

4. MİLLETLERARASI HUKUKÇULAR TOPLANTISI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK PERSPEKTİFİYLE BİOHUKUK

TOPLANTI SUNUMLARI VE TARTIŞMALAR



MİLLETLERARASI
ÖZEL HUKUK PERSPEKTİFİYLE
BİOHUKUK

4. MİLLETLERARASI HUKUKÇULAR TOPLANTISI

**MİLLETLERARASI
ÖZEL HUKUK PERSPEKTİFİYLE
BİOHUKUK**

TOPLANTI SUNUMLARI VE TARTIŞMALAR

6-8 EYLÜL 2012

BEKTAŞ KÖY, AYVACIK / ÇANAKKALE



MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK PERSPEKTİFİYLE BİOHUKUK
TOPLANTI SUNUMLARI VE TARTIŞMALAR

Yayıncı

İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi
Medipol Üniversitesi Kavacık Yerleşkesi, Kavacık Mah. Ekinciler Cad. No.19
Kavacık Kavşağı - Beykoz 34810 İstanbul

Yayın Yönetmeni

Prof. Dr. Yücel Sayman

Editör

Ömer Çakkal

Mizanpaj

Murat Çakır - Medicom

Kapak

Levent Karabağlı - Medicom

Baskı

SAGE Yayıncılık Rek.Mat.San.Tic.Ltd.Şti.
Kazım Karabekir Caddesi
Kültür Çarşısı No:7 / 101-102
İskitler – Ankara
Tel: 0312 341 00 02

1. Baskı

Ağustos 2013

978-605-4797-00-4

Yayın Hakları

Her türlü yayın hakkı saklıdır. Kitapta yer alan yazı ve görseller, İstanbul Medipol Üniversitesi'nin yazılı izni olmadan kısmen veya tamamen basılamaz, çoğaltılamaz. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

İÇİNDEKİLER

- 7 • Önsöz
- 9 • Açılış konuşmaları
- 17 • Prof. Dr. Gürkan Öztürk
Biyolojik araştırmalarda hukuki sorun potansiyeline sahip gelişmeler
- 39 • Prof. Dr. Sabahattin Aydın
Hukukçularla sohbet
- 55 • Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu
Ölüm tanımı ve beyin ölümü
- 71 • Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu
Milletlerarası özel hukukunda organ nakli
- 105 • Prof. Dr. Tangül Müdok
Kök hücre
- 125 • Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç
Milletlerarası özel hukukta embriyo
- 159 • Prof. Dr. Yücel Sayman
BioHukuk

ÖNSÖZ

Deniz ve ağaclar; her an değişen renkleri, dinginken rüzgârın esintisine uyup ya-vaştan kıpırdayan, derken coşan hareketleri...

Kalabalık bir kentin sıradanlaşmış kargaşasında yaşayan, çalışma düzenini tüm bu yorucu, yeknesaklaşmış ama bunaltıcı günlere meydan okurcasına tasarlaya-bilmiş akademisyende bu renklerin ve hareketlerin değişkenliğine kendini bırakı-vermek adeta vücudun giderilmesini istediği dayanılmaz bir arzudur.

Ve ben bu arzunun peşine takılıp, günlerin sıradanlığından kurtulabileceğim or-tamı Ayvacak İlçesinin Bektaş Köyü'nde buldum.

Aristo'nun yaşadığı, okul kurduğu, gezindiği bu toprakların tepelerinde sabah esintisi oradan, buradan ilham kırıntıları getirir; avare bir düşünce kurgular, o an doğruluğu, gerçekliği üzerine akıl yormaya üşenir, geleceğe uygulayabilme haya-liyle, tadımı çıkara çıkara izini sürerim.

Bir yerlerde okumuş olmalıyım sanırım; bir düşünür, “insanın kendi buluşlarıyla olan ilişkisi büyük riskler yaratıyor” demiş. Bir esinti kulağıma fısıldayıveriyor: “Üzerinizde deneyler yapılıyor; vücudunuz organ, doku, hücre, diğer parçalara ayrılıyor, birinizden alınıp diğerinize naklediliyor; genleriniz işlevleriyle belirle-niyor, genlerinize oynanıyor, yapıları değiştiriliyor, çalışmayam ya da uygunsuz çalışanı iptal ediliyor, yeni gen aşılanıyor; üreme biçiminiz farklılaşıyor, davranış-larınızı önceden belirlemeyi, yönlendirmeyi becermeye çalışıyorsunuz. Sonra, sen hukukçusun ya, sana soruyorlar: Hukuken tanımla bakalım, yaşam nedir, ölüm nedir, birey nedir, kişi nedir, cinsiyet nedir, cinsellik nedir, vücut nedir, vücut par-çaları nedir, embriyo nedir, gen nedir, kök hücre nedir, soy bağı nedir, insanın *in vitro* üretimi nedir, hukuki sorumluluk nedir? Düşün bakalım, biyoloji alanındaki buluşların, özellikle biyoteknolojinin uygulamada açtığı, açabileceği alanlarda or-taya çıkan hukuki sorunlar nasıl çözülecek?”

Esinti kışkırtıcı mı kışkırtıcı. Kışkırtmanın cazibesine kapılıyor, soruyu farklılaş-tırıyorum: “Bu sorunları var olan hukuk sisteminin içinde çözebilir miyiz?” Ve esinti benim dediğimi bir yerlere taşıdı mı bilmem, “**BioHukuk**” diye mırıldanı-yorum kendi kendime.

İşte Bektaş Köyü'nde “BioHukuk” çerçevesinde bir toplantı düzenlemek düşün-cesi böyle oluştu bende. Tüm bu sorunları neden denizin ve ağacların rüzgârın esintisine uygun değişen renklerinin ve hareketlerinin doyum olmaz güzelliğinde

avareleşirken, üstelik süre kısıtlaması, uygun giyim, bir süre sonra bitmesi istenen toplantı süreci gibi sıkıntılara katlanmaksızın konuşmayalım? Sunumlar da, tartışmalar da neden bir yaz dinlencesinin akademik sohbetine dönüşmesin?

“Eskiye rağbet olsa bitpazarına nur yağardı” derler. Medipol Üniversitesi geçen yıl açılan Hukuk Fakültesine katılmamı önerdiğinde düşünmüştüm bunu: Üniversite eskiye rağbet ediyordu.

Eski olmasına epey eskiydim. Ne ki, eskimeyi düşüncenin giderek özgürleştiği, insanın yaratıcılığını keşfettiği, özgürlüğün sonsuzluğunu duyumsarken içe dolan coşku ve heyecana sarılıp ölüme meydan okumaya başlanıldığı bir süreç olarak yaşıyordum. İnsan davranışlarının genetik, biyolojik temelleri üzerine yapılan bilimsel çalışmaları izleyebilmenin heyecanı; doğal olanın tarihsel/toplumsal boyutu üzerinde düşünmeye başladığımda, yeni bir toplum tasarımı arayışlarının düşünsel derinliği ve yaratıcılığı beni bilginin tükenmez kaynaklarına iter olmuştu. Heyecanımın bazen çıkmazlarda tükendiği, bazen aydınlığın göz kamaştırdığı açıklıklarda umuda dönüştüğü ‘eskiyen’ yıllarımda “BioHukuk” konulu bir ders düşler olmuştum. Toplantı böyle bir düşün gerçekleşmesinde ilk adım olabilirdi. Ve oldu da! Hukuk Fakültesi ikinci sınıfına “**BioHukuk**” seçimlik ders olarak kondu. Üniversitemizin Tıp Fakültesi öğretim üyeleriyle birlikte bu dersi vermeye başladık.

Düşün sınırı yoktur.

BioHukuk’u bir dersin sınırlarına sığdırmakla yetinilmese, bu konuda bir araştırma merkezi kurulsa... Çok değişik bilim dallarından araştırmacıların, akademisyenlerin birlikte faaliyet gösterecekleri, gençlerin “eskirken” şu an var olanı ileri götürebilmenin keyfini yaşayabilecekleri bir merkez! Neden olmasın? Ve işte o da oldu. Geçtiğimiz ay “**İstanbul Medipol Üniversitesi Biohukuk Uygulama ve Araştırma Merkezi**” kuruldu.

Elinizdeki eser de işte bu merkezin ilk yayını olarak basıldı.

Önsöz okuyucuyu eserin kapsamına, eserde yazılanların içeriğine hazırlar.

Benim önsözüm ise kendi “BioHukuk” öykümü anlatıyor, yeni kurulan merkezin doğumunu özetliyor.

Böyle yaptım, bilimin ve bilimsel verilerin çeşitli alanlardaki uygulamasının çekiciliği ilgileneni meraklandırırsın, içine çöksün istedim.

Eserde, 6-7-8 Eylül 2012 tarihlerinde Bektaş Köyü, Sivrice Koyu’nda yapılan toplantıdaki sunum ve tartışmalardan oluşan bir “akademik yaz sohbeti” bulacaksınız.

Sohbetin her anı, bir önsözü gereksiz kılacak biçimde kendini anlatıyor.

Yücel Sayman

Assos/Bektaş Köyü/Sivrice

Ağustos 2013



AÇILIŞ KONUŞMALARI

MEHMET ÜNAL ŞAHİN

AYVACIK BELEDİYE BAŞKANI

Ayvacak İlçemiz Bektaş Köyü sınırları içerisinde bulunan Sivrice Deniz Feneri'nde düzenlenen "Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk" konulu toplantıya ev sahipliği yapmaktan Ayvacık Belediyesi olarak onur duyuyoruz. Toplantıya pek çok üniversitemizden hukuk ve tıp fakültesi öğretim üyeleri katılıyor. Ayvacık Belediyesi olarak günümüzü ve geleceğimizi etkileyen gelişmelerin ve bunların yanında getirdiği bazı soruların cevaplarının aranmasında katkımızın bulunması bizi heyecanlandırmış ve mutlu etmiştir.

Bilim, tüm hızı ile ilerlemesini sürdürürken, insan hayatının olmazsa olmazları arasındadır. Bütün bunların ışığında üniversiteler de bizim geleceğimizin teminatıdır. Bölgemizin sosyoekonomik planlama ile birlikte bu planlama kapasitesine sahip olduğuna inanmaktayız. Bu bölgede yaşayanlar olarak bu vizyonu hemşehrilik ruhu ve eğitim ile güçlendirmek istiyoruz.

Yüz ölçümü 874 m2 olan ve Anadolu'nun batıdaki en uç noktasındaki sınırları içinde barındıran Ayvacık, stratejik bir konuma sahiptir. Halkın geçim kaynağı turizm, tarım ve hayvancılıktır. Doğal ve tarihsel açıdan önemli bir ilçe olan Ayvacık'ta; Assos, Gülpınar ve Küçükkuyu gelişen turizm merkezleridir. Bunun yanı sıra ilçemiz sınırları içerisinde birçok antik kent ve tarihsel yapı bulunmaktadır. Günümüze kadar bu yapılar korunmuş durumdadır. Assos, Apollon Smintheion, Gargara, Lamponia bunlardan bazılarıdır.

1876 yılında belediye olan Ayvacık, Yunanistan'ın en önemli adalarından biri olan Lesvos (Midilli) Adası'na 6 mil uzaklıktadır. Bu da Ayvacık'ı dünyaya açılan bir kapı konumuna getirmektedir. İlçemiz 78 kilometre kıyı şeridiyle, ülkemizin en uzun sahil şeritlerinden birine sahiptir. Uzun bir kıyı şeridinin yanı sıra zengin bir kültür çeşitliliği de bölgemizde görülmektedir. Doğal Assos taşlarından yapılan özgün mimarisiyle inşa edilen taş evler bölgenin sembolü haline gelmiş, yerli ve yabancı turistlerin cazibe merkezi halini almıştır. Bütün bu olumlu özellikleri ve güzel doğası ile belediyemizin alt yapı çalışmaları, kültür ve eğitime verdiği önemle bölgenin sorunları en aza indirgenmiş, kent, bir yaşam alanı haline getirilmiştir.

Uzun yıllardır yapımı devam eden ve son beş yıllık dönemde yapımı hızlandırılarak tamamlanan ve faaliyetlerine başlayan Ayvacık Barajı ile bölgenin içme suyu ve tarımsal sulama sorunlarına son verilmiş, baraj adeta bölgenin can damarı haline almıştır. Tarımsal üretimde ve aynı zamanda hayvancılık faaliyetlerinde büyük bir artış ve verimlilik gözlenmektedir. Bölge ekonomisinde bir canlanma bunun yanı sıra hızlı bir gelişme gösteren grafik öne çıkmaktadır.

Ülkemizde çoğu il ve ilçe merkezinde bulunmayan atık su arıtma tesisi ve içme suyu arıtma tesisi, helikopter pisti, Çanakkale ve Körfez Havaalanlarına 65 kilometre uzaklığı ile altyapı ulaşım sorunlarını aşmış bir ilçe durumundayız. Bunların yanı sıra eğitimde hızla büyük bir yol kat eden Ayvacık'ta; Anadolu Öğretmen Lisemiz 2011 yılı Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi'nin resmi verilerine göre Türkiye'deki tüm Anadolu Öğretmen Liselerini geride bırakarak üniversiteye yerleştirme ve puan sıralamasında birinci olmuştur. Bu durum, Ayvacık Belediyesi ve Ayvacık halkı için büyük gurur vesilesidir.

Çalışmalarımızın tamamında şahsımda, belediye personeli arkadaşlarımla ve en önemlisi Ayvacık halkımızın pozitif düşünce anlayışı ile bölgeye hizmet heyecanımızla ilçemizin, Çanakkale'mizin ve ülkemizin refah ve başarı seviyesinin yükselmesine hizmet ediyoruz. İşte bu bahsettiğimiz refah ve başarı seviyesinin artırılması çalışmaları, bizlerin yanı sıra üniversitelerin de büyük bir vizyonu haline gelmelidir. Akademik bilgi çerçevesinde ülkemizin geleceğini pozitif şekilde değerlendirecek siz değerli bilim insanları ile ülkemizin geleceği adına birlikte aynı hedefe doğru çalışmaktan büyük gurur ve mutluluk duymaktayız. Bu bağlamda sözünü ettiğimiz hedeflere ulaşmak çabasını Medipol Üniversitesi'nin "Biohukuk Enstitüsü"nün ilçemiz Ayvacık'ta açılmasını arzu ediyor, siz değerli bilim insanlarının huzurlarında bu konuda belediyemiz ve Ayvacık adına elimizden gelen tüm desteği ve emeği vereceğimizi ifade etmek istiyorum.

"Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifiyle Biohukuk" konulu çalışmanızın ülkemiz başta olmak üzere tüm dünyaya faydalı olması dilekleriyle siz değerli bilim insanlarını saygıyla selamlar, bilimin ışığında refah ve başarı seviyesi yüksek bir Türkiye'ye ulaşmayı dilerim.

PROF. DR. M. AKİF AYDIN

MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DEKANI

Sayın Belediye Başkanım, Sayın Ayvacık Savcım, değerli hukukçular, saygıdeğer tıpçılar, sevgili öğrenciler, hoş geldiniz. Yücel Sayman Hocamızın şahsi gayretleriyle, Belediye Başkanımızın destekleriyle çok önemli bir alanda, biohukuk alanında böyle bir atölye çalışmasını veya sempozyumu burada tertiplemiş bulunuyoruz. Bu alan çok bakir ve gelişmeye muhtaç bir alan. Önümüzdeki yıllarda bu alanda daha çok şeyler söylenecek.

Medipol Üniversitesi tabiatıyla tıp ağırlıklı bir üniversite. 2 senedir de tıp fakültesi var. Dolayısıyla tıp ve hukuk yönü ağır olan böyle bir konuya en yakışan üniversitenin de herhalde Medipol Üniversitesi olması gerekirdi. Ben destekleri için hem Belediye Başkanımıza, hem de Yücel Sayman Hocama teşekkür ediyorum. Katılmızdan ötürü de sizlere teşekkür ediyorum.

Şimdi bizim hukukta söylediğimiz bir şey var: “Sosyal gelişmelerle hukuk arasında çok yakın bir ilişki vardır. Sosyal gelişmelere hukuk ayak uyduramazsa, o hukuk ya toplumun önünü tıkar veyahut da toplum kendisine yazılı olmayan fakat işlerliği olan yeni bir hukuk yaratır” deriz. Tabi o sosyal olaylar yönü. Toplum, bireylerden oluşuyor. Bireylerin biyolojik yapısı da bugün modern tıbbi gelişmeler sayesinde çok farklı bir kuldarda yürümeye başladı. O da hukuka çok ciddi imkânlar ve problemler çıkartıyor. Hukukta kişinin doğumu ve ölümü son derece önemlidir. Kişinin doğum anını tespit etmek, ölüm anını tespit etmek son derece önemlidir. Ona birçok hukuki netice bağlanır. Eskiden ölüm anını tespit etmek bizim için çok kolaydı, kalbi durmuşsa “ölmüş” diyorduk. Fakat bugün modern tıbbın sunduğu imkânlar neticesinde insanlar yapay kalbe bağlandığında, en azından vücudun bazı fonksiyonları bakımından o insanı ölü kabul etmek mümkün değil. Sonra tıpçılar bir beyin ölümü çıkardılar, hakikaten son derece önemli bir kavram, şimdi beyin ölümünün doğurduğu hukuki sonuçlar var. Beyin ölümü gerçekleşti deniyor ama beyin ölümü gerçekleşen insanın bazı organlarının yaşayan insanlara şifa dağıtması için paylaşımı söz konusu. Eskiden hukuk ölen kimsenin mal varlığını paylaştırırdı, şimdi bedenini paylaşıyor. Ama bunun doğurduğu hukuki, dini, etil problemler var. Bu konuda kim yetki sahibi, kim karar verecek, gerçekten problem. Doğum olayı da eskiden kolaydı. İfadelerde farklılıklar

olmakla birlikte hukuk sistemleri şöyle söylerler: Kişi sağ doğmak şartıyla... Sağ doğunca kişilik başlar ama geriye doğru uzatırız, ana karnında teşekkülle başlarız. Şimdi acaba canlılık ne zamandan itibaren başlıyor? Bu, ciddi bir problem. Çünkü biz hukuk olarak, ana karnındaki cenine birtakım hukuki haklar bağlıyoruz. Ve anne o haklara sahip olamıyor. “Çocuğun haklarını da bana verin” diyemiyor. Ama özellikle feminizmin gelişmesinden sonra cenine sahip olma hakkını anneye tanımaya başladık. “Bedenim bana aittir” diye bir slogan geliştirildi biliyorsunuz. Şimdi gerçekten mal varlığını korumaya önem verdiğimiz, hukuken tedbirler aldığımız insanın, şahıs varlığını korumaya yönelik tedbir aldığımızda bir takım tepkiler alınıyor. Mesela kürtaj tamamen annenin isteğine bağlı kabul ediliyor. Bu da hem etik hem hukuk, hem de din bakımından, çeşitli dinler bakımından problemli bir konu. Bunların açıklığa kavuşturulması gerekiyor. Sadece bunlar da değil. Eskiden sadece biyolojik anne ile diğer bütün anneler aynı şahısta birleşmişti. Şimdi bir yumurtayı veren anne var, bir taşıyıcı anne var. Bir biyolojik baba var, bir de hukuki baba var. Bu kavramlar da birbirlerinin içerisine girmiş durumda. Osmanlılarda eğitim nazırı, maarif nazırından şöyle bir söz nakledilir: “*Mektepler olmasa maarifi ne güzel idare edecektik.*” Şimdi bu tıbbi gelişmeler olmasa biz aslında hukuku ne güzel götürüyorduk. Bu tıbbi gelişmeler bize problem çıkarıyor. Ötanaziden tutan da kök hücre ve embriyo üzerinde yapılan deneylere kadar tüm bu konular dünyada enine boyuna tartışılıyor. Başta da ifade ettiğim gibi hem hukuk hem de tıp alanında gelişmeye aday bir üniversite Medipol. Bu konuya kendini adanmış bir de Yücel Sayman Hocamız var. Ben ümit ediyorum ki bu sahadaki gelişmeler bundan sonra artacak. Ve önümüzdeki dönem, biohukuk alanının büyük gelişme göstereceği bir dönem olacak. Şu anda bunun emarelerini görmekteyiz. Katkılarınız için tekrar teşekkür ediyorum. Hepinize keyifli ve bilgi dolu bir 3 gün geçirmenizi diliyorum. Hepinizi sevgi ve saygı ile selamlıyorum.



SUNUMLAR

BİYOLOJİK ARAŞTIRMALARDA HUKUKİ SORUN POTANSİYELİNE SAHİP GELİŞMELER

PROF. DR. GÜRKAN ÖZTÜRK

MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYESİ

Sayın Belediye Başkanım, Sayın Savcım hepiniz hoş geldiniz. Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Öncelikle böyle çok güzel çok namütenahi bir yerde böyle önemli bir konuda bizi bir araya getiren, bunu organize eden Yücel Hocamıza çok teşekkür ediyorum. Ayrıca Belediye Başkanımıza da bize verdiği destekten dolayı minnettarlıklarımızı bildiriyorum. Benim konuşmam, biyolojik araştırma düzeyinde yeni öğrendiğimiz bilgiler ya da yeni geliştirilen teknolojinin, biyolojik teknolojinin, hukuk açısından ne gibi problemleri, ne gibi meseleleri gündeme getireceği konusunda olacak. Öncelikle ben kimim, onu açıklamaya çalışayım. Tabi ki ben bir biohukuk uzmanı değilim. Böyle bir uzmanın da Türkiye’de olduğunu zannetmiyorum. Ama bundan sonra inşallah bu bir başlangıç olur, bu konuda da uzmanlarımız olur. Ben İstanbul Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi Fizyoloji Ana Bilim Dalı’nda öğretim üyesiyim. Tıp doktoruyum. Fizyoloji nedir? Onu alanla ilgili olmayan çoğu kişi de pekiyi bilmez. Şöyle izah edelim: Fizyoloji normal organizmanın, normal canlıların hücreden vücuda kadar sağlıklı halde nasıl çalıştığını inceleyen, araştıran ve bunun eğitimini de tıp fakültesi öğrencilerine veren bilimin adıdır. Dolayısıyla temel bilim dediğimiz hastayla direkt ilişkisi olmayan, hastayla ve hastalıklarla ilişkisi ancak araştırma bağlamında olan kesimdenim. Peki, bu konuyla ilgim ne? Bu konuyla ilgim Yücel Hoca’nın bu fikrinin ortaya çıkmasından sonra konu başlıkları gündeme geldiğinde başladı. Genel olarak, fizyoloji oldukça kapsamlı bir alan olduğu için, kapsamı içerisinde hücreden vücudun bir bütün olarak tamamına kadar tüm sistemi konu alabildiği ve bünyesinde de anatomi, histoloji, farmakoloji gibi alt branşları da pekala bulundurabildiği için mevcut dünyada olup bitenleri iyi monitorize edebilen bir alan. Neler oluyor bitiyor? Tabi bunun “Neler oluyor bitiyor?”un cevabını ya da bununla ilgili kültürü ortalama vatandaş da çeşitli yerlerden ediniyor. Siz akademisyenler, hukukçular ya da tıp ve hukuk dışındaki diğer akademisyenler de çeşitli kaynaklardan ediniyorsunuz. Tabi ki bunların gerçek boyutları önemli; örneğin insan klonlanması diye bir söylenti çıktığında ya da organ transplantasyonları söz konusu olduğunda -malumunuz kol bacak taktılar insanlara- bunlarla ilgili gerçekten doğru bilgi

nedir, bunların aslı esası nedir? Bir gelişme varsa bu gelişmenin gerçekten insanlara yansması ne şekilde olacaktır? Bunların takibi takdir edesiniz ki ciddi bir literatür üzerinden olmalı. Bu yüzden bugün benim size yapmak istediğim katkı elimden geldiğince bu tür literatürü takip eden bir akademisyen olarak gerçekten neler olup bitiyor, hukukçular olarak sizler, belki öbür taraftaki bizler, insanları ne gibi tercihlere ya da hukuki problemlere yöneltiyoruz ne gibi durumlarda karar aşamalarında, ne gibi sorunlar ortaya çıkma potansiyeline sahip, bunları önünüze sergileyebilmek. Tabi ki bir konuşma içerisinde mevcut tüm sorunların ya da gelişmelerin özetlenmesi mümkün değil, ben dediğim gibi biohukuk uzmanı olarak değil de gördüğüm kadarıyla takip ettiğim literatürün beni yönlendirmesiyle ve açıkçası kendi kafama göre bir tasnifle size bu meselelerden hukuki problem oluşturabilecek gelişmelerden bahsedeceğim.

Ben bu gelişmeleri üç ana başlık altında sınıflandırdım. İlk olarak “güncel gelişmeler” dediğim hukukçu olsun olmasın hepimizin zaten eskiden beri bildiği, hukukçuların çok daha iyi bildiği, bizim de aşikâr olduğumuz meseleler var. Bu meseleler Türkiye’de de kamuya mal olmuş, mahkemelere konu olmuş meseleler. Bunun haricinde “yakın gelecek” diye sınıflandırdığım yani yakın gelecekte Türkiye’de Türk toplumunun ve Türk hukuk sisteminin yüzleşmesinin muhtemel olduğu gelişmeler var ki bu sınıftaki gelişmelerle pek çok Batı ülkesi yüzleşiyor ya da mahkemelerde bunları tartışıyorlar. Bununla ilgili yasal düzenlemeler yapıyorlar. Bir de “uzak gelecek” dediğim bir sınıflamada bahsedeceğim gelişmeler var. Bunlar da belki içerisinde bilim kurgu ve fantezi de kabul edilebilecek türden. Bir kısmı belki hiç beklemeden çok uzakta beklerken yarın kapımıza dayanacak bir kısmı da belki hiç gerçekleşmeyecek zamansal olarak da karşımıza çıkmayacak gelişmeler. Ama potansiyel olarak bunların adlarından da bahsetmek istiyorum. Güncel olanlardan birkaç madde sıraladım.

Zaten akıl hastalıkları ve ceza ehliyeti sizin konunuz. Hiç detaya inip de bu konuda ayrıntıya girmek istemiyorum. Suçlu, suç işleyen kişi, sanık ne deniyorsa acaba farik mümeyiz midir, psikiyatristlerden rapor alındığında bu kişinin ceza ehliyeti var mıdır yok mudur konusu... Çok kaba bir sınıflamayla ruh bilimcilerin, psikiyatristlerin psikotik ve nörotik hastalıklar olarak böldükleri, psikotik olanların gerçeklikle bağlantılarının kopması, nörotik olanlarınsa yaptıklarının farkında oldukları gerçeğinden yola çıkarak bir takım bilirkişi raporları hukuki belgeler oluyor. Bunlar zaten eskiden beri belki on yıllardan beri mahkemelerin konusu. Son zamanlarda beyin ölümü ve organ nakli konusu... Bu da Türkiye’de yasal düzenlemelere kanunlara oldukça konu olan bir mevzu. Çok kaba tabirle fişini çekme hadisesi ve insan ne zaman ölür fişi çekmek ne demektir ya da organ nakli için beyin ölümüne ne zaman karar verilir? Bununla ilgili de zaten oturumumuz var. Lütfi Hocam herhalde bununla ilgili çok daha ayrıntı verecek.

Kök hücre tedavisi için her ne kadar güncel sınıfına sokup sokmamak konusunda tereddüt ettiysem de hakkında yasal düzenlemeler, mevzuat düzenlendiği için güncel sınıfına koydum. Çünkü Sağlık Bakanlığı bununla ilgili belki çok da aceleci düzenlemeler yaptı, gerçi olaylar geliştikçe mevzuat da bir bakıma hızlandırılmak zorunda kalıyor. Kök hücre tedavisi oldukça çetrefilli bir konu. Tangül Hocam bu konuda öğleden sonra konuşacak. Burada görebildiğim kadarıyla iki ana başlık var. Bir, fetüsten alınan ve hatta bu amaçla hamile kalınıp daha sonra fetüsten hücre elde etmek gibi yöntemlerle kök hücre tedavileri girişimleri var, diğer tarafta da yetişkin hücrelerinden kök hücre elde etmek gibi bir çaba var. Kürtaj geçtiğimiz aylarda oldukça gündemi işgal etti. Çok kadim bir konu. Girilirse belki içinden çıkılamayacak kadar çetrefilli bir konu. Bunu biyolojik araştırma gelişmeleriyle çok ilişkili görmüyorum o yüzden bu kapsama da almadım. Ama zaten bildiğimiz bir problem.

Bir de dondurulmuş embriyolar var ki bu da yine kök hücre tedavisindeki gibi aslında yeni ama yine de gündeme alınmış olan bir konu. Bununla da ilgili mevzuat bildiğim kadarıyla var. Bir karı koca IVF tedavisi görüyor. Daha sonra bir sonraki gestasyon için embriyo saklıyorlar. Sonra boşanıyorlar. Bu embriyo kime ait? Bu embriyo mal mı, canlı mı? Malsa kimin malı, canlıysa imha etmek kimin yetkisinde? İmha edilir mi? Bunlar da çetrefilli konular. Ama zannediyorum Sağlık Bakanlığı'nın bununla yaptığı ilgili bir takım düzenlemeleri, getirdiği bir mevzuat var. Yakın gelecek kapsamında biraz da buradan başlayarak konuşacağım. Bunların biraz detayına girmek istiyorum. Hakikaten belki de benim haberim yoktur, Türk mahkemelerinde de bu konu olmuştur ama Batı mahkemelerini şimdiden çok meşgul etmeye başlayan bir konu.

Gelişen ileri teknik tıbbi görüntüleme yöntemleri ve elektrofizyolojik bir takım yöntemler sayesinde ortaya konan, suçlularda ve suça eğilimli kişilerde bir takım farklılıkları da gösterebilen yöntemler artık "bu insan bu suçu işledi ama acaba suçu işlemesinin sebebi beyninin bu şekilde yapılanmış olması mı?" sorusunu ortaya çıkartıyor. Ben birkaç örnek dava okudum. Detayına gireceğiz biraz sonra ama mahkemelerde hafifletici neden olarak on yıla kadar ceza mahkûmiyetlerinden indirimine yol açabilecek bir takım etkiler Batı mahkemelerinde ortaya kondu. Vücut kimyasının yapısal farklılıkları, bu kimyadan neyi kastettiğini detaylandırmaya çalışacağım. Ve yine çok yakın belki birkaç yıl içerisinde hakikaten gündemi de işgal edeceğini düşündüğüm tüm genom sekanslama teknolojilerinde hastalıkların, hastalık risklerinin yıllar öncesinden tahmin edilebilme imkânı da aklımıza muhtemel hukuki problemleri getirmek üzere.

Son olarak bu bağlamda bahsedeceğim taşıyıcı annelik var ki Mehmet Akif Hocam da biraz önce bahsetti, zannediyorum ki bu konuda henüz bir hukuki düzenleme yok o yüzden bu da yakın gelecekte hukuki gelişmelerde düzenlemelere

muhtaç olacak. Biraz uzak gelecekte gördüğüm epigenetik miras diye bir başlık var. Şu an çok detayına girmek istemiyorum. Konu başlığında biraz detaylandıracağım. Bizim bu toplantının duyurusunda da bahsedilen insan klonlaması konusu var. Kimerik canlılar dediğimiz, o da yine oldukça fantezi ve belki bilimkurgu ama deneysel olarak var ve bunun içinde beyin transferi gibi ürkütücü bir konu var. Dediğim gibi biraz ürkütücü ama bunlar belki başımıza gelecek belki gelmeyecek gelişmeler arasında. Batı'da şu an çok sıcak tartışmalara konu olan ömrü uzatan ilaçların hakikaten çok yakında çıkma ihtimali... Sonra akıl hapları dedikleri zihni faaliyetleri güçlendiren yani alıştığımız stimülanlar dışında kahve, kafein, amfetamin gibi stimülanlar dışında hakikaten efektif olarak beyin fonksiyonlarını arttırıcı bir takım ilaçlara yaklaşılmış olması bir başka konumuz. Bir de hep gündemde olan ama bir türlü somut olarak artışı eksisi ortaya konamayan elektromanyetik dalgaların riskleri ve uzaktan beyin kontrolüyle ilgili bir riskimiz var mı? Ondan da biraz bahsetmeye çalışacağım.

Şimdi alt başlıklara geçmek istiyorum. Kısa vadede hemen tak tak kapıyı vurabilecek gelişmelerden, risklerden ilki artık beynin anatomik ve işlevsel farklılıklarının çok daha iyi gösterilebiliyor olması. Şimdi burada hepimizin genel kültür olarak bildiğimiz bir takım ileri görüntüleme yöntemleri var. MR, tomografi bu majör iki tanesi. Ben buna burada fonksiyonel MR ve PET adını verdiğimiz iki tane ekstra yöntem ekleyeyim. Bunlar nedir? MR ve tomografi beynin statik anatomik görüntülemesini yaparken adı üzerinde fonksiyonel MR ve PET beyninin nasıl çalıştığına dair zaman içerisindeki işlevin oluşturduğu aktiviteyi görüntüleyebiliyor. MR'da beynin neresi daha aktifse orada daha fazla oksijen tüketiliyor, oraya daha fazla kan gidiyor. Zaman içinde örneğin yarım saat boyunca MR çekerseniz bir kişiden, bir denek ya da bir hastadan, şu durumda bir suçludan, beyninin nereleri sırasıyla aktive oluyor, bunu parlaklığı aktivasyona göre değişen bölgeler olarak görürsünüz. PET ise pozitron emisyon tomografisi dediğimiz yöntem, fonksiyonel MR'a göre daha hızlı, zaman çözünürlüğü daha yüksek olan bir teknoloji. Yani fonksiyonel MR'da dakika çözünürlüğünde bir zaman çözünürlüğümüz varken PET'teyse saniyeler içerisindeki değişiklikleri de kayıt şansımız var. Fonksiyonel MR ve PET de büyük şehirlerin ve üniversitelerin hepsinde var. Daha önceden PET sadece araştırma amaçlı kullanılırken artık tanısal amaçlı da yaygın olarak kullanılan bir teknoloji. Elektrofizyolojik yöntemlerde ki Lütfi Hocamın alanıdır, bildiğimiz EEG gibi kabloları insanların kafasına bağladığımızda çok daha sofistike teknolojiyle beyinlerinin nasıl çalıştığını, örneğin bir müzik dinlediklerinde o müzik beyinlerinin neresinde, ne gibi tepkilere yol açıyor onu ölçebilmek mümkün. Ya da sıra dışı bir insanda, bir hastada ya da bir suçluda beyinlerinin çalışma algoritmasını çözmeye yarayan bir başka teknoloji, burada da görüntülemeye daha çok beynin çeşitli bölgelerinde neler olup bittiğine dair elektrofizyolojik elektriksel aktivitenin kaydı söz konusu.

Bunlar geliştikçe, Batı mahkemelerinde gerçekten davalara konu oluyorlar. Kanıt olarak sunuluyorlar. İki taraf da hem savcılık hem savunma tarafı bunları kanıt olarak sunabiliyor. Baktığımızda da yine iki ekstrem uç görüyoruz. Bir taraftan normal diye tanımlananın dışındaki beyne ait her türlü anatomik farklılığı bir kanıt olarak sunma eğilimi, diğer taraftan da adamın koskoca bir tümörü varken kafasının içerisinde ve bu tümör bir yere basarak gerçekten bu suça yatkınlığa yol açabilecekken bunu da inkâr eden, bunu da suç işlemek için bir bahane olarak kabul etmeyen bir anlayış var. Şimdi baktığımız zaman beyindeki anatomik farklılıklar davranışlarda farklılıklara yol açar mı? Yol açar. Bir fizyolog olarak bunu rahatlıkla söyleyebilirim. Beynin örgüsü, yapımı, doğuştan itibaren hatta anne karnında nasıl şekillendiği insanların daha sonraki davranışlarını etkiler. Dolayısıyla doğuştan getirdiğimiz bir takım anatomik ve fizyolojik farklılıklarımız var. Bunun bir takım örneklerinden bahsedeceğim birazdan. Bir de çok normal bir insanken işte Gürkan Öztürk çok normal, o zamana kadar suçla bir ilişkisi olmayan bir insanken Gürkan Öztürk'ün beyninin ön tarafında, biraz alt yukarıda bir tümör çıkar da bir yerlere baskı yaparsa ben birden bir suç makinesi haline gelebilirim. Bu bilim kurgu değil, bu bir gerçek! Dolayısıyla bu ikisinin iyi ayırt edilmesi lazım. Yani bahaneyle gerçek sebebin, “Bu adamın beyin boşlukları normalden biraz büyük o yüzden o adam bu suçu işledi ama bu sebeple işlemiştir.” gibi bir bahane yerine hakikaten gerçek manada bir patolojinin o davranışa yönlendirip yönlendiremeyeceğine dair olan ayrımı iyi yapmak lazım. Yapılmış bir takım araştırmalar var. Araştırmaların çoğu Amerika kökenli en başta bunu söyleyeyim. Psikiyatrik manada antisosyal davranışı olan 21 kişi üzerinde yapılan araştırmada beyin ön lobundaki iki ayrı bölgenin bunlarda %18 ila %9 arasındaki oranlarda daha küçük olduğu tespit edilmiş. Sonra amigdala diye bir bölge var, birazdan onu spesifik bir başlıkla incelemek istiyorum; 27 tane psikopatta amigdalada anormallikler tespit edilmiş. Çok ilginç bir çalışma şu -tabi şu an etik olarak buna kimse izin vermez ama- 3 ila 23 yaş arasında 1795 tane çocuk 20 sene boyunca takip edilmiş. Dehşet bir çalışma. Yirmi sene boyunca bu 1795 çocuktan 137 tanesi suç işlemiş. Ve bu suç işleyenlerin daha 3 yaşındayken yapılan testlerde -ki bu testte de çocuklara deride rahatsız edecek elektrik stimülasyonu veriyorlarkorkutulmaya, korkutmayla şartlandırılmaya daha düşük cevap verdikleri ve bu 137 çocuğun daha sonra suçlu haline geldiğini göstermişler. Ne demek bu? Doğuştan itibaren bir kısım insanların getirdiği cezaya karşı rezistans var. Yani aynı işi yapan A şahsı ve B şahsından B şahsı bu şekilde bir beyin örgüsüne sahipse korkmuyor. “Tamam, elle gelen düğün bayram”, diyor. Ceza onun için bir yıldırıncılık, caydırıcılık ifade etmiyor. Bir başka çalışmada bu işin en kritik sorusuna cevap aramışlar: “Beynin bu şekilde örülmüş olması suç işlemeyi mecbur mu kılar? Yani bu kişilerin kendi iradeleri bu suçu engelleyemez mi?” Hüküm giyip hüküm giydikten sonra aynı suçu işleyen ve beyinlerinde anomoli saptanan kişileri incelemişler. Hayır. Hüküm giyip cezasını çeken insanlardan beyninde anomoli olan-

lardan bir kısmı aynı suçu işlemiş ama işlemeyenler de var. Büyük bir kısmı da işlememiş. Bu ne gösteriyor? Yani illa ki geri dönüp aynı suçu o beyin yüzünden işlemek zorunda değil. Tabi bir insan ne kadar anomaliyle baş edebilir ne kadarı artık baş edilemez boyutta bir bozukluktur tahmin etmek zor.

İlginç bir vaka 1966 yılında, siz hukukçular benden çok daha iyi biliyorsunuzdur ben bunu araştırmalarım sırasında buldum, Charles Whitman isimli bir Amerikalı. Önce eşini ve annesini öldürüyor, arkasından 11 kişiyi daha. Yalnız adam diyor ki “Kendimi tutamıyorum. Ben böyle değildim.” Bu şekilde notlar yazmış. İntihar notu da yazmış, intihar edecek ama intihar edemeden önce polis tarafından vurulup öldürülüyor. Öldürüldükten sonra intihar notu ele geçiriliyor. Notta “Bende bir şey var, ölünce beynimi açın bakın. Ben böyle bir insan değildim, kendimi tutamıyorum.” yazıyor. Planlar da yapmış, “karım çok iyi bir insan ama onu öldürmek zorundayım” diyor. Niye olduğunu da bilmediğini söylüyor. Ve gerçekten otopside beynini açıyorlar bakıyorlar amigdala dediğimiz yere baskı yapan yaklaşık 2 cm çapında bir tümör buluyorlar. Bundan mı oldu? Olabilir, amigdala bu işe yol açabilir. Amigdala ilginç bir bölgedir. Temporal lob dediğimiz yandaki lobların öne doğru olan kısmı. Öndeki bir tümör bu bölgelere baskı yaparsa bir takım semptomlar ortaya çıkabiliyor. Bu bölge neyle ilişkili? Aslında oldukça geniş bir ilgi alanı var bu bölgenin. Sosyal ilişkilerle, -mesela amigdala ne kadar büyükse insanların sosyal network dediğimiz arkadaş çevreleri o kadar geniş olduğu söylenir- duygusal zekâyla, öğrenmeyle, korkuyla... Ama işte bu suçlarda gündeme gelen öfkeyle, saldırganlıkla ve cinsel yönelimle ilişkileri de gösterilmiş amigdalanın. Buraya baskı yapan tümörlerin de buradaki lezyonların da bir kısmının bu tür anormallikleri, saldırganlık gibi korkusuzluk gibi bir takım belirtileri ortaya çıkarttığı gösterilmiş ki tarif edilmiş bir sendrom da var. Klüver-Bucy sendromu isimli. Bunlarda aşırı cesaret ve hiperseksüalite var. Korkusuzluk var, ilginç vakalar var literatürde. Çok iyi bir dergide yayımlanmış yeni bir makalede ırk ayrımcılığıyla amigdalanın ilişkisini incelemişler, çok ilginç. Makaledeki resimde amigdalada iki bölge mavi ve sarı olarak gösterilmiş. Mavi bölge ırkları fark edebiliyor, yani içeri bir zenci girdiği zaman hepimizin amigdalası onun zenci olduğunu fark ediyor, eğer biz ırkçysak sarıyla gösterilen bölge de aktive oluyor. Irkçılığı bile bu şekilde beyin anomalisiyle ya da beyinle, beynin yapısal özelliğiyle açıklıyorlar.

Vücut kimyası niye bozulur? Doğal, içten gelen sebeplerle bozulur. Hastalık sebebiyle bozulur veya yapısaldır, bozuk demeyelim de başkalarından farklıdır ya da dışarıdan ilaç alır hormon alır yine bozulur. Bildiğimiz, davranışı birebir etkileyen çok klasik hormonlarımız var. Tiroit hormonları ya da testosteron gibi gonadal hormonlar davranışı doğrudan etkiler. Mesela bu bağlamda yine arada gündeme gelen bence hakikaten de ciddi düşünülmesi gereken kimyasal kastrasyon, özellikle pedofilileri kastre etmek lazım mı? Bunların hormon seviyelerinin baskılan-

masının hakikaten tedaviye faydası olur mu gibi şeylerin de konuşulması lazım.

Burada biraz sıra dışı yeni bulgulardan bahsetmek istiyorum ki bu biraz da duyguları da kimyaya, laboratuvar tüpüne indirgeyen bir mesele, belki rahatsız edici tarafı var bu yüzden. Ama bir yandan da gerçek. İki tane hormon son yıllarda çok çalışıldı. Birisi ADH diğeri oksitosin. Bildiğimiz hormonlar bunlar. Yıllardan beri ben tıp fakültesi öğrencisiyken, belki benim hocalarım öğrenciyken bu hormonlar biliniyorlardı. Ama bu etkileri yeni ortaya çıkartıldı. Erkeklerde ADH, kadınlarda oksitosin tek eşlilik ve eşe sadakati zorlayan hormonlar. Şimdi eşini aldatmış bir kişi “Ya benim ADH’ım düşük olduğu için aldatım, kusura bakmasın. Mahkeme de bana bu yönde ayrıcalık sağlasın.” derse, tam tersi de olabilir “Oksitosinim o gün çok düşmüştü.” diyebilir. Yani bunları belki çok basite indirdim, biraz da karikatürize ettim ama ciddi şekilde sadakati bile hormonla izah etme imkânımız var. Eşe sadakat ve tek eşlilik... İlginç olan, tek eşliliğin de bu hormonlarla yönetiliyor olması.

Bildiğimiz kimyasallar var dışarıdan alınınca insanların davranışlarını çok bariz etkileyen. Alkol ve diğer uyuşturucuları vs. bir tarafa bırakırsak, hormon alan insanlarda davranış değişiklikleri gözlenebiliyor. Şu meşhur yüz yılın katili, rekor bunda herhalde yetmiş küsur kişiyi öldürdü. Anders Breivik. Şimdi bu adam için farik mümeyyiz, psikiyatrik bir hastalığı yok dediler. Ama adamın avukatlarının savunmasında ve adamın notlarında vücut geliştirmesi için steroid aldığı ve notlarında “Saldırı anında steroidlerim tavan yapacak.” yazdığını biliyoruz. Steroid saldırganlık yapar mı? Hayvan çalışmalarında saldırganlık yaptığına dair kanıtlar var. Ama insanlarla böyle bir çalışma yapmak zor.

Bir başka konuya geçiyorum. Tüm genom sekanslama teknolojileri diye bir şey var. Genleri hepimiz biliyoruz, vücut yapımızdan vücudumuzun işleyişine kadar pek çok biyolojik fonksiyonumuzu yöneten veri tabanı diyelim. Hepsi moleküller olarak kodlanmış. Anne babamızdan bunları miras alıyoruz ve bunlar nasıl bir vücuda sahip olacağız, nasıl yaşayacağız, nasıl davranışlar sergileyeceğiz, gözümüzün rengi nasıl olacak, sesimiz nasıl olacak bunları bize dikte ediyor. Tabi tüm bu fizyolojik fonksiyonların yanında bir takım hastalıkların altında bazı gen bozuklukları ya da bazı gen özellikleri olduğunu görüyoruz. Ve pek çok hastalığın da daha önce genetik ilişkisi yokken sonradan sonraya şu tür genetik özelliği olan kişilerde bu hastalık daha kuvvetle ihtimal ortaya çıkar demeye başlıyoruz. Bu hastalıkların sayısı her geçen gün artıyor. Yenilik ne? Eskiden sadece bir mutasyon dediğimiz hastalık yapabilecek bir geni aramak günler sürerdi. Şimdi yeni teknolojiyle bir cihaz şu an yirmi saat içerisinde tüm genlerinizi tarayarak sizin hangi “bilinen” hastalıklara yatkınlığınız olduğuna dair bir rapor verebiliyor. Yani, “siz yüzde on ihtimalle, meme kanseri olabilirsiniz, yüzde elli ihtimalle diyabet olabilirsiniz, yüzde üç ihtimalle akciğer kanseri olabilirsiniz” gibi bir takım geleceğe

ait tahminler yapılabilir. Ve bu tahminlerin sayısı her geçen gün artıyor, çünkü her yeni araştırma bu hastalık listesini büyütüyor. Bu yirmi saate düştü, maliyet olarak şu an birkaç bin dolar. Yani bir insanın tüm genom analiz maliyeti birkaç bin dolar ama müthiş bir rekabet var ve firmalar birkaç yıl içinde bunu yüz dolara indirme iddiasındalar. Hayal edin, MR çektirir gibi gidiyorsunuz hastaneye, yüz dolar veriyorsunuz -büyük ihtimalle bizde SGK öder herkes de senede bir defa genom sekansını yaptırır- ve sizin önünüze bir tahmin listesi çıkar. “Siz şu şu şu hastalıklara yakalanabilirsiniz.” Şimdi gelelim neler çıkar bununla ilgili? Bir defa insanlar bunları bilmeli mi? Başlarına gelme ihtimali olacak hastalıkları bilmeli mi? Bunun bir psikolojik tarafı da var. İntihar eden çıkmaz mı bunların içinden? Bence çıkar. “Ben akciğer kanseri olacağıma genç yaşta öleyim, hızlı yaşa genç öl, cesedin yakışıklı olsun.” Bunu tercih edenler çıkacak, bu biraz ekstrem belki ama büyük mirasları düşünün “ya bunun sonu iyi değil, çocuk ya akciğer kanseri olacak ya diyabet olacak ben bu mirası daha akıllıca taksim edeyim.” diyen zenginler çıkmaz mı? Bence çıkar. Bunlar benim sadece genel hukuk kültürümle yaptığım çıkarsamalar. Böyle bir bilginin getireceği problemler hakkında siz çok daha fazlasını yapabilirsiniz. İşverenler ya bunu mecbur tutarlarsa, işe alacakları kişilere, CV’lerine bir de tüm genom sekans raporu isterlerse ek olarak? Ve daha kötüsü sigorta şirketleri bunu kullanmaya başlayacaktır. Sigorta primleri çok güzel formülle edilir. Temiz kâğıdı gibi genom raporu getirmezseniz çok daha yüksek primler ödersiniz. Bizde sigorta sistemi Amerika kadar acımasız değil ama zannediyorum gidişatta biz de oraya doğru epeyce yaklaşıyoruz. Benim özellikle şu an belki tüm şu konuşma içerisinde buradaki uzmanların, akademisyenlerin dikkatini çekmek istediğim husus, en yakınlardan biri bu. Bu yakın, geliyor, hemen kapıda.

Taşıyıcı annelik konusunda bildiğim kadarıyla, bilen varsa düzeltsin, Türkiye’de henüz bir mevzuat yok. Olayı çoğumuz biliyoruz ama özetleyecek olursak anneden yumurta, babadan sperm alınıyor dışarıda dölleniyor ve üçüncü bir kadına emanet ediliyor. Embriyo orada gelişiyor ve taşıyıcı anne çocuğu doğuruyor. İnfertil kadınların bazılarında tek çare bu, hakikaten güzel de bir tedavi, ancak şimdi masaya yatıralım, bu taşıyıcı anne bu çocuğun nesi oluyor? Genetik olarak hiçbir bağı yok. Tek yaptığı şey plasentadan bu çocuğun oluşmasını sağlayacak materyali sağlamak, çok materyalist bir tabir oldu ama neyse. Sütanne gibi belki. Peki, nesi oluyor? Yani şimdi bu kadın bu çocuk üzerinde ne gibi haklar iddia edebilir? Velayet, miras... Bu kadının kendi diğer çocuklarıyla bu kiralık, kiracı çocuk diyeyim, kiracı çocuk arasındaki ilişki nedir? Kardeşlik ilişkisi midir? Miras ne olacak, akraba ilişkisi, evlilik ilişkisi ne olacak? Bizim toplumumuzda Batı toplumuna göre dini ve kültürel değerlerimiz açısından çok önemli hukuki bir problem... Bir de gün gelir ki birazdan örneklerini vereceğim, kim için bu yöntem kabul edilebilir? Ya zenginler biz doğurmayalım doğurtalım derlerse ne olacak? Diyorlar ya “benim vücudum benim kararım. Bu benim vücudum, bebeğimi baş-

kası doğursun” diyebilir. “Parasıyla değil mi?” diyen olabilir. Diyen yok mu, var. Bakın şu tüyleri diken diken edici bir reklam. İnternette buldum. Hindistan’dan. Diyor ki, “Hindistan’a gelmenize bile gerek yok, sperminizi gönderin çocuğunuzu alın.” Bu reklam, asparagas haber değil, bu internette benim bulduğum bir reklam. Korkunç bir şey. Ve şu an Batı ülkelerinde bir taşıyıcı anne 50 bin ila 100 bin dolara mal olurken Hindistan’da maliyet bunun onda biri.

Kısa vadede gündeme gelebilecek sorunları bitirdik. Uzun vadede biraz da bilim kurgu ve fantezi karışımı ihtimallerden bahsedeceğim. Epigenetik miras dediğimiz bir konu var ki genetik vardı, başımıza bir de epigenetik diye bir şey çıktı. Epigenetik nedir? Klasik genetik dogma şudur: Genetik materyal edinsel tecrübelerden etkilenmez. Yani yaşadığımız hayat, alışkanlıklarımız, çocuklarımıza miras kalmaz, öğrendiklerimizi çocuklarımıza genlerle aktaramayız. Doğru mu? Büyük oranda doğru. Ama bu bize gerçekten bir dogma olarak öğretildi. Şimdi öyle demiyoruz biz öğrencilere. “Epigenetik diye bir şey var” diyoruz. Epigenetik ne işe yarıyor? Epigenetik diyor ki “tamam DNA baz sırası değişmez, kromozomlar neyse odur, ama yaşanılan edinsel etkiler, yaşanılan tecrübeler DNA üzerinde bazı yerleri kapayıp bazı yerleri açabilir ve bu açılan kapanan patern çocuklara da nakledilebilir.” Tamam genler değişmedi ama kimisi kilitlendi kimisi de kilitliyen, kilitli kalması gerekirken açıldı. İlginç bir çalışma var bu epigenetiğin ilk çalışması. İsveç’te bir köyde yapılmış. Köyün bir geleneği olarak birkaç yüzyıl çok iyi kayıt tutmuşlar. Ölen, doğan ve hasatlar, o yılda ürün neyse. Bu kayıtlardan köyde neler oldubitti hangi yıl kıtlık oldu, bolluk oldu öğrenilebiliyor. Bunu başka bir sebeple araştıran bir istatistikçi çok ilginç bir sonuca ulaşıyor. Bakıyor ki kıtlık zamanında ergenlik öncesi yaşta bulunan kişilerin torunları daha uzun süre yaşıyor. Aynı yaş dönemi içerisinde bollukta yaşayanların torunlarındaysa diyabet riski ortaya çıkıyor. Bir takım zararlı maddeler, pestisit ve morfin gibi kimyasallarla yapılan hayvan çalışmalarında anne babaları bu tür zararlı kimyasallara maruz bırakıyorlar. Sonraki birkaç nesil yavruda epigenetik değişiklikler tespit ediyorlar. Yine daha geçen yıl bir yayında çıktı, çok ilginç bir yayındı. Bakın anneleri değil babaları strese maruz bırakılan deney hayvanlarının erkek yavrularında üremelerini etkileyecek düzeyde daha az testosteron tespit edildi. Bakın babayı strese sokuyorsunuz, çocuğu daha az erkek oluyor. Sonra zararlı alışkanlıkların zararı sadece kişinin kendine değil, çocuklarına ve torunlarına olabilir. Bunlarla ilgili ne gibi hukuki problemler çıkar hayal gücünüze bırakıyorum. Çok ilginç bir tane ben buldum. Güney Afrika’da bir takım zenciler bizim dedelerimiz ırk ayrımcılığına maruz bırakıldı. O yüzden bizde şu şu şu sıkıntılar var diye mahkemeye gitmişler.

İnsan klonlaması teknik olarak mümkün mü? Mümkün. Şu an insan istenirse klonlanabilir. Ama evrensel olarak, etik olarak yasak; istisnaya rastlamadım. Çinlilerin sesi çıkmıyor ama ne yapacakları belli olmaz. Amerika’da özellikle çıkarılan

çok ciddi yasalar var. Çok söylentiler var. Efendim gemide yapan bir adam varmış, Atlantik'e açılıyormuş gemide insan klonluyormuş. Olabilir mi? Belki vardır. Ama şu an net olarak söyleyebilirim ki insanın klonlandığına dair bilimsel kanıt yok. Klonlanabilir, teknik olarak mümkün. Tabi klonlanan insan kim olur sorusu önemli.

Bir başka fantezi konu da kimerik canlılar, beyin nakli. Beyin nakledilir mi? Yetişkinden beyin nakledilmez. Ama beyin nakli mümkün, ne zaman mümkün? Eğer embriyonun beyin olacak bölümünü alır bir başka embriyoya aktarırsanız, bu iki ayrı tür de olabilir, o aktardığınız beyin orada gelişir. Nitekim 1950'lerden beri bu konuda çalışan araştırmacılar var. Başarılı nakillerden bir tanesi tavuk civcivinin beynini bıldırcın civcivine aktarmak. Olmuş mu? Olmuş. Ve bıldırcın horoz gibi ötmüş. Son bir çalışma, geçen bir iki ay önce çıktı. Onda da ispinoz beynini bıldırcına aktarmaya çalışmışlar. Yumurtadan çıkamamış, çünkü ispinoz tüysüz ve az gelişmiş doğuyormuş, bıldırcın tüylü ve kendini besleyecek kadar gelişmiş şekilde yumurtadan çıkıyormuş. Araştırmacıların yorumu, beyninin yumurta kabuğunu kırarak kadar gelişmediği şeklinde. Bir beyin oluşmuş, ispinoz beyni bıldırcında gelişmiş, ama kabuğu kıramadığı için çıkamamış diyorlar. Şimdi hayal edin: İnsan beyinli bir maymun olsa! Yapılabilir mi, yapılabilir. Ürkütücü mü, çok çok ürkütücü. İnsan beynini embriyoyken alır maymun embriyosuna yerleştirirsiniz. Yalnız yalnız bir mesaj vermemek için tekrar etmek istiyorum: Beyin nakli diye bir şey yok. Yetişkinde beyin hiçbir şekilde nakledilemez. Bahsettiğim deneylere göre, embriyoda henüz daha beş on hücre beyni temsil ederken o hücreleri alır bir başka embriyoya aktarırsanız orada o aldığınız canlının beyni gelişir, kafatasına sığıyorsa tabi. Alıp da filin beynini kuşa koyarsanız olacak bir şey değil. Ama insan beynini bir gorile aktarırsanız beyin kafatası bir iki numara küçük gelecektir ama yine de bir canlı çıkar ortaya. Bu canlı nedir? Efsanede bunlara kimerik hayvanlar diyorlar. Kimera efsanedeki aslan, keçi ve ejderden oluşan bir canlı.

Ömrü uzatan ilaçlar da güncel, sıcak bir tartışma konusu Batı'da. Hakikaten epeyce yaklaşıldı. Tabi ki ilaç sanayinde çok yaklaşıldı demek 10-20 yıl demektir; bir iki yıldan bahsetmiyoruz. Bir tane ilaç çıktı da çok işe yaramadı açıkçası, yan etkileri çok oldu kullanamadılar. Ama 10-20 yıl içerisinde muhtemelen olacaktır ömrü uzatan ilaçlar. Ömrü uzatan ilaçlar olduğunda sadece zenginler mi uzun yaşayacaktır? Yani ilaca erişimi olanlar mı uzun yaşayacaktır? Bu ilaçları insanlar çalsa suç kabul edilecek mi? "Niye çaldın?" "Yaşamak için çaldım, daha uzun yaşamak istiyorum." Sonra bunun patent hakları ne olacak? Tüm insanlığa yarayacak böyle bir ürün patentlenmeli mi patentlenmemeli mi?

Akl hapları dediğimiz haplar da Batı'da hakikaten ilaca yaklaşmış haplar. Bunları stimulanlardan, uyarıcılardan ayırıyoruz. Gerçekten beyin fonksiyonlarını bilinen çok fazla yan etkisi olmadan arttırıcı bir takım etkilere sahipler. Bu ilaçları al-

mak ne kadar etikdir? Spor müsabakalarında insanlar steroit kullandıkları zaman doping aldı diyoruz. Peki, bilimsel rekabette bir üniversite sınavında, KPSS’de insanlar bunları aldıkları zaman haksız rekabet etmiş oluyorlar mı? Bu da yine karşılaşılabilecek hukuki bir problem.

Uzaktan beyin kontrolü çok konuşuluyor ama şöyle bir şeyi itiraf etmek lazım: Birçok biyolojik uygulamaları da olan teknolojiler önce askeri alanda geliştiriliyor, biz bundan bazen on yıllar sonra haberdar oluyoruz. O yüzden çok iddialı konuşmak istemiyorum. Askeri olarak kullanılma potansiyeline sahip bir teknoloji ama yayın filan yok bununla ilgili. Yani beyin kontrolüyle ilgili bilimsel yayın, uzaktan kontrol edilebildiğine dair herhangi bir kanıt yok. Yine de askeri bir takım ihtimali bir tarafta bırakıyorum. Ve şimdilik bunu iddia etmek psikozla çok uyumlu. Yani bizim sanrı dediğimiz psikotik hastalarda “beynimi kontrol ediyorlar” ya da tersine “benim düşüncelerim etrafa yayılıyor” gibi iddialarda bulunanlar genelde şu anki bildiğimiz bilgilerle şizofrendir, o yüzden böyle iddiaları vardır diye düşünülüyor.

Elektromanyetik dalgalarla ilgili de çok bahis geliyor. Ona da burada şöyle değinmek istiyorum. “Öldük bittik kanser olduk.” “Cep telefonu kullanmayalım, baz istasyonlarından uzak duralım.” Olumsuz etkileri olduğuna dair bir takım kanıtlar var ama çok güçlü değil. Yani bu literatürü tarama sonucu söylediğim bir şey. Elektromanyetik dalgalar çok sevimli şeyler değil; ama böyle abartıldığı kadar da hemen öldürecek, cep telefonlarını terk ettirecek, baz istasyonlarından uzaklara kaçtıracak kadar büyük bir tehlikenin kanıtı yok. En kuvvetli kanıt, yüksek gerilim hatları civarında gözlenen yüksek oranda kan kanseri oranları. Bu biliniyor. Ev hanımlarının bir kısmının mikrodalga fırınlarla ilgili çekinceleri var: “Mikrodalga fırını gıda üzerinde kanserojen etki yapar mı yapmaz mı?” Gösterilmiş bir şey yok. Şunu da tabi ki not olarak eklemekte fayda var: Özellikle kanser dediğimiz zaman bu tür etkiler bazen on yıllar sonra ortaya çıkıyor. O yüzden araştırmaların akut, kısa süreli, olumsuz etki göstermemiş olması bunların on yıllar içerisinde de etkisinin olmayacağı anlamına gelmez. Yani bundan on sene, yirmi sene sonra öyle raporlar çıkabilir ki “Cep telefonları hakikaten şu kanseri yapıyormuş epidemiyolojik çalışmalar bunu gösterdi.” denilebilir. Ama şu an için elimizde kısa süreli yapılan çalışmalarda buna dair kanıt yok. Kimse mahkemeye bir kanıt sunup da bir baz istasyonunu bir yerden kaldıramaz. Böyle bir kanıt yok şu an. Cep telefonlarını yasaklatamaz. Elimizde şu ana kadarki bilimsel çalışmalardan çıkmış böyle bir kanıt yok.

Şöyle bitirmek istiyorum: Bu konuda biraz da hukuk kaynaklarına baktım. Tabi bu sayılan potansiyel ya da mevcut problemler, kanunla mı çözümlenmeli? Hepsinin kanunla çözümlenmesi mümkün değil. Her gün yenisi çıkan bu tür gelişmeler ve problemlerin her birine bir kanun çıkartmak mümkün gözüküyor. Bunlar

etik ve biyoetik alanına kayarak bu platformlarda tartışılması gereken konular. Çok önemli bir problem, bilirkişi problemi. Bilen kişi yok ki bilirkişi olsun. Örneğin, birisi çıkıp epigenetik bir sorunu mahkemeye taşısa, Türkiye’de bir davada kaç bilirkişi raporu isteniyor bilmiyorum, üç tane aynı fikre sahip epigenetik bilen insan bulamazsınız. Yani aynı fikre sahip dediğim olayları aynı düzeyde bilen, olaylara aynı şekilde yaklaşabilen. O kadar yeni o kadar farklı açılardan bakılabilecek bir konu ki. O yüzden bilirkişi burada büyük bir problem. Bu nedenle bu tür toplantılar bilirkişi üretmek için önemli atılımlar. Bilirkişilerin bu konuları hakikaten yarın bir gün bir sorun olarak fikir belirtebilecekleri bir konu olarak da görmeleri lazım. Yani genetikçiler “Ben epigenetiği de bu bağlamda iyi bilmem lazım.” diye bakmalı. Histologlar embriyologlar bir kök hücreye bu şekilde yaklaşmalı ve bu tür toplantılarda belki yayınlarda hukukçularla bir arada olmalılar diye düşünüyorum.

Sabrınız ve dikkatiniz için teşekkür ediyorum.

TARTIŞMA

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut (*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Hrika unumunuz için çok teşekkür ederim. Hocam son yapılan araştırmalar insandaki gen sayısının daha az olduğuna işaret ediyor. Araştırmalara ilk başladığımda 100’in civarında tahmin ediliyormuş fakat bu 20-25.000e kadar düşmüş.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Evet 20-24.000 arası.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Şimdi burada işin felsefi, sosyolojik, psikolojik, hukuki boyutları da olduğundan, herkes bu işin içinde bir anlamda. Buradaki temel tartışmalardan biri; kişilik nasıl oluşur? Oradaki tahminlerin düşmesi, kişiliğin oluşmasında genlerin belirleyiciliğinin sanıldığından daha az olduğu yönünde bir çıkarıma da yol açmış durumda. Öyle bir iddia da var aslında; genler o kadar etkili olmuyor gibi. Bu genlerin sadece bir hardware gibi işlev gördüğü, oradaki softwarein aslında bu da kültür olduğu vs. Kültür olarak toplum, toplumsal değerler, sosyal değerler gibi kazandığı her şey olduğu iddia ediliyor. Bu genetik etkilemenin aslında sanıldığı kadar fazla olmadığına dair bir tartışma da var.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Şimdi hocam, o yaklaşım var ama bu yaklaşım da çok tutarlı bir yaklaşım. Gen sayısı şu an öngörülen 20 ile 24 bin. Tek tek genlere baktığımızda, örnek veriyorum kırmızı gen, yeşil gen, mor gen, sarı gen. Somutlaştırmak için söylüyorum. Bunlara baktığımızda 24 bin renk sayabiliriz. Ama 24 bin tane rengi bir araya koyduğumuzda bir Picasso tablosu çıkabilir ortaya,

Van Gogh çıkabilir, başka bir tablo da çıkabilir. Yani şuna getirmek istiyorum: Genlerin bireysel olarak sayısı ve niteliklerinden daha çok, bir insandaki genlerin ortak bir bütün olarak oluşturdukları tablo konfigürasyon, ki buna da şimdi sistem biyolojisi diye genetiğe de bu tür bir yaklaşım daha da öne çıkıyor ve gerçekten çok tutarlı. Yani aynı genlere sahibiz belki. İkiz kardeşlerde olduğu gibi. Ama bu genlerin haritası, yani birbirlerine oranları, konumları açık ve epigenetik modifiğasyonları, o kadar çok sayısız ihtimali gündeme getiriyor ki. Yani 24 bin üzeri iki deyin ya da 24 bin üzeri bilmem kaç bin deyin. Dolayısıyla gen sayısının azalması, tabi bunu iddia edenler var Levent Hocamın dediğı gibi. “Yani genler bu kadar da önemli değilmış, biz abartmışız” diyenler de var. Ama hakikaten tüm gen sekansı çıkınca insanlar çok şey bekliyorlardı, her şeyi açıklayacağız sanıyorlardı. “Davranışlar nasıl şekillenir” konusundan tutun da hastalıklara kadar, her şeyi biz genlerle açıklayacağız sanıyorlardı ama hiçbir şeyin bu kadar basit olmadığı ortaya çıktı. Ki biyolojide ve araştırmada bizim kuralımızdır: Bir hipotez kurarız ama o hipotezin mümkün olan en basit açıklama olduğunu da biliriz. Yani hiçbir şeyin kurduğumuz o hipotez kadar basit olmadığını da biliriz. Bile bile lades diye başlarız araştırmaya. Genlerle ilgili konu bu. Genlerin bireysel olarak sayısından daha çok bir bütün olarak oluşturdukları motif olarak ve genel çizdikleri tablo olarak neyi ifade ettikleri, çok sayıda konfigürasyonu, çok sayıda farklı genetik altyapıyı getirmiş oluyor beraberinde.

Mehmet Ünal Şahin (*Ayvacık Belediye Başkanı*): Beyinde meydana gelen tümörden dolayı insanlar saldırgan hale geliyor. Kişi birçok suç işliyor. Çünkü beyinde bir şey var. Ama sonunda hapse gidiyor. Ya da aşırısı belirlenmiş, işte deli deniyor. Bu durumda suç sorumluluğı da olmuyor, hapse de girmiyor. Peki deli sıfatı da takılmıyorsa hapse de gitmiyor piyasada da geziyorsa, bu herkes için bir sıkıntı. Bunlar için bir çare bulunmuyor mu? Mesela bir toplama merkezi olur, onlar orada yaşatılır...

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Hukuki olarak Türkiye’de bu tür davalarla ilgili bildiğim fazla bir şey yok ama tedavi edildiklerinde beyindeki tümörün o bölgeden çıkartılmasıyla bu saydığınız belirtilerin ortadan kalktığı gözleniyor. Hatta Amerika’da bir dava vardı. Adam saldırganlaşıyor ve çocuk suistimali yapıyor. Tam hapse girecekken bir takım belirtiler yüzünden hastaneye gönderiyorlar ve amigdala bölgesine bası yapan bir tümör gözlüyorlar. Tümör alınıyor ve “kişi, tümör yüzünden suç işlemiştir” denerek beraat ediyor. Adam bütün kötü davranışları bırakıyor ama birkaç sene sonra tekrar suç işliyor. Tekrar derdest ediyorlar ve bakıyorlar ki tümör yine ortaya çıkmış. Aynı tümör aynı yere tekrar bası yapmaya başlamış. Bu kişiler ne kadar masum? Zaten bu toplantının da konusu o. Bu kişilerin tedavi edilip salınması mı lazım, tedavi edildiğı halde tutulması mı lazım? Bu, beni aşan bir konu.

