prenatal genetik taramayı bir genetik hastalığı kendi çocuklarına aktarma riski bulunup bulunmadığına yönelik sağlıklı bireylere yönelik yapılan tarama testi olarak tanımlarken prenatal tanıyı ise bir embriyonun veya fetüsün belirli bir hastalığın bulunup bulunmadığının tespiti şeklinde tanımlamaktadır⁵¹. Bu testler bebeğin belirli bir genetik hastalığa yakalanma ihtimalinin yüksek olduğu hallerde önerilir ve böylece çocuk sahibi olma konusunda emin olmayan ailelere karar verme de yardımcı olur. Ancak doğum öncesi yapılan bu testler ile kalıtsal tüm hastalıkların tespit edilmesi mümkün değildir⁵².

Bazı faktörler hasta bir bebeğin dünyaya getirilmesi ihtimalini yükseltmektedir. Yakın akrabaların veya daha önce doğan bebeğin sağlık problemlerinin olması, eşlerden birinde veya her ikisinde bebeğe geçme ihtimali olan bir hastalığın olması, eşlerin belirli bir hastalığın taşıyıcısı olmaları, annenin otuzlu yaşlarda olması, ailenin yakın akraba olması veya annenin hamilelik sırasında kimyasal veya çevresel

⁵⁰ BÜYÜKAY, Yusuf, İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu, Vedat Kitapçılı, İstanbul 2006, s. 37; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 447

⁵¹ 21.06.1990 tarihli R. (90)13 sayılı tavsiye kararı, HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 448

⁵² <http://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/uses>; Centre for Genetic Education, Some Ethical Issues in Human Genetics and Genomics, Fact Sheet 23, s. 2, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

bazı etkilere maruz kalması hasta bir bebek dünyaya getirme ihtimalini artıran etmenlerdendir⁵³.

Doğum öncesi testler tarama ve teşhise yönelik testler olarak ikiye ayrılır. Tarama testleri bebek üzerinden örnek alma esasına dayanmadığından daha güvenli bir yoldur⁵⁴. Ultrason ve üç aylık dönemlerde sırasıyla yapılan tarama testleri bunlardandır. Teşhise yönelik testler (diagnostik) direkt bebek üzerinde yapıldığından daha doğru sonuçlar verir⁵⁵. Ancak unutulmamalıdır tarama testlerine göre daha sağlıklı sonuçlar verse de bu testler de bebekte meydana gelebilecek her türlü sağlık sorununu göstermemektedir. Ancak testin bebek üzerinde uygulanması bazı durumlarda bebek ölümüne neden olabilmektedir. Bu nedenle doğum öncesi testleri yaptırmak zorunlu değildir ve eşlerin uzman doktor ve genetik danışman eşliğinde test yaptırmaya karar vermesi gerekir⁵⁶.

Doğum öncesi tarama testleri: İlk üç ay döneminde yapılan ultrason ile anne karnındaki bebek sayısı ve bebeklerin kaç haftalık olduğunun anlaşılması sağlanır ve söz konusu test bebeğe zarar vermez. NIPT testi ise bebeğin 10 haftalık olmasından sonra yapılır ve anne karnındaki bebekte down sendromu veya kromozom bozukluğuna dayanan başka bir rahatsızlığın olup olmadığının tespitine imkân verir. Söz konusu testin yapılması için anneden kan örneği de alınır. Bu testler anne ve çocuğa her hangi bir zarar vermemesinin yanında yüzde yüze yakın bir doğrulukla sonuçlanır. Bunun dışında bebeğe her hangi bir zarar vermeyen ancak bebeğin gelişimi veya down sendromu olup olmadığını anlamak amacıyla ilk üç ayda ve ikinci üç ayda yapılan tarama ve ikinci üç ayda yapılan ultrasonlar vardır⁵⁷.

Doğum öncesi teşhise yönelik testler: İlk üç dönem ultrasonu bebeğe bir zarar vermemekle birlikte bebeğin gelişimi hakkında bilgi verir. CVS testi ise bebek 11-13 haftalık iken yapılır. Bu test plasentadan örnek alınmak suretiyle yapılır. Annenin

⁵³ Centre for Genetic Education, Prenatal Testing Overview, , Fact Sheet 24, s. 1, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁵⁴ Centre for Genetic Education, Prenatal Testing Overview, , Fact Sheet 24, s. 1, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁵⁵ Centre for Genetic Education, Prenatal Testing Overview, , Fact Sheet 24, s. 1, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁵⁶ Centre for Genetic Education, Prenatal Testing Overview, , Fact Sheet 24, s. 1, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁵⁷ Centre for Genetic Education, Screening Test During Pregnancy, Fact Sheet 25, s. 1-2, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

göbeğinden iğne ile veya vajinadan bir tüp yardımıyla alınan örnek üzerine test yapılır. Yüzde birden az olmak üzere bu test, bebek düşmesine neden olmaktadır⁵⁸. Amniyosentez ise 15-19 haftalık hamileliklerde uygulanır ve anne rahmindeki sıvıdan örnek alınmak suretiyle test gerçekleştirilir. Yüzde birden az olmak üzere bebek kayıplarına neden olmaktadır⁵⁹. İkinci dönem ultrason ise 18-20 hafta arasında bebeğin gelişiminin kontrolü için yapılır ve bebeğe her hangi bir zarar vermez. NIPT testleri ise ultrason sonucunda bebekte sağlık sorunları olabileceği belirlenmiş veya annenin daha önceki hamileliklerinde bebekte kromozoma dayalı sorunlar oluşmuş ise veya anne 35 yaşından büyükse hamileliğin 10. haftasından sonra anneden alınan kan örnekleri üzerinden yapılan bir test olup annede oluşturabilecek psikolojik etkilerin dışında bebeğe bir zarar vermez⁶⁰.

1.3.1.3.2. Preimplantasyon genetik testler

Preimplantasyon testleri veya preimplantasyon genetik testleri olarak adlandırılan bu testler hasta bebek dünyaya getirilmesi ihtimalini düşüren özel bir testtir⁶¹. Anne yumurtasından alınan üreme hücrelerinin babadan alınan sperm ile laboratuvar ortamında döllenmesi sonucunda oluşan embriyo üzerine yapılan testlerdir⁶². Testin yapılabilmesi için dışarıda döllenmiş olan embriyodan üç-beş gün sonra hücre örnekleri alınır. Test sonuçlarına göre belirli hastalık genleri taşımadığı tespit edilen embriyolar hamilelikte kullanılır⁶³. Çoklu doğumlardan kaçınmak için bir seferde sadece bir embriyo anne rahmine yerleştirilir. Etik veya dini nedenlerle kürtaja karşı olan aileler için sağlıklı çocuk dünyaya getirmek adına önemli bir teknik olmasının yanında rahme yerleştirilmeden embriyonun test edilmesine imkân sağladığından bu yolla hamilelik süresinde test yapılmasının da önüne geçmiş olmaktadır⁶⁴.

⁵⁸ Centre for Genetic Education, Diagnostic Test During Pregnancy, Fact Sheet 26, s. 1-2, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁵⁹ Centre for Genetic Education, Diagnostic Test During Pregnancy, Fact Sheet 26, s. 1-2, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁶⁰ Centre for Genetic Education, Non-Invasive Prenatal Testing (NIPT), Fact Sheet 27, s. 1-2, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁶¹ Centre for Genetic Education, Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD), Fact Sheet 29, s. 1-2, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁶² <http://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/uses>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁶³ BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 28; <http://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/uses>, Erişim Tarihi: 31.03.2016; Centre for Genetic Education, Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD), Fact Sheet 29, s. 1-2, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁶⁴ Centre for Genetic Education, Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD), Fact Sheet 29, s. 1-2, (<http://www.genetics.edu.au>), Erişim Tarihi: 31.03.2016

Sağlıklı bebek dünyaya getirmek için embriyo üzerinde çalışmalar yapılırken, İngiltere 2016 yılı itibariyle insan embriyolarının genetiğinin değiştirilmesi çalışmalara izin verdi. CRISPR denilen bir sistem ile ilk defa genetiği değiştirilmiş embriyolar üretilmesi amaçlanmaktadır. Çalışmaların asıl amacı, düşüğe neden olan etkenleri bulmak olup, söz konusu embriyoların rahme yerleştirilmeleri yasaktır. Genetiği değiştirilmiş embriyoların 14 gün sonra yok edilmesi gerekmektedir. Çalışma her ne kadar düşüğü önlemeye yönelik olsa da ısmarlama bebek üretimine yol açabileceği nedeniyle eleştirilmektedir. Avrupa Konseyi'nin 1989 yılındaki tavsiye kararlarında gelişimini sürdürmesinin mümkün olup olmadığına bakılmaksızın herhangi bir canlı embriyo üzerinde deney yapılması yasaklanması gerektiğini belirtmiş⁶⁵ olmasına rağmen bu çalışmaların sürdürülmesi ve 14 günün sonunda rahme nakledilmiş olması halinde yaşayacak olan bir embriyonun yok edilmesi insan onuruna aykırıdır. Embriyolar potansiyel olarak yaşama imkânına sahiptir ve bu amaçlarla çalışmalar yapılması yaşama hakkı ve insan onuruna aykırıdır. Amerika'da da söz konusu teknolojinin embriyolar üzerinde denenmesi Ulusal Sağlık Merkezi tarafından yasaklanmıştır⁶⁶. Türkiye'de ise iç hukukumuzun bir parçası halinde gelen İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin "*sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır*" hükmünden ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nin üreme amacıyla oluşturulan embriyolar için "*yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun*" ifadesinden dolayı böyle bir çalışmanın yapılması yasaktır⁶⁷.

1.3.1.4. Doğum sonrası genetik testler

Doğumdan hemen sonra bebeğin genetik bir rahatsızlığının olup olmadığının tespiti için yapılır. Genellikle bebeğin topuğundan kan alınması suretiyle gerçekleştirilir. Amerika'da her yıl yaklaşık 4 milyon bebek, doğumdan sonra bir hafta içinde sağlık taramasından geçmektedir⁶⁸. Yeni doğan bebek burada çocukluk döneminde ortaya çıkabilecek hastalıklar için, ailenin genetik durumundan dolayı bebeğin risk altında

⁶⁵ ÇOBAN, Aykut, Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları, TBB Dergisi, S. 86, 2009, s:204-248, s. 205

⁶⁶ PARK, Alice, U.K Approves First Studies of New Gene Editing Technique CRISPR o Human Embryos <http://time.com/4200695/crispr-new-gene-editing-on-human-embryos-approved/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

⁶⁷ ÇOBAN, s. 206

⁶⁸ ACMG Policy Statement, Technical Report: Ethical and Policy Issues in Genetic Testing and Screening of Children, Genetic in Medicine, Volume 15, Number 3, March 2013, s.234-245, s.234

olabileceği genetik durumlar ve erken teşhis ile tedavi edilebilir veya önlenabilir hastalıklar için teste tabi tutulmaktadır ve bebeğin tabi tutulduğu test oranı artıkça, test sonuçlarının hatalı olma ihtimali de artmaktadır⁶⁹.

1.3.1.5. Preemptomatik testler

1.3.1.5.1. Prediktif testler

Bütün genetik hastalıklar etkilerini doğumdan itibaren veya çocukluğun ilk dönemlerinde göstermemektedir. Bazı hastalıklar ancak yetişkinlik döneminde veya orta yaşlılıkta etkilerini göstermektedir. Gen mutasyonunun doğum ile birlikte kendisini göstermesine rağmen hastalığın etkilerini ileri dönemde ortaya çıkmasından dolayı belirli bir hastalığa neden olan genlerin tespit edilmesiyle birlikte kişiler ileride hastalığa yakalanıp yakalanmayacaklarına ilişkin testler yapabilmektedir. Huntington hastalığı bu hastalıklardandır⁷⁰ ve yetişkinliğin son dönemlerine kadar zihin karışıklığı ve anormal beden hareketleri olan etkileri görülmemektedir. 1983 yılında bu hastalığa sahip Venezuelalı bir aile üzerinde yapılan çalışmalar ile 10 yılın sonunda söz konusu hastalığa neden olan gen tespit edilmiş böylece ailesinde bu hastalığı taşıyan kişilerin kendilerinin de tehlike altında olup olmadıklarının tespitine ilişkin test yapmaları mümkün hale gelmiştir⁷¹.

Bir diğer örnek ise alzheimer hastalığıdır. Etkisini yetişkinliğin son dönemlerinde gösteren bu hastalığın dört farklı kromozom ile ilişkili olduğu tespit edilmiş ve hastalığın nedeni üzerine çalışmalara devam edilmektedir⁷².

Hastalığın tahminine yönelik yapılan testlerden biri de kişilerin kansere neden olan geni taşıyıp taşımadıklarının tespitine ilişkin testlerdir. Vücudun kanserle mücadele etmesini sağlayan protein üretiminde meydana gelen sorunlar olarak kısaca tabir edilen bu hastalık, vücudun farklı yerlerinde farklı şekilde ortaya çıkabilmektedir. Direkt DNA testleri ile bazı kansere neden olan genlerin tespiti mümkündür⁷³.

⁶⁹ ACMG Policy Statement, Genetic Testing and Screening of Children, s. 235

⁷⁰ <httpS://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

⁷¹ <httpS://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

⁷² <httpS://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

⁷³ <httpS://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

1.3.1.5.2. Hastalıklara yatkınlık (susceptibility) testi

Testin yapıldığı dönemde hastalığa ilişkin hiçbir semptomu taşımayan bireyin daha sonra genetik etmenler ve çevrenin etkisiyle hastalık belirtilerinin gelişip gelişmeyeceğini sorgulayan testtir⁷⁴. Poligonik bir hastalığa ait yatkınlık genleri biliniyorsa ve ailede bu özellikler mevcutsa yatkınlık testleri hastalığa yakalanma riskinin ortaya konması açısından önemlidir.

1.3.1.6. Toplum taraması

Toplum taraması, dış görünüm olarak sağlam olan kişilere bazı testler, muayeneler veya diğer yöntemler uygulanarak hastalığa ait belirtilerin henüz tam ortaya çıkmadan yaklaşık olarak belirlenmesidir⁷⁵. Bu şekliyle moleküller gen teknolojisi için hayat kurtaran bir yöntem olabilmektedir⁷⁶. Bir hastalığın toplum taramasına alınabilmesi için belirli bir bölgede veya yaş grubunda görülme ihtimalinin yüksek olması, basit yöntemler ile tanının mümkün olması ve tedavisinin mümkün olması ya da en azından hastalığın seyrinin değiştirilebilir olması gerekir⁷⁷. Hastalığın tanısı noktasında gen analizlerine başvurulması da mümkündür. Toplum taraması ile irsi olarak bulaşabilecek hastalıkların tespitinin erken dönemde yapılması sağlanabilmektedir. 1 Ocak 20115'den itibaren yeni doğan bebeklerde cystic fibrosis hastalığı için de test yapılarak ülkemizde görülme oranı yüksek olan bu hastalığa karşı önlem alınmaya çalışılmaktadır

1.3.2. Hukuk alanında gen analizleri

1.3.2.1. Ceza hukukunda gen analizleri

Şüphelilerin tespiti için DNA testlerinin kullanılması, parmak izinin bu amaçla kullanılmasından beri suçluların takibi için yapılan en büyük gelişmelerdendir⁷⁸. 1985 yılında Leicester Üniversitesi'nden Profesör Alec Jeffreys insanların derilerindeki, kanlarındaki, vücut sıvılarındaki, tırnak ve saçlarındaki DNA'larının

⁷⁴ UNESCO Türkiye Milli Komisyon Raporu, Genetik Testler ve Etik, http://www.UNESCO.org.tr/dokumanlar/biyoetik_komitesi, Erişim Tarihi: 17.03.2016

⁷⁵ <http://www.erzincanhsm.gov.tr/haber/detay/29/1-haziran-ulusal-fenilketonri-gn>, Erişim Tarihi: 16.11.2015

⁷⁶ <http://www.encyclopedia.com>, Erişim Tarihi: 17.11.2015

⁷⁷ <http://www.erzincanhsm.gov.tr/haber/detay/29/1-haziran-ulusal-fenilketonri-gn>, Erişim Tarihi: 16.11.2015

⁷⁸ GeneWatch UK, The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy, January 2005, s. 5, <http://www.genewatch.org>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

diğer tüm insanlardan farklı olduğunu belirlemiştir ve tek yumurta ikizleri dışında tüm insanların DNA'larının farklı olduğunu ortaya koymuştur⁷⁹. Teknolojik imkânlarla ortaya konulan bu muazzam bilgi kısa sürede suç ve suçluların tespiti amacıyla da kullanılmaya başlanmıştır.

Bugün kişilerin vücutlarından alınan en küçük bir parça üzerinde dahi rahatlıkla kişinin kimliğini belirlemeye yönelik DNA testleri yapılabilmektedir. Kişinin bardağında bıraktığı tükürük örneğinden, alınıdaki teri sildiği peçeteden veya şapkasındaki bir saç telinden kişinin DNA testi yapılabilmektedir. Böylece suç mahallinde elde edilen örnekler üzerinde yapılan çalışmalar ile failin bulunması mümkün hale gelmektedir. Bugün suç mahallinde bulunan bir sigara izmaritinden kimlerin o esnada orada olduğu ortaya konulabilmekte veya mağdurun tırnakları arasındaki deri parçalarından veya vücudundaki sperm örneklerinden fail tespit edilebilmektedir. Buradan elde edilen bilgilerin şüphelinin veya şüphelinin yakınlarının DNA bilgileri ile kıyaslanması ile failin tespiti yapılır. DNA testi bir suç soruşturması için ilk kez 1986 yılında İngiltere’de kullanıldı ve test sonuçları ile daha önce tecavüz ve öldürmeden dolayı mahkûm edilen kişinin suçsuz olduğu ve başka birinin fail olduğu anlaşıldı⁸⁰. Bundan bir yıl sonra da Amerika’da DNA testi suçlunun tespiti için kullanıldı. Tecavüz mağdurundan alınan örnekler ile şüpheliden alınan örnekler üzerinde yapılan DNA testleri uyum sağladı ve şüphelinin suçlu olduğu anlaşıldı⁸¹.

Söz konusu DNA testleri ile bir kişinin fail olduğu kadar daha önce belirli bir suçtan mahkûm olmuş, masum kişilerin tespiti de mümkündür⁸². Amerika’da yapılan genetik testlerin 1/3’ünde şüpheli üzerinde alınan örnekler ile olay yerinden alınan örneklerin uyuşmadığı tespit edilmiştir⁸³.

Bugün kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan genetik çalışmalar ile bireyin yaşı, kilosu hatta bireyin görüntüsünü ve özellikle yüzünü tespit etmeye yarayan

⁷⁹ HIRBYAND, J., History of DNA Testing in Criminal Cases, <http://thelawdictionary.org>, Erişim Tarihi: 31.03.2016; GeneWatch UK, The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy, January 2005, s. 5, <http://www.genewatch.org>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

⁸⁰ HIRBYAND, s. 6

⁸¹ HIRBYAND, s. 6

⁸² KAŞIKÇI, Osman, Gen-Etik ve Hukuk, MÜHFD, C.1, S. 1(2012), S.17-40, s. 28

⁸³ The Privacy Commissioner of Canada, Genetic Testing and Privacy, Minister of Suplay and Services Canada 1995, s. 21

makineler üretilmeye çalışılmaktadır⁸⁴. Bu durum da ileri de suç mahalline bırakılan bir örnekten suçlu veya şüphelinin görüntüsünün elde edilmesini ve böylece kolay bir şekilde yakalanmasını sağlayacaktır.

Suç mahallinde elde edilen örnekler üzerinde yapılacak testin mahiyetini veya kişinin suçsuz olduğunun veya suçlu olduğunun anlaşılması üzerine alınan örneklerin veya elde edilen bilgilerin akıbetini belirlemek veyahut testin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi adına kanuni düzenlemelerin yapılması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bugün TBMM tarafından onaylanarak iç hukuk haline gelen Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi⁸⁵, Ceza Muhakemesi Kanunu⁸⁶ ve Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik⁸⁷ genetik test yapılmasına ilişkin hükümler içermektedir. CMK'nın şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını düzenleyen 75⁸⁸ ve 76⁸⁹.maddeleri ile bu maddeler uyarınca alınan örnekler üzerinde genetik inceleme

⁸⁴ SABATANI, Riccardo, How to Read the Genome and Build a Human Being, Tedtalk February 2016, http://www.ted.com/talks/riccardo_sabatani_how_to_read_the_genome_and_build_a_human_being/transcript?language=en#t-506001, Erişim Tarihi: 02.05.2016

⁸⁵ Kabul Tarihi: 03.12.2003, Kanun No: 5013

⁸⁶ RG. Tarihi 17 Aralık 2004, Sayı: 25673

⁸⁷ RG. Tarihi 1 Haziran 2005, Sayı: 25832

⁸⁸ (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılmaz.

(2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

(3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerin alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer kişiler tarafından yapılabilir.

(4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır.

(5) üst sınırı iki yıldan daha az olan hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzer biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

(6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararına itiraz edilebilir.

(7) Özel kanundaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.

⁸⁹ (1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.

(3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir.

yapılmasına imkân veren 78.⁹⁰ maddeleri genetik testlerin yapılmasına imkân veren düzenlemelerdir⁹¹. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in üçüncü bölümü genetik incelemeleri ele alınmaktadır. Yönetmeliğin 12. maddesi ⁹² hangi durumlarda moleküler genetik incelemelerin yapılacağını ele alırken yönetmeliğin 13. maddesi bu incelemeler için başvurulacak bilirkişileri ve 14. madde ise inceleme sonucunda elde edilen bilgilerin gizliliğini ele almaktadır.

1.3.2.2. Medeni hukukta gen analizleri

Kişinin kimliğinin tespiti amacıyla yapılan genetik testlere medeni hukuk alanında soy bağının tespiti amacıyla başvurulmaktadır. Babalığın tespiti amacıyla açılan davalarda kişiler arasındaki biyolojik ilişkinin ortaya konulması adına başvurulabilecek, sonuçları en güvenilir yöntem gen analizleridir.

Türk hukuk sistemine göre soy bağı ana yönünden doğum ile baba yönünden ise ana ile evlilik, tanıma veya açılan davada verilecek babalık kararı ile kurulur. Tanımaya itiraz veya açılan babalık davalarında genetik test yapılmasına imkân vermek amacıyla TMK ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu konuya ilişkin düzenleme yapılmıştır. TMK'nın 284. maddesine göre “*Soy bağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır:*

(4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.

(5) Bu Madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.

⁹⁰ (1) 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

(2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belirli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu halde de uygulanır.

⁹¹ Ayrıntılı bilgi için ÜNVER, Yener, Genetik Teşhisler Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel S.sı, C.2, S. 4 2013, s. 191-214,

⁹² Bu Yönetmelikte öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belirli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.

1. Hâkim maddî olguları resen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.

2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soy bağıının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.”

İlgili madde zorunlu ve tehlikeli olmayan incelemelere, kişilerin rıza göstermesi gerektiğini belirtmiştir. Aynı hüküm farklı bir biçimde de olsa HMK madde 292’de de tekrar edilmiştir⁹³. Söz konusu madde TMK’den farklı olarak rıza göstermeyen kişinin buna katlanması yerine herkesin tehlike oluşturmamak koşuluyla testin yapılmasına rıza göstermek zorunda olduğunu belirtmiştir⁹⁴ ki rıza verilmemesi halinde testin zorla icra edilmesi ve kişiden zorla örnek alınması, hem bireyler için hem de sağlık mensupları açısından farklı sorunlar yaratabilmektedir⁹⁵.

Bir dava kapsamında olmadan da kişiler babalık testi olarak bilinen bu testleri yaptırabilmektedir. Söz konusu testin yapılabilmesi için çocuktan ve babadan, baba vefat etmişse babanın yakınlarından alınan kan örnekleri karşılaştırılarak uyum olup olmadığına bakılır. Babalık ya da nesebin reddi davasında hâkimin DNA testine karar verebilmesi için bazı şartların mevcut olması gerekir. Öncelikle hâkimin ilgili kişinin çocuğun babası olabileceği konusunda ikna edilmiş olması gerekir. Açılan davada baba olduğu iddia edilen kişinin anne ile çocuğun ana rahmine düştüğü kritik dönemde cinsel ilişkiye girdiği ispatlanmadan hâkimin DNA testine karar vermemesi gerekir⁹⁶. DNA testinin yapılmasına karar verilmesi halinde ise testin sonuçları, bilimsel bir duruma işaret ettiğinden hâkimi bağlaması gerekir. Hâkim, diğer bilirkişi raporlarının aksine burada takdir hakkına sahip değildir⁹⁷. Genetik bilgilerin hassaslığı nedeniyle yapılan analizler, bir taraftan kişinin buna zorlanması diğer

⁹³ (1) Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.

(2) Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için TÜZÜNER, Özlem, Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, AÜHFD, 62 (4) 2013, S. 1139-1166

⁹⁵ ÜNVER, s. 196

⁹⁶ ERTEN, Rıfat, ACIR, Birsen, TAŞVEREN, Sema, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, AÜHFD, 1996, Cilt 45, S. 1-4, S. 573-588, s. 578

⁹⁷ ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s 580

tarafından çocuğun biyolojik kökenine ilişkin bilgiler vermesi nedeniyle kişilerin şahsiyet haklarını zarara uğratabilmektedir⁹⁸.

1.3.2.3. İş hukukunda gen analizleri

Gen bilimindeki gelişmeler ile birlikte kişinin mevcut sağlığının dışında muhtemel sağlık gelişimi hakkında da bilgi alınması mümkün hale gelmiştir. Söz konusu durum nedeniyle işverenler, ileride sağlık sorunları nedeniyle işi bırakmak zorunda olmayacak veya iş verimini düşürmeyecek işçiler istihdam edebilmek için işe başvuru esnasında bazı genetik testlerin yapılmasını isteyebilmektedirler.

İş ilişkilerinde gen analizleri ilk kez Amerika’da siyahî işçiler için kullanılmıştır. 1970-1980 yıllarında yapılan araştırmalarda siyah ırkın bazı kimyasal maddelere aşırı tepki verdiği ve düşük basınçta solunum problemleri yaşadıklarının tespit edilmesi üzerine bazı kişilerin Hava Savunma Akademisine girmelerine izin verilmemiştir⁹⁹. Yine Almanya’da göçmen işçilerinin akdeniz anemia hastalığına yakalanma ihtimallerinin yüksek olmasından dolayı test edilmeleri gündeme gelmiştir¹⁰⁰.

İş ilişkileri nedeniyle uygulanacak testler genetik bir hastalığın olup olmadığına ilişkin testler, ciddi hastalıklar için risk taşıyıp taşımadığına ilişkin testler, işyeri ortamına bağlı hastalık riski olup olmadığına ilişkin testler ve işyerinde kişinin radyasyona zararlı seviyede maruz kalıp kalmadığının tespitine ilişkin testler olarak sınıflandırılabilir¹⁰¹.

Türkiye’de mevcut bir gen kanunu olmasa da işverenin, işçinin sağlığı ve güvenliğini korumakla yükümlü olmasından dolayı işyerinde kimyasal veya radyasyona maruz kalınıp kalınmadığına ilişkin testleri yaptırmasının istenmesinde menfaati olduğu söylenebilirse de genetik testler sonucunda kişilerin ayrımcılığa maruz kalma ihtimalleri,¹⁰² belirli bir hastalığının olduğunun anlaşılması üzerine kişinin işten

⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için SONAT, Ali, Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Bağlı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S. 3, S.323-377

⁹⁹ MEMİŞ/YILDIRIM, s. 288

¹⁰⁰ MEMİŞ/YILDIRIM, s. 288

¹⁰¹ ŞEN, s. 131

¹⁰² Gaucher hastalığına ilişkin geni taşıdığını belirten kişinin bu nedenle işe alınmamasına ilişkin A Report by GeneWatch UK, Box K- Cases of Genetic Discrimination, <http://www.genewatch.org/uploads/f03c6d66a9b354535738483c1c3d49e4/GeneticTesting.pdf>, s.37, Erişim Tarihi. 14.05.2016

atılma ihtimalinin olması¹⁰³ veyahut daha düşük ücret ile çalıştırılması gündeme gelebilir. Dahası elde edilen bilgiler sadece kişinin değil onun ailesi hakkında da bilgiler içereceğinden aile bireylerinin de benzer sorunlar ile karşılaşmasına neden olabilir. Söz konusu sebepler ile birçok ülke hazırlamış oldukları yasal düzenlemeler ile bu konuyu ele almışlardır. Örneğin İsviçre de hazırlanan İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun'un¹⁰⁴, İş Hukukunda Genetik Araştırmalar başlıklı dördüncü bölümüne göre işverenler işçilerden hiç bir genetik test yaptırmalarını isteyemeyecekleri gibi işçinin daha önce yaptırmış olduğu test sonuçlarını kendileri ile paylaşmalarını da talep edemezler. Aynı şekilde işçinin sağlığı ile ilgili olmayan şahsi niteliklerinin tespiti için test yaptırmasını da isteyemezler. Ancak belirli şartlar dâhilinde işçiden mesleki hastalıkların ve kazaların giderilmesine ilişkin testler yaptırmalarını isteyebilirler. Amerika'da ise işçiler üzerindeki genetik testler Genetik Bilgiye Dayalı Ayrımcılık Yapmama Yasası (Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008)'nda ele alınmıştır. Türkiye'de ise iç hukukumuzun bir parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin ayrımcılık yapılmamasına ilişkin 11. maddesi işçilerin genetik bilgileri nedeniyle farklı bir muamele görmelerini önlemeye yöneliktir.

1.3.2.4. Sigorta hukukunda gen analizleri

Genetik testler, kişinin mevcut hastalıkları dışında herhangi bir hastalığa ilişkin genleri taşıyıp taşımadığını ve ileride belirli bir hastalığa yakalanma ihtimalini ortaya koyması bakımından sigorta şirketlerinin de dikkatini çekmiştir. Sigorta şirketleri, sigorta bedelinin tespit edilmesinde veya aylık sigorta primlerinin tespiti veyahut sigorta kapsamında olacak hastalıkların tespiti için sözleşme yapacak kişiden genetik testler talep edebilmekte ve belirli genleri taşıyan kişiler için sigorta sözleşmesi yapmaktan çekinmektedirler. Kuzey Carolina'da yaşayan bir kadının solunum yolu hastalıklarına yakalanma ihtimalinin yüksek olmasının anlaşılması üzerine sigorta

¹⁰³ Huntington hastalığını işverene bildiren kadının işten çıkarılmöasına ilişkin A Report by GeneWatch UK, Box K- Cases of Genetic Discrimination, <http://www.genewatch.org/uploads/f03c6d66a9b354535738483c1c3d49e4/GeneticTesting.pdf>, s.37, Erişim Tarihi. 14.05.2016

¹⁰⁴ Bundesgesetz Über Genetische Untersuchungen Beim Menschen (GUMG) Çeviren BÜYÜKAY, Yusuf, İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun Çevirisi, www.e-akademi.org, S.129, Kasım 2012

şirketi primlerin yükseltilmesini talep etmiştir, dahası şirket söz konusu kişinin yirmi üç yaşındaki oğlunu sigortalamak dahi istememiştir¹⁰⁵.

Söz konusu risklerden dolayı ülkeler gen analizlerine ilişkin yaptıkları düzenlemelerde sigorta şirketlerinin de durumuna değinmişlerdir. İtalya’da 1996 yılında çıkarılan kanun ile sigorta şirketlerinin sözleşmelerin tesisinde ve primlerin hesaplanmasına genom analizlerinin kullanmaları yasaklanmıştır¹⁰⁶. İsviçre ise İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanunu’nun beşinci bölümünü sigorta alanında genetik araştırmalara ayırmıştır. Söz konusu yasal düzenlemelere göre prenatal veya presympatik testler, sigorta ilişkisinin kurulması için istenemez. Avustralya’da ise sigorta ve finansal işbirliği merkezi (IFSA-Insurance and Financial Services Association), sigorta şirketlerinin risklerin belirlenmesi amacıyla kişiden genetik testler yaptırmasını isteyemeyeceğini ancak kişinin eğer daha önce genetik testler yapmış ise bunların sonuçlarının sigorta şirketiyle paylaşması gerektiğini ancak şirketin elde etmiş olduğu bilgileri ailenin diğer bireyleri için kullanamayacağını belirtmiştir¹⁰⁷.

1.3.3. İlaç endüstrisinde gen analizleri

İnsan vücudundaki her gende hangi hücrede hangi proteinin sentezleneceğine ilişkin bilgi vardır. Gerekli proteinlerin sentezlenmemesi hastalıklara neden olur ve bu durumda gerekli protein sentezinin sağlanması amacıyla ilaç tedavileri gündeme gelir¹⁰⁸. Ancak söz konusu genlerin tekrar protein sentezleyebilmesi ilacın etkinliği ile orantılıdır. Bugün söz konusu etkinliği artırmak amacıyla ilaç sektörü de kişiselleştirilmiş ilaç üretimi amacıyla gen analizlerine ve gen teknik uygulamalarına başvurabilmektedir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ BAŞPINAR, s. 93

¹⁰⁶ MEMİŞ, TEKİN, Sigorta Sözleşmelerinde Genom Analizlerinin Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunlar, Resüror 2002, s: 27-42, s. 33,

¹⁰⁷ Centre for Genetic Education, Soma Ethical Issues in Human Genetics and Genomics, Fact Sheet 23, s. 1, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

¹⁰⁸ ÖZTÜRK, Mehmet, İnsan Genom Projesi ve Eczacılık Alanına Etkisi, MİSED, S.3-4, 2002, s: 63-66, s. 64

¹⁰⁹ OĞUZTÜRK, Burcu Kalkan, Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 146

Firmalar ilaç üretiminde temel olarak farmakogenetik¹¹⁰ ve farmogenomik¹¹¹ bilim dalları ile birlikte çalışmaktadır. Böylece bir taraftan ilaçların ilgili genler üzerindeki etkisi incelenirken diğer taraftan da aynı ilaçların farklı kişilerde farklı etkiler doğurmasının nedeni ortaya konulmaya çalışılmaktadır¹¹². Kişilerin daha önce geçirmiş oldukları hastalıklar veya hali hazırdaki başka hastalıkları, psikolojik durumları veyahut etnik kökenleri nedeniyle ilaçlara farklı tepkiler verebildikleri bilinmektedir. Gen analizlerinin ilaç sektöründe kullanılması ile kişinin genetik bilgileri ışığında kendisi için yan etkileri en az olan ve maksimum fayda gösterebilecek ilaç üretilmesi mümkündür. Kanseri hastalarının yalnızca %20-40'ının onaylanmış ilaçlardan yarar gördüğü düşünülürse ilaç sektöründe gen analizlerinin kullanılmasının önemi daha iyi anlaşılacaktır¹¹³. Tüm insanların %99.9 oranında DNA yapıları benzerlik göstermekte ve kalan %0.1 farklılık genetik hastalıkları taşımaktadır. İlaç endüstrisi de bu %0.1'lik farklılık üzerinde çalışarak etkin ilaçların üretilmesini ve hastalığın önlenmesini sağlamaya çalışmaktadır¹¹⁴. Şu an için maliyeti çok yüksek olsa da yapılan çalışmalar ileride hastalıkların kısa sürede tedavisine imkân verebilecektir. Diğer taraftan söz konusu durumun kötüye kullanılması ve sadece istenilen kişilerde etki gösteren ilaçlar üretilerek birçok kişinin hastalıkla etkin ilaç olmadan mücadele etmesinin gerekeceği de bu alana ilişkin endişelerden biridir.

1.4. Gen Analiz Yöntemleri

Gen analizlerinin kromozom, gen veya proteinler üzerindeki değişimlerin incelenmesi amacıyla yapıldığına değinmiştik. Bugün söz konusu değişimlerin incelenmesi için başvurulmuş birkaç yöntem bulunmaktadır. İnsan vücudunda hastalığa neden olan genin, DNA'nın veya kromozomun tespiti amacıyla yapılan testler çeşitlilik göstermektedir. Sayısı 1000'i aşan bu testlerin yapılması için kullanılan başlıca metotlar şunlardır:

¹¹⁰ İlaçların bünyedeki etkinliği ve vücudun ilaca vereceği tepki ile oluşabilecek yan etkileri tespit etmeye yönelik gen analizleridir. BRICE, Philippa, SIMON, Sanderson, Uses for Genetics in Pharmacy, The Pharmaceutical Journal, Vol. 277, 22 July 2006, s: 109-112, s. 110; BAŞARAN, s. 369

¹¹¹ İnsan vücudundaki protein kodlayan genlerden yola çıkarak kişiye özel ilaç ve ilaç dozu belirlemeye yönelik analizlerdir, ÖZTÜRK, s. 66

¹¹² YILDIRIM, Mustafa Fadıl, Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk, Engin Yayınevi, Ankara 2008, s. 183

¹¹³ GÖKER, Erdem, Farmokogenomik, http://kanser.org/saglik/upload/21_05_13/3.kongre/Farmakogenomik%23Erdem_G%C3%B6ker.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2016

¹¹⁴ OĞUZTÜRK, s.147

1.4.1. Karyotip analizi

Geniş bir alanda gen üzerindeki değişiklik veya eksikliklerin tespiti amacıyla uygulanan bir metottur¹¹⁵. Yetişkinlerde çocuklarda veya fetüs üzerinde hastalığın teşhisi için uygulanabilir. Kromozoma dayalı hastalığın taşıyıcısı olan aileler üzerinde de karyotip analizleri yapılabilmektedir¹¹⁶. Hücre çekirdeğinden alınan kromozomların mikroskoplar yardımıyla incelenmesi şeklinde yapılır¹¹⁷. Belirli bölgedeki DNA'ların belirlenmesi amacıyla boyama yoluna da gidilebilir¹¹⁸. Kıyas yapılması için bazı hücreler saklanır. DNA'daki değişimlere ilişkin bilgi vermez ve mikroskopik çaptaki değişimleri belirleyemeyebilir¹¹⁹. Down ve Turner sendromlarının tespitinde, cinsiyet anomalilerinde, lösemi ve tekrarlayan düşüklerde bu analizler kullanılır¹²⁰.

1.4.2. Array-Based testi (dizi analizi)

Gen üzerinde rastgele alınan birden fazla bölge üzerinde yapılan testlerdir. Hastalığın teşhisi veya taşıyıcılık testi için kullanılabilir. Kompleks kromozom değişimlerinin gözden kaçması ihtimali vardır. İstisnai veya aileye özgü olan mutasyonların tespitini güçleştirir. Çocuklarda gelişimin ve otizmin incelenmesi amacıyla yapılan testlerde bu yöntemle başvurulur¹²¹.

1.4.3. Fluorescence in situ hybridization (FISH) Testi

Kromozom üzerindeki değişim ve düzenlemeler ile büyük DNA parçaları üzerindeki kopyalanmaları incelemek amacıyla kullanılan bir testtir¹²². Karyotip analizlerinin ve dizi analizlerinin yorumlanmasını geliştirmek için kullanılır¹²³. Kromozom analizi

¹¹⁵ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=11, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹¹⁶ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹¹⁷ <http://www.hayatisaglik.com/laboratuvar/karyotip-analizi-nedir.html>, Erişim Tarihi: 19.03.2016

¹¹⁸ <http://www.hayatisaglik.com/laboratuvar/karyotip-analizi-nedir.html>, Erişim Tarihi: 19.03.2016

¹¹⁹ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹²⁰ <http://www.spermtesti.com.tr/karyotip-analizi.html>, Erişim Tarihi: 19.03.2016

¹²¹ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹²² Rare Chromosome Disorder Support Group, Fluorescence in Situ Hybridisation (FISH), <http://www.rarechromo.org/information/Other/FISH%20FTNW.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2016

¹²³ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

ile tespit edilmesi mümkün olmayan hastalıkların tanımlanması ve tanımlanmış olan bazı kromozomal hastalıkların hızlı değerlendirilmesi için FISH tekniği kullanılır¹²⁴. Mutasyon olduğu bilinen bir DNA dizilimine protein mili sokulması ile uygulanır. Eğer söz konusu dizi hastada görünüyorsa mil bu diziye bağlanır ve flüoresan mikroskopunda parlamaya başlar¹²⁵. Hangi değişikliğin hastalığa neden olduğu veya ilgili genin yeri tam olarak bilinmiyorsa bu test kullanılamaz. Geniş alanda meydana gelen değişim ve bozulmaları tespit edemez. İstisnai ve aileye özgü mutasyonların tespitinde kullanılamaz¹²⁶. Digeorge sendromunun tespitinde¹²⁷, göğüs kanseri teşhisinde¹²⁸ ve mesane kanseri teşhisinde kullanılır¹²⁹ ve kişinin kanser hastası olmasının yanında kemoterapi ve ilaçlara cevap verme ihtimali açısından da hekimlere bilgi verir¹³⁰.

1.4.4. Biyokimyasal analiz

Genlerde kodlanmış olan protein ve enzimlerde meydana gelen değişimlerin tespiti amacıyla yapılan testlerdir. Hastalığın tespitinde genetik testin yetersiz kaldığı veya mümkün olmadığı alanlarda kullanılır¹³¹. Daha yüksek maliyet gerektiren genetik testlere başvurmadan önce biyokimyasal testlere başvurulur¹³². Yeni doğan taramalarında sıklıkla kullanılmakla birlikte bazı hallerde kişinin belirli bir hastalığın taşıyıcısı olup olmadığının tespiti için de kullanılmaktadır¹³³. DNA'da meydana

¹²⁴ <httpS://www.genetiks.com.tr/hizli-fish-analizi-amniyon-sivisi-ve-cvs>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹²⁵ BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 36; <httpS://www.genome.gov/10000206/fish-fact-sheet/>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹²⁶ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹²⁷ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹²⁸ <http://www.breastcancer.org/symptoms/testing/types/fish>, <http://www.webmd.com/cancer/fish-cancer-test>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹²⁹ <http://www.webmd.com/cancer/fish-cancer-test>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹³⁰ <http://www.webmd.com/cancer/fish-cancer-test>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹³¹ YILDIRIM, Gen Teknik, s. 15; <httpS://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/genetic-testing>, http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹³² http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹³³ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

gelen spesifik değişimlerin tespitinde yetersiz kalır. PKU gibi metabolik hastalıkların tespitinde kullanılmaktadır¹³⁴.

1.4.5. Linkage (bağlantı) analizi

Aileden gelen ve hastalığa neden olan belirli genlerin incelenmesi amacıyla kullanılır¹³⁵. Söz konusu durumun istisnai olduğu veya henüz keşfedilmediği hallerde, doğum öncesi testlerde, teşhis ve taşıyıcılık testlerinde uygulanır¹³⁶. Hastalıktan etkilenen veya taşıyıcı olan aile bireylerinin kan örnekleri üzerinde test gerçekleştirilir. Testin gerçekleşmesi için aile üyelerinden birçoğunun testi yaptırması gerekmektedir¹³⁷. Kas distrofisi hastalığının tespitinde bu yöntem uygulanır¹³⁸.

1.4.6. DNA analizi

Gen üzerinde meydana gelen değişimlerin tespiti için yapılır. Genellikle hastalığa neden olan genin belirli olduğu durumlarda ilgili gendeki anormalliğin tespiti için başvurulur. Prediktif testlerde, taşıyıcılık veya teşhise yönelik testlerde çoğunlukla DNA testi uygulanır¹³⁹. DNA testi, hangi kromozom üzerindeki genin ve bu gendeki hangi değişikliğin hastalığa neden olduğunun bilindiği hallerde uygulanır. Test küçük bir alan üzerinde uygulandığından diğer yerlerdeki değişiklik veya bozulmalar fark edilmeyebilir. Cystic fibrosis hastalığının teşhisi için DNA testi uygulanır¹⁴⁰.

1.4.7. Fenotip analizi

Vücut yapısının şekil olarak incelenmesiyle oluşan bir analizdir. Amaç kişinin, dış görünüşündeki belirgin değişikliklerden yola çıkarak, genetik özellikleri tespit

¹³⁴ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹³⁵ GÜNLEMEZ, Ayla, DEDA, Gülhis, Nörolojide Moleküler Genetik, Ankara Üniversitesi Tıp Fakóltesi Mecmuası, C.52, S. 2, 1999, S.103-110, s. 107,

¹³⁶ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹³⁷ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹³⁸ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹³⁹ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

¹⁴⁰ http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=111, Erişim Tarihi: 13.3.2016

etmektir. Vücuda herhangi bir müdahale gerektirmeyip, ultrason incelemesinin yapılması da mümkündür¹⁴¹

1.5. Etik Açısından Gen Analizleri

1.5.1. Genel olarak etik ve tıp etiği

Yunanca ethica yani töre demek olan etik iynin ne olduğunu anlamaya çalışan, insanların olup bitenler hakkında takındığı tavırları çözümleyen felsefe dalıdır¹⁴². Ahlak ise toplum tarafından iyi veya kötü olarak değerlendirilen davranışlardır¹⁴³. Birbirleriyle yakın ilişkili olsalar da ahlak yöresel iken etik evrenseldir¹⁴⁴. Etik binlerce yıldır, iyi ve doğru kavramlarının ne olduğu ve evrensel iyi ve evrensel doğrunun ne olduğunu tespit etmeye çalışmıştır¹⁴⁵. Felsefenin en temel konularından olan etik teknolojik imkânların gelişmesiyle birçok alanda sorgulanmaya başlanmıştır. Beden ve ruh bütünlüğüne yönelik bir müdahale olması nedeniyle tıp alanında da ilk dönemden itibaren etik tartışmalar yapılmış ve hekimlerin karar verme aşamasında arada kaldıkları konularda seçim yapmalarına imkân veren sonuçlar ortaya konulmuştur. Tıp alanındaki etik tartışmalar, teknolojik gelişmelerin yanı sıra hekimlerin karar alma aşamasında sahip oldukları güç ve olaylara etkileri ile bunların hasta haklarının geliştirmesiyle artmıştır¹⁴⁶. Tıp etiği, tıp uygulaması sırasında hekim-hasta, hekim-hastane, hasta-sağlık politikası gibi ilişkilerde belirlenen değer sorunlarıyla ilgilenir¹⁴⁷ ve hekim, kişinin haberi olmadan onun faydasına olan bir işlemi yapabilir mi, hasta yaşının küçüklüğü nedeniyle rıza gösteremezse ne olur, çocuğun faydasına olmasına rağmen hastanın yakınları tedaviye izin vermez ise ne olacak, hekim tespit ettiği hastalığı kişinin yakınlarına haber vermek durumunda mıdır, haber vermesi gerekiyorsa kimlere haber vermelidir gibi sorulara cevap arar. Yaklaşık iki yüzyıllık bir geçmişi olan tıp etiği konusunda

¹⁴¹ ÖZBEK, V. ÖZER, Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi, Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, S. 523-572, s. 526; ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 73

¹⁴² http://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/1410/mod_resource/content/3/2.hafta.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹⁴³ http://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/1410/mod_resource/content/3/2.hafta.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹⁴⁴ <http://www.meb.gov.tr/duyurular/duyurular2009/etik/>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

¹⁴⁵ ARDA, Berna, PELİN, Serap Şahinoğlu, Tıbbi Etik: Tanımı, İçeriği, Yöntemi ve Başlıca Konuları, Ankara Tıp Mecmuası, Vol. 48, 1995, s: 323-336, s. 323; KAŞIKÇI, s. 19

¹⁴⁶ OĞUZTÜRK, s. 97

¹⁴⁷ ÇOBANOĞLU, Nesrin, Tıp Etiği, İlke Yayınevi, Eylül 2007, s. 113

tartışmalar devam ederken özellikle genom projesiyle birlikte bioetik kavramı son yılların en çok tartışılan konusu olmuştur. Biyoteknolojinin gelişimi ile ortaya çıkan bioetik, tıp alanındaki araştırmalarda ve tedavide etik açıdan uyulması gereken kuralları konu edinir¹⁴⁸.

Tıp alanındaki etik tartışmalar neticesinde varılan sonuçlar normlaştırılmış ve bu normlar deontoloji adını almıştır¹⁴⁹. Deontoloji yükümlülükler bilgisi anlamında olup ne yapmalı ve ne yapmamalı sorularına toplumun belirlediği ve yaptırımlarla donattığı kurallar demektir. Başka bir ifadeyle etiğin üzerinde tartıştığı değerler bir sonuca ulaştığında deontoloji adını alır ve herkes için bağlayıcı olur¹⁵⁰. Ülkemizde de hekimlerin ve hukukçuların çalışmaları neticesinde halen yürürlükte olan 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi¹⁵¹ hazırlanmıştır. Söz konusu tüzük ile hasta yararını üstün tutma, mesleki gizliliği koruma, meslek ahlakına saygı, yaşam ve sağlığa saygı ve özen gösterme, ayırım yapmama, onam almak, hastaya gerçeği söylemek gibi kurallara yer verilmiştir. Benzeri kurallar daha sonra Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda da tekrarlanmıştır.

1.5.2. Gen analizleri bakımından etik

Zamanla birlikte kişilerin tıp ve insana olan bakış açısı da değişmektedir. Eskiden hasta yararı nedeniyle paternalist bakış açısı hâkim iken artık tedavi ve teşhisin her aşamasında hastanın görüşünün alınması gerektiği kabul edilmiştir¹⁵². Diğer taraftan gelişen teknolojinin tıp alanında kullanılması, hastalığın teşhis ve tedavisinde daha farklı uygulamaların gündeme gelmesine ve bu durum da yeni tartışmaların doğmasına neden olmaktadır. İkinci dünya savaşı sırasında Alman bilim adamlarının insanlar üzerinde yaptığı deneylerin ortaya çıkması üzerine insan onuru tekrar ele alınmış ve hangi alanlarda kişi üzerinde deney yapılabileceğine ilişkin kıstaslar belirlenmeye çalışılmıştır. Bu amaçla 1947 yılında Nürnberg ilkeleri ortaya konuldu¹⁵³. 1970'li yıllardan sonra ise gen hakkında edinilen bilgilerin artmasıyla

¹⁴⁸ KAŞIKÇI, s. 19

¹⁴⁹ ARDA/PELİN s. 324

¹⁵⁰ ARDA/PELİN s. 325

¹⁵¹ RG. Tarihi: 19.02.1960, Sayı: 10436

¹⁵² BOLAND, Garyl L, The Doctrine of Lack of Consent and Lack of Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana, Louisiana Law Review, September 1984, s. 2, digitalcommons. law.lsu.edu, Erişim Tarihi: 17.03.2016; HAKERİ, s. 34

¹⁵³ KAŞIKÇI, s. 20

insan geni üzerinde çalışmalar artmış ve genetik tanı ve tedavi yöntemleri ortaya çıkmaya başlanmıştır. Söz konusu gelişmeler beraberinde birçok tartışmayı da getirmiştir. Genetik testler neticesinde elde edilen bilgilerin kişinin hayatı hakkında birçok bilgiler içermesi ve söz konusu bilgilerin genel sağlık bilgileri gibi devlet tarafından hazırlanan sisteme kaydedilmesi ve üçüncü kişiler tarafından kullanılma tehlikesi endişeleri artırmıştır. Kişiler üzerinde genetik testler yapılabilmesi için hangi koşulların var olması gerekir, alınan örneklerin akıbeti ne olacak, verilen örnekler hangi bilgilerin tespiti için kullanılabilir, elde edilen sonuçlar kişiden gizlenebilir mi, elde edilen bilgiler kişinin yakın çevresiyle ve ceza soruşturması nedeniyle devlet ile paylaşılabilir mi, elde edilen sonuçlar belirli bir sistemde toplanabilir mi gibi sorulara cevap bulmak adına yapılan etik tartışmalar sonucunda birçok uluslararası düzenleme yapılmıştır. Birçok ülke de bu ilkeleri gözeterek iç hukuklarında düzenlemelere gitmiştir. Söz konusu düzenlemelerin yapılması noktasında en büyük etkenlerden biri şüphesiz İnsan Genom Projesidir. 2000 yılında tamamlanan proje ile insan gen haritası çıkarılmış ve insandaki 30000 genin dizilimi belirlenmiştir. İnsan üzerindeki klinik testlerden insanın kopyalanmasına kadar birçok soruyu da beraberinde getiren bu projede söz konusu endişeleri gidermek ve kişileri bilgilendirmek için ELSI (Ethical Legal and Social Issues-Etik Yasal ve Sosyal Meseleler) adında bir birim kurulmuřtur¹⁵⁴. Projeye ayrılan fonun bir kısmı buraya aktarılmış ve ELSI, kişileri bilgilendirmek amacıyla konferanslar düzenlemiş, makaleler yayınlamış ve etik tartışmaların bir sonuca varılması konusunda ülkelere yardımcı olmuştur. ELSI'nin yanı sıra UNESCO da etik tartışmaları özöme kavuşturmak amacıyla çalışmalarda bulunmuştur. UNESCO tarafından hazırlanan İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 1997 yılında kabul edildi. Yine 2003 yılında UNESCO tarafından biyolojik örneklerin özel statü olduğu ve genetik bilgilerin toplanması ve saklanması için insan onuruna saygı noktasında riskler taşıdığına ilişkin bildiri yayınlamıřtır¹⁵⁵. 1997 yılında Avrupa Konseyi Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması sözleşmesini kabul etmiştir. Yine Avrupa Konseyinin 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması'na ilişkin kararı genetik bilgilerin korunması adına önem arz etmektedir. Söz konusu düzenlemeler sonucunda birçok ülke gen kanunu hazırlayıp yürürlöğe koydu. Ülkemizde henüz bir

¹⁵⁴ KAşIKÇI, S. 18

¹⁵⁵ YAğMUR, s. 153

kanuni düzenleme olmasa da iç hukukumuz haline gelen uluslararası düzenlemeler ve genel tıbbi ilkeler doğrultusunda gen analizlerinde uygulanması gereken bazı ilkeler ortaya konulmuştur. Söz konusu ilkelere yer vermeden önce konunun öneminin daha iyi anlaşılması için genetik analizlerin fayda ve zararlarına kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Gen Analizlerinin Faydaları: Genetik testlerin en büyük faydası kendisini tıp alanındaki uygulamalarında göstermektedir. Genetik testlerin gelmiş olduğu nokta ile bugün kişilerin tedavisi noktasında hekimler daha net bilgilere kavuşabilmekteler. Daha önceleri hekim, hastanın tedavisi için hastaya ailesinde şeker hastası veya kanser hastasının olup olmadığı soruyorken bugün hekim yaptığı bir genetik testle kısa sürede kişide bu hastalıklara neden olacak bir genin olup olmadığını anlayabilmektedir¹⁵⁶. Böylece gen analizleri hasta takibinde hekimler için büyük kolaylıklar sağlamış olmaktadır¹⁵⁷. Aynı şekilde taşıyıcılık testi ile kişiler dünyaya gelecek çocuklarının belirli bir hastalıktan muzdarip olup olmayacağını bilmekte ve bu sayede alternatif üreme yöntemlerine geçebilmektedir. Preimplantasyon genetik testler sayesinde ise kişiler kürtaj yapmak zorunda kalmıyor ve genetik rahatsızlığı olmayan bir birey dünyaya getirmenin mutluluğunu yaşayabilmektedir. Vücuttan alınan küçük bir örnekle kişinin hastalığına ilişkin yüzde yüze yakın bilgiler verilmesi nedeniyle kişi, hastalığı hakkında daha doğru bilgilendirilerek daha doğru bir tedavi görmesi sağlanabilmektedir. Diğer taraftan genetik testler ile kişiler arasındaki akrabalık ilişkileri belirlenmekte, soy bağına veya mirasa ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi kolaylaşmaktadır. Diğer taraftan genetik testlerin en küçük bir doku parçası üzerinde dahi yapılabilmesi ve sonuçlarının yüzde yüze yakın surette doğru olması sayesinde suçlunun tespiti kolaylaşmakta ve masum insanların yıllarca hapse mahkûm olmaları engellenmiş olmaktadır. İlaç endüstrisinde yapılan genetik araştırma ve incelemeler sayesinde ileride hastalıkla mücadelede daha etkin olan, yan etkilerden uzak ilaçların üretimi mümkün hale gelecek ve kişilerin birçok hastalıklardan belki de ameliyat gerekmeden ilaç yoluyla kurtulmaları mümkün olacaktır.

¹⁵⁶ BERG, Alfred O, Clinical Use of Genomic Information, Implication of Genomics for Public Health. Workshop Summary, Committee on Genomics and the Public's Health in the 21st Century, 2005, s. 19, www.nap.edu/catalog/11260, Erişim Tarihi: 23.03.2016

¹⁵⁷ BAŞPINAR, s. 91

Gen Analizlerinin Sakıncaları: Gen analizleri neticesinde kişinin çoğu zaman kendisinin dahi bilmediği veya bilmek dahi istemeyeceği sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle en mahrem olan bu bilgilerin kişinin rızası dışında başkaları tarafından öğrenilmesi veya kullanılması gündeme gelebilmektedir. Söz konusu bilgilerin sağlık kayıtlarında yer alması veya devletlerin tüm vatandaşların genetik bilgilerini bir merkezde toplama çalışmaları kişilerin endişelerini artırmaktadır. Özellikle sigorta şirketleri bu bilgileri kullanarak poliçe hazırlamak ve prim borcunu belirlemek istemekteler. Yine işverenler, işçilerden genetik testler yaptırmalarını istemekte ve belirli hastalıkları olan veya hastalıklara yakalanma ihtimalleri olan kişilere iş vermemekte veya daha düşük ücretler ile çalıştırma yoluna gitmektedirler. İlaç endüstrisinin yaptığı çalışmalar sonucunda ileride kişiye özgü ilaç üretimine başlanacak olması endişeleri artırmakta ve belirli zümredeki kişiler için ilaç üretilip, belirli ırktan kişilerin hastalıkla etkin ilaç olmadan mücadele etmesi gerekeceği ileri sürülmektedir. Diğer taraftan askeri alanda yapılan çalışmalar ile belirli ırktan insanlar üzerinde etki gösterecek biyolojik silahların üretimi gündeme gelmektedir. Tıp alanında genetik testlerin uygulanması ile ısmarlama çocuk dünyaya getirme gündeme gelecek, kişilerin cinsiyet, saç rengi, saç şekli gibi birçok özellikleri belirleyip söz konusu özelliklere sahip çocuk dünyaya getirmeye çalışmaları, bu özelliklerin olmaması halinde hamileliğe son vermeleri söz konusu olabilecektir. Kişinin yapmış olduğu testler nedeniyle ileride belirli bir hastalığa neden olabilecek bir geni taşıdığını öğrenmesi hayattan soğumasına ve psikolojik sorunlara neden olabilir. Genetik testler nedeniyle ortaya çıkabilecek bir diğer sorun ise testlerin hatalı yorumlanması nedeniyle kişilerin gereksiz tedaviye yönelmeleri riskidir¹⁵⁸.

Bu açıklamalardan sonra şimdi gen analizlerinde uyulması gereken etik ilkelerin açıklanmasına geçebiliriz.

¹⁵⁸ TAZEBAY, Uygur H., Genetik Araştırmalar ve Etik, Avrasya Dosyası, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C.8, S. 3, S. 51-61, s. 59

1.5.3. Gen analizlerinde uyulması gereken etik ilkeler

1.5.3.1. Aydınlatılmış onam ve özerkliğe saygı

Kişinin beden bütünlüğüne yönelik bir işlem olan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olabilmesi için kişinin bu işleme rıza göstermiş olması gerekir¹⁵⁹. Ancak geçerli bir rızadan sonra yapılacak işlemler hukuka uygun olacaktır. Rıza açıklamasının hukuka uygun olabilmesi için de kişinin neye rıza verdiğini tam olarak bilmesi yani aydınlatılmış olması gerekir¹⁶⁰. Buradan aydınlatmayı sözleşmenin tarafının, sözleşme için önemli kabul edilen maddi ve hukuki hususlar bakımından bilgilendirme olarak tanımlayabiliriz¹⁶¹. Gen analizi bakımından aydınlatmayı, hastanın hangi işlemin uygulanacağı, işlemin kim tarafından ve nasıl gerçekleştirileceği, işlemin olası etkileri ve yapılacak işlem ile elde edilmesi planlanan hususlar, bu durumun kişinin kendisi ve ailesi için etkileri hakkında bilgilendirilmesi olarak tanımlayabiliriz. Aydınlatma konusuna ilişkin ayrıntılı bilgiyi ileride gen analiz sözleşmelerinden bahsederken vereceğiz.

Özerklik (otonomi) ise kişinin herhangi bir baskı altında kalmadan bağımsız bir şekilde kendi kararlarını verebilmesini, kendi kaderini tayin edebilmesini ifade eder¹⁶². Otonomi Yunanca “autos (kendi) ve nomos (kural, hukuk)” kelimelerinin birleşmesiyle oluşur ve bireyin özel yaşamını koruyup kendi kendini idare etmesi anlamındadır¹⁶³. Bireyin bağımsız bir şekilde hayatına ilişkin karar verebilmesi için bilişsel ve duygusal yeterliliğe kavuşması gerekir ancak bu yeterliliğe sahip olan birey geleceğine yönelik alternatif planlar yapıp kendisi için en uygun olan planı seçebilir¹⁶⁴. Bireyin bu yeterliliğe kavuşması ve özerklik ilkesinin yaşama geçirilebilmesi için hasta ile hekim arasındaki bilgisel eşitsizliğin giderilmesi yani hastanın tıbbi durumu hakkında aydınlatılmış olması gerekir¹⁶⁵. Hekimler, bilgisel

¹⁵⁹ BORAN, Bedia, Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 85

¹⁶⁰ YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 30; GÜLEL, İlhan, Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler, TAAD, Cilt 1, S. 5, 20 Nisan 2011, s: 585-644, s. 588

¹⁶¹ BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 51

¹⁶² ARDA/PELİN, s. 331; BİLGİN, Hülya, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Kapsamında Tıbbi Karar Alma Sürecine Katılımı, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 6, Aralık 2013, s: 109-133, s. 118

¹⁶³ OĞUZTÜRK, s. 119

¹⁶⁴ MAMELI, M., Reproductive Cloning, Genetic Engineering and the Autonomy of the Child: The Moral Agent and the Open Future, Journal of Medical Ethics 2007, 33(2), S. 87-93, s.91

¹⁶⁵ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 17; AYDIN, Erdem, Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2003; 46, s. 148-152, s. 148

üstünlükleriyle özerklik ilkesini, yararlılık ilkesi lehine göz ardı edebilmektedir. Hastanın yeterliliği söz konusuysa, bireyin kendisi için en yararlı şeye kendisinin karar vereceğinden yola çıkılarak hekimlerin yararlılık ve özerklik ilkeleri arasında dengeyi özerklik ilkesini ihlal etmeden kurmaları gerekir¹⁶⁶.

1.5.3.2. Sır saklama ve gizlilik ilkesi

Kişinin kendisiyle ilgili maddi ve manevi varlıklara ve bilgilere, öteki bireylerin erişimine engel koyduğu noktada mahremiyet başlamaktadır¹⁶⁷. Kişilerin kimsenin bilmesini istemediği, rızası dışında insanların müdahale etmesini istemediği bir sır alanı vardır ve bu alan içerisinde kişinin kişiliğinin bir parçasını oluşturan en mahrem bilgiler yer alır. Kişi bu alana saygı duyulmasını ve sır alanının korunmasını bir kişilik hakkı olarak herkesten isteyebilir.

Kişilerin sır alanına ilişkin bilgileri elde edebilecek meslek gruplarından biri de hekimliktir. Hekim, teşhis ve tedavi sırasında hastanın hastalığı, yaşantısı, etnik kökeni, cinsel yaşamı gibi hassas bilgilere ulaşabilmektedir. Hekimin bu bilgileri kolayca elde edebilmesi karşısında, hekimin bu bilgileri hangi şartlarda üçüncü kişiler ile paylaşabileceği meselesi gündeme gelmektedir. Hekim, hastanın rızasına aykırı olarak bu bilgileri başkaları ile paylaşabilir mi, yoksa hastanın özel hayatına saygı gösterip, elde ettiği bilgileri hiçbir şekilde başkalarıyla paylaşmamalı mıdır? Bu soruların cevaplanması adına ortaya çıkan tartışmalar sonucunda hekimin sır saklama yükümlülüğü olduğu Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda yer almıştır. Esasında hekim ile hasta arasında yer alan ve güven esasına dayanan hasta kabul sözleşmesinden doğan bir borç olan sır saklama yükümlülüğü, Meslek Etiği Kuralları'nın dokuzuncu maddesinde şu şekilde ifade edilmiştir:

“Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.

¹⁶⁶ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 17; DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2009, S.153-160, s. 158

¹⁶⁷ ÇOBANOĞLU, Nesrin, Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti, III. Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, s. 512

Hastanın önem vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.

Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.

Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevden çekinebilir.”

Görüldüğü üzere hekim ancak sırrın saklanması hasta veya yakınlarının sağlığını etkilemesi halinde ve sırrın açıklanmasının kişilik haklarını zedelememesi koşuluyla bilgileri paylaşır¹⁶⁸. Örneğin hastanın HIV virüsü taşıması halinde, söz konusu virüs cinsel yollar ile bulaştığından hekimin hastanın eşini bu konuda bilgilendirmelidir¹⁶⁹. Hastanın mahremiyetinin korunması amacıyla, açıklandığında kişilik haklarını zedeleyecek bilgilerin paylaşılması adına hekime tanıklıktan çekinebileceği belirtilmiştir. Hekimlerin tanıklıktan çekinebilme hakları, CMK’nın meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinme başlıklı 46. maddesinde de “*Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler...*” ifadesiyle belirtilmiştir.

Gen analizleri bakımından gizlilik ilkesinin korunması biraz daha karmaşık bir hal almaktadır. Gen analizleri için verilen örneklerden, testi yaptıran kişinin yanı sıra aile üyeleri hakkında da bilgilerin elde edilmesi, bu verilerin gerçekte kime ait olduğu meselesini ve hastanın bilme ve bilmeme haklarının yanı sıra aile üyelerinin de bilme ve bilmeme haklarını gündeme getirecektir. Gen analizleri bakımından bir diğer problem ise bu bilgilerin üçüncü kişiler ile paylaşılması halinde kişinin ayrımcılığa uğrama ihtimalidir. Bu nedenle özellikle işveren ve sigorta şirketlerinin kişilerin genetik verilerini kullanmak istemeleri halinde hekimlerin verilerin korunması adına daha hassas davranmaları gerekir.

¹⁶⁸ KAŞIKÇI, s. 26

¹⁶⁹ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 315

Gen analizlerinde kişilerin mahremiyetlerin korunması için başvuru yöntemlerinden biri verilerin anonimleştirilmesidir. Gen araştırmalarında kişilerin özel hayatlarının korunması adına elde edilen verilerin üzerine kodlar yapıştırılır. Rastgele seçilen bu kodlar sayesinde hangi verinin kimden alındığının tespiti imkânsızlaşmaktadır¹⁷⁰.

1.5.3.3. Yarar ve zarar dengesinin korunması

Her ne kadar hastalığın sona erdirilmesi veya teşhisi için yapılsa da vücut üzerinde yapılan işlemler vücut üzerinde geçici de olsa zararlar doğurabilmektedir. Bu anlamda yapılacak işlemlerin kişiye vereceği muhtemel yarar ve zararın hesaplanması gerekmektedir. Yararlılık ilkesi tıbbi uygulamalarda her durumda hasta yararının üstün tutulması anlamına gelir¹⁷¹. Hekim hastalığın teşhis ve tedavisi için öngördüğü işlemleri, işlemin hastaya sağlayacağı yararın, zarardan çok daha fazla olması halinde uygulayabilir. Bu nedenle gerek klinik çalışma ve deneylerde gerekse de tedavi noktasında hastaya zarar vermeyecek yöntemlerin seçilmesi gerekir. Örneğin doğum öncesi yapılacak testin bebeğe ve anneye zarar vermemesi gerekir, test nedeniyle erken doğum veya bebeğin düşürülmesi riski yüksekse hekimin ilgili testi yapmaması gerekir. Hekimin hastanın yararını düşünmesi ilkesi ile hastanın aydınlatılmış onamını alma arasında büyük bir bağ vardır. Hekim hastanın yararına olsa bile onun aydınlatılmış onamını almadan işlemi uygulayamaz. İki durum birbirleriyle çelişiyor gibi görünse de hatanın iyileşmesinin yanı sıra kendisi hakkında bilgilendirilmesi ve buna ilişkin tedaviye yön vermesi bakımından da yararı vardır.

