

YASAL BELİRSİZLİK: EMBRYONİK KÖK HÜCRE ÇALIŞMALARI*

LEGAL UNCERTAINTY: EMBRYONIC STEM CELL STUDIES

İpek Sevda SÖĞÜT**

Özet: Kök hücre tipleri arasında yer alan embriyonik kök hücreler, her çeşit hücre ve dokuya dönüşebilme kapasitesi nedeniyle doku mühendisliği ve rejeneratif tıp alanında önemle üstünde durulan kök hücre grubudur. Özellikle insan embriyonik kök hücreleri; yeni ilaç tasarımı deneylerinde, ilaç toksisitelerinin araştırılmasında ve erken embriyonik gelişim çalışmalarında model olabilecek hücrelerdir. Bununla birlikte, insan embriyonik kök hücre çalışmaları canlı embriyoların kullanımını gerektirdiğinden, etik ve hukuki problemleri beraberinde getirmektedir. Embriyon araştırmaları, yaşamın başlangıcı ve insan onurunun kapsama alanını ilgilendirdiğinden, çok tartışmalı bir konudur. Bu çalışma ile genel olarak kök hücre kavramı, hukuki niteliği, embriyonik kök hücre kavramı, embriyonun; insan hakları hukuku, anayasa hukuku, ceza hukuku ve medeni hukuk bağlamında statüsü, ana rahmindeki embriyo, tüpteki embriyo bakımından embriyonik kök hücre çalışmalarındaki mevcut hukuki durum ile araştırma amaçlı embriyo yaratmanın hukukiliği ve embriyonik kök hücre çalışmalarında Sağlık Bakanlığı Genelgesi sonrasındaki hukuki durum açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Embriyo, Kök Hücre, In Vitro, İnsan Onuru, Yaşamın Başlangıcı, Rejeneratif Tıp, Totipotent, Embriyonik, Kök Hücre Araştırmaları, Biyotıp Sözleşmesi, Biyohukuk

Abstract: Among the stem cell types, embryonic stem cells are in the stem cell group, emphasized in the field of tissue engineering and regenerative medicine due to its ability to convert into all kinds of cells and tissues. Especially human embryonic stem cells set an example for new drug design experiments, research of drug toxicity and in studies of early embryonic development. However, since human embryonic stem cell studies require the use of live embryos, they also bring about ethical and legal problems. Embryonic research is a very controversial issue, as it concerns the area of the beginning of life and the scope of human dignity. With this study; the concept of stem cell, its' legal character, concept of embryonic stem cell, legal status of embryo in terms of human rights law, cons-

* Aynı başlıklı bildiri, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı, Marmara Üniversitesi Spor Bilimleri Fakültesi ve Kök Hücre ve Hücresel Tedavi Derneği tarafından; 5-6 Mayıs 2017 tarihinde düzenlenen 6. Kök Hücre Sempozyumu'nda sunulmuştur.

** Yrd. Doç. Dr., Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Roma Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, ORCID: 0000-0002-3501-6593

titutional law, criminal law and civil law, current legal position for embryonic stem cell studies in point of embryo in uterus, embryo in vitro, legality of creating embryo for research, after the Circular of Ministry of Health current legal status of embriyonic stem cell studies are tried to be explained.

Keywords: Embryo, Stem Cell, In Vitro, Human Dignity, Beginning of Life, Regenerative Medicine, Totipotent, Embryonic, Stem Cell Research, Convention on Biomedicine, Biolaw

I. Kök Hücre Kavramı

Kök hücre, vücudumuzdaki organ ve dokuları oluşturan, henüz farklılaşmamış, sınırsız olarak bölünebilme ve kendisini yenileme yetisine sahip hücrelerdir.¹ Kök hücre; henüz işlevsel olarak farklılaşmamış, ancak çok sayıda farklılaşmış hücre üretme potansiyeline sahip olan, çoğalma yeteneği bulunan, kendini yenileyebilen, hasar görmüş dokuları tamir edebilen ve hatta yeni bir canlı yaratma potansiyeline sahip hücreler olarak tanımlanmaktadır.²

Kök hücre, giderek azalan farklı doku tiplerine dönüşme yeteneklerine göre “totipotent”, “pluripotent”, “multipotent” ve “unipotent” olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Bu sınıflandırmaya göre totipotent, döllenmiş yumurta ve bunun ilk segmentasyonlarıdır. Zira söz konusu hücre, döllenmeden itibaren 4 gün içinde, bir insan vücudunun gelişebilmesi için gerekli olan bütün hücre tiplerine kaynaklık edebilecek güçtedir. Embriyon hücreleri³ totipotent’ten pluripotent’e geçerler.

¹ Burcu Kalkan Oğuztürk, *Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s.169.

² Meral Beksac, “Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?”, *Bilim ve Teknik Dergisi*, S. 511, Haziran 2010, s. 36; Mukadder Gün, “Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları/Tedavileri ve Olası Etik Sorunlar”, *Türkiye Klinikleri, J Med Oncol-Special Topics*, S. 2015, C.8/2, s. 142; Türkiye Bilimler Akademisi Raporları, S.7, Ankara, 2005, s. 9; Şefik Görkey/Nüket Kutlay/Tamay Başağaç Gül/Tolga Güven/Gürkan Sert/Mukadder Gün/Can Erzik, *Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuki Boyutu*, Ankara, Nisan 2009, s.13; Lale Karakoç Sökmensüer, “Embriyonik kök hücreler ve tedavi amaçlı kullanımları”, *Hacettepe Tıp Dergisi*, C.38, S. 1, 2007, s. 15; Kök Hücre Tedavileri Hasta El Kitabı, ISSCR (Uluslararası Kök Hücre Araştırmaları Derneği), Ankara, 2008, s. 4; Banu Özel/Enver Ozan/Özlem Dabak, “Embriyonik Kök Hücreler”, *Türkiye Klinikleri, J Med Sci*, S. 28, s. 333; Tahir Karaşahin, “Embriyonik Kök Hücreler”, *Erciyes Üniv. Vet. Fak. Derg.*, C.1, S. 9, 2012, s. 65.

³ Embriyo, yumurta ve spermin birleşmesi sonucunda meydana gelen ve ceninin gelişiminin ilk aşaması olan hücre grubudur. İlk kez 1988 yılında elde edilen emb-

Çünkü bunlar, artık bütün bir insan vücudunu oluşturma yeteneğini kaybetmişlerdir; bununla beraber hem çoğalma hem de insan vücudunu oluşturan tüm hücre tiplerine dönüşebilme özelliklerini korurlar. Embriyon, takip eden gelişim sürecinde pluripotent özellikten multipotent özelliğe geçer. Zira hala farklı hücre tiplerine dönüşebilme ve pek çok dokuyu oluşturabilme yeteneği bulunmasına rağmen, artık tüm hücre tiplerine dönüşme yeteneği yoktur. Unipotent kök hücre ise, erişkin bir insan vücudunda da bulunan, organizmayı oluşturan hücrelerin ikamesini ve entegrasyonunu sağlayan, tek hücre ve doku tipini oluşturma yeteneği bulunan kök hücrelerdir.⁴

Örneğin, kemik iliği nakli sonrasında, vericinin kemik iliğinde bulunan kök hücrelerin, alıcının kemik iliği dışındaki dokularına da yerleşerek, alıcının akciğer, karaciğer ve beyin hücrelerine dönüşebilme yeteneğine sahip olduğu keşfedilmiştir. Kök hücreler; işlevlerini kaybetmiş dokuların tamiri ve yenilenmesi konusunda büyük bir rol üstlenerek, organ ve doku nakilleri, ilaç tedavileri ve hasta bakımları harcamalarından tasarruf edilmesini sağlayacağı gibi, hasta ve engelli kişilerin sağlıklarına kavuşmalarını da sağlayabilmektedir.⁵

II. Kök Hücrenin Hukuki Niteliği

İlk olarak, kök hücrenin insan kökenli biyolojik madde olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bağlamında; “insan kökenli biyolojik madde” kavramının hukuk literatüründe nasıl yer aldığına baktığımızda; kavramın Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) md.23/3.f.’da⁶ yer aldığı görülmektedir:

“Madde 23- Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

riyonik kök hücreler, embriyonun blastosist aşamasında elde edilen, pek çok hücre ve dokuya farklılaşma özelliğine sahip pluripotent hücrelerdir. 4-6 günlük bir blastosistin iç hücre kitlesinde bulunan bu hücreler, “embriyonik kök hücresi” olarak adlandırılırlar. Kalkan Oğuztürk, s. 173.

⁴ Patrizia Borsellino, Bioetica tra morali e diritto, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009, s. 222-223.

⁵ Arif Barış Özbilen, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011, s. 11.

⁶ 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun’la eklenmiştir.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve maneî tazminat isteminde bulunulamaz."

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre gibi maddeler ile insan vücudundan, cerrahi müdahale ya da dış bir etkene bağlı olmaksızın kendiliğinden ayrılan biyolojik maddeleri açıklamak amacı ile kullanılan bir terimdir. Hayvan ya da bitkilerden elde edilen biyolojik maddeler ile bağımsız olarak yaşam yeteneğine sahip olan mikroorganizmalar, bu kavramın dışında kalmaktadır.⁷ İnsan kökenli biyolojik maddelere ilişkin iç hukukumuzdaki yasal düzenlemeler; 29.05.1979 tarih ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun (ODNK) ve 27.10.2010 tarih ve 27742 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren, İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik olarak yer almaktadır.

İnsan kökenli biyolojik madde kavramı içinde ele alınan varlıklar, organ, doku ve hücrelerdir.⁸ Bu bağlamda kök hücreler de, insan kökenli biyolojik madde kapsamında yer almaktadır.⁹

İnsan kökenli biyolojik madde olarak kök hücrenin; mevzuattaki tanımlamalar dikkate alınarak, organ veya doku, ilaç, kan veya kan ürünü, endüstriyel olmayan ileri tıbbi ürün olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tespiti gerekmektedir. Böylelikle, kök hücre araştırmalarının tabi olacağı hukuki zemin tespit edilmiş olacaktır.

Kök hücrenin bir organ veya doku olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine baktığımızda, ODNK md.2'de sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Sözlük anlamına bakıldığında ise, organ (*organ, organe, Organe*); canlı organizmaların, dolaşım, solunum, sindirim ve üreme gibi farklı sistemleri içinde yer alan ve vücutta belli bir işlev görmek üzere farklılaşmış olan kısım, anatomik yapı ya da oluşum olarak tanımlanmaktadır.

⁷ Özbilen, s.7.

⁸ Özbilen, s. 8.

⁹ Embriyonik kök hücre için, insan kökenli biyolojik madde nitelendirmesinin yapılması, embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesine bağlı olacaktır. Bu konunun değerlendirilmesi ve tartışmalar için bkz. IV. Embriyonun Hukuki Statüsü.

Bir kimsenin kendi kök hücrelerinin kendisine aktarılması bakımından ODNK uygulama alanı bulmayacaktır. Çünkü doku ve organ nakli, yabancı bir organ veya doku nakli olup, bir başka kimseden veya mümkün olduğu takdirde, bir ölüden aktarılan kök hücreler söz konusu olduğunda, bu kanun hükümleri, kök hücre naklinin de hukuki dayanağını teşkil etmektedir.

Kök hücrenin ilaç niteliği olup olmadığı ise, ilaca ilişkin mevzuata bakılarak saptanabilmektedir. 1928 tarih ve 1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu md.1'e göre, *"tıpta kullanılabilecek her türlü basit veya bileşik şifa amaçlı maddeler"* ilaç olarak tanımlanmıştır. Beşeri ve Tıbbi ürünlerin Sınırlandırılmasına Dair Yönetmelik ve Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik md. 4/b'ye göre; *"hastalığı tedavi etmek ve/veya önlemek, bir teşhis yapmak veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla, insana uygulanan doğal ve/veya sentetik kaynaklı etkin madde ve maddeler kombinasyonu"* beşeri tıbbi ürün olarak yer almaktadır. Konuya ilişkin bir diğer hukuki düzenleme olan, Beşeri Tıbbi ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'nin md.2/f'ye göre, insan kaynaklı tam kan, plazma veya kan fraksiyonları, ilgili Yönetmeliğin kapsamı dışında tutulmaktadır. Ayrıca, aynı Yönetmelik md.4/e'ye göre, kaynağı insan (insan kanı ve insan kanında elde edilen ürünler) olan maddeler, beşeri tıbbi ürün olarak değerlendirilmemektedir.

İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik¹⁰te (md.4/1-p bendinde) ise, ilaç veya beşeri tıbbi ürün, *"hastalığı önlemek, teşhis etmek veya tedavi etmek, fizyolojik bir fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla insana uygulanan doğal, sentetik veya biyoteknoloji kaynaklı etkin maddeyi veya maddeler kombinasyonu"* olarak tanımlanmıştır. *"Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"* ile yapılan değişiklik öncesinde, ilaç dışı klinik araştırma olarak (md. 4/1-r bendinde), kök hücre nakli araştırması da sayılmaktaydı. Ancak değişiklik sonrasında, *"İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelik"*te, ilaç dışı

¹⁰ Bu yönetmeliğin adı *"Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelik"* iken 25/6/2014 tarihli ve 29041 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan *"Klinik Araştırmalar Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"* ile anılan şekilde değiştirilmiştir. İlgili Yönetmelikte son olarak, 13/9/2015 tarih ve 29474 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan değişiklikler yapılmıştır.

linik araştırmalara dair hüküm ilga edilmiştir.¹¹ Sonuç olarak, ilacın tanımına ilişkin hukuki düzenlemelere bakıldığında, kök hücrenin ilaç niteliğinde olmadığını söyleyebiliriz.

Kök hücrenin kan veya kan ürünü olması konusundaki belirsizlik ise, 5624 sayılı ve 11.04.2007 tarihli Kan ve Kan Ürünleri Kanunu ile giderilerek, ilgili Kanunun md.1/f.3’de, kan kök hücre uygulamalarının kapsam dışında olduğunun ifade edilmesi ile son bulmuştur.

Kök hücreler, vücudumuzda bütün doku ve organları oluşturacak şekilde farklılaşabilme ve sınırsız bölünebilme potansiyeline sahip¹², kendi kendini yenileyebilen ana hücrelerdir ve otolog¹³ yapılardır. Daha önce de ifade edildiği gibi, ODNK ancak başka bir kimseden elde edilen kök hücrenin nakli durumunda uygulama alanı bulmaktadır.¹⁴

¹¹ 2015 Mart ayı itibarıyla kök hücreler ile yapılacak klinik araştırma başvurularının Klinik Araştırmalar Yerel Etik Kurul’larında görüşülüp olumlu sonuç aldıktan sonra, Sağlık Bakanlığı, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’ne bağlı, Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu’nun onayı ve desteği için başvurması gerekmektedir. Eğer sonuç olumlu olursa, klinik araştırmanın başlaması için yasal izin süreci tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla kök hücreyi konu alan bir klinik araştırma, daha başlamadan önce üç farklı kişi grubunu bir araya getirmektedir: i) araştırmacılar, ii) etik kurul üyeleri, iii) danışma kurulu üyeleri. Tüm dünyada olduğu gibi, ülkemizde de, insan üzerinde yapılan kök hücre araştırmaları oldukça yeni çalışmalarlardır. Bu çalışmalar, bugüne kadar alışlagelen ilaç, tıbbi cihaz veya biyoeshdeğerlilik araştırmalarına birçok yönüyle benzememektedir. Desteklenmek üzere sunulması planlanan, hali hazırda sunulmuş olup, onay bekleyen ve onay alıp yürütülmekte olan kök hücre çalışmalarının değerlendirilmesinde, farklı bir bakış açısına gerek bulunmaktadır. Kök hücre araştırmalarında uygulanan ve bugüne dek sayıları 5000’i aşmış olan klinik araştırmada (Bkz. www.clinicaltrials.gov) kullanılan “faz” kavramının kapsamı hakkında bkz. Alp Can, “Kök Hücre ile Yapılan Klinik Araştırmalarda Faz Kavramı Üzerine”, *Kök Hücre E-Bülteni*, S.6, (Mart-Nisan 2015), s. 3-4.

¹² Teorik olarak sonsuz bölünme yeteneğine sahip olan, henüz spesifik bir işlev üstlenmek üzere farklılaşmasını tamamlamadığı için her şeyi yapabilir düzeyde bir farklılaşma yeteneğine sahip hücrelerdir. Onur Sezen, “İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu”, *AndHD*, 2015, C.1, S.1, s.86.

¹³ Otolog: Organizmanın belli bir dokusunda ya da özel yapısında doğal olarak bulunan ya da üretilen, bir organizmanın kendisinden kaynaklanan. İsmail Dökmeçi/Handan Dökmeçi, *Tıp Terimleri Cep Sözlüğü*, İstanbul Medikal Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 488. İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin, kapsamını düzenleyen ilgili maddesinde (2/2-a bendinde): “Aynı cerrahi uygulama içerisinde hiçbir işlem ve depolamaya tabi tutulmadan otolog olarak kullanılan doku ve hücreler” yönetmelik kapsamı dışında bırakılmıştır. Diğer bir ifade ile Yönetmelik, otolog kullanım amacı ile doku ve hücrelerin depolanmasına ilişkin koşulları ve bu işlemleri yürütecek merkezlerin faaliyetlerini düzenlemektedir.

¹⁴ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, (Tıp), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 434.

Sonuç olarak konuya ilişkin tüm mevzuat dikkate alındığında, otolog bir yapı olarak kök hücrenin, yasal düzenlemelerde herhangi bir hukuki nitelendirilmesinin yapılmadığı ve ayrı bir hukuksal değerlendirilmeye muhtaç olduğu görülmektedir.¹⁵

III. Embriyonik Kök Hücre Kavramı

Kök hücreler, işlevlerini kaybetmiş olan dokuların tamiri ve yenilenmesi konusunda oldukça önemli bir işleve sahip olup, bu sayede organ ve doku nakilleri, ilaç tedavileri ve hasta bakımları için harcanan masraflardan tasarruf edilmesi sağlanarak, hasta ve engelli kişilerin sağlıklarına kavuşması mümkün olacaktır. Onarımsal tıbbın kaynağı olarak kabul edilen kök hücreler, inme, omurilik felci, diyabet, Alzheimer, Parkinson gibi hastalıkların tedavisi ve önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen bilimsel çalışmalarda, kalp damar ve akciğer hastalıkları, sinir, kas iskelet sistemi ve endokrin sistemi hastalıklarında önemli yer tutmaktadır.¹⁶

Kök hücre türleri, türleri ve elde edildikleri kaynaklar yönünden incelendiğinde, söz konusu özelliklerde değişkenlikler olduğu görülmüştür. Bu bağlamda kök hücre türleri, elde edildikleri dokular ve farklılaşabilme yetenekleri (plastisite¹⁷) yönünden; embriyonik kök hücre, fetal kök hücre ve erişkin kök hücre olarak gruplandırılmaktadır. Embriyonik kök hücre, embriyodan *in vitro* dölleme ile geliştirilen,¹⁸

¹⁵ Hakan Hakeri, “Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu”, (Kök Hücre), Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci, 2006, 2(43), s.79.

¹⁶ Beksac, s.37-40.

¹⁷ Plastisite: Bozulduktan ya da yaralandıktan sonra dokuların yeniden oluşması ya da oluşturulması. Dökmeci/Dökmeci, s.545.

¹⁸ In vitro yetiştirilen pluripotent hücrelere, değişikliği engelleyen kültür şartları sağlanırsa, bu şekilde hücreler normal bir sitoplazmaya gelişmez, nidasyon olgunluğuna ulaşmazlar, aksine sadece sözde embriyoid zerrelere oluşturlar. Bir pluripotent hücre, indüklenmiş pluripotent (IPS) hücre gibi, bir blastosist ile bağlantısı olmadan nidasyon olgunluğuna gelişebilecek potansiyele sahip değildir. Sadece hücre başka bir organizmaya nakledilirse, kendini nidasyon yeterliliğine dek farklılaştırabilir. Başka bir organizmaya nakletme, pek de bunun için gerekli diğer şartların sağlanması olarak görülmeyebilir. Nakil sırasında pluripotent hücre; organizma olarak bağımsızlığını kaybeder ve başkasının bir parçası, kimera organizması olur. IPS hücresi dölleme yoluyla elde edilmemektedir. Bu yine de, embriyo olarak nitelendirme için mecburi değildir. IPS hücre bir yumurta hücresinden meydana gelmez. Bu da embriyo özelliğini ortadan kaldırmaz. IPS hücre bir birey olarak gelişme potansiyelinden yoksundur, burada ifade edilen şey, nidasyon evresine bile ulaşamamasıdır. Bir tetraploid blastosist ile bağlanma yoluyla böyle

ancak ihtiyaç fazlası olan embriyolardan veya istem üzerine sonlandırılan gebeliklerden elde edilmektedir.¹⁹ Fetal kök hücre ise, plesanta, göbek kordonu ve amniyon sıvısında bulunan kök hücrelerdir.²⁰ Kan üreten kök ve bebek kordon kanı ile çevre kanında bulunan bu kök hücreler, uzun yıllardan beri lösemi ve diğer kan hastalıkları olan hastalara verilerek, tedavide başarı ile kullanılmaktadırlar.²¹

Son olarak, erişkin kök hücreler ise; erişkin dokulardan, kemik iliğinden, vücutta dolaşan kandan, kan damarlarından, iskelet ve kalp kasından ve karaciğer gibi bazı organlardan elde edilebilmektedirler. Embriyo, yaklaşık sekizinci haftada fetüs halini aldıktan sonra, erişkin kök hücreleri gelişmeye başlar. Araştırmalar, bu hücrelerin birçok erişkin dokuda var olduğunu ortaya koymuştur. Erişkin kök hücreleri farklılaşmamış halde bulunur; ancak plastisiteleri embriyonik kök hücrelere göre daha düşüktür. Başlıca görevleri, bulundukları dokunun onarımını ve devamlılığını sağlamaktır. Embriyonik kök hücrelerinin aksine, erişkin kök hücrelerinin kaynağını tanımlamak güçtür.²² Erişkin kök hücreleri, uzun yıllardır transplantasyon amacıyla kullanılabilir. Son yıllarda yapılan bazı çalışmalarda, multipotent nitelikteki erişkin kök hücrelerinin, tamamen farklı bir dokunun hücrelerine de köken olabileceği gösterilmiştir. Bu plastisiteye örnek olarak, kan hücrelerine farklılaşmaya yönlendirilmiş olan kök hücrelerden sinir hücrelerinin, insülin üreten karaciğer hücrelerinin ve kalp kas hücrelerine dönüşen hematopoietik kök hücrelerinin elde edilmiş olması gösterilebilir. Bu nedenle, erişkin kök hücrelerinin hücre tedavisi için kullanılması,

bir gelişimi harekete geçirilebilme durumu, sonucu değiştirmez. Çünkü Alman Embriyonun Korunması Kanunu, md. 8/1 2. Seçenek anlamında tetraploid embriyo-bütünleme, gerekli şart olarak anlaşılamaz. İndüklenmiş pluripotent hücre, bu şekilde bir embriyoya yaklaşır; ama yeteri kadar da yakınına değil. IPS hücre, Alman Embriyonun Korunması Kanunu anlamında bir embriyo değildir. Henning Rosenau, "İndüklenmiş Pluripotent Kök Hücreler (IPS-Hücreler) Tüm Hukuki Sorunların Çözümü mü?", (IPS-Hücreler), (çev. Melike Şentürk Tur), *TıpHD*, Sayı:8/Yıl:2015, s. 280-281.

¹⁹ En fazla farklılaşabilme, her türlü doku ve organ hücrelerine dönüşebilme yeteneğine sahip kök hücre döllelenmiş yumurtadır ve bu özelliği ile totipotent olarak nitelendirilir. Nurhan Şener, "Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar", *Hukuk Gündemi*, 2012/1, s.54.

²⁰ Nur Çakar, "Embriyodan Erişkine Kök Hücreler", *Bilim ve Teknik*, S.511, Haziran 2010, s.43.

²¹ Emin Kansu, "Kök Hücreleri ve Klonlama", *Avrasya Dosyası: Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel*, Sonbahar 2002, C.8, S.3, s.42.

²² Görkey/Kutlay/Gül/Güven/Sert/Gün/Erzik, s.18.

kök hücre alanındaki önemli araştırma konularından biri durumundadır. Erişkin kök hücreleri sanıldığından daha esnek olup, özel kültürler içerisinde tutulan farelerdeki nöral kök hücrelerin kas, kalp gibi diğer organların hücrelerine dönüşebileceği gözlemlenmiştir.²³

Embriyonik kök hücrelerle yapılacak bir tedavinin yetişkin kök hücrelere nazaran daha başarılı olacağı düşünüldüğünden, kök hücre çalışmaları esas olarak embriyonik kök hücreler üzerinde yoğunlaşmaktadır.²⁴ Embriyonik kök hücrelerin elde edilmesi, insan embriyolarının parçalanması yolu ile gerçekleştiğinden, bu alanda yapılan çalışmalar etik ve hukuki tartışmalara neden olmaktadır. Bu çalışmaların önünde duran en önemli sorun, insan embriyolarının kullanılması ve kullanılan embriyoların bütünlüğünü yitirmesidir.²⁵ Yaşamın hangi gelişimsel evrede, diğer bir ifade ile embriyonik gelişimin kaçınıcı gününde başladığına dair, geniş tabanlı bir görüş birliği yoktur. Buna

²³ Mehmet Ali Zengin, *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 9-10.

²⁴ Hakeri, *Kök Hücre*, s.79.