Mehmet Ünal Şahin: Yani o zaman cezaya çarptırmadan evvel tıbben beyin kontrol edilmeli. Ülkemizde yapılıyor mu bilmiyorum.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Ülkemizde de sanıklar sağlık muayenesine gidiyorlar, sonra sağlam raporu alıyorlar benim hukuk kültürüm bu kadar. Tabii bir ayırım da yapmak lazım. Her hapse düşene MR çektirmek mümkün değil. Belki nörolojik belirtilere, hastanın iddiasına göre -hasta değil tabi sanık artık- olabilir. Tabii bu yayıldığı zaman suistimale de çok uygun olur. Herkes buna bir baha ne bulabilir. Zaten çözülmesi gereken problem de bu. Eşiği nereye koyacaksınız, kime ileri tetkik yapacaksınız. Tüm şüphelilere yapmak herhalde mümkün olmasa gerek.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu (Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi): Bence burada temel nokta, aslında beyin tümörü olan belirli kişiler değil, sıradan insanların Gürkan Hocamızın sunumunda gösterdiği gibi, bir takım ileri beyin araştırma teknikleriyle beyinlerinin farklı çalıştığının gösterilebiliyor olması. O zaman herkes, “Benim beynim farklı çalıştığı için ben suça yatkınım. Bu yüzden ceza ehliyetim olmayabilir” diyebilir ki, bunun da benzer örnekleri var. Burada tabii ayırt edici nokta, kim o zaman ceza ehliyetine sahiptir? Biraz da felsefi bakışımızla ilişkisi var. Bir biçimde fizik katı deterministik bilimsel yapısını kaybederken, biyoloji buna sınıksı sarılıyor. Genetik mesela. Genetik kodlamanın arkasından beyin ortaya çıkardığı davranış biçimlerinin insan davranışını sıkı sıkı belirlediği yönünde bir bakışımız var. Araştırmalarımızı da biraz buna dayanarak yapıyoruz. Her ne kadar tamamen buna inanmıyor olsak da. Bunun bir sonucu olarak böyle bir şeyle karşı karşıya kalıyoruz. Bu, bir zaman önce Lombroso’nun geliştirmiş olduğu, suçların kompozit fotoğraflarını çekip bunlardan suçlu karakterlerinin tiplerini oluşturmaya benzeyen bir tarafa götürebilir bizi. Ama gerçek olan bir tarafı da var. Mesela son zamanlarda tanımaya başladığımız tuhaf bir durum var: Parkinson hastasını tedavi ediyoruz. “L-Dopa” adında bir ilaç veriyoruz. Adam 70 yaşından sonra loto bağımlısı haline geliyor. Bu bağımlılık ama öyle böyle değil, evini barkını sattırıp çocukunu ortada bırakacak kadar bir şey. Ki daha önce eline loto kâğıdı almamış birisi. Tedavi kesildikten sonra bu semptomlar ortadan kalkabiliyor. Bu, alışveriş çılgınlığı olarak da kendini gösterebiliyor. Kişinin kendini engelleme gücünün ortadan kalkmasıyla açıklanıyor bu. İşte bu iki nokta arasında bir yerdeyiz. Sadece bilim tek başına yeterli değil. Mutlaka toplum, hukuk, ahlak, din, toplumun bütün söz söyleyicileri, kendi kararlarını oluşturmalı ve karara katılmalılar.

Prof. Dr. Nevzat Koç (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Sayın Hocam, öncelikle güzel tebliğiniz için teşekkür ederim. Hem tıp, hem hukuk alanıyla ilgili araştırmalar yapanlara, üzerinde düşünmelerini gerektiren önemli noktalara değindiniz. Ancak işin hukuki yönüyle ilgili birkaç değerlendirme yapmak isti-

yorum. Suçlu tipleriyle ilgili bir tasnif vardır. Kriminoloji kitaplarında da geçer. Suçlu tiplerinin fiziki özelliklerini bakarak, “şu, şu suç işler”, “bu, şu suç işler” şeklindeki etkinin mutlak bir etki olmadığı da belirtilir. Bunun nispi bir etkisi vardır. Mesela fakirlik tek başına suç işleme sebebi değildir. Fakir olduğu halde suç işlemeyen çok sayıda insan vardır. Hukuk yönünü ilgilendiren yönü, ceza ehliyetini bunlar kaldırır mı? Tabii ki kaldırmaz. Sizin konuşmanızda değindiğiniz epigenetik, genler vs. gibi bunları mesela haksız fiil olarak düşünecek olursak, haksız fiilin insan davranışı şartı vardır. Bu koşuldur. Bunun da irade olması gerekir. Peki, bu iradeyi kaldıran bir noktaya varır mı? Sizin konuşmanızda değindiğiniz noktalar, o araştırmalar bir genelleme yapmaya imkân verir mi? Bütün bu ilaçları alanlar, aynı davranışı sergilerler mi? Eğer bu konuda genelleme yapamıyorsak, o zaman illiyet bağı dediğimiz bir bağ kurmamız mümkün olmaz. Bu bağı kuramazsanız, sorumluluk yükleyemezsiniz. Onun için yakın gelecekte hukuki sorumluluk bakımından bu problemlerin hukukçuları endişeye sevk edecek, “aman hemen düzenleme yapalım” demesi yoluna gidilecek bir güncelleme gibi gelmiyor bana. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Benim incelediğim örnek davalarda bu patolojiyle ilgili beraat var ama beyin yapısıyla ilgili yok. Genellikle artık orada jüri sistemi var herhalde. Jüri bunu hafifletici bir sebep olarak görüp adama 30 yıl değil de 20 yıl ceza vermek gibi bir eğilimi davalarda gördüm.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: ABD’de jüri sadece suçlu olup olmadığına karar verir. İndirim ve diğer durumları hâkim takdir eder. Zaten dünyadaki ceza hukukunun gidişatı da biraz bu şekilde cereyan ediyor. Biraz önce geçen fizikteki aşırı deterministik tutumun hukukta da olduğunu fakat bunun yavaş yavaş farklı faktörlerle beslendiğini söylemek lazım günümüzde. Batı hukuk sistemlerinde özellikle, o ünlü katilin yaşadığı Norveç’te cezanın tek yol olmadığını, aslında toplumun da suçlardan sorumlu olduğunu ileri süren görüşler sonunda cezalar son derece geri çekilmiştir. Bu katil mesela 21 sene alacak orada. Türkiye’de olsa eski sisteme göre idam, yeni sisteme göre nitelikli müebbet alacaktı. Neden düşürülüyor cezalar? Çünkü yeni ceza hukuku anlayışlarına göre, “Tüm suçlar, suç işleyende değildir. Toplumun da, iktisadi durumun da bunda katkısı vardır. Kişinin tekrar topluma kazandırılması önemlidir. Yani çok sayıda faktör etkili olabilir” anlayışı var. Bu anlayış giderek değişiyor. Belki sizin dediğiniz nedenlerle tam bir beraat nedeni değil de indirici nedenler olarak ileride bir değer kazanabilir. Bir de bizim bu illiyet bağı yaklaşımında hukukçular illiyet bağını fiziksel bir bağ olarak düşünmezler. Onu yapsak zaten o kişiyi doğuran da, babası da, dedesi de suçlu olacaktır. Yani suçluyu yetiştiren herkes o suç oluşturmuş olacaktır. Biz belli bir yerde o illiyet bağını keseriz. Yani uygun illiyet bağını aramaya çalışırız.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Peki gerçek hastalar var bu tümör olayında olduğu

gibi. Türk Hukukunda bunun karşılığı nedir? Gerçekten tümöre bağlı olduğu da gösterilebilecek bir suçu nasıl karşılar hukuk?

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Bilemiyorum ama orada sadece hâkimin yetkisi dâhilindeki indirimler olabilir.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Kişinin dünyevi istidatları bir hafifletici sebep, tazminata indirim sebebi olarak dikkate alınabilir. Borçlar kanununda eski kanunun 43. maddesinde, yenisinde de onu karşılayan 49 ve sonraki maddelerde de düzenleme var. Ceza kanununda da, uzmanı değilim ama sanırım “takdiri hafifletici sebep” olarak onların da dikkate alınması mümkündür.

Özkan Gürdoğan (Ayvacık Savcısı): Bahsettiğiniz şey, eğer iradesi üzerinde mutlak bir etkiye sahipse, o zaman kişinin ceza ehliyeti olmadığına karar verilir. Aynı akıl hastalığı gibi düşünmek gerekir.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Yani diğer davranışlar açısından bir anormallik tespit edemiyorsunuz. Gerçekle bağlantısı şusu, busu. Ama mesela kumarbaz. Ya da cinayet işliyor. Yani çok spesifik, sadece bir alana mahsus bir patolojisi var. Veya kleptomanide olduğu gibi...

Özkan Gürdoğan: Doğrudan iradesini etkiliyorsa zaten ortada geçerli bir iradede bahsedilemez. Burada ceza verilmesine yer olmadığı noktasında karar verilmesi gerekir diye düşünüyorum.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Somutluk o kadar tuhaf bir şey ki, bunun üzerine dayanan ilk hasta, bir demir yolunda bir ustabaşı. Bu, çok akıllı bir insan. Bir grup çalıştırıyor ve demir yolunun açılacağı yollarda patlayıcılarla yolun açılmasını sağlıyor. Bu patlayıcıyı da o kullanıyor. Bir demir çubukla sıkıştırıyor. Çalışmalar sırasında bu demir çubuk gözünün altından girip kafatasını delip beynini patlatıyor. Ciddi bir hasar oluşturmuyor. Kısa zamanda hasta toparlanıyor ama daha önce çok zeki, şen şakrak, sosyal ilişkileri çok iyi olan, bütün takımın liderliğini yapabilen bir kişiyken pasaklı, sözüne güvenilmez, içkici birisi haline dönüşüyor. Bu net bir etki. Ama sizin açınızdan yeterli bir etki mi? Bu, bir yandan da bizim bilimsel araştırmalarımızın üzerine dayandırdığımız, “insanların karakteri nasıl ortaya çıkar, davranışı nasıl belirlenir” sorusunun da üzerinden götürür bir şey. Bir araştırmacının yazdığı son kitaptaki örnekte daha da ileri götürücü bir şey. Hastası bir trafik kazası geçiriyor. Yapılan tetkiklerin hiç birinde bir patoloji saptanmıyor. Bizim klasik akıl hastalarına uyguladığımız testlerde de bir şeye rastlanmıyor. Kişi, belediye meclisi üyesi galiba, toplumda iyi bir yeri olan, ticaret yapan biriyken işini, ailesini kaybedip tek başına yaşamaya başlıyor, tuhaf birisiyle evlenip boşanıyor, bütün malını mülkünü kaybediyor. Zaten sigorta firmaları, bu kişinin gerçekten bir hastalığı olup olmadığını anlamak için doktora sevk edi-

yorlar. Çok özel bir takım tetkikler geliştirdikten sonra bir patolojinin olduğunu saptıyor hekim. Beyinde gösterilebilir bir şey yok ama açık bir şekilde o kişinin, önceki hayatıyla şimdiki hayatı arasında fark var. Kendini engelleyemiyor. Sürekli kumar oynuyor, davranışları tümüyle toplum içinde yer edinemeyecek hale dönüştüyor. Kastettiğimiz şeyler bunlar.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost (*Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Taşıyıcı annelikle ilgili bir şey sormak istiyorum. Taşıyıcı annenin, çocuk veya çocuğun genetik yapısı üzerindeki etkisine dair araştırmalar var mı? Yoksa sadece bildiğimiz şekilde beslenme, büyütme noktasında bir etkisi mi var?

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Taşıyıcı annenin kendi kan kimyası ve hormon konfigürasyonunun çocuğun üzerinde şekillendirici etkisi olabilir ama genetiği üzerinde hiçbir etkisi olamaz. Kadında hormonal anormali vardır, bir hormonu fazla ya da eksiktir. Bu durum, çocukta bir takım yapısal ve fonksiyonel şekillendirmeler yapabilir. Mesela anne diyabete eğilimliyse çocukta da bu olabilir. Ama bunların hiçbirinin genetiğe etkisi olamaz.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Tıbbi açıdan, taşıyıcı annenin başka çocukları varsa onlar kardeş sayılır mı?

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Bu, üzerinde çok ciddi araştırma yapılmış bir konu değil. Aynı durum süt kardeşliğinde de var çünkü. Anneden bebeğe, bebekten de anneye bir takım hücreler geçiyor. Bu hücreler plasentadan özellikle de doğum sırasında süttten geçiyor. Sütle bir bebeğe başka bir anneden o hücreler geçebiliyor. Peki, bu hücrelere ne oluyor? Bu hücreler, genellikle kök hücre niteliğindedir. Vücutta çeşitli yerlere yerleşiyorlar. Çoğunluğunun da çeşitli hastalıklarla ilişkisi gösterilmiş. Yani genellikle olumsuz yönde bir tarafı var. Mesela bir annenin ilk çocuğu doğdu. O ilk çocuktan anneye, anneden de ilk çocuğa bazı hücreler geçiyor. Anneye birinci çocuktan geçen bu hücreler, anneden ikinci çocuğa geçebiliyor. Bu şu demek oluyor: Küçük kardeşler ağabeylerinin ya da ablalarının hücrelerini taşıyor. Yani sona doğru geldiğinizde tam bir hücre zenginliği. Yedinci çocukta annesinin, artı altı tane kendinden büyük kardeşlerinin hücreleri oluyor. Hatta ta dayılarından hücre geçebiliyor. Çünkü annesi eğer dayısından büyükse oradan da geliyor. Bu, çok yeni bir konu. Mikrokimerizm diye anlatılıyor. Bu hücre popülasyonu çok büyük değil. Hastalıklarla bir takım ilişkileri gösterilmiş ama araştırmaya değer bir konu. Altından başka şeyler çıkabilir. Özellikle beyinle ilişkisi, davranışa bile etkisi olabilir mi? Böyle ihtimaller var.

Özkan Gürdoğan: Taşıyıcı annelikte, taşıyıcı annenin genetik özelliklerini çocuğun taşıyıp taşımayacağı hususunda bir soru sormak istiyorum ben de. Bir katkı olarak şunu söylemek istiyorum: Aslında bu tıbbi gelişmelerin hemen akabinde hukuki düzenlemelerin yapılmasının da sakıncası olabilir. Çünkü yeterli tıbbi

araştırmalar yapılmadan, hukuki bir düzenlemenin yapılmış olması, bir takım sakıncalar doğuracaktır. Ben ülkemiz açısından da bu araştırmaların beklenip o şekilde düzenleme yapılması düşüncesindeyim.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Ben de onu vurgulamaya çalıştım. Bunun hukuktan önce etik olarak ele alınması lazım. Bunlara bir takım etik kurulların belki karar vermesi çok daha pratik ve yerinde olur. Çünkü bilgiler de sürekli değişiyor.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Ben de hastanede başımıza gelen bir örnekten bahsedeceğim: Genç bir hanım. İlk doğumunda komplikasyonlar ortaya çıkıyor ve rahmini kaybediyor. Ameliyatla rahmini almak zorunda kalıyorlar. Bu, onun bir daha çocuk doğurma ihtimalini ortadan kaldırıyor. Yeni evli genç biri. Annesi de genç. Bu hanımın annesi, toplumumuzda yaygın olan bir anlayışla, çocuğu olmazsa kızının evliliğinin biteceğini düşünüyor. Ve kendisi, kızı için taşıyıcı anneliğe gönüllü oluyor. Bizim toplumumuzda olabilecek bir şey mi bu? Doğan çocuk onun nesi olacak? Akrabalık ilişkileri, hukuksal ilişkiler nasıl belirlenecek? Doğan çocuğun anneannesi mi olacak, annesi mi?

Enes Yarar (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2. Sınıf Öğrencisi): Kişinin veya yargılama sırasındaki sanığın hangi tutumlar içinde olabileceğine ilişkin değerlendirmelerde bulundunuz. Yalnız bunları iletirken bir ihtimal dâhilinde olduğunu söylediniz. Benim sorum şu: Yargılama sırasında genom raporunun ispat hakkı hangi tarafta olacak? Savunma makamı mı yoksa iddia makamı mı bu raporun açıklanmasını isteyebilir, hangi taraf daha etik olur?

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Ben buraya çalışmadım ama! (Kahkahalar) Hocalarımızdan varsa yorum yapmak isteyen...

Prof. Dr. Yücel Sayman (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Aslında bu, benim de çalışmadığım bir şey ama biz hukukçular olarak konuştuğumuzda dikkat ettiğim şey şu: Siz tıpla, biyolojiyle ilgilenen biri olarak bütün bunları anlatırken olasılıkları söylüyorsunuz. Biz ise bunlara hemen cevap getirmeye çalışırken bugün var olandan yola çıkıyoruz. Yani onun değişmezliğini varsayıyoruz. Mesela ileride belki farklı bir akrabalık sistemi çıkacak. Sorun burada, neden hukukçu olarak kafamızdaki bugünkü kavramları çözmeye çalışıyoruz? Kaldı ki siz olur mu olmaz mı belli değil diyorsunuz. Hukukçu olarak bunu çözmeye çalışınca hukuk işlevi bakımından karşımıza şöyle bir temel sorun çıkıyor: Bazı olasılıklar var, bunlar olabilir. Belki doğrudur, belki yanlıştır, belki gerçekleşir, belki gerçekleşmez ama gerçekleşirse bir maymuna insan beynini taktığımız zaman bize deniyor ki bunun olabileceğini söyleyen bir bilim adamı böyle bir hipotezi geliştiriyor, kanıtlayacak. Kanıtlaması için araştırma yapması gerekiyor. Onu yasakla diyorsunuz. Bu yasaklanıyor. Ne adına yasaklıyoruz? Hukukçu bunu söylemek zorunda. Neye, hangi kavrama dayanarak yasaklıyoruz? Ama biz hemen yasakla dediğimiz

zaman, zaten o uzun bir gelecek yasakladığımız ölçüde eğer birisi gizlice yasal düzenlemelere rağmen bunu sonuçlandırmamışsa hiçbir zaman olmayacak bir şey demektir. Biz de o zaman bir determinizm içine giriyoruz. Birdenbire kendi alanımızdan çıkıp bir biyolojik determinizm içine giriyoruz. Aslında o biyolojik determinizmde de başka fikirler var. Din, ahlak, insanlık var. Böyle yaparsak bu normal gelişmenin önündedir diye bir biyolojik determinizme giriyoruz. Biyolojinin bizzat kendisi, eğer neye nereden varacağını biliyorsa, doğa bilimleri olarak, determinizmden hareket ederek bir şeyler söyleyebilir ya da değiştirebilirken bunun içine kimyacı, fizikçi de giriyor ama bir hukukçu biyolojik determinizm ileri sürülmüş alanda o konseptte dayanarak bir hukuki formülasyon geliştiremez. Geliştirmemesi de gerekir. Ama bizim bir alışkanlığımız var hemen bir çözüm getiriyoruz. İlk çözüm de herkesin duygularına hitap eden yasaklamadan yana oluyor. Hukuk aslında bir bilim dalı değil en fazla bir uygulama alanıdır. Öyle yapın diyorsunuz öyle yapıyoruz. Çok disiplinli çalışılması gerekir. Bütün doğa bilimleri olacak. Fizikçi, kimyacı, biyolog, toplumbilimci, ekonomisti, teknoloji mühendisi olacak, biz olacağız ki nasıl bir kavram üreteceğimizi ortak görüşlere bakarak yapalım. Gelişmelere bakarak karar verelim. Bizler hukukçu olarak karar veremeyiz. Yani klonlamayı bugün yasaklarsın ama günün birinde yapılır. İlk böyle birisi çıktığında tartışacağımız konu, bu insan türünün bir üyesi midir değil midir? “Klonlama insan türünün gelişmesine aykırı” diye yasaklanmalı deniyor ama bu durumda 1500’lü yıllara geri döneceğiz. Bu, madem teknik olarak mümkün, birisi bunu gizlice gerçekleştirdiği zaman insan türüne aykırı bir şey dünyaya gelmiş olacak. Ne diyeceğiz biz ona? Sen insan değilsin diyeceğiz. Yani hukukçu olarak bunları tartışmak, faydası bakımından değil... Hukukçu, bir şey sorulduğu zaman, bugün var olan kavramlara dayanarak bir şey söylüyor ama bugünkü teknoloji özellikle biyo teknolojideki gelişmeler o kavramlarla bunları izah etmemizi mümkün kılıyor. O yüzden bizlerin de içinde olduğu böyle bir merkez gerekli diye düşünüyorum. Ki neyi niçin yasaklayacağımızı bilelim.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Sayın Hocamın hukuk aslında bir bilim değildir diye bir ifadesi oldu. Ben buna katılmıyorum. Hukuk normatif bir bilimdir. Normatif bir bilim olması itibarıyla uygulama alanındaki hükümleri tabii ki incellersiniz. Bilimsel usullere göre ama ya dogmatik hukuk olarak incellersiniz. Mevcut olanın bilimsel ispatlar doğrultusunda açıklamasını yaparsınız ya da tabii hukuk ilkelerine göre açıklarsınız. Ama bunun bir bilim olduğunu kabul etmek gerekir. Aksi halde sanki sınırları belli olmayan, herkesin canının istediği gibi yorum yapabileceği falan gibi anlaşılır ki bunun da doğru olmadığı kanaatindeyim.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Bilim olmanın da aslında ne kadar matah bir şey olduğu tartışılıyor. Yeni bir bilim tanımı, bilimi şu şekilde tanımlıyor: “İndirgemeci ve sektörel bir bilgi alanıdır.” Yeni yaklaşımların en önemli özelliği, bilgi

alanı dediğimiz bilimle sınırlı değil. 19. yüzyıldan itibaren aşırı pozitivism bilimi aslında tek bilgi alanı gibi bize sundu. Hâlbuki bilgi alanı dediğimiz çok geniş bir alan. Burada bilimin ötesinde de bilgi alanı olduğunu onlarla birlikte düşünmemiz gerektiğini söylemek gerekir. Tabii ki hukukun bir normatif boyutu var. Normatif bilgi olmadan iyi bir hukukçu olunamaz. Ama “bu normatif bilgi, hukukun yüzde kaçındır?” diye sorduğunuzda aslında normatif bilgini ötesinde hukuku etkileyen çok farklı şeyler olduğunu görüyoruz. Bizim etik yargılarımız, değerlerimiz, bütün bunlar hukukun içinde yer alan unsurlar. Biz onları o normatif kalıplar içinde konuşuyoruz. Yani o yönü itibariyle evet hukuk bir normatif alan. Fakat sadece o değil, başka bilgileri de ihtiva eden bir disiplin. Örneğin “kamu yararı ne?” diye sorarsak, kamu yararı bir normatif ifade aslında normlarda ifadesi bulunan, Anayasada yer alan. Ama bunun içeriğinin ne olduğu üzerine konuşmaya başladığımızda bambaşka bir alana kayıyoruz. Benim için kamu yararı olan bir şey başkası için olmuyor. Hukuku önce böyle ele almak lazım. Hatta tıp da olmak üzere bilimlerin önemli bir kısmında bunun böyle olduğunu görebiliriz. Yani tıp dahi aslında sandığımız kadar pozitif bir bilim değil. İnsana bakışla ilgili bütün bilgi, tıpcıyı da etkiliyor.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Doğa bilimlerinde bilim adamının görüşü nesneldir. Yapacağı şeyden ne çıkacağı ilgilendirmez onu. Ne amaçla kullanılacağı, nereye gideceği onu hiç ilgilendirmez. Meraktır. Dünyayı kavrayacaktır, evreni açıklayacaktır, bir şeyleri bulacaktır, bir yere getirecektir. Yani eğer atom bombası üzerinde çalışanlar, “bundan atom bombası bundan” diye düşünseydi yapmayacaklardı. Bu onları ilgilendirmez. O nesnel olarak yaptı. Bunun uygulamalarını teknoloji yapar. Oraya girer, bir teknisyen olarak. Mühendislik ve teknoloji böyle bir şeydir. Hukuk da böyle. Biz kendimize bilim adamı diyorsak biz nesnel değiliz. Biz özneliz. Yaptığımız her şeyi bir yere dayandıracağız. Doğa bilimcisini ilgilendirmeyen doğruları biz kendimize sürekli sorarız. Geçenlerde bir kitabı okurken rastladım, manyetik alanlar vs. bir sürü şey buluyor. O zamanın İngiliz maliye bakanı, “*Bütün bu yaptığınız ne işe yarıyor?*” diye soruyor. “*Valla ben de bilmiyorum ne işe yaradığımı ama bildiğim bir şey var, birazdan vergilendireceksiniz bunu*” diyor. Yani biz kendimize öznel olarak bakarız ve o öznel bakışımızın temelinde aslında bilimin ortaya koyduğu gerçekler üzerinde bir toplum oluşmuşsa nasıl oluşmuş, o toplumun yapısını nasıl muhafaza edebiliriz, eğer demokratik bir toplumsa birey özgürlüğüne önem verecek bir medeni kanunu nasıl düzenleriz, o şey belirli bir aile anlayışı getiriyorsa o yapıyı nasıl korurum? Bunlar hep öznel şeylerdir. Bugün tıbbın bile bilimin içine girmediği, teknolojik bir uygulama alanı olduğu söyleniyor. Beşeri bilimler içine bile hukuk şimdiye kadar girmemiş ama biz hukukçular olarak en büyük bilim dalıyız biz deriz. Ama hiçbir zaman bir şey çıkartmayız. Sadece kural getiririz.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Bu pozitivism Avrupa’da özellikle çok etkili oldu. İki tane pozitivist var Avrupa’da. Hard ve Kersel. Bunlar çok önemli hukukçular ve dünyanın hukuk anlayışını belirleyen isimler. Fakat Anglosakson yaklaşım, özellikle Amerikan yaklaşımda iş biraz daha farklı. O yüzden Amerika’da hukuk fakültesi demezler, “school of law” derler. Yani tam bir pozitif bilim olarak algılanmaz hukuk.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Onların öyle alması bizi bağlamaz. Fakülte, fakültedir...

Prof. Dr. Yücel Sayman: Peki, herkese teşekkür ediyoruz.

HUKUKÇULARLA SOHBET

PROF. DR. SABAHATTİN AYDIN

MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ REKTÖRÜ

Saygıdeğer hocalarım, sevgili arkadaşlar;

Bu toplantının düşünce aşamasında Yücel Sayman Hocamızla biohukuk kavramı etrafında kısa bir sohbetimiz olmuştu. Beni bu toplantıya davet ederken, “hukukçularla sohbet” başlığı altında programa koyduğunu ve başladığımız sohbetin devamını getirmemiz dileğini belirtti. Bu vesileyle hocanın hoşgörüsüne sığınarak sizlerle sohbet etmek istiyorum.

Açıkçası sahip olduğum meslek disiplini açısından burada ele aldığımız konu hakkında söz sahibi olmada iddialı olabilecek bir konumda değilim. Uzmanlık alanım cerrahi bir alan olan, üroloji. Cerrahi disiplinlerdeki temel yaklaşım, bozulduğu anlarda insanın vücut bütünlüğünü toplamak, bazen de toplu olan vücut bütünlüğünü bozmaktan ibarettir. Neredeyse bütün felsefe bu iki eylem üzerine kuruludur. Cerrahlar olarak bunun dışında fazla bir ilave eylemimiz olmaz; ya dokuları bir araya getirmeye çalışırız ya da kendimizce teorik olarak zararlı olduğuna inandığımız bir kısım organları ya da dokuları vücuttan ayırırız. Ya bir şekilde kazayla parçalanmış olan vücudun bütünlüğünü sağlamaya çalışırız, ya da bir şekilde doğal sürece zararlı olduğuna inanılan doku ve organları vücuttan uzaklaştırarak vücudun bütünlüğünü bozmaya yarayan bir eylem içine gireriz. İnanılan diyorum çünkü süreç içinde tıbbi bilgiler çok hızlı değişir; bugün inandığımızı yarın reddedebiliriz. Dolayısıyla bu çerçevede kendimi konuyla çok ilişkili olan biri ve açıkçası size bir mesaj vermeye yetkili bir tebliğ sunucusu gibi görmüyorum. Sözlerimi bu kapsamda değerlendirirseniz sevinirim.

Şöyle bir fıkra hatırlıyorum: Bir kişi ölüp ahirete göç etmiş; cennetin kapısında onu melekler bekliyormuş. Melekler, cennetlik olmasına neden olan iyi amellerinin ne olduğunu sormuşlar. Dünyada hiç makbul bir adam olmadığı halde neden cennete geldiği konusunda kendisi de bilgi sahibi olmamakla birlikte, yaşadığı bir anı hatırlayarak, “olsa olsa budur” düşüncesiyle, yaptığı doğru dürüst iş olarak sele kapılmış bir çocuğu kendi hayatını riske ederek kurtardığından bahsetmiş.

Bunun üzerine melekler, yıllardır böyle bir fiille cennete gelen birinin olmadığını

dan bahisle, bu olayı cennet ehline anlatmasını istemişler. Bütün cennet ehli bir araya toplanmış; adam başlamış anlatmaya. “Dağdan aşağıya sel gümbür gümbür geliyordu. Öüne evleri, arabaları, ağaçları katmış hiçbir engel tanımadan ilerliyordu. Bir anda korkuyu unuttum ve hiç tereddüt göstermeden kendimi sulara attım” diyerek hararetle anlatırken meleklerden biri kulağına eğilmiş ve “Üslubuna dikkat et, dinleyiciler arasında Nuh Aleyhisselam da var!” diye uyarılmış...

Şimdi ben de burada böyle bir psikolojiyle konuşuyorum. Bu yüzden bazı konularda tereddüdümü mazur görün.

Değerli arkadaşlar, buradaki toplantının bence konusundan ziyade en önemli yönü, farklı disiplinlerin bir araya gelip ortak bir konu üzerinde müzakere edebilmesidir. İlkel olarak bu önemli bir husus. İnsanoğlu bilimlerin gelişme sürecinde yeni bilimleri bölerek var etti. Bilim tarihinde geriye gidersek önceleri her şeyle ilgilenen bilim adamları varken sonra bilimleri sınıflamaya başladığımızı görürüz. Daha sonra detaylandırıp bilim dallarının alt disiplinlerini oluşturmaya başladık. Bu bölünmelerle tıp gibi alanlara geldiğimizde yüzlerle ifade edilen alt dallar doğmuş oldu. Çeşitli disiplin farklılıkları anlayış farklılıklarına dönüştü; kendi etraflarını, evreni analiz etmeden doğan farklılıklar oluştu. Farklı disiplinlerin uyguladıkları farklı bilimsel metodolojilerle farklı sonuçların doğduğunu görünce bunları bir araya getirme uğraşına girdik. Geldiğimiz noktada multidisipliner çalışma, çok disiplinli çalışma, özlediğimiz bir model haline dönüştü. Yani aslında bilim tarihinin en başına dönme uğraşı veriyoruz şu anda. Bu açıdan da böyle bir toplantının çok anlamlı ve önemli olduğunu düşünüyorum. Tabi olay sadece farklı disiplinler arası ayrışma ve bunun tekrar ele alınması sorunu değil, aynı disiplinin zaman ve mekân içinde de bu şekilde değişimler gösterdiği de bir vakıa. Örneğin Newton fiziği ile dünyadaki statik olayları çok rahat izah edersiniz ama uzaya çıkıp ışık hızına ulaşırsanız Einstein fiziğine ihtiyaç duyarsınız. Aksi takdirde Einstein fiziğine dayanmadan uzaydaki hareketleri, olayları çözmeniz mümkün olmaz. Eğer evrenin oluşumunu izah etme gibi bir iddia ile yola koyulursanız, Einstein fiziği de yetersiz kalır. Atom ve bildiğimiz parçacıkların ötesinde, nötronların, protonların da altında, bugün birçoğu bize sadece teori gibi gelen fotonların da altında parçacıklar düzeyinde, hatta antifoton, antimadde gibi arayışlarla fizik araştırmaları yapılır. Gördüğünüz gibi, bildiğimiz ve kanun-kural diye kabul ettiğimiz bilim olguları mekânla da, zamanla da değişebiliyor. Böyle bir değişkenlik ortamında, sosyal dallar tabiatı itibarıyla kaygan bir zeminde duran alanlardır. İnsan anlayışıyla, insan kültürüyle, insan bilgisiyle her an değişmeye mahkûm disiplinlerdir. Sosyal bilim dallarıyla, pozitif bilim olduğunu iddia eden alanların bir araya gelmesi ise adeta doku uyumsuzluğu oluşturuyor; sürekli en çok çatışmanın olduğu alanlar bunlar. Bu açıdan da, birlikteliğimizin böyle zor bir işi başarmak adına önemli bir adım olduğunu düşünüyorum.

Bu kadar genel bir girişten sonra, biohukuk konusuna biraz değinmek isterim. Hayat varlığımızın ifadesi. Kendimiz bizzat hayatla var olduğumuza göre, tüm bilimler hayatın etrafında düğümleniyor; bütün nesneler, hatta bütün varlıklar. Bu yüzden sanki biz biyolojiyi bilimlerin temeli gibi görüp bunun üzerine birçok şeyi kurduğumuzu ima eden bir davranış içindeyiz. Teknolojiyi geliştiriyoruz ama artık biyoteknolojiden bahsediyoruz. Etik, hepimizin günlük hayatında, sosyal ilişkilerinde çok önemli bir yer tutuyor ama biyoetik konusunu bir sonraki merhale gibi ele alıyoruz. Farklı enerji türleri arasında bocalarken, “Acaba biyoenerji konusu daha temiz bir enerji oluşturur mu?” diye bir arayışa giriyoruz. Biyogazlar, biyoyakıtlar... Tabi bu kadar hayatla bağdaştırdığımız farklı olgularla birlikte, doğrudan hayat bağı kurmada zorlandığımız alanları da biyoloji ile bağdaştırmaya başladık. Biyoekonomiden, biyokapitalden bahsediyor, biyopolitikaları gündeme alıyoruz. Biyoiktidarlardan söz ediliyor dünyada artık. Burada biohukuk kavramı ile yeni bir tartışma açmak da bence önemli bir adım.

Bilimin hayata uygulanması, hangi dalıyla ilgili olursa olsun bilimdeki her türlü gelişmenin hayata uygulanıp uygulanmayacağı tarih içinde çok tartışılmış. Belli özgürlükçü görüşler, “neden olmasın” tartışması yapmışlar. Daha totaliter görüşe sahip olanlar, bu konularda mutlaka bir sınır çizilmesi gerektiği üzerinde durmuşlar. Sol görüşlü bir Alman düşünür, “*Bilimsel bilgi tabiata uygulandığında bilimin gelişmesini sağlar ama topluma uygularsanız burjuvazinin ideolojik silahı haline gelebilir.*” diyor. Toplum insanlardan oluştuğuna göre eğer bunu insan hayatına uygularsanız ne olur? Böyle bir görüşü benimsiyor değilim ama böyle bir görüşle de olaya yaklaşılabildiğini ifade etmek istiyorum. Bütün bilimsel bilginin topluma uygulanması, hayata uygulanması ne kadar doğru, bu bir tartışma alanı. Eğer bilimsel bilgiyi insana, hayata uygulayabilmeyi mutlak, ölçüsüz, sınırsız bir yetki gibi kabul edersek, o zaman “İnsan nedir? Hayat nedir?” sorularına cevap vermemiz gerekiyor.

Tarihte süreç ve disiplinler içinde insan algısı da çok farklıdır. Descartes’ın, homo sapiensi klasik ruh ve beden ayırımına sahiptir. Sanayileşme devriminden sonra ise üretim aracı gibi, bir mülk gibi görünmeye başlanmış insan. Her iki bakış açısındaki insan kavramına bilimin uygulanması farklı sonuçlar doğuracaktır. Daha geniş çerçevede bakarsak, semavi dinlerin insanı emanet olarak gördüğünü fark ediyoruz. Yani insan, kendi iradesine teslim edilmiş, korumak üzere emanet olarak bırakılmış. Böyle bir insan anlayışında belki daha korumacı bir yaklaşım gerekiyor. Bu açıdan siz insanı nasıl algıyorsanız, bilimin insan üzerinde uygulanmasını da açıkçası bu algıya göre ele almanız kaçınılmazdır. İçinde bulunduğumuz toplulukta her birimizin farklı bir insan algısı olduğunu düşünelim. İnsanı mülk gibi gördüğümüzde, tabi ki mülkünüzün üzerinde tasarruf hakkı bize aittir. Ama insanı emanet gibi gördüğünüzde tasarruf hakkını bu denli kendinizde göremez-

siniz. “Vücudum benim mülkümdür” dersiniz, onu bozma hakkına da sahip olursunuz. Bugün mesela Batı toplumlarında çok yaygın olan tatuajın temel felsefesi, “Mülkümü istediğim gibi kullanırım” anlayışından kaynaklanıyor. Bu anlayış, bir felsefeye, bir gençlik akımına doğru dönüşebiliyor. Ya da yine mülk olarak düşündüğünüzde, beğenmediğiniz vücut yapılarınızı değiştirme, şekil verme, estetik ameliyat gibi, normal sınırlar içinde kabul edilecek vücut yapılarınızı kendi arzunuz istikametinde değiştirme hakkı elde edersiniz. Bedeninizin üzerinde seçim hakkı kullanırsınız; cinsiyetinizi değiştirmeyi bir hak olarak görürsünüz. Eğer vücudunuz mülkünüz değilse, cinsiyet değiştirmenin bireysel bir hak ve sadece iradeyle verilebilecek bir karar olup olmadığını tartışmak gerekir.

Bugünün kapitalist dünyasında insan, adeta homo sapiens değil, homo ekonomikus olarak algılanıyor. İnsana neredeyse tamamen ekonomik bir değer gibi bakılmaya başlandı. İzninizle bir örnek vereyim: Mesela dünyadaki istihdam ve kaynak kısıtlılığına bakarak dünyadaki sınırlı kaynakların kalabalık nüfuslarca tüketilmesinin gelecek nesillere zarar verme riski taşıdığı önyargısıyla nüfus azaltıcı yani antinatalist politikalar uygulamaya kondu. Bu nüfus azaltıcı biyopolitika, ne gelecek nesillerin yaşama hakkını gözetiyor, ne de insanların üreme hakkına saygı gösteriyor. Ama tartışmaya açtığı konu, bir biyopolitika olarak insanı ekonomik varlık -ancak üretim aracı değil, tüketim aracı olan bir ekonomik varlık olarak görmekten ibaret. Diğer taraftan, üretim aracına, yani genç nüfusa ihtiyaç olan, ihtiyaç duyan bir ülkedeyseniz, bu sefer politikanız pronatalist, yani nüfus artırıcı yönde oluyor. Bugün nüfus artırıcı politikaları Avrupa ülkelerinin çoğu ile İsrail şiddetli bir şekilde uyguluyor. Türkiye olarak biz Cumhuriyet döneminde 1965’e kadar pronatalist politikalar uyguladık. 65’lerden sonra nüfus azaltıcı antinatalist politikalara geçtik. Şimdi yeni hükümetimiz bu politikalarından vazgeçmiş görünüyor. Gördüğünüz gibi aslında bu politikaları hayata geçiren politikacılar, insan varlığıyla, insan algısı ile bu kadar oynarken ne hukuki ne de etik olarak hiçbirimiz bu konuda bir itiraz yükseltmedik. Aslında bu politikaları da analiz edip bunların etik ve hukuki çerçevesine bakmak lazım diye düşünüyorum.

Bu yaklaşımdan hareketle, eğer insanı homo ekonomikus olarak tanımlarsanız, insanı maliyet etkililik açısından da değerlendirmeniz gerekmez mi? Buna bir örnek vereyim izninizle. Araştırmalara göre, bir birey için yapılan sağlık harcamasının çok önemli bir kısmı hayatının son bir ayında yapılmış. Çoğu zaman hastanelerde, ameliyatlarda, ya da yoğun bakımlarda geçen ve sağlık harcamalarının en fazla yapıldığı an. Bu oranın yüzde 30 olduğunu varsayalım. Yüzde 30 harcama ile insanları 1 ay, yüzde 70 harcama ile bir ömür yaşıtıyorsunuz. O zaman maliyet etkililik mantığıyla olaya yaklaşırsak, son bir aylık harcamaları yapmayarak toplumun geri kalanını refah içinde yaşatabilir miyiz? Söylediğim size çok dramatik gelebilir ama bakın başka yönden örnek vererek konuya açıklık getireyim. Mesela

küçük hücreli akciğer kanseri veya pankreas başı kanseri gibi hastalıklarda tıbbi tabirle sürvi dediğimiz beklenen yaşam süresi sınırlıdır. Bu hastaların hastaneye yatıp tedavi edilmesi, ortalama 3 ila 6 aylık ömürlerinde milyonlarca lira para harcattırır sigorta sistemlerine. Bilimsel metotlarla ulaşılmış sürvi rakamları elimizdedir. Böyle bir durumda biz bu hastalıkların teşhisini alan bir hastayı tedavi etmezsek, yüzlerce ekmek bulamayan fakir aileyi, binlerce süt bulamayan bebeği kurtarabiliriz belki. Ben bunu savunuyor değilim. Ama eğer insana ekonomik bir varlık olarak bakarsak bu niye olmasın diyorum? Bunun da hem etik, hem hukuki yönünü tartışmak zorundayız. Görülüyor ki, sadece insanı nasıl tanımladığımız, kendi dünya görüşümüzle nasıl konumlandığımız, bizim hem etik, hem hukuki davranışımızı değiştirir diye düşünüyorum.

Vücudumuzu bu ekonomik kavramlar çerçevesinde mülk olarak gördüğümüz zaman, şöyle hukuki bir soru aklıma geliyor: Acaba vücudumuzu miras bırakabilir miyiz? Bugün belli toplumlarda bedenin ölüsü, dirisinden daha kıymetlidir. Size çok garip gelebilir ama şu anda Amerika'dan Türkiye'ye 100 bin doların üzerinde bedellerle kadavra ithali yapılıyor. Bazı firmalarca bu fiyatların 10 bin dolara kadar düşürüldüğü söyleniyor. Bugün Hindistan veya Somali gibi ülkelerde bir kişi canlı olarak vücudunu 100 bin dolara satamaz. Dolayısıyla böyle ekonomik değeri olan bir varlık mülk ise niye miras bırakmayalım? Niye pazarlamayalım? Ya da miras bırakıp pazarlarsak bu etik mi, hukuki mi, bunu gelin tartışalım.

Gelin insana bir başka açıdan bakalım. Yaşama hakkı temel insan haklarından biridir. Bu temel insan hakkının toplumların, otoritelerin, devletlerin sorumluluk altına girmesi, 1948 tarihli Evrensel İnsan Hakları Beyannamesinde yer almasından kaynaklanıyor. İnsanın özellikle sağlık hizmeti aldığı dönemdeki hakkı ise, daha yeni hasta hakları kavramı ile 94'ten sonra geliştirilen Amsterdam Bildirgesi ile bizim gündemimize girmiş durumda. Burada ister genel olarak temel yaşama hakkıyla insanı ele alalım, isterseniz özel olarak hasta hakkıyla hastayı ele alalım, amaçlar örtüşmüş durumda. Amaçlanan hem sağlıklı yaşama hem de sağlık tanımına uygun yaşama değil mi? O zaman, sağlık tanımına uygun yaşamak bireysel hak ise bir insan hakkından vazgeçebilir mi? Ona hakkından vaz geçme hakkı tanınabilir mi? Eğer böyle bir hak tanınabilirse, sağlıklı yaşamak istemeyenlere, ölmek isteyenlere bu izni vermek gerekir. Yok, eğer bunun bir hak olmadığını iddia ediyorsanız, "Sağlıklı yaşama hakkı vazgeçilemez bir haktır; kişi bundan sarfı nazar edemez", diye bir hüküm koyuyorsanız, o zaman kişinin doğuştan veya sonradan edindiği engellerle yaşaması, kabullenemediği cinsiyetle yaşaması, cinsiyet değiştirmesi sağlıklı bir yaşam mıdır? Bunu tartışmaya açmak gerekir. Ben meslek olarak transseksüel ameliyatlara da ilgilenmiş biriyim. Bunun psikolojik yönünü tahlil edersek farklı sonuçlara ulaşıyoruz. Olaya sadece beden fonksiyonu açısından bakarsanız, ortaya bambaşka bir sonuç çıkıyor. Bu, tamamen, başta da

söylediğim gibi, insana nasıl baktığımızla ilgilidir. Eğer insanın sağlıklı yaşaması tamamen kendi tercihinin bırakılmış bir olaya, o zaman üreme hakkı, gelecek nesillere kendi gücünü ve genetik bilgisini bırakma hakkı sınırsız mı olmalı, sınırlı mı olmalı? Yani mutlak üreme hakkı insanlarda olmalı mı? Eğer mutlak üreme hakkı insanlara hukuki bir hak olarak verilecekse o zaman ülkemizde ve dünyada yürütülen antinatalist politikalara bugüne kadar neden karşı çıkmadık? Bireye bu hakkı veriyoruz ama toplumsal bir kıyım yapıldığı zaman bu hakkın ihlal edilmesinden hiçbirimiz rahatsız olmuyoruz. Eğer kabul buysa tabii. Son zamanlarda çokça sözü edilen mutlak üreme hakkı, bence etik ve hukuki yönden tartışılması gereken bir kavram. Bu hususa tüp bebek çerçevesinde biraz daha detaylı değinmek isterim.

Eğer kişinin sağlıklı yaşama hakkı özgür iradesine bırakılıyorsa sağlıklı ölme, güzel ölme hakkının da özgür iradesine bırakılması gerektiğine inanırım. Yok, eğer biz insanı mülk olarak, ekonomik varlık olarak kendi bedeni üzerinde tasarruf edebilen, kendini miras bırakabilen bir varlık olarak görmüyorsak, yani bunun dışında bir sınırlama hakkını kendimizde görüyorsak, o zaman ölme hakkını da, yani güzel ölme, ötanazi hakkını da, hukuki olarak sınırlama hakkını da belki kendimizde görebiliriz. Yani olaya yaklaştığımız yere göre farklı bakabiliriz.

Fakültede okuduğum yıllarda Rus işgali esnasında fakülteye Afganistan'dan öğrenci arkadaşlarımız gelmişti. Onlardan Pakistan'ın Peşaver Bölgesinde ondan fazla yabancı hastane olduğunu öğrenmiştim. Bu hastanelerin hepsi karşılıksız, ücretsiz yaralı Afgan mücahitlerini tedavi ediyorlardı. Niye dersiniz? Aslında bunun cevabı çok net. Tıp, özellikle cerrahi alan 2. Dünya Savaşı'ndan sonra büyük ilerlemeler kaydetmiştir. Savaşlar tıbbın gelişmesi için bulunmaz nimettir, tıbbi gelişmelerin pik yaptığı dönemlerdir; sebebi bu. Savaş esnasında elinizde gerçekten denek olarak çaresiz kalmış bedenler vardır. Ne yazık ki, uluslararası hukuk açısından, insan hakları açısından bunların sorgulanması bir yana, bu faaliyetler insani yardım çerçevesinde çok da güzel ambalajlanarak dünyaya sunulabiliyor. Beden üzerinde başkasının tasarruf hakkı bu kadar serbest olabilir mi? Hele çaresiz kalmış bir insanın üzerinde böyle bir hakkımız olmalı mı? Buna hukuk normlarında nasıl yaklaşmalı? Uluslararası nasıl bir sınırlama getirilebilir, bilemiyorum.

İnsan bedenine müdahalede belki dış dünyadan çok görülmeyen ve biz tıp mensuplarının da açıkçası çok kabul etmek istemediğimiz bir tehlike daha var; o da tıbbi branşlaşmadır. Nasıl ki, bilimler başta bütüncül olarak başlayıp gittikçe branşlaştıkça birbirinden ayrıldı ve bir araya gelmesinde zorlandığımız alanlar oluştuysa, tıpta branşlaşmalar geliştikçe insanı bir bütün olarak algılayan anlayış yitirildi ve insanı organlardan meydana gelen bir organizma olarak algılamaya doğru itti hepimizi. Dolayısıyla bir nörolog kendine gelen hastayı -her ne kadar kolay kolay itiraf etmese de- öncelikle sinir sisteminden ibaret bir organizma ola-

rak görüyor. Bir kardiyolog için ise kalp ve damar sistemi ön planda. Benim gibi ürologlar insanı nasıl görüyor, onu siz tasarruf edin. Bu değindiğim hususu rahatlıkla uzman doktor davranışlarında görebilirsiniz. İsterseniz test edin; başım ağrıyor deyin ve bir KBB uzmanına gidin. Hemen iç kulak, orta kulak muayeneleri yapacak, filimler çekecektir. Dâhiliye uzmanına giderseniz öncelikle tansiyonunuzu ölçecektir. Eğer baş ağrısı için başvurduğunuz kişi bir nörolog veya beyin cerrahı ise muhtemelen beyin tomografisi çekilecektir. Mesleki sorumluluk bilinci içinde baş ağrısı yapan beyin tümörünü atlama riskini üzerine alamayacaktır. Branşlaşmanın yanında böyle teşhis atlanması halinde hukuki takibata uğrama korkusu bizi insanı daha çok parçalamaya, parçalı düşünmeye sevk ediyor. Belki bu hukuki yaklaşımı da sorgulamamız lazım.

Ben kendim de bir tıbbi uzmanlık dalı mensubu olmama rağmen, tıptaki bu aşırı branşlaşmayı, bedenın bölücü terör örgütleri diye tanımlıyorum. Nasıl ki bir üniter devleti koruma gayreti gösteriyorsak, benzer tarzda üniter bedeni korumaya yönelik bir tutum geliştirmeliyiz her halde. Aksi takdirde yukarıda sözünü ettiğim insana bakış açısı tartışmalarına dahi girmeden parça parça ediyoruz biz insan denen varlığı. İnsana hangi dünya görüşünden bakarsak bakalım, insanı nasıl görmek istiyorsak görelim ama üniter olarak, bir bütün olarak görmeye ihtiyacımız var. Her şeyden önce insanı “insan” olarak görmeniz lazım.

Dünya Sağlık Örgütü’nün kurulduğu yıllarda (1948) sağlığın tanımı yapılmış ve örgütün anayasasında yer almış. Sağlık mensuplarını hepsinin ezbere bildiği bir tanımdır bu. Kısaca, “fiziksel, sosyal ve ruhsal/zihinsel olarak tam bir iyilik hali” olarak tanımlanıyor sağlık. Eğer biz hekimler olarak, sağlık mensupları olarak insanın sağlığından sorumluysak ya da hukuk insanı olarak insanın sağlıklı yaşam hakkını korumasıyla ilgili normlar, düzenlemeler yapıyorsak, sağlığın tanımını bir bütün olarak görmeli değil miyiz? Psikiyatristleri bir kenara bırakırsak, biz hekimler yıllardır insanların fiziksel iyilik hali ile uğraşıyoruz. Hâlbuki sağlık sadece fiziksel iyilik halinden ibaret değil. Diğer alanları ciddi olarak ihmal ediyoruz. Sadece biz sağlık çalışanları değil, ülkelerin sağlık sigorta organizasyonları da bu hataya düşüyor. Örneğin Türkiye’de genel sağlık sigortası var; SGK insanları hayat boyu sigortalıyor. İnsanlara bir sosyal güvence veriyor ama sağlık tanımının bütününe vermiyor; evrensel sağlık tanımının sadece üçte birini güvence altına alıyor. Sağlığın tanımına uygun olarak fiziksel iyilikle birlikte ruhsal ve sosyal iyiliği de kapsayan bir sağlık güvencesini üstlenseydi, her halde aktüeryal dengeler bozulurdu. Bence birey olarak bu hakkımızı arayabiliriz. Bu konuya değinışimin nedeni, insanı parçalama, bölme girişiminin sadece tıp disiplinleri arasında olmadığını anlatmak içindir.

Şimdiye kadar insana nasıl yaklaşılması gereği üzerinde durdum. Biraz da teknolojinin, bilimin insan üzerine uygulanması örneklerine değineyim. Elde ettiğimiz

bütün bilimsel bilgiyi ya da teknolojiyi insan üzerine uygulamak, yani teknolojik mümkünlik aynı zamanda meşruluğu getirir mi? Bu teknolojik mümkünlikler nelerdir? Örneğin bugün biyobankalar var. Yumurtaları, kök hücreleri, DNA parçacıklarını, embriyoları bu bankalarda saklıyoruz. Bunlar bir yandan Lucas'ın dediği gibi Kapitalizmin artı değer üretme araçları. Örneğin kök hücreyle ilgili bilgilerimiz henüz kesinleşmemesine rağmen harıl harıl embroner kök hücre yani kordon kanı bankaları kuruldu. Türkiye'de Sağlık Bakanlığı buna sınırlama getirmek istediğinde, bilime karşı çıkıyor gibi algılandı. Hâlbuki ortada çok ciddi bir istismar alanı var; o hücrelerin ne işe yarayacağı konusunda şu an fazla bir şey bilmiyoruz. Yeterli bilimsel veri yok. Ancak bilimsel veri dediğimiz şeyin tartışılmalı olduğunu da gözden kaçırmayalım. Mutlak dediğimiz şey bilimsel olmaz, inanca girer. Lütfen bu tereddüdü de taşıyarak bu konulara bakalım. Ülkemizde kök hücre bankaları sınırlanmış durumda. Sperm ve ovum bankalarına ise izin verilmiyor. Ancak eşlerin kendi rızası ile sperm saklanmasına izin veriliyor. Dünyada sperm bankacılığının işleyişi şöyle: Toplumda beğenilen karakterler sperm veriyorlar; bunların özellikleri bir veri tabanına yazılıyor. Fiziksel görünüm dışında bazen yetenek, ressam olmak, müzisyen olmak gibi kabiliyetleri de aranan özellikler arasında. Spermilerin kime ait olduğu saklı tutuluyor çünkü arkasından çıkabilecek bir sürü sorun var. Dolayısıyla bir bölgede uygulama alanlarında sperm bankasını kullandığında, çoğu zaman aynı verici insanların spermeleri kullanılmış oluyor.. O toplumda birbirini tanımayan kardeşlerin varlığı gelecekte bir sorun olur mu, bunu tartışmamız gerekiyor. Bunlar sandığınızın çok üzerinde. Bakınız henüz sperm bankacılığının olmadığı yıllarda inseminasyon, yani spermin kadına verilerek çocuk sahibi olması üzerine çalışma yapıyordum. Bundan yaklaşık 25 yıl öncesinden söz ediyorum. Amerika kaynaklı doğrudan taze spermle yapılan donasyonlarda 150 binli rakamlardan söz edilen yayınlar hatırlıyorum. Dipnotunda donör olarak tıp asistanları ve öğrencilerinden yararlandığı belirtiliyor. 3-5 klinikte az sayıda asistan ve öğrencilerin çocukları ile toplumda yeni bir nesil büyüyor. Bu, ayrı bir sorun. Birbirini tanımayan kardeşlerin aynı toplumda yaşaması, çekinik genlerle hastalık taşıması, akraba olduğunu bilmeyen yüzlerce kişinin doğuracağı facialar... Bunlar hem bilimsel, hem hukuki olarak ileride karışımıza çok büyük sorun çıkaracak hususlar. Yumurta bankası henüz yaygın değil çünkü yumurta henüz çok uzun süre saklanamıyor. Sperm bankacılığı ülkemizde yasak ama Kıbrıs'ta serbest. Kıbrıs'ta yumurtaların kimlerden alındığını biliyor musunuz? Kıbrıs Üniversitelerinde okuyan öğrencilerden! Yumurta başına 1000-1500 dolar vererek bu yumurtalar satın alınıyor. Öğrenciler için güzel ek gelir. Bizim kanunlarımızda organ ticareti yasaktır ama bir yandan hücre düzeyindeki organlarımızı hatta gelecek nesillerimizi ihraç edebiliyoruz. En azından Kıbrıs üzerinden ihraç ettik yıllarca. Yerel kaynaklardan sperm kullanıldığı da biliniyor. Tabi buradan biraz milliyetçi, biraz şovenist diyebileceğiniz bir anekdotu aktarayım. Bir toplantı için Kıbrıs'a gitmiştim. Kıbrıs Sağlık Bakanlığından bir dos-

tumla görüşürken, “Sizi tebrik ediyorum, Kıbrıs ihtilafını çözüyorsunuz. O kadar çok Yunanlı erkeklerden sperm donasyonu yapıyorsunuz ki, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyetinde Yunan nüfusu oluşuyor ve bu yolla ırka dayalı ihtilafları hızlıca çözüyoruz.” deyiverdim! Olaya ekonomik olarak bakarsanız bu basit bir ticaret meselesi olup çıkar.

Şu anda henüz adı pek telaffuz edilmeyen bir başka banka da, embriyo bankası. Teknolojik mümkünlik beraberinde meşruluğu da getirir mi dedim ya; sperm ve yumurta bankalarını meşru kabul edersek embriyo bankasını neden meşru kabul etmeyelim, ne mahsuru var? Evet, ülkeler bu konuda ciddi kurullar koyup, ciddi düzenlemeler yapıyorlar. Şimdilik embriyo bankacılığı telaffuz edilmiyor ama bu mümkün. Hatta yumurta bankacılığına göre daha kolay çünkü yumurtanın uzun süre dayanmazken, 7-8 günlük bir embriyoyu dondurduğunuzda yıllarca saklayabiliyorsunuz. Ve artık güzel bir anneden ve güçlü bir babadan gelen güçlü bir çocuğu pazarlayabileceksiniz. Biliyorsunuz Einstein’a izafe edilen bir fıkra var. Düşük zekâlı güzel bir hanım gelip, “Biz evlenirsek, benim gibi güzel, senin gibi zeki bir çocuğumuz olur,” demiş. Einstein’ın cevabı şöyle olmuş: “Ya tersi olur da, benim görünümümde, senin zekânda bir çocuk olursa ne yapacağız?” (Kahkahalar)

Bilimsel olarak embriyo bankasının hiçbir engeli yok. Bugün Türkiye’de tüp bebek merkezlerinde embriyo saklanıyor. Bu işin sadece topluma duyurulup pazarlanması yeterlidir.

İsterseniz bu bankacılık meselesine biraz daha değineyim. İnsana zararlı olan biyolojik maddenin bankada saklanması da konunun diğer bir yönü. Bugün dünyadaki biyolojik silahlar bir bakıma biyobankacılık örneğidir. İsterseniz biyobankacılığı yararlı biyobankalar, zararlı biyobankalar olarak ikiye ayırabilirsiniz. Tabii meşruiyet tartışması bir yana. Yaşadığım bir örneği anlatmak istiyorum: Çiçek hastalığı dünyada eradike edilen yani yok edilen bir hastalıktır, biliyorsunuz. DSÖ’nün tüm ülkelere, “bu ülkede çiçek virüsü kalmamıştır” sertifikası verdiği ilk hastalıktır her halde. Ondan sonra çocuk felci için böyle sertifikalar verildi. Ancak son 4-5 yılda dünyada birkaç ülkede çocuk felci görüldü ve tekrar mücadele başlatıldı. Benim yaşındaki hocalarımız hatırlarlar; eskiden işe girişlerde çiçek hastalığı aşı belgesi de aranırdı. Çiçek hastalığı tamamen yok edildikten sonra, olur ki ileride tekrar virüs ortaya çıkar diye aşı yapmak için gereken numunenin DSÖ kontrolünde saklanmasına karar verilmişti. Son derece masum bir durum değil mi? Ancak bunun saklandığı yıllar, soğuk savaş dönemi; dünya iki kutba ayrılmış. Bu virüs en güvenli yerde saklamanız gerekiyor çünkü bu aynı zamanda biyolojik silahtır. Bir kısmı Rusya’da, bir kısmını da Amerika’nın kontrolünde Atlanta’da saklanıyor. Yıllardır bu iki ülkenin dışındaki tüm ülkeler bu numunelerin imhası için talepte bulunuyorlar ama bir türlü yok edilemiyor. DSÖ yönetim kurulunda görev yaptığım 3 yıl boyunca bu konu gündemde olduğu halde bir

adım atılamadı. En sonunda DSÖ Başkanı, DNA fragmanlarının bilimsel araştırma amacıyla farklı ülkelere yayıldığını belirterek yok edilemeyeceğini itiraf etmek zorunda kaldı. Şimdi, demek ki ortada bir sorun daha var. Biyobankacılığa izin vermek, vermemek, doğru kabul edip etmemekten daha da önemli olan bunun insanlık için bir felaket olabileceğini ihtimali. Bunu düşünerek nasıl uluslararası bir sınıflama, sınırlama yapmalıyız, onu da tartışmak zorundayız.

İzninizle biraz da tüp bebek konusuna değineyim. Nedir bu tüp bebek? Spermi alıp yumurtanın içine enjekte ederek döllenmesini sağlıyor ve inkübatörde hücrelerin bölünüp embriyoya dönüşmesini bekliyorsunuz. Ondan sonra da doğal üreme organı olan rahim içinde yerleştiriyorsunuz. Aslında yaptığınız, doğal seyrin belli aşamalarına teknolojik müdahalelerden ibaret. Yoksa doğal seyrinde bozulan hiçbir zincir yok. Burası sorun değil ama ortada bir embriyo var elinizde. Başarı yüzdesine bakarak daha fazla embriyo verip başarıya gidilmeye çalışılıyor. Tabi bunun çoğul gebelik gibi bir riski var. Tekil gebelik bebeğinin gelişme şansı daima ikiz gebeliğe göre daha yüksektir. Üçüz de risk çok daha fazladır; dördüz ve beşiz gebeliklerin yaşama şansı yok denecek kadar azdır. Biz aslında bilimsel olarak faydalı bir şey yapalım derken doğacak öteki çocukların hayatını riske eder hale geliyoruz. Onun için de gene bir teknoloji devreye giriyor, birden fazla olan bebekleri öldürmeniz gerekiyor; sayısını bire düşürüyorsunuz. “Emriyo reduksiyonu” deniyor buna, embriyo azaltma. Hukuken embriyoyu öldürme hakkınız var mı, bu hakkı elde ediyorsanız neye dayanarak öldürülecek embriyoyu seçiyorsunuz? Bir başka sorun, anne, “Ben öldürülmesini istemiyorum. Benim mutlak üreme hakkım var, dokunamazsınız” derse, o zaman da annenin hayatını riske etmiş oluyorsunuz. Hani sağlıklı yaşama hakkı vardı? Sağlıklı yaşama hakkı kişinin tercihi mi, ona dayatılıyor mu? Yani bir teknolojik gelişme, arkasından bir sürü soruna ve soruya neden oluyor. İsterseniz bu senaryoyu biraz dramatize edeyim. Bir çift doktora gidiyor ve “Biz çocuk sahibi olamıyoruz” diyorlar. Testler yapılıyor, kadında erken menopoz var, yumurtaları yetersiz. Erkeğe bakıyorlar, az sayıda sperm var, onlarda da genetik bozukluk var. Anne adayı erken menopoz olduğu için bir yumurta alıp yumurta donasyonu yapalım diyoruz. Baba adayından ya sperm elde edemiyoruz ya da spermlerinin genetik analizini yapıp bunun sonucunda spermini kullanmayarak sperm donasyonu yapmaya karar veriyoruz. Yumurta ve sperm donasyonu yapıp embriyo oluşturuluyor. Kadının rahmine verilecek ama rahimin hamileliğe uygun olmadığı fark ediliyor. Bunun üzerine bir taşıyıcı anne bulunuyor ve çocuk doğal seyrinde dünyaya getiriliyor. Tabii bu abartılı bir senaryo. Bu çocuğun hukuki bir anne babası, bir taşıyıcı annesi, taşıyıcı annesinden bir üvey babası, bir sperm babası ve onun eşi olan üvey sperm annesi var. Bir yumurta annesi var. Yumurta annesinin eşi olan bir yumurta babası var. Yani çocuğun 4 annesi, 4 babası var. Olsun, ne mahsuru var (!) değil mi? Şimdi burada biyolojik anne baba ve toplumsal anne var. Çocuğun hukuki sahibi

olanlar, toplumsal anne babası oluyorlar. Peki, bu çocuğun biyolojik anne babası kim? Spermi veren mi, yumurtayı veren mi, yoksa taşıyan mı? Şimdi burada özellikle hücre uzmanı olan hocalarımız, “Genetik şifreler spermden geçiyor, tabi ki spermi ve yumurtayı veren, biyolojik anne babadır” diyebilirler ama hayır, çevre faktörleri nasıl göz ardı edebilirsiniz? Ayrıca annelik bir fedakârlık ise gerçek fedakârlığı burada kim yaptı?

Şimdi buradan başka bir yere gelmek istiyorum. Eğer annelik bağı fedakârlık ile kuruluyorsa burada biyolojik anne, çocuğu taşıyandır. Peki, biyolojik baba kim? Çocuğumun annesine şefkatle yaklaşma hatta âşık olma hakkına sahip görürüm kendimi. Yani bunun içinden hukukun dışında bambaşka problemler de çıkartabiliriz. Maksat sorun çıkarmaksa, bir sorun daha çıkartayım arkadaşlar. Türkiye’de de bilgi edinme yasası var; bir dilekçe yazıp nedenini, niçinini sorma hakkınızı kullanıyorsunuz. Bu konu sizi ilgilendiren bir husus ise, karşınızdaki kurumun o bilgiyi vermeme hakkı yok mevzuatımıza göre. Şimdi diyelim ki, biraz önceki senaryonun kahramanı olan çocuk 18 yaşına bastı ve bir dilekçe ile biyolojik (sperm ve ovum verici) annesini ve babasını öğrenmek isteğini iletti. Sperm bankası ve yumurta sağlayan kuruluş güvenilirlik kurallarını, hukuki normlarını gerekçe göstererek bu bilgiyi vermeyi reddedecektir. Bir yandan güvenliği sağlamak için hukuki düzenleme yapıyorsunuz, diğer yandan bir çocuğun en tabi olan hukuki hakkını ihlal edip ona anne ve babasını bildirmiyorsunuz. Diyelim ki, burada da bir hukuki yol bulduk ve 18 yaşından sonra kendisine bu bilgilerin verilebileceğini karara bağladık. Senaryo bu ya, o spermi veren baba Avrupa’nın en iyi müzisyeniymiş, çok da zenginmiş. Hâlbuki şimdiki toplumsal baba fakirin teki. O zaman ben bu çocuğun yerinde olsam, dava açıp miras hakkı talep etmez miyim? Bu sorular bence çok daha fazla artırılabilir. Ben bu noktada sorumu hatırlatıyorum: Bilimsel ve teknolojik mümkünlük, tıbbi davranışımızın, insana müdahalemizin tek gerekçesi olabilir mi?

Klonlama, gen mühendisliği ve genom projesi de ele alınması gereken konular. Mesela genom projesi, sonuçta insanların gen haritasının çıkartılıp bugün için bilinen ve yarın da daha fazla bilinecek olan karakteristik özelliklerin çıkartılması. Şimdilik basında sadece genetik hatalıkların bilinebilirliği söz konusu ediliyor. Daha detaya inersek, mesela suçluluk geni diye bir şey var; homoseksüellik ya da ensest ilişkiye meyilli olma genleri var. Bugün için tanımlanıyor bunlar. Şimdi bir kişiye suçluluk geni var diye rapor verilirse, bu kişi de suç işlerse, bu kişi sizin önünüze geldiğinde hukukçu olarak “fârik ve mümeyyiz” olduğunu kabul edecek misiniz? Görülüyor ki, kişinin genetik bir kaderi var. Kaderinden ötürü siz onu nasıl suçlayabilirsiniz?

Bir de bugün bizim sağlıkta çok tartıştığımız konu hasta mahremiyetidir; hasta bilgilerinin saklanması ve kendisi dışında kimseyle asla paylaşılmamasıdır. Diğer

tarafından genom projesi altında tam bir şeffaflık çıkarıyor ortaya. Var olan hastalığın değil, henüz ortaya çıkmamış hastalığının da bilgisini bize verebiliyor. Hatta henüz işlemediği suçların da bilgisini verebiliyor, “haberiniz olsun, eğer bırakırsanız suç işleyecek” diyor. Dolayısıyla olaya bir de mahremiyet açısından bakmak lazım. Genom projesi eğer kamuya açık bir projeye dönüştürülürse, bugün hasta mahremiyeti için getirilen bütün kurallar çok çağ dışı kalacak. Ama diğer taraftan özellikle sözünü ettiğim hukuki cezai sorumluluk açısından bu insanların hak iddiaları doğacak. “Bu benim genlerimde var”, deme hakları olacak. “Bana sormayın, babama ya da anneme sorun bu suçun sorumluluğunu” diyebilecek. Dolayısıyla bu genom projesiyle, genetik şifreyle beraber insan mahremiyetinin yıkıldığını ve mahremiyeti yeniden tartışmamız gerektiğini düşünüyorum. Eğer genler bir genetik kader çiziyor ise artık insanlarda somatik kimliğin yanında genetik kimliği de sorgulamamız gerekecek. Eğer bunlar doğruysa, bugün psikiyatristlerin kişilerle ilgili kararlarında etkili olan çevre, yetiştirilme faktörleri, psikanalitik teoriler, çocukluğundaki ilişkiler vs. hepsinin yeniden ele alınıp tartışılması gerekir. Ya da bunlar belki de birbirinin tamamlayıcısıdır, birbirinden çok bağımsız şeyler değildir.

Buradan ilginç bir yere daha geceyim: Eğer böyle bir kader kimliği varsa yani bir genetik kader, genetik kimlik varsa, kader moderatörlerini de biz icat edebiliyoruz. Bu kaderle oynayabiliyoruz. Bazı genleri çıkarıyoruz, bazı genleri değiştiriyoruz. Daha iyi bir genotip oluşturabiliyoruz. Kötü genleri ayıklayıp yerine daha iyi genler koyabiliyoruz. Zayıf karakteri, bozuk, hastalıklı genleri temizleyebiliyoruz. Bu, zaman zaman üremeyi engellemek şeklinde olabildiği gibi zaman zaman da üremeyi engellemeyip sadece süreç içinde genlerle oynama şeklinde teorik olarak mümkün. Hatta insanın dışında, özellikle bitki düzeyinde şu anda çok rahat uygulanıyor. Hepimiz GDO’lu gıdalarla ilgili haberlerden haberdarızdır. İşte aslında bu dediğimizin uygulanmış hali. GDO’lu gıdaları bu kadar dert ediniyoruz ama GDO’lu insanları hiç dert etmiyoruz. GDO’lu gıdaların yararlı, zararlı, kaliteli, uzun, dayanıklı vs. olduklarını çok tartışıyoruz. Bunları yemeyelim, organik gıda yiyelim diyen akımlar var. Ne demekse organik? Bir tanımı var ama o tanım da çok su götürür. Peki, neden organik insandan bahsetmiyoruz o zaman? Organik gıdamıza bu kadar değer veriyorsak, organik insandan da bahsetmemiz lazım değil mi? Bu görüşlerin çok yeni olduğunu zannetmeyin. Bundan yaklaşık yüz elli yıl önce Amerika’da cumhuriyetin ilk yıllarında, bizim 12 Eylül 80’den tanıdığımız kurallar uygulanıyor. Seçimlerde oy verme mecburiyeti getiriliyor, oy kullanmayanlar hapse atılıyor. Sivil itaatsizlik kavramını belki ilk kullanan Henry David Thoreau, bu kurallara karşı çıkıp Walden denen bir korulukta inzivaya çekilip orada organik bir hayat yaşıyor. Aynı adı taşıyan bir kitabı var; bütün kurallardan, teknolojiyen, bilimsel yaptırımlardan arındırılmış bir hayatın kendince felsefesi ni oluşturuyor. Aslında tepkisel bir aşırılık bu. Acaba biraz önce sözünü ettiğim

karmaşık ilişkilere tepki göstermek de bizi böyle bir aşırılığa götürür mü? Organik gıda derken kendimizi organik hayatla yüz yüze gelmiş görebilir miyiz?

