

Türk Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak KKTC Hukuku'nda Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri ve Hukuki Sorunlar

Eda Gülsüm Karasaç

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsüne Hukuk Yüksek
Lisans Tezi olarak sunulmuştur.

Doğu Akdeniz Üniversitesi
Haziran 2018
Gazimağusa, Kuzey Kıbrıs

Lisansüstü Eğitim, Öğretim ve Araştırma Enstitüsü onayı

Doç. Dr. Ali Hakan Ulusoy
L.E.Ö.A. Enstitüsü Müdür Vekili

Bu tezin, Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarım.

Prof. Dr. Metin Gürkanlar
Hukuk Fakültesi Dekanı

Bu tezi okuyup değerlendirdiğimizi, tezin nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesinin gerekleri doğrultusunda hazırlandığını onaylarız.

Yrd. Doç. Dr. Emine Koçano Rodoslu
Tez Danışmanı

Değerlendirme Komitesi

1. Prof. Dr. Metin Gürkanlar

2. Yrd. Doç. Dr. Hakan Albaş

3. Yrd. Doç. Dr. Emine Koçano Rodoslu

ÖZ

Günümüzde tıbbi zorunluluk hallerinin yanı sıra, iş sahasının keskin rekabet koşulları karşısında kişilerin, kariyer hedefi uğruna tek seferde birden fazla çocuk sahibi olmak istemesi veya yapılan iş nedeniyle vücudun deforme olmasının istenmemesi, kişilerin evlenmeksizin ya da cinsel ilişkiye girmeksizin çocuk sahibi olmayı istemesi ya da ikiz-üçüz çocuk sahibi olmayı istemesi hallerinde üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurulmaktadır.

Bu talepler doğrultusunda tıp ve biyoloji alanında ve özellikle üreme teknolojisinde büyük bir ivme kazanılmıştır. Yaşanan bu gelişmeler, hukuk alanında soybağı ilişkileri ve kişilik hakları üzerinde birtakım etkilere yol açmıştır. Buna karşılık hem KKTC Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda mevcut yasal düzenlemeler, bu gelişmeleri takip etmede yetersiz kalmıştır.

Çalışmada üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, bu yöntemler sonucunda anne baba ile çocuk arasında soybağının kurulması, yöntemlerin uygulandığı kişilerin üreme hakkı, mahremiyet hakkı, uygulama sonucunda oluşan ceninin yaşama hakkı ve kökenini öğrenme hakkı, uluslararası metinlerde yer alan ilkeler dikkate alınarak irdelenmiştir. Bu bağlamda doğabilecek hukuki sorunların çözümüne ilişkin öneriler de yasal sınırlar içerisinde ortaya konulmuştur.

Anahtar kelimeler: Üreme, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri, Soybağı, Kişilik Hakları.

ABSTRACT

Today, in addition to medical necessities, people who want to make career within the competitive conditions of business life or desire to have more than one child -twin or triple children- at a time, furthermore, if they request to have children without marriage or sexual intercourse, they prefer to reproduction treatment methods.

As a result of these requests, within the fields of biology, medicine and specially the reproduction technology developed rapidly. These developments, affected the basic rights of personality and also lineage relations between child and mother/father. Unfortunately legislation, both in the TRNC and in the TR became insufficient regarding these medical advances.

In this thesis, the issues about lineage and breach of personality rights (especially right to reproduction, right to life, right to identity and right to privacy), which arise from reproduction treatment methods are studied by considering international documents and solution methods for legal conflicts within the limits of legal framework are offered.

Keywords: Reproduction, Treatment Methods for Reproduction, Lineage, Personality Rights.

TEŞEKKÜR

Evlatları olmaktan her zaman gurur duyduğum annem Hayriye, babam Gürsel Karasaç'a, desteğini benden bir an olsun esirgemeyen kardeşim Rabia Binnur Karasaç ve hayat arkadaşım Mete Ramazan'a en içten sevgi ve teşekkürlerimle...

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
TEŞEKKÜR.....	v
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1
1 ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ	4
1.1 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Kavramı.....	4
1.2 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Tarihi Gelişimi	7
1.3 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Tercih Nedenleri	9
1.4 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Hakkında Uluslararası ve Ulusal Mevzuat.....	11
1.4.1 Uluslararası Mevzuat.....	11
1.4.1.1 Tavsiye Kararları.....	12
1.4.1.2 UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Bildirgesi	14
1.4.1.3 Biyotıp Sözleşmesi.....	15
1.4.2 Ulusal Mevzuat.....	17
1.5 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Çeşitleri	22
1.5.1 Üreme Hücrelerinin Ait Olduğu Kişi Bakımından Ayrım	22
1.5.1.1 Homolog (Türdeş) Döllenme	22
1.5.1.2 Heterolog (Türdeş Olmayan) Döllenme.....	24
1.5.1.2.1 Tanımı.....	24
1.5.1.2.2 Türleri.....	27
1.5.1.2.2.1 Genel Olarak.....	27

1.5.1.2.2.2 Yumurta Bağıışı (Yumurta Nakli).....	28
1.5.1.2.2.3 Sperm Bağıışı (Sperm Nakli).....	28
1.5.1.2.2.4 Embriyo Nakli (Embriyo Bağıışı).....	30
1.5.2 Döllenmenin Gerçekleştiiği Ortam Bakımından Ayrım.....	35
1.5.2.1 İn-Vivo Döllenme	35
1.5.2.2 İn-Vitro Döllenme	35
1.5.3 Taşıyıcı Annelik	36
2 SOYBAĞI BAKIMINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ	
.....	41
2.1 Soybağı Kavramı ve Türleri	41
2.2 Anne ile Soybağının Kurulması	45
2.2.1 Kural: Doğuran Kadın Anadır	45
2.2.2 İstisna: Genetik Anne ile Biyolojik Annenin Farklı Kişiler Olması	48
2.3 Baba ile Soybağının Kurulması.....	56
2.3.1 Evlilik İçinde Doğan Çocuk ile Soybağının Kurulması	57
2.3.1.1 Homolog Döllenmede	59
2.3.1.2 Heterolog Döllenmede	67
2.3.1.2.1 Kocanın Heterolog Döllenmeye Rızasının Varlığı.....	67
2.3.1.2.2 Kocanın Heterolog Döllenmeye Rızasının Bulunmaması.....	71
2.3.2 Evlilik Dışında Doğan Çocuk ile Soybağının Kurulması.....	83
2.3.2.1 Sonradan (Müteakip) Evlenme	83
2.3.2.2 Soybağının Mahkeme Emri ile Kurulması.....	85
3 KİŞİLİK HAKLARI BAKIMINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ	
.....	90
3.1 Üreme Hakkı	90

3.1.1 Üreme Hakkı Kavramı.....	90
3.1.2 Üreme Hakkının Tarihi Gelişimi.....	92
3.1.3 Üreme Hakkının Sınırlandırılması.....	94
3.2 Ceninin Yaşama Hakkı.....	101
3.2.1 Cenin Kavramı ve Tanımı	102
3.2.2 Ceninin Ahlaki ve Hukuki Niteliği.....	104
3.2.3 Genetik Tanılama Testlerinin Ceninin Yaşama Hakkı Üzerindeki Etkisi	112
3.3 Kişinin Kökenini (Soyunu) Öğrenme Hakkı.....	115
3.3.1 Genel Olarak.....	115
3.3.2 Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkı Karşısında Mahremiyet Hakkı ve Hekimin Sır Tutma Yükümlülüğü.....	120
SONUÇ.....	126
KAYNAKLAR.....	129