²⁵ Etik çekinceler dikkate alınarak geliştirilen çözüm yolları olarak; normalde preimplantasyon genetik tanı işleminde kullanılan, tek blastomer biyopsi tekniği ile embriyonun bütünlüğünü bozulmadan alınan tek bir blastomerin, kültür ortamında blastokist aşamasına kadar kültüre edilerek insan embriyonik kök hücre dizisi elde etme yoluna gidilmesi, insan somatik hücresinin, çekirdeği çıkartılmış insan embriyonik kök hücresiyle füzyonu sonucu (sitoplazma transferi) tekrar programlanarak insan embriyonik hücre karakteri kazandırılması ve genetik olarak uterusu tutunamayan ama hücre kütlesi normal olan embriyo klonlanması hakkında bkz. Semra Kahraman/Zafer Nihat Candan, "İnsan Embriyonik Kök Hücreleri", *Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci*, 2006, 2(43), s.24. Değiştirilmiş nükleer transfer ile genetik olarak embriyo gelişim kapasitesi hasarlanmış somatik hücre çekirdeği, çekirdeği çıkartılmış bir yumurtaya aktarılır. Bu yolla oluşturulan embriyonun yaşama kapasitesi olmayacağından, kök hücre elde edildikten sonra embriyonun yaşamının sona erdirilmesi sorunu da olmayacaktır. Bir başka yöntem olarak, spermle dölleme yapmaksızın, farklı yöntemler kullanarak, yumurtadan doğrudan embriyo geliştirmek yoluyla partenogenesiz denilen teknoloji kullanılmasıdır. Bu yöntemde, bilerek gelişimi etkileyecek bir hasar meydana getirmemekle birlikte, tek bir gamet hücresi kullanılmaktadır. Üçüncü yöntem olarak, organizma olarak ölmüş embriyoların kullanılmasıdır. Bu durum, kadavradan organ nakli ile aynı değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bir diğer yöntem de, kromozomal olarak anomali gösteren embriyoların kök hücre elde etmek için seçilmesi olanağıdır. Preimplantasyon genetik teşhis yöntemlerinden olan tek blastomer biyopsisi, embriyoya zarar vermeyen bir yöntemdir. Bu amaçla, bu yöntemle kök hücre elde edilmesi yoluna gidilmektedir. İnsan embriyonik kök hücre elde edilmesinde ulaşılabilecek en son nokta, somatik hücre dediferansiasyon yöntemidir. Buradaki amaç, diferansiye olmuş herhangi bir olgun hücreden, pluripotent nitelikte bir hücreye geri dönüşümün sağlanmasıdır. Görkey/Kutlay/Başagaç Gül/Güven/Sert/Gün/Erzik, s.15-17.

bağlı olarak, uluslararası açıdan da, ülkelerin kendi dini ve ahlaki görüşleri ekseninde konu ele alınmış ve ilgili politikaları belirlenmiştir.²⁶

IV. Embriyonun Hukuki Statüsü

Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin hukuksal durumu tespit edebilmek bakımından, “embriyo” ve “cenin²⁷ (fetüs)” kavramlarının hukuki niteliği üzerinde durulması gerekmektedir.²⁸ Embriyo (*embryo/embryon*), döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan yeni canlıyı tanımlamak üzere kullanılmaktadır.²⁹ Gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlandığından, embriyo dönemi

²⁶ Kahraman/Candan, s.24. Embriyonik kök hücre elde edilirken, kök hücrenin içinden alındığı embriyonun zarar gördüğü, hâttâ bir daha kullanılamaz hâle geldiği iddia edilmektedir. İnsan embriyosunun, araştırma amacıyla kullanımının, hukuka aykırı olacağı, bunun ötesinde, bir kişinin tedavi edilmesi pahasına, meydana gelmiş olan bir embriyonun yok edilmesinin, embriyoyu eşya hâline getireceği tartışmaları, hem Türk hem de yabancı hukuk sistemlerinde yapılmaktadır. Hiçbir amaç pahasına, embriyonun yaşamının kurban edilemeyeceğini savunanlar olduğu gibi, insan embriyosunun tedavi amaçlı kullanımının yasaklanmaması gerektiği ve embriyonun, tedavi amacıyla kullanılması hâlinde, insan onurunun zedelenmeyeceği görüşünde olanlar da mevcuttur. Özbilen, s. 149-150, dn.492. Embriyonun insan onuruna dair menfaatlerinin korunmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi md.2 gereği yaşam hakkının korunmasını gerektirdiği ve bu hükümler, Sözleşmenin özel ve aile hayatına saygıya ilişkin md.8’deki korunması gereken menfaat ile karşı karşıya geldiğine ilişkin görüş için bkz. Charles Foster, *Human Dignity in Bioethics and Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2011, s.158-159.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Olcay Çankaya Işık, “İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından: Cenine (Foetus-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto”, *TıpHD*, Sayı:1/Yıl:2012, s. 161-205.

²⁸ Doğum öncesi döneme ait olan embriyo ve fetüs/cenin kavramlarının tanımlarının tıp bilimi tarafından yapılması gerekmektedir. Buna göre, ana rahminde bulunan gebelik ürünü, gelişim evrelerine göre farklı isimler aldığından terminoloji de farklılaşmaktadır. Yumurta ve spermin döllenmesinden itibaren gebeliğin sekiz haftası içinde embriyo; gebeliğin dokuzuncu haftasından doğuma kadar olan dönemde ise, fetüs/cenin kavramları kullanılmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü ve Yardımcı Üreme Teknolojilerini Denetleme Uluslararası Komitesi tarafından 2009 yılında revize edilen üremeye yardımcı teknolojilere ilişkin terimler sözlüğünde embriyo, döllenmeden itibaren embriyonik evre olarak adlandırılan sekizinci haftanın sonuna kadar olan dönemdeki gebelik ürünü olarak tanımlanmaktadır. Fetüs/cenin ise, embriyonik gelişiminin tamamlandığı, döllenmeden itibaren başlayan sekiz haftalık sürenin bitiminden doğuma kadar geçen dönemdeki döllenme ürünü olarak tanımlanmaktadır. Tülay Aydın Ünver, *Ceninin Hukuki Durumu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 9.

²⁹ *Medicana Genel Sağlık Ansiklopedisi*, Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, C.12, s. 121.

sona ererek, fetüs/cenin olarak ifade edilen dönemin başladığı kabul edilmektedir.³⁰ Her ikisi de ayrı ayrı birer insan kökenli biyolojik madde olan sperm ve yumurtanın bir araya gelerek döllenmesi neticesinde, yeni bir canlı vücuda gelmekte ve gebelik sürecinin doğum ile son bulması şartına bağlı olarak, insan yaşamına dair ilk safha (biyolojik olarak), embriyo dönemi ile birlikte başlamış olmaktadır. Embriyo ve cenin, insan kökenli biyolojik madde olarak tanımlanamayacağından, bu konuda, insan kökenli biyolojik maddelere ilişkin yasal düzenlemeler çerçevesinde hukuki değerlendirme yapmanın mümkün olamayacağını belirtmek gerekir.³¹

Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin olarak; etik ve tıbbi açıdan yaşamın başlangıcı üzerinden hareket edilmekte ve ileride insan olabilecek bir canlı olarak, diğer bir ifade ile doğum öncesi canlının bir insan olduğu ön kabulü ile hukuki değerlendirme yapılmaktadır. İnsan embriyosunun ahlaki³² ve hukuki durumunu temelden etkileye-

³⁰ Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, İstanbul 1986, C. 6, s. 3665.

³¹ Bilen, s. 5. Aksi görüşte olarak; sperm, yumurta ve embriyonun doku ve insan kökenli biyolojik madde olarak adlandırılmasının yanlış olmayacağı, heterolog döllenme amacı ile üreme hücreleri sperm, yumurta ve embriyo bağışının da ODNK kapsamında olduğu yönünde bkz. Zafer Zeytin, "Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları", *TıpHD*, Issue: 8 /Year: 2015, s. 217.

³² Genel olarak, gerek uterus içindeki fetüsün gerekse Petri kabındaki ya da dondurucudaki embriyonun ahlaki statüsü konusunda şu üç duruştan biri sergilenmektedir: (1) yalnızca bir parça doku (ahlaki statüsü yok), (2) potansiyel insan (bir ölçüde, belki orta düzeyde bir ahlaki statü sahibi), (3) tam anlamıyla insan (tam bir ahlaki statüye sahip). Bunlardan ilkinin, görünüme göre özellikle bilim insanlarından olmak üzere birçok savunucusu vardır; üçüncü duruş ise, daha çok birtakım dini geleneklerde sergilenmektedir. Örneğin Roma Katolik Kilisesi'nin bu konudaki resmi duruşu, insan yaşamının gebe kalınan anda başladığı yönündedir. Ayrıca Katolik Kilisesi, henüz gerçekleşecek olan bir potansiyeli, gerçekleşmiş bulunan bir potansiyele denk görmektedir. İkinci duruş ise, Protestan ve Musevi geleneklerde ve seküler düşüncede egemen olan bakış açısı gibi görünmektedir. Bu türden bir görüşe göre, erken dönemdeki embriyolar "orta düzey bir ahlaki statüye" sahiptir ve dolayısıyla "özel bir saygıyı" hak etmektedirler; ne var ki bu özel saygı, bir biyomedikal araştırmanın insanların yaşamını kurtaracağı yönünde makul bir beklenti varsa embriyoların bu araştırmada kullanımına engel değildir. Tom L. Beauchamp/James F. Childress, *Biyomedikal Etik Prensipleri*, Yedinci Edisyon, (çev. M. Kemal Temel), Betim, İstanbul 2017, s. 122. Özelleşmiş yetişkin hücrelerden embriyonik kök hücrenin özelliklerini taşıyan kök hücre elde edilememesi durumunda ve başka tedavi imkânının bulunmaması halinde, ticari ve her türlü kötü amaçlı kullanımı engelleyici tedbirleri almak kaydıyla tüp bebekten arta kalan blastocistler, tedavi amaçlı olarak kullanılabilir. T.C. Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı, "Günümüz Tıp Dünyasında Tartışılan Tüp Bebek ve Kök Hücre Gibi Yeni Uygulamaların İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi"

cek noktalardan biri teknolojik gelişmelerin yol açtığı yeni durumlar-
dır. Yeni gelişmeler insanın hastalıklar karşısında tedavi edilmesi bek-
lentisini alabildiğine yükseltmiştir. Bu açıdan bakıldığında, insanın
sağlığına kavuşturulmasına dönük müdahalelerin ahlaki bir engelle
karşılaşmaması beklenir.³³

Konu, tıbbi, biyolojik, etik, dini, felsefi perspektiflerden ele alınma-
ya uygun ve pek çok tartışmayı barındıran niteliktedir. Ancak embri-
yonik kök hücre araştırmalarını, hukuki açıdan ele almak bakımından,
açıklığa kavuşturulması gereken esas sorun, insanın biyolojik olarak
başlangıcının belirlenmesinden ziyade, embriyoya ne zaman hukuken
korunması gereken bir kişilik özelliği atfedileceğidir.

1. İnsan Hakları Hukuku Bakımından Embriyonun Statüsü

Biyoloji ve tıp bilimindeki gelişmelerin tehdit ettiği insan hakları ve
onurunun korunmasına ilişkin ilk uluslararası hukuk belgesi olan “Bi-
yoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysi-
yetinin Korunması Sözleşmesi³⁴” (İnsan Hakları ve Biyo-tıp Sözleşmesi);
insanın üstünlüğü ana ilkesinden yola çıkan sözleşme, tıbbi müdahale-
ler, insan üzerinde gerçekleştirilen bilimsel araştırmalar, organ nakilleri
ve insan genomu ile ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir.³⁵

Türk hukuk düzeninin parçası olan sözleşme, biyoloji ve tıbbın
uygulanmasına ilişkin temel konulardaki biyoetik ilkeleri ya da bu
ilkeleri konu alan ahlak felsefesi tartışmaları hukuk dünyasına aktar-
mıştır. Sözleşme ile aralarında tüpteki embriyonlar üzerinde kök hücre
çalışmalarının da bulunduğu kimi temel tartışmalar, sadece biyoetiğin
ya da münferit bazı ulusal hukuk düzenlerinin sorunu olmaktan çıkıp
genel bir hukuksal düzenleme konusu olmuştur.³⁶

Din İşleri Yüksek Kurulu Mütalaaları, <http://www2.diyenet.gov.tr/dinisleri-yuksek-kurulu/Sayfalar/Tupbebek1023-5894.aspx>. (erişim tarihi: 19.08.2017)

³³ İlyas Doğan, “İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyonunun Ahlaki Statüsü”, *KHukA*, Kasım 2005, s. 107.

³⁴ 4 Nisan 1997 tarihinde Avrupa Konseyi tarafından imzaya açılmış, 1 Aralık 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. TBMM, 3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile Sözleşme’nin onaylanmasını uygun bulmuştur. Bu kanun uyarınca Sözleşme 16 Mart 2004 tarihinde onaylanmıştır.

