

# HOMO COMMODITUS<sup>1</sup>

## “Sahip Olmak, Genetik Metalar ve Fikri Mülkiyet”

Muzaffer DÜLGER<sup>2</sup>

“Önce aş, sonra ahlak”<sup>3</sup>

Bertolt Brecht

### Giriş

DNA'nın keşfinin ve bilimsel olarak kalıtımsal öğeliğinin tanıtılmasınının 50. Yıl dönümüne denk düşen bir tarihte, 2003 yılında tamamlanan İnsan Genom Projesi (İGP) bilim tarihinin en önemli olaylarından biri, biyoloji biliminin yönetim bilimini öğrenme ve yaşamın mekanizmaları ile yasalarını ortaya çıkarma yönündeki ilk denemesidir<sup>4</sup>. “*Bi-yoteknoloji Çağı*” olarak da isimlendirilen yeni bir çağa adım atmadaki en önemli geçiş noktası olarak da telakki edilebilecek bu devrim niteliğindeki gelişme, bilim tarihindeki öneminin yanında, başta sosyal, politik, ekonomik ve dolayısıyla hukuki alanlar olmak üzere pek çok alanda köklü değişimlerin de tetikleyicisi olmuştur.

İnsan genomunun<sup>5\*</sup> açıklığa kavuşturulması ve bu itibarla ortaya çıkarılan doğal genetik materyaller, genetik mühendislik ürünü materyaller, genetik tedavi yöntemleri, SNP'ler<sup>6\*\*</sup> özellikle sağlık sektöründe önemli birer ekonomik değer oluşturmuştur. Bu yönde yaşanan gelişmeler, söz konusu değerleri sahiplenme çatışmalarını ortaya çıkarmasının yanı sıra bu değerlerin insan kaynaklı olması, insanı odak alan bir *metalaştırma* problemini de tartışma

1 Bu çalışma, 29 Kasım 2012 tarihinde, ‘**VI. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu**’nda “*Fikri Mülkiyette Güncel Bir Tartışma: Teorik ve Etik Boyutlarıyla Genetik Materyallerin Patentlenmesi*” başlığı ile sunulmuştur. Bu makale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası’na gönderilmiş ve hukuken onayından geçmiş bulunan esas makalenin tekrar elden geçirilmiş, yer yer nitelikli olmayan kısaltmalar yapılmış halidir.

2 Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

3 Bertolt Brecht, “*What Keeps Mankind Alive?*” **The Threepenny Opera**, Act 2, sc. 6.

4 Ernest Peter Fischer, **Genler ve Genom**, (Çev: Barış Konukman), İnkılap Yay. 2005, İstanbul sf.28

5 Genom; bir canlının genetik materyalinin, yani genlerinin tamamını ifade eder.

6 SNP (*Single Nucleotide Polymorphism*): Genom Projesi ile insanın gen haritasının çizilmesinin yanında, insanlar arasında çeşitlilik gösteren DNA bölgelerini belirten SNP adı verilen haritalar da oluşturulmuştur. Bunların oluşturulmasının faydası, genetik farklılığa dayalı ilaç kullanımını belirleyecek olması, aynı zamanda insan genom haritasının kullanılmasını basitleştireceğinin düşünülmesidir. Önemli olan, bu SNP'lerin kendi başlarına patente konu olabilme potansiyelleridir. Bu yüzden 1999'da Bayer, Novartis gibi dünya devi ilaç şirketi İngiliz *Wellcome Trust* vakfı ile bir konsorsiyum oluşturmuşlardır. Amaç, bulunan tüm SNP'lerin patentlenmesi ve yayınlanmasıdır. *Bkz.* Begüm Akman & Taner Tuncer, **Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi**, ODTÜ yay. 2009, Ankara, sf. 40,41 ve 95.

sahasına duhul ettirmiştir.

Tarihsel bakıldığında, günceldeki insanın ticari bir obje olarak ortaya çık(arıl)masının evvelinde, insan dışındaki canlı organizmalar üzerinde bir takım ticari hakların tesis edilme koşullarının sağlanabildiği gözükmemektedir. Bunlar, yüksek ekonomik değerleri nedeniyle dünya politikasında sürekli bir tartışma ve uğraş konusu olmuş, dolayısıyla birçok yerel ve uluslararası hukuki düzenlemelerin yapılmasına da gereklilik oluşturmuştur. Paylaşımın müsait fakat henüz bir çitleme yapılamamış birçok ekonomik değer sahasında olduğu gibi, paylaşım koşulları sağlanana kadar, öncelikle koşullu bir *ortaklık* alanı oluşturulma imkanları sınırlanmış ve bu “İnsanlığın Ortak Mirası” (İOM) söylemleri ile yahut ortak veri tabanları vasıtasıyla bilgi paylaşımı sistemleri ile bir somutluk kazanmıştır. İlerleyen süreçte ise, her daim akıbeti sallantıda olan bu ortaklık düşüncelerinin yerini, İOM statüsünden çıkarılmalarının, yerli haklarının, ülkesel egemenlik söylemlerinin ve fikri mülkiyet sahasının aldığı görünmektedir<sup>7</sup>.

Meselenin ilginç yanı, vardığı noktalardan birinin metalaşma olmasıdır ve bunun, hukuk dogmatizminin reddettiği biçimde, insani varlıkları da içerisine alanı kapsam içerisine almasıdır. Aslında gerek günümüz için gerekse insanlık tarihine bakıldığında, insanın metalaşma alanına dahil olup olmadığı sorunu pek de şaşkınlığa düşülecek örnekler sunmaz. Kölelik kurumundan, fuhuş ve pornografi sektörüne, kişilerin vücutlarını yahut belirli vücut parçalarını sigortalamasından, yasadışı organ ve doku ticaretine kadar pek çok sorun bu meseleyi tartışılır kılmaktadır. Soruna insan-emek yahut parça-bütün ilişkisi çerçevesinde açıklamalar üretmek ise kendi başlarına problemlidir ve bir şeyin ardındaki manaya vakıf olabilmek için o şeyin parçalarına mı odaklanmanın yoksa çatışma alanına bütünsel olarak mı bakmanın nirengi alınacağı yahut bizi seyirci koltuğuna oturtacağının cevabı çok çeşitli yollardan aranabilir. Bu çalışmada söz konusu sorunsala insani genetik ürünlerin patentlenmesi meselesi üzerinden ve fikri hukuk teorisi içerisinden bakılmaya çalışılmıştır. Bu ilgi çekici sorun ayrıca bazı önemli meselelerin de tartışılır konuma getirilmesine olanak sağlamakta, öncelikle fikri mülkiyete hem piyasa paradigmasında hem de genel olarak mülkiyet teorisi içerisinde belirginlik getirmekte ve bir kimlik kazandırmaktadır. Makalede fikri mülkiyetin bu konumundan şekillenen ve yine bu yapısını şekillendiren liberteryen eğilimler ile bunlara Marksist çizgiden bazı yazarlarca getirilen bir takım eleştiriler genel hatlarıyla zikredilmeye çalışılmıştır. Ayrıca hem meta üretimi-fikri mülkiyet ilişkisi betimlenmeye, hem de bunun üzerinden fikri mülkiyetin genel olarak mülkiyet düşüncesi içerisinde farklı ve yalın bir yoldan konumlandırılmasına girilmiştir. Genetik ürünlerin patentlenmesi, mülkiyet alanının insani varlıkların bilgisini de içerisine alacak bir biçimde genişletmiş olması sebebiyle genel olarak yukarıdaki sorunu algılanabilir bir konuma ge-

7 Fikri hukuk alanında pek çok ülke mevzuatında önceleri bitki ve hayvan türlerine veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki ve hayvan türlerinin yetiştirilmesi usullerinin patentlenemeyeceği yazılı olmakla birlikte, bitki ve hayvan canlı organizmaları (mikroorganizmalar hariç) ile insan vücudunun yer aldığı “patentlenemez alan” a bakış açısı zamanla, bilimsel ilerleme ile paralel olarak değişmeye başlamıştır. *Bkz.* Ünal Tekinalp, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Arınan yay. 2005, İstanbul, sf. 737-38 ; Ayrıca *bkz.* Zeynep Kivılcım, *Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası*, XII Levha yay., 2011, İstanbul, *passim*.

tirmiştir. Soruna ahlak üzerinden yaklaşan pek çok çalışma söz konusudur. Ancak burada tercih edilen ilk hareket noktası ahlak değildir. Bunun sebebi sonuç bölümünde açıklanmıştır. Bu bağlam üzerinden meselenin irdelendiğinin belirteci olarak da “*metalaştırma*” ve *kendisini de bu metalaşma süreci içerisinde bulan insan* manasını ifade etme arzusundan doğan fiktif bir tabir olarak “*Homo Commoditus*” kullanılmıştır.

Makalede yer alan temel sav, nihai olarak mevcut fikri mülkiyet kurumlarının, genel olarak mülkiyet düşüncesinin epistemolojik bir tahlilini olanaklı kıldığı noktasına *varır* ve bu noktaya, bizi o noktaya götüren hukuksal gelişmelerin açıklanmasının ardından “*Mülkiyetin Epistemolojik Bir Görünümü*” başlıklı bölümde değinilecektir. Bu itibarla ileri sürülecek olan şudur: süregelen mülkiyet düşüncesinin kapsam alanı fikri mülkiyet kurumları vasıtasıyla genişlemiştir ve genişlemektedir. Bu gidişatın gösterdiği, klasik mülkiyet düşüncesince kabul görmeyegelen insan kaynaklı varlıklar alanının da (farklı bir formda, yani bir fikir olarak da olsa) bu kapsama alanına girmiş bulunduğu<sup>8</sup>. Bu yolla iktisadi alana meta akışı devam etmektedir. Bunun emarelerinden bir tanesi de, makalenin üzerine kurulmuş bulunduğu tartışma konumuz olan, insan kaynaklı genetik çıktılarının üzerinde tesis edilmiş patent haklarıdır.

### 1. ‘Kutsal Kase’nin Ele Geçirilmesi

Meselenin mesele olmasını anlayabilmek için meselenin geçmişine dönük bir bakışta çoğunlukla ihtiyaç duyulur. Bu itibarla, konumuz açısından insanoğlunun genetik bilgisinin edinilmesinden kısaca söz etmekte fayda vardır. İnsan genomunun ortaya çıkarılması çalışmalarına 1990 yılında başlanmıştır. 15 yılda bitirilmesi planlanan proje, teknolojik gelişmelerin yanı sıra araştırma çalışmaları sürecinde yaşanan rekabet dolayısıyla tahmin edildenden daha erken bir tarihte, 2003 yılında %99,99 doğruluk oranı ile sonuçlandırılmıştır<sup>9</sup>.

Proje sürecindeki gelişmelerin seyri gelecekteki tartışmaları önceden bildirir mahiyettedir. Genetik araştırmalara finansal kaynakların bulunabilmesinin ardından 1988’de *Uluslararası İnsan Genomu Araştırma Merkezi* (NCHGR) kurulmuştur. Proje yürütücülerinden Craig Venter, projeden ayrılarak, 1992 yılında özel bir girişim olan “*The Institute Of Genomic Research*”ü (TIGR) kurarak araştırma sürecinde bir rakip olarak ortaya çıkmıştır. Venter genetik bilgilerin –örneğin kanser araştırması yapan enstitülere ya da yeni ilaçlar üretmek için yeni dayanak noktaları arayan eczacılık endüstrisine– satılabileceği düşüncesindeydi.

