

# BİYOLOJİ VE TIBBIN UYGULANMASI BAKIMINDAN İNSAN HAKLARI VE İNSAN HAYSIYETİNİN KORUNMASI SÖZLEŞMESİ

Doç. Dr. Yavuz KAPLAN\*

## I. Genel Olarak

Tıbbî müdahaleden doğan hukukî sorumluluk<sup>1</sup>, bir çok devlette uzun zamandan beri genel hukuk kuralları ile düzenlenmiş olmasına karşılık, hasta hakları ve hastanın kişilik haklarının korunması konusunda, aynı özenin gösterildiğinden söz etmek mümkün değildir. Yani, bir çok ülkenin hukuk mevzuatında bu konudaki düzenleme eksikliğini görmek mümkündür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, modern tıbbın biyoloji bilimindeki gelişmelerle bağlantılı olarak ortaya çıkardığı bir kısım bilimsel yöntemler, aynı zamanda insan haklarının ve insan onurunun farklı bir boyutu itibariyle de koruma altına alınması gereğini doğurmuştur. Zira, tıbbın ve bu alandaki bilimsel gelişmelerin, hukuk kuralları ile düzenlenmemiş ve korumadan yoksun bırakılmış bir alanda serbestçe akışına izin vermek, şu ana kadar alışılmadık biçimde, insan hakları ve onurunu tehdit etmeye başlamıştır. Bu anlamda tıp ve biyoloji bilimindeki ilerlemelerin, insan sağlığı bakımından son derece önemli olduğunu kabul etmek, ama bu bilgilerin kötüye kullanılması olasılığının her zaman bulunduğunu da gözden uzak tutmamak gerekir. Bu nedenle, hastalar açısından tedavi yöntemlerinin açık bir şekilde ortaya konması, hekimlik mesleğinin icrasında insan haysiyeti ve temel haklarına ilişkin kurallara uyulması ve tıp ve biyoloji bilimindeki yeni gelişmeler karşısında hasta haklarının korunmasına yönelik hukukî düzenlemelerin hayata geçirilmesi büyük önem taşımaktadır. Zira, bu konudaki sınırların huku-

---

\* Atatürk Üniversitesi, Erzincan Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Tıbbî müdahale kavramı ve unsurları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz., AYAN, M.: Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Ankara 1991, s.5 vd.; ŞENOCAK, Z.: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s.3 vd.

kî çerçeve içerisine alınmak suretiyle netleştirilmemesi, söz konusu bilimsel gelişmelerin insanlık aleyhine kötüye kullanılması sakıncasını da beraberinde getirecektir<sup>2</sup>.

Küreselleşen ve giderek küçülen Dünya'da, insanların ülkeler arasındaki dolaşımlarının ve ilişkilerinin son derece arttığı da göz önüne alınırsa, yasa koyucular tarafından ülke içinde yapılacak düzenlemelerin, ancak sınırlı bir etkiye sahip olacağı söylenebilir. Zira, belirli bir ülkede yasaklanan ya da evrensel hukuk ölçütleri bakımından hukuka aykırı görülen bir fiil, ilgili kişinin bu konuda yasal bir düzenlemesi olmayan bir başka ülkeye seyahati sonucunda kolaylıkla gerçekleştirilebilecektir. Bu nedenle, ülkeler arasında bu konuda ortak hukuk politikalarının benimsenmesi ve benzer dayanak noktalarının oluşturulması büyük önem arz etmektedir. İşte, 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılan "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*" (BTİHS), insanla ilgili tıp ve biyoloji bilimleriyle ilgili dikkate alınabilecek ve ileride daha da geliştirilebilecek somut bir hukukî zemin oluşturma amacını gerçekleştirmek amacıyla hazırlanmıştır<sup>3</sup>. BTİHS'nin, 4 Kasım 1950 tarihli "*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*" (AIHS)<sup>4</sup> ve 26 Kasım 1987 tarihli "*İşkencenin ve İnsanlık Dışı ya da Küçültücü İşlem ve Cezaların Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*"<sup>5</sup> ile birlikte, düzenlediği alan itibariyle Avrupa Konseyi tarafından kabul edilen en önemli sözleşmelerden biri olduğunu kabul etmek gerekir. BTİHS ile ilk defa, uluslararası alanda biyoloji ve tıpla ilgili olarak doğabilecek hak ihlalleri konusunda, bağlayıcı hukuk kurallarının düzenlenmesi yoluna gidilmiştir. Tıp ve biyoloji konusundaki diğer uluslararası düzenle-

<sup>2</sup> Biyoloji ve tıp alanındaki gelişmelere paralel olarak, insan hakları ve onurunun korunması ve buna dair uluslararası hukukî düzenlemelerin yapılması gereği hakkında detaylı açıklamalar için İsviçre Federal Hükümeti'nin İsviçre Parlamentosu'na sunduğu Teklif Raporu'na bakmak mümkündür: 01.056 sayılı ve 12 Eylül 2001 tarihli "*Botschaft betreffend das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen (Teklif Raporu)*" için bkz., <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2002/271.pdf>.

<sup>3</sup> Bu Sözleşme, Türkiye tarafından da, 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı "*İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun*" ile kabul edilmiştir. Sözleşmenin tam metni için bkz., RG. 09/12/2003-25311 veya <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>.

<sup>4</sup> Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde kabul edilen AIHS'nin tam metni için bkz., RG. 19/03/1954-8662.

<sup>5</sup> 1 Şubat 1989 tarihinden itibaren yürürlüğe giren bu Sözleşme'ye, Türkiye 1988 yılında taraf olmuştur.

meler ise, bağlayıcı nitelikte olmayan tavsiye kararları ve deklarasyonlar ile yetinmiştir<sup>6</sup>.

## II. Sözleşmenin Oluşma Süreci

1990 yılında, Avrupa Adalet Bakanları Konferansı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne, üzerinde 1985 yılından beri çalışılan ve disiplinler arası çok yönlü bir araştırma ile gerçekleştirilebilecek olan, tıp ve biyoloji alanında insan haklarının korunmasını sağlayacak bir uluslararası sözleşmenin yapılıp yapılamayacağı hakkında çalışma yapılması tavsiyesinde bulundu. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin de bu fikri desteklemesi üzerine, Haziran 1991'de bir çerçeve sözleşme oluşturuldu. Bu çerçeve sözleşme, temel ilkeleri düzenleyen bir ana kısım ile daha spesifik hususları düzenleyen ek protokollerden oluşmaktaydı<sup>7</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, bu öneri ve hazırlıklar çerçevesinde, Eylül 1991'de, Biyoetik Uzmanlar Komisyonu'nu (CAHBI)<sup>8</sup> yetkili kılarak, İnsan Haklarının Gelişimini İzleme Komisyonu ve Avrupa Sağlık Komisyonu ile sıkı bağlantı içinde, bir çerçeve sözleşmenin ve geçici olarak iki ek protokolün hazırlanmasına zemin oluşturmuştur. Bu ek protokollerden biri insan organlarının nakli, ikincisi ise, insan bedeninin araştırılması hakkındadır. Bu çerçeve sözleşme ile ek protokollerin oluşturulması sürecine katılım, yalnız Avrupa Konseyi üyesi olan devletlerle sınırlı tutulmamış, aksine, başka devletler ile AB üyesi ülkelere de açık tutulmuştur.

Çalışma süreci içinde, CAHBI, Biyoetik Gelişim İzleme Komisyonu (CDBI)<sup>9</sup> olarak değiştirilmiştir. Özellikle, tıp, biyoloji, hukuk, ilahiyat gibi bilim dallarında uzman kişilerden oluşan ve bunların birbiriyle tartışmalarına zemin hazırlayan bu komisyonda, günümüz itibarıyla kırkın üzerinde Avrupa Konseyi üyesi olan devletten katılan bir veya daha fazla üye yer almaktadır. Ayrıca, AB temsilcileri, Kiliseler Birliği, Dünya Sağlık Örgütü, UNESCO, Avrupa'daki değişik bilim vakıfları ile hükümetler düzeyindeki temsilcilerin, gözlemci sıfatıyla buraya katılmasına izin verilmiştir<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Bağlayıcı özelliği olmayan bu tür genel açıklamalara örnek olarak, UNESCO tarafından açıklanan, 11 Kasım 1997 tarihli "İnsan Genomu ve İnsan Hakları Konusundaki Beyanname" ya da Dünya Tabipler Birliği'nin 1995 tarihli, "Hasta Hakları Konusundaki Lizbon Deklarasyonu" örnek olarak verilebilecektir.

<sup>7</sup> Teklif Raporu, s.274.

<sup>8</sup> Comité ad hoc pour la bioéthique.

<sup>9</sup> Comité directeur pour la bioéthique.

<sup>10</sup> Teklif Raporu, s.275.

Yapılmak istenen anlaşmanın geçici ön taslağı, 1994 yılında, uzmanlar tarafından tartışmaya açılmıştır. Bu bağlamda, özellikle temyiz kudreti bulunmayan kişiler üzerinde yapılacak araştırmalar, embriyoların araştırılması ve organ nakilleri konularında önemli tartışmalar yaşanmıştır. Bu kritik tartışmalardan sonra, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi bu konudaki görüş ve tavrını açıklamıştır. Nihayet anlaşma metni üzerinde yapılan titiz bir yeniden gözden geçirme çalışmasıyla, bir kısım eksik noktalar tamamlanmış, yanlış anlaşılmaya müsait konumdaki hususlar düzeltilmiş ve anlaşmanın daha etkili koruyucu önlemler içermesi yolunda gereken çalışmalar tamamlanmıştır. Organ nakilleri ve insan bedeni üzerindeki araştırmalara ilişkin plânlanmış ek protokollerin hazırlanması suretiyle, ana sözleşmeyi tamamlayıcı ve kuvvetlendirici nitelikte bir entegrasyon sağlanmıştır. Daha sonra ek protokoller üzerindeki çalışmalar, ana sözleşmenin yapılmasından sonra yeniden başlatılmak üzere durdurulmuştur<sup>11</sup>.

Biyoetik Gelişim İzleme Komisyonu, 1996 Haziran ayında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne sunulacak olan Tasarı üzerinde anlaşmaya varmıştır. Bakanlar Komitesi de bu Sözleşmeyi 19 Kasım 1996 yılında kabul etmiştir. Metin İngilizce ve Fransızca olarak kaleme alınmış ve yalnız bu dillerdeki metinler bağlayıcı kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'nin sorumluluğunda kaleme alınmış olan açıklayıcı raporun<sup>12</sup> yayınlanması, Bakanlar Komitesi tarafından, 17 Aralık 1996 tarihinde serbest bırakılmıştır. Bir önsöz ile raporun BTİHS'nin bağlayıcı nitelikte bir açıklayıcı metni olmadığı belirtilmekle birlikte, yine de fikir verme bakımından yardımcı nitelikte olduğuna işaret edilmiştir<sup>13</sup>.

Avrupa Konseyi, 4 Nisan 1997 tarihinde İspanya'da bu Sözleşmeyi imzaya açmış ve ilk etapta aralarında Türkiye'nin de bulunduğu otuzdan fazla devlet, BTİHS'ne taraf olmuştur. Bunları daha sonra diğer bazı ülkeler takip etmiş olup, diğer bir ülke grubunun da hazırlık çalışmaları içerisinde olduğunu söylemek mümkündür.

### III. İnsan Organizmasının Kopyalanması Yasası Hakkında Ek Protokol

Genetik olarak kopyalanmış ilk koyun olan *Dolly*'nin doğumunun, Şubat

<sup>11</sup> Teklif Raporu, s.274.

<sup>12</sup> "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Hakkında Avrupa Sözleşmesinin Açıklama Raporu" (Açıklama Raporu), bkz., Avrupa Konseyi, DIR/JUR (97); <http://www.legal.coe.int/bioethics/index.html> ve [http://www.coe.int/T/E/Legal\\_affairs/Legal\\_co-operation/Bioethics](http://www.coe.int/T/E/Legal_affairs/Legal_co-operation/Bioethics).

