

İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ

KARARLARI

EVANS / BİRLEŞİK KRALLIK DAVASI

(Başvuru No: 6339/05)

Çev.: Alper Can AYKAÇ

HÜKÜM
Strazburg
10 Nisan 2007

Bu hüküm kesinleşmiştir, ancak yazımı açısından yeniden gözden geçirilebilir.

Evans / Birleşik Krallık davasında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'ni oluşturanlar,

Başkan Bay C.L. Rozakis,

Yargıçlar Bay J.-P. Costa,

Sir Nicolas Bratza,

Bay B.M. Zupančič,

Bay P. Lorenzen,

Bay R. Türmen,

Bay V. Butkevych,

Bayan N. Vajić,

Bayan M. Tsatsa-Nikolovska,

Bay A.B. Baka,

Bay A. Kovler,

Bay V. Zagrebelsky,

Bayan A. Mularoni,

* Av., Eskişehir Barosu.

Bay D. Spielmann,
Bayan R. Jaeger,
Bay David Thór Björgvinsson,
Bayan I. Ziemele,
Katip Bay E. Fribergh,

22 Kasım 2006 ve 12 Mart 2007 tarihlerinde özel bir şekilde görüşerek, kabul edilen aşağıdaki hükmü belirtilen ikinci tarihte göndermişlerdir.

USULÎ İŞLEMLER

1. Britanya vatandaşı Bayan Natalie Evans ("*başvuran*") tarafından İnsan Haklarına ve Temel Özgürlükleri Korumaya Dair Sözleşme'nin ("*sözleşme*") 34. maddesi uyarınca Büyük Britanya ve Kuzey İrlanda Birleşik Krallığı'na karşı yapılan başvuru (no: 6339/05) üzerine 11 Şubat 2005 tarihinde dava ikame edildi.

2. Kendisine adli yardım hakkı tanınan başvuran, Londra'da avukatlık yapan Bay M. Lyons tarafından temsil edilmiştir. Britanya Hükümeti ("*hükümet*") kendi ajanı İngiliz Uluslar Topluluğu ve Dışişleri Bakanlığı'ndan Bayan E. Willmott ve Bayan Kate McCleery tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran, sözleşmenin 2, 8 ve 14. maddeleri uyarınca, eski eşi ile birlikte oluşturduğu embriyoların saklanması ve kullanılması konusundaki eski eşinin rızasını geri almasına etkili bir biçimde izin veren yerel hukuktan yakınmıştır.

4. Başvuru, mahkemenin dördüncü bölümüne gönderilmiştir (mahkeme içtüzüğü 52/1. maddesi). Bölüm içerisinde, davayı değerlendiren daire (sözleşmenin 27/1. maddesi), içtüzüğün 26/1. maddesi uyarınca kurulmuştur.

5. 27 Şubat 2005 tarihinde daire başkanı, mahkemenin davanın esası hakkındaki herhangi bir kararına önyargı oluşturmaksızın, mahkeme içtüzüğünün 39. maddesi uyarınca, mahkeme bu davanın incelemesini sonlandırınca dek, başvuranın şikâyetinin temel sorununun yok edilmesine dayanan embriyoların korunmalarını sağlamak için hükümetin uygun tedbirleri almasının, işlemlerin iyi yürütülmesi menfaatinin içerisinde, arzu edildiğini hükümete bildirmeye karar vermiştir. Aynı tarihte başkan, içtüzüğün 41. maddesi uyarınca, başvurunun öncelikle ele alınmasına; sözleşmenin 29/3. ve içtüzüğün 54A maddesi doğrultusunda, kabul edilebilirliğin ve esasın bir arada incelenmesine;

içtüzüğün 54/2 (b) hükmü uyarınca, davanın kabul edilebilirliği ve esası üzerinde gözlemlerini yazılı olarak sunması için hükümetin davet edilmesine karar vermiştir.

6. 7 Mart 2006 tarihinde, kabul edilebilirlik ve esas sorunları ile ilgili duruşmanın sonrasında (içtüzük m. 54/3), başkan Bay J. Casadevall, Yargıçlar Sir Nicolas Bratza, Bay M. Pellonpää, Bay R. Maruste, Bay K. Traja, Bayan L. Mijovic ve Bay J. Šikuta, ve daire katibi Bay M. O'Boyle'dan oluşan daire, başvurunun kabul edilebilir olduğunu; oybirliği ile sözleşmenin 2. ve 14. maddelerinin ihlal edilmediğini ve ikiye karşı beş oyçokluğu ile sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğini açıklamıştır. Bay Traja ve Bayan Mijovic'in ortak karşı görüşü hükmeye eklenmiştir.¹

7. 5 Haziran 2006 tarihinde başvuran sözleşmenin 43. maddesi uyarınca davanın büyük daireye gönderilmesini talep etmiştir. Büyük daire genel kurulu 3 Temmuz 2006 tarihinde talebi kabul etmiştir. Aynı tarihte, mahkeme başkanı, mahkeme içtüzüğünün 39. maddesi uyarınca hükümete gönderilen 22 Şubat 2005 tarihli bildirimin süresini uzatmıştır (bkz. yukarıda 5. paragraf).

8. Büyük dairenin oluşumu sözleşmenin 27/1 ile 27/2. maddelerinin ve içtüzük'ün 24. maddesinin hükümleri uyarınca belirlenmiştir.

9. Başvuran ve hükümet ayrı ayrı esas hakkındaki beyanlarını iletmışlerdir.

10. Duruşma, Strazburg İnsan Hakları Binası'nda 22 Kasım 2006 tarihinde düzenlenmiştir.

Mahkeme huzurunda bulunanlar:

(a) Hükümet adına

Ajanlar Bayan Helen MULVEIN,

Hukuk Müşavirleri Bay Philip SALES, Q.C.

Bay Philip SALES,

Danışmanlar Bayan Karen ARNOLD,

Bayan Gwen SKINNER;

(b) Başvuran adına

Hukuk Müşavirleri Bay Robin TOLSON, Q.C.,

Bayan Susan FREEBORN,

¹ Bu çevirinin kaynak metninin büyük daire hükmü olmasına rağmen, 4. daire hükmüne eklenen Bay Traja ve Bayan Mijovic'in ortak karşı görüşünü metnin sonunda bulabilirsiniz, bu karşı görüşte yer alan paragraf atıfları 4. daire hükmüne aittir. [ÇN]

Solicitor Bay Muiris LYONS,
Danışman Bayan Anita MURPHY O'REILLY,
Başvuran Bayan Natalie EVANS,

Mahkeme, Yargıçlar, Judges Spielmann, Türmen, Myjer, David Thór Björgvinsson, Costa ve Zagrebelsky tarafından sorulan sorulara verilen Bay Sales ve Bay Tolson'un yanıtlarının yanı sıra, Bay Sales ve Bay Tolson'un söylevlerini de dinledi.

OLGULAR

DAVANIN KOŞULLARI

11. Başvuran Ekim 1971'de doğmuştur ve Wiltshire'da yaşar.

12. Tarafların sözlü ifadelerini (bkz. aşağıda 20. paragraf) dinleyen Yargıç Bay Wall'ın ("*Y Wall*") bulduğu kadarıyla elde edilen olgular aşağıdadır.

A. IVF (Tüp Bebek) Tedavisi

13. 12 Temmuz 2000 tarihinde Bath Gebelik Destek Kliniği'nde ("*klinik*") başvuran ile başvuranın eşi, J (Kasım 1976 doğumlu), tedaviye başladılar. Başvuran evli olduğu zamanlar, beş yıl önce tedavi olmak için kliniğe müracaat etmişti ama evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle bunu takip edemedi.

14. 10 Ekim 2000 tarihinde başvuran ve J, klinikteki randevu sırasında ilk testlerin başvuranın iki yumurtalığında da kanser öncesi ciddi tümörleri taşıdığını ortaya çıkardığı ve yumurtalıkların alınması gerektiği konusunda bilgilendirildiler. Kendilerine, tümörlerin yavaşça büyümesinden dolayı birkaç yumurtanın tüp bebek ("*IVF*") için alınabileceği ancak bunun bir an önce yapılması gerektiği anlatıldı.

15. 10 Ekim 2000 tarihli danışma, toplamda yaklaşık bir saat sürdü. Bir hemşire, başvuranın ve J'nin IVF tedavisi için birer rıza belgesi imzalamaları gerektiğini ve 1990 İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu ("*1990 kanunu*") hükümleri doğrultusunda başvuranın rahmine embriyoların yerleştirilmesinden önce, her biri için rızayı geri almanın herhangi bir zamanda mümkün olduğunu (aşağıda 37. paragraf), açıkladı. Başvuran, kendi döllenmemiş yumurtalarının dondurulmasının mümkün olup olmadığını sordu, ancak başarı olasılığının daha düşük olduğu bu işlemin klinikte yapılmadığı yönünde bilgilendirildi. Bu sırada J başvurana, kendilerinin ayrılmayacaklarını; yumurtalarını dondurmayı düşünmenin gereksiz olduğunu; olumsuzluğa kapılmaması

gerektiğini ve çocuğunun babası olmak istediğini söyleyerek güven verdi.

16. Daha sonra 1990 kanunu tarafından belirlenen formu imzalayarak, eşler gerekli rızalarını gösterdi. (bkz. aşağıda 37. paragraf)

Form başlığının hemen altında şu sözlere rastlanmıştır:

“Bu sorunlar hakkında bilgi almadıysanız ve size danışmanlık teklif edilmediyse bu formu imzalamayın. Kullanılmış olan sperm ve embriyolarla ilgili olanlar dışında bu rızanın şartlarını herhangi bir zaman değiştirebilirsiniz. Lütfen uygun biçimde numaraları girin veya kutucukları işaretleyin.”

17. 12 Kasım 2001 tarihinde çift, klinikte bulunmuş; on bir yumurta toplanmış ve döllenmiştir. Altı embriyo yaratılmış ve saklama işlemine alınmıştır. 26 Kasım’da başvuran yumurtalıklarının aldırma için bir ameliyat geçirmiştir. Başvurana embriyoların rahmine yerleştirilmesinden önce iki yıl beklemesi gerektiği anlatılmıştır.

B. Yüksek Mahkeme İşlemleri

18. 2002 Mayıs’ında ilişki son bulmuştur. Embriyoların geleceği taraflar arasında tartışma konusu haline gelmiştir. 4 Temmuz 2002 tarihinde J, ayrılığı bildirmek ve embriyoların yok edilmesi amacıyla kliniğe yazı yazmıştır.

19. Klinik, J’nin embriyoların ileride kullanılmasına ilişkin rızasını geri aldığını ve 1990 kanununun 3. tarafesinin 8 (2). maddesine (bkz. aşağıda 37. paragraf) uygun olarak embriyoları yok etmekle yükümlü olduklarını başvurana bildirmiştir. Başvuran embriyoların kullanılması ve saklanmasına ilişkin J’nin rızasını iade etmesini gerektiren bir emir ve diğerlerinin arasında, J’nin 10 Ekim 2001 tarihli rızasını değiştirmedini ve değiştiremeyeceğini açıklayan bir bildiri talebiyle, Yüksek Mahkeme’deki işlemleri başlatmıştır. Bunun yanında, 1990 kanununun 12. maddesinin² -3. tarafesinin- sözleşmenin 2., 8. ve 14. maddeleri altındaki başvuranın haklarını ihlal etmesi sonucu 1998 İnsan Hakları Kanunu uyarınca bağdaşmazlık bildirisi talep etmiştir. Ayrıca 2. ve 8. maddelerce embriyoların korunmaya ehil olduğunu iddia etmiştir. İşlemler sonlanıncaya dek, kliniğin embriyoları korumasını gerektiren geçici karar alınmıştır.

² 1990 kanununun 12. maddesi, rıza konusunda ayrıntılı bir açıklama getiren 3. tarifeye uymayı gerektirir. Buradaki “tarife”yi (Schedule), yasa koyucunun ayrıntılı olarak hazırladığı ek düzenleme olarak ele aldım. Diğer bir deyişle, bu metin içerisindeki anlamıyla “tarife”, yönetmelik gibi ayrıntı içeren ve birincil yasa koyucu tarafından kabul edilen yasa hükmünde bir düzenlemeyi teşkil etmektedir. (ÇN).

20. Duruşma Yargıcı, Y Wall, beş gün sonra davayı ele almış ve diğerlerinin arasında, J ve başvurandan delilleri elde etmiştir. 1 Ekim 2003 tarihinde başvuranın iddialarını 65 sayfalık bir hüküm ile (*Evans/ Amicus Healthcare Ltd ve diğerleri*, [2003] EWHC 2161 (Fam)) reddetmiştir.

21. Y Wall, 1990 kanununun koşulları uyarınca ve kamu politikası bakımından, koşullardaki herhangi bir değişiklikten bağımsız olarak embriyoların kullanımına yönelik J'nin eşitlikçi olmayan bir rıza göstermesinin mümkün olmadığı; olay bakımından, J'nin yalnızca başvuran ile "birlikte" tedaviye rıza gösterdiği ve ilişkinin bitmesi durumunda başvuranın tedaviye devam etmesine rıza göstermediği sonucuna varmıştır. Bu yüzden, J'nin ve başvuranın ikisinin de ilişkinin devam etmesi koşuluyla tedavi olmayı yüklediklerini tespit eden Y Wall, J'nin kendi rızasını geri almaktan men edilmesine yönelik başvuran talebini reddetmiştir. 10 Ekim 2001 tarihinde J, her zaman kendisini yükümlü kılmaksızın, o anki duyguları dürüstçe ifade ederek; başvurana sevdiği ve başvuranın çocuğunun babası olmak istediği konusunda başvurana güven vermekle elinden gelenin en iyisini yapmıştır. Y Wall, kişisel ilişkiler içerisinde bu tür sevgili davranışlarına ve teminatlarına sıklıkla rastlandığını fakat bunların kalıcı, yasal etkisinin bulunmadığını ve bulunamayacağını gözlemlemiştir. J ile IVF tedavisine başlayan başvuran, kendisi için açık olan tek gerçekçi yolu seçmiştir. Y Wall şöyle devam etmiştir:

"Her ne kadar, bu konuda yanılıyorsa dahi ve kanun içeriğinde böyle bir men etme olanağı olsa dahi; açıkladığım gerekçeler ışığında, [J]'nin rızasını geri çekmesine izin vermenin vicdana aykırı olacağını düşünmezdim. Parlamento'nun kabul ettiği tarife kapsamında kanunun kendisine verdiği hak açıktır. Kendisinin 10 Ekim 2001'de gösterdiği rıza buna dayanmaktadır. Değişen koşullara bağlı olarak, kendisi için, Bayan Evans'ın çocuğuna baba olmak istememesi kesinlikle makuldür."

22. Başvuranın sözleşmeye dayalı iddiaları için, Y Wall, özetle, embriyonun sözleşme uyarınca korunan haklara sahip bir kişi olmadığının ve başvuranın aile yaşamına saygı gösterme hakkının doğmadığının üzerinde durmuştur. 1990 kanununun ilgili hükmünün tarafların ikisinin de özel yaşamlarına etki ettiğini kabul etmiştir, ancak rızanın ikiz direği ve doğmamış çocuğun çıkarları üzerine kurulan bir tedavi rejimi öngören yasama düzenlemesinin etkisinin orantılı olduğunu belirtmiştir. IVF tedavisine başlayan çiftlerin tedavi hakkında anlaşmış olmaları

rını arayan ve embriyoların kadına naklinden önce taraflara rızalarını geri alma izni veren hukukun yerinde olduğunu düşünmüştür.

23. Y Wall, kanunun 3. tarifesinin (aşağıda, 37. paragraf) cinsel ayırmıcılıktan bağımsız olarak tüm hastalara eşit biçimde uygulandığını vurgulamıştır ve ortak rıza gerekliliğinin kısır erkeği de benzer biçimde nasıl etkilediğinin örneği ile sonuçlandırmıştır.

“Eğer bir adam testis kanseri olsaydı ve onu sürekli kısırlaştıran radikal cerrahiden önce saklanan spermi eşiyle birlikte embriyo yaratmak için kullanılsaydı ve eğer embriyolar kadına nakledilmeden önce çift ayrılıysaydı, hiç kimse kadının tedavi için rızasını geri alamayacağını ve embriyoların kendisine nakledilmesini reddedemeyeceğini öne süremezdi. Yasal hükümler, sözleşmedeki haklar gibi kadın ve erkeğe eşit olarak uygulanır.”

