

YAŞAMA HAKKI KAPSAMINDA YAŞAMIN BAŞLANGICI (*Beginning of Life Within the Context of Right to Life*)

*Değerli Hocam Prof. Dr. Nur Centel'e
sonsuz sevgi ve saygılarımla ...*

Hamide TACİR*

ÖZET

Yaşama hakkı bireylerin sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerin başında gelmektedir. Öyle ki bu hakkın güvence altına alınmadığı sistemlerde diğer hakların tanınmasının ve güvence altına alınmasının bir anlamı olmayacaktır. Bu bağlamda, yaşama hakkının ne zaman başladığının tespit edilmesi de hukuksal bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışma temel olarak embriyo veya cenin yaşama hakkının öznesi midir sorusuna ulusal ve uluslararası belgeler ışığında cevap arayacaktır.

Anahtar kelimeler: Yaşama hakkı, Yaşamın başlangıcı, Yaşama hakkının öznesi, Embriyo üzerinde araştırma, Yedek/artık embriyo, Dondurulmuş embriyo, Kürtaj.

Abstract

Right to life stands as one of the most important and primary right among the fundamental rights and liberties. It has such an importance that without recognizing and guaranteeing this right, it would be unwise to recognize other rights and liberties. In this context, it arise as a legal obligation to set the grounds ad regulations for when right to life begins. That is to say, this study aims to find a answer if embryo or fetus is the subject of right to life by examining national and international documents

Keywords: Right to life, Beginning of life, Subject of right to life, Human embryo research, Experiment on embryos, Spare embryos, Frozen embryos, Abortion.

* Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Yaşamın Başlangıcı

1. Genel Olarak Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı, temel hak ve özgürlükleri koruyan ulusal ve uluslararası belgelerin önemli çoğunluğunda birinci sırada yer almaktadır. Bu durum hakkın koruduğu norm alanının genişliğinden ve aslında diğer haklara sahip olmayı anlamlandırması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Öyle ki, yaşama hakkı tanınmadan diğer haklara sahip olmanın bir anlamı yoktur. Bu özellik yaşama hakkını fiilen diğer temel hak ve özgürlüklerin önüne geçirmekte, kuşkusuz temel hak ve özgürlükler yelpazesinin birinci sırasına yerleştirmektedir.

Yaşama hakkı asıl olarak “insan yaşam” ını korumaktadır. Bu bağlamda, insan yaşamı ifadesinden ne anlamamız gerekir sorusunun cevabı önem kazanır. Zira, bu soruya vereceğimiz yanıt, hakkın koruyacağı norm alanını belirleyecektir. Yaşama hakkı dar anlamda, kişilerin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması ve yaşamalarını potansiyel saldırı ve tehlikelere karşı koruyarak sürdürmesi olarak nitelendirilebilir. Nitekim 1982 Anayasası'nın 17. maddesinde; “*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. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*” ifadesi yer almıştır. Buna göre kişi ruhsal ve fiziki bütünlüğünü devam ettirme hakkına sahiptir ve devlet, bunu engelleyici müdahalede bulunamayacaktır. Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesi de, kişinin öldürülmeme, yaralanmama, bedensel ceza, işkence, kısırlaştırma gibi muamelelere maruz bırakılmamasına işaret etmektedir. Aynı yönde bir düzenleme İHAS'nin 2. maddesinde de yer almıştır. Buna göre, “*herkesin yaşam hakkı kanununun koruması altındadır ve kimse bilerek öldürülemez*”. Bu hüküm de esasen devletin yaşamı koruma ödevini ortaya koyar niteliktedir. Nitekim AİHM'nin yerleşik içtihatlarına göre 2. maddede yer alan sözkonusu ifade, devlete, sadece kasıtsız ve hukuk dışı yaşamı sonlandırma olaylarında kaçınma değil aynı zamanda yargı yetkisi dâhilindekileri güvence altına almak amacıyla uygun adımlar atma görevi getirmektedir.”¹ Devlete hem negatif hem de pozitif yükümlülük getiren bu anlayışa göre ulusal makamların temel görevi kişiler aleyhine suç niteliğindeki eylemleri caydırmak için etkili ceza hukuku maddelerini kabul ederek yaşama hakkını güvence altına almaktır. Yaşamı bir başka bireyin suç niteliğindeki eylemlerinden dolayı risk altında olan bir bireyi korumak amacıyla önleyici eylemsel tedbirler almak da bu bağlamda ulusal makamların görevi olarak kabul edilmektedir. Devlet, hem bir kimsenin yaşamını hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmayacak hem de insan yaşamını etkili olarak korumak için uygun ve gerekli önlemleri

¹ L.C.B. Birleşik Krallık kararı, 14/1997/798/1001, European Court of Human Rights, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>

alacaktır. Buna göre 2. madde her ne kadar kasten öldürmeden söz etse de, kasten olmayan öldürmeler için de geçerli kabul edilmektedir. Bu husus başta 1995 tarihli McCann/Birleşik Krallık kararı olmak üzere, AİHM'in birçok kararında ortaya konmuştur. Hatta bazı istisnai durumlarda eylemin yapısı itibariyle yaşamı tehlikeye sokan bir davranış olduğunun tespit edildiği hallerde ölüm gerçekleşmemiş olsa dahi 2. madde kapsamında değerlendirmektedir. Buna göre, Sözleşmenin salt biyolojik-fiziksel anlamda insanın yaşamını değil, hukuksal bir değer olarak yaşama hakkını koruduğunu söyleyebiliriz².

Belirtelim ki, bu çalışmanın konusu, açık ve net bir biçimde ortaya konabilen yaşama hakkı ihlallerine ilişkin değildir. Çalışma, yaşama hakkı kapsamında yer alan sorunlu alanlarından biri kabul edilen yaşamın başlangıcı aşamasındaki ihalleri ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda soru veya sorun yaşama hakkının kapsamından çok yaşamın ne zaman başladığının tespit edilmesidir.

2. Yaşama Hakkı Kapsamında Embriyoların Hukuki Statüsü

a. Embriyolar Yaşama Hakkının Öznesi midir?

İnsan yaşamı doğumla başlayıp, ölümlerle sona ermektedir. Yaşama hakkının öznesinin de insan olduğu düşünülürse yaşamın ne zaman başlamış sayılacağı belirlenmesi de bir zorunluluktur. Zira, yaşama hakkı ne zamandan itibaren korunmalıdır sorusunun cevabı bu belirlemeye bağlıdır. Ancak tıp ve antropoloji gibi bilimlerden yapılan "insan" nitelemesine ilişkin tartışmaları bir kenara bıraksak dahi hukuki anlamda yaşama hakkı ne zamandan itibaren korunmalıdır sorusuna net bir cevap vermek mümkün değildir. Anayasa koyucuların ve uluslararası metinlerin bu konudaki genel tutumları incelendiğinde sözkonusu alanda düzenleme yapmaktan kaçındıkları göze çarpmaktadır.

Embriyo veya ceninin³ hukuki anlamda insan veya kişi olarak kabul edilmesi meselesi ile embriyo veya ceninin hukuki anlamda koruma altına alınması farklı durumlara ve sonuçlara işaret etmektedir. Embriyo veya cenin, kişi/insan olarak kabul edilmeli midir sorusuna olumlu cevap vermemiz halinde, embriyo veya ceninin yaşam hakkının korunması altına olduğu hatta geniş yorumla teorik olarak embriyo veya ceninin anayasal haklara sahip olduğu sonucuna varmamız mümkündür. Zira yaşama hakkının öznesinin insan olduğu konusunda şüphe yoktur. Aynı soruya

² Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2010, s 91-92.