KISALTMALAR

App.	Application (Başvuru)
aşğ.	aşağıda
AY	Anayasa
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
b.	bent
Bkz./bkz.	Bakınız/bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BMÇHS	Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
C.	Cilt
E.	Esas
ET	Erişim Tarihi
f.	fıkra
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	Karar
KKTC	Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
m.	madde
MÜHFD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
No	Numaralı
ÖMK	Önceki Medeni Kanun
TC	Türkiye Cumhuriyeti
TMK	Türk Medeni Kanunu
TR	Türkiye

TRNC	Turkish Republic of Northern Cyprus (Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti)
PGT	Preimplantasyon Genetik Tanı
PNT	Prenatal Genetik Tanı
RG	Resmi Gazete
s.	sayfa
S.	Sayı
t.	tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TCK	Türk Ceza Kanunu
UK	United Kingdom
ÜYTE	Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri
ÜYTY	Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri
ÜYTM	Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri
vd.	ve devamı
vrs.	versus (-e karşı)
ykr.	yukarıda
YD	Yargıtay Dergisi

GİRİŞ

Canlının en temel içgüdülerinden biri olan üreme, yüzyıllar boyunca doğal bir sürecin izlenmesiyle gerçekleşmekte iken, günümüzde artık bu alana birtakım müdahalelerde bulunulduğu görülmektedir. Kişilerin en mahrem alanlarından birini oluşturan ve adeta bir tabu alanı olan üreme, tıp ve biyoloji alanında yaşanan gelişmelerle sınırlarını aşarak, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri adı verilen birtakım yöntemlerin uygulanmasıyla yapay yoldan gerçekleşir hale gelmiştir. Hatta günümüzde, bilimsel araştırmalarda kullanılmak veya kök hücre elde etmek amacıyla embriyo oluşturulması dahi mümkündür.

İnsanı konu edinen her teknik gelişme gibi, üreme tıbbı alanında yaşanan gelişmeler de hukuki anlamda birçok tartışma konusu yaratmasının yanı sıra, etik açıdan da pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Konuya ilişkin ulusal mevzuatın yanında uluslararası mevzuatta da birtakım düzenlemelere yer verilmiş, gerek tavsiye kararları gerek Biyotıp Sözleşmesi'nde getirilen ilkelerle, devletlerin ulusal mevzuatlarını oluşturmasında dikkate alması gereken hususlara dikkat çekilmiştir.

Üremenin, kişiliğe bağlı en temel haklardan biri olmasının yanı sıra, korunması kişinin gelişimini derinden etkileyen ve ayrıca toplum bakımından da büyük önem taşıyan soybağı ilişkileri ile bağlantısının bulunması, doktrinde hukuki ve etik açıdan pek çok tartışmaya haklı olarak yol açmıştır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile gerçekleştirilen yapay döllenmelerle, Roma Hukuku'ndan beri uygulanan “doğuran kadın anadır (*mater semper certa est*)” kesin karinesinin sorgulanır hale gelmesiyle, genetik, biyolojik ve gönüllü anne olmak üzere üç tür anneliğin değerlendirilmesi söz konusu olmuştur. Ayrıca üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile, döllenme ölümünden

sonra da gerçekleşebilir hale gelmiş, bu durumda koca ile çocuk arasındaki soybağının nasıl kurulacağı hakkında doktrinde farklı argümanlar ileri sürülmüştür.

Öte yandan üreme hakkının, özellikle tüpte döllenen ceninin yaşamı üzerindeki etkisi kişilik hakları bağlamında tartışılan başlıca konu olmuş, ceninin, tüpte döllenmesi halinde kişiliğinin başlangıcı hakkında birbirinden farklı görüşler üretilmiş, bu görüşler doğrultusunda annenin üreme hakkı kapsamında ceninin yaşamına, rahme nakledilmeden yahut nakledildikten sonra son verilmesi hukuki ve etik boyutuyla irdelenmiştir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin heterolog döllenmeyi ve bu bağlamda donör üreme hücresi kullanımını hayatımıza sokmasıyla, kişinin kökenini öğrenme hakkı da üzerinde farklı görüşlerin toplandığı bir hak haline almıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramı, yöntemlerin tercih nedenleri ve tarihçesi hakkında bilgiler verilmiş, geniş anlamda üreme, özel anlamda ise üremeye yardımcı tedavi yöntemleri hakkında uluslararası ve ulusal mevzuatta yer alan hükümler irdelenmiş ve özellikle Türk Hukuku ile KKTC Hukuku ilgili yerlerde karşılaştırılmıştır. Ardından üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin çeşitleri hakkında açıklamalar yapılmış ve üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle gerçekleştirilebilecek tüm dölllenme türleri, Türk Hukuku ve KKTC Hukuku bakımından karşılaştırılarak incelenmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümünde KKTC ve Türk Hukuku'nda soybağının kurulması karşılaştırmalı olarak açıklanmış ve özel olarak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin meydana getirdiği soybağı problemlerine değinilerek çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın son bölümünde ise, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin yakından ilişki kurduğu kişilik hakları, uluslararası ve ulusal mevzuatta yer alan

düzenlemeler dikkate alınarak incelenmiş, özellikle kürtaj, embriyoların dondurulması, genetik tanı testleri konularında mevcut hukuki ve etik sorunlar irdelenerek, üreme hücrelerinin bağışında anonimliğin kişinin kökenini bilme hakkı bağlamında değerlendirilmesine ve bu hakkın karşısında mahremiyet hakkının ve hekimin sır tutma yükümlülüğünün etkisine yer verilmiştir.

Bölüm 1

ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ

1.1 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Kavramı

Üreme, canlının neslinin devamını sağlamak için kendine benzer yavrularını dünyaya getirmesidir¹. Erkek ve dişi üreme hücrelerinin birleşerek üremeyi gerçekleştirmesine *döllenme (ilkah)* adı verilmektedir². Döllenme, doğal ve yapay döllenme olmak üzere temelde ikiye ayrılmaktadır³. Erkeğin spermının, cinsel birleşme yoluyla kadının rahmindeki yumurtalıklar ile birleşmesi sonucunda meydana gelen döllenmeye *doğal döllenme* denir⁴. Diğer bir deyişle doğal döllenme, yumurta ya da sperme dışarıdan herhangi bir müdahalede bulunulmaksızın, kadın ve erkeğin cinsel birlikteliği sonucunda gerçekleşmektedir.

Erkek ya da kadın üreme hücrelerinden birinin veya her ikisinin işlevini tamamen ya da kısmen yitirmesi nedeniyle doğal döllenmenin gerçekleşmemesi durumunda, *üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine* başvurulabilir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramı, üremenin cinsel birleşme yoluyla gerçekleştiği hal dışında kalan, yapay döllenmeyi sağlayan tüm yöntemleri kapsamaktadır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile yapay döllenme kavramları, farklı anlamlar taşıyan iki kavramdır. Bu kavramlara daha yakından bakıldığında, ilkinin bir sebebi, ikincisinin ise bir sonucu ifade ettiği görülmektedir. Yapay döllenme,

¹ Ateş, s. 328; Eşelioğlu, s. 4.

² Turgut, s. 3; Erol, s. 11; Aydın (Soybağı), s. 6; Kırkbeşoğlu, s. 41; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 4; Ateş, s. 328. Döllenme, yumurta ve spermde yer alan hücre çekirdeklerinin birleşerek 46 kromozomdan oluşan ve zigot adı verilen yeni bir hücreyi oluşturmasıyla gerçekleşir. Kamacı, s. 28.

³ Turgut, s. 3; Erol, s. 11; Aydın (Soybağı), s. 6; Kırkbeşoğlu, s. 41; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 4.

⁴ Turgut, s. 3; Erol, s. 11.

döllenmenin gerçekleşebileceği iki halden biriyken, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri doğal döllenmeye ikame olan yapay döllenmeyi sağlamakta kullanılan çeşitli yöntemleri ifade etmektedir.

