GEN ANALİZLERİNDE ŞAHSİYET HAKKININ KORUNMASI

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR*

ÖZET

Gen analizleri, şahsın sadece kendisi ile ilgili değil, akrabaları ile ilgili sonuçları ihtiva etmektedir. Şahsiyet hakkı çerçevesinde bu sonuçların bilinmesi -veya istenilmediği takdirde- bilinmemesi gerekir. Her iki hâlde de şahsın tercihine saygı duymak gerekir. Aksinin kabûlü, şahıs özerkliğine aykırı olur.

Gen analizleri şahsiyet hakkının ihlâline yol açacak sonuçları ihtiva etmektedir. Zira bu sonuçlara dayanarak, iş hukukunda, sigorta hukukunda, eğitim alanında veya diğer alanlarda pek çok olayda ayrımcılık yasağına aykırı uygulamalar ortaya çıkmaktadır. Sözkonusu hâller, niteliği itibariyle şahsiyet hakkının ihlâlidir. Bu sebeple, bahsedilen ayrımcılığı önlemek amacıyla gerek millî hukuk sistemlerinde ve gerekse milletlararası alanda hukukî tanzimlere yer verilmiştir. Türk hukukunda da bu konuda hazırlanan metinlerin bir an önce kabul edilmesi yerinde olur.

GİRİŞ

Bilim ve teknolojideki hızlı gelişmeler, hukukî düzenlemeleri de etkilemektedir. Bu sebeple, hukukî gelişmeler, çoğu kez bilim ve teknolojideki yeniliklerin gerisinde kalabilmektedir. Bilim ve teknolojideki gelişmelerin önemlileri arasında, şüphesiz, gen teknolojisi alanında gerçekleştirilenleri de saymak gerekmektedir.

Gen analizi faaliyetleri, bugün ulaştığı safha itibari ile hukuk düzenince, çözüm bulunması gereken pek çok mesele ortaya çıkarmış; hatta, bu gelişmelere karşılık olabilecek normlar getirilmediği için, mevcut yazılı hukuk bir yerde çaresiz kalmıştır. Hukukun çözüm bulmakta zorlandığı

alanlardan birisi de, insan üzerindeki gen analizlerinde şahsiyet hakkının korunmasıdır[1].

I. ŞAHŞİYET HAKKI OLARAK "BİLİŞİMSEL GELECEĞİ BELİRLEME HAKKI"

A. Genel Olarak

Bir kimsenin, sırf kişi olması sebebiyle sahip olduğu haklara şahsiyet (kişilik) hakkı[2] denir. Şahsiyet hakları, bir kimsenin şahsî değerleri üzerinde

---

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim dalı Öğretim Üyesi.

1 İnsan üzerinde gen analizlerinin ortaya çıkardığı problemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KANDLER, Hans-Christoph; Rechtliche Rahmenbedingungen biomedizinischer Forschung am Menschen, Heidelberg 2008, sh. 17 vd.; OBERTHÜR, Jörg; Die Einführung der grünen Gentechnik als discursive Konstruktion, Baden-Baden 2008, sh. 13 vd.; Von WINTER, Stefan F.; Rechtliche Rahmenbedingungen der Genmedizin, in: WINTER, S./FENGER, H./SCHREIBER, H. L. (Hrsg). Genmedizin und Recht, München 2001, sh. 53-62; Rechtliche Anforderungen an ein künftiges Fortpflanzungsmedizingesetz, in: ODUNCU, F./PLATZER, K./HENN, W. (Hg.) Der Zugriff auf den Embryo, Göttingen, sh. 35-51; ROBİENSKI, Jürgen; Die Auswirkungen von Gewebegesetz und Gendiagnostikgesetz auf die biomedizinische Forschung, Hamburg 2010, 45; UNESCO, İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi, Paris 2005, sh. 3 vd.; ERKAN, Volkan; Kök Hücre Çalışmaları ve Etik; www.felsefeekibi.com/dergi5/s5_y21.html, 15.03.2010; ÇOBAN, Aykut; Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 86 (2009), sh. 204-248.

2 Şahsiyet hakkının tek mi yoksa birden fazla hak mı olduğu doktrinde tartışmalıdır. Kanunkoyucunun genel şahsiyet hakkının yanında, bazı şahsî varlıkları özel olarak düzenlediği görülmektedir. Ancak, bu sonuç, hiçbir zaman, birden fazla şahsiyet hakkının varlığının kabûlüne imkân vermez. Çünkü, doktrindeki hakim görüşe göre, şahsiyet hakkı bir tek olup, bunun değişik şekillerde yansımalarından söz etmek gerekir. Bunlara "münferit şahsiyet hakları" demek mümkündür. Bu konudaki tartışmalar için bkz; ÖZTAN, Bilge; Şahsın Hukuku, 9. Bası, Ankara 2000, sh. 115; DURAL, M./ÖĞÜZ, T.; Türk Özel Hukuku, C. II, Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2006, sh. 94-95; OĞUZMAN, M.K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.; Kişiler Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2005, sh. 124 vd.; HELVACI, Serap; Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyan Davalar, İstanbul 2001, sh. 42-43.

sahip olduğu haklardır. Bu hak, şahsiyeti meydana getiren bütün değerlerden teşekkül eder. Bu sebeple, hakkın konusu, şahsiyeti meydana getiren değerlerin tamamından ibarettir[3]. Diğer taraftan, 1982 tarihli Türk Anayasası m. 12'de temel hakların niteliğinden söz edilmiştir. Gerçekten de, sözkonusu maddeye göre "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir".* Türk Anayasası m. 17'de ise, "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz*" hükmü yeralmaktadır[4].

Modern hukuk sistemlerinde şahıslara, "*bilişimsel geleceğini bizzat belirleme hakkı (informationelle Selbstbestimmungsrecht)"* tanınmaktadır[5]. Bu hak sayesinde kişiler, şahsiyet haklarına dâhil verileri üzerinde serbestçe tasarruf imkânına sahip kabûl edilmektedir. Hatta şahıslar, aynı hak ve hukukî sınırlar (TMK. m. 23 vd. aykırı olmamak şartıyla) çerçevesinde şahsî verilerini malî işlemlere konu edebilmektedirler. Meselâ, bir kimse ismini, sesini veya resmini bir reklâm filminde kullandırabilmektedir. Bu kullandırmanın karşılığı olarak kendisine bir miktar para ödenmektedir. Alman Anayasa Mahkemesi, şahsiyet hakkını *"kişiliğin serbestçe gelişimini, kişinin kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesine, depolayabilmesi, dağıtabilmesi, yayabilmesi"* imkânı olarak nitelendirmektedir[6]. Ancak bu hak, hiç bir biçimde şahıslara, sözkonusu

---

[3] Geniş bilgi için bkz. BAŞPINAR, Veysel; Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD. Y. 56 (1999), S. 1, sh. 17 vd.

[4] Türk Anayasası'nda yeralan şahsiyet hakkının kapsamı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. İZGİ, Ö./GÖREN, Z.; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C. I, Ankara 2002, sh. 171vd.; 215 vd.

[5] Geniş bilgi için bkz. 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.; YILDIRIM, M. Fadıl; Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması, AÜEHFD. C. XI (2007), S. 3–4, sh. 384.

[6] Bkz. YILDIRIM, Gen, sh. 384.

veriler üzerinde mutlak hak sahipliği konumu bahşetmemektedir. Gerçekten de, sınırsız bir hürriyet düşünülemez. Bu sebeple, şahsî verilerin işlenmesinde de bazı sınırlamalar olması bir yerde mecburiyettir. Bu konuda hemen hemen her ülkenin mevzuatında hüküm bulunmaktadır. Meselâ, Alman hukukunda BGB § 134, 138, 823, Fransız hukukunda CC. Art. 1128, 1133, 1382; İsviçre hukukunda CCS. Art. 27, OR. Art. 19, 20; İtalyan hukukunda CCI. Art. 5, 1418; Türk hukukunda TMK. m. 23, BK. m. 19-20 bu tür sınırlamalardan bazılarıdır.

Bir kimseye aid verilerin korunmasından maksat, korumanın bizzat *"veri"*ye değil de, verinin ilişkili olduğu bir kimsenin *"şahsiyet hakkının korunması*"na yönelik olmasıdır[7]. Çünkü şahsiyet hakkı, ancak bu verilerin başkalarına karşı muhafaza edildiği ölçüde korunmuş olmaktadır. Bu sebeple, gen analizleri neticesinde[8] elde edilen veriler ne oranda muhafaza edilirse, şahsiyet hakkı da o kadar sağlam bir şekilde korunmuş olmaktadır[9]. Bunun sonucu olarak şahsî verilerin korunması, başlangıçta teknik, gizemli ve dolayısıyla anlaşılması güç bir kavram gibi görünebilir. Fakat, gerçek hiç de öyle değildir. Çünkü şahsî verilerin korunması aynı zamanda hukukî bir terimdir. Bu anlamda sözkonusu terim, ferdin temel hak ve hürriyetlerinin devlet karşısında korunması ile de yakından ilgilidir. Bu sebeple, şahsî verilerin korunması ile alâkalı olarak gerek millî hukuk sistemleri ve gerekse

---

7 Bkz. YILDIRIM, Gen, sh. 383.

8 Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHMIDTKE Jörg; Die Bedeutung der Genanalysen, www.datenschutz. hessen.de/ forum2004.htm#entry1690, 14.05.2011; SIMON, Jürgen; Der Rechtsrahmen der Genanalysen, www.datenschutz.hessen.de/forum2004.htm#entry1693, 14.05.2011.