8 Hukuk uygulamaları da yukarıda açıklanan düşünce paralelinde ortaya çıkmıştır. Örneğin, Türk Medeni Kanunu md. 23’e göre “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılama ve nakli mümkündür.” Bu işlemler başkalarına sağlık kazandırma amacı gibi yüksek bir amaç ile yapıldıklarında kanuna uygun telakki edilir. Buradaki sınır, yukarıdaki paragraf ile benzer şekilde, kişinin topluma ve ailesine karşı borçlarını yerine getirmesini zorlaştırıcı doğal bir yapı değişikliği veya eksikliği yaratmamasıdır. Bu kriter, bilime katkıda bulunma amacı için de geçerlidir. Bu noktada parasal amaçlar kabul görmez ve bu saikle vücut parçalarının tedavüle çıkarılması ahlaka ve adaba aykırı sayılır. Bu normlara aykırılık kişilik haklarının ihlali anlamına gelir. Yani kabul gören (klasik) anlayışa göre, mülkiyet hakkının alanı kişilik hakları sınırında son bulur. *Bkz.* Aytekin Ataay, “*Vücut (Beden) ve Ceset Üzerinde Hak*”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, 1996, İstanbul, ss.25-29, sf. 27.

9 Akman & Tuncer, *Yaşamın Şifresi*, sf.101

Bunun için çalışanlarının dizinlediği gen ve gen parçalarını patentlemenin yollarını ara-maktaydı<sup>10</sup>. NCHGR'nin başkanlığını yürüten Francis Collins'e göre ise elde edilen bi-limsel verilerin böyle ticari amaçlara alet edilmesi korkunç bir şeydi. Collins ve yakla-şık 50 bilim adamı bu sebepten ötürü 1996'da Bermuda'da bir araya gelmiştir. Venter'in itirazlarına rağmen yapılan görüşmede çoğunluk *Bermuda Prensipleri*'ni kabul etmiş, bu vesileyle uluslararası bir konsorsiyum oluşturulmuştur. Kabul edilen bu prensiplerin en önemli noktası, 1000 baz çiftinden uzun gen parçaları dizinlemeden itibaren 24 saat içinde kamuya açık genel bir veri bankası olan *GenBank* veri tabanına yüklenmek zorunlu-luğuydu. Bundaki amacı, araştırma ve geliştirme (Ar-Ge) çalışmalarını cesaretlendirme ve patentlemenin önüne geçilebilmesi idi. Japon ve Avrupa ülkelerinden araştırmacıların de katılımlıyla Uluslararası bir konsorsiyum halini alan İGP projesine karşı Venter 1998'de yeni şirketi *Celera*'yı kurmuştur. Bu tarihten sonra ise rekabetin ve teknolojik imkan-ların –özellikle de gen sekanslama işlemi için elzem olan bilgisayar teknolojisinin– artması neticesinde araştırmalar büyük bir ivme kazanmış, 2005'te planlanan proje sonuçlandı-rılma 2003'te –13. yılda– gerçekleşmiştir. Proje nihayete vardığında ise, A.B.D. Başkanı Clinton iki rakibi barıştırmış, elde edilen neticeler kamuoyu ile paylaşılmış ve uzun süredir devam eden kavgalar –dönemin medyasında lanse edildiği biçimde– kutsal kasenin ya da yaşamın kaynağının barış ortamında ele geçirilmesi ile neticeye varmıştır. Sıra kase içinde-kinin içilmesine ve kimin ne kadar içeceğine gelmiştir.

Proje sonucu elde edilen bilimsel veriler, hastalıkların kökeninin tespit edilebilmesi, suç araştırmasında genetik verilerin daha kolay kullanılabilmesi gibi pek çok fayda getir-miştir. Ancak insanın kendi özü ile ilgili bu bilgileri öğrenmesi yaşam biçimlerine yönelik birçok probleme de kapı aralamıştır. İş hayatında genetik ayrımcılık, sigorta şirketlerinin genetik bilgileri kendi lehlerine kullanabilme ihtimalleri, genlerin, genetik ürünlerin ve testlerin patentlenebilmesinin bilimsel çalışmalara darbe vurmasının yanında bunun insan onuruna aykırılığı yahut sağlığı iyiden iyiye ticarileştirdiği yönünde ortaya çıkardığı tartış-malar bunlardan sadece bazılarıdır<sup>11</sup>. Proje sürecinde ileriye dönük olarak farkına varılan sosyal, etik ve hukuki etkilerin belirlenmesi için NCHGR ve Bakanlık, ELSI denilen ortak bir çalışma grubu oluşturmuştur.

## 2. İnsan Geninin Hukuksal Statüsü

Mesele, ilk bakışta insanın objeleş(tiril)mesi söylemini içermesi itibariyle gayet ciddi gözükmektedir. Ahlak ve din<sup>12</sup> üzerinden soruna yönelimler genel olarak itirazlarını insan

onuru, insanın araçsallaştırılmayacağı<sup>13</sup> ve insani kaynakların ticarete konu edilmemesi gerektiği yönündedir. Ancak bu makalede daha önce de dile getirildiği üzere, etik boyuttan değil fikri mülkiyet düşüncesi üzerinden bir açıklama yapılmaya çalışılacaktır. Bunun için ise öncelikle insani bir varlık olarak insan genomunun hukuksal alanda konumlandırılması gelişmelerinden kısaca söz etmekte fayda vardır.

Hukuki ve politik gelişmeler, insan genomunun İnsanlığın Ortak Mirası statüsünden patentlenebilir bir alana doğru gelgitli bir konumda bulunduğu resmini çizer. Peki in-san geninin yahut bütün olarak insan genomunun hukuki statüsü nedir? Ülkesel egemenlik hakkına bağlanan bir devlet sermayesi midir? Özel mülkiyete konu edilemeyecek insanlı-ğın –ortak yahut değil– bir mirası mıdır? Yoksa mahiyeti itibariyle fikri-sınai hukuk alanına dahil edilebilecek patentlenebilir bir *buluş* mudur?

İlkin kısaca, İnsanlığın Ortak Mirası açısından konuyu ele alalım. 11 Kasım 1997 tarihinde kabul edilen *UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*'nin ilk maddesinde göre;

“*Madde 1- İnsan genomu insanlık ailesinin tüm üyelerinin temel birimini ve aynı za-manda onların varlığına yerleşik insan onuru/(haysiyeti) ve insan çeşitliliğinin tanın-masını vurgular. Sembolik anlamda insan genomu insanlığın mirasıdır.*”<sup>14</sup>

Bildirinin son cümlesi önemlidir. Bilindiği üzere, Uluslararası hukukta –uzay, ay, gene-tik, denizaltı gibi– henüz yeni gelişen ve keşfedilen, uzak, erişilmesi güç yahut paylaşımı üzerinde henüz anlaşma sağlanılmamış alanlarda “*İnsanlığın Ortak Mirası*” adı altında

<sup>13</sup> David Resnik, insana ticari bir obje olarak yaklaşılmasını Kant'ın insana “*kendinde gaye*” olarak yaklaşımı çerçevesinde değerlendirmiştir. Organ nakli veya satımında çokça değinilen Kantçı etik anlayışında, fahi-şelikten dış satımına kadar insan vücudunun bütününe ve her tür parçasının piyasada bir meta olarak yer alması kınanmaktadır. Bazı yorumculara göre ise Kantçı etik vücudun sadece ana parçalarının ticarileştiril-mesine karşıdır. Organ nakli meselesine benzer mahiyette konumuzda işlenen ise yine insanın bir parçası olan minimal birimleri, DNA ve parçalarıdır. Bir DNA parçasının bir hastalığa çare olduğu bulgularında ve bu bilginin üzerinde patent hakkı kurulmasında fikri mülkiyetin ontolojik bir problemi olan bilgi-nesne ayrımının ne derece gözetildiği başlı başına bir soru işaretidir. Ayrıca Kantçı etikte mutlak ve mutlak olma-yan görev (*perfect/imperfect duty*) ayrımı yapılmıştır. Adam öldürme gibi mutlak görevler, kesinlikle aksi yönde davranılmayacak görevler olmasına rağmen, birine yardım etme gibi ihmal edilebilecek görev-ler de söz konusudur. Eğer esas vücut parçalarının satımı yahut ticarileştirilmesi intihar ya da kölelik gibi bir durumu ortaya çıkaracaksa mutlak görev bunun yapılmamasına yöneliktir. Eğer vücutun esas olmayan (*non-essential*) parçalarının satımı temel yeteneklerin devamı açısından hatalı ise mutlak olmayan görev de ihmale kapı aralamaz. Ancak söz konusu organların devredilmesi başka bir görevi ifa ile meşrulaştırılabilir. Resnik'e göre, bu görevler başka birinin hayatının kurtarılması yahut bilimsel bir süreçte katkı olabilir. *Bkz.* David B. Resnik, *Owning The Genome: A Moral Analysis Of DNA Patenting*, State University Of New York Press, 2004, New York, sf.94-103.

<sup>14</sup> Bildirinin diğer maddelerinde de insan genomu ve insani varlıkların ticarileştirilmesi ile alakalı önemli veriler bulunmaktadır. Örneğin md.4 hükmü, “İnsan genomu doğal durumunda mali/(ticari) kazanç aracı yapılamaz.” ifadesiyle genetik çalışmaların mali kazanç dürtüsüyle istismar edilmesine karşı bir önlem ana kuralı öngörmüştür. Ayrıca aynı bildirinin 10. maddesi hükmü de şu şekildedir: “Özellikle *biyoloji, genetik ve tıp alanlarında olmak üzere, insan genomuna ilişkin hiçbir araştırma yahut araştırma uygulanması, bi-reylerin yahut uygulanabilir olan hallerde de insan gruplarının insan haklarına, temel özgürlüklerine ve insan onuruna/(haysiyetine) saygı gösterilmesinin önüne geçmeyecektir.*” *Bkz.* Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Legal Yay. 2007, İstanbul, sf. 935-36.

<sup>10</sup> Fischer, *Genler ve Genom*, sf.31

<sup>11</sup> Bu sorunlar ile ilgili olarak detaylı bilgi için *bkz* Sevtap Metin, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, On İki Levha Yay.,2009, İstanbul, sf. 234 vd.

<sup>12</sup> Genetik unsurların patentlenmesi sorununa ahlaki ve dini itirazlar gelmiştir. Örneğin 1995'te toplanan dinler arası bir koalisyon hayvanların ve insanların genleri, organları, doku ve organizmaları üzerinde patent kurul-masına itiraz etmiştir. Bu itiraza göre, söz konusu olan canlılığın, yaşamın patentlenmesidir ve *yaşam* aynı anda hem Tanrı'nın yaratımı, hem de insan yaratımı olarak değerlendirilemez.*Bkz.* James Boyle, “*Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us*”, *Ethics, Computing and Genomics* (Ed. Herman T. Tawani), Jones and Bartlett Publishers, 2006, Sandbury- Massachusetts, sf. 258 (dn.7).

bir sınıflandırma geliştirilmiştir. Bildiride ise insan genomu için “*İnsanlığın Mirası*” tabiri kullanılmış, “*Ortak*” teriminin kullanılmasından ise kaçınılmıştır. Bunun sebebi, kişilerin bireysel genetik mirası ile insan soyunun mirası arasında gerilim yaratmamaktır. “*Sembo-lik anlamda*” lafzının kullanılması nedeni olarak ise ortak bir sahiplenmeye konu olamayacağı vurgulanması olarak açıklanmıştır<sup>15</sup>.

Ancak İnsanlığın Mirası özelliğinin İnsan Genomu üzerinde fikri hakların kurulmasını engellemediğini söylememiz gerekir. UNESCO Uluslararası Biyoetik Komitesi’nin görüşü ve İnsan Genomu Bildirgesi Hükümet Uzmanları Komitesi Nihai Raporu’na eklenen açıklama notu bu doğrultudadır<sup>16</sup>. Ayrıca Bildirge’nin giriş bölümü de aynı paralelliktedir. Uluslararası fikri mülkiyet sözleşmelerine atıf ile bunların hükümlerine hanel getirilmediği belirtilmiştir. Ancak hakkaniyet ve dağıtıcı adalet fikirlerinden hareketle alternatif (patente konu olan gen örneklerini veren *Donör* bireyler düzeyinde<sup>17</sup>) ve kümülatif (ulusal/küresel düzeyde) paylaşım problemi ortaya çıkmıştır.

