

Biyohukuk bakış açısıyla AİHM kararlarında ceninin hukuki statüsü

Yrd. Doç. Dr. Levent Korkut



1985 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden mezun olduktan sonra Siyaset Bilimi ve hukuk alanlarında yüksek lisans çalışmalarına devam etti. 1990-1993 yılları arasında Chicago Üniversitesinde konuk öğrenci olarak bulundu. 2002 yılında Ankara Üniversitesinden kamu hukuku doktorası derecesi aldı. 1993-2011 yılları arasında Hacettepe Üniversitesinde görev yaptı. 2011 yılından itibaren Medipol Üniversitesinde anayasa hukuku alanında çalışmalarını sürdürmektedir. 2007-2010 yılları arasında Uluslararası Af Örgütü Uluslararası Yönetim Kurulu üyeliği yapmıştır. 2012 yılında Cumhurbaşkanı tarafından yeni oluşturulan İnsan Hakları Kurulu üyeliğine seçilmiştir. Anayasa hukuku ve insan hakları hukuk alanında çeşitli kitap, çeviri, araştırma ve makaleleri yayımlanmıştır.

Biyohukuk, hukukun en yeni dallarından biri. Bu yeni hukuk dalı; gen tedavisi, gen zenginleştirme, organ tahsisi ve nakli, hayvanlardan alınan ya da yapay olarak üretilen organların insanlara nakli, teknoloji kullanılarak üretilen yeni organizmaların patentlenmesi, embriyo ve kök hücre araştırmaları, tıbbi yardımla üreme, ötenazi ve klonlama gibi özellikle biyoloji ve tıp teknolojilerindeki gelişmelerin gündelik insan ve toplum yaşamına yansımalarından kaynaklanan sorunların çözümünde klasik hukuk yöntemlerinin yetersiz kalması sonucunda şekillenmiştir.

Biyohukuk, hukukun temel kavram ve kurumlarını derinden etkileme ve hatta değiştirme potansiyeline sahip bir alan olma özelliğine sahiptir. Biyoloji ve ilgili teknolojilerdeki gelişmeler; canlılığın ne olduğu, ne zaman başlayıp ne zaman sona erdiği, yapay üretilen canlı organizmaların mülkiyet konusu olup olamayacağı, genetik bilgilere dayalı ayrımcılığın nasıl önleneceği, insan embriyosu ve kök hücre deneylerinin nasıl kontrol edileceği, biyolojik anne ve baba dışında taşıyıcı ya da sperm bağışçısı olan veyahut bir şekilde genleri kullanılan kişilerin doğacak çocukla olan hukuki ilişkilerinin nasıl düzenleneceği, ölümcül hastalıklara yakalanan kişilerin kendi yaşamlarına son verip veremeyeceği,

klonlama gibi teknolojilerin kullanılması- nın yasaklanıp yasaklanmayacağı, eğer bu uygulamalara izin verilecek olursa klonlama ile üretilen kişilerin soy bağı ve aile ilişkileri başta olmak üzere hukuki statülerinin nasıl belirleneceği sorularını her geçen gün daha fazla sormamıza neden olmaktadır. Bu yazının sınırları içinde tüm bu konuları ele almak mümkün olmadığından, biyohukuk alanının en önemli ve güncel sorunlarından biri olan insan varlığının başlangıcı ile ilgili tartışmalara ve bu konunun hukuki boyutuna, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları çerçevesinde odaklanacağım.

AİHM kararlarında cenin

Günümüz hukuku; yüzlerce yıllık hukuk uygulaması sonucunda oluşmuş olan kavramlaştırmalar sonucunda, dünyadaki tüm varlıkları, insanı esas alarak tasnif etmiştir. Bu çerçevede, hukukun sujesi (hukuk sujesi, haklara sahip olabilen ve yükümlülükler altına girebilen kişidir) olarak insan bireyi (gerçek kişi) ve onun tarafından oluşturulan tüzel kişiler (devlet, şirket, dernek, vakıf vs.) esas alınır. Bunun dışında kalan tüm varlık alanı ya da hayvanlar ve cansız nesnelere hukukun sujesi değil, konusudur. İnsanın suje olarak ne zaman varlık kazandığı ve varlığının ne zaman sonlandığı da hukuk tarafından belirlenmeye çalışılmıştır. Klasik hukuk yaklaşımı, Roma Hukukundan günümüze kadar, doğumu