Buradan bir yöne daha bakalım isterseniz. Basitçe GDO dediğimiz bu konuyu geliştirip genetik moderatörleri devreye koyarak, yani genetik müdahaleler yaparak çok daha karmaşık hale getirebilirsiniz. Anormal çıkanları itlaf edebilirsiniz, yani daha önce oluşturduğunuz fetüsleri öldürebilirsiniz. Ya da mükemmel çocuk rüyasına sahip olabilirsiniz; madem elde bütün araçlar var, bundan sonra neden mükemmel bir çocuk sahibi olmayasınız? İstemediğiniz bütün karakterleri sildirirsiniz, istediğiniz bütün özellikleri de ilave ettirirsiniz. Böyle bir mükemmel çocuk rüyası, yine mutlak üreme hakkının bir parçasıdır aslında. Mutlak üreme hakkı deyince bir parantez açayım burada. İsimlerini şimdi hatırlayamayacağım iki hanım yurtdışında sperm donasyonu ile çocuk sahibi oldu. Biri Münir Özkul'un kızı. Bu da mutlak üreme çerçevesinde haklardır. Sınırsız, ölçsüz bir bakışla söylüyorum, yoksa Türkiye Cumhuriyeti hukuk normlarında hakları değildir. Ben merak ediyorum. Onların çocukları kendilerine geldiklerinde, “Babasız olarak, baba şefkatinden mahrum olarak beni büyütme hakkını kimden aldın?” diye annelerinden sorma hakkını elde edecekler. Yani donasyonda sadece babaların varlığı değil, yokluğu da sorun. Babasız büyüyen bir çocukla babayla büyüyen çocuk arasında büyümede çok değişken faktörler vardır. Bu imkânı bulamayan mazur görülebilir ama bu imkân bilinçli olarak yok ediliyorsa bunun bir şekilde hukuki olarak sorgulanması da mümkün olabilir. Her neyse, mükemmel çocuk rüyasından bahsediyordum; biraz daha ileri gideyim. Ne demek, mükemmel çocuk rüyası, ırkın mükemmelleştirilmesi değil mi? Liberal öjeni yani. Aslında bilimsel gelişmeler bu kadar yokken, Firavun İsrail oğullarına bunu uygulamış. Hitler soykırımı bu yapıyor. Onları da otoriter öjeniydi. Eğer bilimsel gelişmeler bizi böyle bir yere doğru gidiyorsa bu öjeni kavramına biraz odaklanmalıyız. Hukuki öjeni de var biliyor musunuz? 1995'te Çin'de bir öjeni yasası çıkmış. Bu yasa göre organ naklinde kullanılmak için mahkûmların organları rızaları dışında alınabiliyor. Görüyorsunuz bilimsel gelişmeler bizi bir kısır döngüyle tekrar döndürüp aynı noktaya getirebiliyor.

Bütün bunlardan sonra birkaç alıntıyla izninizle konuşmama son vereyim. Dedim ya liberal öjeni ve otoriter öjeniden bahsettim ya, aslında otoriter rejimler felsefi sorunlarını çözmüş görünüyorlar. Sade bir anlayış: Biz biliriz, biz ne dersek o olur; sorun da çözülür. Görülüyor ki, buradaki sorun aslında liberal yaklaşımda. Bunu söylerken sorunu ve liberal yaklaşımı küçümsüyor değilim. Sorunu üreten liberal yaklaşımsa, çözmesi gereken alan da o alanda olmalı diye düşünüyorum. Otoriter yaklaşım sorun üretmiyor ki çözsün(!) Aslında üretmiyor değil tam tersi yok sayıyor sorunu. Mesela Stalin Rusya'sında bir biyoloji teorisinden bahsediliyor ve bunun dışında kalan bütün deneylere, tezlere, yaklaşımlara yasak getirilebiliyor.

Gördüğünüz gibi her şey çok kolay; genetik çalışmaları “genetik adlı burjuva aldatmacası” diyerek ülke genelinde yasaklayabiliyorsunuz. Buna karşı çıkan bilim adamları ölüme mahkûm edilmiş. Bakın sorunu ne kadar kolay çözmüş(!) Fransız İhtilali rasyonalist ve laik bir ihtilal; bilim adamlarını idama mahkûm eden de ihtilal mahkemeleri. Arkadaşları Lavoisier savunurken, bir bilim adamı olarak önemini vurguladıklarında hâkim, “Cumhuriyetin bilim adamına ihtiyacı yoktur” diye cevap veriyor. Bakın ne kadar kolay bir çözüme ulaşıyor ve sorunu kökten çözebiliyorsunuz(!) Yine Mussolini’nin kitaplara yansımış bir sözü var. Diyor ki, “Bütün dünya bizim görüşlerimizi kabul edecektir. Çünkü herkes görecektir ki çözüm getirmedığımız sorun, *cevap verilmedik soru ve keşfedilmedik meçhullük bırakmadık*”. Mao’nun Kızıl Kitabı ile Kaddafi’nin Yeşil Kitabının yaklaşımı da aynı değil mi? İsterseniz bir de kendi içimizden örnek vereyim. Orhan Hançerlioğlu vardı bilirsiniz. Onun Felsefe Sözlüğünden bir örnek vereyim. Marksçı felsefeyi anlatıyor. Diyor ki, “*Teorikle pratiği, bütün bilimlerle felsefeyi kaynaştıran ve tek bir bütünsel bilim olarak işleyen dünya görüşü, en doğru ifadeyle Marks bilimidir.*” Yani diğer bir ifadeyle bütün bilimleri birleştirerek dünyada bir tane bilim varlığından söz ediyor. Başka bir otoriter yaklaşım da, Almanya’da Anadolu Federe Devleti kurduğunu iddia eden Cemalettin Kaplan’dan, onun Türkiye’ye postalanan dergisinden: “*İslam müçtehitleri her meseleyi çözmüşler ve olmuş, olacak, olması muhtemel her hadiseyi hükme bağlamışlardır*” diyor. Taha Beyden naklediyorum bunları.

Bütün bu otoriter yaklaşımların arasında biraz bilimle uğraştığınızda, biraz sorguladığınızda binlerce soru akla geliyor. Hangi dünya görüşüyle yaklaşırsanız yaklaşın, bu sorulara bir yerde çözüm getirmek zorundayız. Bunu etik olarak getirmek zorundayız, kendi dünya görüşümüzle getirmek zorundayız, hukuk normlarımızla getirmek zorundayız. Benim aslında burada esas gündeminize getirmek istediğim sonuç cümlesi şu: Bilimle uğraşan insanlar sosyal evreni görmüyorlar, insanlar arası ilişkileri görmüyorlar ve bilim adına büyük facialara imza atabiliyorlar. Sırf toplumsal olaylarla, toplumsal normlarla uğraşan insanlar bilimdeki bu hızlı gelişmeleri görmüyorlar; toplumu statik kalıplara hapsedmekle meşgul. Aslında iki taraf da doğru yolda değil. Bunun için bu tarafların bir araya gelip neler olduğunu görmesi, neler yapılabileceğini ortaya koyması gerekiyor. İki bilgi düzeyi asimetrik değil, paralel gitmelidir diye düşünüyorum.

Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim.

Yararlanılan kaynaklar

- Nazife Şişman: *Yeni İnsan: Kaderle Tasarım Arasında*. Timaş Yayınları, İstanbul 2012
- Henry David Thoreau: *Walden and other Writings*. Elibron Classics, 2006, www.elibron.com
- Taha Akyol: *Bilim ve Yanılgı*. Doğan Kitap, İstanbul 2010

ÖLÜM TANIMI VE BEYİN ÖLÜMÜ

DOÇ. DR. LÜTFÜ HANOĞLU

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ NÖROLOJİ ANABİLİM DALI

Ölümün değişik durumlarını merkeze alarak yapılmış, değişik tanımları vardır. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz:

Klinik ölüm: Solunum ve kalp durması ile karakterizedir.

Serebral (kortikal) ölüm: Serebral hemisferlerin, korteksin ölümü ile derin komaya karşın spontan solunum devam eder.

Beyin sapı ölümü: Spontan solunum dâhil tüm beyin sapı reflekslerinin kaybı ile karakterizedir. Tıbbi ve kanuni otoriteler, mekanik ventilasyonla desteklendiğinde kalp atmaya devam etse bile beyin sapı ölümünü kesin ölüm olarak kabul eder.

Beyin ölümü: Tüm beyin dokusunun; serebrum, serebellum, orta beyin ve beyin sapının ölümüdür.

Biyolojik ölüm: Beyin ile tüm dokuların kalp, akciğerler, böbrekler, karaciğer, deri vs.nin ölümüdür. Resüsite edilmezse klinik ölümü takiben biyolojik ölüm kaçınılmazdır.

En genel çerçevede ölüm, canlıların bütün yaşam süreçlerinin artık geriye dönmeyecek şekilde ortadan kalkması olarak tanımlanabilir. Ama bu oldukça teorik bir tanımlamadır ve aslında pratik amaçlar açısından her zaman yararlı olmayabilir. Çünkü geleneksel “klinik ölüm” yani kişinin dolaşım ve solunumunun durması halinde bile bu teorik çerçeve henüz oluşmamıştır, bu durumda bile “bütün yaşam süreçleri” ortadan kalkmamıştır, doku ve organların, hücrelerin bir bölümü bir müddet daha yaşamlarını sürdürmeye devam etmektedirler. Tanım içerisindeki ikinci temel kavram, yani “artık geri dönmeyecek şekilde” olma durumu sanılan ya da karşısında aciz kalınan can simidi olmaktadır.

Sonuç olarak; ölümün tartışılan her iki tanımı da geleneksel tanım; ölüm = klinik ölüm (solunum ve dolaşımın ortadan kalkması) modern tanım; ölüm = Beyin ölümü aslında biyolojik ölümün geri dönüşsüz bir biçimde ortaya çıkmakta olduğunu

bildiren “klinik” tanıdırlar. Yani yaptığımız en genel kavramsal tanımın “artık geri dönmeyecek şekilde” olma durumuna atıfta bulunmaktadır.

Resmi dini yaklaşım

Diyanet İşleri Başkanlığı’nın resmi web sitesinde, beyin ölümü ve kişinin yaşam destek ünitesinden ayrılabilmesi ile ilişkili olarak, 14.12.2006 tarihli Din İşleri Yüksek Kurulu’nun mütalaası şöyledir.⁽¹⁾

“Yaşam destek ünitesine bağlı bir kişi; beynin kesin olarak bütün fonksiyonlarını yitirdiğine, bu durumdan geri dönüşün artık imkânsız olduğuna uzman tabiplerce karar verilmesi şartıyla yaşam destek ünitesinden çıkarılabilir”. Burada da, ölüm = beyin ölümü denkleminin kabul edildiği görünmektedir.

İslam Konferansı Teşkilatı’na bağlı fıkıh kurumunun Ekim 1987’de Ürdün’de yaptığı toplantı sonucu açıkladığı karar metni ise şöyledir:⁽²⁾

“Bir insanda şu iki durum meydana geldiğinde dinen ölüm vaki olmuş sayılır. Bir cenaze için yapılması lazım gelen ne ise onun için de onun yerine getirilmesi gerekli olur. Beyin fonksiyonlarının tamamen durması ve ihtisas sahibi seçkin doktorların bundan geriye dönüşün imkânsız olduğuna ve beyinde çözülmenin başladığına karar vermiş olmaları.”

Kalbinin ve solunum sisteminin tamamen durması ve doktorların da kalbin ve solunum sisteminin tamamen durduğuna, hastanın bir daha hayata dönemeyeceğine karar vermiş bulunmaları... Bu iki durum kesinleştikten sonra her ne kadar hastanın kalp ve solunum sistemi, kan dolaşımı bağlanan aletler sayesinde çalışmasını devam ettirse de, dinen ölmüş sayılan bu kimseye bağlı olan bu cihazın kaldırılması mümkündür.

Burada ölüden organ nakli konusunda olumlu görüş bildiren dini otoriteler, Müslüman ve güvenilir bir doktorun organı alınacak kişinin ölmüş olduğuna kesin karar vermesini, bir gereklilik olarak ortaya koymaktadırlar. Kendileri bir “ölüm” tanımını yapmamakta, bu konudaki karar verici pozisyonu tıbbı bırakmaktadırlar.⁽³⁾

Hukuki durum

Ölüm kavramının gerek miras hukukunda gerekse ceza hukukunda ve diğer birçok hukuk dalındaki önemine karşın, bu kavram yasalarda tanımlanmamıştır. Hakeri’ye göre 2238 sayılı Organ ve Doku Nakli Kanunu’nun esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Bu kanun ise doğrudan bir ölüm kriteri ortaya koymamış, tıbbi ölüm halinin bilimin ülkede ulaştığı düzeydeki kurallar ve yöntemler uygulanmak suretiyle hekimler kurulunca oy birliği ile belirleneceğini hükme bağlamıştır (md. 11).⁽⁴⁾

1 Haziran 2000 tarihli Organ ve Doku Hizmetleri Yönetmeliği Ek-1 başlığı altında “Beyin Ölümü Kriterleri”ni düzenlemiştir. Esasen bu yönetmelik de beyin ölümünü geçerli ölüm kriteri olarak kabul ettiğini açıkça belirtmemiştir. Ancak Ek-1 başlığı altında bu kriterlerin düzenlenmiş olması ve beyin ölümünün “klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır” tanımlanmış olması karşısında bugün için hukukumuzda tanınan ölümün “beyin ölümü” olduğu söylenebilir.⁽⁴⁾

Hukukumuzda beyin ölümü gerçekleşmiş bulunan bir kimse artık ölü kabul edilmediğinden, ölmüş bir kimsenin öldürülmesi söz konusu olamaz. O nedenle, beyin ölümü ile birlikte kişi hakkında ölüm kaydı düşülecek ve artık miras hukuku kuralları devreye girecek, bu kimse üzerinde insan öldürme suçu da artık gerçekleştirilemeyecek, başka bir ifadeyle bu kimse artık insan öldürme suçunun konusu olamayacaktır.⁽⁴⁾

Bu noktaya nasıl geldik?

Ölümü eski aşına halinden çıkaran iki ana faktör söz konusudur. İnsanın solunum ve dolaşım sisteminin “dışarıdan” yardımlarla klasik anlamda ölümüne izin vermeyecek biçimde desteklenebilmesi, 1950’lerde Bjorn İbsen’in respiratörü yoğun bakımda kullanıma sokması ile mümkün olmuştur. Kısa bir zaman aralığı sonrasında ise insandan insana onun hayatını uzatacak organların nakillerinin artık başarıyla yapılabilmesi gerçekleşmiştir ki bunun dönüm noktası 1967’de insandan insana ilk başarılı kalp naklinin yapılmış olmasıdır.⁽⁵⁾ Bu nakilleri yasal zemine oturtmayı amaçlayan ilk beyin ölümü kriterleri, “Harvard kriterleri” ise ancak bu ameliyattan sonra 1968’de yayımlanmıştır.⁽⁶⁾

Şimdi günümüzdeki gerilim noktası; beyni “öldü” kabul edilen bir insanında ölmüş olduğunu kabul ederek, organlarını almaya karar vermek yani belki de hala yaşayan, en azından bedeni yaşayan bir insanı gerçekten öldürüyor olmak ve kısa bir süre sonra tüm bedensel işlevlerini kaçınılmaz olarak kaybedecek olduğunu “bilimsel” olarak düşündüğümüz bu insanın organlarıyla yeniden sağlık ve hayat bulabilecek başka insanların varlığı arasında verilecek karar üzerinden temelleniyor. Aşağıdaki beyin ölümü kriterlerinin kullanımının temel gerekçeleri, bu ikilem üzerinden modern akıl yürütmeyi gözler önüne seriyor.⁽⁶⁾

- Hasta yakınlarını gereksiz umutlandırmamak ve uzamış stresten kurtarma,
- Başka hastalar için, yaşamı destekleyen cihazların bir an önce boşaltılması,
- Gereksiz maddi harcamaların kesilmesi,
- Organ nakli için en erken dönemde organ teminine olanak veren, erken ölüm tanı kriterleri’ ne duyulan gereksinim.

“Ölüm”ün modern hali

“Ölüm”ün bu “modern” hali, tıp ve teknolojiye ortaya çıkan gelişmelerin sonucudur açıkça. Yine sorunun ana kısmı teknolojinin sunduğu olanakların ne yönde kullanılacağı ile ilişkilidir. Ama ölüm her ne kadar “tıbbi” bir tanımlama ve deklarasyonu gerektiriyor gibi görünse de, aslında açıkça toplumsal, kültürel, dini ve hukuki bir olay/durumdur. Yukarıdaki gerekçeler “tıbbi” değildir.

İnsanın ölümü ile ona ne olduğu, bedeninin ne yapılacağı, mirası, hep bu çerçevede içerisinde önem taşır ve yalnızca bu çerçevede değerlendirilebilir ve anlaşılabılır.⁽³⁾

Bilincin dereceleri

Nöroloji pratiğinde bilinçlilik (consciousness) kişinin uyanık, kendisi ve çevresinden haberdar olduğu durum anlamına gelir. Koma ise bunun tam karşıtıdır. Bu iki ucun arasında ise ara kademeler vardır.

Koma: Hasta dış uyaranlarla uyandırılmaz. Hafif ve orta dereceli komada hasta ağırlı uyaranı lokalize edip eliyle uzaklaştırmak ister. Yahut yüz buruşturma gibi genel bir cevap verir. Derin komada ise her türlü uyariya refleks düzeyde bir cevap bile alınamaz. Sadece vejetatif fonksiyonlar korunmuştur.⁽⁷⁾

Bitkisel yaşam (persistent vegetative state): Herhangi bir nedenle, örneğin ağır bir kafa travması sonucu derin komaya giren bir kişide görülür. Yeterli bakım sağlandığında 2-4 hafta kadar sonra uyku-uyanıklık ritminin normale döndüğü görülür. Solunum ve dolaşım sistemi de normaldir. Ancak hasta çevresinden habersizdir. Böyle bir hasta, bakımı sağlandığı sürece çevresinden habersiz bir halde yıllarca yaşayabilir.⁽⁷⁾

Locked-in sendromu (içe kilitlenme): Uyanıklıktan sorumlu anatomik yapılar ve duyu yolları sağlam olduğundan hasta uyanıktır, duysal uyaranları da algılar. Fakat hareket etmesini sağlayan “motor” yollar kesilmiş/hasar görmüş olduğu için ekstremitelerini oynatmaz, konuşmaz, yutması bozuktur. Ancak bazı göz hareketleriyle söylenenleri anladığını ifade eder. Yani gerçek bir komada olmayıp motor yolların lezyonuna bağlı yaygın felç durumunun yarattığı bir tablodur.⁽⁷⁾

Beyin ölümü: Şiddetli bir beyin hasarının yol açtığı geri dönüşsüz koma, beyin sapı reflekslerinin olmaması ve apne, yani kendiliğinden solunumunda olmaması biçiminde tanımlanan klinik bir tanımdır. (Tablo 1)

Tablo 1: Beyin ölüm kriterleri

Tanım: Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve beyin fonksiyonlarının tam ve irreversibl kaybıdır.

Irreversibl komanın temel bulguları:

- I) Beyin ölümüne karar vermek için komanın aşağıdaki nedenlere bağlı olmaması,
 a) Primer hipotermi,
 b) Hipovolemik ya da hipotansif şok,
 c) Geriye dönüşüm sağlayabilecek intoksikasyonlar (barbitürat ve diğer sedatifler, depresan ve narkotik ilaçlar) ile metabolik ve endokrin bozukluklar,

II) Bilincin tam kaybı,

III) Spontan hareketin bulunmaması. Aşağıda bulunan durumlar beyin ölümü tanısını ekarte ettirmez.

- a) Derin tendon reflekslerinin alınması,
 b) Yüzeysel reflekslerin alınması,
 c) Babinski refleksi alınması,
 d) Solunum benzeri hareketler alınması, (omuz elevasyon ve adduksiyonu, önemli tidal volum değişikliği olmaksızın interkostal genişleme)
 e) Patolojik fleksiyon ve ekstensiyon cevabi dışındaki spontan ekstremit hareketleri,

IV) Ağrılı uyaranlara serebral-motor cevap alınmaması,

V) Spontan solunum bulunmaması,

VI) Beyin sapı reflekslerinin tamamen kaybolması,

- a) Beyin ölümünde pupiller parlak ışığa yanıtsız ve dilatedir (4-9 mm)
 b) Kornea refleksi yokluğu,
 c) Vestibulo-oküler refleks yokluğu,
 d) Okülosefalik refleks yokluğu,
 e) Faringeal ve trakeal reflekslerin yokluğu,

VII) Pozitif Apne testi*

*Apne testi uygulanabilmesi için, Arterial pO₂ ve pCO₂ değerleri normal olmalıdır (pCO₂ 40 mmHg ve üzerinde). Bu koşullarda hasta 10-30 dakika süre ile %100 oksijen ile ventile edilerek arteriyel oksijen basıncının 200 mmHg üzerinde olması sağlanmalıdır. Bu koşullar sağlandıktan sonra hasta mekanik solunum desteğinden ayrılarak trakea içerisine en az 8-10 dakika süre ile 6 lt. dakikada oksijen uygulanmalıdır. Bu uygulamalara rağmen spontan soluma yoksa apne veya kan gazlarında pCO₂ basıncı 60 mmHg veya üzerinde ise spontan soluma hareketi yoksa apne testi pozitifdir.

Beyin ölümü tanısı konan hastalarda;

- Daha önce tanısı konulmuş bir nedenle hasta irreversibl koma tablosuna girmişse en az 12 saat, etyolojisi bilinmeden gelişen tablolarda en az 24 saat bu koşulların değişmeden devamlılığı gözlenmelidir.
- Klinik beyin ölümü tanısı almış hastalarda, hekimler kurulunun uygun göreceği bir laboratuvar yöntemiyle beyin ölümü teyit edilmelidir.
- Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra hastaya uygulanan tıbbi destekler kesilebilir.
- Hasta yakınına beyin ölümü deklare edildikten sonra yaşam desteğinin kesildiği durumlar:

1- Hastanın organ veya organlarının transplantasyon için kullanılmasına hasta yakınının izin vermesi,

2- Hasta yakınlarının yaşam desteğinin kesilmesine izin vermesidir.

(Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği)

“Beyin ölümü” nörolojik olarak nedir?

Kafa içi basıncının artması, beyin ölümünün temel fizyopatolojik mekanizmasıdır. Beyin, kemik bir kutu içerisinde korunmuş (sınırlanmış) bir organ olduğu için beyinde ortaya çıkan farklı türden hasarlar (beyin kanaması, damar tıkanıklığı, travma, tümör vb.) kafa içi basıncını arttırabilir. Sonuçta bu basınç, beyni besleyen kan damarlarındaki basıncı geçince, beyin içine doğru olan ve onu hayatta tutan kan akımı bu basınç artışı ile yavaşlar ve nihayet durur.⁽⁸⁾ Bu durumda altın standart olan “Dört damar beyin anjiyografi”, bize, beyne atardamardan gidiş olmadığı ve toplardamardan dönüş olmadığını yani beyin kan akımının tümüyle kesilmiş olduğunu gösterir. Bu durumun sonucu beyin dokusunun nekrozu, ölümüdür. Beyin ölümü olanlarda beyin içi dolaşımı ve kendiliğinden solunum yapabilme yeteneği ve bilinç yoktur. Ancak bu durumda bir yandan devam etmekte olan beyin dokusunun yıkımına (nekroz) karşın, gerektiğinde bedendeki (sistemik) kan basıncının devamını sağlayan ilaçlar ve mekanik solunum cihazı ile bedenin ve organların hayatta kalmaları sağlanabilir.⁽⁹⁾

Beyin ölümü tanısında kullanılan yardımcı tanı yöntemlerinin beyin anjiyografisi, Transkranyal Doppler gibi bir kısmı, beyin kan akımının artık devam etmediğini gösterirler. EEG, BAEP (Beyin sapı uyandırılmış potansiyeller), SPECT, PET gibi diğer bir kısım yardımcı tanı yöntemleri ise, beyin sapı ve/veya beyin işlevlerinin devam etmediğini gösterirler.

Ama beden?

Ancak mekanik solunum desteği sayesinde kalp ve vücudun diğer organların dolaşimleri yani beslenmeleri normaldir. Hatta bazı durumlarda kan basıncını yük-

seltecek ilaçlara gerek kalmaksızın bu durum devam eder. Bazı durumlarda bu türlü canlılık mekanik solunum ile yıllarca sürebilir.

Bazı biyolojik işlevlerin bu esnada mümkün olabildiği görülür. Örneğin yara iyileşmesi olabilir. Çok nadir de olsa hamile birisi sağlıklı bir bebek doğurabilir, pu-bertede olan birisi büyümesini sürdürebilir.⁽⁹⁾

Dönülmez akşamın ufkunda mıyız? Vakit çok mu geç?

İşte bu nedenle, beyin ölümünün gerçek ölüm sayılmasına itiraz edenlerin öne sürdükleri en temel argüman, *“Beyin ölümü insanın bedensel birliğinin/varlığının dağılması/ortadan kalkmasına yol açmaz ve yaşayan organizmanın biyolojik fonksiyonlarının (sindirim, boşaltım vb.) devam etmesini engellemez”* biçiminde formüle edilebilir. Kişinin beyninin ölmesi ile beden bütünlüğü bozulmamıştır,⁽⁹⁾ kişi hala hayattadır aslında.

Aynı biçimde beyin ölümünü savunanların temel dayanağı ise en genel tanımımızdaki “artık geri dönmeyecek şekilde” kavramı üzerindendir ve beden bütünlüğü henüz bozulmamış olsa da bunun aslında zahiri olduğunu, yoğun bakım yatağında yatmakta olanın bir kadavra olduğunu düşünürler. Bu temel üzerinde tartışma birkaç nokta üzerinden yürümektedir.

Klinik kriterler her zaman geri dönüşsüz ve tam bir beyin hasarını göstermeyebilir mi?

Beyin sapının kısmen de olsa bütünlüğünün hala sürdüğüne ait delil olarak bazı beyin ölümü gerçekleşen kişilerden cerrahi olarak organların çıkarılması esnasında genel anestezi uygulanmadığında bedenin yaşayan birinde olduğu gibi hemodinamik cevap vermekte, yani kalp hızı ve kan basıncı artmakta olması ileri sürülmektedir. Bu argümana yanıt, bu reaksiyonların büyük olasılıkla beyin sapından değil, daha alt düzeydeki omurilik (spinal) kaynaklı olduğu yolundadır.^(10,11)

Ancak bu durum tam anlaşılabilmiş değildir. Bu aktivitelerin hala kısmen işleyen beyin sapından kaynaklandığını da iddia edenler vardır. Bazı araştırmalar, “beyin ölümü” tanısı almış hastaların bir kısmında beyin ve beyin sapı işlevlerinden bir kısmının sağlam kalmış olabileceğini gösteren EEG, uyandırılmış potansiyel, SPECT çalışmaları bildirmişlerdir.⁽¹²⁾ Beyin ölümü taraftarı olan Young ve Matta, değerlendirmelerinde; beyin ölümü tanısı almış bazı “vericilerin” beyin ve beyin sapı işlevlerinde hala sağlam kalan bir kısım olabileceği durumu ile yüzleşilmesi gerektiğini ve bu hastalara toplumda organ bağışının geleceğini güvence alabilmek için anestezi verilmesinin uygun olacağı yorumunu yapıyorlar.⁽¹¹⁾

Patolojik kanıtlar sorunu

Beyin ölümünü tanımlayan “klinik kriterler”in otopside geri dönüşsüz beyin sapı iskemik hasarı ya da nekrozu ile uyumlu olduğuna dair geçerli kanıtlar gösterilmemiştir. Bu nedenle beyin ölümü kararı verilenlerin nörolojik fonksiyonlarının sanılan aksine “geri dönebilecek” bir biçimde bozulmuş olabileceği ihtimali ortadan kalkmamıştır. Wijdicks ve ark. beyin ölümü gerçekleşen hastalarda yaptıkları otopsi çalışmasında, beyin sapında hastaların %60’ında ya hafif değişiklikler saptamış ya da hiç patolojik değişiklik saptamamışlardır.⁽⁸⁾ Bu veriler, her iki kamp tarafından farklı yorumlanmaktadır. Karşıtlar, bunun gerçek geri dönüşsüz ya da tam beyin hasarın kanıtlarının olmadığı yönünde değerlendirirken diğer grup, bu bulguların beyin ölümünün “klinik tanı” olduğunu, özellikle yardımcı testlerin yapılmasının gereksizliğini vurguladığını söylemektedirler.⁽¹³⁾

Kaçınılmaz sonuç argümanı

Beyin ölümü ile ölümü eş görenler için temel dayanaklardan birisi, mümkün olan en üst düzeyde tedaviye rağmen kalbin durmasının yani geleneksel ölümün gerçekleşmesinin kısa bir zaman içerisinde kaçınılmaz olduğu düşüncesidir. Bu düşünce, büyük ölçüde gerçektir. Beyin ölümünün klinik kriterlerin hastaların prognozlarını yani nasıl sonuçlandıklarını araştıran Jennett ve ark.; İngiltere’deki üç beyin cerrahisi kliniğinde takip edilen 609 beyin ölümü tanısı almış hastanın hiç birinin düzelmediği, makineye bağlı halde iken kalplerinin durma zamanının ortalama 4 gün olarak bildirmişlerdir. Aynı çalışmada daha önce yayımlanmış literatür gözden geçirilmiş, değişik yazarlarca bildirilmiş 447 beyin ölümü klinik tanısı almış hastanın hâlâ kısmi EEG aktivitesi göstermelerine rağmen birkaç gün içerisinde yine solunum cihazına bağlı oldukları halde kalplerinin durduğunu saptanmıştır⁽¹⁴⁾ Tayvan kaynaklı benzer bir çalışma; 73 hastalık serilerindeki hastaların tümünün verilen tam kardiyopulmoner desteğe rağmen kalp durması ile sonuçlandığını; bunun, hastaların %97’sinde bir hafta içinde gerçekleştiğini bildirmişlerdir. Sadece 2 hasta, biri 9,5 diğeri 16,5 gün olmak üzere daha uzun süre hayatta kalmıştır.⁽¹⁵⁾

Shewmon, beyin ölümü karşıtlarının atıfta bulundukları istisnaların test edilmesi için beyin ölümü tanısı almış olmalarına rağmen uzun süre hayatta kalan vakaları incelemiştir. Shewmon 12 bin 200 kaynaktan yaklaşık 175 vaka saptadığını, bunlardan 56’sı hakkında değerlendirme yapılabilecek yeterli bilgi olduğunu söylüyor. Yaptığı analizde 14 yıldan fazla yaşayan, solunum cihazından ayrılabilen hatta evine taburcu edilebilen çok az sayıda vakadan bahsetmiştir. Yani oldukça ender de olsa beyin ölümü tanısı alıp da uzun süre hayatta kalmak mümkün görünmektedir. Yazar, beyin ölümü hastalarında ortaya çıkan kalp durmasının beyin işlevlerinin geri dönüşsüz hasarından daha çok, sistemik faktörlerin bir sonucu olabileceği yorumunu yapmıştır.⁽¹⁶⁾

Acele işe karışan şeytan!

Diğer bir itiraz noktası, organ nakli için acele edilerek (toplanacak organların hasar görmemesi için) beyin ölümü için gereken tıbbi standartlara uyulmadığı, beyin ölümü kriterlerinin bu baskı nedeniyle esnetildiği biçimindedir. Bu yolla nörolojik olarak düzelebilecek bazı hastaların kurban edildiği düşünülmektedir. Mathur ve ark. 142 çocuk hastada tıbbi kayıtları inceleyerek yaptıkları çalışmada, beyin ölümü kararı verilirken ancak hastaların yüzde 26'sında apne testinin doğru bir biçimde uygulandığı, hastaların sadece yüzde 15'inde önerilen zaman aralığına uyarak 2 kez muayene edildiğini, yüzde 58'inde doğrulayıcı test olarak beyin anjiyografisi uygulandığını göstermişlerdir.⁽¹⁷⁾

Greer ve arkadaşları Amerika Birleşik Devletleri'nde büyük hastanelerden (en iyi 50 içindekileri) beyin ölümü prosedürlerini istemiş ve bunları kıyaslayarak çalışmışlardır. Bu hastanelerin beyin ölümü yönergelerinde büyük ölçüde (majör) farklılıklar olduğunu saptamışlar. Bu farklılıklar, hem hastaneler arasında izlenmektedir hem de aslında çok net olan ve meslek örgütüncü yayımlanan kriterlerden farklıdır.⁽¹⁸⁾ Yazarların yorumları Amerikan hastanelerinin ölüm tanımlamaları ve transplantasyon sürecini başlatmalarında önemli farklılıklar bulunduğu yolunda olmuştur. Bu verileri değerlendiren editöryal yazıda ironik bir biçimde, “Ölüm karşısında hepimiz eşit miyiz?” diye sorulmaktadır.⁽⁵⁾

Sorunlu mantıksal çıkarımlar!

Diğer bir sorun, organ nakli için organ alınmasının diğer bilinç bozukluğu durumlarına yaygınlaştırılmasının istenmesidir. 1997'den beri ABD'de bitkisel hayattaki hastalara da yaygınlaştırılması gündeme gelmeye başlamıştır. Bunun için kurulan komisyon, insan ölümünü “beyin ölümü” olarak değil de, “genel beyin yetmezliği” (total brain failure) olarak yeniden isimlendirmeyi önermiştir. Ancak bazı savunmaların varlığına rağmen ABD'de bitkisel hayattaki hastaların ölü sayılmaları ve organlarının alınması, kabul edilmemiştir ve yasal değildir.⁽⁹⁾ “İnsanı sadece “bilinçsiz” olduğu için ölü sayabilir miyiz? Bu görüşü kabul edersek, terminal dönemdeki Alzheimer hastalarını da “eğer hâlâ değerli organları varsa” rahatlıkla “ölü” ilan edebilir miyiz?” soruları hemen akla gelmektedir.

Dünyada durum

Wijdicks, 2002 yılında yayımlanan derlemesinde 80 ülkenin beyin ölümü kriterlerini geri bildirim yöntemiyle incelemiştir. Bu çalışmaya göre 55 (% 69) ülkede yasal düzenlemeler yürürlüktedir ve 70 (% 88) ülkede uygulamada belli kılavuzlar kullanılmaktadır. Derin koma, apne testi ve beyin sapı arefleksinden oluşan temel üçlü kriter 80 ülkenin tümünde kullanılmaktadır. Doğrulayıcı laboratuvar testleri, tanıda kılavuz kullanan 70 ülkenin 28'inde (% 40) zorunludur. Yine beyin

ölümü tanısının kesinleştirilmesinde görüşüne başvuru alan hekim sayısına bakıldığında ise 21 (% 44) ülkede tek hekim, 24 (% 34) ülkede 2 hekim, 11 (% 16) ülkede ikiden çok hekim görüş bildirmektedir.⁽¹⁹⁾ Türkiye, 4 hekim (kardiyolog, nörolog, anesteziyolog, beyin cerrahı) içeren ekiple, en fazla sayıda hekim görüşü isteyen ülkeler arasındadır.

Kaynaklar

- 1) http://sorular.diyaret.gov.tr/fmi/xsl/fetva/y_dokumcevap.xml?-db=FetvaVT&-lay=wfkweb&-recid=947&-find
- 2) Yusuf el Kardavi, Çağdaş Meselelere Fetvalar-4
- 3) Hanoğlu L, Ölüme Beyinler Ölü, Organlar Ölesi Değil. *Hayat Sağlık* 2010;3:32 - 39
- 4) Hakeri H, Ölüm ve Hukuk 2009
- 5) Laureys S, Fins JJ. Are we equal in death?: Avoiding diagnostic error in brain death *Neurology* 2008;70: e14-e15
- 6) Ad Hoc Committee of the Harvard medical School to Examine the Definition of Brain Death: A definition of irreversible coma: Report of the Ad Hoc Committee of the Harvard Medical School to Examine the Definition of Brain Death. *JAMA* 205: 337-340, 1968
- 7) Laureys S, Owen AM, Schiff ND. Brain function in coma, vegetative state, and related disorders. *Lancet Neurol.* 2004;3(9):537-46
- 8) Wijdicks EFM, Pfeifer EA. Neuropathology of brain death in the modern transplant era *Neurology* 2008 70: 1234-1237
- 9) Verheijde JL, Rady MY, McGregor JL. Brain death, states of impaired consciousness, and physician-assisted death for end-of-life organ donation and transplantation. *Med Health Care and Philos* (2009) 12:409-421
- 10) Keep, PJ. Anaesthesia for organ donation in the brainstem dead. *Anaesthesia* 2000;55 (6): 590.
- 11) Young, PJ, Matta PF. Anaesthesia for organ donation in the brainstem dead—why bother? *Anaesthesia* 2000; 55 (2): 105-106
- 12) Karakatsanis KG. Review; ‘Brain death’: should it be reconsidered? *Spinal Cord* (2008) 46, 396-401
- 13) Saposnik G and Muñoz DG. Dissecting brain death: Time for a new look. *Neurology* 2008 70: 1230-1231
- 14) Jennett B, Gleave J, Wilson P. Brain death in three neurosurgical units. *British Medical Journal* 1981; 282:533-9
- 15) Hung T, Chen S. Prognosis of deeply comatose patients on ventilators. *J.NeurolNeurosurg Psychiatry* 1995;58:75-80
- 16) Shewmon DA. Chronic “brain death”: meta-analysis and conceptual consequences. *Neurology.* 1998;51(6):1538-45
- 17) Mathur M, Petersen L, Stadler M, et al. Variability in pediatric brain death determination and documentation in southern California. *Pediatrics* 2008;121 (5): 988-993.
- 18) Greer DM, Varelas PN, Haque S, Wijdicks EFM. Variability of brain death determination guidelines in leading US neurologic institutions *Neurology* 2008;70:284-289
- 19) Wijdicks EFM. Brain death worldwide; Accepted fact but no global consensus in diagnostic criteria. *Neurology* 2002; 58:9-10
- * Büyük ölçüde benzer bir konuşma metni, 9 Haziran 2012’de “Hayatın Sonuna Dair Fıkhi Meseleler” toplantısında da sunulmuştur.

TARTIŞMA

Prof. Dr. Nevzat Koç (*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Bizim yönetmeliklere göre yüksek sağlık şurasının bir tarihte verdiği karara bağlı olarak o dört hekimin beyin ölümüne telkin etmesiyle ilgili dediniz ki, “*Beyin ölümü, ortalama araştırmalara göre dört gün sürüyor*”...

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Beyin ölümü değil hocam. Beyin ölümü tanısı konulduktan sonra kişinin gerçek manada ölmesi diyelim.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Yani o dört günün geçmesinden sonra mı rapor düzenleniyor?

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Hayır. Rapordan sonra bu kişiler en fazla dört gün yaşıyorlar. Söyleme çalıştığım tam olarak bu zaten. Bu bir kriter. Bu kriteri koyuyoruz. Bizim bildiğimiz ölüm, aslında gerçekleşmiş olmuyor. Bizim bildiğimiz, solunumun, dolaşımın durması şeklindeki ölüm de; gerçek anlamda ölüm demek değil aslında. Öyle öldüğünü tespit ettiğimiz kişilerde bütün dokuların çözülmesi artık derinin, iç organların da biyolojik anlamda ölmeleri bir zaman alıyor zaten. Bu, daha önceden tespit edilen bir ölüm gibi görülüyor.

Prof. Dr. Nevzat Koç: O dört günün geçmesi, beklenmesi gerekmez mi?

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Kararlar böyle. Tam da sorun burada zaten. Tıp bunu neye dayanarak olduğunu benim size gösterdiğim çerçeve içerisinde dayanaklarını gösteriyor. Sorunlu yerlerini de göstermeye çalıştım. Karar sizde. Bu ölüm sayılır mı sayılmaz mı?

Prof. Dr. Nevzat Koç: Ben de size soruyorum zaten, tıbben ölüm sayılır mı sayılmaz mı?

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Tabi o dört gün beklendikten sonra o alınacak organlar da bir işe yaramıyorlar. O organları işe yaraması için beyin ölümü kararını verip bir an önce o donörden organın alınması gerekiyor.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost (*Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Bir haberde okumuştum. Bir kişinin 9 yıl yaşam destek ünitesine bağlı kaldıktan sonra uyandığına dair bir haberdi. Uzun bir süre bu. Bu süre içerisinde beyin ölümü gerçekleşmiş miydi yoksa koma hali mi?

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Bu muhtemelen bitkisel yaşamdaki bir hasta. Bitkisel yaşamlı hastalar beyin ölümlü hastalar değiller. Ayrı bir kategoriye tarif ediliyorlar. Onlardan bu tür durumlar olağan şeyler. Onlar aradan birkaç yıl geçtikten sonra uyanıp tekrar eski haline dönebiliyorlar.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu (*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Beyin ölümü gerçekleştikten sonra respiratöre bağlı olarak ne kadar süre organlar yaşatılabilir?

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Beyin ölümü tanısı aldıktan sonra özel bir grup devreye giriyor. Onlar bu kez organların hayatta kalması için hastaya özel tedaviler uyguluyorlar ve mümkün olduğu kadar hızlı almak istiyorlar açıkçası. O süreci tam bilmiyoruz. Burada verdiğim örnekte dört gün, bir çalışmaya göre işte. Tayvanlıların çalışmasına göre bir hafta. Bunlar ortalama süreler. Bir haftada %97 hastada hayatını kaybediyor desteğe rağmen. Yani ful sürdürüldüğünde ömür bu kadar devam ediyor. Şöyle düşünün: Biz eskiden biyolojik ölümü, solunumun durması olarak anlıyorduk. Şimdi teknoloji sayesinde bazı özel hasta gruplarında bunu bir hafta önceden biliyoruz. Bu hasta %99 ihtimalle ölecek. O zaman biz bu hasta ölmeden başkalarına yarayacak organlarını alalım diyebiliyoruz. Buradaki sorunlar çok çeşitli. Sadece öldü mü ölmedi mi değil aslında. Beyin ölümü gerçekten ölüm müdür? Ölmemişse o adamı kesip biçerek öldürmüş oluyorsunuz. Veya organlar kime ait, onların başka birine takılma iznini kim verecek? Bunları bağışlayabilir mi hocamın söylediği gibi. Bununla ilgili bu çerçevede bin türlü sorun var.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: Beyin ölümünün tespitinde değişik branşlarda dört hekim şartı var. Bu sayı sadece Türkiye’de sanırım. Şu anda organ nakli kanununun değiştirilmesi gündemde. Bu sayı ikiye indirilmeye çalışılıyor. Testlerde bazı hatalar olabilir, makinelerde arıza olabilir. Dört kişilik bir hekim çalışmasında belki bunlar daha rahat tespit edilebilir ama tek hekim ya da iki hekimin gözünden hataların kaçma olasılığı daha fazla bence.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Bir hekim ile dört hekim aslında çok da fark etmiyor. Çünkü kriterler çok net. Bu kriterlere, işte o bilincin tamamen kapanmış olması, beynin işlevselliğini kaybettiğine yönelik anjiyo testlerini de ilave edelim. Onları yaptınız o çalışmıyor. Apne testini yaptınız, hasta nefes almıyor. Beyin reflekslerine baktınız onlar da yok. Bu hastanın artık beyin ölümü gerçekleşmiş. Bunu dört hekim de dese bir hekimde dese bu böyle. Buradaki temel nokta, bu hastanın yaşama ihtimali az da olsa var. Bu olasılığa rağmen biz onun organlarını alalım mı almayalım mı? Hassas nokta bu.

Prof. Dr. Sabahattin Aydın (*Medipol Üniversitesi Rektörü*): Bu soruya cevap olsun diye söylüyorum. Organ nakli kursuna gitmiştim. Oradaki hocamız kanundaki dört hekim şartından bahsederken aslında kriterlerin çok net olduğunu, bir hekimin bunun için çok yeterli olduğunu ancak sadece aileyi ikna adına çok hekimli bir kural koyduklarını söylemişti. O kanunu hazırlayanlardan biriydi. O yıllarda bu, bu kararı vermeyi engelleyen bir karara dönüşmüştü. Çünkü bu dört

ayrı branştaki hekimin Türkiye’deki hastanelerde bulunma ihtimali düşüktü. Şu anda belki bu ihtimal daha yüksektir.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Benzer bir kursa, yakın bir zamanda ben de gittim. Devlet bunu bir politika haline getirdiği için bütün hastanelerdeki nörologların bir tanesinin bu kurslardan geçmesi gerekiyor. Oraya gelip anlatanlar önce benim size anlattığım gibi beyin ölümünü anlatıyorlar. Bu konuda o kurulda da yer alan kişinin kendini de ikna etmesi gerekiyor. Bizim anlatıcılarımızdan nörolog olanı, “o yatakta yatanlar, cesetler” şeklinde olaya girmişti. Burada bir ikna durumu öyle ya da böyle gerekiyor.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Beyin ölümü hukuk açısından çok önemli. Çünkü ölüm anı, kişiliğin de sona erdiği andır aynı zamanda. Mirasçılık hakkının doğumu için de; miras bırakanın, ölümü sağ olma şartı vardır. Miras bırakanın o dört günlük süre içinde henüz ölmemiş ama diyorsunuz ki ölüm muhakkak olacaktır. O ayrı bir şey bana göre. Şimdi ben değerlendirme yapıyorum. Bence ölüm anının dört gün sonra olması gerekir. Önce değil.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Prof. Dr. Hakan Hakeri’nin ölüm yorumlarını yazdım. Siz kanunlara ölüm tanımı koymamışsınız. Ölüm tanımı, zımnen organ nakli yasası nedeniyle beyin ölümüyle eşitlenmiş durumda. Zaten buradaki tartışmamızın temel noktası da bu. Siz eğer, “ölüm o değildir, dört gün sonraki ancak klasik ölümdür” dersiniz her şey değişecek. Hakan Hakeri, başka bir şey daha söylüyor. Ölüm bu noktada tesis ettiği için artık o insanın üzerinde yapılan ameliyeler de, ölen biri bir daha öldürülemeyeceği için bir cezai durum oluşturmaz diyor. Çünkü öbür türlü organını almaya kalktığınızda adamı öldürmüş oluyorsunuz.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Derslerde de anlatıyoruz, bizler beyin ölümü diyoruz ama bugün anladım ki o dört günlük sürenin önemi var. Tabi biz onu bilmiyoruz.

Mehmet Ünal Şahin (Ayvacık Belediye Başkanı): Bizim ekiplerimizin sık sık karşılaştığı olaylar var. Vakaya gidiyorlar. Bakıyorlar ki, beyne kan gitmiyor ama 5 dakika sonra gidiyor. Veya hastaneye bir saat sonra yetiştiriyoruz. Oradaki müdahaleden sonra gidiyor. Beyin, kan gitmeden ne kadar süre yaşatılabilir?

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Gerçekten oksijensiz kalma ya da bir şekilde dolaşımın durması diyeyim, çok kısa zamanda geriye dönüşü olmayan süreçler başlıyor. Bu bahsettiğiniz münferit olaylarda tansiyonun ne kadar düştüğünü ya da beslenmenin ne kadar bozulduğunu her zaman bilmiyoruz. O yüzden de geçen süre değişebiliyor. Mesela kişi bir olayla karşılaşmıştır, kalbi durmuştur, sonra gençse eğer resüite edilmiştir. Aradan birkaç dakika, belki beş-on dakika geçtikten sonra kalbi çalışmıştır. O sırada da iyi beslenememiştir. Orada işte bu bahsettiğimiz beyin ölümü de gerçekleşebiliyor. Bir süre komada kaldıktan sonra toparlanan,

sekellerle yani bir takım felçlerle iyileşebilenler de olabiliyor, tamamen düzelenler de olabiliyor. O noktada şu kadar dakikada olay bitti diye bir şey yok. Kişinin kendi dokusal özellikleri, ne kadar beslenip beslenmediği gibi faktörler durumu etkiliyor. Son noktada bu bahsettiğim kriterler çerçevesinde her şey ortaya çıkıyor.

Prof. Dr. Sabahattin Aydın: Sonuçta bu dakikalarla ölçülüyor...

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Tabi, çok kısa, çok kısa.

Prof. Dr. Tangül Müdok (Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi): Elelektron mikroskobu almamız gerekiyordu. Bir türlü hücreleri bütün göremiyoruz yani o bildiğimiz nöroner yapı bütün gelmiyor. Hayvan deneylerinde biraz daha iyiydi beyin dokusu, hücrelerin yapısı. Artık bir ay gibi bir süre sonra çok canımız sıkıldı. Merak edip baktığımızda, beyin hücrelerinin mikroskoba alınma süresi dört dakika. Yani dört dakika içinde kanlanmayıp oksijenlenmediği zaman otaliz başlıyor. Hücre içerisinde hiçbir organel ve zar yapısı kalmıyor. Tabii bütün olarak düşündüğünüzde bu farklı bir şey. Ama hücrelerin canlı kalabilme süresi dört dakika. O zaman ne yaptık? Cerrahi ameliyathane içerisine fiksatif götürdük. Hastadan alındığı andan itibaren fikse edip otaliz başlamadan son mikroskopik görüntüyü aldık.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Tabi fizyolojik anlamda hücrenin dayanıklılığı böyle bir şey ama bu tür durumlarda beslenmenin ne ölçüde sürdüğünü bilemeyeceğimiz için... Mesela bunların bir kısmı soğuğa maruz kalmışlarsa hipotermik koruyucu bir etki gösteriyor. Denizde boğulmuş diyelim, hipotermi oluşmuşsa beyin daha uzun süre sağlam kalıyor. Bin türlü faktör için içine girebiliyor.

Mehmet Ünal Şahin: Bir de hocam bu son dönemde biyolojik silahlardan bahsediliyor hep. Onlara karşı...

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Valla onlara karşı kitlesel anlamda çok şansımız yok gibi görünüyor. Çünkü pek çok türü olabilir. Hepsine karşı önlem alınması zor. Bu sarın gazları gibi sinir sistemini etkileyen bir takım toksik maddeler olabiliyor. Biyolojik bir takım organizmaların salınması olabilir. Bunların hepsine karşı yöntemler de farklı nihayetinde. Kitlesel anlamda da bunlardan korunmak bana çok kolay gibi görünmüyor. Ancak savaş durumu belli, ne atacakları belli gibi durumlarda olabilir belki.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: Hocam biz hukukçular için belki bir açıklama yapmanızda fayda var. Sadece organ nakli söz konusu olduğunda beyin ölümü tespiti gerekiyor, anladığım kadarıyla. Mesela kalp krizi geçirip hastaneye intikal etmiş biri...

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Bu soru iyi oldu. Algoritma şöyle işliyor: Hasta geli-

yor, yoğun bakıma yatıyor. Beyin ölümü tıbbi bir tanı nihayetinde. Beyin ölümü tanısı öyle ya da böyle konuyor. Çünkü nörolog ve anesteziist izliyor oluyor sonuçta. Sonra beyin ölümü gerçekleştiğinde kişinin organları alınabilecek durumdaydıysa, şimdiki sisteme göre bir komiteye haber veriliyor. Onlar gelip aileyle görüşüyorlar. Hatta aile ile bizim görüşmemizi pek de istemiyorlar. Eğer aile izin verirse zaten hastanın bahsettiğimiz organının alınması ve arkasından yaşam destek ünitesinden çıkartılması söz konusu. Ama kanuna bakarsak oradan anlaşılacak şey şudur: Doktor bu tanıyı bir kez koydu mu, aileye sormadan fişi çekebilir gibi görünüyor. Tabii bizde bu hiç bir zaman uygulanabilir bir şey değil. Bunu yapsa doktorun başına hukuksal anlamda bir şey gelir mi, bunu çok bilmiyorum. Ama şimdiki çerçevede beyin ölümü tanısı konduğunda sanki yaşam destek ünitesinden çıkartılabilir gibi görünüyor.

Prof. Dr. Sabahattin Aydın: Hocam buradaki soru sadece organ nakliyle ilgili değil. Aslında başka bir konu da var.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: İhtiyaç duyan başka hastanın durumunu diyeceksiniz herhalde.

Prof. Dr. Sabahattin Aydın: Türkiye’de yaygın bir kamu sağlığı sigortacılığı olduğu için sorun olmuyor. Ama dünyada bunlar başka sorunlar da doğuruyor. Özel sigortalı yerlerde sizin ölümünüzün tanımına göre sigortanın para ödeyip ödememe takdiri de değişebiliyor. Sigorta, ölmüş bir insana para ödemeyi taahhüt etmiyor. Eğer siz ölüm tanımını beyin ölümüyle sınırlarsanız, ondan sonraki harcamaları başka fondan karşılamamız gerekiyor. Yok, eğer bunu dört gün sonraya alırsanız, -dört gün sembolik oldu yani- biyolojik ölümle sınırlarsanız o zaman sigortanız oraya kadar ödeme yapıyor. Türkiye’de devlet sigortası olduğu için bunlar henüz tartışma dışı. Ama bunlar da sorun olarak karşımıza çıkacak.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Yoğun bakımlar hakikaten sayıları çok olmayan ve her zaman dolu olan üniteler. Başka öyle hastalıklar var ki hakikaten onu cihaza bağlayıp belli bir süre tutarsanız hasta düzelecek. Bu hastaların da faydalanması için yine bir biçimde aletten ayırt edilmesi yine hukuki ve etik bir sorun haline geliyor.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Beyin ölümü kararı verilmişse zaten ondan sonra fişin çekilmesi dört gün beklenmese bile sorumluluk doğurmaz kanaatimce. İlliyyet bağı kuramazsınız.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Kabaca öyle söyleniyor tabii ama biz aileye mutlaka soruyoruz.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Ne cezai, ne de hukuki sorumluluk söz konusu olmalı!

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Pratikte şöyle oluyor: Aile devam edelim diyorsa devam ediyoruz.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut (*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Kök hücreler uzmanlaşınca beyin hücresi nakli yapılabilir mi? Ya da bu konuda geleceğe yönelik bir umut var mı?

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Aslında en önemli sorunlardan bir tanesi Parkinson hastalığı ve hatta daha önemlisi Alzheimer gibi hastalıklar. Bunlar çağımızın bir biçimiyle salgınları diyeceğimiz şeyler. Alzheimer hastalığı dediğimiz şey, aslında beyinde belirli bölgelerden başlayan, hücre ölümüyle giden, bunu önce bellekle başlayıp sonra bütün beyin işlevlerinin bozulmasına yol açan bir biçimi. Çok kabaca ifade edersek. Yaşla çok yakın bir şekilde ilişkili. 65 yaşın üzerinde rastlanma sıklığı %3 ile %5'ken 85 yaşında %35 ile %50. Yani 85 yaşına ulaşmış olan insanların üçte biri en az Alzheimer hastalığına yakalanıyor. Bu acayip bir şey. Bütün dünyada bizde de öyle ömür uzadı. O yüzden bu sınıfa giren insan sayısı çok artmış oldu. Potansiyel tedavi tekniklerinden bir tanesi de böyle bir şey. Yani bir hücre nakli yapalım, ölen hücrelerin bir biçimde çoğalmasını sağlayalım. Ama biz daha o hücrelerin canlılığını sürdürüp sürdürmediğini, oraya uyum sağlayıp sağlayamadığını konuşuyoruz. Beyin için, bu son derece başka zorluklar içeren komplike zorluklar içeren bir durum. Çünkü beyin hücreleri en yüksek sayıya doğduğumuzda sahipler. Sonra giderek sayıları azalıyor. Son zamanlarda bunun aksine yakın bulgular var ama pratik olarak sayıları vücutta azalan ve kendini yenilemeyen tek hücre grubu. Ama insan buna karşın bütün yaşamı boyunca sürekli zihni gelişiyor, tecrübesi artıyor bir çevreyle iletişim ve bunu sonucunda deneyim oluşturuyor. İşte o naklettiğiniz hücreye o deneyimin karşılığı olan nöral bağlantı örgüsünü de vermek zorundasınız ki tedaviyi sağlayabilesiniz. Temel şey bu. O büyük bir sorun.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut (*Ortadoğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi*): Ben anlattıklarınızdan şöyle bir sonuç çıkardım: Ölmek için en azından beyin ölümünün gerçekleşmesi şart. Yani önce beyin ölümü gerçekleşiyor, sonra bizim bildiğimiz manadaki klasik ölüm gerçekleşiyor şeklinde anladım ben. Beyin ölümü gerçekleşmeden olmaz diye anladım.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Her zaman bu şart değil. Bütün konuşmamız, bir biçimiyle yoğun bakımda organ bağışıyla alakalı. Şöyle bir şey var tabii ki: Kişinin kalbi hasta. Kardiyak yetmezlik gelişiyor. Kardiyak ölüm denilen bir kavram da var. Onlara girmedim, işi daha da çetrefil hale getirmemek için. Nasıl? Hasta tekrar kalp krizi geçiriyor. Hastaneye götürüyorsunuz, resüste ediliyor yani hayata döndürülmeye çalışılıyor. Kalp masajı yapılıyor, işte değişik tekniklerle kalbin tekrar işlevsel hale gelmesi sağlanıyor. Süreler değişiyor ama 30 ile 60 dakika bu

uygulanıyor. Eğer hasta yine de cevap vermiyorsa hastayı bırakıyorsunuz. Burada önce kalp ölmüş oluyor ama dolaşım sistemi durduğu için arkasından beyin ve tüm organlar ölüyor. Tek yol bu değil tabii ki.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Yani şunu mu demek istiyorsunuz; insanın kalbi durduğu zaman beyni yaşayabilir mi? Ama bu bir sistem olduğu için kalbi durduğu zaman, bir süre sonra beyne oksijen gitmeyecek.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Yapay kalp var ya da kalp ameliyatlarında akciğer kalp pompası diye bir şey var. Onları kullanırsanız...

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Yani beyne oksijen gittiği müddetçe beyin yaşıyor. O zaman benim dediğim şey olmuyor mu? Birinin ölmüş olması için beyninin ölmesi şart.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Tabi. Şimdi burada da başka tarzda tartışma alanları var. Az önce Alzheimer hastalığından bahsettim ya, o bir biçimde kronik anlamda beyin ölümünü tarif eden bir şey. Orada kişi zihinsel yeteneklerinin tümünü kaybediyor zaman içerisinde. Nerdeyse yatağa bağlı, birisi ağzından beslemezse hatta ileriki dönemlerde mideden tüp takılarak beslenmezse hayatını sürdüremez hale geliyor. Hiçbir ses çıkarmıyor, etrafındakileri tanımıyor, giderek cenin pozisyonunda yatakta yatar hale geliyor. Bu hale gelmiş insanın da hala kimliğinin, insan vasfının sürüp sürmediğini tartışanlar da var. Ama burada konu ettiğimiz şey, doğrudan organ transplantasyonu ile çok yakın ilişkili, primer olarak beyin öldüğü durumlar. Ama dediğim gibi bunun farklı biçimleri var. Mesela insanın kalbi hasta, kalp krizi geçiriyor ve bir şekilde kalbi onarma şansımız yok, kalp transplantasyonuna kadar bekleyecek bir durumumuz yok, bütün çabayı gösteriyorsunuz sonra bırakıyorsunuz. O kalp beyni beslemediği için kişi de ölmüş oluyor. Teorik olarak o kalbin işlevini yürütecek bir şey yapabilirseniz insan yaşayabilir. İkinci bir şey mesela kanserli hastalar. Onlarda da resüstasyonu reddetme hakkı gibi bir durum var. Biz de yasal mı bilmiyorum Bülent Hocam? Yasal değil, değil mi?

Dr. Bülent Özeltay (İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi): Değil.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Reddedebilir.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Reddedebilir mi? Ama bilinci kapalıysa?

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Bilinci kapalıysa Türkiye’de bir düzenleme yok ama başka ülkelerde var.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Şimdi hastanın bütün vücudunu sarmış bir kanseri var. Yani kısa bir süre sonra hayatını kaybedecek. Acil ünitesine bir nedenle geliyor. Buna mesela resüstasyon hiç yapılmayabiliyor. Burada temel başlangıç nok-

tası beyin değil. Tabii ki ama artık beyni besleyecek beden ortadan kalktığı için.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Beyin kendi başına, diğer organlar olmadan yaşayabilir mi? Bir şekilde oraya oksijen sağlayabilirsek, beyin kendi başına yaşayabilir mi diye düşündüğüm için, beyin ölümünün gerçekleşmesi bir ön koşul olmalı diye bir mantık yürüttüm.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Dünkü konuşmalarda da siz hani bir şekilde hocamızı “ölümsüzlüğün peşindeyiz” dedirtmeye zorladınız ama burada da benzer bir durum var. Amerika’da “cryonics” denilen bir sistem var. Çaresi olmayan hastalara yakalanmış hastalar öldükten sonra eğer paraları yetiyorsa vücutlarını, yetmiyorsa sadece kafalarını dondurabiliyorlar. Bunları para karşılığı yapan bir takım bankalar var. Biyo beyin. Ve bunlar olası tedavi çözümlerini ya da olası bedensel robotların falan oluşacağı zamana kadar bekletiliyorlar. O zamanlar geldiğinde çözülecekler. Bunu yapan şirketler ve bunu talep eden insanlar var nihayetinde.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Yani kardiyak ölüm kişiliği sona erdirmez, beyin ölümü sona erdirir.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: İnsanın kişilik faktörünü devam ettiren şey beyin olduğu için basit olarak böyle bir şey var.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Bu konuşmalardan ben şöyle bir sonuç çıkardım: Beyin ölümünü ya da ölüm tanımını sadece organ ve doku nakline indirgemek herhalde doğru olmaz. Çünkü ölüme bağlı olarak miras gibi değişik sonuçlar da var. Milletlerarası özel hukukta daha da değişik sonuçlar var. Çünkü ölüm yeri, ölüm anı gibi şeylere bağlı bir takım sonuçlar var. Ölüm anının tespiti için yasal düzenleme gerekiyor diye düşünüyorum mutlaka.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Ben de hukukçuların arasında konuşuyorum ve bu tarz olaylar hakkındaki fikirleri merak ediyorum. Çünkü biz işin bir yönüyle teknisyeniyiz. Ne noktada neye karar verdiğimizizi size söyleyebiliriz ama bu ölüm denilen şeye karar vermek gerçekten basit bir şey değil. Bütün toplumun üzerinde bir konsensüse sahip olması gereken bir şey. Sanıyoruz biraz bilgilene az hukuk camiasında. Bence dini otoritelerde de çok yeterli değil. İnşallah daha doğru olduğunu düşüneceğimiz noktalara da geliriz.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Hem dinen, hem tıbben, hem de hukuki olarak ölüm anının tespitiyle ilgili bir düzenlemeye mutlaka ihtiyaç var gibi görünüyor.

Doç. Dr. Lütfü Hanoğlu: Hukuk ya da başka düzenleyici, bir ölüm tanımı yapmıyor. Bunu tıbbı bırakıyor. Üstüne üstlük ölüm anının tespitini de doktora bırakıyor. Şimdi evet düzenleme yapılması lazım. Top sizde...

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKUNDA ORGAN NAKLİ*

DOÇ. DR. AYFER UYANIK ÇAVUŞOĞLU

KOÇ ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK ÖĞRETİM ÜYESİ

Türk Hukukunda “*terminal dönemdeki hastalıklarda tedavi amacıyla uygulanan organ nakli uygulaması*” olarak tanımlanan organ naklinde¹, 2002 yılından itibaren büyük ilerleme kaydedilmiştir. Sadece geçen yıl 4000’den fazla organ nakli gerçekleştirilmiştir². Ancak bu sayı, organ nakli bekleyen hastaların sayısının çok gerisindedir. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün verilerine göre Türkiye’de toplam 20 bin 169 kişi organ nakli beklerken 2011 yılında organ bağıışı sayısı ise sadece 320’dir³. Bu durum, imkânı olan bazı hastaların tedavi olmak amacıyla yurt dışına seyahat etmelerine sebebiyet vermektedir. Buna karşılık, canlıdan organ nakli için Türkiye’yi tercih eden hasta sayısında da artış gözlenmektedir. Hukuki açıdan çeşitli sorunlarla karşılaşılması mümkün olan organ nakli olayının milletlerarası özel hukuk açısından irdelenmesi ve çözüm önerilerinde bulunulması bu tebliğin amacını oluşturmaktadır⁴.

Organ nakli sebebiyle hukuki ilişki içerisinde olan taraflardan birinin yabancı devlet vatandaşı olduğu veya organ naklinin yabancı bir ülkede yapıldığı⁵ durumlarda, olay yabancılık unsuru içermektedir ve ortaya çıkan hukuki ihtilaf kanunlar ihtilafı kurallarına göre çözüme kavuşturulmalıdır.

Yabancılık unsuru içeren organ nakli ile ilgili aşağıdaki sorunlar açıklığa kavuşturulmalıdır:

- Konusu organ alınması veya nakli olan yabancılık unsuru içeren hukuki işlemlerin hukuki niteliği nedir?

1)* Toplantıda sunulan tebliğin önemli ölçüde genişletilmiş halidir.

Tanım için bkz. Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği, m. 4/1 ğ, RG 1 Şubat 2012-28191.

2) Kaynak: <https://organ.saglik.gov.tr/> ; ayrıca bkz. www.tuik.gov.tr .

3) Kaynak: <https://organ.saglik.gov.tr/>

4) Tebliğde doku ve hücre nakli üzerinde durulmayacaktır.

5) Transplantasyon faaliyetlerinin koordinasyonunu sağlamak için oluşturulmuş organizasyonların (Euro-Transplant; France-Transplant; Scandiatriplant) yardımı ile organ temin edilmesi durumunda da yabancılık unsurunun varlığından bahsedilebilir.

- Yabancı devlet vatandaşı olan vericiden alınan organın alıcıya aşılınması esnasında hangi hukuki sorunlarla karşılaşılır?
- Terminal dönemde bulunan potansiyel organ bağışçısı, yabancı devlet vatandaşı ise, organ alınmasının kabul edilebilirliği bakımından hangi ülkenin hukuku esas alınır?
- Ölümün tespiti hangi ülke hukukuna göre yapılmalıdır?
- Hukuka aykırı olarak ölüden organ alınması durumunda ölenin post-mortal kişilik haklarının mı ihlal edildiğinden bahsedilmelidir, yoksa yakınların kişilik haklarının ihlalden mi?
- Transplantasyon sırasında hata yapılması durumunda, hekimin sorumluluğu hangi ülke hukukuna göre belirlenecektir?
- Organ tedariki işlemlerinin geçerliliği hangi ülke hukukuna tabi olacaktır?
- Uygulanması öngörülen yabancı hukuk, hangi durumlarda dikkate alınmaz?

Yabancı unsur içeren organ naklinin yasal şartlar dikkate alınmadan gerçekleştirilmiş olması sebebiyle yetkili Türk Mahkemesinde dava açılabilir⁶. Türk hâkim, öncelikle *lex fori*'nin ölçülerine göre, organ nakli ilişkisinin hangi hukuki münasebet içerisinde yer aldığını düşünmek ve genel bir çerçeve içerisinde değerlendirmek zorundadır.

Organ nakli olayında hekimin (hastanenin) sorumluluğuna,

- sözleşme ilişkisi (verici ile hastane işleteni/hekim arasında; alıcı ile hastane işleteni/hekim arasında amacı ve içeriği farklı olan hukuki ilişkiler kurulmaktadır);
- vekâletsiz iş görme ilişkisi veya
- haksız fiil ilişkisi sebebiyle gidilebilir.

6) Hukuka aykırı olarak organın alınması durumunda, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi şu hallerde mevcut kabul edilir:

Davalının yerleşim yeri mahkemesi [Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 6 I ve 7, 9]. Örneğin dava hekime karşı açılıyorsa, hekimin yerleşim yeri mahkemesi; hastane işletenine karşı açılıyorsa, tüzel kişinin ikametgâhının bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir. Hem hekim hem hastane işleteni sorumlu ise, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde de açılabilir (HMK m. 7/I).

Sözleşmeden doğan ihtilaflarda, dava akdin icra olunacağı yer mahkemesinde de açılabilir (HMK m. 10). Örneğin organını bağışlayan kişi ile hekim/hastane işleteni arasında akdedilen tedavi sözleşmesinden doğan ihtilaflar bakımından, tedavi yeri, sözleşmenin icra edildiği yer mahkemeleri olarak milletlerarası yetkilidir.

Haksız fiillerde, haksız fiilin meydana geldiği yer de milletlerarası yetkiyi tesis etmektedir. Milletlerarası yetkili bir mahkemenin doğumu için, haksız fiil olayının, kendisine başvuran mahkemenin yargı alanı içerisinde meydana gelmiş olması gerekir. Organ nakli olayında, zarar, haksız fiilin işlendiği yerde meydana geldiği için, zararın meydana geldiği yer ile zararın işlendiği yer bir öneme sahip değildir. Ancak HMK m. 16, zarar görenin yerleşim yeri mahkemesini de milletlerarası yetkili kabul etmiştir. Bu son bağlama kriteri, yabancı ülkede haksız fiil mağduru olan kişinin, Türkiye'de dava açabileceğine işaret etmektedir. Dolayısıyla, onay almadan örneğin Fransa'da organları alınan Türk vatandaşı bir kişinin yakınları, Türkiye'de yerleşim yerine sahip olmaları şartı ile sorumlular aleyhine dava açabileceklerdir.