İkinci olarak, ülkesel egemenlik mevzunun ve devletlerin bu ekonomik değer üzerinde ne tür bir tavır aldıklarının üzerinde kısaca durulmasında fayda vardır. İnsan-dışı genetik kaynaklar üzerinde yaşanan uluslararası sermayeye açılım gelişmeleri, benzer bir dönüşümün insani gen kaynaklarında da yaşanıp yaşanmayacağı sorunu ortaya çıkarmaktadır. Ana sorun, insan genomunun İnsanlığın Mirası olmaktan çıkarılıp bir kaynak olarak devlet egemenlik alanına girip girmeyeceğidir. Zira bazı devletler 90’lı yıllardan itibaren ulusal insani genetik kaynaklarının yönetimi için sistemler kurmaya başlamışlardır. Çin hükümeti, 1998 yılında çıkardığı yasa ile İnsan Genetik Kaynakların Yönetimi Bürosu’nu kurarak bu kaynakların izinsiz ve karşılıksız toplanması, kullanımı ve ihracatının engellenmesini amaçlamıştır. Yine Hindistan’ın küresel biyoteknoloji piyasasına ulusal ekonomik menfaatlerin korunması saikleriyle yapmış olduğu girişin belli ölçülerde korunarak ve belli ölçülerde değişerek devam ettirilmesi söz konusudur<sup>18</sup>. Coğrafi konumu sayesinde arı ve homojen kalmış halkların bu gelişmelerin içerisinde yer aldıkları konum ise dikkat çekicidir. Bu halklar homojen yapılarını büyük ölçüde korumuş olmaları sayesinde kendilerine has önemli genetik hazinelere sahiptirler. İzlanda ve Tonga Adaları halklarının saf dolayısıyla çok değerli olduğu ileri sürülen genetik materyalleri üzerinde devlet kurumları ile özel şirketler arasında münhasır ticari kullanım haklarının tesisi hususunda antlaşmalar yapılmış

<sup>15</sup> Kıvılcım, a.g.e.,sf.14

<sup>16</sup> Bkz. Uluslararası Biyoetik Komitesi 3. Oturum Tutanakları, Eylül 1995, Vol.1, sf. 96; UNESCO, Committee of Governmental Experts for the Finalization of a Declaration on the Human Genome: Final Report, BIO-97/ CONF.201/9, Paris, 25 July 1997

<sup>17</sup> ABD’nde, insan genomu üzerindeki patentlerden sağlanan faydanın genetik materyallerini vererek buluşa doğrudan katkıda bulunan Donör bireylerle bölüşümü meselesi bazı münferit davalara konu olmuştur. Moore v. California University ve Greenberg v. Miami Children’s Hospital davalarında yargı mercileri genetik patente konu olan dokuların, alındığı kimselerin vücudundan ayrılmasıyla birlikte o kimselerin mülkiyetinden çıktığı yönünde kararlar üretmişlerdir. Söz konusu dokulardan elde edilen genetik materyallerin işlenmesi ile elde edilen buluşlar üzerinde araştırmacıların patent hakları ise korunmuştur. Bkz. Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, sf. 245, 246

<sup>18</sup> Bkz. Rajan, a.g.e., *passim*.

ve bu gelişmeler pek çok tepkiyi de beraberinde getirmiştir<sup>19</sup>.

Fikri mülkiyet hukukuna bakıldığında, bu alanda da ülkesel sınırların var olduğunu ve yine fikri mülkiyetin devletler için, şirketlerin dünya ekonomisindeki konumları açısından ciddi derece önem arz ettiği söylenebilir. Bununla beraber, fikri mülkiyet küreselleşme ile en paralel ilerleyen hukuk branşlarından biridir ve devletlerin kenara çekildiği, her biri birer devlet gibi hareket eden ticari oluşumların başat aktör haline geldiği ve buna koşut olarak gelişen uluslararası fikri mülkiyet kurumlarının işler olduğu küresel bir piyasanın varlığı söz konusudur. Dolayısıyla ulusal hukuki düzenlemeler veya uluslararası hukuki oluşumlara katılımlar –bugün için– devletlerin, ülke içi ekonomik koşulları (daha doğrusu yerel ekonomik aktörlerin menfaatlerini) gözetenek hareket ettikleri pratik alanı ifade eder. Peki günümüzde ekonomik değerleri azami boyutlara ulaşmış bu insani varlıkların veya bunlar üzerindeki keşif, buluş yahut tasarımların fikri mülkiyet hukuku olarak zikredilen hukuk branşı içerisindeki konumu ne olmuştur?

ABD ve Japonya gibi ülkelerde bitki, hayvan ve hatta insan genleri üzerinde patent tesisi gelişmeleri Avrupa ülkelerinden daha hızlı bir şekilde gerçekleşmiştir. ABD’de genom projesi kapsamındaki insan genlerine ilişkin ilk başvurular ise 1991 yılında yapılmıştır. Önceleri *buluş* konusunun *yeni* olmaması ve *fayda* getirmemesi sebepleri ile başvurular geri çevrilse de 1997 itibarıyla *ABD Patent Ofisi* gen dizisi kısımlarına patent verilebileceği sonucuna varmıştır<sup>20</sup>.

Avrupa Patent Sözleşmesi’nde patent verilebilme koşulları belirtilmiştir. Genel patentlenebilirlik koşulları, yenilik (*novelty*), buluş basamağı oluşturma (*intensive step*), sanayiye uygulanabilirlik (*industrial applicability*) ve ifşaya elverişlilik (*enabling disclosure*) zikredilmektedir. Bunların yanında bazı özel patentlenebilirlik şartları da sayılmıştır. Gen patentleri ile ilgili olarak Md. 53 (a) ve (b) bu tip özel şartlar arasında sayılabilir<sup>21</sup>. Madde 53(a)’da, *Kamu düzeni ve ahlaka aykırı* buluşların patent korumasından faydalanamayacağı belirtilmiştir. Md. 53(b)’ye göre, “*Bitki ve hayvan türleri veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki ve hayvan yetiştirilmesi usulleri*” patent tesisine müsait değildir. Ancak “*bu hüküm, mikrobiyolojik usuller ve bu usuller yoluyla kazanılmış olan ürünlere uygulanamaz*”. Sonradan eklenen (c) bendine göre ise, insan veya hayvan vücudu üzerinde denenen insan veya hayvan vücudunun tedavisine dönük cerrahi metotlar veya terapi ve tanı metotları patentlenemez, ancak bu hüküm, söz konusu metotların herhangi birinde kullanılmayan ürünler, özel olarak da madde ve derlemeler (bileşimler) için uygulanmaz. Avrupa Topluluğu’nun “Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında” Yönergesi Madde 3 hükmüne göre ise, (1) Yeni olan, (2) bir buluş basamağı içeren, (3) sanayiye uygulanması mümkün olan buluşlar, biyolojik materyalden

<sup>19</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Kıvılcım, a.g.e.,sf. 149-51.

<sup>20</sup> Tekinalp, a.g.e., sf.740

<sup>21</sup> Gugerell, C., “Patenting of Human Genes and Living Organisms The Current Practice of the European Patent Office”, **Springer Verlag**, Berlin-Heidelberg, 1994, sf.3

oluşmalar<sup>22\*</sup>, biyolojik materyal içerseler veya biyolojik materyalin çoğaltılmasını (üretilemesini), işlenmesini yahut kullanılmasını sağlayan usul bile olsalar patent alabilirler<sup>23</sup>. Bunun yanında, Madde 5 ile insan vücudu ve gen dizilimi de dahil olmak üzere vücut unsurlarının basit keşfinin patentlenebilir buluşlardan sayılamayacağını belirlemiştir. Zaten basit keşifler genel olarak patente uygun olmama sebeplerinden birisidir.

Avrupa Patent Ofisi (EPO) Başkanı Benoît Battistelli 26 Kasım 2012 tarihli “*Biotechnology and Patents*” başlıklı yazısı ile EPO’nun, sanıldığı gibi ve özellikle bazı hükümet-dışı örgütlerce şikayet edildiğinin aksine, patent başvurularında çok titiz bir inceleme yaptığını (2011 yılı patent onayı oranı %47), söz konusu olan biyoteknolojik ürünler ise bunun çok daha sert olduğunu (patent onayı oranı %27) ifade etmektedir. Buna göre, basit birer parça izolasyonu olmayıp, genetik materyalin doğal durumundan farklı baz kombinasyonlarını içeren *re-engineering* genlerin kanser tedavilerinde kullanılma usulleri üzerinde tesis edilen patentlerde olduğu patent kabulleri aynı eksende devam edecektir. Başkan, bu eksenin gayet titiz bir değerlendirmeye konu olduğunun, Avrupa Adalet Divanı pratiklerinin ve Avrupa Konseyi’nin doğal kaynakların etkin kullanımını ile bu yolda biyoteknolojik gelişmelerin önündeki tıkanıklıkların açılmasını hedef aldığı *Avrupa Biyo-Ekonomi Projesi* çerçevesinde atılan adımların göz önünde tutulacağını altını çizmektedir<sup>24</sup>.

### 3. Fikri Mülkiyet ve İnsan Geni

Sorunun genel çerçevesinin çizilebilmiş olacağı bu noktadan sonra konu üzerinde tartışmanın pratik-ötesi düzlemine geçebiliriz. Bakıldığında, genetik mühendisliğin verdiği endüstriyel çıktılar (ürünler, usuller ve iyileştirmelerin) fikri mülkiyet kurumlarının korunmaya alındığı görülebilmektedir. Fikri mülkiyet hukuku bilindiği üzere bu çıktılar üzerindeki düşüncenin sahipliğinin bir malvarlığı unsuru olarak tanınmasının yahut bu itibarla entelektüel açıdan fayda üretimine katkıda bulunan mucide bir ödül bahşedilmesinin oluşturduğu hukuki yapıyı ifade eder. Buna rağmen, bazı yazarlarca düşüncenin üzerinde fikri emek üzerinden oluşan veya tanınan bu hakimiyetin oluşturduğu hak bir *ahlaki hak* olarak nitelendirilmektedir<sup>25</sup>. Ancak söz konusu görüşün, fikri mülkiyetin *sui generis* özelliğini göz ardı ettiği ve bunu klasik manada özel mülkiyet düsturu üzerinden okuduğu, bu yüzden de ciddi sorunlar barındırdığı söylenebilir<sup>26</sup>. Söz konusu bakış açısı, modern toplumda ‘*sahip olma*’ meselesine eğilmiş düşünürlerden Erich Fromm’un da üzerinde durduğu biçimde, kapitalist ekonomik düzenin oluşturduğu sosyal karakterin ‘*sahip olma*’ya bakışını akla getirir. Kısaca bu, doğal ve yaşam gerekliliğinden doğan sahiplikleri kapitalist bir sahiplik olarak addeder; sonuçta ortaya bu sosyal karakterin oluşturduğu ve

22 \**Biyoteknolojik materyal*; genetik bilgi içeren ve kendi kendine üreyebilen veya biyolojik bir sistemde üretilen materyaldir.

23 Tekinalp, a.g.e., sf.741

24 Benoît Battistelli, “Biotechnology and Patents”, <http://blog.epo.org/patents/biotechnology-and-patents/>, (05.02.2013)

25 Bu düşüncüyü dile getiren çoğunluğu liberal olan bu yazarlar arasında örneğin Nigel Ashford gösterilebilir. Bkz. Nigel Ashford, *Özgür Toplumun İlkeleri*, (Çev. Can Madenci), Liberte Yay., 2009, Ankara, sf.102.

26 *Karş.* Ashford, a.g.e., sf.106.

içinde olageldiği ticari saiklerin hüküm sürdüğü bir toplumsal alan çıkmaktadır<sup>27</sup>.