9 Geniş bilgi için bkz. AEBI-MÜLLER, Regina; Persönlichkeitsschutz und Genetik, Einige Gedanken zu einem Aktuellen Thema, Unter Besonderer Berücksichtigung des Abstammungsrecht, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 2008, sh. 82 vd.; DEUTSCH, Erwin; Die Genomanalyse im Arbeits und Sozialrecht –Ein Beitrag zum genetischen Datenschutz, NZA 1989, sh. 657-662; RONELLENFITSCH, Michael; Genanalysen und Datenschutz, NJW 2006, sh. 321-325.

milletlerarası çapta hukukî tanzimler yapılmıştır[10].

B. Bilme Hakkı

Doktrinde "*bilişimsel geleceğini belirleme hakkı*", esas itibari ile iki kısımda ele alınmaktadır. Bunlardan birincisi, kişilerin bazı şahsî bilgileri bilmesi gerektiği temeline dayanmaktadır. Bunun için sözkonusu alana şahsın *"bilme hakkı (Recht auf Wissen)*" adı verilmektedir[11]. Bilme hakkı, bâzı millî hukuk sistemlerinde (meselâ ABD) 1972'den itibaren kabul edilmeye başlanmıştır. Gerçekten de, bilme hakkı, ABD'de 1972 yılında yayımlanan "Amerikan Hastaneler Birliği Hasta Hakları Beyannamesi" ile kabul edilmiştir. Daha sonra bunu 1981 tarihli "*Lizbon Hasta Hakları Beyannamesi*", 1994 "*Amsterdam Beyannamesi (Decleration on the Poromotion of Patient Rights in Europa)*" ve nihayet 1998 yılında kabul edilen "*Hasta Hakları Yönetmeliği*" (m. 15) takip etmiştir[12].

C. Bilmeme Hakkı

Bir kimsenin bazı olayları bilmemesi gerekebilir. Şahsın bilmemesi gereken olayların ve vakıaların olduğu gibi bırakılması, bir yerde mecburîdir. İşte şahsın bu tür hakkı, doktrinde "*bilmeme hakkı (Recht auf Nichtwissen)* şeklinde adlandırılmaktadır[13]. Bilmeme hakkı, şahsın maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir görünümüdür. Çünkü bu

---

10 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, Hayrünnisa; Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009, GÜR, İkbal; Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB İle ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Ankara 2010, sh. V.

11 Bilme hakkı ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. RIEDER, Heike; Genetische Untersuchungen und Persönlichkeitsrecht, Basel 2006, sh. 47 vd.; WEICHERT, Thilo; Gentests und Persönlichkeitsrecht Datenschutz und Datenhoheit, https://www.datenschutzzentrum.de/material/themen/gendatei/gentests.htm, 19.05.2011.

12 Bkz. EDİSAN/AKSOY, sh. 154.

13 Bilmeme hakkı ve kapsamı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. RIEDER, sh. 96 vd.; WEICHERT, Thilo; Gentests und Persönlichkeitsrecht Datenschutz und Datenhoheit, https://www.datenschutzzentrum.de/material/ themen/gendatei/gentests.htm, 19.05.2011.

hak, şahsî bilgileri öğrenme ve bu bilgiler çerçevesinde serbestçe karar verebilme hakkını da ihtiva eder[14] Bilmeme hakkı İsviçre'de 2004 yılında kabul edilen "*İnsan Üzerinde Genetik Muayeneye Dair Federal Kanun"*[15] m. 6'da açıkça kabul edilmiştir. Gerçekten de sözkonusu maddeye göre, aynı Kanun'un 18/II hükmü[16] mahfuz kalmak kaydı ile herkesin kendisine iad genetik sonuçlar hakkındaki bilgileri reddetme hakkı vardır.

Bilmeme hakkının sözkonusu olan hâllerde, bildirilmesi istenmeyen bir bilginin bu kişiye bildirilmesi, hukuka aykırı sayılmaktadır. Çünkü, böyle bir hâlde, şahsı hastalığı konusunda mutlaka bilgilendirme konusunda ısrar etmek, özü itibariyle kişi özerkliğine aykırı olur[17]. Gerçekten de, öğrenilmesi hâlinde kişinin yaşama sevincini azaltacak, hatta ortadan kaldıracak, hayat kalitesinde olumsuz değişimler yaratacak ve şahsî ve medenî ilişkilerinde olumsuz sonuçlar doğurabilecek[18] bir bilginin kişiye bildirilmesinden kaçınmak gereklidir. Bu söylenenlere uygun olarak, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 19'a göre, "*Hastanın manevî yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığının artması ihtimalinin bulunması ve hastalığının seyrinin ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde teşhisin saklanması caizdir*". Aynı şekilde, 1994 Amsterdam Beyannamesi m. 2.3'e göre, hasta

---

14 EDİSAN, Z./AKSOY, Ş.; Genetik Uygulamalar Özelinde Bilmeme Hakkı, Türkiye Klinikleri, 2007, S. 15, sh. 153-159 (sh. 155).

15 Bkz. *(Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen,* BBl. 2002 7361.

16 Sözkonusu Kanun m. 18'de ferdin kendi geleceğini belirleme hakkı düzenlenmiştir.

17 EDİSAN/AKSOY, sh. 159.

18 Verilen bilginin kişinin medenî ilişkilerinde olumsuz sonuçlar doğurduğu misaller hakkında geniş bilgi için bkz. BÜYÜKAY, Yusuf; Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, sh. 383 vd; YILDIRIM, M. Fadıl; Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Sempozyumu Erzincan 15-16 Mayıs 2006, Ankara 2007, sh. 57 vd. Bu konuda ayrıca bkz. BAŞPINAR, Veysel; Tıp Etiği ve Bilgi Edinme Hakkı Açısından Meslek Sırrı, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2009, sh. 575 vd.; YELMEN, Adem; Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Prof. Dr. Ali Naim İNAN'a Armağan, Ankara 2009, sh. 907 vd.

üzerinde açık ve olumlu bir etki meydana getirecek ise, hastaya bilgi verilmeyebilir[19].

Bâzen, gen analizi yaptırmak aile içi çatışmalara yol açabilir. Meselâ, test yaptırıp, genetik bir hastalığa sahip olduğunu öğrenen bir kimseyi düşünelim. Böyle bir kimse, gen analizi sonucunda aynı hastalığa annesinin de duçar olduğunu öğrenmiş olmaktadır. Anne ise bilmeme hakkını kullanmak isteyebilir, hatta bunda ısrarcı olabilir. Böyle bir halde, çocuğun bilme hakkı ile annenin bilmemem hakkı karşı karşıya gelmekte ve aile içi çatışmaya sebebiyet verebilmektedir[20]. Bilme ve bilmemem hakkı ile ilgili olarak değişik kıt'alarda yapılan bir araştırmaya göre, hastaların Almanya'da 48'I, Fransa'da % 54'ü, ABD ve Kanada'da % 60'ı bilme hakkının kabûlü yönünde görüş bildirmişlerdir. Araştıramaya iştirak edenler, aile içinde bazıları karşı çıkmış olsa bile, genetik bilgi konusunda açık davranılması gerektiğini beyan etmişlerdir. Buna karşılık, aynı kimseler, bu bilgilerin üçüncü şahıslara ve sigorta şirketleri veya işveren ya da okul yönetimlerine verilmesine karşı çıkmışlardır[21]

Alman şair Goethe'nin dediği gibi, "*eğer hasta, hekimin bildiğini bilmiş olsaydı, şüphesiz ümitsizliğe kapılırdı (Verzweifeln müßte jeder Kranke, das Übel Kennend, wie der Arzt kennt)*"[22]. Meselâ, kanser teşhisi bazı hastalarda, kişinin hayatında hemen ölümü, ölüme götüren çaresizliği ve tahammül edilemez ağrıları akla getirir[23]. Bu tip hastalara, böyle bir sonucu doğurabilecek hastalığı söylenmemelidir. Almanya'da yapılan bir araştırmaya göre, ankete iştirak edenlerin % 48'i genetik analizlerini bilmek

---

19 Ayrıntılı bilgi için bkz. SERT, Gürkan; Hasta Hakları, İstanbul 2004, sh. 139.

20 Karşılaştırınız, EDİSAN/AKSOY, sh. 157.

21 Geniş bilgi için bkz. EDİSAN/AKSOY, sh. 158.

22 Goethe, Johann von; West-östlicher Divan, OZANOĞLU, Hasan Seçkin; Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2010, sh. V'den naklen.

23 Bununla birlikte, tıbbî etik, onkoloji, ilâhiyat ve hukuk bilimi ile iştigal edenler, kanser de olsa, teşhis ve tahminlerin hastaya söylenmesi gerektiğini kabûl etmektedirler. Aksinin kabulü, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına aykırı düşer. Bu konuda geniş bilgi için bkz. OZANOĞLU, sh. 90-93.

istemediklerini açıklamışlerdır[24]. Ayrıca bazı hastalar, böyle bir bilgiye sahip olmak istemeyebilirler. Nitekim "Hasta Hakları Yönetmeliği'nde "*Bilgi Verilmesini Yasaklama*" başlığını taşıyan m. 20'ye göre, *"hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir"*. Bu hüküm, Türk hukukunda sağlık ve hastalık ile ilgili bilmeme hakkının hukukî temelini teşkil etmektedir.

