

Hâkimin Adaletsizliği Görmesi Üzerine Bir İnceleme: Evans v Birleşik Krallık

Nadire Özdemir*

Ankara Üniversitesi

Öz

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Evans v Birleşik Krallık davası, soyut hukuk kurallarının somut olay adaletini sağlamada zayıf kaldığı ve bu anlamda hâkimlerin yorumunun büyük önem taşıdığı bir örnektir. Bu makalede Evans v Birleşik Krallık davası temelinde hâkimin somut olayı ve olaydaki kişilerin durumunu görmesi üzerine bir değerlendirme yapılmaktadır. Değerlendirme ihtimam etiği ve ilişkisel özerklik teorisi ve Gülriz Uygur'un "adaletsizliği görmek" yaklaşımını temel alarak yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Evans v Birleşik Krallık, ihtimam etiği, ilişkisel özerklik, toplumsal cinsiyet, yargı etiği.

* Arş.Gör. Dr. Nadire Özdemir, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi, Ankara-Türkiye. E-posta: naozdemir@ankara.edu.tr. ORCID ID: : 0000-0003-1406-4833.

Judges Seeing Injustice: Evans v United Kingdom

Nadire Özdemir

Ankara University

Abstract

Evans v The United Kingdom case is good example of the fact that the abstract rules cannot sometimes provide substantial justice. In this regard, the interpretation of the judges is of great importance. This article discusses the role of judges to see the injustice of a case by using Evans v the United Kingdom decision. Discussions based on the theory of care ethics, relational autonomy and Gulriz Uygur's approach "to see injustice".

Keywords: *Evans v the United Kingdom, care ethics, relational autonomy, gender, legal ethics.*

Giriş

Üreme teknolojisindeki hızlı gelişme, hukuki ve etik açıdan birçok soruyu da beraberinde getirmektedir. Hukukun henüz düzenlenememiş olduğu alanlar, somut olay adaletini sağlamak açısından kaygan bir zemin sunmaktadır. Bu zor zeminde özellikle hâkime adaletsizliği 'görmek' adına aktif bir rol düşmektedir. Görmek, Gülriz Uygur'un deyimiyle, tüm o soyut hukuk normları ve prosedürleri arasında insana ne olduğunu anlamakla ilgilidir. Zira insanın görülmemesi, adaletsizliği doğurur (Uygur, 2013: 13, 30).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Evans v Birleşik Krallık kararı¹, üreme teknolojisindeki gelişmeye ayak uyduramayan hukukun somut olay adaletine uygun düşmeyen sonuçları doğurması bakımından özel bir yere sahiptir. Bu makalede söz konusu dava özelinde hâkimin somut olayı ve olaydaki kişilerin durumunu görmesi üzerine bir değerlendirmede bulunacağım. Amacım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin üreme hakkına ilişkin tutumuna yönelik bir değerlendirme yapmak değil, sadece Evans v Birleşik Krallık davası temelinde soyut hukuk kurallarının somut olay adaletini sağlamada cılız kaldığını göstermek ve bu anlamda hâkimlerin yorumunun ne kadar büyük önem taşıdığını sergilemektir. Bu tartışmanın teorik zemini de ihtimam etiği ve ilişkisel özerklik yaklaşımından beslenen Gülriz Uygur'un hâkimin adaletsizliği görmesi üzerine çalışması olacaktır.

Somut Durumun Özelliğini Görmek ve Bağlama Bağlı Hareket Etmek

Soyut hak ve ilkelerin kimi zaman somut olay adaletini sağlamadaki yetersizliği, tek olayın özelliğine ve bağlama bağlı hareket etmenin önemine vurgu yapılarak eleştirilmektedir (O'Dowd, 2012: 407). Bu eleştiriler, soyut hak ve ilkelerle bağdaştırılan "adalet etiği (justice ethics)" (O'Dowd, 2012: 407) ile bunun karşısında konumlanarak ihtimamı temel alan ihtimam etiği (Herring, 2013: 46-47) olmak üzere iki farklı yaklaşım ekseninde şekillenmektedir.