Biyolojik bilgi, bir yandan kendi kaynağı olan biyolojik malzeme ile ilişkilendirilir, diğer yandan ise ancak ve ancak bu biyolojik malzemeden türetilir<sup>28</sup>. Bilimsel gelişimin ardışıklığı da ek bir argüman olarak ortaya konduğunda, bilimsel bilginin salt “*yaratıcı*” etkinlik tasavvurundan doğan bir bilgi olarak ve bu itibarla “*doğal hak*” düsturu üzerinden sahip olunan bir şey olarak kavramsallaştırılabilmeye teorik bir gerekçelendirme üretilebilir. Bu yüzden fikri hukukta, bilimsel buluşların patent koruması altına alınmasının felsefi gerekçelendirilmesi, yazın ve sanat eserlerinin üzerinde eser sahibi haklarının tesis edilmesinde olduğu gibi “*Kişilik*” yahut “*Benliğin Yansıması*” teorisi çerçevesinde değil, “*Emek Teorisi*” üzerinden yapılmaya çalışılmaktadır<sup>29</sup> ki bunun da esaslı sorunlara net cevaplar verip vermediği tartışmalıdır. Bunlara aşağıda değinilecektir.

Patent hukukunda geliştirilen buluşun kamuya sunulmasına karşılık, mucit lehine buluş üzerinde inhisari haklar tanınarak, bu buluşun ortaya çıkarılmasındaki bilimsel uğraş ödüllendirilmiş olmaktadır. Bu ödüllendirme, bir yandan yukarıda zikredilen Emek Teorisi’nin diğer yandan ise yararlı bir düşüncenin izlerini taşır. Zira bilimsel emeğin ödüllendirilmesinin, hem buluşun toplumsal yararlanıma dahil edilmesine verilmiş bir *karşılık*, hem de emeği ödüllendirilen mucidi toplumun kullanımına ve yararına daha fazla buluş sunması için yapılmış bir *teşvik*<sup>30</sup> olduğu yorumlamalarına gidilebilmektedir. Fikri mülkiyet ilkeleri bağlamında esas konumuzun değerlendirilebilmesi özellikle *yarar ilkesi* ve *emek teorisi* bakımından ayrı ayrı irdelenmeyi gerekli kılmaktadır.

#### 3.1. Emek Teorisi

Bilindiği üzere emek üzerinden mülkiyetin gerekçelendirilmesi, düşünsel temellerini John Locke’ta bulur.

“Herkes kendi kişiliği üzerinde mülkiyet hakkına (*property*) sahiptir. Bunun üzerinde kimsenin değil sadece onun hakkı vardır. Onun vücudunun, emeğinin ve ellerinin çalışmasının sadece ona ait olabileceğini söyleyebiliriz. Bundan ötürü, o, doğa durumundan emeğini karıştırma suretiyle her ne ayırır ise bu şeyi kendi mülkiyeti haline getirecektir.”<sup>31</sup>

“...Meyvaları toplamak onları tabiatta bulunan benzerlerinden ayırmak anlamını taşır. Herhangi bir nesneyi, *tabiatta bulunduğu durumdan ayırmak*, ona o zamana kadar kendisinde bulunmayan farklı bir şeyi katmak demektir. Şu halde, tabiatta bulunan bir

27 ErichFromm, *Sahip Olmak ya da Olmak*, (Çev. Aydın Arıtan), Arıtan Yay., 1982, İstanbul, *passim*.

28 Rajan, a.g.e., sf. 63

29 William Fisher, “*Theories of Intellectual Property*”, *New Essays In The Legal And Political Theory Of Property*, (Ed. Stephen R. Munzer), Cambridge University Press, 2001, U.S.A, sf.169.

30 Bu, fikri mülkiyetin tarihsel gelişimindeki *toplumsal yarar* söylemlerinde ve bunların hukuksal metinlere yansımalarında açık bir biçimde izahat bulmaktadır. Bkz. Craig A. Nard & A. P. Morriss, “Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia”, *Law And Economics*, Vol.2, Issue 2, 2006, *passim* (Ayrıca bkz. *Case Research Paper Series in Legal Studies*, August-2004, <http://www.law.case.edu/ssrn>)

31 John Locke, “The Second Treatise (II. T.)”, *Two Treatises Of Government*, (Ed. by Peter Laslett), Cambridge University Press, 14th Reprint, 2003, United Kingdom sf.287-88 (II. T. -parag.31)

nesneye, örneğin bir elma tanesine katılan emek, o elmayı, emek verenin malı yapmaktadır...<sup>32</sup>

Yukarıda aktarılan tezleri Locke aslında maddi nesnelere ile alakalı olarak ileri sürmüştür ve gayrimaddi varlıklar konusunda Locke kaynaklı bir temellendirmeye ne derece gidilebileceği de ayrıca tartışma konusudur. Buna rağmen birçok yazarca emek teorisinin, fikri emeğin ürünleri üzerinde mülkiyet hakkını meydana getirdiğinin meşrulaştırıcı tarifini sunduğu şekilde izahatlar getirilmiştir. Bu düşünsel çerçeveye girdiği ileri sürülen Robert Nozick, *Anarşi, Devlet ve Ütopya* adlı eserinde Locke’u mülkiyet edinme prensibini değerlendirdiği bölümde, Locke’un argümanına katılımı sonrası, dikkatini Locke’ta yer bulan ünlü ve muğlak “*proviso*” meselesine çevirir. Bu, yukarıda da aktarıldığı üzere, bir kişinin sadece emeğini “*ortaklıkta tutulan*” kaynaklara karıştırmasıyla mülkiyet haklarını nizami bir şekilde edinebilmesi ve ikinci koşul olarak da iktisap sonrasında “*ortaklıkta diğer kişiler için yeterli ve iyi bir miktarın bırakılması*”nı ifade eder. Locke’un bu edinme teorisine paralel olarak Nozick –genetik materyaller ile ilgili *düşünülebilecek* şekilde– şöyle bir açıklamada bulunmaktadır:

“Sahipsiz ve geliştirilebilecek nesne stoku sınırlı ise, bir nesneyi geliştirmenin ona tam olarak sahip olma hakkını vereceğine dair görüş mantıksız olur. Çünkü bir nesne herhangi birinin sahip olduğu bir şey haline geldiğinde diğer tüm insanların durumunu etkiler...<sup>33</sup>”

Locke’ta yer bulan diğer kimselere yeterli ve iyi bir miktarın bırakılması ilkesine paralel olan bu yoruma göre, salt geliştirmenin bir sonucu olarak sahiplenme ile birlikte daha önceden o nesneyi kullanan insanlar artık kullanamayacaklardır. Locke bu yüzden yukarıda aktarılan diğer kimselere yeterli ve iyi bir miktarın bırakılması sınırlarını öngörmüştür. Ayrıca Nozick’ten Locke’a, yüzyılları aşan mülkiyet kuramı yorumunun akabinde ve bununla irtibatlı olarak fikri mülkiyet teorisi içerisinde sorgulama yapmayı olanaklı kılacak bir meseleye, *keşfin sahiplenilmesi* mevzuuna girer Nozick, ki bu aynı zamanda kendisinin yapılmış alıntılardan yansıyanlar ile çelişkili bir görünümü yansıtır;

“...herhangi bir kişi insanların ulaşamayacağı bir yerde yeni bir madde bulur ve bu maddenin bir hastalığı iyileştirdiğini keşfeder ve tümüyle sahiplenir. Bu durumda kimseğin durumu kötüleşmez; Eğer bu maddeye o rastlamamış olsaydı kimse rastlamayacaktı ve diğer insanlar o olmadan idare etmiş olacaktı.<sup>34</sup>”

Duruma fikri mülkiyet penceresinden bakarsak, ilk alıntıda geliştirmenin sahiplenmeyi gerektirmediği ile burada yer alan salt keşfin diğer insanları etkilemesi noktasında bir çelişiklik söz konusudur. Çünkü keşfedilen nesnenin de stokunun sınırlılığı söz konusu olabilir. Bununla beraber Landes ve Posner gibi yazarların dile getirdiklerinin ekseninde,

32 Adnan Güriz, *Teorik Açından Mülkiyet Sorunu*, AÜHF yay. .1969, Ankara, sf. 137

33 Robert Nozick, *Anarşi, Devlet ve Ütopya*, (Haz. Murat Borovalı, Çev. Alişan Oktay), İstanbul Bilgi Üniversitesi yay. 2006, İstanbul, sf. 232-33.

34 Nozick, a.g.e., sf. 239

söz konusu meseleyi tersten okur isek, yukarıdaki alıntılanan düşünceler arası bulanıklığa zeval getirmemekle beraber, farklı bir neticeye daha varmış oluruz. Bu ise, mucide patent hakkı tahsisi neticesinde Locke’u *proviso*’nun ihlal edilmeyeceği biçiminde olabilir. Nozick’e de bakıldığında görünen odur ki, diğer insanların icada erişimi patent koruması ile birlikte kuşkusuz sınırlanmıştır ancak mucidin çabalaması olmaksızın icat bütünüyle oluşmuş da olmayacaktır<sup>35</sup>. Söz konusu sınırlama, bir ortadan kaldırılma yahut başkalarını mahrum bırakma da olmayacaktır. Zira Landes ve Posner’in ileri sürdüğü biçimde, fikri üretimlerin çoğunun ayırıcı karakteristiği, kolayca taklit edilebilirlikleri ve bir kişiye onlardan yararlanmanın diğer kişilerin yararlanmasını engellememesidir. Ekonomistlerin ifadesi ile fikri ürünler nitelikleri gereği, tüketimlerinde rekabetçi olunmayan ürünlerdir. Söz gelimi, iki kişi aynı anda bir eldiveni takamaz veya aynı diş fırçasını kullanamaz fakat aynı şarkıyı söyleyebilir ve aynı formül üzerinde çalışabilir<sup>36</sup>.

Bununla birlikte, Nozick’in okunmasından, bir varlığın sahiplenilmesinin diğer kişilerin bu varlıktan yararlanma olanağını ortadan kaldıracığı biçiminde beliren özel mülkiyet düsturu üzerinden bir yorumlamaya mahal vermediğini çıkarmak güçtür. Fikri hakların başkasının hakları üzerinde (*in re aliena*) haklar olma özelliği ve fikri mülkiyetin başkasının bu fikirden yararlanımını engellemeyeceği fikri ile Nozick’in düşüncesi arasında gerilimli bir durum vardır. Bakıldığında usuller ve sadece izole edilmeleri ile patentlenebilme olanağına kavuşmuş doğal maddelerin kısımlarının fikri mülkiyet korumasına alınmasının ‘*proviso*’nun ikinci koşulu ile bağdaştırılması mümkün olmayacaktır. Zira, Nozick okunmasında, mülkiyet alanı –emek üzerinden değerlendirilmek suretiyle– keşifleri de içerisine alacak biçimde bir genişleme gösterir; ki bu görüşün de fikri mülkiyet düşüncesi içerisinden, sorun ihtiva etmeyen bir görüş olduğu söylenemez.

İnsani varlıkların ticari obje alanına aktarılması meselesine dönecek olursak, insan kaynaklı mikroorganizmalar üzerinde patent kurulmasına karşı ileri sürülebilecek mülkiyet çerçevesindeki savlar insan vücudunun mülkiyete konu olup olmaması tartışmalarında düğümlenmektedir. İnsan, vücudu üzerinde mutlak bir hakka sahiptir. Ancak ekonomik bir değer oluşturması, bunun *mülkiyet hakkı* gibi telakki edilmesini gerektirmez. Soruya mülkiyet hakkını olumlayan biçimde cevap veren liberteryen düşünceler ekseninde fikri mülkiyet ile alakalı yukarıdaki soru işaretinin giderilmesi de gayet basitleştir. Söz konusu tartışmanın içeriğine girmek ise makalenin sınırlarını ciddi şekilde aşma anlamına gelecektir<sup>37</sup>.

35 Fisher, a.g.m., sf.171

36 Fisher, a.g.m., sf.170; William Landes & Richard Posner, “Trademark Law: An Economic Perspective”, *Journal of Law and Economics*, Vol.30, 1987, sf.265.