1.5.3.4. Adalet ve eşitlik ilkesi

Kalıtsal ve çevresel etkilerden dolayı tüm insanların sağlık durumları aynı değildir. Bu anlamda tıp alanında eşitlik kavramından herkesin aynı sağlık durumunda olması değil, herkesin sağlık hizmetlerine ulaşmada eşit imkânlarla sahip olması anlaşılmalıdır¹⁷². Kişilerin sağlık durumlarının kontrolü ve iyileştirilmesinde bireylerin yanı sıra toplumun da büyük bir menfaati vardır. Bu nedenlerle kamunun

¹⁷⁰ KONUK, Zehra, Biyoetik ve Hukuk Yönünden Gen Bilimi, İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri, Temmuz 2012, S.55-76, s. 68

¹⁷¹ ERSOY, Nermin, AYDIN, Erdem, Tıbbi Etikte Yararlılık İlkesi, s. 1, http://tip.kocaeli.edu.tr/docs/ders_notlari/n_ersoy/tibbi_etikte-yararlilik_ilkesi.pdf, Erişim Tarihi: 03.04.2016, ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 18

¹⁷² ÇOBANOĞLU, Nesrin, Genetik Teşhislerde Etik Sorunlar, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Tıp Hukuku Özel Sayısı, s: 1-16, s. 6

kişilerin sağlık hizmetlerine adil ve eşit bir şekilde yararlandıklarından emin olmaları gerekmektedir. Bu durum sosyal devlet olmanın da bir gereğidir¹⁷³. Bu anlamda sonuçları açısından büyük önem arz eden ve her yerde yapılması mümkün olmayan genetik testlerden de kişilerin eşit bir şekilde yararlanmaları sağlanmalıdır. Sadece belirli bir sınıf ve etnik kökene sahip olan kişilerin test yaptırma imkânına sahip olması veyahut yaptırmasının gerekmesi gündeme gelmemelidir. Genetik tanı ve tedavi imkânı kadar, bu testler sonucunda elde edilen bilgiler bakımından da kişiler ayrıma tabi tutulmamalıdır. Kişiler genetik bilgileri, sahip oldukları etnik köken, belirli bir hastalığın taşıyıcısı olmaları veyahut ileride belirli bir hastalığa yakalanma ihtimallerinden dolayı iş ve sosyal çevrelerinde ayrımcılığa tabi tutulmamalıdır.

1.5.3.5. Bilme ve bilmeme hakkının korunması

Kişinin kendi bilgileri üzerinde geleceğini belirleme hakkı, kişisel verilerin hangi sınırlar içerisinde kimlerle ve ne zaman açıklanacağı konusunda bizzat ve sadece kişinin kendisinin yetkili olması anlamına gelmektedir¹⁷⁴. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı sağlık hukukunda hekimin iyileştirme faaliyetlerinin de sınırını oluşturmaktadır. Kişinin kendi geleceğini belirleme hakkı kişinin genetik bilgileri üzerinde tasarruf etme özgürlüğünü de kapsamakta ve bir kişilik hakkı olarak kabul edilip bilme ve bilmeme hakkı olarak ikiye ayrılmaktadır¹⁷⁵.

Hekim ile hasta arasında yapılan tıbbi teşhis ve tedavi sözleşmesinden doğan hekimin başlıca yükümlülüklerinden biri de hastasını bilgilendirmektir. Aydınlatılmış onamdan farklı olarak bilme hakkı kişinin hastalığının veya tıbbi teşhise yönelik işlemler sonucunda elde edilen bulgular hakkında bilgilendirilmesini ifade eder¹⁷⁶. Kişinin kendi geleceğini kendisinin belirleyebilmesi için kendisiyle ilgili bazı şahsi bilgileri bilmesi gerektiğine dayanan bilme hakkı (right to know-rech

¹⁷³ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 18

¹⁷⁴ BÜCHLER, Andrea, “Art, 27-30”, ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Orell Füssli, Verlag, 2006, s. 31 aktaran GÜRBÜZ, Meral, Bir Kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1-2, S.113-128, s. 113

¹⁷⁵ GÜRBÜZ, Bir Kişilik Hakkı, s. 115

¹⁷⁶ BAŞPINAR, s. 83

auf wissen) ABD’de 1972 den itibaren kabul edilmiştir¹⁷⁷. Bilme hakkı Hasta Hakları Yönetmeliği’nin¹⁷⁸ 15. maddesinde de yer almaktadır.

Bilmeme hakkı (right not to know-recht auf nichtwissen) ise kişinin kendisi istemediği takdirde, kendi şahsi geleceğine ilişkin bir takım bilgilerden korunmasını ifade eder¹⁷⁹. Yani kişinin kendisi ile ilgili bilgileri bilmesinde menfaati olmayacağı bazı hallerde, bilmiş olmanın kendisine zarar vereceği düşüncesiyle ortaya çıkan ve kişinin kendisi hakkında bazı bilgileri öğrenmek istememesine dayanan bir haktır. Özellikle kanser gibi tedavisi olmayan bazı hallerde kişinin hastalığı hakkında bilgi sahibi olması moral bozukluğuna neden olacaktır.

Gen analizleri bakımından bilmeme hakkı birçok ulusal ve uluslar arası belgede yer almaktadır. Örneğin İsviçre’de yürürlüğe konulan İnsan Üzerinde Genetik Muayeneye Dair Federal Kanun’un altıncı maddesi bilmeme hakkına ilişkindir.

Genetik testi yaptıran kişinin yanı sıra üçüncü kişilerin de test sonuçları üzerinde bilme veya bilmeme hakları gündeme gelebilmektedir. Test yaptıran kişilerin yakın akrabalarının da yapılan testler sonucunda belirli bir hastalığa yakalanma ihtimalleri olduğu tespit edilirse, testi yaptıran kişi veya testi yapan hekim, ilgili olan bu kişileri bilgilendirmeli midir yoksa testi yaptıran kişinin hakları ön planda tutularak gizlilik ilkesi gereği bu bilgiler üçüncü kişiler ile paylaşılmamalı mıdır? Dahası üçüncü kişiler söz konusu bilgileri öğrenmek istemediklerini ileri sürmeleri halinde onların bilmeme haklarının ihlal edildiği ileri sürülebilir mi? Yakın akrabaların yanı sıra sigorta şirketleri, işverenler ile birlikte toplum yararı nedeniyle okullar veya güvenlik birimleri de bu bilgilerin kendileriyle paylaşılmasını isteyebilmektedirler¹⁸⁰. Bu durumda paylaşma yapılmalı mı, yapılacaksa bunun sınırı ne olmalıdır? Bu konuya ilişkin bilgileri ve bu etik sorunların cevaplarını ileri de genetik analizler yoluyla kişilik hakkı ihlalleri bahsinde vereceğiz.

¹⁷⁷ BAŞPINAR, s. 83

¹⁷⁸ RG. Tarihi: 01.08.1998, Sayı: 23420

¹⁷⁹ BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 59

¹⁸⁰ BÜKEN, Nüket Örnek, KUTLAY, Nüket Yürür, Etikolegal Açıdan Genetik Araştırmalar, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi, 2009, S. 22, S. 4-10, s. 7

1.5.3.6. Öjenizm

İyi gencilik olarak nitelendirilen öjenizim sağlıklı ve sağlıklı insan genlerinin bulunduğu bir canlı soyunu iyileştirmek olarak tanımlanmaktadır¹⁸¹. Geçmiş yıllardan beri insanların gelişiminde, ırkın etkisinin olup olmadığına ilişkin çalışmalar yapılmış ve başta ikinci dünya savaşı yıllarında Nazi hükümetinin üstün Alman ırkını ortaya çıkarmak için yürüttüğü politikalar olmak üzere gerek devlet eliyle gerekse de özel şahıslar tarafından ileri sürülmüş ve savunulmuştur. Tarihe kara bir leke olarak geçen bu çalışmalar gen tekniklerinde gelinen son nokta ile özellikle insan genom projesiyle yeniden alevlenmiş¹⁸² ve uluslar arası birçok düzenleme ile üstün ırkın oluşturulmasına ilişkin faaliyetler önlenmeye çalışılmıştır.

1.5.3.7. Yasallık

Kişilerin vücutları üzerinde yapılan müdahalelerin kural olarak hukuka aykırı olduklarına ve ancak hukuka uygun bir şekilde rızalarının alınmış olması halinde müdahaleyi gerçekleştiren kişilerin sorumlu olmayacaklarına değinmiştik. Artan teknoloji ve bilimin gelmiş olduğu son nokta itibariyle birçok alanda farklı amaçlar ile kişilerin genetik testlere tabi tutulmalı mümkündür. Yapılan testlerin hukuka uygun olabilmeleri için, testlerin yasaların çizmiş olduğu sınırlar içinde olmaları, başka bir ifade ile işlemin kanunlarla belirlenmiş bir sebebe dayanması gerekir¹⁸³. Aksi halde kişinin yapılacak işleme rıza verilmiş olması da işlemi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bugün itibariyle insan klonlanması veya bebeğin cinsiyetini seçmeye yönelik işlemler hukuka aykırıdır. Bu nedenle kişiler böyle bir işleme rıza göstermiş olsalar dahi kişinin klonlanmasına veya bebeğin cinsiyetini belirlemeye yönelik olarak yapılacak analizler hukuka aykırı olacaktır. Yapılan müdahalenin meslek kurallarına ve yasalara uygun olması gerektiği İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin dördüncü maddesinde "*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir*" ifadesiyle belirtilmiştir.

¹⁸¹ KONUK, s. 69

¹⁸² OĞUZTÜRK, s.103

¹⁸³ GÜLEL, s. 587

1.6. Gen Analizleri Bakımından Biyobankalar

Gen alanında geline son teknoloji ile hastalık veya anormalliklere sebep olan genlerin tespit edilip hastalığın tedavi edilmesi, söz konusu genin bir sonraki nesle geçişine engel olunması için birçok araştırmanın yapılması mümkündür. Söz konusu araştırmaların yapılabilmesi amacıyla birçok kişiden alınmış olan örneklerin laboratuvar koşullarında incelemeye alınması gerekmektedir. Araştırmaların sağlıklı yapılabilmesi için çok sayıda örneğe ihtiyaç duyulması biyobankaların ortaya çıkmasına neden olmuştur¹⁸⁴. Biyobankalar veri sahibi ile ilişkilendirilebilen ve genetik bilgileri taşıyan hücre, kan, DNA gibi örneklerin toplandığı bankalardır¹⁸⁵. Biyobanka UNESCO tarafından “*biyolojik örneklerin ve bunlarla ilişkili tıbbi, kişisel ve epidemiyolojik verilerin biyomedikal araştırmalar ve tanı hizmetlerine açılmak amacıyla kurulan, örneklerin kalite güvence sistemleri ile korunduğu ve örnekleri veren gönüllülerin haklarını koruyacak şekilde etik/hukuk/bilgilendirilmiş onam gibi yönetim sistemlerinin uygulandığı alt yapılar*” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁸⁶. Söz konusu bankalar kültüre edilebilen organizmaları (bitki, hayvan), bunların çoğaltılabilen ürünlerini (genom, plazmidler, virüs) ve canlı ancak kültüriize edilemeyen organizmaları kapsar¹⁸⁷. Biyobankaların temel amacı elde edilen örnekleri uzun süre saklayarak günümüz ve gelecekteki araştırmalara imkân sağlamaktır¹⁸⁸. Sonraki araştırmalarda kullanılması nedeniyle kişilerden alınan örneklerin ve bunlardan elde edilen genetik verilerin saklanması titizlikle yapılması gerekir. Öncelikle kişilerden alınan örneklerin anonimleştirilmiş ve şifrelendirilmiş olması gerekir. Söz konusu bilgilerin başta işverenler ve sigorta şirketleri olmak üzere üçüncü kişiler ile paylaşılmaması ve buna ilişkin hukuki korumanın sağlanmış olması gerekir¹⁸⁹. Bugün ülkemizde özel ve kamu

¹⁸⁴ BÜYÜKAY, Yusuf, Biyolojik Veri Bankaları, HPD, Mayıs 2006, s: 178-185, s. 178; MEMİŞ, Tekin, Biyobankaların Hukuki Esasları, Hüseyin Ülgen’e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Cilt 2, s:1949-1966, s. 1950

¹⁸⁵ BÜYÜKAY, Veri Bankaları, s. 178

¹⁸⁶ UNESCO Türkiye Milli Komisyonu, Biyobanka Yönetimi, http://www.UNESCO.org.tr/dokumanlar/biyoetik_komitesi/biyobanka_rapor.pdf, Erişim Tarihi: 23.03.2016

¹⁸⁷ Biological Resource Centres, Underpinning the Future of Life Sciences and Biotechnology. OECD, 2001.

¹⁸⁸ ÖZGÜÇ, Meral, YÜZBAŞIOĞLU, Ayşe, Biyobankalar ve Etik, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi, 2009 S. 22, S.12-16, s. 13; ÖZBAŞ GERÇEKER, Filiz, OĞUZKAN BALCI, Sibel, PEHLİVAN, Sacide, Biyobankalar ve Biyobankalamada Etik Konular, Gaziantep Tıp Dergisi, 2008, S.35-40, s. 36; MEMİŞ, Biyobankaların Hukuki Esasları, s. 1951

¹⁸⁹ BÜYÜKAY, Veri Bankaları, s. 179; DAŞTAN, Kadir, KOLUSAYIN, Özlem M., DEMİRCAN, Yusuf Tunç, ŞAHİN, M. Fevzi, YÜKSELOĞLU, E. Hülya, Türkiyede Biyobankaların

hastanelerinde bir kısım kordon kanı ve kemik iliği bankaları mevcuttur¹⁹⁰. Dünyada ise ülkemizden çok daha geniş bir şekilde biyobankalar ve örneklemeler mevcuttur. Bugün itibariyle İngiltere’de biyobankalarda 500.000 örnek vardır. Estonya ve Litvanya’da da benzer şekilde birçok kişinin genetik örnekleri biyobankalarda korunmaktadır¹⁹¹.

Biyobankalar adli, tedavi ve araştırma amaçlı olarak kurulabilmektedir. Adli biyobankalar, toplum güvenliğinin sağlanması amacıyla kişilerin genetik parmak izlerinden oluşan bir arşiv olup adli makamlar ve güvenlik güçleri tarafından yönetilir. Tedavi amaçlı biyobankalar ise kordon kanı ve kök hücre gibi nakle elverişli örneklerden oluşur. Araştırma amaçlı biyobankalar ise topluma özgü biyobankalar, hastalıklara özgü biyobankalar, vaka kontrol biyobankaları, doku ve klinik araştırma biyobankalarından oluşur¹⁹².

Gittikçe yaygınlaşan biyobankalar nedeniyle ortaya çıkan etik tartışmalar bir yana, verilen örneklerin ve bu örneklerden alınan sonuçların yani kişilerin mahremiyet ve genetik bilgilerinin korunması amacıyla yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bugün itibariyle Kemik İliği Nakil Merkezleri ve Kemik İliği Doku Bilgi İşlem Merkezleri Yönergesi¹⁹³ ve Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği¹⁹⁴ yürürlükte. Ancak söz konusu düzenlemeler gerek kanun düzeyinde olmamalarından dolayı gerek de içerik nedeniyle, kişilerin ihtiyaç duyduğu korumayı sağlamaktan uzaktır. Söz konusu ihtiyaçtan dolayı DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı hazırlanmış ancak henüz kanunlaşmamıştır. Dünya genelinde kişilerin genetik verilerinin toplanması ve hatta bu bilgilerin ülkeler arasında karşılıklı ulaşımına açılmasına yönelik politikalar yürütülürken böylesi bir düzenlemenin bir an önce ülkemizde de yürürlüğe girmesi gerekmektedir

Standardizasyonu ve Etik Açısından Değerlendirilmesi, www.adlibilimer.ankara.edu.tr, Erişim Tarihi: 03.04.2016

¹⁹⁰ DAŞTAN, Kadir, KOLUSAYIN, Özlem M., DEMİRCAN, Yusuf Tunç, ŞAHİN, M. Fevzi, YÜKSELOĞLU, E. Hülya, Türkiyede Biyobankaların Standardizasyonu ve Etik Açısından Değerlendirilmesi, www.adlibilimer.ankara.edu.tr, Erişim Tarihi: 03.04.2016

¹⁹¹ BÜYÜKAY, Veri Bankaları, s. 180; ÖZGÜÇ, Meral, Biyobankalar, Hacettepe Üniversitesi Biyolojik Kaynak Bankası ve Genobilim Uygulama ve Araştırma Merkezi, http://www.hubam.hacettepe.edu.tr/ekler/pdf/biyobanka/meral_ozguc.pdf, Erişim Tarihi: 22.05.2016

¹⁹² UNESCO Türkiye Milli Komisyonu, Biyobanka Yönetişimi, http://www.UNESCO.org.tr/dokumanlar/biyoetik_komitesi/biyobanka_rapor.pdf, Erişim Tarihi: 02.04.2016; ÖZGÜÇ/YÜZBAŞIOĞLU, s. 13,

¹⁹³ 26.02.2001 tarihli ve 1832 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe girmiştir.

¹⁹⁴ RG. Tarih: 5 Temmuz 2005, Sayı: 25866

1.7. İnsan Genom Projesi

Biyoloji ve tıp alanında katledilen gelişmeler sonucunda başlatılan insan genom projesi son yüzyılın en büyük projelerinden biridir. Bireyin genetik yapısını belirleyen şifrelerin çözülmesi amacıyla 1 Ekim 1990 tarihinde Amerika Enerji Kurumu ve Ulusal Sağlık Enstitüsü tarafından başlatılan bu projeye Brezilya, Kanada, Fransa, Almanya gibi birçok ülke ve ABD'deki Celera Genomis şirketinin yanı sıra IBM, Dupond gibi firmalar da destek vermektedirler¹⁹⁵. Birçok ülkenin insan gen haritasını çıkarmak amacıyla yürüttüğü çalışmaları bir merkezden yürütmek amacıyla 1987 yılında İsviçre'nin Montreaux kentinde bir merkez kurulmuştur¹⁹⁶. Proje kapsamında farklı uyruklardan 20 kadar kişinin genom örnekleri esas alınmıştır. Bu kişilerin rızaları doğrultusunda kan ve sperm örnekleri alınmış ve alınan örnekler rastgele numaralandırılarak anonimleştirilmiştir¹⁹⁷. Yaklaşık 15 yıl sürmesi planlanan proje 2003 yılı itibariyle tamamen sona ermiştir. Yürütülen proje kapsamında insan vücudundaki tüm genlerin işlevleri henüz belirlenmemiş olsa da gen dizilimlerinin okunması tamamlanmıştır. Proje ile insan genomunda kodlanan 30.000 civarındaki genin ve üç milyar bazın dizilimi tespit edilmiştir¹⁹⁸.

Proje ile güdülen ilk amaç hungtinton, cystic fibrosis, diabet gibi 3000 den fazla hastalığa neden olan genlerin yerlerini tespit ederek hastalığın tanı ve tedavisini kolaylaştırmak ve hastalığı tedavi etmek noktasında daha etkin ilaçların

¹⁹⁵ DEMİR, Aysel, Etik Açısından İnsan Genom Projesi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, S. 23 Bahar 2013, S.317-327, s. 318, 1986 yılında California Teknoloji Enstitüsü'nden Leroy Hood ve Lloyd Smith DNA dizilişinde yararlanılabilecek bir makinenin icat edildiğini duyurdular. 1987 yılında Dupond şirketinden bilim adamları DNA dizilişinin bulunmasını hızlandıran bir yöntem geliştirdiler. Aynı yıl Applied Biosystems DNA dizilişini bulmaya yarayan bir robot piyasaya sürdü. 1988 de ABD Enerji Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı İnsan Genom Projesi için güçlerini birleştirdiler ve 1989'da etik konuları çözümlmek için komisyon kurdular ve aynı yıl sağlık bakanlığı bünyesinde İnsan Genomu Araştırmaları Ulusal Merkezi (NCGHR) kuruldu.1991 yılında J.Craig Venter, etkinlik gösteren genleri belirlemenin bir yolunu bulduklarını ve bu genler için patent başvurusunda bulunduklarını açıkladı. 1992 yılında İngiltere'deki Wellcome Trust, İnsan Genom Projesi'ne katıldı.1996 yılında projede elde edilen verilerin yirmi dört saatte bir kamuya paylaşılması kararı alındı. 2000 yılında katılımcılar insan gen haritası taslağını tamamladıklarını ve verileri açıklayacaklarını ilan ettiler ve 2001 yılında da sözü edilen veriler yayınlandı. ZÜLAL, Aydın, Kalıtım Şifresinin Peşinde 136 yıl, Bilim ve Teknik Dergisi, İnsan Genomu Mart 2001 Sayısı Ücretsiz Eki, S.5-11, s. 6 vd.; AKMAN/TUNCER, s. 23 vd.

¹⁹⁶ DEMİR, Etik Açısından İnsan, s. 320

¹⁹⁷ YULUĞ, Işık, İnsan Genom Projesi, Avrasya Dosyası Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C.8, S. 3, S.7-23 s. 12

¹⁹⁸ YULUĞ, s. 15; AKMAN/TUNCER, s. 4

üretilmesini¹⁹⁹ ve DNA üzerinde insandan insana farklılık gösteren bölgelerin tanımlanması ile bu bilgilerin babalık testlerinde ve adli tıpta kullanılabilmesine imkân sağlamaktır²⁰⁰. Projenin diğer önemli amacı ise klonlama ve kök hücre çalışmalarıyla hastalıklı organ ve kanser tedavilerinde veya sinir hücresi yıkımları nedeniyle ortaya çıkan parkinson, alzheimer gibi hastalıkların tedavi edilmesine imkân sağlamaktır²⁰¹. Bitim anı itibarıyla insan genom projesi üç türlü genetik bilginin tespitine imkân tanımaktadır. Bunlar kişide mevcut olan hastalıklar, hastalıklar için genetik riskler ve kişilerin boy ve göz rengi gibi karakteristik özellikleridir²⁰². Tüm bunların yanı sıra söz konusu proje, dizilerin tekrarlanma tarihlerini hesaplayarak evrimin moleküler düzeyde incelenmesine katkı sağlamıştır²⁰³.

Söz konusu yararların yanında genom projesinin olası birçok riskleri de vardır. Genom projesinin ileriye dönük olarak kişileri nasıl etkileyeceği tam olarak bilinmemektedir. Gen bilgileri elde tutulan kişiler, bu bilgilerin başta işveren ve sigorta şirketleri ile paylaşılması nedeniyle zorluklar ile karşılaşabilir. İşten çıkarılabilir veya sigorta sözleşmeleri feshedilebilir veyahut yüksek primler ödemek zorunda kalabilirler. Diğer taraftan bir hastalığın oluşmasında genin yanı sıra çevresel faktörler de etkilidir. Bu nedenle kişilerin taşıdıkları gen nedeniyle belirli bir hastalığa yakalanıp yakalanmayacakları hakkında kesin bilgiler verilemez. Örneğin kalın bağırsak kanserine yol açan geni taşıyan kişilerin yalnızca %10'u hasta olmaktadır. Bu nedenle kişilerin ileri de belirli bir hastalığa yakalanma ihtimallerinin kendilerine bildirilmesi sosyal ve psikolojik açıdan problemlere neden olabilmektedir. Kişi hasta olacağı düşüncesiyle hayattan soğuyabilir iş hayatını ve sosyal hayatını buna göre düzenleyebilir veya bu durumun bilinmesi halinde birey toplum tarafından dışlanabilir. Dahası ilerleyen dönemlerde birden fazla gendeki sorunların farklı hastalıklara neden olması söz konusu olabilir. Tüm bu şüphelerin yanı sıra gen dizilimleri nedeniyle ileri de insanın kopyalanması veya tüm

¹⁹⁹ TUĞ, Ayşim, HANCI, Hamit, BALSEVEN, Aysun, İnsan Genom Projesi: Umut mu, Kabus mu, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Şubat 2002, C.11, S. 2, S.56-57, s. 56; DEMİR, Etik Açısından İnsan, s. 320

²⁰⁰ DEMİR, Etik Açısından İnsan, s. 320

²⁰¹ DEMİR, Etik Açısından İnsan, s. 320

²⁰² STEWART, Jaylene, TRAN, Diemm Thy, The Ethics of Genetic Screening, www.ethicapublishing.com, Erişim Tarihi: 29.02.2016

²⁰³ ÇIRAKOĞLU, Beyazıt, Genom Ne Söylüyor, Bilim ve Teknik Dergisi, Mart 2001 Sayısı Ücretsiz Eki, S. 2-4, s. 3

hastalıklardan uzak üstün insan yaratılması ihtimali gündeme gelebilir ki bu durum beraberinde ırkçılık tartışmalarını da gündeme getirecektir. Embriyo üzerinde yapılan çalışmalar nedeniyle kişiler olası bir durumda ihtiyaç duyacakları organları alabilmek için organ uyumu sağlayan insanlar dünyaya getirebilir veyahut gen bilgileri dikkate alınarak biyolojik silahlar üretilir²⁰⁴.

Tüm bu tartışmalar nedeniyle İnsan Genom Projesinin başlamasıyla birlikte etik tartışmaları yürütmek, insanları bilinçlendirmek ve bireyleri olası saldırılara karşı korumak amacıyla proje bünyesinde Etik Hukusal ve Sosyal Konular (ELSI) başlıklı bir kurum kurulmuştur. Kurul, projeye ayrılan bütçenin yüzde beşini kapsamaktadır. Büyük bir bütçeye sahip olan kurul yayınlar ve konferanslar ile etik meselelere çözümler üretmeye çalışmıştır²⁰⁵.

1.8. Kök Hücre ve Klonlama

Kök hücre, kendini yenileme özelliğine sahip, vücut içinde veya uygun şartlar sağlandığında laboratuvar ortamında birçok farklı hücre tipine dönüşebilen farklılaşmamış hücrelerdir²⁰⁶. Kök hücreler iki farklı sınıfa ayrılmaktadır. Bunlardan ilki sınırsız farklılaşma ve farklı yönlere gidebilme özelliğine sahip olan kök hücrelerdir ki bunlara totipotent kök hücreler denir. Diğerleri ise birçok dokunun oluşmasına kaynak oluşturan pluripotent kök hücreleridir²⁰⁷. Bu ayrımın dışında embriyonik kök hücre, yetişkin kök hücre ve kan üreten kök hücre şeklinde sınıflandırma da söz konusudur. Klonlama ise bir organizma veya hücrenin genetik olarak özdeşinin oluşturulması işlemidir²⁰⁸. Klonlama çekirdek nakli ile üreme amaçlı veya tedavi amaçlı olarak yapılabilmektedir. Çekirdek naklinden kasıt ise bir yumurta hücresine somatik bir hücrenin çekirdeğin aktarılmasıdır²⁰⁹.

²⁰⁴ DEMİR, s. 323-324; TUĞ/HANCI/BALSEVEN, s. 57

²⁰⁵ AKMAN/TUNCER, s. 90

²⁰⁶ PAÇACI, İbrahim, Klonlama ve Kök Hücre Çalışmalarının İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi, <http://dribrahimpacaci.blogcu.com/klonlama-ve-kok-hucre-calismalari-i/6272570>, Tarihi: 02.04.2016

²⁰⁷ KANSU, Emin, Kök Hücreleri ve Klonlama, Avrasya Dosyası, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C.8, S.3, S.41-50, s. 41

²⁰⁸ ÇOBAN, s. 210; UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Klonlama ve Etik, <http://docplayer.biz.tr/1482577-Klonlama-ve-biyoetik-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu-biyoetik-ih-tisas-komitesi-klonlama-calisma-alt-grubu-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu.html>, Erişim Tarihi: 24.03.2016

²⁰⁹ UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Klonlama ve Etik, <http://docplayer.biz.tr/1482577-Klonlama-ve-biyoetik-UNESCO-turkiye-milli->

Başta Diabet, Parkinson ve Alzheimer olmak üzere birçok hasta için umut kaynağı olan kök hücreler, embriyoda, erişkin dokularda, kemik iliğinde, bebek kordon kanında bulunabilmektedir. Kişinin kendi dokularından veya kordon kanından kök hücre elde edilmesi büyük tartışmalara yol açmasa da embriyodan kök hücre elde edilmesi etik tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Embriyodan kök hücre elde edilmesi in-vitro olarak döllenmiş veya ihtiyaç fazlası embriyodan ya da istemli sonlandırılan gebeliklerden elde edilmektedir²¹⁰. Çocuksuz ailelerin yumurta ve sperm örneklerinden elde edilen embriyolardan 2-3 tanesi anne karnına yerleştirilirken diğerleri dondurulabilir. Böylece dondurulan embriyolar daha sonraki gebeliklerde kullanılabileceği gibi ailenin izniyle kök hücre çalışmalarında kullanılabilmektedir. Bu durumda söz konusu embriyoların kullanılmasının insanlığın yararına olduğu ve bu yararın zaten yok edilecek olan yedek embriyoların yaşamına saygıdan daha önemli olduğu düşüncesine dayanır²¹¹. Ancak bunun için ailelerin aydınlatılmış rızasının alınması gerekliliği bir yana bu uygulama, insan dokularını bir ticari meta haline getirdiği ileri sürülerek eleştirilmektedir²¹². Kök hücrenin elde edilmesinden sonra embriyonun yok edilmesi ise oluşacak bir insan adayının yaşama şansının elinden alınması olarak da ifade edilmektedir²¹³. Embriyodan kök hücre elde edilmesinin ikinci yolu ise gebeliğin erken sonlandırılması halidir. Ailelerin izniyle yasal olarak sona erdirilen gebeliklerde ebeveynlerin izniyle kök hücre elde edilebilmektedir²¹⁴. Bu durum ise hamileliğin sonlandırılmasının ticari bir amaca yol açabileceği nedeniyle eleştirilmektedir²¹⁵. Tartışmalı olan bir diğer husus ise kök hücre elde etmek amacıyla embriyo

komisyonu-biyoetik-ihhtisas-komitesi-klonlama-calisma-alt-grubu-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu.html, Erişim Tarihi: 24.03.2016

²¹⁰ KANSU, s. 43

²¹¹ ÇOBAN, s. 209

²¹² UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Klonlama ve Etik, <http://docplayer.biz.tr/1482577-Klonlama-ve-biyoetik-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu-biyoetik-ihhtisas-komitesi-klonlama-calisma-alt-grubu-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu.html>, Erişim Tarihi: 24.03.2016

²¹³ GÜL, Cengiz, Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı, MÜHFD, C.1, S. 1 (2012), S. 161-191, s. 176; ÇOBAN, s. 204

²¹⁴ KANSU, s. 43

²¹⁵ UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Klonlama ve Etik, <http://docplayer.biz.tr/1482577-Klonlama-ve-biyoetik-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu-biyoetik-ihhtisas-komitesi-klonlama-calisma-alt-grubu-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu.html>, Erişim Tarihi: 24.03.2016

oluşturulup oluşturulamayacağıdır. Kök hücrelerin bu şekilde elde edilmesi yukarıda değinmiş olduğumuz İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi m. 18 gereği yasaktır²¹⁶.

Üreme amaçlı klonlama teknolojisi hayvancılık alanında tükenmekte olan soyların korunması için veya ekonomik açıdan değerli türlerin elde edilmesi için kullanılmakta ve ilk kez 1997 yılında Dolly isimli koyunun kopyalanmasıyla başarıya ulaşmıştır. Eşeyli üremede amaç tür içinde çeşitliliği sağlamak iken klonlamada amaç tek bir ebeveyn ile genetik olarak özdeş bir canlı yaratmaktır²¹⁷. Bu nedenle yumurta hücresinin çekirdeği çıkarılır ve buraya klonlanmak istenen kişinin vücut hücrelerinden elde edilen çekirdek yerleştirilir ve embriyo taşıyıcı rahme yerleştirilir²¹⁸. Klonlama tedavi amaçlı olarak bireylerin gereksinim duyacağı bazı hücreleri elde etmek amacıyla kullanılabilir²¹⁹. Ancak bu durum dahi embriyo üzerinde çalışmalar gerektirdiğinden yukarıda bahsettiğimiz eleştirilerin hedefi olmaktadır. Üreme amaçlı klonlama ise Dolly'in klonlanmasından sonra tartışmalara neden olmakta ve insan onurunun korunması ve insan varlığına saygı amacıyla birçok ulusal ve uluslararası belgeler ile yasaklanmaktadır. İnsanın klonlanması kişilerin hastalanmaları halinde klonların organlarını kullanmak suretiyle yeni bir organ ticareti sahası oluşturacakları eleştirisiyle de karşılaşmaktadır²²⁰. Üreme amaçlı klonlama Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (1995) ve bu Sözleşmeye İlişkin İnsanlarda Klonlanmanın Yasaklanması Hakkında Ek Protokol (1998) ve bağlayıcı olmamakla birlikte UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (1998) ile yasaklanmıştır. Almanya 1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyonun Korunması Hakkında Kanun'u ile Avusturya 1992 tarihli Üreme Tıbbi Kanunu ile ve İsviçre 1998 tarihli Tıbbi Yöntemlerle Desteklenen Üreme Hakkında Federal Kanunu ile insan klonlanmasını yasaklamıştır²²¹. Tıbbi amaçlarda

²¹⁶ ÇOBAN, s. 209

²¹⁷ UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Klonlama ve Etik, <http://docplayer.biz.tr/1482577-Klonlama-ve-biyoetik-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu-biyoetik-ih-tisas-komitesi-klonlama-calisma-alt-grubu-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu.html>, Erişim Tarihi: 24.03.2016

²¹⁸ UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Klonlama ve Etik, <http://docplayer.biz.tr/1482577-Klonlama-ve-biyoetik-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu-biyoetik-ih-tisas-komitesi-klonlama-calisma-alt-grubu-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu.htm>, Erişim Tarihi: 24.03.2016

²¹⁹ ÇOBAN, s. 211

²²⁰ GÜL, s. 176, ÇOBAN, s. 211

²²¹ EROL, Yasemin, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 73

kullanılmak üzere, insan embriyolarının kullanılmasına İngiltere, Güney Kore ve Çin izin vermektedir²²².

Türkiye’de Kemik İliği Nakil Merkezleri ve Kemik İliği Doku Bilgi İşlem Merkezleri Yönergesi ²²³, kemik iliği ve buradan elde edilen kök hücrelerin kullanılmasına müsaade etmektedir. Kordon Kanı Bankacılığı Yönetmeliği ²²⁴ ise kordon kanından elde edilen kök hücrelerin kullanımına ilişkin esasları ortaya koymaktadır.

1.9. Karşılaştırmalı Hukukta Gen Analizleri

Ülkemizde henüz bir gen kanunu düzenlenmemiş olsa da bu konu yıllardır hukukun en önemli konularından biri olarak büyük tartışmalara neden olmuş ve özellikle insan genom projesiyle birlikte gen analizleri ve kişilerin genetik bilgilerinin korunması adına gerek uluslar arası alanda gerekse de ulusal alanda birçok düzenleme yapılmıştır. Biz de öncelikle uluslar arası alanda yapılmış önemli çalışmalara yer verip daha sonra ulusal bazda düzenleme yapan bazı ülkeler hakkında bilgi vereceğiz.

1.9.1. Uluslar arası alanda yapılan düzenlemeler

1.9.1.1. Nürnberg ilkeleri

İkinci Dünya Savaşı yıllarında Almanya’da tutuklular üzerinde yapılan deneylerin ortaya çıkmasıyla bir taraftan bu çalışmaları yapan ve binlerce kişinin ölmesine neden olan 23 bilim adamı ve gözetmen Nürnberg Savaş Suçluları Mahkemesi’nde yargılanırken diğer taraftan bilim dünyasında insanın değeri ve bu değer nedeniyle kişi üzerinde yapılacak her türlü müdahalenin sınırlarının belirlenmesi amacıyla çalışmalar yapıldı²²⁵. Bu konuda yapılan ilk somut çalışma hukuken bağlayıcı olmasa da 1947 yılında Amerikan Tıp Derneği tarafından yayınlanan Nürnberg İlkeleridir²²⁶. 10 maddeden oluşan bu bildirgenin ilk maddesi her koşulda kişi onayının gerekli

²²² EROL, s. 72

²²³ 26 Şubat 2001 tarihli 1832 Sayılı Bakan oluru ile yürürlüğe girmiştir.

²²⁴ RG. Tarihi: 5 Temmuz 2005, Sayı: 25866

²²⁵ KAŞIKÇI, s. 20; MANDAL, Jharna, ACHARYA, Srinivas, PARJIA, Subbash Chandra, Ethics in Human Research, Trop Parasitol 2011, Jan-Jun 1, s. 1; DHAİ, Ames, The Research Ethics Evolution: From Nuremberg to Helsinki, SAMJ, March 2014, Vol 104, No: 3, s. 178, <http://www.samj.org.za>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

²²⁶ KAŞIKÇI, s. 20; ULUOĞLU, Canan, Araştırma Etiği, Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık, 2009, S.47-52, s. 47; MANDAL, s. 1,

olduğunu bildirir. Bildirge rızanın dışında yapılacak olan deneyin kişiye ve topluma yarar sağlaması ve daha önce hayvanlar üzerinde denenmiş olmasını arar. Bildirge bunun dışında gönüllünün istediği zaman araştırmadan çekilebilmesi gerektiğine ve deneyi yapacak kişilerin alanında uzman kişiler olması gerektiğine değinir²²⁷.

Nürnberg İlkeleri bir sene sonra kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'ni²²⁸ de etkilemiştir. Beyannamenin “*Hiç kimseye işkence yapılamaz, zalimce, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez*” şeklindeki beşince maddesinde ve “*Herkes toplumun kültürel yaşamına serbestçe katılma, güzel sanatlardan yararlanma, bilimsel gelişmeye katılma ve bundan yararlanma hakkına sahiptir*” diyen 27. maddesinde Nürnberg ilkelerinin izlerini görmek mümkündür²²⁹.

1.9.1.2. Helsinki bildirgesi

Nürnberg İlkelerinin kabul görmesiyle söz konusu ilkeler yeni gelişmelere bağlı olarak geliştirildi ve 1964 yılında Dünya Tıp Birliği tarafından Helsinki Bildirgesi yayınlandı²³⁰. Bildirge teknolojinin ve bilimin gösterdiği gelişmeler dikkate alınarak güncellendi ve 2008 yılında 35 madde haline geldi.

Bildirge insan üzerinde yapılacak çalışmaların laboratuvar sonuçlarına ve hayvanlar üzerinde yapılan deneylere dayanması gerektiğine, çalışmaların başlamadan önce bağımsız bir kuruluş tarafından denetlenmesi gerektiğine, kişilerin aydınlatılmış rızalarının alınmasının önemine, araştırmayı yapacakların bilimsel olarak yeterli olmaları ve her halde yararın zarardan çok daha fazla olması gerektiğine değinir. Bildirge, hekimin insan sağlığını, esenliğini ve haklarını korumak ve geliştirmekle yükümlü olduğuna değinir. Bunun yanında araştırmaya katılan gönüllülerin yaşamının, sağlığının, onur ve bütünlüğünün, kendisiyle ilgili karar verme hakkının mahremiyet ve kişisel bilgilerinin gizliliğinin korunmasının hekimin görevi olduğuna değinir ve yapılacak çalışmaların çevreye en az zarar verecek şekilde yürütülmesi gerektiğini belirtir. Hekimler araştırmanın neden olabileceği zararları

²²⁷ ÖZAYDIN, Zuhal, Tıp Etiği Dersi 2012, Tıp Etiği-Tıp Deontolojisi, <http://slideplayer.biz.tr/slide/2794750/>, Erişim Tarihi. 29.05.2016

²²⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarihli ve 217 Sayılı kararıyla kabul edilmiş ve 27 Mayıs 1949 Tarihinde 7217 Sayılı resmi gazetede yayınlanmıştır.

²²⁹ DHAİ, 179

²³⁰ KAŞIKÇI, s. 20; ULUOĞLU, s. 47

değerlendirmeli ve bu risklerle tatmin edici bir şekilde başa çıkılacağından emin olmadıkça gönüllüler üzerinde araştırmaya başlamamalıdır. Yeterli değerlendirme sonunda yürütülen araştırmaya katıldıkları için zarar gören gönüllülere uygun bir tedavi hizmetinin verilmesi ve zararlarının tazmin edilmesi gerektiği de bildirgede belirtilmiştir²³¹.

1.9.1.3. UNESCO deklarasyonları

Hukuksal açıdan bağlayıcı olmamakla birlikte UNESCO (The United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization) genetik çalışmaların etik ve ahlaki boyutu ile ilgilenmiş ve belirli dönemlerde bu konular ile ilgili deklarasyonlar yayınlamıştır²³². UNESCO 1997 yılında İnsan Genomu ve İnsan Hakları Deklarasyonu'nu yayınlamıştır²³³. Söz konusu deklarasyonun ikinci maddesi kişilerin genetik özellikleri dikkate alınmaksızın insan haklarına saygı duyulması gerektiğinden bahsederken sonraki maddeleri genetik testlerin hukuka uygun olması için yapılması gerekenlere ve test yaptıracak kişinin sahip olduğu haklara değinir. Birlik 2003 yılında İnsan Genetik Veri Deklarasyonu'nu yayınlamıştır²³⁴. Söz konusu deklarasyonlarda genetik verilerin özel konumuna, örneklerin toplanması ve saklanmasına ilişkin ilkelere, rızanın verilmesi ve geri alınması durumuna, kişiler arasında ayrımcılık yapılmamasına yer verilmiştir. 2005 yılında ise Uluslar Arası Biyoetik ve İnsan Hakları Deklarasyonlarını yayınlamıştır²³⁵. Bildirge amacını biyoetik alanda yasal düzenlemelerin yapılması için devletlere rehberlik etmek ve araştırmaların bildirgedeki etik ilkelere uygun olmasını sağlamak olarak tanımlamıştır. Bildiri biyoçeşitliliğin korunmasının insanlığın ortak sorunu olduğuna değinir. Bildiri üçüncü maddede bireylerin çıkar ve refahlarının bilimin ve toplumun çıkarlarından daha öncelikli olduğunu belirtmektedir.

²³¹ World Medical Association Declaration of Helsinki, <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/>, Erişim Tarihi: 3.1.2016

²³² SOINI, Sirpa, Genetic Testing Legislation in Western Europe – A Fluctuation Regulatory Target, , J Community Genet 3, 2012, S.143-153, s. 145,

²³³ 11 Kasım 1997

²³⁴ 16 Ekim 2003

²³⁵ 19 Ekim 2005

1.9.1.4. Avrupa konseyi biyotıp sözleşmesi

Avrupa Konseyi 1985 yılından bu yana genetik bilgilerin toplanması, işlenmesi ve kişilerin genetik verileri hakkında bilgilendirilmesine yönelik olarak aktif çalışmalar yürütmekte ve devletlere önerilerde bulunmaktadır²³⁶. Avrupa Konseyinin bağlayıcı olan ve genetik alanda en etkin çalışılması ise Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'dir²³⁷. Sözleşme, teknolojinin gelişmesi ve artan etik tartışmalar sonunda biyoetiğin küreselleşmesi adına hazırlanmıştır²³⁸. Sözleşme bu etik tartışmaları insan hakları hukuk çevresinde ele almış olup, bu alandaki ilk bağlayıcı insan hakları sözleşmesidir²³⁹. Sözleşmeyi Türkiye'nin de aralarında bulunduğu 35 ülke imzalamıştır. Ülkemiz tarafından 1997 yılında imzalanan sözleşme 2004 yılında iç hukukumuzun bir parçası olmuştur²⁴⁰. Sözleşmenin ikinci maddesi insan onur ve refahının bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde olduğunu belirtir. Sözleşmenin 10. maddesi özel yaşamın korunmasından ve kişilerin bilgi alma hakkından bahsederken sözleşmenin 11. maddesi ayrımcılık yapmama ilkesine değinir. 12. maddesi ise genetik testlerin hangi amaçla yapılabileceğine değinmekte ve şu ifadeye yer vermektedir: “*Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya kişinin bir hastalıktan sorumlu bir gen taşıyıp taşımadığını belirlemeye ya da bir hastalığa genetik yatkınlığı veya hassasiyeti olup olmadığını ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırmalar için ve uygun genetik danışmanlık hizmeti verilmesi şartıyla yapılabilir.*”

1.9.2. Ulusal alanda yapılan düzenlemeler

1.9.2.1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika'da genetiği değiştirilmiş organizmaların denetlenmesine ilişkin olarak temelde üç kurul çalışmalarda bulunmaktadır. Bu kuruluşlar Amerika Çevre Ajansı (Environmental Protection Agency -EPA), Gıda ve İlaç İdaresi (Food and Drug Administration -FDA) ve Amerika Tarım Bakanlığı (U.S. Department of Agriculture

²³⁶ SOINI, s. 145

²³⁷ Strasbourg, Kasım 1996

²³⁸ KATOĞLU, Tuğrul, Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, AÜHFD, C.55, S.1, 2006, S. 157-193, s. 158

²³⁹ KAŞIKÇI, s. 20 WINTER, Stephan F., The Cornerstones for a Prohibition of Cloning Human Beings Laid Down in the Convention on Human Rights and Biomedicine aktaran KATOĞLU, s. 159

²⁴⁰ 03.12.2003 yılında TBMM tarafından uygun bulunma kanunu ile kabul edilmiş, 20 Nisan 2004 Tarihinde 25439 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiş ve iç hukukumuzun bir parçası olmuştur

-USDA)'dır. Söz konusu kuruluşlar yapmış oldukları çalışmalar ile genetiği değiştirilmiş organizmaların çevreye ve insana zarar vermesini önlemeye çalışmaktadır. Örneğin EPA genetiği değiştirilerek BT toksinini taşıyan bir bitki geliştirilirse bu toksinin çevreye her hangi bir zarar vermediğinin ve diğer proteinleri etkilemediğinin belgelenmesini aramaktadır²⁴¹.

İnsanlar üzerinde genetik testler için uzun bir süre kanuni düzenleme yapılmazken, mevcut kanunların yeterli düzenlemeyi içerdiği ileri sürülmekteydi²⁴². Ancak artan tartışmalar ile birlikte 1991 yılında birçok eyalet iş ilişkilerinde uygulanacak gen analizlerini düzenleyen yasalar hazırladı ve 2000 yılında ABD başkanı, iş alımlarında gen analizlerini yasaklayan bildiriye imzaladı²⁴³. Ancak bu konuda yapılan en önemli düzenleme 2009'da yürürlüğe giren Genetik Ayrımcılık Yasası'dır(GINA-Genetic Information Nondiscrimination Act of 2008) ²⁴⁴ . Kanun, kişilerin genetik bilgilerinden dolayı ayrımcılığa maruz kalmalarını engellemek amacıyla hazırlanmıştır. Yasa ile özellikle sigorta sözleşmelerinde sigortacının sözleşme yaparken veyahut primleri belirlerken; işverenlerin işe alımlarda ücret belirlemede ya da işe son vermede kişilerden genetik test yaptırmalarını önlemek veyahut yapılan testlerin sonuçlarından dolayı ayrı muamele görmelerini engellemek amaçlanmıştır²⁴⁵.

1.9.2.2. İngiltere

İngiltere'de 1990 yılında alternatif üreme yöntemlerine ilişkin olarak Human Fertilization and Embryology Act (İnsanın Dölllenmesi ve Embriyoloji Kanunu) kabul edilmiştir. Söz konusu kanunda genetik testlerin herkese açık olduğu belirtilmiş ve tıbbi nedenler dışında cinsiyet seçimini yasaklamıştır²⁴⁶. 1999 yılında İngiltere'de genetik uzmanı, hukukçu, etik uzmanı ve tüketicilerden oluşan 21 kişilik

²⁴¹ US Regulation of Genetically Modified Crops, <http://fas.org/biosecurity/education/dualuse-agriculture/2.-agricultural-biotechnology/us-regulation-of-genetically-engineered-crops.html>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

²⁴² BÜYÜKAY, Yusuf, Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, AÜEHFD, C.IX., S. 3-4, 2005, S. 355-382, s. 370

²⁴³ ÖZTÜRK, Fatih, Genetic Regulations in the USA, MÜHFD, C.1, S.1, 2002, s: 193-199, s. 194

²⁴⁴ <http://www.genome.gov/10002328>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

²⁴⁵ National Institutes of Health, Fact Sheet- The Genetic Information Nondiscrimination Act, October 2010, [http://report.nih.gov/nihfactsheets/Pdfs/TheGeneticInformationNondiscriminationAct\(NHGRI\).pdf](http://report.nih.gov/nihfactsheets/Pdfs/TheGeneticInformationNondiscriminationAct(NHGRI).pdf), Erişim Tarihi: 02.04.2016

²⁴⁶ BİLGEN, Hülya, Karşılaştırmalı Hukukta Genetik Teşhislere İlişkin Hukuki Düzenlemeler, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı, s: 69-102s. 93

İnsan Genetiği Komisyonu (Human Genetic Commission) kuruldu ²⁴⁷ . Kurul bünyesinde genetik hastalığı olan insanlara yönelik danışma paneli de mevcuttur. 2004 yılında genetik testler ile ilgili hükümler içeren Doku Nakil Kanunu kabul edildi. 2009 yılında ise Lordlar Kamarasında genetiğin tıp alanında kullanımına ilişkin 127 sayfalık bir rapor yayınlandı. Raporda genetik testler ve bunların kullanıldığı endüstri ve araştırma merkezlerinin geliştirilmesine değinilmiştir²⁴⁸.

1.9.2.3. İsviçre

İsviçre genetik testleri, insanlar üzerinde yapılan ve insan dışındaki varlıklar üzerinde yapılan genetik testler olarak ikiye ayırmış ve her biri için ayrı bir kanuni düzenleme yapmıştır. İnsan Dışındaki Alanlarda Gen Teknik Hakkında İsviçre Kanunu, Mart 2003’de kabul edilmiş ve 01.01.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun ilk maddesinde düzenleme amacı insanları, hayvanları ve çevreyi gen teknolojisinin kötü kullanımından korumak olarak belirtilmiştir. Kanunun üçüncü maddesi ise “*Bu kanun, genetiği değiştirilmiş hayvanlar, bitkiler ve ayrıca yapısı değiştirilmiş ürünler gibi diğer organizmalar ve atıklar için geçerlidir*” ifadesiyle kanunun uygulama alanını belirtmektedir²⁴⁹.

Ekim 2004’de kabul edilip 1 Nisan 2008 tarihinde yürürlüğe giren İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun, yürürlüğe girmeden önce 2005 yılında referanduma sunulmuştur²⁵⁰. Söz konusu kanun, genetik testlerin güvenilirliğini, sonuçların yorumlanmasını ve genetik ayrımcılığı düzenlemektedir. Kanun tıp alanında, sigorta ve iş alanında genetik testleri ve bu testler nedeniyle kişilerin sorumluluklarını ele almaktadır²⁵¹. Kanunun kapsamını ele alan ilk maddesine göre suçluların tespiti amacıyla yapılacak genetik testler ile kimlik tespitine yönelik genetik testler kanunun kapsamında değildir. Söz konusu testler 2003 yılında yürürlüğe giren DNA Profil Kanunu’nda düzenlenmektedir. Kanun, dördüncü maddesinde kişilerin genetik bilgilerinden dolayı ayrımcılığa tutulamayacaklarını,

²⁴⁷ http://www.isogg.org/wiki/Regulation_of_genetic_tests, Erişim Tarihi: 04.01.2016

²⁴⁸ BİLGİN, s. 92

²⁴⁹ Bundesgesetz Über Die Gentechnik Im Asserhumanbereich Çeviren BÜYÜKAY, Yusuf, İnsan Dışındaki Alanlarda Gen Teknik Hakkında İsviçre Kanunu, e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Kasım 2012, S.129, s. 1

²⁵⁰ MORRIS, Michael, Report on the Workshop Legal Regulation for Genetic Testing, ESHG-Conference, Gothenburg, June 14th 2014, s. 3, <httpS://www.eshg.org/>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

²⁵¹ MORRIS, s. 3

beşinci maddesinde işlem öncesinde kişilerin bilgilendirilip rızalarının alınması gerektiği ve kişilerin her zaman rızalarını geri alabileceklerini belirtilmektedir. Kanun mesleki hastalıkların ve kazaların giderilmesine ilişkin muayeneler istisna olmak üzere işverenlerin çalışanlardan genetik testler isteyemeyeceğini ve sigorta sözleşmelerinin kurulması için kişilerden presympatik veya prenatal test yaptırmalarının istenemeyeceğine değinmektedir. Kanun, 36. maddede ise izin alınmaksızın kişilerin genetik teste tabi tutulmaları halinde sorumluların hapis ya da para cezasıyla cezalandırılacaklarını belirtmektedir.

1.9.2.4. Avusturya

İnsanlar üzerinde moleküler genetik testi düzenleyen Avusturya Gen Teknolojisi Kanunu 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Geniş bir alanı düzenleyen kanun insan üzerindeki genetik testlerin yanı sıra genetiği değiştirilmiş organizmalar hakkında da düzenlemeler içermektedir²⁵². 2005 yılında ise genetik testler ve insanlarda gen tedavisi eki konulmuştur²⁵³. Söz konusu kanun genetik testi dört başlığa ayırmaktadır. Bunlardan ikisi DNA değişikliği veyahut mutasyondan kaynaklı var olan bir hastalığın teşhisine yönelik iken diğer ikisi ileride ortaya çıkma ihtimali olan hastalığın veya belirli bir hastalığa yatkınlığın tespitine yönelik testlerdir²⁵⁴. Kanuna göre söz konusu testler sadece bu konuda uzman olan kişiler tarafından gerçekleştirilebilir ve testlerin yapılmasından önce kişilerin ayrıntılı olarak aydınlatılması ve bu aydınlatmanın sonucunda yazılı rızalarının alınması gerekir. Yine söz konusu kanunu düzenlemeye göre testler gerekli koşulları sağlayan laboratuvar ortamlarında yapılabilir. Laboratuvarların bu koşulları sağlayıp sağlamadığı düzenli olarak denetlenir. Genetik testler sonucunda elde edilen veriler işverenler ve sigorta şirketleri tarafından kullanılamayacağı gibi bilgilerin hiçbir şekilde paylaşılması da istenemez²⁵⁵.

1.9.2.5. Almanya

13 Aralık 1990 yılında Embriyonun Korunmasına İlişkin Kanun 13 madde olarak kabul edildi. Söz konusu kanun ile alternatif üreme yöntemlerinin kötüye kullanımı

²⁵² SIONI, s. 146

²⁵³ VYBRIAL, Dietmar, Report on the Workshop Legal Regulation for Genetic Testing, ESHG-Conference, Gothenburg, June 14th 2014, s. 2, <http://www.eshg.org/>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

²⁵⁴ VYBRIAL, s. 2

²⁵⁵ VYBRIAL, s. 2

engellenmeye çalışıldı²⁵⁶. 1993 yılında ise sekiz bölüm ve 42 maddeden oluşan Alman Gen Teknik Kanunu kabul edildi. Bu kanun, gen teknik çalışmaları, güvenlik önlemleri, ürünlerin çevreye salınması hakkında hükümler içermektedir²⁵⁷. Ocak 2010'da ise Gen Teşhis Kanunu (Gendiagnostikgesetz) kabul edildi²⁵⁸. Söz konusu kanun genetik testleri kişi üzerinde genetik testler, fetüs üzerinde genetik testler ve embriyo üzerinde genetik testler olarak sınıflandırmakta ve genetik testlerin kimlik/soy tespiti, tıp alanında, iş ilişkilerinde ve sigorta işlemlerinde kullanılabileceğini belirtmektedir. Araştırma amaçlı genetik testler söz konusu kanunda düzenlenmemiştir²⁵⁹. Gen Teşhis Kanunu genetik teşhis öncesinde bireyin aydınlatılmasını tedavinin bir parçası olarak dokuzuncu maddede düzenlemiştir. Kanunun dördüncü maddesi genetik özelliklerinden dolayı kimsenin dezavantajlı duruma getirilmeyeceğine değinerek genetik ayrımcılık yapılmasını önleyici bir hüküm getirmektedir. Kanun, 18. maddede sigorta şirketlerinin hiçbir zaman sigortalı veya sigorta yaptırmak isteyen kişiden genetik muayene yaptırmasını istemeyeceğine, 19. maddede ise işverenin sadece belirli bir iş alanında görevin icrasında oluşabilecek ağır hastalıklarla karşılaşabileceklerden tedbir amacıyla genetik muayene isteyebileceğini bunun dışında işe alım ve son vermelerde işçilerin genetik testlere tabi tutulamayacağına değinmektedir²⁶⁰. Düzenleme kanuna aykırı olarak yapılan genetik testler için ceza da öngörmektedir. Örneğin kanuna aykırı olarak yapılan babalık testlerinde 5000 Euro'ya kadar para cezası verilmektedir²⁶¹.

1.10. Türk Hukukunda Gen Analizlerine İlişkin Bazı Düzenlemeler

Sağlık alanında uygulanan gen analizleri temelini Anayasa'nın 17. maddesinden almaktadır. İlgili maddeye göre *“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunlulukla ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence veya eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya ve muameleye tabi tutulamaz”*. Türk hukukunda ayrı bir

²⁵⁶ BÜYÜKAY, Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, s. 367

²⁵⁷ BÜYÜKAY, Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, s. 368

²⁵⁸ 01.02.2010 Tarihinde yürürlüğe girmiştir.

²⁵⁹ TÖNNIES, Holger, , Report on the Workshop Legal Regulation for Genetic Testing, ESHG-Conference, Gothenburg, June 14th 2014, s. 2, , <httpS://www.eshg.org/>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

²⁶⁰ ROSENAU, Henning, Alman Genetik Teşhisler Kanunu, Çeviren YERDELEN, Erdal, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Tıp Hukuku Dergisi Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı, C.2. S .4, 2013, S.241-254, s. 246 vd.

²⁶¹ http://www.isogg.org/wiki/Regulation_of_genetic_tests, Erişim Tarihi: 02.04.2016

gen kanunu olmamakla birlikte birçok kanun ve yönetmelikte genetik testlerin yapılması ve hukuka uygunluğuna değinilmektedir. Şimdi bu düzenlemelerden bir kısmına değineceğiz.

1.10.1. Yeni Bitki Çeşitlerine Ait İslahçı Haklarının Korunmasına İlişkin Kanun²⁶²

Kanun amacını ilk maddede bitki çeşitlerinin geliştirilmesini özendirmek ve yeni çeşitlerin korunmasını sağlamak olarak ifade etmektedir. Kanunun 47. maddesi hak sahibinin korunan çeşidin veya yerine göre kalıtsal kısımlarının genetik yapılarının devamından sorumlu olduğunu belirtmektedir. Söz konusu düzenleme Türkiye’de insan dışında gen tekniği alanında yapılan ilk düzenleme olması açısından önemlidir²⁶³.

1.10.2. Tohumculuk Kanunu²⁶⁴

İnsan dışında gen uygulamalarına yönelik olarak hazırlanan bu kanun ilk maddede amacını “*bitkisel üretimde verim ve kaliteyi yükseltmek, tohumluklara kalite güvencesi sağlamak, tohumluk üretim ve ticareti ile ilgili düzenlemeleri yapmak ve tohumculuk sektörünün yeniden yapılandırılması ve geliştirilmesi için gerekli olan düzenlemeleri gerçekleştirmek*” olarak ifade etmektedir. Bu amacın sağlanması için bitki türlerinin genetik kaynaklarının kayıt altına alınmasını öngörmektedir.

1.10.3. Biyogüvenlik Kanunu²⁶⁵

2010 yılında kabul edilen Biyogüvenlik Kanunu, teknolojik gelişmeler karşısında canlıların sağlığını ve biyolojik çeşitliliğin korunması için hazırlanmıştır. Kanun insan dışındaki canlılardaki genetik çalışmalara ilişkin olup, “Bu kanunun amacı, bilimsel ve teknolojik gelişmeler çevresinde, modern biyoteknoloji kullanılarak elde edilen genetik yapısı değiştirilmiş organizmalar ve ürünlerinden kaynaklanabilecek riskleri engellemek, insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanması amacıyla biyogüvenlik

²⁶² Kanun No: 5042, RG. Tarihi. 15.01.2004, Sayı: 25347

²⁶³ BÜYÜKAY, Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, s. 379

²⁶⁴ Kanun No: 5553, RG. Tarih: 31.10.2006, Sayı: 26340

²⁶⁵ Kanun No: 5977, RG. Tarih: 29 Mart 2010, Sayı: 27533

sisteminin kurulması ve uygulanması, bu faaliyetlerin denetlenmesi, düzenlenmesi ve izlenmesi ile ilgili usul ve esasları belirlemektir.”

Kanunun 3.maddesine göre GDO ve ürünlerinin ithalatı, ihracatı ve deneysel amaçlı kullanımı için yapılan başvurulara bilimsel amaçlı olarak yapılacak risk değerlendirmesine göre karar verilir ve belirlenene kararın geçerlilik süresi 10 yıldır. Söz konusu değerlendirmenin ve kanundaki diğer görevlerin yapılması amacıyla Biyogüvenlik Kurulu oluşturulacağı da 9.maddede belirtilmiştir. 14.maddede ise izin alınmış olsa dahi yürütülen çalışmaların insan, hayvan ve bitki sağlığı ile çevrenin ve biyolojik çeşitliliğin korunması, sürdürülebilirliğinin sağlanmasına karşı oluşan zararlardan ilgili kişilerin sorumlu olacağını belirtmektedir.

1.10.4. Genetik Hastalıklar Tanı Merkezi Yönetmeliği²⁶⁶

1998 yılında hazırlanan yönetmelikte 2015 tarihinde kısmi değişiklikler yapıldı. Yönetmeliğin ilk maddesi, amacı *“birey dünyaya gelmeden önce genetik hastalıkların tanısına ve dolayısı ile tedavisine imkân sağlamak üzere, genetik hastalıkların prenatal ve/veya postnatal tanısı için açılacak genetik tanı merkezlerinin anne ve çocuk sağlığı açısından sağlıklı bir şekilde faaliyet göstermesi, denetlenmesi ile bunları işleten kamu kurum ve kuruluşlarının, özel hukuk tüzel kişilerin ve gerçek kişilerin uymakla zorunlu olduğu usul ve esasları düzenlemektir”* şeklinde ifade edilmektedir. Hali hazırda bir gen kanunu olmayan ülkemizde yapılacak genetik tanı ve tedaviye yönelik işlemlerde uyulması gereken ilkeler bu yönetmelik ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin yasaklar başlıklı 17. maddesi cinsiyete bağlı hastalıklar dışında cinsiyet belirlemeye yönelik işlemler yapılamayacağını belirtmektedir. Buna uymayan merkezin ruhsatının bir daha geri verilmemek üzere alınacağı da bir sonraki maddede belirtilmektedir. 19. madde ise bireylerin aydınlatılmış rızalarının alınması gerektiğine değinilmektedir. Aynı madde kişilerin rızası alınmadan bilgilerin üçüncü kişiler ile paylaşılamayacağına değinerek gizlilik ilkesine yer vermektedir. Yönetmelik, ayrımcılıkla mücadelede, bilgilerin korunması ve üçüncü kişiler ile paylaşılmasının sınırlarına ve genetik danışmanlık hizmetlerine yer vermediğinden gerekli korumayı sağlamaktan uzaktır.

²⁶⁶ RG. Tarihi: 10 Haziran 1998, Sayı: 23368

1.10.5. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik²⁶⁷

Normal yollarla çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin alternatif yöntemlerle çocuk sahibi olmalarına imkân veren yönetmelik ilk maddesinde amacını şu şekilde belirtmiştir: *“Bu Yönetmeliğin amacı; çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.”*

Yönetmeliğin tanımları içeren dördüncü maddesi üremeye yardımcı tedaviyi *“anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar”* olarak tanımlamaktadır.

Yönetmelik gerek amaç kısmında gerekse de kayıt sistemi başlıklı 19. maddede başvuranların evli olduklarını belgeler ile göstermelerini arayarak evli olmayan kadınların bu yönetmelik ile çocuk sahibi olmalarına imkân tanımamaktadır. Evli çiftlerin başkasının spermi ile çocuk sahibi olmaları çocuğun soy ve nesebin korunması adına savunulabilirse de evli olmayan kişilerin birlikte çocuk sahibi olmak istemelerinin engellenmesi çok daha tartışmalı bir husustur. Türk Medeni Kanunu’nun evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki tüm farkları ortadan kaldırdığı ve kanunu daha özgür bir toplum anlayışına uygun hale getirdiği günümüzde bireylerin evlenmeden alternatif üreme yöntemine başvuramamaları evlenmeden normal yollar ile çocuk yetiştirebilen çiftlerin, normal yollar ile çocuk sahibi olamamaları halinde bu sisteme kayıt olabilmek için evlilik yoluna başvurmaları ya da yurt dışındaki merkezlerde hamile kalmaya çalışmaları hem aile kurumunun fonksiyonuna hem de bireyler arasında statüden kaynaklı ayırım yapmaya neden olacağından kanaatimizce uygun değildir. Tüm bireylerin ayırım gözetmeksizin gen teknolojisinin sağlamış olduğu imkânlardan faydalanabilmesi ve buna engel olan hususların kaldırılması gerekmektedir.

²⁶⁷ RG. Tarihi: 30 Eylül 2014, Sayı: 29135

Yönetmeliğin yasaklar başlıklı 27. maddesi ise hasta bilgilerinde gizlilik ilkesinin ihlal edilemeyeceğine değinmektedir.

1.10.6. Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği²⁶⁸

Gen analizlerinde kişisel bilgilerin korunması için en önemli hususlardan biri de verilen biyolojik örneklerin korunması ve kişilerin rızası dışında başka testler için kullanılmasının önlenmesidir. Bu konuya ilişkin gerek Genetik Tanı Merkezi Yönetmeliği gerekse de Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Tıbbi Atıkların Kontrolü Yönetmeliği'ne atıf yapmaktadır. Söz konusu yönetmelik tıbbi atıkların hangi şekilde toplanıp taşınacağını ve yok edileceğini düzenlemektedir.

1.10.7. Toplum Sağlığı Merkezi ve Bağlı Birimler Yönetmeliği²⁶⁹

Yönetmeliğin amacı birinci maddede şu şekilde belirtilmiştir: *“Türkiye Halk Sağlığı Kurumu taşra teşkilatı yapılanmasında yer alan toplum sağlığı merkezleri ve bağlı birimlerinin açılması, kapatılması, organizasyonu ve görevleri ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir. Bu amaçla gezici sağlık hizmetlerinin verilmesinin yanında kanser erken teşhis tarama ve eğitim faaliyetlerinin yürütülmesini de düzenlemektedir”*.

1.10.8. Tıbbi Laboratuvarlar Yönetmeliği²⁷⁰

Yönetmeliğin amacı tıbbi laboratuvarların planlanması, ruhsatlandırılması, açılması, faaliyetlerinin düzenlenmesi, sınıflandırılması, izlenmesi, denetlenmesi ve faaliyetlerine son verilmesine ilişkin usul ve esasları düzenlemek, kaliteli ve verimli hizmet sunmalarını sağlamaktır. Bu yönetmelik ile gerek genetik testlerin gerekse de diğer sağlık hizmetleri kapsamında yapılan testlerin hangi laboratuvar koşullarında yapılacağı ve testi yapan kişiler ile diğer personellerin uyması gereken kurallar ortaya konulmuştur.

²⁶⁸ RG. Tarihi: 22 Temmuz 2005, Sayı: 25883

²⁶⁹ RG. Tarihi: 5 Şubat 2015, Sayı: 29258

²⁷⁰ RG. Tarihi: 9 Ekim 2013, Sayı: 28790

BÖLÜM II

GEN ANALİZLERİ İLE KİŞİLİK HAKKININ İHLAL EDİLMESİ

Genetik bilgiler, kişilerin hayatına ilişkin önemli bilgileri içerdiğinden adeta günlük görevi görmekte ve kişisel değer olarak saldırıya maruz kalabilmektedir. Üçüncü kişilerin bu bilgileri ticari veya gayri ahlaki amaçlar için elde etmeye ve kullanmaya çalışmaları bir kişilik hakkı ihlali olduğu gibi, üçüncü kişilerin bu bilgileri öğrenmeye yönelik bir çalışması olmasa dahi tesadüf sonucu öğrenmeleri veya bizzat kişinin bu bilgileri paylaşması da bazı durumlarda kişilik hakkı ihlali kabul edilmektedir. Genetik bilgilerinden dolayı kişilerin uğrayabileceği kişilik hakkı ihlallerini, genetik bilginin elde ediliş şekline göre bir ayırım yaparak incelemeyen önce kişilik hakkı kavramına, başlıca kişilik hakkı değerlerine ve genetik bilgilerin kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi konularına yer vereceğiz.