³ "Embriyo, döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan canlıya denmektedir. Bu evreden sonra yani gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlanan canlı ise **cenin** veya **fetüs** adını almaktadır. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, C.1, 7. Bası, TDK Yayınları, s 329. Diğer bir ifadeyle, embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenmesinden itibaren, ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir. Cenin, embriyonun bütün organları belirdikten sonra aldığı isimdir.

vereceğimiz olumsuz yanıt, embriyo veya ceninin yaşama hakkının süjesi sayılmayacağı noktasına gidecektir. Bu noktada ikinci soru devreye girer. Kişi veya insan olarak nitelendirilmeyen embriyo veya cenin tamamen hukuksal korumadan yoksun mudur? Belirtelim ki, çeşitli hukuk sistemlerinde ve uluslararası sözleşmelerde⁴ embriyo veya cenini korumaya yönelik hukuki düzenlemeler mevcuttur. Dolayısıyla, embriyo veya cenini potansiyel yaşamın başlangıcı olduğunu akılda tutarak ona özel bir konum tanımak, insan onurunun korunması gereği hukuken koruma altına almak konusunda tereddüt olmasa gerektir. Ancak yaşama hakkı açısından aynı açıklıkta bir kaniya varmak mümkün değildir. Embriyo veya ceninin ne zaman canlı bir varlık haline dönüştüğü konusunda tıp bilimi çeşitli veriler sunsa da üzerinde uzlaşmış bir zaman aralığı yoktur. Zira “canlı varlık olma hali” kimilerine göre, ceninin uzuvlarının veya sinir sisteminin oluşmaya başladığı, kimilerine göre döllenenin gerçekleştiği, kimilerine göre ise kutsal kitapların ve çeşitli inanışların işaret ettiği anlardır⁵. Öte yandan, embriyoların nitelikleri konusunda da görüş birliği mevcut değildir. Söz konusu farklı görüşleri genel olarak üç grup altında toplayacak olursak ilk grup, embriyoları birtakım genetik özelliklere ve gelişme potansiyeline sahip “*insan*” olarak nitelendirirken, onları hücreler topluluğu olarak gören ve “*şey*” olarak nitelendirenler de ikinci grubu oluşturmaktadır. Üçüncü grup ise, ikisinin ortasında bir yaklaşım benimsemektedir. Buna göre embriyo; “eşsiz, benzersiz” olup insan gelişimin ilk aşamasıdır. Ancak bu oluşum büyük ölçüde kadın/anneye bağlı olarak gelişmekte ve aynı zamanda biraraya gelen birçok faktör bu gelişimin tamamlanması açısından gerekli ve etkili olmaktadır. Zira embriyonun fetüste büyümesi ve oluşumunu tamamlayıp insan olarak doğması belirli bir sürecin tamamlanmasına bağlıdır⁶. Bu görüş embriyoya en azından onurunun korunması ve varlığına saygı gösterilmesi gerektiği argümanını sağlamaktadır.

Bu durum embriyo ve ceninlerin yaşama hakkının öznesi olup olmadıkları konusundaki belirsizliği ortaya koymaktaysa da ülke mevzuatlarında embriyo veya ceninleri korumaya yönelik somut düzenlemelerin bulunmadığı anlamına da gelmemektedir. Özellikle gebeliğin sonlandırılması (kürtaj) açısından getirilmiş süre

⁴ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Bu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 4 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış; Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından da 3.12.2003 tarihinde onaylanmış ve buna dair Kanun, “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun” adıyla ve 5013 Kanun numarası ile 9 Aralık 2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

⁵ Katolik Kilisesi yaşamın döllenen anından itibaren başladığını savunmaktadır. Ross Murray, John Jenner, **Revise HSC Studies of Religion** 1, Pascal Press, 2003, s 132.

⁶ C. Rehmann-Sutter, R. Porz, J.L. Scully, *Sourcing Human Embryonic Tissue: The Ethical Issues, Fundamentals of Tissues Engineering and Regenerative Medicine*, ed; Ulrich Meyer, Thomas Meyer, Jörg Hanschel, Hans Peter Heinsman, s. 43; Maio G., Welchen Respekt Schulden wir dem Embryo? Die Embryonale Stammzellforschung in medizinischer Perspektive, *Deutsche Medizinische Wochenschrift*, 2002, s 160-163.

kısıtlamaları ile embriyo veya ceninler üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalarla ilgili olarak ortaya çıkan düzenlemeler, embriyo/ceninlerin yaşama hakkının sınırlarının belirlenmesi açısından yol gösterici olmaktadır.

b. Hukuki Düzenlemelerde Embriyo

Türk Hukukunda embriyonun korunması açıkça düzenlenmiş olmayıp dolaylı da olsa çıkartılacak bazı sonuçlar çeşitli yasalarda yer almaktadır. Türk Medeni Kanununun 28. maddesine göre; “Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer.” Buna göre çocuk, tam ve sağ doğum ile birlikte Medeni Kanun bakımından hak ehliyetini kazanmaktadır ve embriyolar tam ve sağ bir doğum öncesi “*kişi*” dolayısıyla “*insan*” olarak kabul edilmemektedir. Zira, embriyo veya ceninler Medeni Kanun anlamında gerçek kişi sayılmamakta, ancak tam ve sağ doğma koşulunun gerçekleşmesiyle ana rahmine düştüğü andan itibaren; geriye yönelik olarak, hak ehliyetine sahip olmaktadır⁷. Ancak belirtelim ki, tam ve sağ doğumla kazanılan hak ehliyeti olup, bu durum yaşama hakkının koruduğu alan ve yaşamın başladığı an bakımından bir gösterge niteliği taşımamaktadır.

Türk Ceza Hukukunda da embriyoların veya ceninin korunmasına yönelik doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak insan öldürme suçunun mağdurunun belirlenmesi noktasında insan sıfatının ne zaman kazanılacağı sorusu önem kazanmakta ve bu konuda çeşitli görüşler benimsenmektedir. Buna göre bazı yazarlar, doğum başlamış olmak koşuluyla, embriyonun ana rahminden tam olarak ayrılmamış olsa dahi, suçun mağduru olabileceğini kabul etmektedir⁸. Buna göre insan sıfatı doğumun tamamlanması ile değil, doğumun başladığı andan itibaren kazanılmaktadır. Diğer görüş ise, embriyoların ana rahminden ayrılıp bağımsız varlık kazanıncaya değin insan öldürme suçunun mağduru olamayacağı yönündedir⁹. Söz konusu görüşler insan öldürme suçunun mağduru olması bakımından embriyonun sağ olarak doğması koşulunu arasa da bu durum ceza hukuku anlamında embriyoların yaşama hakkına sahip olmadığı anlamına gelmemektedir. Zira Türk Ceza Kanununun 99. ve 100. maddelerinde yer alan çocuk düşürme ve *düşürme* suçları, sağ olarak doğmamış embriyolar açısından koruma getirmektedir¹⁰. Zamanından önce ceninin ana rahminden çıkmasına ve ölmesine neden olmak bu kapsamda suç sayılmaktadır. Öte yandan TCK, gebe kadının rızası dahilinde gerçekleştirilen sonlandırma müdahalelerinin gebeliğin ilk 10 haftası yapılması durumunda kadının iradesini esas alarak konuyu suç kapsamından çıkarmıştır. Bu 10 haftalık süre,

⁷ Aysun Altunkaş, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, s 29.

⁸ Ayhan Önder, Şahıslara ve mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 5-6.

⁹ Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut Yenerer, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, İstanbul 2011, s 27 vd; Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Ankara, 2007, s 290 vd. Aynı yönde görüş için bkz Yargıtay; 29.03.1995, 2621/3991.