37 Bazı Liberteryen yaklaşımlar insanın vücudu üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu ve devredilebilirlik vasfının bulunduğunu kabul ederler. *Bkz.*N. Stephan Kinsella, “Against Intellectual Property”, *Journal of Libertarian Studies*, Vol. 15, No. 2, Spring-2001, Ludwig von Mises Institute, ss. 1–53, sf.12 vd, [http://mises.org/journals/jls/15\\_2/15\\_2\\_1.pdf](http://mises.org/journals/jls/15_2/15_2_1.pdf); Zeynep Özlem Üskül, *Bireysellikte Tarihsel Bakış*, Buke yay., 2003, İstanbul, sf.176 vd.; Bu teoriler kendi vücuduna sahip olma hakkını desteklemektedirler, ancak genel olarak, liberteryenizmin bakış açısı klasik liberal anlayışın özne ve nesne arasına sınırlar konmasını dışlamaktadır. Bu ise yukarıda zikredilen mülkiyetin bir piyasa paradigmasından okunmasına koşut bir görünüm sergiler.

Nihayet, emek argümanı üzerinden emeğin nesnesine odaklanarak ele aldığımız gen patentleri ile ilgili şu çıkarımda bulunabiliriz. Doğal halde bulunan genetik dizinden örneğin bir hastalığın çaresi olduğu tespit edilmiş bir gen parçasının bütünden izole edilmesi, doğal olanın doğal bütünden ayrılması olarak yukarıda zikredilen Lockeçu mülkiyet argümanını akla getirir. Ancak bu noktada, söz konusu fikri ürün doğal olanın bir keşfidir ve fikri mülkiyet hukuku bunun bir buluş basamağı oluşturup oluşturmadığı noktasında tıkanmaktadır. Ayrıca bu noktada bir tıkanıklık daha yaşanmaktadır. Bu da, Nozick’in deyimleriyle ‘*bulan kişi olmasa kimsenin bulamayacak olduğu(!)*’ bu genetik maddenin endüstriye uyarlanabilir cismani bir boyutunun ne derece olduğu ve *bilgi* ile *nesne* ayrımının ne derece yapılabileceği hususunda yaşanan tıkanıklıktır. Zira doğada hali hazır bulunan bu maddenin bilgisinin, kendisinden *ayrı* bir biçimde kullanılabilmesi, büyük bir soru işaretini de beraberinde getirir. Yani örneğin kanda bulunan bir maddenin kendisinin endüstride kullanımını fikri hukuk vasıtasıyla himaye edilen bunu bulma yahut geliştirme vs. bilgisinden bağımsızlığı ne derece sağlanacaktır?

Buna karşılık doğal halde bulunan gen dizininden doğal parçaların ayrıştırılıp doğada hali hazırda bulunmadığı bir biçimde bunun sekanslanması sonucu kullanılan genetik materyalden farklı bir dizin üretilmesi halinde, bu doğal nesne üzerinde bir mühendislik faaliyeti sonucu meydana getirilmiş (*re-engineering*) bir ürün olacaktır ve diğer genel patentlenebilirlik koşullarını sağlaması halinde bir buluş olarak patent koruması altına alınabilecektir.

Emek teorisi ile ilgili olarak en başa tekrar dönmek bizi aynı zamanda başka bir ilkeye daha götürür; çünkü fikri mülkiyet bağlamında emek teorisini farklı açıdan okuyanlar teoîrinin nihai olarak vardığı noktanın *yarar ilkesi* olduğunu zikretmişlerdir<sup>38</sup>.

### 3.2 Yarar İlkesi

Fikri mülkiyet teorileri -ve özel olarak patent koruması- ağırlıklı olarak, buluşun yahut eserin açıklanarak toplumsal kullanımını sağlamak ve ‘*ortak iyi*’yi maksimize etmek ile aynı esnada mucide bazı haklar bahsetme suretiyle esere ve buluşa özendirerek yine bu ‘*toplumsal iyi*’yi sürdürme şeklinde *yarar* bir anlayış üzerine inşa edilmiştir<sup>39</sup>. İlk patent kanunu olarak kabul edilen 1474 tarihli Venedik kanununun giriş kısmında da toplumda dâhice cihazlar icat edebilecek kişiler bulunduğu; icatların başkaları tarafından kopyalanmasını engelleyen düzenlemelerin, toplumsal bir fayda meydana getiren bu cihazları

38 Fikri mülkiyet teorisi ile ilgili çalışmalarda sıklıkla referansta bulunulan “*Fikri Mülkiyet Felsefesi*” isimli yazısında Justin Hughes, Locke’a göre mülkiyetin temeli addedilen emek sarf etmenin, haz ile değil ancak elem veya cefa (*pain*) ile bağdaştırılabilir olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada birbirini içeren iki argüman ortaya konuyor. Hughes’a göre normatif olan birincisi, *kişiler emekleri –yani bu cefaya katlanmaları– dolayısıyla mülkiyet ile ödüllendirilmelidirler*. İkincisi araçsal bir argümandır ve *buna göre o kişiler emek sarf etmeye motive edilmelidir*. Dolayısıyla bu araçsal argüman  *faydacı* bir anlayışı da beraberinde getirir, zira emeğin artırılması hususunda motivasyon sağlanması kamusal menfaati de arttıracaktır. Bkz. Justin Hughes, “The Philosophy of Intellectual Property”, *77 Georgetown Law Journal*, 287, December-1988, sf. 303-04.

39 Fisher, a.g.m., sf.169; ancak bu varsayıma da eleştiriler getirilmiştir. Bkz. Kinsella, a.g.e., *passim*.

daha fazla kişinin yapmasını sağlayacağı belirtilmiştir<sup>40</sup>. Ulusal ile uluslararası fikri hukuk metinlerinde zikredilen patent verilebilirlik şartları arasında da  *faydalı olma* kıstası söz konusudur. Bu, patent haklarının kendi içerisinde bölümlendirilmesi meselesine de bir biçimde yansımıştır<sup>41</sup>. Söz konusu anlayış TRIPS md. 6 ve 7<sup>42</sup> ile 551 sayılı PatKHK md.1’de de<sup>43</sup> görülmektedir. Ayrıca patent korumasının süreyle sınırlı şekilde tanınması da  *gelişme* amacını –yani yine bir yararcılığı– ortaya koymaktadır. Ayrıca bu sınırlılık fikri mülkiyetin emek üzerinden ve mülkiyet hakkı bağlamında gerekçelendirilmesine karşı çıkışları da gözler önüne sermektedir. Zira emek üzerinden doğal hukuka yaslanan bu gerekçelendirme süreye bağlı olma nedeniyle itiraza uğramaktadır<sup>44</sup>.

İnsanın obje olarak ortaya çıkması ile günümüzde fikri mülkiyetin köklerinden gelen yararcı anlayışın, buluşu topluma mı yoksa aslında özel olarak endüstriye mi sunma eğilimi bulunduğu ve toplum yararına hangi ön kabul gözlüğü ile bakıldığı hususlarının ise sorgulanması icap etmektedir. Bilginin meta değil fakat ödüllendirme alanına dahil edilemesi gerektiği fikri ile paralellik arz eden toplumsal yarar savunusunun, genetik patentlerle ilgili olarak, ortak ve erişime açık veri tabanları oluşturulması önerilerinde yer aldığı gözükmektedir. Özellikle uğraşları ilaç üretimi için genetik bilgi patenti alma ve lisans devri ile bunların üzerinden kâr elde etme olan biyoteknoloji şirketlerine lisans bedeli ödemekten kurtulma maksadını taşıyan ilaç firmaları cephesinden gelen bu önerilerin görünen yüzünün ardında yine bir çeşit piyasa saikinin döndüğü de ifade edilmektedir<sup>45</sup>. Zira ilaç sektörü cephesinin bu prangalardan kurtarılmasının sağlığa erişim hakkı açısından toplum lehine bir getirisinin mi olacağı yoksa var olan artı-değerin artısını mı irileştireceği soruları birer soru işareti olarak kalmaya devam edecektir. Burada tekrar kritik sorunun sorulması icap eder: “Fikri mülkiyette hâkim olan yararcılık kimin yahut neyin yararındır? Toplum mu

40 Nard & Morriss, a.g.m., sf.8; Aaron Schwabach, *Intellectual Property: A Reference Handbook*, ABC-CLIO Inc., 2007, Santa Barbara, sf.12.

41 Örneğin Amerikan Patent Hukuku’nda patentler genel olarak üç bölümde sınıflandırılmıştır; bunlar ürün patentleri (*plant patents*), tasarım patentleri (*design patents*) ve fayda patentleridir (*utility patents*). Bkz. Alexander I. Poltorak & Paul J. Lerner, *Essentials of Intellectual Property*, John Wiley and Sons Inc., 2002, New York, sf.2

42 “**Amaçlar - Madde 7:** Fikri mülkiyet haklarının korunması ve uygulamaya konulması teknolojik yeniliklerin ilerlemesine ve teknolojinin transferi ve yayılmasına, teknolojik bilgilerin üreticilerinin ve kullanıcıların karşılıklı çıkarlarına katkıda bulunmalı, sosyal ve ekonomik refaha, keza hak ve yükümlülükler dengesine yardımcı olmalıdır.”

“**İlkeler - Madde 8:** 1. Üyeler, yasa ve yönetmeliklerini formüle eder veya değiştirirken, halk sağlığı ve beslenmesini korumak ve sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişmeler açısından hayati önem taşıyan sektörlerle halkın ilgisini artırmak için gerekli önlemleri, söz konusu önlemler bu Anlaşma hükümlerine uygun olmak kaydıyla ahrlar.(.../...)”

43 “**Amaç ve Kapsam - Madde 1:** Bu Kanun Hükümünde Kararnamenin amacı, buluş yapma faaliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara patent veya faydalı model belgesi vererek korumaktır.”

Bu Kanun Hükümünde Kararname, sınav hakkın tesisine uygun buluşlara patent veya faydalı model belgesi verilerek bunların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsar.

44 Catherine Colston, *Principles Of Intellectual Property Law*, Cavendish Publ.,London, 1999, sf.22.

45 Rajan, a.g.e., sf.68 ve 77

yoksa Endüstri mi? Biri diğerini sağlar mı? Özellikle sonuncu soru, bunca soru işaretinin bulunduğu bir alanda, vaziyetin hiç de klasik politik-iktisatçıların kurgularındaki gibi olmadığını göstermektedir. Benzer mahiyette fakat daha genel olarak ekonominin bütünü ile ilgili bu soru sanayi toplumunu değerlendiren pek çok düşünürce sorulmuştur<sup>46</sup>.

### Mülkiyetin Epistemolojik Görünümü

İnsan genomu üzerinden gen dizimi izolasyonları veya doğal halinde olduğu gibi izole edilmemiş olan gen dizilerinin üzerinde patent tesisinin mümkün olup olmadığı tartışmaları insani varlıkların sınai sahaya girmiş bulunduğunu göstermektedir. Bunların üzerinde sınai hak tesisinin mümkün olması fikri bir hak mı sağlar yoksa bu genel manada bir mülkiyet midir? Tekrar belirtmek gerekir ki, burada üretilen endüstriyel mamul (örneğin bir ilaç) ile ilgilenmemekteyiz. Mesele, nihai ürün olan ilaca götüreceği bilginin üzerinde hak tesisidir. Terminolojik olarak *fikri hak-fikri mülkiyet* tartışmalarına<sup>47</sup> odaklanmadan “mülkiyet nedir?” sorusunu sormak, bizim “fikri mülkiyet nedir?” sorusuna cevap vermemize olanak tanıyacaktır. Böylece fikri mülkiyeti mülkiyet düşüncesi içerisinde konumlandırabilir ve insani bir varlık olması itibarıyla genetik materyallerin fikri mülkiyet –ve daha da genel olarak mülkiyet- alanının içerisine dahil edilmesinin ardında yatan nedenselliği anlamlandırabiliriz.