2.1. Kişilik Hakkı

2.1.1. Kişilik hakkı kavramı

Kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade eden terimdir²⁷¹ ve hukuk düzeni tarafından kişiler, gerçek ve tüzel kişiler olarak ikiye ayrılır²⁷². Tüzel kişi (hükmi şahıslar) dernek, vakıf ve şirketler gibi belirli bir amacı gerçekleştirmek için bir araya gelen insan toplulukları veya belirli bir amaca özgülenmiş mal topluluklarıdır²⁷³.

Gerçek kişi (hakiki şahıs) ise insanı ifade eder. Bu iki grup dışında kalan varlıklar hukuk düzenince kişi olarak değerlendirilmez. Bundan ötürü cansız varlıklar, hayvanlar ve ceset, kişi olarak değerlendirilemez. Gerçek kişiler bakımından kişilik,

²⁷¹ AKİPEK, Jale G., AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku- Başlangıç hükümleri, Kişiler Hukuku, Beta yayınları, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul 2015, s. 229; HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayınları, 6.Bası, İstanbul 2016, s. 19; ZEYTİN, Zafer, ERGÜN, Ömer, Türk Medeni Hukuku, Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, Ankara 2013, s. 71; YÜZER, Dilara, 1982 Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 93

²⁷² HELVACI, s. 19; ZEYTİN/ERGÜN, s. 71; YÜZER, s. 94

²⁷³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 231; HELVACI, s. 21; YÜZER, s. 94

sağ ve tam doğum ile başlar ve ölüm veya gaiplik ile sona erer²⁷⁴. Tüzel kişiler bakımından kişiliğin başlaması ve sona ermesine ilişkin kanunlarda farklı düzenlemeler mevcuttur. Kişilik kavramı ise, kişinin hak ve fiil ehliyetlerinin, maddi ve manevi varlıklarının ve kişisel durumlarının bütünüdür²⁷⁵. İster gerçek ister tüzel kişi olsun tüm kişiler kanunlar çerçevesinde kişilik hakkına yönelik haksız eylemlere karşı korunmaktadır. İsim hakkı izinsiz ihlal edilen birey hâkimden koruma talep edebileceği gibi unvan veya markası haksız olarak kullanılan bir ticaret şirketi de bu ihlale son verilmesini mahkemeden talep edebilir.

Kişilik hakkını ve bunların ihlali halinde başvurulacak yasal yolları düzenleyen TMK m. 23, 24 ve TBK m. 49 hükümleri ile kişilik hakkını dolaylı olarak da olsa ele alan Ceza Kanunlarının²⁷⁶ dayanağı, 1982 Anayasasının insan hak ve özgürlüklerini ele alan maddeleridir²⁷⁷. Anayasanın 12. maddesi “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” diyerek kişilik hakkının niteliklerine değinmiştir.

Kişilik hakkı söz konusu düzenlemeler ile yasal zemine oturtulsa da kanunlarda kişilik hakkının tanımı yapılmamıştır. Ancak kişilik hakkı doktrinde bireylerin kişi oldukları için sahip oldukları kendilerinden ayrılmaz yaşam, sağlık, özgürlükler, şeref ve haysiyet, isim ve resim gibi kişisel varlıkları üzerindeki hakları şeklinde tanımlanmıştır²⁷⁸. Yani kişilik hakkı, gerçek kişilerin doğumlarından ölümüne kadar, tüzel kişilerin ise hak ehliyetlerini kazandıkları andan sona ermelerine kadar

²⁷⁴ HELVACI, s. 25

²⁷⁵ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 233; HELVACI, s. 99; OĞUZMAN, Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 15.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 153; ZEYTİN/ERGÜN, s. 79; ERMAN, Hasan, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Bülent Davran’a Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s:143-154, s. 145

²⁷⁶ Ceza Kanunlarının da kişilik haklarını koruduğuna ilişkin İMRE, Zahit, Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim hakkı ve İsim Hakkının Korunması, A. Recai Seçkin Armağanı, 1974, s. 800; TANDOĞAN, Haluk, Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AÜHFD., 1963, C.XX, S. 1-4, s. 1-36, s. 4

²⁷⁷ İMRE, s. 800; TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 4; SEROZAN, s. 95, Kamu hukuku kanunları temelde birey ile devlet arasındaki ilişkiyi düzenlese de ceza kanununda yer alan konut dokunulmazlığı, haberleşmenin ihlali gibi düzenlemeler bireylerin özel hayatlarına saygı duyulmasını istemelere dayanan kişisel değerlerin korumasına yardımcı olmaktadır.

²⁷⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet M, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s. 3; SEROZAN, Rona, Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, MHAD, 1977, S. 14, s. 93-112, s. 93; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 341; AYİTER, Nuşin, Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli, AÜHFD, 1968, Cilt 25, S. 1-2, S. 137-144, s.138; TAŞKIN, Alim, Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması, AÜHFD, 1991-1992, Cilt 42, s.201-243, s.212; ÖZTAN, Bilge, Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 111

kişiliklerine ayrılmaz bir biçimde bağlı olan ve hukuken korunan değerlerin bütünüdür²⁷⁹. Yargıtay ise bir kararında kişilik hakkını hak sahibinin hayatı, sağlığı vücut tamlığı ve ruh bütünlüğünün manevi ve fikri varlığının üzerindeki hak olarak tanımlamıştır²⁸⁰. Bu tanımlardan kişilik hakkının, kişilik varlıklar üzerindeki haklar olduğunu söyleyebiliriz.

Kanunun ele alış biçiminden kişilik hakkı için bir sınırlama çizilmediği kişilik hakkının genel olarak ele alındığı söylenebilir²⁸¹. Bu durum kişilik hakkının somut ve statik bir hak olmamasından kaynaklanmaktadır²⁸². Gerçekten teknik gelişmelerle birlikte kişisel değerler olarak ifade edilen kişilik hakkı değerlerine yenileri eklenebilmektedir²⁸³. Örneğin bugün aile hukukunda düzenlenen velayet sahibi olmayan anne veya babanın çocuğu ile kişisel ilişki kurmasını isteme hakkı bir kişilik hakkı olarak değerlendirilmektedir²⁸⁴. Yine genetik alanda yapılan çalışmalar nedeniyle bireylerin genetik verilerinin bir kişisel varlık olarak ele alınıp alınamayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Bu da kanun koyucunun kişisel varlıkların neler olabileceğine dair karar vermesinin mümkün olmadığını göstermektedir. Bu nedenle Alman Medeni Kanunu'nun²⁸⁵ ve Fransa Medeni Kanunu'nun²⁸⁶ aksine Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu gibi kişisel varlıkları sayma yoluna gitmemiştir²⁸⁷. Bugün Almanya ve Fransa'da kişiler kişilik hakkına karşı yapılan

²⁷⁹ HELVACI, Serap, Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2001, s. 45

²⁸⁰ 4.HD. 29.11.1977, E. 1976/12714, K. 1977/11212, YKD, C.5 S.,3, Ankara 1979, s. 341-343

²⁸¹ KILIÇOĞLU, s. 4, HELVACI, s. 101; ANTALYA, O. GÖKHAN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2013, s. 499, ZEYTİN/ERGÜN, s. 80; TÜFEK, Ömer Faruk, Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlâli ve Bu İhlâle Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 12; YÜZER, s. 98; KARASU, Sinem, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 5

²⁸² ARAS, Ümit Yaşar, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslar arası Alanda Uygulanmaları, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, s. 20 naklen İLKNUR, Serdar, Radyo ve TV Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 21

²⁸³ DOĞAN, Murat, Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası, AÜHFD, C.V, S. 1-4, 2001, S. 369-420, s. 370, KILIÇOĞLU, s. 4, TANDOĞAN, s. 10; TÜFEK, s. 13; ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 132; YÜZER, s. 98

²⁸⁴ DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku-Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016, s. 334

²⁸⁵ Alman Medeni Kanunu (BGB) genel bir kişilik hakkını tanımasa da Fedearal Mahkeme 1954 yılında vermiş olduğu bir kararda genel bir şahsiyet hakkının varlığını ve korunması gerektiğini kabul etmiştir. DOĞAN, Tecavüzün Önlenmesi, s. 369

²⁸⁶ 1970 Yılında Fransa Medeni Kanunu'na "herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini istemek hakkı vardır" hükmü eklenmiştir. İMRE, s. 798

²⁸⁷ KILIÇOĞLU, s. 4; SİMONUS, A., Şahsiyet Hakları, (Çev: Fikret Arık), Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.10, S. 1, Ankara 1955, s. 189; ARAS, s. 20; İMRE, s. 798; SEROZAN, s. 93; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 342

ihlallerde haksız fiil hükümlerine başvurabilirken, Türkiye’de kişisel varlıklar, kişilik hakkı olarak korunmasından faydalanmaktadır. Her somut olayda bir varlığın kişilik hakkı korumadan faydalanıp faydalanamayacağı içtihatlarla belirlenmelidir²⁸⁸. Bir kimse TMK m. 23, 24 veya TBK 49’a dayanarak kişisel varlıklardan birinin ihlal edildiği için dava açarsa, hâkim, söz konusu hakkın hukuken korunmaya değer olup olmadığına karar vermeli ve bunu yaparken özel hukuk kurallarının yanı sıra Anayasa’yı ve ceza kanunlarını da dikkate almalıdır²⁸⁹. Bu açıdan hâkime geniş bir yetki verilmiştir. Hâkim öncelikle yazılı ve yazılı olmayan hukuka bakmalı, burada bir dayanak bulamadığı takdirde hukuk yaratma yoluna gitmelidir²⁹⁰. Böylece hakkın bir kişisel varlık olduğuna kanaat getirdikten sonra hakkın ihlal edilip edilmediğine karar vermelidir. İsviçre Federal Mahkemesi, ihlalin haksız fiilin şartlarını barındırması gerektiğine ilişkin karar vermiştir²⁹¹.

Genel kişilik hakkının yanı sıra, münferit kişilik hakkı da düzenlenmiş ve bunların bir kısmı kanunlarda korunmaya değer bir hak olarak yer almıştır. Örneğin isim, kişilerin korunmaya değer bir hakkı olarak TMK md. 26’da yer almıştır. Bunun dışında Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda ve Ticaret Kanunu’nda da kişilik hakkını koruyan hükümler mevcuttur. Genel düzenlemenin yanında münferit olarak bazı hakların kanunda yer almasının nedeni sıkça karşılaşılan ihlallere karşı bireylerin tam ve etkin korunmasını sağlamaktır²⁹². Bu nedenle özel olarak düzenlenen bu kişisel varlıklara yönelik bir saldırı olması halinde öncelikle özel nitelikteki bu hükümlerin uygulanması gerekir²⁹³.

2.1.2. Kişilik hakkının hukuki nitelikleri

Doktrin tarafından yapılan tanımlarından ve anayasanın “*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” diyen 12. maddesinden yola çıkarak kişilik hakkının dört temel hukuki özelliği olduğu söylenebilir. Bunlar kişilik hakkının mutlak hak olması, şahıs varlığı olması, kişiye sıkı sıkıya bağlı olması ve üzerinde tasarrufta bulunulamamasıdır.

²⁸⁸ HELVACI, s. 101, DURAL, Mustafa, ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, 16. Baskı, İstanbul 2015, s. 101, KILIÇOĞLU, s. 5; ANTALYA, s. 499

²⁸⁹ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 15; İMRE, s. 805; YÜZER, s. 99

²⁹⁰ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 17

²⁹¹ İMRE, s. 805

²⁹² TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 11; TÜFEK, s. 12

²⁹³ ÖZTAN, s. 114

Kişilik hakkı mutlak haklardan ve bundan dolayı herkese karşı ileri sürülebilir²⁹⁴. Kişilik hakkı kapsamının tam olarak belirli olmaması onu mutlak hak olarak nitelendirilmesine engel değildir. Kişilik hakkı mutlak hak olduğundan borca karşılık olarak rehin edilemez, iflas masasına yazdırılamaz, zamanaşımı ile kazanılmayacağı gibi hak düşürücü süre de işlemez²⁹⁵. Kişilik hakkının kazanımı veya kaybı konusunda zamanaşımı süreleri işlemese de kişilik hakkının ihlalleri nedeniyle açılacak davalarda zamanaşımı işler²⁹⁶.

Hak sınıflandırılmasında kişilik hakkı, malvarlığı hakkı olarak değil manevi hak olarak değerlendirilir²⁹⁷. Ancak bundan kişilik hakkına saldırılması halinde maddi zarar oluşmayacağı sadece manevi zarar oluşacağı şeklinde anlaşılmamalıdır²⁹⁸. Kişiliğin dışa karşı korunmasını ele alan TMK m. 24, kişilik hakkına saldırı halinde maddi tazminat istenebileceğini ifade eder. Hakkında çıkan yalan ve küçük düşürücü haberler yüzünden albüm satışları azalan sanatçı bunun maddi zarar olarak tazmin edilmesini isteyebilir.

Kişilik hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan ve kişi tam ve sağ doğum ile bu haklara sahip olur. Kişilik hakkı insana insan olması nedeniyle tanınan hak olduğundan hakkın kazanımı için özel kazanma sebebine ihtiyaç yoktur²⁹⁹ ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan birçok alanda henüz ergin olmamış birey kişisel hakkını kullanabilmekte ve ihlallere karşı koruma talep edebilmektedir.³⁰⁰ Kişiye bağlı olduğundan ölüm ile birlikte hak da sona erer ve artık kişilik hakkına saldırıdan söz edilemez ancak şartları varsa ölenin yakınlarının kişilik hakkı değerlerine saldırı oluşabilir.³⁰¹ Kişiye sıkı sıkıya bağlılık mutlak olmayıp nispi

²⁹⁴ İMRE, s. 802; SEROZAN, s. 93; DOĞAN, Tecavüzün Önlenmesi, 371; SIMONIUS, s. 188; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 347; HELVACI, s. 103; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 155; HATEMİ, Hüseyin, KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 20014, s.57; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 46; ÖZTAN, s. 117; ZEYTİN/ERGÜN, s. 80; TÜFEK, s. 15; KARASU, s. 6

²⁹⁵ KILIÇOĞLU, s. 8; DOĞAN, Tecavüzün Önlenmesi, s. 370; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 157; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 48; ÖZTAN, s. 117; ZEYTİN/ERGÜN, s. 81

²⁹⁶ KILIÇOĞLU, s. 7; SEROZAN, s. 94; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 157; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 48

²⁹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 155; HELVACI, Koruyucu Davalar, s.46; ÖZTAN, s. 116; TÜFEK, s. 17

²⁹⁸ KILIÇOĞLU, s. 8; İMRE s. 802; HELVACI, s. 103

²⁹⁹ ÖZTAN, s. 116

³⁰⁰ HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 47

³⁰¹ KILIÇOĞLU s.7; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 347; HELVACI, s. 104; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 157; TAŞKIN, s. 213; ÖZTAN, s. 116

niteliktedir ve bu sayede ayırt etme gücü olmayan bir kişi için dava ve talep hakları kanuni temsilcisi tarafından kullanılabilir³⁰².

Kişilik hakkı başkalarına devredilemez ve vazgeçilemez haklardandır. TMK m. 23 ile kişinin kendi rızası ile dahi oluşabilecek ihlallere karşı birey korunmakta ve kişilik hakkından rıza ile dahi olsa vazgeçilemeyeceğini belirtilmektedir. Bu durum TMK 23/I de “kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi olsa vazgeçemez” ve TMK 23/II de “Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz” şeklinde ifade edilmiştir.” Kişisel varlıklar miras yolu ile devredilemez fakat kişilik hakkı ihlallerinde muris tarafından açılmış olan davalara mirasçılar devam edebilir aksi halde ancak yansıma zarar varsa mirasçılar dava açabilir³⁰³. Kişilik hakkının devredilemezliği bizzat hakkın kendisi açısındandır yoksa hakkın kullanımı bir başkasına devredilebilir³⁰⁴. Fikri haklarda sanatçı eserin üzerindeki mali hakları başkasına devredebilirken manevi hakları şahsına bağlıdır ve devredilemez³⁰⁵.

2.1.3. Kişilik hakkının sınıflandırılması

Kişilik hakkının kişisel varlıklar üzerindeki haklar olduğuna, bu hakların kapsamına nelerin gireceği konusunda kanun koyucu tarafından sınırlama getirilmediğine ve kapsamın teknik gelişmeler ile zamanla genişleyebileceğine değinmiştik. Bu genişlemede hangi hakların kişilik hakkı olarak değerlendirileceğinin tespitinin kolay olması için kişisel değerler hukukçular tarafından farklı şekillerde sınıflandırılmıştır.

Kişilik hakkı sınıflandırılmasında ilk olarak kişisel değerler maddi ve manevi varlıklar olarak ikiye ayrılır. Bu ayrımada maddi varlıklara kişinin hayatı, sağlığı, vücut tamlığı örnek olarak verilirken, manevi varlığı olarak şeref, haysiyet, resim, özgürlük gibi hakları örnek gösterilebilir³⁰⁶. Maddi ve manevi hakların yanında üçüncü olarak iktisadi değerler yer alır³⁰⁷.

³⁰² İMRE, s. 803; SEROZAN, s. 94; ZEYTİN/ERGÜN, s. 80

³⁰³ DOĞAN, Cahid, Gen Analizleri ve Şahsiyet Haklarının Korunması, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı, C.2, S.4, Legal Yayınları, 2013, s.111-160, s. 119; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 48

³⁰⁴ HELVACI, s. 104; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 156,

³⁰⁵ İMRE, 799

³⁰⁶ KILIÇOĞLU, s. 5; ŞİMŞEK, s. 133

³⁰⁷ YÜZER, s. 100

Maddi ve manevi varlıklar ayrımının yanında kişisel varlıklar iç kişisel varlıklar ve dış kişisel varlıklar olarak da bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrımda iç kişisel varlıklar bireyin insan olması nedeniyle sahip olduğu varlıklardır. Vücut, yaşam, sıhhat, faaliyet özgürlüğü bu kişisel değerlerdendir. Dış kişisel varlıklar ise bireyin sosyal bir varlık olması nedeniyle birlikte yaşamaktan dolayı ortaya çıkan varlıklardır. Şeref, haysiyet, isim, resim, meslek unvanı bu kişisel değerlerdendir³⁰⁸.

Üçüncü bir sınıflandırmada ise kişisel varlıklar üçe ayrılmıştır: kişinin psişik alanı, fiziksel alanı ve sosyal alanı. Psişik alana duygu zihin ve irade yaşamının dokunulmazlığı, fiziksel alana kişinin vücut ve sıhhat gibi bedensel dokunulmazlıkları, sosyal alana ise kişinin toplum içinde tanınmasına yarayan isim, resim, marka, unvan gibi değerleri girmektedir³⁰⁹.

Kişilik hakları her ne kadar farklı sınıflandırmalara tabi tutulsa da kişisel varlıklar bir bütündür ve bir kişisel varlığın farklı sınıflandırmalara girmesi mümkündür³¹⁰.

2.1.4. Başlıca kişilik değerleri

Kişilik hakkının bir genel ve bir bütün olduğuna değinmiştik. Bu genel kişilik haklarının yanı sıra mahkeme kararları ve doktrinle kabul edilen ve bu nedenle bir kısmı kanunlaşmış olan özel kişilik hakkı değerleri vardır. Şimdi kişilerin sıklıkla koruma talep ettiği bu kişisel değerlerinden bir kısmını inceleyeceğiz.

2.1.4.1. Maddi bedensel değerler

Kişinin eksiksiz ve sağlıklı bir bedene sahip olmasına ve bunu sürdürmesine yönelik olan maddi bedensel değerler, içerisinde yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü gibi değerleri barındırır.

2.1.4.1.1. Yaşam

Hayat hakkı, kişinin fiziki ve ruhsal bütünlüğünü koruyup devam ettirebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesidir³¹¹. Yaşam veya hayat

³⁰⁸ KILIÇOĞLU, s. 6

³⁰⁹ KILIÇOĞLU, s. 6

³¹⁰ SIMONIUS, s. 189; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 347

³¹¹ HELVACI, s. 105; YÜZER, s. 102

kişinin maddi bedensel değerleri içerisinde en önemlisidir. Çünkü yaşamsal değere yönelik her saldırı kişinin diğer haklarını ve kişiliğini tehdit eder ve tüm kişisel değer ve temel hakların söz konusu olabilmesi için kişinin hayatta olması gerekir³¹². Bu öneminden dolayı hiç kimse bireyin yaşamını sona erdirmeye hakkına sahip olmadığı gibi kişi, kendi yaşamından da vazgeçemez veya öldürülmesine rıza gösteremez³¹³. Bu nedenle yasalarımız ötenaziye müsaade etmemektedir³¹⁴.

Yaşam hakkı öneminden dolayı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Anayasamızın 17. maddesine göre “*Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir...*” Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de “*Herkesin yaşama hakkı yasayla korunur*” hükmünü getirerek yaşam hakkına vurgu yapmıştır. Yaşam hakkı TMK’nın kişilik haklarına ilişkin 23 vd. maddelerince de koruma altındadır. Aynı şekilde TBK’nın kişinin yaşamına son verilmesi halinde ortaya çıkan zararların korunmasına ilişkin hükümleri yine Ceza Kanunu’nun adam öldürmeye veya öldürmeye teşebbüs fiillerini cezalandırması hayat hakkının korunmasına yönelik yasal düzenlemelerdir.

2.1.4.1.2. Beden bütünlüğü

Kişinin her bir uzvu, organı, doku veya kemikleri birlikte vücudunu oluşturur ve kişinin bu her bir parça üzerinde kişilik hakkı vardır³¹⁵. Bu parçaların her hangi birine yönelik saldırı kişinin yaşamını tehlikeye sokmasa dahi hukuka aykırıdır ve kişilik hakkı ihlali sonucunu doğurur. Bu bakımdan beden bütünlüğü yaşam hakkının bir uzantısıdır³¹⁶.

Beden bütünlüğüne yönelik ihlaller genellikle tıbbi müdahalelerde kendini gösterir. Bu nedenle söz konusu müdahalelerin hukuka uygun olması için işlemin ahlak ve etik kurallara uygun olup, kişiyi rızasına veya üstün kamusal yarara dayanması gerekir. Bu husus Anayasanın 17. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde ifade

³¹² HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 50; ÖZTAN, s. 119; TÜFEK, s. 20; YÜZER, s. 102; KARASU, s. 7

³¹³ ZEVLİLİLER, Aydın, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, 1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni, s. 4; HELVACI, s. 105; ZEYTİN/ERGÜN, s. 81; YÜZER, s.102; ERMAN, s. 145

³¹⁴ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 13. maddesi ötenazinin yasak olduğunu belirtmektedir.

³¹⁵ ZEVLİLİLER, s. 4; KAYA, Mine, Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, S.:2010/4, S. 279-334, s. 282; YÜZER, s. 103

³¹⁶ HELVACI, s. 107

edilmektedir: “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz”. Beden bütünlüğünü korumaya yönelik hükümler TMK’nın kişiliği koruyan 23 vd. maddelerinde ve TBK’nın ihlal halinde zararın tazmin etmesine imkân veren 53 vd. maddelerinde yer almaktadır. Yine beden bütünlüğüne yönelik saldırılara karşı bireyin korunması adına Ceza Kanunu’nda da kişinin yaralanması veya buna teşebbüs edilmesi hali bir suç olarak düzenlenmiştir.

Kişiye faydalı olsa bile rızası olmadan beden bütünlüğüne yönelik işlemler yapılamaz. Bu anlamda kişi tedaviyi reddediyorsa bilinci açık olduğu sürece hekimler kişiyi iyileştirme adına herhangi bir işlem yapamaz. Bu anlamda bireyin yaşam hakkından farklı olarak beden bütünlüğü için kısmen de olsa tasarruf hakkı olduğu belirtilim³¹⁷. Ancak kişi kendisine zarar verecek ölüm veya yaralanmalar ile son bulacak eylemlere rıza gösteremez. Buna ilişkin sözleşmeler TBK m.27 uyarınca mutlak butlan yaptırımına tabidir³¹⁸.

Beden bütünlüğüne yönelik saldırı oluşturabilecek bir diğer durum ise organ ve doku nakilleridir. Söz konusu işlemlerin yasaların öngördüğü usullere ve bireylerin rızasına aykırı olması halinde yaşayan kişiden olduğu gibi ölüden organ ve doku nakli de kişilik hakkına tecavüz teşkil eder³¹⁹ Organ ve doku naklinin yanı sıra kişinin cinsel hayatı ve üreme fonksiyonuna yapılacak müdahaleler veya cinsiyet değişiklikleri de kural olarak beden bütünlüğüne müdahaledir³²⁰.

Vücut bütünlüğüne yönelik saldırıların daha iyi anlaşılabilmesi için hangi hallerde yapılan işlemin bedene müdahale sayılacağına da değinmek gerekir. Bu anlamda vücuda sürekli olarak bağlanmış olan bir dolgu veya bacağa takılan bir platinin de vücut bütünlüğü içinde değerlendirilmesi gerekir³²¹. Daha önce cesedin kişi olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştik. Bu nedenle ceset üzerinde yapılan işlemler vücut bütünlüğünün ihlalini oluşturmaz ancak bu halde ölenin yakınlarına yönelik hak ihlallerinin olabileceğini belirtmemiz gerekir³²². Diğer taraftan test yapılmak

³¹⁷ ZEVKLİLER, s. 6; KAYA, s. 282

³¹⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 360

³¹⁹ HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 53

³²⁰ HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 56

³²¹ ZEVKLİLER, s. 6

³²² ZEVKLİLER, s. 6 vd.; AYİTER, s. 143; ÖZTAN, s. 125; TÜFEK, s. 23

üzere vücuttan alınan saç teli veya doku örneklerinin hukuki durumuna ileri de genetik testler için verilen örneklerin hukuki durumu başlığı altında değineceğiz.

2.1.4.1.3. Sağlık hakkı

Sağlık organizmanın düzenli işleyişine ilişkin bir kavramdır³²³. Yaşam hakkı ve beden bütünlüğü ile ilişkili olsa da onlardan ayrı şekilde olan ve korunan bir kişisel varlıktır. Sağlık hakkı, birey devlet ilişkisi içinde, vatandaşların sağlıklı yaşama gereksinimlerini karşılama yükümlülüğünden kaynaklanan ve bu hakkın sağlık alanına yansımaları ifade eder³²⁴. Sağlık hakkı bedensel sağlığın yanında ruh sağlığını da içinde barındırır³²⁵. Kişinin sağlığını tehlikeye düşürecek faaliyetlerde bulunulamaz. Örneğin kişinin ilaçlarını alması engellenemez veya kişinin beslenmesine engel olunamaz. Bununla birlikte kişinin psikolojisini bozacak tehdit ve baskılara maruz bırakılması da bu anlamda sağlık hakkını ihlal eder. Sağlık hakkı da kendi içinde koruyucu sağlık hakkı, tedavi edici sağlık hakkı ve rehabilitasyon hakkı olarak üçe ayrılmaktadır³²⁶.

2.1.4.2. Manevi değerler

2.1.4.2.1. İsim

İsim, kişiyi toplum içerisinde diğerlerinden ayıran tanıtım aracıdır³²⁷. Soyisim ise kişinin toplum içerisinde bir aileye aidiyetini ifade eden terimdir³²⁸. Kişilik varlığı olarak korunan isim başta TMK m.24 ve 25'te ele alınmıştır. Bu maddelerin dışında kişilerin isim üzerindeki hakları TBK m.49 kapsamında korunmaktadır. Beden üzerindeki haklardan ayrı olarak isim üzerindeki korumadan gerçek kişilerin yanında tüzel kişilerde yararlanır. Tüzel kişinin işletme adının izin olmadan kullanılması bu anlamda isim hakkının ihlali olabileceği gibi itibarı zedeleyecek veya gülünç hale getirecek şekilde kullanımlar da isim hakkının ihlalini teşkil eder. Aynı şekilde bir tacirin ticari işletmesini kullanırken kullandığı ticaret unvanı da bir isim olarak Ticaret Kanunu hükümleri çevresinde korunur. Bununla birlikte TMK'nın kişilik

³²³ ZEYTİN/ERGÜN, s. 81; KARASU, s. 9; ERMAN, s. 145

³²⁴ BİLGİN, S. 114; KARASU, s. 9

³²⁵ ZEVLİLİLER, s. 9; KAYA, s. 282; YÜZER, s. 105

³²⁶ DOĞAN, Gen Analizleri ve Şahsiyet, s. 128

³²⁷ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 418; İMRE, s. 815; ZEYTİN/ERGÜN, s. 82; YÜZER, s. 1113

³²⁸ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 419; İMRE, s. 815; HELVACI, s. 168; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 107

hakkını koruyan hükümleri de gerek işletme adını gerekse de ticaret unvanını bir kişisel varlık olarak tamamlayıcı hüküm kapsamında korur³²⁹. Bugün isim hakkı ihlalleri internet üzerinde de sıklıkla gündeme gelmektedir. Özellikle kişilerin başkasına ait isimleri alan adı olarak tescil ettirmeleri durumunda söz konusu kişilerin isimleri üzerindeki kişilik hakkı ihlal edilmektedir³³⁰. Ünlülerin isimlerinin alan adı olarak alınması sıklıkla karşılaşılan bir durumdur.

İsim üzerindeki haklar kişiyi ayırt etmeye yarayan tüm işaretleri de kapsar. Bu nedenle simge, ün, arma ve rozetlerde bu korumadan yararlanır³³¹. Yine internet alanında kullanılan ve sunucuyu diğerlerinden ayıran isimler³³² ve kişinin gerçek adını gizleyerek mesleki faaliyetlerinde kullandığı müstear adlarının ve lakaplarının da yararlanacağını belirtelim³³³. Bunun yanında TMK belirli şartların varlığı halinde kişilere ismini değiştirme imkânı vermiştir. Toplum içerisinde olumsuz anlamlarda kullanıldığından veya gülünç olduğundan veya telaffuzunun zorluğundan dolayı bir ismin mahkeme kararı ile değiştirilmesi mümkündür.

TMK m. 23 hükmü gereği bir kişi, hakkı olan adı kullanmaktan feragat edemez, adını başkasına devredemez ancak adının belirli amaçlarla başkaları tarafından kullanılmasına izin verebilir³³⁴.

2.1.4.2.2. Şeref ve haysiyet

Kişilerin sırf insan olarak doğmuş olmalarından dolayı sahip oldukları değerlerin yanında zamanla toplum içinde kazandıkları değerleri de vardır³³⁵. Şeref ve haysiyet kişilerin toplum içindeki davranışlarına göre toplum tarafından kendilerine biçilen bir değer³³⁶ olup en yüksek ahlaki değerdir³³⁷. Şeref ve haysiyetin bu öneminden dolayı

³²⁹ İMRE, s. 830; YÜZER, s. 114

³³⁰ DOĞAN, Murat, İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması, Ankara Barosu Dergisi, 2005-2, s. 30-36, s.34

³³¹ TÜFEK, s. 45; YÜZER, s. 114

³³² YÜZER, s. 114

³³³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 433; HELVACI, s. 133; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 108; TÜFEK, s. 45

³³⁴ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 434

³³⁵ KILIÇOĞLU, s. 83

³³⁶ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 385; BAŞPINAR, s. 97; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2015, s. 452; TÜFEK, s. 26; YÜZER, s. 106

³³⁷ KARAYALÇIN, Yaşar, Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AÜHFD, Cilt 19, S. 1-4, 1962, S. 251-275, s. 253

Alman Anayasası'nın birinci maddesinde “*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür*” ifadesi yer almıştır³³⁸. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin de başlangıç bölümünde “*İnsanlık ailesinin tüm üyelerinin sahip olduğu onurun eşit ve devredilmez haklarının tanınması...*” ifadeleriyle insanlık onuruna vurgu yapmaktadır. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi de “*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*” şeklindeki ilk maddesi ve “*İnsanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır*” şeklindeki ikinci maddesiyle insan onurunun en üstün değer olduğunu belirtmektedir. 1982 Anayasası da gerek kişiliğe bağlı dokunulmaz ve devredilmez hakların varlığına değinen 12. maddesiyle gerek de basın yoluyla gerçekleştirilen saldırıların şerefe yönelik olması halinde düzeltme ve cevap hakkının tanınmasıyla, 17. maddedeki “*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*” ifadesiyle şeref ve haysiyete vurgu yapmaktadır. Toplum tarafından bireylere biçilen değer yanında kişinin kendisine olan saygısı olarak ifade edilen iç şerefi de vardır³³⁹. Yargıtay ise şeref ve haysiyeti kişilerin toplum içindeki hak ve davranışları, yaşayış ve davranış şekillerine göre toplum tarafında kendilerine izafe edilen değer şeklinde tanımlamaktadır³⁴⁰. Bu genel şeref yanında bireylerin sahip oldukları meslektan veya yaptıkları işten dolayı mesleki şeref ve haysiyetleri de vardır³⁴¹ ve bireyin meslekin gerektirdiği donanıma sahip olmadığı veya meslekin getirdiği yükümlülöklere aykırı davrandığına ilişkin ithamlar şeref ve haysiyete saldırı niteliğindedir³⁴².

Bireylerin herkesten şeref ve haysiyetlerini küçük düşürücü eylemlerden sakınmalarını isteme hakkı vardır. Bu nedenle bireyler şeref ve haysiyetlerine yönelebilecek saldırılara karşı TMK m. 24. ile korunmaktadır. TMK'nın yanında

³³⁸ RUMPF, Christian, SCHÜLLER, Gökçe Uzar, Federal Alman Cumhuriyeti Anayasa Çevirisi <http://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2016

³³⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 168

³⁴⁰ 4.HD, 27.6.1980, E. 980/7842, K.980/8497, Ankara Barosu Dergisi, 1980, S. 5, s. 609

³⁴¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 386; KILIÇOĞLU, s. 92; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 170; ÖZTAN, s. 129

³⁴² Yargıtay da vermiş bir kararda bir öğretmenin gazetede yazmış olduğu yazıda çocuğunu sınıfta bıraktığı için kaymakam tarafından görevden alındığını belirtmesini şeref ve haysiyete saldırı olarak değerlendirmiştir. HGK. 2.7.1980, E. 1978/4-187, K.1980/2107, YKD, 1980, S. 11, s. 1455 vd.

bireylerin şeref ve haysiyetleri Ceza Kanunları ile de korunmaktadır. TCK'da şeref ve haysiyete yönelik suçlar başlığı altında düzenlenen suçlar ile kişilerin şereflerine yönelecek saldırılara karşı korunması amaçlanmıştır. Basın yoluyla şeref ve haysiyete yönelik saldırıların önlenmesi amacıyla Anayasa'nın 26.maddesi gereği basının haklarının sınırlanabileceği öngörülmüş ve bu durum Basın Kanunu³⁴³'nda da belirtilmiştir³⁴⁴.

Şeref ve haysiyete yönelik saldırılar kişi hakkında yanlış bilgiler vermek suretiyle, hakaret yoluyla, iftira ve suç isnatları³⁴⁵ ile veya toplumun genel ahlaki değerlerini ihlal ettiği iddiasıyla³⁴⁶ olabilir ve bu eylemler ses ve yazı ile yapılabileceği gibi resim, fotomontaj veya karikatür ile de gerçekleştirilebilir³⁴⁷.şeref ve haysiyete yönelik bir saldırının olması için saldırıya uğrayan kişinin isminin zikredilmesine gerek yoktur, saldırının belirli bir kişiye yönelik olarak yapıldığının şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılabilir olması yeterlidir³⁴⁸.

Şeref ve haysiyet toplum tarafından bireye biçilen değer olduğundan toplumdan topluma ve zamana göre değişiklik gösterebilir. Bu nedenle bir eylemin şeref ve haysiyete yönelik saldırı olup olmadığının değerlendirilmesi yapılırken bu hususa dikkat edilmelidir. Diğer taraftan şeref ve haysiyetin belirlenmesinde subjektif ölçü dikkate alınmaz. Bireyin kendisine ne kadar değer verdiği değil toplum nezdindeki itibarı dikkate alınır³⁴⁹. Bunun dışında toplumun her bireye verdiği değer farklıdır, bu değer kişinin mesleğine, sosyal statüsüne göre değişebilir³⁵⁰.

Şeref ve haysiyet gerçek kişilerin yanında tüzel kişiler için de korunması gereken bir kişisel varlıktır³⁵¹.

³⁴³ Kanun No: 5187, RG. Tarihi: 26 Haziran 2004, Sayı: 25504

³⁴⁴ YÜZER, s. 106

³⁴⁵ Yargıtay vermiş olduğu bir karARDA kişinin zimmete para geçirmekle itham edilmesinin şeref ve haysiyete saldırı olduğuna karar vermiştir. 4.HD, 12.12.1978, E. 1978/3302, K.1978/13995,YKD, 1979, C.5, S. 6, s. 789 vd.

³⁴⁶ Bir kimsenin utanmaz ve hayasız olduğu veya homoseksüel olduğu gibi toplumun ahlaki anlayışı ile uyuşmayan davranışlar içinde olduğu ile itham etmenin şeref ve haysiyet değerlerine saldırı olduğuna ilişkin KILIÇOĞLU, s. 89 vd, Yargıtay devlet dairesinde çalışan bir kadının bir erkeğin sevgilisi olduğuna ilişkin ithamların şeref ve haysiyete saldırı niteliğinde olduğuna karar vermiştir. 4.HD. 14.05.1992, E. 1991/2712, K. 1992/6476, YKD, 1992, C.18, S. 8 , s. 1195.

³⁴⁷ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 386

³⁴⁸ YÜZER, s. 134

³⁴⁹ KILIÇOĞLU, s. 85; HELVACI, Koruyucu Davalar, s. 69; TÜFEK, s. 27

³⁵⁰ KILIÇOĞLU, s. 86

³⁵¹ HELVACI, s. 125; KARAYALÇIN, s. 152

2.1.4.2.3. Resim ve ses

Herkesin kendi resmi ve sesi üzerinde kişilik hakkı vardır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda kişilerin resimleri üzerinde kişilik haklarının olduğunu kabul etmiştir³⁵². Burada resimden kasıt sadece çekilen bir fotoğraf değildir, bireyin televizyon ekranına yansıyan görüntüsü, karikatür veya karakalem çizimi de resim olarak değerlendirilir³⁵³. Kişilerin resim üzerindeki haklarından bahsedebilmemiz için tasvir edilen kişinin tanınabilir olması gerekir³⁵⁴. Kişinin tanınmasına imkân vermeyen resimler ile kişilik haklarının ihlal edilmesi mümkün değildir. Kamuya mal olmuş kişilerin, sanatçıların veya devlet görevlilerinin resimlerinin reklam amacı olmaksızın gazete veya dergiler de basılması için izin alınmasına gerek olmadığı gibi yayınlanan resimler kişinin başka bir kişilik değerine zarar vermediği sürece (örneğin şeref ve haysiyet) saldırı teşkil etmez. Bu husus Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda da ifade edilmiştir. Kanunun 86. maddesine göre aşağıdaki hallerde resimlerin yayınlanması için kişinin iznine gerek yoktur:

Memleketin siyasal ve sosyal hayatında rol oynayan kimselerin resimleri,

Tasvir edilen kimselerin katıldığı geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler,

Günlük olaylarla ilgili olan resimler ile radyo ve film haberleri için çekilen resimler.

Kamuya mal olmuş kişilerin de özel hayatlarının olduğu ve buna saygı duyulması gerektiği göz ardı edilmemelidir. Bu nedenle devlet görevlisinin veya ses sanatçısının kendi evinin içindeki hallerinin resmedilmesinde kamunun her hangi menfaati yoktur ve bu durum şüphesiz kişilik hakkına yönelik saldırıdır.

Resim gibi kişilerin sesleri de kişisel değer olarak koruma altındadır. Bu nedenle kişinin sesi haberi olmaksızın kaydedilemez, çoğaltılıp dağıtılamaz, gelir getirmek veya herhangi başka amaç için kullanılamaz. Buna karşın topluma mal olmuş kişilerin kamusal alandaki konuşmaları ve demeçlerinin kaydedilip basın yayın

³⁵² Yargıtay 2.HD.29.1.1976, 9403/625, YKD 1976, S. 7, s. 957

³⁵³ İMRE, s. 164; HELVACI, s. 131; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 175; KAZANCI, Bedriye Eker, Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, s: 131-164, s. 134; TÜFEK, s. 36, ŞİMŞEK, s. 134; YÜZER, s. 112

³⁵⁴ TÜFEK, s. 36

yoluyla topluma aktarılması veya yazıya geçirilmesi kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilemez.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki basın yayın kuruluşlarının küçüklere veya tecavüz gibi ağır saldırı mağdurlarına ilişkin haberlerde her ne kadar bunun için ilgiliden rıza almış olsalar bile bireylerin ses veya görüntülerini onların tanınmalarını engelleyecek şekilde değiştirmeden yayınlamaları da kişilik hakkına saldırı teşkil eder.

2.1.4.2.4. Özel hayat

Toplumsal bir varlık olması nedeniyle kişinin yapmış olduğu eylemlerin birçoğu başkaları tarafından bilinmektedir. Kişinin nerede yaşadığı, kimlerle kaldığı, alışveriş yapıp yapmadığı veya hangi meslek ile uğraştığı, evli olup olmadığı gibi bilgiler buna örnektir. Kişilerin bu bilgilerin yanında başkasının bilmesini istemediği, ya da sadece yakın çevresine açtığı bir yaşam alanı olabilir. Birey her ne kadar bu alana ait bilgilerin başkaları tarafından bilinmesini istemese de bugün kişilerin özel hayatlarına müdahale niteliği taşıyan, mektupların açılması, evine gizlice girilmesi veya çantasının karıştırılması gibi geleneksel metotların yanında artan teknolojiyle birlikte özel hayata müdahaleye imkân veren ses ve görüntü kaydı yapan böceklerin eve yerleştirilmesi, kişinin e-postalarının ve mesajlarının ağ üzerinden haberi olmadan okunabilmesi mümkündür³⁵⁵.

Özel hayata yönelik müdahalelerin artması nedeniyle söz konusu hakkın korunması amacıyla ulusal ve uluslar arası düzenlemeler yapılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin³⁵⁶ 12. maddesi “*Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışılmaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır*” hükmü ile bireyin özel hayatını koruma altına almıştır. Aynı şekilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin³⁵⁷ 8. maddesi de bu konuyu ele almıştır. Söz konusu hükme göre “*herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi*

³⁵⁵ KAYA, s. 285

³⁵⁶ Bileşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 Tarihinde ilan edilmiştir. Türkiye’de 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

³⁵⁷ 4 Kasım 1950 Tarihinde ilan edilmiştir. Türkiye’de 19.03.1954 Tarihinde 8662 Sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmıştır.

hakkına sahiptir...” uluslar arası düzenlemenin yanında kişinin özel hayatını korumak amacıyla ulusal hukukta da düzenleme yapılmıştır. Anayasamızın özel hayatın gizliliği ve korunması başlıklı dördüncü kısmı, TMK’nın 24 vd. maddeleri, TBK’nın zararın tazmin edilmesine imkân veren 49 vd. maddeleri ile TCK’nın Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Kaşı Suçlar başlıklı 132-140 maddeleri bireyin özel hayatının korunması amacıyla tesis edilmiştir.

Kişilerin yukarıda bahsedilen korumadan etkin bir şekilde yararlanabilmeleri için özel hayat alanlarının tam olarak tespit edilmesi gerekir. Ancak özel hayatın yasal bir tanımı olmadığından doktrinde özel hayatın sınırlarının tespiti için farklı sınıflandırmalar yapılmıştır. Genel kabul görmüş sınıflandırmayı dikkate alarak kişilerin özel hayatını, ortak hayat çevresi, dar anlamda özel hayat çevresi ve gizli hayat çevresi olarak üçe ayırıyoruz³⁵⁸.

2.1.4.2.4.1. Ortak hayat çevresi

Birlikte yaşamın gereği olarak kişinin toplumun diğer bireyleri ile paylaştığı, diğer insanların müdahalelerine açık olan, onlardan gizleyemeyeceği yaşam alanı kişinin ortak hayat çevresini oluşturur³⁵⁹. Kişinin kamuya açık alandaki davranışları ortak hayat çevresini oluşturur. Kamuya açık alandan kasıt herkesin rahatlıkla girip çıkabileceği alanlardır. Kişi bu alanı sayısı belirsiz bir insan topluluğu ile paylaşır ve o an orada hiç kimse olmasa bile söz konusu yer ortak hayat alanı olmaya devam eder. Kişinin başkaları tarafından izlenebilir olması yeterlidir³⁶⁰.

Kişinin her an izlenmesine müsait ve müdahaleye açık alan olmasından dolayı ortak hayat alanı kişilik hakkının korunmasından faydalanmaz³⁶¹. Söz konusu müdahaleler, dürüstlük kuralına uygun olarak küçük düşürmeden şeref ve haysiyetini zedelemeyen yapıldığı sürece kişilik hakkı ihlali oluşturmaz³⁶². Bu nedenle her hangi birinin ortak hayat alanı içinde meydana gelen olayları bir başkasına aktarması veya o kişinin neler yaptığı hakkında bilgi toplaması kişilik hakkı ihlali oluşturmaz.

³⁵⁸ HELVACI, s. 119; DURAL/ÖĞÜZ, s. 135

³⁵⁹ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 26; KILIÇOĞLU, s. 115; TÜFEK, s. 29

³⁶⁰ KILIÇOĞLU, s. 115; TÜFEK, s. 29

³⁶¹ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 26; KILIÇOĞLU, s. 125; TÜFEK, s. 30

³⁶² TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 27; KILIÇOĞLU, s. 126

Ortak hayat çevresi kişilik hakkının korunmasından yararlanmasa da ortak hayat alanının belirlenmesi her zaman mümkün değildir. Cadde ve sokaklar her ne kadar bireylerin başkaları tarafından rahatlıkla izlenebileceği bir alan olsa da kişi bu alanda fotoğraflarının çekilmesini istemeyebilir. Bu nedenle ortak hayat alanında bile kişinin izni olmadan ondan bilgi toplamak amacıyla gizlice fotoğrafının çekilmesi veya sesinin kaydedilmesi gibi hukuka aykırı eylemlerde bulunulması kişilik hakkına saldırı teşkil eder. Bu sebeplerle kişinin toplumsal ihtiyaçlarını karşılamak için bulunduğu bu alanda, kişilik hakları çevresinde gizli bir alanı olduğu söylenebilir.³⁶³.

2.1.4.2.4.2. Dar anlamda özel hayat çevresi

Kişinin günlük hayat içerisinde birlikte çalıştığı, oturduğu kişilerle oluşan ve yalnızca bu kişilerle paylaştığı, bu kişiler dışındakilere kapalı olan alandır³⁶⁴. Söz konusu olaylar kamusal alanda meydana gelmez bu nedenle sayıca belirsiz kişilere açık değildir. Kişinin akraba, arkadaş, eş, iş arkadaşları gibi yakın bağlarının olduğu ve dâhil etmek istediği kişilerden oluşan bir alandır. Kişilerin sayısı her yaşam faaliyetinde değişebilir. Örneğin iş yerinde sayı artarken evde sayı azalabilir. Önemli olan alanın belirli sayıda kişiden oluşmasıdır³⁶⁵.

Kişinin yaşam alanı üçüncü kişilerin gözlemine kapalıdır. Bu nedenle bireyin bu alanında olmayan insanlar tarafından çeşitli şekillerle alana müdahale edilmesi, bireyin gözlemlenmesi veya hakkında bilgi toplanması kişilik haklarına saldırı teşkil edecektir³⁶⁶. Söz konusu ihlal ses ve görüntü kaydına yarayan araçlar ile yapılabileceği gibi kişinin toplantı yapılan alana gizlenip konuşulanları dinlemesiyle de olabilir. Diğer taraftan kişinin bu alanını paylaştığı kişiler tarafından söz konusu bilgilerin başkalarına aktarılması hukuka uygundur³⁶⁷. Zaten esasında kişi de bu bilgilerin başkalarıyla paylaşılma ihtimalinin farkındadır. Kişi evine oturmaya gelen misafirlerinin konuşulan şeyleri başkalarına aktarılabilceğinin farkındadır. Ancak bu halde dahi kişinin gizli hayat alanına giren bir bilgi öğrenilirse bunun paylaşılması

³⁶³ KILIÇOĞLU, s. 127, Basının başka kişilik haklarını ihlal etmediği sürece bireyin ortak yaşam alanındaki fotoğrafını paylaşmasının ihlal olmadığı ve korumadan yararlanmayacağını söylenmektedir. TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 29; Diğer taraftan bu halde eğer kişi toplantı veya söyleşi yapmamak suretiyle kendini ortaya çıkarıyorsa basının bunu yayımlayabileceğini diğer hallerde ise bireyin kimliğini göstermeyecek şekilde haber yapılabileceği belirtilmektedir.

³⁶⁴ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 26; KILIÇOĞLU, s. 116; TÜFEK, s. 31; YÜZER, s. 108

³⁶⁵ KILIÇOĞLU, s. 116

³⁶⁶ KAYA, s. 286; KILIÇOĞLU, s. 128

³⁶⁷ KILIÇOĞLU, s. 128

kişilik hakkının ihlalidir. Aynı şekilde her ne kadar dar anlamda özel hayat çevresi içindeki kişilerin öğrendikleri bilgileri üçüncü kişilerle paylaşması hukuka uygun ise de bu paylaşımın basın yayın kuruluşları ile yapılması hukuka aykırıdır³⁶⁸. Çünkü bu halde bilgiler belirsiz bir insan topluluğu ile paylaşılmış olmaktadır.

2.1.4.2.4.3. Gizli hayat çevresi

Sır alanı olarak da ifade edilen gizli hayat çevresi, kişinin herkes tarafından bilinmesini istemediği, kendisi ve güvendiği kişiler dışındakilere kapalı olan hayat çevresidir³⁶⁹. Ortak hayat çevresi ve dar anlamda özel hayat çevresinin aksine bireylerin kimseyle paylaşmak istemedikleri alanlar olabilir. Kişinin sağlık bilgileri, mailleri, mektupları, günlüğüne yazdıkları veya cinsel hayatı başkalarının bilmesini istemediği olaylardır. Kişi gizli hayat çevresinde gelişen bu olayları istediği kişilere ve istediği biçimde ve yine istediği kadarıyla anlatabilir ve onların bilmesini sağlayabilir³⁷⁰. Kişinin rızası dışında bu alana girilmesi veya bu bilgilerin paylaşılması kişilik hakkına saldırı teşkil eder. Kişinin bu sır alanının tam korunabilmesi için alanın sınırlarının tam olarak tespit edilmesi gerekir. Bunun için biri objektif ve diğeri de subjektif olmak üzere iki şartın aynı anda mevcut olması gerekir³⁷¹.

Gizli hayat çevresinin tespiti için kullanılan objektif şart olayın herkes tarafından izlenebilir ve bilinebilir olmamasıdır. Bu anlamda bireyin herkesin rahatlıkla girebileceği ve bilgi toplayabileceği bir alanda yapmış olduğu hareketlerin gizli hayat kapsamında korunması söz konusu olmaz. Bir politikacının bir toplantıda veya bir sanatçının sahnede söylediği şeyler, bir ses sanatçısının konserde hayranları ile paylaştığı bilgiler herkes tarafından bilinebilirdir. Aynı şekilde bir kişinin alışverişe çıkması sinemaya gitmesi de gizli hayat çevresinde yer almaz. Ancak artan teknoloji ile birlikte artık kişilerin birçok alanda dinlenmesi, kayda alınması veya takibi mümkündür. Bu durumda bu alanların ortak hayat alanı içinde sayılması mümkün değildir. Örneğin kişinin konutu en mahrem alanlarından biridir. Bu alana yapılacak tecavüzlere karşı birey korunmuştur. Bir basın mensubunun evinin gözetlenmesi

³⁶⁸ KILIÇOĞLU, 128

³⁶⁹ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 26; KILIÇOĞLU, s. 117; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 390; ZEYTİN/ERGÜN, s. 83; TÜFEK, s. 32; ŞİMŞEK, s. 141; YÜZER, s. 109

³⁷⁰ KAYA, s. 287

³⁷¹ TAŞKIN, s. 221; KILIÇOĞLU, s. 119; TÜFEK, s. 33

veya eve yerleştirilen ses kaydı yapmaya yarayan böcek ile politikacının ev hayatının takip edilmesi gizli hayat alanına yapılan bir saldırdır. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda kişinin ses ve görüntüsünün gizli şekilde kaydedilmesini özel hayatın ihlali olarak değerlendirmiş ve elde edilen bilgilerin hukuka aykırı olması nedeniyle delil olarak kullanılamayacağına hükmetmiştir³⁷². Gizli hayata yönelik bir saldırının oluşması için olay veya durumun herkes tarafından izlenebilir olmamasının yanında aynı zamanda kişilerce bilinmeyen bir olay olması ve güncel olması gerekir³⁷³. Kişinin sır çevresindeki olay bir şekilde herkes tarafından öğrenilmiş ise artık kişi bunun bir sır olarak korunmasını isteyemez³⁷⁴. Ancak söz konusu olayın uzun zaman önce meydana gelmiş olması halinde tekrar bir sır olarak korunması söz konusu olabilir. Kişinin uzun zaman önce işlediği bir suç daha sonra onun sır alanına girebilir³⁷⁵.

Gizli hayat alanının tespitinde kullanılan subjektif şart ise kişinin bu alandaki bilgilerini gizli tutma iradesidir. Bu irade kişinin beyanlarından anlaşılabilir gibi yaşam tecrübelerinden veya bilginin niteliğinden de anlaşılabilir³⁷⁶.

Gizli hayat alanı için değinilmesi gereken bir diğer mesele de basın ve yayın kuruluşlarının durumudur. Evli bir kişinin bir kadınla otel önünde görüntülediği bir haber nedeniyle basın mensubu sorumlu olacak mıdır? Söz konusu kişi kamuya mal olmuş veya meşhur biri ise kamunun bunu bilmekte menfaati olduğu söylenebilir³⁷⁷. Ancak kamuya mal olmamış bir kişi ise haberin nasıl verildiğine bakılmalıdır. Bu halde kişinin adı veya mesleği gibi tanınmasını sağlayacak bilgilerin verilmemesi gerekir. Ancak söz konusu olay toplumun dikkatini çekecek şekilde cereyan etmiş ise örneğin kişi o sırada bir trafik kazasına karışmış veya toplumun vicdanını sarsan bir

³⁷² 4.HD. 23.06.2010, E:2009/8119 K: 2010/7543, bianet.org, Erişim Tarihi: 08.11.2015, Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararda ise evli bir sanatçının telefon konuşmalarının gizlice kaydedilmesi sonucu sevgiliyle konuşmalarının yayınlanmasında, yer alan sözlerin son derece gizi olan ve iki kişi arasında kalması gereken sözler olarak değerlendirmiş ve sözlerin bu şekilde olmasa da haberleşmelerin dinlenmesinin başlı başına özel hayata yönelik bir saldırı olduğuna karar vermiştir. 4.HD 12.10.2000 , 5520-8659 (yayınlanmamış), KAYA, s. 288

³⁷³ KILIÇOĞLU, s. 120; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 390

³⁷⁴ KILIÇOĞLU, s. 121, TÜFEK, s. 34

³⁷⁵ KILIÇOĞLU, s. 121

³⁷⁶ TAŞKIN, s. 222; KILIÇOĞLU, s. 121 vd.

³⁷⁷ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 32

suç ile ilişkilendirilmiş ise kişinin ismi veya mesleği de haberde belirtilebilir. Bu halde kişilik hakkına bir saldırı söz konusu olmaz³⁷⁸.

Sır sahibinin özel hayatına ilişkin bilgileri gizli tutma iradesini göstermesi gerekir.³⁷⁹ Kişinin söz konusu olaydan henüz haberi olmasa da bu olayı sır olarak tutacağı söylenebiliyorsa ilgili olay bu korumadan yararlanır. Bu anlamda kişilerin hastalıkları, sabıka kayıtları, cinsel hayatları, aile sırlarının kişilerin gizli tutmak istediği kabul edilir. Gizli tutulan bu olayların kişinin onur ve saygınlığını ilgilendirmesi gerekmez.³⁸⁰

Bu alana giren bilgilerin kişi tarafından yakın arkadaşlarına açıklanması bu bilgilerin sır alanından çıkmasına neden olmaz. Dar anlamda gizli hayat çevresinden farklı olarak burada kişi, aralarındaki özel güven duygusuna dayanarak paylaştığı bilgilerin üçüncü kişilere paylaşılmayacağına inanır. Kişilerin bu bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşması bu anlamda kişilik hakkına yönelik bir saldırı olacaktır. Kişi, bilgilerin paylaşılmasını istemediğini açıkça söyleyebileceği gibi bunu davranışları ile de belirtebilir. Örneğin kimsenin duymayacağı şekilde alçak bir sesle söylemesi bunu gösterir³⁸¹. Aynı şekilde hiçbir şey söylemese de bazı hassas bilgilerin başkasıyla paylaşılmasını istemediği durum ve koşullardan anlaşılır. Kişinin eşi ile yaşadığı bir tartışmayı veya cinsel hayatındaki bir sorunu arkadaşına danışması halinde bunların başkasıyla paylaşılmasını istemediği açıktır.

Kişinin açıklamış olduğu bilgilerin başkasıyla paylaşılmasını istememesi bazı kanuni düzenlemelere de konu olmuştur. Örneğin noter, hekim ve avukatların mesleklerinin gereği olarak öğrendikleri bilgileri başkaları ile paylaşmama yükümlülükleri vardır. Bu anlamda hastasının kanser olduğunu öğrenen veya ruhsal, psikolojik bir rahatsızlığının olduğunu teşhis eden hekim bu bilgiyi hastanın yakınları ile veya danışma halleri hariç diğer hekimler ile paylaşamaz. Aynı şekilde avukat, müvekkilinin iş hayatı ile ilgili öğrendiği bilgileri müvekkilinin rızasına aykırı olarak paylaşamaz. Hatta avukat müvekkili rıza gösterse dahi bu bilgileri başkasıyla paylaşmayabilir. Yine TMK m. 185 eşler arasında sır saklama yükümlülüğünden bahsetmektedir. Evlilik içindeki sırların başkaları ile paylaşılması sadakat

³⁷⁸ TANDOĞAN, Şahsiyet, s. 29

³⁷⁹ KILIÇOĞLU, s. 121

³⁸⁰ TÜFEK, s. 34

³⁸¹ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 390

yükümlülüğüne aykırılık olarak değerlendirilmektedir³⁸². FSEK m. 85 de eser mahiyetinde olmasa da kişilerin mektup ve hatıra benzeri yazılarının yayımlanmasını yasaklamaktadır. Aynı şekilde işçi ve işveren arasında sadakat yükümlülüğünden gelen iş yeri ve iş sırları ile ilgileri başkaları ile paylaşmama yükümlülüğü vardır.

2.1.4.3. İktisadi değerler

Kişilerin iktisadi hayatlarında belirli davranışlarda bulunmalarını engelleyen veya belirli davranışlarda bulunmalarına zorlayan davranışlar kişilik haklarına saldırı niteliğindedir³⁸³. Bu anlamda bir iş adamının ihaleye girmesine engel olmak, bir işçinin serbestçe iş bulmasını engellemek veya işverenine karşı sadakatsizce davranmaya zorlamak bu anlamda iktisadi varlıklara yönelik saldırılar olarak değerlendirilir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda kişilerin çalışma hürriyetlerini, onların sosyal ve ekonomik geleceklerini olumsuz yönde etkileyen davranışları iktisadi varlıklara yönelik saldırı olarak değerlendirmiştir³⁸⁴. Kişilerin iktisadi varlıklarına yönelik saldırılar TMK m. 24 kapsamındadır. Rekabet hukuku kapsamında getirilen kuralların birçoğu kişilerin iktisadi varlıklarını korumaya yöneliktir. Örneğin bir ticaret şirketinin belirli bir pazarda iş yapmasına engel olmak veya yeni kurulan bir şirketin zarar etmesi amacıyla diğer şirketlerin birlikte hareket etmesi veyahut belirli bir alanda faaliyet yürüten şirketlerin aralarında belirli bir hizmet veya mal için fiyat belirleyip, o alandaki tüm şirketleri bu fiyata göre iş yapmaya zorlaması rekabet hukuku anlamında ihlal olduğu gibi aynı zamanda kişilerin iktisadi varlıklarına yönelik saldırıdır. Bunun yanında gerek TBK’da gerekse TTK’da bulunan haksız rekabet hukukuna ilişkin düzenlemeler, iktisadi varlıklara yönelik bir saldırıdır. Bu anlamda yanlış ilan ve dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ile rakip firmaların müşterilerini azaltmak veya onların itibar kaybetmelerine neden olmak da kişilik değerlerine yönelik bir saldırı olarak değerlendirilebilir.

³⁸² AKINTÜRK, Turgut, ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 113

³⁸³ AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 392

³⁸⁴ 4.HD. 13.12.1999, 8861/110, YKD, 2000, S. 4, s. 532

2.1.4.4. Gen analizi için verilerin örneklerin ve analiz sonucu elde edilen verilerin kişilik hakkı olarak değerlendirilmesi

2.1.4.4.1. Gen analizi için verilen örneklerin hukuki durumu

Tıp ve biyoteknoloji alanındaki gelişmelerle birlikte insan vücudundan elde edilen biyolojik maddelerin kullanımı sağlık ve araştırma sektörü başta olmak üzere birçok alanda büyük bir artış göstermiştir.

Hukuki anlamda eşya, üzerinde bireysel hâkimiyet sağlanabilen, ekonomik değer taşıyan kişi ve hayvanlar dışındaki cismani varlıklardır³⁸⁵. Yaşayan bir insan vücudu ve vücudun organ ve dokuları eşya olarak nitelendirilemez. 2005 yılında İngiltere’de mahkeme vermiş olduğu karar ile de insan vücudunun ve onun organlarının eşya olarak değerlendirilmeyeceğini belirtmiştir. 2002 yılında işverenin evine giren şahıs elini cebine koyarak işverene yöneltmiş ve silah izlenimi vererek işvereninden para ve mücevher talep etmiştir. Mahkeme olayda ateşli silah veya ateşli silah benzeri taklit eşya kullanımının olmadığına, kişinin el ve parmaklarının eşya olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir³⁸⁶.

Gen analizi için verilen saç, tükürük, kan, üreme hücresi gibi maddeler insan vücudu içinde yer alan ve insanın yaşamasına hizmet eden maddelerdir. Söz konusu maddeler insanın kişiliğinin bir parçasıdır³⁸⁷ ve vücuttan ayrılmadıkları sürece bir mülkiyete konu olmaları mümkün değildir. Vücuttan ayrılmadıkları sürece kişiliğin bir parçası oldukları için söz konusu bu maddelere yönelik eylemler vücut bütünlüğüne yönelik eylemler olarak ele alınıp kişilik hakkına saldırı kapsamında değerlendirilir. İngiltere Yüksek Mahkemesi de 2006 yılında verdiği DPP v. Smith kararında failin eski kız arkadaşının saçlarını rızası olmadan kesmesini mağdurun vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırı olarak değerlendirmiştir³⁸⁸.

Vücuttan ayrılan parçaların hukuki durumu ise biraz daha karışıktır. İnsan vücuduna ayrılmaz biçimde yerleştirilen diş dolgusu suni göz gibi yapay uzuvlar kişiliğin bir

³⁸⁵ OĞUZMAN, M. Kemal, SELİCİ, Özer, OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 8

³⁸⁶ Regine v. Bentham, UKHL, 2005, <http://www.publications.parliament.uk>, Erişim Tarihi: 19.02.2016

³⁸⁷ ÖZBİLEN, Arif Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 14

³⁸⁸ DPP v Smith (2006) EWHC 94, (<http://www.e-lawresources.co.uk/DPP-v-Smith-%5B2006%5D.php>), Erişim Tarihi: 19.02.2016

parçası olarak eşya vasfı taşımasalar da vücuttan ayrılabilirler şekilde takılan peruk, takma diş gibi uzuvların eşya olduğu kabul edilmektedir³⁸⁹.

İnsan vücudundan ayrılıp başka bir bedene nakledilebilen organ, doku ve kan gibi maddeler nakil amacıyla vücuttan alınıp başka bir bedene nakledildiklerinden eşya olarak değerlendirilmez ve bu parçalar içinde bulundukları bedenin kişiliğinin bir parçasını oluştururlar. Bu nedenle Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun³⁹⁰, organ naklinin iyileştirme amacıyla yapılacağını belirtmiş ve 3.maddede bir bedel karşılığında organ ve doku alınması ve satılmasının yasak olduğunu belirtmiştir. Nakil amacı olmaksızın vücuttan ayrılan parçalar için ise bünyesine uygun düştüğü oranda eşya hukuku kurallarının uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir³⁹¹. 1985 yılında Fransa’da tutuklunun mahkemenin dikkatini çekmek için kestiği parmağı eşya statüsünde değerlendirilmiş ve müsadere edilmesine karar verilmiştir³⁹².

Vücuttan ayrılan dokular üzerinde kişilik hakkının devam edip etmediğinin tespitinde söz konusu parçalar ile vücut arasındaki ilişkinin devam edip etmediği önem arz eder. Saç, plasenta gibi vücuttan ayrıldıktan sonra tekrar nakli mümkün olmayan ve tekrar vücut ile ilişkilendirilemeyecek olan parçalar, yine kalça operasyonu sonrası vücuttan çıkarılan kemikler bu anlamda eşyadır³⁹³. Kanada mahkemesi vermiş olduğu bir kararda vücuttan ayrılan dokuların eşya statüsünde değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Söz konusu olayda Snezana Pilijak isimli kadına 2009 yılında kolon kanseri teşhisi konulur ve kadın 2011 yılında vefat eder. Söz konusu dava, 2008 yılında yapılan biyopsi de hastalığın tespit edilememesinde işlemi uygulayan doktorun ihmalinin olup olmadığına ilişkindir. Açılan davada 2009 yılında Toronto Stonybrook hastanesinde biyopsi yapılmak için verilen karaciğer örnekleri, Snezana’nın hastalığının kalıtsal olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla mahkemeden talep edilmiş ve mahkeme öncelikle bu doku parçaları üzerinde kimin

³⁸⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 6

³⁹⁰ RG. Tarihi: 3.6.1979, Sayı:16655

³⁹¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 6

³⁹² Affaire Daoud, 24.9.1985, ÖZBİLEN s. 20

³⁹³ DEUTSCH, Erwin, SPICKHOFF, Andreas, Medizinrecht,- Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht, 7. Auflage, Springer, s. 808-809

hak sahibi olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme söz konusu doku parçalarının hastanenin kişisel mülkü olduğuna karar vermiştir³⁹⁴.

Kişinin genetik materyallerini taşıyan ve canlılığın devamı için önem arz eden üreme hücreleri ve DNA moleküllerinin kalıtsal özelliklerin gelecek nesle aktarılmasını ve neslin devamını sağlamalarından dolayı eşya statüsünde değerlendirilmemesi gerekir³⁹⁵. Helsinki Bildirgesi'nde kişilerin tıbbi kayıtlarıyla birlikte DNA ve doku örnekleri üzerinde kişiliğe bağlı bilimsel mülkiyet ilişkisinin olduğu belirtilse³⁹⁶ de 1984 yılında Fransa'da spermin insan neslinin devamına hizmet ettiğinden eşya olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin karar verilmiştir³⁹⁷. 1993 yılında Amerikan Mahkemesi tarafından verilen kararda ise, insan sperminin hem mülkiyet hakkına konu olduğu hem de kişilik değeriyle ilgili bir eşya olduğu ifade edilmiştir³⁹⁸. Kanaatimizce bireyin ve neslin geleceği için taşıdığı bu önemden dolayı genetik materyaller, üreme hücreleri ve DNA molekülleri kişiliğin bir parçasıdır ve eşya olarak nitelendirilemez.