C. Yüksek Mahkeme İşlemleri

24. Başvuranın Temyiz Mahkemesi’ne itirazı 25 Haziran 2004’te gönderilen bir hüküm (*Evans/Amicus Healthcare Ltd*, [2004] EWCA Civ 727) ile reddedildi.

Mahkeme, 1990 kanununun açık politikasının iki tarafın devam eden rızalarını tedaviye başlanmasından embriyonun yerleştirilmesi anına kadar temin etmek durumunda olduğuna ve “mahkemenin parlamento düzenlemesiyle uyummayan bir vazgeçme ilkesini oluştururken veya tanırken son derece yavaş davranması gerektiği”ne inanmıştır. Tıpkı Y Wall gibi Temyiz Mahkemesi’de, J’nin yalnızca başvuran ile “birlikte tedavi” olmaya rıza gösterdiğini ve ortaklaşa oluşturulan embriyoları başvuranın tek başına kullanmasına rıza göstermediğini tespit etmiştir. İlişki sona erdikten ve J embriyoların başvuran tarafından saklanmasını ve kullanılmasını istemediğini belirttikten sonra, artık onlar “birlikte” tedavi görüyor sayılmazlar. Başvuranın, J’nin ve diğer tanıkların sözlü kanıtlarını (bkz. yukarıda, 20. paragraf) değerlendirerek aşikâr üstünlüğüne sahip olan duruşma yargıcının bulgularına haksız yere karşı koymak olduğunu düşünmek suretiyle; Temyiz Mahkemesi J’nin kararsızlığını gizlediğini ki böylece başvuranın J ile birlikte çift tedavisine başladığı yönündeki başvuranın savını reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, rızasını geri almasındaki J’nin açık konumunun yalnızca finansal itirazdan ziyade daha temel bir itirazı teşkil ettiği konusunda J’nin danışmanı tarafından bilgilendirilmiştir.

25. Tarafların özel yaşamlarına müdahalenin söz konusu olduğu konusunda, Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley aşağıdaki nedenler ile bunu haklı ve orantılı bulmuşlardır:

“Burada iddia edilen en az şiddetli araç, sonuca varmayan [J’nin] rızasını geri almaya yönelik yasa koyucunun kuralıdır. Bu kural [başvuranın] başka bir yolla doğum yapmaya elverişli olmadığı nedeniyle, [başvurana] tedavinin devamını isteme yetkisini verebilirdi. Fakat [başvuranın] özel hayatıyla uyumlu olan saygıyı çoğalttığı oranda [J’nin] özel hayatına borçlu olan saygıyı azaltan bu tür bir kural, [başvuran] tarafından doğurulan bir çocuğun babası olmaması yönündeki [J’nin] katı isteğine de ağırlık vermedikçe, uygulanamaz. Ayrıca yasama, buna ağırlık vermek amacıyla, İnsan Üremesi ve Embriyoloji Makamı veya kliniği ya da ikisinden de ahlakî ve toplumsal politika ile insan sempatisi (duygudaşlığı) üzerinde temellenmiş bir hüküm vermelerini aramak zorunda kalırdı. Bununla birlikte kıyaslanamayan şeyler arasında denge kurulmasını da arayabilirdi...

...Parlamento tarafından fark edildiği kadarıyla ihtiyaç, kurulmaya yönelik iki taraflı rıza içindir, sadece genetik malzemeleri almak ve saklamak değildir ve eğer rızanın bir tarafı etkinliğini sürdürmezse, bu ihtiyaç karşılanamaz. [Başvuranın] aksi haldeki önüne geçilemez biyolojik elverişsizliklerini karşılama amacıyla, erkeğin rızasının uygun ama sonuçsuz bir biçimde geri alınması suretiyle, orantılılığın menfaatine olan bu gerekliliği seyreltmek, yeni ve hatta daha da önüne geçilemez uyuşmazlık ve keyfîlik zorlukları doğururdu. Herhangi birinin [başvuran] için hissetmesi gereken sempati ve endişe... yasama ya ilişkin düzenlemeyi orantısız hale getirmek için yeterli değildir.”

26. Lady Yargıç Arden giriş kısmında şunları belirtmiştir:

“1990 kanunu gametler ve embriyolar gibi kaçınılmaz olarak klinik dilini kullanır. Ancak 1990 kanununun, eğer yerleştirilmişse, bir çocuğun doğumuna yol açabilen, iki kişinin genetik malzemeleri ile kısırlık gibi çok duygusal bu sorunla ilgili olduğu açıktır... kısırlık, bir erkeği ya da kadını büyük bir kişisel çöküntüden muzdarip hale getirebilir. Kadın açısından bu çocuğa hayat verebilirlik, birçok kadına, mükemmel bir hayat amacı ve tamamlanma hissi verebilir. Bu da saygınlıkları ve kişilik hisleri ile ilgilidir.”

LY Arden, şöyle devam etmiştir:

“Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley gibi, ben de 1990 kanunun mevcut halindeki gibi rıza koşulunun değişmemesi ve devam etmesi gerekliliğinin sözleşmedeki 8/2. maddeye uygun olduğu görüşündeyim ... taraflar arasındaki kurulu denge, etik hükmün hassas bir alanı olduğu kadarıyla, Parlamento için öncelikli bir mesele olmalıdır ...parlamento, “hiç kimse, genetik ebeveynin rı-

zasına duyulan ihtiyacı çiğneme yetkisine sahip olmamalıdır" görüşünü benimsemiştir. Bu tür bir yetkiyi haiz olmama görüşü, kanaatimce bu davanın olguları tarafından örneklendirilmiştir. Tarafların kişisel durumları, tedavinin başlangıcındaki durumlarından farklıdır ve [J'nin] rızasını geri almasının [başvuran] üzerindeki etkisinin, [J'nin] rızasının geri alınmasının geçersizliğinin [J] üzerindeki etkisinden daha büyük olup olmadığını yargılamak mahkeme için zor olurdu. Mahkeme hangi değerlendirmeyi yapmak durumunda olduğu konusunda bir fikre sahip değildir. Asıl konu, her bir kişinin özel hayatına müdahaleye karşı korunma hakkı olduğudur. Bu, şahsî irade ya da kendini yönetme ilkelerinin bir görünümüdür. [J'nin] hakkına müdahalenin, [başvuranın] hakkını korumak için gerekli olduğu temelinde meşrulaştırıldığı söylenemez, çünkü kadının hakkı erkeğin hakkı ile aynı biçimde kazanılmıştır. 8. maddedeki hakların kesin sınırı tanımlanmamış olsa bile, bunlar eşdeğer hak olmalıdırlar.

Başvuranın özel yaşamına müdahale de 8/2. madde ile meşrulaştırılmıştır, çünkü başvuranın savı başarılı olursa, bu, genetik babanın ebeveyn olmamasına karar verme hakkına müdahaleye kadar varırdı. Annelik [başvuran] için elbette zorunlu olamaz ve aynı şekilde babalık da, [J] için zorunlu olamaz, özellikle de mevcut davada olduğu gibi çocuk hakları gereğince muhtemelen finansal sorumluluğu içereceği durumlarda."

27. Ayrımcılık sorunu konusunda, Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley doğru karşılaştırmanın, rızalarını geri alan eşlere ve bunu yapmayan eşlere sahip olan IVF tedavisi isteyen kadınlar arasında olduğu; Lady Yargıç Arden ise olağan ilişkiden sonraki aşamada IVF rızasını geri alma olanağı bulunan genetik baba itibarıyla, doğurgan ve kısır kadınların gerçek karşılaştırılanlar olduğu sonucuna varmışlardır. Bununla birlikte üç yargıç da, karşılaştırma nasıl yapılırsa yapılsın, 8. maddenin ihlal edilmediği bulgusunun altında yatan nedenlerle tedavideki farklılığın meşru ve sözleşmenin 14. maddesine uygun olduğu konusunda görüş birliğindedirler. Ayrıca Temyiz Mahkemesi, böyle bir embriyo bir yana dursun, doğum anı öncesindeki bir ceninin iç hukuk uyarınca bağımsız hak ve çıkarlara sahip olmaması nedeniyle, bir embriyonun 2. madde uyarınca korunmaya ehil olmadığı yönündeki Y Wall'ın bulgularına karşı temyiz istemini reddetmiştir.

28. 29 Kasım 2004 tarihinde Lordlar Kamarası, Temyiz Mahkemesi hükmüne karşı başvuranın temyiz istemini reddetmiştir.

SÖZLEŞME DIŞI İLGİLİ MATERYAL**A. İç Hukuk: 1990 Kanunu****1. Warnock Raporu**

29. Temmuz 1978’de IVF ile ilk çocuğun doğması, “insan üremesi ve embriyoloji ile ilgili tıbbî ve bilimsel alanlardaki yakın ve olası gelişmeleri değerlendirmek; bu gelişmelerin yasal, etik ve toplumsal açılardan takdirini içeren politika ve güvenlik önlemlerinin ne olduğunu değerlendirmek ve tavsiyelerde bulunmak” için Dame Mary Warnock DBE başkanlığındaki İnceleme Kurulunun Temmuz 1982’de oluşturulmasına yol açan Birleşik Krallık’taki etik ve bilimsel tartışmaları fazlaca hareketlendirmiştir.

30. Kurul, Temmuz 1984’te rapor sunmuştur (Cmnd 9314). Bu dönemde gelecekte kullanılmak üzere insan embriyosunu dondurma tekniği başlangıç aşamasındaydı fakat kurul, bu tekniğin yaşayan bir doğumu meydana getirdiğini ve neticelendirdiğini dikkate almıştır ve ruhsat organının görüşü uyarınca geliştirme amacıyla, donmuş embriyoların klinik kullanımının devam etmesi gerektiğini tavsiye etmiştir (Rapor, § 10.3). Ancak kurul, insan embriyosunun uzun süreli saklanması olasılığından doğan potansiyel sorunları tanımak durumunda kalmış ve bir çiftin en fazla on yıl boyunca embriyoları kendi kullanımları için saklayabilmeleri gerektiğini, bu süre sonunda kullanma ya da tasarruf hakkının saklama makamına geçmesi gerektiğini tavsiye etmiştir (Rapor, § 10.10). Bununla birlikte kurul, örneğin evliliğin sona ermesi gibi bir durumda embriyoların nasıl kullanılması gerektiğine ilişkin çift arasında bir anlaşmanın bulunmaması halinde, embriyoyu kullanmayı ya da tasarrufu belirleme hakkının saklama makamına geçmesi gerektiğini tavsiye etmiştir (Rapor, § 10.13). İnsan embriyosunun mülkiyetinin bulunmaması gerektiğine dair kendi görüşü ile tutarlı olarak (Rapor, § 10.11), kurul, uyuşmazlık içerisindeki taraflardan birinin isteklerinin aksine, diğerinin embriyoyu kullanabilmesi gerektiği konusunu değerlendirmemiştir.

2. Danışma ve Yasamanın Kabulü

31. IVF tedavisiyle ilgili olduğu ölçüde Warnock Kurulu’nun tavsiyeleri, kamuoyu için hazırlanan Green Paper³ (danışma belgesi) içerisinde düzenlenmiştir. Çift arasında bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda saklama makamının embriyoyu kullanma ya da tasarruf

³ Green Paper: Tasarı hakkında tartışmayı teşvik için yayımlanan hükümetin öncelikli raporu (ÇN).

haklarını üstlenmesi gerektiğine ilişkin kurul tavsiyeleri hakkında birkaç yoruma Green Paper içerisinde (§ 35) yer verilmiştir ve bu durumun çok sık karşılaşılabilecek bir durum olmamasına rağmen, “açık temelli” bir çözüm olması açısından bunun önemli olduğunun üzerinde durulmuştur.

32. İlgili tarafların sunumları alındıktan sonra, IVF’ye ilişkin teklifler, Kasım 1987’de yayımlanan White Paper, *İnsan Üremesi ve Embriyoloji: Yasama için Taslak*, içerisinde toplamıştır. White Paper, Warnock Kurulu’na ait olan, ilgili çiftin arasındaki anlaşmazlık durumunda dondurulmuş embriyoyu kullanma ya da tasarruf hakkının saklama makamına geçmesi gerektiği yönündeki tavsiyeyi kaydetmiş (§§ 50-51) fakat şöyle devam etmiştir:

“Genel olarak, saklamaya izin verilmesi gerektiğine inanların görüşlerine Warnock tavsiyeleri içerisinde yer verilmiştir. Ancak, bağışçılar tarafından sağlanmadıkça, “saklama makamı”nın kullanma ya da tasarruf hakkına sahip olmaması gerektiğine dair bazı görüşler de bulunmaktadır. Hükümet ise bu ikinci görüşü paylaşmış ve embriyo veya gametlerin saklanması konusunda bağışçının isteklerinin üstün olduğu ve eğer bağışçının rızası buna uygunsa, saklama süresinin dolumundan itibaren ruhsat sahibinin diğer amaçlarla bunları kullanabileceği yönündeki temel ilkeye hukukun bağlı kalması gerektiği sonucuna varmıştır.”

White Paper, hükümet’in kararının saklama süresinin en fazla beş yıl olması gerektiği yönünde olduğuna değinmiştir (§ 54). Bunun ardından “Bağışçının Rızası” adlı bölümde, embriyonun kullanılmasından önce herhangi bir zamanda embriyonun bir kadına nakline ilişkin rızayı değiştirme ya da geri alma hakkının bağışçıya tanınması gerektiğine yönelik politikayı hazırlamıştır:

“55. Saklama konusundaki karmaşalar, çiftin IVF tedavisine girdiği ya da gametlerin bağışlandığı anda, ilgili bireylerin, gametlerin ve embriyoların kullanım amaçlarına uygun olarak rıza gösterdikleri ilkesinin önemini altını çizmiştir.

56. Bu tasarı, gametlerin ve embriyoların yalnızca bağışçının imzalı rızası aracılığıyla saklanabileceğini; ve yalnızca saklamadan sorumlu ruhsat sahipleri tarafından rızaya ya da belirtilen amaçlara uygun biçimde (örn. tedavi tedavisi için [ya da araştırma için]) kullanılabilmesini sağlayacaktır. Rıza gösterenlere, kendi gametlerinin/embriyolarının kullanımına ilişkin teknikler hakkında ve bu kararlarının yasal sonuçları hakkında bilgilendirilmelidirler.

Sağlıklı bir çalışma yürütmek için bu kişilere danışmanlık hizmeti de verilmelidir.

57. Gametlerin/embriyoların kullanımından önce, bağışçıların kendi rızalarını değiştirme ya da geri alma hakları vardır fakat herhangi bir değişikliği ruhsat sahibine bildirme yükümü de bu kişilerin üzerindedir. Bu bildirim alan ruhsat sahibi, bağışçının gametlerini vermiş olduğu diğer ruhsat sahiplerine bu durumu bildirmekle sorumlu olacaktır. (Bu durum örneğin bir sperm bankasının bir veya birden fazla tedavi merkezine sperm yollaması ile ilgili olabilir.) Aksine bir bildirim ya da ölüm bildirimi olmadığı sürece, ruhsat sahibi asıl rızasının geçerli olduğunu varsaymalıdır ve saklama dönemi boyunca buna uygun olarak hareket etmelidir. Dönem sona erdiğinde, yalnızca bağışçıların belirttiikleri istekleri doğrultusunda, ruhsat sahibi embriyoları ya da gametleri kullanabilir veya tasarruf edebilir. Eğer bu hususlar açıkça belirlenmemişse embriyoların ya da gametlerin saklanması işleminden vazgeçilip, yok olmaya terk edilmesi gerekir.

58. Embriyolar, iki bağışçının da rızası olmaksızın (saklama süresinin dolmasına ilişkin hususlara uygun biçimde) başka bir kadına yerleştirilemez, araştırma için kullanılamaz veya yok edilemez. Eğer bağışçılar arasında anlaşmazlık bulunursa ruhsat sahibi saklama döneminin sonuna dek embriyoları saklar, bu dönemin sonunda, eğer hala bir anlaşmaya varılmamışsa embriyo yok olmaya terk edilir.”

33. İleriki müzakerelerin ardından, 1989 İnsan Üremesi ve Embriyoloji Yasa Tasarısı yayımlanmış ve 1990 İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu olarak kabul edilmiştir. Tasarı temel olarak White Paper içerisinde yer alan koşulları yansıtmıştır. Rızaya ilişkin hükümler, Parlamento aşamasındaki süreçte tartışılmamıştır.