³⁵ Zeynep Kivılcım-Forsman, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 21-22, 1999-2000, s. 95.

³⁶ Tuğrul Katoğlu, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, (Biyotıp), *AÜHFD*, C. 55, S.1, 2006, s.158.

Avrupa Konseyi organları, insan embriyonunun hukuki statüsüne tespit etmeye ilişkin çekingen bir tavır sergilediği ifade edilmektedir. Ötenazi, kürtaj, öjenik, vücut parçaları üzerinde patent hakkı veya insan kopyalanması gibi konularda, önerilecek her çözümün öncelikle “insan” ve “kişi” kavramlarına verilecek tanıma bağlı olmasına rağmen, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin bu tanımlara yer vermediği gibi, embriyonun hukuki statüsünü de belirlemediği görülmektedir.³⁷

Bir diğer uluslararası hukuk metni olarak, 2005 yılında Unesco Genel Konferansı’nda kabul edilen “Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”nde de; gelecek nesillerin genetik yapılarının korunmasının istenmesi ve bilimsel çalışmaların gelecek nesiller üzerindeki etkilerinin iyi planlanmasının gerekliliğinden; insan haysiyeti ve insan haklarının gözetileceğinden bahsedilmekle birlikte, “insan” ve “kişi” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği ve embriyonun hukuki statüsüne dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.³⁸

Yaşamın başlangıcı, embriyo ve ceninin niteliği ve statüsü konusunda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, Avrupa’da bilimsel ve hukuksal olarak görüş birliği bulunmadığını ifade etmektedir. Mahkeme bu konuda devletlere geniş bir takdir hakkı tanırken, “*En azından embriyo ve ceninin insan ırkına ait olduğunun devletlerarasında yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir. Embriyo veya ceninin kişi haline gelme potansiyeli ve kapasitesi, onu Sözleşmenin 2. maddesi bakımından, yaşama hakkına sahip bir kişi saymaksızın, insanlık onuru*³⁹ adına korumayı gerektirir.” sap-

³⁷ Kıvılcım-Forsman, s. 97.

³⁸ Sezen, s.90.

³⁹ İnsan onuru sorunsalının genetik biliminin insan/embriyo üzerinde araştırma yapabilme sınırları bakımından tarihsel süreçte tanımlama çabasına ilişkin farklı görüşler için, bkz. Soner Tauscher, “Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek”, *International Journal of Political Studies*, 2015, Issue:1, Vol:1, s. 1-12. Embriyonun insan onurundan yararlanmasını reddeden görüşlere göre; embriyo değişime uğramamış hücrelerden oluşmaktadır. Biyolojik olarak şahsiyet kazanana kadar, bu hücreler vücudun bir dokusu içerisinde özel bir hücre haline gelmedikleri için seçilebilir değildir ve bu nedenle ahlaki olarak insanlık öncesi bir imtiyaz ya da korumaya sahip değildirler. Blastosist her ne kadar insan gelişimi ile ilgili genetik bilgileri taşıyor olsa da, bunun bizzatıhi kişilikle ilgisi olmayıp, vücutta bulunan diğer hücre kümeleri ile aynı seviyede bir ahlaki statüye sahiptir. İnsan onuru özellikle müdahalelere karşı mutlak derecede korunmalıdır. Embriyonun değerine ise, tam olarak insanların seviyesinde bir koruma sağlanamaz. Zira o bir özdür. Embriyonun insan onurundan yararlanmasını savunanlara göre ise; blastosist aşamasında embriyo kişilik statüsüne kavuşmaktadır ve tüm amaç ve araçlar bakımından tam bir insan gibidir. Çünkü bu dönemde embriyo kendisine kişilik kazandıran yaşamın kutsallığına sahip olmaktadır. Bu görüş,

tamasında bulunmuştur. Böylelikle mahkeme, doğmamış çocuğun, bir kişi olup olmadığı sorusunu⁴⁰ soyut olarak cevaplandırmanın, mümkün ve istenilebilir bir şey olmadığına kanaat getirmiştir.⁴¹

2. Anayasa Hukuku Bakımından Embriyonun Statüsü

En temelde yaşama hakkı olmak üzere, anayasal güvencelere sahip olmanın başlangıcına dair diğer pek çok Anayasa'da olduğu gibi, Anayasamızda herhangi bir düzenleme mevcut değildir.⁴² Uluslararası metinlerin pek çoğu da, daha çok yaşayan varlıkların korunmasını öngörerek, doğacak olanlar ihmal edilmiştir. Anayasal güvencelere sahip olanları ifade etmek üzere kullanılan ve Anayasamızda geçen "herkes" kavramından, embriyo ya da ceninin hukuki durumuna dair bir sonuç çıkarmak mümkün olmamaktadır.⁴³

Anayasa md.12'deki, "*Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*", md. 56'daki, "*Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek*

embriyonun doğal gelişim sürecine dokunulmamış olsaydı, tam insana dönüşeceği varsayımına dayanmaktadır. Ancak bu varsayım, in vitro fertilizasyon ve henüz rahime yerleştirilmeyen embriyolar bakımından geçerliliğini yitirmektedir. Zengin, s. 141-143.

⁴⁰ Doğum öncesi canlının kişi olup olmadığına dair kuramlardan potansiyel kuramı, kişi olma özelliği taşıyan ve yok edilmesi ile bu potansiyelin gerçekleşmesinin kesin olarak engelleneceği kişilerin de, kişi olma özellikleri tam olarak gelişmiş kişilerle aynı ahlaki statüde olması gerektiğini savunmaktadır. Potansiyelin varlığı embriyonun sınırlı özerkliğini yaşama geçirebilmesi için uygun koşulların yaratılmasını da gerektirmektedir. Bu gereklilik, en temel insan hakkı olan yaşam hakkını da içererek, embriyonun özerk oluş konumunun hukuksal düzlemde karşılığı olarak yorumlanmaktadır. Bu konuda geliştirilen bir diğer kuram olarak, tür üyeliği kuramı ise, normal erişkini kişi olan bir türün tüm üyelerinin kişi olarak kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Şükrü Keleş, "Genetik, İnsanın Özgür ve Özerk Oluş Konumunu Tehdit Eder mi?", Türkiye Klinikleri J Med Ethics, 2013, 21(1), s.13. Kişiliğin elde edilme anına yönelik ölçütler olarak sayılan, türçülük, katı potansiyellik, düzeltilmiş ya da tedrici potansiyellik ve aktüelleşmiş sahiplik kriterleri için bkz. Sevtap Metin, Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 142-144.

⁴¹ Hamide Tacir, "Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı", MÜHF-HAD, Özel Sayı: Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C.19, S.2, Y.2013, s. 1306-1307.

⁴² Tüpteki embriyonun hukuksal durumuna ilişkin sorular anayasa hukuku bakımından henüz bir açıklığa kavuşturulmamıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, ana rahmi dışındaki embriyonun temel hak statüsü konusunu açık bırakmıştır. Henning Rosenau, "Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama", (Embriyon Araştırmaları), (Çev. Hakan Hakeri), KHUKA, Kasım 2005, s.139.

⁴³ Zengin, s. 140-141.

amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler...” ve “Ailenin korunması ve çocuk hakları” başlıklı, md.41’deki, “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar..” hükümleri bir arada ele alındıklarında; çocuğu olmayan ailelerin yardımcı üreme tekniklerinden ve preimplantasyon (embriyonun rahime düşmeden önceki dönemi) genetiği uygulamalarından faydalanmak istemeleri hukuken uygundur. Ana rahmine düşmemiş embriyonun potansiyel olarak kişi ve hak sahibi olmadığı,⁴⁴ ancak toplumun etik değerlerinin, preimplantasyon dönemi uygulamaları ile ilgili, tıbbi, sosyal ve hukuki tedbirler alınmasını gerekli kıldığı ifade edilmektedir.⁴⁵

3. Ceza Hukuku Bakımından Embriyonun Statüsü

Ceza hukuku bakımından embriyonun hukuki niteliğinin belirlenmesi, embriyonun konu teşkil edeceği tıbbi müdahaleler bakımından özel öneme sahiptir. Ancak öncelikle ceza hukukunun ana karnındaki canlının her bir aşamasına cenin adını verdiğini, cenin deyiminin, gebeliğin başlangıcından doğuma kadar geçen aşamanın tümü bakımından kullanıldığını ifade etmek gerekecektir. Çocuk düşürtme ve düşürme suçlarını düzenleyen maddelerde geçen çocuk ifadesi, cenin yerine kullanılmıştır. Ceza hukuku bakımından cenin hali doğumla son bulmaktadır ve Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) pek çok hükmünde kastedilen, bağımsız varlık anlamında doğmuş ve yaşamakta olan çocuktur.⁴⁶

Türk Ceza Hukukunda embriyoların korunmasına yönelik doğrudan bir düzenleme olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Ancak insan öldürme suçunun mağdurunun belirlenmesi noktasında, insan sıfatının ne zaman kazanılacağı sorusu önem kazanmakta ve bu konuda çeşitli görüşler benimsenmektedir. Bir görüşe göre; doğum başlamış olmak koşuluyla, embriyonun ana rahminden tam olarak ayrılma-

⁴⁴ Yukarıda bahsedildiği üzere, ana rahmine düşmüş embriyonun potansiyel olarak kişi olarak görülüp hukuki korumadan faydalanıp faydalanmayacağına ilişkin tartışmalar devam etmektedir. Anayasa Hukuku bağlamında, bahsi geçen hükümlerle dahi, bu konuyu açıklığa kavuşturacak bir veriye ulaşılamamaktadır.

⁴⁵ M.Sinan Beksac/Mehmet Çakar/Şebnem Akipek Öcal/Tuğrul Katoğlu, “Embriyo ve Fetus; Etik ve Yasal Boyut”, M.Sinan Beksac (ed.), Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp’ta Etik ve Yasal Boyut, Medical Network, Ankara 2004, s.126.

⁴⁶ Tuğrul Katoğlu, “Ceza Hukuku ve Etik”, (Etik), Toplum ve Hekim, Temmuz-Ağustos 2004, C.19, S.4, s. 302-303.

miş olsa dahi, suçun mağduru olabileceği ve insan sıfatının doğumun başladığı andan itibaren kazanıldığı kabul edilirken; diğer görüşe göre ise embriyolar ana rahminden ayrılıp bağımsız varlık kazanıncaya kadar insan öldürme suçunun mağduru olamayacaklardır.⁴⁷

Embriyonik kök hücre çalışmaları, henüz insan olmayan varlıklara yönelik olduğundan, Anayasa'daki ve Ceza Kanunumuzdaki yaşam korumasından yararlanamamaktadırlar. Bu nitelikteki embriyolar, ancak ceninler için sağlanan korumadan yararlanabilirler ve sadece TCK md. 99 ve md. 100'de yer alan çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının konusunu oluşturabilmektedirler. Bunun için de embriyonun ana rahmine yerleştirilmiş olması gerekmektedir.⁴⁸

Öte yandan TCK, gebe kadının rızası dâhilinde gerçekleştirilen sonlandırma müdahalelerinin, gebeliğin ilk 10 haftası içinde yapılması durumunda, kadının iradesini esas alarak, konuyu suç kapsamından çıkarmıştır. Aynı şekilde 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun (NPHK), md.5'de, gebeliğin sonlandırılmasında ilk 10 haftayı esas aldığından; kanun koyucunun da gebeliğin on haftasının dolması ile birlikte cenini, canlı bir varlık olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla, hukuki anlamda yaşamın 10. haftadan itibaren başlamış kabul edilebileceği varsayımına gidilebileceği ve Ceza Hukuku bağlamında, embriyonun "kişi" olarak sayılmadığı, ancak yaşama ümidi taşıyan bir varlık olarak nitelendirilebileceği söylenebilir.⁴⁹

⁴⁷ Tacir, s. 1305.

⁴⁸ Hakeri, Tıp, s. 436.

⁴⁹ Ülkemizde 10. haftaya kadar olan gebeliklerin isteğe bağlı olarak sonlandırılabilmesi yasal olarak kabul edilmektedir. Bu haftanın üzerindeki gebeliğin sonlandırılması ise, fetusta genetik bir anomali saptanması durumunda annenin sağlığını ve doğacak çocuğun esenliğini gözeterek mümkün olmaktadır. Bu durumda 10. haftanın, "yaşanabilirlik sınırı" olduğu düşünülebilir. Bu haftadan itibaren fetusun sınırlı özerkliğinin kabul edildiğini, henüz yeterliliği olmasa da, kendi üzerinde müdahale edilme ve yaşam hakkının gözetilmesini hukuktan talep eden bir kişi olarak var olduğu söylenebilir. Burada üzerinde durulması gereken, insan yumurtasının döllenme aşamasından ilk 10 haftaya kadar gelişim sürecinde, ana rahminde, nasıl bir ahlaki statüde olduğudur. Bu canlının insan olma yönünde bir potansiyel barındırdığı açıktır. Keleş, s. 13-14. Burada yaşamın kaynağının korunmasının, ana rahminde bulunan döllenmiş yumurtanın insan olma potansiyeline sahip bir canlı olması münasebeti ile yaşamın kaynağının korunmasının, cenine/embriyoya hukuken "kişi" sıfatı vermeyi sonuçlamayacağı yönünde bkz. Judith D. Fischer, "Misappropriation of Human Eggs and Embryos and the Tort of Conversion: A Relational View", *Loy. L.A. L. Rev.*, Vol. 32, (1999), s. 381-430.