İhtimam etiği, hukukun rolü ve hakların doğası anlayışının yeniden tanımlanmasını öngörür (Herring, 2013: 47). İhtimam göstermenin insan doğasında yer aldığı varsayımıyla başkalarına bağıllığın (dependency) insani bir yön olduğuna dikkat çeker (Herring, 2013: 49-56). Bu anlamda menfaatleri de birbirinden ayırmanın güç olduğunun ve bireylerin birbirlerine karşı sorumluluklarının önemli olduğunun altını çizer (Herring, 2013: 59-61). İhtimam etiğinin özellikle bu makalede kullanacağım en önemli karşı çıkışı soyut hak argümanlarının somut olay adaletini sağlamadaki yetersizliğidir. Bu etik yaklaşım, her zaman için tek olayın koşullarına, tarafların ilişkilerine ve özelliklerine; kısacası somut gerçekliğe önem verir (Herring, 2013: 62). Bu husus, ihtimam göstermenin bir gereğidir. Zira belirli bir durumdaki belirli bir bireyin ihtiyacı ister istemez kişiselleşmiştir ve genelleştirilmiş kurallar kimi zaman bu ihtiyaca cevap veremez (Herring, 2013: 62). İhtimam etiğinden beslenen ilişkisel özerklik yaklaşımı ise bireyin içinde bulunduğu koşulların görülmesine yönelik daha güçlü bir argüman sunar. Özerkliğin ilişkisel olarak kurulduğunu belirten bu yaklaşım, bireylerin içinde bulunduğu ilişkilerin, onun

eylemlerini etkilediğini varsayar (Herring, 2014: 21). Birey, ilişkileri ve koşulları çerçevesinde özerkliğini yaşayacaktır, zira söz konusu ilişkiler ve koşullar tutum ve davranışlarını ister istemez şekillendirecektir. Bu davranış ve tutumların değerlendirilmesi noktasında da Uygur'un yaklaşımı tek durumun özelliğini görmek bakımından hâkimlerin karar verme sürecine ilişkin önemli hususlara dikkat çekmektedir.

Bu makale kapsamında odaklanılan hâkimin adaletsizliği görebilmesi tek durumun özelliğinin iyi bilinmesini şart koşar (Uygur, 2013: 167). Koşulların iyi görülmesi ve bilinmesi, Uygur'un deyimiyle, olaydaki kişilerle "dertlenerek ilgilenmeyi", gerektirir (Uygur, 2013: 150, 156). Uygur'un yaklaşımında ilgilenmek gerek pasif gerekse aktif olarak gerçekleşebilir. Pasif formda ilgilenmek tarafları önyargısız ve açık fikirlilikle dinlemek demektir (Uygur: 2013: 157). Aktif ilgilenmek ise bağlama uygun hareket etmede ortaya çıkar. Bağlama uygun hareket etmek, somut olayın kendine has özelliklerini fark etmek, bulunulan şartlarda adaletsizliğe yol açan durumları görmek ve buna göre davranmak anlamına gelir (Uygur, 2013: 156). Bu anlamda, hikâyenin bütününe olabildiğince iyi bilinmesi ve durumun özelliklerinin doğru okunması gerekir (Uygur, 2013: 75-83). Kısacası Uygur, ihtimam etiği ve ilişkisel özerklik teorilerini, hâkimlerin karar vermelerine yönelik bir yaklaşımla yorumlar.

Evans v Birleşik Krallık davası, temsil ettiği değerlere dair kapsamlı tartışmalara yol açan, yardımcı üreme tekniklerinin hukuki alanda yarattığı öngörülemeyen sonuçlara yönelik görüş ayrılıklarına sebep olan ve bu anlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin çığır açan ilk kararlarından biridir (Ben-Naftali & Canor, 2008: 131). Bu davayı yukarıda bahsedilen teori ve yaklaşımlar kapsamında daha iyi değerlendirebilmek için, olaya özgü koşullara ve tarafların özel durumlarına yönelik hususları daha kapsamlı aktarmak gerekmektedir.