Yapay döllenme, kimi yazarlar tarafından dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılarak tanımlanır⁵. Dar anlamda yapay döllenme kavramı, erkekten alınan spermlerin kadının döl yatağına (uterus, rahim) ya da yumurta kanalına (follapi tüpü, oviduct) enjekte edilmesi yoluyla rahimde (in-vivo) gerçekleşen döllenmeyi ifade etmektedir⁶. Bu yöntem, aşılama yöntemi olarak da anılır⁷. Geniş anlamda yapay döllenme ise, erkekten alınan sperm ile, kadının yumurtasının cinsel ilişki olmaksızın, çeşitli yöntemlerle döllendirilmesini ifade etmektedir⁸. Bu çalışmada yapay döllenme kavramı geniş anlamıyla, yani tüm yardımcı yöntemleri kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

KKTC Hukuku'nda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramı, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri ve Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Tüzüğü⁹ (ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü) m. 2'de şu şekilde tanımlanmıştır:

Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri (ÜYTY), anne adayının yumurtası ile kocanın veya vericinin sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek gerektiğinde vücut dışında döllenmeyi sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferlerini ifade eden ve modern tıpta bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları anlatır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kavramının benzer bir tanımı, Türk Hukuku'nda Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi

⁵ Turgut, s. 3; Demir, s. 277; Yıldız/Kartal/Tiryaki, s. 556; Kırkbeşoğlu, s. 41; Yenerer Çakmut, s. 48; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 4.

⁶ Turgut, s. 4; Demir, s. 277; Kırkbeşoğlu, s. 41; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 4; Erkan, s. 4.

⁷ Özbilen, s. 227; Kamacı, s. 33; Hakeri, s. 152; Turgut, s. 63.

⁸ Kırkbeşoğlu, s. 41; Yenerer Çakmut, s. 48; Turgut, s. 3; Kamacı, s. 31; Gönenç, s. 68; Erkan, s. 4.

⁹ 21.06.2016 tarih ve 80 sayılı KKTC Resmi Gazetesi.

Merkezleri Hakkında Yönetmelik¹⁰ (ÜYTE Yönetmeliği) m. 4/ğ'de şu şekilde yapılmıştır:

...Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade eder.

KKTC Hukuku'nda olduğu gibi Türk Hukuku'nda da üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin tanımı yapılırken “...modern tıpta bir tedavi yöntemi” ibaresine yer verilmiştir. Bu ibarenin tanımda yer alması ile birlikte, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin temelde üreme hücrelerinin işlevini iyileştirerek döllenmenin gerçekleşmesine yardımcı olan tedavi amaçlı yöntemler olduğu vurgulanmıştır. Bu anlamda, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasıyla, işlevi azalan ya da yok olan üreme hücrelerinin işlevsizliğinin giderilmesi yahut eksik olan kısmın yerine işlevsel yenisinin getirilmesi sağlanabilecektir. Üremeye yardımcı olan ve temelde bireyleri tedavi etmeyi amaçlayan bu yöntemlerin uygulanmasıyla doğal döllenme yerini *yapay döllenmeye* bırakacaktır¹¹.

Öte yandan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin her zaman tedavi amacı güdülerek uygulandığını ya da tedavi edici sonuçlar doğurduğunu söylemek mümkün değildir¹². Örneğin yumurtasına sperm aşılana ya da yumurta nakli yapılan kadının işlevsiz üreme hücreleri veya taşıyıcı anne uygulamasına başvurarak bebeğini başka bir kadına taşıtan kadının rahmi, uygulanan yöntemle tedavi edilmiş sayılamaz. Üreme hücrelerinde hiçbir eksik ya da kusur olmadığı halde, kocasının üreme hücrelerindeki yetersizlik nedeniyle hamile kalamayan kadının yumurtasının, bir başka erkeğin spermi kullanılarak döllendirilmesi sonucunda da yine çift çocuk

¹⁰ 30.09.2014 tarih ve 29135 sayılı Resmi Gazete.

¹¹ Kamacı, s. 31; Turgut, s. 3; Erol, s. 11; Aydın (Soybağı), s. 6; Kırkbeşoğlu, s. 41; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 4; Ateş, s. 331.

¹² Özbilen, s. 226; Kırkbeşoğlu, s. 42; Aydın (Soybağı), s. 6.

sahibi olsa da, erkek eşin üreme hücreleri tedavi edilmiş olmaz¹³. Bu nedenledir ki, kişiler yöntemler kendilerine uygulandıktan ve çocuk sahibi olduktan sonra dahi, yeniden doğal yolla üreyemeyebilir¹⁴.

1.2 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Tarihi Gelişimi

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine dair ilk denemelerin ne zaman yapıldığı tam olarak bilinmemektedir¹⁵. Yöntemlerin öncelikle hayvanlar üzerinde test edilerek geliştirildiği, bu anlamda ilk deneylerin 4.yy'da Araplar tarafından yapıldığı, ilk bilimsel denemenin ise 16.yy' da Malpighi tarafından yapıldığı bilinmektedir¹⁶.

İlk evrede hayvanlar ve bitkilerden daha yüksek verim alma amacıyla kullanılan yapay döllenme yöntemleri başarıyla sonuçlanınca, yöntemler daha da geliştirilerek insanlar üzerinde de uygulanmaya başlamıştır¹⁷. İnsanlar üzerinde başarıyla sonuçlanan ilk yapay döllenme denemesi, 1799 yılında Dr. John Hunter tarafından Londra'da gerçekleştirilmiştir¹⁸. Dr. John Hunter, erkeğin cinsel organında doğuştan gelen bir hastalığın bulunması sebebiyle doğal yolla çocuk sahibi olamayan çiftte, erkek eşin spermini karısının vajinasına enjekte etmeyi tavsiye etmiş, uygulanan yöntem sonrasında kadın hamile kalmıştır. Böylece tarihte ilk homolog (türdeş) yapay döllenme¹⁹ gerçekleşmiştir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, zaman içinde Avrupa ve Amerika'da da uygulanmaya başlamış, donör²⁰ kullanılarak

¹³ Türk Hukuku'nda heterolog döllenmelerin ve taşıyıcı annelik uygulamalarının yasal olmaması sebebiyle, kişilere yapılan uygulamaların tedaviye ihtiyaç duyulup duyulmadığına bakılmaksızın, tedavi edici niteliklerinin olmadığı savunulmaktadır. Kırkbeşoğlu, s. 42.

¹⁴ Özbilen, s. 226.

¹⁵ Turgut, s. 5; Aydın (Soybağı), s. 7; Erol, s. 60.

¹⁶ Turgut, s. 5; Aydın (Soybağı), s. 7; Erol, s. 60; Erkan, s. 18.

¹⁷ Ateş, s. 332.

¹⁸ Ateş, s. 331; Aydın (Soybağı), s. 7; Turgut, s. 5; Erol, s. 61; Erkan, s. 19.

¹⁹ Homolog (türdeş) döllenme hakkında detaylı açıklamalar için bkz. a.şğ. "Bölüm 1, 1.5.1.1".

²⁰ Donör, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde kendisinden üreme hücresi alınan kimse olarak tanımlanabilir. <http://www.tipterimlerisozlugu.com/donor.html> (ET: 06.04.2018).

gerçekleştirilen ve başarıya ulaşan ilk heterolog (türdeş olmayan) yapay dölleme²¹ ise, 1890 yılında Amerika’da yapılmıştır²².

Zamanla rahim içinde gerçekleşen döllemeyi, insan bedeninin dışına taşıma fikri oluşunca, özel tıbbi malzemeler kullanılarak adeta rahim içi hissi veren bir kültür ortamı yaratılmış ve böylece tüp bebek yöntemi doğmuştur. İlk tüp bebek denemesi 1960 yılında İtalyan Dr. Petrucci tarafından yapılmışsa da, ilk tüp bebek olan Luise Brown, Jinekolog Dr. Patric Stepto ve Fizyolog Dr. Robert Edwards’ın on iki yıl süren çalışmaları sonucunda, 1978 yılında İngiltere’de dünyaya gelmiştir²³. Bu tarihe kadar üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, rahim içinde (in-vivo) gerçekleşen döllemelerle sınırlı olarak uygulanabilmiştir²⁴.