4. Medeni Hukuk Bakımından Embriyonun Statüsü

Erken embriyoyu hücre kümesi diye tanımlayıp ona bir kişilik ve hukuki himaye tanımayan görüşlerin karşısında, bireyselleşme, kendi kendini yönetme sürecinin döllenmeden itibaren başladığını savunanların⁵⁰ görüşleri yer almaktadır. Ancak her iki görüş de, hukuksal kişilik statüsüne sahip bulunmayan bir şeyin de “üzerinde tasarruf edilemez” nitelikte olabileceğini göz ardı etmektedir. Henüz anne karnındaki embriyo bir “kişi” değildir. O ancak dil topluluğunun kamu-sallığında birey ve akıl sahibi kişi olur. Fakat anne karnında hareket eden cenin de müstakbel toplumsallaşma anlamında iletişimin bir öznesidir ve bu yüzden ona karşı ahlaki ve hukuki ödevlerimiz vardır.⁵¹

Medeni hukuk açısından kişiliğin kazanılması, TMK md.28’de; *“Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder”* şeklinde ifadesini bulmaktadır. Bu hükme göre gerçek kişiliğin kazanılması açısından iki şart aranmaktadır: Tam doğum ve sağ doğum. Burada dünyaya gelen çocuğun herhangi bir sağlık probleminin bulunmaması veya ana rahmindeyken yaşama şans ve yeteneğine sahip olması gibi özellikler aranmamaktadır.⁵²

Çocuğun hak ehliyetini kazanma ve medeni haklardan yararlanma anı, geçmişe etkili olarak, doğumdan önceki an olan “ana rahmine düşme anı”nda 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”⁵³ olarak değerlendirilmektedir.⁵⁴

⁵⁰ Amaç cenine hukuki koruma sağlamak ise, yapay döllenmedeki gelişmeler de göz önüne alınarak, hak ehliyeti bakımından döllenme anına üstünlük tanımak gerektiği savunulabilir. Bu durumda, dış ortamda döllenmiş embriyonun kişiliği olduğu kabul edilecek olursa, onun embriyo halindeyken üzerinde yapılabilecek her türlü tahribat ve haksız fiil sonucu sakat doğması halinde, bu durum nedeni ile uğradığı zararları talep edebilecektir. Nagehan Kırkbeşoğlu, Soybağı Alanında Biyo, İnsan Doğasının Geleceği, (çev etik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.17.

⁵¹ Jürgen Habermas. Kaan H. Öktem), naklen, Everest Yayınları, İstanbul 2003, s. 58.

⁵² Beksaç/Çakar/Akipek Öcal/Katoğlu, s. 128.

⁵³ Embriyo, kadın ve erkeğin üreme hücrelerinden oluştuğu için, her ikisinin ortak kişilik değeridir. Üreme hücrelerinin birleşmesi ile oluşan embriyo, doğana kadar kişi statüsünde olmasa da, anne ve babasından ayrı, onların malvarlığı haklarından öte bir canlı, nidasyon veya implantasyon anından itibaren yaşama hakkına sahip bir varlık ve döllenme anından itibaren de, insan onuruna yakışır şekilde korunması gereken bir insan adayı olduğu yönünde bkz. Öztürk Aydın, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 25.

⁵⁴ Kalkan Oğuztürk, s. 250; s. 246, dn.380/s. 253.

TMK md.28/f.2’da yer alan, ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetini kazanacağına ilişkin, geçmişe etkililik varsayımının kökeni Roma Hukukuna dayanmaktadır. Döllenmiş ama henüz doğmamış çocuğun hakları bulunmadığı kural olarak kabul edilmekle beraber; belirli amaçlarla, bazı hallerde, çocuk sanki doğmuş varsayılabiliyordu. Yeter ki sonradan canlı olarak doğsun.⁵⁵

Digesta 1.5.7⁵⁶ (*Paulus libro singulari de portionibus, quae liberis damnatorum conceduntur*) da; ana karnında olan ceninin kendi çıkarları ya da yararları söz konusu olduğu ölçüde sanki doğmuşçasına korunduğu ifade edilmiştir. Paulus’un bu ifadesi, “Kendi çıkarları söz konusu olduğu ölçüde nasciturus (cenin) doğmuş sayılır⁵⁷” Pandekt Hukuku kuralına kaynaklık etmiştir.⁵⁸

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 almaktadır.⁵⁹ Bu tespitler,

⁵⁵ Herbert Hausmaninger/Walter Selb, *Römisches Privatrecht*, Böhlau Verlag Wien, Köln, Weimar, 1994, s. 125; Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, München, 1992, s.73.

⁵⁶ “...Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur...”

⁵⁷ “nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur”

⁵⁸ Hausmaninger/Selb, s. 125.

⁵⁹ Döllenmeyi esas alan görüş; tür, devamlılık, bireysellik ve potansiyel argümanlarını esas almaktadır: embriyo döllenme anından itibaren insan türüne aittir; bu andan itibaren potansiyel ve devamlı olarak bireysel bir insan olarak gelişebilir. Üreme tıbbında döllenme, kural olarak rahim dışında gerçekleştiğinden, tüpteki embriyo bunun bir sonucu olarak, mutlak koruma altında olacaktır. Ancak bu görüşün gözden kaçırıldığı husus, embriyonun aktarma olmaksızın, yani kadının rahmine dahil edilmeksizin asla bir insan olarak gelişme imkanının olmadığıdır. Dolayısıyla devamlılık ve potansiyellik özellikleri, aktarma olmadığı müddetçe saf hayalden ibaret kalacaktır. Bunun sonucu olarak da, devamlılık ve potansiyel özellikleri geçersizdir, zira bunun için ana rahmine aktarma önemli bir aşama oluşturmaktadır. Bireysellik argümanına karşı da, ana rahmine aktarılmış yumurta hücresinin ben bilincine sahip olmadığı gibi, sinir sisteminin bulunmaması nedeniyle de his ve acı yeteneğinin de bulunmadığı ileri sürülebilir. Keza döllenme sonrasında da birden fazla gebelik (ikiz, üçüz vs.) oluşumu mümkündür. Son olarak “tür” argümanı da ikna edici değildir; zira bir insan embriyonu, gelişim aşamasından bağımsız olarak her zaman zaten insan türüne dahil olacaktır. Bu nedenlerle daha iyi argüman, insan yaşamının başlangıcını ana rahmine aktarmayla kabul etmektir. Böylece tüpteki embriyo mutlak dokunulmaz olmayacaktır. Ancak bu, embriyonun tamamen korumasız kalacağı anlamını da taşımamaktadır.

ana rahmine yerleştirilmemiş pre-embriyo veya extra-corporel embriyonun ve embriyonun vasıflandırılması sorununu ortaya çıkarmaktadır.⁶⁰ Bir görüşe göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen dölleme söz konusu olduğunda, çocuğun medeni haklardan istifade etmeye başladığı an konusunda TMK’da bir boşluk bulunmaktadır ve bu boşluk, TMK, md.1’e dayanarak, hâkim tarafından doldurulmalıdır. Bir diğer görüşe göre ise; esasen yapay dölleme aşamasında çok sayıda embriyo oluşturulduğundan ve bunların ana rahmine transfer edilip edilmeyeceği veya hangilerinin transfer edileceği belli olmadığından, bu aşamada hak ehliyetinin bulunmadığını kabul etmek daha isabetli olacaktır.⁶¹

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 anneye babanın vücuduna ait bir obje⁶²” olarak mı nitelendirilecektir.⁶³

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 gerekçeyle, embriyonun ne kişi ne de eşya olarak nitelendirilebileceği, özel bir hukuki statüye sahip olması gerektiği savunulmaya başlanmıştır.

Daha çok, ölüm sonrası onur korumasına benzer, aşamalı bir yaşam ve onur koruması söz konusu olacaktır. Carina Dorneck, “Yapay Dölleme Tıbbının Güncel Sorunları”, (çev. Hakan Hakeri), *TıpHD* - Issue: 8 / Year: 2015, s. 95-96.

⁶⁰ Ebru Şensöz Malkoç, “Milletlerarası Özel Hukukta Embriyo”, Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifi ile Biohukuk, 4. Milletlerarası Hukukçular Toplantısı, 6-8 Eylül 2012, Bektaş Köyü-Ayvacı/Çanakkale, Toplantı Sunumları ve Tartışmalar, Medipol Üniversitesi Yayını, Ağustos 2013, s. 131-132.

⁶¹ Hakan Hakeri, “Türk Hukukunda Yapay Dölleme”, (Dölleme), *TıpHD* - Issue: 8 / Year: 2015, s. 112-113.

⁶² Yapay dölleme tekniklerinin uygulanması neticesinde tüpte döllenen embriyonun ise, kadının vücudundan ayrılmış olduğu, bağımsız olarak varlık sürdürdüğü ve başkasına devredilebildiği için eşya statüsünde olduğu, yabancı doktrinde, bazı yazarlarca savunulmaktadır. Özbilen, s. 36-37, dn.88. Embriyoyu eşya statüsünde gören, 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. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul 2009, s.275.

⁶³ Şensöz Malkoç, s. 129.

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.⁶⁴

Hukuki perspektifte, ana rahminde bulunan embriyo, ceninden önceki bir aşamada bulunan, insan olma potansiyeline sahip bir varlık olarak, annenin vücut bütünlüğü içerisinde, doğum anına kadar onun bir parçası olarak kabul edilebilir.⁶⁵ Embriyoya, ahlaki, felsefi, dini ve etik tartışmalardan ari olarak, hukuki anlamda “kişilik” atfedilen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Kürtaj işleminin konusunu oluşturan ana rahminden ayrılan embriyolar veya annede döllenmiş, lavaj denilen usulle alınan, gelişimini tüpte devam ettirecek, henüz erken dönem embriyolar ile üreme amacı ile yaratılmış, tüpteki (in vitro) embriyonun hukuki niteliği ele alındığında da, hukuken “kişi” olarak kabul edildikleri bir yasal düzenleme mevcut değildir.⁶⁶

⁶⁴ 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; 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, <http://www.sdplatform.com/Soylesiler/45/Mevcut-hukuk-sistemi-biyolojik-gelismeler-karsisinda-aciz-kaliyor.aspx>, (erişim tarihi: 17.08.2017).

⁶⁵ Eğer embriyo yalnızca dışı organizmanın bir parçası olarak kabul edilseydi, embriyonun dışı vücutla yaşam koşullu bağlılığı, kürtajı kişisel yaşamı biçimlendirmenin yasa koyucunun müdahalesi dışında kalan bir parçası haline dönüştürebileceği yönünde, bkz. Korkut Kanadoğlu, “Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar”, *TBB Dergisi*, 2015(119), s.27-28.

⁶⁶ Yasa koyucu, tüpteki embriyoyu ana rahmindekinden tümüyle ayrı bir varlık olarak mı, belirli bir zaman dilimi aşıldığında mı hakka ehil insan saydığı; yoksa tüpte olsun, tüpte olsun ana rahminde olsun, embriyonun haklara gelişiminin en erken evresinde mi, yani döllenme ile birlikte mi sahip olduğu konusunda karar vermeli ve bu konudaki belirsizliğe son vermelidir. Aykut Çoban, “Türkiye’de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü”, (Tüp), *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 27, 2009, s. 93. Türkiye’de yalnızca tüptekinin değil, ana rahmindeki embriyonun hukuki statüsü de, çelişkilerle biçimlenmiş bir alana hapsolmuştur. Ana rahmindeki embriyo için çelişkili düzenlemeler verirken, tüpteki embriyo için daha sağlam yasal güvencelerin getirilmiş olmasını bekleyemeyiz. Aykut Çoban, “Embriyo Hakları Bakımından Üreme Süreci”, (Embriyo Hakları), *Türkiye Biyoetik Derneği, Biyoetik Araştırmaları*, İstanbul 2012, s. 313-314.

Sonuç olarak, embriyo ve cenin kavramı ve hukuki statüsü konusunda yerleşmiş bir kural ne mevcut hukuklarda, ne de uluslararası düzenlemelerde bulunmamaktadır. Kök hücre konusundaki tartışma, embriyonik yaşam ve embriyonun ahlaki statüsüne saygı gösterilmesi gerekliliği ile araştırma özgürlüğü kapsamında hastalıklara çare bulma ve yaşamın sürdürülebilmesi amacı ile tıbbın gelişimi gerekliliği ikilemi üzerinde düşünülmektedir. Burada tıp ve hukuk, tartışmayı ortak bir uzlaşa ile hukuki zeminde çözüme kavuşturmalıdırlar. Bu uzlaşa, embriyonun hukuki statüsünü belirleyecek yeni kavramların ortaya konulması ve buna bağlı diğer hukuki sorunların çözümünde uygulanabilecek yeni kurallar geliştirilmesine bağlıdır.