Biten Bir İlişkidен Kalan Dondurulmuş Embriyolar

İngiltere'de yaşayan Natallie Evans'ın her iki yumurtalıklarında ciddi prekanseröz tümörlere rastlanır ve yumurtalıklarının bir an önce alınması gerektiği doktorlar tarafından tespit edilir. Tümörlerin gelişimi henüz yavaş seyirde olduğu için birkaç yumurtanın alınıp in vitro² döllenme için korunabileceği de söylenir. Ancak bu operasyon tümörler daha da büyümeden, bir an önce yapılmalıdır. Natallie ve partneri J. çocuk sahibi olmak istedikleri için doktorların uyarısına uyup, 2001 yılında kliniğe giderek in vitro döllenmeyi gerçekleştirmek isterler. Klinikteki hemşire, İngiltere'nin ilgili yasaları (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) uyarınca oluşturulmuş embriyoları Natallie'nin rahmine yerleştirmeden önce herhangi birinin rızasını geri çekebileceği uyarısında bulunur. Bunun üzerine Natallie kliniğe, döllenmemiş yumurtalarını dondurup donduramayacağını da sorar. Ancak hemşire, bu prosedürün daha az başarıya ulaştığını, ayrıca kendi kliniklerinde bu işlemi gerçekleştiremedikleri dolayısıyla Natallie'nin başka bir kliniğe gitmesi gerektiğini belirtir. O noktada J., Natallie'ye olumsuz düşünmemesini ve yumurtalarını dondurmamayı unutmamasını söyler. Yani J. Natallie'ye ayrılmayacaklarına ve dolayısıyla çocuğun babasının kendisi

olacağına dair güvence verir. Böylece her iki tarafın da rızası üzerine 6 embriyo oluşturulup dondurulur ve embriyoların, kendilerinin ölümü veya zihinsel engellilik halinde dahi 10 yıl süreyle muhafaza edileceğine dair belgeler imzalatılır. Daha sonra Natalie yumurtalıklarını aldırır, kanser tedavisine başlar. Bu arada kendisine, dondurulmuş olan embriyoları kullanıp hamile kalması için en az 2 yıl beklemesi gerektiği söylenir.

Ancak yaklaşık 6 ay sonra Natalie ve J.'nin ilişkileri sona erer. J. hemen kliniği arayıp ayrıldıklarını ve embriyoların imha edilmesi gerektiğini haber verir. Klinik, J.'nin rızasını geri çektiğini göz önünde bulundurarak embriyoları imha etmeyi kabul eder. Bunun üzerine Natalie hukuk savaşını başlatır. Yerel mahkemeler ilgili yasaların açıkça taraflardan herhangi birinin onayını çekmesini embriyoların imhası için yeterli bulduğu gerekçesiyle Natalie'nin talebini, reddeder. J., İngiliz yasaları uyarınca kendisine verilmiş bir hakkı kullanmaktadır. Natalie rızanın tek taraflı geri alınması durumunda dahi embriyoların imha edileceğini bilmektedir ve bu anlamda J.'nin talebinin hukuka aykırılığı söz konusu değildir. İç hukuk yollarını tüketen Natalie ulusal mahkemelerin verdiği kararın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) yaşam hakkını (m. 2), özel ve aile hayatına saygı hakkını (m. 8) ve ayrımcılık yasağını (m. 14) ihlal ettiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne (AİHM) başvurur. Mahkeme, bir tür dilemma içeren bu davada tarafların menfaatlerinin ölçülemez ve uzlaştırılmaz olduğunu tespit eder (Zucca, 2007: 447). Ancak AİHS'nin her üç maddesini de tartıştıktan sonra Natalie'nin başvurusunu reddeder.

AİHM, embriyoların imha edilmesini Sözleşmenin yaşama hakkını düzenleyen maddesine aykırı bulmaz. AİHM embriyoların yaşam hakkının olup olmadığı meselesini daha çok ülkelerin takdir hakkına bırakmaktadır. Bu davada da Birleşik Krallık yasaları uyarınca embriyonun bağımsız bir menfaati veya hakkı olmadığı, dolayısıyla yaşam hakkından bahsedilemeyeceği açık olduğu için başvuruyu yaşam hakkını düzenleyen AİHS m. 2 kapsamında reddeder.

