

**YAPAY DÖLLENME TEKNİKLERİNİN
SOYBAĞI HUKUKU VE
KİŞİLİK HAKKI BAKIMINDAN
SONUÇLARI**

**Melike Belkıs Aydın
(Yüksek Lisans Tezi)**

Eskişehir, 2013

**YAPAY DÖLLENME TEKNİKLERİNİN
SOYBAĞI HUKUKU VE
KİŞİLİK HAKKI BAKIMINDAN
SONUÇLARI**

Melike Belkıs AYDIN

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Danışman: Doç. Dr. Fulya ERLÜLE**

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Nisan, 2013



JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Melike Belkis AYDIN'ın, "Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları" başlıklı tezi 12 Nisan 2013 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca toplanan **Özel Hukuk** Anabilim Dalında, **yüksek lisans tezi** olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

İmza

Üye (Tez Danışmanı) : Doç.Dr.Fulya ERLÜLE

Üye : Yard.Doç.Dr.Meral GÜRBÜZ

Üye : Yard.Doç.Dr.Kasım AKBAŞ

Prof.Dr.B.Zafer EKDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü



Yüksek Lisans Tez Özü

YAPAY DÖLLENME TEKNİKLERİNİN SOYBAĞI HUKUKU VE KİŞİLİK HAKKI BAKIMINDAN SONUÇLARI

Melike Belkıs AYDIN

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Nisan 2013

Danışman: Doç Dr. Fulya ERLÜLE

Soybağı hukuku bakımından Türkiye’de her ne kadar türdeş olmayan (heterolog) döllenme, kocanın ölümünden sonra (post mortal) döllenme yasal olmasa da bu uygulamaların fiilen yapılmasının önüne geçilemediği durumlarla karşılaşılma olasılığı mevcuttur. Türdeş olmayan döllenmenin evli çiftlerde uygulanması sonucunda, çocuğun babayla soybağının nasıl kurulacağı kocanın rızasının olması ve olmaması olasılıklarına göre İsviçre ve Alman hukuklarına kıyasla soybağının reddi davası hakkı incelenmiştir. Evli olmayan kadında türdeş olmayan döllenme uygulanması durumunda ise Medeni Kanun’da anılan tanıma, tanımanın iptali ve babalık davası süreçleri incelenmiştir. Tamamen yeni bir müessese olan taşıyıcı annelikte ise anne ile soybağının kurulması öğretilerdeki görüşler doğrultusunda baba ile soybağının kurulması hükümlerine kıyasen değerlendirilmiştir. Taşıyıcı annelikte üç farklı annelik olasılığı biyolojik, genetik ve sosyal annelik kurumları üzerinde durulmuştur.

Yapay döllenme tekniklerinin kişilik hakkı bakımından incelenecek sonuçları arasında bireylerin üreme hakkı, insan embriyosu ve cenininin yaşam hakkı ve kişinin kökenini bilme hakkı bulunmaktadır. Üreme hakkının hukuki mevzuattaki temelleri ile eşitlik ilkesine aykırı olduğu savunulan kısıtlamalar AİHM kararları ışığında incelenmiştir. İnsan embriyosu ve cenininin yaşam hakkının hukuki mevzuattaki temelleri ile bu hakkı ihlal edici genetik tanılama teknikleri ve fazla üretilen embriyo ve ceninlerin imhası üzerinde biyoetik disiplinini de dikkate alınarak tartışılmıştır. Kişinin kökenini bilme hakkını kısıtlayan bebek sandığı, sperm bağıışı gibi uygulamalar da AİHM kararları doğrultusunda incelenmiştir.

Anahtar kelimeler: yapay döllenmede soybağı, üreme hakkı, insan embriyosu ve cenininin yaşama hakkı, preimplantasyon genetik tanı, prenatal genetik tanı, kökenini öğrenme hakkı, bebek sandığı, anonim doğum, sperm bağıışı

Abstract of Master Thesis

**THE LEGAL ASPECTS OF THE ARTİFİCİAL INSEMINATION
BY PATERNITY LAW AND THE
RIGHT OF PERSONALITY**

Melike Belkıs AYDIN

Privat Law

Anadolu University Institute of Social Sciences, April 2013

Advisor: Ass. Prof. Fulya ERLÜLE

The first part of this thesis consists of types and causes of artificial insemination, its short historical view and international and national regulations. In the second part of this thesis will be examined the aspects of paternity law. Even its not aloud in Turkey to heterogenous or post mortal artificial insemination its well known, that the citizens put that in practise. In this cases, the problem how to create the kid its paternity to his father will be solved compering to the Swiss and German civil law systems. The resolution have deferences by married couples and single woman. Surrogate motherhood is one of this problems too. There are three different types of motherhood, which is called biological, genetical and social moterhood.

The results of artificial insemination by personality right are right to reproduction, right to live of human fetus and embriyo and right to know of one's origin. In this part of the thesis will be examinedby a view of the international and national legal regulations and the European Court of Human Rights the right to reproduction. The second stuff of right to personality is the right tol ive of human embryo and fetus. The selected embriyos by genetic diagnosis process and extra producted embriyos by the artificial insemination process will be destructed. Their destruction will be exmined by the civil right point of vies comparing to Swiss and German Legal systems. The right to know of one's own origin is not defined in Turkish law, but discussed in doctrin of law. By the sperm donation and surrogate moterhood the right to know one's own can come to order.

Keywords: artificial insemination, paternity law, surrogate moterhood, preimplantation genetic diagnosis, prenatal genetic diagnosis, baby nest, anonym birth, sperm donation, the right to live, the right to know of one's own

04/07/2013

ETİK İLKE VE KURALLAR UYGUNLUK BEYANNAMESİ

Bu tez/proje çalışmasının bana ait, özgün bir çalışma olduğunu; çalışmamın hazırlık, veri toplama, analiz ve bilgilerin sunumunda bilimsel etik ilke ve kurallara uygun davrandığımı; bu çalışma kapsamında elde edilmeyen tüm veri ve bilgiler için kaynak gösterdiğimi ve bu kaynaklara kaynakçada yer verdiğimi, bu çalışmanın Anadolu Üniversitesi tarafından kullanılan bilimsel intihal tespit programıyla tarandığını ve hiçbir şekilde intihal içermediğini beyan ederim.

Herhangi bir zamanda çalışmamla ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda, ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara razı olduğumu bildiririm.

Ar. Gör Melike Belkıs Aydın



Kısaltmalar Listesi

AY	Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
AD	Adalet Dergisi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJP	Aktuelle juristische Praxis
b.	bend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BMÇHS	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
BV	Bundesverfassung Schweiz
C.	Cilt
Çev.	Çeviren
Dn.	Dipnot
E	Esas
EBD	Eskişehir Barosu Dergisi
EmbSG	Embryonenschutzgesetz Deutschland
f.	Fıkra
FamPrCh	Familien Praxis Chronik
FMedG.	Schweizerisches Fortpflanzungsmedizingesetz
GG	Grundgesetz Deutschland
GIFT	GametenIntrafallopian Transfer
GUMG	Gesetz über Genetische Untersuchungen beim Menschen
HFSA	Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HUGO	Human Genome Organisation
ICSI	Intra Stoplasmic Sperm Injection
IVF	In vitro Fertilisation
K	Karar
MedR	Medizin Recht
md.	madde

MK	Medeni Kanun
PartG	Partnerschaftsgesetz
PGT	Preimplantasyon Genetik Tanı
PNT	Prenatal Genetik Tanı
RG	Resmi Gazete
rn.	randnummer
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T	tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
TET	Tubal Embriyo Transfer
UPA	Uniform Parantage Act
s	Sayfa
ÜYTE	Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik
vd.	Ve diğerleri
YD	Yargıtay Dergisi
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB	Schweizerische Zivilgesetzbuch
ZIFT	Zigot Intrafallopian Transfer
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

İçindekiler

	<u>Sayfa</u>
Öz.....	ii
Abstract.....	iii
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.....	iv
Özgeçmiş.....	v
Kısaltmalar Listesi.....	vi
Giriş.....	1

Birinci Bölüm:

Yapay Döllenme Tekniklerinin Tarihi Gelişimi, Uygulanma Nedenleri, Yapay Döllenme Teknikleri, Uluslararası ve Ulusal Mevzuat

1.Genel Olarak.....	5
2-Yapay Döllenme Tekniklerinin Tarihi Gelişimi.....	7
3-Yapay Döllenme Tekniklerini Uygulanma Nedenleri.....	8
3.1.Kısırlık.....	9
3.1.1.İnfertilite (Kısırlık) nedenleri.....	9
3.1.1.1.Kadınlarda infertilite (kısırlık) nedenleri	9
3.1.1.2.Erkeklerde infertilite (kısırlık) nedenleri	10
3.2.Ağır Kalıtsal Hastalıklar.....	10
4-Yapay Döllenme Teknikleri	11
4.1.Genel Olarak	11
4.2.Üreme Hücrelerinin Sahipleri Bakımından Ayrım	13
4.2.1.Türdeş (Homolog) Döllenme	13
4.2.2.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllenme.....	14
4.2.3.Yumurta Bağışı.....	16
4.3.Uygulanan Yöntem Bakımından Yapılan Ayrım	17
4.3.1.İn Vivo Döllenme	17
4.3.2.In Vitro Döllenme.....	17
4.3.3.Öteki Teknikler	19
4.3.4.Taşıyıcı Annelik.....	20
4.3.4.1.Genel Olarak	20

4.3.4.2.Biyoetik Tartışmalar	23
5-Yapay Döllenmeye İlişkin Uluslararası ve Ulusal Mevzuat	25
5.1.Yapay Döllenmeye İlişkin Uluslararası Mevzuat	26
5.2.1.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Genetik Mühendisliği Hakkında 934 Sayılı Tavsiye Kararı	26
5.2.2.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin İnsan Embriyosu ve Ceninlerinin Tanı Tedavi ile Bilimsel, Sınai, ve Ticari Amaçlar İçin Kullanılması Hakkındaki 1046 sayılı Tavsiye Kararı	26
5.2.3.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Bilimsel Araştırmada İnsan Embriyosu ve Ceninlerinin Kullanılmasına İlişkin 1100 Sayılı Tavsiye Kararı	27
5.2.4.İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	28
5.2.5.Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi)....	29
5.2.Yapay Döllenmeye İlişkin Ulusal Mevzuat	31
5.2.1.Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik	31
5.2.2.Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği.....	32

İkinci Bölüm

Yapay Döllenme Tekniklerinin

Soybağı Alanındaki Hukuki Sonuçları

1.Soybağı Kavramı.....	34
2.Soybağının Türleri.....	35
3.Türdeş(Homolog) Döllenmede Soybağı	36
3.1.Türdeş Döllenmede Ana ile Soybağının Kurulması	37
3.2.Tüdeş Döllenmede Baba ile Soybağının Kurulması	37
4.Türdeş Olmayan Döllenmede Soybağı	40
4.1.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllenmenin Evli Çiftlerde Uygulanması	43

4.1.1.Kocanın Rızasının Olması	43
4.1.2.Kocanın Rızasının Olmaması	45
4.1.2.1.Soybağının Reddi Davası.....	45
4.1.2.1.1.Taraflar.....	45
4.1.2.1.2.Süre	47
4.1.2.1.3. İspat	48
4.1.2.1.4.Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	49
4.1.2.1.5.Hükümleri	49
4.2.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllenmenin Evli Olmayan Kadında Uygulanması.....	49
4.2.1.Tanımaya	50
4.2.1.1.Esasa İlişkin Koşullar.....	51
4.2.1.2.Biçime İlişkin Koşullar	52
4.2.2.Tanımanın İptali.....	52
4.2.2.1.Taraflar	53
4.2.2.2. Süre	53
4.2.2.3.İspat.....	53
4.2.2.4.Yetkili Görevli Mahkeme	54
4.2.2.5.Hükümleri.....	54
4.2.3.Babalık Davası.....	54
4.2.3.1.Taraflar	55
4.2.3.2.Süre	57
4.2.3.3.İspat.....	58
4.2.3.4.Yetkili ve Görevli Mahkeme	59
4.2.3.5.Hükümleri.....	59
4.3.Taşıyıcı Annelikte Soybağı	60
4.3.1.Olasılıklar	61
4.3.1.1.Taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılması.....	62
4.3.1.2.İstemde bulunan kadının yumurtasının kullanılması.....	63
4.3.1.3.Üçüncü bir kadının yumurtalarının kullanılması	64
4.3.2.Anne ile Soybağının Kurulması	64
4.3.2.1.Biyolojik Anneye Öncelik Tanıyan Görüş.....	65

4.3.2.2.Genetik Anneye Öncelik Taniyan Görüş	66
4.3.2.3.Sosyal Anneye Öncelik Taniyan Görüş	68
4.3.2.4.Değerlendirme	68
4.3.2.5.Anne Bakımından Soybağının Reddi	69
4.3.2.6.Annelik Davası	72
4.3.2.7.Tanıma	72
4.4.Yumurta Bağışında Soybağı	73

Üçüncü Bölüm:

Yapay Döllenme Tekniklerinin Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları

1.Genel Olarak	74
2.Üreme Hakkı	74
2.1.Üreme Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Mevzuat	75
2.2.Üreme Hakkına İlişkin Ulusal Hukuki Mevzuat	78
2.3.Üreme Hakkının Tanınmasında Eşitlik İlkesinin İhlali ve AİHM Kararları	83
3.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkı	87
3.1.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Mevzuat	88
3.2.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkına İlişkin Ulusal hukuki Mevzuat	89
3.3.Embriyo ile Ceninin Tanımı ve Hukuki Niteliği	91
3.3.1.Tanım	92
3.3.2.Hukuki Nitelik	94
3.3.2.1.Üreme Hücrelerinin Hukuki Niteliği	94
3.3.2.2.Embriyo Ve Ceninin Hukuki Niteliği	94
3.3.2.3.Dölyatağındaki Embriyo (Embriyo İn Vivo)	96
3.3.2.4.Tüpte Embriyo (Embriyo in Vitro)	96
3.4.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkının İhlali: Embriyoların Saklanması ve Yok Edilmesi	99

3.4.1.Fazla Üretilen Embriyo ve Ceninlerin Yok Edilmesi.....	99
3.4.2.Embriyo ve Ceninin Genetik Tanılama Sonrası Yok Edilmesi....	99
3.4.2.1.Preimplantasyon Genetik Tanı (PGT)	100
3.4.2.2.1.Preimplantasyon Genetik Tanıya İlişkin Uluslararası Mevzuat.....	100
3.4.2.2.2.İsviçre’de Preimplantasyon Genetik Tanı	101
3.4.2.2.3.Almanya’da Preimplantasyon Genetik Tanı.....	105
3.4.2.2.4.Türkiye’de Preimplantasyon Genetik Tanı.....	106
3.4.2.2.Prenatal Genetik Tanı.....	107
3.4.2.2.1.İsviçre’de Prenatal Genetik Tanı.....	108
3.4.2.2.2.Almanya’da Prenatal Genetik Tanı	110
3.4.2.2.3.Türkiye’de Prenatal Genetik Tanı	111
3.4.2.3.Genetik Tanılama Teknikleri Hakkındaki Biyoetik Tartışmalar	111
4.Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkı.....	117
4.1.Genel Olarak	117
4.2.Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkına İlişkinUluslararası ve Ulusal Mevzuat	118
4.2.1.Anne Bakımından Kökenin Öğrenilmesi Hakkı	122
4.2.2.Baba Bakımından Kökenin Öğrenilmesi Hakkı.....	124
4.2.3.Sınırlayıcı Uygulamalar.....	124
Sonuç.....	127
Kaynakça.....	131

Giriş

Üreme ve gen teknolojilerinde son yıllarda yaşanan büyük gelişmeler toplumun yapısında ve temel kurumlarında değişimlere neden olmuştur. Sosyal ve etik alanda da muhatapları düşündüren bu değişimler bireylerin hem hukuki anlamda kişisel durumlarını hem de sosyal bağlarını derinden etkilemektedir. Yapay dölleme yöntemlerinin gelişimi ile birlikte çocukları, dünyaya getiren anne, yumurtalarının vericisi olan anne ve sosyal anne olmak üzere üç farklı annelik kavramı sorgulanır olmuştur. Yine spermlerin bağışçısı olan kişinin babalığı da tartışılmaya başlanmıştır. Böylece anne – baba kavramlarının farklı tanımları gündeme gelmiş, yukarıda belirttiğimiz üzere aile kurumuna ilişkin yerleşik yargıların tartışılması zorunlu hale gelmiştir. İşte bu ve benzeri durumları içeren üreme tıbbına ilişkin yenilikler karşısında pozitif hukukun birçok düzenlemesi yetersiz kalmıştır. Tıbbi gelişmelerin yarattığı sorunlar hukuk düzeninde eşzamanlı olarak bir düzenlemeye bağlanamamaktadır. Bireylerin aile ilişkileri ve kişilik hakları alanında ortaya çıkan sorunların olan hukuk bakımından çözümlenememesi hem hukuk hem de toplum düzeni bakımından sorun yaratmaktadır.

Türk hukukunda, yapay dölleme için yalnızca evli çiftlerin kendi üreme hücreleri kullanılabilen ve dondurulan üreme hücreleri eşlerin ölümünden sonra imha edilmektedir. Bu nedenle hukuki bakımdan çözülemeyecek bir sorunun çıkmayacağı düşünülebilir, ancak yasal düzenlemelerin çiğnendiği durumların varlığı aşıkardır. Sözelimi türdeş olmayan dölleme ya da taşıyıcı annelik Türkiye’de her ne kadar yasal değil ise de bu durum uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara çözüm getirmemektedir. Örneğin Türk vatandaşları sperm bağışçısı, taşıyıcı annelik veya türdeş olmayan dölleme gibi uygulamalara yabancı ülkelerde başvurumaktadırlar. Ancak bu yöntemlerle dünyaya gelen çocuklara ilişkin Türkiye’de bir yasal düzenleme bulunmadığından konu tartışmalıdır. Bu bağlamda, yasaklı yöntemlerin ilgilileri bakımından yarattıkları

sorunları görmezden gelip yokmuş gibi davranmak kanımızca rasyonel olmayacaktır.

Yapay dölleme uygulamalarının bir diğer etkisi de kişilik hakları bağlamında ortaya çıkmaktadır. Embriyonun tüpte ya da dölyatağında dölleme, doğum ya da dölyatağına nakil öncesi genetik tanılama aracılığıyla kalıtsal hastalıkların saptanması sayesinde embriyoların imhası, embriyonun yaşam hakkı üzerinde düşündürmektedir. Embriyonun yaşam hakkı karşısında da uluslararası düzenlemelerle güvenceye alınan, ebeveynlerin üreme hakları bulunmaktadır. Bu sorunlar hukuk düzeninin olduğu kadar biyoetiğin de ilgi alanına girmektedir. Bu nedenle bu konudaki her hukuki araştırma, az ya da çok biyoetik alandan yapılan tartışmalardan haberdar olmalıdır.

Yasaklı olmalarına karşın Türkiye’de uygulanmakta olan taşıyıcı annelik ve sperm bağı gibi yöntemler çocukların kökenlerini öğrenme hakkını gündeme getirmektedir. Bu nedenle yapay dölleme nedeniyle soybağı ve kişilik hakkı bağlamında ortaya çıkabilecek başlıca sorunlara değinmek amacıyla söz konusu çalışma hazırlanmıştır.

Üreme tıbbının, kendine özgü terminolojisinde yapay dölleme geniş ve dar anlamda ele alınmaktadır. Yapay dölleme, dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Dar anlamda yapay dölleme, kadının olağan yoldan ilişki ile gebe kalamaması halinde erkek üreme hücrelerinin kadının dölyatağına, dölyoluna ya da yumurta kanallarına bırakılarak kadın bedeninde döllemenin gerçekleştirilmesidir¹. Geniş anlamda yapay dölleme ise yine cinsel ilişki olmaksızın erkekten alınan spermlerin kadının yumurtası ile doğal olmayan herhangi bir yoldan döllendirilmesini açıklar². Çalışmamızın başlığı olarak tercih

¹ T. Akıntürk (2008). *Türk Medeni Hukuku aile hukuku*. Ankara: Beta Yayınevi, s. 337; İ. Aytaç (2002). s. 190 Yardımcı üreme tekniklerinin nesep hukuku bakımından incelenmesi. *Adalet Dergisi*, (11), s. 183-199; N. Kırkbeşoğlu (2006). *Soybağı alanında biyoetik ve hukuk sorunları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık s. 43; S. Ergüneş (2012). Yapay dölleme. *Sağlık Hukuku Makaleleri 2*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 167.

² B. Acabey (2006). *Soybağı: kurulması, genel olarak sonuçları, özellikle evlilik dışında doğan çocukların mirasçılığı*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, s. 5; Kırkbeşoğlu (2006). s. 41; Ergüneş (2012). s. 168.

edilen yapay dölleme geniş anlamda yapay döllemedir. Bu bağlamda yapay dölleme taşıyıcı annelik, sperm bağıışı ve yumurta bağıışı gibi tüm olasılıkları kapsayıcı biçimde ele alınmıştır.

Bu tez çalışması üç bölümden meydana gelmektedir. Birinci bölümde yapay dölleme tekniklerinin tarihi gelişimi, uygulanma nedenleri, tekniklerin türleri ile uluslararası ve ulusal düzeydeki mevzuat üzerinde durulacaktır.

İkinci bölüm yapay dölleme tekniklerinin soybağı hukuku bakımından sonuçlarını ortaya koymaktadır. Türk hukukunda yasal olmadığı için bir hükme bağlanmayan ölüm sonrası türdeş dölleme, türdeş olmayan dölleme ve taşıyıcı annelik uygulamaları için önerilen çözümler üzerinde durulacaktır. İsviçre ve Alman hukuklarında konuya ilişkin düzenlemeler gözden geçirilecektir. Dava hakları bağlamında baba bakımından soybağının reddi, tanıma, babalık davası bu yöntemler için tartışılacaktır. Pozitif hukukta, taşıyıcı anneliğin getirdiği yeniliklere karşılık bulunamasa da baba bakımından soybağına ilişkin davaların kıyasla anne bakımından tanınması olasılığı da tartışılacaktır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise yapay dölleme yöntemlerinin kişilik hakkı bağlamında ortaya çıkarabileceği sorunlar üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilki ebeveynlerin üreme hakkıdır. Devletlerin sağlık ve aileye ilişkin yürüttükleri politikalar, bireylerin üreme haklarını doğrudan etkilemektedir. Türkiye’de yalnız eşlerin kendi üreme hücrelerinin kullanılmasının yasal olması, sperm ya da yumurta bağıışının yasaklanması çiftlerin üreme hakları üzerinde yapılan bir tasarruftur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında değerlendirilen üreme hakkının ihlaline ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da değinilecektir.

Bu bölümde incelenecek ikinci hak embriyonun yaşam hakkıdır. Embriyonun yaşam hakkı ile Medeni Hukuk bağlamında kişiliğin başlangıcına ilişkin farklı olasılıklar incelenecektir. Döllemenin tüpte ya da canlı ortamda

gerçekleştirilmesine göre kişiliğin başlangıcı farklı değerlendirilmektedir. Nitekim döllemenin tüpte gerçekleştirilmesi, embriyoların dondurulması ve saklanması ve kişiliğin başlangıç anına göre embriyo üzerinde yapılan genetik tanılama araştırmaları sonucunda fazla üretilen embriyoların imhası hukuki anlamda ciddi sorunlar doğurmaktadır.

Bu bölümde ele alınacak son kişilik hakkı da kökenini öğrenme hakkıdır. Üreme hücrelerinin bağışıyla dünyaya gelen bireyler için genetik ana-babalarını öğrenmek birçok ülkede bağışçıların anonimlik hakkından üstün tutulmaktadır. Genetik kökenin öğrenilmesi, soybağı bakımından doğacak sonuçlardan ayrı değerlendirilmesi gereken bir haktır. Soybağı hukuku bakımından bir sonuç doğması beklenmeksizin bireylere genetik kökenleri hakkında bilgi sahibi olma hakkı tanınmalıdır.

Birinci Bölüm:

Yapay Döllenme Tekniklerinin Tarihi Gelişimi, Uygulanma Nedenleri, Yapay Döllenme Teknikleri, Uluslararası Ve Ulusal Mevzuat

1.Genel Olarak

Üreme tıbbı alanındaki hızlı gelişmelere hukuk düzeninin aynı hızda yanıt verememesi nedeniyle medeni hukuk alanında ortaya çıkan sorunların bazıları pozitif hukuk bakımından çözümlenememektedir³. Bu nedenle de üreme tıbbına ilişkin gelişmeler sayesinde medeni hukuk alanında değişmez ön kabullerin yeniden gözden geçirilmesi gerekmiştir. Örneğin, anneliğe ilişkin aksi ispatlanamaz karinenin geçerliliği tartışılır olmuş, yasaların yaşamın başlangıcına ilişkin getirdiği tanımlamalar yetersiz kalmıştır⁴. Sorunlar yalnızca medeni hukuk düzenlemeleri alanında değil biyoetik ilkelerin⁵ belirlenmesi alanında da birçok tartışmaya meydan vermektedir. Bu tartışmaların pozitif hukuk alanındaki yansımaları ülkelerin iç hukuklarındaki uygulamalarda her zaman bir ortaklık oluşturmamıştır. Yine de tutarlık sağlanmak adına uluslararası alanda tavsiye kararların yanı sıra bağlayıcı sözleşmelerin de düzenlenmesi gerekmiştir.

³ Kırkbeşoğlu (2006). s. 42; L. Irigaray (2006). *Ben sen biz farklılık kültürüne doğru*. (çev. N. Tatal, S. Büyükdüvenci), Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s. 110; Aytaç (2002). s. 183; E. Cihan (1971). *Sosyal ve hukuki bakımdan sun'i ilka*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 3.

⁴ H. Günel-Yıldırım (1996). *Tıpta yapay döllenme ve hukuki sorunlar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 1; Cihan (1971). s. 4; E. Aksoy-Retornaz (2012). Üremeye yardımcı tedavi yoluyla çocuk sahibi olma hakkı. *Güncel Hukuk*, Şubat, s. 11; M. K. Oğuzman/ M. Dural (1994). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 202; Irigaray (2006) s. 110; F. Collin, F. Laborie (2009). *Annelik, Eleştirel feminizm sözlüğü*. (çev. G. Acar-Savran) İstanbul: Kanat Kitap, yazarlara göre feminist kuram da üreme tıbbı hakkında tıbbın kadın üzerinde egemenlik kurma çabasından arındırıldığı ve kadının kendi bedeni ve kişiliği üzerinde söz söyleme hakkını tanıdığı sürece özgürlükçü olarak yorumlanabileceğini belirtmiştir.

⁵ S. Metin (2010). *Biyotıp etiği ve hukuk*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 1, "sözlük anlamıyla canlı etiği demek olan biyoetik canlı bilimleri alanında insan tutum ve davranışlarının iyi ya da kötü yönden değerlendirilmesi üzerine yapılan çalışmalardır."; A. Cevizci (2010). *Felsefe sözlüğü*. İstanbul: Paradigma Yayıncılık, s. 278, "genel anlamıyla tıp alanında ortaya çıkan etik problemlerin ahlaki değer sorunlarının konu edildiği tartışıldığı ve ilgili problemlere çözüm yollarının önerildiği uygulamalı etik alanıdır... Teknolojik anlamda yapılabileceklerin peşine çılgınca takılmak yerine insan onuruna uygun bir sınırı biyoetik çizecektir".

Yapay dölleme ile Medeni Hukukun her alanında birçok yeni sorunla karşılaşmıştır⁶.Sözelimi erkeğin ya da kadının ölümünden sonra dondurulan üreme hücreleri sayesinde ölüm sonrası dölleme gündeme gelmiş, böylece de döllendirildiği anda ceninin soybağının kurulup kurulamayacağı, mirasçılığın nasıl belirleneceği tartışılmaya başlanmıştır. Bununla beraber pozitif hukuk yönünden yasaklı görülen birçok uygulama gündelik yaşamda kullanılmakta, bireyler de hukuki korumadan yoksun kalmaktadır. Sözelimi taşıyıcı annelik, sperm ya da yumurta bağışığı gibi kurumlar hukuk metinlerinde yasaklanmasına karşın bu uygulamaların önüne geçilememektedir⁷. Bu durumda ise hukuk sistemi kimi zaman tüm gereksinimlere karşılık verememektedir.

Üremeye yardımcı tedavi teknikleri, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁸ md. 4 f. 1 h bendinde “Anne adayının yumurtası ile kocanın spermını çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllemesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar” olarak tanımlanmıştır. Yönetmeliğin anılan maddesi gereği eşlerin kendi üreme hücrelerinin kullanılmasıyla gerçekleştirilen yapay dölleme, salt tedavi amacı gütmektedir⁹.

Ancak yapay dölleme yöntemlerinin tümü tedavi amacı gütmemektedir, sözelimi yumurta ya da sperm bağışığında bir tedavi hedefinden söz edilememektedir¹⁰. Bu nedenle tedavi amacı güden üremeye yardımcı

⁶B. Kalkan-Oğuztürk (2012). *Türk Medeni Hukukunda biyoetik sorunlar*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 253; Y. Erol (2012). *Yapay dölleme yöntemleri ve taşıyıcı annelik*. Ankara: Yetkin Kitapçılık, s. 35; Günel-Yıldırım (1996). s. 7; F. Buchli-Schneider (1987). *Künstliche fortpflanzung aus zivilrechtlicher sicht*. Bern: Staempfli Verlag, s. 12; S. Knoop (2004). *Recht auf fortpflanzung und medizinischer fortschritt*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, Universitaet Koblenz, s. 1.

⁷ Nomer (2000) s. 547.

⁸Resmi Gazete:6.3.2010-27513

⁹ Erol (2012). s. 32, yazara göre yapay dölleme yöntemleri dolaylı bir şekilde tedaviyi içeren tıbbi müdahalelerdir.

¹⁰ Kırkbeşoğlu (2006). s. 43.

tekniklerin yanı sıra tedavi amacı gütmeyen üremeye yardımcı teknikler de yapay dölleme kapsamında bulunmaktadır¹¹.

Dölleme işlemi, canlı veya cansız ortamda sağlanabilmektedir. Cansız ortamda dölleme, *in vitro* dölleme olarak adlandırılmakta, kadından tıbbi yöntemlerle elde edilen yumurtaların laboratuvar kabında, erkekten elde edilen spermle döllendirilmesi anlamına gelmektedir. Tüpte döllemede yaşamın başlangıç anına ilişkin MK md. 28 ile hak ehliyetinin ana rahmine düşmekle başlayacağı karinesi tartışılır hale gelmiştir. Canlı ortamda dölleme ise *in vivo* dölleme olarak adlandırılmakta ve erkekten tıbbi yollarla elde edilen spermle kadının döl yatağına ya da döl yoluna nakledilmesi süreciyle tamamlanmaktadır. Yapay döllemede kullanılan spermle evlilik birliği içindeki karı-kocaya ya da üçüncü kimselere ait olup olmamasına göre de ayırım yapılmaktadır. Süreç kadının kocasına ait spermle kullanılması durumunda “türdeş dölleme”, kocadan başka bir kişiye ait spermle kullanılmasında ise “türdeş olmayan” dölleme olarak adlandırılmaktadır.

2-Yapay Dölleme Tekniklerinin Tarihi Gelişimi

Yapay dölleme tekniklerine ilişkin ilk çalışmaların tam olarak hangi zamanda yapıldığı kesin olarak söylenememektedir¹². Ancak, Araçların dördüncü yüzyıldan itibaren atlar üzerinde yapay dölleme uyguladıkları belirtilmektedir¹³. İnsan üzerinde ilk yapay dölleme 1790 ile 1799 tarihleri arasında Londra’da gerçekleştirilmiştir; doktor John Hunter, cinsel uzvunda doğuştan bir hastalık bulunan bir hastasının spermle enjektörle almış ve hastasının karısının döl yatağına yeniden enjekte etmiştir¹⁴. Bununla birlikte ilk türdeş olmayan dölleme 1890’da Amerika’da gerçekleştirilmiştir¹⁵.

¹¹ Erol (2012). s. 33. Metin (2010). s. 200.

¹² Günel-Yıldırım (1996). s. 24.

¹³ Cihan (1971). s. 25.

¹⁴ Cihan (1971). s. 26.

¹⁵ Ö. Tosun (1959). Ceza hukuku bakımından suni ilkah. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 25 (1-4), s. 107-115; Ş. Akıncı (1996). *Türk özel hukukunda insan kökenli biyolojik*

Ayrıca in vitro yöntem ile ilk deney 1960 yılında İtalyan bir doktor olan Petrucci tarafından gerçekleştirilmiş; ilk tüp bebek Luise Brown, 1978 yılında Birleşik Krallık'ta dünyaya gelmiştir. Türkiye'de ilk tüp bebek ise Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi'nde 1989 yılında doğmuştur¹⁶. Tüpte dölleme uygulamaları hakkında günün koşulları dikkate alınarak ileri sürülen etik tartışmalar tüp bebek olarak döllenen bireylerin kendilerini doğal döllenen bireylere karşı dezavantajlı hissedecekleri öngörüsünde bulunmuş, ancak araştırmalardan elde edilen bulgular söz konusu öngörüü çürütmüştür¹⁷.

Son olarak dondurulmuş spermier kullanılarak dölleme 1953 yılında ABD'de gerçekleştirilmiştir; 1970li yıllarda da ilk sperm bankaları açılmaya başlanmıştır. Bu tekniklerle asıl hedeflenen kısırlık riskine karşı erkeklerin önlem alma isteğidir¹⁸. İlk embriyo nakli yine ABD'de 1975 yılında Landrum Shettles ve Wayn Deckers adlı iki doktor tarafından bir kadının dölyatağındaki canlı embriyonun alınıp kısır bir kadının dölyatağına yerleştirilmesiyle gerçekleştirilmiştir¹⁹.

3-Yapay Dölleme Tekniklerini Uygulanma Nedenleri

madde (organ-doku) nakli kavramı ve bundan doğan hukuki sonuçlar. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1.

¹⁶ Erol (2012). s. 79-80.

¹⁷ J. Vollmann vd., (2008). Tüp bebek: ilgili genç yetişkinin etik yargısı ve kişisel görüşü, *İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi, s. 7-20. Bu çalışmada yapılan anket araştırmasında tüpte dölleme ile dünyaya gelen bireyler özellikle istenen çocuk olarak doğmanın çok olumlu bir duygu olduğuna ve aileleri ile aralarındaki bağı bir açıdan daha da güçlü olduğuna değinmektedirler, araştırmacı yazarlar da bir zamanlar bilim dünyasındaki yapay dölleme ürünü çocuklar için toplumda dışlanacakları ya da kendilerini farklı ve uyumsuz hissedecekleri yönündeki öngörülerin asılsız çıktığına değinirler.

¹⁸ Erol (2012). s. 80.

¹⁹ M. Ateş (1994). Nesep hukuku yönünden suni usullerle dünyaya getirilen çocukların durumu, *YD20* (3), s. 325- 344.

Bireylerin doğal yollardan gebelik sağlayamaması durumunda yapay dölleme aracılığıyla gebelik sağlanabilmesi öncelikle kısırlığın tedavisi amacını gütmektedir²⁰.

Bunun dışında ağır kalıtsal hastalık riskinin bulunması durumunda da genetik tanılama yoluna başvurmak amacıyla yapay dölleme uygulamalarına başvurulabilmektedir. Burada asli unsur olan doğal yollardan gebe kalınmama durumu yoktur, ancak doğal yollarla sağlanan gebelikte dünyaya gelecek çocuğun ya da annenin sağlığının tehlikeye atılması söz konusudur.

3.1.Kısırlık

Dünya Sağlık Örgütü, bireylerin iki yıl boyunca korunmaksızın ve düzenli olarak cinsel ilişkiye girmelerine karşın gebelik oluşmaması durumunu kısırlık (infertilite) olarak adlandırmaktadır²¹. Kısırlık sorunu, %30 oranda erkeklerde, %30 oranında kadınlarda ve %30 oranında hem erkeklerde hem kadınlarda saptanmış, ancak ailelerin %10 oranında ise yapılan birinci basamak testler ile gebeliğe engel olan herhangi bir problem belirlenememiş ve bu grup “açıklanamayan kısırlık” olarak tanımlanmıştır²².

3.1.1.İnfertilite (Kısırlık) nedenleri

3.1.1.1.Kadınlarda infertilite (kısırlık) nedenleri

Dünya Sağlık Örgütü tarafından hastalık kategorisine alınan kısırlığın nedenleri, kadınlarda rahim ağzı salgısının sperm geçişini engellemesi, dölyatağında

²⁰ Günel-Yıldırım (1996). s. 5; Aytaç (2002). s. 183; F. Erlüle (2011). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat*. Ankara: Yetkin Kitabevi, s. 214, yazar türdeş olmayan dölleme için ise tedavi işlevinin tartışmalı olduğunu belirtmektedir.

²¹ Health Topics Infertility, <http://www.who.int/topics/infertility/en/> (Erişim tarihi 28.12.2012)

²² Irgaray (2006). s. 110, yazar tıbbi gelişmelerin kısırlığın yalnızca kadın kaynaklı bir sorun olmadığını ortaya koymasının takdire şayan olduğuna değinir, ancak yine de bu gelişmelerin sonucu iyi değerlendirilmeli ve önerilecek yeni toplumsal modelin sonuçları irdelenmelidir; Erol (2012). s. 27.

gebeliğin yerleşeceği bölgede elverişsizlik, dölyollarında işlev bozukluğu, düzensiz veya olağandışı yumurtlama, kalıtsal bozukluklar olarak sayılmıştır²³.

3.1.1.2. Erkeklerde infertilite (kısırlık) nedenleri

Erkeklerde kısırlık nedenleri, sperme bağlı olarak sperm sayısının azlığı, sperm hareketlerinde azalma, spermelerin biçimlerinin bozukluğu, sperm taşıyan kanallarda doğuştan veya sonradan gelişen hastalık nedeniyle tıkanma ve testislerde kirli kanı taşıyan damarların genişlemesi olabilmektedir²⁴.

3.2. Ağır Kalıtsal Hastalıklar

Yapay dölleme tekniklerine başvurulmasında bir başka neden, bireylerin ağır kalıtsal hastalık riski nedeniyle doğacak çocuklarının da bu hastalıkları taşımasını istememeleridir. Bu yollarla tüpte ya da anne karnındaki embriyoda kalıtsal hastalıklar tanılanabilmektedir²⁵.

Kalıtsal hastalıkların taranması, in vitro döllemede tüpte, in vivo döllemede ise ana rahminde yapılmaktadır. In vitro döllemede genetik tanılama yöntemine *Preimplantasyon Genetik Tanılama* (PGT) olarak adlandırılmaktadır. Tüpte döllenen embriyonun ana rahmine nakli öncesinde belli hastalıklara ilişkin genetik tanılama yapılmaktadır²⁶. Bu tanılama tekniği, ilk kez İngiltere'de 1990

²³ Tosun (1959). s. 118; Günel-Yıldırım (1996). s. 5; Erol (2012). s. 107; İnfertilite Nedir? <http://www.ezh.gov.tr/HastaliklarinizHakkinda/Infertilite/kisirlik.aspx> (Erişim tarihi: 28.02.2012)

Gender and Genetics, <http://www.who.int/genomics/gender/en/index6.html> (Erişim tarihi: 03.03.2012)

²⁴İnfertilite Nedir? <http://www.ezh.gov.tr/HastaliklarinizHakkinda/Infertilite/kisirlik.aspx> (Erişim tarihi: 28.02.2012)

Dünya Sağlık Örgütü tarafından bir hastalık olarak tanımlanan kısırlığın tedavisi sağlık hakkı kapsamında değerlendirilmelidir, tedavi boyutuyla sağlık hakkı konusunda bkz., O. Boyar (2009). Sağlık hakkı. *Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler*. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 275-292.

²⁵ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 255.

²⁶ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 150. M. Herdegen (2002). *Humangenetik und die Steuerungskraft des Verfassungsrechts, Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik*, Heidelberg: Springer Verlag, s. 7; Deutscher Ethikrat (2009). *Erläuterungen zur Aenderung des*

yılında doğan bir çocuğun anneye ait x-kromozomundaki bir hastalığın tedavisi amacıyla kullanılmıştır²⁷.

PGT tekniğine başvurma nedenleri arasında genetik hastalıkların tanılanması dışında cinsiyet belirlenmesi, kısır çiftlerde dölleme olasılığının artırılması ve kurtarıcı kardeş ihtiyacı da bulunmaktadır.

Ana karnındaki genetik tanılama yöntemi ise *Prenatal Genetik Tanı* (PNT) olarak adlandırılmaktadır²⁸. Anne karnında yapılan genetik tanılama yönteminin sonucunda bebekte hastalık saptanması durumunda kürtaj²⁹ uygulanması, ya da aranan hastalığın var olmasına karşın saptanamaması durumunda istenmeden dünyaya gelen bebek ile ilgili sorunlarla karşılaşılacaktır.

4-Yapay Dölleme Teknikleri

4.1.Genel Olarak

Yapay dölleme tekniklerinin tümü, tedavi amacı taşıyıp taşımadıklarına bakılmaksızın tıbbi müdahale kapsamında bulduklarından, tıbbi müdahalelere ilişkin genel esaslara tabidir³⁰. Nitekim hekim ile hasta arasında Borçlar Hukuku bağlamında vekalet sözleşmesi kurulmaktadır³¹. Hekimlerin, hastayı aydınlatma yükümlülüğü eşlerin her ikisi için de geçerlidir³². Hekimlerin hastalarını

Fortpflanzungsmedizingesetzes, Berlin, s. 9, tıbbi süreç kısaca embriyonun döllemesinden sonra üç gün geçtikten sonra hücre bölünmesi ile altı-on hücre arası evreye ulaştıktan sonra, bir ya da iki hücrenin ayrılarak incelemeye alınmasıyla işler.

²⁷ Deutscher Ethikrat, (2009). s. 8. Alman Etik Komisyonu'nun raporuna göre bugün PID tekniği ile dünyaya gelen çocukların sayısının saptanması sistematik bir veri girişi yapılmadığından olanaksızdır, ancak tahmini sayı 5000'den fazla olarak belirtilmiştir.

²⁸ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 278; Metin (2010). s. 201.

²⁹ Metin (2010). s. 202.

³⁰ M. Ayan (1991). *Tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluk*, Ankara: Kazancı Hukuk Yayınları, s. 42; Erlüle (2012) s. 213; E. Özsunay, (1998). Hayatın başlangıcı ve sonuna ilişkin en önemli hukuksal sorunlar, *Bülent Davran'a armağan*, s. 32. Erol (2012). s. 32.

³¹ J. Bafra (1996). Ceza hukuku açısından yapay dölleme. *İstanbul Barosu Dergisi*, 70 (1-2-3) ss. 60-65, s. 61.

³² Erlüle (2012). s. 214; Özsunay (1998). s. 32; S. Altay (2009). Tıbbi müdahalede hekimin aydınlatma yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe aykırı davranışın hukuki sonuçları, *Sağlık Hukuku'nda Dünyadaki Son Gelişmeler*, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 215-229; Ayan (1991). s. 42.

aydınlatma yükümlüğünün, tıbbi müdahaleye başlanmadan önce yerine getirilmesi gerekmektedir³³.

Doktorların yapay dölleme uygulaması sırasında edindikleri bilgileri, hastalarının kimliklerini ve bu tekniklere başvurma nedenlerini gizleme yükümlülükleri vekalet sözleşmesinde tarafların borçlarından olan sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir³⁴. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü md. 4“Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez” hükmü bulunmaktadır. Ayrıca bireylerin zaten mahrem bir alan olan yapay dölleme konusunda çekingenlik hissetmeleri ve toplumsal baskı nedeniyle korkmaları yüzünden daha hassas davranılması gerektiği belirtilmektedir³⁵.

Yapay dölleme vasıtasıyla yapılan gen analizleri ve bulgular üzerinde hastaların mahremiyet hakları da doktorların sır saklama yükümlülükleri ile

³³Ayan (1991). s. 84; Boyar (2009). s. 289, yazar, doktorun hasta için en iyisini bileceği eski paternalistik anlayış geride bırakılmış hastanın süreci öğrenerek karar vereceği hasta merkezli bir anlayışın hakim olduğunu belirtmektedir; Altay (2009). s. 215. Yazara göre aydınlatma yükümlülüğünü tamamen hekimin insiyatifini bırakıcı biçimde yorumlamak hasta açısından kabul edilebilir değildir. s. 227, yazara göre aydınlatma yükümlülüğü iyi niyete dayalı bir güven ilişkisine dayanmaktadır ve tarafların yükümlülüklerinin somut içeriğini de somut olay belirleyecektir, ayrıca hekimin içinde bulunduğu alışma koşulları değerlendirilerek hakkaniyete uygun bir sorumluluk yüklenmelidir. Yazar ayrıca sorumluluğun yasal içeriğine ilişkin Bilgilendirilmiş Rıza Yönetmeliği Taslağı'nın Rızanın Kapsamı başlıklı md. 16'ya dikkat çekmektedir: “ (a) Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin veya yakınının tıbbi müdahale konusunda ayrıntılı olarak bilgilendirilmesi esastır.

(b) Hastanın, uygulanacak tıbbi müdahale için verdiği rıza, bu müdahalenin gerektirdiği o müdahale sürecinin zorunlu bir parçası sayılabilecek tüm işlemleri de kapsar. Ancak, tıbbi işlemlerin uygulanmasında, Hasta Hakları Yönetmeliği'nde ve konu ile ilgili diğer mevzuatta belirlenen hakların ihlal edilmemesi esastır.

(c) Hastanın rızası hangi konuya ilişkin ise, hekimin de müdahalesini bu konuda gerçekleştirilmesi yani verilen rızanın sınırları çerçevesinde kalması gerekir.

(d) Hekimin her farklı tıbbi ve cerrahi müdahale için hastadan ayrı ayrı bilgilendirilmiş rıza alması gerekir.

(e) Tıbbi ve cerrahi müdahalenin genişletilmesi gereği doğduğunda, hastanın bir organının kaybını veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak ise ve gecikme hastanın hayatını kaybetmesi tehlikesi arz etmiyorsa, yeni müdahale tehir edilir, hastanın rızası beklenir.

(f) Tıbbi ve cerrahi müdahalenin genişletilmesi gereği doğduğunda, mutlaka rıza almayı beklemek gerekmez. Öncelikle müdahale gerçekleştirilir.”)

³⁴Ayan (1991). s. 98; M. Doğan (2007). Embriyon Nakillerinde Mahremiyet Hakkı, 2. Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara: Ankara Barosu, s. 162.

³⁵Doğan (2007). s. 164.

örtüşmektedir³⁶. Sır saklama yükümlülüğünün istisnasını doktorların yasal bildirim yükümlülüğü, zaruret halleri, hastaların rızası ve başkaca haklı nedenler oluşturacaktır³⁷.

Yapay dölleme, kullanılan spermin sahibi bakımından türdeş ve türdeş olmayan dölleme biçiminde ikiye ayrılmaktadır. Türdeş döllemede istem sahibi evli çifte ait üreme hücreleri kullanılmakta; türdeş olmayan döllemede ise istem sahibi çiftin değil yabancı bir erkeğin spermeleri kullanılmaktadır³⁸. Tekniklerin ikinci ayrımı uygulanan tıbbi yöntemlerin niteliğine göre yapılmaktadır. Döllemenin tüpte ya da ana rahminde yapılmasında farklı süreçler izlenmekte, buna göre de embriyonun hukuki statüsü farklı değerlendirilmektedir.

4.2.Üreme Hücrelerinin Sahipleri Bakımından Ayrım

4.2.1.Türdeş (homolog) dölleme

Türdeş dölleme istemde bulunan eşlere ait üreme hücrelerinin yapay yolla döllendirilmesidir³⁹. Türdeş döllemede belirleyici olan eşlere ait yumurta ile sperm hücrelerinin kullanılmasıdır. Üreme hücrelerinin dondurulup yıllar sonra kullanılmasında da aynı sonuç doğacaktır⁴⁰. Türkiye’de yalnızca bu tür dölleme tekniğine izin verilmektedir.

³⁶ Doğan (2007). s. 164-165; M. Ayan (1991). s. 98-99. Yazara göre neyin sır olarak değerlendirileceği hususunda somut hasta esas alınır.

³⁷ Doğan (2007). s. 167-169; Ayan (1991). s. 99-100.

