

SOYBAĞININ BELİRLENMESİNDE GEN ANALİZLERİNİN KULLANILMASI VE YARATTIĞI HUKUKİ SORUNLAR

*Doç.Dr. Tekin MEMİŞ**

*Doç.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM***

I. GİRİŞ

1.1.2002 tarihine kadar yürürlükte kalan 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde, doğan çocuğun baba ile arasındaki,soy bağının tespitinde bazı karineler¹ getirilmiş; bu karinelerin vakıaları ispat gücü, çeşitli ihtimallere göre farklılaştırılmıştır. Örneğin Kanun-u Medeni'nin 243 ncü maddesine göre "Koca evlendikten en az yüz seksen gün sonra doğan çocuğun kendisinden olması ihtimali bulunmadığını ispat etmedikçe çocuğu reddedemez". Bu karineye "güçlendirilmiş sahih neseap karinesi" denilmekte idi². Söz konusu karineler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunda da muhafaza edilmekle birlikte³,

* A.Ü.Erzincan Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi.

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Öğretim Üyesi.

¹ Karine, bilinen vakılardan bilinmeyenlerin ortaya konulması, bilinmeyenin akıl yürütme yolu ile bilinebilir hale getirilmesidir. Hukukta karine denildiğinde ise iki türü kastedilmekte, fiili ve kanuni karine olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanuni karine, hukuken belli bir olgudan hareketle bir başka olgunun gerçekleştiğini varsaymaktır; yani özü itibarıyla bir varsayımdır. Ancak bu varsayım hukuk düzenince öyle güçlendirilir ki aksini ispata mahal yoktur. Tapu siciline yapılan bir kaydın bilindiği karinesinde olduğu üzere böyle karinelere kesin hukuki karine olarak adlandırılır. İcazet verilmişlik karinesinde olduğu gibi. Bazen de karine böyle kesin bir güç taşımaz, aksi taraflarca iddia ve ispat olunabilir. Böyle karinelere alelade kanuni karine denilmektedir. Babalık ile ilgili kanuni karinelerin alelade karine olduğu görülmektedir. Buna karşılık analık karinesinin kesin olduğu ve aksinin ispat edilemeyeceği, yani çocuğu doğurduğu halde kişinin "ben ana değilim" deme imkanının bulunmadığı haklı olarak ifade edilmektedir. Bkz., Serozan, R., Çocuk Hukuku, İstanbul 2000, 108, Kenar not (Kn). 153.

² Zevkililer, A., Medeni Hukuk, Ankara 1992, 865; Baygın, C., Kan Bağına Dayanan Soybağı, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1-4, 258 vd.; Acabay, M. B., Soybağı, İzmir 2002, 120.

³ "Babalık Karinesi" ismi verilen karine uyarınca "Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır (MK. m. 285). Geniş bilgi için bkz., Akıntürk, T., Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna U-

bu karinelere genetik analizlerin ve DNA testlerinin kullanılması ile ilgili olarak yeni bir karine daha ilave edilmiştir. Gerçekten de bu tür analiz ve testlerin soy bağıнын tespitinde kullanılabilmesinin, “gerçekliğin tespiti ve dolayısıyla hukukun finalist amacı olan adaletin gerçekleştirilmesi” açısından son derece önemli bir gelişme olduğunun altı çizilmelidir. Ancak bu önemli gelişme hukuk sistemindeki bazı zafiyetlerden dolayı aynı ölçüde olumlu olmamıştır.

Bu çalışmada yeni kanunun öngördüğü rejimi ve genetik analizlerin kullanılmasında bazı sınırlamaların getirilmesi gereği ortaya konulmak istenmiştir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, genetik analizleri sadece babalığın tespiti bağlamında ele almak ve sınırlı bir alanda incelemek doğru değildir. Bu sebeple öncelikle genetik analizlerin kullanım alanlarına işaret edilmesi, konunun anlaşılması bakımından daha yararlı olacaktır. Zira DNA (=Deoksiribonükleik asit)⁴ analizlerinin herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutulmaksızın yapılması, çoğu kez hukuksal, şekli gerçeklik ile olgusal, maddi gerçekliğin farklılaşmasına ve dolayısıyla hukuki güvenliğin zedelenmesine yol açacak gelişmelere yol açacak niteliktedir⁵. İnsanın sosyal çevre ile bir bütün

yanlanmış Aile Hukuku, C.II, 7. Bası, İstanbul 2002, 320 vd.; Acabey, 106 vd.. Yine MK. m. 282/I'de öngörülen “çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur”; MK. m. 290'da düzenlenen “çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır” hükümleri soy bağı konusundaki karinelere dir. Babalık karinesi öngörmenin sebebi, soybağı hukukundaki istikrar ve çocuğun korunması kaygılarıdır. Ancak “genetik kökeni bilme” uğruna bu menfaatlerin bir kenara bırakıldığı görülmektedir. Bkz., Serozan, 115, Kn. 158.

- 4 DNA, Her organizmanın hücre çekirdeğinde yer alan, insanlığın genetik mirasını içeren moleküler yapıdır ve dört temel yapı taşından oluşur: Guanin, Cytozin, Tymin ve Adenin, Birkbauer, A., Die DNA-Analyse im Dienste des Strafverfahrens, Juristische Blätter (JBI) 2003, 338.
- 5 İsviçre Federal Mahkemesi'nce verilen şu iki karar gen analizlerinin yarattığı yeni sorunları yeterince ortaya koymaktadır: İlk olayda (14.10.2003 Tarih ve 5C. 130/2003 Sayılı) 1992 yılında henüz altı aylıkken tanınan bir çocuğun bundan dokuz yıl sonra, görünürdeki babanın DNA testi sonucunda gerçek baba olmadığını öğrenmesi ve tanınanın iptalini dava yolu istemesi üzerine Federal Mahkeme'nin iptal davası açabilmek için öngörülen 5 yıllık hak düşürücü sürenin geçtiği gerekçesiyle davanın reddinden yana görüş bildirmesi, bir diğer ifade ile gerçekte baba olmayan kişinin hukuk nazarında baba olarak kalmaya devam etmesi kişilerin hukuka olan saygısını ve güven duygusunu incitmektedir. Gerçi Federal Mahkemeye gelmeden önce dava hakkında karar veren Yüksek Mahkeme dava açmaktaki gecikmenin mazur görülebileceğinden hareketle davanın kabulüne karar vermiştir. Ancak bu görüş Federal Mahkeme'ce reddolunmuştur. Diğer olayda (16.10.2003 Tarih ve 5C. 109/2003 Sayılı) ise 1981 yılında bir çocuğu tanıyan ve kurulan soy bağı ilişkisi uyarınca 20 yıl boyunca nafaka ödeyen görünürdeki babanın, çocuğun reşit olduktan sonra açtığı soy bağıнын reddi davasında DNA analizlerine dayanarak, davalının gerçek babası olmadığını ispat etmesi sonucunda, görünürdeki babanın gerçek babaya karşı ödediği nafakanın zaman aşımına uğramamış olanlarını istemesi ele alın-

olduğu göz önünde bulundurulduğunda isabetli çözümlerin bütüncül bir bakış açısını gerektirdiği ortadadır. Genetik analiz sınırlarını belirlerken Medeni Kanunun ilgili hükümlerinin kaynağı olan İsviçre Hukuk sistemi ile Türk hukukunu etkileyen bir diğer sistem olan Alman Hukuk sisteminin de karşılaştırmalı olarak incelenmesi gerekmektedir. Hakimin gen analizlerini hangi şartlar altında delil olarak kullanabileceği sorunu da çalışmanın bütünlüğü içinde ortaya konulmaya ve tartışmaya açılmaya çalışılacaktır.

II. GEN ANALİZLERİNİN YARAR VE SAKINCALARI

A. Kavram

Gen, DNA'nın bilgi taşıyan protein parçasıdır⁶. Gen teknolojisi ise her canlının genetik bilgilerini taşıyan DNA'ların dizilişlerinin tespit edilmesi, sıralarının değiştirilmesi ve bunlar üzerindeki araştırmaları ifade etmektedir⁷. DNA analizleri tükürük, sperm ve kan örneklerinin incelenmesine dayanır. Bu analizlerde, akyuvarlardan DNA molekülleri ayrılarak incelenir. Hatta bir tek kıl örneği üzerinde dahi DNA incelemesi yapılabilmektedir⁸.

Canlı hücre içindeki bütün bilgilere ait genlerin toplamı genom olarak adlandırılmaktadır. Gen (Genom) projesinde ise bu hücre içindeki bir alfabenin nükleotid adı verilen ve üç milyar kadar olduğu tahmin edilen birimlerin dizilişindeki anlamların çözümlenmesi hedeflenmekte; en küçük DNA parçası, bir tepkime kabı içerisinde polymer zinciri tepkimesine maruz bırakılarak her bir kök hücrede genetik tanımlama sistemi araştırılmaktadır⁹. Bu proje, 16 kurumdan 1.100 insanın aktif olarak çalıştığı uluslararası bir konsorsiyum tarafından yürütülmektedir. Hem devlet hem de özel kuruluşlar tarafından finanse edilen bu projede şimdiye kadar insan gen haritasının %

mıştır. Federal Mahkeme'nin davayı kabul ettiği ve sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca ödenen nafaka bedellerinin gerçek babadan tahsiline karar verdiği görülmektedir. Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere DNA analizlerinin maddi gerçekliğin üzerinden yıllar geçmesine rağmen doğru bir biçimde anlaşılmasına imkan vermesi, yerleşmiş, kanıksanmış ilişkiler hakkında da şüphe uyandırmaktadır. Acaba herkesin daima maddi gerçekliği bilme hakkı olmalı mıdır? Bilme hakkının sınırı olmalı mıdır? Bilme hakkı ile bilmeme hakkı arasındaki ince sınır nasıl tespit edilmelidir? Bu sorunlar DNA analizlerinin yol açtığı hukuki sorunlardan yalnızca bir kaçıdır.