¹⁰ Altunkaş, s 33;dipnot 60.

kadının gebeliği sonlandırabilmesine imkan tanımaktadır. Nitekim 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanununun 5. maddesinde de “*gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edileceği*” ifadesi yer almaktadır. Bu düzenlemelerden hareketle, kanun koyucunun gebeliğin on haftasının dolmasıyla birlikte cenini, canlı bir varlık olarak kabul ettiğini ifade edebiliriz¹¹. Bu süreden sonra ceninin yaşama hakkının korunması, kural olarak, annenin kendi geleceğini belirleme hakkından üstün tutulmuştur. Bu saptama pratik olarak bizi hukuki anlamda yaşamın 10. haftadan itibaren başlamış kabul edileceği varsayımına götürmektedir.

Öte yandan, AİHM de yaşama hakkının ne zaman başladığı sorusuna net bir cevap verememiştir. Konuyla ilgili bir dava, AİHM Büyük Dairesinin 8.7.2004 tarihli Vo/Fransa kararında görülmüştür. Davada başvuru 6 aylık hamile ve Fransızca konuşamayan bir kadındır. Kendisi rutin kontrolü için hastaneye gelmiş ancak hastane personelinin başvuru ismini diğer bir hastayla karıştırmıştır. Bu nedenle gerekli tıbbi tetkikler yapılmadan başvurucuya tıbbi müdahalede bulunulmuştur. Başvuru kadını, sözkonusu müdahale nedeniyle ileriki bir tarihte çocuğunu aldırma zorunda kalmıştır. Bu olay karşısında başvuru doğmamış çocuk bakımından taksirle insan öldürme suçu şikayetinde bulunmuştur. Ancak ulusal düzenlemeler ışığında Ceza Mahkemesi, yirmi bir haftalık olan ceninin yaşayabilir (viable) olmadığını ve Ceza Kanunu anlamında “insan” olmadığını kabul etmiştir. Mahkeme, yirmi bir haftalık ceninin taksirle insan öldürme suçunun mağduru olmadığı sonucuna varmıştır. Bu karara karşı başvuru üst Mahkemeye başvurmuş ve karar bozulmuştur. İlgili Üst Mahkeme; “ hukukun yaşamın başlangıcından itibaren insana saygı prensibini içerdiğini, çocuğun canlı olarak doğmuş olması gerektiğini, saldırı anında çocuğun yaşar durumda olduğunu ve olayda suç fiilinin taksirle insan öldürme olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak doktorun kararı temyiz etmesi üzerine Temyiz Mahkemesi, ceninin Ceza Hukuku tarafından korumayı hak eden insan olmadığını kabul etmiştir. AİHM önüne gelen sözkonusu davada, cenine zarar verme olayının yaşama hakkı ışığında suç olarak değerlendirilme olasılığını tartışmış, ancak konuyu her ülkenin kendi somut düzenlemelerine göre değerlendirmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, yaşamın başlangıcının tanımı, embriyo veya ceninin niteliği ve statüsü konusunda Avrupa’da bilimsel ve hukuksal bir konsensüs bulunmamaktadır. Mahkeme, konuyla ilgili devletlere geniş bir takdir hakkı tanıırken şu saptamayı yapmıştır: “En azından embriyo veya ceninin insan ırkına ait olduğunun devletler arasında yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir. Embriyo veya ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onu Sözleşmenin 2 maddesi bakımından yaşama hakkına

¹¹ Aynı görüş için bkz. Burcu Dönmez, *TCK’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM’in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 9, Sayı 2, 2007, s. 99-141

sahip bir kişi saymaksızın, insanlık onuru adına korumayı gerektirir.” Mahkeme, bu düşüncelerle, doğmamış çocuğun Sözleşmenin 2. maddesi bakımından bir kişi olup olmadığı sorusunu soyut olarak cevaplandırmanın mümkün ve istenilir bir şey olmadığına kanaat getirmiştir.

Nitekim İngiliz Hukukunda da benzer bir bakış açısı hakimdir. Buna göre embriyo veya ceninin insan öldürme suçunun mağduru olamayacağı esası benimsenmiştir.

II. Embriyo Üzerinde Araştırmalar: Hangi Embriyo?

1. Genel Olarak

Günümüzde gelişen teknoloji ve tıp, özellikle batı toplumlarında embriyolar üzerinde yapılan araştırmaların önemini oldukça artırmış durumdadır. Özellikle kısırlık tedavisinde önemli bir role sahip olan ve tüp bebek tekniklerinin gelişimini sağlayan sözkonusu araştırmalar, aynı zamanda birtakım hastalıkların tedavi ve teşhisinde de kullanılmaktadır. Örneğin bu sayede, in vitro (yapay-dışarıda) döl lenmelerde embriyoların uterusu yerleştirilmesinden önce genetik anormalliklerin tespit edilmesi mümkün hale gelmektedir. Bu sayede gebeliğin ilerlemiş evrelerinde yapılacak kürtajın anne üzerinde yaratacağı travmanın da önüne geçilebilmektedir¹². Aynı teknikle bebeğin cinsiyetinin seçilmesi de mümkündür. Bu seçim, ilk başta insanlık adına “tercih edilmemesi gereken” bir durum gibi algılsa da cinsiyet-odaklı hastalıkların bertaraf edilmesi açısından oldukça önemli bir gelişmedir. Öte yandan geliştirilen tekniklerle ve kök hücre çalışmalarıyla organların yenilenmesi veya organların nakli konularında; ilgili embriyonik hücrelerin, diabetes hastalıklarının veya kalbin ana damarlarını tedavi etmede kullanılması gibi, yaşamsal öneme sahip alanlarda da kendini göstermesinin mümkün olabileceği ifade edilmektedir¹³. Hatta fare embriyolar üzerinde yapılan bir araştırma aynı araştırmanın insan embriyosu üzerinde yapılması halinde Çernobilin neden olduğu türden radyasyon zararlarının da bertaraf edilebileceğini iddia ederken¹⁴, diğer bir araştırma; 9-12 haftalık sonlandırılmış gebeliklerden elde edilen embriyolardan alınan beyin hücrelerinin Parkinson hastalığı tedavisinde kullanılacağını rapor etmektedir¹⁵.

Belirtelim ki, sözkonusu iddiaların ne ölçüde gerçekleşeceği, araştırmalardan ne ölçüde fayda sağlanacağı, hangisinin daha etkili olacağı veya ileride ne gibi farklı imkanlar yaratacağı konusunda net bir şey söylemek mümkün değildir. Zira insanlık adına faydalı sabit verilere, tedavi tekniklerine ulaşılabilmesi için sözkonusu araştırmalara devam edilmesi gerekmektedir. Aslında araştırmalarda embriyoların

¹² H. W. Jones Jnr, *The Ethics of in-vitro Fertilization-1981*, ed; Edwards and Purdy, **Human Conception in Vitro**, London Academic Press, 1981, s. 373.

¹³ Jones, s. 381.

¹⁴ The Ciba Foundation, **Human Embryo Research, Yes or No?**, London and New York: Tavistock Publications, 1986.