³⁸ Nomer (2006). s. 545.

³⁹ Ayan (1991). s. 41; H. N. Nomer (2000). Suni Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın anısına armağan*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 545-594. s. 545; Cihan (1971). s. 17; Kırkbeşoğlu (2006). s. 44; E. Özsunay (1979). *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 113; Bafra (1996). s. 60; Ergüneş (2012). s. 170; V. Weyrauch (2003). *Zulaessigkeitsfragen und Abstammungsrechtlich Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und U.S.Amerikanischen Recht*. Düsseldorf: Heinrich Heine Universität, s. 4; A. Laufs ve B. R. Kern (2010). *Handbuch des Arztrechts*. München: Beck Reihe, s. 49.

⁴⁰ Erol (2012). s. 37; Buchli-Schneider (1987) s. 32; Laufs ve Kern (2010). s. 49.

Kocanın sperminin kullanıldığı türdeş dölleme eşlerin her ikisi de genellikle üreme yetisine sahiptir, ama doğal yollarla dölleme gerçekleştirilememektedir. Kemoterapi tedavisinden önce spermelerin dondurulması veya meni kanalı ameliyatı bu duruma örnektir. Sperm seçimi içinse gerekçe erkek cinsiyetini belirleyen y-kromozomunun kalıtsal bir hastalık taşıması ya da sperm azlığı olabilir⁴¹.

4.2.2. Türdeş olmayan (heterolog) dölleme

Türdeş olmayan dölleme, evli bir kadına ait yumurta hücrelerinin kocası dışında bir erkeğin veya evli olmayan bir kadının yumurta hücrelerinin herhangi bir erkeğin spermi ile döllendirilmesidir⁴². İlk olasılıkta gebe kalacak kadına enjekte edilen sperm kadının kocasının olmayacaktır, bu anlamda spermeleri kullanılan erkeğin de bir başkasıyla evli olması mümkündür⁴³. Sperm bankaları ve taşıyıcı anneliğin alt türleri türdeş olmayan döllemeye örneklerdir. Türdeş olmayan dölleme ile birden çok erkeğin spermelerinin karıştırılarak bir kadının döllemesi yolu da olanaklıdır. Bu duruma karışık dölleme ya da sperm kokteyli adı verilir⁴⁴.

Türdeş olmayan dölleme İsviçre’de yasaldır; İsviçre Üreme Tıbbı Yasası’nın, FMedG (FortpflanzungsmedizinGesetz) dördüncü bölümü sperm bağış kurumunu düzenlemiştir. Sperm bağış için bağışlayıcının yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Ancak İsviçre’de sperm bağış yapılabilirken embriyo bağış yasaktır, embriyo bağış kavramı taşıyıcı anneliğin bir alt türü olarak değerlendirilebilir.

⁴¹ Buchli-Schneider (1987). s. 33-34; Ş. Akıncı (1996). s. 16.

⁴² Ayan (1991). s. 41; Nomer (2000). s. 557; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 383; Kırkbeşoğlu (2006). s. 55-56; Metin (2010). s. 489, s. 492.

⁴³ Nomer (2000). s. 559.

⁴⁴ Cihan (1971). s. 53; Kırkbeşoğlu (2006). s. 44; Erol (2012). s. 45; Ayan (1991). s. 41 dn. 250.

Almanya'da da Yardımcı Üreme Tekniklerinin Yürütülmesine İlişkin Yönetmelik⁴⁵ ile türdeş olmayan döllenme teknikleri yasal kılınmıştır. Bunun için çocuğun yararının sağlanacağına güvence altına alınması gerekmektedir. Ayrıca anne ile baba, çocuğun, babanın soybağının reddi davası açma hakkının bulunduğu, her tür hukuki yol ile genetik babanın tespitini sağlayabileceği ve çocuğun kökenini öğrenme hakkı karşısında vericinin gizli kalma hakkının bulunmadığı konularında bilgilendirilmelidir⁴⁶.

Almanya'da Embriyonun Korunması Hakkında Kanun (EKHK)⁴⁷ md. 4 f. 1, kadının, erkeğin ölümünden sonra döllenmesi durumunda özgürlüğü kısıtlayıcı ceza verileceğine hükmetmiştir. EKHK' da döllenmenin türdeş olması ya da olmaması konusunda bir ayırım öngörülmemiştir. Ayrıca öğretide de ebeveynlerin çocuk yetiştirme haklarının Alman Anayasası md. 6 f 2 ile güvenceye alındığı ancak bu hakkın bireyin ölümü ile sonlanacağı için ölümden sonra döllenmede bu korumadan yararlanılamayacağı ifade edilmiştir⁴⁸. Sperm bankalarından belirli özellikleri taşıdığı saptanan vericilerin taşıdıkları özelliklere göre seçilmeleri, erkek tarafının ağır bir kalıtsal rahatsızlığı veya sperm sayısında azlık gibi etkenler burada rol oynayabilir⁴⁹.

Türk hukukunda, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te (ÜYTE) eşlere sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılacağı belirtilmiştir ve herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanlar da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaklanmıştır (md. 18 f. 5).

⁴⁵ Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion (2006), <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/AssRepro.pdf> (Erişim tarihi: 10.08.2012).

⁴⁶ Laufs ve Kern (2010). s. 51.

⁴⁷ Gesetz zum Schutz von Embryonen, <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/eschg/gesamt.pdf> (Erişim tarihi 30.12.2012)

⁴⁸ Laufs ve Kern, (2010). s. 49.

⁴⁹ Buchli-Schneider (1987). s. 34, yazar vericinin özelliklerine göre seçilmesini bir pozitif öjenik eğilim olarak niteler. Akıncı (1996). s. 16.

Türdeş olmayan döllenme ölüm sonrasında da uygulanabilir. Bu durumda spermeleri kullanılacak kişinin spermeleri dondurulmakta ve herhangi bir kadına enjekte edilmektedir. Bu durum taşıyıcı anneliğe de bir örnek teşkil etmektedir. Ölümden sonra döllenmede spermelerin kullanılmasını ölenin eşi, evlilik bağı olmaksızın birlikte yaşadığı kimse veya üçüncü bir kimse isteyebilir⁵⁰.

İsviçre hukukunda da ölümden sonra döllenme için üreme hücreleri kullanılmayacaktır (FMedG md.3 f. 4). Bu hükme karşı uygulamaya girişilmesi durumunda çocuğun babalık davası açamayacağı ancak uygulamayı gerçekleştirenlerden tazminat isteminde bulunabileceği belirtilmiştir⁵¹.

4.2.3.Yumurta bağıışı

Kadının yumurtalıklarından birinin işlevini yerine getirememesi buna karşın dölyatağının doğurma yetisine sahip olması durumunda yumurta bağıışı ile döllenme denenebilecektir⁵². Bu durumda, çocuğu taşıyacak olan ve istemde bulunan anne, doğuracağı çocuğun genetik olarak annesi olmayacaktır⁵³. Çünkü iletilen yumurtalar, yumurtalıkları işlevini yerine getiren bir kadından temin edilecektir.

Türkiye’de yumurta bağıışı ÜYTE md. 18 f. 5 uyarınca yasaklanmıştır. Ancak bu uygulamanın yurt dışında icra edildiği belirtilmektedir⁵⁴. İsviçre FMedG md. 4 çerçevesinde yumurta ile embriyo bağıışı yasaklanmıştır. Yumurta bağıışı taşıyıcı

⁵⁰ R. Atabek, (1985). Yapay Döllenme, *İstanbul Barosu Dergisi*, 59 (7-8-9), s. 616-622, s. 617. Örneğin ölüm sonrası döllenme konusunda yasalarında açıkça yasaklayıcı bir hüküm bulunmayan ülkelerden biri olan Rusya’da daha önce kanser tedavisi için kemoterapi görmeye başlayacak olan Andrey Zakharov İsrail’e tedaviye gittiğinde spermelerini de dondurmuş; tedaviden yıllar sonra öldüğünde annesi dondurulmuş spermelerinin Rusya’ya getirilmesi ile taşıyıcı annelik yoluyla torun sahibi olabilmiştir. The Right to Life (ART, Surrogate Motherhood and Demographics), Publications, http://www.jurconsult.ru/en/publications/the_right_to_life/ (erişim tarihi: 06.08.2012)

⁵¹ C. Hegnauer (1999). *Grundriss des Kindesrechts*. Bern: Staempfli Verlag, s. 70.

⁵² Weyrauch (2003). s. 5; Kırkbeşoğlu (2006). s. 56; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 388; Metin (2010). s. 492.

⁵³ Buchli-Schneider (1987). s. 42.

⁵⁴ C. Bozkurt, (2007). Taşıyıcı Annelikte Akıl Karıştıran Soru: Anne Kim? *Güncel Hukuk Dergisi*, Ağustos, s. (30-31).

annelik uygulamalarının başka bir yolu olarak da değerlendirilebilir. ABD’de, Yeknesak Ebeveynlik Kanunu (UPA) 2000 kapsamında yumurta bağıışı yasaldir; ancak yumurta bağıışçısı genetik anne hukuki anne olarak kabul edilemeyecektir⁵⁵.

4.3.Uygulanan Yöntem Bakımından Yapılan Ayrım

4.3.1.In vivo dölleme

İn vivo dölleme, cinsel birleşme olmaksızın kadının bedenine yerleştirilen spermlemlerle gebe kalmasının sağlanmasıdır⁵⁶. Latince kökenli in vivo’nun sözcük anlamı “dölyatağında”dır⁵⁷. Bu yöntemde erkeğin spermlemleri alındıktan sonra ya kadın vajinasının üst kısmına ya döl yatağı ağızına ya da doğrudan dölyatağı içine bırakılır.

Bu tip döllemeye başvurulmasının nedenleri, örneğin peniste ereksiyon yoksunluğu yüzünden cinsel birleşme olamaması ya da spermlemlerin sağlıklı olmasına karşın sayılarının yetersizliği olabilir⁵⁸.

4.3.2.In vitro dölleme

Latince kökenli “in vitro” terimi, “tüp içinde” anlamına gelmektedir. Bu teknikte ilk olarak dışarıdan verilen bazı hormonlarla kadının yumurtlaması sağlanır. Daha sonra bu üreme hücreleri tıbbi tekniklerle alınır. Tüp içerisinde erkek üreme hücresi ile birleştirilerek döllemiş hücrenin ilk aşamasına verilen adıyla “zigot” elde edilir. Kalitesi denetlenen zigot döl yatağına veya tüp içerisine rahim ağızından sokulan bir çubuk aracılığıyla bırakılır. In vitro dölleme yalnızca kalitesi nispeten iyi ve yeterince hareketli sperm olduğunda uygulanabilir⁵⁹.

⁵⁵ Weyrauch (2003). s. 206.

⁵⁶ Erol (2012). s. 52; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 193.

⁵⁷ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 193.

⁵⁸ Erol (2012). s. 108.

⁵⁹ Kalkan-Oğuztürk (2012). s.193.

Günümüzün gelişmiş yöntemleri sayesinde kadından yumurta elde edilmesi için doğal yumurtlama sürecinin beklenmesi gerekmemektedir. Yumurtlama çevriminin uyarılması ile elverişli bir zaman aralığında yumurta elde edilmesi ve birçok yumurta hücrelerinin olgunlaşması sesüstü tekniklerle sağlanabilmektedir. Erkekten spermin elde edilmesi de kural olarak laboratuvarda mastürbasyon ile olur⁶⁰.

Yumurtanın elde edilmesinin ardından altı saat kadar sonra spermin yumurtanın içine enjekte edilmesiyle döllenme sağlanır, döllenmenin sağlanmasından sonra kırk sekiz saatlik süreçte embriyo iki hücreden dört hücre aşamasına geçer, genetik tanılama yöntemleri de bu aşamada uygulanmaktadır; son olarak döllenmiş embriyo ya hemen nakle hazır edilir ya da dondurma işleminin ardından nakil edilir⁶¹. Genellikle dört hücre evresinde yani aşağı yukarı döllenmenin ardından otuz bir ile altmış dört saat sonrası döllenmiş yumurta hücresi dölyatağına nakledilir.

Birden çok yumurta hücresi döllenmişse bu durumda farklı olasılıklar ortaya çıkar: Hepsinin içinden bir embriyonun nakledilmesini yeğleyenler olduğu gibi en çok üçe kadar embriyonun naklini yeğleyenler de bulunmaktadır. İlki artık sayıda embriyo elde edilmemesi için uygulanır. İkinci olasılık ise “yardımcı fenomen” olarak adlandırılan daha çok embriyo nakliyle daha yüksek döllenme olasılığını ifade eden uygulamaya dayanmaktadır⁶².

Bu yöntem kısırlık tedavisi için geliştirilmiş en bilinen uygulamadır. Olağan yollarla döllenmenin sağlanamadığı kısırlık hali, yumurtlamanın olanaksız olması, yumurta ya da sperm kalitesinin düşük olması, fallop tüplerinin herhangi

⁶⁰ Buchli-Schneider (1987). s. 43.

⁶¹ Buchli-Schneider (1987). s. 44. Kısaca genetik tanılama sürecinde dört hücre dönemindeki embriyonun hücrelerinden biri uzaklaştırılıp incelemeye alınır, bu sırada kalan üç hücre dondurulmuş olarak bekletilmektedir. Salt olumlu laboratuvar bulguları sonucunda embriyonun kalan kısmının nakli gerçekleştirilir; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 193.

⁶²H. O. Mayer vd. Mikrobiologische Untersuchung als Screening bei In-vitro-Fertilisation und Embryotransfer, <http://resources.metapress.com/pdf-preview.axd?code=88q87k337470u464&size=largest> (Erişim tarihi: 01.07.2012)

bir nedenden dolayı kapalı olması durumlarında in vitro dölleme yöntemi uygulanmaktadır⁶³. In vitro terimi, yine Latince kökenli in vivo teriminin karşılığı olarak kullanılmıştır⁶⁴.

In vitro döllemenin başka bir türü olan *İntrasitoplazmik Sperm Enjeksiyonu* (ICSI) tek bir spermin laboratuvar koşullarında bir yumurtanın içine enjekte edilmesi temeline dayanır. Bu yöntem çok az sayıda ve/veya dölleme yeteneği zayıf sperm olduğunda kullanılır. Bu teknikler spermin yumurtanın içine girmesini kolaylaştırma amacını taşır ve dölleme mikroskop altında yapılır. ICSI, tekniğinde şekil ve hareketine bakarak seçilen tek bir sperm, yumurtanın merkezine enjekte edilmektedir. Bu, erkek etken kısırlık tedavisi ve daha önceki IVF girişimlerinde döllememe ile karşılaşılan çiftler için en başarılı üremeye yardımcı tedavi tekniğidir⁶⁵.

4.3.3.Öteki teknikler

Yapay döllemede, *Zigot İntrafallopian Transfer* (ZIFT), *Tubal Embriyo Transfer* (TET) ve *Gamet İntrafallopian Transfer* (GIFT) adı altında farklı türler de kullanılmaktadır. Dölleme, laboratuvar ortamında gerçekleşir. Kısırlık erkek kaynaklı ise (örneğin spermin yumurtaya girememesi gibi) döllemenin tespit edilmesi yararlıdır⁶⁶.

Bu işlemler dar anlamda yapay döllemeden farklıdır, çünkü döllemiş yumurta döllyatağı yerine fallop tüplerine nakledilmektedir. TET, daha gelişmiş embriyoların naklidir. TET 'de 4-8 arası hücre evresine ulaşan döllemiş

⁶³ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 193. Kırkbeşoğlu (2006). s. 43.

⁶⁴ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 193.

⁶⁵ Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yardımcı Üreme Teknikleri, (erişim tarihi: <http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/arsiv/kadindogum/SSS/INF4.html> 03.05.2012); Erol (2012). s. 70.

⁶⁶ Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yardımcı Üreme Teknikleri, (erişim tarihi: <http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/arsiv/kadindogum/SSS/INF4.html> 03.05.2012)

yumurtta fallop tüplerine nakledilir. Bu işlem döllenmenin yaklaşık 24 saat sonrasında gerçekleştirilir.

GIFT ise bir ara yöntem olarak değerlendirilir⁶⁷. Sperm ile yumurtanın elde edilmesi in vitro ile benzer biçimdedir, ancak döllenme sperm ile yumurtanın yumurtta kanalına nakliyle in vivo olarak gerçekleşir. Kadın ile erkekten elde edilen üreme hücrelerinin laparoskopi tekniğiyle yerleştirilmesidir. Döllenmeye elverişli yumurtta spermle birlikte kadının yumurtta kanalına yerleştirilir. Döllenme fallop tüplerinde doğal üremedeki seyrini izler. GIFT' te tedavi basamakları tüp bebek tedavisi gibi yumurtalıkları uyarmakla başlar. Tüp bebekte elde edilen embriyolar 2-3 gün sonra döl yatağına nakledilirken, GIFT' te sperm ve yumurtalar fallop tüplerine nakledilir. GIFT için en uygun adaylar, normal, sağlıklı fallop tüplerine sahip kadınlardır. Burada yaş da önemli bir etkidir. Ancak bu ifade bir kuşku yaratmamalıdır, çünkü GIFT tekniğine başvurulmasını gerektiren temel sorun kadınların yumurtalarının sayısının çok az olması ya da yumurtlamanın hiç gerçekleşmemesidir⁶⁸.

ZIFT, yönteminde yumurtalar ultrason yoluyla alınır ve bir laboratuvar kabında döllenir. Ertesi gün döllenmiş yumurtaların hücre bölünme evreleri başlamadan yani zigot aşamasında fallop tüplerine nakledilir⁶⁹.

4.3.4. Taşıyıcı annelik

4.3.4.1. Genel olarak

⁶⁷ Erol (2012). s. 69.

⁶⁸ Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yardımcı Üreme Teknikleri, <http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/arsiv/kadindogum/SSS/INF4.html>, (Erişim tarihi: 03.04.2012), kaynağa göre yönteminin ZIFT tercih edilmesinin bir nedeni de, sperm yumurtayı döleyip döleyemeyeceğinin belirlenmesidir. Tüp bebek yerine ZIFT kullanılmasının tercihi ise bir merkezin aldığı sonuçlara ve deneyimlerine bağlıdır. Kadının yumurtta kalitesinin kötü olduğu durumlarda, döllenme ihtimali riske atılarak ZIFT yöntemi tercih edilebilir. Daha önce başarısız bir GIFT deneyimi geçirmiş hastalar ZIFT veya TET yönteminden yararlanabilirler. Ek süreçler nedeniyle ZIFT veya TET, Tüp bebek veya GIFT 'e oranla daha pahalı bir maliyeti olabilecektir; Erol (2012). s. 69.

⁶⁹ Gülhane Askeri Tıp Akademisi Yardımcı Üreme Teknikleri, <http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/arsiv/kadindogum/SSS/INF4.html> (Erişim tarihi: 03.04.2012)

Taşıyıcı annelik bir kadının kendisinin ya da istemde bulunan bir başka kadının yumurta hücrelerinin in vivo veya in vitro döllenişle elde edilen embriyoyu gebeliği süresince dölyatağında taşıması ve doğum sonrası istemde bulunan bir başka kadına teslim etmesidir⁷⁰. Tanıma göre, embriyoda kullanılan yumurtanın sahibi aynı zamanda taşıyıcı anne ise genetik anne ile doğuran kadın aynı olacak; eğer istemde bulunan kadının yumurtaları kullanılmışsa genetik anne ile istemde bulunan anne farklı kimseler olacaktır. Taşıyıcı annelik, Türk hukukunda, ÜYTE kapsamında yasaklanmıştır(md. 18 f. 5).

Taşıyıcı annelik, istemde bulunan kadının ya da çocuğu doğuracak kadının üreme hücrelerinin kullanılmasına göre farklı biçimde adlandırılmaktadır. Yedek annelik ya da genetik annelik, doğacak çocuğu istemde bulunan bir başkasına vermek üzere taşıyan kadının aynı zamanda genetik anne olduğu duruma verilen addır. Döllenişte kullanılacak sperm istemde bulunan çiftte, taşıyıcı annenin kocasına veya üçüncü bir kimseye ait olabilir. Yedek annelik, ilk kez 1976 yılında ABD’de uygulanmıştır, bebeği taşıyacak olan kadının dölyatağına istemde bulunan kadının partnerinin spermeleri enjekte edilmiştir.

Taşıyıcı annelik başlıca üç türe ayrılmıştır, öğretilerde bir kavram birliği bulunmamaktadır⁷¹. Birinci tür taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anne çocuğun genetik annesi değildir, çocuğu yalnızca doğurmak üzere dölyatağında taşımaktadır. Bu duruma tam ya da genetik olmayan taşıyıcı annelik denmektedir. Bu tür taşıyıcı annelik “ödünç” ve “kiralık” annelik olarak ikiye ayrılmaktadır. Eğer çocuğu taşıma işi bir kazanım karşılığı yapılıyorsa kiralık ya da ticari annelik; bir kazanım karşılığında yapılmıyorsa ödünç ya da özgecil annelik söz konusu

⁷⁰Nomer (2000). s. 559. Kırkbeşoğlu (2006). s. 68. Erol (2012). s. 60.S. Metin, Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik, *Sağlık Hukuku Makaleleri 2*. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, s. 7-55. Taşıyıcı annelik kavramının güncel ve yeni bir kavram olmadığı, Eski Ahit’te de söz edildiği yönünde bkz. s. 7; E. Aydın, (2006). Taşıyıcı Annelikle İlgili Etik Sorunlar, *Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği Dergisi*, 3 (1), s.19-20, yasak olan taşıyıcı anneliğin uygulamada karşılaştığı yönünde bkz. s.20. Kalkan-Oğuztürk (2011). s. 197. E. Özsunay (2007), “Taşıyıcı annelik”le ilgili hukuksal Sorunlar, *Güncel Hukuk Dergisi*, Ağustos, s. 28-29. M. Rusch (2009). *Rechtliche Elternschaft*, Bern: Staempfli Verlag, s. 118. V. Weyrauch (2003). s.39; yasadaki yasaklanan olgu güncel tv dizilerinde işlenmiştir bkz., H. Memiş M. Gülmez (Yönetmen). (2006). *Bebeğim* (Televizyon dizisi) İstanbul: BKM Yapım.

⁷¹ Metin (2012). s. 8.

olacaktır. Bu örnek de ilk kez 1985 yılında ABD’de uygulanmıştır. Olayda kadın yumurtlayabilmektedir, ancak gebeliği kaldıramayacak durumdadır ve çiftin üreme hücreleri in vitro döllendirilmiş, sonra da taşıyıcı anneye nakledilmiştir⁷².

İkinci tür taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anne çocuğun aynı zamanda genetik annesidir. Taşıyıcı annenin yumurtaları ile çocuk sahibi olmak isteyen kadının partnerinin spermleri döllenenek elde edilen embriyo taşıyıcı annenin dölyatağına nakledilmektedir. Bu taşıyıcı annelik türüne genetik ya da ikame taşıyıcı annelik denmektedir⁷³.

Üçüncü tür taşıyıcı annelikte çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerden ne sperm ne de yumurta alınır. Üçüncü kişilerin spermi ile yumurtası döllenenek elde edilen embriyo taşıyıcı annenin dölyatağına nakledilir⁷⁴.

Taşıyıcı annelik uygulamasının en yaygın nedeni çocuk isteminde bulunan kadının sağlığının doğurmaya elverişli olmamasıdır. Örneğin istemde bulunan anne adayının yumurtalıkları çalışmakta, döllenmeye elverişli yumurta üretebilmekte, ancak gebelik süreci anne adayının sağlığı için tehlike oluşturabilmektedir. Bu durum dölyatağı da yumurtalıkları da sağlıklı bir biçimde işlevini yerine getirebilen ve sağlık durumu gebeliğe uygun olan ancak bedeninde çocuğu taşımak istemeyen bir kadın için de geçerli olacaktır. Bu durumda istemde bulunan kadın yumurtaları temin ederek genetik anne olabilmekte ancak çocuğu doğurmamaktadır. Burada elbette tıbbi endikasyon etkeni eksik kalmaktadır.

İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu md. 4 yumurta, embriyo bağıışı ve taşıyıcı anneliğin her türünün yasak olduğunu hükme bağlamıştır. Almanya’da ise EmbSG. md.1 f. 1’e göre döllenmemiş, yabancı bir yumurta hücrelerini bir kadının dölyatağına yerleştirenlerin, md.1 f. 6’ya göre bir kadından döllenmesini tamamlamadan

⁷² Aydın (2006). s. 21; ayrıca yazara göre taşıyıcı anneliğin iki türü kabul edilemezdir çünkü taşıyıcı annelik kadının bedeninin sömürülmesi anlamına gelmektedir; Metin (2012). s.8-9. Özsunay (2007). s.29.

⁷³ Metin (2012). s. 8.

⁷⁴ Metin (2012). s. 9.

embriyonun başka bir kadına yerleştirmek amacıyla alanların; md. 1 f. 7'ye göre ise doğurduktan sonra çocuğu başka birine vermek amacıyla gebe kalma olanağı sağlayanlar veya o kadına insan embriyosu yerleştirenlerin üç yıla dek hapis veya para cezası ile cezalandırılacakları belirtilmiştir. Ancak taşıyıcı annelik sözleşmesinin öznesi olacak kadınlara uygulanacak cezai bir yaptırım öngörülmemiştir.

Taşıyıcı annelik yönteminin yasal olduğu ülkelerden biri de Birleşik Krallık'tır. Birleşik Krallık'ta, Embriyoloji Yasası ile 2008'den beri taşıyıcı annelik yasal olmakla beraber bazı sıkı koşullara bağlanmıştır⁷⁵. Yunanistan'da da taşıyıcı annelik yasaldir ve doğumla birlikte istemde bulunan kadın anne olarak tescil edilmektedir⁷⁶.

4.3.4.2. Biyoetik tartışmalar

Taşıyıcı annelik uygulaması birçok biyoetik ve hukuki tartışmayı birlikte getirmektedir. Tartışmalardan ilki ticari taşıyıcı annelik ile ilgilidir. Ticari taşıyıcı annelik kadınların bedenlerini para karşılığında sömürülmesine izin verdikleri yönünde eleştirilmekte, bu nedenle kadınların bedenleri üzerinde böylesi bir tasarruf hakları bulunmadığı, üstelik metalaşmanın aynı zamanda doğudktan sonra teslim edilecek olan çocuk olduğu ileri sürülmektedir⁷⁷. Ayrıca bu durumda taşıyıcı annelerin bedenleri tıbbileştirilmekte, birçok kısıtlamaya

⁷⁵ Birleşik Krallık Adalet Yüksek Mahkemesi Aile Dairesi'nin Yabancı Taşıyıcı Anneliğe Dair 09.12.2008 Tarihli Kararı, (Çev. Eylem Apaydın), *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 1 (2) Temmuz 2011, ss. 102-118. Bu koşullar istemde bulunan çiftlerin evli olmaları, doğum üzerinden altı aylık kesin süre içinde başvuruda bulunmaları, başvuruçuların on sekiz yaşından büyük olmaları, doğuran kadının altı hafta içinde onay vermesi, istemde bulunan tarafların en azından birinin genetik materyalinin kullanılmış olması ve istemde bulunan tarafların taşıyıcı anneye ödeyecekleri bedelin doğum için gerekli masrafları aşmayacak ölçüde olmasıdır. Birleşik Krallık'ta yakın zamanda görülen bir taşıyıcı annelik davasında Ukraynalı bir kadın ile taşıyıcı annelik sözleşmesi akdeden İngiliz çift, bu hükümlerden ödenen bedelin doğum ve bakım masraflarını aşması yüzünden sözleşmenin geçerli sayılmaması nedeniyle çocuklarını ilk derece mahkemesi kararıyla nüfuslarına geçirememektedirler. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin Ukrayna'daki emredici hükümlerine göre ise taşıyıcı anne ile doğan bebek arasında soybağı kesinlikle kurulamamaktadır.

⁷⁶ Rusch, (2009). s. 117 dn. 606. Bkz. Yunanistan'da taşıyıcı annelik sözleşmesinin hükümleri gereğince taraflar taşıyıcı anneye nakledilen yumurtaların taşıyıcı anneye ait olmadığı hususunda anlaşmak zorundadırlar, ayrıca doğumu izleyen altı ay içinde anneliğin iptali davası da açılabilir.

⁷⁷ Metin (2012). s. 26.

gitmektedirler. Ticari taşıyıcı annelik savunulduğu gibi iradi de değildir; çünkü her iki taraf arasında iradi bir anlaşma olmayacaktır, çünkü taraflar arası ekonomik bir dengesizlik bulunmaktadır⁷⁸. Son olarak ticari taşıyıcı annelikte taşıyıcı anne aslında tam öngörmeden çok büyük sağlık riskleri almaktadır, gebelik sırasında ortaya çıkabilecek birçok tehlike bulunmaktadır⁷⁹. Çocuk odaklı eleştirilerde ise çocuğun rızası bile olmadan bir ticari meta haline gelmesi ve çocuk haklarına aykırı bir uygulama yapıldığı vurgulanır⁸⁰.

Buna karşın liberal yaklaşımlar hükümetlerin bireylerin üzerinde ancak masum üçüncü kişilere verilecek bir sakınca var ise koruyucu olarak devreye girmesi gerektiğini, bununla birlikte bireylerin kendilerine ilişkin kararlarını kendi yarar ile zararlarını göz önünde bulundurarak özgür iradeleri ile almaları gerektiğini ve taşıyıcı anneliğin kısır çiftlere yardımcı olmak bağlamında çok yarar sağladığını dile getirmektedir⁸¹.

Taşıyıcı annelik kurumu ile ilgili bir başka tartışma alanı da, istemde bulunan ebeveynlerin ya da doğuran taşıyıcı annenin doğan çocuğu istememeleri ya da taşıyıcı annenin istemde bulunan çiftle arasındaki sözleşmenin hükümlerine aykırı davranarak bebeği teslim etmek istememesi durumunda ne olacağı noktasındadır⁸². Öğretide bir görüş eğer taşıyıcı anne teslim etmek istemezse bu durumda tazminat ve teslimine yönelik bir dava hakkının bulunacağı yönündedir⁸³. Bir sorun da çocuğu her iki tarafın da istememesi yönünde ne

⁷⁸ Metin (2012). s. 26. Bu durum özellikle üçüncü dünya ülkesi kadınların aleyhine olarak işlemekte onların bedenlerinin metalaştırılarak sömürülmesine neden olmaktadır.

⁷⁹ Metin (2012). s. 27. Özsunay (2007). s. 28.

⁸⁰ Metin (2012). s. 28.

⁸¹ Metin (2012). s. 30-31.

⁸² Erol (2012). s. 125. Metin (2012). s. 35. Özsunay (2007). s. 28.

⁸³ Erol (2012). s. 125, taşıyıcı annenin çocuğu teslim borcu sözleşmenin yükümlülüklerinden olarak sayılmaktadır; Metin (2012). s. 36, dn 61, örneğin ABD'de 1985 yılında Bayan Whitehead istemde bulunan Stern çiftine teslim etmek üzere Bay Stern'in spermleriyle gebe kalmış ve çiftle taşıyıcı annelik sözleşmesi çerçevesinde anlaşmıştır. Ancak doğum sonrasında çocuğu teslim etmekten kaçınmıştır. İlk derece mahkemesi taşıyıcı annelik sözleşmesini geçerli görüp bebeğin teslimine hükmetse de Yüksek Mahkeme kararı bozmuş ve toplumsal ve mali açıdan taşıyıcı anne Bayan Whitehead'in baskı altında yaptığı sözleşmeyi geçerli bulmamış velayet hakkını Bayan Whitehead'e tanımıştır.

olacağıdır⁸⁴. Başka bir görüşe göre ise, çocuğu teslim almak istemde bulunan tarafın asli yükümlülüklerinden olduğu gibi aynı zamanda sözleşme uyarınca bir hakkıdır⁸⁵.

5-Yapay Döllenmeye İlişkin Uluslararası Ve Ulusal Mevzuat

Yapay döllenme tekniklerine ilişkin yasal mevzuat uluslararası ve ulusal düzlemde farklılık arz etmektedir. Uluslararası yasal mevzuat yalnızca yapay döllenmeye ilişkin hükümler içermemekte, genel olarak üreme tıbbını da kapsamaktadır⁸⁶.

Üreme tıbbı alanında uluslararası düzlemde yapılan düzenlemeler öncelikle tavsiye kararlar biçiminde ortaya çıkmıştır. Zaman içinde üreme tıbbı uygulamalarının, genetik mühendisliği aracılığıyla gelişmesi uluslararası düzlemde bağlayıcı sözleşmelerin yapılmasını gerektirmiştir. Avrupa Konseyi'nin konuyla ilgili ilk düzenlemesi genetik mühendisliğine ilişkin bir tavsiye karardır. Bunu insan embriyosu ve ceninlerin kullanılmasına ilişkin bir tavsiye karar izlemiştir. Çok daha sonra ABD'de insan genomuna ilişkin bir proje yürütülmüş, ardından insan genomuna ilişkin UNESCO tarafından bir bildirge ilan edilmiştir. Son olarak da Avrupa Konseyi, Oviedo'da üreme tıbbına ilişkin düzenlemeler içeren ve taraflarını bağlayıcı Biyotıp Sözleşmesi'ni imzaya

⁸⁴ Uluslararası hukukta yakın tarihli çok ilgi çekici bir dava bulunmaktadır. Japon Yamada çifti Hindistanlı bir kadın ile taşıyıcı annelik sözleşmesi çerçevesinde anlaşmaktadır. Ancak çift doğumdan önce boşanmış, boşanma sonrasında istemde bulunan kadın bebek Manji'yi istememiş, Hindistan iç hukukuna göre de artık dul olan babaya evlatlık hükümleri çerçevesinde çocuğun teslim edilmesi yasaktır. Bebeğin büyükannesi sürece dahil olmuş ve velayetini almıştır, bkz. Metin (2012). s. 36. Özsunay (2007). s. 29, yazarın dikkat çektiği bir husus da taşıyıcı annelik uygulamalarının Hindistan'da yaygın olmasının nedeninin başvuran çiftler için fiyatların oldukça ucuz bulunmasıdır.

⁸⁵ Erol (2012). s. 125, yazara göre bu durumda genel hükümlerden yola çıkılmalıdır.

⁸⁶ <http://www.repromedizin.de/dgrm-informationen/geschichte.html>, (Erişim tarihi: 27.03.2013), Üreme tıbbı, tıbbi terminolojide insanın üremesine ilişkin doğal ve yapay döllenmenin tüm süreçlerini inceleyen bir araştırma alanıdır. Uluslararası düzlemdeki hukuki metinler yalnızca yapay döllenmeyi değil üreme tıbbını kapsamıştır, ancak bu tez çalışması yalnızca yapay döllenmeyi konu edindiğinden hukuki metinler de yapay döllenmeye ilişkin yönleriyle ele alınacaktır. bu nedenle uluslararası düzlemdeki hukuki mevzuat da yapay döllenme başlığı altında incelenecektir.

açmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu bu sözleşme oldukça önemli hükümler içermektedir.

5.1.Yapay Döllenmeye İlişkin Uluslararası Mevzuat

Uluslararası hukuki metinler genetik mühendisliği ve üreme tıbbı konusundaki gelişmeler karşısında yalnızca ulusal boyutta düzenlemelerle yetinilemeyeceği ve bu alanda yeknesaklık sağlanması gerekliliği ile ortaya çıkmıştır. Öncelikle Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi 1982 ve 1986 yıllarında iki tavsiye karar almıştır. Tavsiye kararlar bağlayıcı nitelikte değildir. Ardından uzun soluklu bir proje olan insan genomu projesi tüm dünyanın gündemini meşgul etmiştir. UNESCO da 2000 yılında insan genomu projesine ilişkin bir bildirge yayınlamıştır.

5.1.1.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Genetik Mühendisliği Hakkında 934 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 26.01.1982 tarihinde kabul edilen 934 Sayılı Tavsiye Kararı'nda⁸⁷, genetik mühendisliğinin yeni gelişmeleri karşısında bireylerin genetik özelliklerini sürdürme haklarına vurgu yapılmıştır. Karara göre bireyin genetik özelliklerini sürdürme hakkından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de söz edilmesi gerekmektedir. Fakat bu hakkın varlığı tedaviye ilişkin tıbbi uygulamaların önünü kesmemelidir.

5.1.2.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin İnsan Embriyosu ve Ceninlerinin Tanı Tedavi ile Bilimsel, Sınai, ve Ticari Amaçlar İçin Kullanılması Hakkındaki 1046 sayılı Tavsiye Kararı

⁸⁷ <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta82/erec934.htm> (erişim tarihi: 05.02.2013)

19-24 Eylül 1986'da Avrupa Parlamenterler Meclisi'nin aldığı 1046 Sayılı Tavsiye Karar'da⁸⁸, öncelikle bireylerin genetik varlıkları üzerindeki hakların tanınması gerektiği vurgulanmıştır. Genetik varlık üzerindeki haklara tedavi ve tanı dışında amaçlarla dokunulmaması gerektiği belirtilmiştir. Biyoloji ve tıbbın gelişmeleri sayesinde insan embriyosu üzerinde tedavi ve tanılamaya ilişkin yeni olanakların in vitro dölleme tekniği ile insan yaşamına müdahale edebilecek boyutlara ulaştığına değinilmiştir. Ancak bu gelişmelerin etik ilkeleri gözetmesi gerekmektedir.

Tavsiye karardaki en önemli ifadelerden biri yumurtanın dölleme ile insan yaşamının sürekli bir değişime tabi olduğu ifadesidir. Kararda bu döneme ilişkin kesin bir ayırım yapılamayacağı, bu nedenle embriyonun statüsünün tanımlanması gerektiği belirtilmiştir. Biyolojik bir tanımlamanın yanı sıra embriyo ile ceninin hukuki statüsünün de tanımlanması gerektiği belirtilmiştir. Konsey, insan embriyosu ile ceninine her durum ve koşulda insan onuruna gösterilen saygının gösterileceğini vurgulamıştır.

5.1.3. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Bilimsel Araştırmada İnsan Embriyosu ve Ceninlerinin Kullanılmasına İlişkin 1100 Sayılı Tavsiye Kararı

Avrupa Parlamenterler Meclisi'nin 1046 sayılı Tavsiye Kararı'ndaki ilkeler göz önünde bulundurularak 1989'da 1100 sayılı bir tavsiye karar alınmıştır⁸⁹. 1100 sayılı tavsiye kararda üreme hücrelerinin deneysel araştırmalarda kullanılabilmesi, ancak sırf araştırma amacıyla embriyo üretilmeyeceği karara bağlanmıştır. Tüpte embriyolar üzerindeki araştırmalar da patolojik genetik kalıtımın tanınması, tedavisi ve önlenmesi amacıyla yapılabilecektir.

⁸⁸ <http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta86/erec1046.htm> (erişim tarihi: 05.02.2013)

⁸⁹ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta89/EREC1100.htm> (erişim tarihi: 05.02.2013)

Dölyatağına nakledilmiş ve dölyatağı dışındaki embriyolar üzerinde yapılacak klinik operasyonların, embriyoların gelişimine katkı sunacak boyutta olması gerekmektedir.

5.1.4. İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

İnsan DNA'sındaki genlerin karakterizasyonunu yapma ve böylece yapay dölleme ile üretilen embriyolar üzerinde uygulama amacıyla yürütülen İnsan Genom Projesi'nin⁹⁰, ardından, 1997 yılında UNESCO yirmi beş maddelik İnsan Genomu ve İnsan Hakları Bildirgesi'ni⁹¹ ilan etmiştir. Bildirge, İnsanlık Onuru ve İnsan Genomu, Bireyin Hakları, İnsan Genomu Üzerinde Araştırma, Bilimsel Araştırma ve Yürütme Koşulları ana başlıklarından oluşmaktadır. Bildirge'nin giriş kısmında insan genomu konusundaki araştırmaların ve bunların uygulamalarının, bireylerin ve bütün insanlığın sağlık koşullarının iyileştirilmesi yönünde geniş imkanlar oluşturduğunu kabul ederek; ancak bu araştırmaların aynı zamanda, genetik özelliklere dayalı her türlü ayrımcılığın yasaklanmasının

⁹⁰ http://www.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/about.shtml (Erişim tarihi: 30.04.2012). Tarihin en büyük etik projesi ve yaşamın kitabı olara tanıtılan Proje için on beş yıllık bir süre öngörülmüş ancak hızlı teknolojik ilerlemelerle 2003 yılında tamamlandığı duyurulmuştur.

O. Kaşıkçı (2007). İnsan Genomu Projesinin etik açıdan değerlendirilmesi, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Sempozyumu 15-16 Mayıs 2006*. Ankara 2007, s.150, yazara genetik araştırmaların bireyler üzerinde zorlayıcı etkileri olabileceğinden, gen tanılamasının toplumsal ve irksal boyuta ulaşabileceği endişesinden söz etmektedir. Genom haritalarının çıkarılması ileride iş hukuku, sigorta hukuku alanlarında bireylerin hastalıklı-sağlıklı ayrımcılığına tabi tutulmalarına neden olabilme ve genlerin ticari metalara dönüşme riskini de içinde barındıracaktır, ayrıca Genom projesinin embriyo üzerinde seçim hakkı şansı doğurması ile ailelerin çocuklarının cinsiyetlerini seçmeye yönelecekleri ve bunun da toplumsal düzeni tahrip edici etkilerinin olacağı belirtilmiştir. cinsiyet seçimin geleneksel yapıda toplumlarda erkekten yana olacağı bunun da cinsiyetler arası nüfus dengesizliğine neden olacağı ve tehlike olarak nitelenen eşcinselliğe neden olacağına da değinmiştir; Y. Büyükay, (2005). Gen analizleri ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9 (3-4), s. 382; Kalkan-Oğuztürk (2011).s. 149; Kaşıkçı (2007). s.151. M. A. Zengin (2012). *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 89, yazar projeye devletlerin yanı sıra IBM, Compaq, Celera gibi özel firmalar da katıldığını ve maddi açıdan desteklediklerini belirtmiştir; Çırakoğlu, (2001). s 2-3, örneğin proje sayesinde gırtlak ve deri kanserine neden olan bir genin profili belirlenmiştir. Ancak projenin anılan yararlarının yanı sıra etik ve insan hakları açısından birçok eleştiri de getirilmektedir.

⁹¹ http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/GENOME-HUMAIN_Turc.pdf (Erişim tarihi: 05.05.2012)

yanı sıra, insan onuruna, özgürlüğüne ve haklarına tam saygı göstermesi gerektiği vurgulanmıştır.

Bildirgede, insan genomunun insanlığın mirası olduğuna değinilir. Tüm insanların genetik özelliklerinden bağımsız olarak insanlık onuruna sahip oldukları, benzersizliklerine ve çeşitliliklerine saygı duyulması gerektiği belirtilmiştir (md.2). İnsan genomu ticari kazanç konusu yapılamayacaktır (md.4). Üremeye yönelik insan klonlaması gibi insan onuruna aykırı uygulamalara izin verilemez. Devletler ve yetkili uluslararası örgütler böyle uygulamaların ortaya çıkarılması ve bu Bildirge’de ortaya konan ilkelere uygun olarak gerekli önlemlerin ulusal veya uluslararası düzeyde alınması amacıyla işbirliği yapmaya çağırılmaktadır (md. 11).

5.2.5.Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi)

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin, çalışmaları⁹² doğrultusunda hazırlanan “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”⁹³ Avrupa Konseyi bünyesinde 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmıştır. Bu tarihte Türkiye de sözleşmeyi imzalamış,3 Aralık 2003 tarih ve 5013 sayılı kanun ile TBMM Sözleşme’nin onaylanmasını uygun bulmuştur. 2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu kararınının 20.04.2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanmasıyla Sözleşme yürürlüğe girmiştir⁹⁴.

Oviedo Sözleşmesi’ne göre genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir

⁹² Sözleşmenin hazırlayıcı metni “Bir Biyoetik Sözleşmesi Hazırlanmasına İlişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı”dır.

⁹³ http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_164.htm (Erişim tarihi: 02.02.2013)

⁹⁴ Türkiye sözleşmenin “Organ Alınmasına Muvafakat Verme Yeteneği Olmayan Kişilerin Korunması” başlıklı 20. maddesine çekince koymuştur.

yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilecektir (md. 12). İnsan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılmaması halinde yapılabilir (md. 13).

Ciddî bir kalıtsal hastalıktan kaçınma hali dışında, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla yapay döllemeden kaçınılacaktır (md. 14). Hukuk düzeninin embriyo üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. Ancak sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır (md. 18)⁹⁵.

Biyoetik hukukunun oluşturulması alanındaki bağlayıcı ilk metin olan Oviedo Sözleşmesi Avrupa Konseyi'nin yanı sıra Konsey'e üye olmayan devletlerin de imzasına açılmıştır. Böylece hedeflenen hem bir Avrupa biyoetik hukukunun oluşturulması ve hem de kültürel bakımdan farklı ülkeler için yeknesaklık sağlayacak bir metnin hazırlanması sayesinde farklı ülkelerde farklı uygulamalar bulunması yüzünden ortaya çıkan yapay dölleme turizminin önüne geçilmesidir⁹⁶.

⁹⁵T. Katoğlu, (2006). Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 182-185, yazar tüpte embriyonlar üzerinde araştırma başlıklı Md. 18 içeriğinin belirsizliği nedeniyle eleştirmektedir. Öncelikle birinci fıkrada sözü edilen "uygun koruma" ne anlama gelecektir ve taraf devletler bu kavramı kendi iç hukuklarına göre mi anlamlandıracaklardır? Ardından ikinci fıkrada yalnızca araştırma amacıyla embriyo üretilmemesi tedavi (terapötik) amaçlı embriyon üretilebileceği anlamına mı gelmektedir yoksa hiçbir şekilde mi embriyon üretilmeyecektir? Yazar hiçbir biçimde embriyon üretilmeyeceği biçiminde bir yorumun bilimsel araştırma özgürlüğünü kesinlikle kısıtlayacağını ve sözleşmenin ana amaçlarından olan olabildiğince tekipleştirme ve üreme turizminin önüne geçebilme maksadının sağlanamayacağını ileri sürmektedir; Y. Ünver, (2008). Türkiye'de Ceza Hukuk Açısından Sun'i Dölleme, İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, *Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s. 29; Ayrıca yapay dölleme sırasında üretilen fazladan embriyoların kök hücre ya da başkaca bilimsel araştırmalara kaynaklık etmek üzere kullanılmaması yönünde bkz. O. Cin (2009). Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Ceza Sorumluluğu. 2. *Sağlık hukuku Kurultayı*. Ankara Barosu, s. 154.

⁹⁶Katoğlu (2006). s. 186.

5.2.Yapay Döllenmeye İlişkin Ulusal Mevzuat

Yapay döllenme yöntemleri ile ilgili ulusal yasal düzlemde, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (ÜYTE) ve Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği (GHTMY) bulunmaktadır. ÜYTE, yapay döllenme tekniklerinden yalnızca tedavi amaçlı olanlarını düzenlemekte ve bunlarla ilgili usul ve esasları hükme bağlamaktadır. GHTMY ise yapay döllenmeye başvurulmasının başlıca nedenlerinden olan genetik hastalıkların prenatal veya postnatal evrelerde saptanması ve tüpte döllenmede cinsiyet seçimine ilişkin düzenlemeler içermektedir.

5.2.1.Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik

Türkiye’de yapay döllenme yolu ile çocuk sahibi olunmasına ilişkin düzenleme özel kanunla hüküm altına alınmamıştır. Konuyla ilgili ilk düzenleme Sağlık ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nca 1987 yılında “İn Vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Yönetmeliği” adıyla çıkarılmıştır. Yönetmelik süreç içinde ilk kez Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği (ÜYTE) olarak 19 Kasım 1996’da ad değişikliğine uğramıştır. İkinci kez 11 Ocak 1998’de, 8 Temmuz 2005’te ve en son olarak da 2010’da “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” adıyla değiştirilmiştir⁹⁷. Konu ile ilgili kanunla değil de yalnızca bir yönetmelikle düzenleme yapılması eleştiri konusu olmuştur⁹⁸.

⁹⁷ Yönetmelik, 21 Ağustos 1987 tarih ve 19551 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış; 19 Kasım 1996 tarih ve 22822 sayılı Resmi Gazetede, 11 Ocak 1998 tarih ve 23227 sayılı Resmi Gazetede, 28 Ocak 1998 tarih ve 23244 sayılı Resmi Gazetede, 31 Mart 2001 tarih ve 24359 sayılı Resmi Gazetede ve 08 Temmuz 2005 tarih ve 25869 sayılı Resmi Gazetede ve 6 Mart 2010/27513 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan şekliyle değiştirilmiştir.

