

GEN ANALİZLERİ VE KİŞİLİK HAKLARININ KORUNMASI

*Doç. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM**

I. GİRİŞ

Bugünün dünyasında tıbbi araştırma sonuçlarının bir biçimde iktisadi değeri haiz varlıklar haline getirildiği muhakkaktır¹. Bu kanaati, İzlandalı gen bankalarına² hizmet veren ve veri madenciliği (=Datamining) yapan kuruluşların ortaya çıkması oldukça kuvvetlendirmiştir. Bu gelişme aynı zamanda, tıbbi araştırmalar sonucu elde edilen bilgi ve verilerin korunmasının önemini oldukça artırmıştır.

Verilerin korunması (=Datenschutz) kavramı aslında yanıltıcıdır. Bu kavram altında ifade edilen husus, korunan öncelikli değer bizzat “veri” olması değil, verinin ilişkili olduğu kişinin “kişilik haklarının korunması”dır. Ancak kişilik, bu verilerin yeterince korunabildiği ölçüde korunmakta, dolayısıyla veriler ne ölçüde sıkı korunursa, kişilik de aynı ölçüde sıkı korunabilmektedir. Bu anlamda verilerin korunması, kişilik haklarının ve dolayısıyla Anayasa ile teminat altına alınan temel hakların korunmasıdır.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.
(e-mail: mfadil@gazi.edu.tr.)

- 1 Örneğin Amerika Birleşik Devletlerinde bir hastanın genetik materyalinin pahalı bir ilacın üretilmesinde kullanılmak üzere bir ilaç firmasına pazarlandığı, dünyanın çeşitli yerlerinde gen bankalarının kurulduğu, sigortacılık sektöründe gen analizlerinin yaygınlaştığı, Çin Halk Cumhuriyetinin genetik parmak izi bankası oluşturarak, insan ticaretini kontrol altına almak istediği görülmektedir. Weichert, T., Der Glaeserne Mensch, <http://www.schleswig-holstein.datenschutz.de//material/themen/gendatei/genoment.htm> (10.05.2006).
- 2 Gen bankaları, insan bedenine ilişkin genetik bilgileri taşıyan ve gerektiğinde vericisi ile ilişkilendirilebilen hücre, uzuv, kan veya DNA örneklerinin toplandığı bankalardır ve bunları daha üst bir başlık olan “biyolojik veri bankası” altında toplamak mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz., Büyükay, Y., Biyolojik Veri Bankaları, Hukuki Perspektifler Dergisi (HPD), Mayıs 2006, s. 178 vd.

Verilerin korunmasında amaç, kişilik haklarının ve dolayısıyla temel hakların, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi suretiyle ihlaline karşı sınırlandırmak ve önlemektir. Bu koruma amacını gerçekleştirmek üzere modern hukuk sistemlerinde kişilere “bilişimsel geleceğini bizzat belirleme hakkı (=informationelle Selbstbestimmungsrecht)” tanınmaktadır³. Bu hak sayesinde kişiler, kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekler, hatta hukuki sınırlar içerisinde parasal işlemlere de konu yapabileceklerdir. Örneğin, kişi ismini, sesini veya resmini bir reklam filminde kullanılabilecek, bunun karşılığında bir menfaat temin edebilecektir. Dolayısıyla kişilik haklarının para ile ölçülemeyeceği fikri son yıllarca oldukça zayıflamıştır. Nitekim Alman Anayasa Mahkemesi bu hakkı belirlerken, “kişiliğin serbestçe gelişimini, kişinin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine, depolayabilmesi, dağıtabilmesi, yayabilmesine bağlamaktadır. Ancak bu hak hiç bir biçimde kişilere, söz konusu veriler üzerinde mutlak hak sahipliği konumu bahsetmemektedir. Bu sebeple kişisel bilgilerin işlenmesinde bazı sınırlamaların konulması kaçınılmaz olmuştur. Örneğin MK. m. 23, BK. m. 19–20 benzeri hükümler bir çok ülkenin pozitif hukuk düzenlemelerinde yerini almıştır.

“Bilişimsel geleceğini belirleme hakkı” esas itibariyle iki kısımda mütalaa edilmektedir. Kişilerin bazı kişisel bilgileri bilmesi gerektiği, bunun o kişinin bir hakkı olduğu alanlarda “bilme hakkı (=Das Recht auf Wissen)’ndan bahsedilirken, kişinin bilmemesi gereken olayları bilmemesi, o vakıaların olduğu gibi bırakılması hakkı ise “bilmeme hakkı (=Das Recht auf Nichtwissen)’na vücut vermektedir⁴.

Bilmeme hakkının söz konusu olduğu durumlarda, bildirilmesi istenmeyen bir bilginin bu kişiye bildirilmesi hukuka aykırı sayılmaktadır. Örneğin öğrenilmesi halinde kişinin yaşam sevincini azaltacak, yaşam kalitesinde olumsuz değişimler yaratacak bir bilginin kişiye bildirilmemesi gereklidir. Zira bu hakkın sahibi, kendisine böyle bir bilgiye sahip olmak istememekte-

3 Söz konusu hakkın Alman Anayasası dogmatikliğinde temellendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Ruppel, Karl-Ludwig, Persönlichkeitsrechte an Daten?, Deliktsrechtlicher Datenschutz nach § 823 Abs. 1 BGB, Zwischen informationeller Selbstbestimmung, Rechtsgüterschutz und Eingriffstypisierung, Würzburg 2001, s. 5 vd.

4 Kern, Bernd-Rüdiger, Unerlaubte Diagnostik- Das Recht auf Nichtwissen, in: Dierks, C. /Wienke, A. /Eberbach, W. /Schmidtke, J. /Lippert, H. D. (Hrsg), Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, Berlin/Heidelberg 2003, 55 vd., 62.

dir⁵. Tıpkı bunun gibi, genetik analizlerin ortaya koyacağı bir hastalık tehlikesini kişinin bilmek istememesi bir haktır ve korunmaya değerdir⁶. Buna rağmen kişinin gen analizi yapılır ve kendisine bir biçimde duyurulur veya kendisinden gen analizi yaptırması ve kendilerine sunması istenir ise, kişilik hakları ihlal edilmiş olur ve bunun sonuçlarına katlanmak zorunda kalır⁷. Bu kapsamda örneğin Almanya’da sigortacılık sektöründe ve personel alımında bu tür analizlerin istenmesinin insan onuruna bir saygısızlık ve genel kişilik haklarına bir aykırılık olduğu dile getirilmektedir⁸.

Gen teknik faaliyetlerin ulaştığı aşama itibariyle hukuk düzenine bir çok bakımdan bir meydan okumanın gerçekleştiğini, hukukun bu sorunlar karşısında yer yer yetersiz kaldığını da itiraf etmek lazımdır. Bu çalışmada ise, bu sorunlardan yalnızca kişilik hakları ile ilgili olanlar ele alınmıştır⁹.