Öncelikle altını çizmek gerekir ki, içerisinde konuyu tartıştığımız alan kapitalist piyasa kurallarının tüm yönleriyle işler halde bulunduğu bir alandır ve bu hukuki bir olgu olarak mülkiyete bakışı da belirlemektedir. Mülkiyet, maddi yahut gayrimaddi mal üzerindeki hakimiyettir. Mal, hukuki manada tüm malvarlığı unsurlarını ifade eder ki bu eşya hukukunun cismaniliği koşul koyduğu eşyadan daha geniş bir çerçeveyi gösterir. Yalın ve pratik manada bir varlığın sahibi olmak, onun üzerinde hakimiyeti gerektir. Yani sahipliği hakim olmak sağlar ve mülkiyet kavramının etimolojik olarak verdiği anlam da bu yöndedir<sup>48</sup>.

46 Bu konuda yazılan literatürün tamamını zikretmek anlamsızdır. Örneğin Fromm’a göre, kapitalizmin ike tidarını sağlamlaştırması ile birlikte ekonomik sistemin gelişmesini belirleyen “insan için iyi olan nedir?” sorusu, yerini “sistemin gelişmesi için gereken ve iyi olan şey nedir?” sorusuna bırakmıştır. *Bkz.* Fromm, a.g.e., sf.27.

47 Hirsch’in “*Hukuki Bakımdan: Fikri Say (Emek)*” eserinin giriş bölümü bu açıdan önemlidir. Kısaca izah etmek gerekirse, Hirsch, *fikri ve sınai mülkiyet* terimi yerine, haklı olarak bu alanın klasik mülkiyet anlayışı çerçevesinde okunmasının bir çok soruna yol açacağından bahisle, *fikri yahut sınai hak* tabirini önermektedir ki bu tür bir tanımlama pek çok ontolojik sorunun en baştan aşılabilmesine imkan sağlamaktadır. *Bkz.* Hirsch, Ernst E., **Hukuki Bakımdan: Fikri Say**, I. Cilt, (Çev. V. Çermis), İstanbul Üniversitesi Yay., 1942, İstanbul, sf. 2-4.

48 *Mülkiyet* terimi Arapça *mulk* kelimesinden gelir ve bu *m-l-k* kökünden türemiştir. Bu kökten türeyen her kelime (örneğin *malik, melik*) güç, kuvvet ve iktidar gibi anlamları içerir. Keza Yunanca mülkiyet manasını karşılayan *kyriotes* kelimesi de efendi, hakim ve ev sahibi anlamlarına gelen *kyrios*’tan türemiştir. *Bkz.* Güriz, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, sf. XI.; Benzer biçimde Roma metinlerinde de mülkiyet kavramı yerine kullanılan Latince *mancipium, dominium* ve *propertias* terimlerinin her birinde hakimiyet ve egemen olma anlamlarının yüklü olduğu ifade edilmiştir. Tarihsel olarak en eskideki kullanım olduğu düşünülen ve el ile birlikte kralın, magistranın veya aile reisinin kudretini ifade eden *manus* teriminden gelen *mancipium*, malvarlığından aile bireyleri üzerindeki hakimiyete kadar çok geniş bir hakimiyet alanını ifade ederken, daha sonraki dönemlerde kullanılan *dominium*’un maddi varlıklar üzerindeki mülkiyeti ifade eden daha dar bir anlamı söz konusudur fakat bu anlam mal ile sahibi arasındaki fiili durumu tanımlar, mal üzerindeki

Hakim olmak ise varlığı kontrol altına alıp, devamında o varlığı malik olarak istenilen doğrultuda kontrol edebilmek demektir. Bu, Roma Hukuku’ndan devralınan *usus, fructus* ve *abusus* yetkilerini ifade eder. Bunlar için ise, kontrol edilecek varlığın bilgisine önsel olarak sahip olmak icap eder. Bu ise, mülkiyet kurumunun epistemolojik boyutunu gösterir. Zira bilinmeyen bir şeyin üzerinde egemen olmaktan ve bunun hukuksal alana yansımaları olan mülkiyetten bahsedilebilmesi mümkün değildir. Örneğin toprak, üzerine basmış olduğumuz, bitkilerin yetiştiği ve yetiştirilebilir olduğu, üzerine barınak inşa edebileceğimiz bilgisini edindiğimiz şeydir. Toprağın bilgisine sahip olmadan toprağın sahiplenilmesi için bir sebep de yoktur ve ancak edinilen bu bilgi neticesinde sahiplik ve hakimiyet konumunun oluşmasının doğal gereksinimler doğrultusunda olduğu söylenebilir<sup>49</sup>. İnsan, gereksinimleri doğrultusunda bilgiyi edinir yahut onu bilgiye götüren gereksinimleridir. Bilgi yahut bir varlıktan edindiğimiz bilgi, insanın ona sahip olması (yahut ondan uzak durması) gerektiği düşüncesini edinmesine gerekçe oluşturur. Bu, sahip olma düşüncesine önseldir. Bu açıdan mevcut mülkiyet düşüncesi içerisinde mülkiyet hakkı koşullarından biri olarak benimsenmiş olan malik olma iradesi de bir bilmeyi ifade eder. Ortak alanda bulunan, yahut başka bir ifade ile herhangi birinin özel alanında tutulma için henüz bir sebebin olmadığı (yani bunu gerekli kılan bir bilginin henüz edinilmediği), maddi veya gayrimaddi şeyin hukuki manada mülkiyete konu olmasından ise bahsedilemez.

‘*Piyasa mantığı*’nın hakim olduğu alanda ise mülkiyet düşüncesi, piyasanın oluşturduğu epistemik güdümlenmelere göre biçimlenmiştir. Çağdaş Marksist yazarlardan Žižek’e göre, günümüzde hayatın ekonomi ile bağlantılı olmayan katmanları kapitalizmin üstbelirlenimine tabi durumdadır. Keza modern teknolojik hakimiyet de mutlak biçimde kapitalizmin sosyal formları ile sarmalanmış haldedir. Bununla irtibatlı olarak ekonomik olmayan (yani Žižek’in kastettiği biçimde “*alternatif*”) sosyal oluşumlar da benzer bir ontolojik meyil gösterirler<sup>50</sup>. Örnekleme gerekirse, piyasa mantığının hüküm sürdüğü dünyada sözü güvenilir kılan, sözün kendisi değil, cayma akçesidir. Bu alan içerisindeki varlıklar ekonomik sistem içerisinde oluşturduğu kıymet ile değerlendirilir. Benzer şekilde, bu paradigmanda mülkiyetin ontolojik olarak ekonomik bir değer oluşturma koşuluna bağlı

soyut hak manasını içermez. Daha geç dönem metinlerde karşılaşılan *propertias* kavramının ise *dominium* ile çoğunlukla eşanlamda kullanıldığının altı çizilmiştir. *Propertias* terimi, batı dillerindeki mülkiyeti ifade eden terimlere (*property, propriété, proprieta*) de kaynaklık etmiştir. *Bkz.* Bülent Tahiröğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İÜHF Yay., 1981, İstanbul, sf.1-10. Sonuç olarak, etimolojik yönelim bizi analitik bir önermeye götürür: “Mülkiyet, hakim olma değildir.”

49 Ayrıca bizim mülkiyete önsel olarak edindiğimiz bilgiyi, doğal gereksinimlerimizin bize bilmemizi gerektirdiği gündelik yahut deneysel bilgiler ile sınırlandıramayız. Hukuki kurumlar üzerinden üretilen bilgilerin de yeniden mübadele değeri olan bir bilgiye çevrilebilmesi olanak dahilindedir. Bu ise mevcut piyasa ve onunla ilişkili gelişen hukuk paradigmasında ekonomik değeri olması halinde malvarlığı alanının içerisine dahil olmaktadır. Örneğin her insan gibi çalışma hakkımızın olduğunu mevcut hukuki yapı vasıtasıyla bilmekteyiz. Bu bilmenin bizi götürdüğü nokta, çalışma hakkımızın engellenmiş olduğu durumda bunun ekonomik bir değer ifade eden bir malvarlığı hakkı olarak hukuki formda güvenceye alınacağıdır. Burada da görülüyor ki, hakim paradigmanda ekonomik değer üzerinden yapılan analiz malvarlığı alanını tanımlamaktadır. Bu ise malvarlığı ile mülkiyet özdeşleştirilmesinin birçok soruna yol açacağını tekrar gözler önüne serer.

50 Slavoj Žižek, “The Ongoing ‘Soft Revolution’”, *Critical Inquiry*, Vol:30, No:2, Winter-2004, *passim*.



kılınması gösterilebilir<sup>51</sup>. Oysa ki, salt *sahip olma* temelli mülkiyet düşüncesinin ekonomik değer kıstası olmasının zorunluluk oluşturmaması icap eder; bu açıdan çakıl taşı da bir şato gibidir. Dolayısıyla, ekonomik değer tali düzeyde bir olgu sayılabilir. Ancak piyasa cephesinden veya gözlüklerinden ve yahut –Foucaultcu kavramsallaştırma ile– onun oluşturduğu ‘*episteme*’den bakıldığında bir toplu iğne değersizdir ve bunun üzerindeki mülkiyet uyumsuzluğu maddi bir ekonomik değer oluşturmaması neticesinde hukuksal çözümlemenin basit neticeler vermesine imkan tanır. Buradan varılabilecek olan bir nokta, piyasaya elverişli olanın, mülkiyete de elverişli olduğudur. Yahut piyasası olan varlık üzerinde piyasa aktörlerince bir paylaşımında bulunulabilir, bu varlık mübadele edilebilir, yani üzerinde mülkiyet hakkı tesisi mümkündür. Bu, bizim yaşam, politika ve iktisat alanını kavrama yetimizin belirli epistemeler tarafından belirlenmekte olduğunu ifade eder. Bunlar, kurumsal yapılar tarafından desteklenen ve aynı zamanda bu yapıları da besleyen epistemelerdir<sup>52</sup>.

*Chicago İktisat Okulu*’nun metalaşma doktrini bu bakış açısından okunabilir. Gary Becker’in çalışmalarından başlayarak Chicago İktisat Okulu çok basit bir iddiada bulunmaktadır: *piyasada değer biçilebilen ve bu değer suretiyle mübadeleye konabilmiş bulunan her şey zaten bir meta haline gelmiş bulunmaktadır*. Radin ve Sunder’a göre, Chicago ekonomistleri söz konusu -evrensel- metalaşma sürecini doğal ve faydalı, buna engel olarak çıkarılan hükmi kurumları *prima facie* hatalı ve faydasız engellemeler olarak görürler<sup>53</sup>. Söz konusu genişletilmiş *laissez faire* piyasa argümanı münhasır bir kültür savunusu içerisinde temellendirilmiştir: *Chicago Okulu* ekonomistleri bireysel tercihleri piyasaya *dışsal* olarak görme eğilimdedirler ve piyasa bu bireysel tercihlerin maksimizasyonunu sağlayacak yegane –“dengede yahut nötr”- mekanizmadır<sup>54</sup>. Bu çizgide olanlar özel aktörlerin (*private actor*) daha önceden var olan (*pre-existing*) tercihlerinin olduğunu düşünmektedirler ve bu tercihler, arz, talep ve bunların sonucu olarak

51 Liberal düşüncenin hakim olduğu en belirgin sistemin hukuk mekanizmalarından bir örneklemeye gerekirse; Örneğin AIHM, Protokol I/1 kapsamında mülkiyet hakkı uyumsuzluklarını değerlendirirken bu protokol korumasının işleyebilmesi için sorun teşkil eden malvarlığının çok düşük bir ekonomik değeri olmaması kıstasını daima göz önünde bulundurur. *Ekonomik Değer Oluşturma Ölçütü ve Uygulanabilirlik Eşiği* olarak *Az Olmama Ölçütü* ile ilgili olarak Bkz. Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., 2009, İstanbul.sf. 179 vd.