7) Ölümün tespiti ile başlayan organ nakli sürecinin aktörleri, cesedin dışında, ölenin yakınları, hekim/hastane işleteni ve koordinasyon merkezi görevlileridir.

Hukuka aykırı olarak organ alınması olayında, kişinin maddi değerleri olan hayatı, sağlığı, vücut tamlığı gibi hakların kişilik hakları çerçevesinde kabul edilmesi sebebiyle bunların ihlal edilmesi durumunda haksız fiil sebebiyle hekimin tazminat sorumluluğu doğmaktadır. Bu sorumluluk, hekimin tedavi sözleşmesi gereğince müdahalede bulunduğu hallerde de ortaya çıkabilir. Diğer bir ifadeyle, hekim hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunduğu durumlarda, sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışı, kural olarak aynı zamanda haksız fiil teşkil eder. Bu halde sözleşmeye aykırılık unsuru, haksız fiil sorumluluğunun hukuka aykırılık unsuruna paralel bir nitelik taşır.

Vasıflandırmada esas alınan maddi hukuk kavramları lex fori'ye göre belirlendiği için, Türk hâkimi yabancılik unsuru içeren bir kişilik hakkı ihlalini, Türk Hukukunda kabul edildiği üzere haksız fiil (baskın görüş) olarak vasıflandıracaktır. Kişilik hakkı ihlali kişisel değerlerin korunmasıyla ilgili olsa da, bu mesele tek taraflı olarak kişilik hakkı ihlal edilen kişinin kişisel statüsü dikkate alınarak çözümlenmez (azınlıkta olan görüş).

Organ naklinde kişilik hak ihlallerine örnek olarak;

- Ölümün, kanunun öngördüğü usul ve kriterlere göre tespit edilmemesi;
- Ölenin veya yakınların onayı alınmadan organların alınması;
- Onam bakımından yanlış hukuki düzenleme dikkate alınmış olması, örneğin onay sisteminin dikkate alınması gerekirken, itiraz sisteminin dikkate alınması;
- Cesedin onurlu bir şekilde teslim edilmemesi;
- Dokümantasyon ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlal edilmesi gibi sebepler gösterilebilir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)⁸'ta organ nakli için öngörülmüş özel kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değildir. Konu genel MÖHUK düzenlemelerine dahil edilmelidir. MÖHUK'ta özel olarak düzenlenmemiş akitler ve haksız fiiller bakımından;

- Genel sözleşme statüsü olarak kabul gören m. 24 ve
- Genel haksız fiil statüsü olarak kabul gören m. 34⁹

dikkate alınmalıdır.

Kadavra vericiden (ölüden) organ alınması ile canlı vericiden (canlıdan) organ

8) RG 12 Aralık 2007-26728.

9) Yabancılik unsur içeren kişilik hak ihlalinde sorumluluğa uygulanacak hukuku tayin etmek amacıyla Türk Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 34. ve 35. maddelerinde bağlama kuralı içermektedir. Ancak 35. madde, kitle iletişim araçları vasıtasıyla ihlal edilen kişilik hakları bakımından dikkate alınan özel bir düzenlemedir. Organ nakli çerçevesinde gerçekleşen kişilik hakları ihlali bakımından genel haksız fiil kuralının dikkate alınması gerekmektedir.

alınması sebebiyle doğan hekimin/hastane işletenin sorumluluğu, dayanacağı esaslar bakımından farklılık göstereceği için ayrı başlıklar altında incelenmelidir. Aşağıda II. Bölüm altında “Ölüden Organ Nakli”; III. Bölüm altında “Canlıdan Organ Nakli” incelenecektir.

I. Ölüden organ nakli

Başta belirtilmelidir ki, ölüden organ naklinde, kural olarak sözleşmeye aykırılıktan dolayı değil, haksız fiilden dolayı sorumluluk doğar. Buna karşılık canlıdan organ naklinde, hem akdi sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu sebebiyle dava açılabilir.

1) Vasıflandırma sorunu

Ölüden organ alınmasında esas alınacak bağlama kuralının incelenmesine başlamadan önce bağlama konusunun vasıflandırılması sorununun halledilmesi gerekmektedir. Davaya bakan hâkim, kendi hukuk düzeninde ölüden organ alınması bakımından hangi yasal koşulların dikkate alınması gerektiğini, hukuka aykırılık halinde, bu fiilin haksız fiil çerçevesinde, kişilik haklarının ihlali olarak nitelendirildiğini az önce belirttik. Ancak bu noktada, ölenin mi yoksa yakınların mı kişilik haklarının ihlal edildiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Davaya bakan hâkim, bu konuda açık bir kural olmaması sebebiyle doktrin ve içtihattan faydalanacaktır.

Ölümün tespit edilmesiyle, kişilik sona erer; malvarlığı hakları mirasçılara geçer; kişiliğe bağlı olanlar sona erer. Buna karşılık ölüm sonrası özellikle konumuz itibarıyla önem arz eden cesede¹⁰ karşı yapılan ihlallere karşı korunması gereken süjesinin kim olduğu ve bu korumanın hangi yollarla yapılacağı çözüm bekleyen önemli bir hukuki sorundur. Bu sorunun çözümü, kişilik haklarının ölümden sonra da korunup korunmayacağı, cesedin hukuki niteliği ve üzerinde kimin/lerin hak sahibi olacağının saptanması ile mümkündür. Bu konuda değişik görüşler ileri sürülmektedir.

Türk ve İsviçre doktrininde baskın olan görüşe göre, kişiliğin ölümden sonra sürdüğü kabul edilemez. Ölüm ile kişiliğe bağlı olmayan haklar (malvarlığı hakları) mirasçılara geçer. Miras yolu ile geçmeyenler ise ortadan kalkar. Ancak kişiliğin bazı etkileri ölümden sonra da sürer: Kişiliğin bedensel varlığı ceset olarak kalır. Kişiliğin toplumsal görünümü olan şeref, saygınlık, giz alanı gibi değerler hukuksal korumadan yararlanarak etkilerini devam ettirirler. Söz konusu hukuksal korumalar, ölenin kişiliğinin sürmesinden ya da geriye bazı kalıntıların kalmasından kaynaklanmaz. Bu yüzden de korumanın konusunu yakınların ölüye karşı

10) Ceset, Türk Ceza Hukukunda 130. Madde ile koruma altına alınmıştır: İlgili hükme göre, “Bir ölünün cesedini veya kemiklerini kısmen veya tamamen alan ya da ceset veya kemikler hakkında tahkir edici fiillerde bulunan kişinin, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı öngörülmektedir”.

besledikleri hürmet ve saygı duyguları oluşturur¹¹. Diğer bir ifadeyle, yakınların, ceset üzerinde kişilik hakkı bulunmaktadır. Buna karşılık bir grup hukukçu, yakınların ceset üzerindeki hakkının, kendine özgü mutlak bir hak olduğunu kabul eder (mülkiyet benzeri mutlak hak)¹².

Ölenin adı, eseri gibi haklar, malvarlığı hakları çerçevesinde korunurken, cesedi, ölenin yakınları tarafından kendi kişilik hakları çerçevesinde korunmakta olduğu ifade edildikten sonra, ölenin yakınlarının hangi davaları açabilecekleri de açıklığa kavuşturulmalıdır. Milletlerarası özel hukukta bu konu, hiç şüphesiz uygulanacak hukuka göre belirlenecektir. Türk Hukukunda (TMK m. 25) kişilik haklarına müdahale halinde dört dava öngörmüştür:

- Saldırıya son verilmesi,
- Maddi tazminat davası,
- Manevi tazminat davası,
- Elde edilen kazancın verilmesi davası.

Konumuz bakımından saldırıya son verilmesi davası ile saldırıdan elde edilen kazancın verilmesi davası söz konusu edilemez. Burada mesele, maddi ve/veya manevi tazminat davası açma davası bakımından tartışılmalıdır¹³. Serozan'a göre, "*para mezarda ölününün gönlünü alamayacağına göre*" mirasçılar ancak kendi kişilik haklarına dayanarak kendi çıkarları doğrultusunda harekete geçebilecekler ve çeşitli hukuksal olanaklar arasında manevi tazminat isteyebilecekler¹⁴.

Buna karşılık Alman doktrinde, kişilik haklarının ölümden sonra da koruma altında olduğu savunulmaktadır¹⁵. Müelliflere göre, Anayasa'da temelini bulan insan onuru prensibinden [Alman Anayasası (GG m. 1 I)] hareketle, devletin, insan onuruna yönelik saldırılara karşı kişilere ölümlerinden sonra da koruma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁶. Bu bakış açısına göre, kişilik hakkı insanın ölümünden sonrasını da etkilemektedir. Ancak ölenin post-mortal kişilik hakkının kim/ler tarafından korunacağı, başka zincirleme sorunlara yol açmaktadır. Korumanın genel olarak ölenin yakınlarının yardımıyla sağlanacağı fikri savunulmaktadır.

11) Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2010, s. 25.

12) Ayiter, Nuşin, Organtransplantation als privatrechtliches Problem, AÜHFD 1975, C.XXXII, s. 181.

13) Türk doktrininde, ölenin yakınlarının tazminat hakkına sahip olmadıkları, sadece korumaya ilişkin davaları açabilecekleri savunulmaktadır, bkz. Akkanat, Halil, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004, s. 87.

14) Serozan, Rona, Kişilik Hakkının Korunmasıyla İlgili Bazı Düşünceler, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi 1977, Y.11, S. 14, s. 109 vd.

15) Karşılaştırmalı hukuk bakımından bu görüşün baskın görüş olduğu hakkında bkz. Gleichauf, Jürgen, Das postmortale Persönlichkeitsrecht im IPR (1999), s. 270 vd.

16) Deutsch, Erwin, Arzt-und Arzneimittelrecht, Berlin 1991, s. 260; Staudinger/Hager, (1999), § 823, Kn. C. 36 vd.; Münchener Kommentar/Rixecker, 4. Auflage (2001), § 12 Ahn. Kn. 22 vd.; Konuya ilişkin içtihat için bkz. BGHZ 15, 249, 259 (Cosima Wagner); BGHZ NJW 1968, 1773, 1774= JZ 1968, 697, 699 (Mephisto).

Konunun milletlerarası özel hukuk bakımından önemi: Hukuka aykırı olarak cesetten organların alınması durumunda kimin nasıl bir hakka sahip olduğu meselesi milletlerarası özel hukuk perspektifi ile şu şekilde değerlendirilmelidir: Türk hâkimi, kanunlar ihtilafı kuralının bağlama konusunu oluşturan olayın hangi hukuki kategoriye girdiğini tespit ederken, belli başlı istisnalar dışında, kendi hukuk sisteminde yer alan kavramlara göre hareket etmektedir. Daha ayrıntılı bir ifadeyle, mahkeme, uyumsuzluğun konusu olan maddi ilişkinin hangi hukuki ilişki içerisinde yer aldığını (borçlar hukuku, eşya hukuku vs.) değerlendirdikten sonra bir adım daha ileri giderek borç ilişkisinin kaynağı olarak hangi halin (sözleşme; haksız fiil; sebepsiz zenginleşme) öngörülmüş olduğunu belirleyecektir. Buna göre, Türk hâkimi, yabancılik unsuru içeren bir hukuka aykırı organ alınması fiilinin kişiler hukuku çerçevesinde yer aldığını belirledikten sonra, borç ilişkisinin kaynağı olarak haksız fiil halinin bulunduğunu saptayacak, uygulanacak hukuku bu statüyü dikkate alarak bulacaktır. Ancak burada şuna da işaret edilmelidir: Gerek lex fori vasıflandırmada gerekse lex causae vasıflandırmada, söz konusu hukuki ilişki, kural olarak, haksız fiil olarak vasıflandırılacaktır. Bu hukuki statüye (haksız fiil statüsü) göre uygulanacak hukuk öncelikle fiil yeri bağlama kriterine göre tespit edilmektedir (MÖHUK m. 34). Bulunan hukuk, kimin (ölen/yakınları) kişilik hak ihlalinin dolayı kime/lere karşı hangi taleplerde bulunacağını cevaplandıracaktır. Bu durumda, kural olarak, fiil yeri bağlama kriterine göre (veya sıkı ilişkili ülke hukuku) tespit edilen ülke hukuku, hukuka aykırı olarak ölüden organ alınması durumunda, post-mortal kişilik haklarının korunmasını mı yoksa yakınların kişilik haklarının korunmasını mı öngördüğüne bakılmalıdır.

Post-mortal kişilik haklarının ihlalinin kabul edildiği ülkelerde, zararın, organların alındığı yerde meydana geldiği kabul edilmektedir. Buna karşılık yakınların kişilik haklarının ihlal edildiği görüşünü benimseyen ülke hukuklarında, fiil/zarar yeri olarak yakınların odak noktası olduğu bağlantıların mı (örneğin milli hukuk, ikametgâh, mutad mesken) yoksa başka esasların mı dikkate alınması gerektiği incelenmelidir. Uygulanacak hukuk Türk Hukuku ise, yakınların kişilik haklarının ihlal edildiğinden hareket edilmektedir. Fakat bu noktada da başka bir hukuki sorunla karşılaşmaktadır: Genel haksız fiil statüsünde dikkate alınan fiil yeri hukuku olarak, yakınların kişilik hakları nerede ihlal edilmiş kabul edilmektedir. Zarar, cesede hukuka aykırı olarak yapılan müdahale yerinde mi, yoksa her bir yakının milli hukuk/mutad meskenlerinin bulunduğu yerde mi doğmuştur? Bu konuyu aşağıda ayrıntılı olarak tartışacağız.

2)Haksız fiil statüsü

Konunun MÖHUK m. 34'ün 1. ve 2. fıkrasına göre yorumlanması:

“Haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabidir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır”.

Ölüden organ alınmasında fiil yeri ile zarar yeri ayırımı önemli değildir. Konumuz bakımından organın alındığı yer, zararın meydana geldiği yerdir. Yasal şartlar bakımından *organın alındığı ülke* hukuku dikkate alınmalıdır. Cesedin bulunduğu ülkede yürürlükte olan yasal koşullar yerine getirilmediği her durumda, kişilik haklarının ihlal edildiği kabul edilmektedir. Diğer bir ifadeyle, hukuki değer olarak kabul edilen cesede yapılan her hukuka aykırı müdahale, kişilik haklarının ihlali olarak kabul edilmelidir. Netice itibarıyla, hukuka aykırı olarak ölüden organ alınmasında, kişilik haklarının ihlal edilmesi sebebiyle müdahalenin yapıldığı ülke hukuku (fiil yeri hukuku) hekimin sorumluluğunun bulunup bulunmadığını açıklığa kavuşturacaktır. Ancak sorumluluk her zaman cesede yapılan aktif bir müdahale sebebiyle doğmaz; ölü vericinin bedeninin onursuz bir şekilde bırakılması gibi, belirli durumlarda organın alınmasından sonra hekime düşen yükümlülüğün yerine getirilmesi ile de oluşabilir. Bu durumda uygulanacak hukuk, cesedin onurlu bir şekilde teslim edilmesi gerektiği yere göre tespit edilecektir. Örneğin cesedi onurlu bir durumda defin işlemleri için teslim edilmesi gibi bir davranış veya fiili yükümlülüğün varlığına ilişkin şartlar, korunması gereken hukuki değer (cesedin) bulunduğu ülke hukukuna tabidir. Netice itibarıyla, her iki yer burada da organın alındığı yer ile aynıdır. Fiil yeri ile ihmal etme arasındaki sınırlamanın pek önemi yoktur.

Organ alınmasında birden fazla fiil yerinden bahsedilmez; çünkü organ, genellikle en son yoğun bakım servisinin bulunduğu ülkede alınmaktadır.

Konunun MÖHUK md. 34, 3. Fıkrasına göre yorumlanması:

“Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanır”.

Daha sıkı ilişkili hukuk olarak müşterek milli hukuk/ikametgâh/mutad mesken hukuku dikkate alınır mı?

Kişilik hakkının ihlalini doğuran fiilin işlendiği sırada mağdur ve failin aynı ülkede olması ihtimalinde bu ortak hukukun uygulanacağı birçok devletin milletlerarası özel hukuku uygulamasında kabul edilmektedir. Ancak yabancılık unsur içeren organ nakli olaylarında, çoğunlukla, hekim ile verici, genellikle aynı mutad mesken/ikametgâh/milli hukuka sahip değildir. Örneğin turistik amaçla Türkiye’de bulunan bir yabancı devlet vatandaşının karıştığı bir trafik kazası sonucunda beyin ölümünün tespit edildiği ve yakınların ölen kişinin organlarını bağışladığı bir olayda, verici ve hekim/hastane işleteni ne ortak milli hukuk ne de ortak ikametgâh veya mutad meskene sahip olacaktır¹⁷.

17) Alanya’da ikamet eden Alman vatandaşı bakımından hekim/hastane ile vericinin ortak mutad meskene sahip olduğu gerçeği, ölümün Türkiye’de gerçekleşmiş olması sebebiyle, uygulanacak hukuk bakımından bir farklılık yaratmayacaktır (fiil yeri: Türkiye; müşterek müşterek mutad mesken: Türkiye).

Haksız fiil aktörlerinin ortak mutad mesken sahibi olma ihtimalinin çok düşük olması, yakın geçmişe kadar Türkiye’de uzman olmayan yabancıların hekimlik yapmalarının yasaklanmış olması ile de açıklanabilir¹⁸.

Haksız fiil, aynı zamanda zarar veren ile zarara uğrayan arasında zaten mevcut bulunan bir hukuki ilişkiyi de ihlal ediyor ise, taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olacak hukuk, en sıkı irtibatlı hukuk olarak dikkate alınabilir (fer’i bağlama) mı?

Ölüden organ alınmasında haksız fiilin fer’i bağlanma noktasından söz edilip edilmeyeceği tartışılabilir. Burada öncelikle cevaplandırılması gereken husus, haksız fiil olayının (hukuka aykırı olarak ölüden organ alınması) taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşme sebebiyle taraflara yüklenilmiş bir mükellefiyetin ihlaline de sebebiyet verip vermediğidir. Bu soruya olumlu cevap verilmesi durumunda, kişilik hakları ihlali olayı sebebiyle, ölenin yakınlarının doktor/sağlık kurumuna karşı tazminat talebi, haksız fiilin işlendiği yere bakılmaksızın, doğrudan tedavi sözleşmesi bakımından dikkate alınan akit statüsüne (m. 24) tabi tutulacaktır.

Kanaatimize göre, konumuz bakımından haksız fiilin fer’i bağlanma noktasından söz edilemez. Çünkü;

- Ağır yaralı olarak sağlık kuruluşuna getirilen hasta ile hekim/hastane işleteni arasında tedavi sözleşmesi bulunmamaktadır. Ancak vekâletsiz iş görme vardır.
- Beyin ölümü gerçekleşmeden önce, yoğun bakım servisinde tedavi altına alınan kişi ile doktor/hastane işleteni arasında tedavi sözleşmesinin kurulmuş olduğu kabul edilmiş olsa dahi, tedavi sözleşmesinin konusu, post-mortal organ alımı değil, hastanın tedavisidir. Hastanın ölmesi ile tedavi sözleşmesi sona erer. Bu sebeple, hukuka aykırı olarak ölüden organ alınması sebebiyle doğan hekimin sorumluluğu akit statüsüne tabi tutulamaz. Aynı gerekçeler, vekâletsiz iş görme için de ileri sürülebilir.

18) Açıkça uzman yabancıların sağlık hizmetlerinde sözleşmeli olarak çalıştırılabilmelerine imkân veren “Sağlık Hizmetleri Kanunu”nun 7. maddesi, 2011 tarihli “Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 58/14 e maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır. İlgili KHK, “Tababet ve Şua batı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun”un yabancıların, Türkiye’de doktorluk yapmasını yasaklayan hükmünü de değiştirmiştir. KHK’nin 58/8 a maddesi uyarınca söz konusu kanunun 1. maddesindeki vatandaşlık şartı kaldırılmış ve Türkiye’de hekim olarak çalışabilmek ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak hekimlik mesleğini icra etmek için yeterli görülmüştür. 2011 yılında yapılan bu değişiklikle, yabancı hekimlerin Türkiye’de hekimlik mesleğini icra etmelerine imkân veren “KHK’nin Uygulanmasına İlişkin Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul ve Esaslarına Dair Yönetmelik” (RG 22 Şubat 2012- 28212) ile de yabancı meslek mensuplarının özel sağlık kuruluşlarında çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlemiştir (Yönetmeliğin 2. Maddesinde, dış hekim, eczacı, ebe ve hastabakıcılar yabancı sağlık meslek mensuplarına dahil edilmemiştir, bunların özel kanunlarında belirtildiği gibi Türk vatandaşı olma zorunluluğu muhafaza edilmiştir).

• Haksız fiil davasının konusu, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, cesedin onursuz şekilde teslim edilmesi de olabilir. Tedavi sözleşmesi ile hekimin üstlendiği temel borcun (hastanın hastalığının teşhisi ve tedavisine ilişkin fiiller) yanında, ölüm olgusunun gerçekleşmesi durumunda, cesedin onurlu bir şekilde teslim edilmesi de bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Ölüm sonrasında cesede itina gösterilmesi, tedavi sözleşmesi kapsamında hekim/hastane işletenine yükletilecek bir sorumluluk mudur? Bu soruya olumlu cevap vermemiz durumunda, haksız fiilin fer'i bağlanma noktasından bahsedilebilir. Ancak kanaatimize göre, burada sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğten bahsedilemez, olsa olsa genel hukuki yükümlülüklerden bahsedilmelidir.

Konunun MÖHUK m. 34, fıkra 5'e göre yorumlanması:

“Taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra uygulanacak hukuku açıkça seçebilirler”.

Post-mortal organ alımı özel bir durum teşkil etmektedir, çünkü hukuk seçimi sözleşmesi hekim/hastane işleteni ile donör arasında değil, hekim/hastane işleteni ile ölenin yakınları arasında gerçekleşmektedir.

3) Haksız fiil statüsünün uygulama alanı

a) Ölümün saptanması

Haksız fiil statüsünün uygulama alanı tartışmalı bir konudur. Ölümün tespiti, bu bağlamda iki açıdan sorundur. Bir taraftan bilim dünyasında, insanın gerçekten ne zaman öldüğü konusu yoğun bir şekilde tartışılmaktadır. Diğer taraftan, farklı hukuk düzenlemelerinde kullanılan ölüm kavramı yeknesak değildir ve kanunlar ihtilafı hukukunda, ölüm zamanının tespitinin haksız fiil statüsünden bağımsız mı bağlanması gerektiği sorgulanmaktadır.

aa. Kişisel statü

Alman doktrinde baskın olan görüşe göre, ölümün hak ehliyetinin sonunu belirlemesi nedeniyle ölüm anının saptanması kişisel statüye tabidir¹⁹. Buna göre, önsorun olarak ölüm anı, haksız fiil statüsünün öngördüğü hukuktan bağımsız olarak, donörün kişisel statüsüne göre belirlenecektir²⁰.

bb. Haksız fiil statüsü

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre, ölümün saptanması bakımından,

19) Soergel/Kegel, 12. Auflage (1996), Art. 7 Kn. 2; Münchener Kommentar/Birk, 4. Auflage (2006), Art. 7 Kn. 10.

20) Ayrıca bkz. Kegel/Schurig, IPR, 9. Auflage (2004), s. 544.

haksız fiil statüsü uyarınca yoğun bakım tedavinin yapıldığı yer (fiil yeri) hukuku dikkate alınmalıdır²¹. Çünkü tedavi eden hekimden, hastanın hangi ülke vatandaşı olduğunu ve böylece onun milli hukukuna göre ölüm anının nasıl tespit edildiğini araştırması beklenemez. Hekime aşına olan hukukun uygulanmasıyla hekimin menfaatine, potansiyel vericinin menfaati karşısında öncelik tanınmaktadır.

cc. Kanaatimiz

Kesin ve gerçek ölüm zamanı, bilimde yoğun tartışmalı bir konudur ve kesin sonuçlu değildir. Bu nedenle hukuk tekniği bakımından normatif bir ölüm kavramı tercih edilmektedir. Türk milletlerarası özel hukukunda, Alman hukukunda öngörüldüğü gibi, hak ve fiil ehliyeti statüsü ile ölmüş sayılma kararı statüsü²² (ölümün/ölüm zamanının tespiti) arasında ayırım yapılmamıştır. Türk Hukukunda sadece hak ve fiil ehliyeti statüsü mevcuttur. Türk Hukuku bakımından tartışılacak konu, ehliyet statüsünün, potansiyel vericinin menfaatini dikkate alması sebebiyle ölümün tespiti açısından esas alınıp alınmayacağıdır.

Post-mortal organ alınması olayında *hukuk süjesinin temeli olan yaşam* MÖHUK m. 9'da düzenlenmiş olan hak ehliyeti perspektifi ile ele alınıp tartışılmamaktadır; sorgulanan konu, müdahale hakkının mevcut olup olmadığıdır, kişinin hak ehliyeti değil.

Müdahale yetkisi/hakkı, hukuk süjesine ilişkin değildir, bir kişinin hukuk süjesine etki eden fillerin kabul edilebilirliğine ilişkindir. Bu sebeple post-mortal organ alımı için gerekli olan ölümün saptanması için, kişilik statüsünden ziyade haksız fiil statüsü dikkate alınmalıdır. Aşağıdaki esaslar bu görüşü destekler niteliktedir:

- Yabancı bir ülkeye giden bir kişi, kendisinin o ülkenin emredici hukuk kurallarına tabi olacağını öngörebilir.
- Donörün hukukunun uygulanmasına duyulan menfaat, hekimin görevini yaptığı ülkenin hukukunun uygulanması menfaatinden daha az korunabilir.
- Ehliyet statüsü, potansiyel verici odaklıdır ve onun menfaatini korur. Oysa haksız fiil statüsü, hekim/sağlık kuruluşu, hatta alıcı odaklıdır.
- Fiil yerine bağlanma, işlem menfaatine de hizmet eder, çünkü sağlık ekibinin, kendilerine aşına olan yöntemle göre ölümü tespit etmeleri daha kolaydır.
- Bağlama kriteri olarak fiil yeri, tüm katılımcılar için olağan koşullarda öngörülebilir. Bu da hukukun öngörülebilirliğini ve böylece hukuk güvencesini sağlamaktadır.
- İşlem güvenliği kuralı burada dikkate alınmaz; çünkü bu kural hukuki işlemler bakımından uygulanır, maddi fiiller ve dolayısıyla haksız fiiller için geçerli değildir.

21) Gleichauf, s. 294, dn. 607.

22) Bkz. EGBGB Art. 9.

Ölüm zamanının tespiti için fiil yeri hukukunun esas alınması daha elverişlidir. Bu yerdeki hukuki kurallara göre, hekimler tıbbi müdahalelerine yön vermektedirler. Buna karşılık kişisel statü, taraflardan birinin (vericinin) menfaatini, diğerlerinden (hekim/hastane işleteni ve alıcının) daha fazla korumaya layık görüldüğü için esas alınmamalıdır.

b) Haksız fiil failinin çokluğu

Organ alınması, tek bir hekim tarafından yerine getirilmez; beyin ölümü kriterlerini tespit eden dört kişilik ekipten sonra devreye giren organ nakli merkezi hekimlerince yapılır. Bu bir ekip işidir ve ciddi bir organizasyonu gerektirir. Dolayısıyla, ölümü tespit eden doktorlar ile organ alınması için gereken izin şartının mevcut olup olmadığını dikkate alan doktor/lar farklı ekip içerisinde görev yapmaktadırlar. *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*²³ (ONK)'na göre ölümü tespit eden doktorlar, organ almında görev alamazlar. Milletlerarası özel hukuk bakımından önemli olan konu, birden fazla kişinin görev aldığı organ alınması fiilinde, bu kişilerin sorumluluğunu hangi hukuka göre belirleyeceğiz? Uygulanacak hukuk, birden fazla kişinin sorumluluğunu öngörüyor ise, bu kişiler arasında rücu ilişkisi hangi hukuk tarafından idare edilecektir? Baskın görüş göre, birden fazla kişinin sorumluluğuna ilişkin problemin açıklığa kavuşturulmasında, haksız fiil statüsü dikkate alınmalıdır²⁴. Bu görüşü savunanlara göre, haksız fiilden hangi şartlar altında, kimlerin sorumlu olacağı, sorumluluğun temeli ve şartlarını ilgilendiren bir konudur. Bu sebeple, haksız fiilden tek bir kişinin mi, yoksa birden fazla kişinin mi sorumlu olacağı, sorumluluğun temeli ve şartlarını idare eden haksız fiil statüsüne tabi olmalıdır.

c) Kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali

Hekimin kayıt tutma yükümlülüğü özenli tedavi yükümlülüğünün bir parçasıdır. Kayıt tutma yükümlülüğü ve buna bağlı olarak hastanın kayıtlara bakma hakkı, bir kişilik hakkı olarak anlaşılmaktadır.

Konunun milletlerarası özel hukuk açısından önemi: Kişilik hakkının ihlalini beraberinde getiren dokümantasyon yükümlülüğü ihlallerinin haksız fiil statüsüne tabidir. Organ naklide dokümantasyon, öncelikli olarak, organ alımı için gerekli olan önlemlerin sürecini belgelemelidir. Bilindiği üzere, konumuz bakımından kayıt tutma yükümlülüğünün amacı, organın alınması ve aşılmasının emniyet içinde yapılması, delillerin güvenceye alınması ve sorumlu kişilerin kimliğinin tespitinin mümkün kılınmasıdır²⁵. Gerçi dokümantasyon yükümlülüğünün ihlali sonucunda donör/alıcı aleyhine bir durum söz konusu olursa, ispat

23) RG 3 Haziran 1976-16655.

24) Münchener Kommentar/Junker, 5. Auflage (2010), Art. 40, Kn. 48.

25) Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, İstanbul 2012, s. 452 vd.

külfeti taraf değiştirir. Ancak bu durum, lex fori bağlamayı meşrulaştırmamaktadır. Kayıtlar, tıbbi müdahale yerinde tutulması gerektiği için, fiil yeri hukukundan ayrılmamak gerekiyor.

Bu konunun diğer bir boyutu ise, hukuka aykırı gerçekleşen post-mortal organ alımında, hastanın kayıtlarını inceleme hakkı yerine yakınların hakkı olup olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, ölenin yakınlarının kayıtlara bakma hakkı var mıdır? Bu konuda yakınların kişilik haklarının ihlalinde söz edilebilir mi?

d) Hekim koşulu

Organların post-mortal alımı sadece hekimler tarafından gerçekleştirilebilir. Hukuki düzenlemeler arasında bu konuda farklılık yoktur. ONK m. 11 ve m. 12 hekimlere ilişkin hükümlerdir. Hekim olmayan bir kişi tarafından organın alınması hukuka aykırıdır ve Türk Hukukuna göre cezalandırmayı gerektirir²⁶. Milletlerarası kıyaslamada, ölümün tespitini gerçekleştirecek olan hekimlerin sayısına ve yeterliliğine ilişkin düzenlemeler daha sorunludur. Ölümün tespiti, Türk Hukukunda dört kişilik hekimler kurulunca (ONK m. 11), Belçika, Bulgaristan, İtalya, Yugoslavya, Sırbistan ve Karadağ, Polonya, Romanya, Slovakya, İspanya ve Macaristan hukuklarında üç kişilik hekimler kurulunca, Alman hukukunda kural olarak iki hekim, istisnai durumlarda bir hekim (TPG²⁷ § 5); Hollanda hukukunda tek hekim tarafından yapılır. Konu milletlerarası özel hukuk bakımından şu örnekle açıklanabilir: Kazada ölen örneğin Polonya vatandaşı bir kişi Türkiye’de organ bağışçısı olduğunda; hangi hukukunun uygulanacağına ve böylelikle, ölümün tespiti Türk Hukukuna göre dört hekim tarafından mı, yoksa Polonya hukukuna göre üç hekim tarafından mı gerçekleştirilmesi gerektiğine karar verilmelidir.

Hekime ilişkin koşullar (ölümün tespiti, hekimlerin sayısı, hekimlere ilişkin yasa işlemler), haksız fiil statüsüne tabidir. Fiil yeri hukukundaki bu kuralların, doğrudan uygulanan kural olarak da işlev gördüğü savunulabilir. Biz aynı sonuca, olumlu kamu düzeni uygulaması ile varılabileceğini düşünüyoruz.

e) Onay şartı

Ölüden organ alınması konusunda üç model vardır. Bunlar rıza (irade) modeli, itiraz modeli ve zaruret modelidir. Rıza modelinde, ölüden organ veya doku alabilmek için ya ölen kişinin sağlığında bu konuda irade beyanında bulunması ya da ölümden sonra yakınlarının nakle onay vermesi gerekir. İtiraz modelinde²⁸, olumlu bir

26) Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, madde 25 (Değişik madde: 23 Ocak 2008-5728 S.K./22.md.) “Diploması olmadığı hâlde, menfaat temin etmek amacıyla yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

27) 1997 tarihli Transplantationsgesetz (BGBl. I S. 2631) en son 19 Ekim 2012 tarihinde değiştirilmiştir, bkz. (BGBl. I S. 2192, 2216).

28) İtiraz modelini benimseyen ülkeler: Avusturya, Belçika, Finlandiya, Fransa, Yunanistan. Bu ülkelerde herkes potansiyel verici olarak kabul edilmektedir.

irade beyanı olmamasına rağmen, organ alımını hukuka uygun hale getiren, alıcıyı koruyan, vericiye de iradesini açılmak şartıyla organ veya doku alımını engelleme imkânı tanıyan bir modeldir. İtiraz modeline göre, ölenin/yakınların itirazı yoksa cesetten organ alınabilir. Öldüğü zaman cesedinden organ alınmasını istemeyenler daha hayatta iken bu yöndeki iradelerini açıklamak zorundadır. Sağlığında itiraz etmeyen bir kimse, ölümünden sonra kendisinden organ alınmasına zımni olarak rıza göstermiş demektir. Böyle bir itirazı olmadan ölüm gerçekleşmişse, yakınlar da itiraz edebilir ki, bu durumda da organ alınmaz. Zaruret modelinde, verici veya yakınlarının cesetten organ alınmaması konusundaki menfaatleri ile alıcının menfaatleri karşılaştırılmaktadır. Yakınların cesedin bozulmaması, cesede saygı gösterilmesi konusunda menfaati vardır. Alıcının da sağlığına kavuşma noktasında haklı bir menfaati vardır. Bunlar karşılaştırıldığında somut olay özellikleri çerçevesinde hangi menfaat ağır basıyorsa o korunur. Ancak ölenin sağlığında ya da yakınlarının ölümünden sonra bir itirazı olursa yine cesetten organ alınamaz. Zaruret modeline göre ölüden organ alınabilmesi için, alınacak organa acilen ihtiyaç duyan bir hastanın olması gerekir. Eğer alınacak organın hastaya zamanında yetiştirilebilme olanağı varsa, hastanın bulunduğu yerin önemi bulunmamaktadır. Eğer alınan organın nakledilebileceği hastaların durumu acil değilse, yani organ nakli yapılmadan daha uzun yıllar yaşayabileceklerse, hukuken zaruret halinden söz edilemez.

Türk Hukukunda kural olarak rıza modeli benimsenmiştir²⁹. ONK’numuz diğer modellere de sınırlı bir biçimde yer vermiştir. ONK m. 14/II’ye göre aksine bir vasiyet veya beyan olmadığı takdirde, kornea gibi ceset üzerinde değişiklik yapmayan dokuların alınabileceği kabul edilmiştir. Kanun’un 14. maddesinin IV. fıkrasında ise zaruret modeline yer verildiği görülmektedir. Bu hükme göre, kaza veya tabii afetler sonucu vücudunun uğradığı ağır harabiyet nedeniyle hayatını kaybetmiş olan bir kimseden, bazı şartların gerçekleşmesi halinde, yaşamı organ veya doku nakline bağlı olan kimselere, “ivedilik ve tıbbi zorunluluk” bulunan hallerde vasiyet ya da rıza aranmaksızın nakil yapılabilir. Bu düzenlemeye göre, bir kişiden organ veya doku alınabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir: Birincisi, ivedilik ve tıbbi zorunluluk; ikincisi, ölen kişinin kaza veya tabii afetler dolayısıyla vücudunun uğradığı ağır harabiyet sonucunda hayatını kaybetmiş olması; üçüncüsü, tıbbi ölüm halinin alınacak organlara bağlı olmadığıнын hekim kurulu raporu ile belgelenmesidir.

Konunun milletlerarası özel hukuk bakımından önemi: Hukuka uygunluk koşullarının gerçekleşmiş olup olmadığı, haksız fiil statüsüne göre fiil yeri hukukuna göre tespit edilecektir (potansiyel organ bağışçısına yapılan hukuka aykırı müdahale). Dolayısıyla, İspanya’da beyin ölümü tespit edilen bir Türk vatandaşının, sağlığında organ alımına itiraz etmemişse ve de hastanede yakını yoksa organları alınabilecektir.

29) Kanada, Danimarka, Almanya, İngiltere, Litvanya, Malta, Romanya, ABD de bu modeli benimsemiştir.

Post-mortal organ bağışına kim/ler onay verebilir? Türk Hukukunda (ONK m. 14), bağışa onay verebilecek kişiler şu şekilde sıralanmıştır: Ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşleridir, bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakını. Bu durumda, ön sorun olarak, eş bakımından evlilik statüsü, çocuklar ve ölen kişinin ana/babası bakımından soybağı statüsünün esas alınması gerekmektedir. Buna karşılık ONK’nda adı geçen yakınlar kimlerdir? Bunlar hangi kurala göre tespit edileceklerdir? Kanun mirasçılardan bahsetmemektedir, yakınardan bahsetmektedir. Dolayısıyla evlilik veya soybağı statüsü, ölen şahısa yakın olan herkesi kapsamaz. Arkadaşlık veya dostluk ilişkisi, hukuken tespit edilemeyen ilişkilerdir. Buna rağmen, ölene yakın olan kişilerin, haksız fiil statüsüne göre tespit edilmesi gerektiği savunulabilir.

Onayın verilmiş şekli: Organ bağışına onay ya da itirazın şekli bağımsız bağlanmaya konu olabilmesi, irade beyanının (onayın) hukuki işlem olarak vasıflandırılması ile mümkündür. Böylece uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 7’ye göre tespit edilebilecektir. Hukuki işlem kavramının yorumlanması *lex fori*’ye tabidir. Buna göre ilgililer, onaylarını ya haksız fiil statüsünün öngördüğü ülke hukukuna, ya da onayın verildiği ülke hukukuna uygun şekilde vermelidirler. Türk Hukukunda bir kimsenin sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmesi veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamış olması aranmaktadır. Ölüme bağlı tasarruf yaparak organların bağışlanması kabul edildiğine göre burada vasiyetnamenin şekli bakımından Türkiye’nin de taraf olduğu “*Vasiyet Tasarruflarının Şekline İlişkin Kanun Uyuşmazlıkları Hakkında La Haye Sözleşmesi*”³⁰’nin dikkate alınması düşünülebilir.

f) Memur hekimler

Hekimin hukuka aykırılıktan dolayı sorumluluğu bakımından, görev yaptığı ülke hukuku esas alınmalıdır. Esasında böyle bir sorun kanunlar ihtilafı hukuku bakımından doğmaz. Çünkü kamu hastanesinde görevli hekimlerin hukuka aykırı fiilleri (görevden ayrılabilir kişisel kusur hariç), hizmet kusuru sebebi ile Sağlık Bakanlığı’nın sorumluluğunu gerektirmektedir³¹.

30) RG 22 Nisan 1982-17674.

31) Uyuşmazlık Mahkemesi, kamu personelinin görev ve yetkilerinden, kullandığı araç ve gereçlerden, resmi sıfatından ayrılabilen, başka bir anlatımla, suç biçimine dönüşerek idari olma niteliğini yitiren eylem ve işlemleri, Anayasal korumanın dışında ve dolayısıyla personelin doğrudan doğruya kişisel sorumluluğunu gerektiren hukuk alanı içindedir, demektedir (18.5.1991, E. 992/15-K. 992/18. RG; 18.7.1992, Sayı: 21288, s. 20). Danıştay Kararı, bir kamu görevlisinin görev sırasında hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliği taşısa bile, hizmet kusuru oluşturacağı İdare Hukuku’nun bilinen ilkelerindendir (Danıştay 2.D, E. 2004/1813, K. 2005/1642, T. 9.5.2005). İdarenin verdiği görev ve yetki ve olanakları kullanarak hizmet sırasındaki görev kusuru nedeniyle meydana gelen zararlardan dolayı idarenin tazmin sorumluluğu bulunmaktadır (Danıştay 10. Daire. E 1999/5376, K. 1999/1746, T.2.11.1999).

g) Hekimin mali sorumluluk sigortalı olması

Mağdur, ister zarar veren kişi aleyhine ister sigorta aleyhine hak talebinde bulunur.

Türk Hukukunda, “*Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali sorumluluk Sigortasında Kurum Katkısına İlişkin Usul Ve Esaslara Dair Tebliğ (Tebliğ no: 2010/1)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ*”ine göre, zarar gören, uğradığı zararın sigorta bedeline kadar olan kısmının tazminini, sigorta sözleşmesi için geçerli zamanaşımı süresi içinde kalmak şartıyla, doğrudan sigortacıdan isteyebilir (B.5. Doğrudan Dava Hakkı).

Konunun milletlerarası özel hukuk bakımından önemi: MÖHUK, sigorta sözleşmesinden doğan davalar bakımından milletlerarası yetkili mahkemeyi göstermiş olmasına rağmen (MÖHUK m. 46), uygulanacak hukuk bakımından özel bir bağlama kuralı getirmemiştir. Bu sözleşmeler bakımından genel akit statüsü dikkate alınmalıdır. Bu durumda uygulanacak hukuk, sözleşme ile kararlaştırılmamış ise, sigortacının işlemlerini yaptığı yer hukuku, yani sigortacının işyeri hukukudur (merkezin/şubenin işyeri) (MÖHUK m. 24). Genel akit statüsüne veya haksız fiil statüsüne göre tespit edilen hukuk, ölenin yakınlarına, talebini doğrudan doğruya sorumlunun sigortacısına karşı ileri sürebilmesine imkân veriyor ise, bunlar, tazminat taleplerini doğrudan sigortacıya yöneltebilirler (MÖHUK m. 34 IV). Ancak sigorta sözleşmesinin taraflarının (zarar veren ve sigorta şirketi) Türk olduğu, üstelik riskin de Türkiye’de doğduğu bir olayda, sadece zarara uğrayan kişinin yabancı devlet vatandaşı olması sebebiyle yabancılık unsurunun mevcudiyeti tartışılır bir konudur.

4) Aracı kurumlar ile alıcı arasındaki hukuki ilişki

Ölen kişi ister Türk vatandaşı olsun ister yabancı devlet vatandaşı olsun, organlar alındıktan sonra onlar üzerinde yakınların hak iddiası da sona erer. Türk Hukukunda, ölüden alınan organların kime/kimlere nakledileceği özel şahıslar tarafından belirlenememektedir. Ölüden alınan organın kime nakledileceği tamamen mevzuattaki kuralların bir sonucu olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla ne alıcı ne de organı nakleden kurum ile “Ulusal Koordinasyon Kurumu” arasında özel hukuk ilişkisi kurulmaktadır. Aracı kurum olan ulusal koordinasyon merkezi ile biyolojik maddeyi talep eden nakil merkezi arasında idare hukuku kurallarına tabi bir ilişki mevcuttur. Dolayısıyla gerek bağışlanan organın koordinasyon merkezine iletilmesi gerekse organın koordinasyon merkezinden naklini gerçekleştirecek olan merkeze iletilmesinde yaşanacak olan hukuka aykırılıklardan dolayı oluşacak hukuki sorumluluk, idare hukuku kurallarına tabidir.

Ulusal Koordinasyon Sistemine, yasal bir engel olmadığı halde, yabancılar alıcı

olarak kaydedilmez³². Sisteme kayıtlı olan organlar, kural olarak, sisteme kayıtlı olan Türk vatandaşlarına nakledilir.

III. Canlıdan organ nakli

Verici ile hastane işleteni/hekim arasında; alıcı ile hastane işleteni/hekim arasında; alıcı ile verici arasında, amacı ve içeriği farklı olan hukuki ilişkiler kurulmaktadır.

1. Verici ile alıcı arasındaki hukuku ilişki

a) Verici ile alıcı arasındaki hukuki ilişkinin niteliği bağışlama sözleşmesi midir?

Taraflar arasındaki hukuki ilişki genellikle organ bağışı sözleşmesi ve verici de bağışçı olarak adlandırılmaktadır. Bunun sebebi, hem nakil, hem de bağışlama sözleşmesinin ivazsız olmasıdır. Fakat Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan bağışlama sözleşmesinin unsurları incelendiğinde, alıcı ile verici arasında yapılan nakil sözleşmesi ile bağışlama sözleşmesi arasında farklılıklar olduğu anlaşılmaktadır.

- Bağışlama sözleşmesinde, bağışlananın malvarlığında bir artma, bağışlayanın malvarlığında bir azalma olmalıdır. Oysa alıcı ile verici arasında yapılan sözleşmede malvarlığında azalma veya artma olmaz.
- Verilmesi taahhüt edilen insan kökenli biyolojik madde, malvarlığına ait bir değer değildir.
- Vericinin bu biyolojik madde üzerindeki hakkı, mülkiyet değil, kişilik hakkıdır. Bilindiği üzere, kişilik hakları bağışlama sözleşmesine konu edilemez.
- Bağışlamadan rücu edilebilir; nakil sözleşmesinde, verilen biyolojik madde alıcıya aşlandıktan sonra artık rücu imkânı yoktur.
- Nakil sözleşmesinin ifası için, biyolojik madde verme borcu altına giren bir kimse aleyhine dava açılmaz. (MK m. 23 III: “*Biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz*”).

Netice itibarıyla, alıcı ile verici arasında yapılan sağlararası nakil sözleşmesi, gerek unsurları, gerekse tarafların hakları ve borçları itibarıyla birbirinden ayrılır. Demek ki, nakil sözleşmesi, bağışlama olarak vasıflandırılmaz.

³²) Organ Ticareti ve Nakil Turizmine İlişkin İstanbul Protokolünde, yabancı hastaların tedavisinin, ancak vatandaşlara organ naklinin garanti altına alınmış olması halinde kabul edilebileceğini açıklamıştır.

b) Verici ile alıcı arasındaki hukuki ilişkinin hukuki niteliği satım sözleşmesi midir?

- Verici, alıcıya bir organını/parçasını devretmeyi taahhüt etmektedir. Ancak, satım sözleşmesinin konusu “mal”dır (iktisadi değeri olan maddi/maddi olmayan varlıklar); insan vücudunun bir organı, mal olmadığına göre satıma konu olamaz.
- Satım sözleşmesinin en önemli unsuru, semendir; organların satılması Kanunlarla yasaklanmıştır (ONK m. 3, 15).
- Satıcının en önemli borcu, satılanı teslim ve mülkiyeti nakil borcudur. Bu borcu yerine getirmeyen satıcı aleyhine ifa ve tazminat davaları açılabilir. Oysa nakil sözleşmesinde verici ifaya zorlanamaz ve aleyhine maddi/manevi tazminat davası da açılmaz.

c) Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin hukuki niteliği nedir?

Nakil sözleşmesi, ne bağışlama ne de satım sözleşmesi olarak vasıflandırılabilir. Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan diğer sözleşme tipleri içine de sokamayacağımız nakil sözleşmesini, karma ya da bileşik sözleşme olarak da vasıflandırmak mümkün değildir. Bu durumda alıcı ile verici arasında yapılan ve vericiye, alıcının ihtiyacı olduğu organı verme borcunu yükleyen nakil sözleşmesi sui generis bir sözleşme olarak kabul edilmeli ve Borçlar Kanununun genel kuralları ile Kanunda düzenlenmiş diğer sözleşmelere ilişkin hükümler uygun düştüğü oranda bu sözleşmeye uygulanmalıdır³³.

Konunun milletlerarası özel hukuk bakımından önemi: Türk hâkimi, alıcı ile verici arasında yapılan sözleşmeyi lex fori’ye göre vasıflandırdığında, uygulanacak hukuku her halükarda genel akit statüsüne göre tespit edecektir (MÖHUK m. 24). Alıcı ile verici arasındaki hukuki ilişkinin hukuki niteliği ister bağışlama ister satış veya sui generis sözleşme olarak değerlendirilsin, dikkate alınacak bağlama kuralı aynıdır: MÖHUK m. 24. Ancak buradaki hukuki niteleme farklılığı, en sıkı irtibatlı hukukun tespiti bakımından önem arz edecektir.

MÖHUK m. 24’e göre tespit edilen hukuk, alıcı ile verici arasındaki hangi hukuki sorunlar bakımından dikkate alınacaktır?

Verici bakımından:

- Vericinin hastane masrafları ve diğer giderleri için alıcıdan uygun bir tazminat talep etmesi. Verici bu talepleri haksız fiil hükümlerine dayanarak talep edemez, çünkü tıbbi müdahaleye izni vardır. Dolayısıyla, verici ancak (önceden kararlaştırılmış olması şartı ile) sözleşmeye dayanarak tazminat talebinde bulunabilir.

³³ Bkz. Akıncı, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 81.

• Verici ile alıcı arasında yapılan sözleşmede, verici, organ verme borcu altındadır (taahhüt işlemi). Verici, tasarruf işlemini yapmak suretiyle bu borcunu ifa edebilir (eksik borç). Ancak MK m. 23 III'ye göre, verici organı vermekten vazgeçerse, borcunu ifa etmesi için aleyhine dava açamaz/maddi-manevi tazminat talebinde bulunulamaz.

• Alıcı, vericinin organı kendisine vereceğine güvenerek, başka bir yakınının talebini reddetmiş, bu sebeple zaman kaybetmiş ve sağlık durumu daha da kötüleşmiş ise, uğradığı zarar için tazminat talebinde bulunabilir.

Alıcı bakımından:

• Para karşılığı organ verilmesi ahlaka ve hukuka aykırı olduğu için, alıcının vericiye karşı ücret ödeme borcu bulunmamaktadır. Fakat sözleşme ile alıcıya bazı mükellefiyetler yüklenmişse, alıcının bu yükümlülükleri yerine getirmesi gerekir, aksi takdirde bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için ifa davası açılabilir.

MÖHUK m. 24, taraflara hukuk seçiminde bulunma imkânı tanımaktadır. Bu hukuk seçimi bazı açılardan tartışılmalıdır. Bilindiği üzere, Türk Hukukunda yaşayan kişilerden organ ve doku alınması için bazı yasal şartlar öngörülmüştür:

- Vericinin, en az 18 yaşında ve temyiz kudretinin yerinde olması gerekir;
- Verici, açık onayını, iki tanık önünde yazılı/imzalı ve hekim onaylı olarak vermesi;
- Hekim tarafından olası tehlikeler ve sonuçlar hakkında bilgilendirilmeli;
- Alıcı sağlayacağı yarar hakkında bilgilendirilmeli;
- Evli ise eşi bilgilendirilmeli;
- Bedel ve herhangi bir çıkar karşılığı verilmek istenen organ reddedilmeli;
- Verici olarak en az iki yıldan beri fiilen birlikte yaşadığı eşi ile dördüncü dereceye kadar kan/kayın hısımlarından biri dikkate alınabilir;
- Akraba dışı canlıdan organ nakli, naklin yapılacağı ilde oluşturulacak Etik Komisyonun verici ile alıcı arasında, bu Yönetmeliğe ve diğer ilgili mevzuata aykırı herhangi bir hususun bulunmadığını ve etik açıdan organ bağışının uygunluğunun onaylanması ile gerçekleştirilebilir [Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği³⁴ (ONY) m. 16].

Kanaatimize göre, her iki tarafın da yabancı olduğu durumlarda, taraflar kendilerini yakın gördükleri bir hukuku seçebilirler. Bu durumu engelleyen bir hal var mıdır? Acaba tarafların seçtiği hukuk, canlıdan organ nakli için genetik bağı aramıyorsa, Türk mevzuatındaki sınırlayıcı hükümler yine de dikkate alınmalı mıdır? Bu soruya verilecek yanıt, ONK ve ONY'deki hükümlerin behemahal uygulanma

34) RG 1 Şubat 2012-28191.

ihtiyacına sahip olup olmadığı ile doğrudan bağlantılıdır. Canlıdan organ naklini düzenleyen hükümler, mutlak surette dikkate alınması gereken hükümler olarak mı telakki edilmelidirler? Yoksa tarafların yapacağı hukuk seçimi anlaşması sebebiyle, Türk mevzuatı değil de, seçilen hukukun yasal koşulları mı dikkate alınmalıdır? Burada ONK ve **ONY'deki hangi hükümlerin**, tarafların iradesi ile bertaraf edilebileceği, hangilerinin bertaraf edilemeyeceği, özetle hangi hükümlerin doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde olduğu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Taraflar bir hukuk seçimi anlaşmasında bulunmadığı durumlarda, objektif bağlama kuralına göre en sıkı irtibatlı hukukun tespitine gidilmelidir. Alıcı ile vericinin hak ve sorumluluklarını karşılaştırdığımızda, organını bağışlayan kişinin karakteristik edimi yerine getiren taraf olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla, vericinin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku esas alınmalıdır.

2. Verici ve/veya alıcı ile hastane işleteni ve/veya hekim arasında kurulan nakil sözleşmesi

a) Genel olarak

Türk Hukukunda organ ve doku alınması, saklanması, aşılması ve naklinin, bu işler için gerekli uzman personele, araç ve gerece sahip sağlık kurumlarınca yapılması zorunludur (ONK m. 9). Demek ki, organ/ların alınması ve aşılması amacıyla yapılacak sözleşmenin tarafları arasında mutlaka sağlık kuruluşu da olmalıdır. Bu konuda sadece hekimle yapılan sözleşme yeterli değildir. Bu bağlamda, sorumluluğa esas teşkil edecek olan sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Bir hastaneye kabul sözleşmesinden doğan barındırma, yedirip içirme ve diğer bakım hizmetleri hastane işleticisine aittir. Fakat tıbbi tedavi edimi, somut olayın özelliklerine göre bazen sadece hastane işleteni, bazen hastane hekimi bazen de hem hastane işleteni hem de hastane hekimi tarafından üstlenilir. Alıcı ve vericinin, hastane işleteni ile yapmış oldukları sözleşmenin hukuki niteliği birbirinden farklı değildir. Her ikisinde de hastane işleteni/ve veya hekim ile cerrahi müdahaleye yönelik bir sözleşme yapmaktadır. Hastane işleteni/hekim ile yapılan sözleşmede, verici, vücudunun bir parçasının alınmasına; alıcı ise vericiden alınan organın kendi vücuduna aşılmasına onay vermektedir. Bilinmelidir ki, organ alınması ve aşılması, paralel ameliyat şeklinde aynı hastanede gerçekleştirilmektedir. Aşağıda alıcı ve vericinin hastane işleteni ile yaptığı sözleşmeler aynı başlık altında incelenecektir³⁵.

İnsan kökenli biyolojik madde naklini konu alan sözleşmeler de bir çeşit tedavi sözleşmesidir. Tedavi sözleşmesinin hukuki niteliği nedir? Bu sözleşmeler, özel hastaneler ve hekimlerle hasta arasında yapılır. Devletin ya da çeşitli kamu tüzel

35) Her ikisi bakımından hasta terimi kullanılacaktır.

kişilerinin işlettikleri hastaneler ise tamamen idare hukuku kurallarına tabi olup, hasta ile aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi mevcut değildir. Bu hastanelerde çalışan hekimler kamu görevlisidir. Bunların kusuru da idare hukuku kurallarına göre tazmin edilir. Zira bu hastaneye gelen hastalar ile hekimler arasında bir sözleşme kurulmaz. Hastalar kamu hizmeti almaya gelir.

Hasta ile hekim arasında kurulan tedavi sözleşmesinin gerek unsurları, gerekse hüküm ve sonuçları, vekâlet sözleşmesi ile büyük benzerlik göstermektedir. Ancak, organ nakli mutlaka bir hastanede yapılmalıdır. Bu yönüyle de nakil sözleşmesi basit tedavi sözleşmesinden ayrılır. Çünkü tedavi sözleşmesinde çoğu kez hekimle hasta arasında bir hukuki ilişki kurulurken, nakil sözleşmesinde bu ilişkiye hasta de dâhil olmaktadır. Bu bakımdan, hastanın hastanede yatırılarak tedavi edilmesini konu alan ve doktrinde hastaneye kabul sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmenin üzerinde durmak ve nakil sözleşmesinin hukuki niteliğini buna göre açıklamak gerekmektedir.

Uygulamada üç çeşit hastaneye kabul sözleşmesi vardır:

- Hasta ile hastane işleteni arasında yapılan tam hastaneye kabul sözleşmesi³⁶ (totaler Krankenhausvertrag)
- Hasta ile hastane işleteni ve hekim arasında yapılan takviyeli doktor sözleşmeli tam hastaneye kabul sözleşmesi³⁷ (Arztzusatzvertrag)
- Hasta ile hastane işleteni ve hekim arasında yapılan bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi³⁸ (gespaltener Krankenhausvertrag)

b) Akit statüsü

aa. Hukuk seçimi

Organ naklinde nakil ameliyatının belirli bir doktor tarafından yapılması arzu edilmektedir. Örneğin Türkiye’de karaciğer nakli için doktor *Prof. Dr. Münici Kalayoğlu*’nu tercih eden yabancı ülkeden gelen bir hasta ile organını vermeye hazır olan bir yakını, ilgili doktor ve Memorial Şişli Hastanesi ile yapacağı sözleşme, lex fori’ye göre doktor takviyeli hastaneye kabul sözleşmesi olacaktır. Yabancılık unsuru içeren bu sözleşmenin geçerliliği, tarafları ve bunların sorumluluğu, uygulanacak olan hukuka göre belirlenmelidir. Canlıdan organ alınması esas olarak tedavi sözleşmesiyle düzenlendiği için bu sözleşmeye uygulanacak hukuk,

36) Vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilen bu sözleşmede hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme kurulmaz. Hastane işleteni BK m. 100 anlamında adam çalıştıran, hekim ise yardımcı şahıstır.

37) Vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilen bu sözleşmede tıbbi tedavi, barındırma, beslenme edimleri hastane işleteni tarafından borçlanmaktadır; fakat başhekim de tıbbi tedavi edimini ayrıca üstlenmektedir.

38) Bu sözleşmede hekim de, hem hasta (tedavi sözleşmesi) ile hem de hastane (hastanın hastaneye kabul edilmesi) ile sözleşme yapmaktadır.

akit statüsüne göre tespit edilecektir. MÖHUK m. 24 uyarınca organ alımı ile ilgili hastane işleteni/doktor ve verici arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk öncelikle tarafların iradesi doğrultusunda tespit edilmektedir (hukuk seçimi). Türk Hukukunda hukuk seçiminin açık veya örtülü irade beyanlarıyla yapılabilceği kabul edilmiştir. Örneğin tedavi sözleşmesinden kaynaklanan ihtilafların Alman mahkemelerinde, Alman Organ Nakli Kanunu (TPG) uyarınca çözüme kavuşturulacağı şeklinde yapılan bir hukuk seçimi sözleşmesinde, örtülü değil, açık hukuk seçiminde bulunulmuştur. Hukuk seçimi anlaşmasının meydana gelmesi ve hükümleri, esas akde uygulanacak hukuka tabi olur. Demek ki seçilen hukuk, tedavi sözleşmesine ve hukuk seçimi sözleşmesine uygulanmaktadır.

Prensip olarak, sözleşmenin yabancı bir hukuka tabi tutulması için yabancılık unsuru taşınmasına da gerek olmadığı savunulmaktadır. Bu durum şu anlama mı gelmektedir? Yabancı hukukla hiçbir bağlantısı olmayan, örneğin Türk vericisi ile Türk doktor arasında Türkiye’de yapılması planlanan organ alımı hakkındaki sözleşme, ONK’na göre daha az sınırlayıcı hükümlere sahip bir ülke hukukuna tabi tutulabilir mi? Kanaatimize göre, taraflar hukuk seçimi bakımından tam bir özgürlük içerisinde değildirler. Şöyle ki, organ nakli olayının seçilen hukuk ile tek bağlantısı, tarafların iradesi ise, objektif bağlama kuralına göre esas alınması gereken ülke hukukunun emredici hukuk kurallarının bertaraf edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Türk hukuk düzeni bakımından, örneğin ONK’nun m. 5, 7, 8 ve 9. maddeleri emredici hükümlerdir, yani bu hükümler tarafların iradesi ile değiştirilemez. Diğer bir ifadeyle, Türkiye’de yapılacak organ nakline ilişkin tıbbi müdahalede, vericinin tam ehliyetli olması (ONK m. 5); rızasının alınması (ONK m. 6); olası tehlikeler ve sonuçları hakkında bilgi verilmesi (ONK m. 7/I); organ alınmasının uzman personele ve araç ve gereçlere sahip sağlık kuruluşlarınca yapılması (ONK m. 10) gibi yasal zorunluluklar, acaba doğrudan uygulanan kural niteliğinde midir? Bu sorunun cevabı önemlidir. Bu soruya olumlu cevap verirsek, ilgili hükümler akit statüsünden bağımsız olarak uygulanır. Kanaatimize göre, ONK’nın bahsedilen hükümleri kamu düzenine ilişkin hükümlerdir, tarafların seçtiği hukuk, ancak ONK hükümlerine ters düşmediği sürece dikkate alınır.

Eğer organ nakli olayı, başka bir ülke ile yeterli bir bağlantı göstermiyor ise, Türk doktorları tarafından Türk vatandaşı vericiden Türkiye’de alınacak organlar bakımından, taraflar yabancı bir ülkenin hukukunu seçse dahi, Organ Nakli Kanununun öngördüğü koşullar yerine getirilmelidir. Buna karşılık canlıdan organ alınmasına ilişkin tıbbi müdahale yabancı bir ülkede yapılmakta, fakat taraflar üçüncü bir ülkenin hukukunu seçmişlerse, bu hukukla birlikte tıbbi müdahalenin yapıldığı ülkenin emredici hükümleri de dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, sınırlamanın organ nakli olayının yabancı bir ülke ile yakın bağlantı içerisinde olduğu durumlarda etkili olmaması gerekir. Bunu bir örnekle açıklayalım: Türk

vatandaşı donör ile Alman vatandaşı hekim arasında Türkiye de akdedilen tedavi sözleşmesine Alman Hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış, fakat tıbbi müdahale yeri Almanya ise, ONK'nun emredici kaideleri dikkate alınmayacaktır. Burada kamu düzeni ancak MÖHUK m. 54/c kapsamında tartışılabilir.

bb. Objektif bağlama kuralı

Karakteristik edim olarak tanımlanan edim, normal tedavi sözleşmelerinde hekimin sağladığı genel tıbbi hizmettir. Ancak bu tanımın, tedavi sözleşmesinin özel bir şeklini teşkil eden, hekim ve organ vericisi arasında akdedilen ve temel amaç “organın alınması” olan organ nakli sözleşmeleri için de geçerli olup olmadığı sorgulanmalıdır. Bu sebeple burada, hekim ve organ vericisi arasında yapılan organ nakli sözleşmesinde hekimin sağladığı hizmetin mi, yoksa nakil ve/veya bağış amacının mı karakteristik hizmet olduğu düşünülmelidir. Esasında hekimin sağladığı hizmetin mi yoksa bağış amacının mı “organ nakli sözleşmesi”ne temel özellik kattığı ve bu sözleşmeyi diğer tüm sözleşme türlerinden farklı kılanın ne olduğu, bakış açısına göre değişir. Bu anlamda aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır: Canlıdan organ nakli, ölüden organ naklinden farklı olarak, üç kişiyi kapsayan bir ilişkidir. Organ alınması olayında, en sıkı ilişkili hukuk, organın alındığı ülke hukuku olarak kabul edilmelidir. Organın alındığı ülke hukuku, organ bağışı sözleşmesinin meydana gelmesine ve geçerliliğine, hekimin hukuki sorumluluğuna da hâkimdir. Buna karşılık, organ vericisinin fiil ehliyeti akit statüsünün kapsamı dışındadır. Bu konuda vericinin milli hukukuna bakmak gerekmektedir (MÖHUK m. 9). Bazı ülke hukukları tam ehliyetli olmayanların da verici olabileceğini düzenlemektedir. Bunların kim/ler tarafından temsil edileceği meselesi, duruma göre soybağı statüsüne tabidir (MÖHUK m. 17). Hekimin/hastane işletenin sözleşme yapmaya ehil olup olmadığı bakımından da MÖHUK m. 9 dikkate alınmalıdır. Hastane işleteni için, tüzel kişilik statüsü (idare merkezi hukuku) dikkate alınmalıdır.

3. Çapraz nakil

Çapraz bağış, akrabalarına organ bağışına hazır bulunan kişilerin, organ uyumsuzluğu nedeniyle bağış yapamaması; buna karşılık organ bekleyen akrabası olmayan bir başka kimseye organının uyması; bu kimsenin akrabalarının da organını veren bu kişinin organ bekleyen yakınına organ bağışlamasıdır. Yeni çıkarılan 2012 tarihli ONY'ne göre komisyonun kararına gerek kalmaksızın çapraz bağış yapılabilir. (ONY m. 4/1 ç maddesi: Canlı uygunsuz vericisi olan ve bekleme listesinde bulunan hastalar arasında verici değiştirmek suretiyle yapılan nakil türü).

Konunun milletlerarası özel hukuk bakımından önemi: Hiç şüphesiz

burada da taraflar arasında sözleşme akdedilmektedir (sözleşme, organlarını bağışlayanlar arasında yapılmaktadır). ONK'nun emredici hükümlere aykırılık oluşturmadığı müddetçe hukuk seçimi anlaşması yapılabilir. Çapraz nakillerde objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukukun tespiti sorun oluşturabilir: Tarafların aynı hizmeti vermelerinden ötürü karakteristik edimi belirlemek zordur. Esasında MÖHUK m. 24'e göre, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, sözleşme ile en sıkı ilişki içerisinde bulunan hukuk olarak kabul edilmektedir. Ancak olayımızda, karakteristik edim borçlusu olarak iki kişi bulunmaktadır. Tarafların mutad meskeni ayrı ülkelerde ise, hangisinin dikkate alınacağı kolay cevaplandırılmaz. Trampa sözleşmesinde olduğu gibi, burada da ivaz borcundan bahsedilmemektedir. Her iki tarafın da karakteristik edimi, organ bağışdır. MÖHUK m. 24'de öngörülen kesin olmayan karinelere göre, en sıkı ilişkili olan hukuk tespit edilemediğine göre, bir hukuka bağlanmayı temin eden formül (en sıkı ilişkili hukuka bağlanma) tekrardan geçerlilik kazanır. Kanun'un öngördüğü karine dikkate alınmaksızın, sıkı irtibatlı hukuk araştırılmalıdır. Burada ilk akla gelen bağlama kriterleri şunlardır: Tıbbi müdahale yeri, müşterek ikametgâh, müşterek mutad mesken. Taraflardan biri diğerine tercih edilemez. Her iki tarafın menfaati de eşit gözetilmelidir. Her iki verici için de aynı risk söz konusudur. Bu sebeple müşterek milli hukuk veya müşterek mutad mesken hukuku, her iki tarafın menfaatini dikkate alan bağlama kriterleri olarak dikkat çekmektedir ve en sıkı irtibatlı hukuk olarak düşünülebilir. Ancak burada müşterek mutad mesken hukuku, müşterek milli hukuka nazaran önceliğe sahiptir. Diğer taraftan, her iki tarafın da dahil olduğu sigorta kurumunun yerleşim yeri hukuku da "en sıkı irtibatlı hukuk" olarak dikkate alınabilir.

4. Verici ile alıcı arasında post-mortal organ bağış sözleşmesi

ONY, organ ve doku dağıtımının Bakanlıkça belirlenen esaslara göre yapılacağını öngörmektedir. 2008 tarihli Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'nin 5. maddesinde genel ilkeler açıklanmıştır. Buna göre, organ ve doku dağıtımı Kanun ve Yönetmelik çerçevesinde, bilimsel kurallara, tıbbi-etik anlayışa uygun ve adaletli bir şekilde gerçekleştirilir. Yönergenin 6-8. maddelerinde ise kalp, akciğer, karaciğer ve böbrek dağıtımına ilişkin bilimsel prensipler düzenlenmiştir. Ölüden nakilde, dağıtım kuralları nedeniyle şartlı bağış söz konusu olmamaktadır. Kişi sağlığında iken organlarını bağışlayabilir, ancak mevcut yasal düzenleme gereğince bu organlarını belirli bir kişinin kullanımına bırakamayacağı gibi, kişilerin yakınları da organları belirli şartlar altında veya belirli kişilere yönelik olarak bağışlamalarına imkân tanınmamıştır. Ancak Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Hakkında Kanun Tasarısı Taslağı'nda organ bağışına ilgiyi arttırmak amacıyla bireylerin organlarını kendilerinin belirleyeceği kişilere nakledilebileceği ifade edilmektedir (m. 2). Diğer taraftan, Bakanlık, Şubat 2012'de

çıkarılan Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile tercihli bağış adı altında şartlı bağışa imkân tanımış bulunmaktadır. Yönetmeliğin 4/1-i bendinde tercihli bağış tanımlanmıştır. Buna göre tercihli bağış, beyin ölümü tanısı konulmuş vericinin, Ulusal Koordinasyon Sistemine en az bir organının bağışlanması halinde, ölenin bekleme listesinde kayıtlı olan eşi ile dördüncü dereceye kadar olan kan ve kayın hısmına bir başka organı için yaptığı bağış türünü ifade eder.