insan varlığının başlangıcı olarak kabul edegelmiştir. Bu anlayış temelinde ancak canlı olarak dünyaya gelen insan bireylerinin tam anlamıyla bir hukuk sujesi oldukları, hak ve özgürlüklerinin doğum anıyla başladığı ilkesi benimsenmiştir. Gerçi, tüm hukuk sistemlerinde, henüz doğmamış ceninin hukuki statüsü tarih boyunca hep tartışılan bir sorun olagelmıştır. Ama yirminci yüzyıla gelinceye kadar canlılığın nasıl başladığına ilişkin bilimsel çalışmalar yetersiz kalmıştır. Bazı kültürlerde kürtaj yasaklanmış ya da belli bir dönemle sınırlandırılmış, sağ doğmak kaydıyla ceninin bazı hakları olduğu kabul edilmiştir. Günümüz dünyasında, biyolojinin, kimyanın ve fiziğin yanında genetik biliminin ve mikro dünyanın gözlemlenmesine olanak veren teknolojilerin gelişmesi sonucunda insanın üremesi hakkında tüm ayrıntılar, bilini hale gelmiştir. Ayrıca hamilelik döneminde, gerek ceninin gerekse annenin hastalıkları ve hamilelik döneminde ortaya çıkan tıbbi sorunlar ile ceninin genetik hastalıklarının bir kısmı da belirlenebilmektedir.

Tüm bu gelişmelerin hukuk alanındaki yansımalarına da giderek daha fazla tanık olmaktadır. Kürtajla rahmin boşaltılması, yıllardır tartışılan ve hakkında yargı kararları verilen bir konu olmakla birlikte, günümüzde konuyla ilgili hukuki sorunlar çok daha kapsamlı bir hal almıştır. Aşagıda doğum öncesi dönemde ceninin hukuki statüsü ile ilgili Avrupa İnsan Hak-

Thi-Nho VO, 6 aylık hamileyken tıbbi kontrol için gittiği Lyon hastanesinde yanlış işlem nedeniyle çocuğunu kaybetmiştir. Davayı inceleyen AİHM, Fransa'nın iç hukuk sisteminde embriyonun tanımlanmamış olması nedeniyle, hekim tarafından gerçekleştirilen yanlış operasyon sonucunda ceninin yaşamına son verilmesini yaşam hakkı ihlali olarak değerlendirmemiştir.

ları Mahkemesi'ne yapılan başvurular ve bu başvurular sonucunda mahkemenin konuya yaklaşımı ele alınarak, hukuki sorunların çözümünde pozitif hukukun ne ölçüde yeterli olduğunu ele alacağız.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), göreve başladığı ilk yıllarda, konu, başvuruçular tarafından gündeme getirilmekle birlikte, insan türüne ait bir bireyin yaşam hakkından ne zaman yararlanmaya başlayacağı sorunu üzerinde durmamıştır. AİHM, ceninin hukuki statüsü konusunda görüş beyan ettiği ilk kararında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 2. Maddesinde düzenlenen yaşam hakkı bakımından ceninin mutlak anlamda bir yaşam hakkına sahip olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, bu kararında ceninin yaşam hakkının mutlak bir şekilde reddi ya da sınırlı bir yaşam hakkı olduğu görüşlerini tartışmamıştır. Mahkemeye göre, yaşamın başlangıcının belirlenmesinde döllenme zamanı, embriyonun rahme bağlanma anı, ceninin yaşayabilirlik kazanma anı ve doğum anı gibi farklı ölçütler geliştirilmiştir. Bu çerçevede, her davanın somut gelişimi ve iç hukuktaki durumu ile taraflar dikkate alınarak bir sonuca ulaşmak gerekir. Mahkeme, bu kararında doğmamış çocuğun kişi olup olmadığı sorununa da değinmiş ve kişi olabilmek için sağ doğmanın gerekli olmasından hareketle ceninin kişi olamayacağına karar vermiştir.