Laboratuvar ortamında döllenmiş ancak henüz vücuda yerleştirilmemiş olan embriyolar için ise Amerikan mahkemesi Davis v. Davis kararında bunların ne insan ne de eşya olduğunu ancak ileri de yaşama şansına sahip olabilmesi nedeniyle özel bir konumu olduğunu belirtmiştir³⁹⁹.

Son olarak belirtmeliyiz ki ölüm halinde kişiliğin sona ermesinden dolayı ceset kişi olarak değerlendirilemez ancak ceset ölenin yakınlarının kişilik hakları çevresinde korunur.

³⁹⁴ WARNICA, Richard, Human Tissue Removed for Medical Test is 'Personal Property' of Institution, Not Person it Came From: Ruling, <http://news.nationalpost.com/news/canada/human-tissue-removed-for-medical-tests-is-personal-property-of-institution-not-person-it-came-from-ruling>, Erişim Tarihi: 10.07.2016

³⁹⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, Eşya Hukuku, s. 6

³⁹⁶ BİLGİN, s. 114

³⁹⁷ L'affaire Parpalaix, 1984, ÖZBİLEN, s. 27

³⁹⁸ Hecht v. Superior Court (Kane), June 17, 1993, <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/16/836.html>, Erişim Tarihi: 19.02.2016

³⁹⁹ POLAND, Susan Cartier, Landmark Legal Cases in Bioethics, National Reference Center for Bioethics Literature, s. 9

2.1.4.4.2. Gen analizi sonucunda elde edilen verilerin hukuki durumu

2.1.4.4.2.1. Kişisel veri kavramı

Özel yaşamın gizliliği ile yakın ilişki içinde olsa da kişisel veriler, özel yaşamdan ayrı bir değer olarak ele alınmaktadır. Teknolojik gelişmelerle birlikte kişisel bilgilerin üçüncü kişiler tarafından kolayca ele geçirilebilmesi ve farklı şekilde kullanılabilmesi de bunu gerektirmektedir⁴⁰⁰.

12 Eylül 2010 tarihindeki referandum ile 1982 Anayasa'sında yapılan değişikliklerden biri de kişisel verilerin korunmasına ilişkin 20. maddedir. Maddeye eklenen hükme 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 rızası ile işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”*. Söz konusu hükümden önce kişisel veriler Anayasada düzenlenen özel yaşamın gizliliği ve haberleşme hürriyeti içerisinde korunmaktaydı. Anayasa değişikliği ile birlikte kişisel verilerin korunması hakkı açıkça anayasal güvenceye kavuşmuştur. Bunun yanında uzun süredir tartışılan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) nihayet resmi gazetede yayınlanmıştır⁴⁰¹.

Kişinin bireysel olarak tespit edilmesini sağlayan tüm bilgiler kişisel veridir⁴⁰². Bu veriler tek bir bilgidен oluşabileceği gibi kişinin adres, doğum tarihi, fotoğraf ve parmak izi gibi çok sayıda bilgidен de oluşabilir⁴⁰³. Kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere temel hak ve hürriyetleri korumak verileri işleyenlerin yükümlülük ve uymaları gereken usulleri belirlemek amacıyla düzenlenen KVKK'da isme bağlı veri veya bireysel veri olarak da ifade edilen⁴⁰⁴ kişisel veriler, *“kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ait her türlü bilgi”*

⁴⁰⁰ DÜLGER, Murat Volkan, Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 2015, s: 43-80, s. 45

⁴⁰¹ Kabul Tarihi: 24.03.2016, Kanun No: 6698

⁴⁰² BAŞPINAR, s. 97

⁴⁰³ BAŞALP, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 33

⁴⁰⁴ KILINÇ, Doğan, Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, AÜFHD, 61:3, 2012, s: 1089-1169, s. 1093

olarak tanımlanmaktadır. Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair 108 Numaralı Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde (108 Sayılı Sözleşme) kişisel veri, kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilişkili tüm bilgiler olarak tanımlanmıştır⁴⁰⁵ Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi'nde (AB VKD) ise kişisel veriler, bilinen veya bilinebilir bir kişiyle ilgili her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik⁴⁰⁶ ise kişisel veriyi “*Tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi*” olarak tanımlamaktadır. Bu tanımlar çevresinde kişisel verilerin kişinin kendisini ve kişisel özelliklerini belirten, onu tanımlayan bilgiler olarak tanımlayabiliriz. Bu bakımdan kişinin kimliğini ortaya koyan bilgilerin yanı sıra kişinin kişisel özelliklerini ortaya koyan resim, şöhret ve özel yaşamı da kişisel veri olarak ele alınabilir.

2.1.4.4.2.2. Kişisel verilerin hukuki niteliği

Teknolojik imkânların gelişmesiyle birlikte bireylere ait özel bilgilerin kısa sürede ele geçirilmesi ve işlenmesi mümkün hale gelmiştir. Bugün korsan yazılımlar ve virüsler ile kişilerin bilgisayar veya telefonlarında yer alan her türlü bilgi üçüncü kişilerin eline geçebilmektedir. Belirli aralıklarla medyaya konu olan tanınmış simaların fotoğraf veya ses kayıtlarının internet platformlarında paylaşılması da bu bilgilerin kolaylıkla ele geçirilebildiğini göstermektedir. Bireyin kişisel verilerden dolayı tam bir korumadan yararlanabilmesi için verilerin hukuki niteliğine değinilmesi gerekir.

Öncelikle kişisel verilerin özel hayatın özellikle mahremiyet hakkının bir parçası olarak ele alınıp alınmayacağını incelenmelidir. Kişisel verilerin özel hayatın gizliliği temel hakkına dayanan negatif statü haklardan olduğu ileri sürülse de⁴⁰⁷, 96/46/EC Sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi (Direktif) amaç kısmında özellikle

⁴⁰⁵ Sözleşme 28 Ocak 1981'de Türkiye tarafından imzalanmıştır. 21.7.2014 tarihinde uygun bulunmasına ilişkin kanun tasarısı hazırlanmış ancak henüz onaylanmamıştır.

⁴⁰⁶ RG. Tarihi: 6 Şubat 2004, Sayı: 25365

⁴⁰⁷ KILINÇ, s. 1099

mahremiyet hakkı olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunmasının hedeflendiğini belirtmektedir. Burada yer alan özellikle ifadesi ile kişisel verilerin mahremiyet hakkının korunmasını da sağladığı ancak daha geniş bir amaca hizmet ettiği anlaşılmaktadır⁴⁰⁸. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nde ise kişisel veriler, özgürlükler başlıklı ikinci bölümde özel yaşamdan ayrı olarak ele alınmıştır.

Kişisel verilerin hukuki niteliği için ileri sürülen ikinci görüş ise verilerin ticari değer kazanmış olmasından dolayı mülkiyet hakkı olduğudur. Ancak bu görüş mülkiyet hakkının malike sağladığı şey üzerinde dilediği gibi tasarruf etme yetkisinin kişisel veriler için mümkün olmaması, malikin eşya üzerinde dilediği gibi değişiklik yapma hakkı olmasına rağmen kişisel veriler üzerinde bu yetkisini kullanmasının çok sınırlı olması nedenleriyle eleştirilmektedir⁴⁰⁹.

Kişisel verilerin hukuki niteliği için öne sürülen bir diğer görüş ise bunların fikri mülkiyet hakkı olduğuna ilişkindir. Ancak bu görüş de bu iki kurumun varlık amaçları yönünden ve fikri mülkiyete konu varlıkların kişinin emek ve gücü neticesinde ortaya çıkarken kişisel verilerin ortaya çıkmasında bu durumun söz konusu olmaması nedeniyle eleştirilmektedir⁴¹⁰.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin anayasal düzenlemeden önce kişisel veriler özel hayatın bir parçası olarak değerlendirilmekte ve özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelerden yararlanmaktaydı⁴¹¹. Bugün gerek anayasadaki düzenleme gerek de KVKK'nın düzenlenmesiyle kişisel veriler, özel hayatın bir parçası olmasının yanında korunması gereken ayrı bir değer olarak ele alınmaktadır. Kişisel veriler özellikle bireyin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi ve insan onurunun korunması ilkeleriyle yakın bir ilişki içerisindedir. Kişinin kendi yaşamına yön verebilmesi için kendisine ait bilgilerin nasıl ve ne şekilde işleneceği konusunda söz sahibi olması gerekir⁴¹². Bu nedenle kişisel verilerin korunması hakkı ile genel kişilik hakkı arasında kuvvetli bir bağ olduğu kabul edilmektedir ki verilerin korunması

⁴⁰⁸ AKSOY, Can Hüseyin, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s. 86

⁴⁰⁹ AKSOY, s. 88; UNCULAR, s. 22

⁴¹⁰ AKSOY, s. 91; UNCULAR, s. 24

⁴¹¹ HENKOĞLU, Türkay, Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, Yetkin Yayınları, s. 31

⁴¹² AKSOY, s. 98; ŞİMŞEK, s. 132

kavramı altında asıl ifade edilen de verinin ilişkili olduğu kişinin korunmasıdır.⁴¹³. Bu nedenle veriler yeterli olarak korunursa ve hukuki güvenceye kavuşursa, bireyler ve bireylerin kişilik hakkı tam anlamıyla korunmuş olur.

2.1.4.4.2.3. Hassas kişisel veriler

Kişisel veri kapsamına birey ile ilişkilendirilebilecek her türlü bilginin girdiğini belirtmiştik. Bu nedenle kişinin parmak izi, pasaport bilgileri, ikametgâh bilgileri, sağlık kayıtları, dini inançları, sendika ve dernek üyelikleri kişisel veri olarak değerlendirilmektedir. Kişisel veri kapsamının bu kadar geniş olması veriler içerisinde bazı ayrımların yapılmasını da gerektirmiş ve veriler hassas ve hassas olmayan veriler olarak ikiye ayrılmıştır.

Hassas veri olarak nitelendirilen bazı kişisel veriler açıklanmaları halinde bireylerin toplum tarafından dışlanmalarına veya ötekileştirilmelerine neden olabileceği düşüncesiyle diğer bilgilerden ayrılmaktadır⁴¹⁴. Direktif ise hassas veriyi temel haklar ve özgürlükleri ihlal edici nitelikte olan veriler olarak tanımlamaktadır.

KVKK ise hassas veri ifadesi yerine özel nitelikte kişisel veri ifadesini kullanmakta ve bunu “*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 kişisel veridir*” şeklinde altıncı maddede tanımlamaktadır.

Kanunumuz hassas verileri tanımlarken nelerin hassas veri olarak değerlendirileceğini de belirtmiştir. 108 Sayılı Sözleşme’de ise kişilerin ırk, politik düşünceleri, dini ve diğer inançlarını ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle sağlık veya cinsel hayata ilişkin veriler hassas veri olarak belirtilmiştir. Benzer bir kapsam Direktif’te de ortaya konulmuştur. Direktif 8.maddede kişilerin ırk ve etnik kökenini ortaya koyan bilgilerin, kişilerin politik ve dini düşünceleriyle felsefi inançlarının, sendika üyeliklerinin ve sağlık ve cinsel hayatına ilişkin elde edilen verilerin hassas veri olduğunu belirtmiştir. AB VKD’de ise hassas veriler dokuzuncu maddede ele

⁴¹³ YILDIRIM, Gen Analizleri, s. 390; NEBİL, Füsün Sarp, 21. Yüzyılın Yükselen Değeri Kişisel Veriler, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2016, s.19

⁴¹⁴ KAYA, Cemil, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFM, C. LXIX, S. 1 -2, 2011, s: 317-334, s. 318; HENKOĞLU, s. 28,

alınmış ve kişilerin ırk veya etnik kökenine, politik düşüncelerine, dini veya felsefi inançlarına, sendika üyeliklerine ilişkin bilgilerin, genetik bilgilerin, kişiyi tanımlamaya yönelik biyometrik bilgilerin, kişinin sağlık ve cinsel hayatına ya da cinsel yönelimine yönelik bilgilerin hassas veri olduğu belirtilmiştir. Kanun bu şekliyle hassas verilerin kapsamını daha önceki düzenlemelerden daha geniş tutmuştur. Tüm bu düzenlemelerde hassas veriler sınırlı sayıda olacak şekilde sayılmıştır. Hassas ve hassas olmayan kişisel veri ayrımının yanı sıra ülkelerin kişisel veri kanunlarında daha farklı sınıflandırmaların yer alması mümkündür. Örneğin Estonya'nın 2003 yılında kabul ettiği Kişisel Veri Koruma Kanunu'nda hassas verilerin yanında özel kişisel veri ayrımı da yapılmış ve kişinin aile yaşamı, sosyal yardım ve sosyal hizmet almak için yapılan müracaatları, maruz kalınan zihinsel ve fiziksel acıları ve vergi borçları ve vergi harç işlemleri sırasında toplanan verilerin hassas veri olarak değil ancak özel kişisel veri olarak kabul edilmiştir⁴¹⁵.

2.1.4.4.2.4. Genetik bilgilerin hassas veri olarak değerlendirilmesi

Günümüzde teknolojik imkânlar ile kişilerin sağlıklarına ilişkin tüm bilgiler, hangi testleri yaptırdıkları, teşhisler, kullanılan ilaçlar Elektronik Sağlık Kaydı adı altında tutulmaktadır. Bu kayıtlar bir taraftan sağlık bakanlığına birçok hastalık ve hastalığın tedavisine ilişkin analiz yapma imkânı sağlarken diğer taraftan hekimin tedavi edeceği hasta hakkında ayrıntılı bilgi edinmesine de imkân tanımaktadır. Elektronik ortamda kişilere ait bu özel bilgilerin yer alması sisteme dışarıdan müdahale yapılması ihtimalini da gündeme getirmektedir. Bilgiler üçüncü kişiler tarafından hukuka aykırı olarak ele geçirilme ve çeşitli amaçlar için farklı kuruluşlar ile paylaşılma tehdidi altındadır. Verilerin uzun süre boyunca bu sistemde kalacağı düşünüldüğünde bilgilerin korunması ihtiyacı daha net ortaya çıkmaktadır. Söz konusu korumanın sağlanması için bilgilerin bir kişisel veri olarak ele alınması ve kanunlar kapsamında korunması gerekmektedir.

Hekimlerin ve diğer sağlık görevlilerinin meslekleri gereği hastanın sağlık durumu hakkında gerek yapılan test ve tedavi sonucunda gerekse de hastanın yapmış olduğu açıklamalar sonucunda elde ettiği veriler kişisel veridir⁴¹⁶. Bu nedenle kişinin fiziki

⁴¹⁵ KAYA, Hassas Veriler, s. 320

⁴¹⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 893

muayenesi veya yapılan testler sonucunda elde edilen bilgiler kişisel veri olarak korumadan yararlanılır.

Genel sağlık bilgilerinden farklı olarak genetik analizler kişinin genetik yapısının yanında gelecekte hangi hastalıklara yakalanabileceği ve nesebine ve kişinin gizli kalmasını isteyebileceği mahrem hususları hakkındaki bilgileri ortaya çıkarır. Gen analizi ile elde edilen veriler, analize tabi tutulan kişilerin yanı sıra ailesi ve yakın akrabaları hakkında da bilgiler içermesinden dolayı önem arz etmektedir. Diğer taraftan gen analizleri adeta parmak izi gibi kişiyle bilgiyi ilişkilendirmekte ve genetik materyal tekrar analiz edildiğinde ilgili kişi yeniden tespit edilebilmektedir⁴¹⁷. Sağlık bilgilerinden farklı olarak gen analizleri hastanelerin yanı sıra birçok merkezde kolaylıkla yapılmaktadır. Bugün kişiler internet ortamında yer alan sitelere gönderdikleri örneklerle gen analizleri yaptırmakta ve gerek kendilerine ilişkin gerekse de başka kişilere ait bilgilere ulaşabilmektedir. Yine bireyler bu siteler aracılığıyla mahkeme kararı olmaksızın babalık testi yaptırmaktadır. Teşhis ve tedavi amacı olmaksızın da bireyler gerek iş sözleşmeleri için gerekse de sigorta sözleşmeleri nedeniyle gen analizlerine tabi tutulabilmektedirler. Bunlar dikkate alındığında elektronik sağlık kayıtları ve genel sağlık bilgilerinden farklı olarak gen analizleri gerek insan vücudunun bir parçasını oluşturduğundan beden bütünlüğü kapsamında, gerekse de dış dünyaya sunduğu bilgiler sebebiyle özel yaşamın gizliliği ve korunması kapsamında bir kişisel veri olarak değerlendirilip kişilik hakkı olarak korunmalıdır⁴¹⁸.

Yukarıda sayılan açıklamalara rağmen 108 Sayılı Sözleşme’de veya Direktif’te genetik veriler hassas veri olarak sayılmamıştır. Ancak, genetik veriler geniş anlamda sağlık bilgileri olarak değerlendirilmektedir. Aksi halde, genetik yolla elde edilen sağlık bilgilerinin, diğer yollar ile elde edilen sağlık bilgilerinden daha az bir hukuki koruma elde etmesi söz konusu olur. Bugün, gen analiz sonuçlarının yorumlanmasıyla bireyin birçok şahsi özelliğinin ortaya konulması mümkün olduğundan sağlık bilgileri geniş yorumlanmalı ve genetik bilgiler de Direktif’in sağlık bilgileri içerisinde benzer korumalardan yararlanmalıdır⁴¹⁹. Direktif’in bu düzenlemesinden farklı olarak Polonya, İzlanda, Bulgaristan ve Estonya gibi birçok

⁴¹⁷ YILDIRIM, Gen Analizleri, s. 388

⁴¹⁸ YILDIRIM, Gen Analizleri, s. 389; BAŞALP, s. 42; BAŞPINAR, s. 97

⁴¹⁹ BAŞALP, s. 42

ülke kişisel veri kanunlarında genetik verileri hassas veriler olarak ele almışlardır⁴²⁰. Bunun yanında AB VKD’de genetik bilgilerin hassas veri olduğu belirtilmiş ve kanunun tanımlar başlıklı dördüncü kısmında genetik bilgi, kişiden alınan biyolojik örnek üzerinde analiz yapılarak elde edilen ve kişinin kalıtsal olarak veya gendeki karakteristik durumdan dolayı sahip olduğu ve kendisinin fiziki ve sağlık durumu hakkında bilgiler sunan veriler olarak tanımlanmıştır. Ülkemizde ise gen analizi sonucunda elde edilen bilgilerin kişisel veri olduğu CMK’ m.80’de belirtilmiş ve verilerin gizliliğinin korunmasının önemine vurgu yapılmışken KVKK’da da genetik veriler hassas veri olarak ele alınmıştır.

2.1.4.4.2.5. Kişisel verilerin işlenmesi

Günümüzde gerek devlet, gerek de özel şirketler tarafından yürütülen birçok hizmetin icrasında kişilere ait verilerin kullanılması ve işlenmesi söz konusudur⁴²¹. Bankalar, müşterilere hizmet edebilmek için kimlik ve ikametgâh bilgilerinden, iş ve mali bilgilere kadar birçok bilgiyi bireyden talep etmektedirler. Benzer durum pasaport işlemlerinde veya sağlık hizmetlerinde devlet tarafından gerçekleştirilmektedir. Diğer taraftan teknolojinin artmasıyla internet üzerinde kişilerin, eğitim durumları, dini inançları, kredi kartı bilgileri veya resim ve videoları her an işlem görebilmektedir.

Kişilerin verilerin korunması konusunda mutlak bir hakları yoktur ve toplum menfaati ile kişilerin temel hak ve hürriyetleri arasında orantılık ilkesi çevresinde bir dengenin oluşturulması ve buna göre verilerin işlenmesi gerekir⁴²². Kişilere ait bu verilerin işlenmesinin bireyin menfaatlerine zarar vermesinin önlenmesi için de bu işlemlerin hukuki standarda kavuşturulması gerekir.

AB VKD’da verilerin işlenmesinden ne anlaşılması gerektiği dördüncü maddede belirtilmiştir. Buna göre kişisel veri veya veri grubu üzerinde otomatik veya otomatik olmadan gerçekleşen verilerin toplanması, kaydedilmesi, düzenlenmesi, programlanması, yapılandırılması, depolanması, uyarlanması, değiştirilmesi, ele geçirilmesi, danışılması, kullanılması, başkalarına açıklanması, yayımlanması veya

⁴²⁰ KAYA, Hassas Veriler, s. 31

⁴²¹ KILINÇ, s. 1092; BAŞALP, s. 23; Council of the European Union, International File: 2012/0011 (COD), Brussels, 6 April 2016, s. 4

⁴²² Council of the European Union, s. 3; BAŞPINAR, s. 82; ŞİMŞEK, s. 136

başka bir şekilde insanların ulaşımına uygun hale getirilmesi, gruplandırılması, sınırlandırılması, silinmesi veya yok edilmesi verilerin işlenmesi olarak değerlendirilir. KVK'da ise verilerin işlenmesi üçüncü maddede *“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 hale getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem”* olarak tanımlanmaktadır.

AB VKD'nin beşinci maddesinde hassas olmayan verilerin adil ve yasal olarak şeffaf bir şekilde işlenebileceği belirtilmektedir. Verilerin meşru ve sınırlı olan belirli bir amaç için işlenebileceği, bu amacın dışına çıkacak şekilde verilerin işlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Yine verilerin amacın gerçekleşmesine imkân tanıyacak sınırdaki ve yeterlilikte olması ve işlenen verilerin amaç ile ilgili olması gerekir. Altıncı maddede ise hangi hallerde verilerin işlenmesinin yasal olacağı belirtilmiştir. Buna göre veri sahibi verilerin bir veya birden fazla amaç için işlenmesine açık bir şekilde rıza vermiş ise, veri sahibinin tarafı olduğu sözleşmenin gerçekleştirilmesi veya sözleşme ilişkisinin kurulması için verilerin işlenmesi gerekiyorsa, denetleyici için verilerin işlenmesinin yasal zorunluluk olduğu hallerde veya kamu yararına gerçekleştirilen bir hizmetin ifası için gerekli olması halinde verilerin işlenmesi hukuka uygundur.

Direktifte de hassas olmayan verilerin meşru amaçlarla toplanması halinde adil ve yasal olarak işlenebileceğini altıncı maddede belirtilmiştir. KVKK'da ise hassas olmayan kişisel verilerin işlenmesi için kural olarak bireyin rızasının gerektiği ancak beşinci maddesinde sayılan hallerde kişinin izni olmadan da kişisel verilerin işlenmesinin mümkün olduğunu belirtmektedir. Bu haller:

“...Aşağıdaki şartlardan en az birinin varlığı halinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin veya bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklere zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için işlenmesinin zorunlu olması ”

Sayılan bu hallerde veri sahibinin izni olmasa dahi hassas olmayan kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.

AB VKD'nin dokuzuncu maddesinin ilk fıkrasında hassas verilerin işlenmesinin kural olarak yasak olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrada bu kurala getirilen istisnalara yer verilmiştir. Bu maddeye göre veri sahibi belirli bir veya birden fazla amaç için verilerin işlenmesine açık rıza vermişse veriler işlenebilir. Yine, denetleyicinin hak ve yükümlülüklerini yerine getirmesi ve veri sahibinin iş ve sosyal güvenliğin sağlanması ya da veri sahibinin temel hak ve hürriyetlerinin korunması amacıyla Birlik veya üye devlet yasası veya da kolektif anlaşmalarca ortaya konulan yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla hassas veriler işlenebilir. Veri sahibinin hukuki veya fiziki sebeplerle rıza veremediği hallerde verilerin işlenmesi veri sahibi veya üçüncü kişi için hayati öneme sahipse veriler işlenebilir. Siyasi, dini, felsefi veya sendikal amaçlarla kurulan vakıf, dernek vb. kâr amacı gütmeyen kuruluşların meşru faaliyetleri çevresinde üyelerinin, önceki üyelerinin veya bu kuruluşlar ile düzenli iletişim halinde olan kişilerin bilgileri, kişilerin rızası olmadan kuruluşun dışına açıklanmamak koşuluyla işlenebilir, Veriler veri sahibi tarafından kamuya açıklanmışsa veriler işlenebilir. Hukuki iddiaların kurulması veya savunmanın yapılabilmesi için yürütülen yargısal faaliyetler için gereklyse veriler işlenebilir. Birliğin veya üye devletlerin yasalarına dayalı olarak kamu menfaatinin gerektiği

hallerde bu amaç ile orantılı olarak veri korumanın özüne saygı duyarak ve veri sahibinin temel haklarını koruyacak uygun ve özel önlemler almak koşuluyla veriler işlenebilir. Birlik veya Üye devlet yasalarına dayanmak koşuluyla işçinin iş gücü kapasitesinin ölçülmesi veya tıbbi teşhis amacıyla yapılan önleyici veya mesleki tıp faaliyetleri kapsamında, sağlık ve sosyal hizmetlerin veya tedavi hizmetlerinin, sağlık ve sosyal hizmet ve servislerin işletilmesi amacıyla veriler işlenebilir. Özel gizlilik ilkesi çevresinde, veri sahibinin hak ve özgürlüklerini korumaya yönelik uygun ve özel önlemler sağlamak için Birlik veya Üye devlet tarafından hazırlanan yasalara dayanmak koşuluyla sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere karşı koruma sağlamak veya sağlık hizmetlerinde, tıbbi ürün ve araçlarda yüksek kalite ve güvenliği sağlamak gibi sağlık alanında kamu yararının gerektirdiği hallerde kişisel veriler işlenebilir. Birlik veya Üye devletin, amaç ile uyumlu olan ve veri korumanın özüne saygı duyan ve veri sahibinin menfaati ile temel haklarının korunması için uygun ve özel önlemler alan yasalarına dayanarak, 89. madde ile uyumlu olarak kamu yararı, bilimsel ve tarihi çalışmalar ya da istatistiksel amaçlarla verilerin arşivlenmesi için verilerin işlenmesi mümkündür.

Verilerin sayılan bu hallerde işlenmesi mümkün olmakla birlikte verinin toplanması veya işlenmesini gerektiren halin ortadan kalkması veya veri işlenmesinin veri sahibinin rızasına dayanarak yapıldığı ve veri sahibinin bu rızasını geri çektiği veya verilerin hukuka aykırı bir şekilde işlendiği durumlarda veri sahibi toplanan veya işlenen verilerin silinmesini talep hakkına sahip olup, bu talebin kullanılması halinde talebin gecikmeksizin yerine getirilmesi gerekir.

AB VKD'nin 15. maddesine göre verilerin işlenmesi halinde, veri sahibi hangi kategorideki verilerin hangi amaçlarla işlendiği ve verilerin üçüncü kişi veya ülke ile paylaşılıp paylaşılmadığı veya verilerin açıklanıp açıklanmadığı hakkında bilgi alma hakkına sahiptir.

Hassas kişisel verilerin işlenmesi Direktif'in sekizinci maddesine göre de kural olarak yasaktır. Ancak direktif bu kurala bazı durumlar için istisna getirmektedir. Bu istisnai hallerde bile verilerin işlenmesi ve toplanması amaçlarını sağlayacak oranda sınırlı olması gerektiği belirtilmiştir⁴²³. 108 Sayılı Sözleşme'nin altıncı maddesinde

⁴²³ KAYA, Hassas Veriler, s. 324

de ulusal güvencelerin getirilmemesi durumunda hassas verilerin işlenmesinin yasak olduğu belirtilmiştir.

Direktifin sekizinci maddesinde hassas verilerin işlenmesine getirilen ilk istisna veri sahibinin açık muvafakatidir. Ancak direktif, aynı fıkrada ulusal kanunlarda veri sahibinin açık muvafakati olsa dahi verilerin işlenmesinin yasaklanabileceğini belirtmektedir. Kişinin açık muvafakatının alındığının kabul edilmesi için bireyin hangi verilerin ne amaçla işlendiği konusunda bilgi sahibi olması gerekir⁴²⁴. Direktif ile getirilen ikinci istisna ise çalışma alanındaki hak ve yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması halidir. Üçüncü istisna veri sahibinin fiziki veya hukuki sebeplerle verilerin işlenmesine rıza gösteremediği hallerde verilerin işlenmesinin veri sahibi veya üçüncü kişilerin yaşamı için zorunlu olması halidir. Bu istisna verilerin veri sahibi dışında üçüncü kişilerin menfaatleri için işlenmesine imkân sağlaması açısından önemlidir. Dördüncü istisna ulusal güvencelerin sağlanmış olması koşuluyla siyasi felsefi, dini veya sendikal bir amaç taşıyan vakıf, dernek veya benzeri kâr gütmeyen kuruluşların meşru faaliyetleri sırasında işlenebilmesidir. Beşinci istisna veri sahibi tarafından verilerin kamuya açıklanması veya hukukun uygulanması ve savunma hakkının kullanılması halidir. Altıncı hal, tıbbi teşhis, bakım ve tedavi hizmetlerinin yönetilmesi amacıyla zorunlu olması halinde verilerin işlenmesidir. Yedinci istisna suç ve mahkûmiyete ilişkin bilgilerin resmi makamlar tarafından işlenebilmesidir. Son olarak direktif kimlik numarası ve diğer tanıtıcı işaretlerin işlenmesi konusunda üye devletlere yetki vermektedir.

Hassas verilerin işlenmesi konusunda KVKK'nın getirdiği mekanizma ise Direktiften bazı noktalarda farklılık göstermektedir. Kanun, altıncı maddenin ikinci fıkrasında hassas verilerin işlenmesi için ilgilinin açık rızasının alınması gerektiğini belirttikten sonra üçüncü maddede bu kurala istisnalar getirmiş ancak bu istisnaların uygulanması için kurul tarafından gerekli önlemlerin alınması gerektiği dördüncü fıkrada belirtmektedir. Maddede sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel verilerin kanunlarda sayılan hallerde ilgili kişinin açık rızası alınmadan işlenebileceği, sağlık ve cinsel hayata ilişkin verilerin ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleriyle finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama

⁴²⁴ KAYA, Hassas Veriler, s. 326

yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceğini belirtmiştir. Görüldüğü üzere cinsel hayat ve sağlık bilgileri dışındaki hassas veriler için kanun istisnaları belirtmek yerine ilgili kanunlara atıf yapmaktadır. Kanun 28.maddesinde ise hangi hallerde KVKK'nın uygulanmayacağını belirterek bu hallerde de dolaylı olarak hassas olan veya olmayan kişisel verilerin işlenmesine imkân tanımaktadır. Örneğin 28/1-d'de kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenebileceği belirtilmiştir. Benzer bir hüküm Direktif'te hassas verilerin işlenmesi için bir istisna olarak yer almaktaydı. Direktif bu şekilde verinin işlenmesine imkân tanımakla birlikte işlemenin direktif hükümlerine tabi olarak yapılmasını sağlama yoluna gitmekteyken kanunumuzda bu durum kanunun uygulanmayacağı bir hal olarak yer aldığından kişinin kanunun sağladığı aydınlatılma ve bilgi alma gibi haklarını bu durumda nasıl kullanacağı belirsizdir.

2.1.4.4.2.6. Kişisel verilere ilişkin uluslar arası ve ulusal düzenlemeler

Kişisel verilerin korunmasına ve verilerin gizli kalmasına yönelik düşünceler çok eski dönemlere dayansa da kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuksal sorunlar verilerin otomatik işleme tabi tutulmaya başlamasıyla gündeme gelmiştir⁴²⁵. Modern anlamda verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenlemeler 1960lı yıllarda ABD'de başlamıştır. Bunda kişilerin kredi verilebilirliklerinin belirlenmesine yönelik işlemlerde bilgisayarların yapmış olduğu hataların etkisi vardır. Aynı yıllarda İsviçre'de bireye ilişkin tüm verilerin toplandığı nüfus sicili oluşturulmaya çalışılmıştır. Almanya'da ise 1972 yılından beri faaliyet gösteren bir veri sistemi mevcuttur⁴²⁶. Ulusal alandaki tüm bu çalışmalar artarken kişisel verilerin korunması adına ülkeler için öneri niteliğinde veya bağlayıcı olacak şekilde çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu düzenlemelerden bir kaçışunlardır.

⁴²⁵ ŞİMŞEK, s. 5

⁴²⁶ ŞİMŞEK, s. 7 vd.

2.1.4.4.2.6.1. Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi

3-4 Haziran 1999 tarihinde Köln zirvesinin sonuç bildirgesinde Avrupa Birliği düzeyinde uygulanan temel hakların bir şartta toplanarak açıklığa kavuşturulmasının gerekliliği vurgulanmış ve bunun üzerine yürütölen çalışmalar sonunda 7 Aralık 2000 tarihinde Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı imzalanmıştır. Bildirge ile ilk kez Avrupa vatandaşlarının bireysel, siyasal ve ekonomik haklarının tamamı tek bir metinde bir araya gelmiştir⁴²⁷. Başlangıç bölümünde hakların kullanılmasının insanlık âlemine ve gelecek kuşaklara karşı olan görev ve sorumlulukları içerdiği belirtilmiştir. Şartın ilk maddesinde insanlık onuruna vurgu yapılıp, *“insan saygınlığı ihlal edilemez; saygı gösterilmeli ve korunmalıdır”* ifadesine yer verilmiştir. Şartın ikinci bölümünde özgürlükler ele alınmıştır. Şartın sekizinci maddesinde kişisel verilerin korunması ele alınmıştır. 8/1’de *“Herkes, kendisine ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir”* ifadesine yer verildikten sonra ikinci fıkrada kişisel verilerin işlenmesi düzenlenmiş ve *“Bu veriler adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörölmüş diğer meşru bir temele dayanarak tutulur”* ifadesine yer verildikten sonra bireylerin toplanan ve işlenen kişisel verileri hakkında bilgi alma ve düzeltme hakları *“Herkes, kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir”* şeklinde belirtilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise bu kurallara uyulmasının bağımsız bir makam tarafından denetleneceği belirtilmiştir.

Bildirgede her ne kadar özel yaşamın gizliliği ve korunması kişisel verilerden ayrı olarak ele alınıp düzenlenmiş olsa da bildirgenin hazırlık aşamasında gerek kurul başkanı gerek devlet temsilcileri tarafından özel yaşamın korunmasının kişisel verileri de kapsadığı ifade edilmiştir⁴²⁸.

2.1.4.4.2.6.2. 108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi

Avrupa Konseyi tarafından 1973 ve 1974 yıllarında kişisel verilere ilişkin olarak ortaya konulan ilkelerde, kişisel verilerin korunması için kamu ve özel sektör tarafından göz önünde bulundurulması gereken önlemler belirtilmiş ise de ulusal mevzuatta bu yönde düzenlemelerin yapılması için bağlayıcı olan uluslar arası

⁴²⁷ UNCULAR, s. 37

⁴²⁸ ŞİMŞEK, s. 71

metinlerin hazırlanması gerekliliği, bu konuda çalışmalar yapılmasını gerektirmiştir⁴²⁹. 1976 yılında sınır aşan veri trafiğini de kapsayacak şekilde kişisel verilerin korunması alanında sözleşme yapılması için Uzmanlar Komitesi görevlendirilmiştir⁴³⁰. Yürütülen çalışmalar sonunda 108 Sayılı Kişisel Nitelikte Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme, 28 Ocak 1981 tarihinde Strazburg’da imzalanıp 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Sözleşme Avrupa Birliği’nde hazırlanan kişisel verilerin korunmasına yönelik bağlayıcılığı olan ilk ve en önemli sözleşmelerden biridir⁴³¹. Sözleşme Avrupa Birliği ülkelerinin yanında Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin de katılımına açık bir yapıdadır⁴³². Sözleşmenin amacı teknolojinin artmasıyla birlikte kişisel verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulması karşısında özel hayatın korunmasını güvence altına almaktır. Türkiye sözleşmeyi 28 Ocak 1981’de imzalamış, 1 Ağustos 2014 tarihiyle sözleşmenin onaylanmasının uygun bulunması için kanun tasarısı hazırlamış ve 18 Şubat 2016 tarihinde çıkarılan kanunla uygun bulunmuştur. Böylelikle, Türkiye, 47 Avrupa Konseyi ülke arasında sözleşmeyi imzalayıp onaylamayan tek ülke olmaktan kurtulmuştur⁴³³. Ancak henüz sözleşmeye taraf olma prosedürü sona ermemiştir.

Sözleşme sadece gerçek kişilere ait verilerin korunmasına yönelik olsa da devletlerin tüzel kişileri de kapsayacak şekilde düzenleme yapmalarına engel bir durum bulunmamaktadır⁴³⁴. Sadece otomatik olarak işlenen verilere ilişkin koruma getiren 108 Sayılı Sözleşme’nin en önemli hükümlerinden biri şüphesiz kişisel verilerin sınır ötesi akışını düzenleyen 12. maddesidir. Maddenin ikinci fıkrasında “*münhasıran özel yaşamın korunması amacıyla kişisel verilerin diğer bir tarafa sınır ötesi akışını yasaklayamaz veya özel müsaadeye tabi tutamaz*” ifadesi AB ülkeleri arasında kişisel verilerin bütünleştirici ve güvenli olarak kullanımını öngören yaklaşımından kaynaklanmaktadır⁴³⁵.

Sözleşme bilgi paylaşılmasını öngörmekle birlikte bireylerin mahremiyetlerinin korunması adına altıncı maddede belirttiği hassas verilerin otomatik işleme tabi

⁴²⁹ KILINÇ, s. 1096

⁴³⁰ ŞİMŞEK, s. 21

⁴³¹ HENKOĞLU, s. 53; KILINÇ, s. 1113; UNCULAR, s. 31; ŞİMŞEK, s. 22

⁴³² ŞİMŞEK, s. 22

⁴³³ HENKOĞLU, s. 53

⁴³⁴ ŞİMŞEK, s. 22

⁴³⁵ HENKOĞLU, s. 53

tutulabilmesi için iç hukukta gerekli güvencelerin sağlanmış olması şartını aramaktadır. Sözleşme yine bu güvenliği sağlamak amacıyla sekizinci maddede veri sahibine ek güvenceler getirmiştir. Veri sahibi bu madde gereğince kendisiyle ilgili verilerin otomatik dosyada olup olmadığı hakkında bilgi alabilir, yer alan bilgilerin kendisine anlaşılır bir şekilde açıklanmasını isteyebilir. Yine verilerin sözleşme hükümlerine veya iç hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde verilerin silinmesini talep edebilir. Ancak sözleşmenin dokuzuncu maddesinde iç hukukta düzenleme yapılması halinde bu hakların kullanımına, devlet güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri veya suçların önlenmesi ve ilgili kişinin veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla sınırlama getirilebileceği belirtilmiştir.

2.1.4.4.2.6.3. 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi

1990 yılında, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD)'nin hazırlamış olduğu rehber ilkeler ile 10 Sayılı Sözleşme arasındaki farklılıkların giderilmesi amacıyla yürütülen çalışmalar sonunda 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Hakkında Direktif, 24 Ekim 1995 tarihinde Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiş ve 1998 yılında yürürlüğe girmiştir⁴³⁶.

Direktifin amacı başta kişisel mahremiyet olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması, kişisel verilere yönelik saldırıları önlemeye yönelik tedbirlerin alınması ve üye ülkeler arasında kişisel verilerin güvenli akışının sağlanması olup üye devletlerin iç hukukunu hedef almakta ve AB kurum ve organlarının kapsam dışında tutmaktadır⁴³⁷. Direktif, birliğe üye ülkelerin kişisel verilerin korunmasına yönelik eşit ağırlıkta düzenlemeler yapmasını hedeflemektedir⁴³⁸. AB içinde kişisel verilerin korunması amacıyla düzenlenen birçok direktif içinde en kapsamlı olanı kişisel verileri ve mahremiyeti koruyan bu Direktif'tir⁴³⁹.

Direktif'in üçüncü maddesinde kişisel verilerin otomatik veya otomatik olmadan işlenmesinin Direktif'in kapsamında olduğu belirtilmiştir. Ceza hukuku alanındaki

⁴³⁶ HENKOĞLU, s. 57; TEKİN, s. 225; KILINÇ, s. 1120; UNCULAR, s. 39; ŞİMŞEK, s. 41

⁴³⁷ HENKOĞLU, s. 57; KILINÇ, s. 1124; ŞİMŞEK, s. 42

⁴³⁸ UNCULAR, s. 39

⁴³⁹ TEKİN, s. 223

devlet faaliyetlerine, savunma ve kamu güvenliğine yönelik faaliyet ile gerçek kişinin kişisel veya ev içi faaliyetlerine ilişkin veriler Direktif'in kapsamı dışındadır. Ancak Adalet Divanı vermiş olduğu kararlarda kişisel verilerin internet ortamında belirsiz sayıda kişinin erişimine açık hale getirilmesi durumunda bu istisnanın uygulanmayacağını belirtmektedir. Söz konusu olayda Lindqvist, kendi internet sitesinde meslektaşları hakkında kişisel bilgileri yayınladığı için İsveç Veri Koruma Kanunu'nu ihlal ettiği gerekçesiyle dava edilmiştir. Lindqvist, sitede meslektaşlarının hobilerini, aile durumlarını, telefon numaralarını paylaşmıştır. ATAD, burada Direktif'in üçüncü maddesinin dar yorumlanması gerektiğine ve internet üzerindeki paylaşımlarda bu istisnanın uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir⁴⁴⁰.

Direktif'in altıncı maddesinde işleme tabi tutulacak verilerin özelliklerine değinilmiştir. Buna göre kişisel veriler yasal ve adil olarak işlenmeli, veriler meşru amaçlar için toplanmış olmalı, toplanan bilgiler bu meşru amaçla ilgili olmalı ve gereğinden fazla bilgi toplanmamış olmalı, bilgiler doğru ve güncel olmalı, amacı gerçekleştirecek süre boyunca tutulmalı, üye ülkelerin bu şartları sağlayacak gerekli önlemleri almış olması gerekir.

Direktif'te kişisel verilerin işlenmesinden sorumlu olan kişiler, verilerin işlenmesinde karar verme yetkisine sahip olan kişi ve kurumlar olup bunlar için denetçi ifadesini kullanılmaktadır. Denetçi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.

Direktif 25 ve 26.maddelerinde kişisel verilerin üçüncü kişilere aktarılmasına ilişkin hükümlere yer verilmiş ve bu veri transferinin sağlanması için yeterli koruma mekanizmasının mevcut olması gerektiği belirtilmiştir. Avrupa Komisyonu Kanada, İsviçre ve Arjantin'in bu konuda yeterliliğe sahip olduğunu belirterek bu ülkelere veri transferi için onay vermiştir⁴⁴¹.

Direktif, bireylerin korunması için denetim sisteminin kurulmuş olmasını aramaktadır. Bunun için Direktif'in 28. Maddesinde üye devletlerin Direktif'teki hükümlerin kendi ülkelerinde uygulanmasını denetlemek için en az bir kamu

⁴⁴⁰ Bodil Lindqvist v. Jönköping, Davası, (2003), www.ippt.edu Files. IPPT20031106, ECJ, Erişim Tarihi: 22.05.2016; ŞİMŞEK, s. 72

⁴⁴¹ HENKOĞLU, s. 61

kurumunu görevli kılmalarını aramakta ve bu kurumun çalışmalarında bağımsız hareket etmesi gerektiğini vurgulamaktadır.

2.1.4.4.2.6.4. AB Veri Koruma Direktifi

Ocak 2001’de Avrupa Komisyonu, birliğin verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerinde kapsamlı bir reform yapılması talebinde bulundu ve 4 Mayıs 2016 tarihinde hazırlanan yeni düzenleme Avrupa Birliği resmi gazetesinde yayınlandı. 5 Mayıs 2016 tarihinde yürürlüğe giren direktif, 6 Mayıs 2018 tarihinde birliğe üye ülkelerin ulusal kanunlarda uygulanmaya başlayacaktır ve AB VKD’nin yürürlüğe girmesiyle birlikte 95/46/EC Sayılı Veri Koruma Direktifi yürürlükten kalkmıştır⁴⁴².

Yeni düzenlemenin amacı bireye kendi kişisel verileri üzerindeki kontrolünü geri vermektir. Bu şekilde Avrupa vatandaşları ve iş adamlarına teknolojik dünyanın menfaatlerinden daha rahat bir şekilde yararlanmaları sağlanmış olacaktır⁴⁴³.

Yeni düzenlemenin en büyük özelliği şüphesiz, tüm AB ülkelerinin aynı veri koruma kanununa sahip olmasını sağlayacak olmasıdır. 108 Sayılı Sözleşme ve Direktif’ten sonra Avrupa ülkelerinde veri koruma kanunları yapılmış olsa da bu kanunlar arasındaki farklılıklar, verilerin işlenmesinin farklı standartlarda yapılmasına ve özellikle verilerin ülkeler arası transferinde sorunların çıkmasına neden olmaktaydı. Dahası verilerin kişinin bulunduğu yere göre farklı işlemlere tabi tutulması, AB vatandaşlarını da rahatsız etmekte ve kişisel verilerin yeterli korumadan mahrum kaldığı endişesini oluşturmaktaydı ki AB vatandaşlarının yüzde doksanı tüm AB ülkeleri için verinin işlendiği yeri önemsiz kılacak aynı veri koruma yasasına tabi olmak istediklerini belirtmektedir⁴⁴⁴. Veri sahibi, nerede olursa veya hangi ulustan olursa olsun kişisel verilerinin korunmasına ve temel hak ve hürriyetlerine saygı duyulması ve bu hususun verilerin işlenmesinde temel faktör olması gerekir. Söz konusu düzenleme ile 2018 yılından itibaren tüm AB vatandaşlarının kişisel verileri birliğin tüm sınırlarında aynı düzenleme ve korumadan yararlanacaktır.

Birlik içinde kişiler, şirketler, kamu ve özel sektör arasındaki veri değişiminin son yıllarda hızla artmasıyla birlik devletlerinin verilerin paylaşımı ve işlenmesi için

⁴⁴² <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/>, Erişim Tarihi: 24.05.2016

⁴⁴³ <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/>, Erişim Tarihi: 24.05.2016

⁴⁴⁴ http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/index_en.htm, Erişim Tarihi: 24.05.2016

düzenleme yapılması talepleri artmış ve bu durum AB VKD’de dikkat çekici hükümlerin yer almasına neden olmuştur. AB VKD, kişisel verilerin işlenmesi veya korunması sebepleri ile birlik içerisinde kişisel verilerin serbest dolaşımının kısıtlanmasının veya engellenmesinin yasak olduğunu ilk maddede belirttikten sonra kanunun üçüncü bölümü kişisel verilerin üçüncü bir ülkeye veya uluslar arası organizasyona transfer edilmesine ayırmıştır. 45. maddeye göre komisyon tarafından bir ülke veya bölgenin veya uluslar arası kuruluşun kişisel verilerin korunması için yeterli önlemleri aldığının onaylanması halinde, bilginin bu ülke, bölge veya kuruluşa transfer edilmesi mümkündür. Söz konusu onaydan sonra işlenmiş bilginin veya işlenmesi için bir bilginin transfer edilmesi için özel yetkilendirme aranmaz. Komisyon bilgilerin korunması için yeterli önlemlerin alınıp alınmadığının tespitinde ise, ülke veya bölgedeki ya da uluslar arası organizasyondaki hukuk kaidelerini, temel hak ve özgürlüklere duyulan saygıyı, kamu yetkililerinin kişisel bilgilere ulaşılabilirliğini, kamu güvenliği ve ülkede verilerin korunması yönelik, etkin bir veya birden fazla bağımsız gözetmen kuruluşun olup olmadığını dikkate almaktadır. Bununla birlikte 46. maddeye göre denetleyici veya veriyi işleyen kişiler, veri sahibinin haklarını koruyan, uygulanabilir uygun güvenlik önlemlerini sağlamadan veri transferini yapamaz.

AB VKD, tamamen veya kısmen otomatik veya otomatik olmayan tüm verilerin dosyalanması veya kaydedilmesinde, işlenmesinde uygulanır. AB VKD birlik alanı dışında gerçekleşen faaliyetlerde, tamamen kişisel veya aile içi olan faaliyetlerde ve suçun önlenmesi, soruşturulması, suçun tespiti veya kovuşturulmasında, cezaların uygulanmasında, kamu güvenliğine yönelik tehditlerin önlenmesi amacıyla yürütülen faaliyetlerde uygulanmaz.

2.1.4.4.2.6.5. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

Türkiye’de kişisel verilerin korunmasına yönelik başvurulacak ilk kaynak yukarıda değindiğimiz 1982 Anayasa’sının 20. maddesidir. Anayasanın dışında kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak TCK’da da hükümler vardır. TCK’da kişisel verileri özel hayatın gizliliğinden ayrı olarak 135-140 maddelerinde ele alınmıştır. 135/2’de “*kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse*” nin

cezalandırılacağı belirtilmiştir. TMK ve TBK’da ise kişisel verilere yönelik ayrı hükümler olmasa da kişilik hakkını koruyan maddelerinin kişisel verilerin korunmasına hizmet edeceği açıktır. Söz konusu kanunların yanında Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik de kişisel verilere ilişkin tanımlarda bulunup, telekomünikasyon alanında bu kişisel verilerin korunmasına yönelik önlemler içermektedir⁴⁴⁵.

108 Sayılı Sözleşmeyi imzalamış olan Türkiye, kişisel verilerin korunması için gerekli yasal düzenlemeyi yapmak için 30 yılı aşkın bir süre beklemiştir. 108 Sayılı Sözleşmeden sonra hazırlanan Direktif, kişisel verilerin korunması konusunda alınacak önlemler için daha ayrıntılı düzenlemeler getirmiş ve üye ülkelerin kişisel veri kanunundaki özellikle veri akışına ilişkin farklılıkların kaldırılması amaçlanmıştır. Uluslararası bilişim suçlarıyla mücadele için hazırlanan en önemli düzenlemelerden biri olan 185 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi ise Türkiye tarafından 2011 yılında imzalanmış ve 22 Nisan 2014 tarihinde 6533 sayılı Kanun ile TBMM tarafından uygun bulunup 2 Mayıs 2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak sözleşmenin iç hukuka uyarlanabilmesi için kişisel verilerin korunması kanununun bulunması gerekmektedir. Kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemenin yapılmamış olmasını gerekçe gösteren Avrupa Konseyi, Türk mahkemelerinin adli yardım isteklerini de geri çevirmektedir⁴⁴⁶. Diğer taraftan Türkiye’de verilerin korunması için kanun çalışmaları yapılmakta ve 2005 yılında Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı hazırlanmıştır. Tasarı 2014 yılına kadar birçok değişikliğe uğramış⁴⁴⁷ ve 2016 yılında yoğun çalışmalar sonunda 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu mecliste kabul edilmiş ve kanun 24.03.2016 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Kanun amaç başlıklı ilk maddede gizli hayatın ve temel hak ve hürriyetlerin korunması vurgu yapmakta ve *“Bu kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve hürriyetlerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir”* ifadesine yer vermektedir.

⁴⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için KILINÇ, s. 1131 vd.

⁴⁴⁶ HENKOĞLU, s. 83

⁴⁴⁷ KILINÇ, s. 1145

Kanun, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olması, doğru ve gerçek olması halinde meşru ve doğru amaçlar için amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak kişisel verilerin işlenmesine imkân tanımaktadır.

Kanun veri sahibine hangi verilerin, hangi amaçla işleneceği, verilerin toplanma yöntemi ve verilerin kime aktarılacağı konusunda bilgi alma hakkı olduğunu belirtmekte ve bu talebin ilgili kuruma yazılı olarak yapılmasını öngörmektedir.

Kanun kişisel verilere yönelik hukuka aykırı muameleler için para cezası öngörmekte ve bunun yanında TCK'nın kişisel verilere yönelik suçlarına atıf yapmaktadır. Yine kanunun öngördüğü usullere göre verilerin işlenmesini sağlamak amacıyla Kişisel Verilerin Korunması Kurulu, kurulmuştur.

2.2.Gen Analizleri Yoluyla Kişilik Hakkının İhlal Edilmesi

2.2.1. Genetik verilerin elde edilmesi amacıyla kurulan sözleşmenin geçersizliği nedeniyle kişilik hakkının ihlal edilmesi

Genetik bilgiler çoğunlukla sağlık merkezlerinde belirli bir hastalığın tespiti veya tedavisi sebebiyle, babalığın tespiti veyahut kişinin gebe kalmasına ve gebelik süresince bebeğin sağlığını kontrol için hekim veya hastane ile yapmış olduğu sözleşme neticesinde elde edilmektedir. Ancak söz konusu sözleşmenin hukuka uygun suretle kurulmamış olmasından dolayı bireylerin gerek analiz sırasında gerek de analiz sonucunda elde edilen verilerin işlenmesi bakımından kişilik haklarının ihlali gündeme gelebilir. Bu ihlaller ileri de ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bu başlık altında ise öncelikle gen analiz sözleşmelerinin hukuki niteliğine ve sözleşmenin geçersizliğine neden olan hallere yer verilecektir.

2.2.1.1. Gen analiz sözleşmelerinin hukuki niteliği

Hekim ile hasta arasında yapılan tıbbi teşhis ve tedavi sözleşmesi, hekimin hastanın sağlığına kavuşması için tıbbi müdahalede bulunmak, hastanın da bunun karşılığında ücret ödeme borcu altına girdiği iki tarafa borç yükleyen ve kural olarak şekle bağlı olmayan sözleşmedir⁴⁴⁸. TBK'da ayrıca düzenlenmeyen bu sözleşmede hekim,

⁴⁴⁸ YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, Ocak 2006, s. 16, BÜYÜKAY, Yusuf, Tıbbi Hatalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Tazminatın Müdahaleyi Gerçekleştiren Sağlık Ekibi Arasında Paylaştırılması, Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi,

teşhis, tedavi ve müdahale borcu altına girerken, hasta bu edimlerin karşılığı olan ücreti ödeme borcu altına girer⁴⁴⁹. Sözleşme kural olarak şekle bağlı olmadığından en azından hekimin, hastanın talebi üzerine muayene ve tedaviye başladığı an sözleşme kurulmuş olur⁴⁵⁰. Tedavi sözleşmeleri borçlar hukuku bakımından diğer sözleşmelerden farklı olmasa da, konusunun beden bütünlüğü ve sağlık değerlerine ilişkin olmasından dolayı ayrı bir öneme sahiptir⁴⁵¹. Gen analizine ilişkin sözleşmeler ise bireyden test yapılmasına imkân veren kan, tükürük, sperm, saç, deri gibi örneklerin alınmasına ve daha sonra alınan maddenin laboratuvar ortamında bir takım testlere tabi tutularak elde edilen sonuçların yorumlanmasına ve örnekleri veren kişi ile bu bilgilerin paylaşılmasına yönelik sözleşmelerdir.

Sözleşmenin hukuka uygun olarak kurulup kurulmadığının veya tarafların borçlarının tespit edilebilmesi için öncelikle sözleşmenin hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Hekimlik sözleşmesi, tıbbi müdahale sözleşmesi⁴⁵² veya tıbbi teşhis ve tedavi sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmeler çoğunluk tarafından vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁴⁵³. Vekâlet sözleşmesi ise bir iş görme sözleşmesi olup vekilin vekâlet verenin irade ve yararına uygun olarak bir işi görmeyi üstlendiği sözleşmedir⁴⁵⁴. Vekâlet sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bunun dışında hekim ile hasta arasında yapılan bir takım sözleşmeler mahiyetleri gereği eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Diş dolgusu yapımına veya estetik operasyonlara yönelik sözleşmeler eser sözleşmesi olarak

İstanbul 2011, s: 307-342, s. 310; ÖZAY, Merter, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 29; GÜLEL, s. 595; ERMAN, s. 143

⁴⁴⁹ ÖZAY, s. 29; GÜLEL, s. 595

⁴⁵⁰ SAVAŞ, Halide, Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s: 171-198, s. 172; GÜLEL, s. 608

⁴⁵¹ BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 49

⁴⁵² GÜLEL, s. 595

⁴⁵³ ŞENOCAK, Zarife, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, Ankara 1998, s. 33; YAVUZ İPEKYÜZ, s. 129; DOĞAN, Murat, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu, s: 41-60, s. 4; BÜYÜKAY, Tıbbi Hatalar, s. 311; DEMİR, Mehmet, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2009, s: 153-160, s. 154; Yargıtay'ın tıbbi teşhis ve tedavi sözleşmelerini vekâlet sözleşmesi olarak kabul ettiği kararları için SAVAŞ, Halide, Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi (Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 8.7.2015 Tarihli Kararı Çerçevesinde), İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.3, 2007, s: 1001-1025; BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyyet Bağ Teorisine Değişik Bir Yaklaşım, AÜHFD, 2005, C. 54, S. 4, s:119-148, s.20; GÜLEL, s. 609; PETEK, s. 188; ERMAN, s. 143

⁴⁵⁴ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2015, 705

değerlendirilen sözleşmelerdendir⁴⁵⁵. Eser sözleşmesi de bir iş görme sözleşmesi olup yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında belirli bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir⁴⁵⁶. Yapılan müdahaleye göre sözleşme türünün bu şekilde farklı nitelendirilmesinin bir takım sonuçları vardır ve bu sonuçlar eser ve vekâlet sözleşmelerinin mahiyetlerinden kaynaklanan farklılıklara dayanmaktadır. Bu farklılıklardan en önemlisi ve konumuz için de değer taşıyan husus sonucun taahhüt edilmesidir. Her iki sözleşme de bir iş görme sözleşmesidir ve taraflardan biri belirli bir işi görmeyi üstlenmektedir ancak eser sözleşmesinden farklı olarak vekâlet sözleşmesinde vekil sonucu taahhüt etmez⁴⁵⁷. Bu nedenle vekil, gerekli dikkat ve özeni göstererek işi yapmaya çalışır ancak sözleşmede kararlaştırılan sonucun ortaya çıkmamasından sorumlu olmaz ve dahası bu sonucu garanti de etmez. Teşhis ve tedavi sözleşmeleri göz önüne alındığında sözleşmelerin çoğunlukla vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yerindedir. Hekim hiçbir zaman hastanın tam anlamıyla sağlığına kavuşacağını garanti edemez. Bu tam anlamıyla hekimin çabasına bağlı bir husus değildir⁴⁵⁸. Birçok hastanın henüz ameliyata başlanmadan masada kalması, başarılı bir ameliyat sırasında hastanın kalbinin aniden durması veyahut hastanın narkozdan uyanamaması her zaman ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle hekim sonucu garanti edememektedir. Eser sözleşmesinde ise yüklenici belirli bir işi görmeyi ve belirli bir sonuç elde etmeyi taahhüt ettiğinden bunun gerçekleşmemesi halinde yüklenicinin sorumluluğuna gidilecektir.

Kanaatimizce gen analizine ilişkin yapılan sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkündür⁴⁵⁹. Gen analizine ilişkin olarak yapılan sözleşmelerde teknolojinin varmış olduğu son nokta ile artık verilen örneklerde yüzde yüze yakın sonuçlar elde edilebilmektedir. Alınan örnek, laboratuvar ortamında zarara uğratılmadığı veya işlemi gerçekleştiren kişiler tarafından sonuçlar yanlış yorumlanmadığı sürece tam ve doğru sonuçlar elde edilebilmektedir. Bu anlamda sonuca etki edecek hekimin dışındaki faktörler son derece azdır. Ancak bu halde dahi hekimin müdahale edemeyeceği alanların olabileceği ve dış şartların etkisiyle ortaya

⁴⁵⁵ DOĞAN, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 42; BÜYÜKAY, Tıbbi Hatalar, s. 311; ÖZAY, s. 49; GÜLEL, s. 609; PETEK, s. 191; ERMAN, s. 144

⁴⁵⁶ EREN, s. Özel Hükümler, 583

⁴⁵⁷ BÜYÜKAY, Tıbbi Hatalar, s. 311; ÖZAY, s. 48; PETEK, s. 195

⁴⁵⁸ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 24

⁴⁵⁹ Aynı görüşte BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 42

çıkabilecek umulmadık olaylardan dolayı hekimin sorumluluğuna gidilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁶⁰.

Gen analiz sözleşmelerinin eser sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden yüklenici konumunda olan hekim veya hastanenin objektif özen yükümlülüğü vardır⁴⁶¹. Hekimin bu özen yükümlülüğüne uyarak taahhüt ettiği eseri meydana getirmesi gerekir. Gen analiz sonuçlarının yazılı olarak hazırlanması durumunda maddi niteliği olan bir eser, sonuçların sözlü olarak aktarılması halinde ise maddi niteliği bulunmayan fikri bir eser meydana getirilmiş olur⁴⁶².

2.2.1.2. Gen analiz sözleşmelerinin geçerlilik şartları

Yapılan gen analizleri nedeniyle hekimin veya analizi yapan sağlık merkezinin sözleşmeye dayalı sorumluluğuna gidilebilmesi için örnek alınan ve teste tabi tutulan kişi ile hekim veya hastane arasında geçerli bir sözleşmenin var olması gerekir. Ortada bir sözleşme olup olmadığı veya varsa sözleşmenin geçerli olup olmadığı ise Türk Hukukunun bu konudaki genel hükümleri ve gen analizine ilişkin özel hususlar dikkate alınarak tespit edilmektedir. Geçerli bir sözleşme için gerekli şartları şu şekilde sıralayabiliriz:

2.2.1.2.1. Sözleşme yapma ehliyeti

Sözleşmeler iki taraflı hukuki işlemler oldukları için ehliyet şartını sözleşmenin her iki tarafının da sağlaması gerekmektedir. Tarafların hukuki işlem ehliyeti için öncelikle ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekmektedir. Gerçek kişiler için aranan ayırt etme gücünden kasıt ise kişinin yapmış olduğu sözleşmenin neden ve sonuçlarını kavrayabilecek ve bu şekilde hukuka uygun bir rıza beyanında bulunabilecek olmasıdır⁴⁶³. Bu bakımdan ayırt etme gücüne sahip olan kişilerin hukuki işlem yapma ehliyeti tamdır.

⁴⁶⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 453

⁴⁶¹ BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 42

⁴⁶² BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 42

⁴⁶³ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 52, DURAL/ÖĞÜZ, s. 57; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 288

Ayırt etme gücüne sahip olan ergin ve kısıtlanmamış bireyler tam ehliyetli olup sözleşme yapma konusunda her hangi onay ve rızaya ihtiyaç duymazlarken,⁴⁶⁴ ayırt etme gücüne sahip olmayan veya yaşı küçük olanlar veyahut kısıtlanmış olanlar için farklı hükümlerin uygulanması gerekir.

Hukukumuzda göre ayırt etme gücüne sahip bulunmayan kişiler tam ehliyetsiz olarak değerlendirilir. Bu kişiler herhangi bir hukuki işlemi tek başlarına yapamaz, irade beyanında bulunamaz⁴⁶⁵. Söz konusu işlemler tam ehliyetsiz kişinin yasal temsilcisi olan veli/vasisi tarafından yapılır⁴⁶⁶. Tam ehliyetsiz bir şahsın tedavi sözleşmesi yapması düşünülemeyeceği gibi, genetik testler için rıza vermesi veya biyolojik örnek alınmasına rıza göstermesi de mümkün değildir. Tüm bu işlemler için rıza, tam ehliyetsize zarar vermiyor ve onun menfaatine olmak koşuluyla yasal temsilcisi tarafından verilir.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar ise, sınırlı ehliyetsiz olarak değerlendirilir. Sınırlı ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabilir ancak kendilerini borç altına sokan işlemleri veli veya vasi izni ya da icazeti olmadan yapamazlar. Bu durumda sözleşme tam ehliyetli olan karşı tarafı bağlasa da sınırlı ehliyetsizi bağlamaz⁴⁶⁷. Gerek gen analizine ilişkin olsun gerekse gen analizi gerektirmeyen tıbbi teşhis ve tedavi sözleşmeleri hastayı ücret ödeme borcu altına soktuğundan bu sözleşmelerin sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılamaması gerekir⁴⁶⁸. Bu durumda sözleşme küçüğün veli veya vasisi ile yapılır ve yapılan sözleşmenin üçüncü kişi lehine sözleşme olduğu kabul edilmektedir⁴⁶⁹. Küçük ayırt etme gücüne sahipse sözleşme tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak değerlendirilir ve bu durumda küçüğün hekimden borcun ifasını talep hakkı vardır⁴⁷⁰. Ancak bu görüş, yapılan sözleşmede söz konusu sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına olarak düzenlendiğinin açıkça belirtilmediği tüm durumlarda sözleşmenin eksik üçüncü kişi yararına sözleşme olacağı ve küçüğün menfaatinin zedeleneyeceği

⁴⁶⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 76, DURAL/ÖĞÜZ, s. 65; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 303; GÜLEL, s. 616

⁴⁶⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 77, DURAL/ÖĞÜZ, s. 69; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 304

⁴⁶⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 82, DURAL/ÖĞÜZ, s. 78; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 305

⁴⁶⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 90; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 322

⁴⁶⁸ ŞENOCAK, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, C.5, S. 4, 2001, s: 65-80, s. 70

⁴⁶⁹ ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s. 71

⁴⁷⁰ ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s. 72

ileri sürülerek eleştirilmiş ve sözleşmenin tarafının bizzat hasta durumunda olan küçüğün oluşturacağı ancak ücret ödeme borcu gibi maddi borçların veli veya vasiden talep edileceği belirtilmiştir⁴⁷¹. Küçük, kendi çalışmasının sonucunda elde ettiği kazanç üzerinde tam ehliyetli gibi tasarruf etme imkânına sahip olduğundan bu durumda, bu kazanç miktarıyla sınırlı olarak sağlığı için gerekli olan tıbbi müdahale sözleşmelerini ana babanın rızası olmadan yapabilecektir⁴⁷². Amerika’da ise birçok eyalette yetişkin çocuk (mature minors) olarak adlandırılan 15 yaş ve üzeri çocukların ailelerinin izni olmadan genel ilaç bağımlılığı, cinsel bulaşıcı hastalık, doğum kontrolü, düşük ve akıl hastalığı durumlarında ailelerinden izin almadan hekime başvurup tedavi edilebilecekleri kabul edilmiştir⁴⁷³. Gen analizine imkân veren sözleşmenin veli veya vasi izniyle yapılması gerekse de yapılacak olan analizde hekimin sınırlı ehliyetsizin menfaatini gözetmesi gerekir⁴⁷⁴.

Sözleşmenin diğer tarafını oluşturan hekim veya hastane için de aynı şartlar gereklidir. Hekim ile özel muayenesinde sözleşme yapılması halinde hekim sözleşme yapmak için gerekli koşulları sağladığına ilişkin yetkili makamlar tarafından onay almış olmalı ve gerçek kişiler için aranan diğer şartları sağlıyor olmalıdır. Hekimin öncelikle tıp fakültesi diplomasına sahip, tabipler odasına bağlı bir hekim olması ve mesleğin icrasına engel olabilecek geçici veya sürekli bir engelinin bulunmaması gerekir⁴⁷⁵. Özel veya devlet hastanesi ile yapılan sözleşmelerde ise sözleşmenin bir tarafını gerçek kişi olan hasta oluşturmaktayken diğer tarafında tüzel kişilik olarak hastane bulunmaktadır. Tüzel kişiler, TMK m. 49 gereği organlarını oluşturdukları anda fiil ehliyetine kavuşurlar. Tüzel kişiler her türlü işlemleri organları ve temsilcileri vasıtasıyla yaparlar. Bu anlamda tüzel kişilik kazanıp teşkilatlanmış bir hastane sözleşme yapma ehliyetine de sahiptir. Ancak sözleşmenin yapılması için tüzel kişinin bu alanda yetkilendirilmiş olması da gerekir. Bakanlık tarafından gerekli ruhsatları almamış olan bir hastane genetik testler yapamaz. Yine üreme merkezlerinin nasıl açılacağı ve işleyeceği yönetmelikte belirtilmiştir. Ancak yönetmelikteki şartları sağlayan ve bu şartları sağladığına ilişkin olarak bakanlıktan

⁴⁷¹ GÜLEL, s. 618-620

⁴⁷² ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s. 70, GÜLEL, s. 618

⁴⁷³ AYDIN, Çocuklarda Aydınlatılmış Onam, s. 150

⁴⁷⁴ PELİAZ, MZ (1999a), Genetic Testing : Who Decides, Who Informs?, Child Leg Rights, J 19, s: 41-44 aktaran ASHG/ACMG Statement, Genetic Testing in Adoption, Am. J. Hum. Genet. 66, 2000, s: 7161-767, s. 762

⁴⁷⁵ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 17-18

ruhsat alan bir merkez üreme yöntemlerine ilişkin olarak kişiler ile sözleşme yapabilir.