⁶ Birkibauer, JBI 2003, 338.

⁷ Schröder, M., Gentechnologie, Chancen und Risiken-eine Besprechung, MDR (Monatschrift für Deutsches Recht) 1986, 720.

⁸ Acabey, 128.

⁹ Rittner, C., /Rittner, N., Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung-Eine rechtliche Grauzone, NJW 2002, 1745. Bu yöntem sayesinde babalığın tespiti için artık, ilgililerin kan örneklerinin alınmasına gerek kalmamakta, vücuttan alınacak herhangi bir parça (kıl, deri vs.) yeterli olmaktadır.

85'inin doğru bir şekilde sıralanması başarılmıştır¹⁰. Genetik kodun tamamlanması, uzmanlara göre yakın bir zamanda gerçekleşecektir¹¹.

Gen analizi dört farklı alanda yapılmaktadır: Fenotip alanda, kromozom, gen üretim ve DNA alanında. Genetik analiz üst bir kavramı teşkil etmektedir ve DNA analizi de genetik analiz usullerinden biridir¹².

B. Gen Analizlerinin Yararları

Günümüzde genetik bilim ve teknolojisi insan yaşamına olumlu imkanlar sunmaktadır. Bu imkanlar insan için, bedensel hastalıklara, özürllülere çare olabilecek buluşlar, hangi hastalıklara yatkın olunduğunun önceden belirlenmesi, doğum öncesi olası hastalıklara müdahale etmek, alkolizm ve uyuşturucu madde bağımlılıklarının tedavisi olarak sıralanabilir. Gen teknolojisinin insana doğrudan sunduğu bu imkanlar yanında gen teknolojisi ile daha verimli tohumların elde edilmesi, hayvancılığın geliştirilmesi, her tür iklime dayanıklı bitki örtüsünün yetiştirilmesi gibi faydalar da sıralanabilir¹³. Hatta, organ nakli alanında, hastanın genlerine uygun yapay organların imal edilmesi yönünde yapılan çalışmalar da bu analizlerin ne denli önem taşıdığını göstermektedir.

Genetik özelliklerin her insanda farklı olması, ceza hukuku alanında suç mahallinde bırakılan izlerden suçlulara ulaşılmasında¹⁴, tanınmayacak halde

¹⁰ Teknik ayrıntılar için bkz. www.genetikbilimi.com/genbilim/genharitasi.htm; bu yazıda ayrıca Walter GILBERT'in proje hakkında şu ilginç sözleri nakledilmektedir: "İnsan olmanın ne anlama geldiği böylece anlaşılacak".

¹¹ ÇIRAKOĞLU, bu araştırmaların sonuçlanması için uzun bir süre, 20-25 yıllık bir zaman dilimi öngörmektedir (bkz. NTV Sağlık Raporu, "Çirakoğlu, B., Tele Tıp ve İnsan Projesi", 2.1.2001, www.ntvmsnbc.com/news/127772.asp)

¹² Özbek, V. Ö., Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi, www.saglikhukuku.net/bilgi/a44.asp, s. 2.

¹³ Bu konuda bkz. İNAM, A., "Gen Teknolojisiyle Birlikte Yaşamayı Öğrenmek İçin Düşünme Hazırlıkları, Hazır mıyız?" Bilim ve Teknik, Ağustos 2000, 53. Gen araştırmalarının kronolojik bir sıralaması için bkz. Sucuyan, T., Terfi ve İşten Çıkarmada Genetik Test, 30.03.2001, www.bianet.org/diger/arastrirma1457.htm. İsviçre'de, insanlar üzerinde genetik araştırmalara izin veren yasal düzenlemenin gerekçesinde de genetik araştırmaların ne denli yararlı olduğu geniş bir biçimde açıklanmıştır. Açıklamalar için bkz., Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, s. 10, www.of.admin.ch/themen/genomanalyse/bot-genom-d.pdf.

¹⁴ Gen analizleri bu sebeple literatürde "genetik parmak izi (=genetische Fingerabdruck) olarak isimlendirilmekte, dolayısıyla bir suçlunun suç mahallinde bıraktığı bir tür parmak izi gibi değerlendirilmektedir, Rittner, C., /Rittner, N., Unerlaubte DNA-Gutachten zur Feststellung der Abstammung- Eine rechtliche Grauzone, NJW 2002, 1745; Wollweber, H., Der genetische Fingerabdruck auf dem Prüfstand, NJW 2001, 2304 vd.. Gen analizlerinin tıpkı parmak izi gibi ceza usul hukukunda kullanılmasına imkan veren bir yasal dü-

ölen kişilerin kimliklerinin ve dolayısıyla ölüm olayının tespitinde; medeni hukuk alanında ise babalığın tespiti ve dolayısıyla soy bağına kurulmasında¹⁵ bu tür analizlerin kullanılması hukuk alanında da bu çalışmaların yararlı olduğunu göstermektedir.

C. Gen Analizlerinin Sakıncaları

1. Genel Olarak

Bilim çevrelerinden gen analizlerine karşı duyulan endişeler genellikle şunlardır¹⁶:

Bu alanın bilgisine yeterince sahip olunamaması, sahip olunan bilginin bazı sonuçlarının bilinmemesi, bu bilgiyi kullanacak güce sahip olunamaması ya da başkaları tarafından kullanılabilir durumda olması, bilgi ile bilgiyi pratiğe aktaracak teknolojinin eş zamanlı gelişmemesi, bilginin insanlığa ve değerlerine karşı kötüye kullanılma olasılığının bulunması, gen teknolojisine sahip olup, bunu bir pazar olarak gören, kendi çıkarları doğrultusunda, bu teknolojiye haksız çıkar elde etmek isteyen güçlerin harekete geçmesi ihtimalinin bulunması ve hatta bu ihtimalin oldukça yüksek olması, gen teknolojisi ile dünyayı ele geçirmeye çalışan “şeytani” etkinliklerin gerçekleşmesi ihtimalinin bulunması ve son olarak insan türünü geliştirme amacıyla diğer varlıklarla birleştirmeden dolayı ortaya çıkabilecek “ucube” varlıklar ve “hilkat garibeleri”nin dünyaya gelmesi ihtimali¹⁷.

Bu sakıncalardan önemli görülen ve hukuk düzenini de yakından ilgilendirdiğine kani olduğumuz bir kaçına ayrıntılı biçimde temas etmekte yarar görmekteyiz.

zenleme (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz, DNA-IFG) Alman Anayasa Mahkemesi'nce anayasaya aykırı bulunmamıştır (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 14.12.2000, NJW 2001, 879). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Fluck, P., Anwendung und Auslegung der DNA-Identifizierung, NJW 2001, 2292 vd.; Birkbauer, JBl. 2003, 337, özellikle 341 vd..

¹⁵ Kan muayenesi ve genlerin incelenmesine ilişkin yeni bilimsel inceleme ve tahlil teknikleriyle, bir erkeğin bir çocuğun babası olması olasılığının olmadığı (olumsuz kanıt) % 99.8 gibi bir oranla saptanabilmektedir (Hegnauer, C., Grundriss des Kindesrecht, 3. Aufl., Bern 1989, 104; Acabey, 123).

¹⁶ Bu konuda bkz. Spickhoff, A., Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts, Die Entwicklung des Medizinrechts 2000/2001, NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 2001, 1766; Bu konuda ilginç bir haber için bkz. Yabancı Basından Haberler: „Gen Teknolojisi“, Reasürör, Ekim 2000, 52 vd.

¹⁷ İnam, 54.

2. İnsan Genlerinin Ticarileştirilmesi Tehlikesi

Genom analizlerinin kullanılacağı alanların elbette başında tıp bilimi gelmektedir. Araştırmaların ilk amacı zaten kişilerin gen analizlerinin yapılarak, hastalıkları çok erken hatta doğum ve hamilelik öncesi teşhis ve tedavi etmektir. Bunun yanında kişinin salgın hastalıklara karşı direncinin artırılmasında, kötü alışkanlıklarının yok edilmesinde de kullanılabilir.

Tıbbi tedavi ve araştırmaların yanında genom analizlerinin bir çok alanda kullanılabilmesi mümkündür. Genom analizleri, İş Hukuku'ndan Ceza Hukuku'na, Sigorta Hukuku'ndan İspat Hukuku'na kadar sosyal bilimlerde de bir çok kullanım alanına sahiptir. Bunlara iş ve işveren ilişkilerinin tesis edilmesi ve devamında kullanılması ile sigorta sözleşmelerinin tesisi ve primlerin belirlenmesi örnek olarak verilebilir.

a. İş İlişkilerinde

Genom analizleri, iş ilişkilerinde ilk defa ABD'de siyah ırktan işçiler için kullanılmıştır. 1970-1980 yılları arasında siyah ırkın bazı kimyasal maddelere aşırı tepki verdiği ve düşük basınçlarda solunum problemleri bulunduğu tespit edilmiştir. Bu nedenle Amerikan ordusunda bazı kişilerin, Hava Savunma Akademisi'ne girmelerine izin verilmemiştir¹⁸. Başlangıçta bu analizler, işçi sağlığı, iş güvenliği ve araştırma amaçlı olarak yapılmakta idi.