V. Embriyonik Kök Hücre Çalışmalarında Mevcut Hukuki Durum

Bu kısımda, embriyonik kök hücre çalışmaları (EKHC) bakımından, ülkemizdeki mevcut hukuki durum, yürürlükteki normatif düzenlemeler ve taraf olunan uluslararası anlaşmalar çerçevesinde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

1. Ana Rahmindeki Embriyo Bakımından EKHC’da Hukuki Durum

Avrupa Konseyi’nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’ne Biyotıbbi Araştırmalar Hakkında Ek Protokol, insanlara müdahaleleri içeren, sağlık alanındaki tüm araştırma etkinliklerini kapsamaktadır. Protokol rahimdeki ve tüpteki embriyo ayırımını benimsemiş ve md.2’ye göre, ilgili protokolün ceninler ve ana rahmindeki embriyolar üzerindeki araştırmalarda uygulanıp, tüpteki embriyolar üzerindeki araştırmalara uygulanmayacağı esasını öngörmüştür.⁶⁷

İlgili protokol, 10.03.2011 tarih ve 6212 sayılı, “Biyotıp Araştırmalarına İlişkin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesine Ek Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair” Kanun, 11.06.2011 tarih ve 27961 (mükerrer) sayılı Resmi Gazetede, 2011/1827 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile Türkiye bakımından yürürlük kazanmıştır. Bu protokolün önemi, “Hamilelik veya Emzirme Döneminde Araştırma”

⁶⁷ Aykut Çoban, “Türkiye’de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları”, (İnsan Embriyosu), *TBB Dergisi*, Sayı:86, 2009, s.215.

başlıklı md.18’de, anne rahminde bulunan embriyoya ilişkin araştırma konusunda 3 koşul öngörmüş olmasıdır:

“Hamile bir kadın üzerinde araştırma, onun sağlığına veya embriyo, fetüs ya da doğumdan sonra çocuğuna doğrudan bir fayda sağlama potansiyeline sahip değilse, ancak aşağıdaki ek şartlar karşılandığında yapılabilir:

- *araştırma diğer embriyo, fetüs veya çocuklara veya diğer kadınlara üreme sağlığı konusunda azami faydalı sonuçların elde edilmesine katkıda bulunma amacı taşımakta ise;*
- *karşılaştırılabilir etkinlikte araştırma, hamile olmayan kadınlar üzerinde yapılamıyor ise;*
- *araştırma en az düzeyde risk ve külfet taşımakta ise.*

Araştırma emziren bir kadın üzerinde yapılıyor ise, çocuğun sağlığı üzerine olabilecek her türlü yan etkinin önlenmesi hususunda özel ihtimam gösterilir”.

Türkiye bakımından yürürlük kazanmış ek protokol hükmüne göre, belirtilen şartları sağlamak kaydıyla, ana rahmindeki embriyo üzerinde araştırma yapma yönünde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Dolayısı ile iç hukukumuzda, konuya ilişkin yasal düzenlemeler yapılırken, yürürlük kazanmış ve bağlayıcı olan ilgili ek protokol hükmüne uygun düzenlemeler yapılmalıdır.

NPKN md.5, 10. haftaya kadar gebeliklerin sona erdirilmesine olanak tanımaktadır. Kaldı ki 9 aylık bir ceninin dahi, anne yaşamını tehlikeye sokması durumunda yaşamına son verilmesine olanak tanınırken, hastalıkların tedavisi için bundan çok daha önceki bir aşamada embriyodan faydalanılmasında, hukuki bir engel bulunmamaktadır. Hatta embriyonik yaşamın yok edilmesinin, embriyonik kök hücre araştırmalarının amacı ile orantısızlık içinde olmadığı da ileri sürülmektedir.⁶⁸ Embriyonik kök hücrelerin insana bilimsel deney ya da deneme yapmak sureti ile nakledilmesi TCK’nun 90. maddesi kapsamında değerlendirilecektir. Ancak, embriyo, hukuken, insan/çocuk olmaması itibari ile⁶⁹ bu suçun mağduru olamayacaktır.

⁶⁸ Hakeri, Tıp, s.436.

⁶⁹ Embriyonun hukuki statüsü üzerinde, yukarıda detaylı şekilde izah edilen tartışmalar, ilgili yasal düzenlemeden ne anlaşılması gerektiği konusunda da farklı de-

2. Tüpteki (in vitro) Embriyo Bakımından EKHÇ'da Hukuki Durum

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nde md.18/1'de; tüpte (in vitro) embriyo üzerinde araştırmaya ilişkin olarak, kanunun tüpteki embriyo üzerinde araştırmaya izin vermesi halinde, embriyo için yeterli koruma sağlanması gerektiği yönünde hüküm bulunmaktadır. Diğer bir ifade ile sözleşmeye taraf devletler, embriyonun insan onuruna saygılı, keyfi olmayan bilimsel araştırmalar çerçevesinde, uygun korumasını öngörmektedir.

Unesco'nun Uluslararası Biyoetik Komitesi, "Tedavi Amaçlı İnsan Embriyonik Kök Hücrelerinin Kullanımı" başlıklı raporunda, embriyonik kök hücre araştırmalarına izin verilen ülkelerde, etik prensiplere saygı gösterilmesini sağlayacak yasal düzenlemeler yapılması gerektiğini önererek, artık embriyolar üzerinde araştırmanın, etik komitelerinin onayından geçmesi ve donörlerin serbestçe verecekleri aydınlatılmış onamları ile mümkün olabileceği ifade edilmiştir.⁷⁰

Tüpteki embriyolar, üremeyi gerçekleştirmeye yönelik olarak yapay dölleme ile oluşturulurlar. Üreme amacıyla embriyo oluşturulmasına ilişkin, iç hukukumuzdaki temel düzenleme, "Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik"⁷¹ (ÜYTE)" tir. İlgili Yönetmelik, Ek-17'de, adaylardan tüp bebek amacı ile alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka bir amaçla kullanılması yasaklanmaktadır. Bu hükmün, kişinin kök hücre çalışmaları dolayısı ile embriyo elde edilmesine rıza göstermesi durumunda, doğrudan doğruya embriyo-

ğerlendirmeleri sonuçlamaktadır. Embriyoyu hukuken çocuk olarak kabul eden Çoban, TCK. md.90'ın embriyoyu kapsadığı ve böylelikle suçun mağduru olabileceği yönünde, ceza hukuku değerlendirmesi yaparak, md.90/3-b hükmü gereği, rızasını kendisi açıklama yeteneği olmayan çocuklar üzerinde bilimsel deney yasağı nedeni ile, Türkiye'de rahimdeki ve tüpteki embriyo üzerinde deney yapılamayacağı sonucuna varmaktadır. Bkz. Çoban, İnsan Embriyosu, s. 231. Katıldığımız karşı görüş olarak; 90. maddede insan ile kastedilenin doğmuş kişi olduğu, bu nedenle maddenin cenin üzerinde yapılacak deney ve denemeleri kapsamadığı; embriyonun hukuken insan olmaması sebebi ile suçun mağduru olamayacağı yönünde bkz. Yener Ünver, "İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları", (Deney ve Deneme), Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler, Sempozyum No:1, 17.11.2006, İstanbul 2007, s.152; Hakeri, Tıp, s.440.

⁷⁰ Kalkan Oğuztürk, s. 323.

⁷¹ RG: T.30.09.2014, S. 29135.

nik kök hücre elde edilmesini yasaklamadığı ileri sürülmekle birlikte; Yönetmelikte belirlenen esaslar dışında, her ne maksatla olursa olsun kullanımın yasaklanması ve Yönetmeliğin esaslarının, ÜYTE uygulamalarına ilişkin olması münasebeti ile açıkça embriyo üzerindeki diğer kullanımları yasakladığı sonucuna varmak gerekecektir.⁷²

Embriyonik kök hücre, genellikle in vitro fertilizasyon uygulaması ile elde edilen ve hatta bu uygulamada kullanılmayan artık embriyolar (surplus embryo) üzerinden yapıldığı için, bu şekilde üretilmiş embriyoların kök hücre uygulamasında kullanılması, ilgili Yönetmelik hükmü gereğince mümkün gözükmemekle birlikte, esas sorun, üreme amacı dışında embriyo üretilecek ve kök hücre elde edilecek olursa durumun ne olacağıdır.

İlgili Yönetmelikte her bir ÜYTE işlemi için en çok kaç embriyo oluşturulacağına dair bir sayı sınırlaması bulunmamaktadır.⁷³ Anne adayının rahmine yerleştirilecek sayıdan daha fazla embriyo oluşturulması durumunda, elde artık embriyolar kalabilir. Yönetmeliğin md.20/5 hükmünde, *“Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir”* denilmek suretiyle, fazla embriyo elde edilmesi halinde saklanması durumunda, bu embriyoların sonradan başka amaçlarla, kök hücre elde edilmesi gibi, kullanılması öngörülmemektedir. Ancak, transfer edilmesine gerek kalmayan artık embriyoların, eşlerin dondurulmasını da istemediği durumda ne yapılacağına ilişkin açık bir

⁷² Hakeri, Tıp, s.436. Aksi görüş olarak; tüp bebek, tüpte döllen embriyonun rahime yerleştirilerek doğmasının sağlanması, amaçlı elde edilen embriyolar, Yönetmeliğe göre, üreme amacı dışında, başka amaçla kullanılamayacağı için, kök hücre elde etmek amacı ile kullanamayacağı ve bu Yönetmeliğin amacının üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini düzenleme altına almak olduğu ve kök hücrelerle ilgili doğrudan bir düzenleme öngörmediği hakkında bkz. Kalkan Oğuztürk, s. 317.

⁷³ ÜYTE Yönetmelik, Ek-17/7'ye göre, merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir.

hüküm bulunmamaktadır. Burada amaca göre yorum yaparak, derhal imha edileceği sonucuna varılmaktadır.⁷⁴

ÜYTE Yönetmeliği'nin, adaylardan tüp bebek amacı ile alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka bir amaçla kullanılmasını yasaklayan hükmü ile artık embriyoların saklanmasına ilişkin hükümlerine aykırı davranılması halinde, sadece idari yaptırım uygulanabileceği ve mevcut durumda, kurallara uymamanın cezai bir sorumluluğu gerektirmeyeceğinden, yeterli seviyede bir koruma sağlamadığı açıktır.

Artık embriyolardan kök hücre elde edilmesine yönelik destekleyici görüşler; bu embriyoların dünyaya gelmek adına şansları kalmaması sebebi ile kök hücre elde edilmesinde kullanılmasının uygun olacağını ileri sürmektedir. Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, salt araştırma amaçlı embriyo oluşturulmasını yasaklarken, embriyo üzerindeki deneyleri yasaklamamaktadır. Bu durumda; süresi dolduğunda imha edilmek yerine, bu embriyoların araştırma amaçlı kullanılmasında hukuki bir engel bulunmadığı; biyolojik ya da genetik bozukluğu olsun olmasın, üreme amaçlı olarak meydana getirilen ve artmış olan fazla embriyolar üzerinde çalışma yapılabileceği sonucu kendiliğinden doğmaktadır.

3. Araştırma Amaçlı Embriyo Yaratmak Bakımından Hukuki Durum

Avrupa Konseyi'nin İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi md.18/2 araştırma amaçlı insan embriyosu üretimini yasaklamıştır. Nitekim ÜYTE Yönetmeliği hükümleri de, üreme amacı dışında elde edilen embriyoların kullanımını yasakladığından ve Biyotıp Sözleşmesinin usulüne göre yürürlüğe girmiş bir uluslararası sözleşme olarak iç hukukumuz açısından kanun hükmünde olmasından; araştırma amaçlı embriyo yaratılmasının,⁷⁵ ülkemizde hukuken mümkün olmadığı sonucuna varılmaktadır.⁷⁶

⁷⁴ Çoban, Tüp, s.80;Hakeri, Tıp, s. 436.

⁷⁵ Burada dikkat edilmesi gereken hususun, insan embriyonlarının yaratılmasının, araştırma amaçlı yapılmasının yasak olduğu ve tedavi amaçlı insan embriyonu yaratılması yasal düzenlemeye kavuşturularak, mümkün ve caiz kılınması görüşü için bkz. Yener Ünver, "Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi'nin Türk Hukukuna Etkileri", (Biyo-Hukuk), *KHukA*, Kasım 2005, s.183-184.