2.2.1.2.2. Sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine ve ahlaka aykırı olmaması

Türk Hukuku'nda sözleşme serbestliği ilkesi geçerlidir. Yani taraflar sözleşme konusunu, sözleşmenin sona erme anını, sözleşmenin taraflarını, edimleri serbestçe tayin edebilir. Ancak sözleşme konusuna getirilmiş olan sınırlar vardır. Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesi tarafların sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde serbestçe tayin edebileceklerini belirtmektedir. Bir sonraki maddede ise bu sınırlara uyulmaması halinde sözleşmenin batıl olacağını belirtmektedir. TBK' nın yirmi yedinci maddesi sözleşmelerin geçersizlik sebeplerini şu şekilde belirtmektedir:

“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.”

TBK' nın bu hükmü kural olarak tüm sözleşmelere uygulanmaktadır. Tıbbi teşhis ve tedaviye ilişkin olarak kurulacak olan sözleşmelerin de bu şartları sağlaması gerekmektedir.

Emredici hukuk kuralları, kişiler tarafından aksinin kararlaştırılması caiz olmayan kurallardır. Bu anlamda kurulacak olan sözleşmenin hukuk düzenindeki her hangi bir emredici hukuk kuralına aykırı olmaması gerekmektedir⁴⁷⁶. Bir hükmün emredici hukuk kuralı olup olmadığı bazen metin içindeki ifadedden anlaşılmakta ise de bazen de hükmün konuluş amacından çıkarılmaktadır. Bu anlamda kamu düzenini sağlamak, toplumun ahlaki esaslarını korumak veya fertlerin kişiliğini korumak amacıyla konulan kurallar emredicidir⁴⁷⁷. Hukuk kurallarıyla konulan bu yasaklar sözleşmenin yapılmasına yönelik olabileceği gibi sözleşmenin içeriğine yönelik de

⁴⁷⁶ OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 83; ANTALYA, O. Gökhan, s. 276; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 99

⁴⁷⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 84, ANTALYA, s. 276

olabilir⁴⁷⁸. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelikte belirtilen yöntemlere sadece evli olan kişilerin başvurabileceği ve sadece eşten alınan spermelerin kullanılacağına ilişkin düzenleme aile yapısının korunması amacına hizmet etmekte ve bu nedenle emredici hüküm niteliğindedir ki metinden de düzenlemenin emredici nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Yine İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 12. maddesinde gen analizlerinin hangi amaçlarla yapılacağı belirtilmiş olup bunların dışında bir amaçla yapılacak gen analizlerinin hukuka aykırı olduğunu belirtmiştir. Söz konusu sözleşme iç hukukumuzun bir parçası olduğundan “sağlık ve sağlık amaçlı bilimsel araştırmalar” dışında bir nedenle yapılan hastalığın teşhise veya hastalıktan sorumlu bir genin tespitine yönelik testler emredici hukuk kuralına aykırı olacaktır. Benzer hükümler birçok ülkenin gen kanunlarında da yer almaktadır. Alman Genetik Tanı Kanunu'nun 14.maddesi genetik incelemenin anlam ve önemini kavrayamayacak durumda olan kişiler için yasal temsilcilerinin rıza vereceğini ancak işlemin genetik yapıdan kaynaklanan bir hastalığın önlenmesi veya tedavi edilmesi ya da genetik özelliklere bağlı olan bir ilaç ile tedavi edilmesi için yapılabileceğini belirtmiştir. Bu amaçlar dışında yapılacak analizler hukuka aykırılık teşkil edecektir.

Kamu düzeni kuralları toplumun temel yapısını ve çıkarlarını koruyan kurallardır⁴⁷⁹. Bir hüküm kamu düzenine aykırıysa emredici hukuk kurallarına da aykırılık teşkil eder ancak ortada herhangi bir emredici hüküm bulunmasa dahi yapılan sözleşme kamu düzenini ihlal ediyorsa sözleşme bu nedenle de hükümsüzdür⁴⁸⁰. Sözleşmenin kamu düzenini ihlal edebilmesi için ise bu kurallara aykırılığın ülkenin genel hukuku kurallarını ağır şekilde ihlal etmiş olması gerekir⁴⁸¹.

Sözleşmelerin ahlaka aykırı olması da geçersizliklerine neden olan hususlardan biridir. Sözleşmenin ahlaka aykırı olması için ise toplumdaki orta seviyede makul ve dürüst kişilerin düşünce ve anlayışlarıyla meydana gelen etik kurallara ters düşmesi gerekir.⁴⁸²

⁴⁷⁸ ANTALYA, s. 277

⁴⁷⁹ ANTALYA, s. 280

⁴⁸⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s. 85; ANTALYA, s. 278

⁴⁸¹ ANTALYA, s. 280

⁴⁸² ANTALYA, s. 280; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 104

Sözleşme serbestine getirilmiş olan en önemli sınırlardan biri de kişilik hakkına aykırılık unsurudur. Sözleşmenin konusu veya edimin yerine getiriliş şekli kişilik hakkına aykırı ise sözleşme hükümlerini icra etmez ve mutlak butlan yaptırımına tabi olur. Bu durum TBK m.27'nin yanında TMK m.23'de de belirtilmiştir. İlgili maddeye göre “kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz”. Bireyin bu sözleşmeye özgür iradesiyle rıza vermiş olması da bu gerçeği değiştirmez⁴⁸³. Ancak kural bu olmakla birlikte sözleşmeye getirilen kişilik haklarına ilişkin sınırlamaya, TMK m.23/II'nin kişilik hakkını koruyan amacı ve anlamı ile kesin hükümsüzlüğün bağdaşmadığı ve bu nedenle sözleşmenin geçersizliğine kişilik hakkı ihlal edilen tarafında dayanabileceği ve hâkimin de bu durumu resen dikkate alması gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸⁴. TMK'nın söz konusu maddesi adeta kişiyi kendisine karşı da korumaktadır. Ancak bu korumanın temel fonksiyonu yine bireyin sosyal çevre ve sözleşmenin karşı tarafının oluşturacağı baskı nedeniyle kişilik haklarından ödün vermesine neden olacak sözleşmeler kurmasını engellemeye dönük olduğundan kişinin dışı karşı korunmasına hizmet etmektedir. Gerçekten de bu halde kişilik hakkı ihlali, bir haksız fiil ile değil ancak mağdurun rızası ile gerçekleşmektedir⁴⁸⁵. Ancak böylesi bir işlem kişinin maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik saldırı niteliğinde olup en yüksek ve evrensel değer olan insan onuruna aykırı olduğundan⁴⁸⁶ ve TMK 23 ve TBK 27 gereği hukuka aykırı olduğundan bireyin buna rıza vermiş olması da eylemi hukuka uygun hale getirmeyecektir.

2.2.1.2.3. Aydınlatılmış rızanın alınması ve genetik danışmanlık hizmetinin verilmesi

2.2.1.2.3.1. Aydınlatılmış rızanın alınması

Sözleşme yapacak kişilerin hukuki işlem ehliyetlerinin tam olması gerektiğine yukarıda değindik. Taraf ehliyetinin olması ve sözleşmenin emredici hukuk kurallarına aykırı olmaması gen analiz sözleşmeleri için gerekli olan hususlar olsa da

⁴⁸³ ANTALYA, s. 280; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 102

⁴⁸⁴ ANTALYA, s. 105

⁴⁸⁵ AYİTER, s. 139

⁴⁸⁶ ARSLAN, Kahan Onur, İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması, TBB Dergisi, 2015 (120), s: 155-172, s. 156 vd.

sözleşmenin geçerliliği için yeterli değildir. Gen analizine rıza gösteren bireyin aydınlatılmış olması da gerekmektedir.

Fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkların veya hastalık niteliğinde olmayan fiziksel ve psikolojik bozukluk ve şikâyetleri, önlemek, teşhis etmek, azaltmak ve iyileştirmek amacıyla insan vücuduna yapılan tüm müdahaleler tıbbi müdahaledir⁴⁸⁷. Gen analizleri de bir hastalığın tespiti veya önlenmesi amacıyla yapıldığı ve işlemin gerçekleşmesi için vücuttan örnek alınması gerektiğinden tıbbi müdahaledir. Kişinin bedeni üzerinde yapılan işlemler kural olarak hukuka aykırıdır ve yapılan işlemler beden bütünlüğüne yönelik bir saldırıdır. Ancak yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bazı haller vardır. Bunlardan biri de kişinin söz konusu müdahaleye rıza göstermesidir. Bu, kişinin kendi geleceğini bizzat tayin etme hakkının doğal bir sonucudur⁴⁸⁸. Ancak rıza yalnız başına söz konusu sözleşmeyi hukuka uygun hale getirmez. Kişinin neye rıza verdiğini de bilmesi yani aydınlatılması gerekmektedir. Aydınlatma bu bakımdan hasta için bir hak, hekim için ise bir yükümlülüktür⁴⁸⁹.

Aydınlatma yükümlülüğü sözleşmenin diğer tarafını hukuki ilişki açısından önemli kabul edilen maddi ve hukuki esaslar bakımından bilgilendirmektir⁴⁹⁰. Tıbbi teşhis ve tedavi sözleşmeleri veya diğer adıyla hekimlik sözleşmelerinde aydınlatma, hastanın kendisine uygulanacak tanı ve tedavi yöntemlerinin kapsamı, yararlarını ve risklerini varsa seçenek yöntemlerini bilerek yapılacak uygulamayı kabul etmesidir⁴⁹¹. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre hasta, sağlık durumunu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir. Meslek Etiği Kurallarında ise aydınlatma yükümlülüğü, *“Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen*

⁴⁸⁷ ŞENOCAK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s. 66; GÜLEL, s. 586; PETEK, Hasan, Güzelleştirme Amaçlı Estetik Ameliyatlardan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, S. 1, 2006, s: 177-239, s. 179

⁴⁸⁸ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 37

⁴⁸⁹ BOZAT, Ramazan, Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt: 2, S.: 2, Haziran 2014, s: 91-108, s. 92

⁴⁹⁰ OZANOĞLU, Hasan Seçkin, Hekimin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s. 65

⁴⁹¹ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 63

tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır” şeklinde ifade edilmiştir. UESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Deklarasyonu’nun beşinci maddesinde araştırma veya tedaviye yönelik genetik testlerin uygulanabilmesi için işlemten önce bireyin uygulanacak yöntemin kişiye sağlayacağı zarar ve yarar hakkında bireyin bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Buradan yola çıkarak gen analizi yaptıracak olan kişinin testin nasıl yapılacağı, bu test nedeniyle kendisinden hangi örneklerin nasıl alınacağı, testin hangi bilgilerin elde edilmesine yönelik olarak yapıldığı ve testin kişiye vereceği muhtemel zararlar konusunda bilgilendirilmesi gerektiği çıkarılmaktadır.

Aydınlatmanın ne zaman yapıldığı da büyük bir öneme sahiptir. Aydınlatmanın hukuka uygun olması için söz konusu işlemten önce yapılması gerekir⁴⁹². Aydınlatma öyle bir zaman da yapılmalıdır ki kişi her hangi bir baskı altında kalmadan işleme rıza verip vermeme konusunda hür iradesini ortaya koyabilmelidir⁴⁹³. Bu anlamda kişiden kan örneği alınırken kanın niçin alındığı hangi testlerin uygulanacağını söylemesi hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır.

Aydınlatmanın muhatabı kural olarak sözleşmenin tarafı olan hastanın kendisidir⁴⁹⁴. Gen analizleri bakımından ise aydınlatma genetik teste tabi tutulacak kişiye yönelik olarak yapılmalıdır. Rıza vermeye yetkili olan kişi teste tabi tutulacak ve örnek verecek olan kişi olduğundan test için aydınlatılması gereken de bu kişi olmalıdır.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler bakımından ise bu kişilerin özerkliklerini kullanmaları mümkün olmadığından, bunların veli veya vasilerinin aydınlatılması ve yapılacak işlem için rızanın yasal temsilci tarafından verilmesi gerekir⁴⁹⁵. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin altıncı maddesi “*Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetişkine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi*

⁴⁹² ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 44, ÖZTAN, s. 122; ZEYTİN/ERGÜN, s. 85; ÖZAY, s. 58

⁴⁹³ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 59; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 239, YAVUZ İPEKYÜZ, s. 83; ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu, s: 1-40, s. 21; BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 53; ÖZAY, s. 59

⁴⁹⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 84, DOĞAN, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 48, ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 65, BOZAT, s. 103

⁴⁹⁵ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 84; DOĞAN, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 48

veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır” ifadelerine yer vermiştir. İlgili hükümden de anlaşıldığı üzere ayırt etme gücüne sahip olmayan erginlerin rıza vermeye yetkili olmadıkları ancak bu halde dahi mümkün oldukça sürece katılmaları ve anlayabilecekleri oranda bilgilendirilmeleri gerekir. İsviçre İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun’u kişilerin yeterince ve özgür bir şekilde bilgilendirilmelerinden sonra genetik analizlere tabi tutulacaklarını belirtip ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler için kanuni temsilcilerinin rıza vereceklerini belirtmiştir.

Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler veya ayırt etme gücüne sahip olan kısıtlılar için ise durum biraz daha karışıktır. Tıbbi müdahaleler ve genetik analizler bireyin kişiliği üzerinde büyük bir etkiye sahiptir ve sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Bu anlamda kişilik haklarıyla doğrudan ilgili olan tıbbi müdahalelere ve genetik analizlere sınırlı ehliyetsizlerin rıza verebilmeleri gerekir⁴⁹⁶. Ancak kanun koyucu küçüğü korumak amacıyla bundan farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu’nun ⁴⁹⁷ 70.maddesine göre “*Tabipler, dış tabipleri ve... hasta, küçük ve tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar*”. Aynı durum Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 24.maddesinde de “*Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır*” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer bir hüküm Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nda da yer almaktadır. Buna göre “*reşit veya mümeyyiz olmayan kişiler yönünden veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı gerekir*”. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin 6.maddesi ise “*Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir*” ifadesini kullanmaktadır. Bu ifadeden küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması halinde işleme bizzat rıza gösterebileceği ve aydınlatmanın bizzat küçüğe yapılabileceği çıkartılabilir. Küçüğün rıza verme kabiliyetinin olmaması halinde dahi işleme katılması ve aydınlatılması gerektiği ise aynı maddede geçen “*Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır*” hükmü ile vurgulanmıştır. Küçüğün neonatoloji denilen

⁴⁹⁶ ŞENOCAK, Zarife, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s. 78, YILDIRIM, Gen Analizleri, s. 397

⁴⁹⁷ RG. Tarihi: 14.04.1998, Sayı: 863

erken çocukluk döneminde yapılacak gen analizleri ve tıbbi müdahaleleri anlaması mümkün değilken,⁴⁹⁸ daha sonraki dönemlerde yapılan işlemin ne olduğu ve kendisinde nasıl etkiler meydana getirebileceğini anlayabilecek olgunluğu göstermesi mümkündür. Bu nedenle biz küçüğün gen analizi gibi önem araz eden işlemlere tek başına rıza veremeyeceğini ancak yasal temsilcisiyle birlikte küçüğün de aydınlatılması gerektiği kanaatindeyiz. Küçüğün uygulanacak işlem için ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı karar verecek olan kişi ise işlemi uygulayacak hekimidir⁴⁹⁹. Hekim çocuğun yaş ve gelişimini dikkate alarak karar verecektir. Genel kabul edilen görüş ise küçüklerin yedi yaşından itibaren tıbbi işlemlere katılabileceği ve yapılacak birçok işlemi algılayabilecekleri yönündedir⁵⁰⁰. Hekimin bu kararı verirken özenle hareket etmesi gerekir. Yaşının küçüklüğü nedeniyle hastanın aydınlatılmamış olması hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz⁵⁰¹.

Önemle belirtmeliyiz ki veli veya vasinin küçük için gen analizlerine rıza göstermeleri, bu rızanın tüm gen analizleri için geçerli olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır. Küçükler üzerinde yapılabilecek birçok gen analizi vardır. Erken teşhis ile önlenebilen veya etkilerinin azaltılabildiği hastalıklar için yapılan testler, çocuklarda görülen ve büyük etkileri olan hastalıkların tespitine yönelik testler, etkilerini ileri yaşlara kadar göstermeyen ve çocukluk döneminde tedaviye yönelik işlemlerin yapılması mümkün olmayan hastalıklara yönelik testler, çocukluk döneminde bazı önlemlerin alınabileceği yetişkinlerde ortaya çıkan hastalıkların tespitine yönelik testler, davranışların kontrol ve iyileştirilmesine yönelik testler, çocuğun ileride üreme kararını etkileyebilecek taşıyıcılık testi, çocuğun tedavi veya üremeye ilişkin kararına etki etmeyen ancak ailenin istediği testler ve ailenin başka üyelerine fayda sağlayabilecek olan testlerin çocuklarda uygulanması mümkündür. Ancak bunlardan sadece erken teşhis ile etkilerinin azaltılabildiği veya ortadan kaldırıldığı hastalıklar ile çocuklukta görülen hastalıkların tespitine yönelik olarak yapılacak gen analizlerine ailenin rıza vermesi gerekir⁵⁰². Bu testler için çocuğun korunması gereken bir menfaati olduğu açıktır ancak diğer testler için menfaat tam tespit edilememesini yanında bu analizler çocuğun fiziksel ve ruhsal sağlığını

⁴⁹⁸ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 68

⁴⁹⁹ ŞENOC AK, Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, s. 77

⁵⁰⁰ AYDIN, Çocuklarda Aydınlatılmış Onam, s. 149

⁵⁰¹ DOĞAN, Cahid, Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne, Ankara 2010, s. 134

⁵⁰² ASHG/ ACMG Statement, Genetic Testing in Adoption, s. 762-763

etkileyip sosyal gelişimini engelleyeceği gibi çocuğun mahremiyetine de müdahale niteliğindedir. Avrupa Konseyinin genetik testler için ortaya koyduğu tavsiye kararlarda ise gen analizinin küçüğün sağlığının veya aile üyelerindeki bir genetik hastalığın teşhisi için zorunlu olması halinde yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁵⁰³

Çocuklar da yapılacak gen analizler, evlatlık çocuklar için ise ayrı bir öneme sahiptir ve üzerinde durulması gerekir. Evlatlık olarak alınan veya alınacak olan bir çocukta yapılacak genetik test, evlatlık çocuğun yanı sıra, evlatlık alacak aileyi, çocuğun gerçek anne ve babasını ve kamuyu ilgilendirmektedir. Evlatlık alacak olan aileler sağlık açısından herhangi bir sorunu olmayan bir çocuk evlatlık edinmek isteyebilirler ve bu amaçla çocuğun belirli bir genetik rahatsızlığa neden olan geni taşıyıp taşımadığının tespiti için test yaptırılması talebinde bulunabilirler. Çocuğun mevcut bilinen bir rahatsızlığının, hem ailenin bu duruma fiziksel ve psikolojik olarak hazırlıklı olması hem de çocuğun tedavi edilebilmesi için aile ile paylaşılması gerekse de nasıl ki aileler normal yollar ile çocuk sahibi olurken dünyaya gelen çocuğun ileride sağlık problemleri ile karşılaşmamasını garanti edemiyorsa evlatlık alımında da bu husus dikkate alınmalıdır. Testin evlatlık alınacak olan çocuğa ilişkin etkisi bakımından yukarıda ayırt etme gücüne sahip çocuklar için yapılan açıklamalar geçerlidir. Çocuk üzerine yapılacak test, çocuğun gerek anne ve babasının genetik bilgilerini de ortaya koyacağından bu kişilerin de bilme ve bilmeme haklarının ve mahremiyet ilkelerinin ihlali gündeme gelebilecektir. Kamu ise bir taraftan evlatlık almayı teşvik edip çocuğun gelişiminin sağlıklı bir şekilde sürmesinin amaçlarken diğer taraftan çocuğun herhangi bir sağlık problemleri ile karşılaşması halinde en iyi tedavi imkânlarına kavuşmasını amaçladığından, evlatlıklarda yapılacak gen analizlerinde kamunun da ilgisi vardır⁵⁰⁴. Evlatlık alınacak olan çocuk tüm sağlık imkânlarında olduğu gibi genetik testler bakımından da diğer çocuklardan farklı bir muameleye tabi tutulmamalı ve biyolojik çocuk için normalde öngörülmecek veya uygulanmayacak olan testlerin evlatlık çocuk için de uygulanmaması gerekir. Yani aynı yaştaki başka bir çocuk için önerilmeyen bir test sadece evlatlık olduğu için bir

⁵⁰³ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 10.02.1992 tarihli R(92)3nolu karar, HAKERİ, s. 450

⁵⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için ASHG/ACMG Statement, Genetic Testing in Adoption, Am. J. Hum. Genet. 66, 2000, S.761-767

çocuk için önerilmemelidir⁵⁰⁵. Hekimlerin böyle bir test talebi karşısında gerekli hassasiyeti göstermesi ve aileyi bu konuda aydınlatması gerekir.

Doğum öncesinde embriyo üzerinde uygulanacak gen analizleri için ise bebeğin annesiyle birlikte ve babanın da aydınlatılması gerekir. Aydınlatma sonunda kimin rızasının gerekli olduğu ise tartışmalı bir meseledir. Bu durumda annenin rızasının yeterli olduğu ileri sürülse⁵⁰⁶ de kanaatimizce nasıl ki doğumdan sonra bebeğin hayatına ilişkin kararları anne ve baba birlikte alıyorsa, doğum öncesinde bebeğin sağlığı ve geleceğini etkileyen böylesi önemli bir işlem için anne ile birlikte babanın da rızası alınmalıdır. Dahası yapılan analiz sonucunda bebeğin yanı sıra babanın genetik durumu hakkında da bilgi elde edilmesi ihtimali olduğundan bu kararın sadece anne tarafından alınması, babanın kişilik haklarının ihlaline neden olabilmektedir. Ancak bu halde yapılacak prenatal testlerin ileri yaşlarda ortaya çıkacak hastalıklara ilişkin olmaması gerekir. Aksi halde bu durum, alzheimer gibi ileri yaşlarda ortaya çıkabilecek bir hastalık nedeniyle bile kişilerin kürtaja başvurmalarına neden olabilecektir⁵⁰⁷. Söz konusu tehlikeden dolayı Alman Gen Teşhis Kanunu'nun 15. maddesiyle 18 yaşından önce ortaya çıkmayacak bir bozukluğun tespiti için prenatal genetik testlerin yapılması yasaklanmıştır.

Aydınlatmayı testi uygulayacak olan hekim/uzmanın yapması gerekir. Hekim yetkin olmayan birine bu açıklamayı yapmayı bırakamaz⁵⁰⁸. Kan örneği alacak olan hemşire kan alma işlemine ilişkin olarak kişiyi bilgilendirebilir ancak kan örneğinin hangi testlere tabi tutulacağı ve bu testler sonucunda hangi bilgilerin elde dilediği ve sonrasında hangi işlemlerin uygulanacağı konusunda aydınlatma yapamaz. Bu aydınlatmayı sözleşmenin diğer tarafını oluşturan hekimin yapması gerekir. Hekim, aydınlatma yükümlülüğünü konu hakkında yeterli bilgiye sahip olan başka bir hekime de bırakabilir⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵ ASGH Position Statement, Points to Consider. Ethical, Legal and Psychosocial Imlications of Genetic Testing in Children and Adolescents, The American Journal of Human Genetics 97, 2 July 2015, s: 6-21, s. 14

⁵⁰⁶ Gürbüz, s.146 naklen DEUTSCH, Erwin, Haftung für Unerlaubte bzw. Fehlerhafte Genomanalyse,

⁵⁰⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 450

⁵⁰⁸ BOZAT, s. 104

⁵⁰⁹ YILMAZ IŞIK, Ş. Berfin, Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, TBB dergisi 2012(98), s. 402

Aydınlatmanın kapsamı yapılan işleme göre değişmektedir. Hekim yapılan teste göre düşük ihtimal bile olsa hasta için önemli olabilecek bu durumlardan da bahsetmelidir. Doğum öncesi yapılacak testlerde düşük bir ihtimalle de olsa bebeğin kaybedilmesi, düşük yapılması ihtimali vardır. Hekimin bu ihtimalden hastasını bilgilendirmesi gerekmektedir. İhtimalin çok düşük olması bilgilendirme yapılmamasını haklı çıkarmaz. Hekimin genetik teste ve tedaviye ilişkin bilgilendirmenin yanında örneklerin nasıl muhafaza edileceği, testten sonra örneklerle ne olacağı, yapılacak işlerin maliyeti konusunda da hastayı bilgilendirmesi gerekmektedir. Hekim, elde edilen verilerin ne ölçüde kesin olduğunu⁵¹⁰ ve hastalığa neden olan genin tespiti halinde kişinin hastalığa yakalanma ihtimali hakkında kişiyi bilgilendirmelidir. Örneğin duchenne tipi kas distrofisi hastalığında kullanılan yöntemlerin gen kusurunun sadece %60'ını belirleyebilmektedir⁵¹¹.

Hekim hastasını aydınlatırken hastanın eğitim durumunu dikkate alarak bir aydınlatma yapmalıdır. Hekim açıklama sırasında kullandığı tıbbi terimlerin manasının hasta tarafından anlaşıldığından emin olmalıdır⁵¹². Bu durum Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesinde "*Bilgi, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde verilir*" şeklinde ifade edilmiştir. Hekim, hastasını aydınlatırken, onun rıza verme konusundaki gönüllülüğünü korumalı, hastasını yönlendirme çabasına girmemelidir⁵¹³.

Gen analizleri temelde bir tıbbi müdahale olduğundan, gen analizi için aydınlatılmış rızanın diğer tıbbi müdahaleler için öngörülen şekle tabi tutulması gerekir. Aydınlatma için belirli bir şekil şartı öngörülmemiştir⁵¹⁴. Hekim aydınlatmayı yazılı şekilde yapabileceği gibi sözlü olarak da yapabilir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nde belirli istisnalar dışında rızanın şekle bağlı olmadığını 28/1'de belirtmektedir. İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi de rıza konusunda şekil şartının aranmadığını belirtip, bu konuyu devletlerin yasama organına bırakmıştır. Ancak gen analizinin bir genetik araştırma kapsamında yapılması halinde yazılı rızanın aranması gerektiği sözleşmenin 16. maddesinde belirtilmiştir. Türkiye'de de yapılan araştırmalarda

⁵¹⁰ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 450

⁵¹¹ KAŞIKÇI, s. 167

⁵¹² ÇAKMUT, s. 21

⁵¹³ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 63; AYDIN, Çocuklarda Aydınlatılmış Onam, s. 149

⁵¹⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 86; ÇAKMUT, s. 21

yazılı bilgilendirilmiş olur formları kullanılmaktadır⁵¹⁵. Yazılı olarak yapılacak aydınlatmalarda hastanın, hekimin vermiş olduğu bilgileri anladığından emin olunmalı ve hastaya anlamadığı yerler için soru sorma imkânı sağlanmalıdır. Ancak hekimin sorumluluğuna gidilmesi halinde aydınlatmanın yapıldığının ispat yükü hekimde olacağı için hekimin yazılı aydınlatmayı seçmesi menfaatinde⁵¹⁶.

Hasta gerek tedavi gerekse de klinik araştırma için vermiş olduğu rızasını her zaman geri çekebilir⁵¹⁷. Bunun aksini belirtilen anlaşmalar şahsa sıkı sıkıya bağlı olan hakkın kullanımını ortadan kaldırdığı için geçersiz olacaktır. Bu vazgeçme tedaviye ilişkin ise vazgeçmenin hastanın sağlığını etkileyecek bir zamanda yapılmamış olması gerekir⁵¹⁸. Örneğin hasta uyanık yapılan bir işlem sırasında vazgeçerse ve işleme devam etmemek hastanın sağlığını olumsuz etkileyecekse hekimlerin işleme devam etmesi gerekir. Bu durum İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. Maddesinde *“ilgili kişi muvafakatini her zaman geri alabilir”* ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24.maddesinde *“rızanın müdahale başladıktan sonra geri alınması ancak tıbbi yönden sakınca bulunmaması şartına bağlıdır”* şeklinde ifade edilmiştir. Gen analizleri için hasta vermiş olduğu rızasını testten önce her zaman geri alabilir. Test için örnek vermiş ise bu örneklerin değerlendirmeye alınmamasını ve yok edilmesini isteyebilir. Test yapılmış ise sonuçların kendisiyle paylaşılmasına ilişkin rızasını geri çekebilir ki bu durum hastanın bilmeme hakkını kullanması olarak da değerlendirilebilir. Hastanın biyolojik örnek verilmesine ilişkin olan rızasını geri çekebileceği TMK'nın 24. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

“...Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz”.

Kişilerin aydınlatılmış rızalarının alınmadan gen analizinde kullanılmak üzere kendilerinden biyolojik örnek alınması, kişinin beden bütünlüğüne yönelik bir saldırı olacaktır. Bedene yönelik saldırılar kuşkusuz bireyin ruh sağlığını da etkilediğinden bu halde kişinin manevi zararının tazmin edilmesini talep hakkı da söz

⁵¹⁵ ULUŞAHİN, Aylin, KARA ÖZER, Susan, AKARSU, Nurten, AYDIN, Erdem, Psikiyatrik Genetik Araştırmalarda Bilgilendirilmiş Olur, Türk Psikiyatri Dergisi, 2001, 12(1), s: 53-59, s. 55

⁵¹⁶ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 86; ÇAKMUT, s. 21; DOĞAN, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 48; DEMİR, s. 159; ÖZAY, s. 59

⁵¹⁷ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 43

⁵¹⁸ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 44

konusu olacaktır. Söz konusu rıza gen analizinin yapılmasının yanı sıra analiz sonucunda elde edilen verilerin üçüncü kişiler ile paylaşılması açısından da büyük bir önem arz etmekte olup, bu konuyu ileri de ayrıntılı olarak ele alacağız.

Rızaya aykırı olarak yapılan gen analizlerinin kişilik hakkı ihlali oluşturduğuna örnek olarak Moore v.Regent of the University of California (1991) olayını verebiliriz. Burada John Moore'un rızasına uygun olarak ameliyatla dalağı alınır. Ancak daha sonra ameliyatı yapan hekim ve yardımcısı, John'un bilgisi dışında vücuttan çıkarılan dalak hücreleri üzerinde çalışmalar yaparlar. Moore'un tedavisiyle ilgisi olmayan bu çalışmalar sonunda genetik olarak değiştirilebilen hücreler elde ederler. Bu çalışma üniversite tarafından patentlenir ve kişiler gelir elde etmeye başlarlar. Mahkeme her ne kadar Moore'un bu hücreler üzerinde mülkiyet ilişkisinin şüpheli olduğunu belirtse de tedavi için yarar ve zarar dengesinin oluşturulması adına kişinin sağlığıyla ilgili olmayan hususlarda da kullanım için rızasının alınması gerektiğine karar vermiştir⁵¹⁹.

Kişilerin aydınlatılmış rızalarının alınmadan genetik çalışmalarda kullanılmak üzere biyolojik örneklerin alınmasına verilebilecek bir başka örnek ise kaynaklara Hwang olayı olarak geçen vakadır. Hwang'ın, Güney Kore'de insan kökenli embriyonik kök hücre üzerine yaptığı çalışmalarda laboratuvar çalışanlarından baskı ile yumurta örnekleri aldığı tespit edilir. Dahası örnek alınan kadınların bazılarında yumurta alımı sırasında hiperstimüle over sendromu ile böbrek ve karaciğer rahatsızlıkları görülür. Bunun üzerine Science dergisi, Hwang'ın yayınlamış olduğu makaleleri geri çekerken, Hwang hakkında soruşturma açılır⁵²⁰.

Gen analizleri bakımından aydınlatma telefon ve internet üzerinden bireylerin genetik test talep ettikleri DTC (Direct to Consumer) gen analizleri için ayrı bir öneme sahiptir. Burada hasta ile direkt iletişime geçen bireyler alınan örnekler üzerinde test yapmakta ve test sonuçlarını birey ile paylaşmaktadırlar. Ancak bu yolla yapılan analizler örnekler üzerinde gereksiz testler yapılması ve sonuçların yanlış yorumlanması tehlikesini de bünyesinde barındırmaktadır⁵²¹. Yüksek teknolojilerin ve karışık işlemlerin uygulandığı genetik testlerin profesyoneller tarafından gerçekleştirilmemesi bireylerin de yeteri kadar aydınlatılmamalarına

⁵¹⁹ POLAND, s. 9

⁵²⁰ İLHAN, M, Etik Dışı Davranışlara Evrensel Örnekler, Ocak 2007, aktaran ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 75; <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1796756/>, Erişim Tarihi:17.03.2016

⁵²¹ ACMG Policy Statement, Direct to Consumer Genetic Testing, January/february 2004, Vol 6, No 1,

neden olmaktadır. Çoğu zaman ilgililerin haberi olmadan dahi örnekler üzerinde test yapılmasına imkân veren bu uygulama, ailelerin izni olmadan çocuğun bu kişiler ile iletişime geçerek gerek taşıyıcılık gerekse de soybağının tespitine ilişkin test yaptırmalarına neden olabilmektedir⁵²².

2.2.1.2.3.2. Genetik danışmanlık hizmetinin verilmesi

Aydınlatılmış onam sonunda yapılan gen analizlerinin hukuka uygun olması için gerekli bir diğer şart ise, teste tabi olan kişinin genetik danışmanlık hizmeti almasıdır.

Genetik danışmanlık hizmetinin tıbbi yönü olduğu gibi psikolojik yönü de vardır ve yapılan danışmanlık hizmetinde bu iki yön arasındaki denge korunmalıdır⁵²³. Danışmanlık kapsamında uzman hekim, ilgili kişiyle bir taraftan hastalığın sebepleri veya bireyin genetik durumu hakkında bilgilendirme yaparken diğer taraftan genetik durum ile karşılaşan ailede meydana gelen korku ve endişe duyguları ile de ilgilenmelidir. Çocuklarında belirli bir hastalık görülen kişiler bunun için birbirlerini suçlayabilirler, dahası kişiler test sonuçlarından dolayı hamileliği sona erdirme kararı verebilir ki bu durum eşlerin suçluluk duygusu duymalarına neden olabilir. Bu nedenle danışman bilgilendirme yaparken kişilerin psikolojik durumlarını da dikkate almalı, onların bu durumlarını daha kötü bir hale sokmamalıdır.

Genetik danışmanlık, WHO tarafından, ailede ortaya çıkan veya çıkma riski olan genetik hastalıklara ilişkin iletişim süreci olarak tanımlanmıştır⁵²⁴. Genetik danışmanlık, genetik bir hastalığı olan veya bu hastalığa yakalanma ihtimali olan kişiler ve bu kişilerin risk altındaki aile ve akrabalarının hastalığın seyri, tedavi yöntemleri, hangi testlerin yapılması gerektiği ve bunların sonuçlarına ilişkin olarak bilgilendirilmesidir⁵²⁵. Danışmanın bunların yanı sıra hastayı, gen analizlerinin etik boyutu hakkında da bilgilendirmesi gerekir. Gen analiz sonuçlarının korunmasının

⁵²² ACMG Policy Statement, Technical Report. Ethical and Policy Issues in Genetic Testing and Screening of Children, s. 241

⁵²³ GENÇ, Zehra, DEMİRHAN ERDEMİR, Ayşegül, Genetik Sorunlar ve Tıbbi Etik, Nobel Tıp Kitapevi, 1997, s.3

⁵²⁴ GENÇ/ERDEMİR, s. 3

⁵²⁵ http://www.genetiktani.com/genetik_danismanlik.htm, Erişim Tarihi: 18.03.2016

önemi ve yapılan testin kişinin yanı sıra aile bireyleri için taşıdığı önem hakkında da bireyin bilgilendirilmesi gerekir⁵²⁶.

Kişilerin genetik danışmanlık alması için birçok neden vardır. Ailenin genetik hastalıklar bakımından geçmişi, bireyin etnik kökeni nedeniyle belirli bir hastalığa yakalanma ihtimali, hamilelik sırasında tespit edilen abnormalikler hakkında bilgi sahibi olmak istemesi, bireyin belirli bir hastalığa yakalanma ihtimali hakkında bilgi sahibi olmak istemesi, hamilelik süresince maruz kalınan kimyasalların veya hastalıkların etkisini tespit etmek amacıyla, hamilelik süresince daha önce düşük vakaları yaşamış veya doğumdan hemen sonra bebeğini kaybetmiş kadınlar için, hamile kalmakta zorluk yaşayan kadınlar için, daha önceki hamileliklerde veya doğumlarda genetik rahatsızlığın tespiti ve bebeklerde veya çocuklarda tespit edilen genetik rahatsızlıklar için genetik danışmanlık hizmeti önerilmektedir⁵²⁷. Bunların yanı sıra eşlerden birinde genetik kökenli bir rahatsızlık varsa, eşlerden birinin akrabalarında kalıtsal bir rahatsızlık varsa, eşlerin yakın akraba olmaları halinde ve kişiler ileri yaşlarda bebek sahibi olmak istiyorlarsa bu kişilerin de genetik danışmanlık hizmeti almaları gerekir⁵²⁸.

Kişilere genetik danışmanlık hizmetini verilmesi için bazı şartların yerine getirilmesi gerekir: bunun için öncelikle hastalık tanısı konulmalı, ayrıntılı bir aile öyküsü alınmalı ve özel inceleme olanakları bulunmalıdır. Hastalık tanısı bakımından kuşku duyulmamalıdır, bu da hem hastalığı teşhis eden hekimin hem de danışmanı hastalığın teşhisi konusunda emin olmasını gerektirir. Genetik rahatsızlık tespit edilen çocuk için aile geçmişi alınırken anne ve babanın birlikte orada bulunması gerekir. Danışman tespit edilen hastalık için gerekli analiz yöntemlerini uygulayacak konumda olmalıdır⁵²⁹.

⁵²⁶ WHO, Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, 1998, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63910/1/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

⁵²⁷ Genetik Kliniği, <http://www.geneticalliance.org.uk/docs/translations/turkish/13-clinicinfot-turkish.pdf>, Erişim Tarihi: 18.03.2016, http://www.cdc.gov/ncbddd/genetics/genetic_counseling.html, Erişim Tarihi: 12.05.2016

⁵²⁸ GENÇ/ERDEMİR, s. 5

⁵²⁹ BAŞARAN, s. 392-393, GENÇ/ERDEMİR, s. 8

Danışmanlık, genetik alanda uzmanlaşmış veya genetik danışmanlık eğitimi almış uzman kişiler tarafından verilir⁵³⁰. Bu nedenle hastasının yukarıda sayılan sebeplerden dolayı genetik danışmanlığa ihtiyaç duyduğunu düşünen hekim, bu konuda uzman değilse bilgilendirmeyi kendisi yapmamalı hastasını ilgili uzman kişiye yönlendirmelidir.

Genetik danışman kişilere tam ve doğru bilgiler vermekle yükümlü olup hiçbir zaman yönlendirici olmamalıdır⁵³¹. Alınması gereken kararları kişiler, baskı altında kalmadan özgürce verebilmelidir. Danışmanın tam ve doğru bilgi verebilmesi için ailenin ve hastalığın geçmişi hakkında gerekli bilgileri edinmesi gerekir. Genetik danışman bu bilgilendirmeyi yaparken sadece hastasına ve ilgili kişilere karşı sorumludur ve bilgilendirme yaparken toplumun menfaatini değil sadece teste tabi tutulan kişinin menfaatini dikkate alır⁵³². Hastasına baskı yapmadan özgür bir şekilde karar vermesini sağlayan danışmanın daha sonra vermiş olduğu karardan dolayı destekleyip alınan kararın uygulanması bakımından kişilere yardımcı olmalıdır⁵³³.

Genetik danışmanlık hizmeti verilirken hekim, bireyin hastalığa neden olan geni taşıması halinde bunun mutlaka hastalığa yakalanacağı anlamına gelmeyeceği, bunun sadece ileride söz konusu hastalığa yakalanma ihtimali hakkında bilgi verebileceği belirtilmelidir. Bunun yanında hastalığa genin yanında başka faktörlerinde neden olabileceği bireye söylenmelidir⁵³⁴. Bununla birlikte hastalığın tekrarlama ihtimalinin olduğu hallerde ve özellikle hamilelik sürecinde hekim, hastasını belirli aralıklarla tekrar test yaptırması konusunda bilgilendirmelidir. Hamilelik sürecinde yapılacak bilgilendirmede analiz sonuçları kişilerin bebek sahibi olma veya hamileliği sona erdirmeye kararını etkileyeceğinden genetik danışmanın daha hassas olması gerekir. Hekimin, yapılan analiz sonuçlarının daha sonraki hamilelikler için geçerli olmadığını bireylerin her hamilelik sürecinde yeniden test yaptırmaları gerektiği

⁵³⁰ WHO, Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, 1998, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63910/1/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

⁵³¹ WHO, Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, 1998, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63910/1/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

⁵³² GENÇ/ERDEMİR, s. 4

⁵³³ WHO, Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, 1998, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63910/1/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

⁵³⁴ MILLER, Paul Steven, GOSTIN, Lawrence O., Is There a Pink Slip in My Genes? Genetic Discrimination in the Workplace, Journal of Health Care Law and Policy, Vol. 3, s: 225-265, s. 232

konusunda ilgili kişileri bilgilendirmelidir. Bebekte genetik rahatsızlığın tespit edilmesi halinde bu durum annenin sağlığını etkiliyorsa bu konuda da aileyi bilgilendirmeli ancak, kişilerin hamileliği sona erdirme noktasında alacakları kararı etkilemeye çalışmamalıdır.

Genetik danışmanlık hizmeti Alman Genetik Tanı Kanunu'nun 10. maddesinde gen analizlerinin uygulanması için zorunlu bir unsur olarak düzenlenmiş ve teşhise yönelik genetik analizlerde hekimin sonuçların elde edilmesinden sonra genetik danışmanlık hizmeti vermek zorunda olduğu belirtilmiştir⁵³⁵. İsviçre'de İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun ise genetik danışmanlık hizmetini ayrıntılı olarak ele almıştır. 14. Maddeye göre uzman hekim tarafından yapılacak görüşme kayıt altına alınmalı ve genetik danışmanlık ile yapılacak işlem arasında uygun bir zaman dilimi olmalıdır. Hekim yaptığı bilgilendirmede toplum menfaatini değil sadece testi yaptıran ilgili kişiyi ve kişinin ailesini dikkate almalıdır

2.2.2. Genetik verilerin elde edilmesi amacıyla kurulan sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi

2.2.2.1. Yanlış tanı

Hekimin kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak doğru bir tanı ortaya koyabilmesi için gerekli bütün tıbbi müdahaleleri, tetkikleri yapması ve elde ettiği bilgileri tıp biliminin gereklerine göre yorumlaması gerekir⁵³⁶. Hekimin bu aşamalardan her hangi birinde yaptığı hata veya özensiz davranış hastalığın teşhisinin yapılamamasına veya yanlış yapılmasına neden olacaktır.

Vekalet sözleşmeleri olarak adlandırılan genel hekimlik sözleşmelerinde hekimin doğru bir tanı koymaması halinde gerekli dikkat ve özeni göstermesi halinde sorumluluğu söz konusu olmazken⁵³⁷ sonucun taahhüt edildiği ve eser sözleşmesi olarak değerlendirdiğimiz gen analiz sözleşmelerinde hekimin yanlış tanıdan dolayı sorumluluğuna gidilecektir.

Gen analizlerinde yanlış tanı analiz için verilen örneklerin laboratuvar ortamında başka örnekler ile karıştırılması, laboratuvar sonucunda elde edilen verilerin hekim

⁵³⁵ GÜRBÜZ, s. 157

⁵³⁶ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 640; ÖZAY, s. 52; PETEK, s. 196

⁵³⁷ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 640

tarafından yanlış yorumlanması veya genetik danışmanlık hizmetinin yetersiz bir şekilde yapılmasından kaynaklanabilir.

Genetik testlerde hatalı tanımlar, kişinin yakın akrabalarında söz konusu genin varlığının tespit edilmesiyle veya ilerleyen dönemde kişide söz konusu hastalıkların belirtilerinin görülmesiyle ortaya çıkmaktadır.

Doğru tedavi yönteminin seçilip uygulanabilmesinin ilk koşulu, hastaya doğru tanının konulmasıdır. Yanlış teşhis yanlış tedaviyi, tedavi süresinin uzamasını, hastanın durumunun kötüleşmesini veya ölümünü de beraberinde getirir⁵³⁸. Genetik hastalıklarda yanlış tanı bireyin yanı sıra ailenin diğer üyelerini de etkilediğinden hatalı tanının neden olacağı zarar diğer tıbbi teşhis hatalarından daha fazladır. Genetik test sonuçlarının negatif olduğu bilgisini alan kişi, çocuk sahibi olmaya karar vermiş ise bu durumda dünyaya getirdiği çocuğun da söz konusu genetik duruma sahip olması riski vardır. Bu halde hastalıklı bir bebek dünyaya getiren aile, bundan doğan zararların karşılanmasını hatalı tanıda bulunan ve hastasını yanlış bilgilendiren hekimden isteyebilir⁵³⁹. Bunun yanında prenatal test sonuçlarının yanlış yorumlanması nedeniyle bebeğin belirli bir hastalığa neden olan genetik mutasyon ile dünyaya geleceği bilgisini alan anne ve baba, hamileliğin sona erdirilmesi kararı alırsa, sağlıklı bir çocuk dünyaya getirme imkânlarının elinden alınması nedeniyle hekimin sorumluluğuna gidilecektir.

Genetik testlerdeki yanlış tanıya örnek olarak 22q11 delesyon sendromunu verebiliriz. 22 çiftten bir kromozomun uzun q kolunun bir kısmının yitirilmesi ile ortaya çıkan bir hastalık olup döllenme sırasında ortaya çıkar ancak sebebi tam olarak bilinmemektedir. Hastalık Di George olarak da bilinir. Hastalığın görüldüğü çocukların çoğunluğu aile de bu hastalığın görüldüğü ilk kişiler olsa da %10-15 kadarı anne veya baba tarafından kalıtım yoluyla aktarılır. Hastalığa sahip kişilerde öğrenme güçlüğü ve davranış bozukluğu görülmektedir⁵⁴⁰. Yaklaşık olarak her 2000 çocuktan birinde görülen bu rahatsızlık, anne karnında yapılan prenatal testler ile tespit edilebildiği gibi doğumdan sonra yapılan testlerle de ortaya konulabilmektedir. Ancak hastalığın belirtileri otizm ile benzediğinden yapılan bir araştırmada

⁵³⁸ PETEK, s. 196

⁵³⁹ Ayrıntılı bilgi için BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 74 vd.

⁵⁴⁰ <http://www.geneticalliance.org.uk/docs/translations/turkish/9-22q11-t-turkish.pdf>, Erişim Tarihi. 31.05.2016

çocukların %20-50'sine hatalı olarak otizm tanısı konulduğunu ortaya koymaktadır. Çocuğa otizm tanısı konulması ise çocuğun toplumdan dışlanmasına neden olmaktadır ki Di George hastaları otizm hastalarına göre topluma daha fazla uyum gösterebilmekte ve sosyal ilişkilerini geliştirebilmektedirler. Ancak yanlış tanı, çocuğun bu yönünü geliştirebilecek tedaviden uzaklaşmasına neden olabilmektedir⁵⁴¹.

Yanlış tanının hekimin sorumluluğunu doğurmasının en önemli nedeni kişinin kendi geleceğın kendisinin belirlemesi hakkına müdahale niteliğinde olmasıdır. Genetik durumu hakkında yanlış bilgilendirilen hasta, ileriye dönük yaşamını bu bilgi üzerinden yaptığından meydana gelecek zararının karşılanması isteyebilir. Bunun dışında özellikle hatalı olarak hastalığa neden olan bir genin taşındığına ilişkin bilgi verilmiş olan kişi bu bilgi nedeniyle uğradığı elem ve ızdırabın telafi edilmesi amacıyla manevi zararının karşılanması isteyebilir.

2.2.2.2.Sözleşmenin kapsamının aşılması

Hekimin tıbbi müdahalelerden dolayı sorumluluğunun doğmaması için hastasını aydınlatarak almış olduğu rızanın sınırları içerisinde hareket etmesi gerekir. Hastanın bilincinin kapalı olduğu üstün nitelikte özel yarar hali dışında rızanın sınırlarının dışına çıkılması durumunda bu durum hastanın menfaatine uygun olsa da hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Sözleşmenin kapsamının aşılp aşılmadığının tespitinde öncelikle sözleşme hükümleri dikkate alınacaktır. Sözleşme kapsamı yapılan sözleşmede açıkça belirtilmemişse yapılan işlemin konusu dikkate alınarak belirlenir⁵⁴². Gen analizlerinde sözleşmenin kapsamının belirlenmesi diğer hekimlik sözleşmelerine göre daha büyük bir önem arz etmektedir. Gen analizi için verilen örnekler üzerinde kısa sürede birçok sonuç alınması mümkündür. Örneğın belirli bir hastalığa sahip olup olunmadığına ilişkin test yapılan doku üzerinde kişinin başka hastalıkların taşıyıcısı olup olmadığı veya etnik kökeninin tespit edilmesi mümkündür. Yine bilimsel bir araştırma için verilen örneklerin başka araştırmalarda farklı sonuçların

⁵⁴¹ SIFFERLIN, Alexandra, Genetic Condition Often Misdiagnosed As Autism, 18 Sempember 2013, <http://healthland.time.com/2013/09/18/genetic-condition-often-misdiagnosed-as-autism/>, Erişim Tarihi: 31.05.2016

⁵⁴² GÜLEL, s. 610

ortaya konulması için kullanılması mümkündür. Bu hallerde kişinin rızası olmadan kişi farklı amaçlar ile teste tabi tutulduğundan birey ortaya çıkan zararlarının karşılanmasını isteyebilir.

Sözleşmenin kapsamının aşılması aydınlatılmış rıza kavramı ile ilişkilidir. Kapsamının dışına çıkılarak hastanın bilgisi ve onayı dışında işlemler yapılması halinde, hekim hastanın kendi geleceğini kendisini belirleme hakkını elinden aldığından hekimin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Gen analizlerinde sözleşmenin kapsamının aşılması, bilmeme haklarının ihlalini de gündeme getirecektir. Babalık testi için verilen örnek üzerinde kişinin Huntington hastalığına neden olan geni taşıdığının tespit edilmesi ve bu durumun kendisine bildirilmesi halinde kişi, ileri yaşamını bu bilgiye göre şekillendirmek zorunda kalacak ve tedavisi olmayan böyle bir hastalıktan dolayı ruhsal bütünlüğü zarar görecektir. Huntington hastalığına neden olan genin tespit edildiğinin kişiye bildirilmemesi hali de hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Genetik bilgiler hassas verilerdir. Kişinin özel yaşamının içerisinde değerlendirilen genetik bilgilerinin başkaları tarafından bilinmesi başlı başına kişilik hakkı ihlali oluşturacaktır. Hastaneye verilen biyolojik örnek üzerinde kişilik hakkının devam edip etmemesi de bu durumu değiştirmeyecektir.

Sözleşmenin kapsamının aşılması örnek üzerinde uygulanan testlerin yanı sıra testin sonuçlarının açıklanmasına ilişkin de olabilir. Kişi genetik araştırma kapsamında vermiş olduğu örneklerde tedavisi mümkün olmayan hastalıkların kendisine söylenmemesini istemiş olabilir. Bu durumda kişiyi erken dönem yumurta kanseri riskinin söylenmesinde sorun yoksa da kişinin Huntington hastalığı gibi etkisini ileride gösteren ve tedavisi olmayan hastalıkların bildirilmesi halinde sözleşmenin kapsamı aşılarak kişinin bilmeme hakkı ihlal edilmiş olacaktır.

2.2.2.3. Gizlilik ve sır saklama ilkelerinin ihlali

Sır, herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması halinde sahibinin şeref ve menfaatine zarar verebilecek olan hususlardır⁵⁴³. Bir hususun sır olarak değerlendirilebilmesi için sahibinin onu saklaması ve üçüncü kişiler tarafından

⁵⁴³ KARASU, s. 44

bilinmesini istememesi ve başkaları tarafından da bilinmiyor olması gerekir⁵⁴⁴. Tüm sağlık bilgileri gibi genetik bilgiler de bu bakımdan kişinin başkaları tarafından bilinmesini istemediği bilgiler olarak değerlendirilebilir.

Gen analizleri açısından bireylerin en büyük endişesi ortaya çıkacak bilgilerin başkalarıyla paylaşılması ve bu nedenle toplum içinde yaşayacakları olumsuz durumlardır. Kişilerin bu endişeleri, sağlıkları için önemli olsa dahi genetik test yaptırmamalarına neden olmaktadır. Söz konusu olumsuzlukları gidermek için de bireyin bu bilgilerin rızasına uygun olarak ancak kendisiyle paylaşılacağı ve bilgilerin üçüncü kişilerin ulaşamayacağı şekilde muhafaza edileceği konusunda tatmin edilmesi gerekmektedir. Kişilerin sahip oldukları korkulardan biri de genetik testlerin sigorta şirketleri ve işverenler ile paylaşılacağı ve bu nedenle sigorta şirketleri tarafından reddedilecekleri veya iş yerinde ayrımcılığa uğrayacakları korkusudur⁵⁴⁵. Bunun dışında belirli etnik gruptaki kişilerde görülme ihtimali yüksek olan hastalık geninin kişilerde tespit edilmesinin ırkçılığa yol açacağı da ileri sürülmektedir⁵⁴⁶.

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmeden kaynaklanan hekimin sır saklama yükümlüğü vardır⁵⁴⁷. Söz konusu yükümlülük hekimin mesleki yükümlülükleri arasındadır. Bu yükümlülük Hasta Hakları Yönetmeliği'nin üçüncü maddesinde *“Sağlık hizmetlerinin verilmesi sebebiyle elde edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz”* şeklinde ifade edilmiştir. Maddeden de anlaşıldığı gibi hekim edinmiş olduğu bilgileri hastanın yakın akrabaları da olmak üzere kimseyle paylaşamaz. Ancak bulaşıcı hastalık gibi durumlarda hastanın yakınlarının da uyarılması bunun bir istisnasını teşkil eder. Bunun dışında genetik testler sonucunda elde edilen bilgiler hastanın kendisi kadar ailesi hakkında da bilgiler verir. Belirli bir hastalığa neden olan geni taşıdığı tespit edilen kişinin çocukları ve yakın akrabaları da söz konusu gen için risk altındadır. Hekim bu durumda gizlilik ve sır saklama ilkelerini ihlal ederek bu bilgiyi ilgili

⁵⁴⁴ KARASU, s. 45

⁵⁴⁵ CHRISTENSON, Shaun, The Ethical Consideration of Genetic Screening, 1998, <http://www.ndsu.edu/pubweb/~mcclean/plsc431/students98/christenson.htm>, Erişim Tarihi: 15.03.2016

⁵⁴⁶ CHRISTENSON, Shaun, The Ethical Consideration of Genetic Screening, 1998, <http://www.ndsu.edu/pubweb/~mcclean/plsc431/students98/christenson.htm>, Erişim Tarihi: 15.03.2016

⁵⁴⁷ ÖZAY, s. 73; KARASU, s. 46

kişiler ile paylaşmalı mıdır? Bu soruya ilişkin yaklaşımımızı aşağıda bilme ve bilmeme hakkını anlatırken ortaya koyacağız.

Gizlilik ilkesi üzerinde tartışılması gereken bir mesele de bilgilerin devlet tarafından toplanıp kullanılması halidir. Kişisel özelliklerin depolandığı genetik materyallerin devletin elinde bulunması ve her an vatandaş aleyhine kullanılabilmesi ihtimali endişeleri de artırmaktadır. Bugün alınan örnekler üzerine kişilerin genetik bilgilerinin yanı sıra saç şekli, göz rengi, ten rengi gibi fiziksel özellikleri ve etnik kökenleri hakkında da bilgi alınabilmektedir⁵⁴⁸. Bu nedenle DNA bankalarındaki örnekler üzerinde bu bilgilerin elde edilmesine ilişkin işlemler yapılması mümkündür. 2004 nisanında İngiltere’de polis, ilk defa şüphelinin nereli olabileceğine ilişkin test yapıldığını rapor etti. Güney İngiltere’de 31 kadına saldıran ve birçok tecavüz vakasını gerçekleştiren kişiye ait DNA örneği üzerine yapılan çalışmada şüphelinin Karayipli olduğu tespit edilmiştir. Bunun üzerine Karayip kökenli olan 200 polisten şüphelinin hangi adadan olduğunun tespit edilmesi için gönüllü olarak DNA testine katılmaları istenmiştir⁵⁴⁹. Elde edilen verilerin amaçları dışında kullanılması ve bu nedenle de bilme ve bilmeme hakkının veya gizlilik ilkesinin ihlaline verilebilecek bir diğer örnek de şudur: İngiltere’de 2003 yılı ekim ayında bir erkek, polis tarafından gözaltına alınır ve kendisinden alınan örnek üzerinde DNA testi yapılır. Yapılan testte kişinin HIV virüsü taşıdığı tespit edilir, ancak kendisinin bundan haberi yoktur. Kişi daha sonra hakkında soruşturma açılmadan serbest bırakılır. Aynı kişi 2004 yılı mart ayında başka bir davada tanık olarak dinlenirken kendisine avukat tarafından taşıdığı HIV virüsüyle ilgili sorular sorulur ve kişi o anda HIV virüsü taşıdığını öğrenir⁵⁵⁰. Bu olayı ele aldığımızda birçok hukuka aykırılığın olduğunu görmekteyiz. Öncelikle kişi üzerine alınan örnekte soruşturma konusuyla ilgili olmayan, kriminal soruşturmaya hizmet etmeyen testlerin yapılmasının kişinin özel yaşamını ihlal ettiği açıktır. İkinci durum ise kişinin tanık olarak dinlendiği başka bir davada kişinin yapılan genetik test sonucunda elde edilen böyle bir mahrem bilginin paylaşılmasıdır. Mahkemelerin aleni olduğu düşünüldüğünde kişinin gizli yaşamına yapılan müdahalenin büyüklüğü

⁵⁴⁸ SABATANI, Riccardo, How to Read the Genome and Build a Human Being, Tedtalk February 2016, http://www.ted.com/talks/riccardo_sabatani_how_to_read_the_genome_and_build_a_human_being/transcript?language=en#t-506001, Erişim Tarihi: 02.05.2016

⁵⁴⁹ GeneWatch UK, The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human Rights and Privacy, January 2005, s. 34

⁵⁵⁰ GeneWatch UK, The Police National Database, s. 44

daha da iyi anlaşılmaktadır. Bir diğer sorun da yapılan test sonucunda elde edilen verinin kişi ile paylaşılmasının gerekip gerekmediğidir. Burada bir taraftan kişinin izni alınmadan böyle bir test yapılması ile elde edilen sonucun kendisiyle paylaşılmasının bilmeme hakkını ihlal edeceği ileri sürülebilirken diğer taraftan zamanında kendisine sahip olduğu bulaşıcı hastalık hakkında bilgi verilmemesi nedeniyle geç tedavi sebebiyle kendi hastalığının ve başkalarına bulaşma ihtimali nedeniyle yakınlarının sağlığının tehlikeye atıldığı ileri sürülebilir. Bir diğer problem ise soruyu soran avukatın bu bilgiyi nasıl elde ettiğidir. DNA veritabanındaki bu bilgiye bir dava kapsamında savunma yapacak olan bir avukatın, kolaylıkla ulaşp bu bilgiyi kullanabilmesi, kişilerin DNA bankası aleyhine gelişen mahremiyetlerin ihlal edileceğine ilişkin endişelerinin de haklılığını göstermektedir. Üzerine durulması gereken son konu ise kişinin kan örneği verip gözaltına alındıktan sonra hakkında soruşturma açılmaması yani suçsuzluğunun anlaşılması halinde verilen kan örneğinin ve elde edilen verilerin silinmemiş olmasıdır. Suçla mücadele amacıyla hazırlanan bir DNA bankasında masum insanların DNA verilerin yer alması kişinin suçluymuş gibi muamele görmesine neden olacağından hukuka aykırıdır. Hakkında soruşturma açılmayan veya soruşturma sonucunda beraat eden kişilere ait bilgilerin sistemden derhal silinmesi gerekir. Bu konuda bir diğer örnekte 2 Nisan 1996 yılında meydana gelmiştir. Çevre hakkı savunucularının düzenlediği bir protestoya katılanların 748'i gözaltına alınmış ve birçoğu hakkında daha sonra soruşturma açılmamıştır. Bunlar arasında protestocuları fotoğraflayan gazeteciler de vardır. Daha sonra serbest bırakılmış ve haklarında soruşturma açılmamış olsa da bu kişilere ait bilgiler DNA bankasında yer almaya devam etmektedir⁵⁵¹.

Hastalar ile direkt iletişime geçme esası üzerine kurulan DTC (Direct to Consumer) şirketleri de genetik bilginin korunması ve mahremiyet hakkının ihlali bakımından tehlikeler arz edebilmektedir. Genetik materyalin kişilerden toplandığı tüm durumlarda bu örneklerin ve örneklerden elde edilen verilerin muhafazası için gerekli mekanizmaların işletilmesi gerekir. Ancak DTC şirketlerinde bu örnekleri toplayanlar ile testi gerçekleştiren merkezler aynı olmayabilir. Alınan örneklerin üçüncü bir merkezin laboratuvarında teste tabi tutulması, örnek ve bilgilerin birden fazla merkez arasında yer değiştirmesini gerektirdiğinden gizlilik ilkesinin ihlali riski

⁵⁵¹ GeneWatch UK, The Police National Database, s. 40

diğer durumlardan daha fazladır⁵⁵². Dahası bu şirketler aracılığıyla başkasına ait örnekler üzerinde test yapılması riski de vardır. Amerika’da 2010 yılında bu şirketleri incelemek amacıyla kendini müşteri olarak tanıtır ve şirketler ile irtibata geçen kişilerden birine iki şirket tarafından nişanlısına sürpriz yapmak için ondan habersiz olarak DNA örnekleri üzerinde test yapabileceğinin söylenmesi de gizlilik ilkesinin ihlaline yönelik riski ortaya koymaktadır⁵⁵³. Kullanım alanının artmasına rağmen gerek bilgilerin korunması adına gerekli mekanizmaların oluşturulmaması gerek de test analizlerinin yanlış yorumlanması ve bireyin tam olarak bilgilendirilmemesinden dolayı Almanya’da DTC yoluyla gen analizlerinin yapılması yasaklanmıştır⁵⁵⁴.

Genetik verilerin kişinin rızası olmadan izinsiz kullanılması da gizlilik ilkesini ihlal edecektir. Bir çalışma doğrultusunda analiz yapmak amacıyla genetik test yaptıran veya klinik bir çalışmaya katılan kişilerin bu bilgilerinin kullanılıp kullanılmayacağı meselesi de kişinin özel hayatı ve hekimin sır saklama yükümlülüğü ile yakında ilgilidir. Hastanın söz konusu haklarının ihlal edilmemesi için bilgilerin kullanılmasının istenmesi halinde mutlaka hastanın rızasına başvurulmalıdır.

Yukarıda sayılan sebeplerden dolayı gerek devlet hastanelerinde gerekse de özel merkezlerde yapılan gen analizleri sonucunda elde edilen verilerin hastaların gizli yaşamlarını ve mahremiyetlerini koruyacak şekilde muhafaza edilmesi ve kişi hakkındaki bu bilgilerin bireyin rızası olmadan üçüncü kişiler ile paylaşılması ve alenileştirilmemesi gerekir⁵⁵⁵. Bugün kişilerin tüm sağlık bilgileri elektronik ortamda tutulmaktadır. Bu nedenle bu bilgilere yönelik saldırıların olması da ihtimal dâhilindedir. Devlet tarafından veya özel hastanelerde tutulan bu bilgilere yönelik bir siber saldırı ile kişilerin yapmış oldukları gen analizleri ve bunların sonuçlarının elde

⁵⁵² Report founded by Office Of Privacy Commissioner of Canada, Analysis of Privacy Policies and Practices of Direct to Consumer Genetic Testing Companies. Private Sector Databanks and Privacy Protection Norms, March 2010, s. 7

⁵⁵³ United States Government Accountability Office, Testimony Before the Subcommittee on Oversight and Investigations, Committee on Energy and Commerce, House of Representatives, Misleading Test Results Are Further Complicated by Deceptive Marketing and Other Questionable Practices, Statement of Gregory Kutz, Managing Director Forensic Audits and Special Investigations, 22 July 2010, s. 16

⁵⁵⁴ NÍCOL, Dianne, HAGGER, Meredith, RIES, Nola, LIDDICOAT, Johnathon, Time to Get Serious About Privacy Policies; The Special Case of Genetic Privacy, Federal Law Review, Vol. 42, 2014, s. 156

⁵⁵⁵ SIEBERT, W., Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler, Çeviren: Bilge ÖZTAN, AÜHFD, C.26, S. 1-2, 1969, s: 218-230, s. 219

edilmesi mümkündür. Bu nedenle bilgilerin nasıl işleneceği ve nasıl korunacağına ilişkin olarak uyulması gereken kuralların ve tam korumayı sağlayacak teknolojik alt yapının oluşturulması ve böylece siber yollarla gerçekleştirilebilecek kişilik hakkı ihlallerinin önüne geçilmesi gerekir⁵⁵⁶.

Gen analizleri sonucunda elde edilen verilerin korunması ve hastanın mahremiyet hakkının muhafazası için ayrıca bir düzenlemenin yapılmasının gerekip gerekmediği ise tartışmalı bir meseledir. Bir tarafta gen analizi sonucunda elde edilen bilgilerin tıbbi veri olduğu ve bu nedenle hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamında olduğu ve ayrıca bir himayeye gerek olmadığı ileri sürülürken⁵⁵⁷ diğer taraftan gen analiziyle ilgili işlem ve faaliyetlerin hekimlerin tekelinden çıktığı ve tıbbi faaliyetlerin dışında ticari amaçlarla da kullanılabildiği gerekçesiyle ayrı düzenlemelerin olması gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁵⁸. Kanaatimizce yukarıda sayılan sebepler ve genetik bilginin karakteristik özelliğinden dolayı bu bilgilere dönük korumanın tam olarak yapılabilmesi için kişisel bilgilerin korumasını sağlayan genel yasal düzenlemelerin yanı sıra genetik verilerin korunmasına hizmet eden özel yasaların hazırlanması gerekir. Birçok ülke bu korumayı sağlamak amacıyla yasal düzenlemeler yapmıştır. Avusturya’da 1994 yılında kabul edilen Gen Teknolojisi Kanunu, genetik test sonucunda elde edilen verilerin federal kanun anlamında güvence altında olduğunu belirtip, verilerin ancak testi yaptıran kişiye ve onun yazılı rızayla onay verdiği diğer kişilere iletilebileceğini belirtmektedir⁵⁵⁹. Ülkemizde ise genetik bilgilere yönelik özel bir kanun olmamakla birlikte bu bilgiler gerek İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi ile ve çeşitli kanun ve yönetmelikte yer alan hükümler ile kişilerin genetik bilgilerine yönelik mahremiyetleri korunmaktadır. Örneğin suçlunun tespiti için gen analizine imkân veren CMK’nın 80. maddesi genetik inceleme sonuçlarının gizliliğine ilişkindir: “75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez. Bu bilgiler, kovuşturmayla yer

⁵⁵⁶ 2016 yılının şubat ayında bazı Türk hacker gruplarının Amerika’daki Presbyterian Sağlık Merkezi ile Methodist Hastanesi’nin veri tabanına siber saldırı düzenlemesi üzerine uluslar arası hacker grubu Anonymous Türkiye’deki Salık kurumlarının veri tabanlarını hackleyip hastane kayıtlarını yayınladıklarını duyurdu, <http://www.diken.com.tr/anonymous-turkiyede-saglik-kayitlarini-hedef-aldi-bircok-hasta-bilgisi-internette/>, Erişim Tarihi: 18.05.2016

⁵⁵⁷ YILDIRIM, Gen Analizleri, s. 390

⁵⁵⁸ BAŞPINAR, s. 99

⁵⁵⁹ DOĞAN, Gen Analizleri, s. 138

olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.” Benzer bir hüküm Ceza Muhakemesi’nde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik’te yer almaktadır⁵⁶⁰.