AİHM, ceninin hukuki statüsünü üzerine bir başka kararını, 8 Temmuz 2007 tarihinde vermiştir. Bu kararın temelini



oluşturan olay şöyledir: Thi-Nho VO 6 aylık hamile iken tıbbi kontrol için Lyon hastanesine gider. Aynı gün Thi Nhanh Van Vo da gebeliği önleme için yerleştirilen bir aparatın çıkarılması için hastanededir. Hekim G, "Bayan Vo, lütfen bekleme odasına" diye bağıırır. İsim benzerliği yüzünden Thi-Nho Vo odaya gider. Yetersiz Fransızcasıyla doktorla anlaşması güç olduğundan, hekim kendisinden yeterli bilgi alamaz ancak operasyona başlar. Aparatı çıkarmak için işleme başladığında yanlış hastaya müdahale ettiği için amniyotik keseyi parçalar. Daha sonra hastanın yanlış kişi olduğunu anlar. Ancak kesenin parçalanması nedeniyle 21 haftalık cenin rahim dışına çıkartılır. Bu olay üzerine Fransız mahkemelerine dava açan Vo, ceninin yaşama hakkının ihlaline dayanarak tazminat talebinde bulunur. Ama bu talep ulusal hukuk makamları tarafından kabul edilmez. Bunun üzerine Avrupa

İnsan Mahkemesi'ne gelen davada, Mahkeme, davayı kabul edilebilir bulur. İşin esasını inceleyen AİHM, öncelikle bir ceninin, doğmuş bir çocuk gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde düzenlenen yaşam hakkından yararlanıp yararlanamayacağı sorununu ele almıştır. Mahkeme, bu davada yukarıda değindiğimiz daha önceki kararlarını ele alarak, Avrupa Konseyi'nin konu üzerine genel yaklaşımını değerlendirmiştir. Bu çerçevede, AİHM, üç temel ilkenin altını çizmiştir:

1. Doğmamış çocuk, Sözleşmenin 2. Maddesinde düzenlenen yaşam hakkından doğrudan yararlanamaz, çünkü hukuki anlamda bir kişi değildir.

2. Ancak bu belirleme doğmamış çocuğun hiçbir koşulda korunmayacağı anlamına gelmez



Günümüz hukuk sistemlerini veri olarak aldığımızda, doğum öncesi insan varlığının “kişi” olarak kabul edilmemesinin bir sonucu olarak embriyoyu bir hücre yığınınından ibaret, basit bir eşya olarak algılamak mümkün olabileceği gibi, insan türüne ait bir canlı olması temelinde embriyo doğmuş kişilere eşit bir statüye de kavuşturulabilir. Öyle görülüyor ki, her iki çözümün de zorlukları bulunmaktadır.

3. Eğer doğmamış çocuğun yaşam hakkından bahsedilecekse, bu hak annenin hak ve çıkarları ile sınırlıdır.

AIHM, bu üç ilkedenden hareketle, doğmamış çocuğun yaşam hakkının hukuki, tıbbi, felsefi, dini ve etik boyutları olduğunu, bu nedenle yaşamın ne zaman başlayacağı konusunda her bir hukuk düzeninin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu ileri sürmüştür. Bir başka ifadeyle, yaşamın ne zaman başlayacağına ilişkin tespit, ulusal yargı çevrelerine bırakılması gereken bir konudur. AIHM, konunun ulusal yargı sistemlerine bırakılmasının önemli bir nedeni olarak, söz konusu alanda Avrupa çapında bir konsensüs olmamasını göstermektedir. Avrupa Konseyine üye devletlerin önemli bir kısmında embriyonun hukuki bir tanımı bulunmamaktadır (Belçika, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Hollanda, İrlanda, İsveç, İtalya, Lüksemburg, Portekiz, Yunanistan). Embriyo tanımına yer veren ülkelerde ise yapılan tanım, bir ülkeden diğerine değişiklik göstermektedir (Birleşik Krallık, Almanya, Avusturya, İspanya). Bazı üye devletler, embriyo üzerindeki deneylere izin vermekte, diğer bazıları ise yasaklamaktadır. Deneylere izin veren devletler de, bu deneylere sadece embriyonun menfaati için izin verenler, sınırlı bir şekilde izin verenler

ve katı istisnalar dışında izin vermeyenler şeklinde üç gruba ayrılmaktadır.