-
- 5 Bu noktada ünlü roman ve hikayeci Ömer Seyfettin’in “Yüksek Ökçeler” adlı hikayesini hatırlamakta yarar vardır. Hikayenin kahramanı olan Hanım’ın yüksek ökçeli ayakkabı giyme zevki ile birleşen bu ayakkabıların çıkardığı sesler, evde bulunan herkesin yaptığı yolsuzluk ve ahlaksızlıkları ört-bas etme imkanı vermektedir. Yüksek ökçeli ayakkabı giymenin ayak rahatsızlığına yol açması üzerine hekim tavsiyesi ile topuksuz ayakkabı giymeye başlayan Hanım, evdeki tüm yolsuzluk ve ahlaksızlıklara şahit olur ve dünyası yıkılır. Tekrar eski dünyasına kavuşmak için ayak sağlığı bozulsa da yüksek ökçeli ayakkabıları giymeye devam eder.
 - 6 Yapılan bir anket katılımcıların 1/3’ünün, Almanya’da ise %48’nin genetik bilgilerini bilmek istemedikleri yönünde verdikleri cevaplar esasen durumun hassasiyetini göz önüne sermektedir (Kern, 63). Ülkemizde de “Hasta Hakları Yönetmeliği”nin 20 nci maddesinde “Bilgi Verilmesini Yasaklama” başlığını taşıyan düzenleme altında “bilmeme hakkı” dogmatik bir temele bağlanmıştır.
 - 7 Esasen Alman hukukunda gen analizlerinin kişilik haklarını ne şekilde ihlal ettiğinin temellendirilmesi bakımından geliştirilen bu argümanlar, Alman kişilik hakları sorununun Medeni Hukuk bakımından çözümlenmiş tarzı ile yakından ilgilidir. Zira Alman hukukunda, kişilik haklarının nelerden ibaret olduğu tek tek sayılmıştır. Bunların dışında bir kişilik hakkı yaratılması dogmatik olarak temellendirildiği takdirde kabul görecektir. Bu kapsamda Alman mahkemelerinin kararları ile bu ilkelerin geliştirildiği ve temellerinin Anayasa’da (GG. Art. I, II) arandığı bir gerçekliktir. Bu bakımdan Türk-İsviçre kanun koyucusunun tercihi isabetlidir ve rahatlıkla gen analizlerinin hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı hallerde yapılmasının istenmesi kişilik haklarının ihlali olarak değerlendirilebilmektedir.
 - 8 Simon, J., Der Rechtsrahmen der Genanalysen, www.datenschutz.hessen.de/Forum/Simon.pdf.
 - 9 Söz konusu sorunlar hakkında geniş bilgi için bkz., Memiş/Yıldırım, Soybağının Tespitinde Gen Analizlerinin Yapılması ve Doğurduğu Sorunlar, AÜEHFD., C. VII, S. 1-2, Erzincan 2004, s. 363 vd.. Örneğin, %99.8 gibi bir oranla babalığın tespiti mümkün ol-

II. KİŞİLİK HAKLARI İLE GEN ANALİZLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Gen analizleri ile kişilik hakları arasındaki ilişki konusundaki açıklamalara geçmeden önce iki olay nakletmek istiyorum¹⁰: Sarı saçlara sahip eşlerden koca, doğan çocuğunun siyah saçlı olmasına bir anlam veremiyor ve merakını gidermek, çocuğun kendisinden olup olmadığından emin olmak için, www.papacheck.de veya www.vaeterseiten.de internet adresleri üzerinden hizmet veren kuruluşlara analizlerde kullanılmak üzere materyal ve öngörülen yaklaşık 400 Euro parayı gönderiyor. Sonunda gerçeği öğreniyor, karısı ile arasındaki ipler kopuyor¹¹.

Diğer olay: Patronlarına kızan bir işçinin, patronları hakkında gerçek dışı iddiaları içeren anonim bir mektup yazarak bunu işletme içerisinde yaymıştır. Bu kişiden şüphelenilmesi üzerine kendisine bir kahve ısmarlanmış ve tükürük salgısı örneği içtiği bir kahve fincanından alınarak, laboratuarlara gönderilmiştir. Mektup üzerindeki tükürük salgısı ile fincandaki tükürük salgısının aynı kişiye ait olduğunun anlaşılması üzerine, işçinin işine son verilmiştir. İş yargısına intikal ettiğinde Mahkeme bu kişinin DNA örneğinin hukuka aykırı olarak elde edildiği gerekçesiyle iş akdinin haksız olarak feshedildiği sonucuna varmıştır.

Bu olaylar da göstermektedir ki, DNA analizleri, günlük hayatın olağan işleri haline gelmiştir. Gerçekten de gen analizlerinin sağladığı verilerin önemi nedeniyle sosyal hayatın bir çok alanında; sigortacılık, eleman temini,

makla birlikte, soy bağı ilişkisinin kurulmasının hukuken belirli süre ve süreçlere bağlanması, bir bakıma hukuksal gerçekliklerle, doğal gerçekliklerin farklılaşmasına ve bunun bir biçimde düzeltilmemesine yol açabilmektedir. Örneğin babalık davası açabilmek için 5 yıllık bir hak düşürücü süre öngörülmüş, bu süre geçtikten sonra babalık davasının açılmaması düzenlenmiştir. Bunlar hukuk düzeninin bir açmazı, teknolojik ve bilimsel gelişmelerle ters düştüğü konulardandır.

10 Menzel, H-Joachim, Brennpunkt: Datenschutz –DNA- Analyse Daten, Die rechtliche Sicht, s. 1, www.ldi.nrw.de/pressestelle/download/glaeserner_mensch/5_menzel.pdf. (06.06.2006).

11 Ülkemizde de bir gazetenin yaptığı araştırmaya göre, genetik test yaptıran her 100 kişiden 20'sinin hüsrana uğradığı, yani çocuğunun gerçek babası olmadığını anlayarak hayal kırıklığı yaşadığı bildirilmektedir. Son iki yıldır isteğe bağlı olarak gen analizlerinin yapıldığı ülkemizde bu durumun, sosyal bir hizmet olduğunun yanısıra gelecekte bir çok sosyal problemi de beraberinde getireceğinden endişe edilmektedir. Konu ile ilgili gazete haberleri için bkz., <http://arsiv.sabah.com.tr/2004/11/10/gny/sag101-20041110-200.html> ve <http://arsiv.sabah.com.tr/2005/08/22/gny/sag101-20050822-200.html>.

suçluların yakalanması, babalığın tespiti vs. alanlarda yoğun olarak kullanılmaktadır. Bu analizi gerçekleştirecek kuruluşların internette site kurmaları da bu gelişmenin ne denli hızlı olduğunun bir habercisidir. Olaylarda da görüldüğü üzere bu durum aynı zamanda analizi yapılan materyalin sağlandığı kişinin sosyal konumu ve bu arada kişilik hakları ile de yakından ilgili bir çok hukuki sorunun doğmasına da yol açmaktadır.