Almanya'da şimdiye kadar genom analizlerinin sık kullanılmadığı görülmekle birlikte, Bayer Leverkusen'de bir işletme iş hekimlerinin gen testleri ile meşgul olduklarını belirtmiştir. Ayrıca Federal Sağlık Dairesinin Işın Hijyeni Enstitüsü'nün ışınlara maruz kalan kimselerin kromozomları üzerinde araştırmalar yaptığı bilinmektedir. Almanya'da çalışan yabancı işçiler üzerinde yapılan araştırmalar da onların Akdeniz Anemisi hastalığına yakalanma risklerini ortaya koymaktadır. Fakat şimdiye kadar yapılan bu araştırmaların hukuki temeli, işçi için mevcut tehlikelerin önlenmesini öngören İş Güvenliği Tüzüğü (Arbeitsschutzverordnung)'ne dayanmakta idi¹⁹.

Zaman içinde gen araştırmaları kişilerin günlük iş hayatlarının kaderini belirlemede kullanılmaya başlanmıştır. Kişilerin işten çıkmasında ve terfilerinde, genom analizlerinin kullanıldığına rastlanılmaktadır²⁰.

¹⁸ Simon, J., Genomanalyse-Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf, MDR 1991, 8.

¹⁹ Simon, MDR 1991, 9.

²⁰ Sucuyan'ın naklettiği araştırma sonuçlarına göre bu oran ABD'de orta ve küçük ölçekli şirketlerin % 30'u terfi ve işten çıkarmalarda gen testlerinden yararlanmaktadır (bkz. Talin Sucuyan: Terfi ve İşten Çıkarmada Genetik Test, 30.03.2001, www.bianet.org/diger/arastirma1457.htm).

İngiltere'de, sigortacıların sigorta kapsamına almadan önce müşterilerinden genetik analiz istemesini yasaklayan bir İş Kanunu çıkarıldığı görülmektedir.

Bu noktada genom analizi İş Hukuku'nda da tartışılmaya değer sorunları ortaya çıkarmıştır. Bir işverenin iş akdinin yapılmasından önce işçi adayından genom analizi isteyip isteyemeyeceği ve işçinin genom analizlerinin sonuçlarını işverene bildirmeye zorunlu tutulup tutulmayacağı gibi konular bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır²¹.

Alman Federal Meclis Soruşturma Komisyonu tarafından gelecekte iş ilişkilerinde genom analizinin bazı hallerde yapılabilmesi öngörülmüştür:

1. Genetik yapının korunması ki belirli iş konuları için özel yeteneklerin şart kılındığı hallerde,
2. Münferit olaylarda iş konuları dolayısıyla ortaya çıkan zararlarda genetik nedenlerin ispat edilmesi halinde,
3. Sonradan baş gösterecek hastalıklardan genetik yapının korunması gereken hallerde²².

b. Sigorta İlişkilerinde

Sigorta endüstrisinin, sigorta ettiren hakkında bu tür kalıtım bilgilerini elde etmede bir takım çıkarları bulunmaktadır. Genetik hastalıkların tespit edilebilmesini mümkün kılan gen analizleri öncelikle hayat ve hastalık sigortaları için olduğu kadar kaza sigortaları için de önem taşımaktadır²³. Gen analizleri rizikonun doğduğu alanlarda riziko tahlil ve kontrol imkanı da sunmaktadır²⁴.

Sigortacı, sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde, sigorta sözleşmesi yapmanın ön şartı olarak gen analizini ileri sürebilir. Fakat şimdiye kadar sigorta pratiğinde bu şekilde bir uygulama tespit edilemediği halde, bu durum, bunun asla pratiğe dökülemeyeceği anlamına gelmemektedir. Sigorta

21 Schweitzer, M./Selmayr, M./Kaman, H.G./Ahlers, S., Gutachten Gesetzgebungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Bereich Humangenetik und Fortpflanzungsmedizin, www.uni-passau.de/cep/links/Daten/Humangenetik.pdf, s.10

22 Simon, 9.

23 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Memiş, T., Sigorta Sözleşmelerinde Genom Analizlerinin Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar, Reasürör 2002, 46.

24 Praeve, P., Das Recht des Versicherungsnehmers auf gen-informationelle Selbstbestimmung, MDR 1992, 279. İsviçre'de insan üzerinde yapılan genetik araştırmaların yalnızca analiz yapılan kişiye veya yetkili temsilciye verilmesi gerektiği, sigorta ilişkilerinde kullanılacağı tahmin edildiği hallerde hekimin analiz sonuçlarını vermekten kaçınmasının tavsiye edildiği görülmektedir, Botschaft, 16.

sektörü şimdiden buna uygun istekleri açıklamaktadır. Bundan bağımsız olarak sigorta alanındaki gen analizleri başka bir şekilde de problem olabilir. Sigorta teminatını veren sigorta şirketi, sigorta ettiren veya riziko şahsının genetik araştırmaya izin vermesini ve araştırmanın sonuçlarını açıklamasını mecbur kılabilir. Bu hallerde, şayet böyle bir testin yapılması için gerçek bir zorlama mevcutsa, bunu yasaklayan kanuni bir hüküm olsa da sigorta alanında kapalı kapılar arkasında gen analizleri uygulanabilir²⁵.

c. Patent Politikası Açısından

Celera Genomics Inc. Şirketi öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nde devlet yetkilileri ile görüşüp insan geni projesinde çalışma talebinde bulunmuşlardır. Şirketin bu talebi kabul edilmiş ve şirketin projeye dahil olması ile birlikte insan geni analizi hız kazanmıştır. Fakat bu şirketin projeye katılmasının üzerinden bir kaç yıl geçtiğinde Haziran 1991 yılında insan genleri ile ilgili 6500 patentin bu şirket adına alındığı ortaya çıktı. Alınan bu patentler, gen projesinde uzunca tartışmaların da başlangıcı oldu²⁶.

İnsan Geni Projesi kapsamında İngiltere'de faaliyet gösteren ve Wellcom Trust adlı kamu vakfının başkanlığını yürüten bilim adamı John Sulston, Amerika'da cereyan eden gen patentlemelerine karşı "global kapitalizmin, insan genomunu ele geçirmesinin bütün dünya için bir kötülük olacağı açıklamasında bulunarak bu bilgilerin insanlığın ortak kullanımına açılmasını savunmaktadır²⁷.

Gelişmekte olan veya az gelişmiş ülkelerin kaynakları, yıllardan beri gelişmiş ülkelerin teknolojisi ile araştırılmakta ve bu ülke endüstrilerinin kullanımına sunulmaktadır. Gelişmemiş ülkelerin biyolojik çeşitliliğinin bu tarz bir kullanımında adaletli bir kullanım paylaşımı da şimdiye kadar yapılmamıştır²⁸. Bununla birlikte bu genetik araştırmaların sonuçları patentlenmeye başlanmıştır. Ecza ve ilaç sektörünün dünya gen mirasını toplamak için girişimleri bilinmektedir. Genler toplanmakta, gen bankaları oluşturulmakta ve ticarileştirilme aşamaları başlatılmaktadır²⁹.

²⁵ Praeve, 279.

²⁶ Pekdemir, N., Gen-etik devri'm, İstanbul 2000, 20.

²⁷ Güner, K., Bilim ve Ütopya Dergisi, Ağustos 2000, Sayı 74.

²⁸ Breyer, F.: Optionen für die Regulierung von Gentests im Versicherungswesen-ökonomische Bewertung und auslaendische Erfahrungen“, Vortrag auf dem Seminar der GeneralCologne Re über „Genetik in der Lebens- und Krankenversicherung, Köln 17.5.2001 (www.europarl.eu.int/comparl/tempcom/genetics/contributions/contri_breyer.pdf),s. 12.

²⁹ Huonker, T., Definiert der Markt alle Werte? Grenzen der Globalisierung, Focus, 2000/4, 35.

Dünya çapında tanınan ve alternatif Nobel ödülü sahibi hint yazar Vandana Shiva yıllardan beri yeni bir kolonileştirme hareketinin varlığına karşı dünyayı uarmaktadır: „Koloni zamanlarından beri ülkeler, kaynaklar ve insan hakları gelişmiş ülkelerde sömürge efendileri tarafından gasp edilmektedir. Bugün bu süreç ince bir şekilde gerçekleştirilmektedir. Kuzey yarım kürenin uluslararası girişimcileri üçüncü dünya ülkelerinin çeşitliliği ve bitki dünyasının genetik kaynakları üzerinde imtiyazlı bir hakka sahip olmak istemektedirler. GATT-Müzakereleri gibi kurumlar yoluyla üçüncü dünya ülkelerinde bilgilerin kullanılması ve fikirlerin tekelleştirilmesi anlamına gelen “fikri hakların korunması” (Intellectual Property Rights, (=IPR))nın genişletilmesini gerçekleştirmektedirler. IPR, üçüncü dünya ülkelerinin pazar ve kaynaklarının kontrol edilmesi ve nihai sahiplenilmesinin anahtarıdır³⁰. Vandana Shiva’ya göre bu kanunlar tarafından güvence altına alınan bir bio-hırsızlık, bir bio-korsanlıktır³¹.