3. 1990 Kanunu

34. R/Sağlık Bakanlığı tek taraflı olarak Quintavalle (Pro-Life Alliance adına) [2003] UKHL 13 davasında Lord Bingham 1990 kanununun alt yapısını ve genel yaklaşımını şu şekilde tarif etmiştir.

“Sorunların hassasiyetinden şüphe etmemek gerekir. Bir yanda tüp içinde embriyo ve dolayısıyla insan yaratmanın hem kutsallığa saygısızlık hem de tiksindirici olduğunu düşünenler ve bu tür etkinliklerin tamamen yasaklanmasını isteyenler var. Diğer yanda, kısırların çocuk sahibi olabilmeleri ve genetik hastalıklara ilişkin bilgiyi arttırmak amacıyla, bu yeni teknolojilerin insanî koşulları yükseltmeye yönelik bir potansiyel taşıdığını düşünenler var ve bu görüşü destekleyecek dinî ve ahlakî savlardan, bu görüş mahrum da

değil. Hızla ilerleyen tıbbî ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı yasa hazırlamanın zorluğundan kimse şüphe edemez. Parlamentonun bilimdeki son gelişmelere ayak uydurmak için yasa düzenlemek zorunda kaldığına çok sık rastlanmamıştır.

1990 kanunu içerisinde tavsiye edilen ve yer bulan çözüm, tüp içinde üretilen canlı insan embriyosunun yaratılması ve daha sonradan kullanılmasını tamamen yasaklamamıştır fakat bunun yerine, belirli koşullara, kısıtlamalara, süre sınırlarına ve kontrol rejimine tabi olarak, böyle bir yaratıma ve kullanıma izin vermek için bir kısmı yukarıda da anılan bazı kesin yasaklar getirmiştir... Parlamento bazı tuhaf olasılıkları (canlı hayvan embriyosunun bir kadına nakli ya da canlı hayvan embriyosunun hayvana nakli gibi) kanundışı ilan ederken, diğer yandan sıkı kontrol rejimini düzenlediği... açıktır. Bu alan içerisinde düzenlenmeyen etkinlik yoktur. Tamamıyla serbesti yoktur.”

35. Bu yüzden kanunun 3 (1). maddesi ile, hiç kimse ruhsatsız olarak bir embriyoyu yaratamaz, koruyamaz ya da kullanamaz. Embriyonun kullanılması ya da saklanması, yalnızca söz konusu ruhsat koşulları doğrultusunda, mümkündür. 3 (1). maddeye aykırılık (kanunun 41 (2)(a). maddesi ile teşekkül eden) bir suçtur.

36. Kanunun 14 (4). maddesi uyarınca “embriyolar hakkındaki yasal saklama dönemi, ruhsatta da belirtilebileceği gibi, beş yılı aşamaz.” Bu hüküm, 1 Mayıs 1996 tarihinde yürürlüğe giren 1996 İnsan Üremesi ve Embriyoloji (Embriyoların Yasal Saklama Dönemi) Yönetmelikleri ile değiştirildi, buna göre; kendi embriyosunun kendisine nakledilmesi muhtemel kadının ya da embriyo yaratmada kullanılan gametlerin sahiplerinden biri olmayan bir kadının beklenenden erken bir zamanda tamamen kısır olduğu ya da olmasının muhtemel olduğu yönünde iki pratisyen hekim görüşü mevcut ise, saklama dönemi, kadın 55 yaşına gelene kadar uzatılır. Kendi embriyosunun kendisine nakledilmesi muhtemel bir kadının ya da gamet sağlayıcılarından birinin doğurganlık yeteneğinde hasar veya hasar görme ihtimalinin olduğu yönünde bir pratisyen hekim görüşünün mevcudiyeti durumunda, kadın 55 yaşına gelene kadar geçen süre ile 10 yıllık sürelerden hangisi daha kısa ise, o süre boyunca saklama süresi uzatılır. Gametleri embriyo yaratmakta kullanılan iki kişinin de, gelecekte kullanıma yönelik olarak saklama süresinin uzatılmasına karşı çıkmayacaklarına dair yazılı olur vermeleri gerekir. Saklama işlemi başladığında, kendisine embriyonun yerleştirilmesi muhtemel kadının 50 yaşının altında olması gerekir.

37. Kanunun 12 (c) maddesi uyarınca her ruhsat sahibine, “gametlerin ya da embriyoların kullanmaya yönelik rıza” ile ilgili olan kanunun 3. tarifesinin hükümlerine uyma koşulu getirilmiştir. Yüksek Mahkeme ve Temyiz Mahkemesi, başvuranın açtığı dava işlemlerinde (yukarıda, 20-27. paragraflar), 3. Tarifenin yapısal sistemine göre “embriyo, yalnızca bir kadına nakledilmek ile kullanılmış olur” görüşürünü benimsemiştir.

3. Tarife:

“Gamet ve embriyoları kullanmaya yönelik rızalar

Rıza

1. Bu tarife altındaki rıza yazılı olarak verilmelidir, bu tarife “etkili rıza” bu tarife altındaki geri alınmamış olan rıza anlamına gelir.

2. —(1) Embriyoyu kullanma rızası aşağıdaki bir veya daha fazla amacı belirtir —

(a) rıza veren kişiye veya bu kişiye ve belirtilen başka bir kişiye birlikte tedavi hizmetleri sağlamak için kullanma,

(b) rıza veren kişinin dahil olmadığı kişilere tedavi hizmetleri sağlamak için kullanma veya

(c) herhangi bir araştırma projesi amacıyla kullanma, ve bu şekilde kullanılabilen bir embriyonun tabi olduğu koşulları belirtebilir.

(2) Herhangi bir gameti veya embriyoyu saklama rızası —

(a) en fazla saklama süresini gösterir (eğer yasal saklama süresinden az ise),

(b) rıza veren kişi ölmüşse veya rıza koşullarını değiştirmek ya da rızayı geri almak için ehliyetsizlik nedeniyle aciz ise embriyo ve gametler ile ne yapılması gerektiğini belirtir

ve stokta kalabilen embriyo ve gametlerin tabi olduğu koşulları belirtebilir.

(3) Makamın yönergelerinde belirttiği kadarıyla bu tarife altındaki rıza, bu yöndeki diğer hususları sağlamalıdır.

(4) Bu tarife altındaki rıza —

(a) belirli embriyoyu saklamak veya kullanmak için ya da

(b) yaratılışının bu gametleri kullanmaya elverebildiği bir kişinin gamet sağlaması durumunda, herhangi bir embriyoyu saklamak veya kullanmak için uygulanabilir

ve bu tarife doğrultusunda genel olarak veya belirli embriyo ya da embriyolar bağlamında rıza koşulları değiştirilebilir veya rıza geri alınabilir.

Rıza verme usulü

3. — (1) Bir kişinin bu tarife altındaki rızayı vermesinden önce —

(a) amaçlanan adımların atılması hakkında uygun tavsiyeyi alması için uygun fırsat verilmeli ve

(b) kişi gerektiği kadarıyla konu ile ilgili bilgi ile donatılmalıdır.

(2) Bir kişi bu tarife altındaki rızayı vermeden önce, aşağıdaki 4. paragraf uyarınca bilgilendirilmelidir.

Rızanın değiştirilmesi ve geri alınması

4. — (1) Rıza ile ilgili olan, embriyo ve gametleri koruyan kişiye rıza veren kişi tarafından bildirilmek suretiyle, bu tarife altındaki herhangi bir rızanın koşulları her zaman değiştirilebilir ve rıza geri alınabilir.

(2) Aşağıdaki amaçlar için embriyo kullanılmışsa, embriyonun kullanımına yönelik herhangi bir rızanın koşulları değiştirilemez ve geri alınamaz:

(a) tedavi hizmetleri sağlamak amacıyla veya

(b) herhangi bir araştırma projesi amacıyla

Başkalarının tedavisi için gametlerin kullanımı

5. — (1) Bir kişinin gametleri bu kişi tarafından verilmiş bu yönde kullanmaya dair etkili bir rıza olmadıkça ve rızanın koşullarına uyulmadıkça tedavi hizmetlerinin amaçları için kullanılamaz.

(2) Bir kişinin gametleri bu kişi tarafından verilmiş bu yönde kullanmaya dair etkili bir rıza olmadıkça bu amaçlarla kullanmak için alınamaz.

(3) Bu paragraf tedavi hizmeti almakta olan kişinin amacı veya bu kişi ile başkasının birlikte amaçları için bu kişinin gametlerinin kullanımını hakkında uygulanmaz.

Tüpte döllenme ve embriyoların sonraki kullanımı

6. — (1) Yukarıdaki 2 (1). paragrafta anılan bir veya daha fazla amaçla, bu gametlerin kullanılması ile, kullanımına olanak veren embriyoların yaratılması için kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça, bu kişinin gametleri *tüpte* herhangi bir embriyo yaratmak için kullanılamaz.

(2) Yukarıdaki 2 (1). paragrafta anılan bir veya daha fazla amaçla, gametleri embriyonun yaratılmasına olanak vermek için kullanılan

her bir kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça *tüpte* yaratılan embriyo alınamaz.

(3) Embriyonun amacı için veya bu rızalar doğrultusunda kullanılan embriyo için, gametleri embriyonun yaratılmasına olanak vermek için kullanılan her bir kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça *tüpte* yaratılan embriyo herhangi bir amaçla kullanılamaz.

(4) Bu paragraf tarafından aranan herhangi bir rıza, yukarıdaki 5. paragraf tarafından aranan herhangi bir rızaya ek niteliğindedir.

Lavaj vs. ile elde edilen embriyo

...

Gametlerin ve embriyonun saklanması

8. — (1) Bir kişinin gametleri, kendilerinininkini saklamak için bu kişi tarafından verilmiş bir etkili rıza olmadıkça ve rıza doğrultusunda saklanmadıkça, stokta tutulamaz.

(2) Gametleri embriyonun yaratılmasına olanak vermek için kullanılan her bir kişi tarafından verilmiş, embriyonun saklanması yönünde, bir etkili rıza olmadıkça ve rıza doğrultusunda saklanmadıkça, *tüpte* yaratılan embriyo stokta tutulamaz.

(3) Bir kadından alınan embriyo, kadın tarafından verilmiş, saklanması yönünde, bir etkili rıza olmadıkça ve rıza doğrultusunda saklanmadıkça, stokta tutulamaz.

38. 3. tarifenin sonucu oluşan materyal Lord Yargıçlar Thorpe ve Sedley'in hükmünde, aşağıdaki gibi özetlenmiştir:

“(i) Onların gametlerinden oluşturulan embriyonun saklanması ve/veya kullanımı düşüncesine ilk önce danışmanlık servisi teklif ediliş olmalı; (ii) özellikle, değiştirilebilen veya geri alınabilen embriyoyu saklama ve kullanma yönündeki rızadaki koşullar hakkında kişilerin bilgilendirilmeleri gerekir; (iii) embriyonun kullanımına yönelik verilen rıza, embriyonun rıza veren kişi için mi, bu kişi ile birlikte başkası için mi, yoksa rıza veren kişinin dâhil olmadığı kişiler için mi kullanılması gerekip gerekmediğini belirtmelidir; (iv) embriyo yalnızca, saklanmaları yönünde gamet sağlayıcılarının ikisinin de rızası ile yalnızca kurallar doğrultusunda saklanabilir; (v) embriyo yalnızca, kullanılmalarına yönelik gamet sağlayıcılarının ikisinin de rızası ile ve rıza doğrultusunda kullanılabilir; (vi) bir kez tedavi hizmetleri sağlamak için kullanılan embriyoyu kullanma rızası değiştirilemez ya da geri alınamaz.”

B. Avrupa Konseyi'ndeki ve Bazı Diğer Ülkelerdeki Durum**1. Avrupa Konseyi Üye Devletleri**

39. "39 Ülkedeki Çözüme Dair Tıbbî Destekli Dölleme ve İnsan Embriyosunun Korunması Çalışması"nı (Avrupa Konseyi, 1998) ve Avrupa Konseyi Biyoetik İdari Kurul'a üye devletlerin "Tıbbî Destekli Döllemeye Erişiminin Sorgulanması" (Avrupa Konseyi, 2005) bünyesinde toparlanan yanıtlarını içeren, mahkeme için elverişli materyalin temeli üzerinde, görünen o ki IVF tedavisi; Avusturya, Azerbaycan, Bulgaristan, Hırvatistan, Danimarka, Estonya, Fransa, Gürcistan, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda, İtalya, Letonya, Hollanda, Norveç, Rusya Federasyonu, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, Ukrayna ve Birleşik Krallık'ta birincil ya da ikincil yasama düzenlemeleri ile yürütülmektedir; Belçika, Çek Cumhuriyeti, Finlandiya, İrlanda, Malta, Litvanya, Polonya, Sırbistan ve Slovakya'da ise bu tür bir tedavi; klinik uygulaması, profesyonel rehberlik, krallık ya da idare tebliği veya genel ilkeler aracılığıyla yürütülmektedir.

40. Bir tedavi döngüsünde üçten fazla embriyonun yaratılamayacağını ve ilke olarak bu embriyoların bir arada derhal yerleştirilmesi gerektiğini öngören Almanya ve İsviçre'deki durum ile; yalnızca istisnâ ve olağanüstü tıbbî nedenlerin varlığı halinde embriyoların dondurulmasına izin veren İtalya'daki durum hariç olmak üzere; IVF tedavisini birincil ya da ikincil yasama düzenlemeleri ile kabul eden yukarıdaki devletlerin hepsinde embriyoların, çeşitli süre sınırları dahilinde saklanmasına izin verildiği görülmektedir.

41. Danimarka, Fransa, Yunanistan, Hollanda ve İsviçre'de embriyonun bir kadına yerleştirilme anına kadar her iki tarafın da kendi rızasını özgürce geri alma hakkı, birincil yasama tarafından tanınmıştır. Hukuk ya da uygulama bakımından ise, Belçika, Finlandiya ve İzlanda içerisinde de benzer bir biçimde, her gamet sağlayıcısının, yerleştirme aşamasından önce rızasını geri alma özgürlüğü bulunmaktadır.

42. Ayrıca bazı devletler de rıza sorununu farklı bir biçimde düzenlemişlerdir. Macaristan'da örneğin aksine önceden yazılmış bir anlaşmanın yokluğu durumunda, eşinin ölümüne veya çiftin boşanmasına bakılmaksızın, kadın tedaviyi gerçekleştirmeye ehildir. Estonya ve Avusturya'da erkeğin rızası, ilerleyip ilerlemeyeceğine ve ne zaman ilerleyeceğine tek başına karar verenin kadın olduğu durumlar dışında, dölleme anına kadar geri alınabilir. İspanya'da rızayı geri alma hakkı erkeğe, yalnızca erkeğin kadınla evli olduğu ve birlikte yaşadığı

durumda tanınır. İtalya ve Almanya'da genel olarak hiçbir taraf, yumurtalar döllendikten sonra kendi rızasını geri alamaz. İzlanda'da en fazla saklama süresi sona ermeden önce gamet sağlayıcılarının ayrılması ya da boşanması durumunda embriyolar yok edilmelidir.

2. Amerika Birleşik Devletleri

43. Ek olarak, taraflar mahkemeye, İsrail ve ABD içtihatlarını sunmuşlardır. Tıbbi destekli üreme alanı, Birleşik Devletler'de federal düzeyde düzenlenmemiştir ve birçok devletin tek tarafça rızanın sonradan geri alınması ile ilgili kanunları getirmesinden sonra, taraflar arasındaki uyuşmazlığın nasıl çözümleneceğini belirlemek mahkemelere bırakılmıştır. Bundan dolayı, eyalet yüce mahkemelerince verilmiş IVF bünyesinde yaratılan embriyoların tasarrufu hakkında biz dizi hüküm bulunmaktadır.