⁹⁸ Kırkbeşoğlu (2006). s. 46.

Yönetmeliğin kendi ifadesiyle amacı, çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir (md. 1). Yönetmelik üremeye yardımcı tedavi tekniklerini ikame unsur olarak görmektedir, yani doğal yollardan gebeliğin oluşmaması beklenmelidir ve bu yöntemler tedavi niteliği taşımalıdır⁹⁹.

Tedavi merkezlerinin kurulması ÜYTE md. 7 f. 2 ile Sağlık Bakanlığı'nın iznine tabi kılınmıştır. Ruhsatname başvurusu md. 8 'e göre düzenlenecek bir dilekçe ile mahallin en büyük mülki amirliğine yapılacaktır. Başvuru dilekçesi özel olarak hizmet binasının özelliklerini, merkezde kullanılacak olan cihazların bilgisini de içermelidir. Tedavi merkezlerinde bulunması zorunlu özel bölümler ile cihazlar Yönetmeliğin dördüncü bölümde sayılmıştır. Merkezlerde üremeye yardımcı tedavi uygulaması ile birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir (md. 18 f.8)¹⁰⁰.

5.2.2.Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği

Sağlık Bakanlığı'nın 10.06.1998 RG tarihli Genetik Tanı Merkezleri Yönetmeliği'nin¹⁰¹ amacı, birey dünyaya gelmeden önce genetik hastalıkların tanısına ve dolayısı ile tedavisine imkan sağlamak üzere, genetik hastalıkların prenatal ve/veya postnatal tanısı için açılacak genetik tanı merkezlerinin anne

⁹⁹ Danıştay 5. Dairesi'nin 20.09.2001 tarihli 1998/3529 esas ve 2001/3138 karar sayılı kararında "devlet memuru davacıların tüp bebek uygulamasının bir kısırlık tedavi yöntemi olduğuna ve tedavi için merkeze sevklerine ve ... tedavi masraflarının sigorta tarafından karşılanacağını hükme bağlanmıştır.

¹⁰⁰ Çoğul gebeliklerin önüne geçilmesi desteklense de embriyo transferinin sayısının sınırlandırılması ile ilgili prof. doktor Hakan Yaralı'nın eleştirisi için bkz.

http://www.hakanyarali.com.tr/tup_bebek/transfer_edilen_embriyo_sayisinda_yeni_yonetmelik_ile_yasal_kisi (Erişim tarihi: 28.12.2012)

¹⁰¹ Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/23368.pdf> (Erişim Tarihi 10.01.2013).

ve çocuk sağlığı açısından sağlıklı bir Şekilde faaliyet göstermesi, denetlenmesi ile bunları işleten kamu kurum ve kuruluşlarının, özel hukuk tüzel kişilerin ve gerçek kişilerin uymakla zorunlu olduğu usul ve esasları düzenlemektir (md. 1). Yapay döllenmeye baŐvurulma nedenleri arasında saydığımız kalıtsal hastalıklar dolayısıyla embriyo ve ceninde prenatal ve postnatal genetik araştırmanın yasal dayanağı böylece sağlanmıştır. Ancak bu Yönetmelik preimplantasyon evresiyle ilgili bir hüküm getirmemektedir. Cinsiyete bağlı hastalıklar dışında cinsiyet belirleme yapılamaz (md. 17). Bu madde de ÜYTE ile paralellik arz etmektedir.

İkinci Bölüm: Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Alanındaki Hukuki Sonuçları

1.Soybağı Kavramı

Ebeveynlerin çocuklarına karşı sorumluluğu "tüm sorumlu davranışların arketipi" olarak tanımlanmış, temelde var olan ve etkileri bakımından da zorlayıcı bir ilişki biçimi anlamında soybağının biyolojik ebeveynlerin çocuklarına bağlanmalarını ifade ettiği belirtilmektedir¹⁰². Soybağının sosyal anlamı için en belirgin ana motif bireyin ölümsüzlük gereksinimi olarak gösterilmiş, ölümsüzlük olanaksız olduğundan bunun ancak soyun sürdürülmesi ile ikame edileceği vurgulanmıştır¹⁰³.

Soybağı¹⁰⁴ geniş ile dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılır: Geniş anlamda soybağı "birbirinden üreyen kişiler arasındaki hukuki bağlanma" anlamına gelen ve baskın görüşe göre bir kimsenin ana babası, büyükannesi büyükbabası ile onların da ana-babalarıyla olan bağlantılarını ifade etmektedir¹⁰⁵. Başka bir görüşe göreyse bir kişinin üstsoyu, altsoyu, yansoyu ile olan kan bağı ve evlat edinmeden doğan evlatlık ile evlat edinen ve altsoyu arasındaki soybağı da

¹⁰² C. Hegnauer (2006). Kindesrecht – ein weites Feld. *Zeitschrift für Vormundchaftswissen* (25), s. 30, yazar biyolojik ebeveynler ile psiko-sosyal ebeveynlerin genelde örtüştüğü ön kabulünden yola çıkıldığını belirtir; Rumo-Jungo vd. (2006). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*. Zürich: Staempfli Verlag. s. 411.

¹⁰³ T. Geiser (2009). Kind und Recht von der sozialen zur genetischen Vaterschaft. *FamPrach*, s.2.

¹⁰⁴ C. Baygın (2010). *Soybağı hukuku*. İstanbul, s. 1 dn. 1; Akıntürk (2008) s. 321; C. Baygın, (2000). Kanbağına dayanan soybağı. *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 6 (1-4), s. 256.

¹⁰⁵ Akıntürk (2008). s. 322; Kırkbeşoğlu (2006). s. 8; R. Serozan (2005). *Çocuk hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 143; Baygın (2010). s. 1, yazar geniş anlamda soybağının Batı dillerindeki düz çizgi kan hısımlığını ifade ettiğini belirtmektedir; B. Acabey (2006). *Soybağı Kurulması genel olarak sonuçları özellikle evlilik dışında doğan çocukların mirasçılığı*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları, s. 5; G. Paksoy (2011). Soybağının reddi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 97, s. 354; Ö. U. Gençcan (2002). 743 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre soybağının kurulması, reddi, düzeltilmesi, itiraz davaları ve soybağının hükümleri. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 197. F. Erlüle (2009). Babalık karinesi. *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye armağan*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 685, dn. 1.

geniş anlamda soybağının kapsamındadır¹⁰⁶. Dar anlamda soybağı ise bir kimse ile ana babası ve çocuğu arasındaki kan bağıını ifade eder; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku kitabında düzenlenen soybağı kurumu da dar anlamda soybağıını ele almaktadır¹⁰⁷.

2.Soybağının Türleri

Ana-baba ile çocuk arasındaki bağı ifade eden dar anlamda soybağı¹⁰⁸ “hukuki” ve “doğal” soybağı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doğal soybağı çocuk ile ana-babası arasında salt biyolojik-genetik temellere dayanan ve doğum yoluyla kendiliğinden kurulan bağı olarak tanımlanır, başka bir deyişle doğal soybağı çocuk ile ana-babası arasında genetik köken ile biyolojik türemeye dayalı olarak kendiliğinden kurulur¹⁰⁹. Çocuğu doğuran kadın ile bu kadının yumurta hücrecini dölleyen spermin sahibi erkek ve çocuk arasındaki bağı doğal bir soybağı ilişkisidir.

Bunun yanısıra hukuki soybağı, hukuk düzeninin aradığı koşulların gerçekleşmesi ile birlikte bir çocuğun hukuki olarak ana-babaya bağlanmasıyla kurulan soybağıını ifade etmektedir¹¹⁰. Hukuki soybağı, kan bağıına dayalı doğal soybağının yanı sıra evlat edinme ile kurulan soybağıını da kapsar. Ana bakımından doğum; baba bakımından ise ana ile evlilik, tanıma, babalık hükmü ya da evlat edinme ilişkisiyle kurulur. Hukuki soybağının temelinde genellikle doğal ana-babalık ile sosyal-manevi ana-babalık ilişkisi birlikte bulunmaktadır. Ancak doğal- biyolojik ana-babalık ile sosyal-manevi ana-babalık ortak olmadığı

¹⁰⁶ Akıntürk (2008). s. 322.

¹⁰⁷ Baygın (2010). s. 2; Kırkbeşoğlu (2006). s. 8; Acabey (2006). s. 6; Gençcan (2002). s. 32-33; Serozan (2005). s. 86; Akıntürk (2008). s. 322; M. Dural ve vd. (2008). *Türk özel hukuku C. 3*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 436. J. Akipek vd. (2011). *Türk Medeni Hukuku başlangıç hükümleri birinci cilt*, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 279.

¹⁰⁸ Akıntürk (2008). s. 322. Gençcan (2002). s. 48.

¹⁰⁹ Baygın (2010). s. 3.Ö. Yenerer-Çakmut (2008). *Soybağının belirlenmesi ve ceza hukukunda çocuğun soybağıını değiştirme suçu*. İstanbul: Beta Yayınevi, s. 19-20. Serozan (2006). s. 98.N. Feyzioğlu (1986). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi s. 414. J. Akipek vd. (2010). s. 455. Rumo-Jungo vd. (2006). s. 411. Hegnauer (2006). s. 29.

¹¹⁰ Acabey (2006). s. 7. Baygın (2010). s. 3. Kırkbeşoğlu (2006). s. 10. Akıntürk (2008). s. 322; Rumo-Jungo vd. (2006). s. 410.

zaman hukuk düzeni birisine öncelik tanır. Hukuk düzenlerinin öncelik tanıdığı soybağı ilişkisi genellikle biyolojik ana-babalık olmaktadır.

Ana açısından MK. md. 282 f.1 hükmüne göre ana ile çocuk arasında doğum ile kurulan hukuki soybağı, aksi ispatlanamaz bir karinedir. Böylece yasa doğal soybağı ile hukuki soybağı arasında ana açısından bir özdeşlik öngörmüştür¹¹¹. Baba ile hukuki soybağının kurulması ise tanıma, ana ile evlilik ya da hakim hükmü ile olur. Ancak baba açısından hukuki soybağı ile doğal soybağı, ana ile kurulan soybağında olduğu gibi özdeş değildir. Sözgelimi evlilik dışı çocuklar için yasada anılan tanıma kurumu bu duruma bir örnektir. Bundan başka ananın biyolojik babayı tanımadığı veya bilerek gizlediği durumlarda da biyolojik-doğal baba ile çocuk arasında hukuki soybağı kurulamayacaktır¹¹². Ayrıca evlilik içi doğan bir çocuğun biyolojik babası kocadan başka biriye ve koca soybağını reddetmiyorsa bu durumda koca hukuki baba olacaktır. Yani doğal soybağının kurulduğu biyolojik baba hukuki soybağı kurulamadığından çocuğa yabancı kalacaktır¹¹³.

3.Türdeş(Homolog) Döllenmede Soybağı

Türdeş döllenme tekniklerinde kullanılan üreme hücreleri, evli çiftte ait üreme hücreleridir. Türk hukukunda uygulanmasına izin verilen yapay döllenme tekniği türdeş döllenmedir. Bu sayede çocuk ile ana babası arasında soybağı yasada evlilik içinde doğan çocuğun soybağı hükümlerine tabi olmaktadır¹¹⁴.

¹¹¹ Acabey (2009). s. 8, dn. 27, ancak yazara göre tıp bilimindeki yeni gelişmeler artık hukuki soybağı kavramını bu denli basit tanımlanmasına olanak vermemektedir. Erlüle (2009) s. 689. Geiser (2009). s. 2 yazar bu hükmün tüm hukuk sistemlerinde böyle olmadığına değinir. A. Buchler (2005). Das Abstammungsrecht in rechtsvergleichender Sicht. *FamPrach.* (S 437), s. 439. Örneğin İngiltere’de Parantage Act ile taşıyıcı annelik yasaldir ve hukuki anne istemde bulunan annedir; Fransa’da evli olmayan annenin doğurduğu çocuk ile soybağı kurabilmesi için tanınması gerekmektedir, “possession d’ata”; Belçika’da ise doğuran kadın anne olarak kaydedilse bile her tür hukuki delille red davası açılabilir, ss. 447-451.

¹¹² Acabey (2002). s. 9. Yazar, bu duruma ilişkin örneklere failleri bilinmeyen tecavüz veya sperm verenin kimliğinin bilinmemesini ekleyerek, annenin de babayı bilmemesi olasılığını vurgulamaktadır.

¹¹³ Feyzioğlu (1986). s. 568. Acabey (2002). s. 9 dn. 35.

¹¹⁴ Akıncı (1996). s. 235. Ergüneş (2012). s. 171.

Ancak türdeş dölleme özel bir durum ölüm sonrası dölleme çocuğun soybağının nasıl kurulacağı sorundur. Kocanın sağlığında dondurulan spermelerin ya da döllendirilmiş embriyonun, kadının dölyatağına, kocanın ölümünden sonra yerleştirilmesinin hukuki sonuçları belirsizdir. ÜYTE'ye göre, kural olarak boşanma ile ölüm durumlarında dondurulmuş materyallerin imha edilmesi gerekmektedir (md. 18 f. 12).

3.1. Türdeş Dölleme Ana ile Soybağının Kurulması

Türdeş dölleme yoluyla dünyaya gelen çocuğun, anası ile soybağı doğum ile kurulur. Başka bir ifadeyle, doğum ana ile soybağının dolaysız ve kesin biçimde kurulduğunun bir ifadesidir¹¹⁵. Medeni Kanun md. 282 f.1'e göre çocuğu doğuranın ana olması, aksi kanıtlanamaz bir karinedir. Bu karine, Roma hukukundaki "doğuran anadır" kuralının bir devamıdır¹¹⁶. Hukuki soybağı ile doğal soybağı türdeş dölleme birbirleriyle örtüşmektir.

3.2. Türdeş Dölleme Baba ile Soybağının Kurulması

Türdeş dölleme evli eşlerin yumurtaları ile spermeleri kullanılmaktadır. Bu nedenle öncelikle Medeni Kanun md. 285 f. 1'deki babalık karinesine göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası, kadının kocasıdır.

Spermeleri kullanılan eşin türdeş döllemeye rızasının olmaması durumunda bile çocuk ile babanın soybağı, evlilik içinde doğan çocuğun babalık karinesine uygun olarak kurulmaktadır ve babanın soybağının reddi davası açma hakkı bulunmamaktadır, çünkü doğal ya da yapay yoldan olup olmadığı fark

¹¹⁵ C. Hegnauer (1999). *Grundriss des Kindesrechts und übrigen Verwandtschaftsrechts*. Bern: Staempfli Verlag. s. 36. Akıntürk (2008). s. 327. Erlüle (2009). s. 689. Rusch (2008). s. 76, yasa koyucu bir annelik karinesi değil kati bir kurallaştırma yapmaktadır.

¹¹⁶ Geiser (2009). s. 3. Erol (2012). s. 157, bu karinenin yeni teknolojik gelişmeler karşısında yetersiz kaldığını belirtmektedir; Akıntürk ve Ateş-Karaman (2012). s. 328. Hegnauer (1999). s. 10; Baygın (2010). s. 20; Acabey (2006). s. 110. Akıncı (1996). s. 235.

etmeksizin, döllenmenin tarafların gönül rızasıyla ve iradi biçimde gerçekleşmesi, babalık karinesinin varlık koşulu değildir¹¹⁷.

Türdeş döllenmenin evlilik içinde gerçekleştirildikten sonra çiftin boşanması halinde de baba ile soybağının nasıl kurulacağına da üzerinde durulmalıdır. Çocuk, eğer Medeni Kanun md. 285 f. 1'de anılan üç yüz günlük süre içinde doğarsa, eski kocaya; bu süre içinde kadın bir başkasıyla evlenirse Medeni Kanun md. 290 gereğince ikinci kocaya bağlanacaktır¹¹⁸. Ancak bu karinenin aksinin kanıtlanması halinde ilk koca baba olacaktır. Yine eğer çocuk evliliğin sonlanmasından itibaren yasada öngörülen üç yüz günlük süre geçtikten sonra doğacak olursa bu durumda babalık karinesinden yararlanması için, annenin evlilik sırasında gebe kaldığını kanıtlaması gerekecektir¹¹⁹.

Türdeş döllenmede sorun teşkil edebilecek bir diğer olasılık da, kocanın ölümünden sonra yapılan sperm ya da embriyo nakliyle kadının gebe kalmasıdır. Türkiye'de yapay döllenme yollarına başvuran çiftlerin üreme hücreleri ve bunlardan elde edilen embriyolar ÜYTE md. 18 f.11'de sayılan tıbbi zorunluluk koşullarının varlığında dondurularak saklanabilecektir. Ancak çiftlerden birinin ölümü ya da boşanma ile evliliğin sonlanması durumunda üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması kesinlikle yasaktır. İl Sağlık Müdürlüğü'nün kuracağı bir komisyonun tutacağı bir tutanak ile dondurulmuş üreme hücreleri ve gonad dokuları imha edilecektir. Yönetmelik böyle olmasına karşın aksi yönde bir uygulama ile karşılaşılabılır. Eğer döllenme kocanın ölümünden sonra gerçekleştirilmiş, fakat çocuk kocanın ölümünden üç yüz geçmeden doğmuş ise, MK md. 285 f. 1'e göre evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde dünyaya gelen çocuğun babası koca olmaktadır.

¹¹⁷ Erol (2012). s. 156; H. Hatemi ve R. Serozan (1993). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 296; burada ancak babanın spermleri izinsiz kullanıldığı için hekime karşı tazminat davası açmak hakkından söz edilmiştir.

¹¹⁸ Erlüle (2009) s. 696.

¹¹⁹ Geiser (2009). s. 5. Erlüle (2009) s.692. Erol (2012). s. 158.

Ancak evliliğin sonlanmasından sonra geçen üç yüz günün ardından doğan çocuğun babalık karinesinden yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır¹²⁰.

Bir görüş babanın ölümünden önce tüpte dölleme ile gebe kalınması durumunda üçyüz günlük süre geçmiş ise, MK md. 285 f. 2'ye göre evlilik içinde ana rahmine düşmenin kanıtlanması için tüpte dölleme anını değil ana rahmine nakilin esas alınması gerektiğini, bu nedenle de çocuğun soybağının kurulamayacağını ileri sürmüştür¹²¹. Bu görüş çocuğun üstün yararı gözetilmediği için eleştirilmiştir; üç yüz günlük süre dolmuş olsa bile dölleme evlilik sırasında koca henüz ölmeden gerçekleştirilmiş ve embriyo dondurulmuş ise bu durumda dış ortamdaki döllemenin evlilik devam ederken gerçekleşmiş sayılması gerekecektir¹²². Ancak eğer dondurulmuş embriyo kocanın ölümünden çok sonra anaya nakledilmişse evlilik içi çocuk karinesinin geçerli olmayacağı, babalık davası yoluyla soybağı kurulabileceği belirtilmektedir¹²³.

Buna karşın başka bir görüş, Medeni Kanun babalık karinesi için ölümden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun evlilik içinde doğmuş gibi soybağının babaya bağlandığını belirttiğinden bu kuralın bozulmaması gerektiğini ileri sürmüş ve ölümden üçyüz gün sonra doğan çocuğun babalık karinesinden yararlanamayacağını savunmuştur¹²⁴.

Diğer bir görüş ise süre kısıtlamasının çocuğun üstün menfaati amacı ile bağdaşmayacağını, ancak ölümden sonra spermlerin dölyatağına enjekte

¹²⁰ Atabek (1985). s. 617-618. Akıncı (1996). s. 235, EMK md.241 ile açık hüküm bulunduğu ve üçyüz günün ardından çocuğun dünyaya gelmesi durumunda baba ile soybağının kurulamayacağı belirtilmiştir.

¹²¹ Buchli-Schneider (1987). s. 139.

¹²² Erol (2012). s. 163, yazar üç yüz günlük süre sınırlaması kadının bir başka erkekte gebe kalması olasılığına ilişkin olduğuna oysa ölümden sonra türdeş dölleme kadının kocasının spermlerini kullandığı için bu sınırın katı olmaması gerektiğine değinmiştir; Acabey (2006). s. 186; Ergüneş (2012). s. 173.

¹²³ Acabey (2006). s. 190, yazara göre bu durumun çocuğun yararına olduğu tartışmalıdır; Erol (2012). s. 162-163, yazar ölümden sonra gerçekleştirilecek dölleme uygulamalarında bir yasal düzenleme getirilmesi gerektiğine, örneğin bir yıllık bir süre sınırlaması yapılabileceğine değinmektedir; Hegnauer (1999). s. 70, yazar çocuğun bir babalık davası hakkı bulunmamasına karşın yasaya aykırı döllemeyi gerçekleştiren kimselere karşı bir tazminat davası açma hakkı bulunacağına değinmektedir.

¹²⁴ Atabek (1985). s. 617.

edilerek sağlanan gebeliğin kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi için bir süre kısıtlamasının getirilmesini öngörmekte, bunun da çocuğun üstün menfaati ile çelişmemesi gerektiğine değinmektedir¹²⁵. Kanımızca çocuğun üstün menfaatini en çok gözeten bu görüş esas alınmalıdır. Getirilecek süre sınırlaması kötüye kullanımların önüne geçmeyi hedeflemeliyse de, kesinlikle çocuğun üstün menfaatiyle çelişmemelidir. Çünkü çocuğun üstün yararı öyle bir kavramdır ki, onun karşısında her tür ahlaki kaygı her zaman geri çekilmek zorundadır¹²⁶.

4. Türdeş Olmayan Döllenmede Soybağı

Türkiye’de türdeş olmayan döllenme ile çocuk sahibi olunması ÜYTE md. 18 f. 5 uyarınca yasaktır. Dolayısıyla söz konusu uygulamanın yurtdışında yapılması ya da yasaya aykırı olarak Türkiye’de bir merkezde uygulanması durumunda soybağını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. ÜYTE md. 18 f. 6’da sperm ya da yumurta bağışçısı kullanılmasının yurt içinde her türünün yasak olduğundan, bu yasağa aykırı hareket eden merkezlerin ruhsatlarının alınacağından ve yurt dışında da bu uygulamanın izinli olduğu yerlere yönlendiren merkezlerin kademeli olarak ruhsatlarının alınacağından söz edilmiştir. Aracılar gibi bu uygulamayı yapanların da Cumhuriyet Savcılığına bildirilmesi öngörülmüştür. Fakat başkaca bir hüküm belirtilmemiştir. Türk hukukunda türdeş olmayan döllenme yasak olduğundan kıyasen uygulanabilecek hükümlere ilişkin fikir edinebilmek amacıyla İsviçre ile Almanya’daki düzenlemelere kısaca değinilecektir.

İsviçre Anayasası md. 119 f. 2 c bendi ile tıbbi destekli üremenin yalnızca kısırlığın tedavisi amacıyla ya da ağır bir kalıtsal hastalığın alt soya aktarımı tehlikesinin başka türlü bertaraf edilemeyeceği durumlarda kullanılabileceğini

¹²⁵ Erol (2012). s. 38.

¹²⁶ Serozan (2005). s. 184, yazar bu ifadeyi türdeş döllenmeye rızası olan kocanın sonradan soybağının reddi davasını açamamasının gerekçesi olarak belirtmiştir, ancak kanımızca çocuğun üstün menfaati karşısında geride durması gereken ahlaki kaygılara türdeş olmayan döllenme gibi ölüm sonrası (post mortal) döllenme de dahil edilmelidir.

belirtilmiştir. Ancak bu uygulamalar, asla çocukta cinsiyet seçimi, çocuğa başka bazı özellikler edindirmek ya da araştırma yürütmek amacıyla yapılamayacaktır.

İsviçre’de türdeş olmayan döllenme tekniklerinin kullanılması yasaldır. Ancak bu tekniklerin uygulanabilecekleri çiftler yasada sınırlandırılmıştır. İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu (FMedG)“çocuğun yararı” başlıklı md. 3 f. 1’e göre tıbbi destekli üreme öncelikle sadece çocuğun yararının sağlanacağı garanti edilmiş ise uygulanabilmektedir. Yapay döllenme teknikleri, FMedG. md. 3 f. 2 a bendi’nin, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) md. 252-263’e atfıyla çocukla soybağı kurabilecek çiftler arasında uygulanabilmektedir. Sperm bağıışı FMedG. md. 3 f. 3 uyarınca yalnızca evli çiftlerde yapılabilir. Aynı cinsiyetten kimselerin evlenmesi olanağı bulunmadığından ve zaten Partnerlik Yasası (PartG). tescil edilmiş yaşam ortaklıklarında yapay döllenme ve evlat edinmeyi de yasakladığından eşcinsel çiftlerin çocuk sahibi olmasının yolu İsviçre’de kapanmıştır. Ayrıca ayrı cinsten uzun süreli ve istikrarlı bir birliktelikleri olan çiftlerin de yapay döllenme tekniklerine başvurmaları yasaktır¹²⁷.

İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu (FMedG). md. 18 sperm bağıışında bulunacak kimsenin yazılı rızasının alınması gerektiğini hükme bağlamıştır. Sperm bağıışçılarının seçimi ancak sağlığa ilişkin ölçütler göz önünde bulundurularak yapılmalıdır, bunun dışında bir ölçüte dayanılmamalıdır. Sperm bağıışında bulunulacak kadının bir periyodu süresince farklı bağıışçıların spermlerinin kullanılması yasaktır. Bir bağıışçının spermleri en çok sekiz çocuğa kadar döllenmeye olanak tanıyabilecektir. Üreme hücrelerinin kullanılacağı bu kimseler arasında evlilik engelleri bulunmamalıdır. İlgi çekici bir hüküm de bağıışçının dış görünümü ile çocuğun soybağı ile bağlanacağı adamın benzerliğine dikkat edilmesi gerekliliğidir. Çocuğun soybağı kuracağı adam,

¹²⁷ H. Hausheer (2000). Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht. *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*. s. 29, aile kurma hakkı üreme hakkı bağlamında evliliği aşmakta ve bireyin hakları engellenmektedir. Bizce de eşcinsel çiftlerin, evli olmayan çiftlerin sperm bağıışı ya da benzer öteki tekniklerle çocuk sahibi olmalarının yasaklanması hukuk politikasına ilişkin bir tavır olacağından değişmezlik teşkil etmemektedir. Korunmak istenen aile, toplumun temelini oluşturan anne-baba-çocuktan oluşan heteroseksüel burjuva ailesi kavramıdır. Tartışılması gereken ailenin geçerliliği ve korunmaya değerliği değil, heteroseksüel ailenin tek geçerli doğru olup olmadığıdır.

annenin kocasıdır, soybağının sperm bağıışı ile gebe kalındığı gerekçesiyle reddi olanağı tanınmamıştır¹²⁸. Sperm bağıışı ile doğmuş olan çocuğun bağıışçısıyla soybağı kurması için babalık davası açması olanağı bulunmamaktadır. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu md. 256 f. 3, evli erkeğin karısının üçüncü kişinin spermeleri ile gebe kalmasına rıza göstermişse artık babalığın reddi davasını açamayacağı hükmünü getirmiştir. İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu (FMedG.) md. 23'e göre çocuğa da dava hakkı tanınmamıştır¹²⁹. İstisnai durum ise ancak kişinin üreme uygulamasına, spermelerinin saklanmasına ve paylaşılmasına rızası olmamasıdır.

İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu md. 5 tıbbi destekli üreme tekniklerinin yalnızca çiftin kısırlılığının tedavisi ve öteki tedavi tekniklerinin başarısızlığı görülmüşse veya başka türlü önüne geçilemez ağır bir hastalığın kalıtsal aktarımı tehlikesi var ise kullanılabilceğini belirtmiştir. Yani bu teknikler, yine ikame bir yöntem olacaktır, başka türlü önüne geçilemeyecek ağır hastalık riski ayırık bir durum olarak ortaya konmuştur.

Almanya'da ise türdeş olmayan döllenme, Alman Federal Doktorlar Senatosu'nun yayınladığı, Yardımcı Üreme Tekniklerine İlişkin Yönetmelik¹³⁰ ile düzenlenmiştir. Yönetmelikte çocukların düzenli ve istikrarlı bir aile yaşamını sürebilmeleri için evli olmayan ya da karşı cinsle tescil edilmiş bir yaşam ortaklığı sürmeyen kadınların türdeş olmayan döllenme yöntemleriyle gebe kalmalarına izin verilmeyeceği belirtilmiştir.

Türdeş döllenme uygulanması durumunda, bu yöneme başvuran çiftlerin evli olup olmamalarına, üçüncü kişilerle evli olup olmamalarına ya da gelecekteki

¹²⁸ Burada ailenin korunması amacı gözetilmiştir, bkz. A. Rumo-Jungo (2006). s. 13; H. Hausheer vd. (2007). *Das Familienrecht des Schweizerischen Gesetzbuches*. Bern: Staempfli Verlag, s. 261.

¹²⁹ A. Rumo-Jungo vd. (2006) s. 12. Bu hakkın çocuğa tanınmaması eleştirilmiştir bkz. Erol (2012). s. 90.

¹³⁰ <http://www.bundesaeztekammer.de/downloads/AssRepro.pdf> (Erişim tarihi: 12.06.2012); Rusch (2008). s. 34, yazara bu düzenlemeyi eleştirmektedir. Geleneksel aile tablosundan kurtulmak için yardımcı üreme tekniklerinin bir çözüm aracı olarak nitelemekte ve Avrupa'nın İsveç, Hollanda gibi ülkelerinde eşcinsel birliktelikler için türdeş olmayan döllenme teknikleri sayesinde çocuk sahibi olunabileceğini örneklemektedir.

muhtemel durumlarına dikkat edilmelidir¹³¹. Yönetmelikle güdülen amaç çocuğun ilerde hukuki ve sosyal olarak babasız büyümeyeceğinin garantilenmesi olarak belirtilmiştir. Evli olmayıp da birlikte yaşayan ayrı cinsiyetlerden çiftler için ayrıca Doktorlar Senatosu'nun düzenleyeceği komisyonca düzenlenecek bir rapor gerekmektedir¹³².

İsviçre'deki türdeş olmayan döllenmeye kocanın rızası olması durumunda kocanın babalığı reddedemeyeceğine ilişkin benzer bir hüküm Almanya'da da bulunmaktadır. Alman Medeni Kanunu (BGB) §1600'e göre de türdeş olmayan döllenme yönteminin, kocanın rızası ile uygulanması durumunda kocanın artık soybağını ret hakkı kalmayacaktır.

4.1.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllenmenin Evli Çiftlerde Uygulanması

Türdeş olmayan döllenme tekniklerinin evli çiftlerde uygulanmasında, soybağının kurulması için kocanın rızasının olması ile olmamasının hukuki sonuçları hakkında Türk Medeni Kanunu'nda konuyla ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak İsviçre Medeni Kanunu md. 256 f. 3, türdeş döllenmeye rıza gösteren kocanın artık soybağının reddi davası yoluna başvuramayacağını belirtmiştir¹³³.

4.1.1.Kocanın rızasının olması

Evli çiftlerde, türdeş olmayan döllenme tekniklerine başvurulduğu takdirde, koca, çocuğun genetik babası olmamaktadır. İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) md. 256 f. 3 türdeş olmayan döllenmeye kocanın rızasının olması durumunda artık soybağının reddi davası açamayacağını hükme bağlamıştır.

¹³¹ <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/AssRepro.pdf> (Erişim tarihi: 12.06.2012)

¹³² <http://www.bundesaerztekammer.de/downloads/AssRepro.pdf> (Erişim tarihi: 12.06.2012)

¹³³ Akıntürk ve Ateş-Karaman (2012). s. 345, yazarlar ilgili maddenin Türk Medeni Kanunu'na alınmama gerekçesinin Türk toplumunun ahlaki yapısıyla bağdaşmayacağını göz önünde bulundurulması olarak değerlendirmişlerdir. Aynı doğrultuda bkz. Erol (2012). s. 166.

Öğretide bir görüş¹³⁴ İsviçre hukukundaki uygulamaya paralel olarak kocanın rızası ile türdeş olmayan döllenme uygulaması durumunda, kocanın artık soybağının reddedemeyeceğini belirtmektedir, çünkü aksi durum MK md. 2'ye aykırılık olmaktadır. Nitekim ahlaka aykırı bir davranış olarak değerlendirilen türdeş olmayan döllenmeye izin verilmesinin ardından soybağının reddi davasının kimsenin kendi ahlaka aykırı davranışı nedeniyle bir hak elde edememesi olarak yorumlanması gerektiği ileri sürülmektedir¹³⁵. Türdeş olmayan döllenmeye izin verildikten sonra soybağının reddi davasının açılmayacağını savunan görüşe göre çocuğun üstün yararı karşısında her tür ahlaki kaygılar zaten geri çekilmek zorunda kalmalıdır¹³⁶.

Buna karşın başka bir görüş soybağının reddi davasının bir kişilik hakkı olduğuna, bu haktan da feragat edilemeyeceğine değinmektedir ve çözüm önerisi olarak soybağının reddi davası hakkının bulunmasına karşın kocanın çocuk ergin olana dek tazminat ödenmesini önermektedir¹³⁷.

Daha önce de değindiğimiz gibi İsviçre Medeni Kanunu'nda konuya ilişkin md. 256 f. 3 türdeş olmayan döllenmeye rıza gösteren kocanın artık soybağının reddi davası yoluna başvuramayacağını hükme bağlamıştır. İsviçre öğretisinde, kocanın türdeş olmayan döllenmeye rızası olması halinde ret hakkının bulunmayacağı hem doğal hem de yapay döllenme için geçerlidir¹³⁸. Ancak kocanın rızası olması durumunda soybağının ret davası açamayacak tek kimse koca değildir; İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu md. 23 ile çocuğa da soybağının reddi hakkı¹³⁹ tanınmamaktadır¹⁴⁰.

¹³⁴ Akıntürk (2012). s. 345. Akıntürk ve Ateş-Karaman (2012). s. 345. Paksoy (2011). s. 371.

¹³⁵ Y. Erol (2012). s. 166-167, türdeş olmayan döllenmenin ahlaka aykırı davranış kapsamında değerlendirilmesine katılmamaktayız, aynı görüş Nomer (2000). s. 569.

¹³⁶ Serozan (2005). s. 183.

¹³⁷ Kırkbeşoğlu (2006). s. 64; Hatemi ve Serozan (1993). s. 104.

¹³⁸ Hausheer (2007). s. 16, s. 31. Hegnauer (1999). s. 48-49.

¹³⁹ Öğretide çocuğun dava hakkının babaninkinden bağımsız olması gerektiği savunulmuştur, bkz. Erol (2012). s. 166. Acabey (2006). s. 196.

¹⁴⁰ Fakat çocuğun kökeni hakkında bilgi edinme hakkı soybağının red davası açma hakkından bağımsız olarak bulunmaktadır, bkz. Hegnauer (1999). s. 50.

4.1.2.Kocanın rızasının olmaması

Kocanın rızası olmadan, kadın türdeş olmayan döllenme ile gebe kalırsa soybağının reddi ve babalık davası açma hakları gündeme gelebilecektir. Evlilik içinde doğan çocuğun soybağı, MK md. 285 ile kocaya bağlanmıştır. Bu nedenle,soybağının reddetmek isteyen kocanın kendisinin baba olmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl geçmeden soybağının reddi davasını açması gerekmektedir.

4.1.2.1.Soybağının reddi davası

Türdeş olmayan döllenme tekniklerinin kocanın rızası dışında kullanılması durumunda kocanın soybağının reddi davası açma hakkı bulunmaktadır¹⁴¹. Soybağına ilişkin davalarda, kişiler zorunlu ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler¹⁴².

4.1.2.1.1.Taraflar

Kocaya sıkı surette bağlı bir hak olan soybağının reddi davasını koca yerine yasal temsilcisinin açması olanağı bulunmamaktadır, bu duruma kocanın ayırt etme gücünü yitirmesi olasılığı da dahildir¹⁴³. Evlilik içinde kocanın rızası dışında türdeş olmayan döllenme uygulanması durumunda çocuğun da MK 286 f. 2'ye göre soybağının reddi davası açma hakkı vardır. İsviçre hukukunda ise bu durum ancak ebeveynlerin ortak yaşamlarının çocuk ergin değilken son

¹⁴¹ Akıntürk (2012). s. 339. Akıncı (1996). s. 235. Hatemi ve Serozan (1993). s. 297. Paksoy (2011). ss. 353-376, yazara göre konu yapay döllenme teknikleri için ayrıca düzenlenmelidir.

¹⁴² Büyükay (2005). s. 364. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2005/6179 ve K. 2005/9092 sayılı ve T. 13.06.2005 tarihli kararı; "Medeni Kanununun 284/son maddesi: "Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakiminin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir" hükmünü taşımaktadır".

¹⁴³ Hatemi ve Serozan (1993). s. 304; Gençcan (2002). s. 647; Oğuzman ve Dural (1994). s. 210.

bulması durumunda çocuğa İsviçre Medeni Kanunu md. 256 ile tanınmıştır¹⁴⁴. Bununla birlikte, babanın sperm bağışına rızası olmasına karşın, eğer sperm bağışısı ile gebelik arasında nedensellik bağı yoksa, çocuğun soybağının reddi davası hakkı bulunacaktır¹⁴⁵.

Kocanın türdeş döllemeye rızası yoksa, MK md. 291 f. 1'e göre kocanın gaipliğine karar verilmesi, ölmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun kalması koşuluyla kocanın alt soyu ile annesi ve babasının ya da baba olduğunu ileri süren kimsenin, soybağının reddi davasını açma hakkı mevcuttur. Bu hak kocanın hakkının intikali olarak yorumlanmamalıdır, doğrudan o kimselerin dava açma hakları bulunmaktadır¹⁴⁶. Anneden söz edilmemesi bir yasal boşluk teşkil etmektedir, öğretilerdeki bir görüş bu boşluğun annenin dava açma hakkının varlığı yönünde yorumlanarak doldurulması gerektiğine değinmektedir¹⁴⁷.

Dava, baba tarafından açılıyorsa, ana ile çocuğa; çocuk tarafından açılıyorsa ana ile babaya yöneltilecektir (MK md. 286 f. 1 ve f. 2). Çocuk ile ananın zorunlu dava ortaklığı bulunmaktadır. Ancak tarafların menfaatlerinin çakışma olasılığı bulunduğundan çocuk adına ana değil atanacak kayyım dava açabilecektir (MK md. 291 f. 2). Ayrıca ana tarafından açılan davanın kayyım tebliğ edilmesi gerekmektedir¹⁴⁸. Çocuğun ölümü halinde çocuğun mirasçıları ile ana davalı sıfatını taşıyabilecekken, ananın ölümü halinde çocuk tek başına davalı olabilecektir¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Hausheer vd. (2007). rn. 16.33, bu hüküm ailenin sürekliliği ve güvenliğine ilişkin bir önlem olarak yorumlanmıştır.

¹⁴⁵ Ortak yaşam evliliğin objektif dışı karşı ifadesidir, Hegnauer (1999). s. 49-50, ayrıca çocuğun bu dava hakkı baba ile ananıninkilerden kesinlikle bağımsızdır.

¹⁴⁶ Acabey (2002). s. 92; Paksoy (2011). s. 363.

¹⁴⁷ S. S. Tekinay (1982). *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 417; Hatemi ve Serozan (1993). s. 302.

¹⁴⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2005/6179 K.2005/9092 T 13.06.2005 tarihli kararı "Anne ile çocuk arasında yarar çatışması bulunması nedeniyle çocuğa kayyım atanmıştır. Gerekli testlerin yapılması konusunda kayyım gerekliliği uyarı yapılmadan, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."

¹⁴⁹ Paksoy (2010). s. 364.

4.1.2.1.2.Süre

Soybağının reddi davası yenilik doğrucu bir dava olduğu için yasa hükmünce hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Kocanın soybağının reddi davasını açma hakkı, MK md. 289 f. 1'e göre baba olmadığını veya karısının gebe kalma döneminde bir başka erkekle cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği andan itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanmıştır¹⁵⁰. Ancak kocanın dava açma süresinin geçmesinden önce ölmesi, gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini ya da hakkındaki gaiplik kararını öğrendikten itibaren bir yıl içinde ret davasını açabilmektedirler (MK md. 291 f. 1).

Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır (MK md. 289 f. 2). Çocuğa kayyım atanması durumunda ise süre, atanmanın kayyıma tebliği tarihinden itibaren bir yıl ve her halde doğumun üzerinden beş yıl geçmekle dolacaktır (MK md. 291 f.2).

¹⁵⁰ RGT: 07.10.2009 RG NO: 27369 Anayasa Mahkemesi'nin, 25.06.2009 T. Tarihli 2008/30 E. 2009/96 K. sayılı kararından "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17. maddesinde, "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" denilmektedir. Buna göre kişinin yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma hakkı birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardır. Bu haklara karşı her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete görev olarak verilmiştir. Güçlüler karşısında güçsüzleri koruyacak olan devlet gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak ve böylece sosyal niteliğine ulaşacaktır. Bu itibarla kişilerin yaşayışlarına ilişkin yasal düzenlemeler "yaşama hakkı ile maddî ve manevî varlığını koruma hakları"nın önemli ölçüde zedeleyecek veya ortadan kaldıracak kuralları içermemelidir.

Kişinin genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkı en temel haklarından biridir. İtiraz konusu ibare ile bu hak doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmakta ve bu sürenin haklı neden olmadan geçmesi halinde dava açma hakkı henüz doğmadan kocanın elinden alınmak suretiyle kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda bırakılmaktadır. Hukuk devleti ilkesi, kocanın temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının önündeki bu hak ile bağdaşmayan engelleri kaldırmayı da içerir. ...İtiraz konusu ibare, kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkının özünü zedeler nitelik taşıdığı gibi, kocanın temel hak ve özgürlüklerini hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlamaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu ibare Anayasa'nın 2., 5. ve 17. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir."

Haklı nedene¹⁵¹ dayanan bir gecikme durumunda ise bir yıllık süre bu nedenin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlayacaktır (MK md. 289 f.3). Haklı nedenler yasada sınırlı sayıda değildir. Fakat söz gelimi, kocanın cezaevinde bulunması, karantina altına alınması, yurt dışında çalışıyor olması gibi durumlar haklı neden olarak değerlendirilmektedir¹⁵². Ancak kocanın, çocuğun kendisinden olmadığını bilmesine karşın, sırf aile şerefini korumak amacıyla dava açmayı ertelemesi bir haklı neden sayılmamaktadır¹⁵³.

Bir husus da, sürenin geçmemesine karşın, hukuki baba çocuğu benimsemiş ise, dava hakkının bulunup bulunmayacağıdır. Benimseme ile kastedilen, çocuğun hayatını sigorta ettirmek, doğum günü kutlamalarını düzenlemek gibi faaliyetlerin varlığında, bir görüş¹⁵⁴ bu durumda babanın dava hakkının devam edeceğini belirtmektedir. Karşıt görüş ise, bunun olanaksız olduğunu ileri sürmektedir¹⁵⁵.

4.1.2.1.3. İspat

Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş ise, davacı, kocanın baba olmadığını kanıtlamak zorundadır(MK md. 287 f. 1). Evlenmeden başlayarak en az yüzseksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üçyüz gün içinde doğan çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılması aksi ispat edilebilecek bir karinedir (MK md. 287 f. 2). Karinenin çürütülmesi yükü davacıya düşmektedir, davacı koca, ilgili tarihler arasında, cinsel ilişki kurmalarının olanaksız olduğunu ya da cinsel ilişki varsa bile nedensellik bağının ortadan kalktığını ileri sürerek kanıtlama yoluna

¹⁵¹ Tekinay (1992). s. 444, haklı neden davacının kusuru olmaksızın onu dava açmaktan alıkoyacak bir nedendir.

¹⁵² Akıntürk (2012). s. 337. Paksoy (2011). s. 368. R. Serozan (2008). Soybağı hukuku üzerine çeşitlemeler, *Bilge Öztan'a armağan*. İstanbul, s.765, yazar soybağının reddine kıyasla babalık davasında haklı nedenle uzatılan sürenin bir ay olması eleştirmiştir; M. K. Oğuzman ve M. Dural (1994). s. 222. Hatemi ve Serozan (1993). s. 306; Gençcan (2002). s. 213.

¹⁵³ Oğuzman ve Dural (1994). s. 223. Erol (2012). s. 214.

¹⁵⁴ Akıntürk (2012). s. 343.

¹⁵⁵ Hatemi ve Serozan (1993). s. 305.

gidebilir¹⁵⁶.Ancak kadının başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunması, tek başına soybağının reddi davasına kanıt teşkil etmemektedir¹⁵⁷.

Konumuz gereği yapay dölleme tekniklerinin uygulanmasında, davacı merkezlerde tutulan kayıtları, türdeş olmayan döllemeyi gösteren her tür belgeleri ve son olarak da DNA analizlerini kanıt olarak kullanabilecektir¹⁵⁸.

4.1.2.1.4.Yetkili ve görevli mahkeme

Soybağının reddi davasında, taraflardan birinin doğum esnasındaki yerleşim yeri aile mahkemeleri, yetkili ve görevli sayılmaktadır(MK md. 283).

4.1.2.1.5.Hükümleri

Soybağının reddi davasında yargıç tarafından verilen karar, baba bakımından bozucu yenilik doğurucu etki yapacaktır ve kararın geçmişe etkili sonuçlarının, soybağı statüsündeki değişiklikleri herkese karşı geçerli olacaktır¹⁵⁹.

4.2.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllemenin Evli Olmayan Kadında Uygulanması

Evli olmayan kadının yurtdışında sperm bağıışı ile gebe kalması durumunda, bağıışçı, ana ile evlenerek çocukla soybağı kurabilecektir. Ancak bağıışçı ile ananın evlenmezse çocuğun babasına karşı soybağı olamayacaktır. Öğretide bir görüş çocuğun, genetik babasıyla soybağını, tanıma ya da babalık davası

¹⁵⁶ Gençcan (2002). s. 650-651, yazara göre karineyi çürütücü olanaksızlıkların tasnifinde, dış maddi olanaksızlık yer yönünden olanaksızlığı, iç maddi olanaksızlık ise iktidarsızlık ya da kısırlık gibi etkenleri ifade etmektedir. Oğuzman ve Dural (1994). s. 204-206; Tekinay (1982). s. 415-417.

¹⁵⁷ Oğuzman ve Dural (1994). s. 205.

¹⁵⁸ Erol (2012). s. 214; M. Gürbüz (2005). Bir ispat aracı olarak gen ve DNA. *EBD* (7), s. 58.

¹⁵⁹ H. Hausheer vd. (2007). rn 16.47; Gençcan (2002). s. 656; Oğuzman ve Dural (1994). s. 223; Tekinay (1982). s. 437.

yoluyla kurabileceğini belirtmektedir¹⁶⁰. Aşağıda tanıma ile babalık davası incelenecektir.

4.2.1.Tanıma

Türdeş olmayan döllenme tekniklerinin evli olmayan kadınlarda uygulanması durumunda çocuk ile baba arasında soybağı genetik babanın tanınması ile kurulabilir¹⁶¹. Tanıma, genetik babanın, bir çocuğun kendi dölünden geldiği yolunda, yasada belirtilen makamlara yasal biçimlere uygun olarak bildirimde bulunmasıdır¹⁶².

Tanıma, tek taraflı ve yenilik doğuran bir hukuki işlemdir; yani tanıyanın bu yöndeki iradesini açıklaması gerekli ve yeterlidir, açıklamanın herhangi bir kimseye varmasına veya yöneltilmesine gerek yoktur. Serbestçe geri alınamaz ve koşula da bağlanamaz¹⁶³.

Tanıma, geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağından, yapay döllenmede sonuçların ananın dölyatağına naklin gerçekleşmesiyle mi yoksa tüpte döllenme işleminin yapılmasıyla mı doğacağı ve tanımanın ilk kez ne zaman yapılabileceği üzerinde durulmaktadır¹⁶⁴. Bir görüşe göre, tanımanın yapılabilmesi için en azından ana rahmine yerleşmenin varlığı aranmalıdır; bu nedenle de tüpte döllenme anında, henüz ana rahmine nakil yapılmadan tanıma gerçekleşmemektedir¹⁶⁵. Bu görüşün ilk gerekçesi ana rahmine henüz yerleştirilmeyen embriyonun kimden dünyaya geleceğinin bilinmemesidir¹⁶⁶. İkinci gerekçe ise çocuğun hangi anneden doğacağından çok embriyonun kullanılıp kullanılmayacağını belli olmamasıdır¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Akıncı (1996). s. 237, 239.