<sup>13</sup> Teklif Raporu, s.275.

1997'de kamuoyuna açıklanması ile birlikte, bunun insan için de söz konusu olabileceğini düşünen Avrupa Konseyi derhal harekete geçti. Haziran 1997'de CDBI, "İnsan Organizmasının Kopyalanması Yasası Hakkında Ek Protokol" ü hazırladı<sup>14</sup>. Nihayet, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Parlamento Meclisi'nin de olumlu görüşü üzerine, 7 Kasım 1997'de bu Ek Protokol'ü kabul etti. 12 Ocak 1998 tarihinde ise, Ek Protokol Paris'te imzaya açıldı<sup>15</sup>. Bu güne kadar BTİHS'ni imzalamış olan devletlerin neredeyse tamamı, bu Ek Protokol'e de taraf olmuştur<sup>16</sup>.

#### IV. Sözleşme İle Getirilen Temel Düzenlemeler

##### 1. Sözleşmenin Türk Hukuku Bakımından Doğrudan Uygulanabilmesi

BTİHS, Türk Hukuku bakımından, diğer bütün uluslararası sözleşmeler gibi 3.12.2003 tarihinde kabul edilen 5013 sayılı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" ile bağlayıcı hale gelmiştir. Zira, 1982 Anayasası'nın 90/I. maddesinde de belirtildiği üzere, uluslararası sözleşmelerin onaylanması, TBMM tarafından çıkarılacak bir uygun bulma kanunu ile yapılır<sup>17</sup>. Aynı maddenin son fıkrası ise (m.90/V), usulüne uygun olarak onaylanarak yürürlüğe girmiş uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu ve bu sözleşmelere karşı Anayasa Mahkemesi'nde iptal davası açma yoluna gidilemeyeceği belirtilmiştir. Bu açıdan bakıldığında, uluslararası sözleşmelerin kanunlara göre daha üst nitelikte hukuk normları olduğunu söylemek mümkündür.

Nitekim, 7 Mayıs 2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanununun 7. maddesi ile getirilen düzenleme "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır" şeklinde olup, bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmıştır.

<sup>14</sup> Ek Protokol metni için bkz., <http://www.ofj.admin.ch/themen/bioeth/zusatzprotokoll-klonen-d.pdf>.

<sup>15</sup> Ek Protokol hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz., Teklif Raporu, s.275-276.

<sup>16</sup> Türkiye ise, BTİHS'ne taraf olmasına rağmen, henüz Ek Protokol'ü kabul etmiş değildir.

<sup>17</sup> Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin onaylanması, Dışişleri Bakanlığı'nın 30 Ocak 2004 tarihli ve AKGY/18144 sayılı yazısı üzerine, 31 Mayıs 1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulunca 16 Mart 2004 tarihinde kararlaştırılmıştır.

Devletler Özel Hukuku doktrini ve MÖHUK'un 1/II. maddesinde yer alan "Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır" ibaresinden çıkarılan anlam da bunu ifade etmektedir<sup>18</sup>.

Bu çerçevede, BTİHS'nin Türk Hukuku açısından doğrudan uygulanabilecek nitelikte bağlayıcılığı haiz hale geldiğini belirtmek gerekir. Zaten bu Sözleşme'nin 1/II.maddesi ile bütün taraf devletlere, BTİHS'nin en etkili biçimde uygulanabilmesi için, iç hukukta gerekli düzenlemelerin yapılması ve bu değişikliklerin Sözleşme hükümlerini değişikliğe uğratacak nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir.

BTİHS'nin 5013 sayılı Kanun ile kabul edilmesinden önce, Türkiye'de bu Sözleşme'nin özellikle organ ve doku nakli ile ilgili hükümlerine benzer hükümler getirmiş olan, 23 Mayıs 1979 tarihli ve 2238 sayılı "Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun" yürürlüğe girmiştir. Ancak, bu Kanunun alanıyla ilgili sınırlı bir düzenleme getirdiğini ve biyoloji ve tıp alanında günümüzde yaşanan tüm gelişmeler ile erişilen düzeyi karşılamadığını belirtmek gerekir<sup>19</sup>.

## 2. Genel Hükümler

BTİHS'nin ilk dört maddesi ile düzenlenen genel hükümlerde, sırasıyla "Amaç ve konu", "İnsanın Önceliği", "Sağlık hizmetlerinden adil şekilde yararlanma" ve "Meslekî standartlar" üzerinde durulmuştur.

BTİHS'nin 1.maddesinde, bu Sözleşme'nin tarafı olan ülkelerin, bütün insanların onurunu ve kimliğini koruma ve biyoloji ve tıbbın uygulanması bakımından, ayırım yapmadan herkesin bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacakları düzenlenmiştir. Ayrıca, bütün devletler, BTİHS'nin etkili biçimde yürürlüğe sokulması için, kendi iç hukuklarında gereken tedbirleri almakla yükümlü tutulmuştur. Bu anlamda, BTİHS'nin konusunun, tıp ve biyoloji biliminin insana bakan yönü ve özellikle organ transplantasyonu, insan vücudunun gen teknolojisi ve gen analizleri bakımından araştırılması ve insanın genetik olarak kopyalanması (*klonlama*) yasağı olduğu söylenebilir<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Uluslararası sözleşmelerin öncelikli olarak uygulanması gereği ve kabul edilmesi süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., ÇELİKEL, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, 6.B., İstanbul 2000, s.36; NOMER, E./ŞANLI, C.: Devletler Hususî Hukuku, 12.B., İstanbul 2003, s.69, dn.107a; TEKİNALP, G.: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, İstanbul 2002, s.24; ULUOCAK, N.: Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, İstanbul 1989, s.8, 230.

<sup>119</sup> Aşağıda, BTİHS ile 2238 sayılı Kanun ile getirilmiş olan düzenlemeler, yeri geldikçe karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

<sup>20</sup> Bu anlamda, hayvan ve bitki biyolojisinin ve tıbbın bu alana bakan yönünün,

BTİHS'nin, temel hak ve özgürlükleri garanti altına alma amacını güden AİHS ile paralel bir amaca sahip olup, düzenlediği spesifik alan itibariyle onun bir uzantısı niteliğindedir. Bu Sözleşme, insan hakları ve onurunun tıp ve biyoloji alanında da özenle korunması gereği hakkında, somut ve daha ileri düzeyde düzenlemeler getirmeyi amaçlamıştır<sup>21</sup>.

İnsan hakları ve insan onurunun korunması açısından, kişiliğin ve kişilik haklarının kazanılmasının büyük önemi olmasına karşılık, BTİHS'nin bu kavramlar üzerinde gerekli tanımlama ve açıklamaları yaptığı söylenemez. Halbuki, insan hakları ve haysiyetinin tıp ve biyoloji açısından korunması, doğal olarak kişiliğin başlangıcından ölüme kadar olan süreyi kapsayan nitelikte olmalıdır. Bu husus, BTİHS'nin bir eksikliği olarak vurgulanabilirse de, insan yaşamının oluştuğunun hukukî bakımdan kabul edildiği andan itibaren, bu Sözleşme anlamında korumanın da söz konusu olacağını belirtmek gerekir<sup>22</sup>.

Yine bilimden beklenen yarar açısından, birey menfaatlerinin mi yoksa toplum menfaatlerinin mi önde tutulması gerekeceği konusunda bilim tarihi boyunca sıklıkla sorulmuş bir soruya cevap verilmiştir. BTİHS'nin 2. maddesi, insanın menfaatleri ve refahının, bilim veya toplumun menfaatlerinden daha öncelikli olarak korunacağını düzenlemektedir. Başka bir söyleyişle, insan hakları ve onuru, toplumsal yarar ya da bilimsel gelişime ilişkin menfaatler nedeniyle kesinlikle feda edilemeyecek ve gözden çıkarılmayacaktır.

---

BTİHS'nin düzenleme alanına girmediğini söylemek mümkündür. Ancak, insan biyolojisi ve tıbbın insana bakan yönü ile irtibatlı olduğu ölçüde, dolaylı ve sınırlı bir düzenlemenin olduğunu söylemek mümkündür: Bkz., Teklif Raporu, s.286, dn.28.

- 21 Örneğin, insan hayatına verilen önem, AİHS'nin 2.maddesinde açıklanmış ve güvence altına alınmıştır. Ancak, aynı konunun biyoloji ve tıbbı bakan yönü, spesifik olarak BTİHS ile düzenlenmiştir.
- 22 Türk Hukuku açısından MK m.28/I'e göre, kişilik, çocuğun tam ve sağ olarak doğduğu anda başlayacaktır. Tam doğum, çocuğun anadan ayrılarak ana rahmi dışında bağımsız bir varlık kazanması, sağ doğum ise, anadan bağımsız olarak yaşamasıdır. Dünya Sağlık Örgütü tarafından 1950 yılında yayınlanan bir raporda, kalp atışı, nefes alma, göbek kordonunun atması ya da sempatik kasların hareketi gibi, çocuğun yaşadığını gösteren herhangi bir hayat emaresini sağ doğum için yeterli görülmüştür. Ana rahminden ayrıldığı zaman nefes almayan veya başka bir hayat emaresi göstermeyen çocuğun ise, ölü doğduğu kabul edilir. MK m.28/II'ye göre, cenin de sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacaktır. Bu durumda, kişiliğin tam ve sağ doğmakla başlayacağı; ama ana rahmine düştüğü ana kadar geriye etkili olacağını söylemek mümkündür. Sonuç olarak, Türk Hukuku bakımından, kişinin ana rahmine düştüğü ana kadar geriye yürümek üzere, tam ve sağ olarak doğduğu andan itibaren BTİHS'nin koruyucu hükümlerinden yararlanma hakkı olduğu sonucuna varılır. Türk Hukuku'nda kişiliğin kazanılması ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz., DURAL, M./ÖĞÜZ, T.: Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 6.B., İstanbul 2002, s.15-20.

Üzerinde araştırma yapılacak kişinin onayı olsa bile, şayet ilgilinin sağlığının tehlikeye düşürüleceği tıbbî verilerle ortaya konmuşsa, söz konusu tıbbî müdahale derhal durdurulacaktır<sup>23</sup>.

BTİHS'ne taraf olan devletler, Sözleşme'nin 3.maddesi çerçevesinde, kendi egemenlik alanları dahilinde, insanların sağlık ihtiyacını karşılamak için her türlü kaynakları değerlendirecek ve insanların sağlık hizmetinden eşit şekilde yararlanabilmesi için, gereken bütün önlemleri alacaklardır. Bu düzenlemenin, daha önce 16 Aralık 1966 tarihinde, Birleşmiş Milletler Örgütü önderliğinde New York'ta yapılan "*Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklarla İlgili Uluslararası Sözleşme*"nin 12.maddesinde yer alan düzenlemeyi daha detaylı hale getirdiği ve pekiştirdiği söylenebilir. Bu madde çerçevesinde, bütün taraf devletler, kendi ülkeleri dahilinde, bütün insanların beden ve ruh sağlığının korunması için gereken tedbirleri alacak ve bu konuda yapılan koruma taleplerini en üst düzeyde değerlendirecektir. Bu konuda, her türlü tıbbî yardımda bulunacak ve doktor desteği sağlayacaktır<sup>24</sup>.