Hastanenin veya hekimin hasta ile aralarında olan güven ilişkisini ihlal ederek, kişinin rızasına aykırı olarak verileri üçüncü kişiler ile paylaşması halinde, kişi gizlilik ilkesinin ihlali nedeniyle tazminat isteminde bulunabilecektir. Hekim veya hastane bu bilgileri kasten üçüncü kişiler ile paylaşmamış olsa dahi verilerin korunması için gerekli sistemleri oluşturmamış ise gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden yine hekimin veya hastanenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

2.2.2.4.Eşitlik ve ayrımcılık yapmama ilkesinin ihlali

Gen analizlerinde eşitlikten kasıt herkesin genetik testlere başvurabilmesi bu anlamda bireyler arasında ayrımcılık yapılmamasıdır. Bireylerin ücret endişesi yaşamadan bu testlere başvurabilmesi için kişilere tanınan sağlık güvencelerinin genetik analizleri de kapsamı gerekir. Avrupa Konseyi de 1990 tarihinde vermiş olduğu tavsiye kararında genetik test yaptırma imkânının, maddi durum ve kişisel seçim söz konusu olmaksızın herkese sağlanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶¹. Genetik ayrımcılık ise bireylerin genetik bilgilerinden dolayı dışlanmamaları diğer bireylerden farklı muamelelere tabi tutulmamalarını ifade eder.

Genetik testlerin uygulama alanlarının gelişmesiyle bu testlerin toplumda nasıl etkiler oluşturacağı gözlemlenmeye başlanmıştır. Kişiler, yapmış oldukları testler ile

⁵⁶⁰ “Bu yönetmelik hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.

Bu bilgiler, kovuşturmayla yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet Savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir. Olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır.

Bilirkişi tarafından yapılan analiz sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir.

Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir.”

⁵⁶¹ HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 139

belirli bir hastalığa sahip oldukları veya ileride hastalığa yakalanma ihtimalleri hakkında bilgiler alarak tedaviye erkenden başlayabilmekteler. Kişi için bu bilgiler bu anlamda faydalı olsa da toplumun bu bilgilere vereceği tepkiler farklı olabilmektedir. Toplumun genetik bilgilere karşı, özel bir merakı vardır ve kişinin ve yakınlarının bu bilgilerden dolayı ayrımcılığa uğraması mümkündür⁵⁶². İleri de belirli bir hastalığa yakalanacağı veya belirli bir hastalığın genini taşıdığı bilinen kişilerin toplumdan dışlanması ve birçok alanda diğer insanlardan farklı muamelelere tabi tutulması söz konusu olabilmektedir. Bir çalışmada Kanada, İngiltere, İsviçre ve Amerika'da Huntington hastalığı için risk altında olan insanlardan yüzde 21'i prediktif test yaptırmıştır ve teste katılmayan kişiler gerekçe olarak negatif sonuç alınma korkusunu, depresyon sonuçla başa çıkamama ve ayrımcılığa uğrama tehlikesini göstermişlerdir⁵⁶³. Toplum tarafından dışlanma tehlikesi bir yana bireylerin genetik durumlarından dolayı dışlanması bireyin yaratıcılık ve üretkenliğini de etkilemektedir⁵⁶⁴.

İş ortamında, işverenler işçi sağlığını koruma ve bu nedenle ortaya çıkacak tazminattan kurtulmak amacıyla, işyerindeki verimin azalmasını önüne geçmek, iş ve işçi sağlığını korumak ve sürdürmek amacıyla test yaptırabilmektedir⁵⁶⁵. İşveren bu amaçla genetik bir hastalık olup olmadığının tespiti, işçinin ciddi hastalıklar için risk taşıyıp taşımadığına yönelik testler, işçinin işyeri ortamına bağlı hastalık riski olup olmadığının tespitine ve işyerinde kimyasal ve radyasyona zararlı seviyelerde maruz kalıp kalmadığının tespitine yönelik testler yapılabilmektedir⁵⁶⁶. Örneğin kişinin petrokimyasal ürünlerde bulunan benzenden etkilenme şiddeti ile NQO1 gen değişiklikleri arasındaki ilişki vardır ve işçinin böyle bir gen testi ile muhtemel riskten korunması mümkündür⁵⁶⁷. İngiltere'de de Savunma Bakanlığı, pilot alımlarında kişileri orak hücreli anemi hastalığı açısından test etmektedir. Çünkü orak hücre hastalığı yüksek rakımlarda oksijen basıncı düştüğü için bayılmalara

⁵⁶² BAŞPINAR, s. 95

⁵⁶³ Ayrıntılı bilgi için WAHLN, Robins, To Know or not to Know: A Review of Behaviour and Suicidal Ideation in Preclinical Huntington's Disease, Patient Education and Counseling, 007, 65(49), s. 287-288

⁵⁶⁴ GOSTIN, Lawrance O., Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Prognostic Tests by Employers and Insurers, American Journal of Law and Medicine, Vol. XVII, No: 1-2, 1991, s: 109-144, s. 112

⁵⁶⁵ ŞEN, s. 133-134

⁵⁶⁶ ŞEN, s. 131

⁵⁶⁷ ŞEN, s. 132

neden olmaktadır⁵⁶⁸. Kişinin iş ortamının gerektirdiği sağlık koşullarına sahip olup olmadığı konusunda veya iş ortamının bireyi etkileyip etkilemediği noktasında kişilerin teste tabi tutulmasında sorun olmasa da bireylerin işe alımlarda, ücretlendirmelerde veya işten çıkarılmalarında belirli bir hastalığa yakalanma ihtimallerinin veyahut belirli bir geni taşıyor olmalarının dikkate alınması genetik ayrımcılığın tipik örnekleridir⁵⁶⁹.

Sigorta sözleşmelerinde ayrımcılık sigorta şirketlerinin bireyi sigorta ettirmek istememelerinde veya yüksek primler belirlenmelerinde görülmektedir. Amerika’da hemokromatoz olarak adlandırılan kalıtsal bir rahatsızlığa sahip olan Phaedra Malatek isimli kadına, bir çalışma kapsamında çocuklarını niçin teste tabi tutmadığının sorulmasına çocuklarının ileride sağlık sigortasına sahip olmalarını riske atamayacağını söylemesi kişilerin genetik ayrımcılığa uğrama korkusunu göstermektedir⁵⁷⁰. Bir başka örnekte ise Paula Funk isimli kadın, ailesinde göğüs ve yumurta kanseri olanların sayısının fazla olmasına rağmen, ailedeki kadınların sağlık sigortasından yararlanamama korkusundan dolayı test yaptırmadıklarını ifade etmiştir⁵⁷¹.

İş ve sigorta sözleşmelerindeki uygulamalara baktığımızda, örnekleri görülen genetik ayrımcılığın bireyleri korkuya sürüklediği görülmektedir. Genetik test ve analizlerinin uygulama alanının gün geçtikçe artmasına rağmen, bireyin belirli bir işi gerektirdiği niteliklere sahip olmalarına rağmen genetik durumlarından dolayı işyerinde diğer çalışanlardan daha farklı muamelelere tabi tutulmaları, işten çıkarılmaları veya düşük ücret ile çalışmak zorunda kalmaları, belirli bir geni taşıyan insanların sigorta şirketleri tarafından sigorta edilmek istenmemesi, bu durumun teste tabi tutulan kişinin yanı sıra kişinin yakın akrabalarının da iş ve sigorta sözleşmelerini etkilemesi kişilerin ileride belirli bir hastalığa yakalanmasını önleme ve sağlığını koruma adına önemli olsa da gen analizi yaptırmaya gönülsüz olmalarına neden olmaktadır⁵⁷². Amerika’da Ulusal Gen Araştırmaları Merkezi’nin 1998 yılında New York Bilim Akademisi ile birlikte 1000 kişinin katılımı ile yapılan araştırmada,

⁵⁶⁸ ŞEN, s. 135

⁵⁶⁹ BAŞPINAR, s. 93

⁵⁷⁰ GeneWatch UK, Genetic Discrimination by Insurers and employers. Still Looming on the horizon, February 2006, s. 5

⁵⁷¹ Gene Watch UK, Genetic Discrimination, s. 5,

⁵⁷² MILLER/GOSTIN, s. 226

katılımcıların yüzde seksen beşi işverenlerin çalışanların genetik durumları, belirli bir hastalığa yakalanma ihtimalleri hakkındaki bilgilere ulaşmasının yasaklanması gerektiğini, katılımcıların yüzde otuz altısı bu bilgilerin işverenler ve sigorta şirketleri tarafından kullanılması halinde genetik test yaptırmayabileceklerini, yüzde yirmi yedisi ise bu durumda kesinlikle test yaptırmayacaklarını belirtmiştir⁵⁷³. Benzer bir diğer ankette ise katılımcıların %77'si genetik bilgilerinin sigorta şirketine verilmemesi gerektiğini söylerken, %59'u ise başkalarının yüksek harcamalarını finanse etmek için fazla pirim ödemek istemediklerini söylemiştir⁵⁷⁴. Bunun yanı sıra bireylerin belirli bir hastalıktan dolayı tedavi görmeleri ve bu kapsamda genetik test yaptırmaları, işverenler ve sigorta şirketleri tarafından bireyin genetik bir rahatsızlığının olduğu şekilde yanlış yorumlanmasına da neden olabilmektedir⁵⁷⁵. Amerika'da Humanna isimli sigorta şirketi böbreklerde ve karaciğerde rahatsızlıklara neden olan AAT genini taşıyan ancak hastalığın her hangi bir belirtisinin görülmediği iki çocuğu söz konusu genleri taşıdıklarından dolayı sigorta ettirmekten kaçınmış ve medyanın olaya dâhil olmasıyla sözleşme yapmak zorunda kalmıştır⁵⁷⁶. Avustralya'da Genetik Ayrımcılık Projesi kapsamında belirli hastalıklar için yatkınlık testi yaptıran 1000'den fazla kişiden 87'sinin 2005 yılında başta sigorta ve iş sözleşmelerinde olmak üzere negatif muamelelere maruz kaldığı ortaya konulmuştur. Test yaptıran kadınlardan birinin yumurta ve göğüs kanserine neden olan geni taşıdığı tespit edildiği için sigorta şirketlerince hiçbir kanser türü için sigorta ettirilmediği tespit edilmiştir⁵⁷⁷.

İş sözleşmelerinde genetik ayrımcılığın birçok örneği vardır. Amerika'da sekiz ay önce verimli çalışmasından dolayı terfi alan bir kadının Huntington hastalığı genini taşıdığına anlaşıldığının ardından işine son verilmiştir. Yine Gaucher hastalığı geninin taşıyıcısı olan bir adam iş başvurusunda bu bilgiyi paylaştıktan hemen son işine son verilmiştir. Bir başka örnekte ise soluk alırken zorlanan bir kadın

⁵⁷³ Benzer bir çalışma 1995 yılında Georgetown Üniversitesi tarafından gerçekleştirilmiştir. 332 kişinin katıldığı araştırmada katılımcıların yüzde seksen beşi işverenlerin ve sigorta şirketlerinin genetik bilgileri kullanarak ayrımcılık yapmalarından endişe duyduklarını belirtmiştir. Aile üyelerinden en az birinde genetik rahatsızlık bulunan kişilerden seksen yedisi genetik teste tabi tutulup risk altında oldukları bilgisinin işverenler tarafından bilinmesini istemediklerini belirtmiştir. Yine bu kişilerin yüzde yetmiş işlerini kaybetme ve sigorta kapsamı dışında tutulma korkusundan dolayı bilinen genetik durumlarını başkalarına bildirmediklerini belirtmiştir. MİLLER/GOSTIN, s. 233

⁵⁷⁴ KAŞIKÇI, s. 39

⁵⁷⁵ MİLLER/GOSTIN, s. 232

⁵⁷⁶ Gene Watch UK, Genetic Discrimination, s. 7

⁵⁷⁷ Gene Watch UK, Genetic Discrimination, s. 7

doktorunun önerisi üzerine genetik test yaptırdığında alfa-1 antitripsin eksikliği teşhisi konulur. Erken teşhis edildiğinde tedavi edilebilir olan bu hastalık işveren tarafından öğrenildikten sonra kadının işine son verilmiştir⁵⁷⁸. Amerika’da 2001 yılında mahkemeye konu olan bir başka olayda ise Burlington Northern Santa Fe Corporation isimli demiryolu şirketi karpal tünel sendromu için işçilerini yasalara aykırı olarak genetik teste tabi tuttuğu için 2.2 milyon dolar tazminata mahkûm edilmiştir⁵⁷⁹. Genetik ayrımcılığın bir başka örneği de Louisiana’da görülmüştür. Tecavüz ve öldürme vakası ile uğraşan polisler yüzlerce beyaz erkekten kendilerine yardımcı olmalarını ve DNA testi yapmalarını istemiştir. Bunun üzerine çeşitli sebeplerle test yaptırmak istemeyen kişilerin kimlikleri işverenler ile paylaşılmış ve işverenler teste rıza göstermeyen masum işçilerini işyerinden uzaklaştırmıştır⁵⁸⁰. Avrupa’da ise genetik ayrımcılığın ilk örneği 2004 yılında Almanya’da görülmüştür. Olayda kadın öğretmen ailesinde bulunan Huntington hastalığı geninden dolayı, risk altında olduğu kabul edilip memurluğa alınmamıştır⁵⁸¹.

Genetik ayrımcılığın geldiği noktayı anlama adına Hong Kong’da mahkemeye konu olan şu olayı ele almakta fayda var. K ve Y’nin itfaiye ve ambulans hizmetlerinde çalışmak amacıyla yaptıkları başvuru reddedilirken, W’nin ise işe alımdan bir süre sonra sağlık bilgilerinin toplanmasından bir süre sonra işine son verilir. Üçünün de işine son verilmesinin nedeni ailelerinde görülen şizofreni olarak adlandırılan akıl hastalığıdır. Taraflar iş yerinde ayrımcılığa uğradıkları gerekçesiyle dava açarlar. Şizofreni hastalığına neden olan gen dava tarihi itibarıyla tespit edilmiş değildir. (Şu an yapılan çalışmalarda şizofreniye neden olan C4 geninin tespit edildiği ileri sürülmekte ise de çalışmalar devam etmektedir.) Dahası anne veya babasından biri şizofreni olan çocuğun ileride bu hastalığa yakalanma ihtimali yüzde 13 iken, anne ve babasında bu hastalık olan insanların yakalanma ihtimali ise yüzde birdir. Dahası dava sırasında Y’nin babasının şizofreni hastası olmadığı aksine delusional disorder hastası olduğu tespit edilmiştir. Şizofreninin kalıtsal bir hastalık olduğunun ve genetik olarak bir sonraki nesle aktarıldığının tam olarak tespit edilmemesi, işe alımlarda bu kişilerin daha sonra hastalığın etkilerinin görülüp görülmeyeceğinin

⁵⁷⁸ GeneWatch UK, Genetic Testing in the Workplace: Creating a Genetic Underclass?, Briefing Number 24, November 2003, s. 5

⁵⁷⁹ GeneWatch UK, Genetic Discrimination, s. 6, FULDA, K. G., LYKENS, K., Ethical Issues in Prediktive Genetic Testing: A Public Health Perspective, J Med Ethics 2006;32, s: 143-147, s. 144

⁵⁸⁰ GeneWatch UK, The Police National Database, s. 42

⁵⁸¹ GeneWatch UK, Genetic Discrimination, s. 7

belirlenememesi ve bu durumun toplumun veya aynı birimde çalışan diğer insanların sağlığını tehlikeye soktuğu iddiasının gerçekçi olmadığı gerekçesiyle mahkeme tarafların hak kaybına uğradığına ve her birine 775.000 dolar ödenmesine karar vermiştir⁵⁸².

İşveren ve sigorta şirketlerinin bireylerin genetik bilgilerini elde etmeye yönelik çalışma ve arzuları, bireyi genetik test yaptırmaya zorlayabileceği gibi gen analizi yaptırmak birey için maliyetli olsa da, uygulanacak analizlerin maliyeti işverenler ve sigorta şirketleri için önem arz etmeyecek derecede olduğundan işverenler ve sigorta şirketleri bireyi bizzat teste tabi tutma yoluna gidebilirler. Bu durum, işyerinde veya sigorta şirketinde bireyden örnek almak şeklinde gerçekleşebileceği gibi, bireyden habersiz olarak alınan örnekler üzerinde de gerçekleştirilebilir. Amerika’da 1995 yılında yedi işçi ABD Enerji Bakanlığı’nın sağlık muayenelerinin genetik testler içermesinden dolayı dava açmıştır. İşçiler, bakanlık laboratuvarının kendi bilgileri olmadan mesleki sağlık taramalarında hamilelik, orak hücreli anemi ve sifilis için test edildiklerini iddia etmiştir. İşçiler bakanlığı, mahremiyetlerine müdahale etmek, cinsel ve ırksal ayrımcılığa tabi tutmakla suçlamışlardır. 1998 yılında ABD temyiz mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş ve kişilerin mahremiyetlerinin ihlal edildiğini kabul etmiştir⁵⁸³. Bu durumda sağlıksız ortamda ve genetik danışmanlık hizmeti alınmadan yapılan testlerin yanlış yorumlanma ihtimalinin artırarak bireyin aslında sahip olmadığı genetik durumundan dolayı da ayrımcılığa uğramasına neden olabilmektedir.

Kişilerin genetik bilgilerinin işyeri ve sigorta şirketleri tarafından kullanılması korkusu, bireylerin analiz yaptırmayarak sağlıklarını etkilemesinin yanı sıra, bu durum bilimsel çalışmaları da etkilemektedir. Araştırmaya katılacak kişilerin bilgilerinin sağlık kayıtlarında olmasından dolayı kişilerin ayrımcılığa uğrayabileceklerine yönelik korkuları, kanser gibi genetik hastalıklara yönelik riskin

⁵⁸² WONG, Josephine G., LIEH-MAK, Felice, Genetic Discrimination and Mental Illness. A Case Report, Journal of Medical Ethics, 2001, 27, s: 393-397

⁵⁸³ Gene Watch UK, Cases of Genetic Discrimination, Box M, s. 37, <http://www.genewatch.org/uploads/f03c6d66a9b354535738483c1c3d49e4/GeneticTesting.pdf>, Erişim Tarihi: 10.07.2016

belirlenmesi amacıyla yapılan uzun dönem araştırmalarına bireylerin katılımlarını engelleyebilmektedir⁵⁸⁴.

Yaşanan olumsuz örnekler nedeniyle toplumda gelişen ayrımcılığa uğrama endişesi ulusal ve uluslar arası alanda ayrımcılığı önleyen, bireyleri koruyan düzenlemelerin yapılmasını sağlamıştır. Amerika'da hükümet tarafından 1982 yılında yürütölen bir çalışmada şirketlerin %1.6'sının işe alımlarda en az bir genetik teste başvurduğunu ortaya koymuştur. Bu çalışmada şirketlerin genetik rahatsızlık tespit ettikleri çalışanlarına karşı farklı muamelelerde bulundukları da tespit edilmiştir. Çalışmada bazı şirketlerin risk altında olduğunu tespit ettikleri çalışanlarını bu konuda bilgilendirdikleri, bazı şirketlerin risk altındakileri başka yere transfer ederken bazı şirketlerin ise risk altındakileri işten çıkardığı tespit edilmiştir⁵⁸⁵. 1996 yılında yapılan bir çalışmada ise genetik durumlarından dolayı risk altında olduğu tespit edilen insanların %48' genetik ayrımcılığa uğradıklarını belirtmiştir⁵⁸⁶. 1997 yılında yapılan bir çalışmada ise işverenlerin %6-10'unun genetik testlere başvurduğu ortaya konulmuştur. Yine genetik konumlarından dolayı risk altında olan 1000 kişi üzerinde yapılan bir çalışmada bu kişilerin %22'si genetik ayrımcılığa uğradıklarını belirtmişlerdir⁵⁸⁷.

Tüm bu olumsuz sonuçlar genetik bilgi ile genel sağlık bilgisi arasında bir ayrıma gidilmesi konusunda tartışmaları da beraberinde getirmiştir tartışmanın temeli genetik bilginin diğerk sağlık bilgilerinden ayrı olarak özel bir şekilde korunmasını gerektirecek özelliklere sahip olup olmadığına ve genetik bilgilerin diğerk sağlık bilgilerinden tam olarak ayırmanın mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bir taraftan genetik ayrımcılığın kesin olarak önlenmesi için genetik mahremiyetin mutlak bir şekilde korunması⁵⁸⁸ ve geçmişte Nazi Almanyası'nda ve Amerika'da örnekleri

⁵⁸⁴ KOLATA, Gina, Advent of Testing for Breast Cancer Genes Leads to Fears of Disclosure and Discrimination, N.Y. Times, February 4, 1997, <http://www.nytimes.com/1997/02/04/science/advent-testing-for-breast-cancer-genes-leads-fears-disclosure-discrimination.html?pagewanted=all>, Erişim Tarihi: 13.05.2016

⁵⁸⁵ Office of Technology Assessment, The Rule of Genetic Testing in the Prevention of Occupational Disease, April 1983, <http://fas.org/ota/reports/8317.pdf>, s. 9, Erişim Tarihi: 07.05.2016

⁵⁸⁶ Lisa N. Geller et al., Individual, Family, and Social Dimensions of Genetic Discrimination: A Case Study Analysis aktaran VASICHEK, Laurie A., Genetic Discrimination in the Workplace: Lessons from the Past and Concerns for the Future, Saint Louis University Journal of Health Law and Policy, Vol 3, 13, 2009, s. 15

⁵⁸⁷ <http://www.aclu.org/genetic-discrimination-workplace-factsheet>, Erişim Tarihi: 07.05.2016

⁵⁸⁸ RAO, Radhiko, A Veil of Genetic Ignorance? Protecting Genetic Privacy to Ensure Equality, Villanova Law Review, Vol. 51, Iss. 4, Art. 4, 2006, s: 827-840, s. 831

görülen ırka dayalı damgalama ve ayrımcılığın önlenmesi için genetik bilginin diğer bilgilerden ayrı tutulması gerektiği ileri sürülmüştür⁵⁸⁹. Diğer taraftan genetik bilgilerin diğer sağlık bilgilerinden ayırmanın mümkün olmadığı ve sağlık ile ilgili hemen hemen her bilginin genetik bilgi olarak nitelendirilebileceği⁵⁹⁰ ve genetik bilginin ailenin sağlık bilgilerinden basit bir kan testinden, DNA testi amaçlanmadan gerçekleştirilen yeni doğum taraması veya kandaki proteini ölçen testler ile de elde edilebileceği belirtilmektedir⁵⁹¹. Eleştirilerde verilen bir diğer örnek ise, huntington hastalığıdır. Kişinin ailesinde bu hastalığa sahip bireylerin olması kişinin de bu hastalığa yatkın olduğunu gösterirken bireyin bu bilgiyi genetik test yaptırmadan öğrenmiş olması ile genetik test sonucunda öğrenmiş olması hali arasında bir fark oluşturulmamalıdır denilmektedir⁵⁹². İnsan Genetik Verileri Hakkında Deklarasyon'da ise genetik verilerin özel bir statüsü olduğu belirtilmiş ve buna gerekçe olarak ise kişinin genetik yatkınlığı hakkında tahmin imkânı verdiği, genetik bilgilerin ailenin üzerinde önemli etkileri olabileceği, genetik durumun ailede nesilden nesile aktarıldığını, biyolojik örneklerin alındığı sırada o an için bilinmesi gerekmeyen özel bilgileri içerebileceği ve genetik bilgilerin kişinin ait olduğu toplum hakkında bilgi vermesi gösterilmiştir.

İş ve sigorta sözleşmelerinin yanı sıra genetik ayrımcılığın eğitim alanında da ortaya çıkması muhtemeldir. Genetik bilgiler, okullarda her öğrenciye kabiliyet ve kapasitesine göre eğitim verme gerekçesiyle kötüye kullanılabilir ve kişilerin genetik durumlarına göre farklı eğitimlere tabi tutulmalarına neden olabilir⁵⁹³. Dahası, toplumun genetik hastalıklar konusundaki bilgisizliği göz önüne alınırsa belirli bir genetik hastalığa ilişkin geni taşıdığı tespit edilen kişinin okul içerisinde diğer öğrencilerden dışlanmasına, ailelerin çocuklarının bu kişi ile aynı sınıfta eğitim almalarını istememelerine neden olabilir.

Genetik bilginin diğer sağlık bilgilerinden ayrı bir muameleye tabi tutulması üzerine tartışmalar devam ederken ABD'de Genetic Information and Nondiscrimination Act

⁵⁸⁹ ANNAS, George J., GLANTZ, Leonard H., ROCHE, Patricia A., Drafting the Genetic Privacy Act: Science, Policy and Practical Considerations, Journal of Law, Medicine and Ethics, Vol. 23;4, 1995, s. 360

⁵⁹⁰ ROTHSTEIN, Mark A., Why treating Genetic Information Separately is a Bad Idea, Texas Review of Law and Politics, s. 34, aktaran Nicol/Hagger/Ries/Liddicoat, s. 153

⁵⁹¹ Australian Law Reform Commission and Australian Health Ethics Committee, Essentially Yours: The Protection of Human Genetic Information in Australia, Report No 96, 2003, Vol. 1, s. 130

⁵⁹² NICOL/HAGGER/RIES/LIDDICOAT, s. 153

⁵⁹³ BAŞPINAR, s. 94

of 2008 (GINA) kabul edilmiştir. 21 Kasım 2009’da yürürlüğe giren yasa genetik bilgilerden dolayı işçiler arasında ayırım yapılmasını yasaklamakta ve kural olarak işçiden ve ailesinde genetik test yaptırmasının istenemeyeceğini belirtmektedir. Yasa daha ayrıntılı olarak işçiyi çalıştırıp çalıştırmamada, işten çıkarmada, tazminatta ve çalışma sürelerinde işçiler arasında ayrımcılık yapılmasını yasaklamaktadır. Yine ayrımcılık olarak değerlendirilebilecek işçinin farklı bir sınıflandırmaya tabi tutulması veya başka bir bölüme yerleştirilmesi de yasaklanmıştır. Bununla birlikte, işveren bir iyileştirme programı kapsamında bir gen hizmeti öneriyorsa veya işveren yasalardan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla aile sağlık geçmişini istiyorsa bu durum kanuna aykırılık oluşturmayacaktır. Sigorta sözleşmeleri için ise, sigorta sözleşmelerinin gerek sigortalıdan gerekse de yakınlarından genetik durumlarının tespiti için gen analizi yaptırmalarının istenemeyeceği belirtilmiş, ancak hali hazırda bilinen bir genetik rahatsızlık varsa bu durumun sigorta şirketi ile paylaşılması gerektiği ifade edilmiştir. İş ve sigorta sözleşmeleri için öngörülen bu kurallar bireyi kalan yaşamında ayrımcılığa maruz kalmasına karşı korumamaktadır. Yine yasa, 15’den az sayıda işçi çalıştıran yerlerde ve askere alımlarda uygulanmamaktadır. Genetik ayrımcılık ile mücadelede benzer hükümleri birçok ülke kanunlarında görmek mümkündür. Alman Gen Teşhisi Kanunu’nun dördüncü maddesi genetik özelliklerinden dolayı kişilerin dezavantajlı duruma düşürülemeyeceğini belirtmektedir. Yine aynı Kanunun 18. maddesinde de sigorta şirketlerinin hiçbir zaman sigortalıdan genetik muayene yapma talebinde bulunamayacağı veya yapılmış olan genetik muayene sonuçlarının kendisiyle paylaşılmasını isteyemeyeceği belirtilmiştir⁵⁹⁴. İsviçre’de İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun ile işverenlerin ve sigorta şirketlerinin bireylerden gen analizi yaptırmalarını isteyemeyeceklerini belirtmekle birlikte bu duruma 22, 27 ve 28. maddeleri ile istisnalar getirmektedir. Genetik ayrımcılık ile mücadele etmek amacıyla İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 11.maddesi “*Bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaktır*” ifadesine yer vermiş ve 12. maddesinde ise işe alımlarda ve sigorta sözleşmelerinde gen analizlerinin istenemeyeceğini “*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*

⁵⁹⁴ ROSENAU, s. 251

amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir” şeklinde ifade etmiştir. Sözleşme “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” ifadesiyle de kişilerin gen analizlerine başvurma noktasında eşit şartlara sahip olmaları gerektiği ve devletlerin bu konuda gerekli düzenlemeleri yapma görevi altında olduğunu belirtmektedir. UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Deklarasyonu’nun altıncı maddesi ise hiç kimsenin genetik durumundan dolayı genetik ayrımcılığa maruz bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Ülkemizde bir gen kanunu olmamakla birlikte İş Kanunu’nda iş ilişkilerinde, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç gibi sebeplerle ayırım yapılmayacağı belirtilmiş, yine ağır ve tehlikeli işlerde çalışanlar için, işe alımlarda ve yılda bir kişinin bu işlere elverişli ve dayanıklı olup olmadıklarına ilişkin muayene yapılabileceği, belirtilmiştir. Ancak İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi iç hukukumuzun bir parçası olduğundan yukarda bahsettiğimiz hükümler ülkemizdeki iş ilişkilerinde de geçerli olacaktır.

2.2.2.5. Bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi

2.2.2.5.1. Test yaptıran kişi bakımından bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi

Hasta Hakları Yönetmeliği’nin 15. maddesinde yer alan bilgi alma hakkı kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesi ilkesinin bir uzantısıdır⁵⁹⁵. Kişinin mevcut hastalığının tedavi edilebilmesi veya ileride meydana gelebilecek rahatsızlıklar için önlem alınabilmesi ve bireyin geleceğine yönelik geçerli ve realist planlar yapabilmesi için genetik durumu hakkında bilgilendirilmesi gerekir. Genetik konumundan dolayı normal yollarla çocuk sahibi olamayacak bir kadın bu konu hakkında bilgi sahibi olması halinde normal doğum yapmaya ilişkin beklenti içine girmeyecek ve çocuk sahibi olmak için diğer alternatif yollara başvurabilecektir. Bununla birlikte bu bilgi kadının hem gelecek planları için maddi anlamda kendisini hazırlamasına yardım edeceği gibi, çocuk sahibi olması için yapılan toplumsal

⁵⁹⁵ ÇOBANOĞLU, Tıp Etiği, s. 65, BAŞPINAR, s. 83

baskıyı da azaltacaktır⁵⁹⁶. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesinde bilme hakkı özel yaşam ile bağdaştırılmış ve şu ifadelere yer verilmiştir:

1. *Herkes, kendi sağlığı hususundaki bilgilerle ilgili olarak, özel yaşamına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*
2. *Herkes, kendi sağlığı hususunda toplanmış her bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir.*
3. *İstisnâî durumlarda, 2'nci paragrafta belirtilen hakların kullanımına, hastanın yararı için kanunî kısıtlamalar getirilebilir.*

Hasta bilgi alma hakkını bizzat kullanacaktır. Bu şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Ancak kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması veya ergin olmaması halinde veli veya vasisinin de bilgilendirilmesi gerekir. Hekimin bu bilgilendirmeyi yaparken hastanın eğitim durumunu dikkate alarak anlaşılır bir şekilde yapması ve vereceği bilgilerin hasta üzerinde oluşturabileceği etkileri göz önünde bulundurması gerekir.

Hastanın bilme hakkını kullanması halinde hekimin hastasını bilgilendirmemesi veya hastanın vereceği kararları etkileyebilecek önemli hususların kendisinden gizlenmesi veya yanlış bilgilendirilmesi kişilik hakkı ihlali oluşturacaktır. Oluşabilecek ilk ihtimal hekimin yapılan analiz sonuçları hakkında hastasını bilgilendirmemesidir. Hekimin yapılan testin amacına göre ortaya çıkacak ve hastanın test yaptırmadaki amacına hizmet edecek bilgileri hasta ile paylaşmalıdır. Burada tartışmalı olan husus test ile ortaya çıkan tesadüfi bilgilerin hasta ile paylaşılıp paylaşılmayacağıdır. Bu durum özellikle genetik araştırmalarda söz konusu olabilmektedir. Anne karnında gerçekleşen bebek ölümlerini araştıran bir çalışmaya katılan kişi bu çalışma kapsamında elde edilecek bilgilerin kendisiyle paylaşılmasını istiyorsa kendisine düşük yapma veya sağlıklı bebek dünyaya getirme ihtimaline ilişkin tespit edilen bilgilerin verilmesi gerekir. Yapılan test sonucunda bireyin yumurta kanseri olduğuna ilişkin bir bilgi elde edilmesi halinde ise, bu bilginin bireyle paylaşılıp paylaşılmayacağı, bireyin tesadüf sonucu ortaya konulan bilgileri bilmek isteyip istemediğine ilişkin iradesine göre şekillenecektir. Eğer teste tabi tutulan kişi, elde edilecek başka bilgileri bilmek istemediğini belirtmiş ise bu halde kendisine bilgilendirme yapılmamalıdır.

Hekimin gen analizi sonucunda elde edilen bilgileri hastasıyla paylaşmaması gibi hastayı test sonuçları hakkında yanlış bilgilendirmesi de kişilik hakkı ihlali

⁵⁹⁶ BORTOLOTTI, Lisa, The Relative Importance of Undesirable Truths, Med Health Care and Philos(2013) 16, s: 683-690, s.686

oluşturacaktır. Gen analizleri hastanın vermiş olduğu biyolojik örneklerin laboratuvar ortamında testlere tabi tutulması ve bu testlerden elde edilen sonuçların yorumlanması esasına dayanır. Örneklerin laboratuvarda başkasına ait örnekler ile karıştırılması veya hekimin veya analizi gerçekleştiren uzmanın test sonuçlarını yanlış yorumlaması nedeniyle kişi genetik durumu hakkında yanlış bilgilendirilmiş olabilir. Yapılan test sonucunda elde edilen bilgilerin gerçeği yansıtmaması halinde de testi gerçekleştiren kişiler ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır. Burada hekim veya gen merkezi analiz sonuçlarının yanlış olmasından dolayı bireyin tekrar test yaptırması halinde, testin yeniden gerçekleşmesinden doğan zararlarla birlikte gerçek bilgilere hastanın geç ulaşmasından doğan masrafları da karşılamalıdır.

Hastanın genetik testin sonucunu bilme hakkı olduğu gibi bilmeme hakkı da söz konusudur⁵⁹⁷. Bu hak, insan olmanın temel haklarından özellikle kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkından doğmaktadır⁵⁹⁸. Kişi genetik teste rıza göstermiş olsa dahi bu testin sonuçlarını bilmek istemeyebilir. ABD’de Time dergisi ile CNN televizyonunun ortaklaşa yaptıkları bir ankette insanlara genetik testler kullanarak ileride ne gibi hastalıklara duçar olabileceklerini öğrenmek isteyip istemediklerinin sorusuna katılımcıların %49’u bunu bilmek istemediklerini belirtmiştir⁵⁹⁹. Gen analizleri yapan bir projeye gönüllü olarak destek vermek ve katılımcı olmak için başvuran ve kan örneği veren kişi yapılan analizlerde hastalığa neden olan bir genin tespit edilmesi halinde bilgilendirilmek istemediğini belirtmiş olabilir. Bu durum özellikle gerçekleşme ihtimali çok düşük olan hastalıklarda veya tedavisi mümkün olmayan hastalıklarda önem arz etmektedir. Birçok defa tedavisi mümkün olmayan bir hastalığı kişinin bilmesinde bir menfaati de yoktur. Dahası hastanın moral ve motivasyonunun yüksek tutulması için de bilginin kendisinden gizlenmesi gerekebilir⁶⁰⁰. Bilmeme hakkının kullanılmasının bir diğer nedeni ise bireyin, genetik durumuna ilişkin bilginin geri kalan hayatını yönlendirmesini istememesidir. İleri yaşlarda Huntington hastalığına yakalanma ihtimali hakkında bilgi sahibi olmak

⁵⁹⁷ EDİSAN, Zehra, AKSOY, Şahin, Genetik Uygulamalar Özelinde Bilmeme Hakkı, Türkiye Klinikleri, 2007, s: 153-159, s. 155; KAŞIKÇI, s. 27, BAŞPINAR, s. 83

⁵⁹⁸ EDİSAN/AKSOY, s. 155

⁵⁹⁹ KAŞIKÇI, s. 27

⁶⁰⁰ BAŞPINAR, s. 84

istemeyen birey, bu hastalığa yakalanma ihtimali ve korkusunun uzun dönem planlarına mani olmasını istememektedir⁶⁰¹.

Bilmeme hakkı, çeşitli argümanlar ile eleştirilmiştir. Bilmeme isteği kişinin doğasına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Aristo'nun "*tüm insanlar bilmek ister*" diyerek ifade ettiği bilme hakkının bireyin doğasında olduğu ve bunun insanı hayvanlardan ayırdığı, bu nedenle de bilmeme hakkının insan doğasına ve etiğe aykırı olduğu ileri sürülmüştür⁶⁰². Bunun yanında sağlığı hakkında gerekli bilgisi olmayan kişinin kendi geleceğini belirleme hakkını tam olarak kullanamayacağı ve kişinin bilmeme hakkının kendisinin dışında aile üyelerinin de sağlığını etkilediği, genetik bilginin sadece testi yaptıran kişiye ait olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁶⁰³ Yine kişilerin isteğine aykırı olarak genetik bilgilerin kendileriyle paylaşılması halinde özgürlüklerinin ihmal edilmiş olabileceği ancak kendi geleceklerini kendilerinin belirleme haklarının ihlalinin söz konusu olmayacağı dahası bu şekilde özerk bir karar verilmesine yardımcı olunacağı ileri sürülmektedir⁶⁰⁴. Bilmeme hakkına getirilen bir diğer eleştiri ise bilmeme hakkının hekimin bilgileri hasta ile açıklama yükümlülüğüne zarar vereceği ve paternalist anlayışın tekrar gelişmesine neden olarak ve bireyin özerkliğini kullanmasını engelleyeceğidir⁶⁰⁵. Bilmeme hakkına getirilen bir diğer eleştiri ise hakkın kullanımının bizzat kişinin öz idaresinde olmadığı, bireyin bu hakkını kullanmasına sigorta şirketleri ve işverenler gibi üçüncü şahısların etkili olduğudur⁶⁰⁶. Ancak tüm bu eleştirilere rağmen bilmeme hakkı birçok belge ile bir hak olarak kabul edilmiştir. İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 10. maddesi kişilerin bilme hakkının yanı sıra bilgilendirilmeme isteklerinin de gözetilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Sözleşmenin açıklayıcı raporunda hastanın muhtemel sağlık sonuçlarını bilmek istememesi için geçerli sebepleri olabileceğine vurgu yapmaktadır. UNESCO'da

⁶⁰¹ BORTOLOTTI, s.686

⁶⁰² HOTTOIS G., A Philosophical and Critical Analysis of the European Convention of Bioethics, Journal of Medicine and Philosophy, 2000 aktaran Andorno, s

⁶⁰³ BORTOLOTTI, s.683

⁶⁰⁴ HARRIS, John, KEYWOOD, Kirsty, Ignorance, Information and Autonomy, Theoretical Medicine 22, 2001, s: 415-436, s.419 Harris ve Keywood, birey için kritik olan bilgileri bilmemenin bireye menfaat sağlamayacağını kişinin geleceği için etkili durumları bilmeden ileriye dönük planlar yapamayacaklarını savunmaktadırlar. Örnek olarak da kişinin beş yıllık bir ömrü kaldıysa, bireyin bu bilgi olmadan rasyonel planlar yapamayacağını ancak durumu hakkında bilgi sahibi olması halinde ise bazı önceliklerinin manasız kalacağını ve kalan ömrünü daha verimli geçirebileceğini söylemektedirler.

⁶⁰⁵ HARRIS/KEYWOOD, s. 419

⁶⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için ANDORNO R., Law, Ethics and Medicine The Right Not to Know: An Autonomy Based Approach, J Med Ethics 2004;30, s: 435-440, s.438

yayınlanmış olduğu İnsan Genomu ve İnsan Hakları Deklarasyonu'nun beşinci maddesinde bireylerin genetik araştırma ve analiz sonuçlarını bilmek istememelerine saygı duyulması gerektiğini vurgulamıştır. Dünya Sağlık Örgütü de 1997 yılında tıbbi genetik araştırmalar için yayınlamış olduğu etik ilkelerde yeni doğan bebek ve çocuklardaki tedavi edilebilir durumlar hariç olmak üzere teste tabi tutulan kişinin ve ailesinin test sonuçları da dahil olmak üzere bilmeme haklarını kullanmaları halinde buna saygı duyulması gerektiğini belirtmektedir⁶⁰⁷. Ancak tüm bu uluslar arası metinlerde bilmeme hakkından bahsedilirken hak anlamında olan “right” kelimesi kullanılmamış bunun yerine istek ve karar anlamlarına gelen “wish”, “decision” ve “explicit request” kelimeleri kullanılmıştır⁶⁰⁸. Hasta Hakları Yönetmeliğinin de 20. maddesi bilmeme hakkına ilişkindir. İlgili maddeye göre “İlgili 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.” Bilmeme hakkı birçok ulusun gen kanununda da yer almaktadır. İsviçre'nin İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun'unun altınca maddesi “Herkes, kendi kalıtsal özellikleri hakkındaki bilgileri içeren malumatı kabul etmeme (reddetme) hakkına sahiptir” ifadesiyle bilmeme hakkını ele almaktadır. Ancak bazı hallerde bilmeme hakkının kullanılmasının hakkaniyet ile bağdaşmadığı ileri sürülmekte ve bilmeme hakkının kullanılması halinde üçüncü kişilerin bundan ağır bir zarar görme ihtimalleri varsa, hekimin bu durumda hastasını bilgilendirmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁰⁹. İsviçre İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanunu da 18.maddesi ile bilmeme hakkına istisna getirmiştir. İlgili maddeye göre “...İlgili kişi ya da embriyo veya fetüs için doğrudan fiziki bir tehlike oluşturması durumunda, hekimler, çekinmeksizin ilgili kişiyi kabul edilmeyebilen araştırma sonuçları hakkında bilgilendirmek zorundadırlar”.

Bir araştırma kapsamında biyolojik örnek veren kişi elde edilen sonuçların kendisiyle paylaşılmamasını isteyebilir. Bu durum hastanın ileride ortaya çıkabilecek genetik rahatsızlığın neden olduğu endişeden kaynaklanabilir. Özellikle tedavisi mümkün

⁶⁰⁷ Report of WHO, Proposed International Guidelines ofn Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services, <http://www.who.int/genomics/publications/en/ethicalguidelines1998.pdf>, Erişim Tarihi: 09.05.2016

⁶⁰⁸ ANDORNO, s. 436

⁶⁰⁹ ANDORNO, s. 437

olmayan hastalıklar için kişi hastalığa yakalanma ihtimali hakkında bilgi sahibi olmayabilir. Kişinin genetik verileri hakkında bilgi sahibi olmak istememesi nedeni, bu bilgi nedeniyle damgalanma ve ayrımcılığa uğrama tehlikesi olabilir. Bu nedenle bireyin sonuçları bilmek istememesi halinde toplumun bireyi bilme noktasında zorlama hakkı yoktur. Sonuçları ne olursa olsun bireyin yapılan analiz sonuçları hakkında bilgi sahibi olmak istememesi halinde testi uygulayan hekimin sonuçları test tabi olan kişi ile paylaşmaması gerekir. Genetik bilginin hasta ile paylaşılması halinde, hastalığın önlenmesi veya ortadan kalkması için önlemler alınması mümkün olsa dahi hekimin hastanın bilmeme hakkına saygı duyması gerekir⁶¹⁰. Aksi halde kişinin geleceğini belirleme hakkının ihlali nedeniyle bilmeme hakkını ihlal eden hekimin sorumluluğuna gidilecektir⁶¹¹.

Hastanın bilme ve bilmeme haklarından hangisini kullanmak istediğini belirtmemesi halinde hekimin nasıl bir karar vereceği de üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir. Bu durumda acaba hekim, kişilerin bilme haklarını kullandıklarını varsayarak test sonuçları hakkında hastasını bilgilendirmeli midir yoksa hastanın bu bilgileri öğrenmek istemediği varsayımıyla bilgileri hastasıyla paylaşmamalı mıdır? Gen analizi yaptıran hemen hemen herkesin analiz sonuçlarının kendileriyle paylaşılmasına ilişkin olarak beyanda bulunmadıkları düşünülürse bu durumda hekimin hastasını bilgilendirme yükümlülüğü dikkate alarak hekimin hastasını bilgilendirmesi gerektiği kabul edilmelidir⁶¹².

Bilme ve bilmeme hakkının küçükler için nasıl kullanılacağı ise üzerinde durulması gereken başka bir meseledir. Öncelikle küçüğün aydınlatma yükümlülüğünde olduğu gibi sağlığı için önemli olan hususlarda ailesiyle birlikte bilgilendirilmesi gerekir. Bu anlamda küçüğün bilme hakkı vardır. Hangi bilgilerin küçüğe söylenmeyeceği hususunda ise tedavisi olmayan genetik rahatsızlıklar için ailenin, küçüğün bu konuda bilgi sahibi olmasını istememeleri halinde hekimin çocuğu bilgilendirmemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak çocuğun ayırt etme gücüne sahip yapılan testin önemi ve sonucunu kavrayabilecek durumda olması halinde testten önce elde edilecek bilgilerin çocukla paylaşılması konusunda alınacak kararda, çocuk da söz sahibi

⁶¹⁰ HARRİS/KEYWOOD, s. 416

⁶¹¹ EDİSAN/AKSOY, s. 159

⁶¹² ANDORNO, s.438

olabilmelidir⁶¹³. Çocuğun testin yapıldığı sırada ayırt etme gücüne sahip olmasa dahi ailenin söz konusu genetik bilgilerin çocuğa ait olduğu ve elde edilecek bilgilerin testten hemen sonra veya gelecekte bir zamanda çocuk ile paylaşılacağı konusunda bilgilendirilmeleri gerekir⁶¹⁴. Prediktif testler için ise ileri yaşlarda etkisini gösterecek olan hastalıklar için ailenin onayı ile prediktif testler yapmak yerine küçüğün sağlığını hemen etkilemeyecekse, küçüğün rıza gösterebilecek yaşa gelmesi beklenmelidir⁶¹⁵. Böylece küçük bilme veya bilmeme haklarını etkin olarak bizzat kullanabilecektir. Prediktif testler gibi taşıyıcılık testleri içinde küçüğün rıza gösterebilecek yaşa gelmesi beklenmelidir. Böylece belirli bir geni taşıdığı tespit edilen çocuğun henüz bu bilgi ile başa çıkabilecek olgunluğa ulaşmadan damgalanma veya ayrımcılık ile mücadele etmesi önlenmiş olur⁶¹⁶. Ancak her nasılsa yapılmış olan testte çocuğun belirli bir hasatlığa ilişkin geni taşıdığı tespit edilirse bu bilginin çocuğun ailesiyle paylaşılması gerekir. Böylece aile hem çocuğun bu bilgi ile ileride yaşamına yön verebilmesine yardımcı olabilecek hem de ailenin ileri de yeni bir çocuk dünyaya getirme kararı almalarında bu riski göz önünde bulundurmaları sağlanmış olur⁶¹⁷. Diğer taraftan ailenin izni olmadan küçük üzerinde yapılan bir testin sonucunun küçük ve ailesiyle paylaşılması halinde hem küçüğün hem de ailenin bilmeme hakkı ihlal edilmiş olur. Bu durumda hem küçük hem de ailesi meydana gelen zararın tazminini isteyebilir. Aile, burada kendi genetik bilgilerini öğrenmeleri halinde bundan dolayı tazminat talep edebilecekleri gibi küçüğün bilgilerini öğrenmiş olmaktan dolayı da yansıma zarar olarak manevi tazminat talep edebilmelidir. 2014 yılında bir Alman Mahkemesi verdiği bir kararında aksi yönde sonuca varmıştır. Buna göre başkasının genetik kökenini bilmeme hakkı kapsamında annenin kendi çocuğuna eski kocasından kalan ölümcül

⁶¹³ ACMG Policy Statement, Technical Report: Ethical and Policy Issues in Genetic Testing and Screening of Children, s. 239

⁶¹⁴ ACMG Policy Statement, Technical Report: Ethical and Policy Issues in Genetic Testing and Screening of Children, s. 239

⁶¹⁵ ASGH Position Statement, Points to Consider. Ethical, Legal and Psychosocial Imlications of Genetic Testing in Children and Adolescents, The American Journal of Human Genetics 97, 2 July 2015, s: 6-21, s.7

⁶¹⁶ ACMG Policy Statement, Technical Report: Ethical and Policy Issues in Genetic Testing and Screening of Children, s. 236

⁶¹⁷ ACMG Policy Statement, Technical Report: Ethical and Policy Issues in Genetic Testing and Screening of Children, s. 237

genetik hastalık bilgisini öğrenmesi nedeniyle yaşadığı elem ve acıdan kaynaklanan manevi tazminat talebinde bulunamayacağı vurgulanmıştır.⁶¹⁸.

Bilme hakkı üzerine yapılan tartışmalardan biri de sperm bankası aracılığıyla hamile kalan kişilerin bu yolla dünyaya getirdiği çocuklarının, spermi veren kişinin kimliğini öğrenme haklarının olup olmadığına ilişkindir. Burada bir taraftan sperm bağışında bulunan ve kimliğinin bilinmesini istemeyen kişinin hakkı söz konusu iken diğer taraftan küçüğün genetik kalıtımını aldığı babasının kim olduğunu bilme hakkı çatışmaktadır. Genetik kökeni bilme hakkı (right to know genetic origin) olarak ifade edilen konunun çözümü amacıyla Avusturya’da sperm bağışında bulunan kişiden isim, doğum yeri, oturduğu yer, aile bilgileri, ailesinde sperm bağışında bulunan başka kişilerin olup olmadığına ilişkin bilgiler ve spermi kullanacak olan anne ve bundan dünyaya gelecek olan çocuğu etkileyebilecek olan bir rahatsızlığın veya riskin olup olmadığına ilişkin sağlık raporu bilgileri alınmaktadır. Bağışlanan spermden dünyaya gelen çocuk 14 yaşına girdikten sonra istemesi halinde kliniğin babaya ilişkin bu bilgileri vermesi gerektiği kabul edilmiştir⁶¹⁹. Avustralya’da ise 2007 yılı itibariyle anonim bağışlar yasaklanmıştır⁶²⁰. Almanya’da ise ilk kez 1989 yılında Anayasa Mahkemesi tarafından kişilerin genetik kimliklerini bilme haklarının olduğu kabul edilmiştir. Daha sonra 2007 yılında yapılan düzenlemeler ile kliniklere, sperm bağışçısına ilişkin bilgileri 30 yıl boyunca muhafaza etme yükümlülüğü getirilmiştir. 28 Şubat 2015 tarihinde ise Alman Yüksek Mahkemesi, yaşa bakılmaksızın tüm çocukların genetik kökenlerini öğrenmek için gerekli bilgileri talep etme hakkı olduğunu kabul etmiştir⁶²¹.

Görüldüğü üzere kişi bilme hakkı kapsamında genetik test sonucunda bilgilendirilmek isteyebileceği gibi bilgi almama hakkını kullanarak bilgilendirilmemek de isteyebilir. Hasta hangi hakkını kullanmak istediğini bildirmiş ise hekimin veya araştırmayı yapan uzmanların buna uygun davranması gerekir. Aksi

⁶¹⁸ BGH NJW 2014, 2190

⁶¹⁹ Access to Donor Information Around the World, <http://www.healthlawcentral.com/donorconception/international-laws-access-donor-information/>, Erişim Tarihi:16.03.2016

⁶²⁰ Access to Donor Information Around the World, <http://www.healthlawcentral.com/donorconception/international-laws-access-donor-information/>, Erişim Tarihi:16.03.2016

⁶²¹ Access to Donor Information Around the World, <http://www.healthlawcentral.com/donorconception/international-laws-access-donor-information/>, Erişim Tarihi:16.03.2016

halde kişilik hakkının ihlali sebebiyle ilgili kişilerin hukuki sorumluluğu gündeme gelir.

2.2.2.5.2. Üçüncü kişiler bakımından bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi

Kişinin kendi geleceğini kendisinin belirlemesine hizmet eden bilme ve bilmeme hakları genel sağlık bilgilerinden farklı olarak genetik bilgiler bakımından daha tartışmalı bir hal almaktadır. Kişinin vermiş olduğu biyolojik örneklerinin sonucunu bilmek istememesi veya yapılan testin sonuçları hakkında bilgilendirilmesini istemesi bakımından bir sorun görünmese de söz konusu bilgilerin testi yaptıran kişi yanında yakın akrabaları hakkında da bilgiler içermesi durumunda bu kişilerin bilme ve bilmeme hakları da gündeme gelecektir. Hekim bir taraftan hastasının özel bilgilerine saygı duyup sır saklama yükümlülüğü altındayken diğer taraftan insanları zarardan koruma yükümlülüğü ile elde ettiği bilgileri üçüncü kişileri zarardan kurtarmak amacıyla kullanabilecek midir? Bir örnekle açıklamak gerekirse hastasında göğüs kanserine neden olan geni tespit eden doktor hastanın çocuklarını da test yaptırmaları bakımından uyaracak mıdır yoksa gizlilik ilkesi gereği bu bilgiyi kimseyle paylaşmamalı mıdır? Erken teşhis edilmesi halinde tedavi edilebilir hastalıklarda veya tedavisi mümkün olmayan hastalıklar bakımından bu bildirim yükümlülüğü farklılaşmakta mıdır? Bu soruların cevaplanması adına doktrinde faydacı ve liberal olarak iki farklı yaklaşım ortaya konulmuştur:

Faydacı yaklaşım (utilitarian perspective): Faydacı yaklaşımı savunanlar etik tartışmalara toplumun gözüyle bakmakta ve toplum menfaatinin bireyin menfaatinden daha önemli olduğunu savunmaktadır. Faydacı yaklaşıma göre kişinin mutluluğu üyesi olduğu toplumun mutluluğu ile yakından ilgilidir ve bu yüzden tek insan için değil herkes için faydalı olan yasa kabul edilmelidir⁶²². Bu yaklaşıma göre yapılan genetik testler sonucunda risk altında olduğu tespit edilen kişiler test sonuçları hakkında bilgilendirilmelidir. Faydacılar, bilgilendirilmeleri halinde aile bireylerinin ileride duyacakları acının azalacağını, hastalık belirtilerinin görülmeden hastalığın önlenebileceğini, böylece hem hayat kalitesinin artacağını hem de hastalığın bir sonraki nesle geçmesinin önlenebileceğini belirtmektedirler. Çocuk sahibi olmaları halinde çocuklarının belirli bir hastalığa maruz olarak dünyaya

⁶²² OĞUZTÜRK, s. 125

geleceğini bilen ailelerin çocuk sahibi olmaktan vazgeçerek sağlığa yapılan ödemelerini azalacağı ileri sürülmektedir. Halk sağlığını korumak amacıyla Amerika’da cystic fibrosis hastalığı için faydacı yaklaşım kabul edilmektedir⁶²³.

Liberal yaklaşım: Bu yaklaşıma göre kişisel otonomi en büyük etik değerdir ve herkes kendi kişisel kararlarını alma özgürlüğüne sahiptir. Hastalığı anlama ve bu konuda aileyi bilgilendirmede karar vermesi gereken kişinin kendisidir ve bireyin hak ve özgürlüğü toplum menfaati gibi daha büyük bir amaç için kısıtlanamaz⁶²⁴. Diğer taraftan hekimin hasta ile arasındaki güveni yıkarak gizlilik ilkesini ihlal etmesi birçok zararı da beraberinde getirecektir. Genetik rahatsızlığı olan kişiler hem toplum tarafından hem de kendi aileleri tarafından çoğu zaman dışlanmakta ve bu kişiler birçok problemler ile baş başa bırakılmaktadır. Bu nedenle her ne kadar toplum kişiden karar verirken toplum menfaatini düşünmesini beklese de, birey ayrımcılık ve toplumdan dışlanma korkusuna maruz bırakılmamalıdır. Diğer taraftan ailenin bilme hakkı kadar bilmeme hakkı da vardır. Aile üyeleri genetik hastalık hakkındaki riskleri bilmek istemeyebilirler. Kişiler bu riski bilmeden daha mutlu bir hayat yaşayabilirler. Liberal yaklaşımı savunanlar kişilerin bilmeme hakkının göz önünde tutularak bireylerin hayatlarına ilişkin önemli kararları hekim, genetik danışman veya toplumun bir ferдинin etkisi olmadan verebilmeleri gerektiğine inanmaktadırlar⁶²⁵.

Bir örnekte 55 yaşındaki bir kadına yapılan genetik testte, kadının polikistik böbrek rahatsızlığına (autosomal dominant polycystic kidney disease- ADPKD) neden olan geni taşıdığı tespit edilmiştir. Bunun üzerine kadının dört oğlu da genetik test yaptırır ve bunların da ilgili geni taşıdıkları tespit edilir. Bu dört oğlandan biri 32 yaşında ve altı yaşında bir çocuğu var ancak hastalığa ilişkin belirtiler görülmeye başladığında bu kişi intihar eder. 30 yaşında olan oğlu ise hastalık başladığında eşine sıkıntı vermemek için eşinden ayrılıp ve evini satar ancak 54 yaşına kadar hastalığa ilişkin bir problemle karşılaşmaz. 25 yaşındaki diğer oğlu da aynı sebeple nişanlısından ayrılır ve daha sonra hastalığın hiçbir belirtisi görülmeden başka bir sebeple vefat eder. 21 yaşındaki diğer oğlu ise okulu bırakıp işe girer ve hiç evlenmez. İlgili çalışma yayınlandığında bu kişi 42 yaşındadır ve hastalığın hiçbir belirtisi kendisinde

⁶²³ FULDA/LYKENS, s. 145

⁶²⁴ OĞUZTÜRK, s.131

⁶²⁵ FULDA/LYKENS, s. 145

görülmemektedir⁶²⁶. Söz konusu olayda kişilere hekimleri tarafından hastalığa yakalanma ihtimalleri veya tedavisine ilişkin ayrıntılı bilgi verilmiş olsa da bireyler yaşadıkları sıkıntı ve psikolojik bunalım nedeniyle farklı kararlar alıp uygulamışlardır. Olayımızda oğulların bilmeme hakları ihlal edilmiştir. Kişiler hastalık hakkında bilgi sahibi olmasalardı bu kararları almayabilir ve daha mutlu bir hayat yaşayabilirdi. Diğer örnekte ise 40 yaşındaki Susan isimli bir kadın, katıldığı bir araştırmada hekimlerin tavsiyesi üzerine genetik test yaptırır. Susan işlemi yapan hekime aile bireylerini bilgilendirmek istemediğini bildirir. Testin sonucuna göre Susan göğüs kanserine neden olan geni taşımaktadır ve %40-80 arasında değişen bir ihtimalle ileride göğüs kanserine yakalanacaktır. Ailesiyle arasında sıkıntılar olan Susan bu bilgiyi aile bireyleri ile paylaşmak istemese de ilgili geni taşıma ihtimali yüzde elli olan on sekiz yaşındaki kızını bilgilendirir. Hekim tarafından kendisine üç kız kardeşini ve üç erkek kardeşini de bu konuda bilgilendirmesi önerilir. Susan ailesiyle iletişime geçmeyeceğini bildirir. Bu olaydan iki yıl sonra Susan'ın büyük ablası Barbara'ya ileri derece göğüs kanseri teşhisi konulur ki kendisi risk altında olduğunu bilmemekteydi⁶²⁷. Bu olayda da eğer Susan, Barbara'yı göğüs kanseri riski hakkında bilgilendirip test yaptırmasını önermiş olsaydı, Barbara, erken teşhisin getirmiş olduğu avantajlardan yararlanacaktı.

Kişilerin gizli hayatlarına saygı duyulmasını isteme hakları olsa da hekimlerin başkalarını muhtemel zararlara karşı koruma yükümlülükleri de vardır. Liberal yaklaşımın kabulü halinde bireyin özel hayatı mutlak bir şekilde korunmuş ve geleceğini belirleme hakkına saygı duyulmuş ancak risk altındaki kişilerin gerekli önlemleri alması imkânı ellerinden alınmış olacaktır. Diğer taraftan faydacı yaklaşımın belirlenmesi halinde ise gelecek nesillerin muhtemel sağlık sorunlarıyla dünyaya gelmesi önleneceği gibi yakın akrabaların hastalık belirtileri görülmeden test yaptırarak erken teşhisin getirmiş olduğu avantajlardan yararlanarak tedavi edilmesi mümkün olacaktır, ancak bu halde de kişinin belki kendisinin dahi bilmek istemediği bilgileri yakın akrabaları ile paylaşılmış ve özeline müdahale edilmiş olacaktır.

Üçüncü kişilerin bilmeme hakkının kullanılması prenatal testlerde ise daha farklı sorunlara neden olabilmektedir. Hamilelik sürecinde bebeğin belirli bir hastalığa

⁶²⁶ KIELSTEIN R, Hans-Martin S. Neophrology Ethics Forum, Genetics in Kidney Disease: How Much Do we Want to Know, 2002, s: 637-652, s. 637

⁶²⁷ Centre for Genetic Education, Some Ethical Issues in Human Genetics and Genomics, Fact Sheet 23, s. 3, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

ilişkin geni taşıyıp taşımadığının tespiti için yapılan bir prenatal analiz sonucunun negatif çıkması halinde risk altında olan anne veya babanın ilgili geni taşıyıp taşımadığına ilişkin bilmeme hakkı zarar görmez. Ancak belirtmek gerekir ki, bu durumda hekimin ilgili kişinin bilmeme hakkına saygı duyması gerekir. Sonuç negatif çıktığı için bu bilgiyi paylaşma yoluna gitmemelidir ki testi yaptıran merkezin sadece sonucun negatif çıkması halinde bilgilendirme yapması, pozitif çıkması halinde de susarak bilgilendirme yapmış olmasına neden olacaktır. Fetüsün ilgili geni taşıdığının tespit edilmesi halinde ise bu durum risk altındaki anne veya babanın da ilgili geni taşıdığını ortaya çıkaracağından, genetik durumu hakkında bilgi sahibi olmak istemeyen bireyin bilmeme hakkının ihlali gündeme gelecektir ki böyle bir bilginin bilmeme hakkını kullanan risk altındaki ebeveyninden gizlenmesi de çok güçtür⁶²⁸. Avustralya gibi prenatal testlerin yapılması için kadının rızasının yeterli olduğu babanın rızasına gerek duyulmadığı sistemlerde babanın bilmeme hakkının korunması daha da güçleşmektedir⁶²⁹.

Üçüncü kişilerin bilme ve bilmeme hakları arasındaki çıkar ilişkisini konu alan ve farklı kıtalarda yapılan bir araştırma bireylerin konuya bakış açılarını anlamamız adına önem arz etmektedir. Söz konusu araştırmaya göre hastaların Almanya’da %48’i, Fransa’da %54’ü, ABD ve Kanada’da ise %60’ı, üçüncü kişilerin bilme hakkının kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş ve aile içinde genetik bilgiler konusunda bireylerin açık davranılmasını ancak, bilgilerin sigorta şirketleri, işveren veya okul yöneticisi gibi üçüncü kişiler ile paylaşılmaması gerektiğini belirtmiştir⁶³⁰. Üçüncü kişilerin bilmeme hakkına ilişkin sorunun çözümü adına birçok ülke kanununda hekimin üçüncü kişilerin bilgilendirilmesinde karar vermesine yardımcı olan hükümlere yer verilmiştir. Alman Gen Teşhis Kanunu, 11. maddesiyle muayene edilen kişinin rızası olmadan bilgilerin aile bireyleriyle paylaşılmasını yasaklamıştır. Ancak aynı kanunun 10.maddesi ilgili kimsenin hastalığa yatkınlıktan etkilenecekse ve hastalığın önlenmesi veya tedavisi mümkünse bu durumda hekimin hastaya

⁶²⁸ EREZ, Ayalet, PLUNKETT, Katie, SUTON V. Reid, MCQUIRE Amy L., The Right to Ignore Genetic Risk in the Genomic Era-Prenatal Testing for Huntington Disease as a Paradigm, Am J Med Genet A. 2010 July, s.5

⁶²⁹ Ayrıntılı bilgi için TASSICKER R, SAVULESCU J, SKENE L, MARSHALL P, FITZGERALD L., DELATYCKI MB., Prenatal Diagnosis Request for Huntingtong’s Disease When the Father is at Risk and Does Not Want to Know His Genetic Status. Clinical, Legal and Ethical Viewpoints, BMJ, Clinical Research Education, 2003; 326, s: 331-333, s.332

⁶³⁰ EDİSAN/AKSOY, s. 158

yakınlarını bilgilendirmesini önermesi gerektiği ifade edilmiştir⁶³¹.Avustralya ve İsrail’de ise başkalarının risk altında olması halinde genetik bilgilerin paylaşılması gerektiği kabul edilmiştir⁶³². İsviçre’nin İnsanlarda Genetik Araştırmalara İlişkin Kanunu ise kural olarak hekimin üçüncü kişileri bilgilendiremeyeceğini belirtmiştir. Ancak ilgili kişinin onayı ile hekimin yakın akrabaları bilgilendirebileceği bununla birlikte yakın akrabaların ağırlıklı menfaatlerinin korunmasının gerektiği hallerde ilgili kişinin izin vermemesi durumunda hekimin yetkili makamlara durumu bildirebileceği kabul edilmiştir⁶³³. Ülkemizde henüz bir gen kanunu olmadığından hekimlerin genel etik ilkeleri dikkate alarak soruna yaklaşmaları gerekir. Unutulmamalı ki her bireyin tedavi görme hakkı vardır ve birey ancak sahip olduğu genetik durumu bilmesi halinde bu hakkını etkin bir şekilde kullanabilecektir. Bu nedenle hekimin risk altında olduğunu düşündüğü aile bireylerini bilgilendirmesi gerektiği ileri sürülebilir. Hekimin burada karar verirken göz önünde bulundurması gereken hususlar ise şunlardır:

- Hastalığın önlenilme ve tedavi edilebilme ihtimali
- Hastalığın türü ve meydana gelme ihtimali
- Genetik testin yapılabilir olup olmadığı ve testin riski ne derecede doğru belirleyebildiği
- Yakınların bilgilendirmeye verecekleri duygusal tepkiler
- Bilgiyi aile ile paylaşma veya paylaşmama kararının, kişinin aile ilişkilerini nasıl etkileyeceği⁶³⁴

Hekim bu kriterleri kullanarak aile yakınlarının bilgilendirip bilgilendirmeyeceğine karar verecektir.