Genom analizi şeklinde ifade edilen terim, canlıların kalıtsal özelliklerini bünyesinde barındıran hücre biriminin analizinin yapılması, dolayısıyla o canlının, hangi kalıtsal özelliklere sahip olduğunun anlaşılması için uygulanan yöntem anlamında kullanılmaktadır¹². Tabii bilimciler ise, genom analizi ile gen analizi arasında bir ayrım yapmakta, genel bir genom analizi kavramının yanlış olduğunu, daha doğrusunun, her bir kişiye ait genlerin analizinin söz konusu olduğunu belirtmektedirler¹³. Bütün bu hususlar göz önünde tutularak, genom analizlerinin, insan hayatına dair gen teknik faaliyetlerinden bir kısmını oluşturduğunu, daha doğrusu bir gen teknik faaliyeti yöntemi olduğunu söylemek mümkündür¹⁴. Buna göre insan hayatı üzerine uygulanan gen teknik faaliyetler, gen analizlerini de kapsayan, çok geniş bir yelpazede sürdürülmektedir. Bu yelpaze içerisinde örneğin, klonlama, hasta-

12 Genomu, bir canlının nesilden nesile geçen tüm genetik bilgiler şeklinde tanımlamak mümkündür. Genom insanda 46 kromozomdan oluşmaktadır ve bunlar 23 çift kromozom şeklinde bulunur. Bu kromozomlardan ikisi, cinsiyet kromozomu da denilen X ve Y kromozomlarıdır. Geriye kalan 44 kromozom Autosomen olarak adlandırılmaktadır. Kromozomlar hücre çekirdeğinde yer almaktadır. Sperm ve yumurtada yer alan hücrelerdeki kromozomlar haploid kromozomlar olarak anılırken, diğer hücreler somatik hücreler olarak kabul edilmektedir. Sperm ve yumurtalıktaki kromozomlar eşleşmekte ve diploid kromozomlar adını almaktadır. İşte bu eşleşme esnasında dünyaya gelecek yeni canlının özellikleri belirlenmiş olmaktadır. Kromozomlar, kromatinlerden; kromatinler de deoksiribonükleik asitlerin (=DNA) bir bileşimidir ve histon denilen belirli bir proteinden oluşmaktadır. DNA genetik bilgilerin bizzat taşıyıcısı iken, kromozomlar buna yalnızca taşınma işlevine aracılık eder bir konumdadır. Tıpkı, bilgisayar programlarının taşınabilmesi için bir veri taşıyıcısının aracılığına ihtiyaç duyması gibi. Ayrıntılı bilgi için bkz., Reichelt, A., Verfahren, Zulaessigkeit und Auswirkungen der DNA-Technologie, (genetischer Fingerabdruck) auf den Anwendungsbereich der Vaterschaftsvermutung im Rahmen des § 1600 o II BGB, Bielefeld 1992, s. 1 vd.; Genom analizi için bkz., aynı yazar, s. 17 vd..

13 Cramer, S., Genom- und Genomanalyse, Frankfurt 1991, s. 6.

14 Gen teknik faaliyetler yalnızca insan hayatı alanında değil, tarım, hayvancılık, ilaç endüstrisi vs. alanlarında yapılmaktadır. Tarım ve hayvancılık alanında gerçekleştirilen gen teknik faaliyetler “yeşil”; tıp alanında gerçekleştirilen faaliyetler ise “kırmızı gen teknolojisi” olarak anılmaktadır.

lıkların önceden teşhisi ve hastalığa yol açan genlere müdahale edilerek, hastalık ortaya çıkmadan hastalığın önlenmesi yönünde çalışmalar yer almaktadır¹⁵.

Görüldüğü üzere vücut bütünlüğü ve ruhsal bütünlüğe bir biçimde müdahaleyi de içerebilen bu çalışmalar, kişilik değerleri ve kişilik değerlerinin korunması konusu ile yakından ilgilidir. Zira gen analizlerinin sonuçları insanın sırf genetik yapısı ile ilgili bilgiler vermemekte, yalnızca önleyici hekimlikte tıbbi teşhis alanında kullanılmakta, aynı zamanda bu kişinin genetik bozuklukları ve ileride دچار olacağı hastalıklar konusunda da bilgiler sunmaktadır¹⁶. Dolayısıyla gen analiz sonuçları tıpkı bir kişinin kaşı, gözü, ruhsal yapısı gibi bugünkü hayatının ayrılmaz bir parçası, kimliğinin zorunlu bir unsuru olmasının yanında gelecekteki kişiliğinin de bir parçasıdır. Hatta bu unsur o denli önemlidir ki, insanın gizli-saklı her türlü mahremiyetini ortadan kaldırmakta, teknolojik diğer gelişmelerle birlikte kişiyi adeta şeffaflaştırmakta “şeffaf insan =gläserner Mensch” şeklinde bir sloganı¹⁷ haklı çıkarmaktadır.

Öncelikle gen analizleri sonucunda elde edilen kişisel bilgilerin, diğer kişisel bilgilere oranla kendine özgü bir takım nitelikleri bulunduğu mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bu özelliklerden ilki, gen analizlerinin kesin

15 Gen analizi yöntemlerinin Fenotip Analizi, Kromozom Analizi, Protein Kimyasal Analiz ve DNA Analizi olduğu görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Büyükay, Y., Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler, AÜEHFD., C.IX, S. 3-4, Aralık 2005, s. 360 vd.

16 Eberbach, Wolfram H., Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, in: Dierks, C./Wienke, A./Eberbach, W./Schmidtke, J./Lippert, H. D. (Hrsg), Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, 1 vd.

17 Bugünkü gelinen teknoloji sayesinde uzaktan insanlar dinlenebilmekte, uydudan bu kişilerin faaliyetleri takip edilebilmekte, banka kartları ile harcama profili gözlemlenebilmekte, doldurduğu çeşitli formlarla ilgi alanları vs. belirlenmektedir. Gen analizleri ile bu seriyi tamamlamakta, insanın özel alan, sır alanı gibi dokunulması hukuka aykırı alanlarını ortadan kaldırmaktadır. Bu sebeple teknolojinin insanı şeffaflaştırdığı sloganı yerinde bir tespittir. Bkz., Cramer, 6; Eckardt, A./Keel, A./Meyer, P., Der Gläserne Kunde, Elektronische Erfassung und Auswertung von Kundendaten, http://www.ta-swiss.ch/www-remain/reports_archive/publications/2000/38_ta_bericht_glaeserne_kunden.pdf (30.05.2006). Bu rapordandan da anlaşılacağı üzere elektronik bankacılığın ve ödeme şekillerinin gelişmesi, müşteri profilinin rahatlıkla elde edilebilmesi ve elde edilen bu bilgilerin pazarlanabilmesi sonucunu doğurmaktadır.

bir şekilde anonimleştirilmesidir¹⁸. Yani genom analizi, kişinin parmak izi gibi daima o kişi ile bilgiyi ilişkilendirmekte, aynı genetik materyal tekrar analiz edildiğinde ilgili kişisi yeniden tespit edilebilmekte ve, ferdileştirmektedir. Diğer yandan gen analizlerinin “ilgili kişisi” belirli değildir. Gen analizi yalnızca genetik materyali veren hakkında sonuçlar sağlamayıp, aynı zamanda bu kişinin yakın akrabaları hakkında da bilgiler sağlamaya elverişlidir. Bir diğer özellik, gen analizlerine toplumda özel bir merakın bulunması ve en küçük şeylerin dahi abartılarak kişi hakkında ayrımcılığın yapılabilmesine hatta yalnızca bu kişi bakımından değil, yakınları bakımından da ayrımcılığa yol açabilmesidir. Son olarak gen analizi sonuçları bazı hallerde kişinin tüm yaşamını etkileyecek bir hal yaratabilir. Örneğin kişi ölümcül bir hastalık tehlikesi taşıdığını öğrendiği takdirde hayatı boyunca bu tehlike demoklesin kılıcı gibi kişinin üzerinde salınacak, hayattan alabileceği lezzeti ortadan kaldıracaktır¹⁹.