Türk Hukukunda kabul edilmiş olan tercihli bağışa ilişkin hukuki işlem, akit statüsü içerisinde ya da miras statüsü kapsamında görülebilir. Kanaatimize göre, burada organını bağışlayan kişinin, kendisinin ölüme bağlı tasarruf ile bu iradesini açıklamış olması hali ile, ölenin yakınlarının, beyin ölümü tanısı konulmuş vericinin en az bir organını bağışlaması hali arasında bir ayırım yapılmalıdır. Birinci durum, miras statüsü içerisinde değerlendirilmesi gerekirken; ikinci durumun akit statüsü içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim.

5. Verici ile aracı kurumlar arasında kurulan saklama sözleşmesi

Canlı vericiler ile aracı kurumlar arasında organ/ların saklanmasına ilişkin sözleşmeler kural olarak kurulamaz. Çünkü yaşayan insanlardan saklamak üzere organ alınması vericinin kişilik haklarını ihlal eder (istisna: kan, sperm, yumurta hücresi). Aynı şekilde, canlı vericiler, organlarını aracı kurumlar lehine bağışlayamazlar.

6. Alıcı ile aracı kurumlar arasında kurulan nakil sözleşmesi

Türk Hukukunda canlıdan organ nakli, ölüden organ naklinden, alıcının belirli olması bakımından ayrılmaktadır. Ölülerden organ nakli, mevzuatta belirlenmiş bulunan dağıtım kurallarına tabidir. Buna karşılık canlıdan organ naklinde bağışlayan doğrudan belirli bir kimseye yönelik olarak organını bağışlamaktadır. Dolayısıyla da canlıdan organ nakli, dağıtım anlamında, Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği ile Ulusal Organ ve Doku Nakli Koordinasyon Sistemi Yönergesi'ne tabi değildir.

7. Haksız fiil sorumluluğu

Bazı hallerde canlıdan organ nakli işlemi hukuka aykırı olabilir. Böyle bir duruma genellikle verici ve alıcının rızalarının olmamasında rastlanılır. Organ nakli rızaya dayanmıyorsa, vekâletsiz iş görme olarak da vasıflandırılmıyorsa, genellikle bir haksız fiil söz konusudur. Haksız fiile sebep olan davranış ise, çoğu kez hekimin davranışdır. Bu davranışın sonucunda maddi/manevi bir zarar ortaya çıkabilir. Her iki durumda da verilen zararın tazmin edilmesi gerekir.

Konunun milletlerarası özel hukuk açısından önemi: Gerek canlıdan or-

gan naklinin yasal koşulları gerekse akit dışı sorumluluk, haksız fiil statüsüne tabidir. Burada post-mortal organ naklinden farklı olarak fer'i bağlanmaya gidilebilir.

Sonuç

Organ nakline uygulanacak hukuk sorunu, iki başlık altında incelenmiştir: Ölüden organ nakli ve canlıdan organ nakli.

Ölüden organ nakli:

- Ölüden organ nakli, ilgililerin haksız fiil sorumluluğunu doğurmaktadır. Hukuka aykırı olarak ölüden organ alınması, haksız fiil statüne göre tazminat talebini gerektirmektedir. Haksız fiil statüsüne göre tespit edilen hukuk, post-mortal kişilik hak ihlaline mi yoksa yakınların kişilik hakkının ihlaline mi sebebiyet verdiğini belirleyecektir.

- “Organın alındığı” ülke hukukundaki yasal şartlar yerine getirilmelidir.

- Ölüden organ alınmasında haksız fiilin fer'i bağlanma noktasından söz edilemez.

- Post-mortal organ alımında, hukuk seçimi sözleşmesi, hekim/hastane ile donör arasında değil, hekim/hastane ile ölenin yakınları arasında yapılabilir.

- Ölümün saptanması haksız fiil statüsünün uygulama alanı içerisindedir. Hekimler, ölüm olgusunu, tıbbi müdahale yeri hukukundaki kurallara göre tespit edecekler.

- Hekime ilişkin diğer koşullar (hekimlerin sayısı, hekimlere ilişkin yasak işlemler) de haksız fiil statüsüne tabidir.

- Türk Hukukunda organın alınması konusunda kural olarak rıza modeli, istisnai durumlarda zaruret modeli benimsenmiştir. Ancak Avrupa'daki pek çok ülke itiraz modelini benimsemiştir. Ölüden organ alınması konusunda, hukuka uygunluk koşulları bakımından tıbbi müdahale yeri hukuku uygulanmaktadır. Avusturya, İspanya, Fransa'da kış tatilini -geçirmek üzere bulunan bir Türk vatandaşının ölümcül kaza geçirmesinin ardından, yakınlarına dahi ulaşılmaya çalışılmadan organları alınabilir, çünkü bu ülkelerde itiraz modeli kabul edilmiştir. Bu sebeple, yabancı ülkelere seyahat eden Türk vatandaşları, eğer organlarını bağışlamak istemiyorlarsa, yanlarında “*Organlarımı Bağışlamıyorum*” içerikli bir belge taşımaları gerekmektedir. Organ Bağış Kartları, tek başına Türkiye’de hüküm ifade etmese de, yabancı ülkelere dikkate alınmaktadır. Pasaport gibi, organ bağış kartları da çok dilli olarak düzenlenmelidir.

Canlıdan organ bağışı:

Verici ile hastane işleteni/hekim arasında; alıcı ile hastane işleteni/hekim arasında ve alıcı ile verici arasında, amacı ve içeriği birbirinden farklı hukuki ilişkiler tesis edilmektedir.

- Donör ile alıcı arasındaki hukuki ilişki sui generis bir sözleşmedir ve genel akit statüsüne tabidir. Taraflar, ONK ve ONY'nin behemehâl uygulanma ihtiyacı olan hükümleri haricinde, hukuk seçimi anlaşılmaması yapabilirler. Hukuk seçiminde bulunulmamişsa, donörün mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku esas alınmalıdır.
- Donör/alıcı ile hastane/hekim arasında kurulan sözleşme yabancı hukuka tabi tutularak, ONK'nun emredici hükümleri bertaraf edilemez.
- Çapraz nakil sözleşmelerinde, tarafların aynı hizmeti vermelerinden ötürü karakteristik edimin belirlenmesi sorun oluşturmaktadır. Burada her iki tarafın da menfaatini gözetilecek bağlama kriterinin dikkate alınması gerekmektedir.

TARTIŞMA

Doç. Dr. Hatice Kocasakal (*Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Öncelikle sunumunuz için çok teşekkür ederim. Pek çok şey öğrendik. Şimdi acaba organ ve doku nakli ile ilgili hükümlerin doğrudan uygulanan kural niteliğinde oldukları söylenemez mi? Türkiye'de hekimler Türk Hukukunun kuralları içinde hareket ederler. Bir Türk hekimi Fransa Hukuku kuralları çerçevesinde doku nakli yapmasını ben imkânsız bir şey olarak görüyorum. Hukuk seçimi dediniz. Varsayalım ki Türkiye'de bir İngiliz hastadan organ veya doku nakli söz konusu olsun. Burada da İngiliz, ben kendi hukukum uyarınca organ ya da doku nakli istiyorum dese, bu uygulanabilir mi? Belki tazminat seçimi açısından hukuk seçimi düşünülebilir ama onun dışında kanunla düzenlenen hususlarda ben yabancı bir hukukun uygulanabileceğini düşünmüyorum. Müdahale nerede yapılmışsa, o ülke hukuku doğrultusunda hâkimin karar vermesi gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu (*Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Kanun'da yer alan hükümlerin tamamının doğrudan uygulanan kural niteliğinde olduğunu düşünmüyorum. Bazı hükümlerin mutlak surette uygulanması gerekmektedir. Örneğin bağışa onay verecekler bakımından farklı bir düzenleme getiren yabancı hukuk dikkate alınabilmeli. Veya bağışa rızanın şekli bakımından farklı usuller öngören yabancı hukuk da dikkate alınabilir. Diğer taraftan Kanun'daki bazı kurallar şu anda değiştirilmesi gündemde. Örneğin hekim sayısında değişiklik yapılmak isteniyor, hatta itiraz modelinin getirilmesi bile tartışılıyor. Kanunu bir bütün olarak değil de, tek tek hükümleri inceleyerek, hangi hükümlerin doğrudan uygulanan hüküm niteliğinde olduğunu tartışabilir. Bu konuda canlıdan organ naklinde daha esnek davranılması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü taraf menfaatleri farklılaşıyor. Hasta ile hiçbir akrabalık ilişkisi olmayan

bir yabancınn organını vermek istediğini düşünelim. Tarafların hukukuna göre bu serbest. Tıbbi müdahalenin gerçekleştirileceğı Türkiye’de bu konuda yasal sınırlamalar var. Ha siz Türkler bakımından o engellemeyi gene koyun. Ama yabancıya bence bu sınırlamayı koymamak gerekiyor. Ben merak edip uygulamaya baktım. Yabancı ülkelerden gelen hastaların tamamı mutlaka verici olarak akrabalarını getiriyor. Hastanelerde bu şart aranıyor. Ancak ideal hukuk bakımından durumun farklı olması gerekiyor bence.

Doç. Dr. Hatice Kocasakal: İdeal olan bu ama uygulamada bunun mümkün olmadığını öğrendim anlattıklarınızdan. O kadar sıkı tedbirler alınmış ki.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Evet, ölüden organ naklindeki Türkiye’deki hususlara bence riayet etmek gerekiyor.

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu (*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Pardon bu noktada ben bir müdahalede bulunmak istiyorum. Şu açıdan: Şimdi organ nakli ile ilgili konuya baktığımızda gördüğümüz ilk şey onun kanunla olduğudur. Yani Türkiye’de gerçekleştirilecek her organ nakline bu kanunun uygulanması gerekir. Dolayısıyla kanunun kapsadığı bir hususta yabancı bir ülke kanununun uygulanması söz konusu olmayacaktır. Olağan durum budur. Şimdi ben buradaki hukukçaların da çok büyük bir merak içinde olduklarını düşünüyorum. Bazı hukukçular, “Türkiye müstemleke mi, niçin yabancı hukuk uygulanıyor?” diyor. Şimdi bunu açıklamak lazım. Neden yabancı bir hukuk uygulanır? Yabancı bir kişi varsa ya da bir Türk vatandaşı yabancı bir ülkede işlem yapmışsa, konu mahkemeye intikal ettiğinde hâkimin böyle bir konuda Türk yasalarını uygulaması adil değildir. Olaya başka ülkeler, o ülkelerin hukukları karışmıştır. O nedenle hangi hukukun uygulanabileceğı tartışılabilir. Mantık o. Ama bazı kanunlar vardır ki, o kanunların kapsamına giren her yerde, işin içinde istediğı kadar yabancı olsun, o kanun varken yabancı hukuk uygulanır mı denmez. İşte onlardan biri de o kanun. Çünkü kanuna baktığımızda çok net bir şekilde şunu görmekteyiz: kanunun uygulama alanı Türkiye’de gerçekleşen her şeyi kapsar. Kanunun yanlış uygulanması nedeniyle Türkiye’de yapılan bir işlem nedeniyle bir yabancınn zarar görmesi halinde, bu yabancınn tazminat talebinin olması halinde hangi ülke hukukunun uygulanabileceğı tartışılabilir. Ama bu özel durum dışında işlem Türk vatandaşına ya da yabancıya yapılsın fark etmez, bu kanun Türkiye’de gerçekleşen her şeyi kapsar.

Prof. Dr. Nevzat Koç (*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Tebliğiniz için teşekkür ederim. Ben gene medeni hukuk yönünden bir değerlendirme yapacağım. Kanunda vasiyetname ile de organ naklinin yapılabilceğı yazıyor. Ayrıca hem sözleşmeye aykırılık, hem haksız fiil söz konusu ise sorumluluk sebeplerini yarışmasından söz ettiniz. Şimdi 1 Temmuz 2012’den itibaren yürürlükte olan

Borçlar Kanununda şöyle bir madde de var: “Sorumluluk birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar görenin lehine olan hükme göre karar verilir.” Tabi zarar gören aksini istemedikçe veya kanunda aksi öngörülmedikçe. Buradan yola çıkarak size şunu sormak istiyorum: Sorumluluk sebeplerinin yarıştığını kabul ettiğimiz bir olayda Borçlar Kanununda olduğu gibi zarar görenin lehine bir hüküm durumu var mı? Burada avukat, “Ben sorumlu nedenlerin yarışması hususundan faydalanmak istiyorum” diyemez mi?

Prof. Dr. Ergin Nomer (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*): İki şeyin birbirine karıştırılmaması gerekiyor. Bağışlama dediğimizde ortada bir akit var. Akitte hukuk seçimi yapabilişiniz. Ama seçilen hukuk nedir? Verici ve alıcı arasındaki akdi ilişkilere aittir. Ama sonradan organ naklinin gerçekleşmesinden sonra ayrı. Onda şüphesiz ki Türk Hukukunun hükümlerine bakılır. Ama bu, yapılan bağışlama akdinin bir hukuk seçimi konusu olamayacağını göstermez. Nitekim tazminat konusu söylendi, doğru. Neden tazminat talep ederken hukuk seçimi yapamam? Soruyorum: niye engelliyorsunuz? Beni Türk Hukukuna bağladığınızda engellemiş oluyorsunuz.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Şimdi aradaki bilgiler maalesef kayboldu. Şimdi, bir vericinin organları karşılığında bir teselli bedeli adı altında para isteyeceğini düzenleyen hukuk sistemleri var. Şimdi her iki tarafın da Türk vatandaşı olduğu durumlarda, bedel talebine imkan veren hukukun seçilmesine, Türkiye’deki emredici hükümleri bertaraf etme düşüncesi ile yapıldığı için, imkân verilmemesi gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Ergin Nomer: Onu engelleme imkânına sahip değiliz. Onun için ona hukuk seçimi yaptıralım.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Şimdi hocam, organ vericisi ve alıcısıyla doktor arasında, hastane arasında sorumluluk nedenlerin yarışması konusunda ne diyorsunuz? Diyelim ki organ nakli sırasında hukuka aykırılık var, haksız fiil var. Bu aynı zamanda sözleşmeye aykırılık oluşturuyor. Ne olacak şimdi? Söyledim, Borçlar Kanununda hüküm var, “Zarar görenin lehine olan hükme göre karar verilir.” deniyor.

Prof. Dr. Ergin Nomer: Bağışlama akdinde doktor yok. Bir defa bunu tespit edelim. Alıcı ve verici var. O zaman doğabilecek tazminat, bağışlama akdinden kaynaklı olacaktır. Burada başka bir hukuki sebep ortaya çıkmıyor.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Ama tebliğde dendi, doktor da oluyor.

Prof. Dr. Ergin Nomer: O ayrı.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Doktorun da yaptığını farz ediyorum ben.

Salondan: O zaman doktora karşı açılır.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Alıcı veya vericinin hastane veya hekimle yaptığı tedavi sözleşmesi, bazen haksız fiil sorumluluğuna da sebebiyet verebilir. Konu onlar arasındaki tedavi sözleşmesi bakımından tartışılmalıdır. Alıcı ile verici arasında haksız fiil durumu çok fazla gündeme gelmez.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Doktorla organ nakli yapılan kişi bakımından...

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Evet orada yarışabilir.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Yani teyit mi ediyorsunuz? Dilerse haksız fiil...

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Yok, biz onu şöyle tasnif ediyoruz: Eğer bir haksız fiil sorumluluğu söz konusu ise, o zaman daha sıkı irtibatlı hukukun uygulanması diye bir husus var. Haksız fiilin fer'i bağlanma noktası bakımından akit statüsüne gidilebilir.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk (Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi): Şimdi ben kafası karışan bir hukukçu olarak, mesela hukuk seçiminde... Mesela ülkemizde organ satılması yasak. Ama Hindistan'da, İran'da serbest. Mesela İran'dan birini getirsek, desek ki, "Bu kişi kendi hukukuyla muamele istiyor", biz buradan yola çıkarak organı satın alıp hastamıza verebilir miyiz?

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Bizde yasalar buna izin vermediği için hukukumuz o sözleşmeyi dikkate almaz. Kamu düzenine aykırılık oluşturduğu için. Biz o ihtilafı gerekirse kendi hukukumuzu dikkate alarak çözüme kavuştururuz.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Başka bir senaryo: İran'dan organ alınsa. Buraya getirilip bir hastanede nakil yapılırsa, bunu da güvenlik güçleri yakalasa, bu organın başına ne gelir? (Arkasındaki Ayvacık Savcısına dönerek) Devletin savcısı bu organa ne yapar? (Kahkahalar)

Ayvacic Savcısı Özkan Gürdoğan: Şimdi tabi bu konu ceza hukukuna girer. Ceza hukukunda ilke olarak ülkesellik vardır. Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde işlenen suçlara her hangi bir yabancı hukuk uygulanmaz, Türk Hukuku uygulanır. Tabi bu tartışmalar milletlerarası özel hukuk tartışmaları. Ceza hukukunda böyle tartışmalar olmaz.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Şimdi karşı kıydan, Yunan adasından bir organ getirilmiş. Hasta bekliyor, organ da buzun içerisinde....

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bu soruya ben cevap vermek istiyorum...

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: İnsan vücudunun dışındaki organlar artık mülkiyet kategorisinde değerlendirilir. Belki o organ üzerinde kimlerin hak sahibi, kimlerin tasarruf etme yetkisi var şeklinde bir sorunla karşılaşılması gündeme gelebilir, medeni hukuk açısından. Onu da biz, kendi özel bir kuralımız var, mal o anda nerede bulunuyorsa, o ülkenin hukukuna göre bir çözüm arayışına gidilir...

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Şimdi burada çok ilginç bir soru. Şu anlamda: Konu sadece doku ile ilgili değil, bütün biohukuk alanları ile ilgili. Şöyle ki, Yücel Bey ile de zaman zaman konuşuyoruz, bu konuları. Şimdi hukukta kişi var, mal var. person kişi, bir de rem, mal. Biohukuk alanında doku, organ gibi, gelecekte belki suni yaratılacak dokular, organlar da buna dahil olmak üzere, bunların statüsünün ne olduğu konusunda aslında bir bulanıklık var. Bahsettiğimiz yeni yasalar çıkarılması gereğinin bir boyutunu da bu oluşturuyor. Şu andaki uygulamada, organ, vücuttan çıktıktan sonra, devletin kontrolünde kamu malı. Yani bu mal statüsünde değildir. Alınıp satılamaz. Yani özel mülkiyete konu olamaz. Sadece bağış yapılan kişiye verilebilir. Eğer bağışlanan biri yoksa ya da tespit edilemiyorsa, organ, devletin kontrolündedir. İhtiyacı olan ilk kişiye takılır. Takılır çünkü bunun özel hukukla ilgisi kalmamıştır. Yani organı buldunuz, yakaladınız, kime takılacağı belli değil. O zaman devlet bu organı alır, ihtiyacı olan ilk kişiye takılır.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: İyi de alacak kişi de belli. Hastanede hazır bekliyor.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: O zaman bunun tartışması yapılır, takılır mı, takılmaz mı diye. Hukuka aykırı bir şey olduğu için genellikle kişiye ulaşılmaz.

Prof. Dr. Yücel Sayman (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Şimdi organ vücuttan ayrıldıktan sonra mal hükmüne düşmüştür deniyor. Hadi kişinin karaciğerini aldınız, böbreğini aldınız da; genlerini, spermini, hücrelerini aldığımızda da aynı şeyi söyleyemez miyiz?

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Aynı şey, mal.

Prof. Dr. Yücel Sayman: O zaman kök hücreye mal dediğiniz zaman sabah-tan beri konuştuğumuz her şeyin seyri değişir. O zaman o mal ise benim onun üzerinde araştırma yetkim niye yok? Çünkü o zaman insan onurunu falan sokamazsınız işin içine. Mal diyorsunuz. Şimdi alıcı ile verici arasındaki sözleşmeye gelmek istiyorum. İşte tazminat davası açıldığında haksız fiil açılır, ya sözleşmeye aykırılık, sorumluluk şeylerinin çakışması, kimin lehindeyse... Hangi hukukta bu? Türk Hukukunda mı?

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Onu tam işte...

Prof. Dr. Yücel Sayman: Hayır ben sana soru sormuyorum. Bu Türk Hukukunda böyle. Alıcıyla verici arasında yabancı bir hukuk uygulanıyorsa böyle bir

şey gündeme gelmez. Yani uygulanacak hukukun seçimi de kanunlar ihtilafı kurallarına göre. Onu belirlerken biz ya haksız fiil diyeceksiniz, ya sözleşme diyeceksiniz. Haksız fiil zaten orada rol oynamaz. Ha o sorumluluğun içine girdiğinde Türk Hukuku uygulanıyor ise olur o. Bir de canlıdan değil de, kadavradan organ alındığında ölenin kişilik hakkı ihlalinde Türk Hukuku neden doğrudan uygulanıyor burada?

Doç. Dr. Hatice Kocasakal: Hayır hocam, kanunun düzenlediği hususlarda yabancı hukukun uygulanması mümkün değil. Organ kimden alınabilir, hangi koşullarda verici ve alıcı olunabilir.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Yabancı hukukunun uygulanması neden engellensin, örneğin ölen kişinin organı akrabasına nakledilmez diyor Türk Hukuku, yabancı hukuk buna izin veriyorsa neden uygulanmasın. Örneğin miras hukukundan hareketle ilgili mirasçısıyım o nedenle organların bana verilsin diyemez mi? Miras statüsünden hareketle yabancı hukuk uygulanacak. Organ naklinde bu Kanun doğrudan doğruya uygulanan hukuk dediğimiz zaman, bunun anlamı şu ki, hangi hukuk kategorisine sokarsan sok, ne yaparsan yap, ben Kanundaki hükümleri uygulayacağım demektir. Doğrudan uygulanan kural dediğin zaman asla başka bir kanunlar ihtilafı kuralı düşünemezsiniz. İlişkiyi nasıl vasıflandırırsanız vasıflandırın, bu Kanunu uygulayacaksınız. Hakim hukuki tasnife gitmeden bu Kanunu uygular.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Şimdi şöyle, bu çok sorunlu bir konudur...

Prof. Dr. Ergin Nomer: Sorun ne zaman çıkar biliyor musunuz? Akit yapılmıştır, siz yabancı hukuka istinaden tazminat talebine hak sahibi misiniz değil misiniz konusu ortaya çıktığı zaman sizin söylediğiniz konular bir kamu düzeni olarak ortaya çıkabilir. Ama siz o Kanun doğrudan uygulanır dersiniz, taraflar arasındaki bir anlaşmayı da ortadan kaldırıyorsunuz. Bu mümkün değil.

Doç. Dr. Hatice Kocasakal: Belki ben yanlış ifade ettim, hocam.

Prof. Dr. Ergin Nomer: Alıcı ile verici arasındaki sözleşmenin içeriğiyle kanunun ilgisi yok. Yani organ nakline ilişkin usulü hükümlerin ilgisi yok. Onda şüphe yok. O usulü hükümler elbette ki Türk Hukukuna göre yapılacak. O ayrı bir konu. Bizim söylediğimiz, en azından Yücel’le benim söylediğim, yabancı bir hukuk, düzenlediği özel hukuk ilişkileri bakımından uygulanılır. Bunu engelleyecek düşünce tarzı yok gözüküyor.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Şimdi bunu sen söylemiyorsun, ama mal dediğinizde cesede de miras hukuku uygulanır. Benim adıma devlet bunun kime verileceğine karar veremez. Şimdi organlara mal diyebilirsin, o zaman ceset niye mal değil?

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Hocam bunda haklısın da, biz zaten bunu hukukçuların yarattığı absürtlüğü konuşmak için açtık. Hukukçular bir yandan embriyo üzerine bu kadar laf ederken, öte yandan bu tür parçaların hukuki statüsü bakımından müthiş bir bulanıklık ve çelişkiler var. Mesela bir sürü ülkede yumurta satışı serbest. Kıbrıs'ta serbest.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Kıbrıs'ta yasak. Yeni yasaklandı.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Öyle mi?

Prof. Dr. Yücel Sayman: Evet, Türklere yasaklandı, yabancılara serbest.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Evet, gazetelerden okursunuz, yumurta alış-verişi var. 2 bin lira hatta. Fiyatını da söyleyeyim, bir yumurta 2 bin lira. Birçok ülkede bankalardan sperm satışı da var. Ama bu ülkelerin büyük bir kısmında kök hücre araştırmasında mutlak bir yasak var. Yani burada kara alan mı diyelim, böyle bir durum var. Türkiye'de de organ cesetten çıkmışsa devlete aittir. Eğer ortada yapılmış bir sözleşme yoksa devlet ona el koyar, sıradaki hastaya da takar. Kimse de hiçbir şey diyemez. Şu andaki durum bu.

Prof. Dr. Ergin Nomer: Şimdi mal dediniz. Mal olduğu zaman, endişe etmeyin devletler hususi hukuku ona da çözüm bulmuş. Devlete vermiyor. Diyor ki, *“Malın bulunduğu yerin hukuku uygulanır.”* Şimdi buna mal dediğiniz zaman, menkul bir maldır. Menkul mal da bulunduğu yer hukukuna tabidir.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Kamu düzeni konusu var orada. Devlet diyor, bu benim kontrolümdedir.

Prof. Dr. Ergin Nomer: Nerede söylüyor bunu? Kanun var, devlet bunu söyleyemez.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Ben burada vasıflandırmamı, ölüden hukuka aykırı olarak organ alınmasını bir kişilik hakkı ihlali ama yakınların kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirdiğim için...

Prof. Dr. Yücel Sayman: Yakınların kişilik hakkının ihlali mi, ölünün kişilik haklarının ihlali mi?

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Cavuşoğlu: Türkiye'de yakınların kişilik hakkının ihlali olarak görülüyor. Yasal düzenlememiz bu yoruma müsait. Ama örneğin x yabancı bir devlette, bir Türk vatandaşının organları alınmış olsa, bu sefer o ülkenin bu konudaki hukuki yaklaşımına göre ben bir çözüm arayışına geçeceğim. Pekâlâ, ölen kişinin, ölümden sonra devam eden ve korunması gereken hakları çerçevesinde de bir dava açılabilir.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Neden kişilik hak ihlali oluyor?

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: Ölüden organ alınmasında yasal koşullara uyulmadığı durumlarda, yakınlar manevi tazminat davası açabilirler. Hukuka aykırı organ naklinde sadece tazminat davası gündeme gelebilir. Ölümden sonra yasal koşullara uygun davranılmadan organ alınmışsa, ancak yakınlar kendi adlarına dava açabilirler. Bu konu çok tartışmalı. Kimin hakkı ihlal ediliyor, ölen kişinin hakkının yakınları vasıtasıyla... Burada kimin menfaatin gözetilmesi gerektiği konusu da önemlidir. Bu kadar kısa bir süre içinde birbirine kenetlenmiş sorunlar yumağını tabi ki ayıklayamadım. Ama benim zihnimde böyle bir tasnif var.

Yrd. Doc. Dr. Süleyman Dost: Ölüden organ nakli konusunda, taraflar arasında yapılan sözleşmeye göre tedavi uygulansa, mümkün olmadığı takdirde organlarımı bağışlıyorum şeklinde bir sözleşme yapsalar, bu durumda sözleşmeye aykırılıktan dolayı bir dava açılmaz mı?

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: Burada iki ilişkiyi birbirinden ayırmak gerekiyor. İşlemlerden biri hasta ile hastane arasında yapılan tedavi sözleşmesidir ki bu sözleşme bakımından hukuk seçimi tartışılır; diğeri organların bağışlanacağına dair irade açıklamasıdır. Bu hukuki işlem bakımından hukuk seçimi anlaşması tartışılmaz. Türkiye’de bağışlanan organlar Sağlık Bakanlığı tarafından dağıtılması mümkündür. Ölen kişinin ne kendisi ne de yakınları bu konuda bir tasarrufta bulunabilir. Şartlı bağış, şimdi yeni kanun Tasarısı Taslağında biraz gündeme geldi. Ölen kişi en az bir organını bağışlarsa, bekleme listesinde olan bir yakınına verilmesi noktasında fazladan puan oluyor. Aile puanı diye böyle kavramlar var. Ama orada dediğim gibi hukuki ilişkileri ayırmak gerekiyor. Türkiye’de şu anda mevcut yasal düzenleme, ölümden sonra bazı hakların devam ettiği şeklinde bir anlayışımız yok. Yani bu konu günlerce tartışılır. Çünkü çok yönlü ve boyutlu bir konu.

Peki, beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ederim.

KÖK HÜCRE

PROF. DR. TANGÜL MÜDOK

MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ TIP FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYESİ

Rejeneratif tıp hasta ya da hasar görmüş olan doku ya da hücrenin yeni bir doku ya da hücre ile yer değiştirmesine ilişkin uygulamaların tıp alanında kullanılması tanımlar.

Rejeneratif tıbbın en önemli atılımı “kök hücre” çalışmaları ile başlamıştır. Örneğin 1950 de lösemi hastasına erişkinden alınan kemik iliği kök hücre nakli gerçekleştirildi. O dönemden beri deneysel “embriyonik kök hücre”ler hep tartışmalı kaldı. Nitekim 1977-1980’lerde insan embriyonik karsinoma hücre serisi manipulasyonu başladı. Kök hücrelerde yapılan pek çok genetik çalışma içerisinde 2007 de Mario R. ve arkadaşlarının “Fare embriyonik kök hücrelerde spesifik gen değişimleri”ne ilişkin araştırması o yılın tıp alanındaki Nobel Ödülü’nü almıştır.

Kök hücreler

- Vücudumuzda çeşitli hücrelere dönüşüm potansiyeline sahip hücrelerdir
- Vücudumuzun tamir hücreleridir
- Yaşadığımız sürece diğer yok olan hücrelerimizin yerini alırlar
- Bölünmeye başladığında kök hücre olarak kalırlar ya da kas, beyin, kan hücreleri vb. hücrelere dönüşürler.

Kök hücre araştırmaları,

- Tek hücreden nasıl organizmaya ulaşıldığını
- Sağlıklı hücrelerin nasıl? Hasarlı hücrelerle yer değiştirdiğini anlamamıza yardımcı eder.

Bilimin bu yönü: **hücre-esaslı tedavilerin** ilerlemesini ve **rejeneratif veya reparatif tıp merkezlerinin** kurulmasına önayak olmuştur.

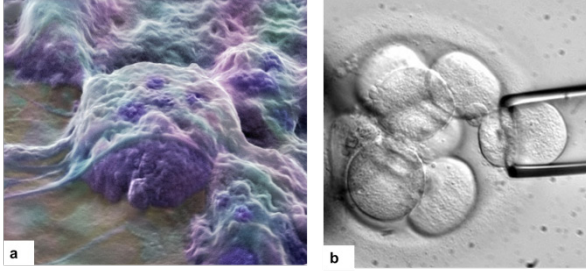
Kök hücreler neden önemlidir?

İki önemli nedenle:

- 1) Kendilerini yenileyebilen farklılaşmamış hücreler olmaları
- 2) Farklı deneysel-fizyolojik ortamlarda özel fonksiyonlara sahip olacak şekilde uyarılabilir (kalp kası, insülin salgılayan hücreler vb.) olmaları.

Çalışmalar, hayvan veya insanda vücut (somatik) kök hücrelerinde (adult) ya da embriyonik hücrelerde (Esc=Embryonic stem cell) gerçekleştirilir (Şekil 1).

Şekil 1: Somatik kök hücreler (a), embriyonik kök hücreler (b).



Vücudumuzdaki kemik iliği, kas, beyin vb. dokulardaki **erişkin kök hücreler**; eskiyen, hasar gören veya hastalıklı dokuların yerine geçebilir. Embriyonik **blastotikist** hücreleri ise; gelişim sürecinde kalp, beyin, akciğer, deri gibi organların hücrelerine **farklılaşacak** olan hücrelerdir.

Erişkin ve embriyonik kök hücre çalışmaları:

- Parkinson-diyabet-kalp hastalıkları vb. hastalıkların tedavilerinde kullanılmak üzere,
- Yeni ilaç araştırmaları üzerine,
- Toksik etkiler üzerine,
- Doğum defektlerinin anlaşılması üzerine vb. hızla devam etmektedir.

Kök hücreler farklılaşmadan ve kendini yenileyerek, nasıl oluyor da çok yıllar kalabiliyorlar. Kök hücrelerin özelleşmiş bir hücreye dönüşümü hangi moleküler sinyal mekanizmalar ile oluşmaktadır? Gibi temel soruların cevaplanması çalışmaların önemli bir yönünü oluşturur. Bu konuda elde edilecek her sonuç rejenere tıbbı çok katkı sağlayacaktır.

Kök hücrelerin kendilerine özgü özellikleri nelerdir?

- Bölünebilir ve yenilenebilirler
- Özelleşmemişlerdir
- Ama özelleşmiş hücrelere dönüşebilirler

*“Neden **embriyonik kök hücreler farklılaşmadan yıllarca çoğaltılabiliyor fakat erişkin kök hücreler farklılaşıyorlar?**”* konusu tüm kök hücre çalışmalarının çözülmesi gereken temel gizemidir.

Yunan mitolojisinde anlatılan birçok efsane günümüz gerçeklerini içerir. Kara ciğerin kendini yenileyen bir organ olması, Yunan mitolojisinde Prometheus’un hikâyesinde saklıdır.

Prometheus, Tanrılar’dan önce var olan Titanlar’dan İapetos’un oğludur. Kile şekil vererek ilk insanları yaratan olarak geçmektedir. Oysa Hesiodos’un Theogonia isimli eserinde, insanın yaradılışı bu şekilde anlatılmamıştır. Hesiodos’a göre Prometheus ilk insanın yaratıcısı değil, velinimetidir. Efsaneye göre Prometheus, bir kurban töreni sırasında, kestiği sığırın etlerini ve iç organlarını hayvanın işkembesine sararak derisinin altına, sıyrılmış kemikleri ve arta kalan kısımları da içyağına sararak Zeus’a sunar. O’na kendi payını seçmesini ve diğer kalan payı da insanlara vereceğini söyler. Zeus iç yağına sarılmış olanı tercih eder. Yağı kaldırdığı an kemikleri gören Zeus Prometheus’un onu bu şekilde aldatmasına kızacaktır. Bu durum üzerine Zeus, insanlara ateş göndermemeye karar verir böylece eti pişiremeyeceklerdir. Fakat insanları her zaman destekleyen Prometheus, Hephaestios’un ocağından çaldığı ateşi insanlara yollar. Bir başka anlatıma göre Prometheus bu ateşi, güneşin tekerleğinden çalmıştır. Prometheus’un kendisini aldatmasına ve insanlara verdiği cezayı hiçe sayarak onlara yardım etmesine kızan Zeus, Prometheus’u Kafkas Dağları’na zincirlemiştir. Ayrıca bir kartal da Prometheus’un ciğerini yemesi üzerine başına musallat etmiştir. Kartal hergün Prometheus’un yanına geliyor, karaciğerini yiyor ve ertesi gün karaciğer yeniden oluşuyordu. Prometheus daha sonradan Heracles tarafından kurtarılmıştır.

Günümüz gerçeklerine baktığımızda, hikâyedeki önemli unsurlardan biri “karaciğerin yenilenmesi”dir. Günümüzden 2700 yıl önce karaciğerin bu özelliği biliniyormuşçasına bir efsane anlatılmıştır.

“Çoğalmayı sağlayan embriyonik hücrelerdeki mekanizma ile rejenerasyondaki ve kanserdeki çoğalma mekanizmaları arasında ne fark vardır” sorusu, kök hücre çalışanları için motive edicidir. Embriyodan elde edilen kök hücrelerdeki çoğalma mekanizmaları çalışmaları hem kanser hem rejenerasyon çalışmaları için “model” teşkil etmektedir.

a) Kök hücreler özelleşmemişlerdir

Kök hücreler, örneğin yanında durduğu kalp kası gibi atıp kan pompalamaz!

Yanındaki kan hücresi gibi oksijen taşımaz!

Yanındaki sinir hücresi gibi kimyasal ileti taşıyıp diğer sinir hücrelerini ateşlemez!

İlginçtir ki bu davranışları gösteren hücrelere dönüşebilirler.

b) Kök hücreler uzun süreçte bölünebilir ve yenilenebilirler:

Tamirde kullanılabilecek kadar uzun süre değişmeden yenilenip çoğalıyorsa (Long-term self-renewal) bu noktada yer alan faktörler önemlidir. **Demek ki ileri, uzun periyotlu araştırmalarda kullanılmak üzere çok sayıda üretilebilirler.**

c) Kök hücreler özelleşmiş hücrelere dönüşebilirler (farklılaşma)

Farklılaşmayı uyaran, iç ve dış faktörler:

- Örneğin çevre hücrelerden salınan kimyasallar, hücrelerin fiziksel kontaktları, mikro moleküller (mikro-çevre)
- Hücrenin tüm yapı ve fonksiyonunu belirleyen, DNA içerisine serpiştirilmiş, genler
- Sinyaller

Her kök hücre için aynı mıdır? Her farklılaşma türü için aynı mıdır?

Bu soruların cevabı hücre bazlı tedaviler için, laboratuvarlarda farklılaşmayı kontrol edebilmek adına önemlidir.

Plastisite: Erişkin kök hücreler elde edildikleri alana ilişkin hücrelere farklılaşırlar. Örneğin kemik iliği kök hücreleri kan hücrelerine.

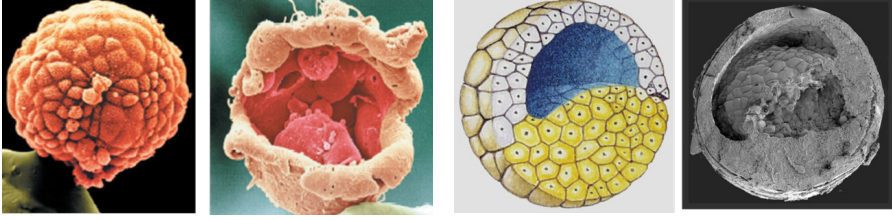
* İleri araştırmalarda kök hücreleri orijinleri dışındaki farklı hücre tiplerine farklılaştırılmıştır.

1. Embriyonik kök hücre nedir?

- A) Hangi evre önemlidir?
- B) Embriyonik kök hücreler laboratuvarlarda nasıl yetiştirilirler?
- C) Embriyonik kök hücreyi belirlemek için hangi laboratuvar testleri kullanılır (karakterizasyon)?
- D) Embriyonik kök hücreler farklılaşmaya nasıl zorlanıyorlar?

A) Hangi evre önemlidir?

Embriyonik kök hücre çalışmalarında *in-vitro*-döllenme kliniğinden elde edilen *in-vitro* koşulda döllenmiş yumurta kullanılır. Dişinin bedeninde dölenen yumurta kullanılmaz. Kullanılan embriyonik materyal 4-5 günlük “blastokist” evresindeki blastokist hücreleridir (Şekil 2).

Şekil 2: Blastokist evresindeki embriyo**B) Embriyonik kök hücreler laboratuvarda nasıl yetiştirilirler?**

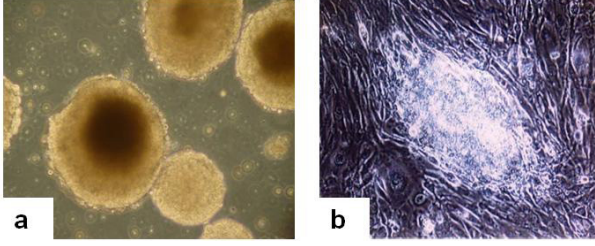
- Blastokistin iç hücre kitlesinden alınan hücreler, kültür kabında, besin ortamında kültür edilir.
- Hücreler kültür kabı içinde bölünür ve dağılırlar.
- Kabin iç yüzeyi besleyici hücrelerle (feeder layer), yapıştırıcı hücrelerle (sticky surface) kaplı olabilir.
- Kültürde hücreler çoğaldıkça pasaj yapılır. Yeni kültürler çoğaltılır (subculturing).
- 6 ay içinde, ~30 hücre ~milyon adet embriyonik hücreye ulaşır.
- Farklılaşma olmaz (pluripotent). Genetik anlamda normal embriyonik kök hücrelerdir.
- Belirli pasajlar dondurularak uzak bir laboratuvara transfer edilebilir.

C) Embriyonik kök hücreyi belirlemek için hangi laboratuvar testleri kullanılır (karakterizasyon)?

- Sub-kültür birkaç ay pasajlanır. Uzun süre yenilendiği ama farklılaşmadığından emin olunur.
- Farklılaşmayan hücrelere özgü, özel yüzey işaretleyicileri (marker) test edilebilir.
- Kromozom hasarı ya da sayısındaki değişim kontrol edilebilir.
- Dondurulduktan, çözülükten, yayıldıktan sonra tekrar sub-kültüre edilebilip edilmediğine bakılabilir.
- Farklılaşmaya zorlanırlar: immun-baskılanmış farelere enjekte edilip çoğu veya bir kısmı farklılaşmış hücreler elde edilebilir (**teratoma**) ki embriyonik hücrelerin de farklılaşabildiği sonucu elde edilebilir.

D) Embriyonik kök hücreler farklılaşmaya nasıl zorlanıyorlar ?

- “Embriyoid cisim” (embryoid body) oluşumuna izin verilirse; Kendiliğinden farklılaşırlar (kas, nöron vb.) (şek.3).
- Ancak bundan spesifik hücre kültürü yapılmaz!
- Farklılaşmayı ilave ortam destekleri ile kontrol etmek lazımdır.

Şekil 3: Emriyoid cisimden (a) farklılaşan hücre (b)

Farklılaşan pek çok hücre tipi günümüzde parkinson, diyabet, omurilik yaralanmaları, purkinje hücre hasarı, muskuler distrofi, kalp hastalıkları, görme-işitme kaybı vb. patolojilerin tedavisinde umut vaat etmektedir.

2. Erişkin (adult) kök hücre nedir?

- A) Erişkin kök hücreler nerededir ve ne yaparlar?
- B) Erişkin kök hücrelerini tanımak için kullanılan testler nelerdir?
- C) Farklılaşma hakkında ne biliyoruz?
- D) Erişkin kök hücreler için anahtar sorular nedir?
- E) Embriyonik ve erişkin kök hücre arasındaki farklar

Erişkin kök hücreler, farklılaşmış organlardaki farklılaşmamış hücrelerdir. Embriyonik kök hücrelerin kökeni bellidir (inner cell mass). Ama erişkin (somatik) kök hücrelerin kökeni belli değildir. Birçok dokudan yeni kök hücrelerin eldesi transplantasyon düşüncesinde heyecan yaratmaktadır. Farklılaşmaları kontrol edilebilirse, standardize edilebilirse; Birçok hastalığın tedavisinde bu hücreler temel olacaklardır. Kemik iliği hücreleri 30 yılı aşkın bir süredir çalışılmaktadır.

Kemikte hem hematopoietik hem de stromal kök hücreler bulunur.

- 1. grup: kan hücrelerine
- 2. grup: yağ, kemik, kıkırdak, fibröz dokuya farklılaşır.

Beyin dokusunda kök hücreler;

- 1. Nöronal
- 2. Non nöronal hücrelere farklılaşır.

Sindirimde crypt epitelleri çok çeşitli hücre tiplerine farklılaşır (emici, salgılayıcı, hormonal vb.)

Derideki epidermis kök hücreleri veya kıl dibi kök hücreleri göç edebilen veya sabit pek çok hücreye dönüşebilir.

A) Erişkin kök hücreler nerededir ve ne yaparlar?

- Çeşitli organ ya da dokularda bulunabilirler.
- Önemli olan çok az sayıda olmalarıdır.
- Bunlar yıllarca bölünmeden bulunduğu yerde uyuyan, hastalık ve yaralanmalar- da uyarılan hücrelerdir.
- Kültüre edilip; Parkinson'da dopamin, Diabet'te insülin, kalp krizinde eski kas hücreleri ile yer değiştirecek karakterde üretmek çalışmalarının hedefidir.

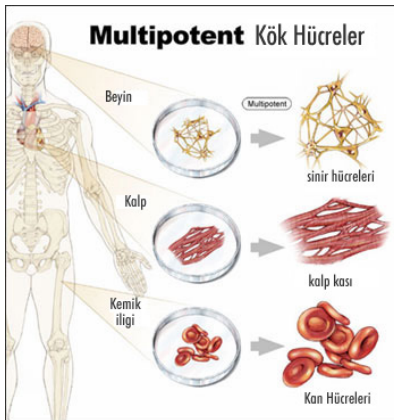
B) Erişkin kök hücrelerini tanımak için kullanılan testler nelerdir?

- Moleküler işaretleyiciler kullanılabilir.
- Hücreleri ayırıp, kültürde işaretleyip, başka bir canlıya transplante edip orijinali gibi çoğalıp çoğalmadığına bakılabilir.
- Hücreleri izole edip, kültürde besleyip, büyüme faktörleri ilave edilip veya yeni genler ile buluşturup istenilen yönde farklılaşıp farklılaşmadığına bakılabilir.
- Tek erişkin kök hücre aynı genetik yapıda bir dizi hücre oluşturuyorsa **"klon"** diyoruz. Hücre klon oluşturacak mı ya da izole edilen erişkin saf kök hücreler transplantasyondan sonra düzgün çoğalabilecekler mi konusu çok önemlidir.

C) Farklılaşma hakkında ne biliyoruz?

- Kendi dokusunun farklı hücrelerine farklılaşır
- Farklı doku hücrelerine de farklılaşabilir (**pluripotent**)

Şekil 4. Multipotent kök hücre



Günün çalışmaları pluripotansiye kontrol altına alıp her tip hücreden çok sayıda ve çeşitte hücre yetiştirip tamirde kullanmaktır!

C) Erişkin kök hücreler için anahtar sorular nedir?

- Kaç çeşit erişkin kök hücre var, hangi organlarımızda?
- Vücudumuzdaki kök hücrelerin kaynağı nerde? Embriyonik evreden kalanlar mı? Başka yolla mı geldiler?
- Etraf hücreler farklılaşırken bunlar nasıl farklılaşmadan kaldı?
- Durdukları yerde plastisite gösterirler mi yoksa biz bilim adamları müdahale edince mi plastisite gösteriyorlar?
- Plastisite için gerekli sinyaller neler? Çoğalmayı kontrol eden mekanizmalar ne?
- Proliferasyonu bir anda çok arttırıp transplantasyon için kaynak sağlayabilir miyiz?
- Öyle bir kök hücre var mıdır ki, tek organ ya da dokuyu tümünden oluşturacak?
- Yaralanma ve hasar bölgesinde kök hücreye çoğalması ve hasar alanını doldurması yönündeki komut nedir ve kim veriyor?

E) Embriyonik ve erişkin kök hücre arasındaki farklar

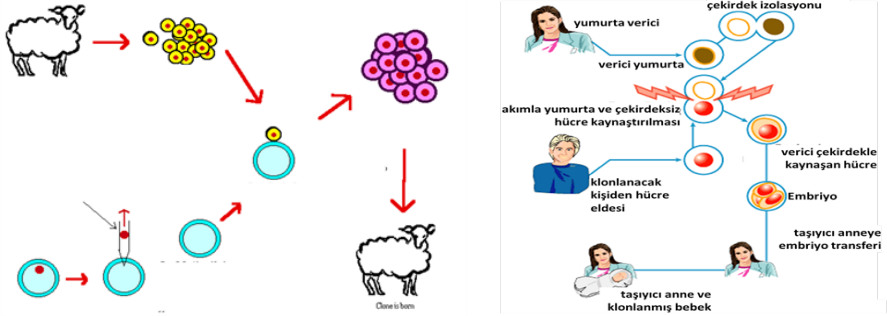
- Farklılaşacakları hücre sayısı ve tipleri birbirinden farklıdır.
- Emb. K.H. (embriyonik kök hücre) pluripotenttir her tipe farklılaşır.
- Erişkin K.H.belli tiplere farklılaşır.
- Emb. K.H. çok sayıda çoğalır ve hızlı büyür.
- Erişkin K.H. az sayıda çoğalır.
- Erişkin K.H. avantajı; tedavide hastanın kendi kök hücresinden elde edilmesidir. Dolayısı ile immun-red etme önlenmiş oluyor, immun baskılama gerekmez.
- Emb.K.H. vericisi alıcı için transplant reddine neden olabilir. Bununla birlikte insan için böyle bir durum görülmemiştir.

Üreme hücrelerinin klonlanması ile ilgili sorunlar

Dolly'den sonra kedi, fare, keçi, tavşan vb. klonlama çalışmaları yapılmıştır. Engel teşkil edecek basamaklar;

- Verimsiz prosesler
 - Zararlı etkiler ve erken ölüm
 - Sağ kalan klonların prematür yaş belirtileri vermesi
 - Hatalı embriyonik gelişmeler
- şeklinde özetlenebilir.

Şekil 5: Dolly ve insan klon



Tedavi amaçlı klonlamalar

Kök hücre “nukleus transferi” ile yapılan tedavi amaçlı klonlamalarda temel 3 gereklilik şunlardır:

- Embriyonik kök hücre kaynağı için embriyo gerekliliği,
- Organ oluşturmak için embriyonik kök hücre kültür kullanımı,
- Hastanın genetik yapısı ile aynı olması için, verici (donor) hasta. Bir başkasının yumurtasına klonlanacak, donör hücresi çekirdekleri izolasyonu (Genetik hatalar embriyoda düzeltilir)

Tedavi amaçlı klonlamada; verici yumurtası ile alıcı hücrelerin kaynaştırılması sonrası oluşan blastokist evresindeki embriyonik hücrelerden kültür yapılır, farklılaştırılır ve alıcı hastaya tedavi amaçlı transfer edilir.

Tedavi amaçlı klonlama tuzakları:

- İmmün red olabilir. (klonda %1 DNA alıcı ile aynı olmayabilir. Yumurtadan gelen mitokondrial DNA nedeni ile...
- Çok sayıda yumurta gereklidir.
 - Dolayısı ile dişiye hormon yüklemek ve çok yumurta elde etmek lazımdır.
 - Yumurta eldesi için cerrahi gerekmektedir.

Geçerli görüşler şunlardır:

- Üreme hücrelerinin klonlanmasının suç olabileceği.
- Tedavi amaçlı klonlamanın kabul edilebilir olduğu.

Kanser ve kök hücre

- 1855 yılında Rudolf Virchow Embriyonal-Rest hipotezin, geliştirmiş, tümör hücrelerin morfolojik değişimi ve fonksiyonu embriyonik kök hücrelerin gelişimine benzer demiştir.

• **Teratoma**'lar ise malign olmayan, her hücreye dönüşebilen, kök hücrelerin düzen bozukluğundan oluşan hücrelerdir.

Kök hücre yönündeki çalışmalarda genel çabalar;

- Kanserli ve Normal hücre arasındaki farkı belirlemek,
- Kanser kök hücrelerin hayatta kalma potansiyelini belirlemek,
- Kanser kök hücrelerine yönelik HEDEF tedavileri belirlemek üzerinedir.

Farklı iki genin aynı organizmada bulunması

Kimerizm insan hücresinin çekirdeğinin farklı bir tür yumurtasına nakildir. Amaç embriyonik kök hücreleri arttırmaktır.

Xenotransplant insan embriyonik kök hücrelerin farklı bir tür erişkinine transplante edilmesidir. Amaç embriyonik kök hücre potansiyelini araştırmaktır.

Kök hücre çalışmalarının hukuksal, dinsel, bilimsel, etik boyutu

Embriyonik hücreler DNA taşır ve insan olma potansiyelindedir

- Bir görüşe göre (Pro-lifer'lar)...Pre-embriyo kişidir DNA'sı vardır
 - Diğer bir görüşe göre (Pro-choicer'ler) Pre-embriyo farklılaşmamış birkaç hücredir der. Onlara göre;
 - Organ yok, farkındalığı yoktur.
 - Embriyo insansa,
1. O öldürüldü. Gelişmeyecek ve doğmayacak.
 2. Embriyo hayatın başlangıcıdır ancak ilerleyen hamilelik ve doğumdan sonra kişi oluşacaktır. Kişi olmadan önce kullanılmış olması, atılmış olmasından iyidir.
 3. Hücreler alınmış ve yaşatılmıştır DNA aynı DNA'dır. Öldürülme söz konusu değildir.

“Embriyo kişi değildir” savını çürüten bazı sorular:

- Kişi olmayan insan var mıdır?
- Kişiliği ne belirler? Toplum mu?
- Ayırımı kimler yapıyor?
- Köleler toplum dışı idiler, ne idiler?
- Kişi özelliklerinin yitirilmesi kişiliğin yok olması mıdır? Komada olan hastalar, mental hastalar (genetik veya nörolojik), dejeneratif hastalığı olan yaşlılar.

Diğer ülkelerdeki kök hücre araştırma, tedavi, hukuksal boyut örnekleri

İngiltere, Maceristan, Estonya, Litvanya, Slovenya

- Son derece liberal
- Tedavi için klonlama izni var, embriyo dizaynına izin var
- Kök hücre araştırmaları serbest

Fransa, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan, Çekoslovakya, Hollanda, Portekiz

- Daha az liberal, yasalar çok baskın değil
- IVF laboratuvarlarından embriyo kullanımı var
- Üreme ve tedavi klonlamaları yasak

Almanya, İtalya

- Yasaklar katı
- Serbestçe embriyo kullanmak ve embriyo dizaynı yasak
- Üreme ve tedavi klonlamaları yasak

Belçika

- Son derece liberal
- Tedavi için klonlama izni var, embriyo dizaynına izin var
- Kök hücre araştırmaları serbest

İsveç

- Son derece liberal
- IVF lab.lardan embriyo kullanımı var
- Kök hücre araştırmaları serbest

Avusturya, Litvanya, Malta, Polonya, Slovakya

- Embriyo araştırmalarına tamamen karşı

Avustralya, Çin, İsrail, Hindistan, Japonya, Singapur, Kore

- Klonlamalara izin var

Brezilya, Kanada, Norveç, İsviçre, Tayvan

- Düzenli bir şekilde artık embriyoların kullanılmasına izin var

İran Şii Yönetimi

- Din fermanı ile deklere edilen gamet-embriyo kök hücre araştırmalarını meşrulaştırdı (legal meclis kararı yok, 2005 de etik yönerge hazırladı gerekli şartlar koydu)

Türkiye

- 2005 yeni düzenlemeler yapılana kadar embriyonik kök hücre çalışmaları yürütülemez.
- Yasak yok ancak legal düzenlemeler yetersiz.

Sonuç

Kök hücre tedavilerinde Amerika Birleşik Devletleri Eski Başkanı George Bush'un 2001'deki "*Embriyolar katledilmesin*" şeklindeki konservatif tutumu, günümüzde Başkan Barack Obama'nın (2009) "*Tedavi olmak isteyenlerin Avusturalya, İngiltere, Çin, Çekoslovakya, İsrail, Singapur, Güney Kore, Ekvator özentisini yok edelim*" çağrısına dönüşmüştür. "*And we will aim for America to lead the world in the discoveries it one day may yield*" diyerek illegal embriyo çalışmalarını legal hale getirerek, bu konuda da dünya liderliğine soyunma hedefini seçmiştir. "Hücrelerin ne olduğu ve ne olacağı önemli değil, acıları hafifletmek adına, tam destek" sloganı ile embriyonik hücre çalışmalarını artı değere döndürme desteği vermiştir. Elbette hukuksal anlamda pek çok resmi itiraz ve tartışmalara da neden olmuştur.

Omurilik tedavisi için ilk izin ve milyon dolarlık destek: GERON araştırmacılarınca başlatılmış; hücrelerin teratom gibi davranması ve doku reddi riski göze alınmıştır. International Stem Cell Corporation (ISCo) döllememiş yumurtanın çevresel hücrelerinden "embriyonik kök hücre" elde etmek konusundaki çalışmaları için çok ciddi ekonomik kaynaklar kullanmaktadır. Kenneth Aldrich bu hücrelerin kök hücrelerle aynı karakteristiği içerdiğini açıklamıştır ki, etik açıdan çok uygundur, tek birey den elde edilir, embriyodan daha basit immunolojik yapılanma vardır, reddedilmeyi sağlayan protein miktarı daha azdır, İnsan popülasyonunun her immun tipi için banka oluşturulabilir, rafdan ısmarlanabilir niteliktedir.

Kök hücre ile ilişkili olarak, dejeneratif hastalıkların tedavisi için tek çıkış yolumuzun **denemek** olduğu düşünülürse; pek çok tedavide bir kapı aralama potansiyeli taşıyan kök hücre çalışmalarına fırsat vermek, hatta teşvik edecek politikalar geliştirmek sorumluluğunu taşıdığımızı düşünmekteyim.

TARTIŞMA

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut (*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Avrupa Birliği'nin 2003 yılında almış olduğu bir karar var. Kök hücre geliştirmeyi geçici olarak yasakladı. Bu tabi üye devletleri bağlamaz. Ancak birliğin kendi organlarını etkileyebilir. Amerika'da ise hiçbir zaman yasak gelmedi aslında. Yasaklanan kamu araştırmalarıydı. Bush döneminde çıkan yasa ile özel faaliyetlere karıştırılmadı. Obama döneminde ise bu yasaklar kalktı. Tabi şöyle bir durum var: Amerika federal bir devlet olduğu için, her eyalette farklı bir durum var. Eyaletlerin çok değişik tutumları var. Kaliforniya bu konuda 2004 yılında bir referandum yaptı. Ve Kaliforniya Anayasası değiştirildi. Kök hücre çalışmalarının yapılıp yapılmayacağına dair bir hükmün Anayasaya konulup konulmayacağı halkoyuna sunuldu. Yüzde 59'la halkoyundan geçti. Yani bu konu baya önemli bir boyuta yükselmiş durumda dünyada. Ben size 2 teknik soru sormak istiyorum. Şu an bir iddia var: Embriyo form olan kök hücrelerden de aynı sonuçların alınabileceği söyleniyor.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Çok yeni. Bir takım verilere göre evet, olabilir deniyor ama bununla ilgili çok fazla araştırma yok. İşte embriyo dışı hücreler, testisten elde edilen hücreler vs. Kısıtlamalar gelince araştırmacılar başka birtakım hücreler üzerine yöneldiler. Yani ben bir temel bilimci olarak, çok fazla şeyimiz yok. Yani bir sorguluyoruz. Bilim adamının yaptığı şey sorgulamak. Onun için her şeyi denemek, her şeyi yapmak istiyoruz. Sanırım bu kısıtlamalar, kök hücreyi embriyo dışına çıkartmaya başladı, yavaş yavaş. Yalnız şunu söylemek istiyorum: Avrupa birliği konusuna ben de biraz baktım. Çok üzerinde durduğum bir konu değil. Etik alınan kararlar, yönetmelikler vs. ne kadar bağlıyor? Mesela bir yasa çıkartılıyor Kaliforniya'da. Ciddi, meclisten çıkan bir yasa. Bugün sağlık Bakanlığının bile etik kurullarla ilgili bir sürü kararı var. Ama ben şimdi klonlama yapacağım desem hangi yasayla beni engelleyecek? Ne yapacak, yani onun bile farkında değilim. Çünkü yayası yok. Bir takım maddeler var Sağlık Bakanlığının koyduğu. O yüzden bu etik kurullarla alınmış bu yönetmelik kararlarıyla yasalar arasında, bilim adamları için çok zor.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Yasa olmaması o işi yapabileceğiniz anlamına gelmiyor. Eğer bir sorun olup mahkemeye gidildiği zaman, mahkemeler yasa yokluğunda rahatlıkla şeye doğru bir yorum yapabiliyorlar. Bu da mümkün oluyor. Çünkü yargı organı günlük hayatta hiçbir zaman yasama ve yürütme organlarının koymadığı bir şeyi, önemli bir toplumsal tartışmaya müdahale edip cesur bir karar almak istemeyebilir. Düzenlemenin olmaması özgürlüklerin kullanılması açısından olumlu bir durum. Aslında öyle olması lazım. Fakat iş mahkemelik olduğu zaman bu sefer mahkeme tutucu bir tutum takınabiliyor. Ki şu anda bu konularda dünyada mahkemelerin tutumu bu. Topu başka yerlere atmaya çalışıyorlar.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Yani ben de bilimin içinde olan biri olarak elde ettiğim kök hücrenin, hayvanda deniyoruz. Onun da etik kuralları var sonuçta. O kök hücrenin neler yaptığını izlemeye çalışıyoruz. Elimizdeki imkânlarla. Ama insanda denemek, kendi rızası da olduktan sonra beni ne kadar dara sokar, onu da bilmek istiyorum, tabi yani.

Prof. Dr. Nevzat Koç (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bir cümle de ben söylemek istiyorum. Tabi ki yazılı hukuk kuralının olmadığı yerlerde, “bu serbesttir” sonucunu çıkarmak, genel kural olarak söylenebilse de... Hukukun genel bir kuralı var: “Kimseye zarar verme.” Başkasına zarar verilmediği sürece, yasaklayıcı bir hüküm de yoksa bu tür uygulamaların serbest olacağını söylemek, kanaatimce de mümkün. Ama uygulama başkasına zarar veriyorsa, “Yazılı hukuk kuralı olmadığı için tazminat borcu doğmaz” demek, mümkün değil kanaatimce.

Prof. Dr. Yücel Sayman (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Embriyo üzerine deney yapsak başkasına zarar vermiş mi oluyoruz?

Prof. Dr. Nevzat Koç (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Ben genel bir ilkeyi ifade ettim. Şimdi embriyo kişi mi, mal mı? Bir kişinin başkasına zarar vermesi, zarar verdiği ister kişi olsun, ister mal varlığı olsun fark etmez, Borçlar Kanununun 41. Maddesindeki o haksız fiil sorumluluğunu doğurabilir. Bunu söyleyebilirim.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Embriyonik çalışmaların yasaklanmış olması, diyelim ki yasaklandı, zaten şu anda embriyoların fazlaları ziyan ediliyor. Bu, açık ve net. Bugün böyle bir toplantıdan sonra ya da ciddi bir meclis tartışmasından sonra embriyolar üzerinde çalışmalar yasaklanıyor demek de çok komik geliyor açıkçası. Şu anda embriyolar lavaboya atılan embriyolar varken ondan sonra bir anda çok ciddi bir kararla embriyo üzerindeki çalışmaları yasaklamak da normal bir durum değil. O zaman şu an, geçerli durum için de önlem alınmış, bir takım düzenlemeler yapılmış olması gerekirdi.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu (Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Deneyler için embriyolar nereden elde ediliyor? Bağışlanıyorlar mı, yurt dışından embriyo bankalarından mı temin ediliyor? Bildiğim kadarıyla Türkiye’de bu konuda bir kanun yok ama üremeye yardımcı yöntemlere ilişkin bir yönetmelik var. Ve bu yönetmelikte kullanılmayan embriyoların imha edilmesine yönelik bir hüküm var. Dolayısıyla bu deneylerin yapıldığı merkezlerde embriyonun sahibinin onayı alınmaksızın o embriyonun bu deneyler için kullanılmaması gerekiyor.

Prof. Dr. Tangül Müdok: İmhayı nasıl...

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: Ama... Embriyonun sahibi olan kişiler, çocuk sahibi olmak için bunu o merkezlere veriyorlar. Deney için verilmesi, ba-

ğışlanması mümkün olabilir belki. Yasal düzenlemeler çerçevesinde. Ama amaç başka burada.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Anladım. İmha yöntemleri ya da imha edilmesi konusunda. Nasıl ayırıyoruz? Deney için kullanılması ile imha edilmesi arasındaki çizgi nedir?

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: O hücrelerin sahiplerinin görüşlerine bakmak gerekiyor. İzinsiz kullanımında, Nevzat Hocam bağışlayın, haksız fiil sorumluluğunun doğacağını düşünüyorum ben.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Tabi, aynı şeyi söylemek istedim ben de. Bir cümle daha ekleyeyim. Kişiler varlıkları üzerinde mutlak hak sahibidir. Mutlak hakkı ihlal eden her davranış sorumluluk doğurur.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Şimdi tabi burada çok, hukuki sorunları olan bir şey. Kullanılmayan embriyoyu niye imha ediyorsun? Ayfer dedi ki embriyonun sahibi... Şimdi embriyonun sahibi diye bir şey çıkıyor. Bu embriyo şey mi, kişi mi? bu mülkiyet hakkı, mutlak bir mülkiyet hakkı mı, kullanım hakkı mı? Embriyoyu insan olarak mı kabul ediyorsun, başka bir şey olarak mı? İmha edilmesinin tek nedeni var: Bunun üzerinde araştırma yapılması! İmha etme fiili insanlığa aykırı sayılamaz mı? Burada hukuka uygunluk açısından çok tartışa var. Tabi etik açıdan da sorunlar var. Öyle bir ülkedeyiz ki Türkiye’de hiçbir düzenleme yok. Düzenleme olmadığına göre, genel kural, ben bunu yaparım. Şimdi Borçlar Kanununun ilgili maddesinden hareketle zarar verirken yasak dendi. E zararı kim, nasıl belirleyecek. Embriyo üzerinde araştırma yaparak kime zarar verdim? Verdiğim zarar ne? Kendi araştırmamla, o zarar denen şey arasında bir illiyet rabıtası var mı, illiyet rabıtası ne? Sonra embriyonun sahibine sorulacaksa, embriyonun sahibini her zaman bulamazsınız. Bu sorunları çok genel hukuk prensipleri ve kuralları ile açıklayabilmenin çok kolay olmadığını düşünüyorum. Bunun üzerine çok tartışılması, belki yeni kavramlar üretilmesi gerekiyor. Ama size katılıyorum. Embriyoyu imha edeceksin, bir şey yok. Ama üzerinde araştırma yapacaksın, evvah. Yani bu Evangelist anlayışın ürünü.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut (*Ortadoğu Teknik Üniversitesi Mimarlık Fakültesi*): Tutun ki bu araştırmalar serbest olsun. Kök hücre araştırmalarına izin verilirse ne gibi sonuçları olacak? İnsan klonlama da dahil ne gibi gelişmeler olacağını tahmin ediyorsunuz? Ne tür sonuçlar çıkabilir?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Valla pozitif bilimde tahmin yapmak çok zor. Dene-medem...

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Niye bu kadar heyecanlısınız, niye bu işin peşine bu kadar düştünüz? Ulaşmak istediğiniz bir yer var mı?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Ha yok yok. Ben bilimsel kafayla düşünmeye çalışıyorum. Yıllarca merakla bilimin içinde olduğum için. Yoksa bir yere ulaşılır ya da ulaşılmaz. Bilim adamı tahmin ederse, kötü eder. Bilimde tahmin, yani suyu 99,9 derecede kaynatamazsınız, o, 100 olmak zorunda. Onun için denenerek görülür. Çok tahmin edilesi bir şey değil. Görmek gerek. Bu ardan o kadar çok ticari firma, o kadar çok tröst oluştu ki, ya et yaptık diyor adam, et ürettik diyor. Böyle bir sonuç yok. Kulak yaptık, mide yaptık, vs. yaptık, bu kadar net sonuçlar yok daha ortada. Ben de bir bilim adamı olarak bazı hastalıkların tedavisinde merak ediyorum. Hayvanda denediklerimiz bir noktada kalıyor. Kişiniz rızası varsa denebilir diye düşünüyorum.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: İzin verilsin mi verilmesin mi konusu tartışmayı çok tıkayan bir şey. Ben asıl sonuçlara dair senaryoları merak ediyorum. Verildiğinde potansiyel sonuçlar neler olacak?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Bilemiyoruz.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Mesela ben kendi tahminimi söyleyebilirim. İnsanın en büyük hayali kendisinin aynısını yapmaktır. Fizik dünyası bunun için çok uğraştı. Kendisini tedavi etmek için de çok uğraştı. Takma bacak geliştirdi, yapay kalp yaptı. Bunu, fizik dünyasından elde ettiği güçle yaptı. Şimdi aynı şeyi biyolojinin araçlarını kullanarak yapmak istiyor. Diyelim ki yapay bir insan üretti. Sizin anlattıklarınız da bunu doğruluyor. Dolly olduysa eğer yapay insan da olacak. Olunca başka neler olacak? Sizin bu konudaki tahmininiz ne? Bir bilim adamından çok geleceği tahmin eden biri olarak, bu işin ucu nereye gider? Beni ilgilendiren kısmı o. Niye bu iş ticari açıdan bu kadar heyecan veriyor. Neler olacak ki bu kadar heyecan veriyor? Bir sürü insan üretip onlardan organ alıp kendi vücudumuza mı ekleyeceğiz?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Bunun tabi siyasi boyutu da çok yüksek olabilir. Bilim adamının hayallerini aşabilecek bir şey. Manipüle edip de bir beta hücresi oluşturuyorsanız, ötmeyen bir kuşu öter hale getiriyorsanız bu manipülasyonları insanda da uygulayabilirsiniz. Bir orduyu yapay organlarla sürekli tamir edebileceğiniz bir askeri sistem oluşturabilirsiniz. O artık siyasi ve fantastik boyuta giden bir şey. Ama bir takım tedaviler konusunda belki...