¹⁶¹ Akıntürk (2008). s. 347; Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 346; Hatemi ve Serozan (1993). s. 377; Baygın (2010). s. 59.

¹⁶² Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 346.

¹⁶³ Oğuzman ve Dural (1994). s. 326; Tekinay (1982). s. 536; Hatemi ve Serozan (1993). s. 377.

¹⁶⁴ Hatemi ve Serozan (1993). s. 380; Baygın (2010). s. 59.

¹⁶⁵ Hegnauer (1999). s. 56; Nomer (2000). s. 580; Erol (2012). s. 217. Öztan (2004). s. 544.

¹⁶⁶ Öztan (2004). s. 544.

¹⁶⁷ Erol (2012). s. 217.

Başka bir görüş ise, döllenme anında ana rahmine nakil henüz gerçekleşmese bile, tüpte döllenmiş embriyonun tanınabileceğini savunmaktadır¹⁶⁸.

Genetik babanın ölümünden sonra gerçekleştirilen döllenmede tanıma işlemi ise tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, eğer kişinin ölümünde dondurulmuş sperm henüz yumurta ile döllenmemişse ise ceninin kişiliğinin başlangıcı gerçekleşmeyeceğinden henüz tanıma işleminin geçersiz sayılması gerektiğine düşünülmüştür¹⁶⁹. Bu durumda vasiyet yoluyla tanıma olasılığı akla gelmektedir.

Değnilmesi gereken bir husus da in vitro döllenmede yapılan tanıma işleminin geçmişte etkili olarak sonuç doğurmaya ne zaman başlayacağıdır. Ceninin kişilik haklarının başlangıç anı için sağ doğum koşulu ile ana rahmine düşme anını öğretide döllenme anı olarak yorumlayan görüş çocuğun üstün yararını gözettiğinden bu doğrultuda tanımanın sonuç doğurmaya başlayacağı an tüpte döllenmenin gerçekleşeceği an olmalıdır¹⁷⁰.

4.2.1.1. Esasa ilişkin koşullar

Tanıma işleminin esasa ilişkin ilk koşulu tanıyan kimsenin genetik baba olmasıdır. Başka bir deyişle tanımayı döllenmede kimin spermi kullanılmışsa ancak o yapabilmektedir.

Esasa ilişkin ikinci koşul ise tanınacak çocuğun tanımaya engel teşkil edecek bir hukuki durumunun olmaması, yani başka bir erkekle soybağı ilişkisinin bulunmamasıdır¹⁷¹. Örnek sorun taşıyıcı annelik uygulamalarında ortaya

¹⁶⁸ Serozan, (2005). s. 205.

¹⁶⁹ Aydın-Ünver (2011). s. 34.

¹⁷⁰ Aydın-Ünver (2011). s. 24.

¹⁷¹ Akıntürk (2008). s. 350, aralarında evlenme engeli bulunan kimselerin çocuklarının tanınmasında EMK'ya göre bir ayrılık getirilerek tanıma engelini ortadan kaldırılmasının çocuk menfaatinin göz önünde tutulması ile açıklanmaktadır; Oğuzman ve Dural (1994). s. 330; Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 347; Y. Erol (2012). s. 216-217; Hausheer vd. (2007). s. 16.50.

çıkmaktadır. Kullanılan sperm, istemde bulunan çiftin erkeğine ait, ancak taşıyıcı anne evli ise evlilik içinde doğan çocuk taşıyıcı annenin kocası ile soybağı kuracağından genetik baba tarafından tanımak, soybağı koca tarafından reddedilmedikçe olanaksızdır.

4.2.1.2.Biçime ilişkin koşullar

Medeni Kanun md. 295' e göre tanıma, babanın, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmî senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla yapılmaktadır. Tanıma beyanında bulunan kimse, küçük veya kısıtlı ise, veli veya vasisinin de rızası gereklidir. Bu durum kişiye sıkı surette bağlı bir hak olan tanımaya yasayla getirilen istisnadır¹⁷². Tanıma beyanında bulunmak isteyen küçüğün velayeti, eğer ana babasında ise her ikisinin de yazılı onayı olmalıdır; eğer vesayet altında ise vesayet makamının yazılı rızasının alınması gerekmektedir; ancak velayet hakkı ana ya da babadan yalnızca birine verilmiş ise velayet hakkı bulunanın izni tek başına yeterli olmaktadır¹⁷³. Burada eleştirilen tanımanın kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olmasına karşın sınırlı ehliyetsizlerin evlilik dışı çocuklarını tanıyabilmeleri için veli ya da vasilerinin MK md. 295 f. 2 uyarınca izin almaları gerekliliğidir¹⁷⁴.

4.2.2.Tanımanın iptali

Medeni Kanun md.297, tanımanın iptali davası hakkını tanıyanın yanılma, aldatma veya korkutma nedenleriyle açabileceğini belirtmiştir. Tanımanın iptalinde yanılma ve aldatmada tanıyan kimse aslında genetik baba olmadığını öğrenmekte; korkutmada ise bunu bilmekte ancak çekindiği için dava hakkını kullanamamaktadır¹⁷⁵.

¹⁷² Hausheer vd. (2007). m 16.52; Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 347.

¹⁷³ Akıntürk (2008). s. 351; Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 350; Oğuzman ve Dural (1994). s. 327.

¹⁷⁴ Erol (2012). s. 217.

¹⁷⁵ Baygın (2010). s. 69; Oğuzman ve Dural (1994). s. 336.

4.2.2.1. Taraflar

Tanımanın iptali davası hakkı öncelikle tanıyana ardından da ilgililere tanınmaktadır. Medeni Kanun md. 298 f. 1'e göre ana, çocuk ve çocuğun ölümü halinde altsoy, cumhuriyet savcısı ve Hazine'nin dava hakları bulunmaktadır. Öteki ilgililer ise öğretilerde tanıyanın üst soyu ile mirasçuları, tanınan kimsenin gerçek babası ile tanıyan kimsenin alt soyu olarak yorumlanmaktadır¹⁷⁶.

4.2.2.2. Süre

Tanımanın iptali davası için hak düşürücü süreler öngörülmüştür. Tanıyanın dava hakkı da böylece MK md. 300'e göre iptale ilişkin nedenin öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve herhalde tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle son bulacaktır. Çocuğun dava hakkı da ergin olmasından başlayarak bir yıl geçmekle düşecektir.

Dava süresi haklı nedenle kaçırılmışsa, davacı sıfatını taşımaya hakkı bulunanlar, bu nedenin ortadan kalkmasını takip eden bir ay içinde dava açabileceklerdir (MK md. 300 f. 4).

Tanımanın iptali davası, babalık davasının açılabilmesi için öncelikle bekletici mesele yapılmaktadır¹⁷⁷.

4.2.2.3. İspat

Tanımanın iptali davasında ispat yükü MK md. 299 f. 1 ile davacı tarafa aittir. Eğer davacı tanıyanın kendisi ise tanımanın iptali davası açabilmesine ilişkin

¹⁷⁶ M. Dural vd. (2005). *Türk özel hukuku cilt 3 aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi. s.275; Tekinay (1982). s. 536; Oğuzman ve Dural (1994). s. 333.

¹⁷⁷Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/2-160 K. 2011/247 T. 29.4.2011; "mahkemece davanın babalığa ilişkin bölümü tefrik edilip, ayrı bir esasa kaydedilmeli; öncelikle tanımanın iptali davası sonuca bağlanmalı, babalık davası bakımından da, iptal davası bekletici sorun yapılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir".

koşullardan yani hata, hile ya da korkutmadan birinin varlığını ispatlamakla yükümlüdür¹⁷⁸.

Ancak iptal davasını açanların ana ya da çocuk olması durumunda ispat yükü ancak tanıyanın gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğunu kanıtlamasından sonra söz konusu olabilecektir (MK md. 299 f. 1). Tanıyanın, ana ile kurduğu cinsel ilişkiye dair getireceği her tür kanıtın, adi karine teşkil etmektedir¹⁷⁹. Tanıyanın, genetik baba olmadığı, her tür hukuki delille ispatlanabilmektedir.

4.2.2.4. Yetkili ve görevli mahkeme

Tanımanın iptalinde yetkili ve görevli mahkeme MK md. 283 uyarınca taraflardan birinin dava ya da doğum sırasındaki yerleşim yeri aile mahkemesidir. Ancak genel hükümler uyarınca davanın davalıların yerleşim yerinde açılmasında da bir engel bulunmayacaktır¹⁸⁰.

4.2.2.5. Hükümleri

Tanımanın iptali davasının kabulü ile geçmişte etkili olarak çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kalkar, ancak tanımanın iptalini açan genetik baba ise bu durumda öğretide çocuğun genetik babası ile soybağı ilişkisinin kurulabileceği de belirtilmiştir¹⁸¹.

4.2.3. Babalık davası

Evlilik dışında doğan çocuğun genetik babası, tanıma vasıtasıyla çocuk ile soybağı kurmamış olabilir. Bu durumda anne ile çocuk babalık davası

¹⁷⁸ Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 356.

¹⁷⁹ Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 356.

¹⁸⁰ Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 357.

¹⁸¹ Erol (2012). s. 223.

açabilmektedirler¹⁸² (MK md. 301 f. 1). Babalık davası açabilmenin ön koşulu çocuğun başka bir erkekle soybağının bulunmamasıdır¹⁸³. Babalık davası, soybağının reddi davasının aksine çocukla baba arasında soybağı kurma yönünden olumlu sonuç doğuran bir davadır¹⁸⁴.

4.2.3.1. Taraflar

Babalık davasında davacı sıfatını anne, çocuk adına kayyım ve anne ölmüş ya da ayırt etme gücünden yoksun ise anne adına yasal temsilcileri taşıyabilmektedir. Çocuk adına davayı kayyım açacaktır. Çocuğun ergin olması durumunda kendisi davacı sıfatını taşıyabilecektir. Çocuk ile ananın dava açma hakları birbirlerinden bağımsızdır, bu nedenle ananın davadan feragat etmesi çocuğun dava hakkını engellememektedir¹⁸⁵.

Babalık davasının, Cumhuriyet savcısına ve Hazineye¹⁸⁶; dava ana tarafından açılmışsa kayyıma; kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilmesi gerekmektedir¹⁸⁷ (MK md. 301 f. 3). Ayrıca ana ile çocuğun menfaatlerinin çatışması durumuna özgü olarak çocuğa atanacak yasal temsilcinin anadan

¹⁸² Serozan (2005). s. 211.

¹⁸³ Baygın (2010). s. 72; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2006/2900 ve K. 2006/9378 sayılı ve T.13.06.2006 tarihli kararı ; "Davacının, annesi kızlık hanesine annesinin aile soyadı ile tescil edilmiş olması ve bu hanede baba adının "Ali" gösterilmiş bulunması çocukla koca arasında yasal olarak kurulmuş olan soybağını (TMK md. 285/1) ortadan kaldırmaz. Bu soybağı geçersiz kılınmadıkça, davacının babalık davası açmasına da olanak yoktur..." ; babalık davası ile soybağının reddi davaları aynı anda açılmış ise; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E. 2003/10110 ve K. 2003/13777 sayılı ve T. 20.10.2003 tarihli kararı "dava çocuğu bu hakkın tanınmasından itibaren bir yıllık süre geçmeden açıldığına göre önce soybağının reddi daha sonar babalıkla ilgili talebin incelenmesi gerekir."

¹⁸⁴ Baygın (2010). s. 72.

¹⁸⁵ Baygın (2010). s. 74; Hatemi ve Serozan (1993). s. 390; Aydın-Ünver (2011). s. 37.

¹⁸⁶ Baygın (2010). s. 78; yazar böylece ihbar olunan kimselerin davanın tarafı olacağı anlamına gelmediğini, yalnızca savcının kamu düzeni ile ilgilenmesi, Hazine'nin de olası bir zararı önlemek amacı güdüldüğünü belirtmektedir.

¹⁸⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/11205 ve K. 2008/10966 sayılı ve T. 21.7.2008 tarihli kararı "Hazine'nin; babalığa ilişkin hükmü temyiz etmekte, Türk Medeni Kanunu'nun 301/3. maddesinde yer alan düzenleme gereğince "dava kendisine ihbar" edileceklerden olması sebebiyle hukuki yararının bulunduğu kabul edilmiştir"

ayrı bir kayyım olması ve kayyımın da maddede anılan ihbar yükümlülüğü ile davaya katılımının sağlanması gerekmektedir¹⁸⁸.

Cenine babalık davası açmak için kayyım atanıp atanamayacağı hususu tartışmalıdır. MK md. 303 f. 1’de çocuğa doğumundan önce ve sonra dava açma hakkı verileceği belirtilmiş, fakat sağ ve tam doğum gerçekleşmedikçe hak ehliyeti bulunmayacağından ve kayyım atanmasına ilişkin özel bir hüküm getirilmediğinden bu durum kesin değildir. Eski Medeni Kanun’un aksine yeni Medeni Kanun’a ceninin hak ehliyeti olmasa da kayyım atanabileceğine dair bir hüküm getirilmemiştir. Bu nedenle, cenine kayyım atanamaması annenin dava açma ehliyetini düşündürmektedir¹⁸⁹. Ancak anne ile ceninin menfaatlerinin çatışması söz konusu olabileceğinden MK. md. 426 f. 2’de yasal temsilciyle küçüğün menfaatlerinin çatışması durumunda re’sen atanacak temsil kayyımlığının bu durumun kapsamında olduğu belirtilmiştir¹⁹⁰. Kanaatimizce cenine babalık davasında kayyım atanmasına ilişkin özel bir hükme kanunda yer verilmemiş olsa da MK md. 426 f. 2’de anılan temsil kayyımlığı ile duruma çözüm bulunması uygun olacaktır.

Babalık davasında davalı genetik babadır. Babanın ölmesi durumunda ise yasal mirasçılar davalı sıfatını taşımaktadırlar. Bu sayede dondurulmuş spermle

¹⁸⁸ Baygın (2010). s. 78; Aydın-Ünver (2010). s. 36; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin E. 2005/2124 ve K. 2005/4964 sayılı ve T. 28.3.2005 tarihli kararı; “Kayyım İle Ananın Aynı Vekille Temsili Kanuna Aykırı Olup Bozmayı Gerektirmektedir. Davada Ana İle Küçüğün Yararlarının Çatışması bulunmaktadır...”; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin E. 2003/2129 ve K. 2003/3120 sayılı ve T. 10.3.2003 tarihli kararı; “Babalık davasında öncelikle çocuğa kayyım tayini davanın görülebilirlik şartıdır. Zira velayet anneye ait olmakla birlikte çocuk ile anne arasında menfaat çatışması mevcuttur. Babalık davalarında davayı açan taraf diğer tarafa ihbar ederek C. Savcısı ve Hazine mutlaka davaya dahil edilmelidir. Annenin avukatı babalık davasında velayeten çocuğun da vekili olamaz. Zira babalık davalarında anne ve çocuk arasında çatışma bulunduğu kabul olunur.”; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin E. 2002/167 ve K. 2002/5676 sayılı ve T. 30.4.2002 tarihli kararı, “Türk Medeni Kanununun 337.maddesi uyarınca evlilikdışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti Anaya ait ise de Kanun koyucu, babalık davasında ananın her zaman çocuğun yararına davranmayacağı ilkesinden hareket ederek küçük için hemen kayyım tayin edilmesini (MK. md. 426/1) ve davanın Cumhuriyet Savcısına, Hazineye; ana tarafından açılmışsa kayyım; kayyım tarafından açılmışsa Anaya ihbarını (MK.md.301/3) ve böylece çocuğun yararının korunmasını öngörmüştür. İlgililere dava ihbar (HUMK. Md. 49) edilip katılmasına imkân hazırlanmadan, gösterdiği takdirde delilleri de toplanmadan eksik tahkikatla hüküm verilmesi doğru değildir.”

¹⁸⁹ Aydın-Ünver (2011). s. 38.

¹⁹⁰ Aydın-Ünver (2011). s. 39.

babanın ölümünden sonra gebe kalınması durumunda da bu hak kullanılabilir¹⁹¹.

4.2.3.2.Süre

Soybağının reddi davasında olduğu gibi babalık davasında da süreler hak düşürücüdür. MK md. 303 f. 1 göre babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Ananın dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşecektir.

Ancak eğer çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyım tebliği tarihinden itibaren, eğer hiç kayyım atanmamış ise çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁹². Bir görüşe göre kayyımın dava açma hakkı ile çocuğun erginlikte kazanacağı dava hakkının birbirlerini etkilememesi gerektiği, aksi takdirde kayyımın ihmali ile dava süresini kaçırmaması durumunun çocuğun menfaatine aykırılık teşkil edeceği belirtilmiştir¹⁹³.

Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar¹⁹⁴. Bir yıllık süre geçtikten sonra

¹⁹¹ Serozan (2005). s. 213.

¹⁹² Hatemi ve Serozan (1993). s.393; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2004/15440 ve K. 2004/15711 sayılı ve T. 27.12.2004 tarihli "Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık dava açma süresi, atamanın kayyım tebliği tarihinde başlar. Daha önce çocuğun annesi tarafından açılıp süre yönünden reddedilen dava, bu dava için kesin hüküm oluşturmaz."

¹⁹³ Baygın (2010). s.80, hatta kayyım hiçbir biçimde hak düşürücü süre öngörülmemesi ya da atanan ilk kayyımın bu süreyi kaçırmaması durumunda yeni bir atanma yolu açık tutulmalıdır; Serozan (2005). 217; Serozan (2006). s. 767; Aydın-Ünver (2011). s. 40.

¹⁹⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E. 2011/1953 ve K. 2011/4145 sayılı ve T. 9.3.2011 tarihli kararı; "Davacı tarafından, Servet'le soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılması için 5.6.2009 tarihinde aynı yer mahkemesinde 2009/21 esas sayılı bağımsız bir dava açıldığı görülmektedir. Davacının bir başka erkekle soybağı ilişkisi geçersiz kılınmadıkça babalık davasının dinlenmesi mümkün değildir. Babalık davasına ilişkin hak düşürücü süre de, çocuğun başka bir erkekle arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kaldırıldığı tarihte işlemeye başlar. (TMK m.303/3) O halde yukarıda numarası gösterilen davacının mevcut soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasına ilişkin açtığı davanın neticesinin beklenmesi ve hasıl olacak sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu husus dikkate alınmadan davanın hak düşürücü süre geçtiğinden söz edilerek reddedilmesi doğru bulunmamıştır."; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi E.2006/13561 ve K.2006/13008 ve T.3.10.2006 tarihli kararı "Dava, babalığa ilişkin olup ana tarafından açılmıştır. Davacının boşandığı koca tarafından anaya ve çocuğa karşı açılan "soybağının reddi" davasının

gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.

4.2.3.3.İspat

Babalık davasında geçerli olan karine ile davalının, çocuğun doğumundan önceki üçyüzdüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olmasıdır(MK md. 302 f.1). Bununla birlikte, bu sürenin dışında olsa bile fiilî gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse aynı karine geçerli olacaktır(MK md. 302 f. 2). Cinsel ilişki ile gebe kalınması durumunda karineye göre davalının kadın ile anılan sürelerde cinsel ilişkide bulunması, böyle olmasa bile fiili gebe kalma dönemlerinde cinsel ilişkiye girdiklerinin kuvvetli ihtimal dahilinde bulunması karine için yeterlidir; çocuğun ayrıca davalıdan olduğunun kanıtlanması gerekmemektedir¹⁹⁵.

Doğal yoldan cinsel ilişki için karine böyleyken, yapay dölleme karinenin nasıl yorumlanacağı üzerinde durulmuştur. Baskın görüş, ceninin kişilik kazanmasında ana rahmine düşme ifadesine kıyas yapılarak yapay dölleme uygulamasının cinsel ilişkinin tespiti kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir¹⁹⁶.

Davalı, çocuğun babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinkinden daha fazla olduğunu ispatlarsa babalık karinesi, geçerliliğini yitirir. Davacı, ana ile davalı arasında cinsel ilişki kurulduğuna ilişkin kuvvetli deliller ortaya koyamasa, fakat en azından bunu düşündürecek kanıtlar sunmuş ise yargıç, DNA incelemesi de isteyebilmelidir¹⁹⁷. Çünkü soybağına ilişkin tüm genetik araştırmalar

sonucunun beklenmesi, hasıl olacak sonuca göre hüküm kurulması gerekirken, "bir yıllık hak düşürücü süre geçtiğinden" bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir."

¹⁹⁵ Baygın (2010). s. 83; Hatemi ve Serozan (1993). s. 386; Tekinay (1982). s. 561.

¹⁹⁶ Serozan (2008). s. 767; Y. Erol (2012). s. 226; Hatemi ve Serozan (1993). s. 387.

¹⁹⁷ Baygın (2010). s. 85; Büyükkay (2005). s. 381, ancak yazara göre DNA Testleri son çare olmalıdır, çünkü bireylerin beden bütünlüklerinin ihlali söz konusudur.

zorunludur(MK 284 f. 3)¹⁹⁸.Öğretide zorunlu genetik araştırmalardan elde edilen verilerin korunması ya da imhasına ilişkin Türk hukukunda boşluk bulunmasının kişilik haklarını korunmasız bıraktığı belirtilmiştir¹⁹⁹.

İsviçre Medeni Kanunu md. 254 f 2 ile de soybağının belirlenmesinde gen analizlerine ilgililerin katılım zorunluluğu getirmiştir. Bunun için gerekli koşullar, gen analizi yapılmasının gerekliliği ve müdahalenin bireylerin sağlığını tehdit etmemesidir.

4.2.3.4.Yetkili ve Görevli Mahkeme

Babalık davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir. Açılacak dava hem gerçeğe aykırı nüfus kaydının düzeltilmesi hem de babalık davası ise her iki dava da aile mahkemesinde görülecektir²⁰⁰.

Yetkili mahkeme davalının yerleşim yerinin yanı sıra, ana ile çocuğun doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemeleridir²⁰¹.

4.2.3.5.Hükümleri

Babalık davasının çocuk ve ana açısından doğuracağı sonuçları ayırır. Babalığa hükmedilmesiyle, çocuk ile baba arasında soybağı geçmişe etkili olarak kurulur (MK md. 282 f 2).

Davada babalığa karar verilmesiyle birlikte, çocuğa nafaka ödenmesine hükmedilebilmektedir. Çocuğun gereksinimleri göz önünde bulundurularak dava

¹⁹⁸ Ancak bu uygulama sonrasında elde edilecek verilerin ne olacağı hakkında bir hüküm bulunmaması eleştirilmektedir, M. F. Yıldırım (2007). Gen Analizleri ve Kişilik haklarının Korunması, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ss. 355-366.

¹⁹⁹ T. Memiş ve M. F. Yıldırım (2004). Soybağının belirlenmesinde gen analizlerinin kullanılması ve yarattığı hukuki sorunlar, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1-2), s. 302-303; H. Gültepe (2004). Soybağı tayininde genetik incelemeler. *İstanbul Barosu Dergisi*, 78 (2), s. 504.

²⁰⁰ Baygın (2010). s. 89.

²⁰¹ Baygın (2010). s. 88.

sonuçlanmadan önce de nafakaya hükmedebilmektedir (MK m. 333). Söz konusu olan iştirak nafakasıdır, yani çocuğun bakımı ile yetiştirilmesi için gereken masraflar kapsamaktadır²⁰².

Davanın ana bakımından doğuracağı sonuçlar, ananın doğum, geçim ve gebelikle doğumun gerektirdiği başkaca isteyebileceği giderlerdir (MK 304). Ana bu giderlerini babalık davası ile birlikte ya da ayrı bir dava açarak isteyebilir, bu dava bir maddi tazminat davasıdır²⁰³. İstenebilecek giderlerin kapsamına ananın an azından doğumdan önceki altı hafta ile doğumdan sonraki altı haftaya kadarki süreçte yeme, içme, barınma gibi geçim giderleri dahildir²⁰⁴.

İstenebilecek giderler arasında gebeliğin ve doğumun gerektirdiği öteki giderler de belirtilmiş, bunlar yasada tek tek sayılmamıştır(MK md. 304 f.1 b 3). Buraya ananın gebe kaldığı günden doğum yapacağı güne dek çocuk için yapılan hazırlıklar, doktor ile ilaç giderleri ve çocuk ölü doğmuş ise defin giderleri dahil edilmektedir (MK md. 304 f. 2). Ancak üçüncü kimseler ya da sosyal güvenlik kurumlarınca anaya yapılan ödemeler için tazminat bedelinden indirim yapılacaktır(MK md. 304 f. 3).

4.3.Taşıyıcı Anelikte Soybağı

Bir üst kavram olan taşıyıcı annelik, bir kadının doğumdan sonra çocuğunu daha önce yaptıkları bir anlaşma gereği istemde bulunan bir çiftte ya da kadına vermek üzere karnında taşımasıdır. Embriyonun dölllenmesinde kullanılacak yumurta hücreleri taşıyıcı annenin olabileceği gibi üçüncü bir kadının ya da istemde bulunan kadının yumurta hücreleri olabilmektedir.

²⁰² Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 367.

²⁰³ Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 368.

²⁰⁴ Ancak bu sürenin daha uzun tutulabileceği yönünde bkz., Oğuzman ve Dural (1994). s. 353; Tekinay (1982). s. 567; Akıntürk ve Ateş-Karaman (2011). s. 368.

Taşıyıcı annenin çocuğu doğurduktan sonra istemde bulunan genetik ebeveynlere vereceği öngörülmektedir²⁰⁵. Annelik ilişkisinin neye göre kurulacağı eski doğal yoldan soybağının kurulduğu klasik anlayışına aksine değiştiğinden, ebeveynlik kavramı kültürel bir anlam içerdiğinden hukuk düzeni ve hukuk politikasının bir sorunudur²⁰⁶. Genetik malzemenin sahibi kadının mı yoksa çocuğu doğuran kadının mı hukuki ana sayılacağı çekişmelidir. Bu kadınlardan hangisine analık sıfatının tanınacağı, ona -aynen babalıkta olduğu gibi- çocuğun ana bakımından soybağını reddetme hakkının tanınıp tanınmayacağı, eğer bu hak tanınacaksa, hakkın varlığına bağlı olarak genetik anneliğin saptanması için dava açılıp açılmayacağı değerlendirilmedi²⁰⁷.

Çocuğu dölyatağında taşıyan kadının bir başkasıyla evli olması ya da olmaması çocuğun soybağı açısından sorun yaratabilecektir. Uluslararası alanda taşıyıcı anneliği yasal kabul eden en önemli sözleşmelerden Amerika Birleşik Devletleri'nde Eyaletler arası ebeveynlik statüsünün birliğini sağlamak için düzenlenen Yeknesak Ebeveynlik Yasası (UPA) 1973'te öncelikle çocuğu doğuran kadının anne olacağını hükme bağlamıştır. 2000'de yenilenen Yeknesak Ebeveynlik Yasası ile yumurta veya sperm vericiliği yasaldir, ancak hukuki ana-baba olma olanakları tanınmamıştır²⁰⁸.

4.3.1.Olasılıklar

²⁰⁵ Weyrauch (2003). s. 205; taşıyıcı annelik sözleşmesinin sonuçları için, Y. Erol (2012). s. 118-131; Rusch (2009). s. 42. Buna karşın bu koşulun gerçekleşmemesi durumunda uluslararası alanda önemli bir uyuşmazlık ortaya çıkmıştır, Metin (2012). s. 32, literatüre "Bebek Manji" davası olarak geçen olayda istemde bulunan Japon çift Hintli taşıyıcı anne doğurmadan çok kısa bir süre önce boşanmış, istemde bulunan anne ile taşıyıcı anne çocuğu istememiştir. Hindistan yasası ise dul bir erkeğin çocuğu evlat edinmesine izin vermemektedir, yani çocuğun genetik babası olan Japon erkek de çocuğunu alamamış, nihayet ancak Japon büyükanneye bu hak tanınmıştır.

²⁰⁶ A. Büchler ve N. Ryser (2009). Das Recht des Kindes auf Kenntniss einer Abstammung. *Praxis des Familienrechts*, (1), s. 27; Rusch (2009). s. 72; A. Leukart (2009). Die praktische Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Welche Faelle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht? *AJP*, ss. 584-592.

²⁰⁷ Ş. Şıpka (2007). *Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar*, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm (erişim tarihi 04.04.2012)

²⁰⁸ Weyrauch (2003). s. 9, s. 206.

Taşıyıcı annelikte soybağının kurulmasına ilişkin öneriler çeşitli olasılıklara göre değişmektedir. Taşıyıcı anneliğin farklı türlerini birbirinden ayıran döllenmiş embriyoda kullanılan yumurtalardır, buna göre taşıyıcı anne doğacak çocuğun genetik ya da sadece biyolojik annesi olabilmektedir. Döllenme kombinasyonlarına ilişkin aşağıdaki ayrımlar da yumurta hücrelerinin sahibi kadın, esas alınarak yapılmıştır²⁰⁹.

4.3.1.1. Taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılması

Taşıyıcı annenin yumurtası, çocuk sahibi olmak isteyen çiftten kocanın spermiyle döllenebilir. Bu durumda genetik baba istemde bulunan çiftin erkeği olacaktır, ancak istemde bulunan kadının ne genetik olarak ne de taşıyıcı olarak çocukla bir bağı bulunmaktadır.

Taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılmasında ikinci olasılık yabancı bir adamın sperminin kullanılmasıdır. Taşıyıcı annenin yumurtası çocuk sahibi olmak isteyen çiftteki adamdan başka birinin spermi ile döllenebilir. Her iki yöntemde de embriyo doğrudan doğruya çocuğu doğuracak olan anaya aktarılabilir. Böylece, çocuğun sahibi olmak isteyen anne, çocuğun genetik olarak annesi olamayacaktır ama çocuğu doğuran o olacaktır. Burada bir olasılık da istemde bulunan annenin yumurta üretmeye elverişli olmaması gibi döl yatağının da gebeliğe elverişli olmamasıdır. Bu durumda istemde bulunan anne çocuğun ne genetik annesi olabilecektir ne de çocuğu doğurabilecektir. Evlat edinme yoluyla çocukla soybağı kurulması sağlanabilecektir.

Üçüncü olasılık, taşıyıcı annenin yumurtası ile taşıyıcı annenin partnerinin sperminin kullanılmasıdır. Taşıyıcı annenin aynı zamanda genetik anne de olması olasılığında kullanılan sperm eğer kendi kocasının spermi ise çift aynı zamanda genetik ana-baba olacaktır. Ancak doğumdan sonra bebeği istemde bulunan çiftte verme taahhüdünde bulunmuşlardır. Burada artık hem genetik

²⁰⁹ bkz. Döllenme kombinasyonu şeması, Metin (2012). s. 9.

hem de biyolojik anne taşıyıcı anne olacağından ve genetik ve hukuki baba da taşıyıcı annenin kocası olacağından istemde bulunan çiftin tek yapabileceği evlat edinme yoluna başvurmak olacaktır.

4.3.1.2. İstemde bulunan kadının yumurtasının kullanılması

Bundan başka, embriyo, çocuk doğuramayan ya da doğurmak istemeyen kadının yerine, doğurmayı üstlenen yabancı bir kadına transfer edilebilir. Yani çocuk sahibi olmak isteyen çiftten kadının yumurtası kendi eşinin spermiyle döllenebilir. Bu durumda çocuğun genetik ana-babası, istemde bulunan çift olacaktır. Bu yöntem başvurulmasının nedenleri, istemde bulunan genetik annenin dölyatağının çocuğu taşımaya elverişli olmaması ya da sağlık nedenleri dolayısıyla doğumun risk taşımasıdır.

İstemde bulunan kadının yumurtasının kullanılmasında başka bir olasılık da çocuk sahibi olmak isteyen çiftten bir başkasının spermiyle istemde bulunan kadının yumurtasının döllenebileceği ve bu embriyoyu döl yatağında taşıyıp doğurmak üzere bir başka kadına enjekte edilmesidir. Bu olasılıkta çocuğun genetik annesi de çocuk sahibi olmak isteyen çiftin kadını olacaktır. Ancak genetik baba kullanılan spermere göre değişecektir. Taşıyıcı anneye aktarılan embriyoyu dölleyen spermeler çiftin erkeğinin spermeleriye, genetik baba aynı zamanda istemde bulunan babadır, ancak kullanılan bir başkasının spermeleriye, genetik baba ile istemde bulunan baba ayrı kimseler olacaktır²¹⁰.

İstemde bulunan kadının yumurtası ile taşıyıcı annenin partnerinin spermi de döllenebilmektedir. Bir başka deyişle, istemde bulunan kadının yumurtaları ile taşıyıcı annenin partnerinin spermeleri kullanılmaktadır. Yani genetik anne aynı zamanda istemde bulunan anne; genetik baba ise taşıyıcı annenin partneri olmaktadır. Yine taşıyıcı annenin evlilik içinde doğurması, durumunda genetik baba aynı zamanda hukuki baba olacaktır.

²¹⁰ Ş. Şıpka (2007). *Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar*, http://www.turkhukusitesi.com/makale_537.htm (Erişim Tarihi 04.04.2012)

4.3.1.3.Üçüncü bir kadının yumurtalarının kullanılması

Üçüncü bir kadının yumurtalarının kullanılması durumunda, çocuğun genetik annesi, ne taşıyıcı anne ne de istemde bulunan kadın olmaktadır. Genetik anne yumurta bağışında bulunan yabancı bir kadındır. Bu durumda taşıyıcı anne, bebeği yalnızca döl yatağında taşımış olmaktadır. Buna karşın doğum esasına göre soybağının kurulmasıyla, çocuğun annesi, taşıyıcı annedir. Çocuğun babası ise taşıyıcı anne evliyse çocuk evlilik içinde doğacağından taşıyıcı annenin kocası olacaktır.

Taşıyıcı annelikte, yumurtalar gibi döllemede kullanılan sperm de üçüncü kişiye ait olabilir. Yabancı kadının yumurtalarının döllenildiği sperm de üçüncü bir kişiye aitse, yani hem yumurta bağış hem de sperm bağış varsa, istemde bulunan çiftin çocuk ile genetik hiçbir bağı kalmayacaktır. Doğuran kadın anne olarak kaydedilecek, evli ise kocası da, evlilik içinde doğum dolayısıyla, baba olacaktır. İstemde bulunan çiftin babalığın reddi davası hakkı bulunmamaktadır. Ancak genetik baba, taşıyıcı anne veya öteki ilgililer red davasını açabilir. Bu durumda da istemde bulunan baba ile anne adayları evlat edinme yoluna başvurabileceklerdir.

Son olasılıkta, üçüncü bir kadının yumurtasının kullanılması yani yumurta bağış yapılması ile taşıyıcı annenin partnerinin spermelerinin kullanılması söz konusudur. Bu durumda soybağının reddi davasını koca ve öteki ilgililer açabilmektedirler.

4.3.2.Anne ile soybağının kurulması

Taşıyıcı annelik uygulamasında annelik ya çocuğun döllemesini sağlayan yumurtanın sahibine yani genetik anneye; ya çocuğu karnında taşıyan ama yumurtanın sahibi olmayan biyolojik anneye ya da çocuğu ne karnında taşıyan

ne de yumurtalarını veren, ancak istemde bulunan sosyal anneye öncelik tanınmasına göre üç kategoriye ayrılmıştır²¹¹. Taşıyıcı annelik dolayısıyla ortaya çıkan çoğul annelik sorunu, çocuğun menfaatine ve hukuk düzenine aykırıdır. Çifte annelik hem çocuğun hem de ailenin saadetine gölge düşürmektedir²¹².

Çocuğun, taşıyıcı annenin değil de genetik annenin nüfus kütüğüne kaydedilmesi durumunda Türk Hukuku'nda iptali her zaman istenebilecek bir yanlış kütüklenme olacağı ve genetik annenin tek çaresinin ancak evlatlık edinmek olacağı belirtilmiştir²¹³.

Aşağıda üç annelik olasılığına da öğretideki görüşler doğrultusunda değinilecektir.

4.3.2.1. Biyolojik anneye öncelik tanıyan görüş

Çocuğun üstün yararı ilkesine göre, hukuk düzeni onun tek bir anneye bağlanması gerektiğine hükmetmiştir²¹⁴. Roma hukukundan beri kabul edilen görüşe göre çocuğu doğuran onun annesidir. Bizim hukuk düzenimiz de bu ilkeyi kabul etmiştir. Biyolojik anne çocuğu doğuran kadındır, çocuğun genetik annesinin de aynı kadın olması gerekmektedir²¹⁵.

Öğretide biyolojik anneliğe üstünlük tanıyan görüşe göre, bu sayede çocuğun üstün yararı sağlanmaktadır, anneliğin reddi olanağı ortadan kaldırılarak çocuğun anne bakımından soybağından yoksun kalması engellenmektedir. Genetik anneliğe üstünlük tanınması, kan bağının öne çıkarılmasının ırkçılık ve

²¹¹ Collin ve Laborie (2009). s. 43, yazarlara göre taşıyıcı annelik olanakları birçok bakımdan kesin annelik uygulamasını sarsıcı biçimdeyse de hiçbir zaman çoğul annelik olasılığı üzerinde tartışma yaratmamıştır, ama en azından eski kesinlik berhava olmuştur.

²¹² Nomer (2000). s. 562; Erol (2012). s. 176; Serozan (2005). s. 166.

²¹³ Gençcan (2002). s. 34.

²¹⁴ Erol (2012). s. 180.

²¹⁵ Rumo-Jungo vd. (2006). s. 2; Roma hukukuna ilişkin bu kural döneminde annenin kim olduğu zaten belliydi, bu kurala dayanan eski medeni kanunların hiçbirinde ayrıca bunun belirtilmesine gerek görülmemiştir bkz. Nomer (2000). s. 564; Weyrauch (2003). s. 220.

kökencilik ideolojisini desteklediği, bireylerin salt genetik kökenlerine indirgenmelerinin yanlışlığı vurgulanarak eleştirilmiştir²¹⁶.

Biyolojik annenin hukuki anne sayılması gerektiğine ilişkin başka bir argüman da genetik annenin saptanmasının olanaksızlığı ve geçen sürede çocuğun annesiz kalacağı savıdır²¹⁷. Bu nedenle doğumdan itibaren çocuk, sahip olması gereken istikrarlı soybağından mahrum kalacaktır. Oysa bu argüman bizim de katıldığımız görüşe göre, tek başına biyolojik anneye bağlanmak için yeterli değildir, çünkü eğer amaç çocuğun bir soybağına sahip olmasından mahrum kalmamasıysa genetik anne saptanana dek çocuğun biyolojik anneye kuracağı soybağına üstünlük tanınabilir²¹⁸.

Bir görüşe göre, taşıyıcı annenin, çocuğun genetik annesi olmasa da onu karnında taşıdığı süre içinde ortak bir yaşam geliştirerek bebeğiyle sürdürdüğü ortakyaşarlık bağının reddedilemeyeceği savunulmuştur, çünkü çocuk ile ana arasındaki ilişkiyi asıl belirleyen göbek bağı ve onun sayesinde kurulan organik paylaşıma dayalı birlikteliktir²¹⁹.

4.3.2.2.Genetik anneye öncelik tanıyan görüş

²¹⁶ T. Ramm (1989). Die Fortpflanzung- ein Freiheitsrecht? JZ, ss. 861-874'ten aktaran, Erol (2012). s. 181.

²¹⁷ Serozan (2005). s. 166, yazar genetik ananın saptanması işini ağır bir hafiye işçiliği olarak tanımlamaktadır.

²¹⁸ Erol (2012). s. 183.

²¹⁹ Kırkbeşoğlu (2006). s. 73. Serozan (2005). s. 166, yazara göre ortakyaşarlık çocuğun biyolojik anasıyla bütünleşmesi anlamına gelmektedir. Gençcan (2002). s. 34. Hatemi ve Serozan (1993) s. 286. ortakyaşarlık kavramının feminist kuramdaki anlamına ilişkin, bkz. Irigaray (2006). s. 40-43, plasentanın işlevinin bir farklılık kültürünü yaşatmak olduğuna değinen yazar embriyonun anneye göre her zaman bir öteki olduğunu ancak ortakyaşarlık ile bu ben-öteki arasında sürekli bir müzakerenin bulunduğu dikkat çekmektedir; ayrıca plasentanın düzenleyici işlevlerinin bir kaynaşma ya da embriyonun anneyi sömürdüğüne yönelik saldırı nitelermeleri kültürel olarak belirlenmiş olduklarından biyolojik gerçeklik karşısında yazara göre yetersiz kalacaktır. Baygın (2006). s. 256, yazara göre gebelik döneminde çocuk ile ana arasında yoğun bir psikolojik bağ kurulacağından ve gebelik süresince çocuk anadan besleneceğinden, ana çocuğu karnında taşıyan kadın olmalıdır, yumurtaların sahibi genetik anaya ise ancak evlat edinme yolu kalacaktır.

Genetik anneye öncelik tanıyan görüşe göre, birey genlerinin toplamıdır ve bu nedenle de soybağının genetik kökene göre kurulması gerekmektedir²²⁰. Kan bağına dayalı olarak genetik anneye üstünlük tanınmasıyla soybağının saptanmasında çocuğun üstün yararının yanı sıra gelecek nesillerin sağlığı ölçütünün de değerlendirilmesi gerekmektedir²²¹. Burada kast edilen, kanbağına dayalı soybağı sayesinde, yasal olarak evlenme yasağı olan kimselerin evlenmelerinin önüne geçilmesidir. Ayrıca hısımlığı belirleyen de genetik bağıdır. Yumurtalar, sahibi olduğu kadının isteği dışında kullanılmış olsa bile genetik annenin soybağına öncelik tanınmalıdır, çünkü kan hısımlığında iradenin bir etkisi bulunmamaktadır²²².

Çocuğun üstün yararı gereği, çocuğun anne yönünden soybağından yoksun kalması engellenmeli, genetik annesinin biyolojik annesinden farklı olması durumunda bu saptanana dek doğuran kadın anne olarak kabul edilmelidir²²³. Genetik annenin saptanabilmesi durumunda biyolojik anneye anne yönünden soybağının reddi davası açma hakkı tanınmalıdır. Baba yönünden soybağının reddi davasına ilişkin hükümler, kıyasen annelik için de uygulanmalıdır²²⁴.

Biyolojik anneye öncelik verilmesinin nedeni, o kadının aynı zamanda yumurtaların da sahibi olduğuna ilişkin bir karine olması ile açıklanmıştır. Hayatın doğal akışına göre bir çocuğu doğuran kadın yumurta hücrelerine de sahip kabul edilmektedir²²⁵. Bu da aksi ispatlanabilen bir karine olarak kabul edilmelidir, çünkü günümüz teknolojik gelişmeleri aksinin ispatlandığını göstermiştir.

²²⁰ Weyrauch (2003). s. 221, bu görüş taraftarlarına göre taşıyıcı anneler konuk anne ya da doğum öncesi bakıcı anne olarak nitelenmektedir.

²²¹ Weyrauch (2003). s. 221, dn. 302. Erol (2012). s. 185.

²²² Nomer (2000). s. 562, s. 565, aksi takdirde evlenme engeline aykırı evliliklere neden olunabilecektir; Erol (2012). s. 188.

²²³ Nomer (2000). s. 563.

²²⁴ Nomer (2000). s. 567, yazara göre aksi bir uygulama yani babanın reddi imkanı ile gerçek babaya bağlanma olanağı varken anada reddedilmesi haklı nedene dayanmayan bir ayrımcılık doğurur. Erol (2012). s. 189. Weyrauch (2003). s. 221.

²²⁵ Nomer (2000). s. 565.

4.3.2.3.Sosyal anneye öncelik tanıyan görüş

Daha az taraftarı bulunan bir görüşe göre, biyolojik anne ya da genetik anne değil, çocuğu bakma, büyütme yetiştirmek için niyet eden kadına annelik bakımından üstünlük tanınmalıdır. Bu bakımdan genetik annelik ya da biyolojik annelik arasında bir ayırım bulunmamaktadır, ebeveyn olma iradesine sahip olunması ebeveyn olabilmek için en önemli ölçüt olarak değerlendirilmelidir; çünkü istemde bulunan ebeveynler bebeğin varlık kazanmasının da temel nedeni olacaklardır²²⁶.

4.3.2.4.Değerlendirme

Kanımızca, biyolojik anneye üstünlük tanıyan görüşün argümanlarından ilki olan kan bağı ve genetik kökenin ırkçılık biçimi olarak nitelenmesi yerinde değildir. Çünkü genetik kökenin anlamı bir kalıtsal mirasın aranmasıdır. Kalıtsal mirası, birey genetik ebeveynlerine borçludur.

Roma hukukundan itibaren gelen,“mater semper certa est” ilkesinin aksi ispatlanamaz bir karine olmadığı, tıbbi gelişmelerle açıkça ortaya konulmuştur²²⁷. Doğuran kadının anne olmasının nedeni, doğurmanın hukuken kanıtlanmasının kolaylığı ve bu sayede sağlanabilecek hukuki güvenlik olarak açıklanmıştır²²⁸. Oysa çocuğun üstün yararı açısından çocuk ile kurulan ilişkide öncelikle kan bağı göz önüne alınmalıdır. Çünkü çocuğun bedensel ve ruhsal özelliklerini, hastalıklarını kısacası tüm genetik mirasını devraldığı kan bağından daha kuvvetli bir bağ kanımızca kurulamaz²²⁹. Kanımızca ebeveyn olma

²²⁶ Metin, (2012). s. 33; Weyrauch (2003). s. 222, yazar tutarlılık ve istikrar çocuğun güvenliği için en önemli gereksinimler olacağından çocuğun üstün yararının da değerlendirme ölçütlerinde göz önünde bulundurulması gerektiğine değinmiştir.

²²⁷ Metin (2012). s. 50; Weyrauch (2003). s. 223, Roma hukukunun bu ilkesinin aksi ispatlanamaz bir karine olarak kalması yazarın verdiği bir örnekle gülünç sonuçlara neden olabilecektir, eğer taşıyıcı anne kızının yumurtasını kullanarak doğum yapmışsa bu durumun biyolojik anneye öncelik tanınması durumundaki sonuçları kabul edilebilir olmayacaktır; Collin ve Laborie (2009). s. 43.

²²⁸ Kırkbeşoğlu (2006). s. 73.

²²⁹ Kırkbeşoğlu (2006). s. 82.

iradesiyle taşıyıcı bir anneyle anlaşılması durumunda da sosyal annenin evlat edinme yolu ile çocuk ile soybağı kurulması için de öncelik ve kolaylık sağlanmalıdır, ancak bu durum önceliğin genetik annede olması gerektiğini değiştirmemelidir.

Genetik anneye öncelik tanıyan katıldığımız görüşe göre çocuğun elbette mümkün olduğunca çabuk bir soybağına bağlanması gerekmektedir, ancak açıktır ki, bunun aynı zamanda çocuğu isteyen bir anne ile kurulması çocuğun yararına olmaktadır²³⁰.

4.3.2.5. Anne bakımından soybağının reddi

Günümüz tıbbi gelişmeleri karşısında, doğuran kadının anne olduğu karinesinin geçerliliğini yitirdiği ve günün gereksinimlerini karşılayamadığı belirtilmiştir²³¹. Babalığın reddine kıyasen, doğuran kadının, genetik anne olmaması durumunda, yürürlükteki hukukta bir dava hakkı bulunmamaktadır. Ancak olması gereken hukuk bakımından, anneliğin reddi davası tartışılmaktadır²³².

Baba yönünden soybağının reddine kıyasen, anneliğin reddi davasında, davacı, çocuğu doğuran ve yumurtanın sahibi olan kadın olabilecektir²³³. Ancak tıpkı İsviçre Medeni Kanunu md. 256 f. 3'e göre türdeş olmayan dölleme hukuki babanın karısının, başkasının spermi ile gebe kalmasına izin verdiği takdirde artık çocuğun soybağını reddedememesi gibi, biyolojik anne, yumurta bağışını kabul ederse ve bunu taşıyıcı annelik sıfatıyla değil de kendi çocuğuna sahip olmak için yaparsa soybağını reddedemeyecektir²³⁴.

²³⁰ Erol (2012). s. 188.