Ayrıca, finansal ve hukuksal nedenlerden dolayı patent hukukuna uluslararası firmalar hakimdir³². Patent başvuruları aynı anda 100 ülkede yapılabilmektedir (bu dünya patenti olarak isimlendirilmektedir, Avrupa Patent Bürosunda da bu yönde çalışmalar yapılmaktadır). Buna karşılık gelişmekte olan ülkelerdeki ziraatçılar, yetiştiriciler ve sağlık müşterileri için etkin bir patent başvurusu mümkün değildir³³. Üçüncü dünya ülkelerinde verilen patentlerin %90’ı merkezi endüstri ülkelerinde bulunan şirketlere aittir³⁴. Dünya çapında ise bütün patentlerin %97’si endüstri ülkelerine aittir³⁵.

Genetik materyallerin %40’ı gelişmemiş ülkelere elde edilmektedir. Bu ülkelerin mirasından ücretsiz olarak elde edilen bu kaynaklar endüstriyel

30 Bkz. "Kein Patent auf Leben!" (Naklen: Then, C. /Schweiger, T., Gene, Monopole und "Life Industry".Eine Dokumentation über die Patentierung von Leben", s. 80).

31 Koehlin, F., Vernehmlassung zum Entwurf zum Bundesgesetz über Erfindungspatente, www.blauen-institut.ch/Tx/tT/ttvernehmlassg.html.

32 Benzeri görüşler, "Patent Anlaşması bile yine beyinlerin sömürülmesi için düzenlenmiş bir sistem. Biz bir şekilde, kendi beynimizi, kendi olanaklarımızı, kendi ülkemiz ve ekonomimiz için kullanacak bir sistemi geliştirmek mecburiyetindeyiz" ifadeleri ile Türkiye’de de dile getirilmeye başlanmıştır (Bkz. Kınıkoğlu, N.: (Sorular kısmı) Yirmibirinci Yüzyılda Bilimsel Yayıncılık: Hedefler ve Yaklaşımlar, TÜBİTAK, Ankara 2001, 53).

33 Then/ Schweiger, 81.

34 Bkz. Süd Magazin 3/1997 der Arbeitsgemeinschaft Swissaid/Fastenopfer/Brot für alle/Helvetas/Caritas, Bern.

35 Bkz. UNDP 1999, İnsani Gelişim Raporu.

olarak işlenmekte, patentlenmekte ve dünya çapında korumaya kavuşturulmaktadır³⁶.

İsviçre hükümeti tarafından hazırlanmış resmi bir incelemede bu bağlamda, patentlenme dolayısıyla gelişen ülkeler için işlenen genetik kaynaklara ulaşmada ve değerli özelliklerinin kullanılmasına patentler dolayısıyla engel olunması gibi bir tehlikenin ortaya çıktığı belirtilmektedir. Bu sadece yeni yetiştirilen bitkilerle değil, bilakis ilaçların kullanım ve imali ile ilgilidir³⁷.

Merc gibi girişimciler Kosta Rika'nın (Costa Rica) yağmur ormanlarının genetik mirasını araştırmakta ve onları ticari olarak kullanılabilen patentlere kavuşturmaktadır. Amerikan girişimcisi W.R. Grace, Amerika'da nesiller boyu Hindistan'da kozmetik ve zirai alanda faydalanılan hint Neem-ağacı üzerinde tam 34 ayrı patent almıştır³⁸.

Kanada Cultural Survival Canada Organizasyonu genlerin patentlenmesinin "yeni bir kolonileştirme dalgası" olduğunu belirtmektedir³⁹. Bu ifadeler, tarihi bir karşılaştırma içinde de düşünülebilir. Tarihi kolonileştirmede özgürlükler, herhangi bir hakka dayanmaksızın sınırlanmaktadır. Genetik teknolojinin patentlenmesinde ise gelişmiş ülkelerdeki kişi veya firmalar, gelişmemiş olan ülkelere bulunan genetik kaynakları patentleyerek, bu kaynakların kullanımını benzer şekilde sınırlamaktadırlar⁴⁰.

Panamalı Guaymi Indianer isimli bir kadından tedavi amaçlı alınan alınan kan hücrelerinden elde edilen genlere Amerika'da patent verilmiş ve Avrupa'da da (WO92/08784) no ile patent başvurusu yapılmıştır. Fakat bu olayda ilginç olan husus, bu durumdan kadının haberinin bulunmamasıdır⁴¹.

Cenevre'de yapılan "Eski Halklar (=Urvölker) Dünya Kurulu"nda, bu sürecin insan onurunu ihlal ettiği vurgulanmıştır. Guaymi Indianer'in sözcüsü, endüstri ülkelerinin bu tutumunu genetik sömürge olduğunu şu sözlerle nitelemiştir: „Bir buluş, bir keşif patentlenemez. Bu bir vampir projesidir, başka bir şey değildir“⁴². Uluslararası protestolar sonucu patent iptal edil-

36 Breyer, 12.

37 Adrian, J., "Patentrecht im Spannungsfeld von Innovationsschutz und Allgemeininteresse", Berlin 1996, 11.

38 Breyer, 12.

39 Cultural Survival Canada (1997) (Naklen:Uhl, 64).

40 Uhl, 64, 65.

41 Then/ Schweiger, 82.

42 Bkz. Die Woche, Aralık 1993.

miştir. Yine Papua Yeni Gine kökenlilerin kan test sonuçlarına dayanan bir başka patent de iptal edilmiştir. Ulusal Sağlık Enstitüsü (National Institut of Health-NIH) 1996 yılında meydana gelen protestolardan sonra US 5.397.696 nolu patent üzerindeki haklarından feragat etmiştir⁴³.

1991 yılında hayata geçirilen insan genlerinin çeşitleri projesinin patentlenmesi dolayısıyla büyük bir hayal kırıklığı yaşanmıştır. Bu tartışmalı uluslararası araştırma programı çerçevesine yok olma tehlikesine maruz halk gruplarından 720'si alınmıştır. Burada özel genetik yapılar hakkında bilgi verebilen kan ve doku örnekleri toplanmıştır. Bu durum, Avustralyalı Aborjinlerin Kongresinde "yasal hırsızlık" olarak nitelendirilmiştir. Zaman içinde dünyadaki diğer halk grupları üzerinde de benzeri çalışmaların yapılabilme ihtimali bulunmaktadır⁴⁴. Bu proje etrafındaki tartışmalar sürerken şirketler faaliyetlerini tamamlamak üzereler: Henüz İnsan Genleri Çeşitleri Projesi tamamlanmadan dünya çapında insan genleri üzerinde avcılık başladı bile. Büyük bir çaba ile şirketler belirli halk gruplarının genleri üzerinde dünya çapında bir tekel hakkı elde etmektedirler. Güney Atlantik'te Tristan de Cunha Adası sakinleri olayı üzerinde Zeit Dergisi bir rapor düzenledi. Orada 300 sakinde astıma karşı kalıtsal bir yatkınlık bulunmaktadır. Toronto Üniversitesi, bu genetik yapı üzerine Kaliforniyalı girişimci Sequana Therapeutics'in de katıldığı bir araştırma projesi başlattı. Bu Boehringer Ingelheim'i 32 milyonla Sequana'ya katılmaya sevketti. Sonrasında Toronto Üniversitesi, Sequana ve Boehringer şirketleri arasında yapılan anlaşmaya göre bu genetik araştırmaların sonucu ilk olarak patent başvurusunun yapıldığı an açıklanabilecektir⁴⁵.

1984 yılında Papua Yeni Gine Adaları'nda yaşayan Hagagai kabilesi, Batı dünyasından tıbbi yardım talebinde bulunmuştur. ABD Ulusal Sağlık Enstitüsü bu talep üzerine kabileden bulunan binlerce kişiden kan örnekleri toplamıştır. Kan örnekleri incelendiğinde kabile üyelerinin genetik karakterinin kan kanserinin belirli bir türüne karşı direnç gösterdiği tespit edilmiştir. Ancak kabile üyelerine bununla ilgili hiçbir şey söylenmeden bir özel şirket tarafından bu kabilenin DNA patentleri alınmıştır. Bu olaydan sonra ABD'de ilk gen patenti ile ilgili dava açılarak gen patentleri geri alınmış ve kan örnekleri Budapeşte Anlaşmasına göre küçük bir ücret karşılığında yarı özel

43 Then/ Schweiger, 82.

44 Die Zeit, 26.11.1998, 17.

45 Die Zeit, 26.11.1998, 17.

bir Amerikan şirketine devredilmiştir. Kabilenin kan örneklerini geri alma çabaları ise sonuçsuz kalmıştır⁴⁶.

Hali hazırda İngiliz House of Lord'da gergin bir çıkışın beklendiği iki istinaf usulü bulunmaktadır. Onlar örnek olay olabilecek niteliktedir: Bu usullerden birinde Hepatit B-Virüsünü bulan Amerikan Firması CHIRON dava edilmektedir. Bu firma, dünya çapında insan kanında Hepatit B-Virüsünü tespit eden bir usul için patentin sahibidir. Burada, patentin koruma kapsamı son derece geniş tespit edilmekte, aşı maddesi araştırması alanında meşgul olan firmalara izin verilmemekte veya ilaç fiyatlarını yükselten çok yüksek lisans bedeli talep edilmektedir⁴⁷.