Prof. Dr. Gürkan Öztürk (Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi): Ben birkaç söylemek istiyorum. Ada filminde anlatılanlar olmayacak şeyler değil. Filmde bir sürü insan yedekte bekliyor. Milyon doları veren herkesin bir klonu var. Ve başına bir şey geldiğinde o klondan gerekli organlar alınıyor. Engellenmediği müddetçe, bu durum bazı insanların rahatlıkla hazmedebileceği, kendileri için uygulayabilecekleri bir şey. Yani param varsa ölmeyim. Yaşlandıkça yeni bir kalp, yaşlandıkça yeni bir böbrek, yeni beyin bunlar olabilecek şeyler. Bir kısım insan ölmek istemiyor. Küçük çapta bile insanlar, hepimiz yapıyoruz. İşte bilmem neyin suyunu, bilmem neyi yiyoruz, diğerlerini yemiyoruz. Şunu yaparsan tansiyonun olmaz,

bunu yapmazsan kanser olmazsın. İnsanlar ekonomik sorunlarını hallettikten sonra tek odakları bedenleri oluyor. Bedenlerini daha iyi nasıl tutacaklar... Bu memlekette açlık sorunu olsaydı hiç kimse kök hücreyi tartışmazdı. Zannetmiyorum ki Somali'de kök hücre potansiyel bir sorun olsun.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Ama Somalilileri kullanmak mümkün.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Tabi. Somalililer çok iyi kullanılabilir. Somalililer çok iyi taşıyıcı anne olur. Oluyorlar da. Yardım bahanesiyle giden örgütlerce çocukları kaçırılır, organları alınır. Yani kölelik tarih boyunca hep olmuş. Halen de var. form değiştirmiş sadece. Bu teknolojiler ilerledikçe hep o kara tarafı, hep kötülük tarafı, hep suistimal tarafı itici güçlerden biri olacak. O yüzden de hukukun bir adım önde olup bunun önünü alması lazım. Ama her şeyden önce toplum vicdanının buna izin vermemesi lazım.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Ben şunu sormak istiyorum: Klonlanma yöntemi ile dünyaya gelmiş bir insan, sizce insan mıdır? Bir bilim insanı olarak sizin görüşünüz nedir?

Prof. Dr. Tangül Müdok: İnsanı insan yapan değerlerin ne olduğuna...

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Şunu demek istiyorum. Canlı kategorisi olarak insan mı?

Prof. Dr. Tangül Müdok: İnsan.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Onda şüphe yok.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Çünkü siz hayvanlardan bahsederken, öyle bir bahsettiniz ki onlar sanki gerçek hayvan değil de tedavi amaçlı... İnsanlara da böyle bakarsanız. Ne güzel işte, onlar da klonlanmış insan, başka insan.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Klonlasak da klonlamasak da afiyetle yiyoruz koyunları. İnsanda da her ne vesile ile doğmuş olursa olsun, onlara insan demeliyiz.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Tabi insanların reaksiyonları çok ilginç. İngiltere'de bir anket yapmışlar ve şunu sormuşlar: "Hayvanlar yerine insan klonlansa reaksiyonunuz ne olur?" önemli bir kısım insan, çocuklarının o çocukla görüşmeyeceğini...

Salondan: (Kahkahalar...)

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: İnsanda böyle bir yön var. Dışlamak. Bunu ırk bazında bile yapıyoruz. Korku, endişe ve dışlamak. Klonlanma olsa klonlanmış ve klonlanmamış insan ayrımı mutlaka olur.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Ben gene bir fikri savunduğum için böyle olsun demiyorum bunları. Sadece tartışma konuları açmaya çalışıyorum. Bizim neyi, nasıl algıladığımızın bir önemi yok. Biz onu nasıl tanımlarsak tanımlayalım, teknoloji ve gelişme olacaktır. Siz ona müdahale ederseniz başka türlü olacak ama sonuçta olacak. Evrim denen bir şey var. Evrim yaşıyoruz. Neye gideceğimiz belli değil. Bundan zenginler yararlanacak dendi. Evet, öyle tehlikeleri var. Ama şunu gözden geçiriyoruz. Öyle bir sosyo ekonomik bir yapı öngörülebilir ve bunun mücadelesi verilebilir ki, bu, sadece zenginlerin yararlandığı bir şey olmaktan çıkar. Farklı bir toplum yapılanması düşünülebilir. İşte en çok korkulan şeylerden biri, çok parası olan bir kişi ya da ideoloji, insan türüne bu yolla egemen olabilir mi? Şimdi bu ihtimal olmasın diye bilimi yasaklamak... Sizin söylediğiniz, “Bunlar beni ilgilendirmiyor. Ben şeye bakıyorum” diyorsunuz. Hakikaten bilim adamı ilgilenmez bunlarla. O merakı asla ortadan kaldıramazsınız. Diyelim ki bir kişi, bir grup bilimde, teknolojiye, araştırmalarda tekel kurmuşsa, basın onun elinde, eğitim onda, böyle bir şeyi yapabilir. Böyle bir tehlike var. Ama onun tekel oluşturmamasını önlemek lazım. Tümden bilimi yasaklamak olmaz. Bunu engellemeye çalışmak ban çok hoş gelmiyor. Benim karşıma kurumsallaşmış, günümüzde doğayla toplumsallık arasındaki diyalektiği anlamadan, tarihsel-toplumsal olanla doğal olanı ayırmadan günümüzde bu kavramlar var, bunlar değişmez, sanki kader-mukadderat, bunlar böyle kalacak... Doğa sen ne isim verirken ver işini yapıyor. Böyle de bakılabilir. Bunları da tartışalım.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Genel olarak katılıyorum tabi ama bitkiler de var işin içinde. GDO problemi var biliyorsunuz. O aslında ilginç bir örnek. Şu anda dünyada 2 firma yapıyor. Yani müthiş bir tekelleşme. Aslında burada GDO ve bu tür araştırmalar değil sorun. Sorun olan bunun şu an için 2 tekele fikslenmiş olması. İki ülke de Amerikan firması. Ve yeni bir haber: Çin pirinçte GDO’yu önlemek için ciddi yasaklar getirdi ve ülke dışından pirinç sokulmasını da engelledi. Ama bunlar uçakla pirinç atıyorlarmış Çin topraklarını. Çin’de GDO’lu pirinç tespit edilmiş. Bunlar çok ürkütücü geliyor bana.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Hepimizin hayali, yeni bir toplum tipi yaratmak vs. Geçen verdiğimiz seminerde de anlattım; nöromarketing, Obama’nın seçimine kadar müdahale eden, insanların beynini manipüle edip de Obama’ya seçim kazandıran bir bilim dalı. Bu çok ciddi bir güç. Önce Coca Cola’nın bizi nasıl esir ettiğini konuşuyorduk. Şimdi ise seçim kazandırabilen bir bilim dalı olduğunu konuşuyoruz. 15 yıl önce başlamış nöromarketing. İnsanların beynini okuyup onları yönlendirebilmek.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost (Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Bilimsel araştırma yaparken sonucu nereye varırsa varsın bizi hiç ilgilendirmez demek, biraz beni ürkütüyor açıkçası. Etik ve bilimin birlikte yürümesi bana doğru geliyor. Önümdeki bütün engelleri kaldırın, ben her türlü araştırma yapayım, her türlü şeyi deneyeyim demek biraz açıkçası şey geliyor...

Prof. Dr. Tangül Müdok: Ben şöyle diyorum: Dinozorlar vardı ve bugün yoklar. Biz kaç yılımız kaldı, bilmiyoruz. Ben GDO'dan da korkmuyorum. Bir GDO yenecek ve belki bir nesil yok olacağız. Sonuçta nereden geldiğimiz ve nereye gideceğimiz belli değil. Ama belli grupların, diğer gruplar üzerinde hâkimiyeti söz konusu. Yaşamım sınırlı. Onlardan nasıl korunabilirim, bunun sınırı yok benim için. Şu kısa ömrümde yapabileceğim her şeyi yapmak istiyorum.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Ben bir de bir şey sormak istiyorum. Kök hücre dediğimiz şey yaşama kabiliyetine sahipse acaba sonuçta insan olabilecek mi? Onun içindeki o hücreler alınacak, bazı şeyler kullanılacak...

Prof. Dr. Tangül Müdok: Hayır, onları insan olarak tekrar...

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Normalde eğer müdahale edilmeseydi acaba onlar insan...

Prof. Dr. Tangül Müdok: Tabi tabi.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Acaba o zaman bunun insan olarak kabulü... Hukukun bu noktada devreye girmesi gerekiyor.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Etikle uğraşanlar, bir takım makaleler var. DNA'sı varsa insandır, öbürü diyor ki mental gelişimi yoktur, oradan insan değildir. O ayrı bir tartışma konusu. Eğer insan kabul edilecek olursa orada bir etik problem var. Onun hayat hakkı ihmal edilmiş gibi geliyor bana.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Ben şöyle anladım: İnsan klonlamada kullanılan hücre tipiyle, sizin kaba koyup çoğalttığınız farklı tip hücreler değil mi?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Gene embriyo. Devam ediyor hayatı. Sadece hücreleri farklı. Hastadan alınan hücreler yumurtaya verildi. Spermle döllendi. Hücrelerin yapısal formatı farklı. Ama öbüründe embriyonun kendi hücrelerini alıp farklılaştırmak.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Dolayısıyla kaptaki hücreyi bıraksanız o kendi kendine bir canlıya dönüşmüyor.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Hayır hayır.

Salondan: Türkiye'de gerçekten bu çalışmaları ileri götürenler var mı?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Teknolojik anlamda çok ileride olmadığımız için çok böyle uçuk kaçık şeylerin yapıldığını zannetmiyorum. Hayal gücümüz çok yüksek ama icraata gelince olduğunu zannetmiyorum. Türkiye'de gizli deneyler yapıldığını sanmıyorum. Gürkan Hocam siz bu konuda bir şey söylemek ister misiniz?

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Teorik olarak Türkiye’de her şeyi yapabilirsiniz. Kimse de sizi yakalayamaz. Kimse ne yaptığınızı da bilemez. Gelse de anlayamaz, görse de anlayamaz.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Hele de bizim polis! (Kahkahalar)

Prof. Dr. Tangül Müdok: Ama şu var ki TÜBİTAK’ta biyolojik silahlarla ilgili belli bir ekip var, onlar biyolojik silahlar üzerine çalışıyorlar ama devlet kontrolünde zaten TÜBİTAK. Orada ne kadar, ne yapıyor, ben bilmiyorum.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Soru yoksa ben maliyetlerle ilgili bir şey sormak istiyorum. Satın alınıyor işte dünyadaki çeşitli merkezlerden. Sonra onu petri kabında çoğaltıyoruz. Nasıl bir paralardan bahsediyoruz. Mesela küçük, mütevazı bir laboratuvar da bu çalışmalar yapılabilir mi? Kök hücre çalışması çok pahalı bir şey mi?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Kültür ortamları, kimyasal maddeler hep dışarıya bağımlıyız. Bir merkez kurulmaya çalışıldı, bir takım KİT’ler yapılmaya çalışıldı, sonra bırakıldı. Az gelişmiş bir ülke olarak, hakikaten zorlanıyoruz. En çok Gürkan Hocam ilgileniyor, kültürle.

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Bir daire parasına bu işler yapılır.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Ne yapılır bir daire parasına?

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Daire parasına embriyodan kök hücre üretebilirsiniz. Klonlama 500 bin liraya... 5 milyonunuz varsa çok daha iyi iş yaparsınız. Yani çok çok büyük paralar değil. Araştırma babında söylüyorum.

Yrd. Doç. Dr. Fatma Korkut: Bu paralar hücrenin fiyatı mı?

Prof. Dr. Gürkan Öztürk: Hücrenin değil. Altyapının. Kimyasallar da bir para var ama daha çok laboratuvarların.

Prof. Dr. Lütfü Hanoğlu (Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi): Bunlardan yapacağınız yayınları bir yerde yayımlatamazsınız. Böyle sorunlar var. Bilimsel çerçeve içinde. Geriye askeri amaçlarla filan kullanımı kalıyor ki o da bizim ülkeyimizin harcı gibi çok görünmüyor. Bir de kapı açılmışsa buna artık sınır koymak da pek mümkün değil. En başta bir ölümsüzlük ideali var. Bunun peşinden gidiyor olacağız. Belki buna basamaklarda müdahale etmeye çalışmak, toplumu organize etmeye çalışmaktan başka elimizden bir şey gelmiyor.

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA EMBRİYO

YRD. DOÇ. DR. EBRU ŞENSÖZ MALKOÇ

İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYESİ

“Embriyo” (pre-embriyo, embriyo ve cenin), sperm ve yumurtanın bir araya gelerek döllenmesi neticesinde oluşan, genetik olarak insana dönüşebilen, başka bir ifadeyle, insan olma potansiyeline sahip bir canlıdır.

Günümüzde, biyolojik araştırmalardaki gelişmeler ve yeni teknikler, embriyo ve ceninin hukuki durumunu belirsiz bir duruma getirmiştir. Ayrıca, embriyo ve ceninin hukuki durumu, iç hukuklarda net bir biçimde düzenlenememiştir. Her devletin kendi iç hukukunda yaptığı hukuki düzenlemeler de birbirinden farklılık arz etmektedir. Yaşayan ve ölü embriyo ve cenin kullanımına ilişkin herhangi bir amaca elverişli hukuki bir düzenleme de, ortaya çıkacak biyoetik tartışmalar nedeniyle, bulunmamaktadır.

Embriyoya ilişkin olarak, iç hukuklarda ve uluslar üstü belgelerde yer alan ve her biri önemle irdelenmesi gereken birbirinden farklı konular bulunmaktadır. Bunlardan bazıları; (I) Embriyonun hukuki statüsünün ve haklarının belirlenmesi, (II) Embriyonun insan onuru bakımından korunması; (A) Kök hücre olarak, embriyonun klonlanması (*cloning*) veya embriyodan yeni organizmalar üretilmesi (*reproductive*) yasağı ve bu yasakların niteliği (*overriding mandatory rules/international/transnational public ordre*), (B) Embriyonun (ana rahmine yerleştirilmemiş/dondurulmuş embriyonun ve kürtajla alınan fetüsün) genetik araştırmalarda kullanılması bakımından, genetik kimliğin korunması prensibi (*eugenic* -insan ırkını ve kalıtsal özelliklerini geliştirme düzeltme- amaçlara karşı, genetik birlik ve genetik bütünlüğün korunması), (C) Pre-embriyonun yaşama hakkının korunması (döllenmiş ama ana rahmine yerleştirilmemiş –*extracorporeal*- embriyonun imhasına karşı korunması: genetik araştırmalarda kullanılma konusunda bağış ve embriyo bağışı), (D) Embriyo ve fetüsün gebeliğin sonlandırılması bakımından korunması ve embriyo üzerinde karar verme hakkının kime ait olduğunun belirlenmesi (vücut bütünlüğü ve kadının kendi vücudu üzerinde karar verme hakkı çerçevesinde, embriyoyu taşıyan kadının veya embriyoyu meydana getiren üreme hücrelerinin sahibi olmaları itibarıyla üreme hücreleri sahibi kadın

ve erkeğin karar verme hakları ile fetüsün yaşama hakkı arasındaki ihtilaf) ve (III) Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri çerçevesinde, (A) Üremeye yardımcı tedavi teknikleri (1) In vitro fertilizasyon veya diğer bir ifadeyle, in vitro embriyo nakli (IVF - tüp bebek), (2) Embriyo, sperm veya yumurta bağıışı, (3) Taşıyıcı annelik ile (B) Bu yöntemlerin kabul edilmesindeki amaçlar, bu amaçlar doğrultusunda kabul edilen üremeye yardımcı tedavi uygulamaları ile embriyonun oluşturulması ve bu tekniklerde embriyonun korunması (*protection of embryo in vitro*) olarak belirlenebilir.

Ayrıca bir araştırma konusu oluşturduğundan, üreme tıbbî alanında soybağına ilişkin özel hukuk sorunları ve bu sorunların milletlerarası özel hukuk boyutuyla çözüm methodları üzerinde durulmayacaktır.

I. Embriyonun hukuki statüsünün ve haklarının belirlenmesi

Döllenme anından yaklaşık 14.güne kadar gelişen “döllenmiş yumurta”, sperm ile yumurtanın kaynaşmasından doğan tek bir hücre, “zigot” olarak tanımlanmaktadır.¹

Amerikan Kısırlık Tedavisi Derneği’nin (American Fertility Society) 1994 tarihli Rehberinde, döllenme anından 14.günün sonuna kadar geçen dönemdeki insan organizması için, “embriyo öncesi” (*pre-embryo*) terimi kullanılmıştır. Embriyo öncesi organizma, rahime nakledilmeye elverişli ve genetik bakımdan insana dönüştürülen tek bütündür (*unique entity*)².

Embriyo (*embryo/embryon*), gebeliğin 14.gününden 8.haftaya kadar olan dönemde gelişmekte olan yeni canlıyı tanımlamak üzere kullanılan bir terimdir³.

Gebeliğin sekizinci ilâ onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlandığından, 8.haftadan doğuma kadar geçen dönemde, embriyo döneminin sona ererek, cenin, dölüt ya da fetüs (*foetus*) olarak ifade edilen dönemin başladığı kabul edilmektedir⁴.

Yunan hukukunda, embriyo ve fetüs ayrımı yapılmamaktadır. Döllenmeden doğuma kadar, insan olma potansiyeline sahip canlı (*human being*) embriyo olarak tanımlanmaktadır⁵.

1) Ergun Özsunay, Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Prof.Dr. Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 9-10 ve dn. 13’deki kaynaklar.

2) Özsunay, s. 10 ve dn. 16’daki kaynaklar.

3) Arif Barış Özbilen, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 35; Özsunay, s. 10.

4) Özbilen, s. 35; Özsunay, s. 10.

5) Ergun Özsunay, Rights of Embryo and Foetus in Public and Private Law (Rights of Embryo), International Academy of Comparative Law, XVIth International Congress of Comparative Law, 14-20 July 2002, s. 1. Alman hukukunda German Embryo Protection Law art. 8 ve Avusturya hukukunda, Austrian Reproductive Medicine Law art. 1 para 13’teki tanımlar için bkz. Özsunay, Rights of Embryo, s. 2, dn. 4 ve dn. 5.

İnsan olma potansiyeline sahip bir canlı olması sebebiyle, pre-embriyo, embriyo ve cenin, insan kökenli biyolojik madde olarak kabul edilmemekte, ancak insan kökenli biyolojik madde kavramı dışında kalan diğer biyolojik varlıklardan kabul edilmektedir⁶. Nitekim pre-embriyo, embriyo ve cenin, her ikisi de ayrı ayrı birer insan kökenli biyolojik madde olan sperm ve yumurtanın bir araya gelerek döllenmesi neticesinde oluşmakta ve yeni bir canlı vücuda gelmektedir. İnsan yaşamına dair ilk safha, embriyo dönemi ile birlikte başlamış olmaktadır⁷.

a) Embriyonun hukuki statüsü

İnsan olma potansiyeline sahip bir canlı olması sebebiyle, embriyonun hukuki statüsü çok tartışmalıdır⁸.

Türk Medeni Kanununun 28.maddesine göre, “(1) *Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer.* (2) *Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder*”.

Buna göre, Türk Hukukuna göre, kişilik, çocuğun sağ olarak bütünüyle doğduğu andan başlar⁹. Kişiliğin kazanılması için sağlıklı doğma ya da doğumdan sonra belirli bir süre yaşama koşulu aranmaz¹⁰. Bununla birlikte, çocuk, sağ doğmak kaydıyla, “ana rahmine düştüğü an”dan itibaren medeni haklardan istifade eder. Bu düzenleme, embriyonun ve ceninin (dölüt ya da fetüsün)¹¹, sağ doğmak koşuluyla, **ana rahminde iken** de medeni haklar bakımından korunduğuna işaret etmektedir¹². Başka bir ifadeyle, çocuğun hak ehliyetini kazanma ve medeni haklardan istifade anı, geçmişe etkili olarak, doğumdan önceki an olan “ana rahmine düşme anı”¹³nda başlar. Ana rahmine düşme anı, genel kabul gören görüşe göre, cinsel birleşme anı (yumurta ve spermin birleşmesi- döllenme anı) değildir; ana rahmine düşme anı, embriyonun “rahim duvarına tutunma anı” olarak değerlendirilmektedir¹⁴.

6) Özbilen, s. 35.

7) Özbilen, s. 35.

8) **Burak Gemalmaz**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, İstanbul 2009, s. 273. İnsan hakları bağlamında embriyonun moral statüsü hakkında bkz. **Aykut Çoban**, İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü, Toplum ve Bilim, S.109, 2007, s. 258-295.

9) Kişiliğin başlangıcı için, tam ve sağ doğmak koşulu hakkında açıklamalar için bkz. **Abdülkadir Arpacı**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2.baskı, Beta Yayınevi, 2000, s. 5-7; **Serap Helvacı**, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2006, s. 5; **Mustafa Dural/Tufan Ögüz**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2011, s. 16 vd.

10) **Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 90 vd.

Alman ve İsviçre Medeni Kanunu’nu da bu yöndedir. Fransız Medeni Kanunu ise, çocuğun hukuken kişilik kazanması için “yaşama yeteneğine sahip bulunması” gerekliliğini aramaktadır.

11) Sekiz haftalık yaşam süresinin geçmiş olmasından sonraki dönemde embriyoya “cenin” denilmektedir.

12) Yunan hukukunda aynı yönde düzenleme için bkz. Özsunay, Rights of Embryo, s. 2.

13) **Burcu Kalkan Oğuztürk**, Türk Hukukunda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 250.

14) **Kalkan Oğuztürk**, s. 246, dn.380, s. 253.

Sonuç olarak, embriyo, sağ doğmak kaydıyla, ana rahmine düşme anından itibaren hak ehliyetini kazanır ve korunurken, diğer taraftan hukuken “kişi” olarak kabul edilmemektedir. Nitekim kişiliğin kazanılması anı, sağ ve tam doğum anına bağlanmıştır.

Türk Medeni Kanunu’ndaki bu düzenleme cinsel ilişki ile döllenmeye ilişkindir¹⁵. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen döllenme söz konusu olduğunda, çocuğun medeni haklardan istifade etmeye başladığı an konusunda Türk Medeni Kanunu’nda bir boşluk bulunmaktadır¹⁶.

Türk Medeni Kanun’un 1.maddesine göre, “*Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır (f.1). Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiye ona göre karar verir (f.2). Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır (f.3)*”.

O halde, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen döllenme söz konusu olduğunda, çocuğun medeni haklardan istifade etmeye başladığı an, Medeni Kanun’da açıkça düzenlenmediğinden ve bu konuda bir boşluk olduğundan, Medeni Kanun’un 1.maddesine dayanarak, bu boşluk hâkim tarafından doldurulmalıdır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen döllenmede, “çocuğun medeni haklardan istifade etmeye başladığı an” konusunda, öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu konuda bir görüş, kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıcını tayin ederken, tam ve sağ doğmak şartıyla, tüpte döllenme anını esas alırken, diğer görüş ise, ana rahmine tutunma anını esas almaktadır¹⁷.

Embriyonun kişiliğinin başlangıç anını tüpteki döllenme aşamasına kadar götüren görüşler, embriyoyu, “insan türüne ait potansiyel bir insan” olarak kabul edip, insan onuruna sahip olması gerekliliği ve onun basit bir eşya gibi kullanılamayacağı, genetiğiyle oynanamayacağı, satılamayacağı ve bağışlanamayacağı, üzerinde hiçbir türden deneyin yapılamayacağı bir varlık olduğunun ispatı ve kabulü açısından önemli bulunmaktadır. Bu görüş ile embriyonun, rahme yerleştirilmeden

15) MK m.288/II ve MK m.302’de “cinsel ilişki” terimi kullanılmıştır.

16) Türk Medeni hukuk öğretisinde, bir başka görüş ise, üremeye yardımcı tedavi teknikleri ile hukuk ilkelerinin değişim gösterdiğini, bu konuda Medeni Kanun’da bir boşluk bulunduğunun kabul edilmesine gerek olmayıp, anılan hükmün geniş yorumlanmasının yeterli olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Yasemin Erol**, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşınıcı Annelik*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 27-28.

17) Kişiliğin tam ve sağ doğmak şartıyla, tüpte döllenme anından itibaren başladığını kabul eden görüşler için bkz. **Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir**, *Kişiler Hukuku*, 9.Baskı, İstanbul 2009, s. 15; **Helvacı**, s. 7; **Aydın Zevkliler/ M. Beşir Acabey/ K. Emre Gökyayla**, *Medeni Hukuk*, 6.Baskı, Ankara 2000, s. 203; **Rona Serozan/Baki İlkey Engin**, *Miras Hukuku*, 2.Bası, Ankara, 2008, s. 87; **Arpacı**, s. 9-10, **Aydın Ünver, Tülay**, *Cenin Hukuku Konumu*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.5; kişiliği, annenin rahim duvarına tutunma anından itibaren başladığını kabul eden görüş için bkz. **Oğuztürk**, s. 246, dn.380, s. 253; **Erol**, s. 28.

önceki dönemde de basit bir eşya veya anne ile babanın vücudu veya kişiliklerine ait bir obje olarak nitelendirilmesinin de önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Diğer görüşe göre, çocuğun tam ve sağ olarak doğması için öncelikle **ana rahmine** (veya yapay rahim) **yerleştirilmesi** gerektiğinden, döllenme üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile gerçekleştirildiğinde de, medeni haklardan istifade etme anı, ana rahmine yerleştirme, başka bir ifadeyle, “rahim duvarına tutunma anı” ile başlamalıdır¹⁸. Bu durumda, ana rahmine yerleştirilmemiş, *extra-corporel* embriyonun veya *pre-embriyonun* bir kişiliği ve hak ehliyeti, diğer bir ifadeyle, medeni haklardan istifade etme hakkı bulunmamaktadır¹⁹.

Bu tespitler, ana rahmine yerleştirilmemiş pre-embriyo veya extra-corporel embriyonun ve embriyonun **vasıflandırılması** sorununu ortaya çıkarmaktadır. Pre-embriyo veya extra-corporel embriyo ve embriyo, bir “kişi”, bir “eşya” veya “üreme hücreleri sahiplerinin veya hukuki anne ve babanın kişilik haklarına ait bir değer” ya da “üreme hücreleri sahiplerinin veya hukuken anneyle babanın vücuduna ait bir obje” olarak mı nitelendirilecektir.

Türk Hukukuna ilişkin olarak, yukarıda yaptığımız tespitlerle bağlantılı olarak, henüz ana rahmine yerleştirilmemiş pre-embriyo veya extra-corporel embriyo ve embriyonun hukuki statüsünün tespiti, ilk görüş savunulursa, sağ ve tam doğmak geciktirici şartıyla tüpte döllenme anından itibaren pre-embriyo ve embriyo hak ehliyetine sahiptir. Bu durumda, pre-embriyo ve embriyo, rahme yerleştirilmeden önceki dönemde de, basit bir eşya veya anne ile babanın vücuduna veya kişiliklerine ait bir obje olarak nitelendirilemez²⁰. Bu görüşte, kanaatimce, tüpte dondurulmuş ancak ana rahmine yerleştirilmemiş embriyonun mirasçı olup olmayacağı ve mirasçılara intikal edip edemeyeceği daha da tartışmalı hale gelecektir²¹.

İkinci görüş savulursa, ana rahmine yerleştirilmemiş embriyo, hak ehliyetine sahip değildir ve bir kişi olarak nitelendirilemez. Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi (US District Court), Yüksek Mahkemenin, embriyolarının Anayasa’nın 14. Eki anlamında “kişi” sayılamayacağına ilişkin *Roe v. Wade* kararındaki görüşüne katılarak, dondurulmuş ve saklanan embriyoların da kişi olarak kabul edilemeyeceği görüşünü açıklamıştır²².

18) Oğuztürk, s. 246, dn.380, s. 253; Erol, s. 28.

19) Embriyo (14.gün-8.hafta), aşılانmış yumurtanın uterus’a (ana rahmine) yerleştirilmesinden sonra (en geç 4.gün) ve döllenmenin 14.gününden itibaren korunmaktadır. 1 ilâ 14. gün arası döllenmiş yumurta (pre-embriyo/zigot), medeni haklar bakımından korumadan yoksundur ama genetik olarak insana dönüşebilen tek bütün olduğundan, insan onuru bakımından çok büyük bir koruma altındadır.

20) Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku, s. 15; Serozan/Engin, s. 87.

21) Tüpte dondurulmuş embriyonun mirasçı olup olmayacağı ve mirasçılara intikal edip edemeyeceği konusunda mukayeseli hukukta yürütülen tartışmalar için bkz. Özsunay, s. 12-14.

22) Özsunay, s. 13 ve dn. 25.

Rahimde veya tüpte oluşması koşuluna bağlı olarak, embriyoyu farklı hukuki statüde değerlendiren görüşe göre, ana rahminde meydana gelen embriyo, annenin vücut bütünlüğü içinde yer aldığından, doğum anına kadar, onun bir parçası olarak kabul edilmelidir; tüpte döllen embriyo ise, kadının vücudundan ayrılmış olduğu, bağımsız olarak varlık sürdürdüğü ve başkasına devredilebildiği için eşya statüsünde değerlendirilmelidir²³. Bu görüşe göre, pre-embriyonun, “eşya” olarak nitelendirilmesi onun mutlaka ticari bir mal olduğuna işaret etmez²⁴. Bununla birlikte, pre-embriyoyu eşya statüsü içinde değerlendirmek, kişinin genetik bilgisi ve mirasını taşıyan bir biyolojik varlık olması itibarıyla, somut olaya göre ve yeri geldiğinde, üreme hücreleri sahiplerinin kişilik değerinin bir uzantısı²⁵ olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemelidir²⁶.

Alman hukukunda, embriyonun, hukuk sujesi olan “kişi” ile aynı statüye sahip olması ve aynı korumadan yararlanması gerektiği savunulmaktadır²⁷.

Hollanda hukukunda da bir görüşe göre, embriyo, hukukun sujesi (kişi) değil, hukukun objesi, eşyadır ve embriyo, gametlerini verenlerin ortak malıdır. Embriyo üzerinde, birlikte maliklerin hukuksal durumu sözkonusudur²⁸.

Fransız hukukunda, bir görüş, embriyonun hem yumurtasını veren kadın hem de spermini veren erkeğe ait genetik özellikler taşıyan ve yaşama potansiyeline sahip olan bir varlık olduğu gerekçesiyle, embriyonun ne kişi ne de eşya olarak nitelendirilebileceği, özel bir hukuki statüye sahip olması gerektiğini savunmaktadır²⁹.

Hukuki ilişkide yabancılık unsuru bulunduğunda, Türk hâkimi, pre-embriyonun veya extra-corporel embriyonun veya embriyonun, hukuki statüsünü belirlerken, kişi veya eşya olarak vasıflandırmasını (*qualification-classification*) yaparken, kural olarak, vasıflandırmayı Türk Hukukuna göre yapması gerekir. Başka bir

23) Özbilen, s. 36-37 ve dn. 88'deki kaynaklar ile **Gemalmaz**, s. 275. Gemalmaz'a göre, insan olma potansiyeline sahip bir varlık olması sebebiyle embriyonunun hukuki niteliği çok tartışmalıdır. Ancak, yazarın ileri sürdüğü görüşe göre, embriyoyu oluşturan üreme hücrelerinin elde edildiği çiftin evli olması halinde, embriyo, evlilik mal rejimine tabi olmalı; bu kişilerin evli olmamaları durumunda ise, embriyo üzerinde bu kişilerin müşterek olarak mülkiyet hakkına sahip oldukları düşünülmelidir (s. 275). Sonuç olarak, Gemalmaz da, embriyoyu eşya statüsünde kabul etmektedir. Fransız hukukunda da bu görüşü savunanlar vardır. Bkz. Özbilen, s. 36-37, dn. 88.

24) Ticarete konu olmayan eşya kavramı için bkz. Özbilen s. 62-71.

25) Bu nedenledir ki, dondurulmuş embriyolar üzerinde, ana ve babanın, kişilik değerlerinden, üreme hakkı ve üremeden kaçınma hakkı çerçevesinde, ortak karar verme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.

26) Sperm ve yumurta hücreleri hakkında yapılan yorum için bkz. Özbilen, s. 98. Sperm ve yumurta hücreleri kişilik değerlerinden, üreme ve soyunu sürdürme hakkının bir uzantısıdır.

27) Alman hukukunda, embriyonun, hukuk sujesi olan “kişi ile aynı statüye sahip olması ve aynı korumadan yararlanması hakkında; Hollanda hukukunda “Kişi”, “eşya” ve “olası hukuk sujesi” görüşleri için bkz. Özsunay, s. 13-14.

28) Özsunay, s. 13 ve dn. 26'daki kaynaklar. Hollanda hukukunda “Kişi”, “eşya” ve “olası hukuk sujesi” görüşleri için bkz. Özsunay, s. 13-14.

29) Özbilen, s. 36, dn. 85'deki kaynaklar.

ifadeyle, pre-embriyo veya extra-corporel embriyonun veya embriyonun, kişi statüsünde mi bir eşya statüsünde mi olduğu konusunda Türk Hukukunda benimsenen kurallara göre karar verecektir. Her hâkim, vasıflandırmayı, kendi hukukunu (*lex fori*) uygulayarak yapabileceği gibi, hakkaniyet gerektiriyorsa hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukuk (*lex causae*) veya bağımsız kavramlara göre de yapabilir³⁰. Ancak embriyo ve cenin kavramı ve hukuki statüsü, başka bir ifadeyle, “doğum öncesi insan varlığı” konusunda yerleşmiş bir kural ne mevcut hukuklarda ne de uluslar üstü düzenlemelerde bulunmamaktadır.

Kişiliğin başlangıcı ve ceninin medeni haklardan istifade etme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda Türk Hukukuna ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar ise, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uyarınca, bu konuda Türk Hukukunun uygulanması tespit edildiğinde mümkündür. Yabancılik unsuru bulunan bir hukuki ilişkide, kişiliğin başladığı ana, kişinin hak ehliyetinin (usul hukuku bakımından taraf ehliyeti) ve fiil ehliyetinin (usul hukuku bakımından dava ehliyeti) bulunup bulunmadığına, doğrudan Türk Hukuku uygulanarak karar verilemez. Türk hâkimi yabancılik unsuru bulunan bu hukuki ilişkide hangi devletin hukukunun uygulanacağını re’sen tespit etmelidir ve bu tespiti yapmak için 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) uygulamalıdır (MÖHUK m.2).

MÖHUK’nun 9.maddesi hak ve fiil ehliyetine uygulanacak hukuku gösterir. Buna göre, hak ve fiil ehliyeti, ilgilinin milli hukukuna tabidir. Bu durumda, ilgili, pre-embriyo, embriyo veya “cenin”dir (MK m.28/2 ve MK m.582), ceninin (veya pre-embriyo veya embriyonun) hangi andan itibaren kişiliği bulunduğu ve hangi andan itibaren hak ehliyetine sahip olduğu milli hukukuna göre tespit edilecektir. Buna göre, kişiliğin başlangıcı, hak ve fiil ehliyeti konusunda uygulanacak hukuk Türk Hukuku veya yabancı bir hukuk olabilir. Ancak üremeye yardımcı tedavi teknikleri olan sperm, yumurta, embriyo bağıışı, taşıyıcı annelik karşısında, ne mevcut hukuklarda ne de uluslar üstü düzenlemelerde soy bağı ilişkilerinde birlik arz eden yerleşmiş bir kural bulunmadığından, ilginin milli hukukunun tespiti de yine birçok hukuki sorunu beraberinde getirecek ve her hukukta farklı çözümler bulunmasına sebep olacaktır.

Sonuç olarak, embriyo ve cenin kavramı ve hukuki statüsü konusunda yerleşmiş bir kural ne mevcut hukuklarda ne de uluslararası düzenlemelerde bulunmamaktadır. Bu konudaki boşlukların giderilmesi, embriyonun hukuki statüsünü belirleyecek yeni kavramlar ve buna bağlı diğer hukuki sorunların çözümünde uygulanabilecek yeni kurallar geliştirilmesine bağlıdır.

30) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ergin Nomer**, Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 19.Bası, Beta, İstanbul, 2011, s. 97-109; **Cemal Şanlı/Emre Esen/İnci Ataman-Fıganmeşe**, Milletlerarası Özel Hukuk, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 44-47; **Aysel Çelikel/Bahadır Erdem**, Milletlerarası Özel Hukuk, Yenilenmiş 12.Bası, Beta, İstanbul 2012, s. 77-95; **Gülören Tekinalp/Ayfer Uyanık Çavuşoğlu**, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11.Bası, Vedat, İstanbul 2011, s. 40-44.

Kanaatimizce, bu boşlukları dolduracak yeni kavramlar ve kurallar, hukukun temel kavram ve kurumlarını derinden etkileme ve hatta değiştirme potansiyeline sahip en yeni hukuk dallarından biri olan biohukuk alanında gelişecektir³¹. Nitekim günümüz hukuku, yüzlerce yıllık hukuk uygulaması sonucunda oluşmuş kavramlaştırmalar sonucunda, dünyadaki tüm varlıkları, insanı esas alarak tasnif etmiştir. Bu çerçevede hukukun sujesi yani haklara sahip olabilen ve yükümlülükler altına girebilen olarak insanı gerçek kişi olarak kabul etmiş ve klasik hukuk yaklaşımı, Roma hukukundan günümüze kadar, insan varlığının başlangıcı olarak da doğum anı esas alınmıştır. Birey tarafından veya onun etrafında oluşturulan şirket, dernek, vakıf vs. ise, tüzel kişi olarak kabul edilmiştir. Tüm hukuk sistemlerinde, insan olma potansiyeline sahip varlık olarak pre-embriyonun veya embriyonun veya ceninin hukuki statüsü tarih boyunca hep tartışılmasına ve sağ doğmak kaydıyla ceninin bazı haklarının olduğunun kabul edilmesine rağmen, kişinin dışında kalan tüm varlık alanı ya da hayvanlar ve cansız nesneler hukukun sujesi değil, hukukun objesi olarak eşya statüsünde kabul edilmiştir³². Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, 21.yüzyılda artık pre-embriyo, embriyo veya ceninin, hem yumurtasını veren kadın hem de spermini veren erkeğe ait genetik özellikler taşıyan ve yaşama potansiyeline sahip olan bir varlık olduğu gerekçesiyle, embriyonun ne kişi ne de eşya olarak nitelendirilebileceği, özel bir hukuki statüye sahip olması gerektiği savunulmaya başlanmıştır. Bu savununun temelinde, hukuki sorunların çözümünde, mevcut pozitif hukukun yeterli olmadığı düşüncesi ve embriyoyu günümüz hukuk sistemleri esas alındığında, eşya veya kişi olarak kabul etmenin yarattığı sakıncalar yatmaktadır.

Türk Hukukunda, Sayman da, biyoteknolojik gelişmeler, başka bir ifadeyle, bilimin gelişmeleri karşısında biohukuk alanında ortaya çıkan hukuki sorunlara ve sorulara, mevcut hukuk sistemi ve bu sistemde yer alan kavramlarla cevap verilemeyeceğini, yeni kavramların ve yeni bir hukuk anlayışının oluşturulması gerektiğini ifade etmektedir³³.

Nitekim günümüz hukuk sistemleri esas alındığında, embriyo ya kişi ya da eşya olarak vasıflandırılacaktır. Embriyonun kişi olarak kabul edilmemesi, onun basit bir eşya olarak kabul edilmesine, dolayısıyla henüz kişi olmasa da insan türüne ait bir canlının üstünde her türlü hukuki tasarrufta bulunulabileceği sonucuna ulaşılmasına sebep olabilecektir ki bu, temel etik ve dini değerler ile insan onuru

31) Bu konuda bkz. **Levent Korkut**, Biohukuk bakış açısıyla AİHM Kararlarında Ceninin Hukuki Statüsü, SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013, s. 86 vd.

32) **Korkut**, s. 86.

33) **Yücel Sayman**, Mevcut hukuk sistemi Biyolojik gelişmeler karşısında aciz kalıyor, SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013, s. 80, 83-84.

temelli insan hakları yaklaşımı ile bağdaşmamaktadır³⁴. Diğer taraftan, embriyonun, insan türüne ait bir canlı olması sebebiyle, doğmuş kişilerle eşit bir statüye kavuşturulması da, embriyo üzerindeki tüm deneylerin yasaklanmasına ve embriyonun otonomisinin bulunduğu kabulüne sebep olacaktır ki, embriyonun bir otonomisi bulunmamaktadır³⁵. Sonuç itibarıyla, böyle bir ikilem içinde yapılması gereken, binlerce yıldır değişmeyen kişi ve eşya ayrımının yeniden ele alınması ve belki de üçüncü bir hukuki kategorinin tanımlanmaya çalışılmasıdır³⁶. AİHM içtihat hukuku henüz bu noktaya gelmemiş gözükmekte, konuyla ilgili uluslararası düzenlemeler netlikten uzak bulunmakta, ülkeler arasında ortak temellere dayalı bir konsensüs de bulunmamaktadır³⁷. Bu durumda biohukuk temelinde yeni kavramların yaratılması çabası, yine devletlerin iç hukuklarında yapılması beklenen büyük bir temennidir.

b) Dondurulmuş embriyonun hakları ve hukuki akıbeti

Türk Hukukunda, ceninin mirasçılık hakkı, sağ doğmak koşuluyla, ana rahminde iken dahi korunmaktadır (MK m. 582)³⁸.

Dondurulmuş embriyoların mirasçı olup olamayacağı ayrıca cevaplanması gereken bir sorun oluşturmıştır. Bu konularda bir hukuk boşluğu bulunmaktadır³⁹.

Dondurulmuş embriyoların mirasçı olup olamayacağı tartışmalıdır⁴⁰. Türk Hukukunda, öğretilerde savunulan bir görüşe göre, dondurulmuş embriyolar, Türk Hukukunda yasak olmasına rağmen⁴¹, bir başkasına implante edilip, çocuk sağ doğarsa, ölmüş ana veya babasının mirasçısı olabilir⁴².

Bir başka sorun da, eşlerin ölümü halinde, dondurulmuş embriyoların hukuksal durumuna ilişkindir⁴³.

Dondurulmuş embriyoların miras yoluyla mirasçılara geçmesi konusunda farklı hukuklarda farklı düzenlemelere ve hatta aynı hukuk sistemi içerisinde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Hollanda hukukunda bir görüş, dondurulmuş emb-

34) Korkut, s. 89.

35) Korkut, s. 89.

36) Korkut, s. 89.

37) Korkut, s. 89.

38) "Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz (MK m. 582). Bkz. Özsunay, s. 30 ve dn. 53'deki kaynaklar.

39) Özsunay, s. 12-13; s. 30-31.

40) Özsunay, s. 12.

41) Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 18/f.5 (R.G. 06.03.2010-27513).

42) Özsunay, s. 30.

43) Bu konuda Kaliforniya hukukundan bir örnek için, bkz. Özsunay, s. 12.

riyoların eşlerin ortak mülkiyetindeki değerler olarak, miras yoluyla mirasçılara geçebilmesinin mümkün olduğu kanısındadır⁴⁴.

Türk Medeni Kanunu kural olarak, malvarlıksal hakların miras yoluyla mirasçılara geçmesini kabul etmiştir. Öğretide, dondurulmuş embriyolar, **eşlerin kişilik haklarına dahil değerler** olduğundan, Türk Hukukuna göre, miras yoluyla mirasçılar tarafından edinilemez⁴⁵.

Yine aynı şekilde, ölen kişinin hayattayken üreme hücreleri kullanılarak geliştirilen ve dondurularak saklanan embriyonun ölümünden sonra kullanılmasını vasiyet etmesinin de (ölüm sonrası döllenmeye -*post mortem fertilizasyon*- vasiyetname yoluyla rıza gösterilmesi) kişilik haklarına aykırı bulunduğundan mümkün olmadığı, böyle bir vasiyetname yapıldıysa kesin hükümsüz olduğu (MK m. 23, BK m. 27) ve mirasçılar tarafından vasiyetnamenin iptalinin istenebileceği (MK m. 557/3) kabul edilmektedir⁴⁶.

Nitekim, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği (R.G. 06.03.2010-27513)'nin 18.maddesinin 12.fıkrası uyarınca da, yönetmelik gereği dondurulmuş embriyolar, eşlerden birinin ölümü halinde Sağlık Bakanlığı'nın izin verdiği yetkili komisyon tarafından imha edilir.

Türk Hukukunda bu düzenleme karşısında, eşlerin kendisine ait üreme hücreleriyle geliştirilen ve dondurularak saklanan embriyonun, ölen erkek eşin rızası doğrultusunda, üremeye yardımcı tedavi teknikleri ile kadın eşin rahmine yerleştirilmesi yoluyla çocuk sahibi olmanın ahlâka ne ölçüde aykırı olduğu, kanaatimce, tartışmaya açık bir konudur. Ölen kişinin rızasının bulunması halinde, kanaatimce, post mortem fertilizasyon insan onuruna aykırı bir durum teşkil etmemektedir⁴⁷.

Dondurulmuş embriyo üzerindeki hakkın niteliği de tartışılması gereken konulardan biridir. Tüpte döllendirilip dondurulan embriyo üzerinde üreme hücreleri sahibinin mülkiyet hakkı mı yoksa kişilik hakkı mı olduğu konusunda bir fikir birliği bulunmamaktadır.

Buna bağlı olarak da, dondurulmuş embriyolar üzerinde karar verme hakkının kime ait olduğu başkaca bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu konuda da gerçek bir hukuk boşluğu bulunmaktadır⁴⁸.

44) Özsunay, s. 13, dn. 25'deki kaynaklar.

45) Özsunay, s. 31.

46) Özsunay, s. 31.

47) Bu konudaki tartışmalar için ayrıca bkz. Erol, s. 37 vd.

48) Özsunay, s. 12-13; s. 30-31.

Dondurulmuş embriyolar üzerinde karar verme hakkı, bir görüşe göre, eşlerin kişilik haklarına dair değerler olarak kabul edilmektedir⁴⁹. Common law ülkelerinde de, embriyo üzerindeki hakkı, kural olarak kadının temel hakları arasında geliştiren Amerikan mahkemeleri uygulaması, ilk kez 1992 tarihli *Davis v. Davis* Olayında dondurulmuş embriyo üzerinde erkeğin de hakkı olduğunu kabul etmiştir. Tennessee Yüksek Mahkemesinin önüne getirilen olayda, boşanmış olan eşler, dondurulmuş embriyoların kaderi üzerinde anlaşmaya varamamışlardı. Boşanan kadın, bunları implantasyon amacıyla, başka bir çiftte vermek istemekteydi. Koca ise, buna razı değildi. Bu nedenle, Tennessee Yüksek Mahkemesi, konuyu, kocanın “özel yaşam (mahremiyet) hakkı” çerçevesinde ele almış; üreme teknolojisi alanında, dondurulmuş embriyoların, kocanın özel yaşam hakkına ait olduğunu kabul etmiştir. Yüksek mahkemeye göre, özel yaşam hakkı, sadece üreme hakkını değil, fakat çocuk yapmaktan kaçınma hakkını da içermektedir. Bu nedenle, boşanmış kocaya, dondurulmuş embriyoların imha edilmesini isteyebilme imkânı tanınmıştır⁵⁰.

Dondurulmuş embriyonun sahibi kişilerin ölümü halinde, bunlar üzerinde karar verme hakkının kime ait olduğu konusunda hukuki boşluğun ortadan kaldırılması için, Türk Hukukunda öğretide bir görüş, çözümün, dondurulmuş embriyoların korunması için bir kayyım atanması ve kayyıma, dondurulmuş embriyolar üzerinde karar verme yetkisinin tanınması olabileceğini ifade etmiştir⁵¹.

Ancak, Türk Hukukunda, 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği, bir çiftte ait dondurularak saklanmış embriyoların başka bir çiftte implante edilmesini veya bağışlanmasını yasaklamaktadır. Başka bir ifadeyle, Türk Hukukunda, embriyo bağışı yasaklanmış ÜYTE yöntemlerindedir (Yönetmelik m. 4/1/h; m. 18/f.5).

Türkiye’de üreme ve gonad hücrelerinin⁵² veya embriyoların saklanması halinde,

49) Özsunay, s. 31.

50) Özsunay, s. 12 ve dn. 24.

51) Özsunay, s. 31.

52) Üreme ve gonad hücrelerinin saklanması, Yönetmelikte gösterilen tıbbi zorunluluk halleri dışında yasaklanmıştır (Yönetmelik m. 18/11). Yönetmeliğin ilgili maddesi uyarınca, üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması gerektiren tıbbi zorunluluk halleri; (a) erkeklerde; (1) Cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, (2) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, (3) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlarda (testislerin alınması vb.) öncesinde, (4) Çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda; (b) kadınlarda ise, (1) Kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, (2) Üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlarda (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde üreme hücreleri ve gonad dokuları, bu materyallerin güvenliği açısından verici adaya ait DNA analizi ile birlikte saklanır. Bu fıkranın (a) bendinin (1) ve (4) numaralı altbendlerinde belirtilen tıbbi zorunluluklar nedeniyle sperm veya testis dokusunun saklanması durumunda, dondurulma tarihinden itibaren 90 gün içinde DNA analizi aranmaz. Bu süreyi aşması halinde DNA analizinin bulunması gereklidir.

Yönetmelikte belirtilen tıbbi zorunluluk hallerinde, üreme ve gonad hücreleri en çok 5 yıl saklanır (Yönetmelik m.18/13). Bu maddenin 11 ve 12 nci fıkralarında belirtilen numuneler merkezlerde en fazla beş yıl saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirilmeleri ve sayımları, ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır. Zamanında müdürlüğe

bunların akıbetleri hakkında Yönetmelik uygulanacaktır.

Embriyoların dondurulmak suretiyle saklanması, Yönetmeliğin 18. maddesinin 12.fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır⁵³. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Dondurulmuş embriyolar en çok 5 yıl saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir (Yönetmelik m.18/13)⁵⁴.

Dondurularak saklanan embriyolar, (1) Her yıl saklama protokolünün yenilenmesi, (2) eşlerin birlikte talebi (talep dilekçesi eklenmelidir), (3) **eşlerden biri-**

bildirimi yapılmamış ve kayıt altına alınmamış numunelerin tespiti halinde denetim formundaki idarî müeyyide uygulanır (Yönetmelik m.18/13).

Yönetmeliğin 18.maddesi uyarınca, saklama süresinin bir yılı aşması halinde, her yıl üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması için kişi mutlaka başvuruda bulunarak rızasının devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçesini vermelidir. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, (1) alınan kişinin **yıllık protokol yenilememesi**, (2) **boşanması (boşanma belgesi eklenmelidir)**, (3) **isteği (kişinin talep dilekçesi eklenmelidir)** ve (3) **ölümü (ölüm evrakı eklenmelidir)** ve (4) **Yönetmelikte belirlenen 5 yıllık sürenin dolması durumlarında** müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan üreme hücreleri ve gonad dokularına ilişkin bilgiler bu sisteme kayıt edilir.

Yönetmeliğin 8 nolu ekinde yer alan, her merkez tarafından oluşturulacak Gonad Dokusu / Hücreleri İmha Bilgi Formu'nda;

1. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi kurulması halinde elektronik kayıt numarası,
2. Adı soyadı, doğum tarihi, T.C. kimlik numarası, dosya numarası, işlem tarihi, ikametgâh adresi, telefon numarası, yer alır.
3. Bu formda dokuların/hücrelerin hangi nedenle imha edildiği özellikle bildirilmelidir. İmha nedenine göre gerekli belgeler eklenmelidir (kişinin talep dilekçesi, boşanma belgesi, ölüm evrakı vs.).
4. Formun sonunda kişinin, ÜYTE ünite sorumlusunun ve ÜYTE laboratuvar sorumlusunun imzası olur. Okur-yazar olmayan kişi sol elin başparmağını basarak imzalamış sayılacaktır.
5. Doku/Hücrelerinin ilgili sağlık müdürlüğü yetkilisi, merkezin mesul müdürü, ÜYTE ünite sorumlusu ve ÜYTE laboratuvar sorumlusundan oluşan bir ekip tarafından imhası sağlanır ve tutanak düzenlenir.

53) Yönetmeliğin 3 nolu Ekinde yer alan ve her merkez tarafından oluşturulacak olan, Embriyo Saklama Bilgi Formu'nda;

1. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi kurulması halinde elektronik kayıt numarası,
2. Evli çiftlerin adı soyadı, doğum tarihleri, T.C. kimlik numaraları, dosya numarası, işlem tarihi, ikametgâh adresi, telefon numarası,
3. **Çifte ait kaç tane embriyo dondurulduğu, dondurulma tekniği, dondurma süresi, işlemin nasıl yapıldığı, başarı oranı, riskleri, ücreti, yasal düzenlemeleri,**
4. Periyodik olarak yıllık saklamanın uzatılmasına dair dondurulma tarihi esas alınmak kaydıyla bir yıl sonunda yazılı dilekçe ile güncelleme yapılmadığı takdirde en geç bir ay sonra imha edileceği bilgisi, yer alır.
5. Formun sonunda evli çiftin her ikisinin, ÜYTE ünite sorumlusunun ve ÜYTE laboratuvar sorumlusunun imzası olur. Okuryazar olmayan çiftler sol elin başparmağını basarak imzalamış sayılacaklardır.

54) Bu maddenin 11 (üreme ve gonad hücrelerinin tıbbi zorunluluk halinde saklanması) ve 12 nci (embriyoların saklanması) fıkralarında belirtilen numuneler merkezlerde en fazla beş yıl saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri ve sayımları, ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır. Zamanında müdürlüğe bildirimi yapılmamış ve kayıt altına alınmamış numunelerin tespiti halinde denetim formundaki idarî müeyyide uygulanır (Yönetmelik m.18/13).

nin ölümü (ölüm evrakı eklenmelidir) veya (4) boşanmanın hükmen sabit olması halinde (kesinleşmiş boşanma kararı veya boşanma evrakı) ya da (5) Yönetmelikte belirlenen 5 yıllık sürenin son bulması halinde, müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir⁵⁵. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.

Türk vatandaşlarına ait üreme ya da gonad hücrelerinin veya embriyonun dondurularak yurtdışında saklanması halinde, bu üreme ya da gonad hücrelerinin veya embriyonun hangi işlemlere konu olabileceği ise, o devletin milletlerarası özel hukuku kurallarına göre tespit edilecek hukuka göre belirlenir. O devlet, üreme veya gonad hücrelerini veya dondurulmuş embriyoyu, “eşya” statüsünde vasıflandırıyorsa, malların bulunduğu yer hukuku itibarıyla, üreme ya da gonad hücrelerinin veya embriyonun dondurularak saklandığı ülke hukuku üreme ve gonad hücrelerinin veya dondurularak saklanmış embriyonun hangi işlemlere konu olacağı hakkında karar verir.

Üreme ve gonad hücreleri veya dondurularak saklanmış embriyo, “eşya statüsü”nde kabul edilmiyorsa, örneğin, üreme hücreleri sahiplerinin kişilik haklarına ait bir değer olarak kabul ediliyorsa, dondurularak saklanmış embriyoların akıbeti hakkında karar verme konusunda, “üreme hücreleri sahiplerinin milli hukuku”nun uygulanması düşünülebilir. Ancak bu durumda, “üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin uygulandığı (dolayısıyla dondurulmuş embriyonun bulunduğu) devlet hukuku”nun kamu düzenine aykırılık veya doğrudan uygulanan kural olarak devreye girmesi ve uygulanacak yabancı hukuku engellemesi de ihtimal dahilindedir.

Kural olarak, dondurulmuş embriyoların akıbeti hakkında, “üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin uygulandığı ülke hukuku”nun uygulanmasının kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir. Nitekim üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanırken, sağlık kuruluşu faaliyette bulunduğu devletin hukukunu ve bu yöntemi uygulayan hekim, mesleğini icra ettiği ülke hukukunu “Lex loci professionis”i uygulayacaktır. Dolayısıyla dondurulmuş üreme ve gonad hücrelerinin veya dondurulmuş embriyoların bulunduğu ülke hukuku, tedavinin yapıldığı ülkenin hukuku olması itibarıyla, bunların akıbeti hakkında uygulanacak hukuk olarak tespit edilebilir.

Örneğin, yurtdışında dondurulmak suretiyle embriyoları saklanmış olan Türk bir çift, dondurulmuş embriyolarını, o ülke hukuku müsaade ediyorsa, bağışlayabilir veya araştırma amaçlı kullanılmasına karar verebilir. Türk Hukukundaki yasakların yurtdışında Türk vatandaşlarının kararına hiçbir etkisi olamaz.

55) Bkz. Yönetmelik Ek 5 - Emriyo İmha Bilgi Formu.

Aynı şekilde, Türk Hukukunda, dondurularak saklanmış embriyonun, eşlerden birinin ölümü halinde imha edilmesi kabul edilirken, dondurulmuş embriyonun saklandığı ülke hukuku müsaade ediyorsa, erkek eşin ölümü halinde, sağ kalan kadının eşin post mortem fertilizasyon (ölüm sonrası fertilizasyon) yaptırması mümkündür. Türk Hukukundaki yasaklamalar, sağ kalan eşin, post mortem fertilizasyon tedavisi yaptırmasına etkili olamaz. Burada uygulanacak hukuk, “üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin uygulandığı ülke hukuku” (lex loci professionis) dur.

Bu çerçevede, Türkiye’de embriyoları dondurularak saklanan çiftlerden en az biri yabancı bir devlet vatandaşı ise veya hukuki ilişkinin herhangi bir noktasında yabancılık unsuru var ise, bu durumda, “Üreme veya gonad hücreleri üzerinde karar verme yetkisi kime ait olacaktır?”, “Bu konuda uygulanacak hukuk her durumda Türk Hukuku ve yönetmelik hükümleri midir yoksa yabancı bir hukukun uygulanması mümkün müdür? Mümkünse, bu durumda, Türk kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olabilir mi?” soruları cevaplanmalıdır.

Bu konuda Türk mahkemesi önünde bir ihtilaf çıktığında, Türk mahkemesi öncelikle, dondurulmuş üreme ve gonad hücrelerinin veya dondurulmuş embriyonun hukuki vasfını, kural olarak, Türk Hukukuna göre (*lex fori*) vasıflandırma yaparak tespit etmelidir.

Türk Hukukuna göre, dondurulmuş üreme ve gonad hücreleri insan kökenli biyolojik madde ve dondurulmuş embriyo insan olma potansiyeline sahip biyolojik bir varlık olarak vasıflandırılıp, hukuken “eşya statüsü”nde kabul edilirse, üreme ve gonad hücreleri veya dondurulmuş embriyolar üzerinde karar verme yetkisinin kimde olduğu meselesi, MÖHUK m. 21 uyarınca, malın bulunduğu ülke hukuku (*Lex Rei Sitae*)’ye tabi olacaktır. Bu durumda saklama işlemi, Türkiye’de yapıldığı takdirde, üreme ve gonad hücresi alınıp saklanan veya embriyoları dondurularak saklanan kişiler yabancı devlet vatandaşı olsa dahi, uygulanacak hukuk, Türk Hukuku ve ilgili Yönetmelik olacak ve kişinin (dondurulmuş embriyo söz konusu olduğunda eşlerin birlikte) her yıl rızasını yenilememesi, boşanması, isteği, ölümü veya Yönetmelikte belirlenen beş yıllık sürenin dolması halinde, üreme ve gonad hücreleri veya dondurulmuş embriyo imha edilecektir.

Türk hâkiminin, dondurulmuş embriyo üzerinde karar verme hakkının, üreme hücreleri sahiplerinin, örneğin kişilik haklarına ait değerlerinin uzantısı olduğunu kabul ederek, üreme hücrelerinin sahiplerine ait olması gerektiğine ve dondurulmuş embriyolar üzerinde ne türden kararlar verebilecekleri konusunda, üreme hücreleri sahiplerinin milli hukuklarının uygulanması gerektiğine karar verirse, bu durumda uygulanacak hukuk, yabancı bir hukuk olabilir.

Gerçekten de, bazı hukuklarda, infertilite veya üreme tedavisinden elde edilmiş döllenmiş ancak çeşitli sebeplerle ana rahmine yerleştirilmemiş fazla embriyo-

ların imhasına karşı, üreme hücreleri sahiplerine, bu embriyoların başka üreme yeteneğinden yoksun çiftlerde kullanılmak üzere bağışlanması (Avrupa Komisyonunun İnsanlarda Yapay Döllenme Raporu, Prensipten 11) veya araştırma amaçlı bilimsel çalışmalarda kullanılmak üzere bağışlanması (Avrupa Komisyonunun İnsanlarda Yapay Döllenme Raporu, Prensipten m. 17/para.2b) veya erkek eşin ölümü halinde, kadın eşin, erkek eşin rızası varsa, onun ölümünden sonra post mortem fertilizasyon yönteminden faydalanarak dondurulmuş embriyoların rahmine yerleştirilerek çocuk sahibi olabilmesi (İngiliz Hukuku, Yunan hukuku) gibi ek seçenekler sunulmaktadır. Bu durumlarda, gamet (erkek ve kadın üreme hücreleri) sağlayanların rızasının alınması şarttır⁵⁶.

Bu düzenlemelerdeki temel düşünce, kişilerin kendi üreme hücrelerinden oluşturulan embriyo üzerinde “karar verme otoritesine” sahip olduğu ve onları bağışlayabileceğinin kabulüdür. Bu kişiler kendi üreme hücrelerinden oluşturulan embriyo üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir, bağışın arkasında yatan ana sebep, artık ilk çiftin buna ihtiyacı olmadığına embriyonun imhaya karşı korunmasıdır. Ancak, buradaki ana prensip, embriyonun ticari bir amaç karşılığı olmaksızın “bağış”ıdır. Bu düşünce, insan vücudunun «ticari eşya olmadığı» düşüncesine dayanır⁵⁷.

Fransız Bioetik Hukukunda, 1994 tarihli Sağlık Kanunu’nun 152/3, 152/4, 152/5. Maddelerinde de, embriyo bağışı açıkça düzenlenmektedir. Bu durum, doğum öncesi evlat edinme olarak kabul edilmekte ve soy bağı meselelerinde bu yönde çözümler kabul edilmektedir⁵⁸.

Amerikan hukukunda, embriyo bağışı konusunda ortaya çıkan genel problemler hakkında, *Davis v. Davis*, Supreme Court of Tennessee, 1.6.1992 tarihli Amerikan mahkeme kararı örnek olarak gösterilmektedir⁵⁹. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu davada, boşanmış olan eşler, embriyonun akıbeti konusunda ortak karara varamamışlardır. Boşanan kadın, embriyoyu implantasyon amacıyla başka bir çiftle bağışlamak istemektedir. Erkek ise, istememektedir. Erkeğin de, dondurulmuş embriyo üzerinde temel hakları olduğundan, kocanın “özel yaşam hakkı” sadece üreme hakkını değil, çocuk yapmaktan kaçınma hakkını da kapsadığından, boşanmış kocaya dondurulmuş embriyoların imhasını isteme hakkı verilmiştir.

Yunan hukukunda da (Greek Code Civil m.1459), gamet sağlayıcıların embriyonun araştırma için kullanılması, bağışlanması veya imhası hakkında karar verme

56) Özsunay, Rights of Embryo, s. 12.

57) Özsunay, Rights of Embryo, s. 12.

58) Özsunay, Rights of Embryo, s. 12. Fransız hukukunda bağışa gamet sağlayıcıların yazılı rızasına dayanılarak, mahkemece karar verilir.

59) Özsunay, Rights of Embryo, s. 12, dn. 33 ve Özsunay, s. 31.

otoritesi bulunmaktadır. Eğer gamet sağlayıcıları ortak bir karara varamamışlar ise, embriyo en fazla 5 yıl saklanır. Ancak embriyonun saklanması 14.günden sonra olamaz (Greek CC m.1459/3). 5 yılın sonunda imha edilir⁶⁰.

Döllenmiş ama ana rahmine yerleştirilmemiş embriyonun Avrupa Komisyonunun İnsanda Yapay Döllenme Raporunun (*Council Report on Human Artificial Procreation*) 17 nolu prensip 2b paragrafında yer alan şartlar altında araştırma amaçlı kullanılabileceği kabul edilmiştir⁶¹.

Gerçekten de, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde, anne adayından alınan 7-9 adet yumurta ve baba adayından alınan sperm, döllenme ve embriyonun gelişmesi için 3 gün bekletilir. Bu bekleme sonunda birden fazla embriyo oluşur ancak bu embriyolardan biri ile tedavi başarılı olur ise, diğer embriyolara gerek kalmaz. Bu durumda eşler, fazla embriyonun, imhasına karar verebilecekleri gibi, ortak kararları ile, daha sonra kendileri için kullanmak üzere saklanmasına, üreme yeteneğinden yoksun başka bir çifte bağışlanmasına veya araştırma amaçlı kullanılmasına veya kök hücre geliştirmek üzere dondurulmasına da karar verebilmelidirler.

Türk Hukukunda ise, dondurulmak suretiyle saklanan embriyonun sadece eşlerin daha sonra kendileri için kullanması kabul edilmiş, aksi halde imhası düzenlenmiştir (Yönetmelik m. 18/12-13). Hatta eşlerden birinin ölümü halinde de dondurulmuş embriyonun imhası düzenlenmiştir. Erkek eşin ölümü halinde, önceden rızası bulunması koşuluyla, kadın eşin ölüm sonrası döllenme ile çocuk sahibi olması da kabul edilmemiştir. Kanaatimce, post mortem fertilizasyonun kabulü de, Türk Hukukunda tartışmaya açılmalı ve ayrıntılı bir düzenleme ile, **üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden biri olarak kabul edilmelidir.**

Kök hücre geliştirmek üzere embriyonun dondurulması tartışılan bir seçenektir. Burada, tartışılan nokta, embriyodan kök hücre elde edebilmek için embriyonun öldürülmesinin gerekmesidir. Ancak zaten dondurulmuş embriyolar, kullanılmazsa imha edilecektir. Bu gerekçe ile de, embriyodan kök hücre edilmesi bilim adamları tarafından desteklenmekte ve embriyodan elde edilen kök hücre (embriyonik kök hücre), tüm vücudu yaratacak potansiyele sahip bir hücre olduğundan, organ nakli veya doku uyumu gibi sorunların tamamının ortadan kalkacağı savunulmaktadır. Bu yöntem, kişinin sigortası olarak kabul edilmektedirler. Ancak yapılan etik tartışmalar neticesinde, bilim adamları da, şu an için, embriyo yerine, kalp kası, sinir vs. tüm vücut hücrelerine dönüşebilme potansiyeline sahip kordon kanı hücreleri ve çocuk süt dişlerinden kök hücre elde edilmesini daha etik bulmaktadır. İsviçre’de ise, İnsan Cenininden Kök Hücre Alınmasına Dair

60) Özsunay, Rights of Embryo, s. 12.

61) Özsunay, Rights of Embryo, s. 12.

Yasa halk oylaması (referandum ile) %66, 4 evet oyuyla kabul edilmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, Türk mahkemesi, yabancı hukuku uygulanması neticesinde, embriyo üzerinde karar verme hakkının, üreme hücrelerinin sahiplerine ait olması ve bu hukuklarda tanınan ek seçeneklerden faydalanılması gerektiği sonucuna ulaşsa dahi, Türk Hukukunda ilgili Yönetmelik hükümlerinin Türk kamu düzeninin müdahalesi (MÖHUK m. 5) veya doğrudan uygulanan kural (MÖHUK m. 6) olarak uygulanması hemen her zaman söz konusu olabilecek ve yabancı hukukun uygulanması engellenebilecektir.

Bu nedenle, yukarıda da açıkladığımız üzere, üremeye yardımcı tedavi teknikleri ve buna bağlı diğer konularda, kural olarak, “tedavinin (üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin) uygulandığı ülke hukuku”nun uygulanması, kanaatimce, milletlerarası özel hukuk anlayışına uygun kabul edilebilir bir bağlama noktasıdır.

Diğer bir konu, ceninin, haksız fiil failinden tazminat isteyip istemeyeceğine ilişkindir. Türk Hukukunda, ceninin, haksız fiil failinden manevi tazminat isteyebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, ana rahmine düştükten sonra babası öldüren çocuk, doğduktan sonra (kayım atanması yoluyla) suçluya karşı dava açma ve tazminat isteme hakkına sahiptir⁶².

Çocuğun sağ olarak dünyaya geldikten sonra, ana rahminde iken uğradığı tüm bedensel zararları, hatta manevi tazminatı üçüncü kişilerden (anne/baba veya doktora) talep edip edemeyeceği⁶³, başka bir ifadeyle, çocuğun ana rahminde iken uğradığı zararlardan dolayı anne/baba veya doktora karşı dava açma hakkı (dava-cı sıfatı) bulunup bulunmadığı hususları ise tartışmalıdır.

Anomali ile doğan çocuğun, anne ve babaya karşı dava açma hakkı konusunda, Türk Hukuku ve diğer hukuklar olumsuz cevap vermekte ve anomali ile doğan çocuğun, anne ve babaya karşı gerekli özeni göstermediği ya da kürtaj yaptırmadığı için dava açma hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir.

Anomali ile doğan çocuğun, doktor gerekli özeni gösterip uyarıda bulunsa idi, bu anomalinin ana rahminde iken engellenebileceği ya da annenin kürtaj olabileceği gerekçesiyle, doktora karşı dava açma hakkı olup olmadığı da tartışılan bir diğer husustur. Burada ortaya çıkan problem, anomalinin ancak kürtaj ile engellenebilecek olması durumunda, çocuğun yaşamına son verilmesi karşısında anomali ile yaşaması daha büyük bir zarar olarak kabul edilmemektedir. Yaşama son verilmesi, ölüm en büyük zarardır, bundan daha büyük bir zarar yoktur. Yahut ebeveynler doktor tarafından uyarılsaydı dahi, kürtaja karar verecekler miydi? Gö-

62) Bu konuda bkz. Özsunay, s. 30 ve dn. 52'deki kaynaklar.

63) Çeşitli devlet hukuklarında, çocuğun doğum öncesi ana rahminde iken uğradığı zararlar için, doğumdan sonra tazminat isteyebilme hakkı konusunda bkz. Özsunay, s. 11.

rüldüğü üzere, çocuğun dava açma hakkı konusundaki tartışma, belirsiz geçmişe yönelik olarak ailenin ne karar vereceği noktasında toplanmakta ve ortaya çıkan zararın hesaplanamayacağı gerekçesiyle çocuğun ana ve babasına veya doktora karşı dava açma hakkı bulunmadığı kabul edilmektedir.

Ancak yine de her durumda, anne ve babanın doktorun kusurlu embriyo seçimi veya doktorun özen yükümlülüğünü, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesinden ötürü anomali ile doğan çocuğa sahip olmasından dolayı doktora karşı dava açma hakkı olduğu kabul edilmektedir⁶⁴. Bu durumda talepler sözleşmeye (vekâlet sözleşmesi) veya haksız fiile dayandırılabilir.