²³¹ Nomer (2000). s. 564. Erol (2012). s. 189. Leukart (2009). s. 592.

²³² Nomer (2000). s. 564. Erol (2012). s. 190. Rusch (2009). s. 76. Aydın-Ünver (2011). s. 33 dn. 99, yazara göre, üreme tıbbi sonucunda ortaya çıkan gelişmelerle anneliğin tespitine ilişkin dava tartışılabilir.

²³³ Nomer (2000). s. 567-575. Erol (2012). s. 191-196.

²³⁴ Nomer (2000). s. 564.

Eğer doğuran kadın, yumurtalarını istemde bulunan anneden almış ve tam taşıyıcı annelik sıfatıyla çocuğu doğurmuşsa, soybağının reddi davası açabilmelidir, çünkü bu sayede çocuk genetik annesine bağlanabilmektedir²³⁵. Bu durumda yumurtanın sahibi olan kadının da dava açma hakkı bulunmalıdır. Ancak eğer taşıyıcı anne aynı zamanda yumurtanın sahibiyse, yani bir ikame annelik varsa, istemde bulunan kadın, genetik anne olmayacağından anne bakımından soybağının reddi davası açma hakkı bulunmamalıdır²³⁶.

Bunun yanı sıra, baba bakımından soybağının reddi davasına hakkı olan çocuğun, ana bakımından da soybağının reddi davası açmaya hakkı olmalıdır. Ancak İsviçre Medeni Kanunu md. 286 f. 2 uyarınca, çocuğa soybağının reddi davası açma hakkı ancak biyolojik ana ile kocasının aile birliği içinde yaşamaması olanaksızsa tanınabilmektedir. Aile birliği ile kast edilen, çocuğun çift tarafından benimsenmesidir²³⁷. Aksi takdirde, çocuğa dava açma hakkı verilmemesi ile babalık davasına kıyasla adaletsiz bir durum yaratılmaktadır. Bizce, soybağının reddi davası hakkı tanınmasa bile çocuğun bir tespit davası hakkı bulunmalıdır.

Çocuğun dava hakkına ilişkin bir olasılık da, biyolojik annenin, istemde bulunan anne olması ancak yumurta sahibi annenin salt bağışçı olmasıdır. Bir görüş biyolojik annenin benimsemesinin, çocuğun soybağının reddi davası açması hakkını engellememesi gerektiğini vurgulamıştır²³⁸. Bizim de katıldığımız görüşe göre bu durumda çocuğun ret davası değil, genetik annesinin saptanmasına ilişkin tespit davası açma hakkı bulunmaktadır, ancak çocuğun kendisini isteyen kimselerle ilişkide bulunması, velayet, miras ve başkaca mali sonuçların çocukla ilişkide bulunmak isteyen çifte bağlanması gerekmektedir²³⁹. Yani genetik annenin tespiti illa ki hukuki soybağında değişiklik yapılmasını gerektirmeyecektir.

²³⁵ Nomer (2000). s. 571. Buchli-Schneider (1987). s. 193.

²³⁶ Erol (2012). s. 194.

²³⁷ Nomer (2000). s. 576, ancak yazarın İsviçre'deki bu görüşü iletmesi Yeni MK ile çocuğa dava hakkı tanınmasından öncesine ilişkindir; karşıt görüş için bkz., Erol (2012). s. 195, yazarın görüşü yumurtaları kullanılan kadının bu riski göze almış olması gerektiği yönündedir.

²³⁸ Erol (2012). s. 195; karşıt görüş Buchli-Schneider (1987). s. 201.

²³⁹ B. Baysal (2010). Çocuğun kökenini öğrenme hakkı. Prof. Dr. Rona Serozan'a armağan, cilt 1, s. 532; Nomer (2000). s. 577.

Genetik ve biyolojik annenin kocalarının ve öteki ilgililerin, soybağının reddi davası açma hakları bulunup bulunmayacağı tartışmalıdır. Anne için, babalığın reddi davası açma hakkı yasada açıkça gösterilmemiştir. Öğretide, biyolojik annenin kocasının, ancak çocuğun kendisinden olmadığını öğrenmişse, soybağının reddi davası açabileceği belirtilmiştir²⁴⁰. Genetik annenin kocası da hukuki bir yararına bakılarak gerektiği ve kullanılan sperm kendisininse, anneliğin reddi davası açmaya hak kazanabileceği vurgulanmaktadır²⁴¹.

Bununla birlikte baba yönünden soybağının reddi davasında babanın, çocuğunun ve ana babasının dava hakkı bulunduğu aynı durumun ana için de geçerli olması düşünülebilmektedir. Bunun için biyolojik ana ile genetik ananın yakınlarını yine ayırarak incelemek gerekmektedir. Eğer biyolojik anne yumurta bağıışı ile gebe kalmış ve bu nedenle de soybağının reddi davası açma hakkı bulunmuyorsa, bu durumda biyolojik annenin ya da babanın veya çocuklarının da dava açma hakları bulunmamalıdır. Buna karşın doğuran kadın salt taşıyıcı annelik amacı güderek doğurmuş ve çocuğu doğumdan sonra genetik annesine teslim edecekse, kendisinin dava hakkı bulunacağından ilgililerin de dava hakkı bulunmalıdır. Yine genetik annenin de yumurta bağıışındaki amacına bakılmalı, kendisine dava hakkı tanınıyorsa ilgililerin de bu hakkı bulunmalıdır.

Ayrıca öğretide bir görüşe göre anne bakımından soybağının reddi davasının her zaman tespit davası ile birlikte açılabilmesi çocuğun üstün menfaati ile uyuşacaktır; çünkü böylece çocuk annesiz kalmayacaktır²⁴².

Baba bakımından soybağının reddi davasında olduğu gibi ana bakımından da hak düşürücü süreler öngörülebilir. Burada babadan farklı olarak anne, taşıyıcı anne, yumurta bağıışının bilincinde olacağından, süre, çocuğun doğumundan itibaren işletilmelidir. Ancak dava açma süresinin kaçırılması MK 289 f. 3'e

²⁴⁰ Erol (2012). s. 196; Nomer (2000). s. 578.

²⁴¹ Erol (2012). s. 196; Nomer (2000). s. 578.

²⁴² Nomer (2000). s. 572.

kıyasen haklı bir nedene dayanıyorsa, süre bu haklı nedenin ortadan kalkmasından itibaren başlamalıdır.

Çocuk için, dava süresi erginlikten itibaren bir yıllık sürenin kaçırılmasında haklı bir neden bulunuyorsa, bu sürenin haklı nedenin ortadan kalkmasından itibaren başlatılmalıdır.

4.3.2.6. Annelik davası

Soybağına ilişkin davalarda babaya tanınan haklara kıyasen annenin de annelik davası açma hakkı çocuğun istemde bulunan genetik annesiyle soybağı kurmak isteyeceği durumlar için düşünülebilmektedir²⁴³. Annelik davası için de aynı babalık davasındaki gibi çocuğun, başka bir anneyle soybağının bulunmaması gerekir. Bu durumda, annelik davası açma hakkı kanımızca genetik anneye tanınmalı, genetik anne ile istemde bulunan annenin farklı kişiler olması olasılığında ise istemde bulunan anneye evlat edinme yolu kalmalıdır. Genetik annenin yanı sıra çocuğun ve annenin üst soyu ile alt soyunun da dava açma hakkı olabilecektir, açılan dava çocuğun kayyım ile temsil edilmesi durumunda ona ihbar edilmelidir.

4.3.2.7. Tanıma

Kıyas yolu ile anne ile soybağının kurulması konusunda tanınabilecek bir hak da tanımadır²⁴⁴. Tanıma için MK md. 295 f. 3'e kıyasen, çocuğun bir başka kadınla arasında soybağı ilişkisinin bulunmaması gerekir. Çocuğu, yalnızca genetik anne tanıyabilecektir. Ancak genetik annenin ölümü ya da gaipliğine karar verilmesi, veya ayırt etme gücünü yitirmesi durumunda üst ve alt soyu da tanıma işlemi gerçekleştirilebileceklerdir²⁴⁵.

²⁴³ Erol (2012). s. 199.

²⁴⁴ Erol (2012). s. 199.

²⁴⁵ Erol (2012). s. 199.

4.4.Yumurta Bağışında Soybağı

Çocuk sahibi olmak isteyen kadının yumurtalıklarının çalışmaması dolayısıyla üçüncü bir kişiye ait yumurta hücrelerinin nakledilmesi yoluyla yumurta bağışı gerçekleştirilmektedir²⁴⁶.

Yumurta bağışında çocuk sahibi olmak isteyen kadının evli olup olmadığına bakılmaksızın MK md. 282 uyarınca doğuran kadın anne olmaktadır. Anneliğin reddi, annelik davası ya da genetik annenin doğan çocuğu tanınması olanağı pozitif hukuk bakımından mümkün olmamaktadır. Ancak baba bakımından soybağı davalarına kıyasen anne bakımından soybağı davaları olasılıkları yukarıda tartışılmıştır²⁴⁷. Yumurta bağışında özellik arz edebilecek bir husus bağışlanan yumurtaların gebe kalan kadının dölyatağına izni olmaksızın nakledilmesidir. Bu durumda öğretide bir görüş, anne bakımından soybağının reddi davası hakkının varlığından söz etmektedir²⁴⁸.

Yumurta bağışının, ölümden sonra gerçekleştirilmesi durumunda bir görüşe göre, türdeş olmayan döllenede olduğu gibi yumurtaların nakledildiği kişinin anneliğine annelik davası olasılığı ile hükmedilebilmektedir²⁴⁹.

²⁴⁶ Erol (2012). s. 168.

²⁴⁷ Bkz., 4.3.2.5. Anne bakımından Soybağının Reddi; 4.3.2.6. Annelik Davası ve 4.3.2.6. Tanıma.

²⁴⁸ Erol (2012). s. 169.

²⁴⁹ Erol (2012). s. 169. Nomer (2000). s. 567.

Üçüncü Bölüm:

YAPAY DÖLLENME TEKNİKLERİNİN KİŞİLİK HAKKI BAKIMINDAN SONUÇLARI

1.Genel Olarak

Bilim dünyasının üreme tıbbına getirdiği yenilikler, soybağı hukukunda olduğu gibi kişilik hakkı alanında da sorunlar doğurmaktadır. Yeni kişilik hakları tartışmaya açılmaktadır. Bu yeniliklerin kişilik hakları alanında değerlendirilen güncel sonuçları olarak üreme hakkı, ceninin yaşama hakkı ve kökenini öğrenme hakkı ele alınacaktır. Üreme tıbbına getirilen yeniliklerle insan doğasının zorunluluk alanına alternatif yeni olanaklar sağlanmıştır. Böylece bireylerin, yalnızca hukuki değil biyoetik, toplumsal düzen için de değerlendirilmesi gereken birçok yeni sorun ortaya çıkmıştır.

Kişilik hakkı bireylerin feragat edemeyecekleri, mutlak bir hak olarak tanımlanmıştır²⁵⁰. Yeni tıbbi teknikler Kişilik Hakkı kapsamında da öğretide yeni kişisel değerlerin tartışılmasına kapı aralamıştır; bunlar soyunu sürdürme ya da üreme hakkı, benzersiz olma hakkı, müdahale edilmemiş bir genetik kökene sahip olma hakkı, farklı olma hakkı ve kökenini bilme hakkıdır²⁵¹. Bu haklar Anayasal güvenceyi kuşkusuz hak etmektedirler, ancak birbirleriyle çatışmaları olasılığı da bulunmaktadır²⁵².

2.Üreme Hakkı

Üreme hakkı kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme ve özel yaşam hakları kapsamındadır. Üreme hakkı “çocuk sahibi olma ya da olmama hakkını ifade eden bir özgürlük” olarak ifade edilmiştir; yani üreme hakkı ürememe

²⁵⁰ Hausheer ve Aebi-Müller (2005). s. 115; S. Helvacı ve F. Erlüle (2011). *Medeni Hukuk*. İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 77; J. G. Akipek vd. (2011). *Başlangıç hükümleri kişiler hukuku Birinci Cilt*. İstanbul: Beta Yayınları, s. 347.

²⁵¹ E. Özsunay (1998). Hayatın başlangıcı ve sonuna ilişkin en önemli hukuksal sorunlar, *Bülent Davran'a armağan*, İstanbul, s. 4.

²⁵² Özsunay (1998). s. 5.

hakkını da kapsamaktadır²⁵³. Öğretide, üreme hakkı karar unsuru ile davranış unsurlarını içermekte, davranış unsuru doğrudan üremenin gerçekleşmesi sonucunu doğurmasa da cinsel anlamda üremeyle ilişkili her tür davranış biçimi olarak tanımlanmaktadır. Karar unsuru, kuramsal olarak her zaman davranış unsurundan önce var olur gibi görünse de örneğin istenmeyen bir gebelikte eksik olsa da sonra tamamlanabilir ya da korunma yöntemlerinin savsaklanması, yanlış uygulanması nedeniyle gebe kalınmasında olduğu gibi karar unsuru yine eksik kalabilir²⁵⁴. Ürememe hakkı, uygulamada ya çocuk sahibi olmamak için gebelik öncesi önlemler alınması ya da gebe kalındıktan sonra kürtaj olunması biçiminde ortaya çıkar²⁵⁵. Gebe kalındıktan sonra kürtaj hakkı kadının bedensel bütünlüğü ile ilgilidir.

Üreme tıbbındaki gelişmelerle kısırlığın tedavi edilebilir bir hastalık olduğu keşfedilmiş ve böylece hem bireyler hem de devlet bu hastalığa karşı tutum almak zorunda kalmışlardır. Öncesinde, devletin tedavi masraflarına, tüp bebek denemelerinin sosyal güvenceden pay ayırması gibi bir yükümlülüğü yokken güncel gelişmeler doğrultusunda artık devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri bulunmaktadır²⁵⁶.

2.1.Üreme Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Mevzuat

Uluslararası sözleşmelerde, üreme hakkının bir insan hakkı olarak ilk kez tanınması 1968'de Tahran'daki Uluslararası İnsan Hakları Konferansı'nda kabul edilen Tahran Bildirisi ile sağlanmıştır. Bildiride, çiftlerin sahip olacakları çocuk sayısı ve zamanlaması konusunda özgür karar verme haklarının olduğuna

²⁵³ Aksoy-Retornaz (2012). s. 11; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 200; F. Erem (1981). Soyunu Sürdürebilmek Hakkı, *Yargıtay Dergisi*, 7 (3), s. 236-240, insancıl bakış açısı bireylerin soylarını sürdürebilme haklarını salt doğal düzene bırakmamayı öngörür; Knoop (2005). s. 4; Özbilen (2011). s. 87; O. Cin (2003). Üreme amaçlı klonlamanın cezalandırılabilirliği üzerine etik ve hukuki argümanlar. *Selçuk Üniversitesi hukuk Fakültesi Dergisi 20. yıl armağanı*, C 11/S 1-2; s. 134.

²⁵⁴ Knoop (2005). s. 4, Alman Yargıtay'ı önceki kararlarında cinsel ilişki sırasında yalnızca korunma yöntemleri uygulanmasını beklenen bir çocuk olasılığını da öngörmek olarak algılamıştır, 17.04.1986, Az.: IX ZR 200/85, BGHZ 97, 372 ff.

²⁵⁵ Knoop (2005). s. 115.

²⁵⁶ Knoop (2005). s. 116-117; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 201; Arslan-Öncü (2012). s. 254.

değiniştir²⁵⁷. Daha sonra ise 1974'te Bükreş'te düzenlenen Dünya Nüfus Eylem Planı Konferansı'nda, çiftlerin ve bireylerin sahip olacakları çocukların sayısı ve zamanlaması konusunda özgürce karar verme, bilgi ve olanaklara sahip olma hakları olduğu belirtilmiştir. 1994 yılında Kahire'de düzenlenen "Nüfus ve Kalkınma Uluslararası Konferansı"nda üreme sağlığı ve üreme hakkı kavramları ilk kez tanımlanmıştır²⁵⁸. Üreme hakkı "...bütün çiftlerin ve bireylerin çocuklarının sayısına, doğum aralığına ve zamanlamasına özgürce ve sorumlulukla karar verme temel hakkı, bunu yapacak bilgiye ve araçlara sahip olma hakkı, cinsel sağlık ve üreme sağlığında en yüksek standarda ulaşma hakkıdır. İnsan Hakları Bildirgesinde ifade edildiği gibi ayrımcılık, baskı ve şiddete maruz kalmadan üreme ile ilgili konularda karar verme hakkı da bu haklara dahildir" olarak tanımlanmıştır²⁵⁹. Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde, çiftlerin sahip olacakları çocukların sayısı konusunda özgür olarak karar verme hakları olduğu belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) md. 8 ile kişilerin özel hayatlarının korunma altında olmasının çocuk sahibi olma ve olmama hakkını da kapsadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihadında hükme bağlanmıştır²⁶⁰. Kararda kanser tedavisi görmeden önce Bayan Evans'ın nişanlısının spermeleriyle döllen embriyolar, tedavi sonrasında kullanılmak üzere dondurulmuştur. Bunun ardından kanserden kurtulan Bayan Evans'ın çocuk sahibi olmak üzere embriyolarının kullanılması talebinin reddedilmesi AİHM davasına konu edilmiştir. Bunun nedeni Bayan Evans'ın nişanlısının onayının yeniden alınması gerekliliğidir. AİHM, AİHS md. 8 kapsamında, özel yaşamın

²⁵⁷ Arslan-Öncü (2012). s. 253.

²⁵⁸ Üreme sağlığı ve üreme hakkı tanımı çeviri metni,; http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/uzmanlik_tezleri/ozgu_karaca_tez.pdf (Erişim tarihi: 16.08.2012)

²⁵⁹ Yazar tüm uluslararası belgelerde üreme hakkının tanımlanmaya çalışılmasının anlamlı bir eylem olduğunu ancak kültürlerarası ayrımların da göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekmekte ve bu doğrultuda toplumsal cinsiyet kuramının da etkin olarak göz önünde bulundurulması gerektiğine değinmektedir, http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/uzmanlik_tezleri/ozgu_karaca_tez.pdf (Erişim tarihi, 16.08.2012)

²⁶⁰ AİHM Evansvs. UK; appno: 6339/05, 7.03.2006.

korunmasının bireylerin soylarını sürdürme ve üreme haklarını içerdiğini, ancak özel yaşamın, bireylerin arzu etmedikleri genetik bağlılık ve ebeveynlik ilişkilerinden koruması anlamına da geldiğini belirtmektedir²⁶¹.

Üreme hakkı, Türk hukukunda da Anayasa ile de güvence altına alınmış temel haklar statüsündedir. AY md. 17'de anılan, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir²⁶². Bir görüş, bu hakkın AİHS md 2 f. 1' deki yaşam hakkına dayandırılması gerektiği yönündedir, ancak bu tutum uluslararası belgelerde değinilen yaşama hakkının devletin negatif yükümlülüğüne işaret ettiğini yani devletin bireyin yaşamına keyfi biçimde son veremeyeceği biçiminde anlaşılmalı gerekeceğinden bu görüş pek kabul edilmemektedir²⁶³.

İsviçre öğretisinde de üreme hakkı kişilik hakları alanında değerlendirilmiş²⁶⁴, İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında²⁶⁵ üreme hakkını kişilik hakları ve kişisel özgürlük kapsamında ele almıştır. İsviçre Federal Anayasası md. 119 ile devletin üreme tıbbi alanında aileyi, bireyi ve insanlık onurunu koruyucu önlemleri alacağı belirtilmiştir. Öğretide de İsviçre Federal Anayasası md. 14 ile de hem evlenmenin hem de aile kurmanın korunduğu yorum yoluyla da üreme tıbbını destekleyici önlemleri içine alacak şekilde anlaşılacağı vurgulanmıştır²⁶⁶.

İsviçre Üreme Tıbbı Yasası (FMedG) de çocuğun menfaati başlıklı md. 3 f. 2 ile üremeye yardımcı tedavi tekniklerinin, İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) md. 252'ye atıfla, çocuğun yasal olarak soybağı kurabileceği kimselerde uygulanabileceği belirtilmiştir. Bu kimseler, doğum ile doğrudan soybağı ilişkisinin kurulacağı ana; mahkeme kararıyla, evlilik ya da tanımayla soybağının kurulacağı baba olarak belirtilmiştir. 2004 yılında kabul edilen Partnerlik Kanunu (PG) evlat edinme ve

²⁶¹ Karara ilişkin Türk Öğretisindeki yorumlar için bkz., Metin, (2010). s. 149-151; Zengin (2012). s. 268-270.

²⁶² Erol (2012). s. 30.

²⁶³ Özsunay (1998). s. 6.

²⁶⁴ Hausheer ve Aebi-Müller (2007). s. 204.

²⁶⁵ BGE 115 Ia 246 Ff E.5. St. Gallen

²⁶⁶ Rusch (2009). s. 44; Hausheer (2000). s. 30.

üreme tıbbı, kenar başlıklı md.28 ile tescil edilmiş yaşam ortaklıklarında ne evlat edinme ne de yapay üreme tekniklerinden yararlanabileceği belirtilmiştir

İsviçre Anayasası'nın insana ilişkin üreme tıbbı ve gen teknolojisi, kenar başlıklı md. 119 f. 2 bend d, taşıyıcı anneliğin ve embriyo bağışının her türünü yasaklamıştır. İnsanların gen teknolojilerinin her türünün kötüye kullanımına karşı korunduğu belirtilmiştir. Buna karşın özel olarak sperm bağışına ilişkin bir yargı getirilmemiştir. İsviçre Üreme Tıbbı Yasası (FMedG) yumurta ile embriyo bağışının her türü ve taşıyıcı anneliğin her türü md. 4 ile yasaklanmıştır. Ancak sperm bağışına ilişkin bir kısıtlama bulunmamaktadır.

Alman Anayasası'nda da (GG) üreme hakkı, doğrudan tanımlanmış değildir, ancak öğretide yorum yoluyla bu sonucun çıkarılabileceği belirtilmiştir; bunun türdeş olmayan döllenmeyi de kapsayıcı biçimde yorumlanamayacağı belirtilmiştir²⁶⁷. Öğretide temel hak olarak üreme hakkı devletin sorumluluğunda GG md. 6 f. 1 kapsamında ailenin korunmasının devletin yükümlülüğüdür²⁶⁸.

2.2.Üreme Hakkına İlişkin Ulusal Hukuki Mevzuat

ÜYTE'nin amacı başlıklı md. 1 başvurabilecek kimseleri çocuk sahibi olamayan evli çiftler, olarak açıklamıştır. Açıkça anlaşılacağı üzere yönetmelik kapsamında yapay döllenme tekniklerinden yararlanabilecek kimseler, yalnızca eşlerdir. Ayrıca kayıt sistemiyle, başvuruda bulunacak çiftlerin evli olması gerekliliği md. 15'te bir kez daha belirtilmiştir. Bu durumda evliliği sonlanan, evli bulunmayıp birlikte yaşayan kimselerin bu kapsamda üreme yardımcı tedavi tekniklerinden yararlanmaya çalışmaları ÜYTE'ye aykırıdır²⁶⁹.

²⁶⁷ Knoop (2005). s. 115; Weyrauch (2003). s. 61-62.

²⁶⁸ Weyrauch (2003). s. 33-34.

²⁶⁹ Rusch (2009). s. 110, dn. 566, Buna karşın Almanya'da yalın bir birlikte yaşam sürenler doktor kurulundan alınmış bir rapor ile olanaklıdır. Danimarka, Fransa ve Avusturya'da benzer özellikler öngörülmüştür. Bununla birlikte Hollanda ile İsveç'te ise eşcinsel çiftlerin de yapay döllenme teknikleri çocuk sahibi olmalarına olanak tanınmıştır. Yazar bu sayede geleneksel aile kavramı örneğinden uzaklaşmaya olanak tanındığını ileri sürmektedir.

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

Sperm bağıışı, taşıyıcı annelik gibi yöntemlerle bireylerin çocuk sahibi olması Türk hukukunda yasaklanmıştır. Yönetmeliğe bu duruma ilişkin 2010 değişikliği ile getirilen md 18 f. 5'te eşlerde, sadece kendilerine ait üreme hücreleri kullanılacağı belirtilmiştir. Maddeye göre herhangi bir şekilde verici kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların, adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Herhangi bir gebeliğin bu yasaklara aykırı olduğunun saptanması durumunda da merkezin süresiz kapatılacağı, işlemi yapan kimselerin ruhsatlarının iptal edileceği ve ilgililerin üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde çalışmalarının engelleneceği bildirilmiştir (md.18 f. 5).

Yurtdışında veya yurtdışında üremeye yardımcı tedavi uygulaması yapan yerlere beşinci fıkradaki işlemler için ÜYTE'ye aykırı olarak hasta sevk etmek, yönlendirmek, teşvik etmek ve bu konularda aracılık etmek gibi eylemlere katılan merkezler ve/veya merkez personellerinin tespiti halinde ilkinde üç ay, yinelenmesi durumunda ise süresiz olarak merkezin faaliyetine valilikçe son verilir. Merkez personeli olmasa da bu konularda aracılık ettiği saptanan kişi ve kişilerin varsa sertifikaları Bakanlıkça iptal edilecektir²⁷⁰(md. 18 f. 6).

²⁷⁰ Bir haberde bu uygulamanın gerekçesi olarak Sağlık Bakanlığı'nca Türk soyunun korunması amacının güdüldüğü, ancak buradaki "Türk soyu" kavramı ile ifade edilenin "ırksal değil babanın belirliliği anlamını taşıdığı" ifade edilmiştir. 2010 değişikliği ile kamuoyunda yönetmelik "Türk Soyunu Koruma Yasası" olarak adlandırılmıştır. haber için bkz. <http://www.milliyet.com.tr/bankadan-bebek-yapana-hapis-guncel/haberdetay/16.03.2010/1211871/default.htm> (Erişim tarihi: 12.07.2012)

Bu yönetmeliğin dördüncü, beşinci ve altıncı fıkralarda belirtilen hususlara aykırı uygulama yapıldığının herhangi bir aşamada saptanması durumunda, bu uygulamayı yapan, hasta sevk eden veya aracılık eden kişiler ile gebe kalan kişi ve verici cumhuriyet savcılığına bildirilecektir(md. 18 f. 7)²⁷¹.

Öğretide bu duruma ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. İlk görüş türdeş olmayan döllenme tekniklerinin yurt dışında ya da yurt içinde olmasına bakılmaksızın herhangi bir biçimde uygulanmasının TCK md.231 çocuğun soybağını değiştirme suçunu oluşturacağını belirtmektedir²⁷². Yasadan yurt dışında bu eylemin suç teşkil edip etmemesi bir önem taşımayacak anlamı çıkmaktadır. Bu durumda ilk akla gelen soru gebeliğin her aşamasında savcılığa bildirim yükümlülüğü ile ana karnındaki ceninin TCK md. 231 kapsamına sokulup sokulamayacağıdır²⁷³. Sorun tam da türdeş olmayan döllenme tekniklerinin uygulanmasında çıkmaktadır, çünkü bu tekniklerin uygulanmasında ortada henüz suçun mağduru olabilecek bir çocuk yoktur ve TCK md. 231 doğmamış embrioyu korumak amacıyla değildir²⁷⁴. Soybağının değiştirilmesi için, öncelikle bir soybağının bulunması gerekmektedir²⁷⁵. Özellik teşkil eden

²⁷¹2010 değişikliği ile yurt dışında türdeş olmayan döllenme uygulamasının cezalandırılabilirliğinin sağlanması kamuoyunda büyük yankı uyandıran manken Leyla Bilginel'in ABD'de, Güner Özkul'un ise Kıbrıs'ta gebe kalması tartışmalarından sonra çıkarılmıştır. Yönetmelik bu kronoloji ile tam da uygulamada karşılaşılan bir durumu bertaraf etmek amacı gütmüştür. Değişiklikten sonra yine ABD'deki bir sperm bankasından gebe kaldığını açıklayan manken Sevda Demirel için ise Sağlık Bakanlığı önce inceleme başlattığını açıklamıştır. Haber metninde Bakanlığının inceleme başlatmasının ardından manken sperm bankası ile değil sevgilisi ile doğal yollardan gebe kaldığını açıklamıştır. Ancak bebeğini ikinci ayında rahim ağzı incelenmesi yüzünden düşürmüştür. Gebeliğinin ikinci haftasında inceleme başlattığını açıklayan Sağlık Bakanlığının kanımca manken ilk açıklamasını yalanlamasaydı nasıl hareket edeceği meselesi düşünülmelidir.

<http://www.hurriyet.com.tr/magazin/magazinhatti/15340886.asp> (Erişim tarihi: 13.07.2012).

http://www.sabah.com.tr/Yasam/2010/07/17/hamilelige_turk_soyu_engeli (Erişim tarihi: 13.07.2012).

²⁷² Zengin (2012). s. 237. Erol (2012). s. 153. Uyanık-Çavuşoğlu (2011). s. 42

²⁷³ Yenerer-Çakmut (2008). s. 192.

²⁷⁴ Koca (2008). Çocuğun soybağını değiştirme suçu. 5. *Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu*. Ankara, s. 506; Yenerer-Çakmut (2008). s. 193; Koca (2008). s. 515; yazar, soybağının, kanbağına dayandığı için asla değiştirilemeyeceğine ve hadisenin var olan gerçek soybağı konusunda başkalarının yanıtılması olduğuna değinmiştir. Yine suçun maddi unsuru da kişisel durumun ve aile bağlarının göstergesi olan soybağının farklı yansıtılarak medeni durumun başka türlü gösterilmesini ifade eder; Hakeri (2012). s. 566.

²⁷⁵ Koca (2008). s. 515, bu durumda da örneğin doğum anında bebeklerin değiştirilmesi, eşlerden birinin evlilik dışı bir başka ilişkisinden doğan çocuğun evlilik içinde gösterilmesi anılabilir. Değiştirmeye neden olan hareketlerin mutlaka soybağını belirlemeye yetkili mercilere karşı doğrudan işlenmesi aranmamışsa da belli bir ağırlığa ulaşmasının beklendiği

durum, yasaklanan işlemin yurtdışında yapılmasıdır. Bu durumda sperm bankalarıyla çalışanlarının fail olarak değerlendirilmesi ceza hukukunun şahsilik ilkesine aykırılık anlamına gelmektedir²⁷⁶.

Buna karşın bir diğer görüş ise, döllenmiş embriyo, eğer kadının dölyatağına yerleştirilmemişse bu suçun oluşmayacağını, suçun oluşması için çocuğun dünyaya gelmesi gerektiğini ve TCK md. 91 kapsamında organ ve doku ticareti suçunun söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir²⁷⁷. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre TCK md. 91 f. 3'te ifade edilen "organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur" ve md. 91 f. 5'te ifade edilen "Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因an kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" düzenlemeleri kapsamında organ ve doku ticareti suçu işlenmiş olacaktır²⁷⁸. Tartışmalı bir husus üreme hücreleri ya da döllenmiş embriyonun organ veya doku kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. TCK'nda organ ve dokunun tanımı yapılmamaktadır. Öğretide embriyonun canlı bir doku sayılması gerektiği görüşü

belirtilmektedir, yani anlaşılması gereken yetkili merciler tarafından soybağının belirlenmesinde tehlikeye düşüren hareketler olmalıdır.

²⁷⁶ Bayraktar (2010). s. 1314, yazara göre ayrıca organ ve dokunun ticaretinin yapılması durumunda belli bir kazanım karşılığında bu eylemin icrası gerekecektir. Söz konusu suçun oluşması alınan organ veya dokunun hukuka uygun bir biçimde olması konusunda bir istisna getirmemiştir, organ ve doku ticareti organ hukuka uygun olarak da alınsa suçtur. Ancak md. 92 organ ve dokularını satan kimsenin içinde bulunduğu ekonomik zorunluluk halinin bir cezai indirim sağlayabileceğini hükme bağlamıştır. Ancak madde başlığında ticaretten söz edilirken madde içeriğinde alan ile satan ifadesine yer verilmiş olması eleştirilmiştir, çünkü salt bir alım satım süreklilik içermezken ticaret söz konusu etkinliğin bir süreklilik içermesini gerektirir.

²⁷⁷ Ünver (2008). s. 40; Yenerer-Çakmut (2008). s. 193; Erol (2012). s. 155; ayrıca suçları salt cezaların engelleyebileceği anlayışının yanlışlığı hakkında bkz. Erem (1981). s. 238. Bayraktar (2010). s. 1315.

²⁷⁸ Ünver (2008). s. 40; Yenerer-Çakmut (2008). s. 200 dn. 144 ve 201; O. Cin (2009). Hekimlerin embriyon nakillerinde cezai sorumluluğu. *Ankara Barosu 2. Sağlık Kurultayı*. Ankara Barosu, s. 154; Ö. Bayraktar (2010). Organ ve Doku Nakli. *Köksal Bayraktar'a armağan*. İstanbul, s. 1315; yazar hareket ve netice konusuna değinirken "...sperm, embriyo, kornea gibi uzun süre saklanabilme imkanına sahip organ ve dokular..." diyerek spermleri dokular içinde değerlendirmiştir. TCK'da organ ile dokunun tanımı yapılmamıştır. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun md. 2 f. 1'de "Bu Kanunda sözü edilen organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır. Oto - grefler, saç ve deri alınması, aşılması ve nakli ile kan transfüzyonu bu kanun hükümlerine tabi olmayıp, yürürlükte bulunan sağlık yasaları, tüzükleri, yönetmelikleri ve tıbbi deontoloji kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir." Denilerek organ ile dokunun tanımı oldukça geniş yapılmıştır.

bulunmaktadır²⁷⁹. Ayrıca hazırlanmakta olan Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Taslağı md. 1 ile hücre, kök hücre ve hücre bileşenleri kanun kapsamında organ ve doku olarak değerlendirilmektedir²⁸⁰.

Farklı bir görüş, MK md. 23 f. 3 “Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz” hükmü varken, ÜYTE ile bu hükmü kısıtlayıcı düzenleme getirilmesini, normlar hiyerarşisi ve hukuk tekniği bakımından isabetsiz bulmaktadır²⁸¹. Karşıt görüş ise üreme hücreleri ile embriyonun organ ve doku kapsamında değerlendirilemeyeceğini savunmaktadır²⁸².

Katıldığımız görüşe göre, yurtdışında türdeş olmayan döllemeyle gebe kalıp çocuk sahibi olmak TCK md. 231 kapsamında değerlendirilmemelidir²⁸³. Çünkü bu suçun oluşması için öncelikle bir çocuk ve var olan bir soybağı bulunması gerekmektedir. Oysa türdeş olmayan yapay dölleme uygulamalarında henüz döllememiş yumurta ya da döllemiş embriyo söz konusu olacaktır ve ayrıca bu suç tipinde anılan soybağı genetik ana-babanın kimliği değil ana-baba ile çocuk arasında kurulan soybağıdır²⁸⁴. Ayrıca sperm bankalarında spermlerin vericileri bellidir ve bu yolla gebe kalınması durumu tek başına soybağının ne

²⁷⁹ Cin (2009). s. 156.

²⁸⁰ M. Aydın. (2008). *Tıbbi müdahale olarak organ ve doku nakli ve ceza sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 11; Organ, Doku, Hücre Nakli Hizmetleri Kanun Taslağı md. 1, “Bu kanunun amacı, tedavi, teşhis veya bilimsel amaçlarla organ, doku, kök hücre ve hücre bileşenlerinin temini, bağışlanması, alınması, test edilmesi, işlenmesi, muhafazası, depolanması, taşınması, dağıtımı, aşılması ve nakli, ile bu faaliyetlerle yakın ilişkili diğer işlemlerle ilgili usul ve esasları düzenlemektir. Oto greftler, saç aşılması ve nakli ile kan ve kan bileşenlerinin transfüzyonu, bu kanun hükümleri kapsamında değildir.”

²⁸¹ Özbilen (2011). s. 70, dn. 189 yazara göre, kişinin üreme özgürlüğü ile doğrudan bağlantısı bulunan bir düzenlemenin yapılabilmesi yönetmelik ile değil ancak yasa ile olanaklıdır.

²⁸² Kırkbeşoğlu (2006). s. 56.

²⁸³ Ünver (2008). s. 40; Yenerer-Çakmut (2008). s. 200 dn. 144 ve 201.

²⁸⁴ 2010 değişikliği öncesi türdeş olmayan dölleme tekniklerinin uygulanmasının TCK md. 231 oluşturmayacağı yönündeki öngörüsüyle, Ünver (2008). s. 40; Yenerer-Çakmut (2008). s. 200 dn. 144.; yazarlar soybağını değiştirme suçunun oluşmadığı görüşünü belirttikten sonra organ ve doku ticareti ya da resmi mercilere yalan beyanda bulunma gibi suç tiplerini önermişlerdir; biz bu çalışmada yalnızca tekniklerin uygulanma süreci açısından geçerli olduğundan organ ve doku naklini incelemekle yetindik; Hakeri (2012). s. 766.

başka bir kişisel durum gösterilerek, yetkili mercilerin soybağını saptamasında doğruluğu tehlikeye düşürücü hareketlerle değiştirilmesi ne de soybağının gizlenmesi yoluyla değiştirilmesi anlamına gelmektedir²⁸⁵. Ancak örneğin sperm bankası yoluyla gebe kalan kadın, babayı bir başkası olarak gösterirse tam da bu durumda soybağının değiştirilmesi suçu işlenecektir. Böylece tam da ÜYTE'nin yasakladığından kaçılmak istenirken suç işlenmiş olacaktır. Türdeş olmayan döllenmeyle gebe kalan kadın, ancak bu yolla gebe kaldığını saklayıp doğurduğu çocuğun babasının bir başkası olarak nüfus kütüğüne işlenmesini sağlarsa, o zaman bu suç işlenmiş olacaktır. Yani tek başına bu yolla gebe kalınması ve doğum, suçun maddi unsurlarından hiçbirini karşılamamaktadır²⁸⁶. TCK md. 231 önerisi aynı zamanda ceza hukukundaki mülklik ve şahsılık ilkelerinin yeniden değerlendirilmesini de gerektirmektedir²⁸⁷. Türdeş olmayan döllenmenin hukuka uygun olduğu bir ülkede bu yolla gebe kalınması durumunda cezalandırılabilirliğin, mülklik ile şahsılık ilkelerinden hangisinin üstün tutulması gerektiği somut olayın kamu düzeni ile ilişkisine göre kurulacaktır. TCK md. 91 f. 3 hükmü, suçun faili ile mağdurunun tanımlanamayacak olması bakımından uygun görünmemektedir. Ayrıca burada da öncelikli sorun, üreme hücrelerinin naklinin veya satılmasının hukuka uygun olduğu ülkede bu durumun suç teşkil etmemesi olacaktır.

2.3.Üreme Hakkının Tanınmasında Eşitlik İlkesinin İhlali ve AİHM Kararları

Daha önce de değinildiği üzere Türk hukukunda üreme hakkı kapsamında üremeye yardımcı tedavi tekniklerine başvurabilecek kimseler, ancak evli çiftlerdir ve uygulamada yalnızca çiftlere ait üreme hücrelerinin kullanılabilmesi yasaldır. Yumurta bağıışı gibi sperm bağıışı da Türk hukukunda yasal değildir. Bu bağlamda, benzer iç hukuk düzenlemeleriyle ilgili AİHM kararlarına değinilecektir.

²⁸⁵ Bafra (1996). s. 65.

²⁸⁶ Ünver (2008). s. 39-40. Hakeri (2012). s. 767.

²⁸⁷ Özlem Yenerer-Çakmut ile söyleşi, <http://www.bulentiras.com/medyada-tup-bebek/bankadan-bebek-yapana-3-yil-hapis-2/#more-553> (Erişim tarihi: 01.08.2012)

Üreme hücrelerinin sahipleri bakımından yapılan kısıtlamanın bir AİHS ihlali olduğu iddiası ile Avusturyalı iki evli çift, AİHM'a başvurmuştur. Olayda çiftlerden birinde kadının, ötekinde ise erkeğin kısırlığı söz konusudur. Böylece çiftlerden birinin yumurta bağışına, ötekinin ise sperm bağışına gereksinimi bulunmaktadır. Avusturya iç hukuku ise sperm ve yumurta bağışına izin vermemektedir. AİHM'nin verdiği kararında öncelikle taraf devletlerin yapay döllemeye ilişkin bir düzenleme yapmak zorunda olmayacağı, ancak bir kez düzenleme yapıldıysa artık farklı meşru çıkarları göz önünde bulundurması gerektiği üzerinde durmuştur. Bu anlamda da türdeş olmayan yapay dölleme tekniklerinin ahlaka ve sosyal kabule aykırılık iddiasıyla yasaklanmasını ikna edici bulmamıştır. Bu ölçütler ancak genel olarak yapay döllemeye onay verilip verilmediği hususunda kullanılabilir. Taraf devletin ileri sürdüğü ikincil savunma, aile hukukundaki "mater semper certa est" ilkesi olmuştur. Ancak mahkeme bunu da onaylamamış, biyolojik bağ dışında kurulan aile ilişkilerinin eskiden beri var olduğunu ve türdeş olmayan yapay dölleme tekniklerinin kullanılması durumunda da ortaya aşılamayacak güçlüklerin çıkmayacağını belirtmiştir. Bu bağlamda da yumurta ve sperm bağışında başka bir çıkar yolları kalmayan çiftler bakımından taraf devletin AİHS md. 8 ile bağlantılı olarak md. 14 ile korunan haklarının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır²⁸⁸.

Üreme hakkının kullanılması bakımından ikinci bir ayrımcılık iddiası da eşcinsel çiftlerin yapay dölleme tekniklerinden yararlanamamalarıdır²⁸⁹. AİHS md. 14 ile ayrımcılık yasağı öngörülmüş, bu yasağın cinsel eğilimi de kapsayıcı algılandığı belirtilmiştir²⁹⁰. AİHM evlat edinme ile ilgili kararlarında öncelikle eşcinsel fiili birlikteliklerin aile birliği içinde sayılmadığını vurgularken Schalk u. Kopf ve Avusturya kararında eşcinsel fiili birlikteliklerin de aile yaşamı kategorisinde değerlendirilmesi gerektiğine, heteroseksüel fiili birliktelikler ile homoseksüel fiili birliktelikler arasında yapılacak bir ayrımın yapay olacağına değinmiştir²⁹¹.

²⁸⁸ S.H. vd. v. Austria; kararın özeti için Arslan-Öncü (2012). s. 257-259, yazar bu kararın Türkiye'de de artık yapay dölleme alanında yeniliklere cevaz vereceğini beklediğini belirtmiştir.

²⁸⁹ Rusch (2009). s. 68.

²⁹⁰ Copur (2011). s. 10.

²⁹¹ Arslan-Öncü (2012). s. 266, s. 268; daha öncesinde AİHM eşcinsel fiili birliktelikleri aile yaşamı içinde değil ancak md. 8 ile özel yaşamın korunması kapsamında değerlendirmekteydi.

Ayrıca öğretide bir görüş, eşcinsel çiftlerin evlat edinmelerinin ya da üremeye yardımcı tedavi uygulamalarıyla çocuk sahibi olmalarının yasak olduğu ülkelerin iç hukuklarında korunan hukuki yarar, çocuğun üstün menfaati olarak tanımlanmış, çocuğun üstün menfaatinin de çocuğun sosyalleşebileceği bir ortamda büyüme olanağının sağlandığı ve bakım-gözetim ilişkisi içinde olduğu kimselerin ona süreklilik garanti edebileceği bir ortamda bulunmalarını gerektireceğine değinmiştir²⁹². Evlilik birliği içinde cinsel yönelimlerin türü ve yaşanmasının yasa koyucuyu aslında ilgilendirmedeği, yasa koyucu için ancak çocuğun kendini geliştirebileceği bir sosyal ortamda büyümesinin önemli olması gerektiğine vurgu yapılmıştır²⁹³.

Eşcinsel ailelerin üremeye yardımcı teknikler aracılığıyla üreme haklarını kullanabilmelerine karşı olan görüşün gerekçeleri ise çocuğun kişisel gelişiminin zedeleneceği; bir aile ortamı için ayrı ayrı kadın ile erkekten oluşan anne-baba figürlerinin varlığının gerekliliği; cinsel kimliğin sağlıklı gelişmemesi endişesi; çocukların, yetişkin bireylerin çocuk sahibi olma dileklerini karşılamak amacıyla nesneleştirilmesi ve toplumsal ilişkilerde çocukların mimlenme tehlikesidir²⁹⁴.

Oysa yapılan araştırmalar eşcinsel ailelerde büyüyen çocukların ne cinsel ne de toplumsal davranış bakımından bozukluk gösterdiklerini ortaya koymaktadır, bunun yanı sıra gay çiftlerin babalarının heteroseksüel çiftlere göre daha

Ayrıca örneğin eşcinsel birlikteliklerin tescil edilmiş bir yaşam ortaklığı altında resmileştirildiği ülkelerden biri olan Almanya'da heteroseksüel çiftlerin evlilikleri için ilgili maddelerde söz gelimi BGB 1360 a "ailenin geçimi"nden söz ederken LpartG'de "yaşam ortağının geçimi"nden söz edilmiş, yani yaşam ortaklığına aile denilmemiştir, M. Dural (2004). Federal Almanya'nın Gesetz Über Die Eingetragene Lebenspartnerschaft temel alınarak eşcinsellerin birlikte yaşamlarının açıklanmasına ilişkin bir deneme, *Kocayusufpaşaoğlu'na armağan*, Ankara, s. 179; Hausheer (1999). s. 30-31, yazar evlilik dışındaki alternatif yaşam seçimlerine karşı bu uygulamanın ayrımcılık içerdiğine değinir.

²⁹² Copur (2011). s. 9, İsviçre hukukundaki ana ile evlilik ile babalık karinesi oluşmasının yasa koyucunun gerçek biyolojik baba ile ilgilenmediğini, ZGB md. 252'nin teleolojik yorumundan çıkarılacak sonucun bu olduğunu vurgulamıştır.

²⁹³ Copur (2011). s 8; aynı doğrultuda bkz. Nomer (2000). s. 563; Buchli-Schneider (1987). s. 157.

²⁹⁴ Hatemi ve Serozan (1994). s. 22; Kırkbeşoğlu (2006). s. 82, eşcinsel aile ortamının cinsel nosyonuna vurgu yapan yazar çocukların da böyle yetişeceklerini ve bu nedenle aile kavramının zedeleneceğini belirtmektedir.

gözetici, ilgili olduğu, heteroseksüel ailelerdeki gibi çocukların biyolojik cinsiyetlerine uygun oyuncaklar aldıkları saptanmıştır; yani homoseksüel ebeveynlerle yetişen çocuklarda özel bir sosyal veya psikolojik rahatsızlığa rastlanmamıştır²⁹⁵. Çocuğun yararı açısından asıl önemli olan sevgi ve ilgi ortamıdır²⁹⁶.

Üreme hakkının eşcinsel çiftler, türdeş olmayan yapay döllenme teknikleri bakımından kısıtlanmasında gösterilen birincil gerekçe çocuğun üstün yararı kavramıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi md. 3 ile “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir” denilerek çocuğun yüksek yararının temel ilke olduğundan söz edilmiş ancak kavramın tanımı yapılmamıştır.

Çocuğun yüksek yararı kavramı ile kast edilen çocuğun kısa süreli çıkarlarını değil, daha uzun erimli, geniş kapsamlı, gelecekteki toplumsal çevredeki yararınıdır. Öğretide çocuk yararı kavramı esnek, yargıcın takdirine açık, somut olayın özelliklerine uyarlanabilir, gevşek bir hakkaniyet kavramı olarak tasnif edilmiştir, yani çocuğun yüksek yararı bir hak değil, çocuk haklarının tümünün uygulanmasında yol gösterici ilkedir²⁹⁷.