II. GEN ANALİZLERİNİN UYGULAMA ALANLARI VE ŞAHSİYET HAKKI YÖNÜNDEN ÖZELLİKLERİ

Günümüzde gen tekniği çok gelişmiştir. Bunun bir sonucu olarak gen analizleri çok sık başvurulan bir yol olmaya başlanmıştır. Çok değişik amaçlarla bu analizlere başvurulmaktadır. Bunlar arasında sigortacılık, eleman alımı, suçluların takibi ve yakalanması[25] ve babalığın tesbiti ilk sırada sayılabilir[26]. Bunun en güzel misali 11 Eylül 2001 saldırısından sonra, ABD kamu makamlarının davranışlarındaki değişikliklerde görülmüştür. Gerçekten de, sözkonusu olaydan sonra ABD kamu makamları, terörle mücadele gerekçesi ile, özel sektörün elindeki şahsî verilerin kendilerine verilmesini ve bu bilgilerin bir merkezde toplanmasını istemişlerdir. ABD bu konuda sadece kendi iç hukukundaki bilgilerle yetinmemiş; Avrupa Birliği ülkelerinden de aynı bilgileri talep etmiştir. Bu ise, ABD ile Avrupa Birliği arasında belli alanlarda krizlere sebep olmuştur. Sonuçta Avrupa Birliği, şahsî verilerin korunması konusunda, "*Veri Koruma Direktifi*"ni yayınlamak zorunda kalmıştır[27]. Ancak, bu konuyu tartışanların ve Avrupa Birliği

---

24 YILDIRIM, Gen, sh. 385.

25 Türk polis teşkilâtında, saç teli, deri parçası, kan izi, sperm, diş, kemik parçası, idrar, dışkı tükürük, sigaradaki dudak izi, parmak izi gibi verilerden hareket edilerek, DNA analizi sonucunda pek çok olay, başarılı bir şekilde aydınlatılmıştır. Geniş bilgi için bkz. ARSLAN, Feyzullah; Polisin Hatıra Defteri, İstanbul 2005, sh. 28 vd.

26 Geniş bilgi için bkz. Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein, Gentechnolojie und Datenschutz, 30.03.2010.

27 Bkz. Directive 95/46/EC of the European Parliament of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, s. 31. Tarih 23.11.1995. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. GÜR,

ülkelerinin, ABD'nin talebi olan verilerin bir merkezde toplanmasına ve buradan da kendine gönderilmesine pek sıcak baktıkları söylenemez.

Kişinin genleri, onun potansiyelini teşkil etmekte, çevresi ise, bu potansiyeli sınırlamada veya ortaya çıkarmada yardımcı olmaktadır. Meselâ, bazı ilâçların kullanımı, enfeksiyonlar, beslenme bozukluğu veya sosyo-ekonomik yoksunluk, kişinin genetik potansiyeline göre farklı sonuçlar ortaya çıkarır. Türk sağlık sektöründe yapılan bir araştırmada, yeni doğan bebeklerin % 2-3'ünde çoğu genetik bozukluklara dayanan ve doğuştan gelen anomaliler tesbit edilmiştir. Hayatın daha sonraki safhalarında ortaya çıkan genetik hastalıklar ile bu oran % 7-8'e ulaşmaktadır[28]. Bu ise, genetik verilerin önemini ortaya koyması bakımından ilginç bir sonuçtur[29].

Gen analizlerinin yurt dışına aktarılması da mümkündür. Nitekim Türk hukukunda kemik iliği hastası olan bir hastaya uygun kemik iliğinin bulunması için toplanan kanların yurt dışında teste tâbi tutulması hâdisesinde olduğu gibi- "*genetik millî verilerin yurt dışındaki kuruluşların veya yabancıların eline geçmesi"* de, üzerinde "millî" hassasiyet gösterilmiş olan spekülâtif konulardandır[30].

---

sh. 13 vd.

28 Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı Ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü; Genetik Hastalıklar, www.tusak. saglik.gov.tr/pdf/kitaplar/genetik.pdf, 15.05.2011.

29 Belirtmek gerekir ki, genetik hastalıklar çoğunlukla çok ciddî problemlere yol açan ve fakat tedavi imkânları günümüz şartlarında sınırlı olan hastalıklardır. Ayrıca, ailedeki bir kişide bu hastalıkların ortaya çıkması, ailenin diğer ferdleri için risk getirebilir. Bu sebeple, genetik hastalıkların teşhisi için gerek yetişmiş insan gücü ve gerekse teknolojinin son imkânları ile donatılmış lâboratuarlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu imkânların bulunmayışının bir sonucu olarak bu tür hastalıkların büyük çoğunluğu teşhis edilememektedir. Nihayet, genetik hastalıklar nadir olmayan oldukça sık görülen hastalıklardır. Bkz. Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı Ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü; Genetik Hastalıklar, www.tusak. saglik.gov.tr/pdf/kitaplar/genetik.pdf, 15.05.2011.

30 Türk hukukunda DNA analizleri ile ilgili olarak "DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı hazırlanmıştır.

Nihayet, gen analizlerini gerçekleştiren kuruluşların internette site kurmaları da, bu konudaki gelişmenin ne kadar hızlı olduğunun bir göstergesidir. Bu durum, aynı zamanda analizi yapılan malzemenin sağlandığı kişinin sosyal statüsü ve bu arada şahsiyet hakkı ile de yakından ilgili pek çok hukukî problemin doğmasına dahî yol açmaktadır.

Şahsın, gen analizi sonucunda ortaya çıkabilecek olan bir hastalık tehlikesini bilmek istememesi, onun temel bir hakkıdır. Bu temel hakka rağmen şahıs gen analizine tâbi tutulup sonuçları bir şekilde başkalarına duyurulur ise, şahsiyet hakkı ihlâl edilmiş olur. Aynı sonuç, sigorta şirketlerinin[31] veya başka kurumların, şahıstan gen analizi yaptırmasını ve sonuçlarının kendilerine sunmasını istemeleri hâlinde de geçerlidir. Böyle bir hâlde, ihlâli gerçekleştirenler bunun sonuçlarına katlanırlar[32]. Meselâ, Alman hukukunda, sigortacılık sektöründe ve personel alımlarında bu tür analizlerin istenmesinin, insan haysiyetine saygısızlık ve şahsiyet hakkının ihlâli olarak kabûl edilmektedir[33]. Aynı şekilde İsviçre'de 2004 yılında kabul edilen "*İnsan Üzerinde Genetik Muayeneye Dair Federal Kanun"* ile iş ilişkilerinde (GUMG. Art. 21), sigortacılıkta (GUMG. Art. 26), sorumluluk hukukunda (GUMG. Art. 29), sözleşmenin veya ilişkinin karşı tarafından genetik analizlerin yapılması ve sonuçlarının kendilerine vermelerini talep etmeleri yasaklanmıştır. Yine, İsviçre Anayasası'nda 1999 yılında yapılan değişiklikle[34] m. 119/I'de insanın gen teknolojilerine ve sun'i döllenmeye karşı korunduğu açıkça kabul edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, bunlar arasında insanın haysiyeti (Menschenwürde), şahsiyeti ve ailesinin korunacağı belirtildikten sonra, bu korumanın kapsamı ayrıca

---

[31] Bkz. Kraus, Carolin; Die Verwendung genetischer Daten in privaten Versicherungsvertägen in Italien und Deutschland, Hamburg 2008, sh. 20 vd., 133 vd.; MEMİŞ, Tekin; Sigorta Sözleşmelerinde Genom Analizlerinin Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukukî Sorunlar, REASÜRÖR, S. 46 (2002), sh. 27-42 (sh. 27).

[32] YILDIRIM, Gen, sh. 385.

[33] Geniş bilgi için bkz. SIMON, J.; Der Rechtsrahmen der Genanalysen, www.datenschutz.hessen.de/ forum2004.htm#entry1693, 14.05.2011.

[34] Bkz. BRB vom 11. Aug. 1999 – AS **1999** 2556; BBl **1997** I 1, **1999** 162 5986).

bentler halinde sayılmıştır. Bu hükme uygun yukarıda bahsedilen "*İnsan Üzerinde Genetik Muayeneye Dair Federal Kanun*'un amaçları arasında ilk sırada insan haysiyeti ve şahsiyetinin korunması olduğu açıkça ifade edilmiştir (m. 2). Türk hukukunda da 5977 Sayılı "*Biyogüvenlik Kanunu*"nda, amaçlar arasında insan sağlığının korunması da yer almaktadır (m. 1)[35].