BTİHS'nin 4.maddesine göre, tıbbî ve biyolojik alanda yapılacak olan bütün müdahalelerin, meslek kurallarına ve ilgili standartlara uygun olarak yapılması gerekir. Bu düzenleme, her bir devletin kendi anlayışına uygun olarak yerine getirmesi gereken kuralları düzenleyeceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Aksine, konuyla ilgili ortak bir mantığın oluşturulması son derece önem taşımaktadır. Bu düzenleme, ülke içi hukuk kurallarıyla düzenlenmiş meslek kurallarını veya kişiyi koruyucu nitelikte olan diğer düzenlemelerin uygulanmasını zorlaştırma gibi kötü bir amaçla da kullanılmamalıdır<sup>25</sup>. Söz konusu düzenleme, yalnız doktorlar için değil, psikologlar ve hasta bakıcılar gibi, sağlık sektöründe hizmet veren herkes için bağlayıcı niteliktedir. Bu anlamda ülke içinde yapılmış olan düzenlemeler de, kamu hukuku ya da özel hukuk niteliğinde olduklarına bakılmaksızın, BTİHS ile aynı ölçüde geçerli kabul edilecektir<sup>26</sup>.

### 3. Vericinin Muvafakati

BTİHS'nin 5-9. maddeleri, tıbbî müdahaleye muhatap olacak kişinin bu konudaki muvafakatini düzenlemektedir. Muvafakat, uluslararası tıp ve sağlık hukukunda genel olarak aranan bir müessesedir. Doktorlar ve tıp bilimi ile uğraşanlar, prensip olarak üzerinde bilimsel araştırma veya müdahale

<sup>23</sup> Teklif Raporu, s.288.

<sup>24</sup> Türkiye tarafından taraf olunmamış olan bu Sözleşme'nin Almanca metni için bkz., <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i1/0.103.1.de.pdf>.

<sup>25</sup> Teklif Raporu, s.290.

<sup>26</sup> Açıklama Raporu, Nr.8, s.9.



yapılacak olan kişinin onayı olmaksızın herhangi bir müdahalede bulunamazlar<sup>27</sup>.

Hastanın sağlığı için zararlı olacağına inandığı ya da yaşam süresini olumsuz yönde etkileyeceğine inandığı bir müdahaleyi, doğal olarak reddetme hakkı vardır. İşte, BTİHS'nin 5. maddesi, kişinin sağlık alanına yapılacak herhangi bir müdahalenin, onun bu konuda onayının alınmasından sonra yapılabileceğini düzenlemektedir. Maddenin düzenleniş biçimi, ilgiliden bilinçsizce alınan yalın bir onayın da, bu konudaki yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması bakımından yeterli kabul edilemeyeceği şeklindedir. Bu nedenle, hastanın müdahalenin bütün amaç, sebep, sonuç ve rizikoları hakkında aydınlatılması gerekir. Ayrıca, ilgili kişi, gerekli görmesi halinde bu muvafakati geri alabilir<sup>28</sup>. Tıbbî müdahalede bulunacak olan doktor, tedavi yöntemleri hakkında bilgi verecek ve özellikle, yapılacak müdahalenin özel bir tehlikesinin bulunması ve buna uygun hususî tedbirlerin alınmasının gerekli olması durumunda, hastayı bu konuda bilgilendirecektir. Her tür tıbbî müdahalede söz konusu olan olağan tehlikeleri aşan nitelikteki, müdahale sırasındaki ve sonrasında rizikolar, enfeksiyon tehlikesi ve diğer komplikasyonlar, hastaya detaylı biçimde anlatılmalıdır<sup>29</sup>. Doktor bu durumu açıklarken, hastayı korkutacak ve yapılması gereken müdahaleden kaçınmasına neden olacak bir üslup kullanmaktan kaçınmalı ve fakat uygun bir dille hastayı mutlaka bilgilendirmelidir<sup>30</sup>. Uygulamada çoğu zaman yapıldığı gibi, hastayı konulan teşhis ve uygulanması zorunlu olan tedavi yöntemleri açısından yeterince bilgilendirmeme uygun bir çözüm yolu olarak görünmektedir. Bunun hastaya psikolojik terapi yöntemlerinin kullanılarak yapılması konusunda ise, BTİHS'nin 5. maddesi çerçevesinde herhangi bir düzenlemenin olduğunu söylemek ise, maalesef mümkün değildir. Ancak, BTİHS'nin 10/3. maddesinde yer aldığı şekliyle, ülke içinde hasta yararına yapılacak istisnaî düzenlemelerle, özellikle ölümcül hastalığa yakalanan kişilere açıklama yapılması konusunda sınırlayıcı hükümlerin getirilmesinin

<sup>27</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin hastanın serbest iradesiyle ve şüpheye mahal bırakmayacak şekilde muvafakatte bulunulması gereği hakkındaki 13 Kasım 1979 tarihli Kararı için bkz., BGE 105 II 284.

<sup>28</sup> Bkz., BGE 105 II 284.

<sup>29</sup> Doktorun hastasını bilgilendirme yükümlülüğü hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz., KUHNERT, C.: *Die vertragliche Aufklärungspflicht des Arztes*, (Dissertation), Essen 1982; HANCI, İ.H.: *Malpraktis, Tıbbî Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, s.52 vd.; OZANOĞLU, H.S.: "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", AÜHFD, C.52, S.3, Ankara 2003, s.55 vd.

<sup>30</sup> Teklif Raporu, s.293.

önüne de geçilmemiştir<sup>31</sup>. Türkiye açısından bu konudaki düzenlemeler, özellikle “*Hasta Hakları Yönetmeliği*” ve “*Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*” ile gerçekleştirilmiştir<sup>32</sup>.

BTİHS'nin 6. maddesi ise, muvafakat verebilecek konumda olmayan kişiler hakkında, gerek bu Sözleşme'nin 17. maddesinde düzenlenmiş olan, araştırmaya izin verme konusunda gerekli yeteneğe sahip olmayanların korunması, gerekse 20. maddede düzenlenmiş olan organ nakline izin verme konusunda gerekli yeteneğe sahip olmayanların korunması bakımından, tıbbî müdahalenin yalnızca doğrudan onların yararına olması halinde yapılabileceğini düzenlemektedir<sup>33</sup>.

Tıbbî müdahaleye izin verme yeteneği olmayan bir küçüğe, sadece yasal temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilecektir. Bu konuda küçüğün kişisel görüşleri, yaşı ve anlayışı ile paralel olarak dikkate alınacaktır. Akıl hastalığı, diğer bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan kişiye, yasal temsilcisinin ya da kanunla belirlenen yetkili makamın onayı ile muvafakat edilebilecektir. Ancak, ilgili kişi de durumu elverdiği ölçüde karar sürecine katılacaktır<sup>34</sup>.

Akıl hastalığı bulunan kişilerin korunması, BTİHS'nin 7. maddesi çerçevesinde, gözetim, denetim ve başka bir makama başvurma süreçleri dahil, kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlarla bağlı olmak üzere, ciddî nitelikli bir akıl hastalığı olan kişinin, yalnızca böyle bir tedavi yapılmadığı takdirde sağlığına ciddî bir zarar gelmesinin muhtemel olduğu durumlarda,

<sup>31</sup> Hastanın bilgilendirmeyi istememesi, tehlikenin çok nadir rastlanacak kadar küçük olması, hastanın konu hakkında daha önceden gereken bilgiyi edinmiş olması ya da örneğin bir kanser hastasına durumun bildirilmesi halinde, tamamen yaşama ümit ve sevincinin yitirilmesi veya intihar teşebbüsünde bulunulması gibi tehlikelerin varlığı halinde de bilgi verilmesinden kaçınılabilecektir. Bkz. HANCI, s.56-58; OZANOĞLU, s.70-72.

<sup>32</sup> Hasta, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 7. maddesi çerçevesinde, sağlık hizmetlerinden ne şekilde yararlanacağı ve buna dair usul hakkında bilgi isteyebileceği gibi, 15. maddede çerçevesinde, sağlık durumu, kendisine uygulanacak olan tıbbî muamele ve bunun sonuçları hakkında da bilgi isteyebilecektir. Aynı Yönetmeliğin 19. maddesi çerçevesinde, hastalığın vahim durumda olması ve hastayı derinden etkileme olasılığının yüksek olması durumunda, hekimin takdirine bağlı olarak teşhisin saklanması yoluna gidilebilir. Tedavisi olmayan bir teşhis ise, usulüne uygun olarak hasta yakınlarına bildirilecektir. Benzer düzenleme, Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği Kuralları'nda da yer almıştır. Bu Kuralların 26. maddesi çerçevesinde, hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bkz., HANCI, s.62-65; AYAN, s.71, 78 vd.

<sup>33</sup> Bkz., Açıklama Raporu, Nr.48, s.13.

<sup>34</sup> Teklif Raporu, s.294-297.

muvafakati alınmaksızın akıl hastalığının tedavi edilmesini amaçlayan bir müdahaleye tâbi tutulabileceği şeklinde düzenlenmiştir.

BTİHS anlamında akıl hastalığından anlaşılması gereken şey, kişinin mantıklı karar verme yeteneğini ortadan kaldıran psikolojik rahatsızlıklardır<sup>35</sup>. Bu kapsama giren kişilerin tespiti açısından, psikolojik rahatsızlığın kişinin karar verme yeteneğini tamamen sona erdirmese bile, son derece zayıflatması yeterli görülmelidir. Bu tür kişiler, kendi menfaatleri bakımından verilmesi gereken kararı verecek durumda olmadıkları gibi, üçüncü kişilerin menfaatlerini de tehlikeye düşürebilecek konumdadır. Hasta olan kişi, kendisi ve başkaları için bu ölçüde sağlık açısından zarar verebilecek konumda değilse, o kişinin kendisine yapılacak müdahale konusunda gerekli kararı verebilmesine olanak tanımak gerekir. Bu kararın verilmesi sürecinde, kişinin serbest iradesine öncelik tanınması, kuşkusuz hukuk devleti ilkesinin de gereğidir<sup>36</sup>.

BTİHS'nin 8. maddesine göre, acil bir durum nedeniyle uygun muvafakatin alınmaması halinde, ilgili bireyin sağlığı için tıbbî bakımdan gerekli olan herhangi bir müdahale derhal yapılabilecektir. Şayet hasta, müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda değilse, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacak ve buna göre gereken yapılacaktır<sup>37</sup>. Kişinin kendi iradesini açıklama yeteneğinin bulunmayacağı hale örnek olarak, geçirilen ağır bir trafik kazasından sonra, kişinin bilincini yitirmesi ya da koma halinin söz konusu olması gösterilebilir. Böyle bir bilinç kaybı halinde, onun yasal temsilcisine kısa sürede ulaşmak da son derece güçlük arz eder. Özellikle gecikmenin hayatî tehlike arz edecek ölçüde zarara neden olabileceği hallerde, artık muvafakat aranması gerekmeyecektir. Ancak, böyle bir durumun acil olarak nitelendirilebilmesi için, mutlaka yaşam tehlikesinin bulunması da şart değildir. Gecikmeli olarak yapılacak müdahale, hastanın iyileşmesi bakımından geciktirici olacak ya da hastanın kısmen sağlığını kaybetmesine yol açacak nitelikteyse, mu-

35 Dünya Sağlık Örgütü'ne göre, psikolojik rahatsızlığa neden olan saplantı türündeki hastalıklar da bu kapsam dahilinde değerlendirilmelidir. Bkz., Açıklama Raporu, Nr.51, s.14.

36 Bu konudaki genel yaklaşım, acil durumlara ilgili olarak, BTİHS'nin 8. maddesiyle istisnaya uğramıştır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz., Açıklama Raporu, Nr.50, s.13.