Spermilerin dondurulmasına dair ilk deneyler 1776 yılında, sperm başışına dair ilk deneyler ise 1780 yılında yapılmaya başlamıştır²⁵. Ancak sperm başışısının anonim olmasının esas tutulması sebebiyle ilk sperm başışının ne zaman yapıldığı kesin olarak bilinmemektedir²⁶. Donmuş spermilerin saklanacağı bir bankanın oluşturulması fikri ilk kez 1866 yılında Montegazza tarafından ortaya atılmış²⁷, deneylerin 1938-1945 yılları arasında yoğunlaşması sonucunda, spermilerin -269 derecede canlı kalabildikleri görülmüş ve 1953 yılında ilk kez Amerika’da

²¹ Heterolog (türdeş olmayan) dölleme hakkında detaylı açıklamalar için bkz. aşt. “Bölüm 1, 1.5.1.2”.

²² Aydın (Soybağı), s. 7; Erol, s. 61. Bazı kaynaklarda, donör vasıtasıyla gerçekleştirilen ilk heterolog döllemenin 1909 yılında başarıya ulaştığı belirtilmektedir. Turgut, s. 5. İlk homolog döllemenin 1701, heterolog döllemenin ise 1884 yılında gerçekleştiği ise ileri sürülen bir başka iddiadır. Erol, s. 61; Erkan, s. 19.

²³ Fallop tüplerinin tıkalı olması nedeniyle kısır olan kadın, tedavi talebiyle Dr. Stepto ve Dr. Edwards’a başvurmuştur. İki doktor, kadının yumurtasını kocanın spermeleriyle vücudu dışında dölleyerek oluşan embriyoyu kadının rahmine nakletmiştir. Akıncı, s. 2; Ungan Çalışkan, s. 493; Erol, s. 61; Ateş, s. 337; Turgut, s. 6; Aydın (Soybağı), s. 8; Gönenç, s. 69. Türkiye’de ilk tüp bebek merkezi, 1987 yılında Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi bünyesinde açılmış, başarıyla sonuçlanan ilk tüp bebek uygulaması ise 1989 yılında yine bu merkezde yapılmıştır.

²⁴ Ateş, s. 337; Turgut, s. 6; Aydın (Soybağı), s. 8.

²⁵ Turgut, s. 39; Akıncı, s. 2.

²⁶ Turgut, s. 39; Akıncı, s. 2.

²⁷ Turgut, s. 5.

dondurulmuş sperm kullanılarak döllenme gerçekleştirilmiştir²⁸. İlk sperm bankaları ise, 1970’li yıllarda Amerika’da açılmaya başlamıştır²⁹.

İlk embriyo nakli, kadının rahminde bulunan canlı embriyonun alınarak, kısır olan bir başka kadının döl yatağına yerleştirilmesi suretiyle Dr. Landrum Shettles ve Dr. Wayn Deckers tarafından 1975 yılında Amerika’da yapılmıştır³⁰.

Yumurta bağışına dair ilk deneme 1983 yılında başarısızlıkla sonuçlanmışsa da, Lutjen ve arkadaşlarının çalışmaları sonucunda 1984 yılında yumurta bağışının uygulandığı ilk başarılı gebelik gerçekleşmiştir³¹.

Amerika’dan Avrupa’ya ve tüm dünyaya yayıldığı görülen taşıyıcı annelik uygulamasının ise kökeni yüzyıllar öncesine dayanmaktadır³². Şöyle ki, yumurtası ya da rahmindeki herhangi bir eksik ya da kusur nedeniyle hamile kalamayan kadının kız kardeşlerinin ya da kız arkadaşlarının kendisine iyilik yapmak amacıyla taşıyıcı annelik yaptıkları³³, bunun gibi, köle-efendi ilişkisinin yaygın olduğu dönemlerde de kölelerin taşıyıcı anne olarak kullanıldıkları bilinmektedir³⁴. Resmi olarak kaydı bulunan ilk taşıyıcı annelik, 1981 yılında, ABD’nin Michigan eyaletinde Dr. Warren Ringo kliniğinde yapılmıştır³⁵.

1.3 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Tercih Nedenleri

Çocuk sahibi olabilmeyi hayal ettiği halde birtakım tıbbi, psikolojik ya da sosyolojik nedenlerle olamayan bireyler, gelişen teknolojinin tıp ve biyoloji

²⁸ Turgut, s. 6.

²⁹ Aydın (Soybağı), s. 8; Erol, s. 62.

³⁰ Ateş, s. 340; Erol, s. 62; Aydın (Soybağı), s. 8; Akıncı, s. 2; Turgut, s. 62.

³¹ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 269.

³² Bu konuda ilk bilgiye din kitaplarında rastlanmıştır. Uzun süredir evli oldukları halde çocuk sahibi olmayan Sarah ve İbrahim, yanlarında çalışan Hacer’in İbrahim ile birlikte olması ve doğurduğu bebeği çifte vermesi sayesinde çocuk sahibi olabilmışlerdir. Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 279; Ungan Çalışkan, s. 492.

³³ Erol, s. 41.

³⁴ Günümüzde de taşıyıcı anneliği hukuka uygun kabul ederek uygulanmasına imkân tanıyan hukuk düzenlerinde, bu uygulamaya başvurulma nedenlerinin biyolojik zorunluluklarla sınırlandırılmasının muhakkak gerekli olduğu, aksi halde zengin kesimlerce fakir kadınların taşıyıcı anne olarak kullanılmasının önünün açılacağı düşünülmektedir. Ungan Çalışkan, s. 492.

³⁵ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 279.

alanındaki yansımalarıyla, yapay yoldan çocuk sahibi olabilir hale gelmiştir. Günümüz koşullarında üremeye yardımcı yöntemler sayesinde, bireyler partneriyle ya da partnersiz olarak çocuk sahibi olabilme imkânına sahiptir. Çocuk özlemi çeken bireylerin çocuk sahibi olamamasının nedeni çoğu zaman tespit ve tedavi edilebilir olsa da, kimi durumlarda üremeye engel teşkil eden etkenler tespit edilemediği gibi, tedavi için herhangi bir çare de üretilemeyebilir.

Kısırlık (*infertilité*), bireylerin çocuk sahibi olamamasının başlıca nedenidir. Dünya Sağlık Örgütü (WHO) kısırlığı, bireylerin bir yıl boyunca herhangi bir doğum kontrol yöntemi kullanmadan cinsel ilişkiye girdikleri halde döllenmenin gerçekleşmemesi hali olarak tanımlamıştır³⁶. Kısırlık nedenleri çoğu zaman tespit edilebilir olsa da, bireylerin %10'u oranında kısırlığın nedeni açıklanamamış, bu durum “*açıklanamayan kısırlık*” olarak tanımlanmıştır³⁷.

Kadın bakımından yardımcı bir tedavi yönteminin kullanılmasını zorunlu kılan kısırlık nedenleri; yumurtlama (ovulasyon) bozuklukları, rahim ağzı salgısının spermin geçişini engellemesi, rahimde gebeliğin yerleşeceği bölgenin elverişsiz olması, yumurtalık kanallarının hasar görmüş ya da tıkanmış olması, yumurtalıkta oluşabilecek çeşitli hastalıkların varlığı, alerjik nedenler, tiroid hormon bozuklukları (guatr, hipotroidi, hipertroidi), kalıtsal hastalıklar³⁸, psikolojik ve ruhsal nedenler olabilir³⁹. Dünya Sağlık Örgütü'nün 2011 tarihli Dünya Sakatlık Raporu'na göre,

³⁶ World Health Organization, Sexual and Reproductive Health, Infertility Definitions and Terminology

, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> (ET: 24.02.2018).