Özel ve aile hayatına saygı hakkı bakımından Mahkeme geniş bir değerlendirmeye yer verir. Özel hayatın, bireyin fiziksel ve sosyal kimliğini de içeren ve bireysel özerklik, bireysel gelişim ve diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirmeyi de kapsayacak şekilde bir tanımını yapar (Paragraf 71). Dava konusu olayda başvuranın sosyal, hukuki ve hatta fiziksel olarak hala anne olabileceğinin, fakat genetik olarak anne olup olamayacağı sorusunun altını çizer, J.'nin zorla baba kılınamayacağı savunmasını da aynı derecede haklı bularak bu savunmanın da m. 8 kapsamında ele alınabileceğini saptar (Paragraf 72). Bu davanın sadece bireysel hakları ilgilendirmenin ötesinde rızanın önemine ve hukuki belirlilik ve kesinlik gibi kamu menfaatini ilgilendiren ilkelere de işaret ettiğini belirtir (Paragraf 74). Ancak ilgili yasanın farklı düzenlenebileceğini kabul etse de şu anki düzenlemeyi, ülkelerin takdir hakkını dikkate alarak AİHS m. 8'e aykırı bulmaz (Paragraf 77-92). Natalie'nin özel ve aile hayatına saygı hakkı ile ilişkili olarak ileri sürdüğü ayrımcılık yasağı (m. 14) ihlali iddiası da böylece göz önünde bulundurulmaz.

Soyut Düzenlemelerin Natalie'nin Durumunu Görmeye Yetersizliği

Dava sonucunda klinikte bekletilen 6 embriyo imha edilir. Natalie davadan çıkan karar karşısında mahvolduğunu söylerken eski partneri J., Natalie'nin durumunu anlayabildiğini; fakat dava sonucunda sağduyunun kazandığını; çünkü "ne zaman ve kiminle birlikte çocuk sahibi olacağına" kendisinin karar vermesi gerektiğini belirtir³. Bu davada, hâkimin adaletsizliği görmesi üzerine pek çok şey söylenebilir. Mahkemenin oy çokluğuyla aldığı kararın eksiklikleri, muhalefet şerhi yazan hâkimlerin görüşleri, doktrinde tartışılan değerler ve yaklaşımlar ışığında tartışılabilir. Keza ilgili kararı kimi yazarlar haklar argümanına yeteri kadar yer verilmediği gerekçesiyle eleştirmiş (Ban-Naftali & Canor, 2008) kimi yazarlar ise kararın üstü kapalı olarak sosyal, genetik ve hukuki anlamda ebeveyn ayrımı yapıp bunlardan birini idealleştirdiği eleştirisini getirmiştir (Morris, 2007; Lind, 2006). Ben hepsinden öte, Natalie'nin sesinin yeteri kadar duyulmadığı veya duyulmuş olsa da yargı kararına yeteri kadar yansıtılmadığı noktasından hareket edeceğim. Bu bağlamda da ilk olarak mahkemenin somut olaya yüzeysel ve eşit olmayan bir karşılaştırmayla yaklaştığı iddiasından başlamak istiyorum.

İngiltere'deki yerel mahkemeler, Natalie'nin yerinde erkek biri olsaydı da aynı kararı vereceklerini belirtmiştir. Başvuran kanser hastası bir erkek olsa, tedavi öncesi spermlerini kadın partnerinin yumurtasıyla birleştirip oluşturduğu embriyoları dondursa, ancak daha sonra partneri fikrini değiştirip embriyoları imha etmek istese, böyle bir durumda dahi yerel mahkeme, erkek başvuranın genetik çocuğuna sahip olma şansını ortadan kaldıran bir karar vereceğini söylemiştir (Paragraf 23). Bu anlamda yerel mahkeme kadın ve erkek arasında cinsiyet ayrımcılığının yapılmadığının altını çizmiştir. Ancak bu husus, kadın ve erkeğin farklılıklarını görmediği için sorundur. Şöyle ki, Craig Lind'in de belirttiği üzere, eğer J. testislerinden kanser tedavisi görüyor olsaydı ona embriyo oluşturmaktan önce spermlerini dondurması önerilecekti. Zira o günkü şartlarda üreme teknolojisi sperm dondurmaya ve sonra da kullanmaya, yumurta dondurmadan daha kolay ve sorunsuz şekilde gerçekleştirebilmekteydi (Lind, 2006: 588). Böylelikle her ne kadar yasalar şekli olarak kadın ve erkeğe bu konuda eşit hak veriyor gözükse de uygulamaların kadın üzerindeki sonuçları orantısızdır (Lind, 2006: 588). Dolayısıyla, yardımla üreme tekniklerinde erkekle kadının embriyo üzerindeki kontrolünün eşit olduğunu varsaymak somut olaydaki gibi hakkaniyete uygun olmayan bir şekilde sonuçlanabilir. Bu anlamda Uygur'un, özellikle üreme hakkına dair soyut hak tartışmaları kapsamında kimi zaman kadınların durumunun gerçek derinliğinin görülmediği ve dolayısıyla seslerinin yeteri kadar duyulmadığı eleştirisine (Uygur, 2013: 48) katılıyorum. Kadın ve erkeğin aynı haklara sahip olduklarını varsaymak onları gerçek anlamda eşit kılmamaktadır. Dolayısıyla mevcut adaletsizliklerin farkında olarak 'farklı ses'i duymak gerekmektedir. Bu farklı sesi duymak için de mevcut adaletsizlikleri besleyen klişe ve varsayımları bir kenara bırakarak somut olayın koşullarını adalete ve eşitliğe uygun yorumlamak şarttır (Uygur, 2015:124-129).