Görüldüğü üzere “gen analizleri” ile “kişilik hakları” arasındaki ilişki o denli sıkıdır ki, doktrinde “genetik bilgiler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı= Recht auf Geninformationelle Selbstbestimmungsrecht” veya “Genler üzerindeki kişilik hakları=persönlichkeitsrecht am Genbereich” şeklinde sorun özelleştirilmekte ve somutlaştırılmaktadır²⁰.

Şöyle bir itiraz ileri sürülebilir: Gen analizi nihayet genler hakkında bir bilgidir. Bir bilgi nasıl kişilik hakkının konusunu oluşturabilir?

Kişisel veri denildiğinde, bir kişinin kişilik özelliklerini belirten, onu tanımlayan bilgi anlaşılmalıdır. Fizik dünyada insanın kişilik haklarının konusunu oluşturan hususlardan bazılarının da birer bilgiden ibaret olduğu görülmektedir. Örneğin, kişisel manevi değerler arasında sayılan şan, şöhret ve namus gibi değerlere saldırı halinde korunan husus, esasen, bu kavramlar

18 Anonimleştirme, verilerin, verilerin sağlandığı kişi ile bağının kopartılması, kimden alındığının belirsiz hale getirilmesidir. Ancak gen analiz sonuçlarında böyle bir sonuç söz konusu değildir. Genetik materyal tekrar incelemeye tabi tutulabilir ve ilgili kişisi her zaman tespit edilebilir. Verilerin anonimleştirilmesi rıza olmadan genetik analiz yapılabilmesinin yollarından biri olarak gösterilmektedir. Ancak bu görüş de eleştirilmektedir. Bkz., Büyükay, HPD Mayıs 2006, 182.

19 Menzel, H-Joachim, Brennpunkt: Datenschutz –DNA- Analyse Daten, Die rechtliche Sicht, s. 3; Weichert, a.w.s.

20 Damm, R., Praediktive Medizin und Patientenautonomie, MedR 1999, 438.

etrafında şekillenen bilgilere atfedilen toplumsal değer yargısından ibarettir. İlgili kişiye atfedilen bu bilgiler gerçeğe ve hukuka aykırı olarak çevreye yanlış aksettirildiğinde, bu fiili işleyen kişiler hukuk düzeninin çeşitli yaptırımlarına maruz kalmaktadır.

Gen analizleri kişinin vücut ve ruh sağlığı hakkında önemli veriler sunabilecek, tıpkı resmi gibi onu dış dünyaya tanıtabilecek bir özelliğe sahiptir. Resim nasıl korunuyorsa, şan, şeref nasıl korunuyorsa, genler gerek insan vücudunun bir parçası olması gerek dış dünyaya bazı veriler sunması, genetik bakımdan bir parmak izi (=genetische Fingerabdruck) sayılması²¹ sebebiyle kişilik haklarının bir parçasıdır ve korunmaya layıktır.

Genlerin ve gen analizlerinin kişilik hakları bakımından korunmasında şüphe duymamak ve her halde MK. m. 23-24 hükümleri uyarınca korunması gerektiği ileri sürülmekte²² ise de, gen analizlerinin alelade diğer veriler gibi korunup korunmaması, yani gen analizlerine dair bilgilerin ek bir himaye ile korunup korunmaması konusunda tartışma vardır. Özellikle tıp bilimi ile uğraşanlar gen analizleri ile bilgilerin ek bir korumaya ihtiyacı olmadığı, hekimin susma ve sır saklama yükümlülüklerinin bu alanda kabul edilmesiy-le birlikte zaten en üst seviyede bir korumanın sağlandığını ileri sürmektedirler. Zira gen analizi sonucunda elde edilen veriler “tıbbi veriler”dir ve hekimlerin sır saklama yükümlülüğünün kapsamına dahil bir bilgi niteliğindedir.

Ancak bu görüş, gen analizleri sanatının, hekimlerinin tekeline uzunca bir süreden beri çıkmış olduğu gerçeğini göz ardı etmektedir. Bugün, gen analizleri alanında salt ticari amaçlarla kurulmuş biyo-teknolojik firmalar faaliyet göstermekte ve hekimlerin konumunu gün geçtikçe işgal etmektedirler. Sanayi toplumundan bilgi toplumuna geçilmesi ile birlikte, bilgilerin elektronik ortamlarda işlenmesi ve işlenen bu bilgilerin kolaylıkla transfer edilebilmesi karşısında hekimlik mesleğine özgü bilgi verme ve aydınlatma ilkeleri bu sektörde yer bulamamakta, ek bir himaye ihtiyacı doğmaktadır²³.

21 Genetik parmak izi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Reichelt, 25 vd..

22 Bucher, A., Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Basel 1999, Rdn. 485 vd..

23 Weichert, T., Gentest und Persönlichkeitsrecht, Datenschutz und Datenhoheit (Eser internet üzerinden www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/genoment.htm)

III. TÜRK HUKUKUNDA KİŞİLİK HAKLARINA İLİŞKİN TEMEL İLKE VE DÜZENLEMELER

Türk-İsviçre hukukunda kişilik hakları sorunu, Medeni Hukuk bağlamında, genel bir kişilik hakkının benimsenmesinin yanısıra, bazı kişilik değerlerinin özel bir düzenlemeye kavuşturulması suretiyle çözümlenmiştir. Bu anlayışa göre, kişilik değerlerinin nelerden ibaret olduğunun sınırlarını çizmeye imkan yoktur. Bu konuda hakime doldurulması gereken bir alan tanınmıştır. Bunun yanısıra kişinin ismi, resmi, şeref ve haysiyeti bazı kişilik değerlerinin de özel düzenlemelere konu edildiği görülmektedir²⁴.

Türk hukukunda kişiliğin korunması konusunda temel ilke, Anayasa'nın 17 nci maddesinde yer almış, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan "Özel hayatın gizliliği ve Korunması"nı düzenleyen 20 nci madde olmak üzere, konut dokunulmazlığını düzenleyen 21 ve haberleşme özgürlüğünü düzenleyen 22 nci madde kişilik değerlerini korumaya yönelmiştir.

Temelini Anayasa'da bulan ilkeler uyarınca 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nun 23 ve 24 üncü maddeleri kişilik hakları ile ilgili temel düzenlemeler durumundadır. Bu düzenlemeler, BK. m. 47 ve 49 ile tamamlanmıştır.

Türk hukukunda kişiliğin, kişisel verilerin korunması suretiyle korunmasına imkan verecek düzenleme hazırlığı ise "Verilerin Korunmasını Dair Kanun Tasarısı"dır²⁵. Bu tasarı incelendiğinde Avrupa Birliği Direktifi'ne uygun olarak şu ilkelere uyulduğu gözlenmektedir:

adresinden indirilebilir (5.5.2006). Nitekim genetik araştırmaların sigortacılık, iş, sorumluk ve tıbbi hukuk alanında kötüye kullanılmalarını önlemek amacıyla İsviçre'de bir yasal düzenleme yapılmıştır. www.admin.ch/ch/d/ff/2004/5483.pdf. Bu yasal düzenlenin ayrıntıları ise çıkarılan bir tüzükle düzenlenmiştir. Ayrıca bkz., Baeriswyl, B., Entwicklungen im Datenschutzrecht, SJZ 2005, 446 ff.