44. Tennessee Yüce Mahkemesi *Davis / Davis* davasında, (842 S.W.2d 588, 597; Tenn. 1992), şunları belirtmiştir:

“...tüp bebekte üretilen pre-embriyolar üzerindeki tasarruf hakkını içeren uyuşmazlıklar, gen sahiplerinin tercihlerine bakarak çözümlenir. Eğer kendi istekleri kesinleşemiyorsa ya da ortada bir uyuşmazlık varsa, o zaman tasarrufla ilgili önceki anlaşmaları icra edilir. Eğer önceden yapılmış bir anlaşma yoksa o zaman ilgili tarafların pre-embriyoları kullanıp kullanmama konusundaki menfaatleri ağırlık kazanır. Genellikle, dölemeyi durdurmak isteyen taraf, diğer tarafın söz konusu pre-embriyoların kullanımı yönteminden başka bir yöntemle makul bir ebeveyn olma olasılığına sahip olduğunu varsayarak, üstün gelecektir. Eğer başka bir makul seçenek yoksa bu durumda, gebeliği başarmak için pre-embriyoları kullanma lehine olan anlaşma değerlendirilir. Ancak pre-embriyoların kontrolünü isteyen taraf, bunları başka bir çiftle paylaşmaya niyetliyse, itiraz eden taraf daha büyük bir menfaate sahiptir ve itirazı üstün gelir.

Fakat işbu kural, kendiliğinden bir veto hakkı doğurmaya yönelik değildir.”

45. *Kass/ Kass* davasında, (98 N.Y. Int. 0049), “dondurulmuş pre-zigotlarımızın tasarrufu hakkında karar veremeyecek... durumda olursak”, embriyolar, araştırma amaçlı kullanılabilir diye şart koşan anlaşma, çift ile klinik arasında imzalanmıştır. Çift ayrıldığında Bayan Kass anlaşmayı bozmak ve yerleştirmeyi başlatmak istemiştir. Bayan Kass'ın ilk derece mahkemesinde (eğer IVF alanında son sözü varsa, kadının böyle bir üreme üzerindeki kendine özgü kontrol hakkı olması gerektiği sonu-

cuna varan mahkeme) haklı bulunmasına rağmen, New York Temyiz Mahkemesi var olan anlaşmanın yeterince açık olduğuna ve anlaşmaya saygı gösterileceğine karar vermiştir.

46. *A.Z. / B.Z.* davasında, (2000, 431 Mass. 150; 725 N.E. 2d 1051), yine, ayrılma durumunda embriyoların, kocanın dava sırasındaki isteklerinin aksine, tedaviye devam etmek isteyen karısına verilmesini öngören, önceden yapılmış bir anlaşma vardı. Ancak Massachusettes Yüce Mahkemesi, düzenlemenin zorlanamayacağını, çünkü *diğerlerinin arasında*, kamu düzeni sorunu olarak “zorunlu döllenmenin, yargısal icraya tabi bir alan olmadığını” düşünmüştür. Aksine “evlilik ve özel yaşam konularında kişisel seçim özgürlüğü” üstün gelir.

47. Bu hüküm *J.B. / M.B.* davasında (2001 WL 909294) New Jersey Yüce Mahkemesi’nin onama kararı vermesi aşamasında alınmıştır. Burada kocanın, embriyoların gelecekteki eşiyile birlikte kullanmak için saklı tutulmasını istediği anda, bunların yok edilmesini isteyen bir eş vardı. Kurumsal savların kadının lehine olmasına rağmen, mahkeme, iddia edilen özel sözleşmeyi güçlendirmenin kadının haklarını ihlal edebileceğinin her halükarda belli olmadığı gerekçesiyle, bu olaya bu yolla yaklaşmayı reddetmiştir. Bunun yerine mahkeme, babanın kısır olmadığını da hesaba katarak, kadının isteklerinin gözetilmesi emirli ve kamu düzeninin ilişkin olan *A.Z.* davasındaki bakış açısını kabul etmiştir.

48. Bu dizinin sonuncusu olan *Litowitz / Litowitz* davasında, (48 P. 3d 261, 271), Histerektomi (rahim ameliyatı) geçirmeden önce de çocukları bulunan bir kadın, eski kocasının spermelerinden ve kendi bağışladığı yumurtalardan yaratılan embriyonun taşıyıcı anneye yerleştirilerek kullanılmasını istiyordu. Ancak eski kocası, embriyonun başka bir çiftte bağışlanmasını istiyordu. Bidayet mahkemesi, kocanın görüşüne ağırlık verdi fakat Washington Yüce Mahkemesi 2002 yılında, sözleşmeden doğan çözümü kabul etmeye ve beş yıldan sonra embriyoların saklanmamasını öngören çiftin klinikle yaptığı anlaşmaya saygı göstermeye oyçokluğu ile karar vermiştir.

3. İsrail

49. *Nachmani/ Nachmani* davasında (50(4) P.D. 661 (Isr)) çocuksuz İsrailli bir çift, IVF tedavisine başlamaya ve sonra kendi çocuklarını taşıması için California’daki bir taşıyıcı ile sözleşme imzalamaya karar vermiştir. Çünkü kadın cenini taşımaya elverişli değildir. Çift, taşıyıcı

ile bir anlaşma imzalamalarına karşın ayrılık durumunda, embriyoların tasarrufu hakkında IVF kliniği ile anlaşma imzalamamıştır. Kadın, alınan ve kocasının spermi ile döllen on bir yumurtaya sahiptir. Embriyo taşıyıcıya yerleştirilemeden önce çift ayrılmıştır ve başka bir kadın ile çocuk sahibi olmaya doğru ilerleyen koca, embriyoların kullanımına karşı çıkmıştır.

Bölge mahkemesi kocanın, cinsel ilişki içinde eşinin yumurtasını döleyen bir erkekten daha fazla yetkiye sahip olup anlaşmasından geri dönemeyeceğini belirterek davayı kadın lehine sonuçlandırmıştır. Yüce Mahkeme'nin beş yargılı dairesi, erkeğin ebeveyn olmaya zorlanamamasının erkeğin temel hakkı olduğunun üzerinde durarak kararı bozmuştur. Yüce Mahkeme on bir yargılı bir daire halinde, davayı yeniden ele almış ve dört oya karşılık yedi oyla kadının lehine karar vermiştir. Her bir yargıç ayrı ayrı görüşler yazmışlardır. Çoğunluktaki yargıçlar kadının menfaatlerinin, özellikle genetik ebeveyn olma seçeneklerinin azlığının, erkeğinkilere oranla daha ağır bastığını tespit etmişlerdir. Daire başkanının da içinde bulunduğu azınlıktaki yargıçların üçü, kadının kocasının rızasının her aşamada arandığını ve anlaşmanın çift ayrıldıktan sonra zorlanamayacağını bildiğini vurgulayarak, karşı görüşe varmışlardır. Dördüncü muhalif ise, ebeveynlik yükümlülüğünün erkeğe yüklenebilmesinden önce, erkeğin rızasının arandığının üzerinde durmuştur.

C. Konu ile İlgili Uluslararası Metinler

50. İnsan Haklarına ve Biyomedikal Ülkelere Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 5. maddesinde ifade edilen aşağıdaki genel kural:

"Tıbbî müdahale, ilgili kişinin izin vermesi ve rızasını bildirmesi ile icra edilebilir.

Kişiyi müdahalenin sonuç ve risklerinin yanı sıra, amaç ve doğası hakkında önceden uygun bilgi verilir.

İlgili kişi herhangi bir zamanda rızasını özgürce geri alabilir."

51. Şimdiki Biyoetiğe Dair Yönlendirici Kurul'dan (CAHBI, 1989) önce gelen, Avrupa konseyindeki uzman kurul olan, biyomedikal bilimlerdeki ilerlemeye dair *ad hoc* uzmanlar kurulu tarafından kabul edilen ilkelerin dördüncüsü şunu belirtir:

"1. Yapay dölleme teknikleri yalnızca, ulusal koşullar uyarınca, açık ve yazılı olarak, ilgili kişinin kendi iznini vermesi ve rızasını bildirmesi durumunda kullanılabilir.

52. Son olarak İnsan Haklarına ve Biyoetiğe Dair Evrensel Bildirge'nin 6. maddesi şunu sağlar:"

6. Madde: Rıza

a) Önleyici, teşhis edici ve iyileştirici herhangi bir müdahale yalnızca, yeterli bilgi temeli üzerinde, ilgili kişinin önceden izni ve bildirilen rızası ile icra edilebilir.

Rıza, uygun olduğu durumda, ifade edilir ve dezavantaja veya önyargıya tabi olmaksızın ilgili kişi tarafından herhangi bir nedenle herhangi bir zaman geri alınabilir.

HUKUK

I. SÖZLEŞMENİN 2. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

53. Başvuran, asıl başvurusunda ve daire huzurundaki gözlemlerinde, bir kere J'nin saklamaya devam yönündeki rızasını geri almasından sonra, embriyoların yok edilmesini gerektiren İngiliz hukuku hükümlerinin, aşağıdaki gibi yazılan sözleşmenin 2. maddesine aykırı olarak, embriyonun yaşam hakkını ihlal ettiğinden yakındı.

"1. Herkesin yaşam hakkı, hukukça korunur..."

54. Ancak daire, *Vo/ Fransa* davasında [BD], no. 53924/00, § 82, *AİHM* 2004-VIII büyük dairenin yaşam başlangıcının yasal ve bilimsel tanımı üzerinde Avrupa'nın ortak görüşünün yokluğundan dolayı yaşam hakkının ne zaman başladığı sorunsalının, mahkemenin genellikle, devletlerin bu alanı kendilerinin kullanmaları gerektiğini düşündüğü takdir sınırı içerisinde olduğunun üzerinde durmuştur. Başvuranın mevcut davasında yerel mahkemeler tarafından açıklandığı gibi İngiliz hukukunda, embriyo, bağımsız hak ve menfaatlere sahip değildir ve 2. madde hükmündeki yaşam hakkını talep edemez-veya embriyo kendi adına talep etmemiştir.

55. Büyük daire, başvuranın yazılı ve sözlü sunumlarında 2. madde kapsamındaki şikâyetlerini takip etmediğini tespit etmiştir. Ancak, büyük daireye gönderilen davalar, başvurunun önceden daire tarafından incelenen tüm yönlerini kapsadığından ötürü (*K. and T./Finlandiya* [BD], no. 25702/94, § 140, *AİHM* 2001-VII), meseleyi 2. madde uyarınca ele almak gerekir.

56. Büyük daire, daire tarafından verilen nedenlere dayanarak, başvuran ve J tarafından yaratılan embriyonun 2. madde bağlamında bir

yaşam hakkına sahip olmadığını ve dolayısıyla, mevcut davada bu hüküm ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

II. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

57. Başvuran, kendi yumurtalarının J'nin spermiyle döllenmesinin ardından J'nin rızasını geri almasına izin veren 1990 kanununun 3. tarifesinin hükümlerinin, aşağıda yazılı sözleşmenin 8. maddesinin hükmündeki özel ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini öne sürmüştür:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir."

A. Daire Hükümü

58. Dairenin 7 Mart 2006 tarihli hükmünde özetle, daire, "özel yaşam" kavramının aile olmaya dair ve olmamaya dair kararların ikisine de saygı gösterilmesi hakkını içermesi nedeniyle, 8. maddenin uygulanabilir olduğunu düşünmüştür. 8. madde uyarınca ortaya çıkan soru "gamet sağlayıcı erkek olan başvuranın eski eşi tarafından rızanın geri alınmasına bakılmaksızın; genetik ilişkili çocuk doğurmak gibi belirli bir amaçla IVF tedavisine başlayan bir kadına, yerleştirme işlemi için izin vermenin, devlet için olumlu yükümlülük sayılıp sayılmayacağı"dır.

59. IVF tedavisine dair düzenlemelerde uluslararası ya da Avrupa zemininde bir görüş birliği olmadığından, bu tür bir tedavi sonucu yaratılan embriyoların kullanımından ya da genetik malzemenin IVF tedavisinin bir parçası olarak sağlandığı andaki kullanım rızasından geri dönülebilir ve IVF tedavisinin hızla ilerleyen tıbbi ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı, hassas olan ahlaki ve etik sorunlar doğduğundan, davacı devlete tanınan takdir sınırı geniş olmalıdır.

60. 1990 kanunu, insan üremesi ve embriyoloji alanındaki gelişmelerin toplumsal, etik ve yasal sonuçları hakkında, çok sık rastlanmayan ayrıntılı bir incelemenin ürünüdür. Kanunun güttüğü politika, tedaviye başlama anından, yerleştirme anına dek, rızanın devamlılığını

aramaktır. Arzu edildiği gibi olağan biçimde tavsiye almak ve değerlendirmek için yeterince zaman olmaksızın yumurtaların döllenmesi hakkında başvuranın ve J'nin karar almasını gerektiren başvuranın sağlık koşullarının baskısı altında, bu kişilere, embriyonun başvuran rahmine yerleştirilmesinden önce, rızalarını geri alma konusunda açıklama yapıldığına dair bir uyumsuzluk yoktur. *Pretty/ Birleşik Krallık*, no. 2346/02, *AIHM* 2002-III ve *Odièvre/ Fransa*, no. 42326/98, *AIHM* 2003-III davalarına göre, yasama organının kararı, hassas zeminde bulunan hukuktaki kamu güvenini koruyan ve iki tarafa da yasak kesinlik kazandıran açık veya "belirgin sınırlı" kural⁴ getirmek amacıyla güçlü politik değerlendirmelere dayanır. Bu nedenle ulusal mahkemelerde olduğu gibi, daire de, başvuranın davasındaki istisnâ koşullara rağmen, genetik ebeveynin rızasını geri almasını önleyen bir gücün yokluğunun, 8. maddenin gerektirdiği adil dengeyi devirdiğine dair ya da devlete tanınan geniş takdir sınırının aşıldığına dair bir bulgu elde edememiştir.

B. Tarafların Sunumları

1. Başvuran

61. Başvuran, üretici tıbbın kullanımını belirleyen düzenleyici bir şablona gerek olduğunu kabul etmiştir fakat her iki gamet sağlayıcısına da embriyoların kullanımını veto etme hakkı veren yasal hükmün hiçbir istisna tanımamasının ne gerekli ne de orantılı olduğunu ileri sürmüştür.

62. IVF tedavisindeki kadının rolü, sperm bağışlayıp tedavi sürecinde başkaca fiziksel etkinliği olmayan erkeğe göre, daha geniş ve duygusal açıdan daha ağırdır. Gamet sağlayıcı kadın ise, toplanan yumurta sayısını arttırmak amacıyla bazen sancılı tıbbî müdahalelere maruz kaldıktan sonra, zaten sınırlı olan yumurtalarını bağışlamaktadır. Başvuranın tıbbî geçmişine sahip bir kadının somut olayında, kadın kendi gametlerini kullanarak bir daha çocuk yaratacak bir fırsata katılamaz. Kadının tedaviye yönelik duygusal ve fiziksel yatırımı, erkeğine göre daha baskındır ve 8. maddeden doğan haklarda iyileştirmeyi hak eder. Bunun yerine 1990 kanununun uygulamasına göre, başvuranın çocuk yaratmaya saygı hakkı ve özgürlüğü, J'nin kaprislerine bağlı kaldı. J, tedavide ilerlemek için başvuranı ikna etmek amacıyla gerekli

⁴ "Belirgin sınırlı" kural ("Bright line" rule): İstisna içermeyen, açık ve kesin nitelikli kural. [ÇN]

olan teminatları vererek, başvuran ile birlikte embriyo yaratma projesine girmeye uygun olduğunu gösterdi ve bundan sonra, müdahil olmaya dair asıl kararının sorumluluğunu üstlenmeden ve terk etme davranışı hakkında bir açıklama getirme yükümlülüğü altına girmeden, istediği zaman projeyi terk etti.

63. 1990 kanunu içerisinde yer alan rızaya ilişkin kuralların darbesi sonucu, kimliği belli olan ya da olmayan sperm bağışçısının spermi ile yaratılan embriyonun kullanımına yönelik rızayı sperm bağışçısının bir kapris uğruna geri almasının mümkün olmasından dolayı, başvuranın konumundaki herhangi bir kadın için gelecekte çocuk sahibi olma umudunu korumasının hiçbir yolu kalmamıştır. Üretici tıbbın amacı, kısır olanlar için başka bir olası çözüm sunmaktır. Özel durumlarda istisna tanınmadıysa bu amaç engellenmiştir.