Tüm bu sorular, yabancılık unsuru bulunan hukuki ilişkide doğrudan Türk Hukukuna göre cevaplandırılmaz. Bu sorunlar, çocuğun ana rahminde iken uğradığı zararlara karşı maddi veya manevi tazminat davası açma hakkı bulunup bulunmadığı ve ana ve babanın doktora karşı dava açma hakkı bulunup bulunmadığı (usul hukuku bakımından taraf sıfatının ve dava hakkının bulunup bulunmadığı), esasa ilişkin bir mesele olarak kabul edildiğinden⁶⁵, bu konularda, hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukuk hangi hukuk ise, o hukukun uygulanması kabul edilmektedir.

II. Embriyonun insan onuru bakımından korunması

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, ana rahmine yerleştirilmemiş extra-corporel/pre-embriyonun kişiliği ve medeni haklardan istifade etme hakkı bulunmamaktadır. Buna karşın, medeni haklar bakımından korumadan yoksun olan extra-corporel veya pre-embriyo, genetik olarak insana dönüşebilen tek bütün olduğundan, insan onuru bakımından çok büyük bir koruma altındadır. Extra corporel embriyo, uluslararası düzeyde, milletlerarası sözleşmeler ile “insan onuru” bakımından korunmaktadır⁶⁶.

Avrupa Konseyi Biyoetik Yürütme Komitesi tarafından 1989 yılında hazırlanan “İnsanlarda Yapay Dölllenme Hakkında Rapor”da, “insan embriyosuna her durumda insan onuruna gösterilen saygının gösterilmesi gerektiği” vurgulanmıştır⁶⁷.

64) Özsunay, Rights of Embryo, s. 8-9.

65) Türk Usul Hukukunda, taraf sıfatı, dava konusu subjektif hak (dava hakkı) ile taraflar arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir. Bu sebeple, davada taraf sıfatının mevcut olup olmadığı da, subjektif hakkın tabi olduğu maddi hukuk tarafından tesbit edilecektir.

66) Özsunay, Rights of Embryo, s. 7. *Ethics Committee of the American Fertility Society* (1990) : Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies, Birmingham, Alabama, p.34-35.

Alman hukukunda embriyonun insan onuru bakımından korunması hakkında bkz. İlyas Doğan, İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyonun Ahlaki Statüsü, Khuka, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, Yıl: 8, Sayı 2, s. 106-107.

67) Ergün Özsunay, Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar (Üreme), II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009, s. 60.

(A) Kök hücre olarak, embriyonun klonlanması veya embriyodan yeni organizmalar üretilmesi yasağı ve bu yasakların niteliği

1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (1997 Oveido Sözleşmesi veya İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi veya İnsan Genomu ve İnsan Haklarının Korunması Sözleşmesi olarak da anılmaktadır)⁶⁸'nin 18.maddesine göre, hukukun embriyolar üzerinde araştırmaya izin vermesi halinde, embriyo için uygun koruma sağlanacaktır (f.1). Sadece araştırma amacıyla insan embriyosunun yaratılması yasaktır (f.2)⁶⁹. Tedavi amaçlı klonlamanın sözleşmenin bu maddesi kapsamında olup olmadığı açık değildir⁷⁰.

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 3.maddesinde, açıkça embriyodan yeni organizmalar üretilmesi amaçlı klonlama yasaklanmış, ancak tedavi amaçlı klonlamayı yasaklanmamıştır (f.2). Klonlama saf araştırma amacıyla yapılmamakta ise, bir iyileştirme/tedavi teşebbüsü de bulunuyorsa, bu madde kapsamında tedavi amaçlı klonlamanın mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷¹.

Türkiye'nin henüz imzalamadığı, 1997 Oveido Sözleşmesi'ne Ek Protokole göre, araştırmalar sadece cenin ve canlı embriyolar üzerinde yapılabilecek ancak tüpte embriyolar üzerinde araştırma yapılamayacaktır⁷².

Avrupa Parlamentosu ve Meclisinin Biyolojik Buluşların Hukuki Korunması Hakkında 1998 tarih ve 98/4EG nolu Yönergesi'nin 6.maddesi, insan embriyosunu patentlemeye karşı korumaktadır. Yönerge'nin 6.maddenin 2.fıkrasında, a) insanın klonmasına ilişkin usullerin, (b) insan embriyosunun genetik özelliklerinin değiştirilmesine ilişkin özelliklerin ve (c) insan embriyosunun endüstriyel ve ticari amaçlarla kullanımının patentlenemeyeceğini belirtmektedir.

(B) Embriyonun genetik araştırmalarda kullanılması bakımından, genetik kimliğin korunması prensibi

68) Bu Sözleşme, Türkiye bakımından RG. 20.04.2004-S.25439 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak onaylanmış ve yürürlüğe girmiştir.

69) Türkiye'de insan embriyosu üzerinde araştırma ve klonlama hakkında bkz. **Henning Rosenau, Çev. Hakan Hakeri**, Avrupa Konseyi Biyo-Tıp Sözleşmesi'ne Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama, Khuka, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, Yıl: 8, Sayı 2, s. 137-141; **Yener Ünver**, Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri, Khuka, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, Yıl: 8, Sayı 2, s. 182-198; **Aykut Çoban**, Türkiye'de insan embriyosu üzerinde araştırma yapmanın hukuki sorunları, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 204-248; **Onursal Cin**, Yerel ve Uluslararası Metinlerde İnsan Üzerinde Deney, Khuka, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, Yıl: 8, Sayı 2, s. 199-201; **Ömer Ömeroğlu**, Türk Hukuku Açısından İnsan Klonlama, Yargıtay Dergisi, Cilt 36, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2010, s. 121-134; **Kalkan Oğuztürk**, 254 vd.; **Unesco Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu**, Klonlama ve Biyoetik, Ankara 2005.

70) **Erol**, s. 87 ve dn. 300.

71) Bkz. **Erol**, s. 87, dn. 300'den naklen **Rosenau**, s. 149.

72) **Erol**, s. 87.

Embriyonun (kürtajla alınan fetüs, ana rahmine yerleştirilmemiş/dondurulmuş embriyo) genetik araştırmalarda kullanılırken, *eugenic* amaçlara (insan ırkını ve kalıtsal özelliklerini geliştirme düzeltme) karşı, genetik kimlik, genetik birlik ve genetik bütünlüğün korunması prensibi benimsenmiştir⁷³. Oveido Sözleşmesinin 11.maddesinde de, genetik özellikler nedeniyle ayrımcılık açık olarak yasaklanmıştır⁷⁴.

Tıbbi ve genetik dataların yasa dışı toplanması ve depolanmasına karşı korumanın hem insanlar hem de embriyo ve fetüs (kürtajdan sonra) bakımından olduğu savunulmaktadır (1997 tarihli Oveido Sözleşmesinin 10.maddesi)⁷⁵.

(C) Pre-embriyonun yaşama hakkının korunması (döllenmiş ama ana rahmine yerleştirilmemiş –*extracorporel*- embriyonun imhasına karşı korunması: genetik araştırmalarda kullanılma konusunda bağış ve embriyo bağışı)

Yukarıdaki bölümde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, hemen her hukukta, ebeveynlerin döllenmiş ancak ana rahmine yerleştirilmemiş veya dondurulmuş extra corporel embriyonun imhasına karar verebileceği kabul edilmekle birlikte, bazı hukuklarda, extra corporel embriyo imhaya karşı kısmen korunmuş ve ebeveynlere seçimsel haklar tanınmıştır. Şöyle ki, ebeveynlerin, embriyonun imhasına veya genetik araştırmalarda kullanılmasına veya infertil bir çiftte bağışlamasına karar vermesi kabul edilmiştir.

Dondurulmuş embriyolar üzerinde, ebeveynlerin karar verme hakkı bulunup bulunmadığını değerlendirirken, ebeveynlerin milli hukuku mu esas alınacak mıdır yoksa tedavinin yapıldığı ülke hukuku mu dikkate alınacaktır⁷⁶. Bu önemli bir husustur. Milletlerarası özel hukukta, ebeveynlerin dondurulmuş embriyolar üzerinde karar verme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda, milli hukuklarına tabi olması savunulurken, tedavinin yapıldığı ve dolayısıyla dondurulmuş embriyoların bulunduğu ülke mevzuatı aşılabilecek midir?

Örneğin, Yunan bir çift kendi milli hukukuna göre, dondurulmuş embriyonun ister imhasına ister genetik araştırmalarda kullanılmasına isterse infertil bir çiftte çocuk sahibi olabilmesi için bağış yapmaya karar verebilir. Ancak Yunan çiftin yaşadığı ve tedaviyi yaptırdığı ülke Türkiye ise, ÜYTE Yönetmeliği'ne göre ve ekinde imzaladıkları forma göre, dondurulmuş embriyo kullanılmaz ise, imha edilecektir. Türk Hukukunda genetik araştırmalarda kullanmak üzere embriyo bağışı ve infertil bir çiftte çocuk sahibi olması için embriyo bağışı yasaklanmıştır.

73) Özsunay, s. 19-30; Özsunay, Rights of Embryo, s. 4-6; Erol, s. 86, 101-107. Ayrıca bkz. Ömer Ömeroğlu, Yeni Bir İnsan Hakkı, Benzersiz Olma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, 2008, s. 99-132.

74) Özsunay, Rights of Embryo, s. 4.

75) Özsunay, Rights of Embryo, s. 8.

76) Bu konudaki açıklamalar için bkz. I (b).

Dondurularak saklanmış embriyoların bulunduğu yer Türkiye olduğundan, ebeveynlerin milli hukuku uygulansa dahi, Türk hakimimin, Türk Hukukunu ve ilgili Yönetmelik hükümlerini Türk kamu düzenininin müdahalesi çerçevesinde veya doğrudan uygulanan kural olarak uygulaması ihtimal dahilindedir. Bu durumda, Yunanlı çiftte ait dondurulmuş embriyolar ÜYTE Yönetmeliği m. 14/1'e göre nakledilmesi yasak olduğundan, Yunanistan'a nakledilemeyecek ve verdikleri yazılı rıza doğrultusunda, dondurulmuş embriyoları imha edilecektir (ÜYTE m.18/f.4 ve Yönetmelik EK 5).

Peki, kendi milli hukuklarına göre, seçimlik haklara sahip olan ve dondurulmuş embriyolarını Yunanistan'da yaşayan Yunanlı infertil bir çiftte bağışlamak isteyen çiftin bu şekilde engellenmesi ve dondurulmuş embriyonun imhası⁷⁷, insan haklarına, üreme hücrelerinin sahiplerinin kişilik haklarına aykırı değil midir? Üreme hücrelerinin sahibi çift, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurursa sonuç ne olacaktır?

Bu sorunun, yeni bir hukuk anlayışı içinde cevaplandırılması gerekmektedir. Çalışmamızda sadece sorunu ortaya koymakla yetinip, cevabına değinilmeyecektir.

(D) Embriyo ve fetüsün gebeliğin sonlandırılması bakımından korunması

Bildiğimiz üzere, yakın zamanlarda ülkemizde yaşanan, kürtaj tartışmasında, vücut bütünlüğü ve kadının kendi vücudu üzerinde karar verme hakkı çerçevesinde, embriyoyu taşıyan kadının veya embriyoyu meydana getiren üreme hücrelerinin sahibi olmaları itibarıyla üreme hücreleri sahibi kadın ve erkeğin karar verme hakları ile fetüsün yaşama hakkı arasındaki ihtilaf⁷⁸ tartışma konusu olmuştur. Bu konu üzerinde bir sonuca varmak yerine, bazı tespitler yapmakla yetineceğiz.

Tüm tıbbi müdahalelerde hekimler, «*lex loci professionis*» yani “mesleğini icra ettiği ülke”nin hukukunu uygular⁷⁹. Hastanın milli hukukuna veya mutad mesken hukukuna bakılmaz. Bu nedenle, kürtaj Türkiye’de yasaklansa dahi, yasağa rağmen kürtaj olmak isteyen kadın, kürtajın yasaklanmadığı bir ülkeye gider. Her türlü tıbbi müdahale hastanın vatandaşlığı ne olursa olsun, *lex loci professionis* kuralı gereği, hekimin mesleğini icra ettiği ve dolayısıyla müdahalenin yapıldığı

77) Öğretide Çoban, tüpteki embriyonun da yaşam hakkının bulunduğunu savunmaktadır. Bkz. Çoban, Aykut, Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü (s. 85-100), 6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar, Ankara Üniversitesi Biyoteknoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007, s.90.

78) Özsunay, s. 14-16, Türk Hukukunda kürtaj hakkında düzenleme için bkz. Özsunay, s. 33-35. ve ayrıca bu konuda bkz. Amerikan Yüksek Mahkemesinin *Roe v. Wade* Kararı.

79) Yunan hukuku, kürtajda kadının kendi kendine takdir hakkına çok geniş yer vermiştir. Yunan hukukunda, ilk 12 hafta, eşin rızası aranmaksızın, kürtaj serbesttir. Eğer hamilelik, tecavüz, çocuk istismarı, iğfal, enstest sonucu ise, 19 hafta kürtaj serbesttir. Eğer fetüs gerçekten ciddi bir hastalığa sahipse, ikinci bir uzmanın onayı ile, 24 hafta kürtaj serbesttir. Annenin hayatı tehlikedeyse kürtaj her zaman serbesttir. Bkz. Özsunay, Rights of Embryo, s. 9.

ülke hukuku uygulanarak yapılacağından, hekim, mesleğini icra ettiği ülkede yasaklanmamış bu tıbbi müdahaleyi gerçekleştirebilecektir. Bunun yaptırımı, ancak kişi ülkeye döndüğünde ve kişide görünüşte fiziksel bir değişiklik bulunmadığından, ancak böyle bir müdahalenin yapıldığı ispatlanırsa ve bu konuda kanunen cezai bir yaptırım öngörülmüşse, cezalandırılması söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle, bir ülkede kürtaj yasaklansa dahi, bunun önüne geçmek pek mümkün görünmemektedir.

III. Üreme tıbbi alanında Türk Hukukundaki düzenlemeler

Üreme hücreleri transferi ve gen teknolojisindeki gelişmeler, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ve buna bağlı olarak soy bağı konularında incelenmesi gereken yeni hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir.

Türk Medeni Kanununda soy bağına ilişkin yasal düzenlemelerde, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile döllenme (yapay döllenme) ve embriyo transferinden doğabilecek sonuçları düzenlenmemiştir. Kanunda düzenlenen çocuklara ilişkin soy bağı kuralları, cinsel ilişki ile döllenmeye (doğal döllenme) ilişkindir. Buna karşılık homolog veya heterolog olsun, üremeye yardımcı teknikleri ile döllenme Türk Medeni Kanununda göz ardı edilmiştir.

Türk Hukukunda, yapay döllenme, kadın üreme hücresi (yumurta) ile erkek üreme hücresinin (sperma) suni şekilde embriyo haline getirilmesi olarak tanımlanmıştır. Yapay döllenme, homolog veya heterolog yapay döllenme olarak iki şekilde görülebilir. Eğer sperma veya yumurta eşlerden alınıyorsa homolog, üçüncü bir kişiden (donörden) alınıyorsa, heterolog yapay döllenme olarak adlandırılmaktadır. Tüp içinde döllen embriyo tekrar ana rahmine yerleştirilir (in vitro fertilizasyon-IVF).

Türk Hukukunda, üremeye yardımcı tedavi teknikleri konusunda karşımıza çıkan tek özel mevzuat, Sağlık Bakanlığı'nca hazırlanan “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”dir⁸⁰. Türk Hukukunda, ilk defa, 1987’de “Invitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği” kabul edilmiş, 1996’da “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği” olarak değişikliğe uğramış, bu Yönetmelik 1998 ve 2005 yıllarında revizyon geçirmiş ve nihayet 06.03.2010 tarihinde yeniden düzenlenmiştir. Yeni Yönetmelik, “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” olarak anılmaktadır.

Görüldüğü üzere, yasal mevzuatımızda “yapay döllenme” kavramı yerine, “üremeye yardımcı tedavi yöntemleri” kavramı kullanılmakta ve Yönetmeliğin 4.mad-

80) R.G. 6.03.2010-27513.

desinin 1.fıkrasının h bendinde, “**Anne adayının yumurtası ile kocanın spermını** çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar” olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda Yönetmeliğe göre, sadece in vitro fertilizasyon, Türk Hukukunda yasal üremeye yardımcı tedavi tekniği olarak kabul edilmiş, bunun dışında kalan, sperm bağıışı, yumurta bağıışı, embriyo bağıışı ve taşıyıcı annelik gibi üremeye yardımcı tedavi teknikleri yasaklanmıştır⁸¹.

Yönetmeliğe göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri sadece, **çocuk sahibi olamayan ve** evli çiftlerde ve her ikisinin onayının alınması şartıyla uygulanır (m.1)⁸².

Aynı yönetmeliğin 4. maddesinin (h) bendine göre, sadece anne adayının yumurtası ile kocanın spermi çeşitli yöntemlerle döllendirilerek anne adayının rahmine transfer edilebilir ifadesinden, Yönetmelikte yalnızca homolog döllenmenin kabul edildiği görülmektedir.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden sadece “çocuk sahibi olamayan eşlerin yararlanabilmesi”⁸³ de Yönetmelik ile Türk Hukukunda kabul edilen sınırlamalar-

81) Diğer hukuklarda yasal olarak izin verilen ve yasaklanan üremeye yardımcı tedavi teknikleri için bkz. **Erol**, s. 86 vd.; Yunan hukuku için bkz. Özsunay, Rights of Embryo, s. 8 vd.

82) **Amaç MADDE 1 – (1)** Bu Yönetmeliğin amacı; **çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden**, tıbben uygun görülenlerin **üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla** çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.

Kapsam MADDE 2 – (1) Bu Yönetmelik, üremeye yardımcı tedavi merkezi açıp işleten üniversiteler, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek kişi ve özel hukuk tüzel kişilerini, **bunların üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile ilgili faaliyetlerini kapsar.**

Tanımlar MADDE 4 – (1) Bu Yönetmelikte geçen;... h) **Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE) yöntemleri:** Anne adayının yumurtası ile kocanın spermını çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade eder.

Yasaklar ve Sorumluluklar ile Denetim ve İdarî Müeyyide

ÜYTE uygulamaları ile ilgili yasaklar MADDE 18 -(2) Merkez sahipliği veya üçüncü şahıslar tarafından; şube, irtibat bürosu ve benzeri isimler altında veya belirli merkez veya merkezlere hasta temini amacıyla bir yer açılması yasaktır. Bu tür faaliyet gösteren yerler valiliklerce derhal kapatılarak bu yerlerden hasta kabul eden merkezlerin 30 gün süre ile yeni başvuru kabulü durdurulur.

83) Yunan hukukunda, üremeye yardımcı tedavi teknikleri, sadece üreme yeteneğinden yoksun olma veya gebeliği tıbben sakıncalı olma durumları için değil, **genetik hastalıkların çocuğa geçmesini önlemek için de kullanılmaktadır** (Greek Civil Code m. 1455, par.1 ve 4). Ancak, bu teknikler, cinsiyete bağlı ciddi genetik hastalıkları engelleme amacı dışında (X kromozonuna bağlı hemofili gibi) cinsiyet belirleme amaçlı veya **doğacak çocukta belli özelliklerin bulunması amaçlı olarak** embriyo seçimi ve transferi yapılamaz. Kanunun bu maddesi ile, Kanunun sadece sağlıklı gametlerin veya sağlıklı (yerleştirilmemiş) embriyonun (pre-implantation embryos) ana rahmine yerleştirileceği kabul edilmektedir.

Üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin temel amacı, insan infertilitesi (üreme kabiliyetinden yoksunluğu) ile savaşmaktır (Yunan Medeni Kanunu madde 1455, par 1). Bu nedenle, Türk Hukukunda olduğu gibi, Yunan hukukunda da, **heteroseksüel çiftlerin** üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden yararlanması

dan biridir. Türk Hukukunda, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, sadece infertilite için kabul edilmiştir. Ancak, diğer bazı ülke hukuklarında, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin, eşler üreme yeteneğine sahip olsa dahi, genetik hastalıkların çoğuğa geçmesini önlemek için de kullanıldığı görülmektedir.

Sadece evli çiftlerde⁸⁴ homolog yapay döllemeye müsaade edilmiştir ve mutlaka eşlerin her ikisinin de rızasının alınması gerekmektedir. Her iki eşin rızasının alınması kişilik haklarının korunması bakımından çok önemlidir. Kendi rızalarına aykırı olarak davranılmışsa, kişilik haklarının ihlali söz konusu olur. Kişilik haklarının ihlali halinde, haksız fiil statüsü (MÖHUK m.34) uygulanır⁸⁵.

Türk Hukukunda ÜYTE uygulamaları ile ilgili yasaklar ve sorumluluklar ile denetim, idarî ve cezai yaptırımlar

Kendilerine ÜYTE uygulanacak eşlerden alınan yumurta ve sperm ile bunlardan elde edilen embriyoların bu Yönetmelikle belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi ve satılması yasaktır. Bu yasağa uymadığı tespit edilen merkezlerin faaliyetleri ile merkez dışında aynı faaliyetlerde bulunan yerlerin faaliyeti valilikçe derhal durdurulur (Yönetmelik m.18 (4)).

ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır (Yönetmelik m.18 (5)). Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkez süresiz kapatılarak bu

kabul edilmiş, homoseksüel çiftlerin yararlanması kabul edilmemiştir. Yunan hukukundaki açıklamalar için bkz. Özsunay, Rights of Embryo, s.9.

Ancak, Belçika ve Hollanda hukukunda **homoseksüel çiftlerin** de üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden yararlanması kabul edilmektedir.

84) Yunan hukuku, Türk Hukukundan bir adım daha ileriye giderek, evli kadın gibi bir erkekle birlikte yaşayan bekar kadının (single infertile woman) da (Yunan Medeni Kanunu m. 1456, par.1) üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden –noterden vereceği rıza belgesi ile- faydalanabileceğini kabul etmektedir. Ancak elbette yaş diğer tedavi yöntemleri için uygunsa, üremeye yardımcı tedavi teknikleri uygulanmayacaktır (m.1455, par.2). Birlikte hayat ortaklığını kabul eden hukuklarda da bu uygulama kabul edilmektedir. Bkz. Özsunay, Rights of Embryo, s. 10-11.

85) **Her iki eşin rızasının alınması kişilik haklarının korunması bakımından çok önemlidir (MK m. 24'e aykırılık koruması haksız fiilin korunması vasıtasıyla yapılmaktadır. MÖHUK m.34-kişilik haklarının ihlali halinde haksız fiil statüsü uygulanır. Eşler, Yönetmeliğin 2 nolu Ekinde yer alan muvafakat formunu doldurur.**

Yunan hukukunda da, evli çiftlerin birlikte rızası olmalıdır, eğer koca üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden sperm başısına veya embriyo başısına onay vermişse, baba olmadığını iddia edemez (Yunan Medeni Kanunu m. 1471). Birlikte yaşama halinde, birlikte yaşayanların her ikisinin de rızası olmalıdır (m. 1456/1/b). Aynı evli çiftlerin ki gibi etkilerini doğurur (m. 1475/b). Eğer biri annelik ya da babalığı reddediyorsa, mahkeme yukarıdaki delillere göre karar verir (m. 614/1 ile bağlantılı olarak m. 615/1 uygulanır). Bkz. Özsunay, s. 10-11.

işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir ve ilgili tüm çalışanların da süresiz olarak ÜYTE merkezlerinde çalışmalarına izin verilmez.

Yurt içinde veya yurt dışındaki ÜYTE uygulaması yapan yerlere beşinci fıkradaki işlemler için Yönetmeliğe aykırı olarak hasta sevk etmek, yönlendirmek, teşvik etmek ve bu konularda aracılık etmek gibi eylemlere katılan merkezler ve/veya merkez personellerinin tespiti halinde ilkinde üç ay, tekrarında süresiz olarak merkezin faaliyetine valilikçe son verilir. Merkez personeli olmamakla birlikte bu hususlarda aracılık ettiği tespit edilen kişi ve kişilerin varsa sertifikaları Bakanlıkça iptal edilir (Yönetmelik m. 18 (6)) .

Yönetmeliğin (4), (5) ve (6)'ncı fıkralarda belirtilen hususlara aykırı uygulama yapıldığının herhangi bir aşamada tespit edilmesi halinde, bu uygulamayı yapan, hasta sevk eden veya aracılık eden kişiler ile gebe kalan kişi ve donör cumhuriyet savcılığına bildirilir (Yönetmelik m. 18 (7)). Yönetmelik Cumhuriyet Savcılığın bu kişiler hakkında Türk Ceza Kanunu'nun hangi maddelerine göre işlem yapılacağı hakkında bir açıklık getirmemesine rağmen, Yönetmelik Ekinde yer alan ve her merkez tarafından oluşturulacak **Üyte Uygulanacak Çiftlere Ait Bilgilendirilmiş Muvafakat Formu'nda**, Türk Ceza Kanunu'nun 90'ıncı ve 231'inci maddeleri ile tüp bebek tedavileriyle ilgili yasal durum hakkında ayrıntılı bilgilendirme ve talep etmeleri halinde soy bağıını tespit amacıyla DNA testi yaptırabilecekleri hususu yer almalıdır⁸⁶.

Yönetmeliğin bu ekinde, Cumhuriyet Savcılığının TCK'nın 90 ve 231.maddelerine göre işlem yapacağı anlaşılmaktadır, ancak söz konusu kişiler hakkında ceza verilebilmesi için, hukuka aykırı fiilin TCK m. 90 veya 231 anlamında suç teşkil etmesi şarttır⁸⁷. Bu fiillerin TCK m. 90 ve 231 anlamında suç teşkil edip etmediği

86) Formun sonunda evli çiftin her ikisinin ve ünite sorumlusunun imzası olmalıdır. Okuryazar olmayan çiftler sol elin başparmağını basarak imzalamış sayılacaklardır. Muvafakat formunun tedaviye başlamadan bir gün önce çiftlere verilerek okunması sağlanacaktır. İşlem yapılmadan önce form, merkez görevlisi tarafından sözlü olarak adaylara okunacak, adaylar el yazıları ile "sözlü ve yazılı olarak çoğul gebelik ve başarısızlık durumu da dâhil her konuda uygulama ile ilgili yeterli bilgilendirildim", ifadesini yazarak muvafakat formunu imzalayacaklardır.

87) TCK'nun "insan üzerinde deney" başlıklı 90.maddesi, aynen şöyledir:

- "(1) İnsan üzerinde bilimsel bir deney yapan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- (2) İnsan üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için;
- a) Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması,
- b) Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,
- c) İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılmaması,
- d) Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması,
- e) Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,
- f) Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre daha ağır basması,
- g) Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması, gerekir.
- "

ayrı bir inceleme konusu olduğundan, bu çalışmamızda incelenmemiştir.

Yönetmeliğin 18.maddesinin 8.fıkrasında da, “İstenmeyen durum olan, “anne ve çocuk sağlığını riske eden” **çoğul gebeliklerin önlenmesi** esastır. Bu kapsamda; (a) ÜYTE yöntemlerinden biri olan klasik ovulasyon indikasyonu (yumurta

(3) (Değişik fıkra: 31/03/2005 - 5328 S.K./7.mad) Çocuklar üzerinde bilimsel deneyin ceza sorumluluğunu gerektirmemesi için ikinci fıkrada aranan koşulların yanı sıra;

a) Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

b) Rıza açıklama yeteneğine sahip çocuğun kendi rızasının yanı sıra ana ve babasının veya vasisinin yazılı muvafakatinin de alınması,

c) Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanının bulunması, gerekir.

(4) Hasta olan insan üzerinde rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, bilinen tıbbî müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.

(5) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun yaralanması veya ölmesi hâlinde, kasten yaralama veya kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

(6) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur”.

Organ veya doku ticareti

TCK Madde 91 - (1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan onbeş yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşılayan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(7) Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.

(8) Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.

Zorunluluk hâli

Madde 92 - (1) Organ veya dokularını satan kişinin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak, hakkında verilecek cezada indirim yapılabilmesi gibi, ceza vermekten de vazgeçilebilir.

Etkin pişmanlık

Madde 93 - (1) Organ veya dokularını satan kişi, resmî makamlar tarafından haber alınmadan önce durumu merciine haber vererek suçluların yakalanmalarını kolaylaştırır, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Bu suç haber alındıktan sonra, organ veya dokularını satan kişi, gönüllü olarak, suçun meydana çıkmasına ve diğer suçluların yakalanmasına hizmet ve yardım ederse; hakkında verilecek cezanın, yardımın niteliğine göre, dörtte birden yarısına kadarı indirilir.

Çocuğun soy bağı değiştirme

Madde 231 - (1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

geliştirilmesi) ile 2 (iki) den fazla folikül gelişmemesi hedeflenmelidir. Çoğul gebeliklerin önlenmesi için üç veya daha fazla folikül gelişmesi halinde artifisyonel inseminasyon (yapay döllenme) işlemi yapılması yasaktır. (b) Merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, **üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo**, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir. Bu yasaklara aykırı hareket eden merkezlerin ilk tespitte 3 ay, ikinci tespitte 6 ay yeni başvuru kabulü durdurulur. Aykırılığın devam etmesi halinde merkezin ruhsatı/izin belgesi ve ÜYTE ünite sorumlusunun sertifikası iptal edilir.

Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamaz⁸⁸. Bu durumun tespiti halinde merkezin ruhsatı/izin belgesi ve merkez ÜYTE ünite sorumlusunun sertifikası iptal edilir (Yön. m. 18 (9)).

Bu düzenleme, ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, sadece cinsiyet belirleme amaçlı değil, aynı zamanda doğacak çocukta belli özelliklerin bulunması amaçlı olarak embriyo seçimi ve transferi yapılmasını da açıkça yasaklayan şekilde düzenlenmesi daha uygundur. Bu konuya örnek olarak, bir gazete haberinde, Türkiye'deki bir merkez, İngiltere'de başka bir merkez açmıştır. Bu merkezde, çocuğun cinsiyeti ile birlikte, doğacak çocukta belli özelliklerin (boyu, gözünün, saçının rengi gibi) bulunmasını da garanti etmektedir. Bu gibi gonad ve embriyo seçimi ve transferi yapan merkezler için, Türk Hukukunda merkezin ruhsat veya izin belgesinin ve ÜYTE sorumlusunun sertifikasının iptali şeklinde idari yaptırım kabul edilmiştir (Yön.m.18/9).

Cinsiyet, çocuğun boyu, gözünün, saçının rengi gibi konularda Merkez tarafından vad edilen taahhütlerin gerçekleşmemesi halinde, üremeye yardımcı tedavi tekniklerinden faydalanan kişilerin Merkezden tazminat isteme hakkının olup

88) Yönetmeliğin 18.maddesinin 9.fıkrasındaki gibi, Türkiye'de cinsiyet tespitinin yapılması, bir hastalığın tedavisinin gerekli kıldığı durumlar hariç, Genetik Tanı Merkezleri Yönetmeliği'nin 17. maddesinin 2.fıkrası ile yasaklanmıştır. Aksine davranan merkezlerin ruhsatları bir daha verilmemek üzere iptal edilecek ve sorumlu müdür bir daha hiçbir merkezde sorumlu müdür olarak çalışamayacaktır (m. 18/f.2).

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 14.maddesine göre de, "Cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla tıbben yardımcı üreme tekniklerinin kullanılması" yasaklanmıştır.

Yunan hukukunda ise, yapay döllenme teknikleri sadece üreme kabiliyeti olmayanlar için değil, **genetik hastalıkların çocuğa geçmesini önlemek için de kullanılmaktadır** (Greek Civil Code m. 1455, par.1 ve 4). Ancak, bu teknikler, cinsiyete bağlı ciddi genetik hastalıkları engelleme amacı dışında (X kromozonuna bağlı hemofili gibi) cinsiyet belirleme amaçlı veya **doğacak çocukta belli özelliklerin bulunması amaçlı olarak** embriyo seçimi ve transferi yapılamaz. Kanunun bu maddesi ile, Kanunun sadece sağlıklı gametlerin veya sağlıklı (yerleştirilmemiş) embriyonun (pre-implantation embryos) ana rahmine yerleştirileceği kabul edilmektedir. Bkz. Özsunay, Rights of Embryo, s. 11.

olmadığı, ön sorun olarak, bu tip sözleşmelerin geçerli olup olmadığı konusunda uygulanacak hukuk meselesi önem taşımaktadır. Eğer bu taahhütler yurtdışında-ki bir Merkez tarafından yapıldı ise, akit statüsü (MÖHUK m.24) (tek tarafa borç yükleyen akit – tek taraflı vaad) çerçevesinde, uygulanacak hukuk tespit edilmeli ve bu hukuk çerçevesinde, bu türden taahhütlerin geçerli olup olmadığı (MÖHUK m.32 atfıyla MÖHUK m. 24) veya tazminat isteme hakkının bulunup bulunmadığı (MÖHUK m. 24) konusunda karar verilmelidir.

ÜYTE teknikleri kullanılarak oluşan **çoğul gebeliklerde** embriyonal ya da fetal redüksiyon yapılamaz. Birden fazla embriyo nakli ile gerçekleşen çoğul gebeliklerde embriyonun imhası “insan onuru”na aykırı olduğu kabul edilmektedir. Ancak tıp fakültesi hastaneleri ve Bakanlığa bağlı eğitim hastanelerinden alınan durum bildirir heyet raporuna göre redüksiyon işlemi yapılabilir. Tıbbi endikasyonu belgelemeden redüksiyon yapan merkezlerin üç ay süre ile yeni başvuru kabulü durdurulur. Tekrarı halinde merkezin ruhsatı/izin belgesi iptal edilir (Yön. m.18 (10)).

Üreme ve gonad hücreleri ile embriyoların dondurularak saklanması (Yönetmelik m. 18/f.11, m. 18/f.12, m. 18/f.3) konusu, birinci bölümde incelendiğinden ayrıca burada ele alınmayacaktır.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, Türk Hukukunda, bu Yönetmelikte belirlenen ÜYTE uygulamaları ve Yönetmelik dışı uygulamalar konusunda bilgilendirme amacıyla da olsa tüm basın ve iletişim araçları ile reklam yapılması yasaktır. Bu yasağa aykırı hareket edenler hakkında ilgili mevzuata göre işlem yapılır (Yönetmelik m.18/14).

Yararlanılan kaynaklar

- Arpacı, Abdülkadir, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 2.baskı, Beta Yayınevi, 2000.
- Aydın Ünver, Tülay, *Ceninin Hukuki Konumu*, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Cin, Onursal, Yemel ve Uluslararası Metinlerde İnsan Üzerinde Deney, KhukA, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, Yıl: 8, Sayı 2.
- Çoban, Aykut, *İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü*, Toplum ve Bilim, S.109, 2007.
- Çoban, Aykut, *Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları*, TBB Dergisi, Sayı 86.
- Çoban, Aykut, *Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü (s. 85-100)*, 6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar, Ankara Üniversitesi Biyoteknoloji Enstitüsü Yayınları, Ankara 2007.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan, *Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2011.
- Erol, Yasemin, *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Gemalmaz, Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul 2009.

- Helvacı, Serap, *Gerçek Kişiler*, İstanbul, 2006.
- Kalkan Oğuztürk, Burcu, *Türk Hukukunda Biyoetik Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Korkut, Levent, *Biohukuk bakış açısıyla AİHM Kararlarında Ceninin Hukuki Statüsü*, *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013.
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 19.Bası, Beta, İstanbul, 2011.
- Çelikel, Aysel/ Erdem, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 12.Bası, Beta, İstanbul 2012.
- Oğuzman, Kemal / Seliçi, Özer/ Özdemir, Saibe Oktay, *Kişiler Hukuku*, 9.Baskı, İstanbul 2009.
- Ömeroğlu, Ömer, *Türk Hukuku Açısından İnsan Klonlama*, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2010.
- Ömeroğlu, Ömer, *Yeni Bir İnsan Hakkı, Benzersiz Olma Hakkı*, *Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.2, 2008.
- Özbilen, Arif Barış, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Özsunay, Ergun, *Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar (Üreme)*, II.Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2009.
- Özsunay, Ergun, *Rights of Embryo and Foetus in Public and Private Law (Rights of Embryo)*, *International Academy of Comparative Law, XVIth International Congress of Comparative Law*, 14-20 July 2002.
- Özsunay, Ergun, *Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar*, Prof. Dr. Bülent Davran'a Armağan, İstanbul 1998.
- Rosenau, Henning, Çev. Hakan Hakeri, *Avrupa Konseyi Biyo-Tıp Sözleşmesi'ne Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama*, KhukA, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, Yıl: 8, Sayı 2.
- Sayman, Yücel, *Mevcut hukuk sistemi biyolojik gelişmeler karşısında aciz kalıyor*, *SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi*, Aralık-Ocak-Şubat 2013, 25.sayı, Tesa Eğitim Sağlık ve Araştırma Vakfı, İstanbul, 2013.
- Serozan, Rona, *Çocuk Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 2.Bası, Ankara, 2008.
- Şanlı, Cemal / Esen, Emre / Ataman-Fıganmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Tekinalp, Gülören / Uyanık Çavuşoğlu, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 11.Bası, Vedat, İstanbul 2011.
- Ünver, Yener, *Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri*, KhukA, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, Kasım 2005, Yıl: 8, Sayı 2, 2005.
- Zevkililer, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre, *Medeni Hukuk*, 6.Baskı, Ankara 2000.
- *Ethics Committee of the American Fertility Society (1990) : Ethical Considerations of the New Reproductive Technologies*, Birmingham, Alabama
- *Unesco Türkiye Milli Komisyonu Biyoetik İhtisas Komitesi Klonlama Çalışma Alt Grubu Raporu*, Klonlama ve Biyoetik, Ankara 2005.
- *Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği m. 18/f.5 (R.G. 06.03.2010-27513)*.

TARTIŞMA

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut (*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Baya kapsamlı bir sunuştan sonra işin temel noktalarına bakacak olursak bir iki şey ön plana çıkıyor. Birincisi, bu konuda kurulacak sistemin özellikle çocuğun insan hakları açısından şeffaf bir sistem olması lazım. Bu açıdan bakıldığında bazı ülkelerdeki hani genetik anne babanın saklanmasıyla yönelik düzenlemeler temel haklara aykırı düzenlemeler olarak nitelendirilebilir. Çünkü kişinin bilgi edinme hakkı açısından baktığımızda, tamamen şeffaf bir sistemin oluşturulması ve uluslararası kuralların da oluşturulması gerektiğini düşünüyorum. İkincisi bütün sistem ve bütün ülkeler tek anne, tek baba modeli üzerine kurulmuş. Bunun da sorgulanması lazım. Bu şart mıdır? Yani bir kişinin birden fazla anne babası olamaz mı? Yani buna zorlamanın anlamı var mı? Aklıma bir tiyatro oyunu geldi. Oyunun sonunda şu mesaj verilir: çocuğu doğuran değil, ona bakan annesidir. Yani “kim emek harcadıysa, o annedir” denir. Ama bu mesajların bence pek bir anlamı yok. Asıl anlamlı olan kişinin ne düşündüğüdür. Dolayısıyla kişi kendi tayin etmelidir bunu. Burada sadece miras açısından bir düzenleme sorun teşkil edebilir. İşin ticari boyutu, üçüncü bir nokta gibi düşündürüyor. Bunlar ne kadar ticarete konu olmalı ya da olmamalı? Burada kesin bir şey dememekle birlikte ticaretin sınırlandırılması gerektiği düşüncesindeyim. Çok ticarileşmemeli.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Evet, özellikle taşıyıcı anneliğin ticarileşmemesi konusu üzerinde duruluyor. Mesela, İngiliz hukukunda, ister İngiltere’de ister yurtdışında yapılsın, taşıyıcı annelik sözleşmesi para karşılığı yapılmışsa, geçersizdir. Bu şekilde düzenlemeler var, ama taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları sözleşmeye, paraya ilişkin bir hüküm koymayarak bu sözleşmeleri akdediyorlar. Çünkü para karşılığı olmadan taşıyıcı anneliği kabul etme örneklerine pek rastlanmıyor. Ancak akrabalar arasında para karşılığı olmaksızın taşıyıcı anneliğin kabul edildiği görülüyor. Örneğin, kızı üreme yeteneğinden yoksun veya sağlıklı açısından tehlikeli ise, anne kızı için taşıyıcı anneliği kabul edebiliyor.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Bütün bu düzenlemelerin çocuğun en yüksek menfaatini gözeterek yapılması gerekiyor. Ticaret yasaklansa bile, bu, çocuğa zarar vermemeli.

Prof. Dr. Nevzat Koç (*Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Embriyo eşittir cenin midir?

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Tıbben şemaları var. 14. günden sonra cenin, 4 ve 8. hafta arası embriyo, 8.hafta dolduktan sonra, 9.hafta itibariyle fetüs.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Kişilik sahibi olup olmadığı değerlendirilirken onu göz

önünde tutmak gerekir. Yani cenin halinde değilse kişilik sahibi olmadığını söylemek gerekir. Hatta insan kökeni biyolojik madde olarak belki ticari sözleşmelere konu olabileceğini söyleyebiliriz. Ama cenin halindeyse, ondan sonra Yunan Hukukunda olduğu gibi, söylediğiniz gibi, taşıyıcı annenin rahmindeyken, yok efendim ivazlıysa kira sözleşmesi, ivaz yoksa ödünç sözleşmesi, bunlar bana kabul edilemez geliyor. Bir de tüp bebeğin oluşumunda hak ehliyetine sahip olmak bakımından yerleştirme anından itibaren hak ehliyetine sahiptir diyoruz. Bu sonuca Medeni Kanunun 1. maddesinden yararlanarak, bir boşluk olduğunu kabul ederek varmak gerekir. Yoksa o andan itibaren hak ehliyeti vardır, denmemelidir kanaatindeyim. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Esra Çikler (*Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi*): İlk 8 hafta embriyo, 8. haftadan itibaren, 9. haftadan sonra fetüs olarak kabul ediliyor. Benim de dikkatimi çekti, anne rahmine tutunmak dediniz, anne rahmine tutunma zaten döllenmeden sonraki 1 hafta içinde gerçekleşiyor. Ana rahmine düşmesi 5. gün civarında oluyor. Döllenmeyi o. gün olarak kabul ettiğinizde, Tangül Hocamın anlattığı olay bu, hücrelerin art arda bölünmesi sırasında aslında rahme bir yolculuk geçiriyor, bizim ilerideki bebek adayımız. IVF (in vitro fertilizasyon) yaptığımızda ise, bir petri kabında döllenmeyi gerçekleştiriyoruz, yine o. gün. Ve petri kabı içinde, tıpkı annenin vücudundaki gibi bölünmelere devam ediyor. 2, 4, 8 hücreye kadar. Aşağı yukarı üçüncü, dördüncü gün civarında bizim bu canlıyı annemizin vücuduna vermemiz gerekiyor. Dolayısıyla çalışmayı yapabileceğimiz aşama, yani aşağı yukarı 8 hücreli aşamada halihazırda normal bir döllenme olayıydı dahi henüz tutunmamış olacaktı.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: 14. günden sonra yerleştirme yapamıyor musunuz?

Yrd. Doç. Dr. Esra Çikler: 4. güne kadar yapmak zorundayız. 5. günü aşamazsınız. Ha vermediğiniz zaman, döllenmeden sonraki 2 günlük embriyo, zaten anne rahmine yerleşmeyeceği için anladığım kadarıyla sadece biyolojik materyal olarak görülüyor, değil mi?

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Amerikan Hukukunda şöyle bir kural var: 14. güne kadar embriyo alınıp çalışma yapılabilir, 14. günden sonra yasak.

Prof. Dr. Tangül Müdok (*Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi*): Çocuğun babasını reddetmek gibi bir hakkı var, anladığım kadarıyla. Bilimle uğraşan birisi olarak, şu aklıma geldi: Suni döllenme yaparken spermi aldıktan sonra doğal seleksiyonda, yumurta, zaten kötü spermi reddediyor. Biz içinden bir tane seçiyoruz, şu iyidir diyoruz ve zorla sokuyoruz içeri. O da diyelim ki mental gerilikle doğdu çocuk. Ondan sonra kime itiraz edecek, ne yapacak bu çocuk? Laboratuvarda bilim adamının yaptığı spermden kaynaklanan bir şey. Evet, babasının spermi ama spermi ben soktum içeriye.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Şimdi bizim hukukumuzda buna ilişkin düzenleme yok. Ama bazı hukuklarda, özellikle Yunan Hukuku çok detaylı. Özellikle kusurlu bir üreme hücresiyle döllenme yapıldıysa; çocuğun da, annenin de, babanın da uygulamayı yapan merkeze dava açma hakları var. Çünkü orada sadece sağlıklı üreme hücreleriyle yapay döllenmenin gerçekleştirilmesi gereği, kanunda açıkça kabul ediliyor. Türk Hukukunda da, aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Genel hükümlerden hareketle, kusur ve meslekte acemilik yüklenebiliyorsa, o takdirde sorumluluk doğar. Ama yapılan işler profesyonelce, tıp mesleği açısından... Vekâlet ilişkisi açısından bakarsanız özen yükümlülüğü...

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Evet, özen yükümlülüğüne aykırılık önemli. Bu konuda, anne babaya dava hakkı tanınmıyor ama çocuğa dava hakkı tanınması tartışılıyor. Bu kusurlu üreme hücreleriyle döllenme yapılmasaydı çocuk hayatta olmayacaktı gerekçesiyle, çocuğa dava hakkı değil, anne babaya dava hakkı tanınmıyor. Çocuğun hayata gelmemesinden daha büyük bir zarar olmazdı deniyor. Amerikan mahkemeleri de bu yönde karar vermektedir. Türk Hukukunda da aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Diyelim ki 20'li yaşlara geldiler. Kasla ilgili mental sorunlar çıkmaya başladı. Burada sperm ya da yumurta seçiminde, hani başka sperm yok değil. Aşağı yukarı kriterleri belli, biz de diyoruz ki bunu seçtik. Yani hiç doğmayacaktı diye bir şey değil. Bir başkasını seçseydik gene doğacaktı. Ha başka şeyler çıkacak mıydı, çıkmayacak mıydı? Bir de Türk tabiriyle kimse de mahlım kötü demez. *“Ben gayet iyi spermi seçtim ve soktum içeriye diyecek”* tabi merkez de.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Sorumluluk olmaz.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz: Tespit edemeyeceğimiz şey varsa, bundan sorumluluk doğmaz. Gerekli özeni gösterdiyseniz, özen yükümlülüğüne aykırı davranmamış olursunuz ve bundan sorumlu tutulamazsınız.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Embriyo hücrelerinin arasında birtakım testler yapılıyor ve aralarından sağlıklı olanlar seçiliyor. Geriye kalanlar imha mı edilmeli, birtakım genetik embriyonik çalışmalarda kullanılmalı mı?

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: ÜYTE Yönetmeliğinde redüksiyon konusunda hüküm var. Eğer heyet raporu varsa redüksiyon yapılabilir.

Yrd. Doç. Dr. Esra Çikler: Ama orada da şöyle bir sorun var. Belli hastalıkları tarıyorsunuz. Tarayamadığınız pek çok hastalık...

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Ondan sorumlu değilsiniz.

Yrd. Doç. Dr. Esra Çikler: Tamam değilsiniz ama cinsiyetini de biliyorsunuz. Bu anlamda kız, erkek... Açıkçası çalışmayı yapan kişinin etik anlayışına kalmış.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Hangi aşamada cinsiyetini öğrenebiliyorsunuz?

Yrd. Doç. Dr. Esra Çikler: Tangül Hocamın dediği gibi, rastgele bir sperm seçildiğinde bunu bilmek gibi bir şansımız yok. Ancak işte annenin üst üste düşüklükleri vardır ve sağlıklı embriyo seçmek zorundasınızdır. 6 hücreli, 8 hücreli embriyodan bir tane hücreyi çekersiniz. Ve bildiğiniz hastalıkların üzerinde genetik taramasını yaparsınız. O esnada genetik haritasını dökerken cinsiyetini bulabilirsiniz. Yani 3, 4'üncü günündedir. Ama çalışan yerler bunu söylememek taraftarı. Ama kötüye kullanılmaya da açık.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Yemek saati geldi ama ben son bir şey söyleyeceğim. Şimdi, koca sperm bağışına açık rıza gösterdikten sonra, babalığı çelişkili davranış yasağından dolayı soy bağını reddedemez diyorsunuz. Kim kabul ediyor bilemiyorum ama siz şimdi, onu incelemiştiniz, öyle anlaşıyor. Orada farklı bir değerlendirme de olabilir. Medeni Kanunun 23. maddesindeki hani, kişilik hakkını aşırı kısıtlayan sözleşmeler geçersiz sayılıyor.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Hocam zaten öncelikle, kişilik hakkını kısıtlayan bu sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu ve bu nedenle de geçersiz olduğu kabul ediliyor. Ama geçersiz olsa da eşine böyle bir güven vermiştir, sperm bağışına açık bir şekilde rıza göstermiştir, bu yüzden hakkın kötüye kullanılması, çelişkili davranış yasağından dolayı, soybağının reddi hakkının tanınmaması, bu haktan feragat etmiş kabul edilmesi gerekir deniyor. Bunun aksi görüşler de var ama hemen hemen tüm ülkelerde genel kabul ve uygulamanın bu yönde olduğu görülüyor.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Çelişkili davranış yasağını anlıyorum ama bu çocuk bana ait değildir demesi, kişilik hakkıyla ilgili. Kişilik hakkının özelliğidir o. Mutlak haktır, devredilemez, vazgeçilemez. Burada, Medeni Kanunun 2. maddesini devreye sokarak, çelişkili davranış yasağı demek ne kadar doğru? Bu biraz soru işareti benim için.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz: Bu durumda sperm bağışına rıza gösteren babanın, çocuk ile soy bağının ortadan kalkmasında, tek yol, çocuğun soy bağının reddi davası açması.

Prof. Dr. Nevzat Koç: Ben farklı bir değerlendirme yapılabileceği kanaatindeyim.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Tabi ki. Farklı görüşlerde var.

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut: Çocuk hakları sözleşmesine göre çocuğun yüksek menfaati öncelikli. Eğer bir şey olursa onun da dikkate alınması lazım.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Embriyo, sperm, yumurta başlıklarının hepsi, doğum öncesi evlat edinme gibi kabul ediliyor. Yani üreme hücresi halindeyken koca bu tedavi yöntemlerini kabul etmiştir ve Türkiye'nin de taraf olduğu çocuk haklarını koruyan tüm sözleşmelerde kabul edilen çocuğun öncelikli ve üstün menfaati gereği, çelişkili davranış yasağı olarak kabul edilmesinde bir sakınca yok diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

BİOHUKUK

PROF. DR. YÜCEL SAYMAN

MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ ÖĞRETİM ÜYESİ

Sunumları dinliyoruz, üzerinde konuşuyoruz, tartışıyoruz. Hukukçu olan bizlere soruluyor: Biyoloji alanındaki buluşlar, özellikle biyoteknolojinin uygulamada açtığı, açabileceği alanlarda ortaya çıkan hukuki sorunlar nasıl çözülecek? Biz hukukçulara “sorun şu, buyurun bu sorunu çözün” deniyor. Bizler de nasıl çözebiliriz diye düşünüyoruz.

Ben sunumumda “çözüm ne olmalı” tartışmasına girmeyeceğim; soruna bir başka açıdan yaklaşmaya çalışacağım: Bizler, hukukçu olarak, var olan ve özellikle Roma Hukuku temelinde gelişmiş Kara Avrupa’sı hukuk sistemiyle bu sorunları hukuki açıdan çözebilir miyiz, çözemez miyiz? Konuşmamı bu noktada yoğunlaştırarak sürdüreceğim.

I

1. Sunumumun sonunda varacağım sonucu baştan söyleyeyim: 21’inci yüzyıla damgasını vuracak bilimsel gelişmelerin, özellikle biyoloji alanındaki olası gelişmelerin önümüze koyduğu, koyacağı hukuki sorunları Roma Hukuku temelinde kurulmuş hukuk sistemiyle çözemeyiz. Çözemeyeceğimiz için de, Levent’in söylediği gibi, korku, tehdit algılaması gibi duygu ve endişelerle yasaklamaya yöneleceğiz. Tıp mensupları, biyologlar bize şunu yasaklayın diyecekler, yasaklayıcı düzenlemeler öngöreceğiz ya da şu kadarına izin verin diyecekler, sınırlayıcı hukuki düzenlemelere yöneleceğiz. Böylece, giderek özerkliğimizi de yitireceğiz.

Burada yasaklama ya da sınırlama konusuna bir açıklık getirmek isterim. Kimileri bazı “bilimsel fikirlerin” “bütün insanlık için” zararlı olduğunu düşünürler ve bu bilimsel fikirlerin kötü insanların eline düşmesinden korkar, bu alanlarda “bilimsel çalışma yapılmaması” gerektiğine inanırlar. Örneğin, atom çekirdeği ile ilgili bilgi atom bombasının geliştirilmesine temel oluşturur. Atom bombası kötülerin eline düşerse insanlık zarar görür.

O zaman karşımıza şu soru çıkar: Hukukçu neyi yasaklayacak? Bilimsel araştır-

manın kendisi mi, bilimsel verilerin belli alanlarda uygulanmasını mı?

1.1 “Bilimsel fikir” yasaklanamaz ve sınırlanamaz, çünkü bilim nesneldir, evrenin işleyişini bilme ve anlama arzusu ile yapılır, olası ürünler göz önünde tutulmaz. Buna karşılık, “bilimsel fikirlerin uygulaması” öznel, bu nedenle belli durumlarda tehlikeli olabilir, yasaklanması ya da sınırlandırılması düşünülebilir. Örneğin teknoloji insan durumunu etkilemek için duyulan bir arzudur; kişisel çıkar elde etme ya da başkaları üzerinde baskı kurma biçiminde uygulanmasını engellemek düşünülebilir. Ben de, yasak ya da sınırlamadan söz ederken bilimsel fikirleri, verileri değil bu fikir ve verilerin uygulamasını göz önünde tutuyorum.

1.2 Var olan hukuk sistemiyle sorunları çözemeyiz dedim. Nedenini belirtmem gerekiyor.

Bu yıl benden hukuka giriş dersleri vermem istendi. Bu alanda yazılmış ders kitaplarını inceledim. Gördüm ki, her eserde hukuk özetle, “insanların başka insanlarla, toplumla ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen normların bütünü” olarak tanımlanıyor. Tanımlamaların ayrıntısına, farklılıklarına değinmeye gerek yok. Önemli olan, hiçbir eserde hukuk ya da hukuk kuralları tanımlanırken insanın bizzat kendisi olan ilişkisine değinilmiyor. Bir anlamda hukuk tanımlanırken insanın kendisi ile olan ilişkisine yer verilmiyor.

Yeri gelmişken söyleyeyim, “insan” hukuki bir kavram değildir. Roma hukuk sistemi üzerine kurulan hukuk dilinde “kişi” vardır. Kişinin kendisiyle olan ilişkisi hukuk tanımı içinde yer bulamadı, bu nedenle bu ilişkinin ortaya çıkardığı sorunların hukuk sistemine özgü temel hukuki kavram ve kategoriler açısından değerlendirilmesi ihmal edildi. Roma hukuk sisteminin, canlı olsun cansız olsun tüm varlıklar için öngördüğü temel iki hukuk kategorisi vardır: Kişi ve eşya. Bir üçüncü kategori yoktur. Hukukun öznesi, bir hakkın sahibi ancak kişi olabilir. Eşya ise hukukun konusu olabilir, öznesi olamaz. Örneğin, Roma Hukukunda köle “insandır” ama hukuk açısından “kişi” değil “eşya”dır; bu nedenle kural olarak insan olsa da hak sahibi olamazdı. Aynı şekilde embriyo, kök hücre, gen gibi konulara ilişkin olarak ortaya çıkan hukuki sorunlara eğilirken, öncelikle bunların “kişi” mi yoksa “eşya” mı olduklarını belirlemek gerekiyor. Bir üçüncü hukuki kategori bulunmuyor.

İnsan vücudu üzerinde yürütülen deneyler, tıbbi ve genetik müdahaleler, embriyo, kök hücre ve genin insan vücudu dışında da araştırma, inceleme, müdahale materyali olarak kullanılabilmesi, özellikle moleküler biyolojideki buluşlar, bioteknolojinin gelişmesi ve nanoteknolojinin kullanımı vb. 1990’lı yıllarda kişinin bizzat kendisi ile olan ilişkisinin hukuk alanında yoğun biçimde tartışılmasına yol açtı.

Elbette, kişinin kendisi ile olan ilişkisini dolaylı da olsa öngören hukuki düzenlemeler yok değil, böyle bir şey söylemiyorum. Örneğin Medeni Kanun’da bu yönde düzenlemeler eskiden beri mevcuttur. Ancak bu düzenlemeler esas olarak kişinin kendisiyle olan ilişkisinde başkalarını, toplumun çıkarlarını ve kişiyi bizzat kendine karşı koruma amacıyla ve bununla sınırlı olarak, bütünsellikten yoksun biçimde öngörülmüştür.

2. Çok daha önceleri yürütülüyor olsa da 1990’lı yıllarda yoğunlaşan tartışma süreci nasıl başladı ve gelişti, bugün tartışmaların neresindeyiz? Kısaca buna değineceğim.

Tartışmaların odağında “vücut kimindir?” ya da “vücutla ilgili kim karar verebilir?” sorusuna karşı önerilebilecek hukuki çözümlerin dayandığı hukuk anlayışı bulunuyor.

2.1 Sorunun dramatik yönünü canlandırabileceğini umduğum birkaç örnek olaya değinmek istiyorum.

John Moore bilgisi ve onayı olmaksızın birçok kez vücudundan gizlice hücreler alarak bu hücreleri, üzerlerinde patent elde edip üçüncü kişilere satan doktorlara karşı ticari kazancın kendisine verilmesini talep ederek dava açtı. Kaliforniya İstinaf Mahkemesi bireyin kendi vücudu ve vücudun ürünleri üzerinde mülkiyet hakkının bulunduğu gerekçesiyle davayı kabul etti. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi bu kararı, vücut ve ürünleri üzerinde bireyin mülkiyet hakkının bulunması anlayışını insan onuruna aykırı bularak bu noktadan bozdu.

Deirdre de Barra, gebeliğin 16. haftasında doğuracağı bebekteki kromozom bozukluğunun doğumdan kısa bir süre sonra bebeğin ölümünü kaçınılmaz kıldığını öğrendi. İrlanda’da kürtaj yasaktı, de Barra yurt dışına gidip kürtaj olmadı, ülkesinde kaldı, doğurdu, bebek doğduktan çok kısa süre sonra öldü. De Barra bir günlük gazeteye yazdığı açık mektupta “(...) Vücudumu kendi egemenlik alanları olarak gören bu tanımadığım, beni tanımayan hükümetin ve Katolik kilisesinin işbirlikçisi erkeklere karşı çok öfkeliyim” diye yazarak kızgınlığını dışa vurdu.

Diane Pretty, 44 yaşındaki Chariot hastalığından mustarip Britanyalı kadın, ölüm anını bizzat belirlemek istiyordu. Yaşamına bizzat son verebilecek durumda değildi, bu konuda kendisine yardımcı olmasını kocasından istedi. İsteğini kabul eden kocasını ceza tehdidinden kurtarmak amacıyla Lordlar Kamarası’na başvurarak kocası için güvence isteminde bulundu. İstemi kabul edilmedi. Pretty ret kararına karşı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurdu. Mahkeme aktif ötenazi-pasif ötenazi ayırımı yaparak kocanın karısının istemiyle onun yaşamına son verecek davranışına meşruiyet tanımadı.

Yaşamını sirklerde yaptığı gösterilerle kazanan cücenin vücudunu topu ateşleyerek belli bir hedefe fırlatma gösterisini bir belediye yasakladı, Fransız idari yargısı belediye kararını iptal etmedi, belediye kararını haklı buldu.

Sayıları yüzlerle arttırılabilecek örneklerden yukarıda saydıklarımızda John Moore, Deidra de Barra, Diane Pretty, ve cüce istemlerini şöyle özetliyorlar: “Vücudum benimdir, onunla ilgili kararları ben veririm”. Organ satışı yasağına karşı seslerini yükseltenler de, 2002 yılında getirilen “ahlaki olmayan biçimde dikkat çekme ve etkileme” yasağının kendilerine karşı çıkartıldığı belirterek bu “Sarkozy yasasını” protesto eden hayat kadınları da taleplerini aynı zeminde savunuyorlar: “Vücudum benimdir, onunla ilgili kararları ben veririm”.

2.2 “Vücudum benimdir, onunla ilgili kararları ben veririm” talebi önce özgürlükler alanında “kişi iradesinin üstünlüğü”, “birey üzerine kurulu demokratik bir devlet açısından malum-bilinen bir VERİ” olarak ele alındı. Bu özgürlük kişinin, üçüncü kişilerin (diğer aile bireyleri, toplum, dini otoriteler, devlet, vb.) müdahalesi olmaksızın yaşamı, sağlığı ve ölümü hakkında bizzat karar verebilmesini ifade ediyordu. Ve özgürlükler alanında VERİ’nin güvencesi getirildi.

Ne var ki, özgürlük alanına çekilen “vücut benimdir” tartışmasında demokratik bir devletin bilinen bu VERİ’sine getirilen güvencenin kişinin vücudunu üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korumakla birlikte, “vücudumla ilgili kararları ben veririm” talebinde bulunanların isteklerini karşılamak söz konusu olduğunda yeterli olmadığı görüldü.

Çünkü özgürlüğün temeline “insan onuru”, “kişide mündemiç insan onuru”, “insan türü” gibi biyolojik olarak algılan bir kavram oturtuldu. Hukuk alanına sokulan bu kavram vücudu başkalarının müdahalesine karşı korurken kişinin kendi vücudu hakkında karar verebilme talebini “insan onuruna”, “insan türünün özüne” aykırı istekleri söz konusu olduğunda yasaklayabiliyor ya da sınırlandırabiliyor.

“Vücudumla ilgili kararları ben veririm” talebi, kişinin kendi vücuduna ilişkin isteklerini gerçekleştirebilme arzusunu ifade eder. Bir başka şekilde ifade etmek gerekirse kişinin kendi vücudu ile kurduğu ilişkidir. Bu ilişki içinde kişinin “kendi vücudu üzerinde bizzat bir şey yapmayı ya da yapmamayı veya başkasından vücudu üzerinde bir şey yapmasını ya da yapmamasını isteyebilmesini “hak” olarak ileri sürerken arzularını temel alamaz. Çünkü hukuk alanında arzular bir hakkı ifade etmedikleri gibi bir hak olarak da görülmezler. Kişinin öznel arzuları ile bu arzuların hukuka uygunluğunu karıştırmamak gerekir. Bir davranışın hak olabilmesi için o davranışın belli bir hukuk sistemi içinde meşru, geçerli sayılması gerekir. Hak öznel arzuların belirlemelerine indirgenemez, belli bir hukuk sistemi içinde genel ve soyut biçimde yer alır. Bu nedenle herkes talebini kişisel olmayan kavramlara dayandırmak zorundadır.

Vücut üzerinde bizzat karar verebilmeyi hukuk alanında temellendirirken işe vücudu iki kategoriden birine sokarak başlamak gerekir. Vücut kişi midir, eşya mıdır? Hukuki çözümler vücudun kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesine göre farklılaşabilecektir.

Kişi ya da eşya nitelendirmesi yapılırken insan onuru gibi değişik hukuki kurgulara başvurulabilir; ancak kişi ve eşya temel ayırımına Roma Hukuku temelli hukuk sistemimiz içinde kalarak bir üçüncü kategori eklenemez. Örneğin insan onuru bir üçüncü kategori olarak ele alınamaz.

2.3 “Vücut benimdir, vücudumla ilgili kararları ben veririm” talebi “vücut kimindir?” sorusunu sordururken vücudun hukuki niteliğini de tartışma alanına taşıdı: Vücut kişi midir eşya mıdır? Özellikle tıp alanındaki değişik durumları tartışırken vücudun aidiyetine ilişkin önerilen hukuki çözümler kişi-eşya ayırımına oturtulmak yerine bu ayırımı dolanarak ve zaman zaman bulandırarak üretildi.

Konuşmamı, bu tartışmaları ele alarak sürdüreceğim.

3. Tartışmaları genel olarak iki farklı gereksinim karşılanması sürecinde izleyebiliriz: Kişinin kendi vücudu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilme talebi ve tıp mensuplarının, araştırmacıların insan vücuduna olan gereksimi.

3.1 Kişinin kendi vücudunda serbestçe tasarrufta bulunabilme talebi özellikle üç konuda yoğunlukla tartışılıyor: Ötenazi, yardımcı üreme tekniklerinden yararlanma, cinsiyet değiştirme.

3.1.1 Ötenazi talebi ölümcül hastalığı olup, yaşayacağı sürenin kendisi açısından dayanılmaz fiziki ve psikik acı vereceğini düşünen kişinin ne zaman ve ne şekilde öleceğine, ailenin, dini otoritelerin ya da devletin onun adına karar vermesi engellenerek, bizzat karar verebilmesi talebidir.

Hukuk sistemimiz içinde bu talebe ilişkin hukuki çözüm getirilmek istendiğinde vücudu nitelendirmek gerekiyor.

Vücut kişinin öz cisimidir tanımı esas alınırsa vücut kişi olarak nitelendirilir ve kişinin kendisi ile olan ilişkisinde üçüncü kişilerin müdahalesi engellenerek kişinin bizzat karar verebileceği savunulabilir. Aksi de düşünülebilir: Kişinin vücudu (yaşamı) üzerindeki hakkı başkasına devredilemez, vazgeçilemez haklardandır; kişinin yaşamı sadece başkalarının tecavüzüne değil, kendisinin eylemlerine karşı da korunmuştur. Ayrıca vücut kişi olarak nitelendirilse dahi, ölmeye karar verme hakkı kişinin kendisi ile olan ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda, örneğin tedaviyi reddetmesi, kolaylıkla savunulabilir.

Buna karşılık, kişinin kendisi ile olan ilişkisi aynı zamanda bir başka ilişkiyi de

gündeme getiriyorsa, örneğin bir başka kişinin, doktorun müdahalesini gerektiriyorsa sorun karmaşılaşır: Kişi ölme hakkını üçüncü kişinin, doktorun yardımı, müdahalesi olmaksızın kullanamıyorsa, yaşamına üçüncü kişinin son vermesini istiyorsa veya yaşamına son vermesinde yardımcı olmasını istiyorsa bir başka ilişki türü, üçüncü kişi, doktor ile kendisi arasında bir ilişki kurulur. Acaba bu ilişki temelinde kişinin doktordan yaşamına son vermesini talep etme yetkisi, yani hakkı var mıdır? Varsa bu hakkını kullanabilmek için doktoru zorlayabilir mi?

Vücut eşya olarak nitelendirildiğinde de kesin bir sonuca ulaşmak mümkün görülüyor. Vücut eşyadır, maliki de vücut sahibi kişidir; vücudun maliki onun üzerinde dilediği tasarrufta bulunabilir tezi savunulabilir. Bu tezin karşısına vücut üzerindeki mülkiyet onun üzerinde tam egemenlik kuran bir ilişki değildir ya da vücut insan türünün mamelekidir, kişisel mülkiyete konu olamaz görüşleri ile çılabilir.

Tartışmaların ayrıntısına, inceliklerine girmeyeceğim. Şunu söylemek yeterli sanırım: Kişi-eşya ayrımı temelinde yapılan nitelendirme konusunda bir konsensus oluşmadığı gibi nitelendirmeden herhangi birinden kalkarak önerilen hukuki çözümlerde de bir uzlaşma sağlanamıyor.

Günümüzde de sürdürülmeye çalışılan bu tartışma hukuk alanında kişi-eşya ayrımını bulandıran yeni kavramlar üretti: İnsan kişi ve insanlığa (insan türüne) ait eşya. Bu yeni kavramlar kişi-eşya ayrımını bulandırıyor diyorum, çünkü böylece kişi ve eşya nitelendirmesi biyolojik algıyla temellendirilmeye başlandı.

Ötenazi önceleri özgürlükler çerçevesinde tartışıldı. Tartışmanın zeminini kişinin kendisi ile olan ilişkisi düzenliyor. Kişi, iradesinin üstünlüğü ilkesi temelinde kendi vücudu üzerinde bizzat karar verebilir, ölümünü ve zamanını belirleyebilir. Yaşam onurlu bir yaşamı içerdiği gibi yaşamın sonu olan ölüm de onurlu bir ölümü içerir. Onurlu ölüm tıpkı onurlu yaşam gibi temel haklardandır. “Onurlu” yaşam ve ölüm nitelendirmesi, Birleşmiş Milletler sözleşmesinin girişinde ve özellikle Birleşmiş Milletler çerçevesinde düzenlenen insan haklarına ilişkin sözleşmelerin jenerik teması olan “insan onuru” kavramını önerilen somut hukuki düzenlemelerin temeline oturuyor, bu kavramı hukuk alanına bir hukuki kategori olarak sokuyor. Biyolojik olarak algılanan ve tanımlanmaya çalışılan bu kavram ötenazinin hak olarak kabul edilmesine olanak sağladığı gibi yasaklanmasında da dayanak olarak ileri sürülebiliyor. Özellikle, sorun kişinin kendisiyle olan ilişkisi dışında bir üçüncü kişiyle, doktorla olan ilişkisini gündeme getirdiğinde çetrefilleşmektedir.

Kişi kendisi ile olan ilişkisinde, örneğin tedaviyi reddederek ölüm sürecini çabuklaştırabilir ya da bizzat yaşamına son verebilir. Ancak ölümün gerçekleşmesi için bir üçüncü kişinin yardımı gerekiyorsa, üçüncü kişi ile kurulan ilişki kişiye üçün-

cü kişiden bu yardımı talep etme hakkı verir mi? Üçüncü kişi bu yardımı kabul edebilir mi? Kabul ederse yardım yükümlülüğü doğar mı? Örneğin, üçüncü kişi doktor ise hastasının yaşamına son verecek bir ilacın reçetesini yazabilir mi ya da hastanın yaşamını uzatan aletlerin çalışmasını durdurabilir mi veya hastasına ilaç zikrederek ölümünü bizzat sağlayabilir mi?