24 Dural, M., / Ögüz, T., Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s. 92 vd..

25 Tasarının son haliyle www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselverilerin korunmasi kanunu.htm, adresinden temini mümkündür (29.05.2006). Kanunun eleştirisi için bkz., Beyli, C., Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı Üzerine Eleştiriler, http://www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk/docs/tbs_kisisel_veri_ceylin_beyli_gorus1.pdf.

Veriler, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak elde edilecek ve işleme tabi tutulacaktır. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen verilerin işlenmeleri her halde hukuka aykırı olacaktır. Diğer yandan işlenecek verilerin belirli, açık, dürüstlük kurallarına uygun amaçlar için toplanması, kaydedilmesi gerekmektedir. Bu verilerin kullanımında da amacın aşılmaması, amaçla uyum içerisinde bir kullanımın gerçekleşmesi gereklidir. Veriler, doğru ve güncel olmalı, gerektiğinde yenilebilir ve yok edilebilir nitelikte olmalıdır. Gen analizlerinde mutlaka veri tasarrufu ve veri önleme ilkelerine riayet edilmelidir. Bir diğer ifade ile veriler hangi amaçla kullanılacaksa, amaç gerçekleştirildikten sonra elde edilen veriler mutlaka yok edilmelidir. Bu ilke en önce analiz yönteminin seçiminde başlamaktadır; yoksa verinin doküman haline getirilmesi aşamasında değil. Bununla birlikte bu verilerden daha sonra başka amaçlarla yararlanılacak olması halinde veri sahibinin anonimliğinin korunup korunmadığına da dikkat edilmelidir.

Kişisel verilen, kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçim altında ve sadece toplandıkları amaç için gerektiği kadar saklanmalı ve sonrasında da imha edilmelidir. Irk siyasi düşünce, sağlık, cinsel yaşama ilişkin veriler, ceza mahkumiyetleri, din ve diğer inançlar gibi özel niteliği olan kişisel veriler bakımından daha özel güvenlik tedbirleri içeren yasal düzenlemeler yapılmalıdır. Bu kapsamda olmak üzere, örneğin hukukumuzda 4422 sayılı “Çıkar Amaçlı Suç Örgütleri ile Mücadele Kanunu’nda “gizli izleme” kenar başlığını taşıyan düzenlemeye göre, gizli olarak gözetlenen, izlenen, ses ve görüntü alınan hallerde, suç işleme şüphesinin sabit görülmemesi üzerine, eldeki orijinal bilgi, belge ve kayıtlar ilgiliye verilmesi, bunların suretleri de savcının denetimi altına en geç 10 gün içinde yok edilmesi ve bu husus bir tutanakla tespit edilmesi öngörülmüştür (m. 2).

Tasarı bu özelliklere sahip olmakla birlikte Avrupa Birliği Yönergesine göre göze çarpan en büyük eksiklik, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinde devletin gözetim ve denetim yükümlülüğü ve dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle kusursuz sorumluluğuna yer verilmemiş olmasıdır. Tasarıda yalnızca kişisel sorumluluk düzeni öngörülmüş olup, devletin genel bir gözetim ve denetim sorumluluğuna yer verilmemiştir. Zira Devlet, kişisel verilerin en geniş kapsamda işlendiği kurumdur. Devlet güvenlik, asayiş, kamusal huzurun temini vs. amaçlarla sürekli olarak veri işlemekte ve işlenen bu verileri saklamaktadır. Bu sebeplerle, devlet verilerin korunması konusunda teknik, hukuki ve organizasyon anlamında gereken tedbirleri almak durumundadır. Bu tedbirler öncelikle veri işlenmesine izin

ve kontrol sürecinde uygun hukuki araçları geliştirmekten geçmektedir. Diğer yandan gen analizleri bakımından bir standardın geliştirilmesi, gen analizi yapmaya yetkili kurum ve kuruluşların belirlenmesi ve bunların yasal düzenlemeye kavuşturulması gerekmektedir. Bu kapsamda bir “Genteknik Kanunu”nun hazırlanmasına acilen ihtiyaç vardır. Vatandaşların bilinçlendirilmesi de mutlaka yapılması gereken bir işlerdendir.

IV. TÜRK HUKUKUNDA GEN ANALİZLERİNİN YAPILMASINA İMKAN VEREN DÜZENLEMELER

Hukukumuz incelendiğinde gen analizlerinin yapılmasına bazı kanun hükümlerinin izin verdiği görülmekle birlikte gen analizlerinin yapılmasına dair özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Gen analizi yapılmasına izin veren hükümlerden ilki, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasını” düzenleyen 75 ve 76. madde hükümleridir. Bu maddeler uyarınca alınan örneklerin gerektiğinde moleküler genetik incelemeden geçirilebileceği 78 inci maddede hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün konuluş amacı, bilim ve teknolojinin ulaştığı sonuçların hukuk ve adaletin emrine verme, suçluların takibi ve adaletin sağlanmasıdır. Zira gen analizleri, olay yerinde bırakılan bir tüyden, bir kıldan, hatta failin kanıyla beslenmiş bir bittenden dahi yapılabilmekte ve fail hakkında % 99 gibi büyük bir oranda doğru sonuçlara bizi götürmektedir. Bir diğer ifade ile gen analizine elverişli bir materyal olay yerinde bırakılmış tıbbi bir kimlik kartı ve parmak izi mesabesindedir²⁶.

Gen analizinin yapılmasına cevaz veren bir diğer hüküm, babalığın tespitinde bu tür analizlerin yapılabileceğine dair TMK. m. 284/III hükmüdür. Bu hükme göre: “Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve

26 Maddenin konuluş gerekçesi ve açıklamalar için bkz., Yalvaç, G., Karşılaştırmalı Genetik Yeni TCK, CMK, CGTİK, Ankara 2005, s. 758 vd.. İsviçre hukukunda sırf ceza kovuşturmalarında ve ölen veya kayıp kişilerin kimliğinin belirlenmesinde genetik incelemelerden yararlanılması konusunda yasal bir düzenlemenin yapıldığı görülmektedir. Bkz., Bundesgesetz über die Verwendung von DNA-Profilen im Strafverfahren und zur Identifizierung von unbekanntem oder vermissten Personen, SR 363, www.admin.ch/ch/d/sr/c363.html.

incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir”.

Söz konusu fıkranın iki cümleden oluştuğu görülmektedir. İlk cümlede, kişilerin moleküler biyolojik araştırmalara bazı sınırlamalar altında da olsa rıza göstermesi zorunluluğu getirilirken, ikinci cümlede, böyle bir inceleme-ye rıza göstermemenin müeyyidesi öngörülmektedir²⁷.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 2002 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanunumuzun öngördüğü bu düzenleme bir çok bakımdan sorunludur²⁸. Her şeyden önce böyle bir araştırma ve inceleme sonucunda elde edilen kişisel verilerin korunması konusunda Türk hukukunda bir düzenleme henüz mevcut değildir. 284 üncü madde hükmü HUMK.’na atıf yapmakta, ve fakat bu kanunda, böyle bir yöntemle elde edilmiş bilgilerin ne olacağı konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Düzenleme Ceza Muhakemesi Kanununun 80/son maddesinde bulunmakta ve bu madde, hükmün kesinleşmesinden itibaren 10 gün içerisinde bu tür bilgilerin imhasını öngörmektedir. Aynı Kanunun m. 76/II ise “Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükümlerine göre²⁹ karar alınması gereklidir” denilmiştir. İsviçre Medeni Kanununda da bulunan bu hüküm, o ülke bakımından böyle bir eleştiriye maruz kalmamaktadır. Zira bu ülkede kişisel verilerin korunması bir yasal güvenceye kavuşturulmuştur³⁰.