Diğer yandan, yerel mahkemelerin belirttiği (ancak kabul etmediği) gibi, gerçek karşılaştırma benzer durumdaki kadın ve erkek arasında değil; üreme

organları sağlıklı olan bir kadın ile başvuran gibi in vitro yöntemi kullanmak zorunda kalan kadın arasında yapılmalıydı (Paragraf 27). Zira in vitro olmayan bir birleşme sonucu erkeğin embriyo üzerindeki kontrolü neredeyse yoktur. Birleşme olduktan sonra erkeğin rızasını geri çekip embriyoyu yok etmeye yönelik kadın üzerindeki baskısı düşünülemez (Grover, 2007: 94-95)⁴. Bu anlamda Evans v Birleşik Krallık davası embriyonun kadının vücudunda yer alıp almamasının önem arz ettiğini belirten bir mesaj içermektedir (Ford, 2008: 184). Üreme organları sağlıklı olan ve sağlıklı olmayan kadınlar arasında ayrımcılıkla sonuçlanan bu mesaj somut olayda Natallie'nin durumunun yeteri kadar iyi görülmemesine sebep olmaktadır.

Yukarıda kısaca açıklanan bağlama bağlı hareket tarzını İngiliz yerel mahkemeleri veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi'nin yorumlarında görmek pek mümkün değil. Zira çoğu kez somut olayın teklifi ve kendine özgü detayları, soyut hak tartışmaları arasında göz ardı edilmektedir. Ancak AİHM kararına ortak muhalefet şerhi yazan hâkimlerin yukarıda bahsedilen ihtimam etiği ve ilişkisel özerklik teorilerine uygun hareket ettikleri söylenebilir. Gerçekten de Hâkim Türmen, Hâkim Tsatsa-Nikolovska, Hâkim Spielmann ve Hâkim Ziemele'in görüşlerinde bağlama bağlı hareket yaklaşımının izlerine rastlanmaktadır.