37 Hastalığının genel seyri itibariyle, bir süre sonra hukukî muamele ehliyetini kaybedeceğinden endişe eden kişi, daha önceki bir zamanda kendisine yapılacak müdahaleye muvafakat ettiğini, BTİHS'nin 9. maddesi çerçevesinde bildirebilecektir. Ancak, burada doktorlar tarafından dikkat edilmesi gereken husus, hastanın bu muvafakatının onun en son arzularını yansıtması ve bu iradenin ortaya konulmasından sonraki dönemde tıp biliminde ortaya çıkan yeni gelişmelerin, müdahalenin türü ve şekli bakımından, hastanın iradesinde muhtemel değişikliklere neden olmayacağı sonucuna varılabilmesidir. Bkz., Teklif Raporu, s.303.

vafakat yine aranmamalıdır<sup>38</sup>. Böylece, müdahalenin yapılması, hem zaman hem de diğer maddî hukuka ilişkin kriterler bakımından haklı ve gerekli ise, vakit geçirilmeksizin yapılmalıdır.

Bir ameliyat sırasında önceden öngörülemeyen hallerin ortaya çıkması ve bu nedenle operasyonun kapsamının genişletilmesi zaruretinin belirmesi halinde de, ilgili kişinin muvafakatının alınması söz konusu olmayacaktır. Bu durumu da, BTİHS'nin 8. maddesinde düzenlenen ve muvafakate gerek olmayan hallerden biri olarak kabul etmek gerekir<sup>39</sup>.

#### 4. İlgilinin Özel Yaşamı ve Bilgilendirilme Hakkı

BTİHS'nin 10/1. maddesi, herkesin kendi sağlık bilgileri hakkında, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir. Kişinin sağlık bilgileri, o kişi açısından herkesçe bilinmesi istenmeyen hususlar içerebileceğinden, kişinin giz alanında kalmasında yarar bulunan hususlardır. Bu nedenle, kişinin özel yaşamına saygı duyulması gerektiğini düzenleyen AİHS'nin 8. maddesine paralel bir düzenlemenin, biyoloji ve tıp açısından BTİHS'nde düzenlenmiş olduğunu söylemek mümkündür. Ayrıca, AB Konseyi Bakanlar Komitesi'nin de, sağlıkla ilgili bilgilerin kullanılması ve korunması konusunda verdiği tavsiye kararları söz konusudur<sup>40</sup>.

Yine bu Sözleşme'nin 10/2. maddesiyle, herkesin kendi sağlığı hakkında edinilmiş bir bilgiyi öğrenme hakkının bulunduğu ve kendisi aksini istemediği takdirde bu hakkını kullanabileceği düzenlendikten sonra, 10/3. maddesinde, bu hakkın kullanılmasına hastanın yararına olmak koşuluyla, kanunla bazı kısıtlamaların getirilebileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemenin, BTİHS'nin 5. maddesinde yer alan muvafakat prensibi ile yakından ilgili olduğu söylenebilir. Kişinin bilgi verme ya da vermeme konusundaki bu hakkının, temel hukuk kurallarında yer alan ve hukuk sistemleri açısından anayasal anlamda da koruma altına alınmış olan, kişiye ait temel hak ve özgürlükler arasında yer aldığını belirtmek gerekir. Ancak, bilgi edinme veya edinilen bilgiyi açıklama konusundaki bu hakkın, doktor ile hasta arasındaki özel hukuk ilişkisine de hâkim olduğunu belirtmek gerekir<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Açıklama Raporu, Nr.58, s.15.

<sup>39</sup> İsviçre Federal Mahkemesi, bu konuda verdiği bir kararda, ameliyatı gerçekleştiren cerrahın, müdahalenin derhal ve kaçınılmaz olarak yapılmasının zorunlu olduğu hallerde, artık hastanın muvafakatini aramayacağına karar vermiştir. Karar için bkz., BGE 108 II 59.

<sup>40</sup> Örneğin bkz., *OF THE COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES ON THE PROTECTION OF MEDICAL DATA*, <http://cm.coe.int/ta/rec/1997/97r5.html>.

<sup>41</sup> Bu konudaki detaylı açıklamalar için bkz., WIEGAND, W.: *Die Aufklärung bei medizinischer Behandlungsrecht*, 1993, s.150 vd.; HANCI, s.62 vd.; AYAN, s.49, 74; ŞENOCAK, s.17.

BTİHS'nin 10/2. maddesinin 2. cümlesi ise, bilgi edinmeme hakkı ile ilgilidir. Bu konunun da, kişinin kendi kaderini belirleme hakkının varlığı ve kişiye bağlı temel hak ve özgürlükler noktasında değerlendirilmesi gerekir. Biyoloji ve tıp alanında, kendi kişisel durumu hakkında bilgi edinmekten kaçınma hakkı ise, BTİHS'nin 5. maddesinde, bu konuyla ilgili tam aksi yönde bir yükümlülük getirildiği için özellik arz eder. Müdahale yapılacak olan kişinin, kendisine konulan teşhis ile tedavî yöntemlerini bilmek istememesi, müdahalede bulunacak olanın ilgiliden muvafakat alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bir yandan ilgilinin bilgi edinmek istememe hakkına saygı duyulmalı, ama öte yandan da onun arzularının anlaşılabilmesi ve konu hakkında aydınlanma isteğinin uyarılması için gereken çaba gösterilmelidir. Özellikle, hastanın tamamen kendisini bilinçsiz olarak, müdahalede bulunacak olanın eline teslim etmesinin ve bir kısım yanlış anlaşılmaların önüne geçilmesi gerekir<sup>42</sup>.

BTİHS'nin 10/3. maddesinde yer alan düzenleme ise, millî hukuk düzenlerine, hem hastaya bilgi verilmesi hem de bilgi verilmemesi konusunda istisnalar getirebilme inisiyatifi tanımıştır. Ama bilgi edinme hakkının sınırlandırılması, sadece hastanın menfaatlerine uygun olmak koşuluyla söz konusu olabilir<sup>43</sup>.

## 5. İnsan Genomu

Gen teknolojisi son yıllarda çok hızlı bir gelişme kat etmiştir. Özellikle insanın genetik yapısı ile ilgili olarak, sadece yeni ilaçların yapılması değil, genetik testlerin yapılması, genetik terapi ve değişik hastalıklara ilişkin tıbbî nedenlerin genetik yöntemlerle tespit edilebilmesi bu konudaki uygulamanın süratle gelişmesine neden olmuştur<sup>44</sup>. Gen teknolojisinin gelişmesi, insanlık tarihinde daima en büyük ilgiyi çekmiş olan insan bedeninin bilinmezlerini keşfetme adına, büyük ümitlerin doğmasına neden olmuştur. Genetik araştırmalar vasıtasıyla insan ırkının birbirinden ayrılması ve bu yöntemle kategorize edilmesi hedefi ise, amacın aşılması suretiyle ırkçılığı ve ayrımcılığı da beraberinde getireceği endişesini de beraberinde getirmektedir. İşte bu noktayı göz önünde bulunduran BTİHS'nin 11. maddesine göre,

<sup>42</sup> HANCI, s.65; KUHNERT, s.45; ayrıca bkz., Teklif Raporu, s.307.

<sup>43</sup> Hastanın bazı bilgileri bilmesinde ya da bilmemesinde kamunun ya da üçüncü kişilerin öncelikli olarak korunması gereken menfaatleri söz konusu olabilir. Örneğin, ceinin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi için, hasta olan anneden bazı bilgilerin saklanması ya da diğer eşin hastalıktan korunması amacıyla, eşlerden birinin HIV Virüsü taşıdığına ya da bulaşıcı nitelikte bir cinsel hastalığının bulunduğu açıklanması gerekebilir. Bkz., Teklif Raporu, s.307.

<sup>44</sup> Açıklama Raporu, Nr.71, s.17.

bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaklanmıştır<sup>45</sup>. Bu düzenlemenin, AIHS'nin 14. maddesinde yer alan ve temel insan hak ve özgürlüklerinin farklı mülahazalarla ihlâl edilmesini önlemeyi amaçlayan düzenlemenin, biyoloji ve tıp alanındaki spesifik uzantısı olduğunu söylemek mümkündür. Bu düzenleme çerçevesinde, ırk, cinsiyet, dil, din, renk, politik görüş, menşe gibi nedenlere dayalı olarak yapılan her tür ayrımcılık yasaklanmıştır<sup>46</sup>. İnsan haklarının korunmasına ilişkin bütün uluslararası sözleşmelerde, ırk, soy ve dolayısıyla genetik yapı farklılıklarına dayalı her tür ayrımcılığın yasaklanması yoluna gidilmiştir<sup>47</sup>.

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, BTİHS'nin 12. maddesi çerçevesinde, sadece sağlık amacıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir. Genetik araştırmalardan anlaşılması gereken hususlar, bu Sözleşme'de tam olarak ifade edilmiş değildir. Sadece madde başlığından bakılarak anlaşılan şey, kromozom ve DNA'lar üzerinde yapılan araştırmalardır. Günümüzde bir çok hastalığa neden olan etkenlerin, ya kişinin genetik yapısından kaynaklandığı ya da kişinin yaşam tarzı ile çevresel etkenlere bağlı olduğu artık bilinen gerçeklerdir. İşte bu nedenle, genetik araştırma yöntemiyle, muhtemel hastalıklar ne kadar erken teşhis edilirse, o kadar çabuk tıbbî müdahalede bulunma şansının elde edilebilmesi söz konusu olabilecektir. Bu açıdan bakıldığında, artık bir çok hastalığın teşhis ve tedavisinde genetik araştırma raporlarının ve genom analizlerinin etkin bir rol oynamaya başladığı söylenebilir. Kişinin genetik bilgilerinin araştırılması, BTİHS'nin 12. maddesi çerçevesinde ölçülü olmalı ve amacını aşmamalıdır. Özellikle, kolayca tedavi edilebilecek bir genetik hastalığın teşhisi amacıyla yapılacak araştırmalar, sadece bu amacın temini ile sınırlı kalmalıdır<sup>48</sup>. Sonuçta, genetik testlerin, yalnızca tıbbî amaçlarla ve insan sağlığına yararlı olacak bilimsel araştırmaya dönük olarak yapılabileceğini düzenleyen BTİHS'nin 12. maddesinden anlaşılan, bunun dışındaki nedenlerle gen testlerinin yapılmasının yasaklandığıdır.

<sup>45</sup> Teklif Raporu, s.308.

<sup>46</sup> Bu maddede sayılan nedenler örnek kabilinden olup, şüphesiz ayrımcılığa ilişkin kriterler burada sayılanlardan ibaret değildir. Diğer uluslararası sözleşmeler ya da ek protokoller vasıtasıyla garanti altına alınan hususlar da, AIHS çerçevesinde korunmaya ve ayrımcılık vasıtası olarak kullanılmamaya mahzar olacaktır. Bkz., Teklif Raporu, s.308, dn.112.

<sup>47</sup> Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 2 ve 26. maddeleri ile Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde bunu görmek mümkündür.

<sup>48</sup> SCHLADEBACH, M.: "Genetische Daten im Datenschutzrecht", CR, 3/2003, s.226.

Yine yukarıdaki çerçeve içerisinde, bir işçinin işe alınabilmesi için, önce genom analizlerinin istenmesi ve iş ilişkisinin devamı süresince genetik testlere tâbi tutulması da yasaklanmıştır. Ancak, iş yerinin özelliği açısından, sağlık bakımından işçi için bir kısım hususî tehlikeler söz konusu ve bunu bertaraf etmeye yönelik tedbirlerin eksikliği hissediliyor ise, işçi sağlığını koruma adına bu tür test yöntemleriyle kontrol söz konusu olabilecektir<sup>49</sup>. Bunu BTİHS'nin amacına uygun bir müdahale olarak kabul etmek gerekir. Kaldı ki bu anlamda bir gen testinin yapılması da, ancak işçinin buna dair muvafakati ile mümkün olacaktır. Daha seyrek olarak, gen testlerinin yapılması kamu güvenliği ve kamu menfaatlerinin korunması amacıyla yapılabilecektir. Özellikle olağandışı nedenlerle üçüncü kişilerin kaza ya da sağlık tehlikesi ile karşı karşıya kalma durumlarının bulunması halinde, BTİHS'nin 26. maddesinde yer alan kısıtlayıcı nitelikteki istisnaî düzenleme dolayısıyla, gen testlerinin yapılmasına izin verilecektir<sup>50</sup>.