IV. ŞAHSİYET HAKKI İLE GEN ANALİZLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

Gen analizleri ile şahsiyet hakkının korunması arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. "Gen analizi" olarak ifade edilen terim, genel olarak canlıların, çalışma konumuz bakımından ise şahısların ırsî özelliklerinin ortaya çıkarılmasıdır[36]. Gerçekten de, burada yapılan iş, şahsın bünyesinde barındırdığı hücre biriminin analizinin gerçekleştirilmesidir. Burada amaç, analiz sonucunda şahsın, hangi ırsî özelliklere sahip olduğunun anlaşılmasıdır[37]. İşte buna gen analizi adı verilmektedir[38]. Kısaca gen analizleri, teknik bir faaliyet metodu olarak, insan hayatına dair genetik faaliyetlerin bir kısmını teşkil etmektedir[39].

---

35 16.03.2010 tarih ve 27533 sayılı RG.

36 Bkz. PETERS, A./BÜRKLI, P.; Recht der Forschung am Menschen –Normgenese im Kontext von Soft Law internationalen Abkommen und Gesetz, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd. 129 (2010), H. 4, sh. 367 vd.

37 Tıp alanında genetik analiz, fertlerin taşımakta oldukları ırsî hastalıkların, bozuklukların veya risk faktörlerinin şahıstan veya aile ferdlerinden temin edilen DNA, RNA, kromozom, protein veya bâzı biyokimyevî metabolitlerin analizi suretiyle değerlendirilip rapor edilmesi olarak tanımlanmaktadır. Tanım için bkz. www.gbt-genetik.com/Genetic%20testing/ Genetik%20tani%20yontemleri%20-%20Gbt-A.htm, 26.04.2011

38 YILDIRIM, Gen, sh. 387.

39 Bkz. Von EINEM, Astrid; Der privatrechtliche Schutz vor genetischer Diskriminierung, Hamburg 2009, sh. 2 vd.

İnsan hayatı üzerine uygulanan genetik faaliyetler, gen analizlerini de kapsayan, çok geniş bir yelpazede sürdürülmektedir. Bu yelpaze içerisinde klonlama, babalığın tesbiti[40], hastalıkların önceden teşhisi[41], hastalığa yatkınlık, hastalığa yolaçan gene önceden müdâhale edilip, hastalığın ortaya çıkmadan önlenmesi, istenmeyen cinsiyetteki veya özürlü[42] olabilecek çocuğun doğumunun önlenmesi[43], organ naklinde hastanın genlerine uygun sun'î organların imal edilmesi[44] gibi çalışmalar ve metodlar bulunmaktadır.

---

40 Bu konuda geniş bilgi için bkz. MEMİŞ, T./YILDIRIM, M. F.; Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukukî Sorunlar, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VIII, S. 1-2, sh. 283 vd.; KIRKBEŞOĞLU, Nagehan; Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, İstanbul 2006, sh. 5 vd.

41 Nitekim yeni doğan çocukların hastanede iken topuklarından kan alınarak, *fenilketonuri* hastalığına müptelâ olup olmadıkları, daha başlangıçta teşhis edilmekte ve tedaviye başlanılmaktadır. Genetik bir hastalığın gebelik sırasında teşhisi, bazı durumlarda tedaviye imkân verebilmektedir. Tedavisi olmayan durumlarda ise, gebeliğin kanunî sürede sonlandırılması mümkündür. Gebelikten önceki iki ay içinde ve gebeliğin ilk üç ayında anneye folik asit verilerek nöral tüp defektlerinin embriyoda daha oluşmadan % 70 oranında önlenebilmesi, son on yılda gerçekleşmiş olup önemli bir tıbbî ve sosyal kazanım olarak kabûl edilmektedir. Bkz. Sağlık Bakanlığı Ana Çocuk Sağlığı Ve Aile Planlaması Genel Müdürlüğü; Genetik Hastalıklar, www.tusak.saglik.gov.tr/pdf/kitaplar/genetik.pdf, 15.05.2011.

42 4.HD. T. 21.6.2001, E. 2001/14173, K. 2001/5820 sayılı kararından "*Davacı taraf, davacılardan 23.6.1997 doğumlu küçük C.H.T.'nin doğum olayının K.E 200 yataklı Askeri Hastanesi Doğum Kliniğinde davalı doktor B.E.B. tarafından gerçekleştirildiğini ancak doğuma zamanında müdahale edilmeyerek geç doğum yaptırılması nedeniyle küçüğün beyin uyarı merkezlerinin hasar gördüğünü(nden), eklemlerini kullanamadığı gibi gözlerinin de zarara uğradığından bahsederek maddî ve manevî tazminat isteminde bulunmuşlardır.".* Karar için bkz. SAVAŞ, Halide; Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Ankara 2009, sh. 107-108.

43 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKAY, Yusuf; İstenmeden Dünyaya Gelen Çocukların Bakım Eğitim ve Tedavi Giderlerinin Tazmini Sorunu, İstanbul 2006, 1-2; Şenocak, Zarife; İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuklar ve Tazminat, Ankara 2009, sh. 1 vd.

44 MEMİŞ/YILDIRIM, sh. 286.

Diğer taraftan, gen analizleri sonucunda, suç mahallinde bırakılan malzeme veya izler ile suçluya ulaşılması, kimliği bilinmeyen ve tanınamayacak şekilde ölen şahısların kimliklerinin tesbiti mümkün hâle gelmektedir. Buradan hareketle, sözkonusu kişinin ölüm sebebi de ortaya çıkarılabilmektedir[45]. Bahsedilen metodlar dikkate alındığında, gen analizlerinin aslında, gerek vücut bütünlüğüne ve gerekse ruh bütünlüğüne bir şekilde müdâhaleyi gerekli kıldığı görülmektedir. Bu ise, şahsiyet hakları ile doğrudan ilişkili bir sonuçtur. Çünkü gen analizlerinin sonuçları, sadece insanın genetik yapısı ile ilgili bilgiler vermemektedir. Aynı şekilde gen analizi sonuçları, yalnız önleyici hekimlikte tıbbî teşhis alanında kullanılmamaktadır. Gerçekten de bu sonuçlar, aynı zamanda gen analizi yapılan şahsın genetik bozuklukları ve ileride duçar olabileceği hastalıklar konusunda da bilgiler vermektedir[46]. Bu sebeple, gen teknik analizlerinin belirgin farklılığı, en geniş anlamı ile hastanın taşımakta olduğu henüz belirgin hâle gelmiş veya gelmemiş bütün ırsî hastalıkları ve risk faktörlerini rapor edebilmesinde görülmektedir[47].

Genetik analiz, hekimler için hasta takibinde veya ferd için çocuk sahibi olmak gibi şahsî ve önemli kararlar vermede sağlayacağı katkı bakımından bütün diğer test metodlarının çok çok ötesindedir. O hâlde gen analiz sonuçları, tıpkı bir kişinin kaşı, gözü, ruhî yapısı gibi bugünkü hayatının ayrılmaz bir parçası, kimliğinin mecburî bir parçasıdır. Fakat aynı sonuçlar, şahsın gelecekteki kişiliğinin de bir parçasıdır. Nihayet, gen analizi sonuçları, insanın gizli-saklı her türlü mahremiyetini ortadan kaldırmaktadır. Böylece sözkonusu bilgiler, teknolojik diğer gelişmelerle birlikte kişiyi adeta şeffaflaştırmaktadır. Böyle bir kimseye, deyim yerinde ise *"şeffaf insan (glaeserner Mensch)"* demek mümkündür[48].

---

45 MEMİŞ/YILDIRIM, sh. 286-287; ARSLAN, sh. 99 vd.

46 RIEDER, sh. 1 vd.

47 www.gbt-genetik.com/Genetic%20testing/Genetik%20tani%20yontemleri%20-%20Gbt-A.htm, 26.04.2011.

48 YILDIRIM, Gen, sh. 388.

B. Gen Analizlerinin Şahsiyet Hakkını İhlâli Hâlleri

1. Genel olarak

Gen analizlerinin yukarıda sıralanan faydaları yanında bir o kadar da mahzurları bulunmaktadır. Çünkü hukukun teknolojik gelişmeye ayak uyduramaması, bilginin insanlığın yararı yerine zararına kullanılmasına sebebiyet vermektedir. Özellikle gen teknolojisine sahip olan ülkelerde, sözkonusu bilgilerin, bunu bir pazar olarak görenlerin veya teknolojiden haksız menfaat elde etmek isteyenlerin eline geçmesi ihtimali vardır. Aynı şekilde, gen analizleri sayesinde insanın kopyalanması[49] veya başka yaratıklar ile birleştirilmek suretiyle ortaya ucube varlıkların çıkması mümkündür[50]. Bu sebeple, İsviçre hukukunda insan üzerinde genetik analizlerin ancak, tıbbî amaçlara hizmet etmesi ve kişinin kendi geleceğini belirleme hâllerinde mümkün olabileceği kabûl edilmiştir (GUMG. Art. 10).

2. İş hukukunda ve sigorta hukukunda

Gen analizlerinin ortaya çıkardığı başka problemler de mevcuttur. Gerçekten de genetik bilgiler işverenlere, sigorta şirketlerine veya okul yöneticilerine açık hâle getirildiği takdirde, pek çok problem ortaya çıkabilir. Meselâ işverenler, hizmet sözleşmesinin kurulmasından önce işçi adayından gen analizi yaptırmasını ve sonucu kendisine getirmesini talep edebilir. İşçinin bu talebe olumlu cevap verip vermeyeceği tartışmalıdır. Şayet, sözkonusu talebe olumlu cevap vermek gerektiği sonucu kabûl edilirse, bunun bir adım ötesi, gen analizi sonuçlarına göre istihdam tercihinin kullanılmasına da râzı olunmasıdır[51]. Görüldüğü gibi gen analizleri, kişilerin iş hayatının gidişatına hatta kaderine yön vermeye, iş'e alınmada, terfide ve

---

49 İsviçre hukukunda insan üzerinde genetik in vitro sonuçlar elde etmeye yönelik araştırmalar yasaklanmıştır (GUMG. Art. 9).