Ülkemizde ise kişisel verilerin korunması konusundaki yasa tasarısı³¹ hala yasalaşma imkanı bulamamıştır. Halbuki Avrupa Birliği Temel Haklar

27 İkinci fıkra hükmünün yeri esasen burası değildir. Söz konusu düzenleme Alman Yargılama Usulü Kanununun 372a paragrafında yapıldığı gibi Medeni Yargılama Usulü’ne ilişkin hükümler içerisinde düzenlemeliydi.

28 Bu sorunların ele alındığı bir çalışmamız için bkz., Yıldırım, M.F./Memiş, T., Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar, AÜEHFD., C. VIII, S. 1-2, Erzincan 2004, s., 283 vd.

29 CMK. m. 76/I “Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun bedeni üzerinde tıbbî muayene yapılabilmesine veya kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, Cumhuriyet savcısının iste- miyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir” şeklindedir.

30 19.06.1992 tarihli “Bundesgesetz über den Datenschutz” Yasası.

31 Yasa tasarısı hakkında geniş bilgi için bkz., Başalp, N., Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 107 vd..

Şartının 8 inci maddesinde de “Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir” denilmekte; Avrupa Birliği’nin bu alanda 20.07.1995 tarihli “Kişisel Verilerin İşlenmesi Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması ve Verilerin Serbest Dolaşımı Yönergesi” bulunmaktadır. Yönerge üye ülkelere 25 Ekim 1998 tarihine kadar iç hukuka intikal ettirme ödevi yüklemektedir. Avrupa Birliği yolundaki ülkemiz bakımından da bu Yönerge hükümlerinin bir an önce iç hukuka yansıtılması gerekmektedir³².

Söz konusu hüküm, teknolojik ilerlemenin, hukuk düzeni ile bir kez daha karşı karşıya geldiğinin dolayısıyla, hukukun korumayı üstlendiği menfaatler arasında ciddi bir çatışmayı beraberinde getirdiğinin kanıtıdır. Gerçekten Türk hukukunda ailenin korunması gereği anayasal bir direktiftir (AY. m. 41). Çocukların refah ve yararının göz önünde bulundurulması, çocukların mümkün olabildiğince aile ortamında yetiştirilmesi yönündeki telkinler ve özellikle evlatlık kurumunda yapılan reformlarla çocuklara verilen önem ortadadır. Acaba tüm bu yararlar, kişinin sırf merakına kurban edilmeli midir? Diğer yandan hukuksal gerçeklik ile tabii gerçeklik arasında bilinçli olarak bir farklılık yaratılmaktadır. Zira hukuki bakımdan babalığın tespiti belirli sürelerle ve davalara bağlanmıştır. Bu davaları açma hakkının bir biçimde kaybedilmiş olması halinde hukuksal gerçeklik ile tabii gerçeklik farklılaşabilecektir. Yargı kararına da konu olmuş şu olay, hukuk düzenlerinin ne denli zorlu bir sorun ile uğraştığını gözler önüne sermektedir: Yıllar önce açılan bir davası sonucunda babalığına hükmedilen ve doğan çocuğa nafaka ödemeye mahkum edilen kişi, yaklaşık 20 yıl sonra bir gen analizi yaptırıyor ve çocuğun kendisinden olmadığını belirliyor. Bunun üzerine ödemiş olduğu nafakanın geri ödenmesi için dava açıyor. Mahkeme, davayı kısmen kabul ediyor. Zira geçen on yıllık sürede ödenen nafakanın geri istenmesi talebi zaman aşımına uğramıştır. Kalan süre için nafaka miktarı hesaplanıyor ve faiziyle birlikte geri ödeniyor. Babalık davasının tekrar canlandırılması ise ancak “yargılamamanın yenilenmesi” yolu ile mümkündür. Ancak bu davanın açılmadığı ve dava açma hakkının da kaybedildiği takdirde durum ne olacaktır? Hepimizin malumudur ki, babalığa bağlanan önemli

32 Bu kapsamda 18 Eylül 2000 tarihinde Adalet Bakanlığı bünyesinde bir komisyonun çalışmalarına başladığı ve bir “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” hazırlatıldığı görülmektedir. Ancak her ne sebeptendir bilinmez, Tasarı henüz kanunlaşma imkanı bulamamıştır. Tasarının içeriği hakkında bkz., Deryal, Y., Hastanın Özel Yaşamına Saygı (Mahremiyet) Hakkı, KHUKA (Kamu Hukuku Arşivi), Kasım 2005, S. 2, s. 129.

bir sonuç daha vardır ki o da miras hakkıdır. Gerçekte mirasçı olmadığı halde, hukuken mirasçı olmak adalet duygularını ve hukuk düzenine duyulan güveni sarsacaktır.

IV. HUKUKİ DÜZENLEMELER DIŞINDA GEN ANALİZLERİNİN YAPILMASI

A. RIZAYA DAYALI GEN ANALİZLERİNİN YAPILMASI

1. RIZAYA DAYALI GEN ANALİZLERİNİN YAPILMASI BAKIMINDAN KARŞILAŞILAN GÜÇLÜKLER

Gen analizleri tıbbi bir faaliyet olup, gen analizi yapılacak kişi ile yapacak kişi arasında “hekim-hasta” ilişkisi mevcuttur. Dolayısıyla bu ilişkide hasta mahremiyetine riayet edilmemesi, genom analizlerinin fiili özellikleri sebebiyle genel kişilik hakları teorisinden esinlenen özel bir ilke olan “izin dışı yasaklılık” prensibinin uygulanmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Bir diğer ifade ile bu alanda verilecek izinlerin geçerliliğini tartışma konusu yapmayı gerektirmektedir. Zira genel olarak kişilik hakları teorisinde, kişilik değerlerine karşı yapılacak müdahaleleri hukuka uygun hale getiren en önemli sebep, müdahalede bulunulan kişinin yani hastanın rızasıdır³³. Hasta yahut müdahalede bulunulacak kişinin rızası dışında ona karşı yapılacak tüm müdahaleler kural olarak hukuka aykırıdır.

Bununla birlikte gen analizlerinin yukarıda temas edilen özelliği sebebiyle salt rızaya dayalı olarak yapılıp yapılmaması, bir diğer ifade ile her dileyen kişinin salt merak saiki veya başka sebeplerle gen analizi yaptırıp yaptıramayacağı tartışılmaya muhtaçtır. Hemen belirtmek gerekir ki ülkemizde son iki yıldır, herhangi bir mahkeme kararına dahi ihtiyaç duyulmadan isteğe bağlı gen analizi yapılabilmektedir. Acaba bu durum böyle devam edip gitmeli midir?