Muhalefet şerhine imza atan hâkimler, her ne kadar ilgili yasaların açık olduğunu ve hukuki kesinlik ve öngörülebilirlik anlamında yasaya uygun davranan Mahkemenin kararının önemli olduğunu belirtse de somut olayın koşullarının farklı bir akıl yürütmeyi gerektirdiğini ve bu anlamda Natallie'nin genetik olarak ebeveyn olmak istemesinin, J.'nin ebeveyn olmak istememesi hakkına ağır bastığını düşünmektedir. Bu akıl yürütmeyi yaparken de tamamen somut olayın teklifinden hareket ederek, koşulların ve kişilerin özelliğinin farklı şekilde karar vermeyi gerektirdiğine dikkat çekerler. Somut olayda Natallie'nin genetik olarak anne olabilmesi için tek ve son şansı dondurulmuş olan embriyolardır. Bunun için bir tedaviden geçmiştir ve ilgili yasalar da normal yollardan ebeveyn olamayan kişilerin bu haklarını gerçekleştirmeleri için konulmuştur. J. bu embriyoları imha ettirse dahi ileride genetik olarak ebeveyn olmak istediğinde sağlıklı buna elverişlidir. Ancak Natallie'nin böyle bir şansı artık kalmamıştır. Bu anlamda muhalif hâkimler Mahkemenin tarafların menfaatlerini karşılaştırmasını eleştirerek "iki taraftan birinin kararını boş ya da anlamsız hale getirmek, menfaatlerin dengelenmesi olarak değerlendirilemez.", derler (Muhalefet şerhi, paragraf 7). Ayrıca, somut olayın gidişatında çoğunluk görüşe katılan hâkimlerin pek önemsemediği bir olaya da dikkat çekerler. Natallie sadece döllenmemiş yumurtalarını dondurmak istediği zaman J.'nin verdiği güvence onu yumurtalarını dondurmaktan vazgeçmeye cesaretlendirmiştir. Bu husus göz önüne alındığında Natallie, yakın bir ilişkinin doğası gereği iyi niyetle hareket etmiş ve de o zamanki partneri J.'ye güvenerek yumurtalarını dondurmanın başka bir yolunu aramak yerine embriyoların dondurulma sürecini başlatmıştır (Muhalefet şerhi, paragraf 8). Çoğunluk görüşü, J.'nin verdiği sözün sonucu Natallie'nin güven ilişkisi içerisinde hareket etmiş olmasını göz önünde bulundurmamaktadır. Muhalif hâkimler, J.'nin verdiği güvence karşısında farklı

hareket etme olanağından vazgeçen Natallie'nin bu durumunun Mahkeme çoğunluğu kararında değerlendirilmemesini de eleştirirler (Muhalefet şerhi, paragraf 8). Gerçekten de Natallie'nin J.'nin sözleri üzerine yumurtalarını dondurmaktan vazgeçip embriyoları dondurmaya kabul etmesi ilişkisel özerklik ve "rıza" kavramı çerçevesinde tartışmaya değerdir. İlişkisel özerklik yaklaşımı, rızanın verildiği andaki koşulları ve farklı tercih olanaklarını da göz önünde bulundurmaya gerektiğinin altını çizer. Rızanın en ideal halinin, duruma ilişkin bilginin tam olarak verildiği, farklı tercih şanslarının sunulduğu ve dış baskının olmadığı bir şekilde gerçekleşeceğini belirtilmektedir (Herring, 2009: 62). Natallie'nin rızası bu ideal halden uzak olmanın ötesinde, kadın-erkek ilişkilerinin politik niteliği düşünülduğünde problemlidir. Catharine MacKinnon (özellikle cinsellikte) gerçek rıza veya rızasızlık halinin, kadının erkekle olan ilişkisine bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürer (MacKinnon, 2013: 203). Natallie'nin o dönemki J. ile yakın ilişkileri, yumurtalıklarını dondurma imkânının kısıtlı olması ve J.'nin verdiği güvence hesaba katıldığında Natallie'nin embriyoları dondurmaya razı olması hukukun idealleştirip yücelteceği bir "rıza" kavramına işaret etmemelidir. İlişkisel özerkliğin altını çizdiği üzere, bireyin tutum ve davranışları, içinde bulunduğu şartlara göre şekillenmektedir. Bu anlamda Natallie'nin o dönem rızasını verirken hangi şartlar altında olduğunu iyi görmek gerekir.

Ayrıca, muhalif hâkimler, embriyonun iki kişinin ortak bir ürünü olduğunu, rahim içine implante edildiğinde bebeğe dönüşeceğini belirterek, davaya konu olan embriyonun J.'nin rızasıyla imha edilmesinin, Natallie'nin yumurtalarını da yok ettiğine işaret ederler (Muhalefet şerhi, paragraf 8). Natallie'nin embriyo üzerindeki hakkının mülkiyet olduğuna dair bir ibareyi yerinde olarak kullanmazlar. Ancak, somut olayın, sözleşme hukukundaki rıza kavramının ötesinde bir tartışmayı hak ettiğinin altını çizerler (Muhalefet şerhi, paragraf 10). Gerçekten de, bu davada sperm veya yumurtanın mülkiyet konusu olup olmayacağı meselesi olayın niteliği gereği önemini yitirmektedir (Herring & Chau, 2014: 42). Jonathan Herring ve P-L Chau'nun belirttiği gibi, vücudumuzun her bir bölümü üzerinde aynı derecede menfaate sahip değiliz. Bedensel uzvun ya da bedensel ürünün doğasına bağlı olarak menfaat türü değişebilir (Herring & Chau, 2014: 42). Bu noktada yazarların bedenlerimizin birbirine bağlanmış (interconnected) ve değişken olduğu ve bu yüzden de mülkiyet hakkı veya bireysel özerklik bağlamından farklı bir statü altında tartışılması gerektiği⁵ görüşünü, dava konusu embriyolar açısından da haklı buluyorum. Bu görüş, ihtimam etiğinin de uzantısı olarak bireylerin birbirine bağımlı ve özerkliklerinin ilişkisel olarak kurulduğunun bir yansımasıdır.