50 Bkz. İNAM, A. Gen Teknolojisiyle Birlikte Yaşamayı Öğrenmek İçin Düşünme Hazırlıkları, Hazır mıyız? Bilim ve Teknik Dergisi, Ağustos 2000, sh. 53; MEMİŞ/YILDIRIM, sh. 287; GÜL, Cengiz; Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı, e-akademi, Temmuz 2010, Sayı 101.

51 METİN, sh. 206.

işten çıkarılmada etkili olmaktadır. Böylece, gen analizi sonucunda hastalık riski taşıdığı tesbit edilen kişiler, serbest piyasa şartlarında şirketlerin ekonomik menfaatlerine –deyim yerinde ise- âdeta teslim edilmektedirler[52]. Diğer taraftan, bu analizlerden elde edilen bilgiler sebebiyle, değişik alanlarda, özellikle iş'e alımlarda ve işten çıkarmalarda ayrımcılık yasağına[53] aykırı uygulamalar gerçekleştirilmektedir. Meselâ, ABD'de 1980'li yıllarda siyahlar üzerinde yapılan bir araştırmada, bu kimselerin bazı kimyevî maddelere aşırı tepki verdiği ve düşük basınçlarda solunum problemlerinin bulunduğu tesbit edilmiştir. Bunun sonucu olarak, sözkonusu renkten olanlar Hava Savunma Akademisi'ne alınmamışlardır[54]. Aynı şekilde Kuzey Carolina'da yaşayan ve bir sigorta şirketinde çalışan, başarılı bir kadının genetik yapısı incelenmiştir. Bu analiz sonunda adı geçenin solunum yolu hastalıklarına meyilli (yatkın, müsait) olduğu ortaya çıkınca, çalıştığı sigorta şirketi tarafından, özürlü olduğu sonucuna varılarak iş hayatına son verilmiştir. Sigorta Şirketi, bahsedilen kadının işine son vermekle kalmamış, şirkette sigortalı olarak kalmaya devam etmek istediği takdirde, primlerini yükseltmesini de talep etmiştir. Ayrıca, Şirket, bununla da kalmayarak, 23 yaşındaki oğlunu sigortalamaya da yanaşmamıştır[55].

Bir görüşe göre, ABD'de orta ve küçük ölçekli şirketlerin % 30'u terfi ve işten çıkarmalarda gen analizlerinden yaralanmaktadır[56]. Bu duruma dikkati çeken ve insanlarda kaderciliğe karşı büyük bir eğilim olduğunu söyleyen Collins, *"Genom projesi işte bu kolaycılığı sağlayacaktır. Genler günah keçisi görevini yüklenecektir"* demekten kendini alamamıştır.

3. Tıp alanında

Gen analizleri ile ilgili olarak *genetik testler yardımıyla zekâ*

---

52 METİN, sh. 206.

53 İsviçre hukukunda bir kimsenin ırsî özellikleri sebebiyle ayrımcılığa tabi tutulamayacağı, bunun yasak olduğu kabul edilmiştir. Bkz. GUMG. Art. 4.

54 MEMİŞ/YILDIRIM, sh. 288; BÜYÜKAY, sh. 362.

55 MEMİŞ, sh. 29.

56 SUCUYAN, Talin; Terfi ve İşten Çıkarmada Genetik Test, MEMİŞ, sh. 29'dan naklen.

kusurlarının, şişmanlığın, kısa boyun (ve diğer istenmeyen özelliklerin) önceden bilinmesi hâlinde, toplumlar, anne ve babası tarafından kusurlarıyla doğmasına izin verilen çocukları küçük görmeye başlar mı?" sorusunu sormak gerekir[57]. Zira, doğumdan önce teşhis edilebilen kusurlar ile dünyaya gelen çocukların anne ve babalarını, ne durumda olacağını bile bile çocuklarını dünyaya getirdikleri için eleştirdikleri ve kınadıkları bir gerçektir. Dünyadaki bütün ana-baba adaylarının, belirli özellikleri belirterek çocuklarını ısmarladıkları varsayıldığında, bunların bir araya gelmesinden ne gibi bir dünyanın ortaya çıkacağını şimdiden kestirmek mümkün değildir.

Bazı hastalık genlerinin başka hastalıklara karşı vücuda direnç sağladığı bilinen bir gerçektir. Meselâ, orak hücreli anemi (talasimia) olarak bilinen bir anemi türü, sıtmaya karşı direnç teşkil etmektedir. Bu durumda, sözkonusu anemiyi yok etmek için hastalığa yolaçan geni ortadan kaldırmak, acaba sıtma salgınına sebep olmaz mı? Bu soruyu daha da genişletmek ve "*hastalıklı genler yok edildiğinde, acaba evrim bundan nasıl etkilenir*?" şeklinde sormak da mümkündür. Görüldüğü gibi, gen analizlerinde üzerinde durulması gereken en önemli konulardan biri de, *"kötü"*nün ortadan kaldırılması "*iyi*"yi getirip getirmeyeceği, diğer etkilerinin bulunup bulunmayacağıdır[58].

4. Eğitim alanında

Nihayet, gen analizleri okullarda her öğrenciye kabiliyetlerine ve kapasitesine uygun bir eğitim verme gerekçesi altında kötüye kullanılabilir. Çünkü bu gerekçe ile bütün öğrenciler testlere tâbi tutularak, gelecekteki bütün hayatlarını etkileyebilecek olan bilgilere ulaşılacaktır. Bunun sonucu olarak, öğrenciler arasında farklı uygulamalara gidilebilecek, ayrımcılık yapılabilecektir. Bu ise her şeyden önce eşitlik ilkesine aykırı olur[59].

---

57 www.genetikbilimi.com/genbilim/genharitasi.htm, 15.05.2011.

58 www.genetikbilimi.com/genbilim/genharitasi.htm, 15.05.2011.

59 Bkz. METİN, sh. 206; PEKDEMİR, Nuray; Genetik Devrim, İstanbul 2000, sh. 34; KIVILCIM FORSMAN, Zeynep; Genetik Teknolojisi ve İnsan Hakları, Türkiye'de İnsan hakları Konferansı, TODAİE, İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara

5. Ruh bütünlüğünün korunmasında

Birçok kanunî düzenlemede yerverilen ve ilgili kişinin rızası ile gen analizinin yapılmasına imkân tanıyan hükümlerde de, kanaatimizce bir yanlışlığa düşülmektedir. Zira gen analizlerinin *"ilgili kişisi"* belirli değildir. Çünkü gen analizi, sadece sözkonusu malzemeyi veren hakkında sonuçlar sağlamakta kalmamaktadır. Gerçekten de, gen analizleri, aynı zamanda bu kişinin yakınları hakkında da bilgiler vermektedir. Bu yüzden de pekçok kimse, teste tabi tutuldukları takdirde, bu bilgilerin başkaları tarafından öğrenilebileceği ve bu yüzden dışlanacakları korkusuna kapılmaktadırlar. Bu ise, gen analizi yaptıran kimsenin ruh bütünlüğünü bozar.

Gen analizlerine toplumda özel bir merak bulunduğu bir gerçektir[60]. Zira en küçük şeylerin dahî abartılması suretiyle kişi hakkında ayrımcılık yapılabilmesine, hatta yalnızca bu kişi bakımından değil de, yakınları bakımından da ayrımcılığa yol açılması muhtemeldir.

Son olarak, gen analizi sonuçları, bâzı hâllerde kişinin bütün hayatını etkileyecek bir netice yaratabilir. Meselâ, yukarıda kanser hastaları için yapılan açıklamada da belirtildiği üzere, kanser, HİV virüsü gibi öldürücü bir hastalık tehlikesi taşıdığını öğrenen kimse, hayata küsebilir. Aynı şekilde, ailesinde ırsî bir şekilde Huntington veya kanser hastalığı bulunan genç bir kimse, hayatının bundan sonraki döneminde, sürekli olarak bu hastalığın endişesi ile yaşamaya başlayacaktır[61]. Bu bilgi, bâzen kişinin hayat

---

2000, sh. 511-528 (516).

60 Nitekim doktrinde YILDIRIM'ın verdiği bilgiye göre, Türkiye'de yapılan genetik test yaptıran her 100 kişiden 20'si hüsrana uğramış, çocuğunun kendisinden olmadığını öğrenmiş ve hayal kırıklığı yaşamıştır. Bkz. YILDIRIM, Gen, sh. 386.