Hekimin üçüncü kişilerin bilgilendirilmesine karar vermesi halinde bu bilgilendirmeyi hekimin mi yapacağı yoksa hastanın kendisinin mi bilgilendirmesi gerektiği ise çözüme kavuşturulacak başka bir meseledir. Bu konuda Kocaeli Tıp Fakültesi bünyesinde Tıbbi Biyoloji ve Genetik Laboratuvarı çalışmalarıyla ortaya konulan bir araştırma hekimlerin ve hastaların genetik bilgilerin paylaşılmasına nasıl

⁶³¹ WOLLENSCHLAGER, Ferdinand, Genetik Teşhisler ve Üçüncü Kişiler ile ilgili Teşhis Öncesi Genetiği Bilme ve Bilmeme Hakkı, Çeviren: Melike Şentürk, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel S.ı, C.2, S.4, 2003, s. 17-36, s. 23

⁶³² AKPINAR, Aslıhan, ERSOY, Nermin, Attitudes of Physicians and Patients towards Disclosure of Genetic Information to Suppose and First-Degree RelativeS. A Case Study from Turkey

⁶³³ BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 61

⁶³⁴ GILBAR, Roy, Communicating Genetic Information in the Family: The Familial Relationship as the Forgotten Factor, www.jmedethics.com, Erişim Tarihi:03.04.2016

baktıklarını görmemiz açısından önem arz etmektedir. 104 hastanın ve 155 hekimin katıldığı araştırmada katılımcılar ile yüz yüze görüşülmüş, kendilerine verilen örnek olaylar sonunda şu bilgiler elde edilmiştir: Kromozomal bir rahatsızlığı olduğu tespit edilen hasta Mahmut'un bu bilgiyi eşi ve kardeşiyle paylaşmak istememesi halinde araştırmaya katılan hekimlerin yüzde 58'i Mahmut'un görüşüne katılmaz ve bilginin risk altındaki kişiler ile paylaşılması gerektiğini ileri sürer. Bilgilendirmenin yapılması gerektiğini ifade eden hekimlerin yüzde 70'i Mahmut'un kardeşini bizzat bilgilendirmesi ve ona test yaptırmayı önermesi gerektiğini belirtmiştir. Hastaların ise yüzde 80'i ilgili kişilerin bilgilendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve yüzde 94'ü Mahmut'un kardeşinin bilgilendirmesi ve test yaptırmasını önermesi gerektiğini ileri sürmüştür ⁶³⁵. Görüldüğü üzere gerek hekimlerin gerekse de hastaların çoğu bilgilendirmenin genetik test altına giren kişi tarafından yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak ifade etmemiz gerekir ki bilgilendirmeyi hekim yerine hastanın kendisinin yapması aile ilişkilerinin veya kişilerin ruhsal durumları üzerinde olumlu etkileri olsa dahi bireyin aile fertlerini yanlış bilgilendirmesi, gerekli açıklamaları yapmaması veya sadece istediği aile fertlerini bilgilendirmesi gibi riskleri de vardır. Hekimin aile üyelerinin yapılan genetik test sonuçları hakkında bilgilendirilmesi konusunda karar verirken, gerek bireyin gerekse de üçüncü kişilerin bilme ve bilmeme haklarına saygı duyması gerekir ⁶³⁶. Henüz bir gen kanunumuz olmadığından hekim, genel sağlık hükümleri çevresinde zararı önleme ve bireylerin gizli yaşamlarına saygı duyup, sır saklama yükümlülüğü arasında bir denge kurması gerekir. Hekimin bu ilkelere uymayarak, risk altında olan aile bireyleri hakkında kişiyi uyarmaması veya tedavisi mümkün olmayan bir hastalık hakkında yakınlarına bilgi vererek onları gereksiz endişeye sokup bilmeme haklarını ihlal etmesi veyahut risk altında olmayan kişilerden test yaptırmalarını istemesi halinde hekimin hukuki sorumluluğuna gidilebilir.

2.2.3. Sözleşme olmaksızın genetik verilerin elde edilmesi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi

2.2.3.1. Haksız fiil yoluyla kişilik haklarının ihlal edilmesi

Zarar veren ile zarar gören arasında her hangi bir akdi ilişkinin olmadığı ve vekâletsiz iş görmenin şartlarının oluşmadığı hallerde sorumluluğun kaynağını

⁶³⁵ AKPINAR/ERSOY, s. 5

⁶³⁶ EREZ/PLUNKETT/SUTON/MCQUIRE, s.2

TBK'nın 49. maddesi oluşturur⁶³⁷. İlgili maddeye göre “*Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür*”. Hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisi olsa da hastanın bedensel ve akli bütünlüğüne zarar veren eylemler, haksız fiil teşkil edecektir⁶³⁸.

Su içtiğimiz bardakta, sigarada, kıyafetlerimizde, saçımızı kestirirken kuaförde kısacası hayatımızın hemen hemen her anında dış dünyaya genetik teste tabi tutulabilecek örnekler bırakmaktayız. Nasıl ki suç mahallinde bırakılan saç telinden, sigaradan veya mağdurun tırnakları arasındaki deriden suçun tespitine ilişkin olarak genetik testler yapılmaktaysa, suç unsuru olmadan dış dünyaya bıraktığımız örneklerden de genetik testler yapılabilir. Dahası kişiler çoğu zaman örnek verdiklerinden ve teste tabi tutulduklarından da habersizdirler.

Dışarıya bırakılan örneklerin yanı sıra belirli bir hastalığın teşhisi veya tedavisi için bırakılan örnekler üzerinde kişilerin rızası dışında testler yapılması mümkündür. Örneğin kişinin basit bir kan testi için vermiş olduğu örnek üzerinde kişilerin belirli bir hastalığın taşıyıcısı olup olmadığına ilişkin test yapılması mümkündür. Yine alınan örnek üzerine mahkeme kararı olmaksızın babalık testi yaptırılması her zaman ihtimal dâhilindedir. Yine belirli bir klinik araştırma için örnek veren kişi bu örneklerin sadece bu klinik çalışmada kullanılmasına rıza göstermiş olsa dahi söz konusu örneklerin daha sonra farklı araştırmalarda kullanılması ihtimal dâhilindedir. Verilen örneğin anonimleştirilmiş olması bu sonucu değiştirmez. Bu durumda da örneğin sonraki klinik araştırmalarda kullanılması veya araştırmanın sınırlarını aşan bir şekilde kullanılması hukuka aykırılık oluşturur. Yine preimplantasyon tedavisi için sperm ve yumurta örneği veren çiftin haberi olmaksızın anne rahmine yerleştirilmeyen embriyoların kök hücre tedavisi için kullanılması ya da örneklerin başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi söz konusu kanuna aykırılık oluşturacağı gibi bir haksız fiil olarak da değerlendirilebilir. Hangi şekilde olursa olsun kişilerin rızası alınmadan saç, tükürük veya kan gibi fiziksel ortamda bulunan örnekler üzerinde genetik testler yapılması hukuka aykırı olacaktır. Bu şekilde hukuka aykırı

⁶³⁷ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 109; Ayan, s. 61, DEMİR, Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları, s. 153

⁶³⁸ ÖZAY, s. 112

olarak genetik bilgilerin elde edilmesi hukuka aykırı olduğu gibi elde edilen verilerin işlenmesi de hukuka aykırıdır⁶³⁹.

Daha önce değindiğimiz gibi kişiler arasında geçerli bir sözleşmenin olmadığı hallerde zarar verenin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilir. Bu hükmün uygulama alanlarından biri de hastanın sözleşmeyi özel veya devlet hastanesi ile yapması halidir. Bu durumda sözleşmenin bir tarafında hasta yer alırken diğer tarafında hastane yer almaktadır. Bu durumlarda hasta ile hekim arasında bir sözleşme söz konusu olmadığından hastanın hekimin sorumluluğuna gitmek istemesi halinde haksız fiil hükümlerine dayanması gerekir⁶⁴⁰. Elde edilen verilerin KVKK'ya uygun bir şekilde işlenmesi de bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır⁶⁴¹.

Hekim ile hasta arasında tedavi sözleşmesi olduğu hallerde de hekimin hastanın beden bütünlüğüne yönelik zarar verici faaliyetlerde bulunması halinde sözleşmeye aykırı zarar verici davranış aynı zamanda haksız fiil de teşkil edecek ve hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilecektir⁶⁴².

Herhangi sözleşme ilişkisi olmadan yapılan gen analizleri babalık testlerinde sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bilindiği gibi hukukumuzda soy bağının tespiti için mahkemelerin tarafların genetik test yaptırmasına karar vermesi mümkündür. Ancak uygulamada birçok defa henüz uyuşmazlık mahkemeye taşınmadan kişiler bebekten aldıkları saç örnekleri üzerinde babalık testi yaptırarak çocuğun kendi soyundan olup olmadığını tespit edebilmekteler. Bu durumda çocuğun velisi durumunda olan anneden, herhangi bir izin alınmadan çocuk genetik teste tabi tutulmaktadır. Çoğunlukla soy bağının tespiti amacıyla yapılsa da bunun dışında başka sebeplerle de genetik testler yapılabilmektedir. Bir olayda patronlarına kızan bir işçi patronları hakkında asılsız iddialar içeren anonim bir mektup yazarak bunu şirket içinde yaymıştır. Bu kişiden şüphelenen patronlar işçiye kahve ısmarlamış ve kahve fincanında bırakılan tükürük üzerinde test yapılarak mektup üzerindeki tükürük ile karşılaştırılmış ve örneklerin uyuşması üzerine işçinin işine son verilmiştir.

⁶³⁹ BAŞPINAR, s. 99

⁶⁴⁰ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 110; BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 47

⁶⁴¹ BAŞPINAR, s. 100

⁶⁴² BÜYÜKAY, İstenmeden Dünyaya Gelen, s. 46

Mahkeme ise DNA örneklerinin hukuka aykırı olarak toplandığından iş akdinin hukuka aykırı olarak feshedildiğine karar vermiştir⁶⁴³.

Her ne kadar sözleşme ilişkisi olmadan kişilerin rızasına aykırı olarak genetik testlerin yapılması hukuka aykırı olsa da bu hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler olabilir. Bu hukuka uygunluk sebepleri, TMK 24/2 de şu şekilde belirtilmiştir:

“Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”. Söz konusu hallerin varlığı halinde işlem hukuka uygun hale gelecek ve hekimin veya merkezin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Söz konusu hukuka uygunluk sebeplerini ileride tekrar ele alacağız.

2.2.3.2. Vekâletsiz iş görme yoluyla kişilik haklarının ihlal edilmesi

Bir kimsenin hukuken yetkili ve yükümlü olmaksızın bir başkası veya kendi yararına bir başkasının işini görmesi vekâletsiz iş görme olarak tanımlanmaktadır⁶⁴⁴. Tanımdan da anlaşılacağı üzere söz konusu işlemi kişi, işinin gördüğü kişinin menfaatini dikkate alarak yapabileceği gibi kendi menfaati için de yapmış olabilir. İlk hal caiz olan gerçek vekâletsiz iş görme olarak ifade edilirken ikinci hal caiz olmayan (gerçek olmayan) vekâletsiz iş görmedir⁶⁴⁵. Bir hekimin trafik kazası geçiren bir yolcuya ilk müdahalede bulunması, bilinci kapalı olarak hastaneye getirilen kişinin ameliyata alınması gerçek vekâletsiz iş görmeye örnektir. Yine sözleşme ilişkisinin kurulması için gerekli olan irade beyanının bulunmadığı hallerde örneğin hastanın fiil ehliyetine sahip olmaması hallerinde de gerçek vekâletsiz iş görme vardır⁶⁴⁶. Diğer taraftan hekimin, hastanın onay vermediğini bilmesine rağmen işlem yapması veya anne sağlığını tehdit etmesine rağmen eşlerin hamileliği

⁶⁴³ YILDIRIM, Gen Analizleri, s. 386

⁶⁴⁴ EREN, Özel Hükümler, s. 829

⁶⁴⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 834; ÖZAY, s. 104

⁶⁴⁶ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 102

sona erdirmek istememesi halinde hekimin buna rağmen hamileliği sona erdirmesi caiz olmayan vekâletsiz iş görmeye örnektir⁶⁴⁷.

Gerçek vekâletsiz iş görme halinde hekimin yapmış olduğu işlem için gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekir. Hekim hiçbir menfaati olmasa dahi gerekli dikkat ve özeni göstermemesi halinde ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır⁶⁴⁸. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme halinde ise hekim gerekli dikkat ve özeni gösterse dahi umulmayan hallerden, kazalardan dahi sorumlu olacaktır⁶⁴⁹.

Genetik tedavi noktasında hekimin rıza alınmasının mümkün olmadığı hallerde hastayı tedavi etmeye yönelik olarak işlem yapması hukuka uygundur ancak yapılan işlemin hastanın menfaatinin gerektirmesi ve beklenmesi halinde hastanın bundan zarar görmesi gerekir. Hastanın rızası olmadan prediktif test yaptıran hekimin vekâletsiz iş görme hükümlerine başvurusu mümkün değildir. Hastanın ileride meydana gelebilecek bir hastalık hakkında bilgi sahibi olması her zaman menfaatine olmadığı gibi, testin hemen yaptırılmasının gerekliliği de söz konusu değildir. Bu durumda hekimin hasta yararına olduğunu düşünerek böyle bir test yaptırması bilmeme hakkının ihlali olacağından hekimin sorumluluğuna gidilecektir.

2.2.3.3. Sözleşme benzeri borç ilişkileri ile kişilik haklarının ihlal edilmesi

2.2.3.3.1. Culpa in contrahendo sorumluluğu

Culpa in contrahendo sorumluluğu tarafların sözleşme görüşmeleri sırasında ortaya çıkan zararların tazmin edilmesi esasına dayanır ve sorumluluğun temelinde dürüstlük kuralı vardır. Taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kuralı gereği birbirlerine zarar vermeme ve birbirlerini aydınlatma yükümlülüğü altındadır. Taraflardan biri kusuruyla bu yükümlülüğünü yerine getirmezse bunda dolayı karşı tarafın uğradığı zararı karşılamalıdır. Yine kusurlu davranışı ile sözleşme ilişkisinin kurulmasını engelleyen taraf, karşı tarafın sözleşmenin geçerliliğine olan güvenin boşa çıkmasına dayanan olumsuz zararını karşılamakla yükümlüdür⁶⁵⁰.

⁶⁴⁷ AYDIN, Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Legal Yayıncılık, 2014, s. 133

⁶⁴⁸ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 106

⁶⁴⁹ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 106

⁶⁵⁰ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, s. 488-489, NÖMER, Halûk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 376 vd.; AYDIN, s. 134

Gen analizi yaptırmak için müracaat eden kişinin hekim tarafından gen analiz sözleşmesi bakımından yanlış bilgilendirilmesi, danışmanlık hizmetinin verilmemesi veya hekimin sözleşmenin kurulması aşamasında hastanın genetik durumu ile ilgili öğrendiği bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşması halinde hekimin culpa in contrahendo ilkesi gereği sorumluluğuna gidilecektir.

2.2.3.3.2. Sözleşmenin art etkisi

Hukuka uygun olarak kurulan bir sözleşmenin sona ermesinden sonra tarafların uğradığı bazı zararların, sözleşmeden doğan güven ilişkisinin zedelenmesinden kaynaklanması halinde sözleşmenin ardı etkisi gündeme gelecektir. Bu ilke sözleşme sona ermiş olsa bile tarafların dürüstlük kuralı gereği birbirlerine zarar vermemeleri esasına dayanır⁶⁵¹. Örneğin gen analizi sonucunda elde edilen bilgiler hastanın rızası olmadan üçüncü kişiler ile hatta hastanın kendisiyle bile paylaşılamaz. Bu anlamda hekimin gizlilik ilkesine uyup sır saklama yükümlülüğüne uygun hareket etmesi gerekir. Söz konusu ilkelerin doğal bir sonucu olarak bu yükümlülüklerin taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona erdikten sonra da devam etmesi gerekir. Sözleşme ne kadar bir zaman önce sona ermiş olsa dahi hekim, analiz sonucunda öğrenmiş olduğu genetik bilgileri, üçüncü kişiler ile paylaşamaz. Aksi davranış sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir.

⁶⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 1, s. 38, AYDIN, s. 137

BÖLÜM III

GEN ANALİZİNDEN DOĞAN KİŞİLİK HAKKI İHLALLERİ NEDENİYLE AÇILABİLECEK DAVALAR

Gen analizlerinin beden üzerinde müdahale içermesi, gen analiz sonucunda elde edilen verilerin kişinin ve yakınlarının hayatlarına ilişkin özel bilgiler içermesi nedeniyle kişisel veri olarak değerlendirileceğine ve Türk hukukunda gen analizlerine imkân veren hukuki düzenlemelere yukarıda değindik. Şimdi ise gen analizi öncesi veya sonrasında yukarıda örneklerini vermiş olduğumuz kişilik hakkı ihlallerinin gerçekleşmesi halinde bireylerin başvurabileceği hukuki yollara değineceğiz. Söz konusu sorumluluğun sözleşme ilişkisine dayanabileceği gibi vekâletsiz iş görmeye veya haksız fiile de dayanabileceğine yukarıda değindiğimizden bu kısımda tekrar bu konuya yer vermeyeceğiz ancak sorumlunun tespiti konusunda gerek görülen yerlere ilaveler yapılacaktır. Hekimin sorumluluğu nedeniyle açılacak olan davalara geçmeden önce hekimin sorumluluğunu ortadan kaldıran sebeplere ve sorumluluk için gerekli olan kusur, zarar, illiyet bağı ve hukuka aykırı fiil şartlarına yer vereceğiz. Bundan sonra ise açılacak davalar için öngörülen zamanaşımına ve hekim ile hastane arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasına değinerek bu bölümü bitireceğiz.

Açılacak hukuk davalarına yer vermeden önce kısa da olsa değinmeliyiz ki bugün kişilik haklarına yönelik saldırı olarak değerlendirilecek eylemler, ceza kanunlarında da suç olarak yer almaktadır. Vücut bütünlüğüne yönelik bir saldırıyı gerçekleştiren kişi medeni hukukta yer alan tazminatın yanı sıra ceza kanunları kapsamında kast veya taksirle yaralamadan dolayı da ceza almaktadır. Genetik veriler kişisel veri olarak korunduğundan verilerin hukuka aykırı olarak elde edilmesi veya işlenmesi halinde kişi aşağıda anlattığımız koruma yollarının yanı sıra TCK'nın kişisel verilere ilişkin 135 ve devamında yer alan maddelerine dayanarak suç duyurusunda da bulunabilir.

3.1. Kişilik Hakkı İhlalleri Nedeniyle Sorumluluğun Şartları

3.1.1. Sözleşmeye aykırılık ve hukuka aykırılık

3.1.1.1. Sözleşmeye aykırılık

Gen analizleri çoğunlukla bireyin hastane veya hekim ile yapmış olduğu eser sözleşmesine dayanılarak yapılır ve bu sözleşme ile bireyin kişilik haklarının ihlali gündeme gelebilir. Bu durum hekimin sözleşmeye aykırı faaliyetlerinden kaynaklanabileceği gibi bizatihi sözleşmenin konusundan da kaynaklanabilir. Tarafların iradeleriyle kişilik değerlerine yönelik zarar verici faaliyetlere rıza göstermesi ihtimalini göz önünde bulunduran kanun koyucu TMK m. 23 ile hukuki işlemler ile kişilik hakları ihlallerine karşı bireyi korumaktadır. Bunun yanında hukuka uygun olarak kurulan bir sözleşme olması halinde de sözleşmeye ve tıbbi etik kurallarına aykırı faaliyetlerinden dolayı hekimin sorumluluğuna gidilebilecektir. Bu aykırılıklar gen analizin uygulanmasından kaynaklanabileceği gibi analiz sonucunda elde edilen verilerin işlenmesi ve başkalarıyla paylaşılmasından da kaynaklanabilir.

Gen analizinin hekim ile hasta arasındaki sözleşmeye dayalı olarak yapılması halinde hekimin sözleşmeye aykırı eylemleri, haksız fiillerde söz konusu olan hukuka aykırılık şartını oluşturur⁶⁵². Sözleşmeye aykırılık ya alacaklıya zarar veren bir davranış ile ya da TBK m. 112’de belirtildiği üzere “*borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi*” şeklinde ortaya çıkabilir⁶⁵³. İhlalin sözleşmenin ana edimine veya yan edimine ilişkin olması bakımından her hangi bir fark yoktur⁶⁵⁴. Sözleşmeye aykırılık yapma veya yapmama şeklinde olabilir. Hekimin hastanın rızasının sınırları dışına çıkarak alınan örnekte tedaviyle ilgisi olmayan başka testler yapması, tedavi için gerekli olan testin istenmemesi, test sonuçlarının hekim tarafından yanlış yorumlanması, elde edilen sonuçların hasta ile paylaşılmaması hekimin sözleşmeye aykırı faaliyetlerine verilebilecek örneklerdendir. Sözleşmenin konusunun kişilik haklarına yönelik bir saldırı olması halinde ise söz konusu sözleşme batıl olacağından hekimin haksız fiil sorumluluğuna gidilebilir⁶⁵⁵.

⁶⁵² ŞENOC AK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 10; KILIÇOĞ LU, Borçlar Hukuku, s. 654; ÖZAY, s. 125

⁶⁵³ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 129

⁶⁵⁴ AYDIN, s. 97; DEMİR, s. 155

⁶⁵⁵ AYİTER, s. 141

Gen analizine ilişkin yapılan sözleşmenin vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi halinde sorumluluk hekimin gerekli özeni gösterip göstermediğine göre belirlenecektir. Bu durumda hekimin gerekli özeni göstermeyerek kusuruyla meydana getirdiği zararlardan dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi olarak değerlendirilmesi durumunda ise hekim taahhüt ettiği sonucun gerçekleşmemesinden sorumludur.

Gen analizlerinden kaynaklanan sözleşmeye aykırılık, analiz sonucunda elde edilen verilerin işlenmesine sözleşmelerde de söz konusu olabilir. Örneğin kalıtsal hastalığı nedeniyle bir çalışmaya katılan ve istatistiksel verilerin oluşturulmasına katılan kişi, bu çalışmada genetik bilgilerinin anonimleştirilmesini bekler. Ancak araştırma sonuçlarıyla birlikte katılan kişilerin ve genetik durumlarının da açıklanması halinde, söz konusu sözleşmeye aykırı tutum, kişilerin geleceklerini belirleme hakkının ihlalini oluşturacaktır. Yine, işçinin iş yerinin gerektirdiği çalışma koşullarına sahip olup olmadığının tespiti amacıyla yapılan analiz sonuçları işveren ile paylaşıldıktan sonra bu bilginin işveren tarafından sigorta şirketlerine veya başka üçüncü şahıslar ile paylaşılması halinde, işveren, iş akdinin getirdiği yükümlülüklerle aykırı davranmış olması nedeniyle sorumlu olacaktır.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişi maddi tazminat isteyebileceği gibi manevi zararının karşılanmasını da isteyebilir. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle kişilik hakları ihlal edilen hasta hekimin sözleşmeye aykırılığın yanı sıra haksız fiil sorumluluğuna da başvurabilir.

3.1.1.2. Hukuka aykırılık

Birlikte yaşamın bir gereği olarak kişilik hakkına yapılan her müdahale hukuka aykırılık oluşturmaz. Hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için bireylerin haklı bir sebep olmaksızın hukukun koyduğu yasaklara rağmen saldırıya uğramış olması gerekir⁶⁵⁶. Eylemin hukuk düzenlemelerinden herhangi birine aykırı olması, fiilin saldırı niteliğinde olması için yeterlidir⁶⁵⁷.

⁶⁵⁶ TANDOĞAN, s. 18; KILIÇOĞLU, s. 56; KILIÇARARSLAN, s. 17

⁶⁵⁷ KILIÇARSLAN, s. 17, ANTALYA, s. 433; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku s. 289

Bir eylemin hukuka aykırı olup olmadığının tespit edilmesi için ortaya atılan iki görüş vardır. Bunlardan ilki zarar veren kişinin söz konusu fiili işlemeye yetkisi olmaması halinde fiilin hukuka aykırı olacağını ileri süren subjektif teori ile Türk doktrinde hâkim olan hukuka aykırılığın hukuk kuralları tarafından korunan değerlerin ihlal edilmesi suretiyle gerçekleştiğini ileri süren objektif teoridir⁶⁵⁸.

Hekim ile hasta arasında açık veya örtülü olarak kurulmuş bir sözleşme olmadığı durumlarda ise sorumluluğun kaynağı kural olarak haksız fiildir⁶⁵⁹. Hekimin haksız fiilden doğan sorumluluğuna gidilebilmesi için ilk olarak hekimin rıza alınmadan örnek üzerinde gen analizleri yapma gibi olumlu veya acil durumda olan bir hastaya iyileştirici faaliyetlerde bulunmama gibi olumsuz şekilde ortaya çıkan bir eylemde bulunması gerekir⁶⁶⁰. İkinci olarak gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olması gerekir. Kişilerin mal veya şahıs varlıklarını koruyan emredici hukuk kurallarına aykırılık halinde kural olarak eylem hukuka aykırıdır⁶⁶¹. Ancak çeşitli kanunlar veya yönetmeliklerce hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilmiş olan hallerde hekim gerçekleştirdiği işlem nedeniyle sorumlu değildir.

Kişilerin rızası olmadan genetik bilgilerinin başta işveren ve sigorta şirketleri olmak üzere üçüncü kişilerce toplanması, bu bilgilerin farklı amaçlar ile kullanılması, arşivlenmesi, işlenmesi veya kişilerin cebir ve tehdit ile genetik bilgilerini paylaşmak durumunda kalmaları halinde eylem kural olarak hukuka aykırı olup bu durum eylemi gerçekleştiren kişilerin sorumluluğunu gerektirir.

3.1.1.3. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller

Kişilik değerlerinin ihlalinde eylemin hukuka aykırı sayılması esastır⁶⁶² ve kural olarak hasta üzerinde tedavi amacıyla da olsa yapılan işlemler hukuka aykırıdır⁶⁶³. Ancak bu müdahaleye hukuka uygun hale getiren sebepler vardır. Bu sebepler kanun ve yönetmelikler ile düzenlenmiş olabileceği gibi tıp etiğinin kabul ettiği haller de

⁶⁵⁸ KILIÇARSLAN, S. 18-19; ANTALYA, s. 432

⁶⁵⁹ GÜRBÜZ, Meral, Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Eylül 2010, s. 165

⁶⁶⁰ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 13

⁶⁶¹ TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 19

⁶⁶² HATEMİ/KALKAN OĞUZTÜRK, s.62

⁶⁶³ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 13

olabilir. Kişilik haklarına yönelik bir eylemi saldırı olmaktan kurtaran bu şartlar TMK m. 24 de şu şekilde ifade edilmiştir:

“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse hâkimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”. Şimdi bu halleri kısaca açıklayalım.

3.1.1.3.1 Mağdurun rızası

Yapılan işlemin hukuka uygun hale gelebilmesi için gerekli ilk şart kişinin buna rıza göstermiş olmasıdır. Kişinin rıza göstermemiş olması halinde yapılan işlem bireye fayda sağlayacak olsa da kişinin kendi geleceğinin kendisinin belirlemesi ilkesine aykırı olacağından hukuka aykırıdır. Rızanın nasıl verilmesi gerektiği, aydınlatma ilkesine ve kimlerin genetik analiz için rıza vermeye yetkili olduğu meselesine daha önce değinmiş olduğumuz için burada bu konulara yer vermeyeceğiz Burada değinmek istediğimiz husus rızanın bir ölçüsünün olup olmadığıdır. Rızanın hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için hukuka ve ahlaka aykırı olmaması ve bu sebeple geçersiz olmaması gerekir⁶⁶⁴. Hastanın yapılan işleme vermiş olduğu rıza ancak söz konusu işlem hukuk kurallarına ve tıbbi etik ilkelerine uygunsa geçerlidir. Tehdit sonucu elde edilen rıza geçersiz olduğu gibi⁶⁶⁵ yaşamının sona erdirilmesi için verilmiş olan rıza da ülkemizde ötenazi yasak olduğundan hukuka aykırı olacaktır. Yine kanun ve yönetmeliklerde emredici olarak düzenlenmiş olan hükümlere veya kamu düzeni ve ahlaka aykırı olan işlemlere birey rıza vermiş olsa da bu rıza geçersizdir ve işlem hukuka aykırıdır. Kişi rıza vermiş olsa dahi klonlanması mümkün değildir. Rıza verilmiş olsa bile hekim hastanın sağlıklı bir organını veya uzvunu vücuttan ayıramaz. Yine hasta için tehlikeli olabilecek, henüz hayvanlar üzerinde denenmemiş olan bir çalışmanın birey üzerine denenmesi mümkün değildir. Henüz kanunlarda düzenlenmemiş olan alanlar ile ilgili olarak hastanın vermiş

⁶⁶⁴ ANTALYA, s. 446; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 298; ZEYTİN/ERGÜN, s. 85; TÜFEK, s. 21; YÜZER, s. 104; KARASU, s. 7

⁶⁶⁵ AYAN, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s. 63

olduğu rızanın geçerliliği noktasında, uygulanacak işlemin kişiye zarar verip vermeyeceği, işlemin bireye veya üçüncü kişilere sağlayacağı yararlar ve tıbbi etik ilkeler ile bireyin kişiliğinin korunması noktasındaki medeni kanunun genel hükümleri dikkate alınacaktır. TMK'nın 23. maddesi bireylerin kişilik haklarının içe karşı korunmasını ele almış ve sözleşmenin kişilik haklarını aşırı derecede sınırladığı veya ortadan kaldırdığı hallerde geçersiz olacağını ifade etmiştir⁶⁶⁶.

3.1.1.3.2 Kamu veya özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması

İster özel hukuk kapsamında isterse kamu hukuku kapsamında olsun bir kanun hükmünün yerine getirilmesi amacıyla gen analizi gibi tıbbi müdahale yapılmış ise bireyin rızası olmasa dahi yapılan işlem hukuka uygundur. TMK m. 284 ve CMK m. 78 gen analizine imkân veren ve kişiyi genetik test yaptırmaya zorlayan hükümler içermektedir. CMK'nın 78.maddesine göre “...elde edilen örnekler üzerinde soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa yada mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik inceleme yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında testler yapılmasına yönelik işlemler yapılması yasaktır.” TMK m. 284 ise sağlık yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere müsaade etmekte ve gen analizleri için bir hukuka uygunluk hali ortaya koymaktadır. Direktif, AB VKD ve KVK da yargısal faaliyetler kapsamında hassas kişisel verilerin işlenebileceğini belirtmektedir.

Soybağına ilişkin olarak açılan bir davada hâkimin kişiyi DNA testi için örnek vermeye zorlayıp zorlayamayacağı meselesi ise tartışmalı bir husustur. Burada bir taraftan kişinin kan vermek istememesi halinde davayı kaybedeceğinin kabulünün de bir zorlama olduğu ileri sürülürken diğer taraftan çocuğun babası ile soy bağının kurulmasında kamu yararı olduğu ve bu nedenle kişinin kan vermeye zorlanabileceği ileri sürülmektedir⁶⁶⁷. Kanaatimizce çocuğun ana rahmine düştüğü dönemde ana ile cinsel ilişkiye girdiğinin ispat edilmesinden sonra hâkimin gen analizi için örnek verilmesine karar verebileceği ve bu karar üzerine örnek alınıp test yapılmasının hukuka uygun olacağı, kişinin örnek vermek istememesi halinde ise HMK gereğince zorlanamayacağı ancak maddi hukuka ilişkin olan TMK gereğince sonuçların

⁶⁶⁶ Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak da sınırlayamaz.

⁶⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s.581-582

aleyhine olacağı kabul edilmelidir. Bu konu ile ilgili bir diğer tartışma, taraflardan daha önce herhangi sebeple alınmış DNA testi yapmaya elverişli örnek olması halinde bu örnek üzerinde kişinin rızası olmadan test yapıp yapılamayacağıdır. Bu durumda vücut ihlalinin olmadığı ve hakim ilgili örnekler üzerinde babalığın tespiti için test yapılmasına karar verebileceği ileri sürülmüş ise de⁶⁶⁸ TMK' nın bireyden zorla örnek alınamayacağına ilişkin ifadesi örnek almanın vücuda müdahale içermesinin yanı sıra test sonucunda elde edilebilecek bilgilerin özelliğinden de kaynaklanmaktadır. Bu nedenle nasıl ki kişi test için örnek vermeme ve sonuçlarına katlanma hakkını kullanabiliyorsa daha önce verilmiş olan örnekler olsa dahi kişi test yapılmamasını ve bu durumun aleyhine kullanılmasına katlanmak isteyebilir. Bu nedenle biz burada hukuka uygunluk halinin olmadığını ve kişinin rızasının alınması gerektiği kanaatindeyiz.

Hekimin kanunun vermiş olduğu yetkiye dayanarak yaptığı analizler için sorumluluğu kanunun çizdiği sınırlar içinde hareket etmesine bağlıdır. Bu anlamda şüpheliyi tespit etmek amacıyla alınan örnekte şahsın genetik rahatsızlığının olup olmadığına ilişkin test yapılması hakkın sınırları aşıldığından işlem hukuka aykırı olacaktır.

KVKK, gen analizleri sonucunda elde edilen verileri hassas veri olarak nitelendirip bu bilgilerin işlenmesi için kural olarak ilgili kişinin rızasını arasa da 6.maddede kanunlarda öngörülen hallerde ilgilinin açık rızası alınmadan işlenebileceğini belirterek genetik bilgilerin kullanılması için bir hukuka uygunluk hali öngörmüştür. Aynı madde *“sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetim amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası alınmadan işlenebilir”* hükmüne yer vermiştir. Bu hükmün genetik veriler için kullanılması mümkün değildir. Maddenin birinci fıkrasında genetik veriler sağlık bilgilerinden ayrı olarak hassas bir veri olarak ifade edildiğinden genetik verilerin sağlık bilgileri içinde olduğu ve bu fıkra hükmünce işlenebileceği ileri sürülemez.

⁶⁶⁸ ERTEN/ACIR/TAŞVEREN, s. 583

AB VKD’de genetik veriler hassas veriler olarak belirtildiğinden kanunun dokuzuncu maddesinde belirtilen nedenler ile genetik bilginin üçüncü bir kişi ile paylaşılması veya bilimsel ve istatistiksel çalışmalarda kullanılması halinde, yapılan işlemler kanuna dayanan bir yetkinin kullanılmasına dayanacağından bu halde de yapılan işlemler hukuka uygun olacaktır.

3.1.1.3.3 Üstün özel yarar

Üstün nitelikte bir özel yararın söz konusu olduğu durumlarda hastanın yapılacak olan işleme rıza göstermemiş olması önemsizdir ve işlemi gerçekleştiren hekimin rıza yokluğu nedeniyle sorumluluğuna gidilemez.

Üstün nitelikte özel yarar çoğunlukla kişiden rızasının alınmasının mümkün olmadığı, kişinin bilincinin kapalı olduğu hallerde ortaya çıkar. Hastanın rıza verecek durumda olmadığı ve müdahalenin zorunlu olduğu durumlarda yapılacak işlemler hukuka aykırı sayılmaz⁶⁶⁹. Bilinci kapalı olan bir hasta, kendisine gelmesinin beklenmesi halinde ciddi sağlık sorunlarıyla karşılaşacak ise rızası alınmadan ameliyata alınabilir veya tedavisi için gerekli işlemler yapılabilir⁶⁷⁰. Durumun acil olarak değerlendirilmesi için gecikme halinde mutlaka hayati tehlikenin ortaya çıkması aranmaz. Gecikme halinde hastanın iyileşme süresi uzayacak ya da sağlığında geçici veya kalıcı bozulmalar meydana gelecek ise de hastanın rızasının aranması gerekmez⁶⁷¹. Bu durum İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin 8. maddesinde “*Acil bir durum sebebiyle uygun muvafakat alınamadığında, ilgili kişinin sağlığı için gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilir*” şeklinde ifade edilmiştir. Acil durumlara verilebilecek bir diğer örnek ise ameliyatlara genişletilmesi halidir. Ameliyat sırasında daha önce öngörülme hallerin ortaya çıkması ve ameliyatın kapsamının genişletilmesinin gerekmesi halinde hastanın yeniden rızasını almaya gerek yoktur⁶⁷².

Genetik bilgilerin kullanılmasında da bireyin rızasının alınamadığı haller bir üstün nitelikte hal olarak ele alınmıştır. AB VKD’nin dokuzuncu maddesinde genetik bilgilerin hassas veri olduğu ve işlenebilmesi için kural olarak kişinin rızasının

⁶⁶⁹ ANTALYA, s. 447; ZEYTİN/ERGÜN, s. 85; GÜLEL, s. 589

⁶⁷⁰ BOZAT, s. 101, GÜLEL, s. 589

⁶⁷¹ HELVACI, s. 111

⁶⁷² YILMAZ, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınları, Ankara 2007, s. 30

gerektiği belirtildikten sonra verilerin işlenmesinin istisnaları arasında veri sahibinin rızasının alınamamasına yer vermiştir. Buna göre hukuki veya fiziki sebepler ile veri sahibinin rızası alınamıyor ve genetik bilgilerin işlenmesi, veri sahibi veya üçüncü kişi için hayati önem arz ediyorsa söz konusu veriler işlenebilir. Benzer bir hüküm Direktif'in sekizinci maddesinde de yer almaktadır.

İş hayatında da özellikle işçinin sağlığının korunması ve iş ortamının iyileştirilmesi amacıyla yapılacak gen analizleri için bu durum üstün nitelikte özel yarar kapsamında değerlendirilmesi ise tartışmalı bir husus olmakla birlikte genetik testler henüz mevcut olmayan ileriye dönük hastalıkları tespiti için de yapılabildiği ve başkasına ait bilgilerin de tespit edilebilmesinden dolayı ancak ilgilinin rızasıyla yapılabilir ve burada işçinin üstün nitelikte özel yararından bahsedilemez. Aynı şekilde burada üçüncü kişilerin üstün nitelikte özel yararından da bahsedilmez. Hastalık belirtileri ortaya çıktığında hastalığın etkileri daha az olan bir testle tespit edilmesi imkânı varken henüz semptomları görülmeyen bir hastalık için gen analizine başvurulması kişinin özel yaşamına ve beden bütünlüğüne müdahale oluşturmaktadır⁶⁷³.

Üstün nitelikte özel yarar meselesinde tartışılan bir diğer durum ise hastanın karşı çıkmasına rağmen üstün nitelikte özel yararın, işlemi hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğidir. Örneğin dini sebeple kan naklinin reddedilmesi halinde hekimin nasıl davranacağı tartışmalı bir meseledir. Yehova Şahitleri olarak bilinen grubun kan nakline karşı çıktıkları bilinmektedir. Acil bir durumda böyle bir hastaya kan veren hekimin sorumluluğuna gidilmeli midir? Biz bu durumda kişilerin açıkça karşı çıkmaları söz konusu olduğundan hekimin buna saygı duyması ve kan naklini yaptırmaması gerektiği görüşüne katılmaktayız⁶⁷⁴. Hekimin hastanın kan nakli yapılmamasına ilişkin kararına göstereceği saygı otonomi ilkesinin de bir gereğidir ki otonomi ilkesi bireyin kişisel değer ve inançlarına göre tavır belirleyip kararlar almasını ve alınan kararlara saygı duyulmasını isteme imkânı tanıyan bir ilkedir⁶⁷⁵.

⁶⁷³ SEVİMLİ, Ahmet, İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s. 187-189; UNCULAR, s. 91

⁶⁷⁴ AYDIN, s. 109; Aksi görüş, HELVACI, s. 149; KILIÇARSALAN, Seda Kara, Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar, XII Levha Yayınları, s. 60

⁶⁷⁵ OĞUZTÜRK, s. 120

3.1.2. Kusur

Hekimin sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğudur⁶⁷⁶ ve hekimin veya gen merkezinin sorumluluğuna gidilebilmesi için hukuka aykırı fiilin hekime veya merkeze yükletilebilmesi gerekir. Yani hekimin gerek sözleşmeden kaynaklanan gerekse de haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğuna gidilebilmesi için hekimin söz konusu hukuka aykırı eylemin gerçekleşmesinden dolayı kusurlu olması gerekir.

Kusur hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranışlardır⁶⁷⁷. Zarar veren davranış kınanırken, zarara sebep veren failin içinde bulunduğu psikolojik durum yerine failin mensup olduğu sosyal çevre ve meslek grubu içinde aynı şartlardaki makul orta zekâlı bir kişinin benzer durum halinde göstereceği davranış dikkate alınır⁶⁷⁸. Kusurun kast ve ihmal olmak üzere iki çeşidi vardır⁶⁷⁹. Kast, hukuka aykırı fiilin bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi iken ihmal, hukuka aykırı sonucun istenmemesine rağmen sonucun meydana gelmesi için gerekli olan özen ve dikkatin gösterilmemesidir⁶⁸⁰. İhmal de ağır ve hafif ihmal olarak ikiye ayrılır. Ağır ihmal, makul orta zekâlı herhangi bir insanın göstermesi gereken özenin gösterilmemesi iken, hafif ihmal ise dikkatli kişilerin gösterebileceği özenin gösterilmemesidir⁶⁸¹. Hekimin hukuki sorumluluğu için ihmalin hafif veya ağır olması önemsizdir⁶⁸². Gen analizi yaptırmak istemeyen hastanın bu konuda zorlanması veya test sonucunu bilmek istememesine rağmen hekim tarafından sonuçların kendisiyle paylaşılması halinde hekim kasten hukuka aykırı davranmış iken, hekimin hastalığın tedavisi için gerekli olan tüm testlerin yapılması konusunda hastasını bilgilendirmemiş olması halinde ihmal söz konusudur. Kusurun kast veya ihmal olması hekimin

⁶⁷⁶ ÖZAY, s. 127; PETEK, s. 186

⁶⁷⁷ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 19. Baskı, Ankara 2015, s. 569; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 80; ANTALYA, s. 422; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 223

⁶⁷⁸ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 80, DOĞAN; Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 54; ANTALYA, s. 424

⁶⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 574; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 80; DOĞAN, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 55; ANTALYA, s. 426; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 225; ÖZAY, s. 128

⁶⁸⁰ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 81; EREN, Genel Hükümler, s. 574 vd.; DOĞAN, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 55; ANTALYA, s. 426-427; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 225

⁶⁸¹ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 82; Eren, Genel Hükümler, s. 580; DOĞAN, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s. 55; ANTALYA, s. 430; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 226-227

⁶⁸² AYAN, s. 103

sorumluluğuna gidilmesi bakımından önemli olmamakla birlikte bu ayrım tazminatın miktarının tayininde önem arz eder⁶⁸³.

Kast ve ihmalin yanı sıra hekimin sorumluluğunun tespitinde kullanılan bir diğer terim ise meslek kusurudur. Meslek kusuru kavramının tam bir tanımı yapılamamış olsa da kabul edilen temel görüş tıp biliminin genel olarak tanımış olduğu kurallara aykırılıktır⁶⁸⁴. Buradan hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından kabul edilen ve uygulanan kurallara aykırılık halinde hekimin kusurlu olduğu sonucuna varılabilecektir. Başka bir ifade ile henüz tıp bilimi tarafından tanınmamış olan yöntemler meslek kusuru olarak da tanınmamış sayılır⁶⁸⁵. Meslek kusurunun yanı sıra, hastanelerin hukuki sorumluluğunun tespitinde kullanılan bir diğer kavram organizasyon kusurudur. Organizasyon kusuru, hastane işleticisinin hastanın zarara uğramasını önlemeye yönelik gerekli tedbirleri almaması, özensiz davranması halinde ortaya çıkar. Yedi yaşındaki bir hastanın yan odaya girerek bebeğe zarar vermesi halinde gerekli tedbirleri almayan hastanenin sorumluluğuna gidilecektir⁶⁸⁶.

Sorumluluğun kaynağının sözleşme veya haksız fiil olması kusurun tanımı ve kapsamı konusunda bir farklılık oluşturmaya da ispat yükü bakımından farklılık oluşturur. Kural olarak sözleşmeden kaynaklanan sorumlulukta edimini gereği gibi yerine getirmeyen hekimin kusursuz olduğunu ispatlaması gerekirken, haksız fiilde zarara uğradığını iddia eden hastanın hekimin kusurlu olduğunu ispatlaması gerekir⁶⁸⁷.

3.1.3. Zarar

Sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil nedeniyle hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli diğer şart zarardır. Yani zarar yoksa hukuki sorumluluk da yoktur⁶⁸⁸. Zarar hekimin kasten veya ihmal suretiyle gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiil

⁶⁸³ ÖZAY, s. 129

⁶⁸⁴ AYAN, 106; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 83

⁶⁸⁵ AYAN, s. 106

⁶⁸⁶ HAKERİ, Hakan, Hastane Yönetiminin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, S.161-170, s. 168

⁶⁸⁷ AYAN, s. 117; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 88

⁶⁸⁸ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 74; ANTALYA, s. 455; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 213

sonucunda hastanın kişisel değerlerinde veya malvarlığında söz konusu fiilin gerçekleşmesinden önceki duruma göre meydana gelen eksilmedir⁶⁸⁹.

Dar anlamda maddi zararı ifade eden zarar kavramı geniş anlamda maddi zararlar birlikte manevi zararı da kapsar⁶⁹⁰. Maddi zarar kişinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen eksilme olup⁶⁹¹ tıbbi müdahaleler için sözleşmenin gereği gibi ifa edilseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yürütülen hatalı tedavi sonucunda hastada meydana gelen sonuç arasındaki parayla ölçülebilen fark⁶⁹² veya haksız fiil sonucunda hastada meydana gelen durum ile fiil öncesi durum arasındaki farktır. Manevi zarar ise sözleşmeye aykırı eylem veya haksız fiil nedeniyle hastanın duyduğu bedensel acı ve ızdırıp, yaşama sevincinde oluşan azalmadır⁶⁹³.

TBK 112'ye göre “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*”. Buna göre hekim sözleşmeye aykırılık sebebiyle neden olduğu tedavi masraflarını, kişinin varsa çalışmamasından veya işgücünün kaybından doğan zararları maddi zarar kapsamında karşılamalıdır. Sözleşmeye aykırılık aynı zamanda kişilik hakkı ihlalini de doğuracağından açılacak tazminat davalarının TMK 25'e dayandırılması da mümkündür⁶⁹⁴. Haksız fiil halinde ise hekimin karşılaması gereken zararları TBK madde 54'den yola çıkarak, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya kaybından doğan zararlar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar olarak sayabiliriz. Hekimin randevuya gelmemesi halinde, hekimi beklerken uğranılan kazanç kaybı ve muayeneye gelirken yapılan masraflar da maddi tazminata kapsamında istenebilir⁶⁹⁵. Hekim ile hasta arasında henüz sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmeleri sırasında hekimin kusuru nedeniyle ortaya çıkan zararlar için “*culpa in contrahendo*” ilkesi gereğince hekimin sorumluluğuna gidilebilir⁶⁹⁶.

⁶⁸⁹ EREN, Genel Hükümler, s. 520

⁶⁹⁰ ANTALYA, s. 455

⁶⁹¹ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 75; ANTALYA, s. 456; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 214

⁶⁹² ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 76

⁶⁹³ TANDOĞAN, Türk Mesuliyet Hukuku, s. 330; EREN, Genel Hükümler, s. 531; DURAL/ÖĞÜZ, s. 158; ANTALYA, s. 494; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 214

⁶⁹⁴ YAVUZ İPEKYÜZ, S. 147

⁶⁹⁵ YAVUZ İPEKYÜZ, s. 149

⁶⁹⁶ DEMİR, s. 153

Maddi ve manevi zarar dışında yansıma zararların karşılanması da söz konusu olabilir. Hekimin hukuka aykırı eyleminden dolayı vefat eden hastanın yakınları, ölen kişinin desteğinden yoksun kalmaları nedeniyle uğradıkları zararın karşılanmasını talep edebilirler. Bedensel yaralanmalar halinde ise kişinin yakınları duydukları ızdırap ve elem nedeniyle manevi zararlarının karşılanmasını isteyebilirler⁶⁹⁷.

3.1.4. İlliyet bağı

Hekimin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli son şart illiyet bağının olmasıdır. İlliyet bağı kasten veya ihmal suretiyle gerçekleştirilmiş olan hukuka aykırı fiil ile meydana gelen zarar arasında neden sonuç ilişkisinin olmasıdır⁶⁹⁸. Örneğin hekimin hastası için gerekli genetik testleri istememesi ile hastalığın geç tespit edilmesinden doğan zararlar arasında illiyet bağı vardır ve hekimin sorumluluğuna gidilir.

Haksız fiil veya sözleşmenin ihlalinin normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli olması gerekir. Aksi halde uygun olmayan illiyet bağından dolayı hekimin sorumluluğuna gidilemez⁶⁹⁹. Hekimin vermiş olduğu randevuya yetişmek için hız yapan hastanın trafik kazasında vefat etmesi halinde uygun illiyet bağı olmadığından hekimin sorumluluğuna gidilemez. Uygun illiyet bağının olmamasının yanı sıra illiyet bağının kesildiği hallerde de hekimin sorumluluğuna gidilemez. İlliyet bağının kesilmesinde hekimin gerçekleştirdiği ilk hareket gerçekleşen sonucu meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen ortaya çıkan yeni bir sebep, ilk sebebin önüne geçmektedir⁷⁰⁰. İlliyet bağının kesilmesine neden olan haller mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişilerin kusurudur⁷⁰¹. Mücbir sebep, borçlunun veya sorumlunun faaliyet alanı dışında gelişen ve öngörülmesi veya karşı konulması mümkün olmayan olaydır⁷⁰². Doğum öncesi testler yapılırken meydana gelen depresyon nedeniyle bebeğin anne karnında vefat etmesi halinde illiyet

⁶⁹⁷ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 78; ANTALYA, s. 474; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 312

⁶⁹⁸ AYAN, s. 111; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 88; ANTALYA, s. 526; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 218

⁶⁹⁹ AYAN, s. 111; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 90; ANTALYA, s. 529; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 219

⁷⁰⁰ EREN, Genel Hükümler, s. 555; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 93

⁷⁰¹ EREN, Genel Hükümler, s. 557; AYAN, s. 111; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 94, DEMİR, s. 159; ANTALYA, s. 537; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 223

⁷⁰² ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, s. 94; ANTALYA, s. 537

bağı bir mücbir sebep olan deprem ile kesilmiştir. Zarar görenin veya üçüncü kişilerin kusurunun illiyet bağıni kesebilmesi için belirli bir yoğunlukta olması gerekir. Aksi halde bu durum illiyet bağıni kesmez ancak tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilir⁷⁰³.

İllyet bağı üzerinde durulması gereken bir diğ er mesele ise hekimin normal bir insanda zarara neden olmayacak hatalı hareketinin hastanın normal olmayan bünyesi veya aşırı hassasiyeti nedeniyle zarara sebebiyet vermesi halidir. Böyle bir durumda hekimin normal hayat tecrübelerine göre bu ihtimali hesaba katması gerekeceğ inden hekimin davranışı ile hastada meydana gelen zarar arasında illiyet bağı vardır⁷⁰⁴.

Gerek sözleşmeye aykırılık nedeniyle açılan davalarda gerekse de haksız fiil sorumluluğ unda illiyet bağıni davayı açanın yani zarar görenin ispatlaması gerekir⁷⁰⁵. Ancak yapılan işlem için bilgisi olan ve üstün konumda olan taraf hekim olduğ undan hastadan kesin bir ispat istenmez, kuvvetli ihtimalin ispatlanması yeterlidir⁷⁰⁶.

3.2. Kişilik Hakkı İhlalleri Nedeniyle Açılacak Davalar

Kişiliğ e hukuka aykırı saldırı halinde açılacak davalar bireyi saldırıya karşı koruyan davalar ve tazminat davaları olarak ikiye ayrılmaktadır. Koruyucu davalar saldırı tehlikesini ortadan kaldırmaya, gerçekleş en bir saldırıyı sona erdirmeye veya sona ermiş bir saldırının hukuka aykırılığ ının tespitine imkân verirken tazminat davaları saldırı sonrasında meydana gelen maddi ve manevi zararın karşılanmasına ve saldırının etkilerinin ortadan kaldırılmasına hizmet eder.

3.2.1 Koruyucu Davalar

Saldırıya karşı bireyi koruyan davalar TMK'nın 25. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırıya son verilmesi ve saldırının hukuka aykırılığ ının tespiti davasıdır. Bu davaları incelemeye başlamadan önce aynı maddenin ikinci fıkrasında da belirtildiğ i gibi kişilerin bu davalar ile birlikte

⁷⁰³ ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğ u, s. 94; ANTALYA, s. 539

⁷⁰⁴ AYAN, s. 112

⁷⁰⁵ AYAN, s. 111; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğ u, s. 91

⁷⁰⁶ AYAN, s. 111; ŞENOCAK, Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğ u, s. 91

düzeltilmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi veya yayımlanmasını da isteyebileceğini belirtelim.

3.2.1.1 Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası henüz kişiliğe yönelik bir saldırının olmadığı ancak kişinin saldırı tehlikesi altında olduğu ve bu tehlikenin ciddi ve yakın olduğu hallerde açılan bir davadır⁷⁰⁷. Dava gerekli önlemlerin alınarak kişinin ileride yaşayabileceği mağduriyeti önlemeyi amaçlar. Davanın açılabilmesi için bir saldırı ihtimalinin olması yeterli olmayıp, saldırı tehlikesinin ciddi ve yakın olması gerekir⁷⁰⁸. Saldırı tehlikesi devam ettiği sürece ilgili dava açılabilir ancak tehlike sona ermiş ise önlenebilecek bir durum kalmadığından artık bu dava açılmaz. Aynı şekilde saldırı gerçekleşmiş ise de artık önleme davası açılmaz⁷⁰⁹.

Davacının saldırı tehlikesini ispatlaması gerekir⁷¹⁰. Tecavüz tehlikesini yaratan kişinin kusurlu olması gerekmediği gibi⁷¹¹ muhtemel bir zarar tehlikesinin oluşması da gerekmez⁷¹². Gen analizi için verilen örneklerin kişinin rızasına aykırı olarak başka testler için kullanılması veya test sonuçlarının üçüncü kişiler ile paylaşılması tehlikesi varsa bireyler her zaman önleme davası açabilirler. Özellikle işyeri hekimi tarafından rutin kontrol için alınan kan örnekleri üzerine genetik test yapılacağını öğrenen işçilerin test yapılmasını önlemek amacıyla bu davayı açma hakları vardır. Yine kişinin genetik bilgilerinin bir dergide yayınlanacağı açıklanmış ise kişi önleme davası açabilir⁷¹³.

3.2.1.2 Saldırıya son verilmesi davası

Başlamış ve devam eden saldırılar için kişilerin saldırıya son verilmesini mahkemenen talep hakları vardır. Bu dava ile bireyler kişilik haklarına saldırı teşkil

⁷⁰⁷ HELVACI, s. 155; DURAL/ÖĞÜZ, s. 153; ÖZTAN, s. 154; ZEYTİN/ERGÜN, s. 87; TÜFEK, s. 138; YÜZER, s. 156

⁷⁰⁸ HELVACI, s. 155; DURAL/ÖĞÜZ, s. 153; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 226; TÜFEK, s. 139; YÜZER, s. 156

⁷⁰⁹ HELVACI, s. 156; DURAL/ÖĞÜZ, s. 153; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 227; ÖZTAN, s. 154

⁷¹⁰ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 227; YÜZER, s. 157

⁷¹¹ DURAL/ÖĞÜZ, s. 154; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 226, YÜZER, s. 156

⁷¹² DURAL/ÖĞÜZ, s. 154; YÜZER, s. 156

⁷¹³ YÜZER, s. 156

eden duruma son verilmesini talep etmektedirler⁷¹⁴. Saldırıya son verme davasının açılabilmesi için iki şartın mevcut olması gerekir. Bunlar başlamış bir saldırının olması ve dava tarihi itibarıyla saldırının devam ediyor olmasıdır⁷¹⁵.

Saldırıya son verilmesi davası veya diğer adıyla saldırının durdurulması davasının açılabilmesi için saldırının haksız olması yeterlidir. Saldırıda bulunanın kusurlu olması gerekmediği gibi, bir zararın doğmuş olması da aranmaz⁷¹⁶. Saldırı teşkil eden olgu failin iktidarında bulunduğu sürece saldırıya son verilmesi davası açılabilir. Saldırı sona ermiş ancak tekrarlanma ihtimali varsa saldırının sona erdirilmesi davası değil saldırının önlenmesi davasının açılması gerekir⁷¹⁷. Dava esnasında saldırı sona ererse hâkim, karar anında şartlar mevcut olmadığından karar verilmesine yer olmadığı gerekçesiyle davayı sonlandıracaktır⁷¹⁸. Kişinin yaptırmış olduğu genetik testin ismi veyahut sonuçları testin yapıldığı merkezin internet sitesinde yer alıyorsa ilgili bilgiler sitede yer aldığı sürece kişilik haklarına yönelik saldırı devam etmektedir ve ilgili kişi saldırının sona erdirilmesi için dava açma hakkına sahiptir. Yine kişinin rızasına aykırı olarak kendisinden alınan örnekler üzerinde klinik araştırmalar yapıldığının anlaşılması halinde kişi ilgili çalışmaların durdurulması amacıyla dava açma hakkına sahiptir.

3.2.1.3 Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası

Kişilere yönelik saldırı hareketleri genellikle anlık olduğu için önleme ve durdurma davası açılması mümkün olmasa da kişiler gerçekleşmiş olan saldırının hukuka aykırılığının tespiti için dava açma hakkına sahiptir. Bunun için sona eren saldırının etkilerini devam etmesi gerekir⁷¹⁹. Bu durum TMK’da “...sona ermiş olsa da etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir” şeklinde ifade edilmiştir. Meydana gelen saldırının üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi halinde kişinin şeref ve haysiyetinin bundan zarar görebileceği ve bu durumda da saldırının

⁷¹⁴ HELVACI, s. 156; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 224; DURAL/ÖĞÜZ, s. 152; ZEYTİN/ERGÜN, s. 87; TÜFEK, s. 139; YÜZER, s. 157

⁷¹⁵ HELVACI, s. 156; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 224; DURAL/ÖĞÜZ, s. 152

⁷¹⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 224; DURAL/ÖĞÜZ, s. 152; ÖZTAN, s. 152; TÜFEK, s. 139

⁷¹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 224

⁷¹⁸ HELVACI, s. 157

⁷¹⁹ HELVACI, s. 157; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 228; DURAL/ÖĞÜZ, s. 155; ÖZTAN, s. 154; ZEYTİN/ERGÜN, s. 87; TÜFEK, s. 141

etkilerinin devam ettiği kabul edilebilir⁷²⁰. Aradan çok uzun bir zaman geçmiş ve artık saldırının etkisi kalmamışsa tespit davası açılmaz⁷²¹.

Saldırının hukuka aykırılığının tespiti açılan maddi ve manevi tazminat taleplerinde de hâkimin öncelikle yapması gereken iştir. Ancak saldırının hukuka aykırı olduğunun tespit edilmesinden sonra hâkim diğer şartların da varlığı halinde maddi veya manevi zararın karşılanmasına karar verebilir⁷²².

Gen analizlerinde kişinin bilmeme hakkını kullanmasına rağmen kendisine analiz sonuçları hakkında bilgi verilmesi, kişinin vermiş olduğu örnekler üzerinde izni alınmadan başka testlerin yapılmış olması, kişinin izninin olmamasına rağmen analiz sonuçlarının üçüncü kişiler ile paylaşılmış olması hallerinde gerçekleşmiş ancak etkileri devam eden bir saldırı söz konusudur. Bu durumda kişi hukuka aykırı saldırının tespitini isteyebilir.

3.2.2 Tazminat davaları

Kişilik haklarına yönelik bir saldırının meydana getirdiği zararların ortadan kaldırılması amacıyla tazminat davaları açılabilir. Henüz gerçekleşmemiş bir saldırı nedeniyle tazminat davası açılmaz. Bu nedenle saldırının önlenmesi davasıyla birlikte tazminat davasının açılması mümkün değildir⁷²³.

3.2.2.1 Maddi tazminat davası

Kişinin şahıs varlığına yönelik saldırılarda kural olarak manevi zarar doğursa da maddi zararın ortaya çıkması da muhtemeldir⁷²⁴. Maddi tazminat davası kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimsenin, bu saldırı yüzünden mal varlığında meydana gelen azalmanın giderilmesi amacıyla açtığı davadır⁷²⁵. Başka bir ifade ile maddi zararın ortadan kaldırılması ve zarar görenin ekonomik durumunun eski hale getirilmesi

⁷²⁰ HELVACI, s. 158

⁷²¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 228

⁷²² OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 229

⁷²³ HELVACI, s. 159; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 233; Helvacı saldırının durdurulması davasıyla birlikte tazminat davasının açılmayacağını ileri sürmekteyse de biz bu halde de gerçekleşen ve devam eden bir saldırını nedeniyle kişinin maddi veya manevi zararının ortaya çıkmasının mümkün olduğunu saldırının devam etmesi nedeniyle zararın tam tespit edilmesinin mümkün olmamasının buna engel olmadığını kaldı ki usul hukukundaki yeni düzenlemelerinde buna imkân tanıdığı görüşündeyiz.

⁷²⁴ ANTALYA, s.465; TÜFEK, s. 143

⁷²⁵ HELVACI, s. 159; TÜFEK, s. 142; YÜZER, s. 159; ÖZAY, s. 130

amacıyla açılan bir davadır⁷²⁶. Bu durum TMK 25’de “*Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır*” şeklinde ifade edilmiştir. Kişinin maddi tazminat davası açmasına imkân veren tek düzenleme bu değildir. TBK 51 vd. maddeleri haksız fiil sonucunda meydana gelen gerek maddi gerekse de manevi zararların karşılanmasına ilişkin hükümler içermektedir. TBK 112 ve devamındaki maddelerde ise sözleşme ilişkisinde borca aykırılık halinde tazminat istenmesine imkân veren düzenlemeler vardır.

Maddi tazminat davasının açılabilmesi için koruyucu davalardan farklı olarak kusurun veya kusursuz sorumluluk hallerinden birinin var olması ve saldırı sonucunda bir zararın meydana gelmesi gerekir⁷²⁷. Kusursuz sorumluluğa örnek olarak “*Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür*” diyen TBK md.66’yı verebiliriz. Bu halde adam çalıştıran kişi saldırının gerçekleşmesinden dolayı kusurlu olmasa da ortaya çıkan zarardan sorumludur.

Tazminat davasının açılabilmesi için kusur ve zarar şartı arandığından hastanın zararın varlığını ispatlaması gerekir. Kusur için ise daha öncede değindiğimiz gibi sözleşmeye aykırılık nedeniyle açılan davalarda saldırıyı gerçekleştiren kişinin kusursuz olduğunu ispatlaması gerekirken haksız fiil halinde zarara uğradığını iddia eden davacının karşı tarafın kusurlu olduğunu ispatlaması gerekir.

Gen analizleri beden üzerinde müdahale gerektirdiğinden yapılacak işlem beden bütünlüğüne yönelik bir saldırı niteliğinde olabilir. Beden bütünlüğüne yönelik saldırılar halinde istenebilecek olan zarar kalemleri TBK md. 54’de sayılmıştır. Bu hükümden beden bütünlüğünün ihlalinin başlı başına bir zarar oluşturmadığı, mağdur için olumsuz sayılabilecek ekonomik sonuçlarının nedeni olabileceği anlaşılmaktadır⁷²⁸. Burada tedavi giderlerinden kasıt, kişinin sağlık durumunun düzeltilmesi amacıyla yapılmış olan tahlil, teşhis ve tedaviye ilişkin her türlü masraf

⁷²⁶ ÖZAY, s. 130

⁷²⁷ HELVACI, s. 159; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 232; DURAL/ÖĞÜZ, s. 157; ÖZTAN, s. 158

⁷²⁸ BÜYÜKSAGIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 54

olup, bunların istenebilmesi için tedavi giderlerinin fiilen yapılmış olması gerekmez. İleriye atılmış ameliyat veya tedaviye ilişkin masraflarda henüz gerçekleşmemiş olsa dahi istenebilir⁷²⁹. Kazanç kaybı ise ihlal sebebiyle tamamen veya kısmen çalışamama durumuna düşülmesi nedeniyle dava tarihine kadar ortaya çıkan zarardır ve ücret, maaş eksikliğinin yanı sıra, beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle ortaya çıkan, bakım için tutulan görevliye ödenen ücret gibi masraflar da kazanç kaybı içinde değerlendirilebilir⁷³⁰. Çalışma gücünün yitirilmesinden doğan zararlar ise çalışma gücünün kısmen veya tamamen yitirilmesinin gelecekte yol açacağı kazanç yoksunluğudur⁷³¹. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar ise çalışma gücünde bir azalma olmamasına rağmen ileride kazanç elde edilmesinin çok zor veya imkânsız olmasından kaynaklanan zararlardır⁷³²

Beden bütünlüğüne yönelik saldırı sonunda kişi vefat ederse, TBK 53 gereğince, cenaze giderlerinin, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderlerinin, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpların ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararların tazmini dava edilebilir. Bedensel zarar halinde TBK 55 gereğince hesaplanan tazminat, hakkaniyet düşüncesiyle azaltılamaz.

Gen analiz sözleşmeleri eser sözleşmesi olduğundan hekimin taahhüt ettiği sonucu gerçekleştirmemesi halinde, hekimin ifa borcu sözleşmeden doğan tazminat borcuna dönüşür⁷³³. Alınan örneklerle rağmen hekimin belirli bir hastalığa ilişkin genin kişide mevcut olup olmadığını tespit edememesi buna örnektir. Gen analizleri için önem arz eden bir diğer durum ise prediktif ve taşıyıcılık testleridir. Kişinin ileride belirli bir hastalığa yakalanma riskinin yanlış belirlenmesi veya kişinin gelecek neslin sağlığını tehdit eden bir geni taşımadığı konusunda hekim tarafından yanlış bilgilendirilmesi halinde ortaya çıkan zararların hekim tarafından karşılanması gerekir. Yapmış olduğu analizin sonuçlarını yanlış yorumlayan hekim hastanın bilme hakkını etkin bir şekilde kullanmasını engelleyerek hastanın kendi geleceğini özgür bir şekilde belirlemesine engel olmuştur. Yapılan test ile birey belirli bir hastalığa ilişkin geni

⁷²⁹ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 55; ANTALYA, s. 468; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 310

⁷³⁰ OĞUZMAN, M. Kemal, ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt.2, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 94; ANTALYA, s. 469

⁷³¹ OĞUZMAN/Öz, s. 95; ANTALYA, s. 470; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 310

⁷³² OĞUZMAN/Öz, s. 98, ANTALYA, s. 472;

⁷³³ BÜYÜKSAĞIŞ, Hekimin Sorumluluğu, s. 127

taşımadığı düşüncesiyle çocuk sahibi olmuş olabilir. Bu durumda kişinin hamilelik süresince başka testler yaptırmamış olması hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Yine, hastasına yumurta ve göğüs kanserine neden olan geni taşımadığı bilgisi veren hekim, hastanın daha sonra genetik durumundan dolayı bu hastalığa yakalanması halinde hastalığın geç tespit edilmesinden dolayı ortaya çıkan tedavi giderleri ile birlikte geç tespitin hastanın ölümüne neden olması halinde bu durumdan sorumlu olacaktır. Benzer bir durum prenatal testlerde de karşımıza çıkmaktadır. Doğum öncesi yapılan analizlerde çocuğun Down sendromu olmadığını aileye bildiren hekim, çocuğun sağlıklı doğacağı düşüncesiyle kürtajdan vazgeçen ailenin sağlıklı bir çocuk dünyaya getirmemeleri nedeniyle uğradıkları zarardan sorumludur.

Gen analiz sonucunun hastanın rızası alınmadan işveren ve sigorta şirketleri ile paylaşılması sonucunda ayrımcılığa uğrayan kişi söz konusu zararının karşılanmasını isteyebilir. Belirli bir hastalığın geninin taşıdığı tespit edilen kişi kendisini bu nedenle sigorta ettirmeyen şirketten sağlık sigortasına sahip olmadığı için fazladan ödediği tedavi masraflarını isteyebilmelidir. Yine genetik bilgisinden dolayı işine son verilen kişi, ayrımcılığa uğraması nedeniyle mahrum kaldığı gelirini işverenden isteyebilmelidir.

3.2.2.2 Manevi tazminat

Kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin uğradığı manevi zararın yani duyduğu acı, elem ve ızdırabın giderilmesine yönelik bir davadır⁷³⁴. Manevi tazminatın istenebilmesi için kişisel değerlere yönelik bir saldırı olmalı, saldırı hukuka aykırı olmalı, manevi zarar oluşmalı, zarar kusur veya kusursuz sorumluluk hallerinden biri sonucunda oluşmalı ve saldırı ile zarar arasında illiyet bağı olmalıdır⁷³⁵.

Şeref ve haysiyetin zedelenmesi veya bilmeme hakkının ihlali gibi durumlarda kişinin uğradığı asıl zarar maddi değil manevidir. Meydana gelen manevi zarardan dolayı kişinin ızdırabının dindirilmesi ve tatmin edilebilmesi için hakim nakdi bir meblağın ifasına karar vermesi gerekir. Hâkim yapacağı incelemeden sonra davacının talep ettiği miktardan daha azına karar verebilir ancak daha fazlasına karar

⁷³⁴ HELVACI, s. 160; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 233; DURAL/ÖĞÜZ, s. 158; ÖZTAN, s. 159; KILIÇOĞLU, Borçlar Hukuku, s. 322; TÜFEK, s.144; ÖZAY, s. 133

⁷³⁵ HELVACI, s. 161; ÖZTAN, s. 160; ANTALYA, s. 497

veremez⁷³⁶. Hâkimin takdir ettiği miktarın saldırıya uğrayanı felaketi isteyecek, karşı tarafı da iktisadi yönden yıkıma uğratacak miktarda olmamalıdır⁷³⁷. Yine hâkimin tazminatın miktarına karar verirken davalının kusurunun ağırlığından ziyade zararın ağırlığını dikkate alması gerektiği ileri sürülmektedir⁷³⁸. Şahsiyet haklarının ihlalinin basit bir ihmalden kaynaklanabileceği ancak bunun sonuçlarının kişi için ağır olabileceği düşünülürse bu yaklaşım daha yerinde olacaktır. Hâkim, manevi tazminata karar verirken varsa zarara neden olan fiilleri önlemeye yönelik de karar vermelidir⁷³⁹. Medeni Kanun'un düzenlenme şekline göre manevi tazminat olarak para dışında başka şeylerin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı net olmamakla birlikte TBK'nın kişilik haklarına saldırı halinde manevi tazminat istemini ele alan 58.maddesi *"Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir"* ifadesiyle manevi zarar halinde para dışında başka yollarla tazmine imkân vermektedir. Hâkim tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yoluyla ilan edilmesine karar verebilir.