52 Rajan, **Biyokapital**, sf.28; Ancak belirtmek gerekir ki Foucault’da Marksist manada üstyapısal ve altyapısal alanlar arasında tek taraflı bir belirlenimin kabul edildiğinden söz edilemez ve bu itibarla lineer bir ilerleme söz konusu değildir. Yani Marksist düşüncenin yapısal belirlenimde temel aldığı ekonomi, bu belirlenimi sağlayan unsurlardan sadece bir tanesidir. Foucault’da episteme kavramı ve belirlenim unsurları için Bkz. Umut Koloş, **Michael Foucault’nun İktidar Analizinde Hukukun Yerinin Belirlenmesi**, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, sf. 13 vd., 86 vd.; Bu noktadan yola çıkarak bir yorumlamaya gidersek, yapısal olarak mülkiyet kurumunun belirleniminde sadece ekonomi değil, ahlak ve din gibi pek çok unsurun etkinliğinin bulunduğunu zikredebiliriz. Makalede ele aldığımız meselemiz, tartışma noktalarının yukarıda da izah edildiği gibi pek çok paradigmadan ele alınıp, hukukun da bunlara göre değerlendirilebileceğini göstererek, bu tip bir yorumun olanaklılığını da dolaylı olarak ifade etmektedir. Ama tekrar zikretmek icap eder ki, burada *homo commoditus*’a mümkün olduğunca fikri mülkiyet düşüncesi üzerinden yaklaşılmaya çalışılmıştır.

53 Margaret Jane Radin & Madhavi Sunder, “The Subject And Object Of Commodification”, **Stanford Law School –PublicLaw& Legal Theory Working Paper Series** –Research Paper No. 97, sf.4.

54 Radin&Sunder, a.g.m., sf.5.

oluşan değer/fiyat yapısı aracılığıyla açığa vurulmaktadır. Bu nedenden ötürü söz konusu tercihleri disipline etmeyi amaçlayan devlet paternalizmi reddedilmektedir. Böylece de piyasa, söz konusu kültür aracılığıyla realize edilmektedir.

Varılabilecek olan nokta, fikri mülkiyet kurumu üzerinde oluşan tartışmalı meseleler üzerinden yansıdığı üzere, mülkiyetin epistemolojik önkoşulunun yani *ilk koşul* olan *varlık bilgisinin*, yani bilginin kendisinin, hem bir metaya, hem de yeniden bilgiye çevrilebilen bir mübadele birimi haline gelmiş olmasıdır<sup>55</sup>. Bu açıdan, somut dünyanın ve ahlaki kriterlerin odak alınageldiği klasik mülkiyet anlayışının kapsama alanının fikri mülkiyet kurumları ve bu kurumların devinim halinde olduğu episteme vasıtasıyla somut düşünceden soyutluklara<sup>56</sup>ve ayrıca klasik sahip olma düşüncesinin uzanamamış olduğu dokunulmayan alanlara doğru genişleme eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür. Tehlike olarak zikredilen ise bazı yazarların *domino etkisi*<sup>57</sup>, bazılarının ise *kaygan zemin*<sup>58</sup> ile

55 Rajan, a.g.e.,sf. 62

56 Tarihsel veriler somutluktan soyutluğa doğru gelişimi destekler argümanları bizlere sunmaktadır. Buna kavramsal açıdan da pratikler alanından da örnekler getirebilmek mümkündür. Örneğin *dominium* kelimesi fiili bir sahiplik durumunu betimlemektedir. Somut düşünce örneği olan bu halde *dominium*’un intikali şeyin intikalidir. Yani mülkiyete konu olabilecek şeyler yani mallar cismanî varlıklar olarak betimlenegelmiştir. Ancak *dominium*’un daha sonraki anlamları bunun cismanilikten ayrıldığını göstermektedir. Örneğin *dominus ususfructus*’a (intifa hakkı sahibine) zıt olarak *dominus proprietatis*’ten (mülkiyetin sahibinden) bahsedilmektedir. Bkz. Tahiroğlu, A.g.e., sf.9.; Ayrıca fikri hukuk alanında da kadim düşüncenin, cisim yoksa fikrin de olmayacağı üzerinde ağırlık kazanmış olduğu, sonradan sahip olunabilir alandaki soyutlamanın bilgi ile nesne arasındaki ayrılamayı meydana getirdiği ifade edilebilir. Bkz. Ernest Hirsch, **Fikri ve Sınai Haklar**, Ar Basımevi, 1948, Ankara, sf. 14-17.

57 Radin&Sunder, a.g.m., sf.7; Margaret Jane Radin, “Market-Inalienability”, *Harvard Law Review*, Vol. 100,1987, sf.1914.

58 Resnik’e göre, Batılı Hukuk sistemi içerisinde mülkiyet hakkı yahut sözleşmesel haklar gibi kişinin emeğini para için metalar ile değiştirmesi mümkündür, dolayısıyla *insan –şimdilik- “eksik meta” (incomplete commodity)* olarak değerlendirilebilir. Fakat eksik metalar kaygan bir zeminde bulunmaktadır ve bunların “*tam meta*” alanına kayabilme potansiyeli söz konusudur. Resnik buna örnek olarak “spor”u verir. Spor sektörü ve sporcular artık tamamen ticarileşmiş durumdadır. DNA patenti ve insanın konumu da bu riski içerisinde barındırmaktadır. Bkz. Resnik, **Owning The Genome**, sf. 105.

Resnik bu yorumu ile Margaret Radin’in en başta da belirtildiği üzere objelerin üzerinde kontrol mekanizmalarının geliştirilmesini açıkladığı metalaşmasürecini tekrarlar. Radin’e göre objeler üzerinde gerçekleştiren metalaşma süreci meta-dışlıktan (*noncommodity*) tam (ya da tamamlanmış) metalığa (*complete commodity*) doğru seyredir ve bu netice ile beraber obje ayrıştırılmış, yabancılaştırılmış, ticari döngüye elverişli hale getirilmiş ve büyük ölçüde devletin regülasyon alanından özel alana kaydırılmıştır. Bir objenin üzerinde sahiplikten (*ownership*) ise kazanılan yetkiler nispetinde tam ve tamamlanmamış meta (*complete commodity* ve *incomplete commodity*) durumunda söz edilebilirken; meta-dışı objeler için bundan bahsedilemez. Radin, tamamlanmamış metalara hayvanları örnek verir. Bunlar alınıp satılabilir fakat onlara karşı insanlığa sığmayacak muameleler yapılamaz, yani üzerlerinde kullanılacak yetkiler sınırlıdır. Resnik burada ileride yanıtını vereceği şu soruyu sorar: “tamamlanmamış metalar ile tamamlanmış metalar arasında kaygan bir zemin (*slippery slope*) var mıdır ve bazı objeler zamanla tamamlanmış metalar sınıfına kayabilir mi?” Bkz. Resnik, **Owning The Genome**, sf. 31-32.

Nitekim yapılan bazı istatistiksel çalışmalar göstermiştir ki, 2005 yılı itibarıyla, NCBI’nın (*National Center for Biotechnology Information*) veri tabanındaki 23,688 genin 4,328’i, yani insani genlerin yaklaşık %20’si, üzerinde Amerikan patent talebi olmuştur. Söz konusu patentler ağırlıklı olarak kanser gibi ciddi hastalıklar ve atış gösterir biçimde terapi ve tedavi teknolojileri ile ilgili genlere ilişkindir. Ayrıca bu gen patentlerinin %63’ü özel şirketlerce, %28’i ise kamu kurumları tarafından sahiplenilmiş gözükmektedir. Söz konusu özel

betimlediği biçimde, metalaşmanın söz konusu devredilemez ve metalaştırılmaz yaşam alanlarını da (örneğin insan, aşk, cinsellik, özgürlük, velayet hakkı, bebek sahibi olma vs.) içerisine çekmesidir.

### Sonuç Yerine

Bu makalede ele alınan genetik materyallerin patentlenmesi meselesi, geldiği nokta itibarıyla henüz çözüme kavuşturulmuş bir mesele değildir. Canlı organizmaların kendisinin üzerinde patent tesisi bugün için kabul edilmemektedir. Genetik mühendislik ürünleri doğal olandan farklı ve yararlı olmaları itibarıyla patent korumasına elverişli buluş kategorisi içerisinde değerlendirilmekte, izole birimlerin statüsü üzerinde ise tartışmalar devam etmektedir. Bununla birlikte konu bu haliyle birlikte mülkiyetin epistemolojik bir tahlilini yani önsel olarak bilgiden yola çıkarak varlığın *sahip olma* düşüncesi çerçevesinde değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Mülkiyetin ilk koşulu olarak *varlık bilgisi*, çözümlemenin nirengi noktasıdır. Bunun nedeni mülkiyet durumunun, bir bilişsellik yahut bir zihin durumunun neticesi olan fiili hal ve bunun hukuki soyutlanması -yani ‘hak’laştırılması- olduğudur. Bu sebepten ötürü ilk koşulun *varlık bilgisine* denk düştüğü ifade edilmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla varlık bilgisinin ontolojik önselliğinin, yani varlığın –bilginin önünde ve onu meydana getiren– bir *arkhe* olarak zikredilmesi manasız kalacaktır. Bu zaten doğal bir önseliktir, mülkiyet ise kurumsaldır. Mülkiyet, mevcut hukuk algımız dahilinde de, en basit ifade ile bir mal *varlığını* zaten gerektirir. Bu, hukukun geçmişinin üzerine eğildiği *cismani* bir mal da olabilir ya da bugün geçmişe oranla çok daha yoğun biçimde görülebilen *gayrimaddi* mallar da... Mülkiyetin kurumsallığının felsefi ölçekte vardığı yer ise bir hak olarak mülkiyetin *doğal hak* değil, *hukuki hak* olma hüviyetini yansıtır.

Biyoloji bilimi giderek bir enformasyon bilimi haline gelmiştir<sup>59</sup>. Burada değişim içerisindeki endüstri ile buna göre bir değişim halinde olan Endüstri-Bilim ilişkisinin de önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Bu açıdan konu irdelendiğinde görülecektir ki, *Post-Fordizm* olarak ifade edilen endüstriyel dönüşümün bilginin meta olarak piyasadaki öneminin artışı ile arasındaki bağlantısallık ve fikri mülkiyetin küresel yükselişi birbirlerine paralel süreçlerdir<sup>60</sup>. Zira ‘*Bilgi Çağı*’nda kültürler, bilgiler ve fikirler en gözde metalar haline gelmişlerdir<sup>61</sup>. Tabiatıyla bu, üretim sistemlerinin dönüşümünde de yansımalarını bulmuştur. Bakıldığında endüstride önemli pay sahibi olan şirketlerin malvar-

şirketler ise sınırlı sayıdadır, örneğin 2005 yılındaki patentlerin yaklaşık yarısı *Incyte Pharmaceuticals* firmasının alınmıştır. Bu gibi göstergeler oligopol yapılanma riskini de gözler önüne sermektedir. Bkz. Kyle Jensen & Fiona Murray, “Intellectual Property Landscape of the Human Genome”, *Science*, Vol.310, No. 5746, (2005), ss. 239-40.

59 Rajan, a.g.e., sf.62

60 Endüstriyel üretim sistemleri ile fikri hukuk arasındaki bu bağlantısallık üzerine Bkz. Serpil Karlıdağ, “Patenting Nature: The Effects of the TRIPS Agreement on Developing Countries and the Role of the State”, *TODAIE’s Review of Public Administration*, Public Administration Institute for Turkey and the Middle East (TODAIIE) Publ., Vol.4, No.1, March-2010, Ankara, ss.143-169, *passim*.