Her şeyden önce gen analizleri, yalnızca gen analizi için numune veren kişiyi değil, onun yakın akrabalarını da yakından ilgilendirir. Yakın akraba-

33 Verilerin Korunması Konusunda Kanun Tasarısının “Hukuka Uygunluk Sebepleri” başlığını taşıyan 5 inci maddesi, veri işlemede hukuka uygunluk sebeplerinin başında ilgili kişinin rızasını saymaktadır. Ancak bu rızanın “aydınlatılmış rıza” olması gerektiği madde gerekçesinde açıkça belirtilmiştir. Ayrıca bkz., Kern, 60.

ların benzer özellikler taşımaları, bu kişilerden biri bakımından yapılan bir analizin diğer kişiler bakımından da bir veri olarak ele alınıp, değerlendirilmesine imkan vermektedir. Bu sebeple, sadece tek bir kişinin rızası ile hareket edilerek, gen analizlerine izin vermek yerinde bir tutum olmayacaktır.

Salt rızaya dayalı olarak gen analizlerine izin vermede karşılaşılan diğer bir güçlük henüz sağlıklı bir irade oluşturma aşamasına gelmemiş veya gelememiş kişiler, yani küçüklerle zihinsel engelliler bakımındandır. Sağlıklı iradeye sahip olamayan bu kişilerin asla gen analizlerinin yapılamayacağını söylemek bugünkü tıbbi araştırmalar karşısında gerçekçi değildir. Bu aşamada söz konusu kişilerin genetik bakımdan araştırılmalarında yasal temsilcilerinin izinlerinin geçerli olup olmayacağı da tartışmaya açıktır. Hukukumuz bakımından Türk Medeni Kanunu'nun 14 ncü maddesinde ayırt etme gücüne sahip olmaları halinde ergin olmayanların (sınırlı ehliyetsiz kişiler grubuna dahil olanların) kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları bizzat kendilerinin kullanması gerektiği, bu kişilerin yerine kanuni temsilcilerin söz hakkı bulunmadığı ifade edilmektedir. Gen analizinin yapılmasını isteme hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğunda tereddüt edilmemelidir. Dolayısıyla bu hak, ayırt etme gücüne sahip olduğunca bizzat küçük tarafından kullanılmalıdır. Kısıtlanan kişiler de, kısıtlanmaları akıl hastalığına dayanmadığı sürece bu hakkı bizzat kendileri kullanırlar. Sorun, zihinsel engellilerin adına kanuni temsilcilerinin bu hakkı kullanıp kullanamayacağıdır.

Unutmamak gerekir ki, kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tümünün tam ehliyetsizlik durumunda yasal temsilci aracılığı ile kullanılamaması, fiil ehliyetsizliğini aşp belirli bir ölçüde hak ehliyetsizliği sonucunu doğurma tehlikesi içermektedir. Bu sebeple kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılabilmesinin önünü açmak lazımdır³⁴. Ayırt etme gücünün yoksunluğunun kişinin aleyhine sonuçlar doğuracak ise, bu konularda yasal temsile cevaz vermek lazımdır. Böyle bir noktada kişisel üstün yarar, kişilik haklarına müdahalenin, hukuka uygun sebebi sayılmalıdır.

Burada isteğe bağlı gen analizi yaptırmada gen analizi için rızasını beyan etme yeterliliği bulunmayan küçüklerin ancak kanuni temsilcilerinin izniyle numune verebilmeleri karşısında verilerin korunması kanunu bakımından ilgili kişi sayılan çocuk ve babanın dışında bu işleme izin vermek durumun-

34 Doktrinde bu konuda çeşitli fikirler ileri sürülmüştür. Bu fikirler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Dural / Ögüz, 73 vd..

da olan annenin de rızasının alınması gerektiği unutulmamalıdır. Halbuki anılan Alman Verilerin Korunması Kanunu, annenin de rızasının alınmasını öngörmemektedir.

Bir diğer güçlük, kişinin bilmeme hakkının genel olarak kabul edilmesine rağmen, bilme yükümlülüğünün bulunmadığının kabul edilmesidir. Kişi kendisi hakkında her şeyi bilmek zorunda değildir. Özellikle yaşam kalitesini azaltacak hususları öğrenmemesinde büyük yararı vardır. Bu sebeple bilmeme hakkının ihlal edilip edilmediğinde hekimin, aşamalı olarak yaklaşılması gerektiği, önce genel bilgiler verilir, özel durum hakkında gerçekten bir yarar var ise, o takdirde açıklamalarda bulunulması gerektiği göz önünde tutulmalıdır.

2. GEN ANALİZLERİNE DAİR RIZANIN ÖZELLİKLERİ VE ÖZELLİKLE AYDINLATILMIŞ RIZA KAVRAMI

Gen analizi yaptırılması tıbbi bir müdahale sayılması sebebiyle bu müdahalenin yapılabilmesi için kişinin aydınlatılmış rızasının alınması gerekmektedir. Aydınlatılmış rıza (=informierte Bewilligung), bir tetkik için vücut bütünlüğüne müdahale edilecek kişinin müdahalenin kapsamı, muhtemel tehlikeler ve komplikasyonlar hakkında yeterince bilgilendirilmesini, bu süreçten sonra ilgili tetkike rızasının alınmasını öngören temel bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilke sayesinde hekim-hasta ilişkisinde, hasta kendisine uygulanacak tedavi sürecine en üst düzeyde katılabilecek, onuruna yaraşır bir muameleye tabi tutulmuş olacaktır³⁵.

Bu ilke 4 Nisan 1997 yılında imzalanan “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”nde de açıkça vurgulanmıştır. Nitekim anılan sözleşmenin 5 inci maddesi “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş olarak muvafakat etmesinden sonra yapılabilir (I). Bu kişiye, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında önceden uygun bilgiler verilmelidir (II). İlgili kişi, muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilir (III)”.

Gerçekten de bilim ve tekniğin gelişmesi, iş bölümünün yaygınlaşması ve uzmanlık alanlarının ortaya çıkması kişiler arasında bir bilgi uçurumu

35 Aydınlatılmış rıza konusunda geniş bilgi için bkz., Kök, A.N., İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza, KHUKA, Kasım 2005, S. 2, s. 116 vd..

yaratmıştır. Bu uçurumun törpülenmesi ve makul seviyelere indirilmesi, aydınlatma ve bilgilendirme ile sağlanabilir. Bu yüzden ki, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun önemli amaçlarından birisini “tüketicinin aydınlatılması” oluşturmaktadır. Gen analizinin yapılması için bir kuruluşa müracaat eden bu hizmetin edinilmesi amacıyla bir sözleşme yapıldığından ve özel amaçlarla bu sözleşme yapıldığından bir “tüketici işlemi” sayılmalı, dolayısıyla yeterince aydınlatılmayan kişi, sözleşme hükümlerine göre uğradığı zararın tazminini sağlayabilir.

B. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN DİĞER HALLER

Türk hukukunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller, yalnızca zarar görenin rızası ve kanun hükmünün yerine getirilmesi değildir. Zaruret hali, meşru savunma, üstün nitelikli özel yarar ve üstün nitelikli kamu yararı da hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmektedir. Bu kapsamda üstün nitelikli özel ve kamusal yararın genom analizlerinin yapılmasını meşru kılmaya yetip yetmeyeceği tartışılmalıdır.