Temyiz kabiliyeti olmayan bir kişi üzerindeki genetik araştırmalar, BTİHS'nin 6. maddesi çerçevesinde, esas olarak yalnızca onların sağlığının korunması amacıyla yapılabilir. Ancak, ailede genetik kökenli bir hastalığın bulunması ve bu hastalığın giderilmesi için başka bir çare bulunmaması halinde, yasal temsilci de genetik araştırmaların yapılmasına onay verebilecektir<sup>51</sup>.

BTİHS'nin 13. maddesine göre, insan genomunu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle yapılabilecek ve herhangi bir alt soyun genomunda değişiklik yapılması amacını gütmeyecektir. Özellikle, sperm ve yumurta hücrelerine ve embriyona gelişim aşamasında müdahalede bulunma yasağı, gelecek nesiller için büyük önem arz etmektedir. Embriyona gelişim aşamasında yapılacak müdahaleler kapsamında, genetik tedavi yöntemleriyle sperm ve yumurta hücrelerinin genetik kodlarının değiştirilmesi anlaşılmaktadır. Bedenin yapısını etkileyecek nitelikteki genetik müdahaleler, insan ırkının temel yapısının ve genetik bilgilerinin değişimine neden oluyorsa, daha sonraki nesillerde de kalıtsal hastalıklara neden olması söz konusu olabilecektir<sup>52</sup>.

Aslında hiçbir hastalığın tedavisi etik dışı olarak değerlendirilmemelidir. Ağırlıklı şekilde, yeni nesiller için kalıtsal tehlike oluşturan bir kısım irsî

49 Açıklama Raporu, Nr.85, s.20.

50 Açıklama Raporu, Nr.87, s.20.

51 Teklif Raporu, s.310.

52 Genetik müdahaleler ile gen tedavisinin tıbbî ve hukukî sonuçları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz., BAYERTZ, K./SCHMIEDKE, J./ SCHREIBER, H.: *Somatische Gentherapie- Medizinische, ethische und juristische Aspekte*, Stuttgart, Jena und New York 1995, s.7 vd.

hastalıkların tedavisinin zorunlu olduğu şekilde bir anlayış vardır. Ancak, genetik bozukluklara yapılan müdahalelerin sadece söz konusu hastalıkları ortadan kaldırmakla sınırlı kalmayıp, insan nesline büyük zararlar verebilme olasılığı da asla göz ardı edilmemelidir. Bir bedenden diğerine yapılan gen aktarımları da, ileride doğacak olan çocuk ve onun gelişimi açısından ön-görülemeyecek rizikolar içermektedir<sup>53</sup>. Bu nedenle, BTİHS'nin 13. maddesi çerçevesinde getirilen kural ile sınırlamanın, gayet yerinde olduğu söylenebilir.

Işın veya kemoterapi yöntemleri ile husye kanserinin tedavisinde, sperm hücrelerinin değişikliğe uğraması olasılığının bulunması gibi, bazı tedavi yöntemlerinin istenmeyen yan etkilerinin ortaya çıkması da mümkündür. Bu tür tedavi yöntemleri, bazen hayatî tehlike arz edecek düzeyde de olabilir. Bu tür tedavi yöntemlerinde, hastanın iyileşmesi ön plânda tutulup, hastanın genetik yapısındaki değişiklikler ve bunun doğuracağı sonuçlar fazla-ca göz önünde bulundurulmamaktadır. Ancak, burada öncelikli olarak korunması gereken menfaat hastanın menfaatleri olduğu için, tedavî dolayısıyla elde edilecek yarar, yan etki olarak ortaya çıkabilecek bir kısım zarar-lardan daha ağır basmaktadır. Böylece, söz konusu durumun, BTİHS'nin 13. maddesinde yer alan müdahale yasağının bir istisnası olduğu söylenebilir<sup>54</sup>.

BTİHS'nin 14. maddesine göre, cinsiyetle ilgili ciddî bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla sunî döl-lenme tekniklerinin kullanımından kaçınılacaktır. Bu anlamda, hamileliğin temini amacıyla kullanılan bilimsel yöntemlerin, cinsiyet belirleme konu-sunda kullanılmamasına da özellikle dikkat edilmelidir. Çocukta bulunması arzu edilen genetik özelliklerin, bu tür sunî yöntemlerle yapılması yasaklan-mıştır. Bir çok ülke, çıkardığı ülke içi yasal düzenlemelerle, bu tür haricî müdahaleleri ve cinsiyet tayinine ilişkin yöntemleri yasaklamıştır<sup>55</sup>.

## 6. Biyoloji ve Tıp Alanında Bilimsel Araştırma Yöntemlerinin Kullanılması

BTİHS'nin 15. maddesi, genel olarak biyoloji ve tıp alanında bilimsel araş-tırmanın yapılmasının şartlarını düzenlemektedir. Bu çerçevede, biyoloji ve tıp alanında bilimsel araştırma, bu Sözleşme hükümlerine ve insan varlığı-nın korunmasını güvence altına alan diğer yasal hükümlere bağlı kalmak kaydıyla, serbestçe yapılabilir<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> Teklif Raporu, s.311.

<sup>54</sup> Açıklama Raporu, Nr.92, s.21.

<sup>55</sup> Teklif Raporu, s.312.

<sup>56</sup> Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi (BGH), biyoloji ve tıp alanındaki bilimsel çalış-



Bir kimse üzerinde araştırma yapılabilmesinin, bu Sözleşme bakımından söz konusu olan koşullarının gerçekleşmiş kabul edilmesi ise, ancak BTİHS'nin 16. maddesinde yer alan aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmiş olmasına bağlıdır:

- i) İnsanlar üzerindeki araştırmayla karşılaştırılabilir etkinlikte başka bir seçeneğin bulunmaması;
- ii) Araştırmaya konu olan şahsın maruz kalabileceği tehlikelerin, araştırmanın beklenen yararlarıyla oransız olmaması;
- iii) Araştırma projesinin bilimsel değerinin, araştırma amacının öneminin değerlendirilmesi ve etik bakımdan kabul edilebilirliğinin çok disiplinli bir gözden geçirmeye tâbi tutulması dahil, yetkili bir kurum tarafından bağımsız bir şekilde incelenmeden sonra onaylanmış olması;
- iv) Üzerinde araştırma yapılan kişilerin, korunmaları için kanun tarafından öngörülen hakları ve güvenceleri hakkında bilgilendirilmiş olmaları;
- v) 5. maddede öngörülmüş bulunan muvafakatin açıkça ve belirli bir şekilde verilmiş olması ve bunun belgelendirilmiş bulunması. Bu muvafakat her zaman serbestçe geri alınabilir.

Hastalıklarla mücadele edilmesi ve insanlar için en uygun tedavî yöntemlerinin etkili biçimde uygulanması, ancak, insan üzerinde de gereken tıbbî araştırmaların yapılması ile mümkün olabilir. Şayet tıbbî teşhis ve tedavî yöntemleri, sadece işin doğal akışına bırakılsa ve bu şekilde elde edilen tecrübelerle yetinilmiş olsaydı, herhalde tıp bilimi günümüzde ulaştığı düzeye erişemezdi. Bu konuda yapılan laboratuvar deneyleri ile kobay hayvanlar üzerinde yapılan deneyler de, fikir verici olmakla birlikte, insan metabolizması üzerinde doğuracağı sonuçların tespiti bakımından yeterli olduğu söylenemez. Bu nedenle, yukarıda belirtildiği ve BTİHS'nin 16 ve 17. maddelerinde düzenlenmiş olan şekliyle, üzerinde araştırma yapabilme olanağı bulunan insanların da korunmadan yararlanabilmesinin büyük önemi vardır. BTİHS'nin 16. maddesinde yer alan koşulların, burada sayılanlar dışında bir koşul aranmayacağı şeklinde de algılanmaması gerekir. Burada sayılanlar, bilimin şu anda geldiği aşama itibariyle öngörülebilene asgarî koşullardır<sup>57</sup>.

maların sınırlarını ve bu alandaki araştırma özgürlüğüne temel oluşturacak ölçütleri, muhtelif kararlarıyla tayin etmiştir. Bu sınırlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., BGE, 115 Ia 234/268; ayrıca, araştırma yapma özgürlüğüne düşünce özgürlüğü ve kişisel hak ve özgürlüklerin etkisi için bkz., BGE, 119 Ia 501 E.12b.

<sup>57</sup> Teklif Raporu, s.313.

Araştırmaya muvafakat etme yeteneği olmayan kişilerin korunması konusundaki bir düzenlemeye, BTİHS'nin 17. maddesinde yer verilmiştir. BTİHS'nin 17/1. maddesine göre, bu Sözleşme'nin 5. maddesinde belirtildiği şekilde, muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde araştırma, ancak aşağıdaki şartların tümünün yerine getirilmesi halinde yapılabilir:

- i) Madde 16 alt paragraf (i)'den (v)'e kadar olan şartların gerçekleşmiş olması;
- ii) Araştırmanın sonuçlarının ilgilinin sağlığı üzerinde gerçek ve doğrudan yarar sağlama beklentisinin bulunması;
- iii) Muvafakat etme yeteneği bulunan bireyler üzerinde karşılaştırılabilir nitelikte bir etkinlik doğuracak bir araştırmanın yapılamaması;
- iv) 6. maddede öngörülen gerekli iznin belirli ve yazılı olarak verilmiş bulunması ve
- v) İlgili kişinin itirazda bulunmaması.

BTİHS'nin 17/2. maddesi çerçevesinde, araştırmanın ilgilinin sağlığı üzerinde doğrudan yararlı sonuçlar sağlayacağı beklentisinin bulunmadığı durumlarda, istisnaî olarak ve kanun tarafından öngörülen koruyucu şartlar altında, söz konusu araştırmaya, bu Sözleşme'nin 17/1. maddesi ile bunun altında yer alan (i), (iii), (iv) ve (v) paragraflarında öngörülen şartlarla birlikte, aşağıdaki ek şartların da bulunması halinde izin verilebilecektir:

- i) Araştırmanın, hastanın sağlık durumu, hastalığı veya rahatsızlığı hakkındaki bilimsel bilginin önemli derecede geliştirilmesine katkıda bulunma yoluyla, ilgili kişiye veya aynı yaş grubunda olan veya aynı hastalık ya da rahatsızlığa yakalanmış bulunan veya aynı durumda olan diğer kimselere yarar sağlamaya elverişli nihaî sonuçlara ulaşılması amacını taşıması;
- ii) Araştırmanın, ilgili kişi bakımından sadece asgarî bir tehlike ve asgarî bir külfeti gerektirmesi.

Örneğin, çocukların tıbbî ilaçlara verdiği tepkiler, yetişkinlerin tepkilerinden farklı olabilir. Kiloya göre doz ayarlamasının yapılması, her zaman etkili bir tedavî için yeterli olmayabilir. Keza, alzhaymer hastası olan kişilerin de özel bakıma ihtiyacı olup, bir dizi araştırma ve deneyler yapılmadığı takdirde, tedavî edilmeleri mümkün olmayacaktır. Bu konuda gündeme getirilecek bir araştırma yasağı, hiç de amaca uygun olmayacak şekilde, temyiz kabiliyetinden yoksun olan insanların hızlı bir şekilde iyileştirilmesini en-

gelledebilecektir. Ancak, temyiz kabiliyeti olmayan kişiler hakkındaki temel yaklaşım, bu kişiler üzerinde tıbbî araştırma yapmanın, kısıtlayıcı ön koşullara bağlanmasıdır. Buradaki ayırım açısından dikkate alınacak kriter, söz konusu araştırmanın doğrudan ilgili kişinin tedavisi ile ilgili olup olmadığıdır. Somut olay açısından söz konusu hastaya yararlı olması amacıyla yapılan araştırmalarda, duruma göre hastanın onayı aranmamasına karşılık, hastayı doğrudan ilgilendirmeyen ve genel araştırma yapma arzusunun kaynaklanan müdahalelerde, hastanın onayı daha sıkı şekilde aranacaktır. Somut bir yararı olmamakla beraber ilerisi için yararlı olabileceği ve umut ışığı olabileceği düşünülen hallerde de söz konusu durum farklı değildir<sup>58</sup>.