³⁷ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 5; Turgut, s. 6; Aydın (Soybağı), s. 9; Erol, s. 94.

³⁸ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 269. Çiftin bir ya da her iki tarafının taşıdığı kalıtsal hastalıklar, cinsel birleşme sonucunda gerçekleşecek olan doğal döllenmeye engel değilse de, hem annenin hem de çocuğun sağlığını tehlikeye atmamak adına, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurulması tercih edilebilir. Aydın (Soybağı), s. 9; Erol, s. 96.

³⁹ Turgut, s. 7; Aydın (Soybağı), s. 10; Erol, s. 94; Yıldız/Kartal/Tiryaki, s. 557; Erkan, s. 11. Kişinin üzerinde yapılan incelemeler sonucunda patolojik ya da fiziki hiçbir nedene rastlanmazsa, kısırlığın sebebinin psikolojik ve ruhsal nedenler olduğu düşünülebilir.

kadınların %33.4'ünün, güvenli olmayan yollardan yapılan kürtajlar ve doğum sonrasında gelişen komplikasyonlardan dolayı kısır kaldığı tespit edilmiştir⁴⁰.

Erkek bakımından yardımcı bir yöntem kullanılmasını zorunlu kılan kısırlık nedenleri ise; yeterli sperm üretememe, spermin yetersiz harekette ya da hareketsiz olması, spermilerin biçimsel bozukluğu, spermi taşıyan kanalların doğuştan gelen ya da sonradan oluşan hastalık nedeniyle tıkanması, spermin yumurtayı dölleyecek nitelikte olmaması, hormonal bozukluklar, kalıtsal hastalıklar, psikolojik ve ruhsal nedenler olabilir⁴¹.

Tıbbi zorunluluk halleri dışında üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin tercih edilme nedenlerini ise; günümüz iş sahasının keskin rekabet koşulları karşısında kişilerin, kariyer hedefi uğruna tek seferde birden fazla çocuk sahibi olmak istemesi veya yapılan iş nedeniyle vücudun deforme olmasının istenmemesi, kişilerin evlenmeksizin ya da cinsel ilişkiye girmeksizin çocuk sahibi olmak istemesi ya da ikiz-üçüz çocuk sahibi olmayı istemesi, kişilerin üstün gördüğü bir ırkın özelliklerini taşıyan bir çocuk dünyaya getirmek istemesi şeklinde örneklemek mümkündür⁴².

1.4 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Hakkında Uluslararası ve Ulusal Mevzuat

1.4.1 Uluslararası Mevzuat

Uluslararası mevzuat içerisinde, esasen üreme tıbbına⁴³ ilişkin olup üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini de kapsayan kurallarla, çeşitli konularda düzenlemeler getirilmiştir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri hakkında ilk uluslararası düzenleme tavsiye kararı niteliğinde ise de, genetik mühendisliğinin zaman

⁴⁰ WHO World Report on Disability, http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/report.pdf (ET: 24.02.2018).

⁴¹ Turgut, s. 8; Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 283 vd.; Aydın (Soybağı), s. 10; Yıldız/Kartal/Tiryaki, s. 557; Erol, s. 96; Akıncı, s. 16; Erkan, s. 8.

⁴² Kamacı, s. 32; Akıncı, s. 16, 17; Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 281.

⁴³ Üreme tıbbı, insanın üremesine dair tüm süreçleri içerisine alan bir araştırma alanıdır. Aydın (Soybağı), s. 25.

içerisinde yakalamış olduğu gelişim hızı ve bu gelişmelerin üreme tıbbına yansısıyla, bu konuların bağlayıcı niteliği olmayan tavsiye kararlarıyla değil, imzalanmaları halinde tarafları taahhüt altına sokan uluslararası sözleşmelerle hukuki çerçeveye kavuşturulması gerekliliği ortaya çıkmıştır⁴⁴.

1.4.1.1 Tavsiye Kararları

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 934 sayılı Tavsiye Kararı, 26.01.1982 tarihinde kabul edilmiştir⁴⁵. Tavsiye kararında, genetik mühendisliği adı verilen yeni bilimsel tekniklerin kullanılmasının sağlık, güvenlik ve çevre bakımından doğuracağı belirsiz sonuçların yanı sıra, sosyal, etik ve hukuki alanda da doğurabileceği sorunlar noktasında duyulan kaygıları giderebilmek için birtakım ilkeler ortaya konulmuş ve Avrupa Bilim Vakfı'na, üye devletlere, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'ne birtakım tavsiyelerde bulunulmuştur. Kararda, yaşam hakkı ve insan onurunun bir gereği olarak bireylerin genetik özelliklerini sürdürebilme haklarının olduğu vurgulanmış, bu hakkın AIHS'de de açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu düzenlemeyle, genetik mühendisliğinin birtakım kalıtsal hastalıkları tedavi yahut kökten yok etmeyi vaat eden sağlığa yararlı tıbbi uygulamalarının önüne geçilmemesi gerektiğine de dikkat çekilmiştir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 1046 Sayılı İnsan Embriyosu ve Ceninlerin Tanı Tedavi İle Bilimsel, Sınai ve Ticari Amaçlar İçin Kullanılması Hakkındaki Tavsiye Kararı ise, 24.09.1986 tarihinde kabul edilmiştir⁴⁶. Kararda, gelişen tıp ve biyoloji sayesinde, insan embriyosu üzerinde tedavi ve tanılamaya ilişkin olarak imkânların artmasıyla birlikte tüpte sağlanacak döllenmelerle insan yaşamına daha ilk evrelerinde müdahale edilebileceği ancak elde edilen bu

⁴⁴ Aydın (Soybağı), s. 25.

⁴⁵<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=14968&lang=en>(ET: 04.03.2018)

⁴⁶<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=15080&lang=en>(ET: 04.03.2018)

imkânların etik ve sosyal ilkeleri dikkate alarak kullanılması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca kararda yumurtanın döllendiği an itibariyle insan yaşamının sürekli olarak değiştiği, insanın gelişiminin ilk dönemlerinde (embriyonik dönemde) kesin bir biçimde ayrımının yapılamayacağı ve bu sebeple embriyo ve ceninin biyolojik statüsünün ulusal mevzuatta tanımlanması gerektiğine dikkat çekilmiş, yaşayan ya da ölü olan embriyo ve ceninin kullanılmasına ilişkin olarak koruyucu hükümler getirebilmek adına, embriyo ve ceninin hukuki statülerinin de tanımlanması gerektiği ifade edilmiştir. İnsan embriyosu ve ceninlere, her koşulda insan onuruna yaraşır şekilde davranılması ve onlardan alınan madde ve dokuların yalnızca tanı ve tedavi amacıyla kullanılmasının sıkı hukuki düzenlemelerle sınırlandırılması gerekliliğine de kararda vurgulanan hususlar arasında yer verilmiştir.