64. Bireylerin 8. maddeden doğan haklarını korumak için makul ve uygun tedbirler almaya yönelik olumlu yükümlülük ya da adli tamine yönelik bir müdahale bakımından devletin rolünün çözümlenip çözümlenmediği konusunda, içtihatların çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurmak zorunda olduğu açıktı. Farklı muamele gerektiren istisnai durumların doğabileceğini öngöremeyen yasamaya ihtiyaç yoktu. Bu ihtilaf, devlet ve birey arasında olan bir ihtilaftan daha çok, öncelikle iki özel kişinin şahsî hakları arasındadır ve bireyler arasındaki ihtilafı belirlemenin uygun yolu, şahsî konumlar hakkında mahkemeden yargısal değerlendirme talep etmektir. Mevcut davada, klinik başvurunu tedavi etmeye gönüllü ve hazır idi ve bu doğrultuda kliniğe izin verilmeliydi. Daire, başvuranın iddia ettiği yükümlülüğü abartmıştır: başvuran, kendi tedavisine devamının temin edilmesinin devlet tarafından yerine getirilmesi gereken bir görev olarak talep edecek kadar ileri gitmemiştir.

65. *Nachmani* davasındaki (bkz. yukarıda 48. paragraf) ve Amerika Birleşik Devletleri içtihatlarındaki (yukarıda, 42– 47. paragraflar) adil yaklaşım başvuranın savları için destek sağlamıştır. *Nachmani* başvuranın konumuna en yakın davadır ancak, başvuran kendi embriyolarını, bir taşıyıcı anneye değil, kendi rahmine yerleştirmek istediğinden dolayı, başvuranın davası daha güçlüdür. Birleşik devletlerde verilen tüm kararların her biride embriyolara ilişkin hak ve/veya çıkarların dengesinin kurulduğuna dair bir test uygulanabilir, ya da en azından bu durum tanınabilir. Ayrıca bu davaların yalnızca birisi, kamu politikası ve özel haklar arasındaki ihtilafa dayalı olarak sonuca bağlanmıştır

ve içtihat hukuku böylece başvuranın bu konuda kamu çıkarının bulunmadığına yönelik savlarını desteklemiştir. Avrupa Konseyi'ndeki duruma gelirsek başvuran, erkeğin kendi rızasını yerleştirme işleminden önce mi yoksa dölleme işleminden önce mi herhangi bir zamanda alabileceği konusunda Avrupa'da görüş birliğinin olmadığını kabul etmesine rağmen; dairenin taraflara uygulanamayan materyallere dayandığı başvuran tarafından ileri sürülmüştür. Ancak başvuran, mevcut uyumsuzluk ile aynı olgulara sahip bir davayı herhangi bir Avrupa Konseyi Devleti'nin nasıl sonuçlandıracağı konusunda mahkemeyi elinde hangi kanıtın bulunduğunu değerlendirmeye davet etmiştir. Daire hükmünde rızanın yerleştirme anına dek geri alınmasına izin veren dört devlet içinde bile, işbu kurallar ne kadar *"belirgin sınırlı"*dır?

66. Yasal olarak saklama dönemi için öngörülen en fazla saklama süresinin, davanın büyük daire önüne gelmesinden önce dolmuş olması nedeniyle, J'nin kliniğe embriyoların saklama kısmından taşınmasına yönelik bildiriminden dolayı, başvuranın kendisinin artık daha fazla mağdur olamayacağını kabul etmesine rağmen; tek gamet sağlayıcısına böyle bir güç vermenin ne gerekli ne de orantılı olduğunu ileri sürmüştür. İnsan Embriyoları özeldi: 1990 kanunu felsefesinin temelini oluşturuyordu. Kanun, ikili tarafından yaratılan embriyonun, ikiliden yalnızca birinin kaprisi uğruna yok edilmesine izin verdikten sonra, bir ev hayvanı dahi hukuk uyarınca daha çok korunur oldu.

1. Hükümet

67. Hükümet, J'nin gametlerin kullanımı için verdiği rızaya ya da başvuranın, J'nin bu rızasını tutmasını beklediğine atıfta bulunan dairenin hata yapmış olduğunu ileri sürdü. Aslında, başvuranın almak istediği bir tedaviye J hiçbir zaman rıza göstermedi ve J'nin rızası her zaman başvuran ile birlikte tedavi olma şartı ile sınırlıydı; başka bir deyişle, rıza, onların ilişkilerinin devam etmesine dayalıydı. İlişki sona erdiğinde ve başvuran tedaviye tek başına devam etmek istediğinde, J'nin gösterdiği rıza yeni durum ile uyuşmadı.

68. Hükümet, embriyo yerleştirildikten sonra kadının tek başına hamileliği hakkında karar alma hakkı; tıbbi müdahaleye yönelik bilinçli ve özgürce rıza gösterme önceliği; IVF tedavisi sonucu doğabilecek herhangi bir çocuğun çıkarları; tedavi boyunca taraflar arasındaki eşitlik; IVF ve ilgili tekniklerin kullanımının ve etkililiğinin yükseltilmesi ve taraflar arasındaki ilişkinin açıklığı ve kesinliği gibi kendi araların-

da ilişkili birçok politikanın ve çıkarın ilerlemesine hizmet eden 1990 kanunundan hoşnuttur.

69. Demokratik bir toplumda bu sorunlar hakkındaki görüşlerin makul olarak büyük farklılıklara sahip olabildiği, IVF tedavisinin alevlendirdiği, ahlakî ve etik sorunların karmaşık olduğu bu alandaki geniş takdir sınırlarını devlet kullanmaya ehildi. Bir sperm bağışçısının kendi genetik malzemelerinin kullanımını engellemek ve rızasını geri almak için etkili biçimde yetkili olması gerektiği konusunda Avrupa'da ve uluslararası alanda görüş birliği yoktur. Ayrıca, birbirlerinin özel yaşamlarına saygı göstermekle yükümlü iki kişinin sözleşmeden doğan çekişmeli çıkarları arasında bir denge sağlamak için ulusal yetkililerin sorumlu olması nedeniyle, geniş bir sınır uygulanmalıdır.

70. Taraflara rızalarını embriyonun yerleştirilmesi anına dek geri alma hakkı tanıyan hukukun herhangi bir istisnaya izin vermediği ("*belirgin sınırlı*" kural) olgusu, bu hukuku orantısız hale getirmez. Eğer istisnaya izin verilseydi, parlamentonun meşru olarak ulaşmaya çalıştığı, yerleştirmeye yönelik çift taraflı rızayı temin ilkesine ulaşılmazdı. Keyfilik ve karmaşa doğardı ve mevcut davada yerel makamlardan bireylerin uzlaştırılmaz ilkelerini dengelemeleri istenirdi.

C. Mahkeme'nin Yorumu

1. 8. madde kapsamındaki sorunda hakların niteliği

71. 8. maddenin uygulanabilir olduğu ve davanın başvuranın özel yaşamına saygı hakkı ile ilgili olduğu konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Büyük daire tıpkı daire gibi, "*özel yaşam*"ın *diğerlerinin arasında*, dış dünyayla ve diğer insanlarla ilişkileri kurma ve geliştirme hakkı ile şahsî irade ve kişisel gelişim hakkını içeren kişinin fiziksel ve toplumsal kimliğinin yansımaları (bkz. yukarıda anılan *Pretty* § 61), ebeveyn olma veya olmama kararlarının ikisine de saygı hakkının birleşimini etrafıca saran, geniş bir kavram olduğuna katılmıştır.

72. Başvuranın, toplumsal, yasal ya da fiziksel manada anne olmasının engellendiğinden şikâyetçi olmadığına dikkat çekmek gerekir, çünkü iç hukukta ya da uygulamada kendisini bir çocuğu evlat edinmekten ve hatta bağışlanan gametlerle *tüpte* yaratılan bir çocuğu doğurmaktan bile alıkoyan bir kural yoktur. Başvuranın şikâyeti, tam anlamıyla, 1990 kanununun rızaya ilişkin hükümlerinin, J'nin ile birlikte yarattıkları embriyoyu kullanmasını engellemesi ve bu yüzden,

başvuranın özel koşullarına bakılırsa bir daha kendisi ile genetik bağı olan bir çocuğa sahip olmaması ile ilgilidir. Büyük daire, genetik mada ebeveyn olmaya ilişkin hak ile ilgili ve daha sınırlı olan bu sorunun da, 8. madde kapsamına dâhil olduğunu düşünmüştür.

73. Mevcut davanın odağında yer alan ikilem, iki özel kişinin –başvuran ve J– 8. maddeden doğan hakları arasındaki ihtilafı karşımıza çıkarmaktadır. Ayrıca, eğer başvuranın embriyoyu kullanmasına izin verilirse J baba olmaya tam anlamıyla zorlanmış olacak; öte yandan J’nin rızasını geri alma kararı üstün tutulursa başvuran genetik ebeveyn olma fırsatından mahrum bırakılacak; bu nedenle her bir tarafın çıkarları tamamen birbiri ile uzlaşmaz niteliktedir. Bu davadaki zor koşullar içerisinde, ulusal makamların kabul edebileceği çözüm, her ne olursa olsun IVF tedavisinin taraflarından ya birini ya da ötekini hayal kırıklığına uğratacaktır (karşılaştırınız, yukarıda anılan *Odièvre*, § 44).

74. Buna ek olarak, tıpkı daire gibi büyük daire de; davadaki ihtilafın yalnızca bireyler arasında sınırlı olmadığına; söz konusu yasamanın, rızanın üstünlüğü, yasal açıklığın ve kesinliğin yükseltilmesi gibi birçok kamu çıkarına hizmet ettiğine yönelik hükümet savını kabul etmiştir. 8. madde kapsamında bu değerlendirmelere ağırlık vermenin devlet için mümkün olup olmadığı aşağıda incelenmektedir.

2. Davanın olumlu yükümlülüğü ya da bir müdahaleyi gerektirip gerektirmediği

75. Her ne kadar 8. madde özünde, kamu makamlarının keyfi müdahalelerinden bireyleri koruyor olsa da, devletten yalnızca bu müdahalelerden kaçınmasını istemez: öncelikli olan bu olumsuz yükümlülüğe ek olarak, özel yaşamın özüne dair etkili bir olumlu yükümlülük olabilir. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkilerin alanında bile, özel yaşama saygıyı korumak için tasarlanmış tedbirlerin kabul edilmesini gerektirebilir. 8. madde uyarınca devletin olumlu ve olumsuz yükümlülükleri arasındaki sınırlar, tam anlamıyla tanımlanmaya müsait değildir. Bununla birlikte uygulanabilir ilkeler birbirinin benzeridir. Ayrıca her iki yükümlülük de çekişmeli çıkarlar arasında kurulması gereken bir denge içerisinde bulunmalıdır; her iki bağlamda da devlet belirli bir takdir sınırı kullanır (yukarıda anılan *Odièvre*, § 40).

76. Yerel işlemlerde, taraflar ve yargıçlar başvuranın özel yaşamına saygı hakkına karşı devlet tarafından müdahale edilmiş edasıyla so-

runa yaklaşmışlardır, çünkü J rıza göstermediğini kliniğe bildirdikten sonra kliniğin başvuranı tedavi etmesini, 1990 kanununun ilgili hükümleri engellemiştir. Ancak tıpkı daire gibi büyük daire de, davanın olumlu yükümlülüklerle ilişkin bir dava gibi çözümlenmesinin; yukarıda anılan *Odièvre* davasında olduğu gibi asıl sorunun da, mevcut davada uygulandığı kadarıyla yasama hükümlerinin çekişen kamusal ve özel çıkarların arasında adil bir dengeyi kurup kurmadığı bakımından çözümlenmesinin daha uygun olacağını düşünmüştür. Bu bağlamda büyük daire, birlikte yaratılan embriyonun başvuran tarafından tek başına kullanılmasına J'nin rıza göstermemiş olduğuna ve J'nin rızasının başvuran ile birlikte tedavi olma şartına bağlı olduğuna dair yerel mahkemelerin tespitini kabul etmiştir (bkz. yukarıda 24. paragraf). Mahkeme, hükümetin savı olarak (yukarıda 67. paragraf), bu koşullarda embriyonun yerleştirilmesine yönelik J'nin rızasını "geri çekmediğini" daha ziyade buna rıza göstermeyi "reddettiğini" belirlemenin sözleşme bakımından önemli olmadığını tespit etmiştir.

3. Takdir Sınırı

77. 8. madde kapsamında herhangi bir devlet tarafından kullanılmak üzere takdir sınırının genişliğini belirlerken birkaç unsur göz önünde bulundurmak gerekir. Bireylerin varlığının ya da kimliğinin hassaten önemli yönü söz konusu ise, devlete tanınan sınır dar olacaktır (bkz. Örn. *X.ve Y./ Hollanda*, 26 Mart 1985 tarihli hüküm, Seri A no. 91, §§ 24 ve 27; *Dudgeon/ Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981 tarihli hüküm, Seri A no. 45; *Christine Goodwin/ Birleşik Krallık* [BD], no. 28957/95, § 90, *AİHM* 2002-VI; karşılaştırınız. Yukarıda anılan *Pretty*, § 71). Ancak, söz konusu çıkarın göreceli önemi ve bu çıkarı korumak için en iyi yol bakımından Avrupa Konseyi Üye Devletleri içinde bir görüş birliğinin bulunmadığı durumda, özellikle de olayın ahlakî ve etik sorunları doğurduğu durumda, sınır daha geniş olacaktır (*X., Y. ve Z. v. Birleşik Krallık*, 22 Nisan 1997 tarihli hüküm, *Hükümler ve Kararlar Raporu* 1997-II, § 44; *Frette/ Fransa*, no. 36515/97, § 41, *AİHM* 2002-I; yukarıda anılan *Christine Goodwin*, § 85; ayrıca bkz. *mutatis mutandis*, *Vo*, yukarıda anıldı, § 82). Devletin kamusal ve özel çıkarlar ya da sözleşmesel haklar arasında denge kurması gerekiyorsa, sınır yine geniş tutulacaktır (bkz. *Odièvre*, §§ 44-49 ve *Frette* § 42).

78. Mevcut davanın ortaya çıkardığı sorun şüphesiz ki ahlakî ve etik olarak hassas nitelikte ve bu bağlamda mahkeme, *Quintavalle* da-

vasındaki Lord Bingham'ın sözlerini anımsatır (bkz. yukarıdaki 34. paragraf).

79. Bununla birlikte mahkeme, karşılaştırmalı hukuk verilerine dikkatle eğilme konusunda başvuranın sunumunu özenle incelerken, bu alandaki Avrupa yaklaşımında bir birliğin bulunmadığı konusunun en azından net olduğunu ve aksi halde başvuranın da bunu ileri sürmeyeceğini tespit etmiştir. Bazı devletler IVF tedavisinin kullanımını denetlemek için birincil veya ikincil yasama düzenlemeleri getirirken, diğerleri ise bu meseleyi tıbbî uygulamaya ve rehberliğe bırakmışlardır. Birleşik Krallık, embriyoların saklanması için izin vermek ve gamet sağlayıcılarına özgürce ve etkili biçimde kendi rızalarını yerleştirme anına dek geri alma yetkisi tanımak konusunda yalnız olmadığı halde; Avrupa'daki bazı yerlerde farklı kurallar ve uygulamalar kabul edilmiştir. Gamet sağlayıcılarının rızalarının birbiri ile uyumsuz olduğu durumlarda, IVF tedavisindeki saklama işlemine yönelik herhangi bir görüş birliğinin bulunmadığı söylenemez (bkz. yukarıda, 39-42. paragraflar).

80. Başvuran, IVF işlemi sırasındaki büyük fiziksel ve duygusal yıpratışının ve sonraki kısırlığının gereği olarak; 8. madde kapsamında ki başvuranın haklarının J'ninkilere oranla daha üstün geldiğini ileri sürdüğü halde, mahkemeye göre, bu konuda da herhangi bir görüş birliğinin varlığına rastlanmamıştır. Temyiz Mahkemesi, J'nin başvuranın çocuğuna baba olmaya zorlanmasının etkisi ile başvuranın genetik-ilişkili çocuklara sahip olma şansının elinden alınmasının etkisini karşılaştırmanın zorluğuna değinmiştir (bkz. yukarıda 25- 26. paragraflar); ve bu zorluk, *Nachmani* davasına bakan İsrail Yüce Mahkemesi Heyeti'nin iki üyesi ve Birleşik Devletler içtihatları tarafından ifade edildiği üzere birçok görüşe de yansımıştır (bkz. yukarıda, 43- 49. paragraflar).