Konunun Türkiye bağlantısına da burada değinilmelidir: İnsan genomuna dair bilgiler dahi, daha DNA dizisi aşamasında bilimsel bilgi olmanın yanında, belki ondan çok daha önemli olarak ticari bilgi haline gelmiştir. Dolayısıyla, bu bilgilerin kime ait olduğu da önemli bir konu ve özellikle çalışmaların yapılmasında somut katkılarda bulunan insanların ortaya çıkan bilgilerden ayrılması söz konusu olabilir. Bu konuda, Türkiye açısından önemli olan bir noktaya da vurgu yapılmalıdır: Ülkemizde de genetik hastalıkların kataloglanması ve ailelerin belirlenmesi, bu ailelerden kanların toplanması konusunda çok etkin bir organizasyon bulunmaktadır. Zaten OMİM'e baktığımız zaman, yaklaşık 200 kadar hastalıkta Türkiye'nin katkılarının olduğu görülmektedir⁴⁸. Bir araştırmaya göre en az on değişik hastalık geni, Türkiye'den yurtdışına gönderilen hastaların kanları incelenerek tespit edilmiş ve bu kanların toplanması, ailelerin ortaya çıkarılması, Türk bilim adamlarının bilimsel katkıları ile gerçekleşmiştir⁴⁹. Buna karşılık burada çarpıcı olan nokta, bu genlerle ilgili alınan patentlerde Türkiyeli katılımcılara yer verilmemiş olmasıdır⁵⁰. Türkiye'de çok yaygın olan bir hastalığı yaşayan insanlar, kendi kanlarından elde edilen bilgilerle başka ülkelerin

46 Pekdemir, 20.

47 Adrian, 12, 13.

48 Öztürk, M., Yaşam Bilimlerinde Etik Sorunlar, Yirmibirinci Yüzyılda Bilimsel Yayıncılık: Hedefler ve Yaklaşımlar, TÜBİTAK, Ankara 2001, 61 (www.tubitak.gov.tr/journals/kitap/sempozyum/etik2prog.pdf).

49 Öztürk, 61

50 Ülkemizdeki biyoteknolojik zenginliklerin yabancı ülkelerde patentlenebilme riskine Devlet Planlama Teşkilatı'nca hazırlanan bir raporda da şu cümlelerle dikkat çekilmiştir: "Ayrıca, yeni genetik manipulasyonlar için sıkça kullanılan ve bu yolla yabancı ülkelere patentle korunma altına alınma riski taşıyan yabancı bitki türlerimiz sahip çıkılması ve titizlikle korunma altına alınması gereken ulusal genetik kaynaklarımızdır" (Bkz. DPT: "Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı, Biyoteknoloji ve Biogüvenlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu", Ankara 2000, 1).

laboratuvarlarına patent alma olanağı sağlamış; fakat buna karşılık böyle bir patentten ortaya çıkacak teknolojik ve ticari uygulamalardan yararlanamamaktadırlar. Bu bilgilerden yararlanmak isteyen Türk hastalar kendilerinden elde edilen genetik bilgilerden yola çıkılarak geliştirilmiş test ve ilaçlara patent hakkı ödemek sorunda kalacaklardır⁵¹.

3. Kişinin Ayrımcılığa Tabi Tutulması ve Tecrit Tehlikesi

Bir kişiye ait genetik özelliklerin ortaya çıkması ve bunların başka kim-selere yayılması halinde ortaya ne gibi sorunların çıkabileceğini tahmin etmek hiçte zor değildir. Kişi, iş başvurusunda mağdur edilecek, sigorta edil-meyecek ya da pahalı sigortalanacak, toplumdan tecrit edilme riski ile karşı-laşacak, evlenemeyecek ve ruhsal çöküntülere maruz kalabilecektir. Bu ise kişinin sosyal hayattan tecrit edilmesi ve koparılması tehlikesini beraberinde getirecektir.

Bu konuda uluslar arası düzenlemeler konumuza yol gösterecek nitelik-tedir:

1. Avrupa İnsan Hakları Konvansiyonu (AİHK., Europaeischen Menschenrechtskonvention)'nun 14. maddesinde kapsamlı bir **ayırım yapma** yasağı düzenlenmiştir. Burada cinsiyet, ırk⁵², renk, dil, din, politik veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal menşe, herhangi bir azınlık mensubiyeti, mal, doğum veya diğer statü ayrımı bu maddede düzenlenen yasak kapsa-mındadır.

Sadece son bahsedilen iki husustan yola çıkılarak kestirme bir sonuca u-laşılabilir. AİHK m. 14'de doğum ayrımından bahsedilmesi her şeyden önce evlilik dışı doğumlar için özel bir öneme sahiptir. Bu manada düşünüldü-ğünde doğum özelliğinin genetik yapıyı kapsamayacağı sonucuna ulaşılır. Ancak genetik yapı ve özellikler maddede bahsedilen „diğer statü“ kavramı altında mütalaa edilmektedir.

2. Avrupa Birliği Sözleşmesinin 153. maddesi uyarınca tüketicinin ko-runması, insan onurunun sağlanması (Temel Haklar Şartı m. 1), sigorta etti-renin özel hayatının gizliliğinin korunması(Temel Haklar Şartı m. 7), kişinin kendi kişisel verilerinin kaderini tayin ve kişisel verilerin korunması amacı

⁵¹ Öztürk, 61.

⁵² Aslında ırk ayrımı ile de genom analizleri ilişkilendirilmektedir. Amerika'da Ulusal Sigorta Komisyoneri Birliği (National Association of Insurance Commissioners-NAIC) ırklar arasında farklı prim ödenmesi dolayısıyla ülke çapında bir soruşturma baş-latmış ve ırk ayrımını kesin bir şekilde ortadan kaldıran bir karar almıştır. Bu olayda ileri sürülen iddialardan biri de siyahlarda beyazlara göre daha kısa bir ömür beklentisidir Bkz. Yabancı Basından Haberler: "Sigortacılıkta Irk Ayrımı", Reasürör, Ocak 2001, 38.

(Temel Haklar Şartı m. 8) ve genetik ayırım yapma yasağına dikkat edilmesi gereklidir⁵³.

3. Avrupa Konseyinin 4.4.1997 tarihli „İnsan Hakları ve Biotıp Hakkında Konvansiyon“u bu konuda ilk hukuki dokümanı oluşturmaktadır⁵⁴. Bu konvansiyon, gen testlerinin sonuçlarının kullanımında ayrıntılı bir düzenleme getirmektedir.

Bu konvansiyonun amacı, bütün insanlığın hayatının ve onurunun korunmasıdır. Ayrıca biyoloji ve tıp uygulamaları bakımından temel hak ve özgürlüklerin korunması ve ayırımın engellenmesi hedeflenmektedir (Madde 1). Konvansiyonun 2. maddesinde ise açık bir şekilde insan hayatının ve onurunun, salt toplum ve bilimin menfaatlerine göre bir önceliğinin olduğu kabul edilmiştir.

Konvansiyonun 12. maddesinde ise genom analizlerinin ve testlerinin ancak sağlığın korunması amaçlı veya sağlık amaçlı ilmi araştırmalarla sınırlı olarak uygun bir genetik konsültasyon şartının sağlanması halinde yapılabileceği belirtilmektedir. Bilhassa Konvansiyonun bu maddesinde açık bir şekilde sağlık ve araştırma amacı ile üçüncü kişilerin ekonomik amaçları arasında bir ayırım yapılmaktadır.

Bu Konvansiyonun hükümlerinin Avrupa Birliğince yorumlanmış tarzına göre, özel sigortalarda gen testlerinin sağlık amacı dışında kullanılması, kişinin özel hayatına bir tecavüz ve insan hakkı ihlalidir. Bu nedenle sigortacı hiç bir halde sigorta sözleşmesinin yapılmasını veya şartlarının değiştirilmesini genetik testlerin sonuçlarına bağlayamaz. Zira hukuken caiz olmayan bir eylem, geçerli bir sözleşmenin ön şartını oluşturamaz. Sigortacı da buna dayanarak sözleşme kuramaz ve şartlarını değiştiremez⁵⁵.

Konvansiyonun 11. maddesinde ise sigortacının bu bilgilere izinsiz olarak ulaşması durumu düzenlenmiştir. Ayrıca Konvansiyonun 11. maddesinde EMRK (AIHK)'nin 14. maddesine atıf yapılarak genetik miras yüzünden ayırım yapılması yasaklanmıştır.

Türkiye'nin de onaylayarak taraf olduğu *“Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşme-*

53 Schweitzer, M./Selmayr, M./Kaman, H.G./Ahlers, S., Gutachten Gesetzgebungskompetenzen der Europäischen Gemeinschaft im Bereich Humangenetik und Fortpflanzungsmedizin, www.uni-passau.de/cep/links/Daten/Humangenetik.pdf, s. 79, 80.

54 Directorate of Legal Affairs (Hrsg.), Explanatory Report to the Convention for the protection of human rights and dignity of the human being with regard to the application of biology and medicine: Convention on human rights and biomedicine, Mai 1997, Nr. 84.

55 Directorate of Legal Affairs, Nr. 86.

si”nin⁵⁶ 11. maddesine göre, bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle herhangi bir ayrımcılık uygulanması yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin, AİHS’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 mümkündür⁵⁷.