¹⁵ Jones, s 373.

kullanılmasına izin verilmeli midir sorusu aynı zamanda insan yaşamı ne zaman “manevi/ahlaki önem” kazanmaya başlar sorusunu bir kez daha beraberinde getirmektedir. Ahlaki önem kazanmak sorunu, her ne kadar, belirli bir duruşun yargı ve inanışlarını yansıtsa da bu soruya verilecek yanıt, insan embriyosunu ne zamandan itibaren insan olarak kabul ederiz sorusunun cevabıyla iç içe geçmiş durumdadır. Şüphesiz ilki bir değer(value) sorunudur, ancak hukuki düzlemde değerden çok durum veya olgudan (fact) hareket etmemiz gerekir¹⁶. Bu nedenle yaşamın başlangıcının en erken evrelerine ne kadar değer atfetmeliyiz sorusunu, bir embriyo aynı zamanda insan mıdır sorusuna çevirmek, belirli değerleri olguya çevirmek anlamına gelmesi bakımından önemlidir. Bu nedenledir ki, embriyo üzerinde araştırma yapmak konusu etik, ahlaki ve hukuki birçok eleştiriyi de beraberinde getirmiş, embriyoların veya embriyonik hücrelerin araştırma amaçlı kullanılması konusunda birçok görüş ortaya atılmıştır. Örneğin feminist teoriye göre; embriyo kadından ayrı/bağımsız bir oluşum olarak kabul edilmemektedir. Bu yaklaşım kadını merkez alan bir tutum izlemektedir. Faydacı görüşse; hücreleri maliyet-yarar dengesi çerçevesinde değerlendirir ve araştırmaların ahlaki maliyet karşısında insanlık için getireceği yarara öncelik tanır. Buna göre, insanlık için ortaya çıkacak yararın varlığı potansiyel insan olma yolunda olan canlı üzerinde araştırma yapılmasını haklı çıkarmaktadır. Diğer bir yaklaşımsa, konuya tamamen embriyonun hakları açısından yaklaşır ve embriyoyu “insan haklarına” sahip varlık olarak niteler. Buna göre embriyo en erken evrelerinden itibaren “insan” olarak kabul edilmektedir¹⁷.

Öte yandan, insanlık onurunun korunması adına embriyo üzerinde araştırma yapılmaması gerektiğini savunanlar da vardır. Buna göre potansiyel insan olma yetisine sahip “hücreler demeti” ya da “canlı varlığın” araçsallaştırılması sözkonusudur. Bu bağlamda embriyo, araştırma konusunun aracı haline dönüşmektedir. Oysa AİHM’ne göre en azından “insanlığın ortak mirası” olarak kabul ettiğimiz embriyonun onurunun korunması gerekmektedir. Aynı husus, Biyotıp Sözleşmesinin başlangıç kısmında da belirtilmiştir. Burada, insana, hem birey, hem de insan türünün bir üyesi olarak saygı gösterilmesi ve insan onurunun güvence altına alınması gerekliliği vurgulanmıştır.

Gerçekten de “embriyo” insan türünün bir üyesi olarak kabul edilmelidir. Bunun aksi bir inanış, embriyoyu sadece meta olarak kabul etmeyi gerektirir. Bu nedenledir ki, Sözleşme, araştırma amaçlı embriyo yaratılmasını yasaklamıştır (md.18). Bir yandan yeni geliştirilecek tekniklerle insanlığa faydalı, teşhis ve tedavi yöntemlerinin keşfedilmesi diğer yandan insan türünün bir üyesi olan embriyoların onurunun ve bazı durumlarda yaşama hakkının korunması yer almaktadır. Ancak asıl paradoks, embriyolar üzerinde araştırma yapıp yapmamakta değil, embriyolar arasında geçerli

¹⁶ John Harris, *Embryos and Hedgehogs: On the Moral Status of the Embryo*, **Experiment On Embryos**, ed; Anthony Dyson, John Harris, Routledge, 2002, s 52-53.

¹⁷ Harris, s 52.

bir ayırım yapıp yapılmayacağı noktasındadır. Zira, şartları oluştuğunda insan üzerinde bilimsel deney ve deneme yapılması konusunda bir görüş ayrılığı yoktur. Bu nedenle şartları oluştuğunda ve uygun korumalarla embriyo üzerinde bilimsel araştırma yapılması insanlık onuru açısından bir sorun oluşturmaz. Asıl sorun, hangi embriyolar üzerinde araştırma yapılabileceği ve embriyo sahibi çiftin embriyoların kaderi üzerinde hangi noktaya kadar söz sahibi olacağı konusudur.

2. Embriyo Çeşitleri

a. Yedek/Artık Embriyolar ve Araştırma Amaçlı Üretilen Embriyolar

Bugün üreme teknolojisi embriyoların farklı amaç ve durumlara özgü olarak yaratılmasını sağlayacak kadar ilerleme kaydetmiştir. *Artık embriyo, dondurulmuş embriyo, tüpte embriyo, araştırma embriyosu* gibi birtakım teknik ayırımlar, bunların hangisi üzerinde araştırma yapılabilir sorusunu da beraberinde getirmektedir. Şüphesiz bu soru, hangi tip olursa olsun embriyo üzerinde araştırma yapılmasına tamamen karşı çıkmıyorsa anlamlıdır. Zira böyle bir yaklaşım aşağıda yapacağımız tartışmayı da gereksiz kılacaktır. Ancak belirtelim ki, embriyo üzerinde araştırmaya tamamen karşı çıkmak, insanlığın gelişimi ve yaşam kalitesinin yükselmesinin önünü kesmek anlamına gelecektir. Bu bakış açısının hakim olduğu tartışmanın özü “hangi embriyolar?” sorusuna yanıt arayacaktır.

Tedavi veya araştırma amaçlı kullanılacak olan embriyolar ya dışarıda (in vitro fertilization IVF) ya da laboratuvar ortamında üretilen erken dönem embriyoları¹⁸ veya hamilelik süresinin ilerki evrelerinde ortaya çıkan ve daha çok kürtaj işleminin konusunu oluşturan embriyolardan oluşmaktadır. Bu noktada IVF embriyoları için üçlü bir ayırım daha yapılabilir. Bunlardan ilki, taze veya dondurulmuş olması fark etmeksizin anne rahmine yerleştirilmek üzere oluşturulmuş *sağlıklı embriyolar*, ikincisi, tedavi için anneye verilen hormonlar sayesinde ortaya çıkan aşırı yumurtaların kullanılması sonucu, normalde anneye yerleştirme/uygulama (implantasyon) için gerekli olandan daha fazlasını ifade eden *yedek/artık embriyo*¹⁹. Üçüncü grupta meydana getirilen embriyolar ise, bağışçılardan izin alınarak ve sadece üzerinde araştırma yapmak amaçlı oluşturulan embriyolardır (*research embryo*). Belirttiğimiz her iki grupta yer alan embriyoların üretilme amacı, üçüncü gruptan farklı olarak, sağlıklı bebek doğmasını sağlamak için gerçekleştirilen uygulamalardır²⁰.

¹⁸ Ancak bunların hepsi mutlaka tüpte (in vitro) oluşturulacaktır diye bir kural yoktur, tersine bazı durumlarda annede döllenmiş olan embriyoların lavaj denilen usulle alınması mümkündür. Her nasıl olursa olsun bu tür embriyolar henüz erken-embriyolardır ve gelişimini tüpte (in vitro) devam ettirecektir.

¹⁹ John Harris, *The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics*, Routledge, 1985, s 112-113.

²⁰ Normal veya anormal yapıda olabilen sözkonusu yedek embriyolardan anormallik tespit edilenler anneye uygulama alanı bulmazlar.

Araştırma embriyoları ile artık embriyolar üzerinde araştırma yapmak arasında fark olduğunu düşünen bazı yazarlara göre²¹, sadece araştırma yapmak amaçlı embriyo üretimi insan onurunu kırıcı, alçaltıcı bir yaklaşımdır. Buna göre araştırma ancak anormallik tespit edilen ve uygulama alanı bulmayacak olan artık embriyolar üzerinde yapılabilir. Bu yaklaşım embriyoyu araştırma amaçlı üretmeye onu araçsallaştırdığı nedeniyle karşı çıkmakta, anormallik tespit edilen embriyoların zaten potansiyel insan olma yolunda olmadığını vurgulamaktadır. Oysa normal *artık embriyoların* uygulanma ve insan olma şansları mevcuttur. Ancak belirtelim ki, embriyoları araştırma amacıyla yaratmakla, araştırma ile ya da araştırılmadan yok edilecek artık embriyoları üremek için yaratmak arasında herhangi bir farklılığın olduğunu söylemek güçtür. Bu bağlamda her durumda, embriyo, araştırma ya da üreme sürecinin aracına dönüşür. İnsanın araçsallaştırılması sorunu nedeniyle araştırma amacıyla embriyo yaratmayı kabul etmiyorsak, tüp bebek sürecinde artık embriyo oluşturmayacak biçimde bir sınırlamayı da aynı nedenle benimsemek gerekir. Zira önemli olan, artan embriyoların hangi amaçla, nasıl, nerede ve ne zaman yaratılacağı ve yok edileceği değil, yok edilmesi kaçınılmaz olan bir canlının oluşturulmasını önlemektir²².