BTİHS'nin 18/1. maddesinde ise, embriyonun tüp ortamında araştırılması ve geliştirilmesi düzenlenmiştir. Bu çerçevede, hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun korumanın sağlanacağı belirtilmiştir. Sadece araştırma amacıyla insan embriyonlarının yaratılması ise, bu Sözleşme'nin 18/2. maddesi ile yasaklanmıştır.

Embriyodan anlaşılması gerekenin ne olduğu, BTİHS'nde açıkça belirtilmiş değildir. Ancak, yasal düzenlemelerde genel olarak kabul edilen, zigot hücrelerinin sıvı halden başlayarak, organların oluşması aşamasının tamamlanması anına kadar geçirdiği süre olarak düzenlenmektedir. Avrupa ülkeleri arasında, embriyon üzerinde yapılacak araştırmalar konusunda kabul edilen oldukça farklı kriterler vardır. Nitekim, bu Sözleşme'nin hazırlanması sırasında kendini gösteren görüş ayrılıkları da bunun açık bir göstergesidir. Ancak, tüp içindeki embriyon üzerinde araştırma yapılmasına hukuken izin verilmesi halinde, gerekli koruyucu önlemler alınacağı hususunda, BTİHS'nin 18/1. maddesi açısından herhangi bir şüphe yoktur<sup>59</sup>. Koruyucu önlemlerin neler olduğu hakkında açık bir düzenleme söz konusu olmadığı için, bu alanın devletlerin inisiyatifine bırakıldığı söylenmesi yanlış olmaz.

## 7. Nakil Amacıyla Canlı Vericilerden Organ ve Doku Alınması

BTİHS'nin 19/1. maddesine göre, yaşayan bir kimseden nakil amacıyla organ veya doku alınması, sadece alıcının tedaviye ilişkin yararı için ve ölmüş bir kimseden uygun organ veya doku bulunamadığı ve başka bir tedavi yönteminin de olmadığı durumlarda gerçekleştirilebilir<sup>60</sup>. Bu konuda gerekli muvafakat, 19/2. madde gereği, yine bu Sözleşme'nin 5. maddesinde öngörüldü-

<sup>58</sup> Teklif Raporu, s.316.

<sup>59</sup> Teklif Raporu, s.319.

<sup>60</sup> Organ nakli (*transplantasyon*) kavramı ve organ bağıışı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz., UGOWSKI, P.: *Rechtsfragen der Lebendspende von Organen*, (Dissertation), Münster 1993, s.8-10.

ğü üzere, açık ve belirgin bir şekilde, yazılı olarak veya resmî bir makam önünde verilmiş olmalıdır. Bu düzenlemeden anlaşılan, araştırma amacıyla bir canlıdan organ ve doku alınmasının yasaklandığıdır<sup>61</sup>.

Türk iç hukuku açısından organ ve doku nakli yapılması ile ilgili düzenleme, 2238 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Nitekim, bu Kanunun "Amaç" başlığını taşıyan 1. maddesi, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlarla organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve nakli gibi konuların, bu Kanun hükümlerine göre yapılacağını düzenleme altına almıştır. Kanunun II. Bölümü "Yaşayan Kişilerden Organ ve Doku Alınması" başlığını taşımaktadır ve 5-10. maddeleri arasında bu konudaki düzenlemelere yer vermiştir. 5. madde çerçevesinde, yaşayan bir kişiden organ alınması, kişinin on sekiz yaşını bitirmiş ve temyiz kudretine sahip olmasına bağlıdır. 6. maddenin, kendinden doku ya da organ alınacak kişinin muvafakati konusundaki düzenlemesinin de, BTİHS'nin 19/2 ve 5. maddelerinde belirtilen usule uygun olduğu söylenebilir<sup>62</sup>. Yine BTİHS'nin 5. maddesinde yer alan organ verecek kişinin bilgilendirmesine yönelik düzenlemeler de, 2238 sayılı Kanunun 7. maddesinde belirtilen koşullarla paralellik içindedir<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> Ölmüş bir kimseden organ veya doku alınması konusunda, BTİHS'nde açık bir düzenleme olmamakla birlikte, bu konu sadece yaşayan bir kimseden organ veya doku alınmasına ilişkin 19/1. maddede dolaylı biçimde düzenlenmiştir. Buradan da anlaşılacağı gibi, yaşayan bir kimseden organ veya doku nakli yapılması, öncelikle ölmüş bir kimseden uygun organ ya da doku bulunamaması koşuluna bağlanmıştır. Türk Hukuku açısından, ölüden organ ve doku nakli yapılması ve cesetlerin bilimsel araştırma amacıyla muhafaza edilmesi konusu, 2238 sayılı Kanunun 14. maddesi ile düzenlenmiştir. Maddenin bu düzenleniş biçimi, 21 Ocak 1982 tarihinde 2594 sayılı Kanun ile gerçekleştirilmiştir. Bu madde çerçevesinde, ölen kişi, sağlığında vücudunun tamamını ya da organlarını bilimsel amaçlar için bıraktığını resmî ya da yazılı bir vasiyet ile belirtmeli ya da bu konudaki isteğini iki şahit huzurunda açıklamış olmalıdır. Böyle bir açıklamanın bulunmaması halinde, sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin, bunlar yoksa herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz., AYAN, s.21 vd.

<sup>62</sup> 2238 sayılı Kanunun 6. maddesi çerçevesinde uygun bir muvafakatten söz edebilmek için, on sekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan vericinin, en az iki tanık huzurunda, açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak, önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın, bir hekim tarafından onaylanması zorunlu görülmüştür.

<sup>63</sup> 2238 sayılı Kanunun 7. maddesinde a-f bentlerinde yer alan koşulların, nakli gerçekleştirecek olan hekim tarafından yerine getirilmesi zorunlu tutulmuştur. Bu çerçevede hekim, vericiye organ ve doku naklinin doğurabileceği tehlikeler, tıbbî, psikolojik ve ailevî sonuçlar hakkında her türlü bilgiyi verecek, alıcıya sağlayacağı yararları anlatacak, eşinin bu konuda haberinin olup olmadığını araştırarak, muvafakatin parasal ya da başka bir çıkar amacıyla ya da gayrî insanî bir sebebe bağlı olarak yapıp yapılmadığını tespit edecek ve gerektiğinde nakil talebini reddedecek, kan ve sıhrî hi-

BTİHS'nin 20/1. maddesi, organ alınmasına bu Sözleşme'nin 5. maddesine göre muvafakatini açıklama yeteneği bulunmayan bir kimseden organ veya doku alınmasını, prensip itibariyle yasaklamıştır. İstisnaî olarak ve kanun tarafından öngörülmüş koruyucu şartlar altında, muvafakat verme yeteneği olmayan bir kimseden doku veya organ alınmasına ise, 20/2. maddede belirtilen aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde izin verilebilecektir:

- i) Muvafakat verme yeteneği bulunan uygun bir vericinin bulunmaması;
- ii) Alıcı şahsın, vericinin erkek veya kız kardeşi olması;
- iii) Bağışın, alıcı bakımından hayat kurtarıcı olma beklentisinin bulunması;
- iv) 6. maddenin 2 ve 3. paragraflarında öngörülen yetkinin, kanuna uygun olarak yetkili kurum tarafından onaylanan şekilde, belirli ve yazılı olarak verilmiş olması;
- v) Muhtemel vericinin buna itirazda bulunmaması<sup>64</sup>.

Burada muvafakat verme yeteneği bulunan bir kişinin bulunamaması koşullundan sonra, alıcının doku verecek olanın kardeşi olması ve genetik yapısının doku nakline (*transplantasyon*) izin vermesidir. Dolayısıyla burada, aile içi dayanışma ile ilgili bir istisnadan söz etmek mümkündür. Genetik bakımdan uygun kişiden doku nakli yapılması, nakledilen kısmın kendisini yenilemesi bakımından gereken fonksiyonu yerine getirebilecektir. Günümüzde giderek önem arz eden bir diğer organ nakli türü de kemik naklidir. Kemik naklinin gerçekleştirilebilmesi de, ancak verici ile alıcının genetik yapısının son derece birbirine uyumlu olmasına bağlıdır<sup>65</sup>.

---

sımlık ya da yakın münasebetin bulunması durumu dışında alıcı ve vericinin isimlerini açıklamayacaktır. Yaşayan kişilerden biyolojik madde almanın maddî ve hukukî şartları konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz., AKINCI, s.162 vd.

64 Türkiye, muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerden doku veya organ alınmasının koşullarını düzenleyen BTİHS'nin 20/2. maddesine çekince koymuştur. Çekince metnine göre Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti tarafından, "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 36. maddesi uyarınca, Sözleşmenin 20. maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanununun 5. maddesiyle uyum halinde olmaması nedeniyle, işbu madde fıkrasını uygulamamak hakkını saklı tutar" denilmiştir. Bundan anlaşılacak, 2238 sayılı Kanunun 5. maddesine göre, temyiz kudretine sahip olmayan ve on sekiz yaşını bitirmemiş olan yaşayan kişilerden organ ve doku alınmasının yasaklanmış olduğudur. Türkiye açısından, hükümet gerekçesinde de belirtildiği gibi, bir yandan tıbbî ve genetik alandaki gelişmeler karşısında, insanın hem bir birey hem de insan türünün bir üyesi olarak korunması gereğinden söz edilmiş, öte yandan BTİHS'nin 20/2. maddesindeki istisnaî düzenlemenin iç hukuk kuralına uymaması nedeniyle kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Hükümet Gerekçesi için bkz., <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss238m.htm>.

65 Açıklama Raporu, Nr.123, s.27.

## 8. Ticarî Kazanç Yasağı ve İnsan Vücudundan Alınmış Parçalar Üzerinde Tasarruf

BTİHS'nin 21. maddesi çerçevesinde, insan vücudu ve onun parçaları, bu nitelikleri dolayısıyla, ticarî kazanç sağlanmasına konu olmayacaktır. İnsan vücudunda modern tıp açısından son derece önem arz eden organlar bulunmaktadır. Özellikle, bazı organlar, kan ve doku parçaları son derece önemlidir. İşte BTİHS, insan doku ve organlarının giderek ticarî metâ haline dönüştürülmesinin ve konunun giderek sadece ticarî önemi olan bir eşya konumuna getirilmesinin önüne geçilmesini amaçlamıştır<sup>66</sup>. BTİHS'nin 21. maddesinde yer alan düzenleme, hangi organların ticarî boyutu açısından insan haysiyetini rencide edeceğini tek tek sıralamış değildir. Bu organları, özellikle insan vücudunda hayatî öneme sahip olanlar şeklinde algılamak gerekir. Yoksa, insan vücudunda mütemmim cüz gibi değil, teferruat konumunda olan saç kılı ya da tırnak gibi dokuları bu kapsamda değerlendirmemek gerekir. Yine, atık cenin gibi bazı insan hücrelerinin değişik sektörlerde kullanımı da, bu madde çerçevesinde yasaklanmış değildir<sup>67</sup>.