4. Ulusal Güvenlik Açısından Yarattığı Tehlikeler

Türkiye’de bugün güvenlik birimlerince oluşturulan DNA bankaları vardır. Buralarda ne kadar kişinin DNA örneği bulunduğu ise bilinmemektedir. Güvenlik birimlerinin dışında da rahatlıkla çeşitli amaçlar doğrultusunda kurulmuş olan gen bankalarının bulunma ihtimali yüksektir. Yasa ve kayıt olmadığı için tüm bu bilgilerin karaborsaya düşme riskinin yüksek olduğu belirtilmelidir. Sigorta şirketlerinin de genom analizleri doğrultusunda çalışma yapmaları da mümkündür⁵⁸. Bütün bu bilgilerin ulusal güvenlik açısından ne denli önemli olacağı da aşikardır.

Yine bazı merkezlerde ırkların genetik özellikleri tespit edilmeye çalışılmakta ve bu veriler kimyasal ve biyolojik bomba imalinde kullanılmaktadır.

Savaş dışında da bir ırkın genetik özelliklerinin tespiti stratejik açıdan özel bir önem taşımaktadır. Zira resmi bir savaş olmadan da bir ırk üzerinde genetik özelliklerine göre özel mikropların ve etkin maddelerin üretilmesi mümkündür. Bu nedenle genetik bilimde ilerlemiş olan ülkeler, ulusal veri güvenliği yasalarına bu yönde koruyucu önlemler koymaya başlamışlardır.

Bu bilgiler bir ülkede yaşayan ırklar üzerinde diğer ülke istihbarat teşkilatlarının tahrip veya diğer amaçlı çalışmalarını kolaylaştırabileceği gibi, büyük sermaye sahiplerinin özel ürünlerine piyasa yaratmak için de kullanılabilir. Bu durumda ülkenin ulusal güvenliği çok kolay ihlal edilebilecektir.

Genetik verilerin saklandığı bir gen bankasının kurulması ve çalışma şartları titizlikle düzenlenmelidir. Bu düzenleme içinde güvenlik senaryoları

⁵⁶ Bu Sözleşme, Türkiye tarafından da, 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı “İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun” ile kabul edilmiştir. Sözleşmenin tam metni için bkz., RG 09/12/2003-2531.

⁵⁷ Bu konuda bkz. Yavuz Kaplan, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi”, E-Akademi Dergisi, Sayı 27 Mayıs 2004 (www.e-akademi.org).

⁵⁸ Memiş, 31.

ve tehditleri dolayısıyla şartların ve denetimlerin yapılmasında güvenlik birimlerinin katkısı sağlanmalıdır.

Genetik bilgilerin yurtdışına transferi konusunda henüz ülkemizde herhangi bir düzenleme bulunmamakta bu nedenle değişik amaçlarla ülke insanının genetik verileri yurtdışına aktarılabilir. Gen veri bankalarının kurulduğu, dünya ülkelerinden bu bankalara veri transferinin yapıldığı ülkelerin bu verileri koruma, saklama ve kullanma şartları konusunda da maalesef ülkemizde herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle yurtdışına genetik verilerin naklinde özel olarak naklin şartları ve niteliği ayrıntılı olarak düzenlenmeli ve bu konuda güvenlik kurullarının izni aranmalıdır. Bu şartların yokluğu yahut izinsiz veri nakillerinde özel cezai müeyyideler öngörülmelidir. Ayrıca bu tür araştırmaları yapan kurumlarda ulusal güvenlik bilinci yerleştirilmelidir.

III.SOYBAĞININ BELİRLENMESİNDE MEDENİ KANUN SİSTEMİ ve HUKUK

Medeni Kanuna göre babalığa hükmedilirken (MK. m. 301) ya da daha önce kurulmuş bir soybağının ortadan kaldırılmasında (tanımanın iptali (MK. m. 297-300) ve nesebin reddi (MK. m. 296) davalarında) gen analizlerinin kullanılması ya da DNA testlerinin yapılmasını hakim isteyebilmektedir⁵⁹. Fakat Kanun, bu analiz ya da testlerin yapılabilmesini tarafların veya üçüncü kişilerin dokuların alınmasına rıza göstermeleri şartına bağlamıştır⁶⁰.

Medeni Kanununun 284. maddesi şu şekildedir: *“Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimın öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir”*.

59 Soybağının reddi ve tanımanın iptali davaları hakkında geniş bilgi için bkz., Akıntürk, 331 vd.. Soybağına ilişkin davalarda hakim “taraflarca hazırlanma ilkesi” nin uygulandığı davalara nazaran daha serbesttir ve maddi olguları kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür; elde ettiği kanıtları serbestçe takdir eder. Tanık beyanları nisbeten daha zayıf bir delil olduğu için hakimın DNA analizini kural olarak yaptırması gerektiği ifade edilmektedir, Rittner/Rittner, NJW 2002, 1746.

60 Zira bir kimsenin sırf kendi gen veya DNA analizini yaptırması ile babalığa karar vermek mümkün değildir. Karşılaştırma yapabilmek için en azından bir başka kişinin daha hücre örneklerinin alınması gereklidir. Bir kişinin kendi gen analizini yaptırması hukuk düzenimize göre hukuka uygun ve eser sözleşmesi nitelikli bir hukuki ilişki çerçevesinde gerçekleşir. Bkz., Rittner/Rittner, NJW 2002, 1747.

DNA testlerinin ve gen analizlerinin bu araştırma ve incelemelerin kapsamına girdiğinde şüphe yoktur.

Bu hükmün birinci cümlesinin kaynağı İsviçre Medeni Kanun'un 254. maddesinin 2. bendidir. Bu hükümde Türk Medeni Kanunundaki ikinci cümle yer almamaktadır⁶¹. Yani “davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermez ise, hakim durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir” hükmü kaynak kanunda yoktur⁶². Bu düzenlemeye göre, bir kimsenin soybağının belirlenmesinde tıbbi müdahaleye rıza gösterme yükümlülüğünün doğabilmesi için şu şartların sağlanması gerekir⁶³:

a. Soybağının belirlenmesine ilişkin bir dava bulunmalı,

b. Soybağının belirlenmesi tıbbi bir araştırma ve incelemeyi zorunlu kılmalı⁶⁴,

c. Bu araştırma ve inceleme kişinin sağlığı yönünden tehlike oluşturmamalıdır.

Bu şartlar altında kanun, kişinin araştırma ve incelemeye “rıza gösterme yükümlülüğünü” getirmiştir. İncelemeye rıza gösterme bir yükümlülük olmakla birlikte, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için “aynen ifa” davası açılmaz; kişi yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanamaz. Yükümlülüğe aykırı davranışın müeyyidesi, dava ile amaçlanan hukuki sonucun kişi aleyhine gerçekleştiğinin kabulüdür. Bu düzenlemenin Medeni Kanunun 23 ncü maddesi ile de uyumlu olduğu görülür. Zira bu maddedeki düzenlemede de kişinin rızası olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamayacağı hükme bağlanmıştır (MK.m.23/II). Bu ilke Anayasa'nın 17. maddesinde ifadesini bulmuştur. Buna göre “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunlulukla ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası⁶⁵ olmadan bilimsel ve

61 Kılıçoğlu, A., Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, 95.

62 Hükmün bu haliyle eksik olduğu ve sorunu çözmeye elverişli olmadığı ifade edilmektedir. Acabey, 131. Buna karşılık Alman Medeni Yargılama Usulü Kanun (=Zivilprozessordnungsgesetz, ZPO) nda (§ 372 a) haklı bir neden olmaksızın muayeneden kaçınmanın tekrarlanması halinde fiziksel zorlamaya başvurulabilmesi öngörülmüştür.

63 Kılıçoğlu, 96.

64 Örneğin sırf kocanın aşırı şüpheciligi veya kıskançlığı nedeniyle, bilimsel incelemeye karar vermemesi gerekir, Acabey, 130.

65 Anayasa'nın bu ifadesinde tek başına “rıza”nın bilimsel ve tıbbi deneylerin hukuka uygunluk sebebi olarak kabulü kanımızca isabetsiz olmuştur. İnsan onuruna aykırı sayı-

tıbbi deneylere tabi tutulamaz....". Anayasa'nın bu hükmü de gen analizlerinin mahkemelerde nesep tespitinde kullanılması bakımından yol gösterici bir hüküm olduğu açıktır. Kanımızca kan vermeye yanaşmayan kişiye fiziki zorlama kullanılması, kan veya doku alınması, kişilik haklarının çok ağır bir ihlali olup, insan onuruyla bağdaştırılması mümkün değildir⁶⁶.

Soy bağı'nın tespitinde hem çocuğun hem de babanın gen analizinin yapılması ve bunların karşılaştırılması gerektiğinden, çocuktan analiz amacıyla materyal alınmasında çocuğun velayet ya da vesayet altında bulunup bulunmadığına da bakılmalıdır. Velayet hakkına sahip olanların ki bu kişi genellikle anadır ve vesayet makamlarının analiz amacıyla materyal verilmesinde rızalarının bulunması gerekir. Aksine bir tutum velayet hakkının ihlali anlamına gelir⁶⁷.