Diğer yandan 1046 Sayılı kararında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi üye devletleri, insan embriyosu ve ceninlerle ilgili bilimsel faaliyetleri içeren ulusal komitelerin veya komisyonların oluşturulmasını kolaylaştırmaya, embriyo ve ceninlerin ne şartlarda kullanıldığını araştırmaya, embriyoların sırf deney yapılması amacıyla oluşturulmasını, insan embriyosunun insan dışında diğer hayvanların rahmine yerleştirilmesini, tekniklerin yaratıklar oluşturmak için kullanılmasını, aynı cinsiyetten kişilerin çocuk yapmasını ve tedavi edici bir amaç olmaksızın cinsiyet seçimi yapılmasını, birbirinin tamamen aynısı ikizler yaratılmasını, yaşayan ya da yaşayabilir olan insan embriyoları üzerinde deney yapılmasını yasaklamaya davet etmiştir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 934 sayılı ve 1046 sayılı Tavsiye Kararları'nda yer alan ilkeleri de göz önünde tutarak, 02.02.1989 tarihinde 1100 Sayılı İnsan Embriyosu ve Ceninin Bilimsel Araştırmalarda Kullanılması

hakkındaki Tavsiye Kararı'nı almıştır⁴⁷. Bu kararda önceki iki tavsiye kararında yer alan tavsiyeler büyük ölçüde tekrar edilmiş olup, bunun yanı sıra gametler, rahme nakledilmemiş yaşayan ya da ölü embriyolarla, rahme nakledilmiş yaşayan embriyolar üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalarda uyulması gereken ilkeler, insan embriyosuna ait maddelerin bağışının yapılmasında dikkat edilmesi gereken hususlar hakkında tavsiyelere yer verilmiştir.

Öte yandan 1100 Sayılı kararda deneysel araştırmalarda üreme hücrelerinin kullanılmasına izin verilebileceği ancak sırf deneysel araştırmada kullanmak için embriyo üretilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıca tüpte oluşturulan embriyoların üzerinde patolojik genetik kalıtımın tanımlanması için, tedavi ve önleme amaçlı araştırmaların yapılmasının mümkün olduğu ve rahme nakledilen embriyolar ya da rahim dışında yaşayan cenin üzerinde, ancak bunların gelişimine ve bağımsız varlıklarını edinmelerine yardımcı olacak şekilde klinik operasyon yapılabileceği vurgulanmıştır.

1.4.1.2 UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Bildirgesi

1990 yılında resmen başlatılıp, 2006 yılında resmen sona erdirilen⁴⁸ İnsan Genom Projesi (HUGO), çalışmalara başlandığı ilk günden günümüze kadar birçok dini, etik ve hukuki tartışmayı beraberinde getirmiştir. İnsanlık tarihi bakımından büyük önem taşıdığı vurgulanan söz konusu projede, yaklaşık 100.000 insan geninin yapısı, genom içerisindeki yeri ve işlevlerini anlayabilmek adına, insan genomunu oluşturan 3 milyar kadar bazın diziliminin keşfedilmesi hedeflenmiştir⁴⁹.

⁴⁷ <http://assembly.coe.int/nw/xml/xref/xref-xml2html-en.asp?fileid=15134&lang=en> (ET: 04.03.2018).

⁴⁸ Demir (Genom), s. 318.

⁴⁹ Projenin ana hedefi ise, insanın genlerini ve sonrasında tüm DNA dizilimlerini haritalandırmak yani gen kasetini çözümlmek, böylece insan gelişimini anlamada devrim niteliği taşıyan değişiklikler yaratarak, gelişimin “normal” ya da “anormal” durumda olduğunu ifade edebilmek ve özellikle klonlama, kök hücre ve embriyo çalışmalarıyla genetik tanı ve tedavide önemli adımlar atabilmek olarak açıklanmıştır. Demir (Genom), s. 319.

İnsan Genom Projesi sayesinde elde edilen bilgiler, kötü amaçlarla da kullanılabilirlerdi⁵⁰. Bu noktadan hareketle muhtemel kötüye kullanımları önlemek adına hem ulusal hem de uluslararası alanda gelişmelere paralel düzenlemeler getirilerek harekete geçilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda İnsan Genom Projesinin ilk ayağının tamamlanmasının ardından UNESCO 2000 yılında, yirmi beş maddeden oluşan İnsan Genomu ve İnsan Hakları Bildirgesi'ni ilan etti⁵¹. UNESCO, söz konusu Bildirge'yi kabul ederken, bireylerin ve tüm insanlığın sağlık koşullarını iyileştirmeyi amaçlayan, insan genomu konusundaki söz konusu araştırma ve uygulamalarda, genetik özellikler bakımından yapılacak her türlü ayrımcılığın yasaklanmasının yanı sıra, insan onuruna, özgürlüğüne ve haklarına tam saygı gösterilmesi gerektiğini de vurgulamıştır. Bildirgede insan genomunun, insanlığın mirası olduğu, herkesin genetik özellikleri fark etmeksizin onuru ve haklarına saygı görme hakkının olduğu ve bu nedenle bireyleri sırf genetik özelliklerine indirgememek gerektiği, insanların benzersizliğine ve çeşitliğine saygı duyulmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Ayrıca bildirgede insan genomunun doğal durumunda parasal bir kazancın konusu yapılması da yasaklanmıştır.

1.4.1.3 Biyotıp Sözleşmesi

Avrupa Konseyi, üreme tıbbına ilişkin düzenlemeleri içerisinde barındıran ve sözleşmeye taraf olanları bağlayıcı nitelikte olan Biyotıp Sözleşmesi'ni, 1997 yılında üye olan ve olmayan tüm devletlerin imzasına açmıştır⁵². Sözleşme, biyoetik

⁵⁰ İnsan genom projesiyle ulaşılabilecek olan bilgilerin, kötüniyetlerle, insan yapısının doğasını bozacak şekilde kullanılması endişesi, birçok etik tartışmayı başlatmıştı. Genomlarla bu denli oynanabilecek olması ve insanların kendi doğalarını kalıcı biçimde değiştirecek bilgiye sahip olabilmesi, endişelerin başlıca kaynağıydı. Ayrıca, projenin sonuçlanmasıyla, genetik hastalıklara önceden tanı konulabilecek olması, insanın kendi geleceğine hangi gözle bakacağını da etkileyecek, sosyal ilişkilerini de büyük oranda yönlendirecekti. Konu hakkında detaylı açıklamalar için bkz.: Demir (Genom), s. 321.

⁵¹<http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/human-genome-and-human-rights/> (ET: 07.03.2018).

⁵² Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, bir biyoetik sözleşmesi hazırlanmasına ilişkin 1160 (1991) sayılı Tavsiye Kararı üzerine hazırlanan Biyotıp Sözleşmesi tam adıyla "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları

hukukunun oluşumunda, uluslararası ilk bağlayıcı metindir. Sözleşme ile amaçlanan, üye olan ya da olmayan, sözleşmede imzası bulunan tüm devletlerde üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin etik dışı kullanılmasını engellemek ve bu konuda bir yeknesaklık sağlamaktır. Biyotıp Sözleşmesinin amacı ve konusu m. 1’de şöyle düzenlenmiştir:

Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır. Tarafların her biri, bu Sözleşme hükümlerinin yürürlüğe sokulması bakımından kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri alacaklardır.

Sözleşmeye taraf devletler, sözleşme hükümlerinin yürürlüğe sokulması bakımından kendi iç hukuklarında gerekli tedbirleri almalı, sözleşme hükümlerine paralel yasal düzenleme ve yargısal koruma sağlamalıdır. Ayrıca taraf devletler, sözleşmede öngörülen hakların ve ilkelerin hukuka aykırı bir şekilde ihlalinin en kısa sürede önlenmesi veya durdurulması için uygun yargısal korumaya, hükümlerin ihlal edilmesi halinde ise uygulanacak uygun yaptırımlara ulusal mevzuatında yer vermelidirler (m. 23, 25).

Sözleşmenin 11. maddesinde, bireylere genetik kalıtımından dolayı herhangi bir ayrımcılığın uygulanması yasaklanmıştır. Sözleşmenin 12. maddesinde ise genetik tanı testlerine ilişkin düzenlemeye yer verilmiş, genetik hastalıkları teşhis etmek için ya da bir kimsenin hastalıktan sorumlu olan bir gen taşıyıp taşımadığını yahut bir hastalığa genetik yatkınlığının veya hassasiyetinin olup olmadığını belirlemek için yapılan testlerin, sadece sağlığı korumak amacıyla ya da bu amaçla yapılacak bilimsel araştırmalarda ve genetik danışmanlık hizmetinde kullanılabileceği belirtilmiştir.

ve Biyotıp Sözleşmesi” şeklindedir. Sözleşme, bazı kaynaklarda “Oviedo Sözleşmesi” olarak da anılmaktadır. Sözleşme 4 Nisan 1997 tarihinde imzaya açılmıştır. <http://www.saglikhakki.org/biotip1.htm> (ET: 04.03.2018).