Sonuç olarak ötenazi kişi-eşya ayırımı dolanarak özgürlükler alanında tartışıldığında, bu tartışma kişinin kendisi ile olan ilişkisinde ölme hakkının temel hak olarak kabulünü sağlayabilse bile kişinin üçüncü kişi ile olan ilişkisinde sadece üçüncü kişiden, o da kişinin iradesinin üstünlüğü ilkesi temelinde, tedaviyi ve bakımı durdurmasını isteyebilme hakkını açıklayabiliyor ama üçüncü kişiden ölümünü gerçekleştirecek davranışta bulunmasını isteyebilme hakkına tatmin edici bir hukuki zemin oluşturamıyor. Ama bu arada “insan onuru” da biyolojik olarak algılan bir kavram olarak hukuk alanına girmiş oluyor.

Ötenazi konusunda üzerinde az çok konsensüs sağlanan hukuki çözüm, yine kişi-eşya ayırımı dolanılarak, hastanın doktorla (üçüncü kişi) ilişkisinin süreçleri incelenerek sağlandı. Bu ilişki içinde hastanın yaşamını sürdürmesinde çektiği fiziki ve psikik acı, hastanın yaşamına son verme iradesi, doktorun işlevi (tedavi, bakım, yaşamı esas alma vb.) ölüme giden süreci belirlemede etkin oldu. Üzerinde az çok konsensüs sağlanan çözüm pasif-aktif ötenazi ayırımı dayandırıldı. Eğer hastanın yaşamını sürdürmesi ona katlanmak istemediği bir fiziki, psikik acı veriyorsa ve hasta tedavi ve bakım istemediğini, doktorun tüm tıbbi olasılık ve olabilirlikleri açıkça ve birkaç kez kendisine açıklamasına rağmen açık biçimde tedavi ve bakım istemediğini ifade ediyorsa (aydınlatılmış rıza) doktor tedavi ve bakımı sona erdirerek ölüm sürecini hızlandırabilir (pasif ötenazi). Buna karşılık doktor hastaya yardımcı olarak ölümü bizzat gerçekleştiremez (aktif ötenazi). Ayrıca pasif ötenazi durumunda da hastanın tedavi ve bakımı reddetme iradesini belirtmemesi (bilinçsiz konumu) varılan çözümün sorgulanmasına yol açmaktadır.

Sonuç olarak şunu söyleyebilirim: “Vücut benimdir, vücudumla ilgili kararı ben veririm” talebini ötenazi kapsamında ileri sürenlerin talebi, “vücut kişi midir-eşya mıdır?” sorusuna yanıt aranmadan, bu temel ayırım dolanılarak, ister özgürlük alanında, ister hasta-doktor ilişkisi içinde tartışılsın, talebi ileri sürenleri tatmin edecek hukuki çözüme ulaşılamıyor. Ama “insan onuru” kavramı hukuk alanına bir hukuki kategori olarak sokuluyor. Anılan talep kişi-eşya ayırımı temelinde tartışıldığında ise, talebi bir ölçüde de olsa karşılayacak hukuki çözüm üzerinde konsensüs sağlanamıyor. Yani, hukuk ötenazi konusuna kendi sistemi içinde çözüm getirmekte başarılı olamıyor. Ele alacağım her konuda yineleyeceğim soruyu sorayım: Acaba içinde yer aldığımız hukuk sistemi kendi kategori ve kavramlarıyla ötenazi konusunda çözüme ulaşmaya elverişli değil mi?

3.1.2 “Vücut benimdir, vücudumla ilgili kararları ben veririm” talebi yardımcı üreme tekniklerinden yararlanma söz konusu olduğunda da hukuk alanında tartışılırken, kişinin “üreme hakkı” olarak tanımlanan bu talep kişinin kendi kendisiyle olan ilişki kapsamından çıkartılıyor ve kişinin toplumla ya da insan türüyle olan ilişkisi kapsamında değerlendiriliyor.

Üreme arzusunu ifade eden talep kişinin kendi kendisiyle ilişkisi kapsamından çıkartılıp toplumla olan ilişkisi kapsamında değerlendirildiğinde üreme arzusu “aile projesi” nitelendirmesiyle “aile”, “akrabalık”, “soy bağı” gibi toplumun yapılanmasında temel alınan kavramlarla çerçeveleniyor. Kadının kendi üreme hücresiyle ya da bir başka kadının üreme hücresiyle herhangi bir erkek üreme hücresinin döllenmesinden oluşan embriyonun bir başka kadının vücudunda gelişerek doğmasını ifade eden taşıyıcı annelik insan türü ile olan ilişki kapsamında ele alınıyor ve “insan türünün doğal üreme” biçimi düşüncesiyle kurgulanan bir algıyla çerçeveleniyor. Böylece hukuki çözümlere vücut, üreme hücresi, embriyo kişi ya da eşya temel ayırımına göre nitelendirilmeden, bu ayırım dolanılarak ulaşıyor: Yardımcı üreme tekniklerinden kimler hangi koşulla yararlanabilir, taşıyıcı annelik hangi biçimi ile ve hangi koşulla kabul edilebilir sorusu hukukun var olan kendi kategorilerine bağlı kalarak değil, insan onuru, insan türü, insan türünün doğal üreme süreci gibi üretilen yeni kategoriler çerçevesinde yanıtlanmak isteniyor.

Sonuç olarak hukuk sistemimizin kendi kategori ve kavramları üzerinde az çok konsensüs sağlanacak hukuki çözüme ulaşmakta yetersiz kalıyor.

3.1.3 Benzeri hukuki tartışma süreci cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin talebi karşısında da karşımıza çıkıyor. Kişinin kendi vücuduyla ilgili, cinsiyet değiştirmeye yönelik karar verme hakkı, “vücut, kişi midir eşya mıdır?” ayırımı temelinde değerlendirilmek yerine, bu ayırım dolanılarak, tıbbi bakış açısıyla çözümlenmeye çalışılıyor.

Kişinin cinsiyet değiştirme arzusuna, başka bir ifadeyle kişinin öyle hissettiği cinsiyetine uygun bir vücutu olması arzusuna dayalı talebin kabulü, soruna psikoterapinin çözüm getirmediği, tıbbi açıdan hormonal-cerrahi tedavi ile istenilen sonuca ulaşılabileceği anlayışıyla sağlanabiliyor. Yani talebin meşruiyeti tıbbi sürece tabi olarak kabul ediliyor: Belirlenmiş kriterlere uygun olarak belli bir süre yürütülen deneme süreci sonunda hormonal-cerrahi tedaviye en azından bir psikiyatrist, bir cerrah ve bir endokrinolog”dan oluşan kurulun olumlu kararı ile başlanıyor.

Kişinin kendi kendisiyle ilişkisi bir üçüncü kişiyle ilişkiyi (üçüncü kişinin-doktorun yardımı) zorunlu kıldığında hukuki çözüm kişinin kendi kendisiyle ilişkisi temelinde değil, üçüncü kişiyle (doktorla) ilişkisi temelinde ve tıbbi süreç çerçevesinde aranıyor. Böylece vücudun kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesi gereği bir kenara bırakılarak dolanılıyor ve cinsiyet değiştirme talebi “insan yaşamı” üzerine

kurgulanan ve “insan türüne” bağlanılan bir değer üretilerek hukuk alanında düzenlemeye kavuşabiliyor.

3.2 Vücutla ilgili tartışmaların bir başka boyutunu tıp mensuplarının, araştırmacıların insan vücudu üzerinde deney yapma gereksinimleri oluşturmaktadır.

3.2.1 Tıp mensupları ve araştırmacılar vücudu üzerinde deney yapabilecekleri “sağlıklı” ya da “hasta” “gönüllülere” gereksinim duyarlar.

“Gönüllü” sözcüğü vücuduna araştırma, deney amaçlı müdahaleyi kabul eden kişiyi ifade eder. Öyle ise hukuki açıdan “gönüllü” olabilme tartışılırken öncelikle kişinin kendi kendisiyle (vücutuyla) olan ilişkisinin hukuk alanında tanınan bir ilişki olduğunu kabul etmek gerekir. Sonra, bu ilişkinin kişinin vücudu üzerinde ne gibi haklara kaynak oluşturduğu ya da oluşturabileceği irdelenir. Ve bu irdeleme vücudun mutlaka kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesini gerektirir.

Eğer bu irdeleme sonucunda kişinin kendi vücudu üzerinde araştırma ya da deney amaçlı müdahalede bulunulmasını isteme ya da müdahaleyi kabul etme hakkı bulunduğu kabul edilirse, bu hakkın kişinin üçüncü kişiyle (araştırma ya da deney amaçlı müdahalede bulunan) arasındaki ilişkiye etkisi hukuki çözümün konusu olur.

Görülüyor ki, hukuk sistemimiz açısından tıp mensuplarının ve araştırmacıların insan vücuduna olan gereksinimlerine hukuk alanında önerilebilecek olumlu ya da olumsuz çözümler, kişinin kendisiyle olan ilişkisinin hukuken muteber bir ilişki kabul edilip edilmemesine ve buna bağlı (ilişkinin kabulü) ya da bundan bağımsız (ilişkinin kabul edilmemesi) olarak vücudun kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesine göre çeşitlenebilecek, farklılaşabilecektir.

Oysa, üzerinde az çok konsensüs sağlanan çözüm, bu hukuki düşünce dolanılarak, vücut kişi ya da eşya olarak nitelendirilmeksizin, kişi ile vücuduna müdahalede bulunacak tıp mensubu ya da araştırmacı arasındaki ilişki çerçevesinde ve esas olarak vücuduna müdahalede bulunulacak kişinin aydınlatılmış rızası temelinde geliştirilmektedir. Bu çözümde de “vücut bütünlüğü”, “vücudun metalaştırılmaması”, “teşhis ve tedavi amaçlı müdahale” gibi “insan onuruna” ya da “insan türüne” bağlanan kavramlar öne çıkıyor. İnsan onuru ya da insan türü bir hukuki kategori olarak hukuk alanına giriyor.

Tıp mensuplarının ve araştırmacıların insan vücuduna olan gereksinimleri ölen kişinin vücudu söz konusu olduğunda farklı ilişki biçimlerinin irdelenmesini gündeme getirmektedir.

Ölen kişinin vücudu ölümü izleyen kısa süre içinde, tıp mensupları bakımından organ ve hücre nakli için, araştırmacılar bakımından hayvanlar üzerinde yürüt-

tükleri deneyleri insan üzerinde sürdürebilmek için, son derece önemli materyaldir. Büyük Britanya’da depresif ya da özürlü kişilerin beyinlerinin ölmelerinin hemen sonrasında ailelerinin onayı olmaksızın araştırma amacıyla vücuttan alınması, ölmüş kişinin vücudunun sahipsiz eşya olarak görüldüğü ülkede bir trafik kazasında ölenin vücudundan organlarının başka bir kişiye nakli amacıyla anında alınması örneklerine ve benzerlerine çok sık rastlanılır.

Konuya kişinin kendisiyle (vücudu) arasındaki ilişkiyi hukuken muteber bir ilişki olarak kabul ederek yaklaşıldığında şu sorulara hukuki yanıt vermek gerekir: Ölüm bir ilişkiyi, dolayısıyla o ilişkiden kaynaklanan hakları sona erdiren bir hukuki olay olduğuna göre, kişi öldüğü anda vücuduyla ilişkisi ve bu ilişki temelinde sahip olduğu hakları sona erer. Kişinin ölmeden önce ölümüne bağlı olarak vücudu üzerindeki haklarını başkasına devredip devredemeyeceğine, ölümünden önce ölüm sonrası vücudunun akıbetini belirleyip belirleyemeyeceğine (örneğin vücudunu ya da organlarını bağışlayıp bağışlayamayacağına) ilişkin hukuki çözümler vücudun kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesine göre farklı olabilecektir. Dahası, kişinin sağlığında vücudunun kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesi ile ölümünden sonra vücudun kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesi farklı olabilir mi? Çünkü bir hukuki olay olan ölüm kişinin kendisiyle (vücuduyla) ilişkisini sona erdirirken başka ilişkilerin doğmasına yol açabilir. Ölenin vücudu ile o vücuda müdahale eden tıp mensubu ya da araştırmacı arasındaki ilişki ya da ölenin vücudu ile mirasçı arasındaki ilişki gibi. Burada da hukuki çözüm vücudun kişi ya da kişi olarak nitelendirilmesine bağlı olarak değişebilecektir.

Kişinin kendi kendisiyle (vücuduyla) olan ilişkisinin hukuken muteber bir ilişki olarak görülmemesi durumunda da (niye öyle olduğunun hukuken açıklanması gerekir) ölenin vücudu ile üçüncü kişilerin ilişkisinin hukuk alanında tanımlanması ve üçüncü kişilerin tanımlanan bu ilişkiden doğan haklarının belirlenmesi vücudun kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesine bağlıdır.

Oysa hukuki çözüm önerileri temel iki kategoriden, kişi ya da eşya, biri çerçevesinde geliştirilmiyor; hukuki çözümde konsensüse, bu ayırım zorunluluğu dolanılar, insan onuru ya da insan türü perspektifiyle tanımlanan “vücut bütünlüğü”, “vücudun metalaştırılmaması”, “ölen kişinin yaşarken açıkladığı rızası ya da ailesinin rızası” (yeri gelmişken belirtmeliyim, buradaki rıza, borçlar hukukunda hak ve borçların kaynağı olan somut ilişkiyi kuran iradeyi ifade etmiyor, doktor müdahalesinin temel koşulu olarak “tıbbi rıza” biçiminde tanımlanıyor) “insanlığın ortak mameleki” “tedavi amacı” gibi hukuk alanında giderek mutlaklaştırılan kavramlar çerçevesinde ulaşılmak isteniyor.

İnsan embriyosu, geni, kök hücresi, genomu... Biyoloji ve tıp alanında araştırmacıların araştırmaları ve deneyleri için müdahale etmek zorunda oldukları “varlıklar”!

3.2.2 Tıp mensubunun ve araştırmacının insan embriyosuna müdahalesi embriyonun hukuki statüsünü tanımlamayı zorunlu kılmaktadır.

Bu konuda hukukçu bilimin verilerini esas alarak hukuki çözümler önerebilir. Örneğin, embriyonun gelişme sürecinde henüz rahme tutunmadığı, cinsiyetinin belirmediği, sinir sisteminden yoksun bulunduğu ve doğal yoldan rahimden tahliye olabileceği ilk 5 gün içinde üzerinde araştırma ve deney amacıyla müdahalede bulunulabileceği öngörülebilir. Ne var ki, böyle bir düzenleme embriyoyu gelişme süreci içinde ikiye ayırarak (erken embriyo-embriyo) hukuk alanında işleri daha zorlaştırmaktadır: Erken embriyo kişi midir, eşya mıdır? Embriyo kişi midir eşya mıdır?

Ayrıca, hukuki soruna kişi-eşya ayırımını dolanarak bilimin verilerine göre çözüm getirilmek istendiğinde, embriyoya diğer hücrelerden, örneğin deri hücrelerinden farklı bir statü tanınmasını açıklamak zorlaşır. Çünkü bilimsel olarak embriyo olmayan bir hücreden embriyo elde edilebilir. Yani her hücrenin embriyo potansiyeli vardır. Tüm hücreler aynı hukuki statü içine konulduğunda ise, ya tüm hücrelere aynı saygınlığı tanıyarak biotıp alanındaki deneyleri önemli kapsamda yasaklayacağız ya da hiçbir hücreye saygınlık tanımayarak embriyo üzerindeki deneylerin tümüne yeşil ışık yakacağız. Her iki sonuç da üzerinde konsensüs sağlanamayan çözümlerdir.

Oysa sorun *in vitro* dölleme üreme amacıyla kullanılmayan ya da kullanılmayacak fazla embriyoların akıbetinin ne olabileceğidir: Bunları yok mu edeceğiz, saklayabilecek miyiz, üzerinde araştırma, deney yapabilecek miyiz? Bu soruya Roma hukuk sistemine bağlı kalarak hukuki çözüm getirmek istiyorsak öncelikle embriyonun akıbetini hangi ilişki temelinde ele aldığımızı belirtmek, sonra bu ilişki temelinde embriyoyu kişi mi yoksa eşya mı olarak nitelendirdiğimizi açıklamamız gerekiyor.

Az önce belirttiğim gibi, bu düşünce tarzını dolanarak, örneğin “bilimin verilerini esas alan” bir hukuki düzenleme önerilebilir. Ne var ki böylesine bir yaklaşım bilimin verileri üzerinde kurgulanan yeni bir hukuk sisteminin (Roma Hukukundan farklı bir sistem) tanımını, kaynaklarını, özgünlüğünü, meşruiyetini, bütünlüğünü, tutarlılığını, gerekliliğini, kaçınılmazlığını, elverişliliğini tartışmaya açar: *Lex mercatoria*’nın hukuk olup olmadığı irdelenirken bu kez *Lex scientifica* hukuk mudur değil midir tartışmasının girdabında kayboluruz.

Roma hukuk sisteminin temel yapısını dolanarak hukuki çözüm önermenin bir yolu da embriyoya kendine özgü bir statü öngörmektir. Örneğin embriyo “potansiyel insan” olarak tanımlanırsa, embriyoyu oluşturan üreme hücrelerinin kaynağı kadın ve erkeğin rızalarıyla embriyo üzerinde embriyoya zarar vermeksizin “teşhis ve tedavi” amaçlı araştırmaya izin verebilecekleri önerilebilir. Bu çözüm-

de embriyoyu oluşturan üreme hücrelerinin kaynağı kadın ile erkek ve embriyo arasında “dayanışma” temelinde bir ilişki ele alınmaktadır. Böylece embriyo kişi ya da eşya olarak nitelendirilmeksizin özel bir statü içinde değerlendirilmekte ve teşhis ya da tedavi amacıyla sınırlı bir müdahale serbest bırakılırken, örneğin embriyoyu kopyalamaya ya da embriyoya zarar verici araştırma ve müdahale yasaklanabilmektedir.

Bir başka çözüm önerisi embriyo ile araştırmacı arasındaki ilişki temelinde, embriyoyu kişi genel kategorisi içinde ele alarak, ancak ona yeni bir “ayırt etme gücü bulunmayan, kısıtlı” alt kategorisinde yer verip belli sınırlarda hak sahibi olabileceği anlayışına dayanmaktadır. Bu anlayış kanımca hak ehliyeti ile fiil ehliyeti arasındaki ayırımı göz ardı etmektedir. Kişiler arasında hak ehliyeti bakımından ayırım yapılamaz. Her “insan” hak ehliyetine sınırsız ve eşit olarak sahiptir; “ayırt etme gücünden yoksunluk, kısıtlılık” fiil ehliyetine ilişkin düzenlemelerin kavramlarıdır. “Sınırlı hak sahibi” önermesi eşitlik ilkesine de aykırıdır. Özetle, bu çözüm önerisi de kişi, eşya temel ayırımını dolanmaktadır.

Bence, kişi-eşya ayırımını dolanarak önerilen her çözümün temelinde teşhis ve tedavi amacı dışında embriyoya zarar verecek her türlü araştırma ve müdahaleyi, özellikle aseksüel döllemeyi ve insan üretimini (insan kopyalamasına yönelik olan hatta yapma rahim üretme amacını taşıyan araştırmaları da hatırlarsak) mutlak olarak yasaklama istemi bulunmaktadır. Bu istemi meşrulaştıran da “insan onuru”, “insan türü (türün doğal evrimi, bütünselliği) kavramlarına atfedilen biyolojik, “bilimsel” değerlerin tartışmasız kabul edilir görünen “üstünlüğüdür”.

3.2.3 Belli bir ilişkiyi tanımlayarak ve bu ilişkinin somutluğunda kişi-eşya temel ayırımına sadık kalarak sistemleştirilen hukuki düşüncenin sonuçta hukuki çözümsüzlüğe ulaşmasına somut örneklerden biri de insan geni, kök hücre, insan genom projesi üzerine yapılan araştırmalardır.

Hukuki çözümsüzlük tüm bu araştırmalarda gerçekleştirilecek deneylerin, eğer sadece tedavi amacıyla sınırlanmazlarsa, bireyin özgün genetik kimliğini veya insan türünün genetik bütünselliğini, özgünlüğünü, doğal evrimini tehdit edeceği kabul edilen, öngörülen, varsayılan ya da Nazizm’in soy artım ideolojisini yendi üreteceğinden kaygı duyulan sonuçlara ulaşabileceği korkusundan kaynaklanmaktadır.

Ayrıca, kişinin genetik bilgilerinin aile bireyleri, işveren, sigorta şirketleri, devlet (örneğin ceza hukuku alanı) karşısında mutlak bir gizliliğe sahip olup olamayacağı, çocuğun gerçek ana babasını saptayabilmek ya da onlarda bulunan kalıtsal hastalıkları, genetik bozuklukları öğrenebilmek için onların genetik izlerine ulaşp ulaşamayacağı, onları bu konuda zorlayıp zorlayamayacağı, insan genomunun patent konusu olup olamayacağı gibi bir çok hukuki soruna da kişi-eşya ayırımı

temelinde üzerinde az çok konsensüs sağlanan bir çözüm getirilememektedir.

Gen, kök hücre, genom haritası, genler dizilimi üzerine yapılan araştırmaların ve deneylerin ortaya çıkardığı, çıkartabileceği durumların ayrıntısına girmeyeceğim; bunlar daha önceki konuşmalarda dile getirildi. Bu mevcut veya orta, uzun vadede ortaya çıkması olası durumlara ilişkin hukuki sorunların çözümü ya bilimsel veriler temelinde karar vermeleri öngörülen değişik bilim dallarında uzmanlardan oluşan etik kurullarına bırakılıyor ve onların ulaştıkları sonuçlar hukuk alanında normlaştırılıyor ya da hukukçular somut bir ilişki temelinde kişi-eşya ayırımını bir yana bırakıp, “insansal eşya”, “insanlığın malvarlığı” gibi nitelendirmelerle insan geni, kök hücreleri ve genomuna özgü *sui generis* bir özel düzenleme alanı kurgusuyla hukuki çözüm öneriyorlar.

Bu arada, hukuki çözümün “kişinin biyolojik ana-babasını bilme hakkı”, “kendinden sonraki kuşağa genetik özelliklerini aktarma hakkı”, “özel yaşamın gizliliği” vb. başlıkları altında insan hakları alanında da arandığını belirtmeliyim.

Ancak tüm bu hukuki çözüme somut ilişki temelinde kişi-eşya ayırımını ihmal ederek ya da dolanarak ulaşma arayışları “insan türünün bütünselliğini, özgünlüğünü” koruma, güvence altına alma düşüncesine dayandırılmaktadır.

II

Konuşmamın ilk bölümünde, özellikle biyoloji alanındaki gelişmelerin önümüze koyduğu, önümüze koyması olası hukuki sorunları Roma Hukuku temelinde gelişmiş Kara Avrupa”sı hukuk sisteminin kendi yapısında bütünsellik içeren kurgusunun temel taşlarını ihmal ederek ya da bu kurgunun temel taşlarını dolanarak çözme pratiğinin son derece güçlü bir akıma dönüştüğünü belirtmeye çalıştım.

Bu akım kendi içinde kalkış noktaları ve ulaştıkları sonuçlar bakımından farklılıklar içeren değişik anlayışlardan oluşuyor; ancak tüm farklılıklarına karşın her bir anlayışın (bilimsel veriler temelinde hukuki çözüm önermek, insan onurunu ve insan türünün bütünselliğini, dokunulmazlığını korumak, insan hakları alanında çözüm öngörmek vb.) odağında “insan türüne” biyolojik algıyla yapılan gönderme bulunuyor.

Bu nedenle, konuşmamın ikinci bölümünde, hukuk alanına hak sahibi ya da korunan üstün çıkarı vurgusuyla dahil edilen “insan türü” önermesini yine Roma Hukuku temelinde gelişmiş hukuk sisteminin kurgusu içinde değerlendirmeye çalışacağım.

4. İnsan türü kavramı hukuk alanına mutlak ve kesin olarak, istisnasız korunması gereken en üstün çıkarı ve değeri (insan türünün bütünselliği) ifade etmek amacıyla sokulduğunda, kaçınılmaz olarak hukukun anlamını ve işlevini de kökten değiştirme tehlikesini doğurur.

4.1 Hukuk insanların evrende bulunan başka somut varlıklarla ilişkileri temelinde gerçekleştirdikleri davranışları değişik boyutlarıyla değerlendirir, düzenler. Roma hukuk sisteminde evrende bulunan varlıklar kişi ya da eşya kategorisi altında kavramsallaştırılmıştır. Bu hukuk sisteminde “kişinin” yine bir “kişi” ya da bir “eşya” ile ilişkisinde gerçekleşen davranış düzenleme konusudur. Bu düzenlemelerin amacı da ilişkideki davranışın diğer taraf için “kötü” olmasını engellemek, başkasının özgürlüğünün ihlalini engellemektir. Bu nedenle hukuk alanında düzenleme yapılırken düzenlemenin hangi “ilişkiye” ilişkin olduğu ve bu ilişki içinde neyin (hangi davranışın) “kötü” olduğu belirlenmelidir. Embriyo üzerinde in vitro deneyin hangi ilişki içinde ele alındığını belirlemeden ve embriyonun laboratuvar malzemesi olarak kullanılmasının hatta onun ilerde bir organa ya da ilaca dönüşmesinin “kime” ya da “neye” zarar verdiğini göstermeden sırf “insan türünü” koruma gerekçesiyle getirilecek bir düzenleme roma hukuk sisteminin bünyesiyle uyuşmamaktadır.

Şu iki farklı düzenleme örneğini ele alalım: “In vitro embriyoya, ona zarar vermek koşuluyla gerçekleştirilecek teşhis ve tedavi amacı dışındaki her türlü müdahale yasaktır” ve “hiç kimse davranışıyla insan türünün bütünselliğini ihlal edemez.”

Birinci düzenleme embriyoya in vitro müdahale edecek kişi (doktor, araştırmacı) ile evrende bulunan bir varlık olan embriyo arasındaki ilişki temelinde, bazı müdahalelerin embriyo için “kötü” olduğu kabul edilerek öngörülmüştür. Döllenmede üreme amacıyla kullanılmayan ya da kullanılmayacak ve atılarak yok edilecek embriyoya müdahalenin ona yok olmaktan daha “kötü” ne gibi bir zarar vereceği sorusu bir yana, düzenlemenin embriyoyu kişi mi yoksa eşya mı olarak ele aldığının da açıklanması gerekiyor. Bu konu üzerinde yukarıda durdum, burada yinelemiyorum. Yine yukarıda değindim, bu konuda kişi eşya ayırımını dolanarak önerilecek hukuki çözümün amacı “insan türünün bütünselliğini korumaya” yöneliktir. Ancak bu birinci düzenlemede insan türü kendisiyle kurulan bir ilişki içinde doğrudan ele alınarak korunmamaktadır; insan türünün korunması amacıyla embriyoya müdahale eden (doktor, araştırmacı) ile embriyo arasında kurgulanan bir ilişki içinde, dolaylı olarak ulaşılmaktadır.

İkinci düzenleme bu amacı, daha açık bir ifadeyle ve tüm araştırma ve deneyler için geçerli genel bir düzenlemeyle gerçekleştirmektedir. Ancak bu ikinci düzenleme bir ilişkiyi temel almıyor. Kanımca, “insan türü” evrende bulunan somut bir varlığı ifade etmediği için, ona fiktif de olsa kişi ya da eşya kategorileri arasında bir yer bulmadan, araştırmacı ya da deney yapan ile insan türü arasındaki bir ilişkiyi kurgulamak da olası değildir. Bu nedenle, “insan türünün bütünselliğini” mutlak ve kesin olarak korunması gereken en üst değer olarak hukuk alanına sokulduğunda hukukun anlamı ve işlevi de kökten değişmektedir.

4.2 Kaldı ki, insan türünün “bütünselliğini” “korumak varsayımı da kendi için-

de kavramsal sorunlar yaratmaktadır. Örneğin, koruma amacıyla soy arıtım tekniklerinin kullanılması soydan gelenlerin genetik özelliklerini etkiler ama insan türünün genetik yapısı kaybolmaz; insan kopyalama bir kişiyle aynı genetik yapıya sahip bir başka kişinin üretimidir, yani insan türünün bütünselliğini bozmaz. Üstelik örneğin ötenazi yasağı, “insan türünün bütünselliği” ile “insan türünün özü” göndermeleri arasında biyolojik ya da düşünsel ayrışmaya gitmeden “insan onuru” kavramıyla nasıl açıklanacak? Böyle bir ayırım yapılırsa (yapılabilirse) “insan onuru” biyolojik temelden yoksun kalmaz mı? Biyolojik temelden yoksun kurgusal bir kavram insan haklarının belkemiğini oluşturabilir mi?

5. İnsan türünü hak öznesi olarak hukuk alanına sokan hukuki değerlendirme üzerinde de durmak gerekiyor. İnsan türüne müdahale ettiği varsayılan kişilerle insan türü arasında bir ilişki kurgulanarak, bu ilişki temelinde insan türünün hak öznesi olduğu ileri sürülebilir mi?

5.1 Roma Hukuku sisteminde hak bir ilişkinin somutluğunda verilen bir şeyi yapma ya da yapmama, bir başkasından bir şeyi yapmasını ya da yapmamasını isteme yetkisidir. Bu yetki sadece kişiye tanınır. Yani hak öznesi, hakkın sahibi ancak kişi olabilir. Bu nedenle, Roma Hukukunun sistemi içinde kalınabilmesi için “insan türüne” kişi temel kategorisi içinde bir yer bulmak gerekir.

İnsan türünün tek tek insanların ait oldukları biyolojik türü oluşturduğu ön kabulüne bir an için geçerlik tanınsa da (tür nedir? İnsan türü nedir? Hangi insan? vb.), insan türünü bireysel konumun ötesine geçerek “gerçek kişi” olarak tanımlamak olası değildir. İnsan türüne fiktif olarak kişilik atfedilerek ona tüzel kişiler arasında bir yer ayırmak düşünülebilir. Bu takdirde karşımıza aşmamız gereken şu sorunlar çıkar: Tüzel kişiliği bireyüstü ortak çıkarları gerçekleştirmek, ortak amaca ulaşmak için birleşen kişilerin oluşturdukları bir kuruluş olarak tanımladığımızda, birleşen kişiler insan türüne ait yeryüzünde var olan, ileride var olacak her bireydir ve ortak çıkar, ulaşılmak istenen amaç da türün varlığını korumaktır. Bu varsayım hiçbir genetik müdahalenin türü söndürmeyeceği, toplantı boyunca dile getirilen teknolojik gelişmelerin türün sonlanmasını engelleme ortak amacına zaten aykırı olmadığı, bu amaç etrafında birleşmek istemeyen, hatta bu amacı anlamsız ve sonuçları bakımından zararlı görenlerin de istek ve iradeleri dışında zorla ve hükmen kuruluşa dâhil edildikleri itirazlarıyla karşılaşacaktır.

Ayrıca, tüzel kişilik tanınan kuruluşun iradesi nasıl oluşacaktır, insan türü adına karar verecekler nasıl belirlenecektir? Verilen kararların ortak çıkara aykırılığı söz konusu olursa, bu aykırılık nerede ve nasıl ileri sürülebilecektir? İnsan türü tüzel kişiliğinin hukuki sorumluluğu olacak mıdır? Bu sorumluluk nasıl belirlenecektir? İnsan türü tüzel kişisine karşı dava açılabilir mi? Açılabilirse kimler, nasıl, nerede dava açabileceklerdir?

Görülüyor ki, insan türüne tüzel kişiler arasında bir yer ayırmak istediğimizde, ne zaman kurulduğu belirlenemeyen, hiçbir zaman sona ermeyecek fiktif bir kuruluş varsayıyoruz ve soru olarak dile getirdiğim yanıtlanamayan hukuki sorunlarla karşılaşyoruz.

5.2 İnsan türüne müdahale edenle tür arasındaki ilişki temelinde insan türüne eşya kategorisi içinde kendine özgü bir yer ayırarak da onu koruyucu düzenlemeler öngörülmesi düşünülebilir. Kendine özgü bir yer diyorum, çünkü düşünce tarzında evrende var olmayan bir varlığa, insan türüne, fiktif bir “eşya olma vasfı” atfediyoruz. Bir anlamda eşya kategorisine “tüzel eşya” alt kategorisi ekliyoruz. Kimsenin üzerinde mülkiyet tesis edemeyeceği, sahiplenemeyeceği “insanlığın ortak malı” hukuki kategorisini üretmiş oluyoruz. Üretilen bu yeni alt hukuk kategorisi ışığında, ortak malı bozmadan yapılacak müdahaleler, örneğin genetik tedavi kabul edilebilir. Ancak insan kopyalaması bu düşünce tarzı içinde açıklanamaz; çünkü kopyalama ile “ortak mal” bozulmamakta, aynı üretilmektedir. Ayrıca, hukuk sistemimizde ortak mal sahiplenilemez ama ondan yararlanılabilir. Bu açıdan, örneğin kişinin genomuna daha önce bulunmayan bir gen yerleştiren kimsenin onu istediği zaman geri alıp alamayacağı sorusunu insan türü hukuk kategorisiyle yanıtlayamayız; geni üreten kişinin genin maliki olup olamayacağına insan türünün bütünselliği değil insan vücudunun bütünselliği temelinde yanıtlayabileceğiz. Yani başa döneceğiz.

5.3 Son olarak, “insan türü”, “insan türünün bütünselliği” kavramlarının biyolojik algıyla hukuk alanına sokulmasıyla kökten özcülüğün önü de açılıyor: Örneğin bugün insan kopyalamasını ve insanın laboratuvar ortamında (*in vitro* döllenme ve yapay rahimde doğum süreci) üretilmesini insan türünün bütünselliğini koruma amacıyla yasaklıyoruz. Bu yasağa rağmen, yıllar sonra bu yollarla gizlice insan üretilirse, üretilen varlığı “insan türüne ait birey” saymayacak mıyız? 1550 yılında Amerikan yerlilerinin “insan türüne” ait olup olmadıklarını saptamaya yönelik iki yıl süregelen Valladolid toplantılarındaki tartışmaların benzerini Birleşmiş Milletler Örgütü bünyesine mi taşıyacağız?

III

Konuşmamın başından bu yana günümüzde var olan ve 21’inci yüzyılda özellikle biyoloji alanında damgasını vuracak olası gelişmelerin önümüze koyduğu, koyaacağı hukuki sorunları Roma Hukuku temelinde gelişmiş hukuk sistemi içinde kalarak çözemeyeceğimizi anlatmaya çalıştım. Roma hukuk sisteminin bünyesiyle bağdaşmadığı için bu sistemin temellerini ihmal ederek ya da dolanarak ileri sürülen hukuki çözümler de hukuk sistemimizin bu alandaki yetersizliğini gösteriyor.

6. “Bilimin verilerini esas alan hukuki düzenleme öngörme” anlayışı, sorunları

kısmen de olsa insan hakları çerçevesinde tartışma düşüncesi, “insan kişi ya da “insan eşya” veya “insan türü-insan türünün bütünselliği” ve benzeri hukuk kategorilerinin üretilmesi, tüm bunlar yeni bir hukuk sisteminin yaratılmasına yol döşeyen arayışlardır.

6.1 Bilimsel fikirlerin uygulanmasında özellikle gelişen biyoteknoloji, nanoteknoloji insan durumunu derinden etkiliyor, etkileyecektir de. Bu etkileşimin kişisel çıkar elde etmek, başkaları üzerinde baskı kurmak için kullanılacağından; Nazi rejiminin benzeri soy arıtım projelerinin güçlenerek yaygınlaşmasından; insan türünün sonlandırılması ya da değişerek farklılaşmasından: daha akıllı ve yetenekli, yaratıcılığı çok gelişmiş yeni insanların üreyerek bizleri köleleştirmesinden; demokrasiden korkunç bir despotizme geçeceğimizden korkuyoruz.

Bence, tüm bu ve benzeri korkuların altında, var olan ve günümüz algılamasıyla temel değerlerine neredeyse değişmezlik attığımız toplumsal, ekonomik ve siyasal yapılardaki olası değişim sezgisi yatıyor. Aile, soybağı akrabalık sistemi, kadın ve erkek tanımı, cinsiyet, cinsellik algıları, toplumun yapılanmasındaki temel yapılar, toplumun siyasi örgütlenmesi, sosyoekonomik oluşum, hukuk, bildiğimiz her şey değişimin kaçınılmaz etki alanı içinde.

Sanırım korkmak yerine bu değişime kendimizi hazırlamamız gerekiyor: Değişimin kişisel çıkarlara yol açmasını engellemek, üzerimizde baskı oluşturacak, bizler üzerinde mutlak egemenlik kuracak toplumsal yapılar, siyasi yapılanmalar, ekonomik ve mali güç kartelleri oluşmasının önüne geçmek, bilimsel verilerin uygulanmasından herkesin eşit ve ucuz yararlanabilmesini sağlamak için zaman kaybetmeksizin çaba göstermeye başlamamız gerekiyor.

6.2 Biz hukukçular değişimin hukuka etkisini irdeleyeceğiz: Hukukun her alanında, başta medeni hukuk olmak üzere, borçlar hukuku, ticaret hukuku, banka hukuku, sigorta hukuku, milletlerarası özel hukuk, anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, özetle hukukun her alanını kapsayacak, kendi içinde bütünsellik oluşturan yeni bir hukuk sistemi üzerinde çalışmamız gerekiyor.

Ben bioHukuku bir geçiş süreci olarak görüyorum. Doğal olanla tarihsel/toplumsal olan arasındaki diyalektik biz hukukçulara yeni ufuklar açacaktır. Elbette sorunları sadece hukuk alanında kalarak yanıtlayamayız. Bilimin her alanında çalışanlarla birlikte çaba göstermemiz gerekiyor. Bu nedenle, çok disiplinli bir çalışmayı temellendirebileceğini düşündüğüm bir bioHukuk araştırma ve uygulama merkezi kurulmasını öneriyorum. Bu çatı altında fizik, kimya, biyoloji, genetik, tıp, toplumbilim, ekonomi, hukuk ve diğer alanlarda araştırma yapanları bir araya getirerek zorlu bir yola birlikte çıkabiliriz diye düşünüyorum.

Konuşmamın başında bu yıl benden hukuka giriş dersini vermem istendiğini söy-

lemiştim. Galiba hukuka giriş yerine hukuktan çıkışı anlattım. Aslında yeni bir hukuka girişi de önerdim. Yani kendi dersime ihanet etmedim.

Beni dinlediniz; herkese teşekkür ederim.

Yararlanılan kaynaklar

- Abikhzer Frank; *La notion juridique d"humanité*, Presses Universitaires D"Aix-Marseille 2005
- Altavilla Annagrazia; *La recherche sur les cellules souches. Quels enjeux pour l"Europe?* L"Harmattan 2012
- Allègre Claude; *La science est le défi du XXI siècle*, Plon 2009
- Descamps Philippe; *Le sacre de l"espèce humaine*, puf 2009
- Crignon-De Olivera Claire & Gaille-Nikodimov; *A qui appartient le corps humain?* Les Belles Lettres 2008
- Frydman René; *L"assistance médicale à la procréation*; puf 2004
- Guérin-Maechand Claudine; *Les manipulations génétiques*, puf 1999
- Hervé Christian & Rozenberg Jacques J.; *Vers la fin de l"homme?* de boeck 2006
- Labrusse-Riou Catherine; *Ecrits de bioéthique*, puf 2007
- Zulian Isabelle; *Le gène saisi par le droit. La qualification de chose humaine*, Presses Universitaires D"Aix-Marseille, 2010

TARTIŞMA

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut (Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi): Şöyle bir şey eklemek istiyorum: İngiltere"de 17. yüzyılda bir yasa çıkıyor. Yasanın Türkçedeki karşılığı "vücudum benimdir yasası". Bu yasanın asıl bağlamı işkencenin yasaklanması. Bireyi kendi vücudu üzerinde egemen hale getiren bir yasa. Daha sonra ünlü İngiliz filozofu John Locke yanlış anlaşılan bir kuram ortaya atıyor. Mülkiyet hakkını temel hak olarak görüyor ve "bütün özgürlükler mülkiyet hakkına bağlıdır" diyor. Ama onun kastettiği mülkiyet bizim bugün anladığımız mülkiyet değil. Bütün söylediklerinize katılıyorum ama bence Roma Hukuku bir evrim geçirecek. Yani tamamen çöpe atılmayacak. Bence zaten devrim sandıklarımız da gerçekte evrimdir. Önemli olan, o sistem nasıl değiştirilebilir, onu bulabilmek. Bu olabilir de. Roma Hukuku, kamu hukuku bakımından zayıfımsı. Ama özellikle 17. yüzyıl sonrasında zenginleştirilmiş. Bir de dünyada melez hukuk sistemleri konuşuluyor. Küreselleşmenin etkisi ile Anglosakson hukuk ile kıta Avrupası arasında alışverişler var. Ben melez hukuk sistemlerinin faydalı olduğunu düşünüyorum. "Baştan yepyeni bir şey kuracağım" dediğiniz zaman, hüsrarla sonuçlanabiliyor. Sovyetler"in en büyük sorunu bu olmuştur aslında. Sovyet sisteminin çöküşündeki temel nedenlerden biri, iddia ettikleri yeni hukuk sistemini oluşturamamaları olmuştur. Bir netice elde edemediler, en sonunda Roma hukuk sistemine geldiler.

Yeni bir şey oluşturmak kolay da bir şey değil. Önemli olan temel noktalarınızı saptamak. Radikal olabilirsiniz ama bunun gerçekçi bir temele oturması gerekiyor. Bir de tabi ilkel dediğimiz toplumlardaki hukuk anlayışına da bakmamız gerektiğini düşünüyorum. Bütün dünya bilgisi kullanılabilir. Bunlardan hareketle yeni perspektifler yakalayabiliriz. Arada konuşuyorduk, ihmal edilen şeylerden biri de felsefi yaklaşımlar. Özellikle Doğuya bakan bir tarzımız yok. Hep Batı hukukuna bakıyoruz. Yani Doğuda ne oluyor, bakmamız gerekiyor. Biliyoruz ki; Batı, felsefeyi Doğudan öğrendi. Yani Yunandan Batıya geçmedi. Yunandan Doğuya geçti, oradan Batıya geçti. Özellikle birey üzerine çok ciddi açılımlar yaratabileceğimizi düşünüyorum. Arap felsefesi, Çin hatta Uzakdoğu'ya bakmak lazım. Oralara çok ciddi ihmal ediyoruz.

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu (*Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Bu toplantı için çok teşekkür ediyorum hocam. Klasik çizgilerin dışına çıkan, üzerine gitmeye cesaret edemediğimiz, zaman zaman aklımıza takılan ama bilinçaltı ettiğimiz bazı hususlar ortaya çıktı. Ben, uzun zamandır insan türü üzerine düşünüyorum. Şu anda aklıma gelen şey şu: Biz acaba hukuki düzenlemeleri ya da diğer bilimsel çalışmaları yaparken insan türünü esas almak zorunda mıyız? Çünkü diğer canlılar olmasaydı hatta sadece bir tür olmasa idi insan türünün nasıl bir anlamı olabilirdi? Bugünkü anlamı olabilir miydi? Bunu da tartışmak lazım. Yani bu evren insanlardan ibaret değil. Ve insan türünü esas alan bir yaklaşım, esasen bütüncül bir yaklaşım da değildir. Evrenin büyük bir kısmını inkâr eden bir yaklaşımdır. Dolayısıyla eğer bir bakış açısında değişiklik olarsa insan türünü tek hareket noktası olarak ele almanın bundan sonraki gelişmelere bir faydası olacağını sanmıyorum. Eski kavramlara da sıkı sıkı bağlanma imkânımızın olmadığı kanaatindeyim. Ayrıca insan türü değil midir ki 2 tane dünya savaşı yapan, insan türü değil midir ki petrol için savaşlar çıkartan, demin söylendiği gibi köleleri insan sayıp saymamayı tartışan. Ya da Ruanda'daki katliamları yapan. Ben herhangi bir bitki türünün ya da hayvan türünün bunları yaptığına şahit olmadım.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Anlaşılan sana sivrisinekler gelmemiş! (Kahkahalar)

Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu: O da kendi hayatını idame ettirmek için bir şeyler yapıyor ama beni yok etmek gibi bir gayesi yok. Bu husus aklıma takıldı. İkinci olarak üç günden beri yapılan konuşmalara, özellikle tıpçı arkadaşlarımızın konuşmalarına bakınca orada da bütüncül bir yaklaşıma sahip olmadığımızı düşünüyorum. Bedenin zihinden ya da ruhtan ayrı bir varlık olarak kabul edilmesi... Yani o zaman ben sadece bedenden ibaret miyim? Ben bir kişiysen bunun bir parçası bedendir, bir parçası zihindir, bir parçası bilmem neydir. Bedeni ayırıp mülkiyet, emanet her neyse bir ayrıma gidilmesi bana pek doğru gelmiyor. Daha holistik bir yaklaşım gerekiyor.

Prof. Dr. Tangül Müdok (*Medipol Üniversitesi Tıp Fakültesi*): İnsanlar yumurtlamıyorlar, doğurarak canlı dünyaya getiriyoruz. Siz yumurtayı almama, spermi tüpün içinde sokmama izin veriyorsunuz. Embriyo oluştuğunda ona dokunmama izin vermiyorsunuz. Demin Levent Bey, “ilkel toplumlara mı baksak?” dedi. Aslında biz de araştırmalarımızda buna dönüyoruz. Bir sürü bir şey yapıyoruz. Aslında doğa her zaman kendini koruyor. Çok da başarılı olduğumuzu söyleyemeyiz. Dolly’i klonladık işte ama olmadı. Üç beş gün sonra öldü. Prematüre doğmuştu. Kanser hastalarına kemoterapi ile müdahale ediyoruz. Toksik metal veriyoruz. Ölecek olan zaten ölecek. Hayır, ben ağır metal yüklüyorum. İşte birkaç hafta daha yaşar mı diye. Şu anda çok yeni bir projem var. Bir milimetre, 1000 nanometreye karşılık gelir. Bildiğimiz pili düşünün. Sadece onun 10 nanometreliğini ele alın. Bu pili damardan verdiğimde ve özel işaretleyicisini taktığım zaman direkt tümöre gidiyor. Beyin tümörü. Cerrah açıyor karanlık bir odada. Beyin tümörü ıslıl ıslıl ıslılıyor. Bu, cerrah için ne demek biliyor musunuz? Hiçbir kanserli hücre bırakmadan etrafını temizlemek demek. Ama veremiyorum ben. Deneyemiyorum. Çünkü şu anda toksik, bildiğimiz pil, Dünya Sağlık Örgütü insanda denenmesine izin vermiyor. Hayvanda denediğiniz zaman hiçbir hücre... Bugün izin verilmiyor ama yarın rızası olan hastada denenecek. Denemeden hiçbir şeye gidemeyiz. Korkacak bir şey de yok zaten. Doğa zaten gerektiğinde ket vuruyor. Kimerik hayvanlar diyoruz. Biz korkunç bir insan türü falan yaratmayacağız. O yarattığımız ya yok olacak doğada ya da baktık ki tehlikeli bir durum var, biz sonlandıracağız. Bu benim inancım. Şu anda hukuken tespit etmeye çalıştığınız terminoloji, alınacak kararlar vs. şu anı bağlar. Olur da yaratılırsa kimerik canlılar ortaya çıktığında hukuken durumlarına o günün hukukçuları karar verecek. Biz burada karar verirken dünyanın sonsuza kadarki dönemi için karar vereceğimizi zannediyoruz. Oysa her yeni çıkan şey karşısında yeni kurallar oluşturulacak. Onun için çok sıkılmamız gerekmiyor. Bilim insanlarının merakını da sınırlayacağınızı sanmıyorum. Ben doğa ile çok iç içeyim. Bir böbreğe elektron mikroskopunda baktığınız zaman o mimariyi, o fonksiyonları bir araya getiren hücreleri... Doku kültürü ile organ yapmak mümkün değil arkadaşlar. Doku kültürünün, kök hücrenin içindeyim. Diyelim ki yaptınız böbrek hücresi. Elektron mikroskobu ile baktığınızda bir böbrekte yaklaşık 20 tane doku parçası olduğunu görürsünüz. Onların hepsini bir araya getireceksiniz doğrudan. Ha, organı bir başka hayvana yaptırmak mümkün. Neden bir hayvandan alamıyoruz diye bir soru oldu demin. Alamıyoruz, çünkü immün sistemimiz yani kendimizi bağışıklayan sistem uymuyor. Siz başka bir dokuyu transfer ettiğinizde reddediyor. Hatta yakınlarınızdan reddediyor. Ama aynı geni taşıyan bir canlıda bir böbreği oluşturmak ve onu depo olarak kullanmak çok da kötü gelmiyor bana. Size kötü geliyor mu, bilmiyorum. Yani çok kötü geliyorsa da biz bu dünyaya kazık çakmadık. Bizden sonra gelenler de kötü formları düzeltirler. Ben GDO’dan korkmuyorum. Yani birileri GDO yaptı, dinazorlar gibi ben de yok olacağım. Öbürü de GDO’nun tekrar geri dönüşü

için uğraşacak. Biz de aslında ilkel sisteme doğru gidiyoruz, diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç (*İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Tangül Hanım ben bir soru sormak istiyorum. Tezimle alakalı olarak kök hücre ve embriyo geliştirilmesi konularında okuma yapmam gerekti ve biz hukuken zaten ana rahmine tutunduğu andan itibaren kişi diyoruz. Ondan önce de pre-embriyo dediğimiz yani ana rahmi dışında, insan vücudu dışındaki embriyonun kişi olarak korunamayacağı ama zaten insan onuru anlamında korunacağından söz ediyoruz. Ki bu kavram da artık tartışmalı hale geldi. Ama birçok uluslararası sözleşme ile korunuyor. Neyse. Ama ben de düşündüğüm zaman, kürtaj yapan bir kadında, fetüs artık çöp değerinde. Bunun üzerinde tabi ki bilimsel araştırma yapılabilir ama tedavi amaçlı kullanılmasına karşıyım. Gene bir şey okumuştum. Orada da, kök hücrelerden üreme hücreleri yaratılmasının mesela yumurta bağışını ya da sperm bağışını ileride engelleyebileceğini, buna gerek kalmayacağını söylüyor. Mesela insan klonlamada da tek yumurta ikizi ile aynı şey mi?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Şu anda manipülasyonla da ikiz oluşturabilirsiniz tüpün içinde. Hatta iki başlı kurbağa yapabiliriz. Çok zor bir şey değil.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Kök hücreler, okuduğum haberlerde de kafatası kemiklerini iyileştirmek için kıkırdak yaratarak tedavi edebiliyorlar.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Tabi, şu anda yüzlerce, binlerce kişi şu anda omurilik travmasından şikâyetçi. Hawking var zaten yani.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Kordon kanı öyle değil mi?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Evet.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Kordon kanı çok önemli. Ama bunun en güçlüsü herhalde embriyo.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Evet.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Peki, gerçekten de sizin elinizde bir embriyo olduğu zaman, hiçbir desteğe gerek kalmadan... Çünkü embriyo için, “öyle bir kök hücre ki, bütün insan organlarını tek başına yaratabilir” deniyor...

Prof. Dr. Tangül Müdok: Organları değil. Organı oluşturan hücrelerden birini. Yani bir böbreğin içinde o kadar çok çeşitli hücre var ki, bir böbreği yaratması mümkün değil.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Yani siz mesela embriyodan böbrek yaratalım diyemiyor musunuz?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Hayır. Öyle bir şey yok. Çok sofistike, çok magazin haberler var. İşte embriyodan kulak yarattı, böbrek... Öyle bir şey yok. Bir kalbin içinde damar hücreleri ayrı, işte kas hücreleri ayrı, damarın elektriksel gücüne vurduğunuzda çalışıyor ya duran kalp. Oradaki hücreler özel konulmuş hücreler. Ama onları tek tek oluşturmak bir zaman içinde belki olur ama onları bir araya getirip fonksiyonunu oluşturmak şu an mümkün değil. Çok magazin haberi var. İnsanlar hastaneye koşuyorlar. Böyle bir şey yok.

Prof. Dr. Ergin Nomer (*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi*): Ben konuyu tekrar hukuka getirip Yücel'in önerdiği sistem konusunda tereddütlerimi dile getirmek ve değerlendirmemi yapmak istiyorum. "Ben insanım, benim varlığım bana aittir" görüşünün ve insan üzerindeki biyolojik müdahalelerin meydana getirdiği birçok problem var. Ve hakikaten de bu problemleri bugünkü hukuk sistemi çözemiyor. Yücel diyor ki, "*Bunu çözmemesinin nedeni, ta Roma Hukukundan gelme ilkelere göre gelişmiş bugünkü hukuk sistemimizin yetersizliğidir.*" Bu konuda her hangi bir problemimiz yok değil mi Yücel?

Prof. Dr. Yücel Sayman: Yok.

Prof. Dr. Ergin Nomer: Peki bu durumda acaba diğer hukuk sistemlerinden istifade etmek mümkün mü diye bir soru aklıma geldi. German Hukuku var, Anglosakson Hukuk var, belki de Uzakdoğu'daki hukuk sistemleri var. Ama zannediyorum ki onlar da bu sorunu çözemez. O zaman bu sorunu hukuk sistemimize bağlamak bence doğru değil. "Mevcut hukuk sistemleri yeni gelişmelere ayak uyduramıyor" demek daha doğru. Yücel diyor ki "*Bugünkü hukuk sistemini atalım. Yeni bir hukuk sistemi meydana getirelim.*" Özür dilerim ama bu görüş bana çok muhal geliyor. Bir hukuk sisteminin oluşması asırlara bağlıyken bu nasıl mümkün olacak? Ama bir sorun varsa muhakkak çözüm yollarını tartışmak zorundayız. Şimdi sesli düşünüyorum. Türkiye'de bu kavramın, biohukuk kavramının mucidi bir alanda Yücel. Şimdi hukukun içinde kamu hukuku var, özel hukuk var, bir de biohukuk olsun. Müstakil bir hukuk düzenlemesi olsun. Bunun çerçevesini çizdiğimiz zaman işte biohukuk meselelere bir çözüm getirmeye çalışsın. "Hayır, efendim sistemi komple atalım" dersiniz bu bir çıkmaz sokak. Bunu yapmak mümkün değil.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Hocam, biohukuk kavramının içine sadece insan mı girecek? Neyle sınırlayacaksınız?

Prof. Dr. Ergin Nomer: İşte onu da biohukuk, biohukuk diyen Yücel'e soracağız. (Kahkahalar)

Prof. Dr. Tangül Müdok: Bunu neden söylüyorum: Bugün aldığınız benzinin içinde bile DNA var.

Prof. Dr. Ergin Nomer: Biohukuk kavramı oluşturulursa onun kapsamı tartışılıp kararlaştırılacaktır.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Ben de bunun yönetmelikle düzenlenmesi gerektiğini düşünüyorum. Bir kanun düzenleyip Medeni Kanunda yapılacak düzenlemelerde gerekli tanımlamaların yapılması gerektiğini düşünüyorum. Ki bu düzenlemede mutlaka milletlerarası özel hukukçular ve kamu hukukçuları da yer almalılar. Siz ne düşünüyorsunuz Yücel Hocam? Bunları sil baştan düzenlemeyelim mi, sil baştan kurallar mı oluşturmamız lazım?

Prof. Dr. Yücel Sayman: Başka görüş var mı? Topluca cevap vereyim.

Doç. Dr. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu: Ben de bunu tamamlayacak bir şey söylemek istiyorum. Öneriler harika ama bu gibi konuları ülke ile sınırlandırmayız. Dolayısıyla diğer ülkelerle birlikte hareket edilmesi gerekiyor. Bizim klasik sözleşmelerimiz burada akla gelebilir. Bu sözleşmeye taraf olacak ülkeleri ikna etmek gerekiyor. Bu konuda ne kadar başarılı olabiliriz? Çünkü bu çalışmayı kaynak olarak görecektir.

Yrd. Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç: Sözleşmelere başlamışlar mesela. Ama sadece taşıyıcı anneye ilgili. Ya da biyolojik araştırmalarla ilgili. Ama diğer konularda yakın zamanda uluslararası sözleşmeler yapmak mümkün görünmüyor.

Prof. Dr. Yücel Sayman: Evet, görüşler için teşekkürler. Konuşmamda özetle şunu söyledim: Var olan sorunları Roma hukuk sistemi içinde kalarak çözmek mümkün değil. Çözülemediği için de ya özgürlükler alanına giriliyor, oraya girildiği ölçüde de insan türü kavramı korunması gereken bir üst değer olarak esas alınmıyor, ya da Roma hukuk sistemi dolanılarak çözüme ulaşılmak isteniyor. Bana göre insan onurunu kavramını genişleterek insan türüne dönüştürüp, bu dönüşümü bireye de uygulamak suretiyle yeni bir hukuk anlayışı geliştirmek son derece tehlikelidir. İnsan türünü üst değer olarak kavramsallaştırmak bir anlamda millet egemenliği kavramının resmileştirilme sürecini anımsatıyor bana. Benim egemenliğim birey olarak kendi kaderimi bizzat tayin edebilmemi ifade eder. Millet egemenliği ise sosyolojik bir kavrama yüklenen ve benim egemenliğimin üzerine yerleştirilen bir gücü tanımlar. Millet egemenliği dendiğinde egemenlik kolektifleştiriliyor. Egemenlik benden, bireyden alınmıyor, resmi olarak tanımlanan sosyolojik bir kavrama can katıyor: *“Egemenlik kayıtsız şartsız millete aittir. Millet egemenliği yetkili organları aracılığıyla kullanır”*. Ben, biz siliniyoruz. Artık kolektif olarak varız. Şimdi insanlık ya da insan türü kavramı da aynı şekilde işliyor. Birdenbire bana ait olan bir şey benim elimden alınmıyor, korunan bir üst değer haline getiriliyor. Bir kolektivitenin üst değeri. Ve insan türü ya da insanlık, bu üst değer korunacak! İnsan türü ya da insanlık, egemenlikte olduğu gibi gene yetkili organlar eliyle mi saptanacak, tanımlanacak ya da korunacak? Kime,

neye karşı korunacak? Şimdi bu, siyasi boyutuyla büyük bir tuzaktır. Hukuk ve özgürlükler alanında resmileşen kolektivist anlayış! Oysa ortada insan türü diye bir kolektivite de yok. Sanki bireysel özgürlüklerin üzerinde onları denetleyen ve sınırlayan resmi bir kök hücre bulunmuş, adı insan türü. İnsan türünün ne olduğuna, nasıl ve kime ya da neye karşı korunacağına kim karar verebiliyorsa o her şeyi yapabilir, yaptırabilir. O zaman sorun şu: İnsan türüyle ilgili olarak Birleşmiş Milletler Örgütü mü karar verecek? Ulusal düzeyde ele alırsak, parlamento mu karar verecek? Benim kaderimle ilgili olarak insan türünün yorumunu yargıç mı yapacak? Orada büyük bir çelişki ve çıkar var. Şimdi Ergin Nomer'in söylediğine gelince, Ergin haklı. Var olan hukuku kaldırılma sözü bana da söylene "adam uçuyor" derim. Peki, ben niye bunu ima ettim? Bir sabah uyandığımda, "ilham geldi, şu Roma Hukuku sistemini bir irdeleyeyim" diye düşünmedim. Görünen o ki, toplumların yapıları değişecek, değişiyor da. Anayasanın toplumun temeli olarak saydığı aile kavramını kimse tartışmıyor. Ama siz ne yaparsanız yapın, biz ne dersek diyelim, 50 sene saklayabilirsin, 100 sene saklayabilirsin çünkü doğa kendi işini görüyor. Buna ayak uydurmaya mecbursunuz. Değişeceksiniz. Şimdi böyle bir çalışmaya giriştiğiniz zaman elbette ki farklı hukuk sistemlerine bakabilirsiniz ama eklektik olamazsınız. Çünkü her sistemin kendine özgü bir temel bir yapısı vardır. O temel yapıya uygun yeni, farklı yapılanmalar, örgütlenmeler öngörülebilir. Ancak toplumun değişmezliğini savunmak evrim sürecine aykırı düşer. Bunun evrimsel yönüne müdahale edilebilir ama durdurulamaz. Doğanın bekçisi olamayız. Kutsal kitaplarla bunu halledemeyiz. Bizim doğayı nasıl tanımladığınız, doğanın umurunda bile değil. Bilgin Tiryakioğlu'nun söylediğine gelince, Bilgin'i de haklı buluyorum. Hak sahibi deyince. Anayasa yapım sürecinde hayvan sahipleri ya da hayvan hakkı savunucuları geliyor. "Hayvanları da koruyun" diyorlar. Nasreddin Hoca'nın dediğine benziyor bu, e o da haklı. Çevreciler geliyor, çevreyi de koruyun diyorlar. Onlar da haklı. Biohukuk açısından bakınca; iyi, hayvanların da, çevrenin de haklarını koruyalım da, koruduğumuz hakları kim kullanacak? Vasi mi tayin edeceğiz ekosistemlere. Hayvanlarla ilgili hayvanları koruma derneği mi yapacak bu işi? Kim konuşacak onlar adına? Daha önemlisi, paralel evrenler olduğu söyleniyor. İnsan merkezli hukuk anlayışı tartışılmalıdır. Hukuk böyle olmak zorunda mıdır? Konu insanlığın kaderiyse ve "Bize ne olacak" diye korkuyorsak, bizi koruyacak toplumsal ve siyasal sistemi de tartışalım. Petrolde DNA var, o ne olacak? İşte bunun için biohukuk diyorum. Hukuku insan merkezli olmaktan çıkartıp evren merkezli bir hukuk anlayışı kurulabilir mi? Biz üniversiteyiz ve tüm bunları araştırmakla, tartışmakla yükümlüyüz. Bir başka sorun olarak, örneğin yapay rahim konusu var. Bazı araştırmacılar, bilim insanları yapay rahim yapabilir diyorlar. Hemen karşı tavrı alınıyor: Olmaz! Neden olmaz? İleri sürülen gerekçelerden biri, yapay rahimde gelişecek canlının göbek kordonu olmadığı için onun insan türünden sayılamayacağıdır. Yahu göbeği olmayınca insan olmuyor mu? Yapay rahimde gelişebilen varlık görüşü gerçekçi olmayabilir. Ama gerçek-

çiyse ve günün birinde gerçekleşirse, şimdiden o canlı varlığın insan türünden sayılmayacağına karar verirsek, Nazizm'in söylemine kaymış olmaz mıyız? Ben insan türü ve insan onuru kavramlarını çok parlak ve umut vaat eder buluyordum ama derinine indiğim zaman birdenbire korkup çıktım. Belki iki sene sonra şu söylediklerimi de korkunç bulacağım. Ama bilim de böyle bir şey.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost (*Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi*): Kayıtlara girmesi açısından bir iki şey söylemek istiyorum. İnsan türünün büyük, üst, kutsal olmadığını iddia etmek; insanı hayvanla, taşla, ağaçla aynı görmek ne kadar doğru?

Prof. Dr. Tangül Müdok: Hemen cevap vereyim mi? Şu anda mikrofonu tutup konuşabiliyoruz diye en üstün olduğumuzu zannediyoruz. Bakın o sperm gidiyor, yolunu buluyor, kuyruğunu sallıyor, yumurtaya giriyor. İkinci sperm giremiyor. Oradaki düşünce yapısı, trafik ya da bilinç nedir? Bir sperm giriyor, ikinci giremiyor. Yumurta kapatıyor kendini. Yani doğanın içindeyseniz insanı çok da üstün bir yaratık olarak görmüyorsunuz.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Bunu söyleyerek mesele çözümlenmiş olmuyor. İnsan sadece madde ya da makine değil ki. İnsanın ruhsal yönü var, yavrusunu seviyor, şefkat yönü var. İnsanı sadece embriyosuyla, şusuyla, busuyla izah etmek mümkün değil ki.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Kedinin de ruhsal yapısı, psikolojisi var.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Mutlaka var ama bitkide yok.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Bitkide de var. Şiddet uygularsanız bitki de küsüyor.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Aşamaları var ama insan gibi değil. İnsanla hayvanın dünyaya gelişindeki durumlar çok farklı.

Prof. Dr. Tangül Müdok: Hatta ilginç bir şey daha söyleyeyim: Domuz, balık ve insan 14 hatta 24"üncü güne kadar aynı yapıdalar. Yani insan türü olarak neyle üstünlük kuruyoruz, bilemeyeceğim.

Yrd. Doç. Dr. Süleyman Dost: Şu açıdan bakmak lazım: Bu kadar teknoloji, hukuk veya kurallar, neticede insanı mutlu etmesi gerekmiyor mu? Alzheimer hastasının iyileştirilmesi için bilimsel çalışma yapılması tabi ki gerekli. Ancak yeni bir canlı, ne bileyim kimerik insan yapılması insana mutluluk ve huzur getirecek mi? Salondaki herkese sormak isterim: Kim annesiz ya da babasız olmak isterdi? Laboratuvar ortamında bir embriyodan üretilmiş bir insan olarak kim topluma yer almak isterdi?

Prof. Dr. Yücel Sayman: Bu bir retorik. Ben de karşı görüş söylerim. Karşılıklı

duygusal bir konuşma yaparız. Böylesine bir sohbetten bilimsel bir şey çıkmaz. İnsan türünü bir üst değer olarak ele almamız en başta bilim özgürlüğünü engeller diyorum. “Hayır, engellemez” diyorsanız bunun bilimsel dayanaklarını söyleyeceksiniz. Bana sorarsanız, insan türü bir üst değer olarak resmileştirildiğinde, bütün özgürlüklerim bir soyut kavramın altında hizaya sokulmuş oluyor. Benim artık resmi olarak açıklanan ve tanımlanan insan türü belirlemesinin gereklerine uygun davranmam gerekecek. Ha, siz şimdi retorik olarak külli irade diyorsunuz. O başka bir şey. O bir değişmezlik. Onu ben zaten tartışmam. Tartışılması da yanlış olur. Ancak tartışılması gereken konu şudur: İnsan türü kavramını hukukta üst değer olarak almanın siyasi alanda ulaşacağı nokta, kolektif hakların üstünlüğüdür. Kolektif haklar anlayışı bireyi silikleştirir ve siyasi alanda iş totaliter rejimlere kadar gider. Bugünkü kavramlar ve yapılarla konuşuyorum. Deneyimim şu ki, resmi olarak kutsallaştırılan ve yüceltilen her kavramın sonunda ucu bana dokunuyor. Şimdi siz, “Hayır, şöyle yaparsak ucu sana hiç dokunmaz” diyebiliyorsanız tartışalım, tamam. Ama “kim annesiz ya da babasız bir insan olmak isterdi?” diye sorarsanız ben de inat olsun diye “ben olmak isterdim” derim. Son derecede de huzurlu olurum. Ne anam olurdu, ne babam, ne de sorumluluğum. O kadar mutlu olurum ki sabah akşam dans ederdim. (Kahkahalar) Şimdi tartışmayı bu noktaya getirirsek göreceli, bilimsel olmayan bir kör dövüş içine girmiş oluruz. Anne baba falan bu kavramlar tartışılacak Süleyman. 100 sene sonra belki anne diye bir şey kalmayacak. İnsan değişir. Farklı bir kültürel ortam yaratılırsa insan o şekilde gelişir. Ben insanın makine olduğunu iddia etmiyorum. Ama değişmezliğini de kabul edemeyiz. Evet, çok uzattım galiba. Ama ne yapayım beni sona attınız. Üstelik de Cumartesi günleri bizde palavra atma günüdür. Eşim Hacer”le biz öyle tespit ettik. Herkes Cumartesi günü akşama kadar atar tutar (Kahkahalar) Neyse, herkese teşekkür ederim. Güzel bir toplantı oldu. Konuşmaları ve tartışmaları kitaplaştırdığımızda geri döner, neler konuşmuşuz bir kez daha anımsarız.

4 . MİLLETLERARASI HUKUKÇULAR TOPLANTISI 6-8 EYLÜL 2012 BEKTAŞ KÖY, AYVACIK / ÇANAKKALE

Bir düşünür, “insanın kendi buluşlarıyla olan ilişkisi büyük riskler yaratıyor” demiş. Üzerimizde deneyler yapılıyor; vücudumuz organ, doku, hücre, diğer parçalara ayrılıyor, birimizden alınıp diğerimize naklediliyor; genlerimiz işlevleriyle belirleniyor, genlerimizle oynanıyor, yapıları değiştiriliyor, çalışmayan ya da uygunsuz çalışanı iptal ediliyor, yeni gen aşılanıyor; üreme biçimimiz farklılaşıyor, davranışlarımızı önceden belirlemeyi, yönlendirmeyi becermeye çalışıyoruz. Sonra hukukçulardan tanımlaması isteniyor: Yaşam nedir, ölüm nedir, birey nedir, kişi nedir, cinsiyet nedir, cinsellik nedir, vücut nedir, vücut parçaları nedir, embriyo nedir, gen nedir, kök hücre nedir, soy bağı nedir, insanın in vitro üretimi nedir, hukuki sorumluluk nedir? Biyoloji alanındaki buluşların, özellikle biyoteknolojinin uygulamada açtığı, açabileceği alanlarda ortaya çıkan hukuki sorunlar nasıl çözülecek?

Elinizdeki eserde, 6-7-8 Eylül 2012 tarihlerinde Çanakkale’nin Ayvacık İlçesi’ndeki Bektaş Köyü’nde yapılan toplantıdaki sunum ve tartışmalardan oluşan bir “akademik yaz sohbeti” bulacaksınız.

978-605-4797-00-4