⁷⁶ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'ne Ek İnsan Kopyalanmasının Yasaklanmasına İlişkin

4. Sağlık Bakanlığı Genelgesi (2005) Sonrasında EKHÇ'da Hukuki Durum

Sağlık Bakanlığı, 2005/141 sayılı ve 19.09.2005 tarihli bir genelge ile (2005 tarihli Embriyonik Kök Hücre Çalışmalarını Yasaklayan Genelge), Bakanlıkta sürdürülen hukuki çalışmalar sonuçlanıncaya kadar, embriyonik kök hücre araştırmalarının kamu ve özel kurum/kuruluşlar ile üniversiteler bünyesinde yapılmaması gerektiğini duyurmuştur. Genelgede, somatik kök hücre nakli ile tedavisi konusundaki araştırmaların dünya genelinde kabul gördüğü, ancak embriyodan elde edilen kök hücrelerin kullanılmasının, hukuki ve etik açıdan birçok tartışmaya neden olduğu ifade edilmektedir.⁷⁷

Ancak daha sonra, Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan 2006/51 sayılı ve 01.05.2006 tarihli genelge ile klinik amaçlı embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına izin verilmiştir. Bu bağlamda çalışmanın yapılacağı kurum bünyesinde gerekli alt yapının oluşturulması ve çağdaş bilimin gereklerine uygun olarak uygulama yapılabilmesi amacıyla, Bakanlık bünyesinde Kök Hücre Nakilleri Bilimsel Danışma Kurulu oluşturulmuş ve “Klinik Amaçlı Embriyonik Olmayan Kök Hücre Çalışmaları Kılavuzu” genelgeye ek olarak yayınlanmış ve tüm kamu ve özel kurum-kuruluşlar ile üniversiteler bünyesindeki ilgili personele tebliğ etmiştir.⁷⁸

2005 ve 2006 tarihli genelgelerin, embriyonik kök hücre çalışmaları bakımından nasıl anlaşılması gerektiği konusunda açıklık bulunmamaktadır. İlk görüşe göre, 2005 tarihli genelge yürürlüktedir ve embriyonik kök hücre çalışmalarını yasaklamıştır. 2006 tarihli genelge sadece embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarını düzenlemiş ve bu çalışmaları bazı şartlara tabi kılmıştır. Diğer görüşe göre ise Sağlık Ba-

Protokol'ün, 03.07.2017 tarihinde 2017/10529 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylandığına ilişkin karar, 24.08.2017 tarih ve 30164 sayılı 1. Mükerrer Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁷⁷ Zengin, s.232.

⁷⁸ Kanadoğlu, s.29. Kılavuz kök hücre çalışmalarının yapılabilmesi konusunda bazı şartlar öngörmektedir: a) Benzer çalışmanın öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması, b) insan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insanlar üzerinde de yapılmasını gerekli kılması, c) Çalışmanın insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı bir etki bırakmaması, şeklinde ifade edilmektedir. Zengin, s. 233.

kanlığı, hukuki, kültürel ve etik çalışmalar sonuçlanıncaya kadar embriyonik kök hücre çalışmalarını yasaklamıştır. 2006 yılında bir diğer genelge yayınlanması, bu çalışmaların sonlandığı anlamına gelmektedir. Genelge her ne kadar embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarına ilişkin olsa da embriyonik kök hücre çalışmalarına yönelik bir sınırlama da getirmemektedir.⁷⁹

Sağlık Bakanlığı'nın ilgili kılavuzu, embriyonik olmayan klinik amaçlı kök hücre çalışmalarına ilişkin olmakla, temel araştırma kök hücre çalışmalarının kapsam dışı bırakıldığını göstermektedir.

Bu durum özellikle, TCK. md.90 anlamında, kök hücre deneylerinin yasaklandığı ancak kök hücre denemelerinin serbest kılındığı şeklinde yorumlanmaktadır.⁸⁰ TCK md. 90 uyarınca hasta üzerinde tedavi amaçlı deneme yapabilmek için, bilinen tüm tedavi yöntemlerinin hasta üzerinde denenmesi gerekli değildir. Ancak Sağlık Bakanlığı ta-

⁷⁹ Zengin, s. 234. Aykut Çoban, "Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları" başlıklı makalesinde; 03.03.2008 tarihinde, kendisinin talebi üzerine, Sağlık Bakanlığı tarafından "Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları Taslak Kılavuzu" olarak bir çalışmanın, kendisine gönderildiğinden bahsetmektedir. Yazarın ifadesine göre, (Bahsi geçen taslak kılavuza, Sağlık Bakanlığı web sayfasından ulaşılamadığı gibi, varlığı ve akıbeti hakkında, ilgili idari birimlerle yapılan yazışmalar da sonuçsuz kalmıştır) ilgili taslak kılavuza göre; insan embriyosunun kök hücre çalışmalarında kullanılmasına olanak sağlanmaktadır. Taslak kılavuzda embriyonik kök hücre: "laboratuvar ortamında gerçekleştirilen döllenme sonrası oluşan, 5-7 günlük hücre kümesinden teşekkül eden blastokistten elde edilebilen kök hücre kümesi ve serileri" olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca taslak çalışmada, embriyonun elde edilme biçimi ile ilgili geniş bir esneklik tanınarak, embriyonik kök hücre çalışması yapmak isteyenlerin embriyoyu nasıl elde ettiklerini, embriyonun kaynağı ile ilgili ayrıntıları, başvuru dosyasında belirtileceklerdir. Kılavuzda açıkça yer verilen tek kural, insan kaynaklı embriyonik kök hücre uygulamalarının ancak kültür ortamlarında ya da hayvanlar üzerinde yapılabileceği ve bu kök hücrelerle insanlar üzerinde klinik deneylerin yapılmasına izin verilmediğidir. Türkiye'de tüpteki ve rahimdeki embriyo ayırımına, bu taslak kılavuzda yer verildiği, tüpteki embriyonun kök hücre araştırmalarında kullanılmasına olanak sağlandığı ve embriyonun statüsünün de, gün sayma hesabına dayandırıldığı ifade edilmektedir. İlgili taslak kılavuza göre, embriyo 7 günlük oluncaya kadar, kök hücre ile ilgili her türlü araştırmaya konu olabileceği belirtilmektedir. Çoban, İnsan Embriyosu, s. 207-209. Eğer yazar tarafından ifade edildiği şekli ile halen mevcut olan böyle bir taslak kılavuz çalışması var ise, bu kılavuzun tüpteki embriyo üzerindeki kök hücre araştırmalarına dair olduğu ancak tüp bebek sürecinde ortaya çıkan artık embriyoların kök hücre araştırmalarında kullanılıp kullanılmayacağına ve istem ile sonlandırılan gebeliklerden embriyonik kök hücre elde etmeye ilişkin bir düzenleme içermediği anlaşılmaktadır.

⁸⁰ Zengin, s.234. Kılavuzun ayrıntılı hukuki yorumu ve TCK'ya göre insan üzerinde deney yapma suçunun kıyası için bkz. Hakeri, Kök Hücre, s.80-82.

rafından yayınlanan kılavuz sadece bilinen tüm tedavi yöntemlerinin uygulanıp, tüketilerek başarısız olması halinde uygulanan kök hücre çalışmalarına ilişkin usul ve esasları düzenlediğinden, yalnızca öngörüye dayanarak gerçekleştirilen kök hücre deney ve denemelerine bu kılavuz hükümleri uygulanamayacaktır. Ancak, bilinen tüm tedavi yöntemleri hasta üzerinde uygulanarak başarısız olmuşsa, sadece tedavici edici kök hücre denemeleri değil, hasta üzerinde gerçekleştirilen kök hücre deneyleri de Kılavuz hükümlerine tabi olacaktır.⁸¹ Sağlık Bakanlığı'nın ilgili Kılavuzu, hasta üzerinde tedavi amaçlı kök hücre denemelerine ilişkin olarak, TCK'nun insan üzerinde deneme suçunu düzenleyen 90/4. maddesinin aksine, çalışmanın uygun kabul edilebilmesi için, aynı kanunun bilimsel deneylere ilişkin olarak varlığını aradığı hukuka uygunluk nedenlerinin mevcudiyetini aramaktadır. Oysa kılavuz ile, hasta insan üzerinde gerçekleştirilen tedavi amaçlı kök hücre denemelerine yönelik olarak, TCK'na aykırı ek şartlar getirilemez. O halde, TCK. md.90/4 haricinde, tedavi edici denemelere ilişkin sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır.⁸²

Esasen Kılavuzda ifade edilen, klinik kök hücre çalışması kavramını, bilimsel kök hücre deneyi olarak yorumlamanın ve tedavi edici kök hücre denemelerini, TCK. md. 90/4 ifade olunan deneme suçu kapsamında değerlendirmenin yerinde olacağı ifade edilmektedir.⁸³ O halde, ana rahminde bulunan embriyo üzerinde bilimsel kök hücre deney ve denemesi yapmanın önünde hukuki bir engel olup olmadığına bakıldığında; sadece araştırma amaçlı yaratılmış embriyo üzerinde embriyonik kök hücre deneyi yapılamayacaktır.⁸⁴

Ana rahminde bulunan embriyo üzerindeki kök hücre çalışması annenin ve/veya embriyonun tedavisine yönelik olmaması sebebi ile tedavi edici kök hücre denemesi olarak kabul edilemeyeceğinden; bilimsel kök hücre deneyi olarak değerlendirilmelidir. Bu tür deneylerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için de, etik kurul onayı ve Sağlık Bakanlığı izninin gerekli olması ve bu noktada yayımlanan Genelgerin gerekçe gösterilerek bu tür embriyonik kök hücre deneylerinin

⁸¹ Ezgi Eşitli Aygün, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 209.

⁸² Eşitli, s. 210.

⁸³ Eşitli, s. 210.

⁸⁴ Eşitli, s. 210.

engellenmesi söz konusu olabileceğinden; en kısa zaman içerisinde embiyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin durumun, bir hukuki zemine oturtulması gerekmektedir.⁸⁵ Zira böylesine tartışmalara yol açan konularda, kılavuz, genelge ve yönetmelik çerçevesinde düzenleme yapmak, iç hukukumuz açısından bağlayıcı ve kanun gücünde olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, pek çok hükmünde sıklıkla tekrarladığı “kanun” ifadesi ile olması gereken normatif düzenleme türüne aykırılık teşkil eder.

Bu hususun dışında, ilgili düzenlemelere aykırı davranılması halinde, bu hususlara ilişkin düzenlemeler, kanun düzeyinde olmadığından, öngörülecek yaptırım idari nitelikte olacaktır. İlgili hukuka aykırılık, TCK’nun ilgili hükümlerine göre bir suç tipine uygunluk sağlamadığı sürece de, cezai bir yaptırım uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Sonuç

Embriyonun hukuki statüsünün; embriyonik kök hücre araştırmaları ve diğer pek çok biyotıp uygulaması açısından açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Günümüz hukuk sistemlerine göre, embriyonun hukuken kişi ya da eşya olarak nitelendirilmesi ikileminde kaldığı görülmektedir. Embriyonun kişi olarak kabul edilmemesi, insan olma potansiyeline sahip bir canlı olarak, üstünde her türlü hukuki tasarrufta bulunulabilecek bir eşya olarak kabul edilmesine yönelik görüşleri de beraberinde getirmektedir. Bu yöndeki görüşler ise, embriyonun ahlaki statüsü konusundaki tartışmalar da dikkate alındığında, temel etik değerler ve insan onuru temelli insan hakları yaklaşımı ile karşı karşıya gelecektir. Diğer taraftan, embriyonun, doğmuş kişilerle hukuken eşit bir statüye kavuşturulması da embriyo üzerindeki tüm araştırmaların yasaklanmasına ve gerçekte özerkliği bulunmayan embriyonun, özerkliğinin kabulüne sebep olacaktır. Böyle bir ikilem içinde yapılması gereken, biyotıp alanındaki güncel gelişmelere uygun, embriyonik kök hücre çalışmaları gibi, hastalıkların tedavisinde umut kaynağı olabilecek uygulamalara cevaz verecek şekilde, yeni bir hukuki nitelendirme yapılmasıdır.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eşitli s. 210 vd.

Kök hücre elde edilmesi için embriyonun meydana gelmesi seçeneklerinin tamamı düşünülerek (normal yollarla, üreme hücrelerinin bir araya gelmesi ile oluşan embriyo; çekirdek transferi yöntemi ile seksüel yolla olmayan embriyo, eşeysiz üreme yoluyla klonlanmış embriyo) embriyonun hukuki statüsünün belirlenmesi, bu uygulamalardan izin verilenlerin şartlarının açık ve net şekilde ortaya konulması, izin verilmeyen uygulamalar bakımından yaptırımların belirlenmesi, bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin kuralların, mutlak surette “kanun” düzeyinde normatif bir çalışma ile belirlenmesi gerekmektedir. Bu durum, hem taraf olduğumuz ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelen ve hukuken bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin de öngördüğü bir gerekliliktir; hem de hukuka aykırı uygulamalar karşısında cezai yaptırım uygulayabilmenin yoludur.