Kişi gen analizi için örnek verirken veya analiz sonuçlarının paylaşılması sırasında fiziki ve ruhsal bütünlüğünün ihlali halinde manevi tazminat talebinde bulunabilir. Kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün yanı sıra sağlığının bozulması da beden bütünlüğünün ihlali niteliği taşır ve ihlalin mutlaka bir tıbbi müdahale gerektirmesi şart değildir⁷⁴⁰. Sağlığın bozulmasından kasıt bedenin iç işleyişinin bozulmasıdır⁷⁴¹. Beden bütünlüğünün bozulmasının sağlığın ihlalinin farklı olarak hastalık boyutuna ulaşması gerekmeyip, bozulma fiziki müdahalenin yanında psikolojik etmenlerden de kaynaklanabilir⁷⁴².

Ruhsal bütünlüğün ihlal edildiği hallerde kişinin fiziksel bütünlüğüne yönelik bir ihlal olmasa da kişinin irade, zekâ, duygu ve karar alma gibi yeteneklerinde

⁷³⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 235

⁷³⁷ HELVACI, s. 162; DURAL/ÖĞÜZ, s. 160

⁷³⁸ KARAYALÇIN, s. 267

⁷³⁹ KARAYALÇIN, s. 267

⁷⁴⁰ ERLÜLE, Fulya, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 126

⁷⁴¹ ERLÜLE, s. 127

⁷⁴² ERLÜLE, s. 129

değişiklikler olur⁷⁴³. Gen analizlerinde ortaya çıkması muhtemel olan zarar daha çok ruhsal bütünlüğün ihlali olacaktır. Analiz sonuçlarının yanlış yorumlanarak kişinin belirli bir hastalığa ilişkin geni taşıdığının belirtilmesi, genetik kaynaklı olmayan bir hastalığın genetik durumdan kaynaklandığının ve gelecek neslin sağlığını etkilediği noktasında kişinin yanlış bilgilendirilmesi, bilmeme hakkını kullanmasına rağmen hastanın genetik durumu hakkında bilgilendirilmesi kişinin duygu ve karar alma yeteneklerini etkileyip bireyin sağlığını bozacak derecede olursa kişi buna dayanarak manevi tazminat talep edebilir. Gerçekten de kişinin bilmeme hakkını kullanmasına rağmen kendisine ileride belirli bir hastalığa yakalanma riski hakkında bilgi verilmesi halinde kişinin yaşam sevincinde azalma ve depresyon görülebilmektedir⁷⁴⁴. Özellikle kişinin rızasına aykırı olarak teste tabi tutulması veya bilmeme hakkını kullanmasına rağmen sonuçların kendisiyle paylaşılması halinde, söz konusu analizler kişinin ailesi hakkında bilgiler içerdiğinden kişi, bu bilgilerin başkaları tarafından da öğrenilebileceği ve bu yüzden dışlanabileceği korkusuna kapılabilir⁷⁴⁵. Kişinin genetik durumunun basın yoluyla topluma bildirilmesi halinde maddi nitelikte olmayan bir fiil söz konusudur ve söz konusu eylem yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelmemiş olsa da ruhsal sağlığa hukuka aykırı bir müdahale niteliği taşır ve kişinin manevi zararının tazmin edilmesini talep hakkı vardır⁷⁴⁶.

Gen analizi için verilen örneklerin yok edilmesi nedeniyle kişinin manevi tazminat talep edip edemeyeceği ise üzerinde durulması gereken bir diğer meseledir. Gen analizinin saç teli veya tükürük üzerinde yapılması halinde, gerek bu örneklerin bireye fiziksel bir zarar verilmeden kolaylıkla temin edilebilmesi gerek de vücuttan ayrıldıktan sonra beden ile ilişkilerini kesilmesinden dolayı kişilik hakkı ihlalinin olmadığı düşünülse de kişinin farklı sebeplerle tekrar test yapmak zorunda kalması ve biyolojik örnek vermesi, manevi açıdan yıpranmasına neden olabileceğinden manevi tazminat talebi gündeme gelebilir. Diğer taraftan örnek alınması her zaman bu kadar ağrısız olmayabilir. Özellikle rahim içi sıvısından alınan örneğin zarara uğratılması halinde işlemin tekrarlanması annenin yeniden aynı acı ile boğuşmasına, tıbbi müdahale için tekrar aynı koşulları yaşamamanın neden olacağı stres ve böyle bir işlemin çok düşük de olsa bebeğin sağlığını etkilemesi ve düşük ihtimali annenin

⁷⁴³ ERLÜLE, s. 131

⁷⁴⁴ BAŞPINAR, s. 96

⁷⁴⁵ BAŞPINAR, s. 95

⁷⁴⁶ YÜZER, s. 149

manevi açıdan yıpranmasına neden olacağından bu halde de manevi tazminatın talep edilebilmesi gerekir. Üreme hücrelerini yok edilmesi hali ise ayrı bir öneme sahiptir. Preimplantasyon testleri ve alternatif üreme teknikleri ile çocuk sahibi olmak için yumurtalık ve sperm örneği alan merkezin bu örneklerle zarar vermesi halinde potansiyel bir yaşamı sona erdirmiş olmaları bir tarafa yukarıda da değindiğimiz gibi verilen örnekler neslin devamını sağladığından kişilik hakkının bir parçasıdır ve kişiler bu örneklerin zarara uğratılması veya yok edilmesi nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiği için manevi tazminat isteyebilirler. Dahası yaş ilerlemesi veya başka bir sebeple tekrar üremeye elverişli yumurta veya sperm hücresinin verilmesi mümkün değilse bu halde daha önce verilmiş olan örneklerin yok edilmesi bireylerin temel haklarından olan üreme haklarının elinden alınmasına neden olacağından kişiler kuşkusuz manevi tazminat talebinde bulunabilirler.

Kusurun, nedensellik bağının ve saldırının manevi zarar doğuracak nitelikte olduğunu ispat yükü zarara uğradığını iddia eden davacıdadır. Ancak sözleşmeye aykırılık halinde davalı taraf, kusursuzluğunu ispat etmelidir.

3.2.2.3 Kazancın geri verilmesi davası

Mağdurun kişiliğine saldırıda bulunan şahsın bu saldırı nedeniyle elde ettiği kazanç ve çıkarların mağdura ödenmesini sağlayan bir davadır⁷⁴⁷. Davanın temeli TBK 527 ve devamında düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanmaktadır ve bu dava ile mağdurun elde etmek istemediği veya elde edemeyeceği bir kazancın kişilik haklarına saldırıda bulunan kişide kalması engellenir⁷⁴⁸. Mağdurun elde edebileceği veya elde etmek isteyebileceği bir kazanç olması halinde bu vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan bir dava ile değil, maddi tazminat davası ile istenebilir⁷⁴⁹. Kazancı geri verilmesi davasının açılabilmesi için kişisel değerlere hukuka aykırı bir saldırı gerçekleşmeli, failin bu saldırıdan mağdurun elde etmek istemeyeceği veya elde edemeyeceği bir kazanç elde etmesi ve saldırı ile bu kazanç arasında bir nedensellik bağının olması gerekir⁷⁵⁰. Şartların hepsinin bir arada olması halinde kişi bu davayı açabilecektir. Maddi ve manevi tazminat davalarından farklı olarak bu davada kusur

⁷⁴⁷ HELVACI, s. 163; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 239

⁷⁴⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s. 156

⁷⁴⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 239; DURAL/ÖĞÜZ, s. 156

⁷⁵⁰ HELVACI, s. 163

şartı aranmamaktadır⁷⁵¹. Bir siyasetçi veya sanatçı gibi tanınmış birinin gen analizi sonucunda elde edilen mahrem sayılabilecek bilgilerinin bir gazete veya dergide yayınlanması halinde bu kişi elde edilen gelirin kendisine ödenmesini isteyebilir. Yine kişilerin gen analizleri sonucunda elde edilen verilerinin bunların rızası alınmadan tıbbi araştırma şirketleri veya ilaç firmaları tarafından kullanılması halinde elde edilen maddi kazancın talep edilmesi mümkündür⁷⁵².

3.3. Davacı ve davalı

3.3.1 Davacı

Dava açılabilmesi için fiil ehliyetinin unsurlarından biri olan dava ehliyetinin tam olması gerekir. Bu bakımdan tam ehliyetli ve sınırlı ehliyetlilerin dava ehliyeti tamdır. Saldırıya uğrayan kişi ayırt etme gücüne sahip değilse dava yasal temsilcisi tarafından açılacaktır. Saldırıya uğrayan kişi sınırlı ehliyetsiz ise sınırlı ehliyetsizlerin sıkı sıkıya bağlı haklar bakımından dava ehliyetleri tam olduğundan kişilik haklarına saldırı halinde ilgili davaları bizzat açabilecektir.

Davayı gen analizine tabi tutulan kişi açabileceği gibi buradan elde edilen veriler nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişiler de açabilir. Aynı saldırıdan birden fazla kişi etkileniyorsa, saldırıya uğrayanların her biri diğerlerinden bağımsız olarak dava açma hakkına sahiptir. Devam eden bir saldırıda açılan dava ile saldırı durdurulursa diğerleri de bu durumdan yararlanır. Ancak mağdurlardan birinin açmış olduğu davayı kaybetmesi halinde diğerlerinin dava hakkı bundan etkilenmez⁷⁵³.

Açılan davanın başkasına devredilip devredilemeyeceği de çözülmesi gereken bir diğer meseledir. Maddi tazminat davaları başkasına temlik edilebilir, mirasçıya intikal edebilir. Ancak manevi tazminat talepleri TMK 25 gereğince karşı tarafça kabul edilmedikçe devredilemez. Miras yolu ile intikali ise mirasçılar tarafından ileri sürülmüş olmasına bağlıdır. Saldırı tehlikesinin önlenmesi davasında ise dava hakkı devredilmez ve miras yolu ile intikal etmez, saldırı tehlikesi mirasçıları şahsen ilgilendiriyorsa tehlikenin önlenmesini onlar da dava edebilirler⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ HELVACI, s. 163; OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 240

⁷⁵² GÜRBÜZ, s. 176

⁷⁵³ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 226

⁷⁵⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 227

3.3.2 Davalı

Kişilik haklarına yönelik saldırı, kişi ile hekim arasında yapılan sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden kaynaklanıyorsa bu durumda davanın açılabilmesi için öncelikle sözleşmenin taraflarının tespit edilmesi gerekir. Özel hastanelerde gen analizi yapılması için yapılan tıbbi teşhis ve tedavi sözleşmesinin tarafları hastane ile hastadır. Hastanın sözleşmeye aykırılık nedeniyle dava açması halinde bu davanın sözleşmenin tarafı olan hastaneye yöneltilmesi gerekecektir. Hekim, bu durumda sadece ifa yardımcısı konumundadır. Hekime bir sözleşme ilişkisi olmadığı için haksız fiil hükümlerine göre dava açılabilir. Sözleşmenin hasta ile devlet hastanesi arasında yapılması halinde ise hastanın davayı bireysel kusur ve hizmet kusuru ayrımı yapmaksızın idareye karşı açması gerekir. İdare daha sonra, sorumlu olan hekime veya diğer sağlık personellerine rücu edebilecektir⁷⁵⁵.

Gen analizinin ve bundan kaynaklanan saldırının sözleşme ilişkisine dayanmaması halinde bireyler, davayı işlemi gerçekleştiren merkeze karşı yöneltebilecekleri gibi işlemi yapan hekime karşı da yöneltebilirler. Bireyler hekimin gerçekleştirmiş olduğu haksız fiil hallerinde adam çalıştırmanın sorumluluğuna giderek bir kusursuz sorumluluk hali olarak davayı hastaneye karşı da açabilirler.

Üzerinde durulması gereken bir diğer sorun ise gen analizinin, sözleşmenin tarafı olan hastane tarafından değil de hastanenin anlaşmış olduğu başka bir merkez tarafından yerine getirilmesi halidir. Bu durumda hasta ile gen merkezi arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi yoktur ancak bu halde hastane ile gen merkezi arasında yapılan sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür. Üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmenin tarafı olmayan bir şahsa, onun yararına bir edimin kararlaştırılmasıdır⁷⁵⁶. Burada borçlu alacaklıya edimini sözleşmede kararlaştırılan üçüncü şahsa ifa edeceğini taahhüt etmektedir. Gen merkezi ile hastane arasında yapılan sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olarak nitelendirilmesi halinde, hastanenin vermiş olduğu zarar sebebiyle hastanenin sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğuna gidilirken, gen merkezinin de kusuruyla hastaya vermiş olduğu zararların tazmini için tam üçüncü kişi yararına

⁷⁵⁵ HAKERİ, Hastane Yönetimi, s. 162

⁷⁵⁶ AKYOL, Şener, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 30

yapılan sözleşme hükümlerine aykırılık nedeniyle gen merkezine dava açılması mümkündür. Bu halde gen merkezinin edimini gereği gibi ifa etmemesi üzerine hasta, TBK m.112 uyarınca zararının karşılanmasını talep edebileceği gibi haksız fiil hükümlerine de gidebilir⁷⁵⁷. Gen merkezinin sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğuna gidilmesi halinde davayı açan hastanın açık bir kanun hükmü olmadığından, gen merkezi ile hastane arasında yapılan sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunu, sözleşme taraflarının niyeti, teamül veya sözleşmenin amacına dayanarak ispatlaması gerekecektir⁷⁵⁸. Hasta, alt yüklenici olan gen merkezinin hukuka aykırı işlemlerinden dolayı hastanenin sorumluluğuna da gidebilir. Alt yüklenici, bağımsız da olsa asıl yüklenicinin ifa yardımcısıdır. Bu nedenle asıl yüklenici olan hastane, alt yüklenici olan gen merkezinin zarara sebep veren eyleminden, ancak bu eylemde kendisi bulunmuş olsaydı kusurlu sayılamayacağını ispatlamak suretiyle kurtulabilir⁷⁵⁹.

Gen analizleri nedeniyle kişilik hakkı ihlallerine hekim dışında üçüncü kişilerin sebep vermesi halinde dava bu kişilere karşı açılacaktır. Kişilerin sahip oldukları genetik rahatsızlıklar nedeniyle sigorta şirketlerine yüksek primler ödemeleri halinde veya işyerinde daha düşük bir ücretle çalışmaları veyahut iş akitlerinin hukuka aykırı olarak sona erdirilmesi halinde ayrımcılığa uğrayan kişiler bu sebeple uğradıkları zararların karşılanmasını ilgili kişilerden isteyebilirler.

3.4. Sorumsuzluk anlaşması

3.4.1 Genel olarak

Sorumsuzluk anlaşması, sözleşmeye aykırı eylem gerçekleşmeden ve zarar ortaya çıkmadan önce sözleşmenin tarafları arasında gerçekleştirilen ve alacaklı lehine tazminat istemi gibi menfaatler sağlayabilecek bazı hallerde borçlunun sorumluluğuna gidilemeyeceğini belirten hukuki işlemdir⁷⁶⁰. Bu sorumsuzluk anlaşması ana sözleşmenin bir eki olabileceği gibi daha sonra yapılacak bir ek

⁷⁵⁷ OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s. 446; BÜYÜKAY, Tıbbi Hatalar, s. 332

⁷⁵⁸ AKYOL, s. 210

⁷⁵⁹ EREN, Özel Hükümler, s. 614; YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yayınları, Güncellenmiş ve yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1013

⁷⁶⁰ BÜYÜKAY, Tıbbi, Hatalar, s. 316; ÖZAY, s. 136

sözleşme de olabilir⁷⁶¹. Sorumsuzluk anlaşması iki taraflı bir hukuki işlem olup ancak alacaklının açık veya örtülü rızası ile yapılabilir.

TBK'nın borçlunun her türlü kusurundan sorumlu olduğuna ilişkin 114. maddesi emredici nitelikte değildir. TBK m. 115 gereğince taraflar her zaman bazı hallerde borçlunun sorumluluğuna gidilemeyeceğine ilişkin sözleşme yapabilirler. Ancak bunun da bir sınırı vardır. TBK m. 115/1'e göre borçlunun kast veya ağır ihmalinden sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Ancak hemen belirtmeliyiz ki sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olması sözleşmede yer alan diğer hükümlerin geçersizliğini etkilemez, tarafların bu sorumsuzluk anlaşması yapılmasaydı, sözleşmeyi hiç yapmayacak olmaları da bu durumu değiştirmez⁷⁶².

Borçlunun sözleşmeye dayanan sorumluluğunun sorumsuzluk anlaşması ile daraltılması veya kaldırılması mümkünken, failin haksız fiilden sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmeler kamu düzenine aykırılıktan dolayı geçersiz olacaktır⁷⁶³.

3.4.2 Hekimin sorumluluğu bakımından

Hekimlerin sorumsuzluk anlaşması yapıp yapmayacaklarının tespitinde TBK m. 115 dikkate alınacaktır. TMK m. 115/1 tarafların kast veya ağır ihmallerinden sorumlu olmayacaklarına ilişkin yapmış oldukları sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz olduğunu belirttiğinden maddeden tarafların hafif ihmallerinden sorumlu olmayacaklarına ilişkin sözleşme yapabilecekleri anlaşılmaktadır. Ancak aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında hafif ihmalden sorumlu olunmayacağına ilişkin anlaşma yapılabilmesine iki istisna getirmektedir. Bunlarda ilki 115/2 de düzenlenen ve hizmet sözleşmesinden kaynaklanan her türlü sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüz olduğuna ilişkin ikinci maddedir. Bir diğer ise m. 115/3'tür. İlgili fıkraya göre *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülüyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşmalar kesin olarak*

⁷⁶¹ OĞUZMAN/Öz, s. 182

⁷⁶² NOMER, s. 313

⁷⁶³ ÖZAY, s. 136

*hükümsüzdür”*⁷⁶⁴. Hekimlik mesleğini veya gen merkezlerinin durumunu ele aldığımızda karşımıza şunlar çıkmaktadır: öncelikle hekimlik mesleği kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülen bir meslektir. Gen analizi yapabilmek için bu alanda uzman olmak gerekmektedir, gen merkezleri ise ancak yetkili makamlar tarafından gerekli koşulların sağlandığına ilişkin ruhsatın verilmesinden sonra faaliyet gösterdiklerinden TBK m. 115/3’de sayılan şartları sağlamaktadır. Bu nedenle hekim veya hastane ile yapılan gen analizine ilişkin hasta kabul sözleşmesinde hastane veya hekimin hafif ihmalden sorumlu olmayacaklarına ilişkin anlaşma da geçersizdir. Yani hekim ve hastaneler için her hangi bir şekilde sorumsuzluk anlaşması yapılması mümkün değildir. Ancak tarafların her zaman zarar doğuran eylemden sonra ibra sözleşmesi yaparak borcu ortadan kaldırmalarının mümkün olduğunu belirtelim.

Üzerinde durulması gereken bir diğer mesele ise hekimin veya gen merkezinin yardımcı kişilerin ifası bakımından sorumsuzluk anlaşması yapıp yapamayacaklarıdır. Yardımcı şahıslardan sorumluluk, TBK m. 116 gereğince kural olarak önceden yapılan bir anlaşmayla sınırlandırılabilir veya ortadan kaldırılabilir. Ancak bu hükmün de istisnaları vardır ve bunlardan biri de TBK m. 116/2’de düzenlenmiştir: *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma kesin olarak hükümsüzdür”*. Böylece yardımcı kişilerin fiilleri için kusurun derecesi bakımından bir ayırım yapılmamış, yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüz olacağı belirtilmiştir. Ancak tekrar belirtelim ki sözleşmenin sadece sorumsuzluk öngören hükümleri geçersiz olacak, kalan hükümleri geçerli olmaya devam edecektir. Böylece gen analizleri bakımından sözleşmenin tarafının gen merkezi veya hastane olması halinde hekimin gerçekleştireceği eylemler nedeniyle hastane veya merkezin sorumlu olmayacağını belirten anlaşma hükümleri, sözleşmenin bir tarafını hekimin oluşturduğu hallerde ise hekime yardımcı olan hemşire veya diğer çalışanların

⁷⁶⁴ 818 sayılı BK m. 99 sorumluluğun idare tarafından verilen bir imtiyaz ile ruhsat verilmiş bir işin yürütülmesinden doğmuş olması halinde sorumsuzluk şartının geçerli olup olmadığı konusunda hâkime takdir yetkisi vermekteydi. Ancak yeni düzenleme ile izinle yürütülen her faaliyet için değil sadece uzmanlığı gerektiren hizmet, meslek veya sanatlar için istisna getirilmiştir. Dahası hâkimin takdir yetkisi de kaldırılmış ve sorumsuzluk sözleşmesinin kesin hükümsüz olacağı açıkça ifade edilmiştir.

faaliyetlerinden dolayı sorumlu olmayacaklarına ilişkin anlaşma hükümleri geçersiz olacaktır.

3.5. Zamanaşımı

Gen analizleri sebebiyle açılacak davaların sözleşmeye, haksız fiile veya vekâletsiz iş görmeye dayanabileceğini belirtmiştik. Dava açılması için gereken süre de, davanın dayandığı hukuki sebebe göre farklılık göstermektedir.

Gen analizi için yapılan sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak kabul edilebileceğini belirtmiştik. TBK m. 147 gereğince eser sözleşmelerinde kural olarak zamanaşımı beş yıl olup, zarara uğrayan kişinin bu süre içinde dava açması gerekecektir.

Davanın haksız fiil sorumluluğuna dayanılarak açılması halinde ise davanın tabi olacağı zamanaşımı TBK m. 72’de düzenlenmiştir: *“Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”*.

Davanın vekâletsiz iş görmeye dayanması halinde ise caiz olan vekâletsiz iş görme halinde dava sözleşmeden doğan zamanaşımına tabidir⁷⁶⁵. Hekimin sözleşmesel sorumluluğundan doğan davalar beş yıllık zamanaşımına tabi olduğundan bu halde de zamanaşımı beş yıldır. Caiz olmayan vekâletsiz iş görme halinde ise gerçekleştiren eylem haksız fiil niteliğinde olduğundan haksız fiile ilişkin zamanaşımı uygulanır ve zarar görenin TBK m. 72 maddesinde öngörülen süreler içinde davayı açması gerekir⁷⁶⁶.

Zamanaşımı konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer mesele ise zamanaşımının ne zaman başlayacağıdır. Zarar veren eylemin yapılması ile zararın ortaya çıktığı vakitlerin farklı olması halinde zamanaşımının ne zaman başlayacağı büyük önem arz etmektedir. Yargıtay daha önce vermiş olduğu bir kararda zamanaşımının zararın öğrenildiği andan itibaren başlayacağını ve zararın miktarının

⁷⁶⁵ EREN, Özel Hükümler, s. 845; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 1367; ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010, s.159

⁷⁶⁶ EREN, Özel Hükümler, s. 846, YAVUZ/ACAR/ ÖZEN, s. 1369, Erdem, s.160

tam olarak öngörülememesinin buna engel olmayacağını belirtirken⁷⁶⁷ daha sonra vermiş olduğu bir başka kararda zamanaşımının başlangıç anının fiilin yapıldığı an olmadığını, zararın ortaya çıktığı an olduğunu belirtmiştir⁷⁶⁸. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 2016 yılında verdiği bir kararda zamanaşımının başlayabilmesi için fiilin öğrenilmesini değil, zarar miktarının öğrenilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁷⁶⁹

Gelişen duruma göre zararın kapsamını belirlemek mümkün değilse gelişme tamamlanıp, dava açmaya yeterli bilgiler elde edilene kadar zamanaşımı işlemmez⁷⁷⁰. Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zarar, tedavi giderleri, kazanç kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar gibi çeşitli kalemlerden oluşmaktadır. Dava açıldığı sırada bu kalemlerden bir kısmı henüz belirlenemiyorsa, davacı ister talep etmiş olsun ister talep etmemiş olsun, hâkim, kararını iki yıl içinde gözden geçirme yetkisini saklı tutmalıdır. Böylece mahkeme kararı, daha sonra tespit edilecek zararlar için yeni bir dava açılmasına engel olmayacaktır⁷⁷¹. Destekten yoksun kalma tazminatı ise ileride doğacak zararlara dayandığından, olay tarihi değil, desteğin ölüm tarihi zararın öğrenme tarihi olarak dikkate alınacaktır⁷⁷². Kanaatimizce de zararın hukuka aykırı fiilden hemen sonra ortaya çıkmadığı hallerde zamanaşımının fiilin gerçekleştiği andan itibaren başlatılması hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır. Kaldı ki çoğu zaman hukuka aykırı fiilden çok zaman sonra fiille bağlantılı başka zararların ortaya çıkması muhtemeldir. Hukuka aykırı bir müdahalede bulunan hekimin bu hareketinin neden olduğu zararların yıllar sonra

⁷⁶⁷ Yargıtay 13.HD. E.2005/5697, K. 2005/13297, T. 16.09.2015, www.turkhukuksitesi.com, Erişim Tarihi: 03.04.2016“...Davacının, 16.9.1997 Tarihinde yapılan amaliyat ile kolunun kesildiği, 26.9.1997 Tarihinde de hastaneden tedavisi biterek taburcu edildiği, rahatsızlığında gelişen ve artan bir durum olmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının, kolunun kesildiğini ve bu yüzden zarar uğradığını en geç hastaneden taburcu edildiği, 26.9.1997 Tarihinde öğrendiğinin kabulü gerekir. Zararın varlığının öğrenildiği tarihte, davacının dava açma hakkı doğar ve zamanaşımı da işlemeye başlar. Zararın varlığının öğrenilmesi zamanaşımının başlaması için yeterli olup, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmesi, zamanaşımının başlaması için bir koşul olarak aranmamaktadır.”

⁷⁶⁸ Yargıtay, 4.HD. E. 2001/8406, K. 2001/12825, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 03.04.2016,

⁷⁶⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2014/4-896, K. 2016/332, www.karamercanhukuk.com, Erişim Tarihi: 07.06.2016 “Zarar, zarar verici fiil veya olayın zarar görenin hukuki varlık ve değerleri üzerindeki olumsuz etki ve sonuçlar olarak tanımlanabilir. Zamanaşımının işlemeye başlaması için zarar verici olayın değil zararın miktarının öğrenilmesi gerekir. Zarar miktarını bilmeyen davacı rastgele bir miktar üzerinden dava açmak zorunda kalacak ya da zamanaşımı baskısıyla rastgele bir miktar üzerinden davasını ıslah etmek zorunda kalacaktır. Zararından daha yüksek bir miktar için dava açtığında ya da davayı ıslah ettiğinde reddedilen kısım üzerinden avukatlık ücreti ve yargılama gideri ödemeye maruz kalacak, zararından daha düşük bir miktar yönünden dava açtığında ya da davayı ıslah ettiğinde ise dava açmakla amaçladığı hakkına tam olarak kavuşmayacaktır. Bu nedenle zarar miktarının öğrenilmiş olması zamanaşımının işlemeye başlaması için zorunludur.”

⁷⁷⁰ OĞUZMAN/Öz, s. 73

⁷⁷¹ OĞUZMAN/Öz, s. 130

⁷⁷² SAVAŞ, Fatma Burcu, Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı, TBB Dergisi, S. 74, 2008, s: 121-148, s.134

ortaya çıkması halinde sürenin geçtiğinin hekim tarafından ileri sürölmesi ile kişilerin tazminattan mahrum kalmasını, TMK'nın dürüstlük kuralını ele alan ikinci maddesiyle bağdaştırmak mümkün değildir.



SONUÇ

Teknolojik gelişmeler ile birlikte hayatımızın birçok alanında gen analizlerine başvurulmaktadır. Tıp alanında gen analizleri sayesinde kişinin belirli bir hastalığa neden olan geni taşıyıp taşımadığı, söz konusu genin bireyin ve gelecek nesillerin sağlığını tehdit edip etmediği kısa bir süre içinde tespit edilebilmektedir. Tıp uygulamalarının yanında kişilerin genetik bilgilerinin birbirinden farklı olması nedeniyle ceza soruşturmalarında suçlunun tespitinde, hukuk davalarında ise babalığın tespitinde gen analizleri kullanılmaktadır. Yine gen analizleri ilaç endüstrisinde, sigorta ve iş sözleşmelerinde de kullanılabilir.

Gen analizleri diğer sağlık bilgilerinden farklı olarak bireyin mevcut sağlık durumunun yanında geleceği hakkında da bilgi vermektedir. Yapılan bir test ile bireyin ileride belirli bir hastalığa yakalanıp yakalanmayacağı anlaşılmaktadır. Yine genel sağlık bilgilerinden farklı olarak gen analizlerinde teste tabi tutulan kişinin yanı sıra aile çevresi hakkında da bilgiler elde edilebilmektedir. Bu durum da genetik bilgilerin korunması hususunda genel sağlık bilgilerine göre daha hassas davranılmasını, kişilerin aydınlatılmasına ve mahremiyetlerinin korunmasına özen gösterilmesini gerektirmektedir.

Kişilerin kendi geleceklerini kendilerinin belirleyebilmesi için genetik verileri hakkında söz sahibi olmaları gerekir. Gerek kişinin teste tabi tutulması sırasında gerek de test sonucunda elde edilen verilerin işlenmesinde tek söz sahibi verilerin sahibi olan birey olmalıdır. Bireyin kendi geleceğini kendisinin belirleyebilmesi adına da bireyin bilme ve bilmeme haklarına saygı duyulması gerekir.

Genetik testler sonucunda kişinin yanı sıra aile çevresi hakkında da bilgiler elde edildiğinden genetik verilerin gerçekte kime ait olduğu sorunu ortaya çıkmaktadır. Yapılan test sonucunda bireyin yanı sıra çocuklarının veya kardeşlerinin de belirli bir hastalığa sahip olup olmadıkları hakkında bilgiler elde edilmektedir. Bu durum da testi yaptıran kişinin yanı sıra aile çevresinin de başta bilme ve bilmeme hakkı olmak üzere kişilik haklarının korunmasını gündeme getirmektedir.

Genetik veriler bir kişi ile özleştirilen ve kişinin başkasının bu bilgilere ulaşmasını istemeyeceği bilgiler arasındadır. Bu nedenle genetik bilgiler kişinin vücut

bütünlüğünün yanı sıra, sır çevresi içerisindeki bilgilerdendir ve hassas kişisel veri olarak korunmalıdır.

Gen analizleri çoğunlukla kişilerin rızasına dayanarak yapılsa da teste tabi tutulacak biyolojik maddenin temininin kolay olmasından dolayı bireyden habersiz olarak da gen analizlerinin yapılması mümkündür. Kişinin rızasının alınmadan teste tabi tutulması başlı başına bir kişilik hakkı ihlali oluştursa da rızaya bağlı olarak yapılan testler ile de kişilik hakkının ihlal edilmesi mümkündür. Genetik test sonucunda elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, alınan örneğin başka testler için de kullanılması veya bilgilerin üçüncü kişiler ile paylaşılması kişilik hakkı ihlallerindendir. Bunun yanında elde edilen genetik veriler nedeniyle bireyin ayrımcılığa uğraması ve toplumdan dışlanması da ihtimal dâhilindedir. Özellikle sigorta şirketlerinin belirli bir hastalığı olan veya hastalığa yakalanma ihtimali olan kişiyi sigorta ettirmemeleri veya yüksek primler istemeleri, işverenlerin genetik verilerden dolayı işe almamaları veya işten çıkarmaları genetik ayrımcılığın sıkça karşılaşılan örnekleridir.

Kişinin izni alınmadan genetik teste tabi tutulması veya verilerin işlenmesi, üçüncü kişiler ile paylaşılması, bireyin veya yakınlarının bilme ve bilmeme haklarının ihlal edilmesi, kişinin genetik veriler nedeniyle sigorta şirketleri veya işverenler tarafından ayrımcılığa uğraması halinde birey, kişilik haklarının ihlal edilmesinden dolayı, medeni kanunda belirtilen saldırının önlenmesi, tespiti veya durdurulması davalarıyla birlikte meydana gelen zararların karşılanması amacıyla maddi ve manevi tazminat davası veya kazancın iadesi davası açma hakkına sahiptir.

Bugün birçok ülkede bireylerin genetik bilgilerinin korunması ve bireyin ayrımcılığa uğramasını engellemek amacıyla gen kanunları hazırlanmıştır. Söz konusu ulusal düzenlemelerin yanında uluslar arası alanda da genetik verilerin korunması amacıyla birçok düzenleme yapılmıştır. Türkiye bu uluslar arası anlaşmaların bir kısmını imzalamış ve iç hukukta yürürlüğe koymuş olsa da henüz bir gen kanunumuz bulunmamaktadır. Dahası kişisel verilerin korunması kanunu da henüz kabul edilmiş değildir. Bu nedenlerle genetik veriler genel sağlık bilgileri gibi hekimin özen yükümlülüğü ve sır saklama yükümlülüğü kapsamında korunmakta olup, en kısa zamanda bir gen kanununun yapılıp, bireyin tam ve etkin bir şekilde korunması sağlanmalıdır.

KAYNAKLAR

- ACMG Policy Statement**, *Direct to Consumer Genetic Testing*, January/february 2004, Vol 6, No 1,
- ACMG Policy Statement**, *Technical Report: Ethical and Policy Issues in Genetic Testing and Screening of Children*, Genetic in Medicine, Volume 15, Number 3, March 2013, s: 234-245,
- Akıntürk**, Turgut, **Ateş**, Derya, *Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku*, 18.Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2016
- Akıpek**, Jale G., **Akıntürk**, Turgut, **Ateş**, Derya, *Türk Medeni Hukuku- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, Beta yayınları, Yenilenmiş 12. Baskı, İstanbul 2015
- Akman**, Betül, **Tuncer**, Taner, *Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi*, ODTÜ Yayıncılık, Ankara 2009
- Aksoy**, Can Hüseyin, *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008,
- Akyol**, Şener, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, İstanbul Üniversitesi Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976,
- Andorno R.**, Law, *Ethics and Medicine The Right Not to Know: An Autonomy Based Approach*, J Med Ethics 2004;30, s:435-440,
- Antalya**, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, İkinci Baskı, İstanbul 2013
- Aras**, Ümit Yaşar, *İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslar arası Alanda Uygulanmaları*, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi,
- Arslan**, Kahan Onur, *İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması*, TBB Dergisi, 2015 (120), s: 155-172, s. 156 vd.
- ASGH Position Statement**, *Points to Consider. Ethical, Legal and Psychosocial Imolications of Genetic Testing in Children and Adolescents*, The American Journal of Human Genetics 97, 2 July 2015, s: 6-21, s. 14
- Ayan**, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991,
- Aydın**, Erdem, *Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu*, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2003; 46, s. 148-152
- Aydın**, Öztürk, *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Legal Yayıncılık, 2014,
- Ayiter**, Nuşin, *Şahsiyet Hakları Açısından Organ Nakli*, AÜHFD, 1968, Cilt 25, Sa. 1-2, s: 137-144

- Başalp**, Nilgün, *Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004,
- Başaran**, Nurettin, *Tıbbi Genetik*, Güneş Nobel Tıp Kitapevi, İstanbul 1999,
- Başpınar**, Veysel, *Gen Analizlerinde Kişilik Haklarının Korunması*, MÜHFD, C.1, S.1(2012), s: 79-107,
- Bilgen**, Hülya, *Karşılaştırmalı Hukukta Genetik Teşhislerle İlişkin Hukuki Düzenlemeler*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı
- Bilgen**, Hülya, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı Kapsamında Tıbbi Karar Alma Sürecine Katılımı*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 6, Aralık 2013, s: 109-133
- Boland**, Garyl L, *The Doctrine of Lack of Consent and Lack of Informed Consent in Medical Procedure in Louisiana*, Louisiana Law Review, September 1984, (digitalcommons.law.Isu.edu), erişim tarihi: 17.03.2016
- Boran**, Bedia, *Aydınlatılmış Rıza*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3Kasım 2007 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009,
- Bortolotti**, Lisa, *The Relative Importance of Undesirable Truths*, Med Health Care and Philos(2013) 16, s:683-690,
- Bozat**, Ramazan, *Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seçkin Yayınları, Cilt: 2, Sayı: 2, Haziran 2014
- Brice**, Philippa, **Simon**, Sanderson, *Uses for Genetics in Pharmacy*, The Pharmaceutical Journal, Vol. 277, 22 July 2006, s: 109-112
- Büchler**, Andrea, “Art, 27-30”, *ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Orell Füssli, Verlag, 2006,
- Büken**, Nüket Örnek, **Kutlay**, Nüket Yürür, *Etikolegal Açısından Genetik Araştırmalar*, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi, 2009, Sa:22
- Büyükay**, Yusuf, *Biyolojik Veri Bankaları*, HPD, Mayıs 2006, s: 178-185
- Büyükay**, Yusuf, *İnsan Dışındaki Alanlarda Gen Teknik Hakkında İsviçre Kanunu (Çeviri)*, e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), Kasım 2012, Sa.129
- Büyükay**, Yusuf, *Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler*, AÜEHFD, C.IX., S.3-4, 2005
- Büyükay**, Yusuf, *İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmin Edilmesi Sorunu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006,
- Büyükay**, Yusuf, *Tıbbi Hatalar Nedeniyle Ortaya Çıkan Tazminatın Müdahaleyi Gerçekleştiren Sağlık Ekibi Arasında Paylaştırılması*, Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011
- Büyükay**, Yusuf, *İnsanlarda Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun (Çeviri)*, e-akademi (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi) Kasım 2012, Sa.129
- Büyüksağış**, Erdem, *Yaşama Şansının Yitirilmesi Sonucu Uğranılan Kayıplar Açısından Hekimin Tazminat Sorumluluğunun Kapsamı-Uygun İlliyyet Bağlı Teorisine Değişik Bir Yaklaşım*, AÜHFD, 2005, C. 54, Sa. 4, s.119-148

Büyüksağış, Erdem, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007

Christenson, Shaun, *The Ethical Consideration of Genetic Screening*, 1998, (<https://www.ndsu.edu/pubweb/~mcclean/plsc431/students98/christenson.htm>), Erişim Tarihi: 15.03.2016

Çakmut, Özlem Yenerer, *Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam*, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu,

Çakmut, Özlem Yenerer, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, Beta Yayınları, İstanbul 2008,

Çırakoğlu, Beyazıt, *Genom Ne Söylüyor*, Bilim ve Teknik Dergisi, Mart 2001 Sayısı Ücretsiz Eki

Çoban, Aykut, *Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları*, TBB Dergisi, S. 86, 2009, s:204-248

Çobanoğlu, Nesrin, *Genetik Teşhislerde Etik Sorunlar*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Tıp Hukuku Özel Sayısı

Çobanoğlu, Nesrin, *Tıp Etiği*, İlke Yayınevi, Eylül 2007

Çobanoğlu, Nesrin, *Tıp Etiği Açısından Tıbbi Bilgilerin Mahremiyeti*, III.Sağlık Hukuku Kurultayı, 7-8 Mayıs 2010 Ankara, Ankara Barosu Yayınları,

Daştan, Kadir, **Kolusayın**, Özlem M., **Demircan**, Yusuf Tunç, **Şahin**, M.Fevzi, **Yükseloğlu**, E.Hülya, *Türkiyede Biyobankaların Standardizasyonu ve Etik Açısından Değerlendirilmesi*, (adlibilimer.ankara.edu.tr), Erişim Tarihi: 03.04.2016

Demir, Aysel, *Etik Açısından İnsan Genom Projesi*, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl:12, Sa.23 Bahar 2013

Demir, Mehmet, *Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları 2009

Deutsch, Erwin, **Spickhoff**, Andreas, *Medizinrecht-Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukrecht und Transfusionsrecht*, 7. Auflage, Springer

Doğan, Cahid, *Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması*, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Girne-Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, 2-3 Mart Girne, Ankara 2010

Doğan, Cahid, *Gen Analizleri ve Şahsiyet Haklarının Korunması*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı, C.2, Sa.4, Legal Yayınları, 2013

Doğan, Murat, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin Barosu

Doğan, Murat, *İnternette Şahsiyet Hakkının İhlali ve Korunması*, Ankara Barosu Dergisi, 2005-2, s. 30-36

Doğan, Murat, *Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası*, AÜHFD, C.V, S.1-4, 2001

Dural, Mustafa, **Öğüz**, Tufan, *Türk Özel Hukuku Cilt 2-Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 16.Baskı, İstanbul 2015

Dural, Mustafa, **Öğüz**, Tufan, **Gümüş**, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III-Aile Hukuku*, Filiz Kitapevi, İstanbul 2016,

Dülger, Murat Volkan, *Sağlık Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Hasta Mahremiyeti*, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(2), 2015

Erdem, Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 2.Baskı, Ankara 2015

Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Yetkin Yayınları, 19.Baskı, Ankara 2015

Erez, Ayalet, **Plunkett**, Katie, **Suton V. Reid**, **Mcquire Amy L.**, *The Right to Ignore Genetic Risk in the Genomic Era-Prenatal Testing for Huntington Disease as a Paradigm*, Am J Med Genet A. 2010 July

Erlüle, Fulya, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 126

Erman, Hasan, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Bülent Davran'a Armağan, Beta Yayınları, İstanbul 1998, s:143-154

Erol, Yasemin, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012

Erten, Rıfat, **Acır**, Birsan, **Taşveren**, Sema, *Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi*, AÜHFD, 1996, Cilt 45, Sa. 1-4, s: 573-588

Öztürk, Fatih, *Genetic Regulations in the USA*, MÜHFD, C.1, S.1, 2002, s: 193-199,

Fulda, K. G., **Lykens**, K., *Ethical Issues in Prediktive Genetic Testing: A Public Health Perspective*, J Med Ethics 2006;32

Genç, Zehra, **Demirhan Erdemir**, Ayşegül, *Genetik Sorunlar ve Tıbbi Etik*, Nobel Tıp Kitapevi, 1997, s.3

GeneWatch UK, *Genetic Discrimination by Insurers and employers: Still Looming on the horizon*, February 2006

GeneWatch UK, *Genetic Testing in the Workplace: Creating a Genetic Underclass?*, Briefing Number 24, November 2003

Gostin, Lawrence O., *Genetic Discrimination: The Use of Genetically Based Diagnostic and Prognostic Tests by Employers and Insurers*, American Journal of Law and Medicine, Vol. XVII, No: 1-2, 1991, s:109-144, s. 112

Gül, Cengiz, *Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı*, MÜHFD, C.1, S. 1, 2012

Günel, İlhan, *Tıbbi Müdahale Sözleşmesine Uygulanacak Hükümler*, TAAD, Cilt 1, S. 5, 20 Nisan 2011, s: 585-644

Günlemez, Ayla, **Deda**, Gülhis, *Nörolojide Moleküler Genetik*, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Mecmuası, C.52, Sa.2, 1999

Gürbüz, **Meral**, *Bir kişilik Hakkı Olarak Kişinin Genetik Bilgileri Üzerinde Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Seçkin Yayınları, 2011/1-2

Gürbüz, Meral, *Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler*, Eskişehir Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Eylül 2010

Hafızoğlu, Zeki, *İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması*, TRT Kurumunda 9 Mart, 8 Mayıs Tarihleri Arasında Düzenlenen Meslekçi Eğitim Toplantılarında Yapılan Konuşma, TRT Kurumu Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi, 1999,

Harris, John, **Keyword**, Kirsty, *Ignorance, Information and Autonomy*, Theoretical Medicine 22, 2001, s:415-436

Hatemi, Hüseyin, **Kalkan Oğuztürk**, Burcu, *Kişiler Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, Legal Yayınları, 6.Bası, İstanbul 2016

Helvacı, Serap, *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 2001

Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayınları 5.baskı 2012,

Hakeri, Hakan, *Hastane Yönetiminin Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009

Henkoğlu, Türkay, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, Yetkin Yayınları,

İmre, Zahit, *Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, Özellikle İsim hakkı ve İsim Hakkının Korunması*, A. Recai Seçkin Armağanı, 1974

Kansu, Emin, *Kök Hücreleri ve Klonlama, Avrasya Dosyası*, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C.8, S.3

Karasu, Sinem, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009,

Karayalçın, Yaşar, *Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması*, AÜHFD, Cilt 19, Sa. 1-4, 1962, s: 251-275

Karol, Sevinç, **Suludere**, Zekiye, **Ayvalı**, Cevat, *Biyoloji Terimleri Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, 5.Baskı, Ankara 2010,

Kaşıkcı, Osman, *Gen-Etik ve Hukuk*, Melikşah Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2012

Katoğlu, Tuğrul, *Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*, AÜHFD, C.55, S.1, 2006, s: 157-193,

Kaya, Cemil, *Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi*, İÜHFM, C. LXIX, S.1 -2, 2011

Kaya, Mine, *Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması*, Ankara Barosu Dergisi, Yıl:68, Sayı:2010/4

Kazancı, Bedriye Eker, *Kişilerin İzinsiz Görüntülerinin Alınmasının TCK m. 134 Çerçevesinde Korunması*, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 1, 2007, s: 131-164

Kılıçarsalan, Seda Kara, *Kişilik Hakkına Saldırıda Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar*, XII Levha Yayınları

Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, 19. Bası, Ankara 2015

Kılıçoğlu, Ahmet M, *Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk*, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2008

Kılınç, Doğan, *Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması*, AÜFHD, 61:3, 2012, S. 1089-1169, s. 1093

Kielstein, R, **Hans-Martin** S., *Genetics in Kidney Disease: How Much Do we Want to Know*, Nephrology Ethics Forum, 2002

Konuk, Zehra, *Biyetik ve Hukuk Yönünden Gen Bilimi*, İstanbul Barosu Yayınları Sağlık Hukuku Makaleleri, Temmuz 2012

Mameli, M., *Reproductive Cloning, Genetic Engineering and th Autonomy of the Child: The Moral Agent and the Open Future*, Journal of Medical Ethics2007, 33(2), s: 87-93, s.91

Mandal, Jharna, **Acharya**, Srinivas, **Parjia**, Subbash Chandra, *Ethics in Human Research*, Trop Parasitol 2011, Jan-Jun 1,

Memiş, Tekin, *Biyobankaların Hukuki Esasları*, Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Cilt 2, s:1949-1966

Memiş, Tekin, **Yıldırım**, Mustafa Fadıl, *Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar*, AÜEHFD, C.VIII, S.1-2, 2004

Memiş, Tekin, *Sigorta Sözleşmelerinde Genom Analizlerinin Kullanılması ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, Resüror 2002Ma

Miller, Paul Steven, **Gostin**, Lawrence O., *Is There a Pink Slip in My Genes? Genetic Discrimination in the Workplace*, Journal of Health Care Law and Policy, Vol. 3, s: 225-265, s. 232

Nebil, Füsun Sarp, *21. Yüzyılın Yükselen Değeri Kişisel Veriler*, Güncel Hukuk Dergisi, Nisan 2016,

Nicholl, Desmond S. T., *An Introduction to Genetic Engineering*, Cambridge University Press, Third Edition, s. 3

Nomer, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Beta Yayınları, 14.Bası, İstanbul 2015

Oğuzman, M.Kemal, **Seliçi**, Özer, **Oktay-Özdemir**, Saibe, *Kişiler Hukuku*, Filiz Kitabevi, 15. Baskı, İstanbul 2015S

Oğuzman, Kemal, **Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1, 12. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

Oğuzman, Kemal, **Öz**, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.2, 11. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014

Oğuzman, M.Kemal, **Selici**, Özer, **Oktay-Özdemir**, Saibe, *Eşya Hukuku*, 18. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015

Oğuztürk, Burcu Kalkan, *Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011

Ozanoğlu, Hasan Seçkin, *Hekimin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü*, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, Sa.3, 2003

Özay, Merter, *Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara 2006

Özaydın, Zuhâl, *Tıp Etiği Dersi 2012*, Tıp Etiği-Tıp Deontolojisi

Özbaş Gerçekler, Filiz, **Oğuzkan Balcı**, Sibel, **Pehlivan**, Sacide, *Biyobankalar ve Biyobankalamada Etik Konular*, Gaziantep Tıp Dergisi, 2008

Özbek, V. Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi*, Prof. Dr. Turhan Tüfan Yüce'ye Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001,

Özbilen, Arif Barış, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2011

Özel, Çağlar, **Gönül**, Günhan, *Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması*, V.Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-2 Kasım 2013 Ankara

Özer, Ayşe, *DNA-Gen-Protein*, *Yeni Ufuklara Genetik*, Bilim ve Teknik Dergisi, Nisan 2002 Eki

Özgüç, Meral, **Yüzbaşıoğlu**, Ayşe, *Biyobankalar ve Etik*, İstanbul Kültür Üniversitesi Dergisi, 2009 Sa.22

Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku Hakiki Şahıslar*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1997

Öztürk, Mehmet, *İnsan Genom Projesi ve Eczacılık Alanına Etkisi*, Ankara Eczacı Odası tarafından 2001 yılında yayınlanan meslek için eğitim semineri

Peliaz, MZ (1999a), *Genetic Testing : Who Decides, Who Informs?*, Child Leg Rights, J 19, s:41-44

Poland, Susan Cartier, *Landmark Legal Cases in Bioethics*, National Reference Center for Bioethics Literature

Rosenau, Henning, *Alman Genetik Teşhisler Kanunu*, Çeviren **Yerdelen**, Erdal, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Tıp Hukuku Dergisi Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı, C.2. Sa.4,2013

Savaş, Fatma Burcu, *Haksız Fiil Tazminatının Tabi Olduğu Zamanaşımı*, TBB Dergisi, Sayı 74, 2008

Savaş, Halide, *Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi (Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 8.7.2015 Tarihli Kararı Çerçevesinde)*, İstanbul Barosu Dergisi, C.81, S.3, 2007

Savaş, Halide, *Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu*, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009

Serozan, Rona, *Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler*, MHAD, 1977, S: 14

Sevimli, Ahmet, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yayınları, İstanbul 2006, s 187-189

Siebert, W., *Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler*, Çeviren: Bilge Öztan, AÜHFD, C.26, S. 1-2, 1969, s: 218-230

Simonus, A., *Sahsiyet Hakları*, (Çev: Fikret Arık), Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, Ankara 1955

Soim, Sirpa, *Genetic Testing Legislation in Western Europe – A Fluctation Regulatory Target*, J Community Genet 3, 2012

Sonat, Ali, *Soybağının Tespiti Amacıyla İsteğe Bağlı Olarak Yapılan Gen İncelemeleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.3

Şen, Murat, *Gen Analizlerinin İş Hukuku Alanında Kullanımı*, MÜHFD., C.1,S.1, 2002

Şenocak, Zarife, *Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası*, AÜHFD, C.5, Sa:4, 2001

Şenocak, Zarife, *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:529, Ankara 1998

Şimşek, Oğuz, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, Beta Yayınları, İstanbul 2008,

Tandoğan, Haluk, *Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Basın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması*, AHFD., 1963, C.XX, S.1-4

Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010

Tassicker R, Savulescu J, Skene L, Marshall P, Fitzgerald L., Delatycki Mb., *Prenatal Diagnosis Request for Huntingtong's Disease When the Father is at Risk and Does Not Want to Know His Genetic Status. Clinical, Legal and Ethical Viewpoints*, BMJ, Clinical Research Education, 2003; 326, s: 331-333

Taşkın, Alim, *Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması*, AÜHFD, 1991-1992, Cilt 42, s.201-243

Tazebay, Uygur H., *Genetik Araştırmalar ve Etik*, Avrasya Dosyası, Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C.8, S. 3

Tekşen, Fulya, *Tıbbi Biyoloji ve Genetik Ders Kitabı*, Ankara Üniversitesi Sağlık Eğitim Fakültesi Yayınları, NO: 4,Ankara 2006,

Tolun, Aslı,*Kalıtsal Genetik Hastalıklar*, Yeni Ufuklara- Genetik, Bilim ve Teknik, Nisan 2002 Eki

Tuğ, Ayşim, **Hancı**, Hamit, **Balseven**, Aysun, *İnsan Genom Projesi: Umut mu, Kâbus mu*, Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi, Şubat 2002, C.11, Sa: 2

Tüfek, Ömer Faruk, *Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlâli ve Bu İhlâlâ Karşı Özel Hukuk Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2007

Tüzüner, Özlem, *Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 62 (4) 2013

Uluoğlu, Canan, *Araştırma Etiği*, Sağlık Bilimlerinde Süreli Yayıncılık, 2009,

Uluşahin, Aylin, **Kara Özer**, Susan, **Akarsu**, Nurten, **Aydın**, Erdem, *Psikiyatrik Genetik Araştırmalarda Bilgilendirilmiş Olur*, Türk Psikiyatri Dergisi, 2001, 12(1), s: 53-59, s. 55

Uncular, Selen, *İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması*, Seçkin Yayınları

Ünver, Yener, *Genetik Teşhisler Yönelik Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Ceza Hukuku Sorumluluğu*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi Genetik Teşhisler ve Hukukui Sorunlar Özel Sayısı, C.2, S.4 2013

Vasichak, Laurie A., *Genetic Discrimination in the Workplace: Lessons from the Past and Concerns for the Future*, Saint Louis University Journal of Health Law and Policy, Vol 3, 13, 2009, s. 15

Vmandal, Jharna, **Acharya**, Srinivas, **Parjia**, Subbash Chandra, *Ethics in Human Research*, Trop Parasitol 2011, Jan-Jun 1,

Wahlin, Robins, *To Know or not to Know: A Review of Behaviour and Suicidal Ideation in Preclinical Huntington's Disease*, Patient Education and Counseling, 007, 65(49, s:279-287

Wollenschlager, Ferdinand, *Genetik Teşhisler ve Üçümcü Kişiler ile ilgili Teşhis Öncesi Genetiği Bilme ve Bilmeme Hakkı*, Çeviren, Melike Şentürk, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Tıp Hukuku Dergisi, Genetik Teşhisler ve Hukuki Sorunlar Özel Sayısı, C.2, Sa.4, 2003

Wong, Josephine G., **Lieh-Mak**, Felice, *Genetic Discrimination and Mental Illness: A Case Report*, Journal of Medical Ethics, 2001, 27,

Yağmur, Fatih, *Gen ve Hukuk*, MÜHFD, C.1, S.1, 2012

Yavuz, Cevdet, **Acar**, Faruk, **Özen**, Burak, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Beta Yayınları, Güncellenmiş ve yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014

Yavuz İpekyüz, Filiz, *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, Ocak 2006

Yıldırım, Ahmet, **Karadağ**, Yaşar, **Kandemir**, Nejdett, **Sakin**, Mehmet Ali, *Genetik*, Nobel Yayın Dağıtım, Şubat 2008

Yıldırım, Mustafa Fadıl, *Gen Teknik Uygulamalarından Doğan Hukuki Sorumluluk*, Engin Yayınevi, Ankara 2008

Yıldırım, Mustafa Fadıl, *Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması*, EÜHFD, C.IX, S.3-4, 2007

Yılmaz, Battal, *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Adalet Yayınları, Ankara 2007

Yılmaz Işık, Ş. Berfin, *Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü*, TBB dergisi 2012(98)

Yuluğ, Işık, *İnsan Genom Projesi*, Avrasya Dosyası Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel, Sonbahar 2002, C.8, S. 3

Yüzer, Dilara, *1982 Anayasası'nda Basın Özgürlüğü Karşısında Kişilik Hakkı ve Korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013,

Zevkliler, Aydın, *Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları*, 1982-1983 Öğretim Yılı Açılış Dersi Metni

Zeytin, Zafer, **Ergün**, Ömer, *Türk Medeni Hukuku*, Seçkin Yayınları, İkinci Baskı, Ankara 2013

Zülal, Aydın, *Kalıtım Şifresinin Peşinde 136 yıl*, Bilim ve Teknik Dergisi, İnsan Genomu Mart 2001 Sayısı Ücretsiz Eki

Yargıtay Kararları Dergisi, 1976, S.7, 1979, S.6, 1980, S.11, 1992, S.8, 2000, S.4

İNTERNET KAYNAKLARI

Akpınar, Aslihan, **Ersoy**, Nermin, *Attitudes of Physicians and Patients towards Disclosure of Genetic Information to Suppose and First-Degree Relatives: A Case Study from Turkey*, <http://bmcomedethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/1472-6939-15-39>, Erişim Tarihi:03.04.2016

Arda, Berna, *Tıbbi Etik: Temel Kavramlar ve Meslek Sorunlarımız*, http://file.toraks.org.tr/TORAKSFD23NJKL4NJ4H3BG3JH/kisokulu3-ppt-pdf/Berna_Arda.pdf, Erişim Tarihi: 03.04.2016

Berg, Alfred O, *Clinical Use of Genomic Information, Implication of Genomics for Public Health, Workshop Summary*, Committee on Genomics and the Public's Health in the 21st Century, 2005, s.19, www.nap.edu/catalog/11260, Erişim Tarihi: 23.03.2016

Bodil Lindqvist v. Jönköping Davası, (2003), *Files. IPPT20031106*, www.ippt.edu, ECJ, Erişim Tarihi: 22.05.2016

Centre for Genetics Education, *An Introduction to DNA, Genes and Chromosomes*, Fact Sheet 1, s. 3, <http://www.genetics.edu.au/Publications-and-Resources/Genetics-Fact-Sheets/FactSheetDNAGenesChromosomes>, Erişim Tarihi: 07.04.2016

Centre for Genetic Education, *Some Ethical Issues in Human Genetics and Genomics*, Fact Sheet 23, s.2, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

Centre for Genetic Education, *Prenatal Testing Overview*, , Fact Sheet 24, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

Centre for Genetic Education, *Diagnostic Test During Pregnancy*, Fact Sheet 26, s.1-2, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

Centre for Genetic Education, *Screening Test During Pregnancy*, Fact Sheet 25, s. 1-2, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

Centre for Genetic Education, *Non-Invasive Prenatal Testing (NIPT)*, Fact Sheet 27, s.1-2, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

Centre for Genetic Education, *Preimplantation Genetic Diagnosis (PGD)*, Fact Sheet 29, s.1-2, <http://www.genetics.edu.au>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

Committee on Mapping and Sequencing the Human Genome, *Mapping and Sequencing the Human Genome*, National Research Council, s. 26, www.nao.edu/catalog.php, Erişim Tarihi: 18.03.2016

Dhai, Ames, *The Research Ethics Evolution: From Nuremberg to Helsinki*, SAMJ, March 2014 , Vol 104,No: 3, <http://www.samj.org.za>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

Ersoy, Nermin, **Aydın**, Erdem, *Tıbbi Etikte Yararlılık İlkesi*, <http://tip.kocaeli.edu.tr/>, Erişim Tarihi: 03.04.2016

Freeman, W. H., *An Introduction to Genetic Analysis*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK21851/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

Genewatch Uk, *The Police National DNA Database: Balancing Crime Detection, Human ights and Privacy*,January 2005, <http://www.genewatch.org>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

GeneWatch UK, *Box K- Cases of Genetic Discrimination*, <http://www.genewatch.org/uploads/f03c6d66a9b354535738483c1c3d49e4/GeneticTesting.pdf>, s.37, Erişim Tarihi: 14.05.2016

Gilbar, Roy, *Communicating Genetic Information in the Family: The Familial Relationship as the Forgotten Factor*, www.jmedethics.com, Erişim Tarihi: 03.04.2016

Göker, Erdem, *Farmokogenomik*, http://kanser.org/saglik/upload/21_05_13/3.kongre/Farmakogenomik%23Erdem_G%C3%B6ker.pdf, Erişim Tarihi: 16.03.2016

Hirbyand, J., *History of DNA Testing in Criminal Cases*, <http://thelawdictionary.org>, Erişim Tarihi: 31.03.2016,

Kolata, Gina, *Advent of Testing for Breast Cancer Genes Leads to Fears of Disclosure and Discrimination*, N.Y. Times, February 4, 1997, <http://www.nytimes.com/1997/02/04/science/advent-testing-for-breast-cancer-genes-leads-fears-disclosure-discrimination.html?pagewanted=all>, Erişim Tarihi: 13.05.2016

Lister Hill National Center for Biomedical Communications, U.S. National Library of Medicine, National Institutes of Health, Department of Health & Human Services, *Mutations and Health*, <https://ghr.nlm.nih.gov/handbook/mutationsanddisorders.pdf>, Erişim Tarihi: 03.04.2016

Morris, Michael, *Report on the Workshop Legal Regulation for Genetic Testing*, ESHG- Conference, Gothenburg, June 14th 2014, <https://www.eshg.org/>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

National Institutes of Health, Fact Sheet- *The Genetic Information Nondiscrimination Act*, October 2010, <https://report.nih.gov>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

Office of Technology Assessment, *The Rule of Genetic Testing in the Prevention of Occupational Disease*, April 1983, <http://fas.org/ota/reports/8317.pdf>, s. 9, Erişim Tarihi: 07.05.2016

Özgüç, Meral, *Biyobankalar, Hacettepe Üniversitesi Biyolojik Kaynak Bankası ve Genobilim Uygulama ve Araştırma Merkezi*, <http://www.hubam.hacettepe.edu.tr>

Paçacı, İbrahim, *Klonlama ve Kök Hücre Çalışmalarının İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi*, www.ibrahimpacaci.com, Erişim Tarihi: 02.04.2016

Park, Alice, *U.K Approves First Studies of New Gene Editing Technique CRISPR o Human Embryos*, <http://time.com/4200695/crispr-new-gene-editing-on-human-embryos-approved/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

Rare Chromosome Disorder Support Group, *Fluorescence in Situ Hybridisation (FISH)*, <http://www.rarechromo.org/information/Other/FISH%20FTNW.pdf>, Erişim Tarihi: 19.03.2016

Rumbf, Christian, **Schüller**, Gökçe Uzar, *Federal Alman Cumhuriyeti Anayasa Çevirisi* <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf>, Erişim Tarihi: 19.05.2016

Sabatani, Riccardo, *How to Read the Genome and Build a Human Being*, Tedtalk February 2016, https://www.ted.com/talks/riccardo_sabatini_how_to_read_the_genome_and_build_a_human_being/transcript?language=en#t-506001, Erişim Tarihi: 02.05.2016

Stewart, Jaylene, **Tran**, Diemm Thy, *The Ethics of Genetic Screening*, (www.ethicapublishing.com) Erişim Tarihi: 29.02.2016

The Privacy Commissioner of Canada, *Genetic Testing and Privacy*, Minister of Suplay and Services Canada 1995, https://www.priv.gc.ca/information/research-recherche/archives/02_05_11_e.pdf, Erişim Tarihi: 03.04.2016

Tekin, Nurullah, *Kişisel Verilerin Korunması ile İlgili Türkiye'deki Kanun Tasarısının Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Işığında Değerlendirilmesi*, <http://www.uyusmazlik.gov.tr/yayinlar/pdfmakdergi4/nurullahtekin.pdf>, Erişim Tarihi: 13.04.2016

Tönnies, Holger, , *Report on the Workshop Legal Regulation for Genetic Testing*, ESHG-Conference, Gothenburg, June 14th 2014, <https://www.eshg.org/>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

UNESCO Türkiye Milli Komisyon Raporu, *Genetik Testler ve Etik*, http://www.UNESCO.org.tr/dokumanlar/biyotetik_komitesi, Erişim Tarihi: 17.03.2016

UNESCO Türkiye Milli Komisyonu, *Biyobanka Yönetimi*, http://www.UNESCO.org.tr/dokumanlar/biyotetik_komitesi/biyobanka_rapor.pdf, Erişim Tarihi: 23.03.2016

UNESCO Türkiye Milli Komisyonu Biyotetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, *Klonlama ve Etik*, <http://docplayer.biz.tr/1482577-Klonlama-ve-biyotetik-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu-biyotetik-ih-tisas-komitesi-klonlama-calisma-alt-grubu-UNESCO-turkiye-milli-komisyonu.html>, Erişim Tarihi: 24.03.2016

US Regulation of Genetically Modified Crops, <http://fas.org/biosecurity/education/dualuse-agriculture/2.-agricultural-biotechnology/us-regulation-of-genetically-engineered-crops.html>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

Vybrial, Dietmar, *Report on the Workshop Legal Regulation for Genetic Testing*, ESHG- Conference, Gothenburg, June 14th 2014, <https://www.eshg.org/>, Erişim Tarihi: 02.04.2016

WHO, *Proposed International Guidelines on Ethical Issues in Medical Genetics and Genetic Services*, 1998, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/63910/1/WHO_HGN_GL_ETH_98.1.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

World Medical Association Declaration of Helsinki, <http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/>, Erişim Tarihi: 3.1.2016

<http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/basics/dna>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

<http://medical-dictionary.thefreedictionary.com>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

<http://www.genome.gov/25520880>, Erişim Tarihi: 16.03.2016;

<http://publications.nigms.nih.gov/thenewgenetics/chapter1.html#c1>, Erişim Tarihi: 06.04.2016

<http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/hgp/description>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

<http://ghr.nlm.nih.gov/handbook/testing/genetic-testing>, Erişim Tarihi: 08.11.2015

<http://www.genome.gov/19516567/FAQ-About-Genetic-Testing/FAQ-About-Genetic-Testing>, Erişim Tarihi: 08.11.2015

<http://patient.info/health/genetic-testing>, Erişim Tarihi: 31.03.2016

<http://ghr.nlm.nih.gov/primer/testing/uses>, Erişim Tarihi: 15.03.2016

<http://www.medic8.com/genetic-testing/index.htm>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

<http://www.genome.gov/19516567/>, Erişim Tarihi: 16.03.2016

<http://www.encyclopedia.com> , Erişim Tarihi: 17.11.2015

<http://www.erzincanhsm.gov.tr/haber/detay/29/1-haziran-ulusal-fenilketonri-gn>, Erişim Tarihi: 16.11.2015

http://www.nchpeg.org/bssr/index.php?option=com_k2&view=item&id=82:methods&Itemid=11, Erişim Tarihi: 13.3.2016

<http://www.hayatisaglik.com/laboratuvar/karyotip-analizi-nedir.html>, Erişim Tarihi: 19.03.2016

<http://www.breastcancer.org/symptoms/testing/types/fish>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

<http://www.webmd.com/cancer/fish-cancer-test>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

http://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/1410/mod_resource/content/3/2.hafta.pdf, Erişim Tarihi: 18.03.2016

<http://www.meb.gov.tr/duyurular/duyurular2009/etik/>, Erişim Tarihi: 18.03.2016

http://www.isogg.org/wiki/Regulation_of_genetic_tests, Erişim Tarihi: 04.01.2016

<http://ec.europa.eu/justice/data-protection/>, Erişim Tarihi: 24.05.2016

<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1796756/>, Erişim Tarihi: 17.03.2016

http://www.genetiktani.com/genetik_danismanlik.htm, Erişim Tarihi: 18.03.2016

<http://www.geneticalliance.org.uk/docs/translations/turkish/9-22q11-t-turkish.pdf>, Erişim Tarihi: 31.05.2016

<http://www.diken.com.tr/anonymous-turkiyede-saglik-kayitlarini-hedef-aldi-bircok-hasta-bilgisi-internette/>, Erişim Tarihi: 18.05.2016

<http://www.aclu.org/genetic-discrimination-workplace-factsheet>, Erişim Tarihi: 07.05.2016

www.turkhukuk sitesi.com, Erişim Tarihi: 19.02.2016

www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.02.2016

www.karamercanhukuk.com, Erişim Tarihi: 07.06.2016

ÖZGEÇMİŞ

Ramazan BOZAT 2014 yılında Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. Eylül 2014'den itibaren Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalışmaktadır. Aynı üniversitede yüksek lisans eğitimini sürdürmektedir.

bozat-ramazan@hotmail.com