61 Tıp alanında, bu tür analizlere genotipleme adı verilmektedir. Genotipleme, ferdlerin genetik yapılarının karakterize edilmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda genotipleme, tıbbî bir test olarak multi-faktöryal hastalıklara yatkınlığın genetik yapıya göre kategorize edilmesinde uygulanan bir ferdî genetik analiz türüdür. Burada amaç, doğrudan hastalığa sebep olan genetik bölgeler veya hastalık ile ilgili fragmanlar yerine, mevcudiyetinin istatistik olarak ferdlerin dâhil olduğu etnik grup içinde belli hastalıklar için risk faktörünü etkilediği (arttırdığı veya azalttığı) bilinen SNP (*Single Nucleotide*

kalitesinde çok büyük düşüşlere yolaçabilir. Gerçekten de, bahsedilen kimselerde hastalıklarını öğrendikleri andan itibaren, şahsiyet kaybı, depresyon[62], demans hâlleri görülmekte, hastalar zor ölümün kaderleri olduğunu düşünebilmektedirler. Çünkü Huntington hastalığına müptelâ olan bir kimsenin çocuğunun bu hastalığa yakalanma oranı % 50'dir[63]. Görüldüğü gibi, ölüme yol açıcı veya kalıcı bir hastalığı olduğunu öğrenen şahsıdaki bu psikolojik durum, ömür boyunca onun üzerinde demoklesin kılıcı gibi durduğu için, onun hayattan alabileceği lezzeti ortadan kaldırabilir. Meselâ, % 30 oranında barsak kanseri, % 26 oranında Parkinson ve %40 oranında Alzheimer hastalığına yakalanma riski olduğu[64], hekim tarafından yüzüne söylenen kimsenin gayet normal davranacağını düşünmek biraz iyimserlik olur. Çünkü, böyle bir hâlde, her şeyden önce, şahsiyet hakkının alt türlerinden ruhî bütünlüğü ortadan kalkmıştır[65].

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gen analizleri sonucu elde edilen bilgilerin şahsiyetin korunması bakımından önemi büyüktür. Çünkü bunlar, diğer şahsî bilgilerden çok farklı özelliklere sahiptir. Bu sebeple, sözkonusu sonuçların, elde edilmesinde, işlenmesinde, başkaları ile paylaşılmasında ve korunmasında, kendine has bâzı özelliklerinin bulunduğu mutlaka gözönünde tutulmalıdır. Doktrinde, bunlar, değişik şekillerde sıralanmaktadır. Bunlardan biri anonimleştirmedir. Buna göre, gen analizleri sonucu elde edilen bilgilerin kullanılabilmesi için, bunların kesin bir şekilde

---

Polymorphism) varyasyonları gibi bâzı genetik motiflerin analizidir. Bkz. www.gbt-genetik.com/Genetic%20testing/Genetik %20tani%20yontemleri %20-%20Gbt-A.htm, 26.04.2011.

62 Bir araştırmaya göre, Huntington hastalığına yakalan 831 hastadan 452'si intihar etmiştir. Aynı şekilde söz konusu hastalardan % 27,6'sı en az bir kere intihara teşebbüste bulunmuştur. Yine aynı araştırmaya göre, bu tür hastalarda ölümlerin %5,7'si, başkaların intiharlarından hemen sonra gerçekleşmiştir. Bkz. EDİSAN/AKSOY, sh. 156.

63 EDİSAN/AKSOY, sh. 156.

64 Misal için bkz. EDİSAN/AKSOY, sh. 157.

65 METİN, Sevtap; Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, İstanbul 2010, sh. 203; YILDIRIM, Gen, sh. 389.

anonimleştirilmesi gerekir. Çünkü, gen analizi, kişinin parmak izi gibidir. Bu sebeple, analiz sonuçları daima o kişi ile bilgiyi ilişkilendirmekte, aynı genetik malzeme yeniden analiz edildiğinde, ilgili kişi yeniden tesbit edilebilmekte ve ferdîleştirilmektedir. Bu ise, kişiyi her zaman ele vermektedir. Bu düşüncelere uygun olarak, "*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı*"nda, "*İhtiyaç duyulmayan kişisel veriler, koruma tedbiri veya ispat amacıyla muhafazasının gerekli olmadığı durumlarda, anonim hâle getirilir veya yok edilir."* hükmü kabul edilmiştir (m. 9/I). Tasarıda ayrıca, Kanuna uygun olarak veri kütüğüne işlenmekle beraber, bunların muhafazalarında veya kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen verileri sistem içinde yok etmek mükellefiyetine ihmalleri görülenlerin, Türk Ceza Kanununun 138 inci maddesine göre cezalandırılacağı kabul edilmiştir (m. 35).

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, gen analizleri ile kişilik hakları arasındaki ilişki çok sıkıdır. Hatta bu ilişki o denli sıkıdır ki, doktrinde bu durum "*genetik bilgiler üzerinde kendi geleceğini belirleme hakkı (Recht auf Geninformationelle Selbstbestimmungsrecht)"* veya "*genler üzerindeki şahsiyet hakkı (persönlichkeitsrecht am Genbereich)"* şeklinde ifade edilmektedir[66].

Şahsî verilerden maksat; bir kimsenin kişilik özelliklerini belirten, onu tanımlayan bilgidir. Fizik dünyada şahsiyet hakkının konusunu teşkil eden hususlardan bâzıları, birer bilgiden ibarettir. Meselâ, şahsî manevî değerler arasında sayılan şan, şöhret ve namus gibi değerlere saldırı hâlinde korunan husus, esasen, toplumun bu kavramlar etrafında şekillenen bilgilere atfedilen toplumun değer yargısından başka bir şey değildir. İlgili kişiye atfedilen bu bilgiler, gerçeğe ve hukuka aykırı olarak çevreye yanlış aksettirildiğinde, bu fiili işleyen kişiler hukuk düzeninin çeşitli müeyyideleri ile karşılaşırlar.

Gen analizleri, kişinin vücut ve ruh sağlığı hakkında önemli veriler sunabilecek ve tıpkı resmi gibi onu dış dünyaya tanıtabilecek bir özelliğe sahiptir. Bu sebeple, şahsın resmi veya şanı ve şerefi nasıl korunuyor ise, gen

---

66 YILDIRIM, Gen, sh. 389.

analizlerinin de aynı şekilde korunması gerekir. Zira, gen analizi yapılan malzeme insan vücudunun bir parçasıdır. Çünkü, gen analizleri dış dünyaya bâzı veriler sunmaktadırlar. Bu sebeple, sözkonusu veriler de "*genetik bakımdan bir parmak izi (genetische Fingerabdruck)"* sayılmaktadır[67]. Dolayısı ile onlar da şahsiyet hakkının bir parçası olarak korunmaya lâyıktır.

Gen analizlerinin kişilik hakları bakımından korunmasında şüphe duymamak ve her hâlde MK. m. 23-24 hükümleri uyarınca bunları korunmak gerekir. Ancak, bunların alelâde diğer veriler gibi korunması yeterli olur mu? Başka bir ifade ile, gen analizlerinde elde edilen bilgilerin ek bir himaye ihtiyacı var mıdır? Konu doktrinde tartışmalıdır.

Tıp alanında, gen analizleri ile bilgilerin ek bir korumaya ihtiyacı olmadığı savunulmaktadır. Buna göre, tıp hukukunda hekimin susma ve sır saklama mükellefiyetleri bulunmaktadır[68]. İşte, hekimin bahsedilen mükellefiyetlerinin bu alanda kabûl edilmesi suretiyle, zaten en üst seviyede bir koruma sağlanmış olmaktadır. Diğer taraftan, gen analizi sonucunda elde edilen veriler, niteliği itibariyle "*tıbbî veriler*"dir ve hekimlerin sır saklama mükellefiyetleri kapsamına yeralmaktadırlar. Bu sebeple, gen analizlerinin korunması için ayrıca bir himayeye ihtiyaç bulunmamaktadır[69].

Kanaatimizce, az önce kısaca özetlenen görüşe iştirak etmek mümkün değildir. Zira gen analizleri ile ilgili işlemlerin ve faaliyetlerin, hekimlerin tekelinden çıktığı bir gerçektir. Hatta, bu olgunun üzerinden uzunca bir süre

---

67 WOLF, Swenja; Der genetische Fingerabdruck, www.benecke.com/pdf-files/svenja.pdf, 15.05.2011; YILDIRIM, Gen, sh. 390; www.scheffel.og.bw.schule.de/faecher/ science/biologie/molangewandt/ 3fingerprint/ fingerprint.htm, 15.05.2011; REICHELT, Andreas; Verfahren, Zulässigkeit und Auswirkungen der DNA-Technolojie, Bielefeld 1992, sh. 25 vd.

68 Hekimin sır saklama mükellefiyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, Sır, sh. 575 vd.; YELMEN, sh. 907 vd.; Hakeri, Hakan; Tıp Hukuku, Ankara 2007, sh. 255 vd; DOĞAN, Murat; Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Mersin Barosu; Tıbbî Müdahaleden Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk Sempozyumu, Ankara 2009, sh. 51; ER, Ünal; Sağlık Hukuku, Ankara 2008, sh. 93 vd.; YILDIRIM, Sır saklama, sh. 57 vd.