Diğer bir görüşe; *artık embriyolar ile araştırma embriyoları* arasındaki tek farkın, bunların oluşturulmasının altında yatan irade olduğunu ileri sürmektedir. Sonuç olarak ister başarılı bir gebelik için ister araştırma yapmak amaçlı olsun bunların meydana getiriliş aşamasında fark yoktur. Bu bağlamda, eğer embriyo üzerinde araştırma yapmakta bir sakınca yoksa, o zaman araştırma amaçlı embriyo üretiminde de sakınca olmamalıdır; yok eğer araştırma embriyosu yaratmak doğru değilse, o zaman herhangi bir amaç için üretilmiş embriyolar üzerinde de araştırma yapılmamalıdır. Aynı yönde bir yaklaşım da sorunu şu şekilde ortaya koyuyor; “neden yaşam kurtarıcı araştırmalar için embriyo yaratmak embriyonun araçsallaştırılması olarak kabul ediliyor da, tüp bebek için gerekli olandan daha çok embriyo üretilmesine izin vermek bu kapsamda araçsallaştırma olarak değerlendirilmiyor²³. Bu soruya yanıt diğer bir karşı görüşten geliyor²⁴. Yazara göre konu embriyolarla ilgili değildir, konu sözkonusu uygulamaların insan yaşamına saygı üzerinde yaratacağı etkidir. İyi bir amaçtan hareket ediliyorsa (gebelik amacı gibi) fazla embriyo yaratılması, bunların kullanılması veya yok edilmesi gibi uygulamalara izin verilmekte, ama araştırma embriyolarında olduğu gibi amacın ne olduğu tam olarak belli olmadığı durumlarda tereddütler, tartışmalar baş göstermektedir. Yazara göre araçsal-

²¹ Robert Edwards, *Ethics and Embryology: The Case for Experimentation*, **Experiments on Embryos**, ed; Anthony Dyson, John Harris, Routledge, 2002, s 49.

²² Aykut Çoban, *Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 86, 2009, s 217.

²³ Ronald Micheal Green, **The Human Embryo Research Debates; Bioethics in the Vortex of Controversy**, Oxford University Press, 2001, s 162.

²⁴ Green, s 80.

laştırmaya dair yapılan tüm argümanlar semboliktir. Embriyolar üzerinde araştırma yapmanın embriyoları araçsallaştırdığına dair hiçbir kanıt bulunmamaktadır.

Embriyolara sağlanan hukuki koruma bakımından Avrupa ülkeleri arasında karşılaştırmalı bir çalışma yapılmış ve üç farklı yoğunlukta hukuki koruma tespit edilmiştir. Bu anlamda en yoğun koruma doğmamış bebeğin yaşama hakkını annenin yaşama hakkı ile eşit kabul eden İrlanda Cumhuriyeti Anayasası olmuştur²⁵. En az yoğunlukta koruma olarak nitelendirilebilecek; “embriyo veya ceninin salt deney malzemesi olarak kabulü” ise hiçbir Avrupa ülkesi tarafından benimsenmemiştir. Bunların dışında kalan ülkeler de orta yoğunlukta koruma sağlayan ülkeler olarak embriyo/cenine, insan onuru temelinde yaklaşan ve özellikle gelişim evrelerini dikkate alarak belli bir değer atfeden düzenlemelere sahip ülkelerdir²⁶. Örneğin; İngiliz Hukukunda embriyonun korunmaya başlanması için 14 günlük bir süre öngörülmüştür. Buna göre döllenmeyi takip eden 14 güne kadar embriyolar üzerinde belirli araştırmaların yapılması mümkündür.

Öte yandan öğretilerde konuyla ilgili kabul edilen 4’lü bir ayırmadan da bahsetmek gerekir²⁷. Buna göre embriyo üzerinde yapılacak araştırmalar A, B, C ve D grubu olmak üzere kategorize edilmiştir²⁸. Buna göre; **A Grubu**, embriyolar üzerinde yapılabilecek her türlü araştırmayı yasaklarken, **B grubu** belirli bir süre içerisinde kök hücre araştırmalarına izin vermekte ancak bunun dışında embriyo üzerinde araştırmaları yasaklamaktadır. **C grubu** ise sadece artık embriyolar üzerinde 14 günlük süre sınırı içerisinde araştırmaya imkan tanırken **D grubu** da buna ek olarak “insan klonlama” amaçlı olarak embriyo üzerinde araştırma yapılmasına izin vermektedir.

İngiltere bu konuda düzenleme yapan ülkelerin başında olup, embriyoların üzerinde araştırma yapılmasına ilişkin olarak 1990 tarihli Döllenme ve Embriyo Kanununu kabul etmiştir (Human Fertilisation and Embryology Act). Birçok revizyondan geçen kanun son haliyle D grubu içerisinde yer almaktadır. Buna karşılık Almanya 2002 tarihli Kök Hücre Kanunu ile daha kısıtlayıcı bir politikayı tercih

²⁵ İrlanda Anayasası, m. 40/3: “Devlet, annenin yaşama eşit hakkını dikkate alarak, doğmamış bebeğin yaşam(life) hakkını tanıır ve kanunlarında bu hakka saygı gösterilmesini ve yasalarla savunulmasını ve korunmasını güvence altına alır”, adalet.gov.tr

²⁶ Altunkaş, s 23.

²⁷ N. Knoepfler , *Stem Cell Research: An Ethical Evaluation of Policy Options*, Kennedy Institute of Ethics Journal; March, 2004, 55-74; L. Walters, *Human Embryonic Stem Cell Research: An Inter-cultural*.

Perspective, Kennedy Institute of Ethics Journal; March, 3-38; D. G. Jones, C. R. Towns, Navigating the Quagmire: The Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research, **Human Reproduction**, 2006, s 1113-1116.

²⁸ D. Madden, *Article 40.3.3 and Assisted Human Reproduction*, ed; J Schweppe , **The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland**, Dublin, The Liffey Press. 2004, s 303-318; S. Mills, **Research, Embryonic Stem cells and Genetics in Clinical Practice and the Law**. Dublin, Tottel Publishing Ltd, 2007, s 441-460.

etmiştir. Düzenlemeye göre Almanların dahil olacağı kök hücre araştırmaları yasaktır. Ancak 2002 yılı öncesi İngiltere'de üretilmiş kök hücreler üzerinde çalışma imkanı açısından herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu haliyle Almanya da, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, Hollanda gibi **B grubu** içerisinde kabul edilmektedir²⁹. Belirtelim ki embriyo üzerinde her türlü araştırmanın yasaklandığı **A grubunda** Polonya, İtalya ve Avusturya bulunmaktadır.