61 Radin&Sunder, a.g.m., sf.3.

lıklarının önemli bir bölümünü fikri-sınai hakların oluşturduğu görülür. Ayrıca sadece fikri alanların tapulanması maksadı doğrultusunda yan-sanayiler oluşmuştur. Mülkiyet bilgisini temele alan bir bakış ile yaklaşmayı olanaklı hale getiren de zaten fikri mülkiyet hukukunun vardığı noktadır. Ayrıca hakim paradigmanın oluşturduğu ve Fromm’un *sahip olma* tarifi üzerinden anlamlandırılacak bu düşünüş ya da eğilim, tabii olarak bilim üzerindeki etkilerini göstermiştir. Craig Venter hareketi ve devamında gelen, bugün için biyoloji bilimi üzerine öğretim kurumlarındaki sanayiye uygun bilgi üretme üzerine yapılan sertifika programlarından gözlemleyebileceğimiz eğilim Fromm’un ifade ettiği sahip olmayı yansıtır<sup>62</sup>. Kendisinin ifadesiyle;

“Sahip olmak” ile “olmak” arasındaki farklılığın bilmek alanındaki belirmesi, “ben bilgiye sahibim” ile “ben biliyorum” deyişlerinde ortaya çıkar. “Bilgiye sahip olmak”, kullanılabilir bilgi (enformasyon) kazanılması ve bunun mülkiyetinin o kişinin elinde olması demektir. “Bilmek” ise fonksiyondur ve üretici düşünce sürecinin bir parçasıdır.<sup>63</sup>

Dolayısıyla Fromm’un sanayi toplumunun oluşturduğu sosyal karakter üzerinden insanın sahip olma eğilimini tartıştığı düzlemde, *biliyor olmalar* yani süreçler de aynı bilmenin sağladığı ürünler gibi, doğal sahipliğe zıt bir biçimde, hakim paradigmaya göre sahiplenilmektedir. Yahut en kısa biçimde şöyle ifade edilebilir; *bilme*, kendi başına sahiplenilebilir -iktisadi ve hukuki- bir değerdir. Söz konusu eğilimin fikri mülkiyet terminolojisi üzerinden betimlenen hukuki boyutu bunun en bariz örneklerinden bir tanesini sergiler.

Bu itibarla, genetik materyallerin süreç patenti formunda patente konu edilebilirliği teknolojinin paylaşımı sorununa da kapı aralamıştır. Burada sahipleniciliğin özel bir özne mi, yoksa kamusal özne tarafından mı söz konusu olabileceği tartışmalı bir mesele halini almış, bu ise fikri mülkiyetin mevcut yapısıyla bu duruma çözüm üretebilip üretemeyeceği sorularının sorulmasına gerekçe olmuştur<sup>64</sup>.

Esasında bakıldığında fikri mülkiyetin patent formunda bahsettiği malvarlığı hakkı sınırlı süreli olduğudur ve bu süre sonrasında söz konusu patenti almış olan buluş kamu malı (*public domain*) haline alacaktır. Aslında söz konusu buluş kamuya ifşa edildiği zaman kamunun kullanımına zaten aktarılmış olmaktadır. Fakat sınırlı süreliğine mucide söz sahibi olma/kontrol hakkı (yahut hakimiyet olarak mülkiyet) tanınarak toplumsal yararlanımlarında tüketici olunmayan bu fikri ürünlerden yararlanma haklarının üzerinde fikri haklar kurulmuş olmaktadır ve koruma süresi sonunda bunlar sönerek fikrin tamamen

62 Ancak bunu salt bilim insanlarına yöneltilmiş bireleştirici olarak algılamamak gerekir. Zira bugün fen bilimleri üzerine çalışan hangi araştırmacıya sorulsa, alanlarına ilişkin araştırma faaliyetlerinin yürütülmesinin yoğun kaynak aktarımını elzem kıldığı ve bu noktada kamusal fonların tek başlarına yeterli olmadığı cevabı ile karşılaşılabilir.

63 Fromm, a.g.e., sf. 72.

64 Bu konuda Bkz. Koichi Sumikura, “Intellectual Property Rights Policy for Gene-Related Inventions –Toward Optimum Balance Between Public and Private Ownership”, *The Role of Intellectual Property Rights in Biotechnology Innovation*, (ed. David Castle), Edward Elgar Publ., 2009, United Kingdom, ss.73-97.

kamu malı hüviyetine kavuşması ile neticeye varacaktır. Dolayısıyla *emek* üzerinden fikri mülkiyet düşüncesinin üretimi, bunun bir *doğal hak* kisvesinde arz edilen, klasik manada mülkiyet düşüncesi içerisinde konumlandırılmasını gerektirmez. Buna rağmen ve karşıt biçimde, hâkim paradigmada ve hukuk literatüründe ağırlıklı olarak zikredildiği üzere bu alan *fikri mülkiyet* olarak ifade edilmektedir. Bu manada arz olunan mülkiyet ifadesi de doğal olarak piyasa güdümlü olacaktır. Dini, ahlaki ve yahut paylaşım meselesinden doğan iktisadi ve hukuki sorunların esas kaynağı –Hirş’in de dikkat çekmiş olduğu gibi– fikri hakların mülkiyet düşüncesi üzerinden okunmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hukuki metinlerde yer alan ahlaki kayıtların piyasa güdümlü bir sosyo-ekonomik düzlemde ve bundan bağımsız olamayan yargısal alandaki etkinliği tartışılır hale gelmektedir. Çalışmada ahlak üzerinden bir tartışma yapılmamasının temel sebebi budur. Özgürlükçü söylemler üzerinden mevcut formunu kazanan iktisadi düşünce, hukuk metinlerinde yer alan ahlaki kayıtların uygulamaya yansımada ortaya çıkan boşluğun serbesti olarak okunmasına elverişli bir ortamın teorik altyapısını oluşturmuştur. Dolayısıyla, piyasa güdümlü bu alanlara ilişkin hukuksal yapılarındaki ahlaki kayıtların (örneğin, buluşun patente konu edilmesinin ahlaka aykırı olmaması gerektiğinin) etkinliğinin ve işlevinin tartışılmalı kaldığı hallerin salt hukuki kayıtlar ile biçimlendirilmesinin gerekliliğini belirtmekten başka bir alternatif kalmamaktadır. Bu, genetik bilgilerin lisans ücreti ödemek istemeyen ilaç şirketlerinin talepleri doğrultusunda bilgi havuzlarına aktarılmasının akabinde, ilaç şirketlerinin düşen maliyetleri üzerinden artı-değer üretmemesine –eğer tartışılmalı konulardan biri bu ise- formel bir garanti sağlayacaktır. Yoksa ilaç şirketlerinin hâlâ kullanım olanağı olup da sadece lisans gelirleri söndüğü ve kâr marjı düştüğü için bazı ilaçları piyasadan çekmesi, piyasa alanında, ahlak ile ne kadar alakalı görülmüyorsa, benzer bir durumda, artı-değer üretiminin ahlaki kayıtlarla karşılaşması da beklenemez. Ayrıca buradan varılabilecek olan ve makalede işlenmeye çalışıldığı üzere fikri hukuk alanında yaşanan çatışmanın bizlere aksettireceği en geniş değerlendirme, piyasa güdümlerinden belli ölçülerde de olsa bağımsız çalıştırılabilen hukuksal yapılarıdan bahsedememenin, ekonominin direktiflerine göre çalışan bir hukuktan ve ekonomik değerler ile özdeşleşmiş hukuksal değerlerden bahsetmek manasına gelecek olduğudur.

#### KAYNAKÇA

- Akman, Begüm & Tuncer, Taner; **Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi**, ODTÜ yay. 2009, Ankara
- Brownsword, Roger; “Human Dignity, Ethical Pluralism and Modern Biotechnologies”, **New Technologies and Human Rights** (Ed. Threse Murphy) Oxford University Press, 2009, ss. 19-85
- Boyle, James; “Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could

- Teach Us”, **Ethics, Computing and Genomics**, (Ed. Herman T. Tawani), Jones and Bartlett Publishers, 2006, Sandbury- Massachusetts
- Colston, Catherine; **Principles Of Intellectual Property Law**, Cavendish Publ., 1999, London.
- Fischer, Ernest Peter; **Genler ve Genom**, (Çev: Barış Konukman), İnkilap Yay. 2005, İstanbul
- Fisher, William; “Theories of Intellectual Property”, **New Essays In The Legal And Political Theory Of Property**, (Ed. Stephen R. Munzer), Cambridge University Press, 2001, U.S.A
- Gemalmaz, Haydar Burak; **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., 2009, İstanbul.
- Gemalmaz, Mehmet Semih; **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay. 2007, İstanbul
- Güriz, Adnan; **Teorik Açından Mülkiyet Sorunu**, AÜHF yay. ,1969, Ankara
- Gugerell, C., “Patenting of Human Genes and Living Organisms The Current Practice of the European Patent Office”, **SpringerVerlag**, Berlin Heidelberg, 1994
- Hirsch, Ernst E., **Hukuki Bakımdan Fikri Say**, I. Cilt, (Çev. V. Çernis), İstanbul Üniversitesi Yay., 1942, İstanbul.
- **Fikri ve Sınai Haklar**, Ar Basımevi, 1948, Ankara
- Hughes, Justin; “The Philosophy of Intellectual Property”, **77 Georgetown Law Journal**, 287, December-1988, sf.303-04.
- Jensen, Kyle & Murray, Fiona; “Intellectual Property Landscape of the Human Genome”, **Science**, Vol.310, No. 5746, (2005), ss. 239-40
- Karlıdağ, Serpil; “Patenting Nature: The Effects of the TRIPS Agreement on Developing Countries and the Role of the State”, **TODAIE’s Review of Public Administration**, Public Administration Institute for Turkey and the Middle East (TODAIE) Publ., Vol.4, No.1, March-2010, Ankara, ss.143-169
- Kinsella, N. Stephan; “Against Intellectual Property”, **Journal of Libertarian Studies**, Vol. 15, No. 2 (Spring 2001), Ludwig von Mises Institute, ss. 1–53, [http://mises.org/journals/jls/15\\_2/15\\_2\\_1.pdf](http://mises.org/journals/jls/15_2/15_2_1.pdf).
- Kivılcım, Zeynep; **Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası**, XII Levha yay., 2011, İstanbul
- Koloş, Umut; **Michael Foucault’nun İktidar Analizinde Hukukun Yerinin Belirlenmesi**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012
- Locke, John; **Two Treatises Of Government**, (Ed. by Peter Laslett), Cambridge University Press, 14th Reprint, 2003, United Kingdom
- Metin, Sevtap; **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, On İki Levha Yay.,2009, İstanbul

- Nard, Craig A. & Morriss, Andrew P.; “Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia”, *Law And Economics*, Vol:2, Issue: 2, 2006, ss.223-321
- Nozick, Robert; **Anarşi, Devlet ve Ütopya**, (Haz. Murat Borovalı, Çev. Alişan Oktay) , İstanbul Bilgi Üniversitesi yay.2006, İstanbul
- Poltorak, Alexander I. & Lerner, Paul J.; **Essentials of Intellectual Property**, John Wiley and Sons Inc., 2002, New York
- Radin, Margaret Jane & Sunder, Madhavi, “The Subjectand Object of Commodification”, **Stanford Law School –Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, Research Paper No. 97, t.y., <http://ssrn.com/abstract=582641> (07/02/2013)
- Rajan, Kaushik Sunder; **Biyokapital: Genom-Sonrası Hayatın Kuruluşu**, (Çev. Ayşe Deniz Temiz), Metis Yay., 2012, İstanbul
- Resnik, David B.; **Owning The Genome: A Moral Analysis Of DNA Patenting**, State University Of New York Press, 2004, New York
- Tahiroğlu, Bülent; **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İÜHF Yay., 1981, İstanbul
- Tekinalp, Ünal; **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Arıkan yay. 2005, İstanbul
- Žižek, Slavoj, “The Ongoing ‘Soft Revolution’”, *Critical Inquiry*, Vol:30, No:2, Winter-2004, <http://www.lacan.com/zizek-inquiry1.html> (09/12/2012)