69 YILDIRIM, Gen, sh. 390.

de geçmiştir. Bu sebeple, sözkonusu görüş, daha gerekçesinde bu gerçeği gözden kaçırmaktadır. Gerçekten de günümüzde, gen analizleri alanında sırf ticarî amaçlarla kurulmuş biyo-teknolojik firmalar faaliyet göstermektedir[70]. Bu tür firmalar, hekimlerin konumunu gün geçtikçe işgal etmektedirler. Çünkü bilgi toplumuna geçilmesi ile birlikte, bilgilerin elektronik ortamlarda işlenmesi ve işlenen bu bilgilerin kolaylıkla transfer edilebilmesi mümkün hâl'e gelmiştir. Bu gerçek karşısında, hekimlik mesleğine has bilgi verme ve aydınlatma ilkeleri bu sektörde yer bulamamaktadır. Dolayısıyla, şahsiyet hakkının korunması için, gen analizi sonuçları açısından, ek bir himaye ihtiyacı doğmaktadır[71]. Nitekim genetik araştırmaların sigortacılık, iş, sorumluk ve tıbbî hukuk alanında kötüye kullanılmalarını önlemek üzere İsviçre'de bir kanunî düzenleme ve alt tanzimler yoluna gidilmiştir[72].

Gen analizlerinin şahsiyet hakkının ihlâline sebebiyet vermemesi için, yukarıda açıklanan ilkeler dışında, başka şartlara da uygun davranmak gerekir. Bunlardan birisi, verilerin hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olarak elde edilmesi ve aynı çerçevede işleme tâbi tutulmasıdır. Zira, hukuka aykırı metodlar sonucu ulaşılan verilerin, elde edilmesi gibi işlenmesi de hukuka aykırıdır. Diğer taraftan, işlenecek verilerin belirli, açık, dürüstlük kurallarına uygun amaçlar için toplanması ve kaydedilmesi gerekir. Yine bu verilerin kullanımında da amacın aşılmaması, amaçla uyum içerisinde bir kullanımın gerçekleşmesi gereklidir. Ayrıca veriler, doğru ve güncel olmalı, gerektiğinde yenilebilir ve yok edilebilir niteliklere sahip olmalıdır. Bunun gibi, gen analizlerinde mutlaka veri tasarrufu ve veri önleme ilkelerine riayet edilmelidir. Buna göre veriler hangi amaçla kullanılacak ise, sadece bunun için elde edilmeli ve amaç gerçekleştikten sonra sözkonusu veriler mutlaka

---

70 Geniş bilgi için bkz. MEMİŞ, Tekin; Biyobankaların Hukukî Esasları, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan 15-16.05.2006, Ankara 2007, sh. 175 vd.

71 YILDIRIM, Gen, sh. 390.

72 Bkz. Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, www.admin.ch/ch/d/ff/2004/5483.pdf, 15.05.2011. Bu konuda geniş bilgi için ayrıca bkz. HEDIGER, Christian; Die Haftungsbestimmungen des Gentechnikgesetzes, Zürich 2009, sh. 41 vd; Baeriswyl, B., Entwicklungen im Datenschutzrecht, SJZ 2005, sh. 446 vd.

imha edilmelidir. Verilerin elde edilmesine ilişkin ilke, daha başlangıçta analiz metodunun seçiminde başlamaktadır. Başlangıçta ilkeye uygun olmayan veri elde edilmiş ise, bunun sonradan kurallara uygun olarak doküman hâline getirilmesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, sözkonusu verilerden daha sonra başka amaçlarla yararlanılması hâlinde, veri sahibinin anonimliğinin korunup korunmadığına da dikkat edilmelidir.

Tekrar belirtmekte fayda görülmektedir ki; şahsî veriler, kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçim altında ve sadece toplandıkları amaç için gerektiği kadar saklanmalı ve sonrasında da imha edilmelidir. Diğer taraftan, ırka, siyasî düşünceye, felsefî inanca, sağlığa, cinsî hayata ilişkin veriler, ceza mahkûmiyetleri, din, mezhep ve diğer inançlar gibi özel niteliği olan şahsî veriler bakımından, daha özel güvenlik tedbirleri ihtiva eden kanunî düzenlemeler yapılmalıdır. Nitekim "*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı"*nda bu konuya ilişkin olarak "*Kişilerin ırk, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, sağlık ve özel yaşamları ve her türlü mahkûmiyetleri ile ilgili kişisel veriler işlenemez.*" hükmü kabul edilmiştir (m. 7).

V. TÜRK HUKUKUNDA GEN ANALİZİ YAPILMASINA İMKÂN VEREN DÜZENLEMELER

A. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 75-76 Hükümleri

Türk hukukunda, gen analizleri konusunda her yönüyle konuyu düzenleyen özel bir kanun mevcut değildir. Bununla birlikte, gen analizlerinin yapılmasına izin veren bâzı kanun hükümleri bulunmaktadır. Bunlar arasında ilk sırada, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun[73] "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması"nı* düzenleyen m. 75[74] ve 76[75] hükümleri gelmektedir. Bu maddeler uyarınca

---

[73] Bkz. Resmî Gazete, Tarih: 17 Aralık 2004, Sayı: 25673.

[74] Ceza Muhakemesi Kanunu m. 75 (1) "Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri

alınan örneklerin gerektiğinde moleküler genetik incelemeden geçirilebileceği 78 inci maddede hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün konuluş amacı, bilim ve tekniğin ulaştığı sonuçların hukuk ve adaletin emrine verme, suçluların takibi ve adaletin sağlanmasıdır. Zira gen analizleri, olay yerinde bırakılan bir tüyden, bir kıldan, hatta fâilin kanıyla beslenmiş bir bitten dahî yapılabilmekte ve fail hakkında % 99 gibi büyük bir oranda doğru sonuçlara bizi götürmektedir[76]. Buna uygun olarak henüz kanunlaşmamış olan "DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı"nda, biyolojik örnekler olarak, "*kaynağını insan vücudundan alan, DNA profili elde etmeye uygun, kan, tükürük, doku, kemik, tırnak, saç ve benzeri oluşumlar*" kabul edilmiştir (m. 2/I (ç).

---

biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

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

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

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

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

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

[75] Ceza Muhakemesi Kanunu m. 76/I "Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun bedeni üzerinde tıbbî muayene yapılabilmesine veya kan, saç, tükürük, tırnak, deri parçaları, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme tarafından karar verilebilir".

[76] YILDIRIM, Gen, sh. 393.

B. Türk Medenî Kanunu m. 284/III Hükmü

Gen analizinin yapılmasına cevaz veren bir diğer hüküm, Türk Medenî Kanunu'nda yeralmaktadır. Bahsedilen hüküm, babalığın tesbitinde bu tür analizlerin yapılabileceğine dair TMK. m. 284/III düzenlemesidir. Gerçekten de, sözkonusu 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 incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir".* Bu hüküm ile babalık davasının tarafları ile üçüncü kişilere, nesebin (soybağının) tesbiti için gerekli araştırma ve incelemeye katılma mecburiyeti getirilmiştir. Ancak bu mecburiyet, sözkonusu kişilerin sağlıkları için bir tehlike teşkil etmeyen hâller için geçerlidir. Yargıtay aynı görüştedir. Gerçekten de Yüksek Mahkeme'ye göre, şahıslar, mecburî olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan incelemelere rıza göstermekle mükelleftirler[77]. Bu konuda yapılacak testler arasında her türlü tıbbî ve biyolojik testler ile DNA testleri yer almaktadır[78]. Yargıtay da aynı sonucu kabûl etmektedir[79]. Hatta Yargıtay'a göre, DNA test sonuçları, isbat gücü bakımından, diğer delillerden üstündür. Gerçekten de, Yüksek Mahkemenin bir kararına göre "*DNA testi davalı tarafın kurtuluş beyyinesidir. Bu kesin delil karşısında takdirî delillere itibar edilemez*"[80].

TMK. m. 284/III hükmü, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile değiştirilmektedir. Gerçekten

---

77 2. HD. T. 13.6.2005, E. 2005/6179, K. 2005/9092 (Karar için bkz. Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası, 4721/m. 284).

78 Bkz. GENÇCAN, Ömer Uğur; 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu, C. II, 2. Baskı, Ankara 2007, sh. 2089.

79 Bkz. 2. HD. T. 04.07.2005, E. 8436, K. 10489 (GENÇCAN, sh. 2089-2090); 2. HD., T. 21.03.2002, E. 3111, K. 3972 (GENÇCAN, sh. 2092); 2. HD. T. 23.10.2003, Esas 12787, Karar 14153 (GENÇCAN, sh. 2094).

80 2. Hukuk Dairesi, Tarih 05.11.2001, E. 13155, K. 15228 (GENÇCAN, sh. 2095).

de, "*Soybağı tespiti için inceleme"* başlığını taşıyan m. 292 hükmüne göre, "*Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz."*. Maddenin gerekçesinde, nesep (soybağı) ile ilgili davaların kamu düzeninden olduğu, bu nitelikteki davalarda, hâkimin, maddî hadiseyi kendiliğinden araştıracağı ve serbestçe değerlendireceği vurgulanmıştır. Yine aynı yerde, uyuşmazlığın çözümü bakımından, davanın tarafları yanında, mecburiyet hâlinde üçüncü kişilerin de, bilimsel verilere uygun olmak, sağlık yönünden bir tehlike teşkil etmemek şartıyla, vücutlarından kan veya doku alınmasına katlanmaları gerektiği ifadelerine yer verilmiştir. Bunun bir sonucu olarak ve işin önemi dikkate alınarak, getirilen mecburiyet ile üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme haklarını ileri sürerek, bu mükellefiyetten kaçınma yolunun da kapatıldığı sonucu kabul edilmiştir[81].