Sözleşme, cinsiyetle ilgili, ciddi kalıtsal hastalıktan kaçınma amacıyla yapılanlar dışında, cinsiyeti seçmek için üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kullanılmasını 14. maddesiyle yasaklamıştır. Sözleşmenin 18. maddesinde ise, kanunun tüpte embriyo üzerinde araştırma yapılmasına izin vermesi halinde, embriyo için gerekli korumanın sağlanması gerektiği ifade edilmiş, ancak sırf araştırma yapılması amacıyla embriyo oluşturulması yasaklanmıştır. Nihayet Sözleşmenin 21. maddesiyle, insan vücudu ve parçalarının ticari kazanç sağlamaya konu olmayacağı belirtilmiştir.

Türk Hukuku'nda Biyotıp Sözleşmesi 03.12.2003 tarihinde uygun bulma yasası ile uygun bulunmuş, 16.03.2004 tarih ve 2004/7024 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmış, 20.04.2004 tarih ve 25439 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sözleşme böylece TC Anayasası m. 90/5 gereğince iç hukuk kuralı haline gelerek doğrudan uygulanabilirlik kazanmıştır.

KKTC, uluslararası alanda tanınan bir ülke olmadığından, uluslararası sözleşmelerin tarafı olması da mümkün değildir. Ancak bu durum, KKTC'nin, Anayasa m. 90/5 hükmü gereğince uluslararası anlaşmaları uygun bulmasına engel değildir.

1.4.2 Ulusal Mevzuat

KKTC Hukuku'nda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri hakkında ilk hukuki düzenleme, Özel Hastahane, Özel Klinik, Özel Dispanser ve Özel Muayenehaneler (Denetim) Yasası (34/1998 Sayılı Yasa) m. 20/1'e dayanılarak çıkarılan, 08.10.2002 tarih ve 98 Sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü'ydü. Söz konusu Tüzük, 06.11.2002 tarih ve 108 Sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri (Değişiklik) Tüzüğü ile birtakım değişikliklere uğradı.

Tüzükte radikal sayılabilecek değişiklikler ise, 16.01.2006 tarih ve 8 Sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri (Değişiklik) Tüzüğü ile yapıldı. 2006 tarihli söz konusu Tüzük ile üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin yurttaş olan veya olmayan kişilere uygulanması imkânı oldukça geniş çapta çizilen sınırlarla tanındı. KKTC yurttaş evli kişilerin ve yabancıların evli olup olmadığına bakılmaksızın donör sperm ve donör yumurta kullanımlarına ilk kez bu Tüzükle izin verildi. Dolayısıyla donör sperm ve yumurta kullanımına ilişkin tüm esaslar ilk kez söz konusu Tüzükle hüküm altına alınmış oldu.

26.08.2009 tarih ve 149 sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü ile yukarıda sayılan tüm Tüzükler yürürlükten kaldırıldı. Bu tüzükte, KKTC yurttaş evli kişilere ve yabancı evli kişilere donör sperm ve donör yumurta kullanılması imkânı tanınmaya devam etti. Buna karşılık TC vatandaşlarına donör sperm ve donör yumurta kullanılarak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması ilk kez bu Tüzükle yasaklandı.

Özel Hastane, Özel Dal Hastanesi, Özel Klinik, Özel Dispanser ve Özel Muayenehaneler (Denetim) Yasasının 25.06.2012 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, Özel Hastahane, Özel Klinik, Özel Dispanser ve Özel Muayenehaneler (Denetim) Yasası (32/1998 Sayılı Yasa) yürürlükten kalktı. Yeni Yasa'nın yürürlüğe girmesinin ardından İnsan Hücre, Doku ve Organ Nakli İle İlgili Kuralları Düzenleyen Yasa (57/2014 Sayılı Yasa) 27.09.2014 tarihli KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girdi. Yasa ile organ ve dokuların yanı sıra üreme hücrelerinin bağışlanması, tedarik edilmesi, test edilmesi, işlenmesi, korunması, saklanması, dağıtımı, nakli ve gerektiğinde imhasına dair genel hükümler getirilmiştir. Söz

konusu Yasa'nın uygulanmasını göstermek üzere, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri ve Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Tüzüğü (ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü) 21.06.2016 tarih ve 80 sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü'nün amacı ve kapsamı, Tüzüğün 3. ve 4. maddelerinde şu şekilde açıklanmıştır:

Bu Tüzüğün amacı, tedavi amacıyla insan hücre veya embriyoların bağışı, tedariki, saklanması, nakli ve gereği halinde imhası işlemlerini uygulayacak olan üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin ruhsatlandırılması, çalışma usul ve esasları ile uymak zorunda oldukları üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin esasları belirlemektedir (m. 3).

Bu Tüzük, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayan üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin ruhsatlandırılması, uymak zorunda oldukları esaslar ile insan hücre ve embriyoların bağışı, tedarik edilmesini, test edilmesini, işlenmesi, korunması, saklanması, dağıtımını, nakli ve gereğinde imhasına ilişkin usul ve esaslar ile kalite ve güvenlik standartlarını kapsar. (m. 4)

Türk Hukuku'nda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olunabilmesinin temel dayanaklarından biri olarak TMK m. 23/3 hükmü gösterilebilir. Hükme göre, *“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.”*

TMK m. 23'ün gerekçesinde, *“insan kökenli biyolojik madde”* kavramının neleri içerdiği belirlenirken 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanuna başvurulması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu yasa, m.2/1 hükmü ile biyolojik madde kapsamına *“insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçalarını”* almış ve aynı maddenin ikinci fıkrasıyla saç, tırnak, deri, kan, idrar, sperm, yumurta, insan DNA molekülü gibi insan vücudundan elde edilen ve yenilenebilen maddeleri kapsam dışında tutmuştur. Oysa insan kökenli biyolojik madde doktrinde, insan vücudu içerisinde bulunan organ, doku ve hücre

gibi maddelerle, insan vücudundan cerrahi operasyon ya da bir başka dış etken olmaksızın kendiliğinden ayrılan salgı ve atık gibi biyolojik maddeler olarak tanımlanmıştır⁵³.

Öte yandan 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'un⁵⁴ üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kullanılmasına dayanak oluşturup oluşturmadığı tartışmalıdır. Tartışmaların çıkış noktası, üreme hücrelerinin organ veya doku olup olmadığının tartışmalı olması nedeniyle belirsizdir⁵⁵. 2238 Sayılı Kanun organ ve doku ifadesinden, "*insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları*"nın anlaşılması gerektiğini 2. maddesinde hükme bağlamış, organ ve dokunun tanımını yapmamıştır. Organ ve dokunun tanımı ise, İnsan Doku ve Hücreleri ile Bunlarla İlgili Merkezlerin Kalite ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik m. 4'te yapılmıştır. Hükmün (s) bendine göre organ "*özerk olarak fizyolojik fonksiyonlarını yürütebilme kapasitesi olan, damarlanmış ve yapısını muhafaza eden çeşitli dokulardan oluşan insan vücudunun farklılaşmış hayati bir bölümüdür*". Aynı hükmün (ğ) bendine göre doku ise, "*hücrelerden ve hücre dışı elemanlardan oluşan ve insan vücudunun bütünü oluşturulan parçalarıdır*". Yönetmelik, organ ve dokunun yanı sıra, hücrenin ve ayrıca üreme hücrelerinin de tanımını 4. maddesinin (i) ve (y) bentlerinde yapmıştır. Buna göre hücre, "*herhangi bir bağ dokusu ile birlikte olmayan tek insan hücresi veya insan hücreleri topluluğu*", üreme hücreleri ise "*yardımcı üreme teknikleri için kullanılan bütün hücre ve dokular*"dır.