IV. İSVİÇRE VE ALMAN HUKUK SİSTEMİNDE GEN ANALİZLERİNİN KULLANIMI

A. İsviçre Hukuk Sisteminde

İsviçre Medeni Kanunu'nda DNA analizleri ve genetik testlerin soybağının tespitinde kullanılması mümkündür (ZGB. Art. 254 Ziff. 2). Bu hükme göre hakim, babalığın tespitinde ancak şu iki şart gerçekleştiği takdirde genetik analizlere başvurabilmektedir. Bu şartlar, soybağının tespiti için söz konusu analizlerin yapılmasının gerekli olması ve materyal verme yükümlülüğü altında bulunan kişilerin sağlıkları yönünden tehlike yaratmamasıdır⁶⁸. Bunun yanında İsviçre kanun koyucusu, gen analizlerinin ticari amaçlı ve kişisel verilerin yetkisiz kimseler tarafından kullanılmasını engellemek için diğer yasal düzenlemeleri de gerçekleştirmiştir. Bu düzenlemelerin ilki Kişisel Verilerin Korunması Kanunudur⁶⁹. Bu kanunla, kişisel verilerin her türlü izinsiz ve yetkisiz kullanımı yasaklanmış, bu tür kullanımlar cezalandırılmış ve elde edilen bilgilerin saklanması, anonimleştirilmesi ve kaybolma, yetkisiz kimseler tarafından ele geçirilme risklerine karşı önlem hükümleri sevk edilmiştir. Bütün bu düzenlemelerin yanında ayrıca insan,

labilecek bazı müdahalelerin "bilimsel ve tıbbi" kisvesi altında verilen "rıza" ile hukuka uygun hale gelmemesi gerekir.

⁶⁶ Acabey, 132.

⁶⁷ Rittner/Rittner, NJW 2002, 1749.

⁶⁸ Tuor/Schnyder/Schmid, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 11. Aufl., Zürich 2001, § 32, 281.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için şu eserlere müracaat edilebilir: Peter, J. T., Das Datenschutzgesetz im Privatbereich unter besonderer Berücksichtigung seiner motivationalen Grundlage, Zürich 1994.

bitki, ve çevre sağlık ve güvenliğinin korunabilmesi için “Gen Teknik Kanunu” da kabul edilmiştir⁷⁰.

B. Alman Hukuk Sisteminde

Alman Hukuk sisteminde, babalığın tayininde BGB 1600 c ve d'nin uygulama alanı bulunduğu hallerde ZPO (Zivilprozessordnung) § 372a özel önem taşımaktadır. Bu durumda ilgili kişiler, mahkeme sürecinde bilimin tanınan ilkelerine göre gerekli araştırmalara katılmak zorundadır. Bununla ZPO § 372a, Alman Anayasası'nın 2. maddesinde korunan beden bütünlüğüne zorunlu bir müdahale ve sınırlama getirmektedir⁷¹. Ancak Alman öğretisinde bu maddenin sadece kan grubu tespiti amaçlı kan alma ile ilgili olduğu, dar yorumlanması gerektiği ve hiçbir zaman moleküler genetik araştırmasını kapsamadığı savunulmaktadır⁷²

Her ne kadar genetik analizlerin ve DNA testlerinin soy bağının tayininde kullanılmasına izin veren hüküm Alman Medeni Kanununda mevcutsa da bu sistemi tamamlayan ilgili bir yasal düzenleme daha vardır⁷³. Alman hukuk sisteminde kişisel verilerin korunması ile ilgili ayrı bir düzenleme mev-

⁷⁰ 21 Mart 2003 tarihli “Gentechnik Yasası” İsviçre Anayasasının yeni hükümleri, uluslar arası yeni anlaşmalara ve önceki kanuna göre değişiklikler içermektedir ve 1.1.2004 tarihinden itibaren yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Yasanın amacı birinci maddede belirtilmiş olup, gen teknolojisinin insan, çevre ve hayvanlar bakımından kötüye kullanılmasını önlemektir. Gen teknolojisinin kötüye kullanılmasına örnek olarak “gentest.ch” firmasının babalık tespitinde bir çok noktada kişisel verilerin korunması kanuna aykırılık bulunmuştur. Öncelikle bu şirket, kontrol yükümlülüğünün tam olarak yerine getirmektedir (EDSB kritisiert neuen Vaterschaftstest, 28.01.2003, www.pctip.ch).

⁷¹ Rittner/ Rittner, NJW 2002, 1746.

⁷² “Gentechnologie und Datenschutz, Stellungnahme für die Enquetekommission “Chancen und Risiken der Gentechnologie” des Schleswig-Holsteinischen Landtages”, November 1997, www.datenschutzzentrum.de.

⁷³ Sistemle ilgili olduğu düşünülebiyecek bir diğer düzenleme de Gen Teknik Kanunudur (Gentechnikgesetz). Ancak bu kanunun amacı, gen tekniklerinin uygulanması ile insan, hayvan, bitki ve çevrenin tehlikelere maruz kalmasının engellenmesidir. Kanunun düzenleme alanı ise gen çalışması yapan kuruluşları, gen tekniği çalışmaları, genetik olarak değiştirilen organizmaları içeren ürünlerin piyasaya sürülmesidir. DNA analizlerine uyulacak esaslar 1996'dan beri Almanya'da Robert Koch Enstitüsü'nce belirlenmektedir. Bu görev 1996 yılında gerçekleştirilen bir yasal düzenleme ile (Gesetz über Neuordnung zentraler Einrichtungen des Gesundheitswesens) kendisine verilmiştir. DNA analizlerinin Almanya'da esasen 1992 yılından beri yasal olarak yapılması mümkün idi. 1996 tarihli yasa bu imkanı muhafaza etmekle birlikte önceki şartlara nazaran yeni şartlar getirilmiştir. Bu şartların niteliği konusunda tartışma vardır: Tıp uzmanlarından bir kısmı söz konusu kuralları bir yandan “bağlayıcı” nitelikte görürken, diğer bir kısmı “tavsiye” olduğunu ileri sürmektedirler. Hukukçular ise bu kuralları “idari” nitelikli görmekte idirler. Bkz., Rittner/Rittner, NJW 2002, 1747.

cuttur ve sistem birbirini öncelikle bu noktada tamamlamaktadır: Federal Verilerin Korunması Kanunu (Bundesdatenschutzgesetz). Bu kanunun amacı, kişisel verilerin izinsiz bir şekilde yetkisiz kimselerin eline geçmesinin engellenmesidir. Ayrıca Kanun, kişisel verilerin işleme, saklanma, ortadan kaldırılma ve anonimleştirilmesi ile ilgili hükümlerinin yanında bu tür kişisel verileri bulunduran ve elde edenlerin kontrol edilmesi ile ilgili hükümler de içermektedir⁷⁴.

Alman öğretisinde konu bir başka açıdan daha ele alınmaktadır: Herkesin korunması gereken kendine ait bir takım gizli alanları bulunmaktadır. Genom analizleri konusundaki tartışmaların etrafında cereyan ettiği bir hakkın burada ele alınması gerekmektedir. Bu hak, Alman Anayasası m. 1 ve 2'de karşılığını bulmakta ve bizim Anayasa'mızda ise 17. maddenin 2. fıkrasında ifade edilmektedir. Buna göre "tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz". Burada bahsedilen hak, kişinin kendine ait genom yapılanmasını bilme ya da bilmeme hakkı (Recht auf Wissen/Recht auf Nichtwissen) olarak da adlandırılabilir⁷⁵. Bilme ya da bilmeme hakkının tayininde genel etik, tıp etiği ve hukuk teorileri rol oynamaktadır.

Alman hukuk sisteminde bu yasal düzenlemelerin mevcudiyetine rağmen doktrin bunları yeterli görmemekte, gen verilerinin muhafazası için özel yasal düzenlemeler ve müeyyidelerin getirilmesini savunmaktadır⁷⁶

V. TÜRK HUKUK SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Medeni Kanunda her ne kadar soybağının belirlenmesinde genetik analizlerin yapılabilmesine hakim karar vermesi ile ilgili hüküm konulmuş ise de sistem diğer hukuk sistemleri ile karşılaştırıldığında boşluklar içermektedir. Bunları sıraladığımızda:

A. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Yasal Düzenleme Eksiktir

Türk hukuk sisteminde kişisel verilerin korunması ve mahkemelerce istenilen gen analizlerinin daha sonra güvenli bir yerde saklanıp saklanmaya-

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Busch, R., Die Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern in der DNA-Analyse- Datei, NJW 2002, 1754; Lange, P., Probleme des Persönlichkeitsrechts-und Datenschutzes im Sozialrecht, Bochum 1982.

⁷⁵ Damm, R., Praediktive Medizin und Patientenautonomie, Informationelle Persönlichkeitsrechte in der Gendiagnostik, Medizinrecht (MedR) 1999, 446; Staffelbach, v. B., Genanalyse vom Labor in die Lebenswelt, Magazin Unizürich 2000, 8.

⁷⁶ Weichert, T., Gentests und Persönlichkeitsrecht Datenschutz und Datenhoheit, www.datenschutzzentrum.de.

cağı hakkında yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar Medeni kanunun kişiliğin korunması ile ilgili koruyucu hükümleri bulunmakta ise de bu hükümler yeterli değildir. Zira bu tür verilerin nasıl ve ne şekilde kullanıldığı veya kullanılacağı çoğu hallerde kişinin denetimi dışındadır ve kişi bunu hiçbir zaman öğrenemeyecektir. Bu tür durumlarda kişinin kurumsal bir korumaya, yani idari bir korumaya kavuşturulması gerekmektedir. Bu tür verileri elde eden kurum ve kuruluşların devlet denetiminde olması, bu kurumlara özel sorumlulukların yükletilmesi gerekmektedir. Özel hukuk kurallarının yetersizliği yanında asıl sorun ceza hukuku alanındadır. Zira burada bu tür verilerin yasal olmayan şekilde kullanımına karşı cezai müeyyideler bulunmamaktadır ve bu boşluk özel hukuk alanında olduğu gibi hakim hukuk yaratması ile de giderilememektedir.