Bugünün dünyasında “kendi kökenini bilme, genetik babasını bilme hakkı” kişilerin temel hakları arasında sayılmaktadır³⁶. Bu bir hak olup, bir bilme yükümlülüğü yüklememektedir. Bu hak, kişinin gen analizinin yapılmasını isteme konusunda üstün özel bir menfaatinin bulunduğu bir delil sayılabilir. Ancak sırf merak saikiyle böyle bir analizin yaptırılıp yaptırılmayacağı da ayrıca sorgulanmalıdır. Hukuken genel bir “genom analizi yaptırma hakkı”ndan bahsetmeye imkan yoksa da³⁷, kanaatimizce kişinin kan grubunu öğrenmesinde olduğu gibi, sırf merakını gidermeye matuf olsa da genom analizlerinin yapılabilmesi gerekir³⁸. Bu merakın giderilmesi dahi, üstün özel yarar olarak değerlendirilmelidir. Aksi halde merakın, stresse; stressin de kimlik bunalımına kişileri sürüklemesi kaçınılmaz hale gelir. Ancak bu düşünceye de şöyle itiraz etmek mümkündür: Gen analizinin “ilgi-

36 Nitekim Alman Federal Anayasası’nda “Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung”, yani genetik yönden babasının kim olduğunu bilme hakkı yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur.

37 Weichert, T., *Gentest und Persönlichkeitsrecht, Datenschutz und Datenhoheit*, <http://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/gentests.htm> (10.05.2005).

38 Menzel, anılan web sayfası.

lisi” bizzat genetik materyali veren değil, o kişinin dışındaki kişiler, anne-baba, akrabalar, kardeşler vs. Dolayısıyla kişilerden biri bilme hakkını kullanırken, diğerleri de bilmeme hakkını kullanmaktan yana olabilirler. Bilme hakkı nasıl korunuyorsa, diğerlerinin bilmeme hakkı da aynı şekilde korunmalıdır. Bu düşünceye katılmamak mümkün değildir. Diğer yandan ailenin ve çocukların korunması, çocukların genetik anne baba olmasalar bile bir aile ortamında yetişmelerindeki yarar mutlaka gözetilmelidir. Bu sebeple isteğe bağlı gen analizlerinin mahkemelerce delil olarak kabul edilmemesinin³⁹ ötesine geçilerek, başkalarının hukuk alanını da yakından etkileme ihtimali bulunan iki farklı materyalin karşılaştırılmasını amaçlayan gen analizleri (örneğin babalığın tespitinde böyle bir durum vardır) ancak hakim kararı ile yapılabilirdir. Bunlardan başka sırf ekonomik sebeplerle gen analizlerinin yapılmasında ve bu amaçlarla gen analizlerinin yapılmasının istenmesinde hukuka uygunluk yoktur.

V. GEN ANALİZİ VERİLERİNİN HUKUKA AYKIRI OLARAK İŞLENMESİ HALİNDE HUKUKİ MÜEYYİDELER

Gen analizlerine dair bilgilerin kişinin ismi, resmi, cismi gibi hukuken korunan bir varlık olduğu tespit edilince, varılacak ilk sonuç, bu verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi halinde bu verileri işleyen kişilere karşı, MK. m. 24 uyarınca maddi ve manevi tazminata mahkum edilebilmesi; bu yolla elde edilen kazançların gerçek olmayan vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca iadesinin sağlanmasıdır. Zira bir kişinin DNA örneğini, özel amaçlarla onun izni ve haberi olmaksızın almak ve kullanmak çeşitli hukuk düzenlerinde de onaylanmayan ve hukuka aykırı sayılan eylemlerdendir⁴⁰.

Daha önce de belirtildiği üzere Türk-İsviçre hukukunda “Genel Kişilik Hakları” yanında bazı kişilik değerleri dikkate alınmış ve özel düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bir diğer ifade ile kişilik değerleri, yalnızca vücut bütünlüğü, isim ve resimden ibaret değildir. Gen analizlerine dair bilgilerin genel

39 Alman Federal Mahkemesi DNA testi yapan her hangi bir merkezden alınan raporun, babalık davası için ciddi şüphe sayılamayacağı, çocuğun kendisinden olmadığı yönündeki iddiaların başka delillerle de desteklenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu şekilde destekleyici delillerin sunulmaması halinde çocuğun bilmeme hakkının ihlal edileceği sonucuna varmıştır. Bkz., BGH, NJW 2005, 497 ff.

40 Menzel, anılan web sayfası (a.w.s).

kişilik hakları içerisinde mütalaa edilmesi ve bu çerçevede korunması gerektiği aşikârdır. Kanunda açıkça yazılmamış olması onun korunmasına engel olmamalıdır.

Henüz yürürlüğe girmemiş olmakla birlikte Verilerin Korunmasına İlişkin Kanun Tasarısı da kişisel verilerin, hukuka aykırı olarak elektronik işleme tabi tutulması halinde bir çok müeyyide öngörmektedir. Verilerin Korunması Yasasının yürürlükte olduğu ülkeler bakımından yapılan bir tartışmanın ülkemiz açısından da yaşanacağı muhakkak gözükmektedir. Bu tartışma verilerin korunması konusunda aynı zamanda kişilik haklarının ihlali sebebiyle MK. m. 23, 24 ve BK. m. 47, 49 uyarınca davaların açılıp açılmayacağı konusunda yaşanmaktadır⁴¹.

Diğer yandan TCK ve idare hukuku bakımından çeşitli müeyyidelerin de uygulanabileceğini göz ardı etmemek gerekir⁴².

VI. SONUÇ

Gen analizleri sonucunda elde edilen veriler kişinin yalnızca bugününi ilgilendirmeyip, geleceğini de doğrudan doğruya veya dolaylı etkilemektedir. Gen analizlerine dair verilerin bu kendine özgü bu nitelikleri, diğer kişisel verilere nazaran daha ayrıcalıklı bir korumayı gerektirmektedir. Türk hukuku bakımından koruma eksikliği “Verilerin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı”nın Kanunlaşmasıyla giderilecektir. Kişinin sırf merak sebebiyle gen analizi yaptırabilmesine izin vermek gerekli ise de, başka kişilerin de hukuk alanlarını yakından ilgilendiren karşılaştırmalı analiz ve tetkiklerde CMK. m. 76/I’deki düzenlemenin temelinde yatan düşünce genelleştirilerek, ancak yetkili makamların kararı ile bu tür analizlerin yapılabilmesine izin vermek gerekmektedir. Aksine tutum ve davranışların kişinin “bilmeme hakkının” ihlali ve dolayısıyla kişilik haklarına saldırı sayılması gerekmektedir. Söz konusu saldırılar nedeniyle Türk hukukunda maddi ve manevi

41 Ruppel, 109 vd..

42 Nitekim Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısında da hukuka aykırı olarak verileri işleyenler ile işlenmiş verileri hukuka aykırı olarak başka kişilerle paylaşanlar hakkında idari ve cezai müeyyidelerin uygulanacağı öngörülmüştür. TCK. m. 134 vd. hükümlerinde verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesinin cezai müeyyideleri de öngörülmüştür.

tazminat davaları açılabilir, bu yolla elde edilen kazançların iadesi sağlanabilir.