²⁹⁵ B. Eggen (2007). Homosexuelle Paare mit Kindern, *FamPrach*, s. 8; ayrıca yazar asıl önemli meselenin heteroseksüel aile yapısının “altın ölçü” olarak kabul edilmesi ve homoseksüel aile yapısının da bu modele uygun hale getirilmeye çalışılması olduğuna değinmektedir; Rusch (2009). s. 117, aile düzeninin korunmasını ne türde etkileyebileceği de tarif edilmelidir. Çünkü geleneksel anlamda heteroseksüel bir aileye sahip olmak bir zorunluluk olmadığı gibi ailenin tek tanımı da baba rolünde bir erkek, anne rolünde bir kadın ve onların kan bağına dayalı doğal soybağı ile sahip olacakları çocuklardan oluşmamaktadır. Bu tür aile yapısı burjuva aile yapısına bir örnektir, Z. Ö. Üskül-Engin, s. 9-10; yine lezbiyen birliktelikler ile gay birlikteliklerin evlat edinme ile yardımcı üreme tekniklerine başvurularının farklı karşılandığı belirtilmektedir; C. Patterson (2000). Family relationship of lesbians and gay men. *Journal of Marriage and Family Vol. 62, No. 4, pp. 1052-1069*’ den aktaran Üskül-Engin (2008) s. 23; V. Descoutures, (2011). Lezbiyen anneler: eşcinsel ebeveynlik ışığında karşı cinsel normatif düzen, *Cogito*, (65-66), s. 368, (çev.: A. Yılmaz, G. Aytemur); Ö. Özer-Taşkın (2006). *Velayette çocuğun yüksek yararı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, s. 108, yazarın örneğiyle velayette boşanan ebeveynlerden birinin eşcinsel olmasının velayet hakkına engel olması da eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

²⁹⁶ Üskül-Engin (2008). s. 22.

²⁹⁷ Serozan (2005). s. 66; Özer-Taşkın (2006). s. 20; R. Hodgkin ve P. Newell (1998). *Çocuk Haklarına Dair Sözleşme uygulama el kitabı*, UNICEF, (Ed. N. Fikirler), s.40; M. Rusch (2009).

Ancak çocuğun yüksek yararının tanımsızlığına karşın, uygulanırken göz önünde bulundurulacak ölçütler belirlenmeye çalışılmıştır²⁹⁸. Öğretide çocuğun yüksek yararını işlerliğe sokacak ölçütler çocuğun yararının en iyi biçimde korunması, çocuk lehine pozitif ayrımcılık, konu ile ilgili kimselerin görüşlerinin alınması ve çocuğun gelecekteki yararının gözetilmesi olarak nitelenmiştir²⁹⁹. Çocuk Hakları Komitesi de ayırım gözetmeme, maksimum hayatta kalma, gelime fırsatı ve çocuğun görüşlerine saygı gösterilmesi ilkelerini öngörmüştür³⁰⁰.

Ancak tanımlardan ve öğretide getirilen ölçütlerden çocuğun eşcinsel ebeveynlerin yanında menfaatlerinin doğrudan zedeleneceğine ilişkin bir ölçüt bulunmamaktadır. Çocuğun yüksek yararına ilişkin getirilen ölçütler çocuğun uzun vadeli yararını göz önünde tutmaktadır³⁰¹.

3. İnsan Embriosu ve Cenininin Yaşam Hakkı

Hem ulusalüstü belgelerde hem de Türkiye Anayasası'nda yaşam hakkı korunmuştur. Ancak bunun ceninin yaşam hakkını da kapsayacak biçimde yorumlanıp yorumlanmayacağı tartışmalıdır³⁰². Üreme tıbbı bakımından, tüpte döllenmiş embriyonun yaşam hakkı genetik tanılama sonrası ya da fazla üretilip de rahme nakli gerçekleştirilmeyen embriyoların imhası ve saklanması ile embriyo manipülasyonunda ortaya çıkarmaktadır. Tüpte embriyonun, hukuki statüsüne ilişkin kurallar, uluslararası düzenlemelerde farklılık göstermekte, kimi hukuk düzenlerinde ise hukuki boşluk bulunmaktadır.

s.38, yazara göre ölçütler zamanın ruhuna, bireysel düşünceler ve mesleki gruplamalara göre değişik tanımlanabilecektir.

²⁹⁸ Özer-Taşkın (2006). s. 20; Serozan (2005). s. 65, tanımlama ile böylesi kavramlarının sınırlarının daraltılacağı ve kavrama zararının dokunacağına değinilmiştir.

²⁹⁹ Özer-Taşkın (2006). 21-26.

³⁰⁰ Uygulama El Kitabı (1998). s. 40.

³⁰¹ Serozan (2005). s. 66.

³⁰² A. Çoban (2009a). Türkiye'de üreme sürecinde oluşturulan tüpteki insan embriosunun hukuki statüsü, *İnsan Hakları Yıllığı*, (27): s. 81.

3.1.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Mevzuat

Yaşam hakkı bireylerin en temel haklarından biridir. Öğretide tartışmalı olan ceninin kişiliğinin başlangıcına bağlı olarak yaşam hakkına sahip olup olmayacağıdır. AY md 17 ile her bireyin yaşama ve kişiliğini geliştirme hakkının kapsamının cenini ne dereceye dek içereceği tartışmalıdır.

MK md 28 f. 2 ile ceninin kişiliğini ana rahmine düşme anından itibaren tam ve sağ doğmak koşuluyla kazanacağı hükmü üzerindeki görüş ayrılıkları ile ceninin yaşam hakkı gündeme gelmektedir. Nitekim yine bir görüş tam ve sağ doğum koşulunun bozucu şart olduğunu ileri sürerek ceninin zaten yaşam hakkının bulunduğu ancak tam ve sağ doğum gerçekleşmezse bu hakkın yitireceğini ileri sürerek kürtajın yalnızca gebelik ananın sağlığını tehdit ediyorsa olanaklı olabileceğini savunmuştur³⁰³.

AİHS md. 2 f. 1, herkesin yaşam hakkının taraf devletlerin yasalarıyla korunacağını hükme bağlamıştır. Ancak AİHM, EVANS vs. UK kararında tüpte döllenen embriyonun yaşam hakkından söz edilemeyeceğine değinmiştir³⁰⁴.

Alman öğretisinde de “yaşam hakkı” en yüksek değer olarak anılmış ve bunun gelişmekte olan insan embriyosu için kesin ve net bir zaman tespitiyle ayrılarak belirlenemeyeceği ileri sürülmüştür³⁰⁵. Alman Anayasa Mahkemesi de bir kararında cenin için “insani bir kişiliğin yaşamının tarihsel varoluşunun başlangıcı belirtilerin garanti edildiği rahme tutunmanın ardından 14. Günde başlar” demektedir³⁰⁶.

İsviçre FMedG md. 15 f. 1 ile üreme hücrelerinin kişinin yazılı rızası ile ve en çok 5 yıl süreyle saklanabileceği öngörülmüştür. Bu sürenin uzatılması md. 15 f.

³⁰³ Sungurbey (2003). s. 301; H. Hatemi (2005). *Gerçek kişiler hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 12; Kırkbeşoğlu (2006). s. 31.

³⁰⁴EVANS vs UK, app. No 6339/05, 10.04.2007.

³⁰⁵ Brewe (2003). s. 78.

³⁰⁶ Brewe (2003). s. 78 dn. 4.

2' ye göre tıbbi müdahalenin kısırlığa ya da kalıtsal özelliklerinin hasar görmesine neden olması ihtimalinin varlığı öngörülmüştür. Üreme hücrelerinin saklanması isteyebilecek birey isteğini her an bildirebilecek ve dilediği an geri alabilecektir.

3.2.İnsan Embryosu ve Cenininin Yaşam Hakkına İlişkin Ulusal Hukuki Mevzuat

ÜYTE md. 18 f. 11'de üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbî zorunluluk halleri yasada tek tek belirtilmiş sınırlı sayı olarak sayılmıştır. Erkeklerde, cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi, kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde, testislerin alınması gibi üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlarda öncelikle yine kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde veya yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlarda öncelikle üreme hücreleri dondurulabilecektir³⁰⁷.

Maddenin devam eden metninde, üreme hücreleri ve gonad dokularının, materyallerin güvenliği açısından verici adaya ait DNA analizi ile birlikte saklanacağı belirtilmiştir. Ancak cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi ya da kriptozoospermi gibi tıbbi zorunluluk durumlarında sperm veya testis dokusunun saklanmasında, dondurulma tarihinden itibaren 90 gün içinde DNA analizi aranmaz. Saklamanın bu süreyi aşması halinde DNA analizinin bulunması gereklidir. Bu kısıtlama ile hedeflenen döllenmede kullanılan materyallerin sahibinin verici adaya ait olduğunun saptanmasıdır.

Saklama süresi bir yılı aşarsa her yıl dokuların/hücrelerin saklanması için kişinin mutlaka başvuruda bulunarak rızasının sürdüğünü açıklayan imzalı dilekçesini vermesi gerekecektir. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları alınan

³⁰⁷ 2010 değişikliğinden önce Yönetmelikte tıbbi zorunluluk hallerinin Bakanlıkça çıkarılacak tebliğ ile belirleneceği belirtilmişti.

kişinin yıllık protokol yenilememesi, isteği ve ölümü durumlarında müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilecektir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan üreme hücreleri ve gonad dokularına ilişkin bilgiler bu sisteme kayıt edilir³⁰⁸.

Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.

Anılan numuneler merkezlerde en fazla beş yıl saklanabilecektir. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri ve sayımları, ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır. Zamanında müdürlüğe bildiri yapılmamış ve kayıt altına alınmamış numunelerin tespiti halinde denetim formundaki idarî müeyyide uygulanır.

Türk hukukunda embriyonun hukuki konumuna ilişkin bir düzenleme olmadığı için korunması, saklanması ve yok edilmesi hakkında da herhangi bir kural bulunmamaktadır. Yönetmelikte, saklanan embriyoların yalnızca yok edilme koşullarından söz edilmiş, embriyoyu koruyucu herhangi bir hükme yer

³⁰⁸ Çoban (2009a).80; yönetmeliğin 2010'daki son değişikliğinden önceki md. 17'de de "...eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde, bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir. Saklama, kullanma ve imha bilgileri Komisyon tarafından belirlenen sürelerde Bakanlığa bildirilir. Saklama ve imha işlemlerinin yapılmasında Ek 3'teki Embriyo Saklama Bilgi Fişi ve Embriyo İmha Bilgi Fişi ile ÜYTE Uygulanacak Çiftlere Ait İzin Belgesi doldurulur." Denilmekte, yani imha ve dondurulma işlemlerinin yasal denetim ve kayıt altına alınarak yapıldığı belirtilmektedir. Ancak yazar bilgi edinme hakkına dayanarak Sağlık Bakanlığı'ndan dondurularak saklanan ve imha edilen embriyo sayısına ilişkin bilgi isteminde bulunduğu bir kayıt tutulmadığına ilişkin bir yanıt almıştır.

verilmemiştir. Ancak Sağlık Bakanlığı 19.09.2005 tarih ve 17972 sayılı genelgesiyle, embriyonik kök hücre araştırmalarının çağdaş bilim ve kamu vicdanı gereklerine göre yapılması gereken hukuksal düzenlemelerin AB mevzuatıyla uyumu kapsamında hukuki, kültürel ve etik yönleriyle ele alınıp sonuçlandırılıncaya dek yasaklanmıştır³⁰⁹.

3.3.Embriyo ile Ceninin Tanımı ve Hukuki Niteliği

İnsan embriyosu ve cenininin hukuki niteliğinin ortaya koyulması için, kişiliğin başlangıcına ve sonlanmasına ilişkin soruların da yanıtlanmasını gerektirmektedir. Öğretide bu konularda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Anne karnındaki ceninin kişiliğini kazanması için MK md. 28 f. 2' de yer alan tam ve sağ doğum şartının bozucu şart mı yoksa geciktirici şart mı olduğu üzerinde tartışmalar bulunmaktadır³¹⁰.

Tam ve sağ doğumun bozucu şart olması, doğal yoldan gebe kalınmasında ceninin ana rahmine düşünce ve tüpte döllemede de dölleme anında kişilik kazanması, ancak tam ve sağ doğum gerçekleşmediği takdirde kişiliğin sonlanması anlamına gelmektedir³¹¹.

Karşit görüş ise, tam ve sağ doğum koşulunun bir geciktirici şart olduğuna, böylece ceninin kişiliğini ancak sağ ve tam doğduğu anda geriye etkili olarak kazanabileceğine; aksi takdirde zaten böyle bir varsayımın bir anlamının olmayacağına değinmiştir³¹². Ayrıca bozucu şart varsayımının muhtemel bir

³⁰⁹ Türk Tabipler Birliği, http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=347&Itemid=35 (Erişim tarihi: 12.08.2012)

³¹⁰ Hausheer ve Aebi-Müller, (2006). s. 16-17; M. Brewe (2006). *Embryonenschutzgesetz und Stammzellforschungsgesetz Rechtliche Aspekte der Forschung mit embryonalen Stammzellen*. Mannheim: Staempfli Verlag, s. 77-79.

³¹¹ İ. Sungurbey (2003). *Medeni Hukukun temel sorunları*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 301; Kirkbeşoğlu (2006). s. 41-42. Bu görüşün buradan da kürtajın kadının bedeni üzerinde özgürce tasarruf hakkı ile tanımlanmasına karşı çıkmıştır, ancak kürtaj hakkı apayrı bir tartışma konusu olduğundan çalışmamızın dışında tutulmaktadır.

³¹² Serozan (2005). s. 91; Aydın-Ünver (2011). s. 49; Yargıtay da bir kararında ceninin tam ve sağ doğmadığı için kişilik kazanmadığını belirtmiştir; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin E. 2009/11806 ve K. 2010/7278 sayılı ve T. 16.6.2010 tarihli kararı: "...Kişilik ise çocuğun sağ olarak doğduğu tarihte başlar somut olayda kazada düşük sonucu kaybedilen sağ doğmayan

sonucu olarak tüpte embriyoya MK md. 28 f. 2 yoluyla hak ehliyeti tanınarak kayyım atanması ve böylece gen manipülasyonlarının önüne geçilmesi görüşü “hayali” olarak nitelenmektedir³¹³. Başka bir görüş de döllenme anını değil döllenmeden sonraki 14. gün olan döl yatağına tutunma (nidasyon) anını kişiliğin başlangıcı olarak değerlendirmektedir³¹⁴.

3.3.1.Tanım

Embriyo dondurma işlemi embriyonun hukuki niteliğinin belirlenmesini tartışmaya açmaktadır.

Embriyo kavramı kimi yabancı hukuk düzenlerinde yasa maddelerinde tanımlanmıştır. Örneğin Alman, Embriyonun Korunması Hakkında Kanun md. 8 f. 1’ de embriyo şöyle tanımlanır: “bu yasa kapsamında embriyodan döllenmiş gelişme yetisi olan çekirdek erimesi anından itibaren insan yumurtacıkları anlaşılır; bundan başka her tarafı gelişebilen tüm hücreler ki bölünebilmek için tüm gerekli koşulları taşırlar ve bağımsız bir bireye evrilebilmek için muktedirler, öyle ki embriyo olarak sonuçlanan her tarafı gelişebilen hücrelerdir”³¹⁵. Gelişme yetisi, aynı maddenin ikinci fıkrasında “çekirdek erimesinden itibaren ilk yirmidört saat içinde döllenmiş yumurtacık gelişmeye elverişli olarak nitelenir, meğerki bu sürenin geçmesinden önce tek hücre evresinden çıkamayacağı sabit olmuş olsun” tanımıyla açıklanmıştır.

İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu md. 2 i. bendinde embriyo, çekirdek bölünmesinden organların gelişimine dek ortaya çıkan; j. bendi de cenini,

ceninden dolayı destek hesabı yapılamayacağı...”; Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin E. 2004/10405 ve K. 2005/2205 sayılı T. 10.3.2005 tarihli kararı “Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder”.

³¹³Serozan (2005).s. 91; R. Serozan, (2006). Doğum öncesi (pre-natal) ve ölüm sonrası kişiliğin korunması, *Tuğrul Ansay’a armağan*. Ankara, s. 321.

³¹⁴Brewe (2006). s. 77; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 252.

³¹⁵Brewe (2003). s. 15; P. Kauch, (2009). *Gentechnikrecht*. München: C. H. Beck Verlag. s. 15; M. Herdegen (2002). *Humangenetik und die Steuerungskraftdes Verfassungsrechts. Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik*, Heidelberg: Springer Verlag. s. 8.

organların gelişiminden doğuma kadar geçen süreçte varlık olarak tanımlamıştır.

Dünya Sağlık Örgütü ve Uluslararası Yardımcı Üreme Tekniklerini Gözetleme Komitesi'nin, embriyo tanımı, zigotun bölünmesi ile başlayıp döllenenmeden itibaren sekiz haftalık sürenin sonuna dek süren döllenenme ürünü; cenin ise bu sekiz haftanın sonlanmasından doğuma kadar geçen süredeki döllenenme ürünü olarak tanımlanmıştır³¹⁶.

Türk Medeni Kanunu'nda embriyo ve cenin kavramları tanımlanmamıştır, ancak bunlar hukuki korumanın kapsamı dışında da bırakılmamıştır. Kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder (MK md. 28). Buna göre ana rahmine düşmek, hak ehliyetinin başlangıç anı olarak sayılmaktadır, MK md. 582'ye göre de "cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı sayılacağı" belirtilmiştir. Ancak ana rahmine düşme ile kişiliğin başlayacağı kuralı in vitro embriyo döllenesinde bir boşluk yaratmıştır³¹⁷.

Özetle cenin ile embriyo arasındaki ayrım döllenenin üzerinden geçen süre ve hücrelerin gelişimine göre yapılmaktadır. Gebeliğin ilk oluşumunda dişi yumurta hücresi ile erkek üreme hücresi birleşerek döllenenmiş yumurta olan zigotu ortaya çıkarır. Bunu izleyen ilk on iki hafta boyunca organ taslaklarının tamamlanmasıyla da embriyoyu oluşturur. Sonraki evrede de embriyo dokuz santimetrelilik bir boya ulaşır, organ sistemlerinin de geliştiği bu zaman aralığına fetal evre denir³¹⁸.

³¹⁶ [http://www.icmartivf.org/ICMART%20Glossary%20HR%20Human%20Reproduction%202683%5B1%5D%2020091004\(2\).pdf](http://www.icmartivf.org/ICMART%20Glossary%20HR%20Human%20Reproduction%202683%5B1%5D%2020091004(2).pdf) (Erişim tarihi: 23.03.3012)

³¹⁷ Aydın-Ünver (2011). s. 18-19.

³¹⁸ Brewe (2002). s. 16; Aydın-Ünver (2011). s. 8-9; Sungurbey (2003). s. 299; E. Özsunay (1979). *Gerçek kişilerin hukuki durumu*. İstanbul: İstanbul Fakülteler Matbaası, s. 17; Serozan (2005). s. 91.

3.3.2.Hukuki Nitelik

Üreme hücreleri ile döllenmiş embriyo hukuki nitelik bakımından farklılık arz etmektedir. Bu nedenle her ikisi de ayrı başlıklar altında öğretilerdeki görüşler doğrultusunda ele alınacaktır.

3.3.2.1.Üreme hücrelerinin hukuki niteliği

Bireylerin kalıtsal özelliklerinin taşıyıcısı olan üreme hücrelerinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmaktadır. Üreme hücrelerinin kişilik hakları içindeki değerler kapsamında mı yoksa eşya hukuku kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Üreme hücrelerinin kişilik haklarının bir uzantısı olduğunu savunan bir görüş, yumurta ile spermlerin kişilerin genetik özelliklerini bir sonraki kuşağa aktarabilecek genetik malzemeyi barındırdığı üzerinde durmuştur³¹⁹. Karşıt görüş ise üreme hücrelerinin bedenden ayrılan tüm öteki biyolojik maddeler gibi eşya niteliğinde değerlendirilmesi gerektiğini, başka bir görüş ise genetik materyalin ticari işleme konu edilebileceğini ileri sürmektedir³²⁰.

3.3.2.2.Embriyo ve ceninin hukuki niteliği

³¹⁹C. Hegnauer (1990). *Künstliche Fortpflanzung und Vertrag*. Bern: Staempfli Verlag, s. 70'den aktaran A. B. Özbilen (2011). s. 230; R. Günel (2009). s.299.

³²⁰Pelet'den aktaran, Özbilen (2011). s. 31; R. Günel (2009). s.299-300, yazara göre genetik materyalin ticari işlere konu edilmesinin ardından ideolojik amaçlar bulunmaktadır. Ayrıca gen, bireyin kendi malı mıdır yoksa insanlığın ortak mirası olarak mı değerlendirilmelidir, sorusu da gündeme gelecektir. Çünkü her ne kadar her bireyin genleri kendine özgü ise de ataların kalıtsal mirasını devralmaktadır. Dünyanın birçok ülkesinde genetik patentleme işlemi yapan şirketlerin varlığı ise yazara göre doğada var olan bir gene patent verilmesi yanlıştır. Ancak eğer doğada var olanın aksine yeni bir protein yaratılıyorsa bu durumda bu insan imalatı olan proteinin patentlenebilirliği tartışılabilir.

MK md. 28 f. 2 ile ceninin hak ehliyetini sağ ve tam doğmak koşuluyla ana dölyatağına düştüğü andan itibaren kazanacağı belirtilmiştir. Ceninin hak ehliyeti kazanması sağ ve tam doğum koşuluna bağlanmıştır³²¹.

Embriyo ile ceninin hukuki niteliği konusunda MK md. 28'in "ana rahmine düştüğü anda kişilik kazanılacağı" ifadesi nedeniyle tartışmalar vardır³²². Günümüzde gelişen tıbbi yöntemlerle, dölllenme yalnızca ana rahminde değil, tüpte de yapılabilmektedir. Bu durumda da ceninin varlığının ne zaman başlayacağı ve MK md. 28 f. 2'deki korumadan nasıl yararlanabileceği tartışmalı olmaktadır.

Öğretide bir görüşe göre, tüpte dölllenme için ana rahmine düşme, in vitro döllenenin gerçekleştirildiği an, olarak yorumlanmalıdır³²³. Tüpte döllenen embriyo, olması gereken hukuk bakımından MK 28 f. 2'nin korumasından yararlanması gerekmektedir, bu nedenle MK md. 28 f. 2'deki ana rahmine düşme ifadesinin, dölllenme anı olarak anlaşılması gerekmektedir³²⁴.

Embriyonun statüsünün değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmuş biyoetik argümanları, potansiyellik, devamlılık ve ayniyettir. Potansiyellik argümanına göre, embriyo ahlaki özelliklerin potansiyel bir taşıyıcısı varsayılacak, bu da embriyonun insanlık onuru ile yaşam hakkına sahip olarak görülmesinde yeterli olacaktır³²⁵. Potansiyellik argümanının yanı sıra devamlılık argümanı da insan yaşamının toplu bir süreç olarak ilerlediğine değinir, içeriksel zaman dilimleri bulunmamaktadır. Ayniyet argümanı, yetişkin insan ile insan embriyosunun aynı

³²¹ Aydın-Ünver (2012). s. 17, dn. 52, yazara göre bu hüküm aynı zamanda bir varsayım niteliğinde değerlendirilmiştir, yani henüz doğmamış çocuk doğmuş gibi kabul edilerek hak ehliyeti tanınmaktadır.

³²² Aydın-Ünver (2012). s. 21, yazar Eski Medeni Kanun döneminde ana rahmine düşme ifadesinin kullanılmasını olağan karşılamakta ancak yeni yasa düzenlenirken bu ifadenin aynı biçimde korunmasını onaylamamaktadır. Çünkü yeni yasa düzenlenirken tıpta gelişen teknikleri yasa koyucunun da gözetmesi gerekecektir, yani m. 28 II'deki "ana rahmine düşme" ifadesi "dölllenme" olarak anlaşılmalıdır.

³²³ Günel-Yıldırım (1996). s. 45; Kırkbeşoğlu (2006). s. 53.

³²⁴ Aydın-Ünver (2011) s. 20; Serozan (2005). s. 142; Çoban (2009a). s. 83.

³²⁵ Metin (2010). s. 142.

olduğu varsayımından hareket ederek embriyoya ahlaki olarak eşit davranma yükümlülüğü olduğunu ileri sürer³²⁶.

Embriyonun tüpte ya da ananın dölyatağında olmasına göre hukuki niteliği farklı değerlendirilmektedir³²⁷.

3.3.2.3.Dölyatağındaki embriyo (embriyo in vivo)

Ananın dölyatağındaki embriyo, hem ananın bedenine ait bir parçadır hem de döllenme anından itibaren bir hak süjesidir³²⁸. MK md. 28 f.1 kişiliğin başlangıç anını sağ ve tam doğum olarak belirler; f. 2 ile de hak ehliyetinin sağ doğmak koşuluyla ceninin, ananın dölyatağına düştüğü andan itibaren kazanacağını hükme bağlar.

Canlı embriyonun hem ananın bedensel bütünlüğünün bir parçası hem de ana ile babanın kişilik hakkı alanına dahil olduğu belirtilmektedir³²⁹. Buna göre de ananın dölyatağındaki embriyonun hem bağımsız bir hak süjesi hem de ana ile babanın kişilik haklarına ilişkin bir değer olarak koruma altında olduğu vurgulanmaktadır³³⁰.

3.3.2.4.Tüpte embriyo (embriyo in vitro)

Tüp içinde döllenmiş embriyo, laboratuvar ortamında üreme hücrelerinin yapay yolla döllenmesi ile oluşturulmaktadır. MK md. 28'de kişilik kazanmanın koşulu sağ olarak doğum ile ana dölyatağına düşülen an olarak belirler. Ancak tüpte

³²⁶ Heper (2010). s. 120; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 217.

³²⁷ Çoban (2009a). s. 78, yazar tüpte ya da dölyatağında döllenmeye göre ceninin hukuki niteliğinde bir ayırım yapmanın sorunu bir ikametgah ayırımına indirildiğini ileri sürmektedir.

³²⁸ E. Özsunay (2008). Uluslararası belgelerde ve bazı ulusal hukuk düzenlerinde embriyo ve cenin'in hukuksal durumu ve korunması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, *Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri*, 26-27 Haziran, s. 133; A. Çoban (2007). Türkiye'de ana rahmindeki embriyonun hukuki statüsü 6. *Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar*. Ankara Üniversitesi Biyoteknoloji Enstitüsü: 85-110.

³²⁹ Özsunay (2008). s. 131.

³³⁰ Özsunay (2008). s. 132.

döllenen embriyo, annenin döl yatağına henüz düşmemiştir. Bu nedenle tüpte döllenme için kişiliğin başlangıç anı tartışılmaktadır.

Öğretide baskın görüşe göre, tüpte embriyonun, doğal yoldan cinsel ilişkiyle ana dölyatağına düşen embriyo gibi hukuki korunmadan faydalanması gerekmektedir, çünkü hem yasa koyucunun asıl amacı olan embriyonun korunması sağlanacaktır, hem de embriyonun ana rahmine yerleştirilmeden önceki dönemde ana babanın kişiliğinin bir uzantısı ya da salt bir eşya olarak değerlendirilmesinin önüne geçilecektir³³¹. Bir görüş ise, insan embriyosunu, tüpte ya da döl yatağında döllenmesine bakılmaksızın, insanlık ailesinin bir üyesi olarak değerlendirmektedir³³².

Bu durumdaki embriyonun hukuki niteliği için öğretide başka bir görüş ne bir hukuk süjesi ne de bir hukuk objesi tanımını yapmaktadır; ona göre tüpte embriyo, üreme hücresi verenlerin kişilik haklarını koruyan hükümlere tabidir³³³. Bununla birlikte tüpte embriyo, müstakbel hukuk süjesi kimliğini taşıdığından “insan varlığı ve onuruna saygı gösterilmesine ilişkin hukuk normları”nın koruması altındadır³³⁴.

Başka bir görüş ise tüpte embriyonun artık büyüyerek erişkin bir kimse olma potansiyelinin bulunmadığını, bu yüzden de örneğin embriyonik kök hücre araştırmalarının kuramsal boyutta bir etik sorun barındırmayacağını ileri sürmektedir³³⁵.

³³¹ Çoban (2009). s. 78; Aydın-Ünver (2011). s. 20-21; Kırkbeşoğlu (2006). s. 17, s. 53; H. Günel-Yıldırım (1996). s. 45; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 220, yazara göre tüpte döllenmiş embriyo üzerinde hiçbir manipülasyona kalkışılmayacak biçimde saygıyı hak etmekte, çünkü insan türüne ait bir canlı olmakta, ancak yaşama hakkı kavramı döl yatağı çeperine tutunma yani nidasyon ile başlaması gerekmektedir; Herdegen (2002). s. 8.

³³² A. Çoban, (2009b). Türkiye’de insan embriyosu üzerinde araştırma yapmanın hukuki sorunları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*(86), s. 204, yazar embriyoya saygı duyulması ile yaşama hakkı tanınmaması kavramlarının çeliştiğini ileri sürer.

³³³ Özsunay (2008). s. 132.

³³⁴ Özsunay (2008). s. 132.

³³⁵ Türkiye Biyoetik Derneği, Kök Hücre Araştırmalarının Etik ve Hukuki Boyutuna İlişkin Rapor, http://www.biyoetik.org.tr/etkinlikler/gorusler/kok_hucre_mart_2009.pdf (erişim tarihi: 01.09.2012)

Farklı bir görüş ise, tüpte embriyonun üreme hücresi sahibi çift evliyse eşlerin mal varlığına dahil bir eşya olacağı; ancak çift eğer evli değilse embriyo üzerinde müşterek mülkiyet hakkına sahip olacakları görüşündedir³³⁶. Bununla birlikte tüpteki embriyo hem yumurtaların sahibi kadının hem de spermlerin sahibi erkeğin emeklerinin ürünü olacağından kimsenin tek başına embriyonun kaderi hakkında tek başına söz hakkı da olamayacaktır³³⁷.

AİHM de tüpte embriyonun hukuki niteliğine değindiği Evans vs. UK kararında, evli olmayan çiftin dondurulmuş embriyolarının, başlangıçta buna rıza gösteren tarafın sonradan bu rızasından vazgeçmesi ile yok edilmelerine hükmedilmesini yerinde bulmuş, gerekçe olarak in vitro embriyoların yaşam hakkından söz edilemeyeceğini vurgulamıştır³³⁸.

Hak ehliyetinin başlama anı olarak in vitro embriyoda tartışmalı bir konuda MK md. 28 ile karşılaştırmalı olarak ana rahmine düşme kavramının karşılığı olacaktır. Öğretide baskın görüş, in vivo dölleme ana rahmine düşmek kişiliğin başlangıcı olarak sayılıyorsa, buradan dölleme kavramının anlaşılması gerektiğini, böylece de tüpte döllemenin gerçekleştirilmesi ile kişiliğin başlayacağını savunmuştur³³⁹. Ancak yine dölleme anı ile döllyatağına yerleştirme anı arasındaki zaman farkı büyükse, kişiliğin başlangıç anının yasa koyucunun iradesi doğrultusunda cenini koruyucu yorumla, tüpte dölleme anı olacağı belirtilmiştir³⁴⁰. Başka bir görüş ise embriyonun kişiliğinin başlama anı olarak tüpte döllemenin gerçekleşme anını değil embriyonun ana rahmine tutunma anını geçerli görmektedir. Bu an tüpteki embriyonun pasif potansiyelliğinin aktive edildiği an olarak değerlendirmektedir. Ayrıca tüpteki embriyoya kişilik kazandırılması durumunda imha edilmesi, yaşam hakkının ihlal

³³⁶ H. B. Gemalmaz (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde mülkiyet hakkı*, İstanbul: Beta Yayınları, s 275; Özsunay (1998). s. 13-14.

³³⁷ Gemalmaz (2009). s. 275, yazara göre tüpte insan embriyosu insanlık mirasının bir parçası olarak saygıyı hak etmektedir.

³³⁸ EVANS vs UK, app. No 6339/05, 10.04.2007.

³³⁹ Hausheer ve Aebi-Müller, (2005). s. 19; Aydın-Ünver (2011). s. 20; L. M. Kurt, (2011). Ceninin malvarlığı hakları. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (1), s. 184.

³⁴⁰ Kurt (2011). s. 184; böylece örneğin çocuk tüpte döllendirildiği sırada herhangi bir ihmâl nedeniyle zarara uğrarsa bunun tazminini isteyebilecektir.

edilmesi anlamına gelecektir, çünkü kişilik kazanmış embriyonun yaşam hakkının tanınması gerekmektedir³⁴¹.

3.4.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkının İhlali: Embriyoların Saklanması ve Yok Edilmesi

Daha önce de anıldığı gibi ceninin yaşam hakkının üremeye yardımcı tekniklerin bir uzantısı olan genetik tanılama yöntemleri ve nakil öncesi fazla üretim sonucunda embriyoların imhası söz konusu olmaktadır. Genetik tanılama ile kalıtsal hastalık barındırdığı saptanan embriyolar imha edilmektedir.

3.4.1.Fazla üretilen embriyo ve ceninlerin yok edilmesi

Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri ve sayımları, ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır (ÜYTE md. 18 f. 12).

3.4.2.Embriyo ve ceninin genetik tanılama sonrası yok edilmesi

Yapay döllenmeye başvurma nedenlerinden olan genetik tanılama yöntemleri doğum öncesi ve gebelik sırasında embriyo ve ceninlerin tüpte ve anne karnında incelenmesi olanağı sunmaktadır. Genetik tanılama yöntemleri sayesinde ağır kalıtsal hastalıkların gelecek nesillere aktarımı engellenebilmektedir. Ancak tanılama yöntemlerinin tüpte embriyoda ve anne karnında uygulanması sürecine ilişkin yasal mevzuatın boşluğu ve embriyo ile ceninin hukuki niteliklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü embriyo ve ceninin, genetik tanılama yöntemleri sonucu yok edilmesi, yaşam hakkının

³⁴¹ Kauch (2009). s. 6; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 253-254.

ihlaline neden olmaktadır. Dolayısıyla yaşam hakkının öznesi olarak insan embriyosu ve cenininin hukuki niteliği önem arz etmektedir.

3.4.2.1.Preimplantasyon genetik tanı (PGT)

Yapay dölllenme tekniklerine başvurulmasının bir nedeni de dölllenmiş embriyonun ananın döl yatağına yerleştirilmesinden önce bir hücrenin üzerinde inceleme yapılarak kalıtsal hastalıkların tanısının “Preimplantasyon Genetik Tanı” (PGT) yöntemiyle yapılabilmesidir³⁴². Çoğu ebeveyn, kalıtsal hastalıkları nedeniyle çocuklarını erken yaşta kaybetmekte ya da çocukları zorlu bir yaşam sürmek zorunda kalabilmektedir. PGT, in vitro dölllenmiş embriyodan alınan bir ya da birkaç hücrede yapılan incelemede kalıtsal hastalıklar gebelik öncesi belirlenmektedir³⁴³. Böylece anne karnına aktarılacak embriyoların seçimi yapılabilecek, bu sayede de ana-babadan geçebilecek kalıtsal hastalıkların, örneğin cinsiyete dayalı bir kalıtsal hastalık söz konusuysa cinsiyet tayiniyle, sağlıklı bireylerin dünyaya getirilmesi sağlanabilir³⁴⁴. Burada cinsiyet belirlenmesi ile hedeflenen, cinsiyete bağlı kalıtsal hastalıkların engellenmesidir, yoksa PGT ile cinsiyet belirlenmesi asla bir keyfilik içermeyecektir.

3.4.2.2.1.Preimplantasyon genetik tanıya ilişkin

uluslararası mevzuat

³⁴² Kauch (2009). s. 7; A. Laufs (2002). Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik. *Medizinrecht* (2), s. 64.

³⁴³ Kırkbeşoğlu (2006). s. 43, Y. Büyükay (2005). Gen analizleri ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeler, *Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*,(9), s. 4; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 262; Hakeri (2012). s. 233; C. Brehm (2012). PID De lege lata et de lege feranda; Haftpflicht und Versicherungsrecht. *Staempfli Verlag AG*. s. 37-51.

Erläuterungen zum FMedG, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf> (erişim tarihi: 07.07.2012)

³⁴⁴ Günel-Yıldırım (1996). s 3; yazar kalıtsal ve kromozomal bozuklukların saptanabilmesi sayesinde yapay dölllenme tekniklerinin bir sağaltım yöntemi olduğuna değinir. A. Heper (2010). Biyoetikte Hakim İlkeler, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, (20), s. 113, yazar kök hücre araştırmaları sayesinde artık tüpte döllenenin kısırlılığın aşılmasının dışında amaçlar güttüğünü belirtir; ayrıca bu yöntemler elde edilecek hastaya ilişkin bilgilerin hastanın mahremiyet hakkını teşkil edeceği yönünde bkz, M. Doğan, (2008). Embriyon nakillerinde mahremiyet hakkı, *Ankara Barosu İkinci Sağlık Hukuku Kurultayı*, Ankara, s. 164.

Avrupa Konseyi 1046 sayılı Tavsiye Kararı ile embriyo ile fetus üzerinde uygulanacak tedavinin patolojik olmayan kalıtsal özellikleri etkilemek amacıyla kullanılması yasaklanmıştır. Bu yasaklama ile de Pre-implantasyon Genetik Tanı tekniğinin sağaltım dışında bir işlev edinmesinin yasallığının önüne geçilmiştir, yani tedaviden başka amaçla kullanılan yapay dölleme teknikleri zaten yasaklanmıştır. Böylece uluslararası düzlemde öjeninin korkulan sonuçlarına ilişkin yasal düzeyde bir önlem alınmıştır. Ancak karar salt bir tavsiye niteliğinde olduğundan bağlayıcılığı tartışmalıdır.

Temel Haklar İçin Avrupa Birliği Şartı md. 3 f.2 ile biyoloji ve tıbbi uygulamalarda dikkat edilmesi gerekenlerin arasında “bireylerin seleksiyonunu öngören öjenik uygulamalar yasağına uyulması” belirtilmiştir. Bu madde ile PGT uygulamalarının kastedilip edilmediği düşünülmektedir. Öjenik uygulamalar ile anlatılmak istenen, “seleksiyon programı uygulamasına olanak tanıyan örneğin kısırlaştırma kampanyaları, zorla gebelik, eşini belli bir toplumsal gruptan seçme zorunluluğu”dur. Madde metnindeki öjenik uygulamaların devlet eliyle yapılması durumunda “yukarıdan öjeni” (eugenik von oben) söz konusu olacaktır, ve bu hareketin sistemli bir biçimde sivil bir kitle hedef alınarak yapılması gerekecektir; buna karşın devlet eliyle yapılmayan ve büyük bir toplumsal kitleyi hedef almayan öjeniyeye de “aşağıdan öjeni” (eugenik von unten) denmiştir³⁴⁵.

3.4.2.2.2. İsviçre’de preimplantasyon genetik tanı

Preimplantasyon Genetik Tanı yöntemi İsviçre’de yasaktır, bunun nedeni uzunca bir süre bu yöntemin öjeni hareketine kapı aralayabileceğinin öngörülmesidir. Bu sayede ebeveyn adayları in vitro dölleme sırasında saptanabilen hastalıklardan arındırma olasılığını elde edeceklerdir. İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu md. 5f.3 ile “embriyodan bir veya birçok hücrelerin ayrılması yasaktır” denilmiştir, böylece PGT dolaylı olarak yasaklanmıştır.

³⁴⁵ A. Spickhoff (2011). *Medizinrecht*. München: Verlag Beck, rn 42-44, yazara göre devlet eliyle yapılan öjeniyi kamusal; devlet eliyle yapılmayanı ise bireysel öjeni olarak tanımlar; B. Rüttsche (2010). s. 300.

Çünkü PGT embriyodan ayrılan hücreler üzerinde yapılacak bir araştırma ile olanaklıdır. Yasanın aynı maddesi üremeye yardımcı teknikler ile cinsiyet seçimi ya da başka özelliklerin seçiminin ancak iyileştirilemez, ağır bir hastalığın başka türlü düzeltilemez biçimde gelecek nesillere aktarılması riskine karşı yapılabileceği belirtilmiştir³⁴⁶.

Yakın zamanda İsviçre Ulusal Etik Komisyonu'nun önerisiyle Preimplantasyon Genetik Tanı yöntemine ilişkin embriyonun "cinsiyet seçimine ve başkaca özelliklerinin seçimine izin verilmesinin" koşullarını içeren bir taslak madde İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu md. 5/a öneri olarak ve İsviçre Anayasası üreme tıbbı ve gen teknolojilerini düzenleyen md. 119 f. 2 c bendinde anılan koşullara uygun biçimde hazırlanmıştır. İsviçre Anayasası (BV) md. 119 f.2 c bendi ile tıbbi destekli üreme tekniklerinin yalnızca kısırlık ya da ağır bir hastalığın kalıtsal iletimi rizikosunun başka türlü bertaraf edilemeyeceği kesinse kullanılabilirliği, bunun dışında çocukta belli özellikler oluşturmak ya da embriyo üzerinde keşif yapmak için kullanılmayacağı belirtilmiştir. In vitro dölleme için, yasada belirtilen koşullar geçerli olmalıdır ve kadının bedeninden yalnızca derhal nakledilecek kadar yumurta hücresi ayrılacaktır.

Öneri maddeye göre insanlık onuru ve keyfi kötüye kullanım Preimplantasyon Genetik Tanı'nın sınırlamasını çizecektir. Bu hedefe ulaşabilmek için Eyaletler Meclisi Önergesi, İsviçre Üreme Tıbbı Kanunumd. 5/a f.2 a bendi ile yalnızca ebeveynlerde kanıtlanmış ve ağır bir kalıtsal hastalığın anne rahminde yuvalanma durumunda ardıllara aktarılacağı kesinleşmesi ve önüne geçilememesi koşullarını öngörmüştür. Burada sözü edilen ağır hastalık için doğacak bireyin ellinci yaşından önce nüksetmesi ve elli yaştan önce yaşamın sonlanmasına neden olabilmesi için büyük olasılık taşıyan (md. 5 f. 2b bendi) ve

³⁴⁶B. Rütscbe (2010). Eugenik und Verfassung – Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat, *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, s. 299; Der Bundesrat eröffnet die Vernehmlassung zur Präimplantationsdiagnostik, (İsviçre Federal Meclisi Preimplantasyon tanılama için önerisini açıklıyor), <http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=de&msg-id=25375> (Erişim tarihi 30.05.2012)

iyileştirilmesi için etkili bir yöntemin bulunmadığı (md. 5 f. 2 c bendi) bir hastalıktır³⁴⁷. Tüm bu üç koşulun varlığının yanı sıra çiftin yazılı olarak beyanda bulunması da gerekecektir (md. 5 f. 2 d). Bunların dışında, PGT kullanılmamalıdır³⁴⁸. Öneride belirtilen sıkı koşullarla öjeni tehlikesinin de önüne geçileceği düşünülmüştür³⁴⁹.

Kanunun değiştirilmesine ilişkin taslak açıklamasında, md. 5 f.2 a bendinde söz edilen “anne dölyatağında yuvalanmanın ağır hastalığa neden olabilmesi ve bunun başka bir türlü bertaraf edilememesi” için ebeveynlerin önceden tahmin edilemeyecek ağır bir yük altına girmeleri ve bu sorumluluğun çocuğun birinci yaşından itibaren başlaması öngörülmüştür³⁵⁰.

“Ağır hastalık” için de altı adet koşul öngörülmüştür: Bunlar yaşamı büyük olasılıkla elli yaştan önce sonlandıracak biçimde kısıtlaması; tedavide direnen ve yaşamın olağan akışını engelleyen ağrıların varlığı; istemli kasların yerel bir aksaklığı değil ama genel olarak kısıtlılığı; yaşam boyu bağımsızlığı engelleyen ve bu nedenle de gündelik yaşamda sürekli destek gerektiren hastalıklar ile son olarak düşünsel yetinin (IQ 60 altında) düşük kalmasıdır; ancak her tür zeka azlığı bu kapsamda değildir³⁵¹.

³⁴⁷ Erläuterungen zur Aenderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes (Preimplantations Diagnostik), 19.02.2009; <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>, (Erişim tarihi 30.05.2012); Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art 119 Abs 2, Bst c BV Gutachten vom 15. Oktober 2007 und 22. Januar 2008, s 4.

³⁴⁸ Brehm (2012). s. 40, yazar Etik Komisyonu'nun önerdiği sınırların gözetilerek PGT'nin meşrulaşmasını öngörmektedir. Dışarıda tutulan durumlara hasta bir çocuğa organ bağıışı yapabilmek amacıyla kurtarıcı bebek üretimi, spontan oluşan genetik hastalıklara down sendromu örneği verilebilir. Yazar PGT tekniklerine getirilen ağır kısıtlamalara ilişkin eleştirilere yer vermiştir, söz gelimi gebelik sırasında PNT ile bir kadının fetusta, Trisomie 21 (down sendromu) hastalığının saptanması ile kürtaj yaptırabilme olasılığı varken PGT' de bu olanaksızdır. Yazara göre anlaşılmayan in vitro embriyonun anne karnındaki fetusa göre neden daha sıkı korunmaya tabi tutulduğudur. Bir gerekçe olarak ancak 12 haftaya dek kürtaj yapılabilmesi hakkı gösterilmiştir.

³⁴⁹ Erläuterungen zur Aenderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 18. Februar 2009, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>, (Erişim tarihi 30.05.2012)

³⁵⁰ Erläuterungen zur Aenderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 18. Februar 2009, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>, (Erişim tarihi 30.05.2012)

³⁵¹ Erläuterungen zur Aenderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 18. Februar 2009 <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>, (Erişim tarihi 30.05.2012)

Etik Komisyonu'nun taslak açıklamasında md. 5 f.2 b bendi “elli yaştan önce yaşamın sonlanmasına neden olabilme” için sayılan koşullar da şunlardır: Öncelikle embriyoda ortaya çıkma olasılığı asgari olarak var olan genetik hastalığın kalıtımla geçtiği bir oluşum barındırıyorsa (ancak yine de PGT spontan bir hastalığın saptanmasında ya da engellenmesinde kullanılmayacaktır) İkinci olarak genetik yasalarına göre en azından %25lik bir ortaya çıkma olasılığının var olması ve somut beklenebilen bir hastalık olması gerekmektedir. Sözelimi her taşıyıcı, taşıdığı hastalığın özelliklerini göstermeyebilir. Üçüncü koşul yaşamın geç bir evresinde değil erken ortaya çıkma olasılığının olması gerekmesidir.

Komisyona göre açıklamada md. 5 f. 2 c bendinde kullanılan “amaca uygun ve etkin bir tedavinin olmaması” ifadesindeki etkin ile tedavinin anlamlı bir yatıştırma sağlayamaması; amaca uygunluk ile de sarf edilen emek ile sonuç arasında bir oranlılık sağlanamaması kast edilmiştir³⁵².

Son olarak Etik Komisyonu açıklamasında md. 5 f. 2 d bendindeki “a bendinde ifade edilen tehlikenin yaşamlarını beklenmedik büyüklükte bir yük altına sokacağına ilişkin yazılı beyanda bulunmaları” ile o güne dek sürdürdükleri yaşam koşullarında maddede sayılan şartlarda ebeveyn olmanın onlar için katlanılmaz olduğunu belirtmeleri beklenmektedir³⁵³.

Yine İsviçre İnsanlar Üzerinde Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun (GUMG) md.10 ile insanlar üzerindeki genetik araştırmaların ancak tıbbi bir erek güdülmesi ve insanların kendi geleceğini belirleme haklarının korunması durumunda yapılabileceği; ancak eğer birey karar verme yeteneğine sahip değilse de genetik araştırmaların sağlığın korunması için zaruret teşkil etmesi durumunda olanaklı olabileceği, istisnai olarak da böyle bir araştırmanın ancak ailede ağır bir kalıtsal hastalık ya da benzer taşıyıcılardaki kalıtsal hastalıkların

³⁵²Erlaeuterungen zur Aenderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 18. Februar 2009, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>, (Erişim tarihi 30.05.2012)

³⁵³Erlaeuterungen zur Aenderung des Fortpflanzungsmedizingesetzes, 18. Februar 2009, <http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1635/Bericht.pdf>(Erişim tarihi 30.05.2012)

aydınlatılmasının olanaksızlığı söz konusuysa yapılabileceği belirtilmiştir.

3.4.2.2.3.Almanya’da preimplantasyon genetik tanı

Uzun süre boyunca Almanya’da PGT teknikleri Embriyonun Korunması Hakkında Kanun’un farklı yola çıkılarak yasaklı olarak yorumlanmaktaydı. Ancak, Alman Yargıtay’ının 6.7.2010 tarihinde vermiş olduğu 2005 ve 2006 yıllarında kalıtsal hastalık aktarma olasılığı yüksek çiftlere beden dışında döllenede PGT uygulayan bir doktorun beraatına ilişkin kararlar, tartışmalar sonlanmasa da en azından tekniğe ilişkin sınırlamalar ile koşullamalar belirlenmiştir³⁵⁴.