Öte yandan Türkiye'nin üyesi olduğu Avrupa Konseyi'nin Parlamento Meclisi'nde kabul edilen iki ayrı tavsiye kararında, canlı iken ya da öldükten sonra, üzerinde araştırma yapmak için embriyo yaratılmasının yasaklanması istenmiştir³⁰. Nitekim Avrupa Konseyince hazırlanan "*Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*" (kısaca Biyotıp Sözleşmesi), araştırma amacıyla insan embriyosu oluşturulmasını yasaklamıştır. 2004 tarihinde Türkiye'nin de imzaladığı ve usulüne göre yürürlüğe koyduğu sözkonusu Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Buna göre Türkiye'de üzerinde araştırma yapmak amaçlı embriyo yaratılması yasaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, embriyo veya ceninler üzerinde bilimsel araştırma yapmak konusunda yaşama hakkıyla ilgili ortaya çıkan sorunlu alan aslında *artık embriyolar* ilişkindir. *Artık embriyolar*, yardımcı üreme teknikleri kapsamında oluşturulup kullanılmayan ve dondurularak saklanan yedek embriyolardan oluşmaktadır³¹. Biyotıp Sözleşmesi, taraf ülkenin, tüp bebek uygulaması sırasında ortaya çıkan artık/yedek embriyolar üzerinde araştırma yapılmasına yasayla izin verilmesi durumunda, embriyonun uygun biçimde korunması gerektiğini hükme bağlamışsa da, (m.18) bu konudaki belirlemeyi taraf ülke düzenlemelerine bırakarak tartışmanın kapısını da aralamıştır³².

Ülkemizde konu, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği ile düzenlenmiştir (ÜYTM). Yönetmeliğin 17. maddesine göre, üreme amacıyla oluşturulan embriyoların *'yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun'* kullanılması yasaklanmış ve sözkonusu embriyoların 5 yıl süre sonunda imha edilmesi öngörülmüştür. Buna göre, Türkiye'de üreme amacıyla yaratılıp yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına da izin verilmemektedir. Öte yandan Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Yunanistan, Hollanda, İspanya, İsveç ve İngiltere belirli koşullar çerçevesinde yedek embriyoların kullanımına izin veren ülkeler arasında yer alırken, Almanya, Avusturya ve İtalya'da yedek embriyo kullanımı yasak olmakla birlikte insan embriyonik kök hücre hatlarının ithaline bazı durumlarda izin verilmektedir. İnsan embriyonik kök hücre eldesi için yedek embriyoların kullanımına izin vermeyen ülkeler ise İrlanda, Litvanya, Polonya ve

²⁹ Walters, s 3-38.

³⁰ Council of Europe, Parliamentary Assembly, 1986: 14.A.iii ve iv; ayrıca 1989: Appendix, H. 21, B. 5, E. 14

³¹ Klonlama ve Biyoetik, Unesco Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Ankara 2005, s 4.

³² Çoban, s 205-206

Slovakya yer alırken, Belçika ve İngiltere’de insan embriyolarının araştırma amaçlı oluşturulmasına izin verilmektedir³³.

b. Dondurulmuş Embriyolar

Suni döllenme tekniğinin embriyoların dondurularak saklanması olasılığı yaratmasıyla, bu embriyolar üzerinde araştırma yapılması veya ileriki implantasyonlar(rahim içi uygulama) için kullanılması mümkün hale gelmiştir. Teorik olarak eğer embriyolar dondurulabiliyorsa, o zaman kadınların aşırı yumurta üretmesini sağlayan hormon, ilaç gibi yardımcı tedavi yöntemlerini kullanmasına gerek kalmayacaktır. Bunun yerine kadından alınan yumurtalar dışarıda döllenecek, oluşturulan embriyolar dondurulacak ve gebelik için tercih edilen periyotlar takip edilerek implantasyon gerçekleştirilebilir.

Dondurulmuş embriyolar ile ilgili temel sorun yine bunların hukuki statülerinin ne olduğunun belirsizliğinden kaynaklanmaktadır. Zira, embriyoları oluştukları andan itibaren insan olarak kabul edersek, bunların yok edilmemesi ve üzerinde araştırma yapılmasının sıkı şartlara bağlanması gerekir. Ayrıca, dondurulmuş embriyonun mülkiyet konusu olup olmayacağı da bu belirlemelere bağlıdır. Öte yandan, konuyla ilgili temel sorunlar çiftlerden birinin çocuk sahibi olmayı herhangi bir sebepten ötürü reddettiğinde ortaya çıkmaktadır. Bu durum embriyo kime ait sorusunu da beraberinde getirmektedir. Tüm bu sorular bizi yukarıda yapmış olduğumuz tartışmaya götürecektir. Yaşam ne zaman başlar? AİHM’nin bu soruya yanıt vermekten kaçındığını belirtmiş olsak da Mahkemenin dondurulmuş embriyolarla ilişkin tutumundan bahsetmek gerekir. Dava yumurtalık kanseri olan Natallie Evans’ın yumurtalıkları alınmadan önce partneri J. ile tüp bebek tedavisi çerçevesinde embriyoların oluşturulması ve bunların dondurularak saklanmasına ilişkindir. Çiftin ilişkileri sona erdiğinde Bay J. embriyoların kullanılmasına ilişkin onamını geri çekmiş ve Bayan Evans’ın çocuğunun genetik babası olmayı istemiştir. Sonuç olarak ulusal hukuk gereği yumurtalar imha edilmişler, böylece Bayan Evans’ın bundan böyle genetik olarak ilişkilenebileceği bir çocuk sahibi olma olanağı sona ermiştir. İHAM, Bayan Evans’ın durumuna anlayışla yaklaşmakla birlikte, oluşturulmuş embriyoların yaşam hakkına sahip olmaması, bu konuda bir Avrupa oydaşmasının bulunmaması ve tüp bebek tedavisine başlamazdan önce Bayan Evans’ın dikkatine sunulmuş olan onama ilişkin kuralların açık bulunması ve son olarak da yarışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmuş olması nedeniyle AİHS’nin yaşama hakkı ve özel yaşamın gizliliğine ilişkin maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir³⁴.

³³ Klonlama ve Biyoetik Raporu, s 16.

³⁴ Evans v. Birleşik Krallık , 10.04.2007 tarihli karar (6339/05); AİHM Günlüğü <http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>

Dondurulmuş embriyolara ilişkin olarak ABD'de konuyla ilgili ortaya çıkan ilk sorunsal oldukça ilginçtir. Buna göre dondurulmuş embriyoların sahipleri, bir uçak kazasında yaşamlarını yitirmiş, arkalarında milyon dolarlık servet ve iki dondurulmuş embriyo bırakmışlardır. Çiftlerden birinin ilk evliliğinden olan oğlu, servetin tümüne sahip olacağını iddia ettiyse de, dondurulmuş embriyolardan bir çocuk dünyaya gelme ihtimali bu iddiayı tehlikeye sokmuştur. Mahkeme konuyu embriyonun hakları açısından tartışmaya açtıysa da, kazada ölen erkeğin kısır olduğu ve döllenmiş yumurtaların bir donörden alındığının ortaya çıkmasıyla konu kapanmıştır³⁵. Dondurulmuş embriyoların yasal statüsüne ilişkin diğer dava ise boşanan çiftlerin anlaşmazlığına konu olmuştur. Buna göre kadın dondurulmuş olan embriyoları kullanmayı isterken, erkek çökmüş bir evlilikten ortaya çıkacak bir çocuğu istemediğini bunun maddi manevi yükünü karşılayamayacağını belirtmiş, ayrıca ebeveyn olmaya zorlanmaması gerektiğini iddia etmiştir. Bu savunma daha önce ABD Yüksek Mahkemesinde görülen Roe vs Wade (1973) davasının bir versiyonu şeklinde düşünülebilir. Zira sözkonusu davada Yüksek Mahkeme, kamu yararı ve embriyonun çıkarlarının hamile kadının özel yaşamının koruyucu hakkının üzerinde olmadığına karar vermiş, kadının korunması gereken haklarını göz önünde bulundurarak, embriyonun anneden ayrı bir yaşam hakkına sahip olduğu görüşünü kabul etmemiştir. Bu yolla menfaatler çatışmasında, annenin mahremiyet hakkı, açıkça ceninin potansiyel yaşama hakkına tercih edilmiştir³⁶.