Verilerin korunması ile ilgili 28 Ocak 1981 tarihinde kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında bireylerin korunmasına ilişkin 108 sayılı sözleşme hazırlanmış ve bu sözleşmeye ülkemiz de aynı tarihte imza koyarak taraf olmuştur. Ancak söz konusu sözleşmenin 4. maddesi gereğince, sözleşmenin onaylanabilmesi için sözleşme hükümlerinin katılımcı devletin iç hukukuna bir yasal düzenleme ile yansıtılması gerekmektedir. Ancak Türkiye henüz bu yasal düzenlemeyi gerçekleştirememiştir.

Adalet Bakanlığı, kişisel verilerin korunması ile ilgili bir taslak üzerinde çalışmaktadır. Fakat bu taslak henüz yasalasma aşamasına gelememiştir⁷⁷. Ayrıca taslak son derece eksikliklerle dolu olup, kişisel verilerin ve kişinin korunmasından daha ziyade devletin korunmasını amaçlamaktadır⁷⁸. Yasanın bu eksiklikler giderilmeksizin çıkarılması halinde kişilere son derece yetersiz bir koruma sağlayacağı ortadadır.

B. Genetik Alanda Bir Yasal Düzenleme Bulunmamaktadır

Genetik çalışmaların, analizlerin nasıl ve hangi şartlar altında yapılacağı, elde edilen verilerin nasıl ve hangi sürede muhafaza edileceği, hangi amaçlarla kullanılacağı sorularına cevap veren bir yasal düzenleme henüz Türkiye’de bulunmamaktadır. Oysa Avrupa ülkelerinin düzenlemelerine bakıldığında genetik alanda çalışma yapan bütün laboratuvar ve enstitülerin devlet izni ve kontrolü altında kuruldukları ve çalıştıkları görülmektedir. Bu alanda

⁷⁷ Söz konusu taslak metni, Başbakanlık tarafından yayınlanan “E-Türkiye Girişimi I. Ara Rapor, Ankara Mayıs 2002, 123 vd” da bulunabilir. Bu taslak hakkında ayrıca bkz., Em, A., Küreselleşen Ekonomide Veri Korumanın Önemi, Panel Konuşması (Panel Tarihi: 31 Ocak 2002) Ankara, Ankara 2002, 52 vd.

⁷⁸ Eleştiriler için bkz. Memiş, T., “Küreselleşen Ekonomide Veri Korumanın Önemi”, Soru-Cevap (Panel Tarihi: 31 Ocak 2002) Ankara 2002, 85-87.

Türkiye’de herhangi bir yasal çalışma olmadığı gibi bu alanda yapılan çalışmalarda desteklenmemektedir.

Bu noktada MK.m.284’ün uygulamasında cevapsız kalan bazı sorular bulunmaktadır. Bu sorular şu şekilde sıralanabilir:

1. Hakim, kişisel verilerin korunmasını nasıl sağlayacaktır?

Bu noktada Türk Hukuk sistemi herhangi bir imkanı genetik tahlil isteyen hakime tanımamaktadır. Hakim, ilgili tarafların genetik bilgilerinin güvenliğini sağlayacak bir koruma kendisinden talep edildiği takdirde bu korumayı sağlama imkanından mahrumdur.

2. Kişisel verileri yetkisiz olarak ele geçiren, yayan kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğu nasıl sağlanacaktır?

3. Gen analizlerini yapan kurumların kontrolü nasıl sağlanacaktır?

Hakim her ne kadar, devlet kurumlarında söz konusu analizleri yaptırıcaksa da bu analizleri yapacak kurumlar, güvenlik bakımından özel bir donanım ve teşkilat yapısına sahip olmalıdır.

4. Veriler nasıl saklanacak, nasıl korunacak ve yok edilmesi nasıl sağlanacaktır?

5. Verilerin ticarileştirilmesinin, önüne nasıl geçilecektir?

6. Ulusal güvenlik açısından herhangi bir politika öngörülmesi müdür?

SONUÇ

Hukuk devleti, kişilere hukuki güvenlik sunan ve kişiler hakkındaki işlem ve müdahalelerin sınırını önceden ayrıntılarıyla belirleyen, kısaca sürprizlere yer vermeyen devlettir. Kişilere hukuki güvenliğin sağlanıp sağlanmadığı belirlenirken hukuk sistemi bir bütün olarak dikkate alınmalıdır. Bu nedenle hukuk kuralları da tek bir kanun içinde değil, bütünlük içinde değerlendirilmelidir. Sadece bir olayın, suçun yada somut incelemede soybağının belirlenmesinde var olan kamu yararı, kişilik haklarının ihlali, insanın değeri, insan hakkı ve ulusal çıkarlar açısından da değerlendirilmeli ve kontrol edilmelidir.

Türk hukukunda genetik analizler, soybağının belirlenmesinde kullanılmak isteniyorsa sistem tamamlanmalı, kişisel verilerin korunması ve genetik alandaki hakkındaki yasal düzenlemeler Avrupa Birliği standartlarında ihdas edilmelidir.

Medeni Kanun m. 284’te her ne kadar hakimin soybağının belirlenmesi için genetik analiz isteyebileceğine dair bir düzenleme getirilmiş ise de bu düzenleme kanaatimizce aşağıdaki çekinceler altında uygulama alanı bulmalıdır:

1. Öncelikle, kişisel verilerin korunması ve gen ile ilgili özel düzenlemeler çıkarılıncaya kadar genetik analiz isteyen hakimler dikkatli olmalı ve bu alanlardaki koruma boşluklarının farkında olarak hareket etmeli, analiz sonuçlarının farklı amaçlar için de kullanılabilceğini göz önünde bulundurarak üçüncü kişilerin bilgisine sunmamalıdır. Ayrıca hakim, söz konusu kişisel verilerin korunmasını sağlayacak ve kişinin mağduriyetini engelleyecek imkanlara henüz sahip olmadığını bilincinde olmalıdır. Zira hukuk devleti, güvence veren devlettir ve kişileri yasal sınırları önceden belirli olmayan işlemlere tabi tutamaz⁷⁹.

2. Temel bir hak olan vücut bütünlüğüne dokunulmaması sadece bir kanun içinde düzenlenecek kadar basit bir konu olmayıp, en ince ayrıntılarına ve sınırlarına kadar düzenlenmelidir. Ancak bundan sonra vücut bütünlüğüne müdahaleye kişi rıza gösterme yükümlülüğü altına sokulabilir.

3. Bütün bu yasal düzenlemeler olmadan ilgililerin genetik analizden kaçınması, yukarıda bahsolunan rizikolardan biri kuvvetle muhtemel gözüküyorsa örneğin işini kaybetme rizikosu varsa, haklı bir sakınma olarak değerlendirilmeli, hakim tarafından bu tutum aleyhe hüküm vermenin sebebi olarak takdir edilmemelidir.

4. Genetik kimliğin ortaya çıkarılabileceği bir araştırmanın olumsuz sonuçlarına hiçbir taraf maruz bırakılmamalıdır. Zira bu sonuçlar, kişinin ruhsal sağlığını etkileyebilecek etkiler doğurabilmektedir. Hakim, MK.m.284'ün uygulamasında "*sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemeler*" ifadelerini yorumlarken ruh sağlığının da bu ifadenin içine girdiği unutulmamalı, gerçekliğin bilinmesi halinde yaşanacak çocuğun veya babanın yaşayacağı ruhsal çöküntü ile gerçeği bilme konusundaki menfaatler ve dolayısıyla kişiliğin serbestçe gelişimi ilkesi dikkatle değerlendirilmelidir⁸⁰.

5. Babalık davası veya nesebin reddi davası için gerekli olduğu takdirde gen analizlerinin yapılmasına müsaade edilmeli, keyfi olarak analiz yaptırılmasının önüne geçmek gerekir.

⁷⁹ Benzeri tavsiye Dünya Tabipler Birliği Bildirgesinde de yer almaktadır: " İnsan genom araştırmalarındaki doktor ve araştırmacıların, yasal kurallar geliştirilinceye kadar bu çalışmalara katılmamaları gerektiğini" (Marbella, İspanya, Eylül 1992).

⁸⁰ Alman Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında da isabetli olarak belirttiği üzere (BVerfG NJW 1984, 419) kişiliğin serbestçe gelişimi, öncelikle kişinin kendi kimliği konusundaki verilere serbestçe ulaşabilmesine, bunları kaydedip kullanabilmesine bağlıdır. Babanın gerçekten baba olup olmadığını bilme hakkı ile çocuğun gerçek babasını bilip bilmeme konusunda kendisinin karar verme hakkı çatıştığında babanın gerçeği bilme hakkı sınırlandırılabilir, Rittner/Rittner, NJW 2002, 1748 vd..

6. Ancak hakim kararı ile ve ancak dava hak düşürücü süreler içerisinde bu tespitin yapılması istenmelidir. Sosyal düzen ve doku, sırf gerçekliği bilme menfaatine feda edilmemeli; kişi, yukarıda anılan bir kararda olduğu gibi⁸¹, yaklaşık yirmi yıl çocuğu bildiği kişinin, gerçekte çocuğu olmadığını öğrenmesinin yaratacağı tahrip göz önünde bulundurulmalıdır.

7. Genetik analiz isteyebilecek kişilerin çevresi de, yukarıda anılan sebeplerle dar tutulmalıdır.

⁸¹ Bkz., yuk. dipn. 4.