Yukarıdaki açıklamalar birlikte düşünüldüğünde, muhalif hâkimlerin Uygur'un yaklaşımına da uygun olarak adaletsizliği görmek adına bağlama bağlı hareket ettiklerini ve bu anlamda 'dertlenerek ilgilendikleri' söylenebilir. Bağlama bağlı hareket etmek, somut olaydaki kişilerle ilgilenmeyi ve bu anlamda onlara sempati göstermeyi de gerektirir. Keza muhalefet şerhi yazan hâkimlerin Natallie'ye sempati göstererek yaklaştıklarını da görüyoruz. Hâkimin sempati göstermesi, hâkimin taraflarla girdiği etik ilişkinin bir sonucudur. Uygur'a göre hâkimin taraflara sempati göstermesi, somut olayın koşulları altında ilgili kişilerin

nasıl hissettiğini anlamasıyla ilgilidir (Uygur, 2013: 159-163). Bu davadaki sempati, insanların genellikle genetik olarak kendi çocuklarına sahip olmak isteyebileceği konusu üzerinden şekillenmektedir (Lind, 2006: 586). Natallie'nin koşulları gereği bu şansı elinden alınmaktadır. İronik olarak, ilgili yasa (Human Fertilisation and Embryology Act 1990) çocuk sahibi olamayan kişilere yardımcı üreme yolunu açarken Natallie'nin durumunda bunun önünü (en azından genetik anlamda) kapatmaktadır. Her ne kadar, sadece kendi genetik çocuklarımızı yetiştirme saplantısını tamamen onaylamayan yazarlara katılsam da toplumsal bir olgu olarak bu arzunun yaygın olduğunu kabul etmek durumundayız (Lind, 2006: 587). Bu sebeple de, genetik çocuğuna sahip olmak için son şansı bulunan bir kadının bu imkânını elinden alan yasaları yorumlarken daha dikkatli davranmamız gerektiği görüşünü paylaşıyorum (Lind, 2006: 587).

Sonuç

Soyut hak argümanlarının çoğu zaman somut duruma veya bağlama odaklanmakta yetersiz kaldığı, doktrinde eleştirilmektedir (O'Dowd, 2012: 409). Bu anlamda, somut olay adaletini sağlamak için soyut kuralları bağlama bağlı yorumlamak şarttır. İhtimam etiği ve ilişkisel özerkliğin de temele aldığı bağlama bağlı yorum, olaydaki kişilerin özel durumuna ve ilişkilerin hikâyesine odaklanmayı gerektirir⁶. Bu odaklanma da hâkimin, adaletsizliği görebilmesi için Uygur'un "dertlenerek ilgilenmek" olarak belirttiği aktif bir rol üstlenmesini şart kılar. Evans v Birleşik Krallık davası, soyut düzenlemelerin, kadının sesinin yeteri kadar duyulmamasına sebep olduğu ve hâkimlerin bağlama bağlı yorumunun kaçınılmazlığına bir örnek olması anlamında önemlidir. Zira birçok konuda olduğu gibi üreme hususunda da kadın ve erkeği soyut olarak eş saymak ve bu anlamda rızalarının eşit olduğunu varsaymak her zaman için adil bir sonuç doğurmayabilir.

Notlar

¹ Karara şu adresten erişilebilir: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["815166"\], "itemid":\["001-80046"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Erişim tarihi: 25.5.2017.