81. Sonuç olarak bu yüzden; IVF tedavisinin kullanımının, hızlı ilerleyen tıbbî ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı hassas olan ahlakî ve etik sorunlar doğurduğu ve olayın ortaya çıkardığı sorunların, Üye Devletlerarasındaki açık olmayan bir zemine temas ettiği nedenlerine dayanarak; mahkeme, davacı devlete tanınan takdir sınırının geniş olması gerektiğini düşünmüştür (bkz. yukarıda anılan X, Y ve Z, § 44).

82. Tıpkı daire gibi büyük daire de, IVF tedavisinin kullanımını yürütmek için yasal düzenleme getirip getirmeme yönündeki devlet kararının ve eğer müdahale edilmişse, çekişmeli olan kamusal ve özel

çıkarların arasında bir denge kurmak amacı taşıyan ayrıntılı kurallar koyma kararının ikisinin de, ilke olarak, takdir sınırı içerisinde olması gerektiğini düşünmüştür.

4. 8. Maddeye uygunluk

83. Davanın özel koşulları içerisinde, taraflarca ortaklaşa yaratılan embriyonun başvuranın rahmine yerleştirilmesine yönelik J'nin rızasını geri almasına mı, yoksa elinde tutmasına mı izin veren bir hukukî uygulamanın, çekişmeli çıkarlar arasında adil dengeyi kuracağını belirlemek, mahkeme için artakalan konudur.

84. İnsan embriyosunu dondurarak saklama konusundaki şu anki teknik imkânlar, IVF ve cinsel ilişki sonucu döllenme arasındaki asıl farkı; yani embriyonun yaratılması ile rahme yerleştirilmesi arasında müdahale edebilmek için uzunca olabilen bir zaman aralığına izin veren bir olanağı doğurmuştur. Mahkeme, gecikmeli de olsa yasal düzenleme getirmenin devlet için meşru -ve kesinlikle arzu edilebilir- olduğunu kanaatindedir. Birleşik Krallık'ta 1990 kanunu ile kabul edilen çözüm, embriyoların en fazla beş yıllık süre ile saklanmasına izin vermektedir. 1996 yılında ikincil yasama tarafından bu dönem, gamet sağlayıcılarından birinin ya da muhtemel annenin erkenden kısır olması ya da olma tehlikesi halinde on yıl ya da daha fazla bir süreliğine uzatıldı; ancak tedavi gören kadın 55 yaşına vardıktan sonra saklama işlemine devam edilmeyecekti (bkz. yukarıda 36. paragraf).

85. Bu hükümler; *diğerlerinin arasında* hangi embriyonun ne tür bir tedavide kullanılacağını (1990 kanunun 3. tarafesinin 2(1). paragrafı), en uzun saklama dönemini, gamet sağlayıcıların ölümü ya da ehliyet-sizliği durumunda ne yapılması gerektiğini belirleyen (1990 kanunun 3. tarafesinin 2(2). paragrafı); her bir gamet sağlayıcısının yazılı rızasını almak sorumluluğunu tedavi sunan kliniğe yükleyen bir koşul tarafından bütünleştirilmiştir. Ayrıca 3. tarafenin 4. paragrafı şunu öngörür: *"bu tarife uyarınca gösterilen rızanın koşulları zamanla değiştirilebilir ve gamet veya embriyoyu muhafaza eden kişiye durumu bildirmek suretiyle, rıza geri alınabilir"* ta ki embriyonun *"kullanımı"* (embriyonun rahme yerleştirildiği anlamına gelir, bkz yukarıda, 37. paragraf) anına dek. Farklı dinî, toplumsal ve siyasî kültürlerle sahip diğer devletler, döllenme ve yerleştirme arasında teknik olarak farklı olasılıkları kabul etmiştir (bkz. 39-42. paragraflar). Yukarıda gösterilen gerekçeler doğrultusunda (77-82. paragraflar), bu hassas konuda uygulanan politika ve

ilkeler bakımından alınacak kararların, öncelikli olarak her bir devlet tarafından ayrıca belirlenmesi gerekir.

86. Bu bağlamda 1990 kanununun insan üremesi ve embriyoloji alanındaki gelişmelerin toplumsal, etik ve yasal sonuçları hakkında istisnai olarak detaylı bir biçimde yapılan incelemelerin buluşma noktası olduğu ve yansıma, danışma ve tartışmanın meyvesi olduğu konusunda; büyük daire, daireye katılmıştır (bkz. *mutatis mutandis*, *Hatton ve diğerleri / Birleşik Krallık* [BD], no. 36022/97, § 128, *AİHM* 2003-VIII).

87. Çiftin gelecekteki kullanım amacıyla en fazla on yıl boyunca embriyoların saklanmasına müsaade edebilmeleri gerektiğini ve bu süre sonunda kullanım ya da tasarruf hakkının saklama makamına geçmesi gerektiğini tavsiye eden Warnock Kurulu'nun 1984 tarihli raporunda, insan embriyosunun saklanması alanındaki bilimsel ilerlemeden doğabilecek olası sorunlara önceden değinilmiştir. Ortak embriyonun nasıl kullanılacağı konusunda çiftin anlaşması yok ise embriyo üzerindeki kullanma ya da tasarruf hakkının "saklama makamı"na geçmesi gerekir. Ardından gelen Green Paper, kamuoyuna embriyonun kullanımı ya da tasarrufu konusunda çiftin arasında bir anlaşma yoksa ne yapılmasının gerektiği ayrıca sorulmuştur ve 1987 White Paper, saklama işlemine kurul tavsiyeleri ile sınırlı olarak izin verilmesi gerektiği konusunda birçok kişinin mutabık olduğunu fakat bağışçıların arasında ihtilaf bulunması durumunda embriyonun kaderini "saklama makamı"nın belirlemesi gerektiğine yönelik fikre bazılarının karşı çıktığını not etmiştir. Bu yüzden hükümet "embriyo veya gametlerin saklanması konusunda bağışçının isteklerinin üstün olduğu ve eğer bağışçının rızası buna uygunsa, saklama süresinin dolumundan itibaren ruhsat sahibinin diğer amaçlarla bunları kullanabileceği yönündeki temel ilkeye hukukun bağlı kalması gerektiği" teklifini sunmuştur. Bununla birlikte White Paper, danışmanlık hizmetinin ardından gelen bir form içerisinde, 1990 kanununun 3. tarifesinde yasama tarafından kabul edilen, rızaya dair tekliflerin ayrıntılarını da hazırlamıştır (bkz. yukarıda, 29 - 33. paragraflar).

88. İşbu tarife, IVF tedavisine girişen kişiye rıza hükümlerini açıklama ve bu kişinin yazılı rızasını alma yükümlülüğünü IVF tedavisi uygulayan kliniklere yüklemiştir (bkz. yukarıda, 37. paragraf). Mevcut davada bu yükümlülüğün yerine getirildiğine ve başvuran ile J'nin ikisinin de hukukça aranan formları imzaladıklarına dair bir uyumsuzluk yoktur. Başvuranın tıbbî durumunun niteliğinin, başvuranın aşırı bas-

kı altında ve derhal karara varmasını gerektirdiği zaman; başvuran, tüm yumurtalarının J'nin spermi ile döllenmesine rıza gösterirken, bu yumurtaların kendisine uygun son yumurtalar olduğunu, kanser tedavisinin tamamlaması ile herhangi bir embriyonun kendisine yerleştirelebilmesi arasında biraz zaman aralığı olacağını ve hukukî açıdan J'nin herhangi bir zaman yerleştirme işlemine yönelik rızasını geri almakta özgür olduğunu, biliyordu.

89. Başvuranın, rızaya ilişkin ulusal kuralların hiçbir koşulda uygulanmasının mümkün olmadığına yönelik eleştiri getirmesine rağmen; mahkeme, kanunun katı niteliğinin kendi içinde muhakkak 8. maddeye aykırı olduğuna ilişkin bir bulguya rastlamamıştır (ayrıca bkz. yukarıda 60. paragrafta anılan *Pretty ve Odièvre* davaları). IVF tedavisinin tarafları arasında adil bir denge kurma arzusunda olduğu gibi insan saygınlığına ve özgür iradeye riayet de, IVF tedavisi için gamet bağışlayan herkesin kendi devam eden rızası olmadığı sürece kendi genetik malzemesinin kullanılamayacağını önceden bilmelerini sağlamak amacıyla, istisna tanımayan hükümleri getiren yasa koyucu kararının temelini oluşturur. Söz konusu ilkeye ek olarak kuralın katı niteliği, yasal kesinliği yükseltmek ve Temyiz Mahkemesinin “*tamamen birbiri uzlaşmaz*” çıkarlar diye nitelediği esaslı uyumsuzlukları ve keyfilikleri azaltmak amacı taşır (bkz. yukarıda 25 – 26. paragraflar). Mahkemeye göre, yasa koyucunun izlediği bu kamu çıkarları meşrudur ve 8. maddeye uygundur.

90. IVF tedavisinin tarafları arasındaki 8. maddeden doğan ihtilaflı haklarının arasında kurulan dengeye gelirse, bu davayı inceleyen diğer mahkemeler ile birlikte, büyük daire de her şeyden önce, genetik ilişkili bir çocuk doğurma konusundaki açık arzuya sahip başvurana sempati duymuştur. Ancak bu noktaya dair Avrupa’da bir görüş birliği olmadığı tespitini de içeren yukarıdaki değerlendirmelere bakılırsa (bkz. yukarıda 79. paragraf), büyük daire, başvuranın genetik anlamda ebeveyn olma kararına saygı hakkının, J'nin başvuranın genetik ilişkili bir çocuğuna baba olmama kararına saygı hakkından daha büyük olduğu sonucuna varmamıştır.

91. Mahkeme, durumun daha farklı düzenlenmesinin parlamento için mümkün olduğunu kabul etmiştir. Ancak dairenin gözlemlediği üzere, 8. madde kapsamındaki asıl sorun yasa koyucu tarafından farklı kuralların getirilip getirilemeyeceği değil, bu noktada parlamentonun

kurduğu dengenin bu madde kapsamında tanınan takdir sınırını aşmışmadığıdır.

92. Büyük daire, bu noktaya dair Avrupa'da bir görüş birliği olmadığına bakılırsa, yerel kuralların açık olduğu ve başvuranın dikkatine sunulmuş olduğu, bu kuralların çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurmuş olduğu, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

III. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİ İLE BİRLİKTE ELE ALINAN 14. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

93. Başvuran, kendisi gibi yalnızca IVF sayesinde gebe kalan bir kadının 1990 kanunu uyarınca sperm bağışçısının iradesine tabi iken, desteksiz gebe kalabilen bir kadının, dölleme anından itibaren embriyonun geleceğini yalnız belirlemesi üzerinde kontrole veya tesire tabi olmamasını gerekçe göstererek; başvurusunda ve daire önündeki yargılama işlemlerinde, sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte ele alınan 14. maddesine aykırı olarak ayrımcılık yapıldığından yakınmıştır.

94. Başvuran büyük daireye sunduğu gözlemlerinde, 8. ve 14. maddeler kapsamındaki başvuran şikâyetlerinin kaçınılmaz olarak birbirine bağlı olduğunu ve eğer mahkemenin iç hukukun tartışmalı hükümünün 8 madde uyarınca orantılı olduğu sonucuna varması halinde, bu düzenlemenin 14. madde uyarınca da nesnel olarak haklı ve makul bulunacağını ileri sürmüştür.

95. Büyük daire, 8. maddenin ihlal edilmediğine yönelik bulguların nedeni olarak gösterilen gerekçelerin aynı zamanda 14 madde uyarınca makul ve nesnel bir haklılık sağlaması sebebiyle, mevcut paralel durumdaki başka bir kadınla karşılaştırmak suretiyle muamele farklılığından dolayı başvuranın yakınıp yakınamayacağına dair karar vermeye gerek olmadığı konusunda daireye ve taraflara katılmıştır.

96. Sonuç olarak sözleşmenin 14. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU NEDENLERLE, MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, sözleşmenin 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

2. Dört oya karşılık on üç oyla, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

3. Dört oya karşılık on üç oyla, sözleşmenin 14. maddesinin 8. madde ile birlikte ihlal edilmediğine karar vermiştir.

İngilizce ve Fransızca yazıldı ve mahkeme içtüzüğünün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına uygun olarak 10 Nisan 2007 tarihinde yazılı olarak bildirildi.

Erik Ørbergh

Katip

□

□

□

□

Christos Rozakis

Başkan

Sözleşmenin 45. maddesinin 2. paragrafı ve içtüzüğün 74. maddesinin 2. paragrafına uygun olarak bu karara Bay Türmen, Bayan Tsatsa-Nikolovska, Bay Spielmann ve Bayan Ziemele'nin ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ eklenmiştir:

C.L.R.

E.F.

YARGIÇLAR TÜRME, TSATSA-NIKOLOVSKA, SPIELMANN VE ZIEMELE'NİN ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ

1. Biz, 8. maddenin ihlal edilmediği ve 8. madde ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edilmediği yönündeki bulgulara karşı oy kullandık.

2. Mevcut davada başvuran, 1990 kanununun rıza kurallarının etkisiyle, kendi konumundaki bir kadın için genetik ilişkili bir çocuğa sahip olmaya yönelik gelecek ihtimallerini güvene almanın bir yolu kalmadığından yakınmıştır. Başvuran, tıbbın üreme amacı taşıyan kısmının, aksi halde kısır olacak kişilere olası çözümler sunmasının gerektiğini açıklamıştır. Özel koşullar için istisna tanınmaz ise bu amaç boşa çıkacaktır (bkz. hükmün 62- 64. paragrafları).

3. Taraflar ve mahkeme, 8. maddenin uygulanabilir olduğu ve davanın başvuranın özel yaşamına saygı hakkını ilgilendirdiği konusunda mutabıktırlar (71. paragraf). Mahkeme, daha ayrıntılı bir sorun olan genetik manada ebeveyn olma kararına saygı hakkının da 8. madde uygulamasının kapsamına girdiğini söyleyerek daha da ileri gitmiştir (72. paragraf). Biz 8. maddenin uygulanabilirliğine ve söz konusu olan daha ayrıntılı soruna ilişkin mahkemenin gerekçelerine katılıyoruz. Davanın koşulları içerisinde 8. maddenin uygulanabilirliğine yönelik mahkeme ifadelerinin öneminin altını çizmek istemekteyiz.

4. Mahkeme kendi yorumunda, 8. madde kapsamındaki soruna ilişkin hakların niteliğini (71-74. paragraflar) ve davanın olumlu yükümlü-

lülüğü ya da müdahaleyi gerektirip gerektirmediğini (75-76. paragraflar) incelemiştir. İlk sorun hakkında mahkeme, davanın iki bireyin 8. maddeden doğan hakları arasındaki ihtilafı içerdiğini ifade etmiştir (73. paragraf) ve rızanın önceliğini ve yasal açıklık ve kesinliğin yükselmesini sağlamak için tartışma konusu yasanın daha geniş olan kamu çıkarlarına hizmet ettiğini eklemiştir (74. paragraf). Davayı olumlu yükümlülük ekseninde çözümlemenin daha uygun olduğunu değerlendiren mahkeme, mevcut davada uygulandığı kadarıyla yasa hükümlerinin, çekişmeli olan kamusal ve özel çıkarlar arasında adil bir denge kurup kurmadığının asıl ilkesel sorun olduğunu ifade etmiştir (76. paragraf). Ayrıca mahkeme, *tüp* bebek ("IVF") tedavisinin kullanımının, hızla ilerleyen tıbbi ve bilimsel gelişmelerin altyapısına karşı hassas olan ahlaki ve etik sorunları doğurması nedeniyle ve dava ile ortaya çıkan soruların, üye devletlerarasında açık bir zeminin bulunmadığı durumlara ait olması nedeniyle; davalı devlete tanınan takdir sınırının geniş olması gerektiği sonucuna varmıştır (81. paragraf). Mahkemeye göre ilke olarak takdir sınırı, IVF tedavisinin kullanımını yürüten bir yasa çıkarıp çıkarmayacağına yönelik devletin kararını ve eğer müdahale edilmiş ise çekişmeli olan kamusal ve özel çıkarların arasında bir denge kurmak amacına yönelik devletin ayrıntılı kurallar getirmesini kapsar (82. paragraf).