“Embriyonun Korunması ve Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Kanun” olarak ifade edilebilecek kanun, en kısa sürede; hukuken bağlı olduğumuz biyotıp alanındaki Uluslararası Anlaşma ve protokollerin hükümleri, karşılaştırmalı hukukta bu konuda yürürlükte olan kanunlar ve iç hukukumuzda yer alan diğer normatif düzenlemeler dikkate alınarak hazırlanmalıdır. Avrupa İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin gerekliliklerini iç hukuka yansıtabilecek normatif düzenlemelerde, bu hukuksal metinlerin uygulanması açısından, insan yaşamının başladığı anın ya genel hüküm veya ilgili müdahalenin türüne göre (örneğin embriyoya müdahale veya hamileliğin durdurulması veya genoma cinsiyet tayini amaçlı müdahale de olduğu gibi) ilgili hükümde özel olarak belirtilmesi gerekmektedir.

Hazırlanacak bu kanunun temel amacı, embriyonik kök hücrelerin alınması ve kullanılmasının anayasa hukukunun ilkelerini kabul etmek sureti ile bir yandan insanın yaşam hakkına ve onuruna saygı göstermek, bunları korumak; diğer yandan bilimsel araştırma özgürlüğünü güvence altına almak olmalıdır.

İlgili kanun; embriyonik kök hücre araştırmalarında resmi izin kararını verecek organ/kurul/komisyonu, bunların üyelerinin kimlerden oluşacağını, embriyo ticaretinin yasaklanmasına dair hükümleri içermelidir. Düzenleme, salt araştırma amaçlı insan embriyonu üretil-

mesinin yasak olduğu hükmünü içerirken; tedavi amaçlı embriyo üretiminin (yukarıda sayılan embriyo elde etmeye ilişkin tüm yöntemler dikkate alınarak) mümkün olup olmadığı sorununu da açıklığa kavuşturmalıdır.

Hazırlanacak kanunda; ÜYTE ile elde edilen artık embriyolar ile isteme bağlı gebelik sonlandırılmasından elde edilecek embriyonun hukuki statüsü, bu embriyoların kök hücre çalışmalarına kaynaklık edip edemeyeceği (kanaatimce artık embriyoların, hangi aşamada, hangi kurallar çerçevesinde artık embriyo olarak nitelendirilebileceği belirlenerek, kök hücre kaynağı olarak kullanılmasında hukuki ve etik bir engel bulunmamaktadır) açıkça ortaya konulmalıdır.

Embriyonik kök hücre çalışmalarının hangi kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebileceği ve ilgili kurallara uyulmaması halinde öngörülecek cezai yaptırımlar da, ilgili kanunda net bir şekilde ifadesini bulmalıdır.

Kanun düzeyinde yapılacak bu normatif düzenlemede, çok açık, sınırları belirli ve gerek tıp gerek hukuk ve gerekse karma özellikteki bilim dallarında, aynı anlama gelen terimler kullanılmalı ve ayrıca korumanın niteliği, istisnaları ve zaman açısından getirilen sınırlamalar yoruma meydan vermeyecek kesinlikte olmalıdır. İlgili kanun tasarısı hazırlanırken; temel hak ve özgürlükler, hukukun üstünlüğü, uluslararası hukuk normları, karşılaştırmalı hukuk açısından konuya ilişkin yasal düzenlemeler, biyotıp etiği ilkeleri ile biyotıp alanındaki güncel gelişmeler esas alınmalıdır.

Kaynakça

- Aydın Öztürk, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Aydın Ünver Tülay, Ceninin Hukuki Durumu, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Beauchamp Tom L./Childress James F., Biyomedikal Etik Prensipleri, Yedinci Edisyon, (çev. M. Kemal Temel), Betim, İstanbul 2017, s. 122.
- Bektaş M.Sinan/Çakar Mehmet/Akipek Öcal Şebnem/Katoğlu Tuğrul, "Embriyo ve Fetus; Etik ve Yasal Boyut", M.Sinan Bektaş (ed.), Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut, Medical Network, Ankara 2004, s.119-156.
- Bektaş Meral, "Kök Hücre, Ne? Nasıl? Niçin? Ne Zamandan Beri? Nereye Kadar?", *Bilim ve Teknik Dergisi*, S. 511, Haziran 2010, s. 36-40.
- Borsellino Patrizia, Bioetica tra morali e diritto, Milano: Raffaello Cortina Editore, 2009.

- Büyük Larousse Sözlük ve Ansiklopedisi, İstanbul 1986, C. 6.
- Can Alp, "Kök Hücre ile Yapılan Klinik Araştırmalarda Faz Kavramı Üzerine", *Kök Hücre E-Bülteni*, S.6 (Mart-Nisan 2015), s. 3-4.
- Cin Onursal, "Yardımcı Üreme Metotları ve Embriyonun Korunması", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S.5, Aralık 2005, s.31-37.
- Çakar Nur, "Embriyodan Erişkine Kök Hücreler", *Bilim ve Teknik*, S.511, Haziran 2010, s.42-45.
- Çankaya Işık Olcay, "İnsan Hakları Boyutu ve Tıp Hukuku Açısından: Cenine (Foetus-Nasciturus) İlişkin Bir Manifesto", *TıpHD*, Sayı:1/Yıl:2012, s. 161-205.
- Çoban Aykut, "Embriyo Hakları Bakımından Üreme Süreci", (Embriyo Hakları), Türkiye Biyoetik Derneği, Biyoetik Araştırmaları, İstanbul 2012, s. 313-330.
- Çoban Aykut, "Türkiye'de İnsan Embriyosu Üzerinde Araştırma Yapmanın Hukuki Sorunları", (İnsan Embriyosu), *TBB Dergisi*, Sayı:86, 2009, s.204-248.
- Çoban Aykut, "Türkiye'de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü", (Tüp), *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 27, 2009, s. 75-96.
- Doğan İlya, "İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyonunun Ahlaki Statüsü", *KHUKA*, Kasım 2005, s. 104-109.
- Dorneck Carina, "Yapay Dölllenme Tıbbının Güncel Sorunları", (çev. Hakan Hakeri), *TıpHD - Issue: 8/Year: 2015*, s. 93-103.
- Dökmeci İsmail/Dökmeci Handan, *Tıp Terimleri Cep Sözlüğü*, İstanbul Medikal Yayıncılık, İstanbul 2011.
- Eşitli Aygün Ezgi, *İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Fischer Judith D., "Misappropriation of Human Eggs and Embryos and the Tort of Conversion: A Relational View", *Loy. L.A. L. Rev.*, Vol. 32, (1999), s. 381-430.
- Foster Charles, *Human Dignity in Bioethics and Law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, Oregon, 2011.
- Gemalmaz Burak, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul 2009.
- Görkey Şefik/Kutlay Nüket/Başagaç Gül Tamay/Güven Tolga/Sert Gürkan/Gün Mukadder/ Erzik Can, *Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuki Boyutu*, Ankara, Nisan 2009.
- Gün Mukadder, "Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları/Tedavileri ve Olası Etik Sorunlar", *Türkiye Klinikleri, J Med Oncol-Special Topics*, S. 2015, C.8/2, s. 141-147.
- Habermas Jürgen, *İnsan Doğasının Geleceği*, (çev. Kaan H. Öktem), Everest Yayınları, İstanbul 2003.
- Hakeri Hakan, "Kök Hücre Çalışmaları ve Hukuki Boyutu", (Kök Hücre), *Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci*, 2006, 2(43), s.78-82.
- Hakeri Hakan, "Türk Hukukunda Yapay Dölllenme", (Dölllenme), *TıpHD - Issue: 8/Year: 2015*, s. 112-113.
- Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, (Tıp), Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Hausmaninger Herbert/Selb Walter, *Römisches Privatrecht*, Böhlau Verlag Wien, Köln, Weimar, 1994.

- Kahraman Semra/Candan Zafer Nihat, "İnsan Embriyonik Kök Hücreleri", Türkiye Klinikleri J Surg Med Sci, 2006, 2(43), s.21-25.
- Kalkan Oğuztürk Burcu, Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Kanadoğlu Korkut, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", TBB Dergisi, 2015(119), s.11-34.
- Kansu Emin, "Kök Hücreleri ve Klonlama", *Avrasya Dosyası: Moleküler Biyoloji ve Gen Teknolojileri Özel*, Sonbahar 2002, C.8, S.3, s.41-50.
- Karakoç Sökmensüer Lale, "Embriyonik kök hücreler ve tedavi amaçlı kullanımları", *Hacettepe Tıp Dergisi*, C.38, S. 1, 2007, s. 15-19.
- Karashaşin Tahir, "Embriyonik Kök Hücreler", *Erciyes Üniv. Vet. Fak. Derg.*, C.1, S. 9, 2012, s. 65-71.
- Katoğlu Tuğrul, "Ceza Hukuku ve Etik", (Etik), *Toplum ve Hekim*, Temmuz-Ağustos 2004, C.19, S.4, s. 300-306.
- Katoğlu Tuğrul, "Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", (Biyotıp), *AÜHFD*, C. 55, S.1, 2006, s.157-193.
- Keleş Şükrü, "Genetik, İnsanın Özgür ve Özerk Oluş Konumunu Tehdit Eder mi?", *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, 2013, 21(1), s.1-17.
- Kırkbeşoğlu Nagehan, Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006.
- Kıvılcım-Forsman Zeynep, "Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 21-22, 1999-2000, s. 95-107.
- 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, s. 86-89.
- Kök Hücre Tedavileri Hasta El Kitabı, ISSCR (Uluslararası Kök Hücre Araştırmaları Derneği), Ankara, 2008.
- Max Kaser, *Römisches Privatrecht*, München, 1992.
- Medicana Genel Sağlık Ansiklopedisi, Tıp Sözlüğü, İstanbul 1993, C.12.
- Metin Sevtap, *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Özbilen Arif Barış, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Özel Banu/Ozan Enver/Dabak Özlem, "Embriyonik Kök Hücreler", *Türkiye Klinikleri, J Med Sci*, S. 28, s. 333-341.
- Rosenau Henning, "Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Kopyalama", (Embriyon Araştırmaları), (Çev.Hakan Hakeri), *KHukA*, Kasım 2005, s.137-144.
- Rosenau Henning, "İndüklenmiş Pluripotent Kök Hücreler (IPS-Hücreler) Tüm Hukuki Sorunların Çözümü mü?", (IPS-Hücreler), (çev. Melike Şentürk Tur), *TıpHD*, Sayı:8/Yıl:2015, s. 263-291.
- 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, <http://www.sdplatform.com/Soylesiler/45/Mevcut-hukuk-sistemi-biyolojik-gelistmeler-karsisinda-aciz-kaliyor.aspx>, (erişim tarihi: 17.08.2017).
- Sezen Onur, “İnsan Üzerinde Biyoteknolojik Uygulamaların Uluslararası Hukuk Boyutu”, *AndHD*, 2015, C.1, S.1, s.82-106.
- Şener Nurhan, “Kök Hücre Araştırmaları, Etik ve Yasal Tartışmalar”, *Hukuk Gündemi*, 2012/1, s.54-57.
- Şensöz Malkoç Ebru, “Milletlerarası Özel Hukukta Embriyo”, Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifi ile Biohukuk, 4. Milletlerarası Hukukçular Toplantısı, 6-8 Eylül 2012, Bektaş Köyü-Ayvacık/Çanakkale, Toplantı Sunumları ve Tartışmalar, Medipol Üniversitesi Yayını, Ağustos 2013, s. 125-159.
- T.C. Başbakanlık Diyanet İşleri Başkanlığı, “Günümüz Tıp Dünyasında Tartışılan Tüp Bebek ve Kök Hücre Gibi Yeni Uygulamaların İslam Dini Açısından Değerlendirilmesi” Din İşleri Yüksek Kurulu Mütalaaları, <http://www2.diyanet.gov.tr/dinisleriuyuksekkurulu/Sayfalar/Tupbebek1023-5894.aspx> (erişim tarihi: 19.08.2017).
- Tacir Hamide, “Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, *MÜHF-HAD*, Özel Sayı: Prof.Dr. Nur Centel’e Armağan, C.19, S.2, Y.2013, s. 1306-1307.
- Tauscher Soner, “Genetik Teknolojisinin Siyasi ve Etik Sınırları: Genetiği Yönetmek”, *International Journal of Political Studies*, 2015, Issue:1, Vol:1, s. 1-12.
- Türkiye Bilimler Akademisi Raporları, S.7, Ankara, 2005.
- Ünver Yener, “Avrupa Biyo-Hukuk Sözleşmesi’nin Türk Hukukuna Etkileri”, (Biyo-Hukuk), *KHukA*, Kasım 2005, s.183-184.
- Ünver Yener, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler, (Deney ve Deneme), Sempozyum No:1, 17.11.2006, İstanbul 2007, s. 150-183.
- Zengin Mehmet Ali, *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Zeytin Zafer, “Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları”, *TıpHD*, Issue: 8, Year: 2015, s. 211-233.