² In vitro dölleme (IVF), kadının yumurtasının erkeğin spermile laboratuvar ortamında birleştirilmesi anlamına gelmektedir. (Bkz. <https://medlineplus.gov/ency/article/007279.htm>, erişim tarihi: 21.1.2017).

³ Bakınız: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/6530295.stm>.

⁴ Öte yandan, normal yolla hamile kalan kadın örneğiyle in vitro döllemenin karşılaştırılmasını uygun bulmayan yazarlarda vardır. Örneğin Viktorija Znidarsic Skubic, erkeğin hamile kadının bedeni üzerindeki kontrolünün kurtaj yoluyla yapılabileceğini, bunun ise kadının bedensel bütünlüğünü ihlal etmek anlamına geleceğini, ancak somut olayda böyle bir durumun gerçekleşmediğini ileri sürer (Skubic, 2008: 1154-1155).

⁵ Bu görüşün detayları için bkz. Herring ve Chau, 2014: 39-43.

⁶ İhtimam etiği teorisiyle örtüşen bu yaklaşım hakkında daha fazla bilgi için bkz. Herring, 2013: 62-64.

Kaynakça

BBC News (10.4.2007). Woman Loses Final Embryo Appeal. İnternet adresi: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/health/6530295.stm>. Erişim tarihi: 20.1.2017.

- Ben-Naftali O. & Canor I. (2008). Evans v. The United Kingdom: The European Court of Human Rights. *American Journal Int'l Law*, 102: 128-134.
- European Court of Human Rights (10.4.2007). The case of Evans v. the United Kingdom. Internet adresi: [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"dmdocnumber":\["815166"\],"itemid":\["001-80046"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Erişim tarihi: 25.5.2017.
- Evans v Birleşik Krallık davası (10 Nisan 2007, ECtHR Grand Chamber, Başvuru No: 6339/05).
- Ford M. (2008). Evans v United Kingdom: What Implications for the Jurisprudence of Pregnancy? *Human Rights Law Review*, 8: 171-184.
- Grover S. (2007). Gender Bias in Judicial Decisions Concerning IVF and Embryo Implantation: Evans v The United Kingdom (Grand Chamber of the European Court of Human Rights) As a Case in Point. *Original Law Review*, 86: 86-98.
- Herring J. (2009). Relational Autonomy and Rape. İçinde, Day-Sclater S., Ebtahaj F., Jackson E. & Richards M. (Eds.), *Regulating Autonomy, Sex, Reproduction and Family*. Portland: Hart Publishing: 53-72.
- Herring J. (2013). *Caring and the Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Herring J. (2014). *Relational Autonomy and Family Law*. London: Springer.
- Herring J. & Chau P-L. (2014). Interconnected, Inhabited and Insecure: Why Bodies Should Not Be Property. *Journal of Medical Ethics*, 40: 39-43.
- Lind C. (2006). Evans v United Kingdom –Judgements of Solomon: Power, Gender and Procreation. *Child and Family Law Quarterly*, 8: 576-592.
- MacKinnon C.A. (2013). *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru* (Çev. Türkan Yöney & Sabir Yücesoy). İstanbul: Metis Yayınları.
- Medline Plus (4.5.2017). In Vitro Fertilization (IVF). Internet adresi: <https://medlineplus.gov/ency/article/007279.htm>. Erişim tarihi: 21.1.2017.
- Morris C. (2007). Evans v United Kingdom: Paradigms of Parenting. *The Modern Law Review*, 70: 992-1002.
- O'Dowd O. (2012). Care and Abstract Principles. *Hypatia*, 27: 407-422.
- Skubic V.Z. (2008). The Issue of Consent in Bio-Medically Assisted Reproduction Procedures (The Case of 'Evans v. The United Kingdom'). *Zbornik PFS*, 58: 1141-1158
- Uygur G. (2013). *Hukukta Adaletsizliği Görmek*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.
- Uygur G. (2015). Toplumsal Cinsiyet ve Adalet: Hukuk Adaletsizdir. *Ankara Barosu Dergisi*, 4: 121-132.
- Zucca L. (2007). Evans v United Kingdom: Frozen Embryos and Conflicting Rights. *The Edinburgh Law Review*, 11: 446-449.