5. Davanın olumlu yükümlülük ekseninde çözümlenmesinin daha uygun olduğuna yönelik mahkeme kararını kabul edememekteyiz.

6. Biz davayı, başvuranın genetik ilişkili ebeveyn olma kararına saygı hakkına müdahale davası gibi görüyoruz. Bu müdahalenin hukuk tarafından öngörüldüğünü ve kamu düzeninin ve ahlakının korunmasına ve diğerlerinin haklarına ilişkin meşru bir amaç taşıdığına katılabiliriz. Fakat bu müdahale davanın özel koşulları içerisinde gerekli ve orantılı mıdır? Mevcut davada başvuranın genetik ilişkili ebeveyn olmaya karar verme hakkının, J'nin ebeveyn olmama hakkına göre daha ağır bastığını düşünüyoruz. Gerekçelerimizi aşağıda yer almaktadır:

i) 1990 kanunu, başvurunu etkileyen özel sağlık koşullarını değerlendirmeye alan olanaklardan yoksundur. Sorunun ahlaki ve etik açıdan hassas niteliği bulunduğu durumda, belirgin sınırlı kural ortadaki çeşitli -çoğu zaman çekişmeli- çıkarlara en iyi şekilde hizmet edebileceği konusunda çoğunluğa katılabiliriz. "*Açık hukukun yararı, kesinliği sağlamasıdır*" sözü söylenegilir. Fakat aynı zamanda şu da takdirle karşılanır ki, "*zararı ise eğer kural çok açıksa, çok fazla kesinlik sağlaması ama hiç esneklik*

sağlamamasıdır.”⁵ Bu yüzden davanın özel koşulları nedeniyle, temel sorun “belirgin sınırlı kural”ın kesin niteliğinde yatmaktadır.

ii) Mevcut davada çoğunluğun samimi olmayan yaklaşımı sonucu başvuranın genetik ilişkili çocuğu sahip olma kararı engellenmiş fakat genetik ilişkili çocuğa sahip olmak için herhangi bir olanak da etkili biçimde kökünden kazanmıştır, böylece bu tür bir karar şimdi ya da daha sonraki herhangi bir zaman için anlamsız hale getirilmiştir.

7. Bu nedenle, bizim görüşümüz, başvuranın koşullarına göre 1990 kanununun orantısız olduğu yönündedir. Kesin niteliğinden dolayı, yasal düzenleme, bu özel davada çekişen çıkarların dengesini önceden bozmuştur. Aslında, her ne kadar IVF tedavisinin taraflarının 8. maddeden doğan ihtilaflı haklarının arasında bir dengenin kurulması gerektiğine çoğunluk katılsa da (90. paragraf), J’nin baba olmamayı seçmesini üstün tutan karar sonucu, başvuran kararının kesin ve açık olarak yok edilmesi nedeniyle mevcut davanın koşulları içerisinde bir dengeden söz edilemez. İki taraftan birinin kararının boş ve anlamsız olmasını sağlamak, çıkarların dengelendiği anlamına gelemez. Davanın evlat edinmek veya bağışlanan bir embriyoyu taşımak olasılığı hakkında olmadığına not edilmesi gerekirdi (72. paragraf). Bu arada başvuranın elinde son şansı bulunurken, J hala kendi çocuğuna ebeveyn olma kararını alabilir durumda olacak.

8. Başvuran yumurtalıklarının alınması için ameliyata girişmiştir (26 Kasım 2001). Bu yüzden IVF tedavisi için başvurandan alınan yumurtalar, başvuran için genetik ilişkili bir çocuğa sahip olmak için son şansı. J, bu durumu çok iyi bilmesinin yanı sıra, başvuranın çocuğuna baba olmak istediği konusunda teminat vermiştir. Böyle bir teminat olmasaydı, Başvuran kendi çocuğuna sahip olmak için başka bir yol arayabilirdi. Başvuranın kiler ile J’nin hak ve çıkarları arasında çoğunluğun denge kurmaya çalıştığı anda, yani hükmün 90. paragrafında; J tarafından verilen teminat sonucu başvuranın iyiniyetle hareket etmesi yönünde güven veren bu “teminat” unsuruna ağırlık verilmedi. Sonuca ulaşmamızı sağlayan tarih 12 Kasım 2001’dir: yumurtaların dölleniş altı embriyonun yaratıldığı tarih. Bu andan itibaren J’nin kendi spermi üzerinde kontrol hakkı kalmamıştır. Rahme yerleştirilen ve yerleştirildiği zaman bebeğe dönüşen embriyo, iki kişinin ortak ürünüdür. Bir embriyonun yok edilmesi aynı zamanda başvuranın yumurtalarının öldürülmesini

⁵ Bkz. M.-B. Dembour, Kimler İnsan Haklarına İnanır? Avrupa Sözleşmesi Hakkında Fikirler, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, sf. 93.

gerektirir. Bu anlamda da Britanya yasaması, doğru dengeyi kurma konusunda başarısız olmuştur.

9. Davanın özel koşulları, başvuranın çıkarlarının, J'ninkilerden daha üstün olduğuna ve Birleşik Krallık makamlarının bunu göz önüne almamaları sonucu 8. maddenin ihlal edildiğine bizi inanmaya yönlendirdi.

10. 1990 kanununun *per se* (tek başına) 8. maddeye aykırı olmadığı ve rıza kuralının IVF tedavisi için önemli olduğu konusunda çoğunluğa katıldığımızı bir kez daha ifade etmek isteriz. Diğer devletlerin ilgili yasal düzenlemelerine baktığımızda farklı yaklaşımların ortaya çıktığına ve mahkemenin IVF tedavisinin ayrıntılı düzenlemelerine ilişkin Avrupa içinde bir görüş birliği olmadığı konusundaki haklılığına katılmaktayız. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, davanın koşullarının, yalnızca akdi anlamdaki rıza sorununun ötesine bakmamızı sağlamasından dolayı, mevcut davaya farklı yaklaşıyoruz. Başvuranın konumu gereği ortadaki sorunlar ve değerler, bu davada ele alınan biçimsel akit yaklaşımına karşın, daha üstündür.

11. Konunun önemine ve başvuran konumunun sıra dışı niteliğine bakıldığında, *"hukukî açıdan J'nin herhangi bir zaman yerleştirme işlemine yönelik rızasını geri almakta özgür olduğunu"* (88. paragraf) başvuranın bildiği olgusundan herhangi bir sonuç çıkarmak bizim için zor. Şüphesiz ki tek sonuç, Bayan Evans'ın -gözden geçirmek zorunda olduğu bütün şeylere ek olarak- J'nin kendi rızasını geri çekme ihtimalini de düşündüğü yönünde değildir. Davaya uygulanan hukukun biçimsel şemasının, dava ile tam örtüşmediği bir kez daha ortaya çıkmıştır.

12. Avrupa'da görüş birliği yoktur, bu nedenle hükümet geniş bir takdir sınırına sahiptir; yasal düzenleme takdir sınırı içerisinde ve bu sınır, çekişmeli olan kamusal ve özel çıkarların arasında bir denge kurmak amacını taşıyan kuralları kapsar, gibi basite indirgeyen, mekanik temeller üzerinde böylesi bir hassas dava karara bağlanamaz.

Elbette IVF tedavisinin kullanımını yürüten yasal düzenlemeleri getirirken devletler geniş bir takdir sınırına sahip olurlar. Ancak bu takdir sınırı, mahkemenin kendi denetimini uygulamasını engellememelidir, özellikle de tüm çekişmeli çıkarların arasında adil bir dengenin yerel düzeyde kurulup kurulmadığı konusunda.⁶ Mahkeme, kapsamlı bir ye-

⁶ Lokomotif Mühendisleri ve İtfaiyeciler Sendikası (ASLEF) / Birleşik Krallık hükmüne, no. 11002/05, § 46, 27 Şubat 2007, dikkat çekmek isteriz, mahkeme sınırın rolünü açıkça şöyle ifade etmiştir: "Son olarak, çekişmeli çıkarlar arasında adil bir denge kurma konusunda, devlet sözleşmeye uygunluğu sağlamak amacıyla atılan adımları belirlerken takdir sınırını kullanır (birçok makam arasında, *Hatton ve Diğerleri* / Birleşik

niden inceleme sorununa yaklaşımının tümünde, yararcı bir ilke olarak takdir sınırını kullanmamalıdır.⁷

13. Sonuç olarak, çoğunluğun aksine, davanın özel koşulları içerisinde yasamanın adil bir denge kurmadığını düşünüyoruz. Yasama etkisinin bir yandan kadına genetik ilişkili bir çocuğa sahip olma kararı alması hakkı tanıdığı, diğer yandan da kadını bu konumda bulunmaktan sonsuza kadar yoksun bıraktığı durumda; 8. madde ile ve insan saygınlığını ve otonomisini koruyan sözleşmenin asıl amacı ile uygun bulunması mümkün olmayan, orantısız manevî ve fizikî yükün, kadının üzerine yüklendiğini düşünmemize yol açmıştır.

14. Sözleşmenin 14. maddesi ile ilgili olarak şunları belirtmek isteriz:

14. maddenin amacına göre, duruşma yargıcı Y Wall tarafından gösterilen kısır adam örneği (23. paragraf) en yakın karşılaştırma olabilir. Ancak bu karşılaştırma bile mevcut davadaki karmaşanın tamamını sergilemez. Kadın haklarına odaklı uluslararası kuruluşların ayrıntılı buy-

Krallık [BD], no. 36022/97, § 98, *AİHM* 2003-VIII). Ancak demokratik toplum içindeki hakkında yer alan görüşlerin geniş farklılıklar barındığı ve yerel politikacıların rolüne özel bir ağırlık verildiği genel politika alanında bulunmaması nedeniyle (bkz., *Takdir sınırının* “toplumsal ve ekonomik politikaları tamamlamaya yönelik olarak yapılan yasama çalışmalarında, geniş tutulması gerektiğinin” mahkeme tarafından doğal görüldüğü durumlara dair ör. *James ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1986 tarihli hüküm, Seri A no. 98 sf. 32, § 46); takdir sınırı yalnızca dar olarak kullanılabilir. *ASLEF* davasında kabul edilen yaklaşım, ulusal parlamentoların görüşlerini “sağlıklı bir boyutta (özel bir ağırlık verilerek) hesaba katmıştır; buna göre bireylerin temel haklarına dair kararlar ile örtüşmesi gereken (bu kişilerin bireysel başvuruları bağlamında) bir kamu politikasını düzenlerken, yukarıdakilere uygun olarak, takdir sınırının dar olması zorunludur. *Evans* davasında çoğunluk, kamu politikaları sorununa güçlü bir biçimde dayanarak geniş takdir sınırı tanımıştır ve çekişmeli kamusal ve özel çıkarlar arasında denge kurmak amacıyla devletin çıkardığı ayrıntılı kuralların, geniş takdir sınırı içinde kaldığını kabul etmiştir (bkz., hükmün 81-82. paragrafları ve sondaki ortak karşı görüşümüzün 4. paragrafı). Mahkeme önündeki birçok dava gibi, *Evans* davası da yalnızca kamu politikası ile ilgili bir dava değil, aynı zamanda önemli bireysel çıkarlar ile de ilgili bir davadır. Bize göre, çoğunluk, sanki davanın altyapısını oluşturan yegane olgusuymuş gibi kamu politikasına aşırı ağırlık vermiştir (bkz. özellikle de 3. bölüm (takdir sınırı) 81. paragraf) ve 4. bölümdeki (8. maddeye uygunluk, 83 – 92. paragraflar) önemli bir *ad hoc* dengesini uygulama yükümlülüğünü üstlenmemiştir.

⁷ R. St. J. Macdonald, *İnsan Haklarının Korunmasına Yönelik Avrupa Sisteminde “Takdir Sınırı”*, (R. St. J. Macdonald et al. [eds.], 1993), 83, sf. 84 ve 124, atf yapan E. Brems, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarında Takdir Sınırı Doktrini”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, at sf. 313. Ayrıca bkz. “takdir sınırı” teorisinin eleştirel değerlendirmesi, M. R. Hutchinson, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nde Takdir Sınırı Doktrini”, *Uluslararası ve Karşılaştırmalı Hukuk Dergisi*, 1996, 638-50.

rukları tarafından, “kadınları erkeklerden farklı kılan bileşenleri ve unsurları bakımından kadının sağlık hakkının erkeğinki ile karşılaştırılamayacağını, bu unsurların: (a) kendi üreme işlevleri... gibi biyolojik unsurlar... olduğunun... (CEDAW Genel Tavsiye No. 24 (20. dönem 1999))” kabulünün haklılığı ve gerekliliği tanınmıştır. Yasamanın yapay dölleme yöntemlerin izin verdiği durumları da içeren çocuk doğurma ile ilgili olduğu kadarıyla, kadın farklı bir konumdadır. Bu yüzden, farklı durumların farklı muameleler gerektiğini açıklayan *Thlimmenos/ Yunanistan* davasındaki 14. madde kapsamındaki yaklaşımın, mevcut davada da kabul edilmesi gerektiğine inanıyoruz.⁸ Bu bağlamda başvuranın içinde bulunduğu koşulları, kendi yaşadığı durumdan kaynaklanan aşırı fiziksel ve duygusal yıkım ile etki⁹ nedeniyle, önemsiz bulmuyoruz ve bu temel üzerinde, 8. madde ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullandık.

YARGIÇLAR TRAJA VE MIJOVIĆ’İN ORTAK KARŞI GÖRÜŞÜ

Biz, 2. madde hakkındaki ve 8. madde ile birlikte ele alınan 14. madde hakkındaki çoğunluğun kararına uyarken, bununla birlikte sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmediği yönündeki bulgularında kendilerine aşağıdaki nedenlerden ötürü katılamıyoruz:

1. Bize göre mahkeme, uyumsuzluk konusundaki bireysel hakkın doğasına gereken özeni göstermeksizin, kamu düzeni düşüncesine ve devletin takdir sınırına aşırı ağırlık vermiştir. Tek taraflı olarak rızanın geri alımı tehlikesine karşı IVF tedavisine örtülü bir yasak yükleyen 1990 kanununun, “her kişisel dava koşulları içerisindeki çekişmeli çıkarların ağırlığını ölçmenin mümkün olmadığı özel yaşamın önemli yanlarını yöneten yasaların devletçe kabulünün sözleşmenin 8. maddesine aykırı olmadığı” savıyla (hükümün 65. paragrafı), sözleşmenin 8. maddesindeki gerek- lere uygun olduğu tespit edilmiştir. Hükümde uygulanan emsaller *Pretty* ve *Odièvre* davalarıdır. Bu davalar ile mevcut davalar arasındaki farklılıklara rağmen güçlü politik düşünceler üzerine dayanması, yani yüksek bir duyarlılığa sahip hukukî kamu güvenini kalıcı kılmak ve yasal kesinliği sağlamak için mahkeme, “belirgin sınırlı” kuralın kabul edilebilir olduğunu belirtmek için ilerlemiştir.

⁸ *Thlimmenos / Yunanistan* [BD], no. 34369/97, AİHM 2000-IV.

⁹ C. Packer, “Üreme Hakkının Tanımı ve Tarifi”, *Nordic Journal of International Law*, 1998, sf. 77-95, par. 95.

Davanın özü, “belirgin sınırlı” kural temelinde en iyi kararın verilmediği türden, başvuranın bu çok özel durumunun doğasında yer almaktadır. İlk aşamada bile, *Pretty* ve *Odièvre* davalarındaki özel çıkarlar, ortadaki bu davanunkilerden farklıdır.

Pretty davası, sözleşmesel “ölüm hakkı”nın sonuca ulaşılabilir olmadığı bu davada tespit edilmiş olması bakımından ayırt edilebilir bir davaydı. Bunun aksine *Evans* davasında sorun, mahkemenin kabul ettiği gibi, başvuranın özel yaşamına saygı hakkının bir parçası olan yaratma hakkı ile ilgiliydi (57. paragraf). “Belirgin sınırlı” kuralın *Pretty* davasındaki kabulünün *Evans* davasındakiyle hiçbir ilgisi yoktur, çünkü “ölüm hakkı”nın sözleşmedeki genel durumu ve “IVF ile üreme hakkı”nın sözleşmedeki genel durumu tamamen birbirinden farklıdır.

Ayrıca, *Pretty* davasıyla olan benzerlik bir diğer bakımdan başarısızdır. Mahkemenin de kabul ettiği gibi, bu davadaki “belirgin sınırlı” kurala, Savcıya kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi vererek ve daha hafif cezalar yükleme izni vererek esneklik için izin verilmelidir (76. paragraf). Yani, sözleşmenin “ölüm hakkı”nı dışladığı bir durumda, intihar yardımına ilişkin davalarda daha esnek bir hukuk sağlanmıştır, oysaki savunulabilir bir hak olarak, IVF ile üreme hakkına ilişkin *Evans* davasında, ilgili iç hukuk tamamen serttir!