Ülkemizde konuyla ilgili olarak “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalar ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” bulunmaktadır. Bu Yönetmelik ile üremeye yardımcı amaçlı olarak dondurulmuş olan yedek embriyoların başka amaçla kullanılması yasaklanmış ve sözkonusu embriyoların 5 yıl süre sonunda imha edilmesi öngörülmüştür. Yönetmeliğin ilgili maddesine göre, “*adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir*” (m.18/11 ve 12). Dolayısıyla iç hukukumuz dondurulmuş embriyoların hangi hallerde ve ne süre içerisinde yok edileceğini düzenlemiş bulunmaktadır. Öte yandan embriyo üzerinde bilimsel araştırma yapan bazılarına göre embriyonik kök hücre araştırmaları çok hızlı gelişim gösteren ve rejeneratif tıpta büyük ümit vaat eden bir yapı arz ettiği için embriyonik kök hücre araştırmalarına kaynak oluşturmak için yedek embriyoların 5 yıl sonra yok edilmeyerek

³⁵ Sandra Blakeslee, New Issue in Embryo Case Raised Over Use of Donor, **New York Times**, 21 June 1981.

³⁶ Korkut Kanadoğlu, *Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar*, yayımlanmamış makale, s. 6.

eşlerden onam alınmak suretiyle araştırmalarda kullanılması konusunun tartışmaya açılması gerektiğini savunmaktadır³⁷.

III. Kürtaj

Kürtaj yaşam hakkına ilişkin olarak üzerinde en çok tartışılan sorunlardan biri olmuştur. Bu durum konunun kişi ve topluma hakim olan dünya görüşü ve inanç üzerinde şekillenen değerlere bağlı olmasından kaynaklanmaktadır. Birçok muhafazakar görüş, kürtajı yaşamın kutsallığı tezi nedeniyle redderken, liberal görüş sahipleri konuya kadının üreme hakkı, özel yaşamına saygı duyulması ve kendi geleceğini belirleyebilmesi temelinde yaklaşmaktadırlar. Gerçekten de kürtajla ilgili tartışmaların özünü hak merkezli çıkarlar çatışması oluşturmakta, bu bağlamda ahlaki konumu tartışılan özne ise daha çok embriyo olmaktadır. Döllenenmeden doğuma kadar olan dönemde embriyo veya cenini yok etmenin haklı çıkarılabileceği bir nokta saptanmadığı sürece kürtajın ahlaka ve hukuka aykırılığı meselesinin çözülmesi mümkün gözükmemektedir³⁸.

Geçen yüzyıla baktığımızda kürtaj tartışmasının liberaller lehine sonuçlandırıldığını söylememiz mümkündür³⁹. Zira, kürtajın yasallaşması ilk olarak 1917'de Rusya'da Devrim sonrası meydana gelmiştir. Bu yasallaşma sürecini sırasıyla 1935'de İzlanda, 1938'de İsveç izlemiş ve 1970'lere geldiğimizde birçok Avrupa ülkesi bu gruba katılmıştır. Bugün birçok Avrupa ülkesinde yasal olmakla birlikte bu ülkelerde kürtaj açısından getirilen sınırlamalar farklıdır. Malta Avrupa'da kürtajı tamamen yasaklarken, Katolik inancın hakim olduğu İrlanda'da sadece annenin yaşamının tehlikede olduğu durumlarda kürtajı izin verilmektedir. İspanya, Polonya, Portekiz ve İsviçre'de ise bu sınırlama annenin fiziksel veya ruhsal sağlığı için gerekli görülmesi şartına bağlanmış, ensest ve tecavüz vakaları bu sınırlamaların dışında tutulmuştur. Finlandiya, Lüksemburg ve İngiltere ekonomik ve sosyal nedenleri de bu sınırlamalara dahil etmiştir. Güçlü Katolik geleneğe sahip olan ve geçmişte kürtajı çok ağır cezalandıran ülkelerin başında gelen Fransa ise, kabaca *gönüllü gebelik* olarak bilinen yasayı 1975'de kabul ederek 12 haftaya kadar olan gebeliklerin istek üzerine sonlandırılabilmesini mümkün kılmıştır. Dahası ertesi gün hapı/kürtaj hapı olarak bilinen ilacı üreten ve yasallaştıran ülke de 1988'de Fransa olmuştur. Almanya'da 12 haftaya kadar kürtajı izin veren ülkeler arasında yer alırken, öncesinde kadınlar danışmanlık hizmeti almakta ve karar verdikten sonra 3 gün beklemektedirler. Öte yandan İtalya ve Lüksemburg gibi bazı ülkelerde hekimlerin ahlaki veya dini inanışları gereği kürtaj yapmama hakkı bulunmaktadır⁴⁰.

³⁷ Klonlama ve Biyoetik Raporu, s 20.

³⁸ Didem Gediz Gelegen, Tartışma: Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar Mı?, *Fe Dergi* 3, S. 1 (2011), s 65-71.

³⁹ Robert C. Ostergren, Mathias Le Bosse, **The Europa**, Guilford Press, 2011, s 202.

⁴⁰ Ostergren, Bosse, s 203.

Belirtelim ki, kürtaj hakkının çeşitli nedenlerle güvence altına alınmadığı durumlarda, kadının toplumsal ve kültürel en önemli rolünün kadınlık olduğu vurgusu öne çıkmaktadır. Bu da kadını kendi üreme sisteminin tutsağı haline getirmektedir.

Öte yandan, kürtajın yasaklanması kadının yaşama hakkının ihlali yanında özel yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunmasını hakkının da ihlalini oluşturmaktadır. AİHM kürtajla ilgili bir kararında⁴¹; doğmamış çocuğun Sözleşmenin 2. maddesi ile doğrudan korunan “kişi” olarak kabul edilemeyeceği ve doğmamış çocuğun “yaşam hakkı” varsa bile bu hakkın zımnen annenin hakları ve menfaatleri ile sınırlı olduğu vurgulanmıştır⁴². Hatta, kürtajın engellendiği bazı durumlarda AİHM, bu durumu, “kötü muamele ve işkence” olarak kabul etmiştir⁴³. Nitekim, 2008 yılında Türkiye’nin de katıldığı, Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği’nin kararında (1607/2008), güvenilir ve ucuz kürtaja sınırlamalar getirilmemesi, güvenilir ve emniyetli kürtajın sınırlandırılmaması gerektiği ortaya konmuştur. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komisyonu’nun ya da BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin kürtaj yasağı ya da sınırlandırmalarının kadınların yaşama hakkı açısından doğurduğu riskleri belirten ve ülkelerin yasalarını değiştirmelerini isteyen kararları bulunmaktadır⁴⁴.

Embriyo veya cenin kadından ayrı ve bağımsız bir varlık değildir. Döllenecek şekilde takip eden süreç içinde embriyo veya ceninin doğuma kadar geçirdiği evreler kadına bağımlı olarak gerçekleşir. Bu nedenle onun yaşamını anneden bağımsız olarak düşünmemek gerekir. Bu durumda her ikisinin de yaşama hakkına ilişkin kararı verecek olanın kadın olması kaçınılmazdır. Kürtajla ilgili ortaya çıkan haklar çatışmasına ek olarak gözden kaçan bir konu da kadına ruhsal, fiziksel olarak bağlı olan ve gelişmekte olan bu canlının üzerinde sahip olduğu karar verme yetkisidir. Burada karar verme yetkisi ile kadının kendi hakları kastedilmemektedir. Yani kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel yaşamının korunması hakları değil, bizatihi embriyonun kendi hakkı açısından karar verecek merciin kadın olmasıdır.