VI. TÜRK HUKUKUNDA ŞAHSÎ VERİLERİN KORUNMASINI ÖNGÖREN DÜZENLEMELER

A. Anayasa m. 20 hükmü

Türk hukukunda gen analizi sonucunda elde edilen verilerin korunmasını sağlayan ve dolayısıyla şahsiyet hakkının ihlâlini önleyen hükümler mevcuttur. Bu hükümlerin başında Anayasa m. 20 düzenlemesi gelmektedir. Gerçekten de, Türk Anayasası m. 20/I'e göre "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz"*. Diğer taraftan, 7.5.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunla (m. 2) Anayasa m. 20'de yapılan değişiklik yapılmış ve Madde'ye III. fıkra eklenmiştir. Buna göre, "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak, kişinin kendisiyle*

---

81 www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf, 19.05.2011.

ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir". Madde'de öngörülen kanun, birden çok Tasarı[82] hazırlanmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sevkedilmiş ve fakat yasama organınca henüz kabûl edilmiş değildir[83].

B. Türk Ceza Kanunu Hükümleri

Gen analizlerinin hukuka aykırı bir şekilde işlenmesi veya amacı dışında kullanılması 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda özel hükümlerle müeyyideye bağlanmıştır. Bunlardan ilk sırada, "kişisel verilerin kaydedilmesi" kenar başlığını taşıyan m. 135 yeralmaktadır. Gerçekten de, sözkonusu hükme göre, "*Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir*.". Diğer taraftan, kanunkoyucu, gen analizleri sonucunda elde edilen ve özellik taşıyan bâzı bilgilerin kaydedilmesini de cezaî müeyyideye bağlamıştır. Buna göre, işçilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsî hayatlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri veri olarak kaydeden kimse, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Buna karşılık şahsî verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kimsenin, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması öngörülmüştür (m.

---

82 Bkz. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, TBMM'ne sevk tarihi 22.04.2008, www.basbakanlik. gov.tr/ Forms/pDraftOfALaw.aspx, 15.05.2008; Biyogüvenlik Kanunu Tasarısı, TBMM'ye Sevk tarihi 15.12.2009, www.basbakanlik.gov.tr/Forms/pDraftOfALaw.aspx, 15.05.2011, DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı.

83 Kişisel verilerin Korunması Kanun Tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, sh. 76 vd.; BAŞALP, Nilgün; Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, sh. 103 vd.

136). Yine gen analizi sonucu elde edilen bilgilerin kamu görevlisinin yetkisini kullanmak veya belirli meslek veya san'atın kendisine sağladığı kolaylıklardan yararlanmak suretiyle işlenmesi hâlinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılması da öngörülmüştür (m. 137)[84]. Nihayet Kanun'da, sürelerin geçmiş olmasına rağmen, verileri yok etmeyenlere altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmesi öngörülmüştür (m. 138)[85].

C. Türk Medenî Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun Şahsiyeti Koruyan Hükümleri

Gen analizlerinde şahsiyet hakkının ihlâllerine engel hükümler, Türk Medenî Kanunu'nda (m. 23, 24 ve 25) ve Borçlar Kanunu'nunda da (m. 49) mevcuttur. Ancak, bunlar, genel olarak şahsiyetin korunması hükümleri ve şahsiyeti koruyan davalar olarak hükme bağlanmıştır[86]. Bunlardan m. 23 hükmü, şahsiyet hakkını, hukukî işlem yoluyla saldırılara karşı korumaktadır. Buna karşılık, m. 24 ve 25 şahsiyet hakkını, üçüncü kişilerin hukukî işlem dışındaki saldırılara karşı korumaktadır[87]. Nihayet, gen analizlerinden elde edilen bilgileri hukuka aykırı olarak kullanılan kimse,

---

84 Türk hukukunda DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı ile DNA analizi yapmaya yetkili olmadığı halde DNA analizi yapanların Türk Ceza Kanununun 135 inci maddesinin birinci fıkrası, hukuka aykırı olarak DNA verilerini; açıklayan, yayan, bir başkasına veren, ele geçiren, aktaran veya kendileri ya da başkaları yararına kullananların Türk Ceza Kanununun 136 ncı maddesi, biyolojik örneklerin saklanması veya yok edilmesine ilişkin hükümlere aykırı hareket edenlerin, Türk Ceza Kanununun 138 inci maddesi hükmüne göre cezalandırılması öngörülmüştür. Aynı maddede sözkonusu suçları işleyenler hakkında Türk Ceza Kanununa göre tayin edilecek hapis cezalarının yarı oranında artırılarak hükmolunması kabul edilmiştir (m. 43).

85 Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. KOCA, Mahmut; Haberleşmenin, Kişiler Arasındaki Aleni Olmayan Konuşmaların ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlâl Suçları, Ceza Hukukunun Güncel Sorunları Kolokyumu Editör M. Tevfik GÜLSOY, 08 Ekim 2010, Erzurum 2010, sh. 63-115 (103 vd.).

86 Kişiliği koruyan davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. HELVACI, sh. 79 vd.

87 DURAL/ÖĞÜZ, sh. 137 vd. ÖZDEMİR, sh. 77. 4. Hukuk Dairesi, Tarih 15.1.2002, Esas 11211, K. 369 (GENÇCAN, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, C. I, 2. Baskı, Ankara 2007, sh. 250-251).

diğer şartları tamam olduğu takdirde, BK. m. 49'a dayanarak, manevî tazminat davası da açabilir.

D. İş Kanunu m. 75 hükmü

4857 sayılı İş Kanunu m. 75/II'de şu hüküm yeralmaktadır. "*İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.*"

VII. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HÂLLER

Türk hukukunda hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hâller, yalnızca zarar görenin rızası ve kanun hükmünün yerine getirilmesinden ibaret değildir. Bunların yanında zaruret hâli, meşru savunma, üstün nitelikli özel yarar ve üstün nitelikli kamu yararı da hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmektedir[88]. Nitekim, Türk hukukunda "*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*"nda hukuka uygunluk sebepleri açıkça sayılmıştır. Buna göre hukuka uygunluk sebepleri arasında ilk sırada kişinin rızası gelmektedir. Gerçekten de, Tasarı'ya göre, şahsî veriler ancak ilgili kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Buna karşılık, diğer kanunlarda öngörülen mükellefiyetlerin yerine getirilmesi dışında, ilgili kişinin bir itirazda bulunması hâlinde verinin işlenmesi mümkün değildir (m. 6). Tasarıda bunların dışındaki hukuka uygunluk sebepleri de sayılmıştır[89].

---

88 Bu konudaki tartışmalar ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIRIM, Gen, sh. 399 vd.

89 Bunlar; kanunun öngördüğü bir mecburiyet dolayısıyla, kamu yararına veya resmî olarak verilmiş bir görevin yerine getirilmesi amacıyla veri işlenmesi, şahsî verilerin, ilgili kişinin rızasını açıklayamayacak durumda olması hâlinde kendisinin veya başkasının hayatını veya beden bütünlüğünü korumak amacıyla işlenmesi, bir sözleşmenin kurulması ve ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesi, ilgili kişiler tarafından açıklanmış olması veya açık sicillerde mevcut bilgiler olması sebebiyle herkesçe bilinen kişisel verilerin işlenmesi ve nihayet veri kütüğü sahibinin kendi haklı menfaatleri için, ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri ile meşru menfaatlerine zarar vermediği sürece, veri işlemesinin mecburî olmasıdır

SONUÇ

Tekniğin çok hızlı gelişmesi, gen analizlerinde de baş döndürücü ilerlemelere yolaçmıştır. Gen analizleri sonucu elde edilen bilgiler insan hayatının her alanında kullanılmaya başlanmıştır. Gerçekten de bugün gen analizlerinin sonuçları özellikle sigorta etmede, işe almada ve öğrencilerin kabiliyet ve kapasitelerine göre eğitim almalarında sıkça kullanılmaktadır. Diğer taraftan, kişilerin geleceğini bilme hakkı, gen analizlerinden etkilenmemeleri, hayat kalitesinde bir düşme olmaması hâlinde kabûl edilmektedir. Buna karşılık hayat kalitesinde düşme gerçekleşecek ise, o zaman bilmeme hakkının kullanılması ve gen analizlerinin kişiye bildirilmemesi gerekir.

Türk hukukunda şahsiyet hakkının gen analizleri sırasında ihlâl edilmesini engelleyen münferid hükümler mevcuttur. Ancak, gen testlerinde şahsiyet hakkının korunması ve ihlâl edilmemesi için, değişik kanunlarda münferid hükümlerin bulunması kâfi gelmemektedir. Bu sebeple, münferid ve dağınık metinler yerine, 2008 yılında TBMM'ne sevkedilen "*Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı*"nın ve gen analizleri ile ilgili diğer tasarıların bir an önce kanunlaştırılması gerekir. Böylece hem Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin mevzuatı ile uyum sağlanmış olur ve hem de şahsiyet hakkının ihlâli engellenebilir.

(Tasarı m. 6/III).