Öte yandan, *Odièvre* ve *Evans* davaları arasındaki fark şudur ki, ilk davada, iki özel kişi arasındaki uyuşmazlığın konusu annenin isminin saklanmasıyla ilgili olmasıydı, oysa mevcut davada uyuşmazlık, “...daha yüksek sıradaki bir değer...” (*Odièvre* davası 45. paragraf) olarak, özel yaşama saygı yönünde ilerleyen bir hak olan IVF döllemesi ile ilgilidir. Devletin yükümlülük boyutunun söz konusu özel yaşamın özel yanına bağlı olmasını nedeniyle (bkz. *X ve Y/ Hollanda*, 26 Mart 1985 tarihli hüküm, A Serisi no. 91, s. 12, paragraf 24) başvuranın özel bir öneme sahip çıkarları, kendi davasının koşulları içerisinde, 1990 kanunu tarafından kurulandan daha doğru bir dengelemeyi hak eder.

2. Mahkemenin bulgusuna göre, başvuranın son yumurtalarını ve J’nin spermini kullanarak embriyonun yaratılması; eğer kendilerinden biri rızasını geri alırsa embriyoların klinik tarafından yok edileceği konusunda bilgilendirilen tarafların rızası üzerine temellendirilmiştir. Mahkeme, iki tarafın da çıkarlarını kısmen ve kısaca dengeleyerek davaya bakmıştır ve J’nin istenmeyen bir çocuğun babası olmaya zorlanamayacağını ve başvuranın eski eşinden çocuk sahibi olmak ama-

cıyla zaten geri alınmış olan rızanın uygulanmasını isteyemeyeceğini düşünmüştür (67. paragraf).

Böyle yaparak, mahkeme, yerel mahkemeler gibi, 1990 kanunu tarafından kurulan dengenin doğru olduğunu, çünkü yasa koyucunun takdir sınırı içerisinde, istisnâî bir kurala izin vermeyen ortak rızanın eksikliğine karşı IVF ile dölleme konusunda genel bir yasak getirmeyi uygun bulduğunu tespit etmiştir. Ancak asıl sorun, böyle sert bir dengeyi kurmada, rızasını geri alan tarafa durumun tamamen kontrolünü vermek için ve varsayımsal bir değer olan anılan tarafın 8 madde hakkına uyum göstermek için yasa koyucunun haklı olup olmadığıdır. Genetik ilişkili bir çocuğa başka yolla sahip olamayan başvuranın istisnâî durumunun yerel makamlar tarafından daha derin bir biçimde değerlendirilmesi gerektiğini ve başvuranın istisnâî koşullarında, anne olma hakkının korunması için yerel makamların yükümlülük altında bulunması gerektiğini düşünüyoruz. Embriyonun yerleştirilmesinin reddi, kadının kendi çocuğuna sahip olma hakkının yalnızca kısıtlanması değil, tamamen yok edilmesi anlamına gelir. Böyle bir davada sözleşme içtihatları açıktır ve pozitif yükümlülüklerine aykırı olarak veya bir müdahale yoluyla devlete böyle bir hakkın özünü bozması için izin vermez. Başvuranın hakkının çekirdeğini inkâr eden yasama düzenlemesinin, sözleşme uyarınca kabul edilebilir olduğunu düşünüyoruz.

3. Başvuranın çocuk sahibi olmak hakkı ile J'nin baba olmama hakkı arasındaki ikilem, bize göre, böylesine katı bir düzenleme ya da rızanın tek taraflı geri alınmasının hukukça örtülü uygulaması temelinde çözülemez. Bunun yerine ikilem, birinin haklarını inkâr eden diğerinin haklarını haksız yere saklı tutmayı ortadan kaldırmak yoluyla, davanın özel koşullarının dikkatli analizi içerisinde çözülebilir.

Mevcut davada, iki çıkar düzenlemesinin de birbirine örülmüş olmasına rağmen kişisel çıkarlar arasındaki ihtilafın kamusal ve özel çıkarlar arasındaki ihtilaftan daha ciddi olduğunu düşünüyoruz. Basitçe veya olağan yollarla gebe kalamayan çiftler için gebeliği kolaylaştıran ve kendi haklarının ihtilaf konusu olduğu durumlarda bireyleri koruyan IVF tedavisi düzenlemesindeki kamu çıkarlarını reddetmesek de, davada sunulan söz konusu özel hayata dair belirli çıkarların, mahkeme analizinin ortasında yer alması gerektiğini düşünüyoruz.

4. Çoğunluğun hükmünde belirtildiği gibi, mahkeme Amerika Birleşik Devletleri ve İsrail Mahkemeleri'nin ilgili içtihatlarına bakma fir-

satı bulmuştur. Rızanın öncelikli koşullarının yürürlüğe girmesini hedefleyen akit yaklaşımının, sözleşmenin ruhu ile tamamıyla uyumluluk içerisinde olmadığını düşünüyoruz, çünkü medenî hukuk düşünceleri her zaman sözleşmesel hakları en iyi biçimde korumaya niyetlenmez. Akit yaklaşımı da “*belirgin sınırlı*” kuraldır ve böyle davaların belirli psikolojik ve toplumsal yönlerini hesaba katmaz.

Davadaki diğer bir yaklaşım yolu, ilk yerde, mahkeme tarafından benimsenen yaklaşım olan, çekişmeli kamu düzeni ve özel çıkarları değerlendirmektir. Dava ile bu zeminler üzerinde uğraşılabilir, ama yine, başvuranın ve eşinin haklarının bazı dengelemeleri, bertaraf edilemez niteliktedir. 1990 kanununun, J’nin ebeveyn olacağı durum karşısında ebeveyn olmama hakkını savunduğu söylenmiştir ve burada J haklıdır, çünkü dölleme için kimsenin zorlanmamasında kamu çıkarı vardır. Fakat öte yandan başvuranın IVF ile çocuk sahibi olma hakkı da korumaya değer bir haktır. Rızasını alan tarafın mutlak yetkisi, iç hukukun altını çizmek için belirtilen ilkelere göre, en önemli kamu çıkarına aykırı olan, diğer tarafın genetik malzemesine ilişkin tüm idareyi yitirmesini gerektirir. Kamu düzeni iki yolda da ilerler. İki tarafın da devam eden rızası, Y Wall tarafından gösterildiği kadarıyla, cinsiyete bakılmaksızın IVF tedavisine girişen tüm hastalara eşit biçimde uygulanan (hükmün 66. paragrafı) ulusal hukukun gözünde eşit öneme sahip iken; mahkeme yalnız, genel yaklaşımında olduğu gibi, çekişmeli haklar bakımından davayı değerlendirir; özel tarafların durumlarındaki farklılık, saptanabilir ve daha iyi yorumlanabilir.

5. Bu yaklaşım, bu sorunlar hakkında Avrupa’daki görüş birliği eksikliğini temel alan mahkemenin savını ilişkilendirir. Gerçekten, eğer kişisel tarafların ihtilafı haklarını en iyi biçimde nasıl korunduğunun ne şekilde ölçüldüğünü değerlendirirsek, farklı devletlerin farklı noktalarda (embriyonun yaratılmasına kadar veya yerleştirme anına kadar) denge kurması olgusu karar verilebilir bir olgu değildir. Herkesin özel yaşamına saygı hakkını *koruma* görevinin herhangi bir Avrupa görüş birliğine bağlı olmaması gerektiğine inanıyoruz, ancak, duyarlı sorunlara bağlı olabilir. Görüş birliği, böyle hakları korumanın farklı *anlamları* ile ilgilidir ama sonuç her zaman, bu hakların öyle ya da böyle korunmuş olmaları gerektiğidir. Mahkeme şunu yinelemiştir: “...kendi aralarındaki kişisel ilişkiler alanını 8 maddeye uygun biçimde korumak için hesaplanan seçim, ilke olarak, sözleşmecî devletlerin takdir sınırı içerisine düşen bir sorundur.” (Odièvre, 46. paragraf). Mahkeme hiçbir

zaman, özel yaşam çıkarlarının korunmasının seçiminin tamamen ve koşulsuz, devlet için sorun olarak kalabileceğini ya da her yaklaşımın, takdir sınırı veya Avrupa görüş birliğinin eksikliği nedeniyle, meşrulaştırılabileceğini söylememiştir.

Yani, Birleşik Krallık, embriyonun yerleştirilmesi anına kadar rızanın geri alımı olasılığına izin vererek, denge kurmayı seçmiştir. Avusturya ve İtalya gibi diğer ülkeler, rızanın iptalinin dölleme anına kadar etkili olabileceğine karar vermişlerdir. Bu, takdir sınırı içerisindedir ama ihtilaf içerisindeki kişisel haklar arasında doğru dengeyi kurma görevi, yine de bütün üye devletler için sözleşme hükmünde aynı biçimde zorunlu ve değiştirilemez bir gerekliliktir.

6. Mevcut davadaki gibi, özel koşullarda özgül durumlardaki belirli hakları hesaba katarak bir çözüm aramanın daha doğru olduğunu düşünüyoruz. Burada, yüklenen sorumluluğa ek olarak, her bir taraf arasındaki farklılıklar, bize en yüksek seviyedeki farklılıklar gibi görünmüştür. Bu dava-özgül test, hakların özünün yok edilme tehlikesinden koruması ile birlikte, ortadaki özel çıkarların dikkatlice denetlenmesine dayanmalıdır. Başvuranın genetik çocuğa sahip olması için başka bir yolu yokken, onun eşi J başka bir kadından çocuklar yapabilir ve böylece ebeveynlik ihtiyacını tatmin edebilir. Eğer başvuran, J'nin genetik malzemelerini kullanmadan başka bir çocuğa veya çocuk yapma olasılığına sahip olursa, denge uygulaması farklı bir sonuca önderlik eder.

Erkeğin bir kere rızasını geri almasının ardından kadının üremesi için başka bir seçimlik yolun olmayışı, mevcut davaya benzer bir dava olan İsrail Yüce Mahkemesi tarafından görülen *Nachman / Nachmani* davasına bel bağlayan çok önemli savlardan birisidir. *Nachmani* davasında Yüce Mahkeme'nin çoğunluğu, yetersiz olsa da kullanışlı bulduğumuz yaklaşım olan "*asgarî zarar*" testini uygulayarak, Bayan Evans ile aynı durumda olan kadın lehine karar vermiştir.

Daha geniş bir bağlamda, başvuranın eşi J'nin, bazı Amerikan davalarda olduğu gibi, başvuranın embriyoları taşıyıcı anne ile kullanabilme riskinden korkması için bir nedeninin olmadığını belirtiriz. Taşıyıcı bir anneye bağlılık, Amerikan mahkemelerinin kamu düzeni temelindeki sözleşmeleri uygulamayı neden reddettiğinin sebeplerinden birisi olmuştur fakat böyle bir kamu düzeni sorununun burada uygulanmadığının altını çizmek zorundayız. Mahkemenin, çıkarlar ihtilafının "...üçüncü kişileri koruma sorunundan arındırma..." (*Odièvre*

davası, 44. paragraf) ile uğraşmaması gerektiğini tespit ettiği noktadan bakınca da, mevcut dava, *Odièvre* davasından farklıdır. Yani bir taşıyıcı gibi, üçüncü bir tarafın yersiz müdahalesinden korunması yönündeki J'nin yasal çıkarları gerçekten var olmamıştır.

7. Benzer biçimde, yerel mahkemeler tarafından geliştirilen ve mahkememiz tarafından kabul edilen iyi niyete biraz ağırlık verdik. Başvuranın iyi niyetli olduğu zamanlardaki J'nin iyi niyeti, rızanın geri alımını daha kutsal ve saygıyı hak eden bir imkân haline getiren bir araç değildir. Öte yandan, geri alımından ötürü J'yi kusurlu bulmaksızın, bununla birlikte yalnızca 1990 kanunu hükmündeki bir kişi olan J, başvuran için onanmaz zararlara neden olmuştur. İyi niyet savı, görünüşe göre, akit düşüncelerini temel almıştır. Peki ya J kötü niyetli davranmış olsaydı? Hukuktaki sert düzenleme, böyle bir davada bile, herhangi bir istisna tanımayacaktı. Fakat muhtemelen mahkeme, bunu hesaba katmak için kendisini zorunlu hissedecekti, böylece istisnaî bir kural getirilecekti! Böyle bir mantık, bizim burada yaptığımız gibi, mahkemeyi davadaki kişisel olgulara bakmaya zorlardı.

8. Çoğunluktan farklı olarak, "*hukukun niteliği*"nin içtihatlarımızda anlaşıldığı kadarıyla, yerel mahkemelerin "*niteliği*"nden memnun değiliz. Tabii ki, bir "*belirgin sınırlı*" kural, kaba seçenekler sunsa da, aynı şekilde açık ve kesindir. Ancak kusurlu bir hukukun çekışmeli kişisel haklar arasında ya da hatta kişisel haklar ile kamu çıkarları arasında doğru bir denge kurmuş olmasının nasıl ifade edildiğini görmek de tuhaf olurdu. 1990 kanunu birkaç ciddi noktaya yanıt vermez. LY Arden'in belirttiği gibi, IVF tedavisi sırasında tarafların ayrılması veya boşanması ya da ayrı kalmaları durumunda ne olacağı hakkında hukuk sessiz kalmıştır. Bunu, başvuranın durumunda uygulanabilir kurallar tarafından ona yeterli derecede yol gösterilmemiş olması izlemiştir ve hukuktaki bu ihmalden dolayı, başvuran kendi durumunu idaresini düzenleyememiştir (*Silver ve Diğerleri / Birleşik Krallık*, 86.-88. paragraflar).

Bir "*belirgin sınırlı*" kural, sözleşme haklarının korunma anlayışı tarafından sınanmalıdır. Davanın pozitif yükümlülüklerle ilgili bir dava ve başvuranın hakkına devlet tarafından müdahaleyi içeren bir dava gibi çözümlendiği olgusu, hukukun kesin niteliği koşuluna göre ayırım yapmamalıydı. Dava hakkında, devletin müdahalesini içeren bir dava olarak, yerel mahkemelerin yaptığı gibi karar verilmemiş olsaydı, bu durumda mahkeme, hukukun niteliğini gözden geçirme ihtiyacını

hissederdi. Davanın pozitif yükümlülükler bakımından görüldüğü zaman, aynısının uygulanması gerekir.

9. Özetlemek gerekirse, mahkemenin içtihatlarında kabul edildiği gibi, devletler, kişilerin çekişen özel yaşam çıkarları üzerinde çalışmadaki belirli bir takdir sınırını kullanırlar ve bu yüzden kural, yasal düzenlemelerin “belirgin sınırlı” kuralı esas aldıkları davalarda bile, yerel düzenlemelerin ilke olarak, onaylanması gerektiği yönündedir. Ancak davanın koşulları içerisinde böyle bir kuralın katı uygulamasının onanmaz zararlar vermeye veya bir tarafın haklarının özünü yok etmeye önderlik edebildiği durumlarda, istisnalara izin verilmelidir. Belirgin sınırlı yasama, Avrupa bağlamında istisnaîdir ve bu yüzden bunun mahkeme tarafından tam anlamıyla dikkatlice gözden geçirilmesi gerekir. Biz, belirli ve özgün koşullar içerisinde taraflardan birinin çıkarlarının ilişkili öneminin, diğer tarafın çıkarlarını çiğnemesine izin verilmemesini gerektirdiğini düşünüyoruz.

Sonuç olarak, eldeki davaya bu ilkeleri uygularsak, bize göre doğru yaklaşım şöyle olurdu: *rızasını geri alan ve embriyoların yok edilmesini isteyen tarafın çıkarları (eğer iç hukuk böyle öngördüyse) üstün gelmelidir, meğerki (a) diğer tarafın genetik-ilişkili çocuğa sahip olmak için başka bir yolu olmasın, (b) hiçbir surette çocuğu olmasın ve (c) diğer taraf yerleştirme işlemi için bir taşıyıcı anneye müracaat etmeye niyetli olmasın.* Bu yaklaşımın kendi ihtilaflı kişisel hakları arasında olduğu kadar, kamusal ve özel çıkarlar arasında da doğru dengeyi kuracağına inanıyoruz. Bu test doğaldır, çünkü kadın ve erkek taraflarına eşit biçimde uygulanabilir.