Mahkeme, sonuç olarak, somut davada, davalı konumunda bulunan Fransa'nın iç hukuk sisteminde embriyonun tanımlanmamış olması nedeniyle, hekim tarafından gerçekleştirilen yanlış operasyon sonucunda ceninin yaşamına son verilmesini yaşam hakkı ihlali olarak değerlendirmemiştir. Mahkeme, başvuruca verilen tazminatın yeterli bir giderim olduğuna, hekim ve sorumlular için cezai bir takibatta bulunulmamış olmasının, Sözleşmenin 2. Maddesinde düzenlenen yaşam hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.

AIHM, ceninin hukuki statüsüyle ilgili son kararını 2006 yılında Birleşik Krallığa karşı yapılan bir başvuru üzerine vermiştir. Bu başvurunun dayanağını oluşturan olayda başvuruca ve partneri 2000 yılında bir üreme kliniğine başvururlar. Klinikte yapılan tahlillerde başvuruca'nın yumurtalık kanseri olduğu ve yumurtalıklarının alınması gerektiğine karar verilir. Operasyon öncesi başvuruca'nın 11 yumurtası alınarak partnerinin spermi ile döllenir ve 6 tane embriyo dondurulur. Daha sonra başvuruca partnerinden ayrı yaşamaya başlar ve embriyolardan taşıyıcı anne ile çocuk yapmak ister. Bu sırada eski

partner çocuğun genetik babası olmak istemediğini belirterek embriyoların kullanılmasını engeller. Ulusal mahkeme, genetik baba lehine karar verir.

AİHM, önüne gelen bu olayda, başvuru tarafından ileri sürülen yapay olarak döllenen embriyonun doğum hakkı olduğu iddiasını değerlendirmiştir. Mahkeme, Vo kararında olduğu gibi, bu konuda Avrupa genelinde bir konsensüs olmadığı görüşünden hareketle, her bir hukuk sisteminin takdir yetkisi bulunduğu işaret etmiştir. Bazı devletlerde biyolojik ana ve babanın iradesine ancak döllene gerçekleşinceye kadar bakılırken, diğer bazı hukuk sistemlerinde embriyo ana karnına yerleşinceye kadar ebeveynlerin tercihi alınabilmekte, bazı ülkeler ise, bu konuda karar almayı yargı organlarına bırakmaktadır. Birleşik Krallık yasaları, yapay döllene konusunda, embriyonun taşıyıcı ananın rahmine yerleştirilme anına kadar ebeveynlerin tercihine olanak tanımakta, bu ana kadar biyolojik ana ya da babadan birisi suni döllene ile üretilen ceninin doğmasını engelleyebilmektedir.

AİHM, bu veriler ışığında yapılan başvuruyu reddetmiş, yapay olarak döllenen embriyonun, taşıyıcı ananın rahmine yerleştirilinceye kadar Birleşik Krallık hukuku tarafından korunmadığına, dolayısıyla yaşama hakkının bulunmadığına karar vermiştir.

Ceninin hukuki statüsü üzerine hukuki bir değerlendirme

Yukarıda belirttiğimiz gibi hukuk dünyasında tüm varlık alanı insanlar ve diğer varlıklar olarak ikiye ayrılmıştır. Diğer varlıklar, ister canlı isterse cansız olsun mal kategorisinde yer alırlar. İnsanların mallar üzerinde tam bir hâkimiyetleri söz konusudur. Bu hâkimiyet, malları tasarruf etme yani onlardan yararlanma, tüketme, yok etme yetkilerini kapsar. İnsanların mallar üzerindeki bu yetkileri sadece başka insanları ya da onların sağlığını veya uygun bir çevrede yaşama haklarını korumak amacıyla kullanılabilir. Son dönemlerde gelişen hayvan hakları, hayvanlara da belli sınırlı alanlarda koruma getirmekle birlikte günümüze kadar onları mal statüsünden çıkaracak boyutlara ulaşmamıştır. Türkiye'de de Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde insanlara ait hukuk alanları ile eşyanın tabi olduğu kurallar belirlenmiştir.