BTİHS'nin 21. maddesi, insan kökenli biyolojik maddelerin patentlenerek, değişik amaçlarla kullanılması konusunda belirleyici bir düzenleme getirmemiştir. Bu konunun son derece teknik ve kompleks olduğunun görülmesi nedeniyle ve ayrıca, Avrupa ülkeleri arasındaki farklı düzenlemelerin uyumlu hale getirilebilmesi amacıyla, Avrupa Patent Örgütü gibi uluslararası kuruluşlar tarafından gereken düzenlemelerin yapılması daha uygun görülmüştür<sup>68</sup>. Biyoteknolojinin günümüzde baş döndüren bir hızla gelişmesi, bu alanda da hukukî boşlukların doldurulması ve düzenleyici hükümlerin yapılması gereksinimini ortaya çıkarmıştır. Örneğin, genlerin patentlenmek suretiyle, bilimsel ya da ticarî amaçlarla kullanılması ya da insanın genetik bilgilerinin kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmesi gibi hususlar, bu konuda evrensel bir aklın oluşturulması gereğini, giderek daha fazla hissettirmektedir<sup>69</sup>.

Bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında,

<sup>66</sup> BTİHS'nin kabulünden önce de, 2238 sayılı Kanunun 3. maddesi ile, bir bedel ya da çıkar karşılığında organ ve doku alınıp satılması yasaklanmıştır.

<sup>67</sup> Açıklama Raporu, Nr.133, s.28.

<sup>68</sup> Teklif Raporu, s.323.

<sup>69</sup> Biyoteknoloji alanındaki güncel gelişmeler, genlerin patentlenmesi ve genetik yapının kişiliğin korunması çerçevesinde değerlendirilmesi yolundaki gelişmeler için bkz., KLEINE, T./KLINGELHÖFER, T.: "Biotechnologie und Patentrecht- Ein aktueller Überblick", GRUR, 1/2003, s.1 vd.; KÖSTER, U.: "Absoluter oder auf die Fuktion eingeschränkter Stoffschutz im Rahmen von "Biotech" -Erfindungen, insbesondere bei Gen-Patenten", GRUR, 10/2002, s.833 vd.; SCHLADEBACH, s.225 vd.

çıkarılan parça, yalnızca BTİHS'nin 22. maddesinde düzenlendiği şekilde, uygun bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir. Bu düzenlemenin amacı, kendilerine tıbbî müdahalede bulunulan ya da geçirdiği bir operasyon sonucunda vücudundan doku ya da organ alınan kişilerin korunmasıdır<sup>70</sup>. Bu tür doku ve organların, müdahale sonrasında uygun şartlarda muhafaza edilmesi ya da nakledilmek suretiyle kullanılması, ancak, kendisinden doku ya da organ alınan kişinin buna muvafakat etmesine bağlıdır. Bu konuda, BTİHS'nin 5. maddesinde yer alan muvafakate ilişkin genel kural uygulama alanı bulur. BTİHS'nin bu konuda aradığı muvafakatin, her somut olay için aynı olduğundan söz edilemez. Muvafakatin şekli ve verilme usulü, her somut olayın özelliğine göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin, hastaneye hayatî tehlike arz eden bir operasyon geçirmek amacıyla gelen hasta, gerektiğinde organ veya doku alınması için gerekli olan bir belgeyi imzalamışsa, artık onun bu konuda muvafakatinin alındığı kabul edilecektir<sup>71</sup>.

### V. Sözleşme Hükümlerinin İhlâli

BTİHS ile getirilen düzenlemelerin ihlâl edilmesi halinde, alınacak önlemler ile uygulanacak müeyyideler de bu Sözleşme yoluyla düzenlenmiştir. Sözleşme'nin bu şekilde, kendi koruyucu mekanizmalarını da içinde barındırdığı söylenebilir. BTİHS'nin 23. maddesi çerçevesinde, taraflar, bu Sözleşme'de öngörülen hakların ve ilkelerin hukuka aykırı bir şekilde ihlâlinin en kısa sürede önlenmesi veya durdurulması için, uygun yargısal korumayı sağlayacaklardır. Bu hukukî koruma, yalnız hukuka aykırı olduğu kabul edilen hak ihlâllerinde söz konusu olacaktır. Hangi fiillerin bu anlamda hukuka aykırı

<sup>70</sup> BTİHS'nin kabul edilmesinden önce, 2238 sayılı Kanunun 7. maddesi çerçevesinde, organ ve doku alacak hekimlerin, vericiyi bilgilendirme yükümlülüğü düzenleme altına alınmıştır. Bunu takip eden 8. madde düzenlemesiyle, vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya büyük ölçüde tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması kesin olarak yasaklanmıştır. Nitekim 9. madde, organ ve doku nakli yapılmadan önce, verici ve alıcı için söz konusu olabilecek tehlikelerin azaltılması amacıyla, gereken inceleme ve tahlillerin yapılması ve sonucun bir olurluk raporu ile tespiti zorunlu tutmaktadır. Nihayet 10. madde ile, organ ve doku naklinin, gerekli uzman personel ile araç ve gerece sahip olan sağlık kurumlarınca yapılmasını zorunlu tutarak, taraflar için azamî güvenliğin sağlanması yolundaki çabasını ortaya koymaktadır. Kanaatimizce, 2238 sayılı Kanunda yer alan bu düzenlemelere uygun koşullarda gerçekleştirilen organ ve doku alımının, gerekli görülen hallerde ve getirilen kısıtlama ve yasaklara da aykırı olmamak koşuluyla, başka amaçlar için kullanılmasında herhangi bir aykırılık söz konusu olmayacaktır.

<sup>71</sup> Teklif Raporu, s.324.

kabul edileceği konusunda, çeşitli ülkelerde BTİHS'nin 26/1. maddesinden hareketle, kısıtlayıcı düzenlemelere rastlanması mümkündür. Ancak, burada sayılanlar dışında bir amaca bağlı olarak kısıtlama getirilmesi de yasaklanmıştır<sup>72</sup>.

Yine, BTİHS'nin 24. maddesi çerçevesinde, tıbbî bir müdahale sonucunda uygun olmayan bir zarara uğrayan kişinin, kanun tarafından öngörülen koşullar ve usuller uyarınca, âdil bir tazminat isteme hakkı vardır. Burada suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı ve nedensellik bağının kurulup kurulmadığı konusunda ülke içi hukuk yetkili olacaktır.

Taraf devletler, bu Sözleşme'nin 25. maddesi gereği, bu tür hukuka aykırı ihlaller karşısında, uygun yaptırımları sağlamak yükümlülüğü altına girmiştir. Ancak, burada dikkate alınması gereken önemli bir husus, yaptırımların uyumsuzluğun tarafları arasındaki hukukî ilişki ile orantılı olmasıdır. Bu nedenle, tespit edilen her hak ihlâli yaptırıma tâbi tutulacak diye bir zorunluluk söz konusu değildir<sup>73</sup>.

## VI. Sözleşmenin Uygulanması ve Yorumu

### 1. Sözleşmenin Uygulanması, Değiştirilmesi ve Koruyucu Önlemler

BTİHS'nin 26/1. maddesine göre, bu Sözleşmede yer alan haklar ve koruyucu hükümlerin kullanılmasında, kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olanlardan başka kısıtlama konulmayacaktır. Böylece, hangi hallerde bu Sözleşme hükümlerinin uygulanmayabileceği belirtilmiş ve fakat 26/2. madde ile yukarıdaki paragrafta sözü edilen kısıtlamaların, 11, 13, 14, 16, 17, 19, 20 ve 21. maddeler ile ilgili olarak hiçbir şekilde uygulanmayacağı hükmü getirilmiştir.

Bu Sözleşmedeki hükümlerden hiçbiri, BTİHS'nin 27. maddesinde belirtildiği üzere, tarafların, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında bu Sözleşmede belirtilenden daha geniş bir koruma sağlama imkânını kısıtlayacak veya etkileyecek şekilde yorumlanmayacaktır.

<sup>72</sup> Türkiye açısından, 2238 sayılı Kanununun 15. maddesi çerçevesinde, bu Kanun hükümlerine aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşılaman ve nakledenlerle, bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve ayrıca ağır para cezasına hükmedileceği belirtilmiştir. Bu yönüyle, 2238 sayılı Kanununun cezaî yaptırımını da, belirli sınırlarla bağlı kalmak koşuluyla içeriğinde düzenlediğini söylemek mümkündür.

<sup>73</sup> Teklif Raporu, s.325.



BTİHS'ne taraf olan devletler, BTİHS'nin 28. maddesine göre, biyoloji ve tıp alanındaki gelişmelerin doğurduğu temel soruların, özellikle ilgili tıbbî, sosyal, ekonomik, ahlakî ve hukukî yansımaların ışığında, uygun şekilde kamusal tartışmaya konu olmasını ve bunların muhtemel uygulamalarının, uygun istişarelere konu olmasını sağlayacaklardır. Her bir üye devlet, kamuyu aydınlatıcı nitelikte düzenleyeceği bu tür etkinliklerin mahiyetini ve usulünü belirleme konusunda serbesttir. Örneğin, ülke içi uygulamaların takibi amacıyla bir etik komisyonunun kurulması, tıp fakültelerinde ve sağlıkla ilgili diğer fakülte ve yüksek okullarda, biyoloji ve tıp biliminin etik yönü hakkında öğrencilere ve diğer sağlık personeline bilgi verilmesi ya da bu sorunu iş edinen merkezler ve araştırma enstitülerinin açılması birer yöntem olarak belirtilebilir<sup>74</sup>.

BTİHS'nin 29. maddesi çerçevesinde, Avrupa İnsan Hakları Divanı, Taraflardan birinin Hükümeti'nin, diğer taraflara bilgi verdikten sonra ileteceği ve 32. maddeye göre, Sözleşme taraflarının temsilcileriyle kısıtlı bir şekilde oluşturulan Komitenin, kullanılan oyların üçte iki çoğunluğuyla alacağı karara dayalı talepler üzerine, bir mahkemede görülmekte olan herhangi belirli bir davaya doğrudan atıfta bulunulmaksızın, işbu Sözleşmenin yorumuna ilişkin hukukî sorunlar hakkında istişarî nitelikte görüş bildirilebilecektir. Yine, bu Sözleşme'nin 30. maddesi, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne, taraflardan herhangi birinin iç hukukunda yer alan hukukî düzenlemelerin, Sözleşme hükümlerinden herhangi birinin etkin şekilde uygulanmasına ne şekilde katkıda bulunacağı konusunda açıklama isteme yetkisi vermiştir. Bunun da, taraf devletler açısından bir denetim mekanizması oluşturacağı şüphesizdir.

## **2. Protokollerin Etkisi ve Sözleşmede Değişiklik Yapılması**

Bu Sözleşmede yer alan ilkelerin geliştirilmesi amacıyla, BTİHS'nin 31. maddesinde belirtildiği gibi, belirli alanlarda, 32. madde uyarınca protokoller akdedilebilir. Protokoller, Sözleşmeyi imzalayan Devletlerin imzasına açılacaktır. Protokoller, onay, kabul veya uygun bulmaya tabi olacaktır. İmzacı bir Devlet, önceden veya aynı anda Sözleşmeyi onaylamadan, kabul etmeden ya da uygun bulmadan, Protokolleri onaylayamaz, kabul edemez ya da uygunluk veremez.