IV. SONUÇ

Embriyo veya ceninler üzerinde araştırma yapılması, dondurulmuş embriyoların imha edilmesi veya kullanılması, buna kimin karar vereceği, kürtaj gibi konular aslında daha önce de belirttiğimiz gibi belirli bir dünya görüşü ve tercihin etik yansımalarıdır. Ancak etik açıdan yapacağımız değerlendirmeler ne olursa olsun,

⁴¹ Vo v Fransa, 8.7.2004 tarihli karar, 53924/00, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>.

⁴² Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, H/Norveç davasında (1992), kadının yaşamında güçlükler doğurması nedeniyle 14 haftalık bir gebeliğin sona erdirilmesinin sözleşmeyi ihlal etmediğine karar vermiştir.

⁴³ R.R. v. Polonya 26.5.2011 tarihli karar, (27617/04), <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>

⁴⁴ BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin 19 No’lu Genel Tavsiyesi: Kadınlara Karşı Şiddet, m. 22- 24/m., Rıza Türmen, Kürtaj ve İnsan Hakları, Radikal Gazetesi, 5.6.2012,

günümüz teknolojisinin ve tıbbın geldiği noktada, hukuka uygun birtakım düzenlemelerin yapılması ve güvencelerin getirilmesi gereği ortadadır. Zira anayasalarda ve çeşitli uluslararası sözleşmelerde yer alan yaşama hakkı, tartıştığımız bu konuları kapsamak açısından oldukça yetersiz kalmaktadır.

Bir yanda teknoloji ve tıbbın insanoğlunun önünde açacağı yeni tedavi ve alternatif buluşlar yer alırken, diğer yanda bu amaca giden yolda hangi aracı, nasıl kullanacağımız sorusu akıllara takılmaktadır. Yine bir yanda kadının kendi geleceğini belirleme ve özel yaşamının korunması hakkı yer alırken, karşısında potansiyel insan olma yolunda olan bir varlığın hakları ortaya çıkmaktadır. Şüphesiz açık yasal düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda bu hakların uzlaştırılabilmesi ve adil, optimal bir dengenin bulunabilmesi çok kolay değildir. Yarar-zarar dengesinin yapılması ve hangi haklar veya menfaatlerin çatıştığının açıkça ortaya konmasının yanı sıra, yeknesak bir anlayışın benimsenmesi ve meşru zemine oturtulması bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır.

Sonuç olarak, embriyolar veya ceninlerin hukuki statüsünü açıklığa kavuşturacak yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu düzenlemelerde yaşamın ne zamandan itibaren başlamış sayılacağına da belirlenmesi gerekir. Bu belirleme yapılacak yasal düzenlemenin de belkemiğini oluşturacaktır. Zira hemen hemen tüm düşümler bu soruya verilecek yanıtla çözülecektir. Örneğin yapay döllemelerde uteruse yerleşme anı yaşamın başlangıcı kabul edilirse, bu aşamadan sonra yapılacak kürtaj, araştırma, deney veya imha gibi yöntemler yaşama hakkının ihlali sayılabilecektir. Yine bu belirlemeye bağlı olarak ceza hukuku açısından suçun mağduru olma noktasında cenin veya embriyoyu gebeliğin en erken safhalarına kadar götürmek mümkün olabilecektir. Farklı bir olasılık embriyo veya ceninin tam doğma koşuluyla kişi sayılacağı ve yaşama hakkının süjesi haline gelebileceği noktasında ortaya çıkabilir. Bu durumda şüphesiz bunu takip edecek yasal düzenlemelerin de bu anlayışla uyumlu hale getirilmesi gerekecektir. Özetle, yapılacak yasal düzenlemeler yukarıda bahsetmiş olduğumuz sakınca ve riskleri göz önünde bulundurarak, teknik, tıbbi ve hukuki açıdan kabul görececek bir zaman aralığının tespitini gerektirmektedir.

KAYNAKÇA

- ALTUNKAŞ, Aysun, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi.
- BLAKESLEE, Sandra, New Issue in Embryo Case Raised Over Use of Donor, **New York Times**, 21 June 1981.
- BM Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin 19 No'lu Genel Tavsiyesi: Kadınlara Karşı Şiddet.
- CENTEL, Nur - ZAFER, Hamide - ÇAKMUT YENERER, Özlem, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. I, İstanbul 2011.
- ÇOBAN, Aykut, *Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 86, 2009.

- DÖNMEZ, Burcu, *TCK'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve AİHM'in Bakış Açısıyla Ceninin Yaşam Hakkının Sınırlandırılması*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı 2, 2007.
- EDWARDS, Robert, *Ethics and Embryology: The Case for Experimentation*, **Experiments on Embryos**, Ed. Anthony Dyson, John Harris, Routledge, 2002.
- G., Maio, Welchen Respekt schulden wir dem Embryo? Die Embryonale Stammzellforschung in medizinischer Perspektive, Deutsche Medizinische Wochenschrift, 2002.
- GEDİZ GELEGEN, Didem, Tartışma: Kürtaj: Cinayet Süsü Verilmiş Bir İntihar Mı?, *Fe Dergi* 3, S. 1 (2011).
- GREEN, Ronald Micheal, **The Human Embryo Research Debates: Bioethics in the Vortex of Controversy**, Oxford University Press, 2001.
- HAKERİ, Hakan, **Tıp Hukuku**, Ankara 2007.
- HARRIS, John, *Embryos and Hedgehogs: On the Moral Status of the Embryo*, **Experiment On Embryos**, Ed. Anthony Dyson, John Harris, Routledge 2002.
- HARRIS, John, **The Value of Life: An Introduction to Medical Ethics**, Routledge 1985.
- JNR, H. W. Jones, *The Ethics of in-vitro Fertilization-1981*, Ed. Edwards and Purdy, **Human Conception in Vitro**, London Academic Press, 1981.
- JONES, D. G. – TOWNS, C. R., Navigating the Quagmire: The Regulation of Human Embryonic Stem Cell Research, **Human Reproduction**, 2006.
- KANADOĞLU, Korkut, *Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar*, yayımlanmamış makale.
- Klonlama ve Biyoetik, Unesco Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu, Ankara 2005.
- KNOEPFLER, N., *Stem Cell Research: An Ethical Evaluation of Policy Options*, Kennedy Institute of Ethics Journal; March, 2004.
- MADDEN, D., *Article 40.3.3 and Assisted Human Reproduction*, Ed. J. Scheppe, **The Unborn Child, Article 40.3.3 and Abortion in Ireland**, Dublin, The Liffey Press, 2004.
- MILLS, S., **Research, Embryonic Stem cells and Genetics in Clinical Practice and the Law**. Dublin, Tottel Publishing Ltd, 2007.
- MURRAY, Ross - JENNER, John, **Revise HSC Studies of Religion 1**, Pascal Press, 2003.
- OSTERGREN, Robert C. - LE BOSSE, Mathias, **The Europa**, Guilford Press, 2011.
- ÖNDER, Ayhan, Şahıslara ve mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994.

REHMANN-SUTTER, C. - PORZ, R. - SCULLY, J.L., Sourcing *Human Embryonic Tissue: The Ethical Issues*, **Fundamentals of Tissues Engineering and Regenerative Medicine**, Ed. Ulrich Meyer, Thomas Meyer, Jörhg Hanschel, Hans Peter Heinsman.

TEZCAN, Durmuş - ERDEM, Mustafa Ruhan - SANCAKDAR, Oğuz - ÖNOK, Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, Ankara 2010.

The Ciba Foundation, **Human Embriyo Research, Yes or No?**, London and New York: Tavistock Publications, 1986.

TÜRMEEN, Rıza, Kürtaj ve İnsan Hakları, Radikal Gazetesi.

WALTERS, L., *Human Embryonic Stem Cell Research: An Intercultural Perspective*, Kennedy Institute of Ethics Journal; March.

YARARLANILAN İNTERNET ADRESLERİ

www.adalet.gov.tr

<http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search>.