Doğum öncesi insan varlığının hukuki statüsü, çağlar boyunca tartışılmıştır. Çok yakın zamanlara kadar bu tartışma kürtajla sınırlı kalmıştır. Ancak günümüz dünyasında, kök hücre çalışmaları nedeniyle embriyonun deneylerde kullanılmasından, klonlama suretiyle canlı üretimine, yapay döllene yoluyla rahim dışında döllene olanaklarının

kullanılmasından, insan yumurtası ile hayvan genetik malzemesinin birleştirilmesine kadar geniş bir yelpazede araştırma, deney ve uygulama amacıyla embriyolar kullanılmaktadır.

Günümüz hukuk sistemlerini veri olarak aldığımızda, doğum öncesi insan varlığının "kişi" olarak kabul edilmemesinin bir sonucu olarak embriyoyu bir hücre yığınından ibaret, basit bir eşya olarak algılamak mümkün olabileceği gibi, insan türüne ait bir canlı olması temelinde embriyo doğmuş kişilere eşit bir statüye de kavuşturulabilir. Öyle görülüyor ki, her iki çözümün de zorlukları bulunmaktadır. Eğer doğum öncesi insan, "kişi" olarak kabul edilecek olursa embriyo üzerindeki tüm deneylerin yasaklanması gerektir. Kaldı ki, bu durumda mantıklı olarak ceninin de otonomisinden bahsetmemiz gerekir. Ancak cenin fiziksel bir otonomiye sahip değildir. Ceninin kasten ölümüne sebebiyet veren kişilerin kasten adam öldürme suçundan ya da yanlılıkla ölümüne neden olan hekimin taksirli adam öldürme suçundan hüküm giymesi de aşırı bir müeyyide olarak algılanabilir. Embriyonun "mal" olarak kabul edilmesi de tatmin edici bir çözüm sunmaktan uzaktır. Henüz "kişi" olmasa dahi insan türüne ait bir canlının üstünde her türlü tasarrufta bulunulabileceğini savunmak, temel etik ve dini değerler ile insan onuru temelli insan hakları yaklaşımı ile bağdaşmamaktadır.

Böyle bir ikilem içinde yapılması gereken, binlerce yıldır değişmeyen mal-kişi ayrımını yeniden ele almak ve belki de bir üçüncü kategoriye tanımlamaya çalışmaktır. Ancak AİHM içtihat hukuku henüz bu cesareti gösterebilecek bir noktaya gelmiş gibi gözüküyor. Konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerin netlikten uzak olması, ülkeler arasında ortak temellere dayalı bir konsensüsün eksikliği gibi nedenlere dayanan AİHM, ilkeler ve ölçütler oluşturarak bir çözüm geliştirmek yerine, topu, üye devletlere atmaya çalışıyor. Kendisini diğer hukuk dallarından henüz ayıramamış olan biyo hukukun kimliğini kazanmasının temelinde, oluşturulacak yeni kavramlaştırmalar yatmaktadır. Doğum öncesi insan varlığının hukuki statüsünü belirlemeye yönelik bir çaba, bu öncü kavramlaştırmalardan birine temel oluşturabilir.

Kaynaklar

- 1) *X Norveç'e Karşı*, 29 Mayıs 1961 tarihli Komisyon kararı (no. 867/60); *X Avusturya'ya Karşı*, 10 Aralık 1976 tarihli Komisyon kararı (no. 7045/75); *Brüggemann ve Scheuten Almanya'ya karşı*, 12 Temmuz 1977 tarihli Komisyon kararı (no. 6959/75)
- 2) *X Birleşik Krallığa Karşı*, 13 Mayıs 1980, (no. 8416/79)
- 3) *Vo Fransa'ya Karşı*, (no. 53924/00).
- 4) *Evans Birleşik Krallığa Karşı*, 7 Mart 2006, (no. 6339/05).

Ceninin kasten ölümüne sebebiyet veren kişilerin kasten adam öldürme suçundan ya da yanlılıkla ölümüne neden olan hekimin taksirli adam öldürme suçundan hüküm giymesi de aşırı bir müeyyide olarak algılanabilir. Embriyonun "mal" olarak kabul edilmesi de tatmin edici bir çözüm sunmaktan uzaktır. Yapılması gereken, binlerce yıldır değişmeyen mal-kişi ayrımını yeniden ele almak ve belki de bir üçüncü kategoriye tanımlamaya çalışmaktır.