BTİHS'nin 32. maddesi ise, bu Sözleşme'nin yürütülmesi, izlenmesi ve ge-

<sup>74</sup> Teklif Raporu, s.326; nitekim 2238 sayılı Kanununun 10. maddesi çerçevesinde, organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, ancak gerekli uzman ile araç ve gerece sahip olan sağlık kuruluşlarında yapılabileceği düzenlenmek suretiyle, bir yönüyle bu konuda uzman hizmet verecek kuruluşların artırılması teşvik edilmiştir.

rekli görülmesi halinde, bazı hükümlerinde değişiklik yapılması gibi halleri düzenlemektedir. Bu çerçevede yer alan düzenlemeleri şu şekilde sıralamak mümkündür:

- İşbu madde ve 29. madde ile Komite'ye verilen görevler, Biyoetik Yürütme Kurulu (CDBI) veya Bakanlar Komitesi tarafından tayin edilecek herhangi başka bir komite tarafından yerine getirilecektir.
- 29. maddenin özel hükümlerine zarar gelmeksizin, Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerden her biri ve bu Sözleşmenin Avrupa Konseyi üyesi olmayan taraflarının her biri, Komite bu Sözleşme tarafından verilen görevleri yerine getirirken, Komite'de temsil edilebilecek ve bir oy hakkına sahip olacaktır.
- 33. maddede atıfta bulunulan veya bu Sözleşmeye taraf olmayıp, 34. madde hükümleri uyarınca Sözleşmeye katılmaya davet olunan herhangi bir devlet, Komite'de bir gözlemci ile temsil edilebilecektir. Avrupa Topluluğu, taraf değilse, Komite'de bir gözlemci ile temsil edilebilecektir.
- Bilimsel gelişmelerin izlenmesi amacıyla, işbu Sözleşme, yürürlüğe girdiği tarihten itibaren beş yılı aşmayacak bir süre içinde ve müteakiben Komite tarafından belirlenebilecek aralarla, Komite tarafından gözden geçirilecektir.
- Taraflardan herhangi biri, Komite veya Bakanlar Komitesi'nin, bu Sözleşmeye bir değişiklik getirilmesi, herhangi bir Protokol akdedilmesi veya Protokollerden birine bir değişiklik getirilmesi önerileri, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne iletilecek ve onun tarafından Avrupa Konseyi'ne üye Devletler, Avrupa Topluluğu, herhangi bir imzacı devlet, herhangi bir taraf, 33. madde hükümleri uyarınca bu Sözleşmeyi imza etmeye davet edilen herhangi bir devlet ve 34. madde hükümleri uyarınca bu Sözleşme'ye katılmaya davet olunan herhangi bir devlete gönderilecektir.
- Komite, öneriyi, 5. paragraf uyarınca Genel Sekreter tarafından iletildiği tarih üzerinden iki aydan az olmayan bir süre geçtikten sonra inceleyecektir. Komite, kullanılan oyların üçte iki çoğunluğuyla kabul edilen metni, onay için Bakanlar Komitesine sunacaktır. Bakanlar Komitesi'nin onayından sonra, metin, onay, kabul veya uygun bulma için taraflara iletilecektir.
- Herhangi bir değişiklik, değişikliği kabul eden taraflar bakımından, en az dördü Avrupa Konseyi üyesi olmak üzere, beş tarafın değişikliği kabul etmiş olduklarını Genel Sekretere bildirdikleri tarihi izleyen bir aylık sürenin geçmesinden sonra gelen ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

Sonradan kabul eden taraf bakımından değişiklik, bu tarafın, kabul keyfiyetini Genel Sekretere bildirdiği tarihi izleyen bir aylık sürenin geçmesinden sonraki ayın ilk günü yürürlüğe girecektir.

## VII. Sözleşmeye Katılım ve Uygulama Alanına Getirilebilecek Sınırlamalar

Normal koşullar altında, BTİHS'nin 33. maddesine göre, bu Sözleşme'nin, Avrupa Konseyi'ne üye Devletler, Sözleşme'nin oluşumuna katkıda bulunan üye olmayan Devletler ve Avrupa Topluluğu'nun imzasına açık olacağı ve herhangi bir İmzacı Devlet bakımından, bu Devletin, onay, kabul veya uygun bulma belgesini tevdii tarihini izleyen üç aylık sürenin geçmesinden sonra gelen ayın ilk günü yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi'ne üye olmayan devletler bakımından ise, nasıl bir katılım sürecinin olabileceği, BTİHS'nin 34. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, işbu Sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, taraflara danıştıktan sonra, Avrupa Konseyi Statüsü'nün 20. maddesi (d) alt paragrafında belirlenen çoğunlukla ve Bakanlar Komitesine katılmaya yetkili olan âkit devlet temsilcilerinin oybirliğiyle Avrupa Konseyi'ne üye olmayan herhangi bir devleti bu Sözleşmeye katılmaya davet edebilir. Yürürlüğe girme anı ise, bu Sözleşme'nin 33. maddesinde belirtildiği şekildedir.

BTİHS'nin 35 ve 36. maddeleri çerçevesinde, iki bakımdan bu Sözleşme'ye sınırlama getirmek mümkündür. Bunlardan ilki, Sözleşme'nin geçerli olacağı bölgenin imzacı devlet tarafından belirlenebilmesi; ikincisi ise, imzacı devletin kendi iç hukuk düzenlemeleri ile uyumlu olmadığı görülen maddelere çekince koyabilmesidir<sup>75</sup>. Gerçekten BTİHS'nin 35/1. maddesi çerçevesinde, herhangi bir imzacı devlet, bu Sözleşmeyi imzalama aşamasında veya onay, kabul veya uygun bulma belgelerini tevdî ettiği sırada, bu Sözleşme'nin uygulanacağı bölge veya bölgeleri belirleyebilir. Diğer bir katılımcı Devlet de, katılma belgesini tevdî ettiği zaman aynı beyanda bulunabilir. Bu tür bir beyan, söz konusu beyanda belirtilen bölge bakımından, Genel Sekreter'e yönelik bir bildirimle geri alınabilir. Geri alma, söz konusu bildirim Genel Sekreter tarafından alındığı tarihi izleyen üç aylık sürenin geçmesinden sonra gelen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

BTİHS'nin 36/1. maddesine göre, herhangi bir Devlet ve Avrupa Topluluğu, imza aşamasında veya onay, kabul veya uygun bulma belgesini tevdî eder-

<sup>75</sup> Örneğin, Türkiye'nin BTİHS'nin 36. maddesine dayalı olarak, 20/2. maddede yer alan istisnaî düzenleme hakkında koyduğu çekince bu tür bir çekinedir.

ken, o sırada ülkesinde yürürlükte bulunan herhangi bir kanunun, bu Sözleşme'nin herhangi bir hükmü ile uyum halinde olmaması nedeniyle, herhangi bir hüküm için çekince koyabilir<sup>76</sup>. Genel nitelikteki çekincelere, bu madde uyarınca izin verilmeyecektir. Bu madde uyarınca konulacak çekince, ilgili kanun hakkında kısa bir açıklama içerecek ve böyle bir çekinceyi koyan herhangi bir taraf, Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne yönelteceği bir beyanla çekinceyi geri alabilecektir. Geri alma, söz konusu beyanın Genel Sekreter tarafından alındığı tarihi izleyen bir aylık sürenin geçmesinden sonra gelen ayın ilk günü yürürlüğe girer.

Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, BTİHS'nin 38. maddesine göre, Konsey üyesi Devletlere, Avrupa Topluluğuna, herhangi bir imzacı devlete, herhangi bir tarafa ve bu Sözleşmeye katılmaya davet edilmiş diğer herhangi bir devlete, atılan imzalar, verilen belgeler, konulan çekinceler ve her türlü gelişmeler hakkında bildirimde bulunmakla yükümlüdür.

### Sonuç

Türkiye'nin "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi*" ni 3.12.2004 tarihli ve 5013 sayılı Uygun Bulma Kanunu ile kabul etmesi, ülkemizin insan hakları ve insan haysiyetinin korunması konusunda geldiği aşamayı göstermesi bakımından son derece önemlidir. Bu Kanunun gerekçesinde de vurgulandığı gibi, tıbbî ve genetik alandaki gelişmeler karşısında, insanın hem birey, hem de insan türünün bir üyesi olarak korunması ve bu husustaki etik kuralların denetim altına alınması için, uluslararası düzeyde ortak bir tavır benimsenmesine katkı sağlamak amacıyla, Avrupa Konseyi tarafından hazırlanmış olan bu Sözleşme'nin kabul edilmesi kaçınılmaz olmuştur. BTİHS, biyoloji ve tıp alanındaki hızlı gelişmeler karşısında insanı koruyan ilk uluslararası belge olma niteliğine sahiptir.

BTİHS, Avrupa çapında ortak bir payda oluşturmasının yanında, Dünya Sağlık Teşkilatı tarafından da desteklenmiş, ayrıca hazırlık çalışmalarına Amerika ve Japonya'nın da katılımıyla büyük ölçüde evrensel bir boyut ka-

<sup>76</sup> Nitekim Türkiye Cumhuriyeti, bu Sözleşme'ye söz konusu hükme dayalı olarak çekince koymuştur. Çekince metni şu şekildedir: "Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi : İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*"nin 36 ncı maddesi uyarınca, Sözleşmenin 20 nci maddesinin, muvafakat verme yeteneği olmayan kimselerden kendisini yenileyen dokuların alınmasını mümkün kılan 2 numaralı bendinin, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5 inci maddesiyle uyum halinde olmaması nedeniyle, işbu madde fıkrasını uygulamamak hakkını saklı tutar"; bkz., RG. 09/12/2003-25311.

zanmıştır. Türkiye, 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun” ile de büyük uyum içinde olması dolayısıyla, baştan itibaren BTİHS’nin hazırlık çalışmalarına katılmış ve bu konudaki duyarlılığını ortaya koymuştur.

Türkiye BTİHS’ne, bu Sözleşme’nin 36. maddesinin verdiği imkândan dolayı, 20/2. maddede düzenlenen, muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerden istisnaî koşulların yerine getirilmesi durumunda organ ve doku alınabilmesine izin veren hükmün, 2238 sayılı Kanunun 5. maddesindeki yasaklayıcı hükme uymadığı gerekçesiyle çekince koymuştur. Kanaatimce, Sözleşme’nin 20/2. maddesindeki istisnaî düzenleme, muvafakat verme yeteneği bulunmayan kişilerin mağdur olmasına neden olacak nitelikte değildir. Söz konusu düzenlemenin, 20/1. maddedeki organ ve doku alınmasını yasaklayan genel kuralın bir istisnası olduğu ve ayrıca muvafakat verme yeteneği bulunan bir vericinin bulunamaması, verici ile alıcı arasındaki kardeşlik ilişkisi, bağışın hayat kurtarma beklentisi nedeniyle yapılması, yetkili kurum onayının aranması ve vericinin muvafakat verebilecek durumda olması halinde, muhtemelen bu muvafakati verecek olmasının beklenmesi gibi beş ayrı koşulun birden arandığı unutulmamalıdır. Pratik hayatta da karşılaşılabilecek kardeşten organ ve doku alımı ile ilgili bu düzenlemenin, ilgili koşulların tamamının sağlanması halinde, Türk Hukuku açısından herhangi bir engellemeyle karşılaşmamasının daha doğru olacağını düşünmekteyim. Bu amaçla, 2238 sayılı Kanun çerçevesinde gereken değişikliğin yapılması suretiyle söz konusu çekincenin kaldırılmasının, pratik yarar bakımından daha uygun olacağı söylenebilir.

“İnsan Organizmasının Kopyalanması Yasası Hakkında Ek Protokol”, adeta biyoloji ve tıp alanında insan haklarının korunması konusunda gelinen en son noktayı göstermektedir. BTİHS’nin 31. maddesinde de belirtildiği gibi, 32. maddede belirtilen usul çerçevesinde ek protokoller çıkarılabilecek ve bu protokoller de onay, kabul ya da uygun bulma prosedürüne tâbi olacaktır. Ancak, BTİHS’ni kabul etmeyen devlet, sadece protokollere taraf olamayacaktır. İnsan organizmasının kopyalanmasına zemin hazırlayabilecek bilimsel alt yapı konusunda, Türkiye’nin aldığı mesafe günümüz koşullarında yeterli olmasa bile, Türkiye’nin bu Ek Protokolü de kabul etmesinde, evrensel gelişmeleri takip etme adına yarar olduğu kanısındayım.