Preimplantasyon Genetik Tanı tekniğine ilişkin yasal düzenleme, 21.11.2011 tarihli Preimplantasyon Genetik Tanı Yasası adı altında tek maddelik bir değişiklikle getirilmiştir. Yasa metninde md. 3 f. a, PGT tekniğinin ancak ve ancak embriyonun döllenesinde yumurtası kullanılan kadın ya da spermi kullanılan erkekten geçmesi beklenebilecek ağır kalıtsal hastalıkların saptanmasında kullanılırsa hukuka aykırı olmayacağı belirtilmiştir. Anılan bu nedenlerin dışında bir nedenle PGT tekniğine başvurulması durumunda özgürlüğü kısıtlayıcı ve parasal ceza öngörüleceği belirtilmiştir. Daha önce kısıtlanmaksızın serbest olan PGT tekniği uzun tartışmalar sonunda Alman Etik Komisyonunun da önergesiyle Embriyonun Korunması Hakkında Kanun md. 3 f. a ile belli kısıtlamalar getirilerek meşru bir zemine oturtulmuştur³⁵⁵. PGT’nin yumurta hücrelerinin sağlandığı kadının yazılı izni ile yapılması ve ancak kalıtsal ağır bir hastalığın, ölü doğum veya düşük riskinin yüksek olasılığının gerekçe gösterilmesi gerekmektedir. Uygulama öncesinde, kadının aydınlatılmış onamı ile disiplinlerarası üyelerden oluşan bir Etik Komisyonu’nun anılan koşulların

³⁵⁴ Ancak tek başına bir Yargıtay kararının yeterli olamayacağından sivil toplum kuruluşlarının da yeterli etkisiyle Alman Etik Komisyonu 8.3.2011’de verdiği önerge ve Doktorlar Birliği’nin memorandumu yasa yapım sürecine et kili olmuş, hükümet görüşmelere başlamıştır. Sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., M. Hübner ve W. Pühler (2011). Die neuen Regelungen zur Praeimplantationsdiagnostik- wesentliche Fragen bleiben offen; *Medizin Recht*, (29), s. 789-796; karar hakkında değerlendirme için H. Kress (2010). Präimplantationsdiagnostik und Fortpflanzungsmedizin angesichts des ethischen Pluralismus Rechtspolitische Gesichtspunkte nach dem Urteil des BGH; *ZRO*,(7), s. 201-205, s. 203.

³⁵⁵ Hübner ve Pühler (2011). s. 792; Kauch (2009) s. 7.

gerçekleştiğine ilişkin yazılı raporunun bulunması ve PGT uygulamalarının anonim bir belge ile yazanağa geçirilmesi, usuli işlemler bakımından öngörülmüştür. Eyalet Yönetimi'nin, her dört yılda bir, Preimplantasyon Genetik Tanı raporu yayınlaması gerekli görülmüştür³⁵⁶.

Madde metninde öngörülen “ağır etkili bir kalıtsal hastalık” ve “embriyonun ağır etkili bir zarar görmesinin düşük veya ölü doğumla sonuçlanma olasılığını doğurması” kavramları yasa hazırlama sürecinde öneri metninde kısa süreli bir yaşama beklentisi veya hastalık belirtilerinin ağırlığı ve öteki kalıtsal hastalıklara göre daha zorlaştırıcı bir tedavi edilebilirlik gerektirmesi ölçütleri aranmıştır. Çiftlerin ortak olarak yüksek bir risk taşıması ise aynı İsviçre'deki gerekçelendirme gibi %25 ile %50 arası bir oranı öngörmüştür³⁵⁷.

3.4.2.2.4. Türkiye'de preimplantasyon genetik tanı

Türkiye'de Preimplantasyon Genetik Tanı (PGT) uygulaması yapılmaktadır³⁵⁸. Ancak bu yine de tamamen bir keyfilik içerildiği anlamına gelmemektedir, Yönetmelik göre cinsiyetle ilgili ciddi bir kalıtsal hastalıktan kaçma hali hariç, doğacak çocuğun cinsiyetini belirleme amaçlı gonad ve/veya embriyo seçimi ve transferi yapılamamaktadır³⁵⁹ (md. 18 f. 9). Aksi takdirde merkezin ruhsatı/izin belgesi ve merkez ÜYTE ünite sorumlusunun sertifikası iptal edilecektir (md 18 f 9).

³⁵⁶ Hübner ve Pühler (2011). s. 793, yazarlara göre düzenleme Reprodüksiyon tıbbına ilişkin hükümler içermediğinden örneğin, en fazla kaç embriyonun beden dışında döllenebileceğine ilişkin bir sınır öngörülmemesi eleştirilmelidir.

³⁵⁷ Alman Federal Parlamentosu'nun Pre-implantasyon Genetik Tanı için hazırladığı yasa öneri metni, Deutscher Bundestag 17. Wahlperiode Gesetzesentwurf Drucksache 17/5451. s.8;, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/054/1705451.pdf> (erişim tarihi: 01.06.2012)

³⁵⁸ <http://www.haberturk.com/saglik/haber/729981-turkiyede-bir-ilk> (Erişim tarihi: 30.06.2012) Habere konu olayda Trabzon'da yaşayan Dağ çifti anne adayının kalıtsal bir cilt hastalığı nedeniyle bir kez düşük yapan iki kez de doğumdan sonra çocuğunu kaybederler. Trabzon'da bir tüp bebek merkezine başvuran çiftin in vitro döllenen üreme hücreleri üzerinde PID tekniğiyle hasta kromozomlar saptanır ve sağlıklı bir bebek dünyaya getirilmesi sağlanır.

³⁵⁹ Ancak Türkiye'deki merkezlerde yasadışı cinsiyet seçimine olanak tanındığı ileri sürülen bir haber için bkz. <http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=906019&Date=31.10.2008&CategoryID=96> (Erişim tarihi: 30.06.2012)

3960 sayılı Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanunu ile devletin kalıtsal kan hastalıklarından thalessemia ve orak hücreli anemi dahil olmak üzere, bütün kalıtsal kan hastalıklarıyla ve özürölülüğe yol açan diğer kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele edeceği ve bunun için gerekli ödeneğin Sağlık Bakanlığı yılı bütçesine konulacağı belirtilmiştir(md.1 f 1). Kalıtsal kan hastalıklarıyla ve özürölülüğe yol açan öteki kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele için gerekli önlemler ve bu konuda uygulanacak usûl ve esasların ise Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmeliklerle düzenlenecektir. Sağlık Bakanlığı'nın kalıtsal hastalıklarla ilgili çıkardığı Kalıtsal Kan Hastalıklarından HemoglobinoPATI Kontrol Programı İle Tanı ve Tedavi Merkezleri Yönetmeliği bu kapsamdadır. Yönetmelik, kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin kalıtsal kan hastalıklarından hemoglobinoPATilere yönelik eğitim, tanılama, genetik danışma, doğum öncesi ve sonrası tanı ile hastaların tedavilerine ilişkin her türlü faaliyetini, bu konularda faaliyet gösteren tanı ve tedavi merkezleri ile kayıt, bildirim, sevk ve izin işlemlerini kapsar(md 2). Doğum öncesi tanılama işlemleri, üçüncü basamak olarak adlandırılan kuruluşlarda uzmanlarca yapılacaktır; her üç basamak türündeki tanılama merkezlerinde tanılama sonuçlarına göre genetik danışmanlık hizmetleri verilecektir. Ancak bu yönetmelikte de embriyonun tabi olacağı koşullara ilişkin bir düzenleme yoktur.

Ancak Türkiye daha önce de değinildiği üzere Oviedo Sözleşmesi'ne taraftır ve genetik araştırmalar iç hukuktaki boşluğa karşın sözleşme hükümlerine atıfla düzenlenebilecektir³⁶⁰.

3.4.2.2.Prenatalgenetik tanı

³⁶⁰ Bkz. bu çalışmada, Birinci Bölüm 5.2.3. Oviedo Sözleşmesi.

Prenatal Genetik Tanı (PNT) yöntemiyle anne karnındaki bebeğin genetik tanılması yapılmaktadır. Anne, genetik olarak belli bir hastalığın taranmasını talep edecektir, hastalığın saptanmasında gebeliğe son verdirebilmektedir³⁶¹.

Prenatal Genetik Tanı, Preimplantasyon Genetik Tanı'nın yerini tutan bir yöntem olarak düşünülmemelidir, çünkü önceden uygulanmış bir PGT tekniğine ek olarak anne karnındayken PNT yeniden uygulanabilir. PNT tamamlayıcı niteliğindedir³⁶².

3.4.2.2.1. İsviçre'de prenatal genetik tanı

İsviçre İnsanlar Üzerinde Genetik Araştırmalar Hakkında Kanun (GUMG) md.3 ebendi, prenatal araştırmaları, prenatal genetik araştırmalar ve prenatal risk tanımlamaları olarak ikiye ayırır. Aynı maddenin f bendi prenatal genetik araştırmaları gebelik sırasında ceninin ya da embriyonun kalıtsal özelliklerinin araştırılması; prenatal risk açıklamaları ise embriyo veya ceninde genetik bir olağandışılığın varlığını gösteren veya bir resimli görüntüleme işlemiyle embriyo ya da cenin üzerindeki araştırmalar olarak tanımlanmıştır. GUMG md. 11 f.1 a bendi ile embriyo ya da ceninin sağlığını tehdit etmeyen özelliklerinin öğrenilmesi yasaklanmıştır; b bendi ile de bir hastalığın tanılanmasının dışında başkaca bir nedenle embriyo ya da ceninin cinsiyetinin tayin edilmesi yasaklanmıştır. GUMG md. 15 prenatal araştırmalardan önce genetik danışmanlık başlığıyla 1. bendinde gebe kadının kendi özerklik hakkını sağlayabilmesi için yazılı olarak tüm konularda bilgilendirilmesi gerekliliği belirtmiştir. Eğer araştırma büyük olasılıkla koruyucu ya da tedavi edici bir özellik taşımayacaksa gebe kadına prenatal araştırma ile ilgili tüm aşamalar hakkında bilgi verilmelidir. Eğer ağır ve iyileşmesi çok zor bir hastalık saptanırsa gebe kadın gebeliğin sonlandırılması hakkında alternatifler ve ebeveynlerin birliğiyle kurulan engelli çocuklar ve yardım grupları hakkında bilgilendirilmelidir.

³⁶¹ Hakeri (2012). s. 234-235, yazara göre jinekoloğun anada belli bir belirti olmadığı sürece PND'ye işaret etmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 279.

³⁶² Brehm (2012). s 42. PGT'de yanılma payı bulunmaktadır, bkz. Herdegen (2002). s. 8.

Bununla birlikte kadının eşi ya da partneri de olanaklar dahilinde sürece katılmalıdır. GUMG md. 16, embriyonun ya da ceninin genetik anomali riskine ilişkin bilgi verecek bir laboratuvar araştırmasına ya da görüntüleme işlemiyle yürütülecek bir prenatal araştırmaya girişmeden önce gebe kadın, araştırmanın amacı, raporlama yeterliği; beklenmedik bir araştırma sonucuyla karşılaşma olasılığı, olası araştırma ile cerrahi müdahale türleri ve ilerleyen maddede sayılan bilgi ve danışma merkezleri hakkında kesinlikle bilgilendirilmelidir.

Bern Yüksek Mahkemesi PNT uygulamayarak kalıtsal metabolik bir hastalığı barındıran bir çocuk ile annesinin açtıkları tazminat davalarında ayrı kararlar vermiştir. İlk derece mahkemesi annenin istenmeyen doğum için açtığı tazminat istemini kabul etmiş ancak çocuğun istenmeyen yaşam için açtığı tazminat istemini hiç var olmamak yerine hastalık sahibi olarak olsa var olmanın bir kıyası yapılamayacağı için bu sorunun ucu açık bırakılması gerektiğini vurgulayarak reddetmiştir. Yüksek mahkeme ise ilk derece mahkemesiyle aynı doğrultuda karar vermiş ve anne ile doktor arasında sözleşmeye aykırılık dolayısıyla tazminata hak kazanılabileceğini ancak çocuğun ne sözleşmesel ne de sözleşme dışında bir dayanakla hiç doğmamış olma hakkına sahip olabileceğini ve tazminata da hak kazanamayacağını, öğretilerdeki genel eğilimin aksine olarak hükme bağlamıştır. Ayrıca çocuğun sağlıklı konumu doktor tarafından ihlal edilmiş olarak yorumlanamaz, çünkü PNT teknikleri ile doktorların anne karnındaki çocukları ne iyileştirebilme ne de kötüleştirme olanakları vardır. Son olarak da annenin doğurmama hakkının çocuğun da sahip olacağı biçimde yorumlanması olanağı yoktur, çünkü çocuğun bu konuda bir seçim hakkı bulunmamaktadır³⁶³.

Öğretilerde bir görüş taraftarları hiç var olmama hakkı kavramı ile çocuğun engelliliği kavramlarının ayrı değerlendirilmesi gerektiğini, doktorun özen yükümlülüğüne aykırı davranışı sonucu sağlığı zarar görerek dünyaya gelmesiyle ağır bir hastalığın oluşması önkoşulu ile haksız fiil hükümlerine dayanılarak çocuğun bakım masrafları farkını isteme hakkı bulunduğunu

³⁶³Obergericht des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, 2. Mai 2011, CAN 2012 Nr. 1 S. 8

öngörmektedir³⁶⁴. Başka bir görüş ise “istenmeyen yaşam” davasında tazminat hakkının doktorun özen yükümlülüğünün ihlalinden değil doğrudan çocuğun beden bütünlüğünün ihlalinden doğduğunu; ayrıca engelli bir çocuğun doğumunun en azından annenin kendisi için bir olumsuzluk olarak değerlendirilebileceğini, bu olgunun da çocuğu kapsayacak biçimde geniş yorumlanabileceğini ileri sürmüştür³⁶⁵. Karşıt görüş ise çocuğun engelli doğması ile annenin tazminat istemi hakkının her zaman birbirinden ayrı düşünölmeyeceğini, çünkü tazminat isteminin tam da engelli yaşam için geçerli olduğunu, tatminsiz eksik de olsa bir yaşam sürmeye ilişkin olduğunu ileri sürmüştür³⁶⁶.

3.4.2.2.2. Almanya’da prenatal genetik tanı

Almanya’da Federal Doktorlar Odası’nın 2003’te yayımladığı yönetmelik ile prenatal tanılamanın amaçları embriyonal ve fetal evrelerde gelişimleri tanılmak, gelişim eksikliklerinin erken tanılanması ile gebe kadının ve henüz doğmamış çocuğun optimal tedavi elde etmesini sağlamak, gebe kadının endişelerini ve korkularını azaltmak ve gebe kadına gebeliğinin devamı ya da sonlandırılması konusunda karar verebilmesi için bilgi sahibi edindirmek olarak tanımlanmıştır. Ayrıca gebelerin kararlarına her biçimde saygı duyulacağı da belirtilmiştir³⁶⁷.

³⁶⁴ Obergericht des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, 2. Mai 2011, CAN 2012 Nr. 1 S. 8, *Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung*, T. Mannsdorfer, (2001). Die Haftung für pre-natale Schaedigung des Kindes Grundzüge, Wrongful Life und Tendenzen, *ZBJV* 137/2001 s.624’den aktaran Obergericht des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, 2. Mai 2011, CAN 2012 Nr. 1 s. 8, *Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung*, çocuğun doğumu doktorun hatalı tetkiki sonucu olması tazminat istemi için yeterlidir.

³⁶⁵ U. Pally –Hoffmann, (2008). Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten Nasciturus, *AJP*, s. 855, çocuk için engellilik katlanılmaz bir yaşam getiriyorsa doğrudan bir dava hakkı doğacaktır.

³⁶⁶ H. Torrione, (2006). Le prejudiced’etre ne Have, s. 388’den aktaran Obergericht des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, 2. Mai 2011, CAN 2012 Nr. 1 S. 8, *Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung*; Serozan (2006). s. 319.

³⁶⁷ Alman Federal Doktorlar Odası, <http://www.bundesaerztekammer.de/page.asp?his=0.7.45.3266#1> (erişim tarihi 05.07.2012)

3.4.2.2.3. Türkiye’de prenatal genetik tanı

Genetik hastalıkların tanılanması işinin pre-natal ve post-natal olarak nasıl uygulanacağı ise Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği’nde düzenlemenin amacı, birey dünyaya gelmeden önce genetik hastalıkların tanısına ve dolayısıyla tedavisine imkan sağlamak üzere, genetik hastalıkların prenatal ve/veya postnatal tanısı için açılacak genetik tanı merkezlerinin anne ve çocuk sağlığı açısından sağlıklı bir şekilde faaliyet göstermesi, denetlenmesi ile bunları işleten kamu kurum ve kuruluşlarının, özel hukuk tüzel kişilerinin ve gerçek kişilerin uymakla zorunlu olduğu usul ve esasları düzenlemek olduğu belirtilmiştir (md. 1). Prenatal ve postnatal genetik tanılamaların yapılacağı merkezlerin denetlenmesi Genetik Hastalıklar Bilim Komisyonu’nca yapılacaktır(md. 6). Ancak yönetmelikte tanılama işlemlerine ilişkin ilkelere değinilmemiştir, yönetmelik aslen merkezlerin işleyişine ilişkin sınırlamalar getirmiştir, bu durum da embriyo üzerinde yapılacak araştırmalara bir sınır getirmemektedir³⁶⁸.

3.4.2.3. Genetik tanılama teknikleri hakkındaki biyoetik tartışmalar

PID tekniklerine ilişkin birincil eleştiri bu uygulamaların yeni bir öjenik harekete kapı aralayacağı olmuştur³⁶⁹. Öjeni, insan soyunun genetik yardımıyla geliştirilmesini devlet eliyle ve zorla yapılmasıdır; sözcük anlamıyla Yunanca “eu” “iyi” ve “genos” “nesil” sözcüklerinin birleşimidir³⁷⁰. Fikir olarak öjeni ilk kez Platon’un Devlet yapıtında ortaya atılmıştır³⁷¹; düşünür seçili bireylerin çiftleştirilmesiyle ortaya çıkarılacak bir toplumu tasvir etmiştir; ilk kapsamlı öjenik

³⁶⁸ Çoban (2009a). s. 83, öğretilerde bu boşluk eleştirilmektedir.

³⁶⁹ Habermas (2006). s. 20; Metin (2010). s. 237; Rütche (2010). s. 300.

³⁷⁰ Metin (2010). s. 239; Rütche (2010). s. 299; Cevizci (2010). s. 1213.

³⁷¹ Rütche (2010). s. 299, yazar Platon’un Devlet yapıtındaki ileri sürdüğü üstün soyluların devletin refahı için üstün soylularla çiftleşmesine ilişkin görüşlerini bir öjeni olarak değerlendirir; Platon (2007). *Devlet V. Kitap, Toplu Diyaloglar I*, Ankara: EOS Yayınevi. (çev. Hüseyin Demirhan) s. 541-612, düşünürün site devletin en üst sınıfı olarak tasarladığı yöneticilerin kendi aralarında çiftleşmelerine ilişkin görüşleri dikkat çekicidir, s.553: “ilkelerimize göre, her iki cinsin de en iyilerine en çok en kötülerine en az cinsel birleşme imkanı vermeliyiz. Ayrıca en kötülerinin değil en iyilerinin çocuklarını yetiştirmeliyiz; böylece sürü iyi hale gelir”.

araştırmalar ise Charles Darwin'in kuzeni antropolog Francis Galton tarafından geliştirilmiştir; terim de ilk kez 1883 yılında kullanılmıřtır³⁷².

İlk öjenik uygulamalar Amerika Birleşik Devletleri'nde genetik olarak kusurlu sayılan bireylerin kısırlaştırılması gereğini savunan Amerikan Öjenik Derneği 1926 yılında kuruluşuyla görünür olmuştur. Dernek üyeleri toplumun üst sınıflarının üstün genetik özellikleri sayesinde sahip oldukları servet ve konuma hak kazandıklarını, İtalya, Yunanistan ve Doğu Avrupa gibi ülkelerden gelen göçmenlerin sınırlandırılması ve ABD yurttaşı saralıların, akıl hastalarının kısırlaştırılması gerektiğini savunmuřlardır³⁷³. Bu çabalarla eyaletlerin yarısından fazlasında kısırlaştırmaya ilişkin yasa çıkarılmış ve 1970'lere değin çok nadir de olsa isteğe karşın kısırlaştırma uygulanmıřtır³⁷⁴. Amerika'da 1927 tarihli çok ünlü Buck v. Bell kararında zeka engelli Carrie Buck'un kısırlaştırılmasına karar verilmiřtir³⁷⁵. İsviçre'de de ilk kez Waadt Kantonu'nda öjenik kısırlaştırma için yasal bir temel ruh hastaları veya ruhsal sağlık bakımından zayıf kimseler için öngörölmüştür. Öjeni aynı zamanda Nazizm'in de temel düşüncesidir.³⁷⁶ Ceza hukukunda da suçluluğun kalıtsal özellikler gösteren ve doğuştan getirilen bir özellik olması iddiası da öjeninin uzantısı bir düşünce olarak Lombrosso tarafından geliřtirilmiřtir³⁷⁷. Lombrosso ırksal iyileştirmeyle suçluluk oranının azaltılabileceğini, öjeni sayesinde suça neden olan bozuklukların yok edilebileceğini savunmuřtur³⁷⁸.

³⁷² F. Galton *Inquiries to human Faculty and Its Development*, La Vergne: Kessinger Pub.'dan aktaran Rütche (2010). s. 298; Galton öjeniyi şöyle açıklar "ırkın iyileştirilmesinin bilimi olarak asla mantıklı bir çiftleşme önerisi ile sınırlandırılması değil aynı zamanda ırkın tüm etkenler değerlendirildiğinde en iyi ırkın ya da ne kaliteli kökenin sağlanması ve kalitesiz olana karşı üstün gelebilmesi bilimi" olarak tanımlamıştır, tanımdan çıkarılacak sonuç öjeni uygulamasının bir bilim türü olarak algılandığıdır; Cevizci (2010). s. 1213, "insan türünün genetik potansiyellerini korumayı ya da iyileştirmeyi amaçlayan bilim dalı" olarak açıklanmıştır.

³⁷³ Rütche (2010). s. 301.

³⁷⁴ <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=200> (Erişim tarihi: 12.07.2012)

³⁷⁵ Rütche (2010). s. 300, yüksek yargıç kısırlaştırmaya karar verirken gerekçelendirmede "üç nesil boyunca idiyotlar artık yeter" ifadesini kullanmıştır.

³⁷⁶ Fukuyama (2003). s. 193, bu nedenle yazara göre günümüzde de ne pozitif ne negatif öjeni hiçbir kılıfa uydurularak onaylanabilir değildir.

³⁷⁷ E. Uzun (2009). Kriminoloji tarihinde klasik ve pozitivist okul, *Ceza Hukuku Dergisi*, Nisan, (9), s. 132.

³⁷⁸ Uzun (2009). s. 133.

Öjeni, pozitif ve negatif olarak ikiye ayrılmaktadır. Negatif öjeni müstakbel ebeveynlerin ağır kalıtsal hastalıklı çocuk istememeleri üzerine uyguladıkları genetik müdahaledir. Pozitif öjeni ise patolojik amaçlı değil yalnızca bireyin genetik özelliklerinin iyileştirilmesi amacı taşımaktadır. Burada iyileştirilecek bir hastalık olasılığı söz konusu değildir³⁷⁹. Amaç bedensel, ruhsal özellikler ve kişilik özellikleri bakımından kusursuzlaştırmadır.

Öğretide bir görüş, PGT'nin, yavaş yavaş pozitif öjeneye varmasından ve ebeveynlerin çocuklarını istedikleri özelliklerle donatabilmeleri fikrinin liberal bir öjeni olarak değerlendirilmesi gerektiğinden söz etmiştir³⁸⁰. Çünkü artık merkezi bir makam tarafından değil, özel birimlerce veya bireysel seçimlerle, örneğin ebeveynler ya da araştırmacılar tarafından uygulanmaktadır³⁸¹. Bunun yanında PGT bireyleri yaşatmaya değer ve değmez olarak ayırım yapılmasına neden olmaktadır³⁸². Habermas, pozitif ile negatif öjeni arasındaki sınırlar akışkan olduğundan, kesin bir ayırım çizilemeyeceğini düşünmektedir, ayrıca negatif öjeni için anayasal düzene göre toplumsal olarak neyin hastalıklı neyin sağlıklı olduğunun tanımlanması resmi bir makama bırakılmıştır. Bireyin genetik mühendislik yollarıyla kendi davranışlarının sorumlusu olmasının önüne geçilmesinden, özerk var oluşun zedeleneceğinden kaygılanılmaktadır³⁸³. Ahlaki boyutuyla birey ancak kendisi biricik olduğu için bir etik varlıktır, ancak PGT ile genetik bir müdahale bireyin kendiliği üzerinde bir sınırlama içerdiğinden bunun ne derece bir kendilik olacağı ve genetik müdahalede bulunduranların erek tayin etmeleriyle geri döndürülemez bir bağımlılık yaratıldığı ileri sürülmektedir³⁸⁴. Ayrıca çocuk sahibi olmak ebeveynlerin bir istemidir, çocukların kendi istemleri değil, bu nedenle sırf ebeveynlerin bu haklarına dayanarak doğacak çocuğu tamamen araçsallaştırma hakları bulunmamaktadır, aksi takdirde insanlık onurunun ölçütleri olarak

³⁷⁹ Rüttsche (2010). s. 302.

³⁸⁰ Habermas, (2006). *İnsan doğasının geleceği*, İstanbul: (çev. K. Ökten) s. 38; Knoop s. 33.

³⁸¹ P. Singer ve H. Kuhse, (2006). *Bioethics*, Blackwell 2006, s.80'den aktaran Habermas (2006). s. 40.

³⁸² Habermas (2006). s. 32.

³⁸³ Habermas (2006). s. 69; Rüttsche (2010). s. 17.

³⁸⁴ Habermas (2006). s. 92, 94, 104; Rüttsche (2010). s. 16.

değerlendirilebilecek insanın biricikliği, özgünlüğü ve noksanlığı zedelenecektir³⁸⁵. Ayrıca birçok engelli örgütü PGT ya da PNT'nin, embriyoların yaşamaya değer ve yaşamaya değmez olarak tasnif ettiğini ileri sürmektedir³⁸⁶. İsviçre Federal Meclisi'nde, PGT tartışmalarının bedensel bütünlüğün güvencesi üzerinde değil, aslında bireyin insan ve özne olarak yinelenemezliği ve değiştirilemezliğinin konu edinilmiş ve öjeninin, insana dair özgünlüğünü ve noksanlığını tehdit ettiği vurgulanmıştır³⁸⁷.

Karşıt görüşteki liberallere göre, genetik programlama, sanıldığı gibi aksine çocuğun yaşam planlarını izinsiz olarak değiştirmek anlamına gelmemektedir; çünkü ebeveynlerin çocukları üzerindeki eğitim hakkının genetik özelliklerin belirlenmesi istemiyle kıyasen aynı nitelikte olduğu ileri sürülmektedir³⁸⁸. Burada artık anne-babanın öjenik özgürlüğünün, çocuğun etik özgürlüğünün önünü kesmemesi ancak bir sınır olarak gözetilmelidir³⁸⁹. Başka bir argüman da çocukların sağlık hakları kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğidir, buna göre Dünya Sağlık Örgütü'nün yaptığı "... ruhsal, bedensel ve sosyal anlamda kişinin kendini esenlikte duyumsaması ve sadece hastalık yoksunluğu değildir" şeklindeki sağlık tanımından çocukların da pozitif öjeneye dayalı bir hakları olduğu çıkarılabilmektedir. Ancak bu da pozitif öjeninin bir sağlık imkanı değil, embriyo müdahaleleriyle oluşturulan embriyolar başka bireyler olacaklarından başka bireylerin yaratımı olduğu yönünden eleştirilmiştir³⁹⁰. Son olarak gen teknolojilerinin öjeni ile ilişkisinden söz etmek yerinde olmayacaktır, çünkü öjeni

³⁸⁵ Rüttsche (2010) s. 15.

³⁸⁶ Knoop (2005). s. 33, Alman Engelliler Kurulu 22.03.2001 tarihli Arztezeitung gazetesinde Gen testleri, PND, PID tekniklerini engellilere ayrımcılık anlamına geldiği için bu yönden eleştirmişlerdir; karşı görüş bkz., Kress (2010). s. 202.

³⁸⁷ AB 1990 S 487; AB 1991 N 598.

³⁸⁸ Metin (2010). s. 239, yazara göre üreme otonomisi ne zaman çocuk sahibi olunacağına yanı sıra ne tür bir çocuk sahibi olunacağını da kapsamalıdır.

³⁸⁹ Karşı görüş, F. Fukuyama (2003). *İnsan ötesi geleceğimiz*. (çev. Ç. Aksoy-Fromm) Ankara: ODTÜ Yayınları, s. 191-192, genetik manipülasyon ve liberal öjeniyi kabul edilebilir kılacak hiçbir sınırlama kesinlikle olamaz; Rüttsche (2010). s. 13, yazar devletin ebeveynlerin çocuk yetiştirme özgürlüğüne karışmamasının öjeneye ilişkin bir hak olarak nitelenmesini eleştirmektedir.

³⁹⁰ Rüttsche (2010). s. 15; Kress (2010). s. 203.

devlet eliyle ve zorla yapılan bir uygulamadır, bireysel seçimler öjeni kapsamında değerlendirilmemelidir³⁹¹.

Tanımlanmasında disiplinlerarası terminolojinin kullanılması zorunlu olan insanlık onuru, her ne kadar net ve kesin bir ifadeye oturtulmasa ve öğretilerde birçok farklı görüş ileri sürülse de uzlaşılan nokta insanlık onurunun dokunulmaz ve her alanda gözetilmesi gereken ilksel bir değer olduğu yönündedir³⁹². İnsanlık onurunun tanımı için getirilen ölçütler kişinin kendi değer duygusu, kişiliğini geliştirebilme yetisi ve içsel değerlilik ilkeleri de pratikte yetersiz kalabilmekte bu nedenle eleştirilmektedir³⁹³.

Fazla üretilen embriyonun yok edilmesi ve genetik tanılama teknikleriyle eleme işlemleri, etik açıdan tartışılmaktadır. Tüpteki embriyoların imhası ceninin yaşam hakkını, PGT teknikleri ve gen manipülasyon süreci ise insanlık onuru ile ceninin hukuki konumunu sorgulatmaktadır.

Öğretilerde bir görüşe göre erken dönem gelişim aşamasındaki embriyo “hücre kümesi” olarak adlandırılır ve yeni doğan varlığın sahip olacağı kişilik hakkından ayrıdır. Bu görüşün sonucunda da insanlık onuru ancak yeni doğan bebekte söz konusudur; aksi görüş ise kendi kendini geliştirmeye başlamış bağımsız bir mekanizmanın varlığının insan onurunu hak ettiğini ileri sürer³⁹⁴. İnsanlık onuru, Habermas’a göre bireylerarası ilişkilerde ortaya çıkmaktadır ve toplumsallaşma sürecinin bir sonucudur, yani insanın doğuştan getirdiği bir özelliği değildir³⁹⁵. Yazar insan hayatının onuru, ile hukuki olarak her bireyin sahip olduğu insanlık onuru kavramlarını ayırmaktadır³⁹⁶.

³⁹¹ Metin (2010). s. 239.

³⁹² F. M. Wuketits (2006). *Bioethik eine kritische Einführung* München: Verlag C. H. Beck, s. 53; M. Brewe 82; Fukuyama (2003). s. 184; Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 334.

³⁹³ Wuketits (2006). s. 54-55, sözgelimi bir anensefali hastasının ne kendi içsel değeri vardır ne de kendini geliştirebilme yetisi, bu durumda onun onuru olmayacak mıdır? Brewe 83, insanlık onuru için bireyin bunun bilincinde olmasına gerek yoktur.

³⁹⁴ Habermas (2006). s. 51.

³⁹⁵ Habermas (2006). s. 55.

³⁹⁶ Habermas (2006). s. 60, yazar örnek olarak Bremen Defin Yasası Taslağı’na ilişkin bir maddeyi göstermektedir. Bu maddede ölü doğumlarda ve kürtajla sonlanan gebeliklerdeki ceninlerin bir mezar edindirilmesi öngörülmüştür.



Alman Parlamentosu'nda da kök hücre çalışmaları ile embriyoların tıbbi araştırmalara konu edilmesi ve araştırma sonrasında yok edilmesinin insanlık onuru ile bağdaşıp bağdaşmayacağı tartışmalarında Habermas'ın kuramı üzerinde durulmuştur Kök hücre araştırmalarının sürdürülmesi gerektiğini savunan liberal yararçı³⁹⁷ görüşe göre menfaat karşılaştırması yapılmalı, tüpteki embriyonun elbette insanlık onuruna sahip olduğu kabul edilmeli, ancak hasta bir birey ile karşılaştırıldığında hasta bireyin sağlık hakkının daha üstün tutulması gerektiği üzerinde durulmaktadır. Deontolojik³⁹⁸ etik yaklaşım ise kök hücre araştırmalarının insan yaşamının araştırma amacıyla feda edilmesi anlamına geldiğini, bunun da Kant etiğinde söz edilen insanın asla bir araç olamayacağı ilkesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmektedir³⁹⁹. Bu ilke bakımından tartışılan bir durum da "kurtarıcı kardeş" yani tedavinin ötesinde, ebeveynlerin hasta evlatlarına bir çare olmak amacıyla yeni bir çocuk sahibi olmak istemeleridir⁴⁰⁰. Bu yöntemde, doku uygunluğuna bakılarak seçilip tüpte döllenen embriyo, ana dölyatağına yerleştirilmektedir. Bir görüş, bu uygulamayı doğacak yeni kardeşin, hasta çocuğun tedavisi açısından bir umut teşkil edeceğinden etiğe aykırı bulmamakta; karşıt görüş ise yeni doğacak çocuğun

³⁹⁷ Cevizci (2010). s. 1634, kökleri David Hume'a dayanan yararçılık görüşü hem iktisadi ve siyasal ve hem de etik alanında sonuçlar doğurur. İktisat ve siyaset kuramındaki yararçılık iynin mutluluk ve hazla aynı anlama geldiğini dolayısıyla da mutluluğu artıracak politikaların doğru olacağını ileri sürmektedir. Etik alanındaki yararçılık ise onsekizinci yüzyılın ikinci yarısından itibaren Bentham ve Mill tarafından geliştirilmeye başlanmıştır; Etik yararçılığa göre bir eylem yarar ilkesine uyduğu sürece yani hem eylemeden etkilenen herkese hem de tüm toplumdaki maksimum düzeye mutluluk verdiği sürece ahlaki bakımdan doğru olacağını savunur. Biyoetik alanında yararçılığa ilişkin en önemli eleştiri şu örnekle açıklanmıştır; söz gelimi bilim adamları ileride doğacak milyonlarca çocuğun sağlığını kurtaracağını ileri sürerek yüz çocuğun üzerinde deney yapmaya kalksalar bu durumda en yüksek sayıda insanın mutluluğu azınlıkta da kalsa bir grubun acı çekmesine neden olacaktır.

³⁹⁸ Cevizci (2010). s. 422, deontoloji yunanca kökenli bir sözcüktür, "deon" ödev; "logos" da bilim anlamına gelmektedir. Deontolojik etik belirli eylem türlerinin özleri itibariyle doğru belli eylem türlerinin ise yine özleri itibariyle yanlış olduğunu, yani eylem sonunda ortaya çıkacak sonuca göre eylemin değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir.

³⁹⁹ Parlamentodaki tartışma sürecine ve deontolojik etik ile yararçı etik anlayışına ilişkin ayrıntılı bilgi için, Heper s. 120-123. Yazar ayrıca yararçı görüşün tipik söylemini insanlığın hizmetinde olmak, insanlığın refahı gibi ifadeler üzerine kurduğunu belirtir; yararçı görüşün eleştirisi için bkz., Fukuyama (2003). s. 191.

⁴⁰⁰ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 266.

araçsallaştırıldığını belirterek etik olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir⁴⁰¹.

Bir başka sorun da pozitif öjeni ile elde edilmek istenen kusursuz bebeklerin aksine engelli ebeveynlerin kendileri gibi engelli çocuklara sahip olmak için PID tekniğine başvurmalarıdır. Bu durumdaki ebeveynler çocukları ile kuracakları psiko-sosyal bağların kendileri gibi engelli olmaları durumunda daha sağlam olacağını ileri sürmektedirler⁴⁰².

4.Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkı

4.1.Genel Olarak

Bireylerin kökenlerini öğrenme hakları maddi ve manevi kişiliklerini geliştirmeleri bakımından sahip oldukları temel bir hak, çocuk için de genetik haritasının öğrenebilmesinin bedensel ve ruhsal sağlığı açısından büyük önemi olan bir hak olarak tanımlanmış ve özellikle, bireyin kökenini öğrenmesinin onun bireysel tarihini ve kendi öyküsünü öğrenmesinin birincil temeli olarak değerlendirmiştir⁴⁰³. Genetik kökenin bilinmesi, bireyin kendini toplumsal düzeyde tanımlayabilmesi, kalıtsal özelliklerini tanıyabilmesi ve bugününü anlamlandırabilmesi açısından oldukça önemlidir⁴⁰⁴.

Birçok ülkede türdeş olmayan döllenme tekniklerinin yanı sıra anonim doğum, bebek sandığı gibi uygulamalar ile annelerin kimliklerini açıklamadan doğum yapmaları olanağı bulunmaktadır. Örneğin Fransa'da annenin anonim kalma

⁴⁰¹ Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 266.

⁴⁰² Kalkan-Oğuztürk (2012). s. 267, dn. 418, ABD'de sağır bir çift kendileri gibi sağır bir bebek sahibi olmak istemişlerdir, bu durum üzerine de yapılan araştırmada engelli çiftlerin yüzde üçünün kendileri gibi engelli bir bebeğe sahip olmak istedikleri sonucu çıkmıştır.

⁴⁰³ Serozan (2005). s. 185; Baysal (2012). s. 493; R. E. Aebi-Muller (2008). Persönlichkeitsschutz und Genetik Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema unter besonderere Berücksichtigung des Abstammungsrechts. *Zeitschrift des Bernische Juristenverins*, 144 (82); s. 83; A. Büchler ve N. Ryser, (2009). Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung. *Praxis des Familienrechts*, (1), s. 5; Arslan-Öncü (2012). s. 245.

⁴⁰⁴ Baysal (2010). s. 494.

hakkı tamamen korunmaktadır, gebe kadınlar, bebeklerini kimliklerini gizleyerek hastanelerde güvenli bir doğumun ardından bırakabilmektedirler.

Her ne kadar, Türkiye’de türdeş olmayan döllenme yöntemleri yasal olarak olanaklı kılınmamışsa ve hukuki olarak böyle bir haktan söz edilmesi gerekli değilmiş gibi görünse de dünya çapında önem kazanmaya başlamış bir kişilik hakkı kavramına değinilmesi gerekmektedir. Ayrıca hukuk düzeni hiçbir zaman bugün ile sınırlı kalmamakta, günden güne değişmektedir. Bugün hukuki metinlerde tanımlanmamış bir hakkın ilerleyen bir dönemde tanımlanmayacağı söylenemez.

4.2.Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkına İlişkin Uluslararası ve Ulusal Mevzuat

Kökenini öğrenme hakkına yüklenen anlam, günden güne artmakta, hatta bu hak artık yalnızca on sekiz yaşın altındaki teknik anlamdaki çocuklar için değil, “bir ana babadan türeyen evlat” anlamında her birey için geçerli hale gelmiştir; yani ergin ya da değil her bireyin genetik kökenini öğrenmeye hakkı bulunmalıdır⁴⁰⁵. Hakkın hukuki dayanakları olarak öncelikle uluslararası sözleşmelere ardından ulusal mevzuatımıza ve yabancı mevzuatlara bakılmaya çalışılacaktır.

Türkiye’nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) md. 7 ile “çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğunca ana babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır” denmiştir. Madde metnindeki ana-baba kavramı ile genetik, biyolojik ve psikolojik ana-baba kavramlarının tümü kastedilmiştir. Çocuğu dünyaya getiren ve genetik anne ile bebeklikten beri bakımını üstlenen

⁴⁰⁵ Baysal (2010). s. 248 dn. 1; Aebi-Muller (2008). s. 99.

sosyal anne ile spermleri sağlayan genetik baba ya dadoğum sırasında anne ile evlilik sayesinde baba sayılan kimselerin tümünü içermektedir⁴⁰⁶.

Madde metninde anılan “mümkün olduğunca” ifadesi ile anlatılmak istenenin bu hakkın ikincil bir nitelik taşıyacağı anlamında değil durumun olanaklılığı bakımından dikkate alınması gereken bir ifadedir. Birincil olarak ebeveynlerin belirlenemediği durumlar söz konusudur, bu durumda taraf devletin alabileceği önlem kalmamıştır. Komite'nin de öngördüğü biçimde asıl çelişki ana-babanın asıl ebeveynin adını vermekten kaçınması, örneğin çocuğun ensest ilişki ya da tecavüz ürünü olması durumunda ortaya çıkmaktadır. Komite son olarak devletlerin iç hukuklar bağlamında ana babanın kimliğinin açıklanmasını istememesi meselesidir. Yapay döllenme teknikleri ile evlat edinme süreçlerinde devletlerin hukuki baba ile anayı gerçek ana babadan ayrı kimseler olarak göstermesi ve bu konuda bilgi edinmeyi sınırladığı durumlar olmaktadır⁴⁰⁷.

Dikkat çekici olan, maddede yüksek yarar kavramına atıf yapılmamasıdır, ancak bu durumun söz konusu edilmesi de eleştirilmektedir. Her ne kadar mümkün olduğunca kavramı yüksek yarar ile kıyaslandığında daha katı ve objektif bir anlam içeriyorsa da, BMÇHS'nin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği ve böyle bakınca da çocuğun üstün yararının her zaman ana fikir olduğu belirtilmiştir⁴⁰⁸. Ayrıca yüksek yararın, daha önce de belirtildiği gibi katı sınırları yoktur, esnekler, dolayısıyla da çocuğun aslında ana babasının kimliğini öğrenerek üzüleceği düşünülen durumlarda aslında yüksek yararının gözetilip gözetilmediği tartışmalı olacaktır. Son olarak, yüksek yarar için getirilen ölçütlerden en önemlisi, çocuğun uzun vadede menfaatlerinin gözetilmesidir⁴⁰⁹.

İsviçre'de kökenini öğrenme hakkı kişilik hakları kapsamında oldukça önemli bir alan teşkil etmektedir⁴¹⁰. Bu hak, öncelikle İsviçre Anayasası md. 10 f. 2 kişisel

⁴⁰⁶ Uygulama El Kitabı s.105.

⁴⁰⁷ Uygulama El Kitabı s. 105.

⁴⁰⁸ Uygulama El Kitabı s. 106, ayrıca ana babanın kökenini öğrenmenin çocuğun yararına aykırı olması ancak çok istisnai ve muğlak bir durum olarak değerlendirilmiştir.

⁴⁰⁹ Uygulama El Kitabı s. 106.

⁴¹⁰ Hausheer ve Aebi-Muller (2005). s. 205.

özgürlük ve bedensel ve manevi bütünlük hakkına ve md. 119 f. a'daki her insanın kökenine ilişkin verilere ulaşması hakkı olduğu ifadesine dayandırılmış, İsviçre Federal Yargıtayı, konuya ilişkin ilk kararlarında kişilerin kendileri hakkında tutulan evraklardaki bilgilere ulaşma haklarından söz etmiştir⁴¹¹. FMedG md. 27, kökenini öğrenme hakkını, türdeş olmayan döllenme ile dünyaya gelen ergin çocuklara mutlak olarak, henüz ergin olmayanlara ise menfaatlerin kıyaslanması yoluyla çocuğun üstün bir yararı olması koşuluyla tanımaktadır. Sperm bağışısı ile dünyaya gelen çocuklar genetik babalarını öğrenmek istediklerini bildirmeleri üzerine gereken konularda bilgilendirilir, sperm bağışıcısının ailesi ile iletişime geçilerek o kimse ile ailesi bilgilendirilir. Sperm bağışıcısı ile ailesine çocuğun her türlü kökenini öğrenme hakkının sütün tutulacağı anlatılır. Ancak buna karşın bağışıcı gizli kalmak isteyebilir. Çocuğa yine bağışıcının ve ailesinin kişilik hakları ile gizli kalmak isteği üzerine bilgilendirme yapılır, bunlara karşın çocuk hala genetik babasını öğrenmek istiyorsa bu konuda bilgilendirilir⁴¹². Bu hükmün yalnızca sperm bağışısı ile ilgili olmasına karşın evlatlık verilen çocuklar da benzer biçimde İsviçre Medeni Kanunu md. 268 c ile kökenlerini öğrenme haklarına sahiptirler. Baskın görüş ayrıca kişilerin kendileri hakkında evraklarda tutulan bilgilere ulaşma haklarının, menfaat kıyaslaması yapılmaksızın mutlak hak teşkil ettiği yönündedir⁴¹³.

Yine belgelere değil genetik araştırmaya dayalı olarak kökenin saptanması koşuluyla usulüne uygun açılacak bir davada DNA, ZGB md. 254 f. 2 ile ilgililerin araştırmaya, kökenin belirlenmesine yardımcı olacağı sürece, katılım zorunluluğunu öngörmüştür. Ancak sürelerin kaçırılması ya da başkaca nedenlerle mahkeme yoluyla kökenin araştırılması gerekecekse, bu durumda üzerinde araştırma yapılacak kimselerin yazılı rızasının alınması gerekecektir.

⁴¹¹ Buchler ve Ryser (2009). s. 7.

⁴¹² Buchler ve Ryser (2009). s. 8; Türk Öğretisinde de en uygun tavrın İsviçre'deki uygulama olacağına değinilmiştir, Baysal (2010). s. 511.

⁴¹³ Buchler ve Ryser (2009). s. 11.

Ancak genetik araştırmayı gerektiren kökeni öğrenme hakkı için ise mutlak hak statüsü tartışılmalıdır⁴¹⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 134 III 241 sayılı kararında yaştan bağımsız olarak 64 yaşındaki davacının AİHS md. 8 kapsamında soybağının reddi davasından bağımsız, kökenini öğrenme hakkı olduğuna ancak bunun mutlak hak olarak değerlendirilmeyeceğine, menfaatlerin kıyaslanmasıyla davacının hukuki babanın DNA testi isteyebileceğine hükmetmiştir. Davada zamanaşımının geçtiği itirazı kabul edilmemiş, zamanaşımının kökenini öğrenme hakkı için değil ancak statüye ilişkin soybağı davalarına ilişkin geçerli görülebileceği vurgulanmıştır⁴¹⁵. Yine Luzern Kantonu Eyalet Mahkemesi, LGVE 2009 I Nr. 6 sayılı kararında da “örtülü aile bağları”nın çocuğun üstün yararına aykırı olacağına değinerek kökenini öğrenme hakkına vurgu yapmıştır.

Alman hukukunda da çocuğun kökenini öğrenmesi hakkı anayasal temellerle tanımlanmıştır. GG md. 2 ile her bireyin kişiliğini, maddi-manevi varlığını geliştirme hakkı bulunmaktadır. Alman Anayasa Mahkemesi'nin verdiği 31.01.1989 tarihli bir kararı ile soybağına yönelik davalarda süre kaçırılmış bile olsa çocuğa bu hakkın tanınmaması, anayasaya aykırı bulunmuştur⁴¹⁶. Ancak burada da hakkın sınırı GG md. 6, evlilik birliğinin devletin güvencesinde olmasıdır. Sperm bağış yoluyla gidilmesi durumunda, Federal Doktorlar Odası Yönetmeliği'ne göre, vericilerin kimliklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Dikkat çekilen husus bu hakkın anayasada tanımlanmasıyla, soybağı davasından bağımsız bir temel hakkın varlığına işaret edilmiştir⁴¹⁷.

AİHM konuya ilişkin farklı kararlar vermiştir. Örneğin Jaggi vs İsviçre kararında AİHS md. 8'den doğrudan kökenini bilme hakkının çıkarılamayacağı, ancak sırf

⁴¹⁴ Aebi-Müller (2008). s. 97; A. Leukart (2009). s. 586, ancak türdeş olmayan döllemede ergin olmayan çocuk bakımından ve eğer bağışçı çocuk ile hiçbir ilişkisinin olmasını istemiyorsa menfaatler ve değerler kıyaslanması yapılmalıdır.

⁴¹⁵ Öğretide de kökenini öğrenme hakkının kesinlikle bireylerin yaşlarından bağımsız olarak var olduğu üzerinde durulmaktadır, Aebi-Müller (2008). s. 96.

⁴¹⁶ Baysal (2010). s. 505-506.

⁴¹⁷ Baysal (2010). s. 509.

hukuk güvenliği nedeniyle temel bir anlamı olan kökeni öğrenme hakkının kimsenin elinden alınamayacağı ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin göz önünde bulundurulması gerektiğinden DNA testine zorlanamayacağı belirtilmiştir. Paulik vs Slovakya kararında, baba olmadığı DNA testiyle kanıtlanan kimsenin de yararının yanlış bir hukuki soybağı ilişkisini sürdürmemek olduğuna değinmiştir. Odievre vs. Fransa kararında, başvuru Fransa'daki anonim doğum merkezlerinden birinde doğmuştur. Ancak Fransız yargısı başvuru kişinin bilgi edinme hakkını yerinde bulmamış, AİHM de anonim doğum kurumunun Fransa'da uzun süredir kök salmış yerleşik bir kurum olması ve bebeklerin yaşam haklarını gözettiği nedeniyle başvuru kişinin davasını kabul etmemiştir.

Türkiye'de ise çocuğun kökenini öğrenmesi hakkı, ayrı bir kanunla düzenlenmemiştir. Ancak öğretide AY md. 17 kişilerin maddi, manevi varlıklarını geliştirebilme haklarının çocukların genetik kökenlerini de öğrenebilmelerini de içerdiğine değinilmiştir⁴¹⁸. Ayrıca BMÇHS'ne taraf olan Türkiye için BMÇHS md. 7 yasal bir dayanaktır. Öğretide genel eğilim de Alman ile İsviçre hukuklarında bu hakkın bir temel hak niteliğine dönüşmesine gönderme yaparak ulusal hukukumuzda da dayanağın AY md. 17 ile tesis edileceğine ilişkindir⁴¹⁹. Her ne kadar Türk hukukunda taşıyıcı annelik, yumurta bağı ya da sperm bağı gibi uygulamalar yasaksa da kökenini öğrenme hakkı böyle uygulamaların gerçekleştirilmesi durumunda çocukları korunmasız bırakmamak için tanınmalıdır.

4.2.1. Anne bakımından kökenin öğrenilmesi hakkı

Türk hukukunda ana ile soybağı doğumla kurulmaktadır ve bu hukuken aksi kanıtlanamayacak bir karinedir. Ancak her ne kadar pozitif hukuk bakımından daha önce de değinildiği gibi yumurta bağı yasak olmasına karşın yapıldığı ya da taşıyıcı annelik uygulamasına başvurulduğu takdirde genetik annelik ile biyolojik annelik kavramları birbirleriyle örtüşmeyecektir. BMÇHS'nde Komite'nin

⁴¹⁸ Erol (2012). s.136; Baysal (2010). s. 514.

⁴¹⁹ Erol (2012). s. 135-136.

yorumunda değinildiği gibi genetik köken hem çocuğu doğuran kadını, hem çocuk öncelikle kendisini doğuran kadını, genetik annesini ve kendisini bakıp gözeten kadınların üçü de ayrı kimseler ise üçünü de tanıma hakkı elde edecektir.

Soybağına ilişkin davalar aynı zamanda bireylerin medeni hukuktaki konumlarına ilişkin yenilik doğurucu hüküm kurarlar ve bireyin hukuki düzlemdeki konumunu değiştirmeye yöneliktir; oysa çocuğun kökenini öğrenme isteminin soybağı davasıyla ilgili olmadığı öğretilerde baskın olarak ileri sürülmüştür⁴²⁰. Bu anlamda MK'da hem baba bakımından hem de anne bakımından soybağına ilişkin davaların dışında kökeni öğrenmeye dair bir tespit davasının bulunmaması eleştirilmektedir, BMÇHS'nin çocuğun ebeveynlerini öğrenme hakkına değinilen md. 7'ye aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir⁴²¹. Öğretinin değindiği temel, soybağının reddi davasının dışında çocuğun kökenini öğrenebilmesinde açıkça bambaşka menfaatleri bulunduğu, ne ailenin menfaatinin ne de bir başka kişilik hakkının bu hakka üstün tutulabileceğidir⁴²². Çünkü birçok hukuk düzeni zaten sperm bağışlarında, taşıyıcı annelikte daha önce de değindiğimiz gibi genetik ebeveynlerle hukuki bir soybağının kurulmasına olanak tanımamakta, çocuğun üstün yararını kendisini isteyen sosyal ebeveynlerine bağlamakta bulmaktadır. Çocuğun her bakımdan üstün yararını öngören bu görüş bizce de en uygundur Çocuğun genetik mirasını kimden aldığı hukuki soybağına ilişkin değildir, ailenin korunması yolu hukuki soybağına ilişkin davalarda hak düşürücü süreler öngörülerek, genetik ebeveynlere hukuken bağlanma olasılığı zaten engellenerek sağlanmaktadır, çocuğun kendi kimliğini geliştirebilmesine yönelik böyle bir hakkın da soybağından ayrı bir tespit davasıyla sağlanması görüşü bizim de benimsediğimiz doğrultudadır⁴²³.

⁴²⁰ Baysal (2010). s. 518; Aebi-Müller (2008). s. 104; Metin (2012). s. 50.

⁴²¹ Acabey (2006). s. 70.

⁴²² Buchler ve Ryser (2009). s. 20.

⁴²³ Erol (2012). s.137.

Yasal olarak çocuğa anayı reddetme hakkının verildiği ülkelerden biri olan Belçika'da ana çocuğun nüfusuna öncelikle doğuran kadın olarak kaydedilmektedir, fakat her tür hukuki kanıtla analığın reddi ispatlanabilmektedir⁴²⁴.

4.2.2.Baba bakımından kökenin öğrenilmesi

Baba bakımından soybağının reddi davalarının dışında ayrıca bir tespit davası olanağı Türk hukukunda öngörülmemektedir. Her ne kadar Türkiye'de türdeş olmayan dölleme teknikleri uygulanamasa ve yurtdışındaki uygulamalar ayrıca yasaklansa da fiili bir denetleme yapılamayacaktır⁴²⁵, yurt dışında türdeş olmayan dölleme teknikleri bakımından bu da asıl olarak çocukların haklarını kullanmasını zorlaştıracaktır⁴²⁶.

Çocuğun baba bakımından kökenini öğrenme hakkı, miras, aile hukuku gibi medeni hukukun geniş alanlarında sonuç doğuracak soybağı davalarından ayrı olarak düşünülmeli ve çocuğa koruma getirmek amacıyla bu yönde bir düzenleme yapılmalıdır. Sperm bağışçısına karşı, soybağı davaları açılma hakkının önüne geçilmeli ve çocukların kökenlerini öğrenebilme hakkı bundan ayrı tutulmalıdır⁴²⁷. Sözgelimi, İsviçre hukukunda ZGB md. 261 uyarınca çocuğun sperm bağışçısına soybağı davası açma hakkı ancak spermlerini yapay dölleme uygulamaya yetkili olmayan ve amacı bu olmayan kimselere nakledilmek üzere teslim etmişse bulunmaktadır. Bu durumda çocuğun kökenini öğrenme hakkından bağımsız olarak soybağı kuracağı bir babasının bulunmamasına neden olan kimselere karşı tazminat davası açabilmektedir⁴²⁸.

4.2.3.Sınırlayıcı uygulamalar

⁴²⁴ Büchler ve Ryser (2009). s. 450.

⁴²⁵ Bozkurt (2007). s. 30-31.

⁴²⁶ Baysal (2010). s. 521.

⁴²⁷ Serozan (2005). s. 185; Baysal (2010). s. 522.

⁴²⁸ Hegnauer (1999). s. 68-69.

Uluslararası bağlamda yapay dölleme tekniklerine bağlanan hukuki sonuçların farklılığı aynı zamanda çocukların kökenlerini öğrenebilmeleri bakımından da farklı uygulamalar getirmektedir. Kiminde kökeni öğrenme hakkı temel hak olarak değerlendirilmiş, kiminde ise menfaat kıyaslamasına tabi tutularak mahremiyet hakkına öncelik tanınmıştır.

Genetik annenin gizli kalabilmesi olasılığı yumurta bağışında geçerli olabilmektedir. Yumurta bağışında, genetik annenin gizli kalma hakkı, sperm bağışına yaklaşımla denk değerlendirilmektedir. Her ne kadar, İsviçre’de yumurta bağışı yasak da olsa, FMedG md. 27 uyarınca sperm bağışının kaydı tutuluyorsa kıyasen yumurta bağışçısının da kaydı tutulmalıdır. Onsekiz yaşını dolduran çocuğa menfaatini kanıtlamaksızın, on sekizden küçük olan çocuklara ise haklı bir menfaatleri olduğunu kanıtladıkları takdirde bağışçılarında başvurarak çocukların bilgileri istedikleri bildirilmelidir. Yumurta bağışçısı, iletişim kurmayı reddettiği takdirde bağışçının kişilik ile aile haklarına ilişkin çocuk bilgilendirilmeli, buna karşın çocuk hala direnirse yumurta bağışçılarının bilgisi sağlanmalıdır.

Yapay dölleme, bir tıbbi müdahale olarak değerlendirildiğinden hekimlerin sır saklama yükümlülükleri gündeme gelmektedir. Ancak öğretilde hekimin sır saklama yükümlülüğünün, çocuğun kökenini öğrenme menfaati karşısında üstün olmadığına değinilmektedir⁴²⁹.

Buna karşın yumurta bağışında Amerikan hukukuna ilişkin farklı bir görüş bulunmaktadır. Amerikan hukukunda, yumurta bağışında spermden farklı olarak biyolojik anne olan gebe kadının yumurtayı dokuz ay kendi bedeninde taşıdığı ve bu sayede de aynı zamanda biyolojik anne de sayılacağı, ayrıca bir de annenin kocasıyla dölleme gerçekleşmiş ise hukuki babanın aynı zamanda genetik baba olacağı için çocuğun kökenini öğrenme hakkının sperm bağışından farklı olarak devreye giremeyeceği belirtilmiştir⁴³⁰.

⁴²⁹ Buchli-Schneider (1987). s. 194.

⁴³⁰ Weyrauch (2003). s. 212.

Genetik annenin mahremiyet hakkını kullanarak gizli kaldığı durum yalnızca taşıyıcı annelikte değil, örneğin Almanya, İsviçre, Fransa, Avusturya, Macaristan, Filipinler gibi ülkelerdeki anonim doğum, bebek sandığı gibi uygulamalarla da mümkündür⁴³¹. Almanya'da ilk kez 1999'da Amberg'de bir başlatılan uygulamayla, ilgili kuruluşun dış duvarında bir bebeği alabilecek büyüklükte saydam bir kapakla örtülü bebek sandıkları içine anneler kimliklerini gizleyerek bebeklerini bırakabilmektedirler⁴³². Mekanizma daha sonra kendini kilitlemekte annenin uzaklaşmasına yetecek bir süre sonra ise alarm devreye girerek görevliye haber vermektedir⁴³³. İsviçre'de ise ilk kez 2001 yılında bir bebeğin ölü bulunması üzerine, bebek sandığı uygulamasına geçilmiş; Fransa'da ise 1993 yılında gebe kadınların hastanede kimliklerini gizleyerek doğum yapabilmeleri sağlanmıştır⁴³⁴. Tüm bu uygulamaların temelinde ise bebeklerin yaşamlarının korunması, istenmeyen bir gebelik durumunda bebeğin öldürülmesinin önüne geçilmesi niyeti öngörülmüştür⁴³⁵. Öğretide baskın görüş, hekimlerin sır saklama yükümlülükleri bu durumda çocuğun menfaatine üstün tutulmaması yönündedir⁴³⁶.

⁴³¹ Wiesner-Berg (2010). Babyklappe und Anonyme Geburt: Rechtskonflikt zwischen Mutter und Kind? *FamPraCh*, s. 521, M. İkizler (2007). Hukuki boyutu ile almanya'da bebek sandığı ve anonim doğum uygulamaları ve Türkiye'de durum. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi özel sayı (9)*, s. 684.

⁴³² Wiesner-Berg (2010). s. 523, Almanya'daki kimi bebek sandıklarında annelerin çocuklarının ayak izlerini ve el izlerini alma olanakları bulunmaktadır.

⁴³³ G. B. Özkan-Akkın (2011). Yaşamak istiyorum. *Türkiye 1. Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı* cilt 1, İstanbul, s. 19.

⁴³⁴ Wiesner-Berg (2010). s. 524.

⁴³⁵ Özkan-Akkın (2012). s. 20.

⁴³⁶ Buchli-Schneider (1987). s. 194.

Sonuç

Hiç kuşkusuz tıbbi gelişmeler hukuki düzenlemelerden ve toplumsal ön kabullerden çok daha hızlı ortaya çıkmaktadır. Hukuk, bir düzenleme getirinceye dek uygulamadaki sorunlar çözümsüz kalmaktadır. Üremeye yardımcı tedavi teknikleri de bireylere çocuk sahibi olma olanakları sağlayarak bir yandan yardımcı olmakta öte yandan ise aile kavramının yeniden tanımlanmasını gerektirmektedir.

Soybağı hukuku alanında ortaya çıkan sorunlarda da mevcut hukuk düzeni içinde çözüm bulmak artık yetersiz olmaktadır. Türdeş olmayan döllenme teknikleri kimi ülkede üreme hakkı kapsamında değerlendirilmekte ve korunmaktadır, taşıyıcı annelik de yasak olmasına karşın özel ilişkilerde uygulanmaktadır. Kanımızca bir olguyu düzenlememek, onu hukuk dışı bırakmak sorunlara çözüm getirmeyecektir, bu nedenle taşıyıcı annelik ve türdeş olmayan döllenme tekniklerine hukuki metinlerde yer verilmeli, kurallara bağlanmalıdır. Türdeş olmayan döllenme tekniklerine ilişkin İsviçre'deki düzenlemeler dikkate alınmalı soybağının reddi davaları da buna uygun olarak düzenlenmelidir. Yasağa karşın türdeş olmayan döllenme tekniklerine ilişkin ÜYTE'deki yasaklayıcı hüküm nedeniyle bu yöntemle dünyaya gelen çocukların üstün menfaatlerine aykırı bir durum yaratılmamalıdır. Keza ölüm sonrası döllenme de bu bakımdan değerlendirilmelidir. Kanımızca ölüm sonrası yapılan döllenme işleminin üzerinden kanımızca ne kadar zaman geçerse geçsin doğacak çocuğun menfaati düşünülerek tavır alınmalı, göz önünde bulundurulacak ölçüt kötüye kullanıma karşı önlem almak olmamalıdır. Ölüm sonrası döllenmede çocuk eğer aksi durumda soybağından yoksun kalacaksa genetik babası ile soybağı kurulması sağlanmalıdır. Türdeş olmayan döllenme ya da taşıyıcı annelik uygulamalarının ahlaki olmadığı konusunda da peşin yargıya varılmamalı uygulamaların amaçları üzerinde durulmalıdır.

Taşıyıcı annelik uygulamasının doğuracağı sonuçlar açısından da biyolojik annenin kesin anne olması düşüncesinin geçerli olmadığı kabul edilmeli, çocuk

ile genetik materyalin sahibi olan genetik annenin soybağı kurması sağlanmalıdır. Bununla birlikte babaya ilişkin soybağı davalarına kıyasen annelik için de hukuk düzeni içinde yer almalıdır.

Yapay dölleme teknikleri kişilik hakları alanında da yeni sonuçlar doğurmuştur. Bireylerin üreme hakkı, ceninin üzerinde yapılan tıbbi müdahaleler doğrultusunda ceninin hukuki konumu ve yaşama hakkı ile kökenini bilme hakkı bunlardandır. Üreme hakkı uluslararası belgelerde özel yaşamın korunması ile birlikte değerlendirilmiş ancak iç hukukların uygulamasında aile kurma konusunda eşcinsel birliktelikler, evli olmayan çiftler ya da yalnız kadınlar konusunda ayrımcılık uygulamaları tartışılmaya açılmıştır. Kanımızca üreme hakkı çocuğun üstün yararı ile birlikte değerlendirilmelidir. BMÇHS' nde tanımlanan çocuğun üstün yararı ölçütleri uyarınca kanımızca eşcinsel çiftlerin ay da türdeş olmayan dölleme ile ailelerin çocuğa gereken ilgi ve sevgi ortamını sunabildiği ölçüde üremeye yardımcı teknikler doğrultusunda çocuk sahibi olabilmelerine olanak tanınmalıdır.

Yapay dölleme tekniklerinin gündeme getirdiği bir başka sorun da embriyo üzerinde kalıtsal hastalıkların taranmasını ve saptanmasını sağlayan döl yatağına nakil öncesi ve doğum öncesi tanılama yöntemleridir. Ağır kalıtsal hastalıkların saptanarak doğacak nesillerin kendilerini de zor bir yaşama maruz bırakacak hastalıklardan korunmalarını sağlamak bireylerin yararına olacaktır. Ancak tanılama tekniklerinin bu amaç dışında ve genetik manipülasyon teşkil edecek biçimde kullanılması insanın özerkliğiyle bağdaşır nitelikte değildir, bu nedenle embriyo üzerindeki genetik tanılama tekniklerinin yasal ölçütlerle hem uluslar arası düzenlemeler göz önünde bulundurularak hem de İsviçre ve Almanya'daki düzenlemeler örnek alınarak ayrıntılı biçimde düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Ceninin yaşama hakkı ise genetik tanılama yöntemlerinin başka bir bağlamda tartışılmasını gerektirmiştir. Genetik tanılama sonucunda imha edilen cenin nedeniyle hem yaşanmaya değer bir yaşam hem de öjeni kavramının yeniden

üzerinde durulmuştur. Tüpte embriyonun hukuki statüsü hem embriyonun bir insanlık mirası olduğu ölçütü dikkate alınarak korunmalı ancak bilimsel araştırma özgürlüğü ile bir denge kurulmalıdır. Tüpte embriyonun yaşamının başlangıcı için de kanımızca embriyonun yararına tavır alınmalı, tüpte döllenenin gerçekleştiği anda medeni hukuk alanında sonuç doğurmak üzere embriyonun kişilik kazandığı sağ ve tam doğum geciktirici şartına bağlı kalınarak kabul edilmelidir.

Yapay döllene uygulamalarının gündeme getirdiği kişilik haklarından biri de kökenini öğrenme hakkıdır. Uluslararası düzenlemelerde bireylerin kişiliklerini geliştirmelerinin en önemli unsurlarından sayılan kökenini öğrenme hakkına BMÇHS’de de yer verilmiştir. Türdeş olmayan döllenede üreme hücrelerinin vericilerinin anonimliğine ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Kanımızca ,bir çocuğun kökenini öğrenmesi her tür menfaatin üzerinde olmalıdır, ancak bu durum soybağının kurulmasına ilişkin bir dava hakkını beraberinde getirmek zorunda değildir. Çocuğun yalnızca kendi vericisinin kimliğini öğrenme anlamında bir hakkı olmalıdır. Ne ailenin menfaati ne de vericinin kişilik hakları çocuğun kökenini öğrenme hakkından üstün görülemez. Ancak tek ayrıcalık çocuğun yaşama hakkıdır ki, Fransa’daki anonim doğum, İsviçre ve Almanya’daki bebek sandığı uygulamalarının asıl amacı çocuğun doğduktan sonra öldürülmesi ya da bakılamayacağı kaygısıyla güvensiz bir ortama terk edilmesindenense yaşamının garantiye alınmasıdır.

Kaynakça

- Acabey, B. (2006). *Soybağı kurulması genel olarak sonuçları özellikle evlilik dışında doğan çocukların mirasçılığı*, İzmir: Güncel Hukuk Yayınları.
- Aebi-Müller, R. E. (2008). Persönlichkeitsschutz und Genetik Einige Gedanken zu einem aktuellen Thema, unter besondere Berücksichtigung des Abstammungsrechts. *Zeitschrift des Bernischen Juristenverins*,144(82).
- Akıncı, Ş. (1996). *Türk özel hukukunda insan kökenli biyolojik madde (organ-doku) nakli kavramı ve bundan doğan hukuki sonuçlar*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Akıntürk, T. (2008). *Türk medeni hukuku 2. cilt aile hukuku*. Ankara: Beta Yayıncılık.
- Akıntürk, T. Ve Ateş-Karaman, D.(2011). *Türk Medeni Hukuku başlangıç hükümleri birinci cilt*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Akıpek J. G. vd. (2011). *Türk Medeni Hukuku başlangıç hükümleri birinci cilt*. İstanbul: Beta Yayınları.
- Aksoy-Retornaz, E. (2012).Üremeye yardımcı tedavi yoluyla çocuk sahibi olma hakkı, *Güncel hukuk*, Şubat: 10-11.
- Arslan-Öncü, G. (2011). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde özel yaşamın korunması hakkı, İstanbul. Beta Yayınları.
- Atabek, R. (1985). Yapay dölleme. *İstanbul barosu dergisi*, 59 (7-8-9): 616-622.
- Ateş M. (1994). Nesep hukuku yönünden suni usullerle dünyaya getirilen çocukların durumu, *YD 20* (3): 325- 344.
- Ayan, M.(1991). *Tıbbi müdahalelerden doğan hukuki sorumluluk*. Ankara.: Kazancı Yayınevi.
- Aydın, M. (2008). *Tıbbi Müdahale olarak organ ve doku nakli ve ceza sorumluluğu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Aydın, E. (2006).Taşıyıcı annelikle ilgili etik sorunlar, *Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği Dergisi*, 3 (1): 19-20.
- Aydın-Ünver, T. (2011). *Ceninin hukuki konumu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Aytaç,İ.(2002). Yardımcı üreme tekniklerinin nesep hukuku bakımından incelenmesi, *AD*, S 11: 183-199.
- Bafra, J. (1996). Ceza hukuku açısından yapay dölleme, *İstanbul barosu dergisi*, 70, (1-2-3): 60-66.

Bayraktar, Ö.(2010). Organ ve doku nakli,*Köksal Bayraktar'a armağan*. İstanbul: 1297-1329.

Baygın, C.(2010). *Soybağı hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Baygın, C.(2006). Kanbağına dayanan soybağı, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi dergisi*. 6 (1-4): 255-284.

Baysal, B. (2010). Çocuğun kökenini öğrenme hakkı. *Prof. Dr. Rona Serozan'a armağan*, cilt.1, İstanbul: 493-533.

Boyar, O. (2009). Sağlık Hakkı. *Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler*. İstanbul: Marmara Üniversitesi hukuk fakültesi yayınları: 275-292.

Bozkurt, C. (2007). Taşıyıcı annelikte akıl karıştıran soru: anne kim? *Güncel hukuk*, Ağustos: 30-31.

Brehm, C.(2012). PID de lege lata et ferenda. *Haftpflicht und Versicherungsrecht*: 37-51.

Büchler, A. ve Ryser, N., (2009). Das Recht des Kindes auf Kenntniss einer Abstammung, *Praxis des Familienrechts*.

Buchli-Schneider, F. (1987). *Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht*, Staempfli Bern.

Büyükay, Y. (2005). Gen analizleri ve mukayeseli hukuktaki düzenlemeleri, *Atatürk Üniversitesi Erzincan hukuk fakültesi dergisi*, 9 (3-4): 355-382.

Cevizci A. (2010). *Felsefe sözlüğü*, İstanbul: Paradigma Yayınları.

Cihan, E. (1971). *Sosyal ve hukuki bakımdan sun'i ilkah*, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları.

Cin, O. (2003). Üreme amaçlı klonlamanın cezalandırılabilirliği üzerine etik ve hukuki argümanlar, *Selçuk üniversitesi hukuk fakültesi dergisi 20. Yıl armağanı*, 11 (1-2): 127-140.

Cin, O.(2009). Hekimlerin embriyon nakillerinde cezai sorumluluğu, *Ankara Barosu 2. Sağlık Kurultayı*, Ankara: Ankara Barosu Yayınları: 151-158.

Collin, F. ve Laborie, F. (2009). Annelik, *Eleştirel feminizm sözlüğü*. (çev. G. Acar-Savran), İstanbul: Kanat Kitap.

Çırakoğlu, B. (2001). Genom ne söylüyor? *Bilim ve Teknik Dergisi*, Mart Ek (400): 2-4.

- Çoban, A. (2007). Türkiye’de ana rahmindeki embriyonun hukuki statüsü, 6. Ankara biyoteknoloji günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-Ekonomik Yaklaşımlar. *A.Ü. Biyoteknoloji Enstitüsü Yayını*: 85-110.
- Çoban, A. (2009a) Türkiye’de üreme sürecinde oluşturulan tüpteki insan embriyosunun hukuki statüsü. *İnsan Hakları Yıllığı*, (27): 75-96.
- Çoban, A. (2009b). Türkiye’de insan embriyosu üzerinde hukuki araştırma yapmanın hukuki sorunları, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (86): 204-248.
- Çopur, E. (2011). Die Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung, *AJP*, s.1436.
- Descoutures, V. (2011). Lezbiyen anneler: eşcinsel ebeveynlik ışığında karşı cinsel normatif düzen. *Cogito: Queer Kuram ve Cinsel Yönelimler Özel Sayısı*, c 65-66.
- Dural, M.(2000). Federal Almanya’nın Gesetz Über Die Eingetragene Lebenspartnerschaft temel alınarak eşcinsellerin birlikte yaşamlarının açıklanmasına ilişkin bir deneme, *Kocayusufpaşaoğlu için armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Eggen, B. (2007). Homosexuelle Paare mit Kindern, *FamPrch*. S 823.
- Erem, F. (1981). Soyunu sürdürebilmek özgürlüğü, *YD.*, c 7, s 3: 236-240.
- Ergüneş, S.(2012). Yapay dölleme. *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri 2*, İstanbul.
- Erol,Y. (2012).*Yapay dölleme yöntemleri ve taşıyıcı annelik*, Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Erlüle, F.(2011). *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na göre bedensel bütünlüğün ihlalinde manevi tazminat*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Erlüle, F. (2009). Babalık karinesi, *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye armağan*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Feyzioğlu, N. vd. (1986). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Fukuyama, F.(2003). *İnsan ötesi geleceğimiz*. (çev. Ç. Aksoy-Fromm) Ankara: ODTÜ Yayıncılık.
- Geiser, T.(2009). Kind und Recht von der sozialen zur genetischen Vaterschaft, *FamPrach*, s. 41.
- Gemalmaz, H. B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde mülkiyet hakkı*, İstanbul.

- Gençcan, Ö. U. (2002). *743 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa göre soybağının kurulması, reddi, düzeltilmesi, itiraz davaları ve soybağının hükümleri*. Ankara:Yetkin Yayınları.
- Gültepe, H. (2004). Soybağı tayininde genetik incelemeler, *İstanbul Barosu Dergisi*, cilt 78, Sayı 2.
- Günel, R. V. (2009). Genetik ve hukuk, *Sağlık Hukukunda Dünyadaki Son Gelişmeler*.
- Günel-Yıldırım, H. (1996). *Tıpta yapay dölleme ve hukuki sorunlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Gürbüz, M. (2005). Bir ispat aracı olarak gen ve DNA, *EBD*, S. 7, s 55-66.
- Habermas, J. (2006). *İnsan doğasının geleceği*, (çev. K. H. Ökten). İstanbul: Everest Basın-Yayın.
- Hakeri, H. (2012). *Tıp hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hatemi, H. (2005). *Gerçek kişiler hukuku*. İstanbul:Vedat Kitapçılık.
- Hatemi H. ve Serozan, R. (1993). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Hausheer, H. (2000) Die Familie im Wechselspiel von Gesellschaftsentwicklung und Recht, *ZBJV*.
- Hausheer H. ve Aebi-Müller R. E., (2005).*Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Bern: Staempfli Verlag.
- Hausheer, H. ; Geiser, T. ; Aebi-Müller, R. E. (2007). *Das Familienrecht des Schweizerischen Gesetzbuches*. Bern: StaempfliVerlag.
- Hegnauer, C. (1999). *Grundriss des Kindesrechtsund des übrigen Verwandschaftsrecht*, Bern: StaempfliVerlag.
- Hegnauer, C. (2006). Kindesrecht –ein weites Feld-*Zeitschrift für Vormundchaftswissen*, 25-30.
- Helvacı,S. ve Erlüle, F. (2011). *Medeni hukuk*. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- Heper. A, (2010). Biyoetikte hakim etik teoriler. *HFSA*, C.20.
- Herdeggen, M. (2002). Humangenetik und die Steuerungskraft des Verfassungsrechts, *Medizinrechtliche Probleme der Humangenetik*, Heidelberg: Springer Verlag.

- Hodgkin, Rachel ve Peter Newell, (1998). Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı (UNİCEF).
- Hübner, M. ve Pühler, W. (2011). Die neuen Regelungen zur Praeimplantationsdiagnostik- wesentliche Fragen bleiben offen. *MedR*, (29) 789-796.
- Irıgaray, L. (2006). *Ben sen biz farklılık kültürüne doğru*. Ankara, (çev. N. Tural, S. Büyükdüvenci). Ankara: İmge Kitabevi.
- İkizler, M. (2007). Hukuki boyutu ile Almanya'da bebek sandığı ve anonim doğum uygulamaları ve Türkiye'de durum. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9: 683-719.
- Kalkan-Oğuztürk, B. (2012). Türk Medeni Hukukunda biyoetik sorunlar. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Kamacı, M. (2009). Embriyon nakillerinde oluşan nesep (soybağı) sorunları. *Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı 7-8 Kasım 2008*. Ankara: 93-110.
- Katoğlu, T. (2006). Türk hukukunun bir parçası olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*: 158-193.
- Kauch, P. (2009). *Gentechnikrecht*, München: Verlag C. H. Beck,
- Kırkbeşoğlu, N. (2006). *Soybağı alanında biyoetik ve hukuk sorunları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Knoop, S. (2005). *Recht auf Fortpflanzung und Medizinischer Fortschritt*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Koblenz: Universitaet Koblenz.
- Kress, H. (2010). Präimplantationsdiagnostik und Fortpflanzungsmedizin angesichts des ethischen Pluralismus Rechtspolitische Gesichtspunkte nach dem Urteil des BGH; *ZRP HEFT 7*: 201-205.
- Kurt, L. M. (2011). Ceninin malvarlığı hakları. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.2 S.1: 177-207.
- Laufs, A. ve Kern, B. R. (2010). *Handbuch des Arztrechts*. 4. Auflage München.
- Laufs, A. (2002). Rechtsfragen der Präimplantationsdiagnostik, *MedR*, Heft 2.
- Leukart, A. (2009). Die praktischen Konsequenzen des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung – Welche Faelle verlangen ein Umdenken im schweizerischen Familienrecht? *AJP*: 584-592.

- Memiş, T. ve Yıldırım, M. F. (2004). Soybağının belirlenmesinde gen analizlerinin kullanılması ve yarattığı hukuki sorunlar. *Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8 (1-2):
- Metin, S. (2010). *Biyo-tıp etiği ve hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Metin, S. (2012). Yörüngesinden çıkan tabiat: etik, sosyal, psikolojik ve hukuki görünümüyle taşıyıcı annelik, *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Makaleleri 2*: 7-55.
- Nomer, H. N. (2000). Suni döllenme dolayısıyla ortaya çıkabilecek nesep problemleri. *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına armağan*, İstanbul: 545-594.
- Oğuzman, M. Kemal ve Dural, M. (1994). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Özbilen, A. B. (2011). *İnsan kökenli biyolojik maddelere ilişkin hukuki işlemler*. İstanbul: Vedat kitapçılık.
- Özer-Taşkın, Ö. (2006). *Velayette çocuğun yüksek yararı ilkesi*, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Özkan-Akkin, G. B. (2011). Yaşamak istiyorum. *Türkiye 1. Çocuk Hakları Kongresi Yetişkin Bildirileri Kitabı*, cilt 1, İstanbul.
- Özsunay, E. (1982). *Gerçek kişilerin hukuki durumu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Özsunay, E. (1998). Hayatın başlangıcı ve sonuna ilişkin en önemli hukuksal sorunlar. *Bülent Davran'a armağan*, İstanbul.
- Özsunay, E. (2008). Uluslararası belgelerde ve bazı ulusal hukuk düzenlerinde embriyo ve cenin'in hukuksal durumu ve korunması. Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu*, 26-27 Haziran,
- Özsunay, E. (2007). "Taşıyıcı annelik"le ilgili hukuksal sorunlar. *Güncel hukuk Dergisi*, Ağustos: 28-29.
- Paksoy, G. (2011). Soybağının reddi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, sayı 97: 353-376.
- Pally –Hoffmann, U. (2008). Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten Nasciturus. *AJP*.
- Rumo-Jungo A. vd. (2006). *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich.
- Rusch M. (2009). Rechtliche Elternschaft, *FamPrach Band/Nr. 13*.

Rütsche, B. (2010). Eugenik und Verfassung – Regulierung eugenischer Wünsche von Eltern im freiheitlichen Rechtsstaat. *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht*, 111/2010 S.297, ss. 297-327.

Serozan, R. (2005). *Çocuk hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Serozan, R.(2006).Doğum öncesi ve ölüm sonrası kişiliğin korunması, Prof. Dr. *Tuğrul Ansay'a Armağan*, Ankara:Turhan Kitabevi: 313- 324.

Serozan, R. (2008). Soybağı üzerine çeşitlemeler, *Bilge Öztan'a armağan*, İstanbul: 759-777.

Spickhoff, A.(2011). *Medizinrecht*, München: Becksche Verlag.

Sungurbey, İ. (2003). *Medeni hukukun temel sorunları*, Ankara: Adalet Yayınevi.

Tekinay, S. S. (1982). *Aile hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi

Uyanık-Çavuşğlu, A. (2011). Bağışlanan spermle dünyaya gelen çocuk. *Güncel hukuk Dergisi* Ağustos, İstanbul.

Uzun, E.(2009). Kriminoloji tarihinde klasik ve pozitivist okul, *Ceza hukuku dergisi*, Nisan, Sayı: 9.

Ünver, Y.(2008). Türkiye’de ceza hukuku açısından sun’i döllenme, ilaç ve tıp alanında ceza hukuku.*Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, İstanbul: 21-78.

Üskül-Engin,Z. Ö. (2008). Yeni aile modelleri ve cinsel azınlıkların aile kurma talepleri. *HFSA,C.20*, İstanbul.

Vollmann J. (2008). Tüp bebek: ilgili genç yetişkinin etik yargısı ve kişisel görüşü, *İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu-8 Ekim 2008*, İstanbul: 7-20.

Weyrauch, V. (2003). *Zulaessigkeitsfragen und Abstammungsrechtlich Folgeprobleme bei künstlicher Fortpflanzung im deutschen und U.S.Amerikanischen Recht*. Düsseldorf: Heinrich Heine Universitaet.

Wiesner-Berg, S. (2010).Babyklappe und Anonyme Geburt : Rechtskonflikt zwischen Mutter und Kind? *FamPraCh*: 521-531.

Wuketits, F. M. (2006). *Bioethik eine kritische Einführung*, Becksche Reihe.

Yenerer-Çakmut, Ö. (2008). *Soybağının belirlenmesi ve ceza hukukunda çocuğun soybağını değiştirme suçu*, İstanbul: Beta Yayınları.

Yıldırım, M. F. Gen analizleri ve kişilik haklarının korunması, *Atatürk Üniversitesi Erzincan hukuk fakültesi dergisi*.

Zengin, M. A.(2012). *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*. Ankara, Adalet Yayınevi.

İnternet Kaynakları

Şıpka Ş.(2007). *Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar*,
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm (erişim tarihi 04.04.2012)

<http://www.haberturk.com/saglik/haber/729981-turkiyede-bir-ilk>
(erişim tarihi:30.06.2012)

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=906019&Date=31.10.2008&CategoryID=96> (Erişim tarihi: 30.06.2012)

<http://www.milliyet.com.tr/bankadan-bebek-yapana-hapis-guncel/haberdetay/16.03.2010/1211871/default.htm>. (Erişim tarihi: 30.06.2012)

<http://www.hurriyet.com.tr/magazin/magazinhatti/15340886.asp> (Erişim tarihi: 13.07.2012)

http://www.sabah.com.tr/Yasam/2010/07/17/hamilelige_turk_soyu_engeli(Erişim tarihi: 13.07.2012)

<http://www.milliyet.com.tr/embriyonun-velayeti-kimde-pazar/haberdetay/02.10.2011/1445578/default.htm> (Erişim tarihi: 13.07.2012)

http://www.hakanyarali.com.tr/tup_bebek/transfer_edilen_embriyo_sayisinda_yeni_yonetmelik_ile_yasal_kisi (Erişim tarihi: 28.12.2012)

İsviçre Hükümeti PGT yolunu açıyor haber
<http://www.bag.admin.ch/aktuell/00718/01220/index.html?lang=de&msgid=25375b> (Erişim tarihi: 13.07.2012)

<http://www.gata.edu.tr/cerrahibilimler/arsiv/kadindogum/SSS/INF4.html> (Erişim tarihi: 03.05.2012)

Alman Parlamentosu PID yasa taslağı,
<http://dipbt.bundestaq.de/dip21/btd/17/054/1705451.pdf> (Erişim tarihi: 01.06.2012)

Alman Etik Komisyonu, Stellungnahme des Ethikrates
<http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahmepraeeimplantationsdiagnostik.pdf> (Erişim tarihi: 01.06.2012)

http://www.ornl.gov/sci/techresources/Human_Genome/project/about.shtml
(Erişim tarihi: 05.05.2012)

http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/SHS/pdf/GENOME-HUMAIN_Turc.pdf (Erişim Tarihi: 05.05.2012)

http://www.kadininstatusu.gov.tr/upload/mce/eski_site/Pdf/uzmanlik_tezleri/ozgu_karaca_tez.pdf (Erişim tarihi, 16.08.2012)

<http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=274&invol=200> (Erişim tarihi: 12.07.2012)

<http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta82/erec934.htm> (Erişim tarihi: 05.02.2013)

<http://assembly.coe.int/main.asp?link=/documents/adoptedtext/ta86/erec1046.htm> (Erişim tarihi: 05.02.2013)

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta89/EREC1100.htm> (Erişim tarihi: 05.02.2013)

http://www.avrupakonseyi.org.tr/antlasma/aas_164.htm (Erişim tarihi: 05.02.2013)

TV dizisi

Memiş H. ve Gülmez M. (Yönetmen). (2006). *Bebeğim* (Televizyon dizisi) İstanbul: BKM Yapım.

Diğer

Birleşik Krallık Adalet Yüksek Mahkemesi Aile Dairesi'nin Yabancı Taşıyıcı Anneliğe Dair 09.12.2008 Tarihli Kararı, (2011). (Çev. Eylem Apaydın), *Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi*, 1 (2) Temmuz 2011, ss. 102-118

Obergericht des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, 2. Mai 2011, CAN 2012 Nr. 1 S. 8, Zeitschrift für kantonale Rechtsprechung.

Vereinbarkeit genetischer und morphologischer Untersuchungen von Embryonen in vitro mit Art 119 Abs 2, Bst c BV Gutachten vom 15. Oktober 2007 und 22. Januar 2008. *Verwaltungspraxis des Bundesbehörden*, Bundeskanzlei.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarih ve 2008/30 Esas ve 2009/96 Karar sayılı kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.4.2011 tarih ve 2011/2-160 Esas ve 2011/247 Karar sayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2005 tarih ve 2005/6179 Esas ve 2005/9092 karar sayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2005 tarih 2005/6179 Esas ve 2005/9092 Karar sayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 13.06.2006 tarih ve 2006/2900 Esas ve 2006/9378 Karar sayılı ve kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2003 tarih ve 2003/10110 Esas ve 2003/13777 Kararsayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 27.12.2004 tarih ve 2004/15440 Esas ve 2004/15711 Karar sayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 9.3.2011 tarih ve 2011/1953 Esas ve 2011/4145 Karar sayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 3.10.2006 tarih ve 2006/13561 Esas ve 2006/13008 Karar sayılı kararı

Danıştay 5. Dairesi'nin 20.09.2001 tarih ve 1998/3529 Esas ve 2001/3138 Karar sayılı kararı.

İçindekiler

	<u>Sayfa</u>
Öz.....	ii
Abstract.....	iii
Etik İlke ve Kurallara Uygunluk Beyannamesi.....	iv
Özgeçmiş.....	v
Kısaltmalar Listesi.....	vi
Giriş.....	1

Birinci Bölüm:

Yapay Döllenme Tekniklerinin Tarihi Gelişimi, Uygulanma Nedenleri, Yapay Döllenme Teknikleri, Uluslararası ve Ulusal Mevzuat

1.Genel Olarak.....	5
2-Yapay Döllenme Tekniklerinin Tarihi Gelişimi.....	7
3-Yapay Döllenme Tekniklerini Uygulanma Nedenleri.....	8
3.1.Kısırlık.....	9
3.1.1.İnfertilite (Kısırlık) nedenleri.....	9
3.1.1.1.Kadınlarda infertilite (kısırlık) nedenleri	9
3.1.1.2.Erkeklerde infertilite (kısırlık) nedenleri	10
3.2.Ağır Kalıtsal Hastalıklar.....	10
4-Yapay Döllenme Teknikleri	11
4.1.Genel Olarak	11
4.2.Üreme Hücrelerinin Sahipleri Bakımından Ayrım	13
4.2.1.Türdeş (Homolog) Döllenme	13
4.2.2.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllenme.....	14
4.2.3.Yumurta Bağışı.....	16
4.3.Uygulanan Yöntem Bakımından Yapılan Ayrım	17
4.3.1.İn Vivo Döllenme	17
4.3.2.In Vitro Döllenme.....	17
4.3.3.Öteki Teknikler	19
4.3.4.Taşıyıcı Annelik.....	20
4.3.4.1.Genel Olarak	20



4.3.4.2.Biyoetik Tartışmalar	23
5-Yapay Döllenmeye İlişkin Uluslararası ve Ulusal Mevzuat	25
5.1.Yapay Döllenmeye İlişkin Uluslararası Mevzuat	26
5.2.1.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Genetik Mühendisliği Hakkında 934 Sayılı Tavsiye Kararı	26
5.2.2.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin İnsan Embriyosu ve Ceninlerinin Tanı Tedavi ile Bilimsel, Sınai, ve Ticari Amaçlar İçin Kullanılması Hakkındaki 1046 sayılı Tavsiye Kararı	26
5.2.3.Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin Bilimsel Araştırmada İnsan Embriyosu ve Ceninlerinin Kullanılmasına İlişkin 1100 Sayılı Tavsiye Kararı	27
5.2.4.İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi	28
5.2.5.Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Oviedo Sözleşmesi)....	29
5.2.Yapay Döllenmeye İlişkin Ulusal Mevzuat	31
5.2.1.Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik	31
5.2.2.Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği.....	32

İkinci Bölüm

Yapay Döllenme Tekniklerinin

Soybağı Alanındaki Hukuki Sonuçları

1.Soybağı Kavramı.....	34
2.Soybağının Türleri.....	35
3.Türdeş(Homolog) Döllenmede Soybağı	36
3.1.Türdeş Döllenmede Ana ile Soybağının Kurulması	37
3.2.Tüdeş Döllenmede Baba ile Soybağının Kurulması	37
4.Türdeş Olmayan Döllenmede Soybağı	40
4.1.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllenmenin Evli Çiftlerde Uygulanması	43



4.1.1.Kocanın Rızasının Olması	43
4.1.2.Kocanın Rızasının Olmaması	45
4.1.2.1.Soybağının Reddi Davası.....	45
4.1.2.1.1.Taraflar.....	45
4.1.2.1.2.Süre	47
4.1.2.1.3. İspat	48
4.1.2.1.4.Yetkili ve Görevli Mahkeme.....	49
4.1.2.1.5.Hükümleri	49
4.2.Türdeş Olmayan (Heterolog) Döllenmenin Evli Olmayan Kadında Uygulanması.....	49
4.2.1.Tanımaya	50
4.2.1.1.Esasa İlişkin Koşullar.....	51
4.2.1.2.Biçime İlişkin Koşullar	52
4.2.2.Tanımanın İptali.....	52
4.2.2.1.Taraflar	53
4.2.2.2. Süre	53
4.2.2.3.İspat.....	53
4.2.2.4.Yetkili Görevli Mahkeme	54
4.2.2.5.Hükümleri.....	54
4.2.3.Babalık Davası.....	54
4.2.3.1.Taraflar	55
4.2.3.2.Süre	57
4.2.3.3.İspat.....	58
4.2.3.4.Yetkili ve Görevli Mahkeme	59
4.2.3.5.Hükümleri.....	59
4.3.Taşıyıcı Annelikte Soybağı	60
4.3.1.Olasılıklar	61
4.3.1.1.Taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılması.....	62
4.3.1.2.İstemde bulunan kadının yumurtasının kullanılması.....	63
4.3.1.3.Üçüncü bir kadının yumurtalarının kullanılması	64
4.3.2.Anne ile Soybağının Kurulması	64
4.3.2.1.Biyolojik Anneye Öncelik Tanıyan Görüş.....	65

4.3.2.2.Genetik Anneye Öncelik Taniyan Görüş	66
4.3.2.3.Sosyal Anneye Öncelik Taniyan Görüş	68
4.3.2.4.Değerlendirme	68
4.3.2.5.Anne Bakımından Soybağının Reddi	69
4.3.2.6.Annelik Davası	72
4.3.2.7.Tanıma	72
4.4.Yumurta Bağışında Soybağı	73

Üçüncü Bölüm:
Yapay Döllenme Tekniklerinin
Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları

1.Genel Olarak	74
2.Üreme Hakkı	74
2.1.Üreme Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Mevzuat	75
2.2.Üreme Hakkına İlişkin Ulusal Hukuki Mevzuat	78
2.3.Üreme Hakkının Tanınmasında Eşitlik İlkesinin İhlali ve AİHM Kararları	83
3.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkı	87
3.1.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Mevzuat	88
3.2.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkına İlişkin Ulusal hukuki Mevzuat	89
3.3.Embriyo ile Ceninin Tanımı ve Hukuki Niteliği	91
3.3.1.Tanım	92
3.3.2.Hukuki Nitelik	94
3.3.2.1.Üreme Hücrelerinin Hukuki Niteliği	94
3.3.2.2.Embriyo Ve Ceninin Hukuki Niteliği	94
3.3.2.3.Dölyatağındaki Embriyo (Embriyo İn Vivo)	96
3.3.2.4.Tüpte Embriyo (Embriyo in Vitro)	96
3.4.İnsan Embriyosu ve Cenininin Yaşam Hakkının İhlali: Embriyoların Saklanması ve Yok Edilmesi	99

3.4.1.Fazla Üretilen Embriyo ve Ceninlerin Yok Edilmesi.....	99
3.4.2.Embriyo ve Ceninin Genetik Tanılama Sonrası Yok Edilmesi....	99
3.4.2.1.Preimplantasyon Genetik Tanı (PGT)	100
3.4.2.2.1.Preimplantasyon Genetik Tanıya İlişkin Uluslararası Mevzuat.....	100
3.4.2.2.2.İsviçre’de Preimplantasyon Genetik Tanı	101
3.4.2.2.3.Almanya’da Preimplantasyon Genetik Tanı.....	105
3.4.2.2.4.Türkiye’de Preimplantasyon Genetik Tanı.....	106
3.4.2.2.Prenatal Genetik Tanı.....	107
3.4.2.2.1.İsviçre’de Prenatal Genetik Tanı.....	108
3.4.2.2.2.Almanya’da Prenatal Genetik Tanı	110
3.4.2.2.3.Türkiye’de Prenatal Genetik Tanı	111
3.4.2.3.Genetik Tanılama Teknikleri Hakkındaki Biyoetik Tartışmalar	111
4.Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkı.....	117
4.1.Genel Olarak	117
4.2.Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkına İlişkinUluslararası ve Ulusal Mevzuat	118
4.2.1.Anne Bakımından Kökenin Öğrenilmesi Hakkı	122
4.2.2.Baba Bakımından Kökenin Öğrenilmesi Hakkı.....	124
4.2.3.Sınırlayıcı Uygulamalar.....	124
Sonuç.....	133
Kaynakça.....	131