⁵³ Özbilen, s. 8, 9; Akıncı, s. 12, 13; Demir, s. 275.

⁵⁴ 03.06.1979 Tarih ve 16655 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁵ Ateş, s. 330; Erol, s. 65. Baskın görüşe göre, söz konusu yöntemler organ nakli olarak değerlendirilemez. Bebek naklini bir organ nakli olarak değerlendirmek mümkün olamaz. Zevkliler, yumurtalığın bir organ olması nedeniyle ancak yumurtalık nakli sonucunda içerisinde bulunan yumurta hücrelerinin de nakledilmesinin dolaylı olarak organ nakli olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır. Zevkliler, s. 436.

Türk Hukuku'nda üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine dair özel düzenlemelerin, 30.09.2014 tarih ve 29135 sayılı Resmi Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te (ÜYTE Yönetmeliği) yer aldığı görülmektedir. Türk Hukuku'nda bu konuda ilk düzenleme olan “İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği” 1987 yılında yürürlüğe girmiştir⁵⁶. Söz konusu yönetmelik, 1996 yılında değişikliğe uğrayarak “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği” ismini almıştır⁵⁷. Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği 1998⁵⁸ ve 2005⁵⁹ yıllarında tekrardan değişikliğe uğradıktan sonra, 2010 yılında “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik”⁶⁰ yürürlüğe girmiştir. Sağlık Bakanlığı tarafından 2014 yılında “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” çıkarılmış ve bu yönetmelikle 2010 tarihli yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. 2014 tarihli yeni ÜYTE Yönetmeliği ile, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin esasları, yöntemleri uygulayacak olan merkezlerin özellikleri, faaliyet kapsamı ve faaliyetlerin denetimi, uyulması gereken yasaklar, yasakların çiğnenmesi halinde doğacak sorumluluklar ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Yönetmeliğin amacı, 1.maddesinde “*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 düzenlemek*” olarak belirtilmiştir.

⁵⁶ 21.08.1987 Tarih ve 19551 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁷ 19.11.1996 Tarih, 22822 Sayılı Resmi Gazete.

⁵⁸ Yönetmelik'te aynı ay içerisinde iki değişiklik yapılmıştır. Değişiklikler 11.01.1998 Tarih, 23227 Sayılı ve 28.01.1998 Tarih, 23244 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe girmiştir.

⁵⁹ 08.07.2005 Tarih, 25869 Sayılı Resmi Gazete.

⁶⁰ 30.09.2014 Tarih, 29135 Sayılı Resmi Gazete.

Türk Hukuku'nda, yalnızca organ ve dokunun nakli hakkında hukuki sınırlar yasa ile belirlenmiş olup, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ilişkin hususlarda ayrıca özel bir yasa çıkarılmamıştır. Doktrinde üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini kullanarak çocuk sahibi olabilmenin şartlarının ve hukuki sınırlarının çizildiği özel bir yasanın çıkarılması gerektiği ve özellikle bu konu ile bağlantılı olarak aile hukuku, soybağı, kişilik hakları ve miras hukukuna ilişkin sorunlara da çözüm getirilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶¹.

1.5 Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinin Çeşitleri

1.5.1 Üreme Hücrelerinin Ait Olduğu Kişi Bakımından Ayrım

1.5.1.1 Homolog (Türdeş) Döllenme

Evli eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılmasıyla gerçekleştirilen döllenmeye, homolog döllenme denir⁶². Homolog döllenme, eşlerden uygulama anında alınan üreme hücrelerinin o an kullanılmasıyla yapılabileceği gibi, eşlerden önceden alınıp, dondurularak saklanmış üreme hücrelerinin sonradan kullanılmasıyla da yapılabilir. Homolog döllenmede evli çifte ait üreme hücreleri, aşılama yöntemiyle kadının rahminde birleştirilebileceği gibi, tüpte döllendirilerek sonradan kadının rahmine yerleştirilebilir.

Kimi durumlarda, çiftin üreme hücrelerinde herhangi bir eksik ya da kusur olmadığı halde hücrelerin doğal yolla birleşerek döllenmeleri ya olanaksız ya da risklidir. Özellikle, sperm sayısının ya da hareketliliğinin azlığı, fiziksel ve ruhsal nedenler, eşlerden birinin çeşitli nedenlerle uzakta örneğin savaşta bulunması⁶³ gibi

⁶¹ Ateş, s. 330; Erol, s. 66; Aytaç, s. 184; Yenerer Çakmut, s. 54; Yıldız/Kartal/Tiryaki, s. 562.

⁶² Aydın (Soybağı), s. 13; Erol, s. 15; Akıncı, s. 15; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 7; Baygın, s. 28; Ateş, s. 332; Aytaç, s. 186; Kamacı, s. 31; Demir, s. 280; Kırkbeşoğlu, s. 43; Turgut, s. 27; Yenerer Çakmut, s. 49.

⁶³ Ateş, s. 332; Erkan, s. 11. İkinci Dünya Savaşı esnasında, cepheden ayrılıp evlerine gidemeyen Amerikan askerleri, eşlerine spermelerinin yollanmasını ve böylece yardımcı yöntemlerin kullanılmasıyla çocuk sahibi olabilmeyi talep etmişlerdir. Askerlerin ölümle yüz yüze bir yaşam sürmeleri nedeniyle içinde buldukları ruhsal durum değerlendirilmiş, sonuç olarak talepleri kabul

tıbbi, psikolojik ve sosyal nedenlerle çiftte ait sperm ve yumurtanın yapay yollarla döllendirilmesi tercih edilebilir⁶⁴.

KKTC Hukuku'nda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri hakkında temel mevzuat olan ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanırken kullanılacak olan üreme hücrelerinin evli çiftte ait olup olmaması bakımından herhangi bir sınırlama getirmediği gibi, uygulama için başvuran kişilerin evli olmasını da şart koşmamıştır. Dolayısıyla bu yöntemlerin uygulanmasında evli eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılması mümkün olduğu gibi, donör üreme hücreleriyle döllenenin gerçekleştirilmesi de mümkündür⁶⁵. Yani KKTC Hukuku'nda hem homolog hem de heterolog döllenmelerin yapılması yasal olarak mümkündür.

Türk Hukuku'nda ise bu konunun pek çok açıdan sınırlandırılarak düzenlendiği görülmektedir. ÜYTE Yönetmeliği m. 1 ve 17 No'lu Ek'te yer alan açık ibareler gereğince, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde yalnızca evli eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılması serbest olduğundan, Türk Hukuku'nda yasal kabul edilen tek döllene türü, homolog döllenedir. ÜYTE Yönetmeliği m. 1'de Yönetmeliğin amacı şu şekilde belirtmiştir: “Çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tibben uygun

edilmiş, sperm laboratuvarında özel bir yöntemle yıkanarak döllemeye elverişli hale getirilmiş ve bu yolla Amerikan askerleri cephede savaşırken aynı anda çocuk sahibi olabilmişlerdir. Akıncı, s. 16; Demir, s. 277; Kamacı, s. 31; Özpınar, s. 34.

⁶⁴ Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 7; Erol, s. 96; Ateş, s. 332; Özpınar, s. 34.

⁶⁵ 08.10.2002 tarih ve 98 sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü, “Yasaklar” başlığını taşıyan 13. maddesinin 4. bendinde, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin KKTC vatandaşı evli çiftlere donör sperm ve donör yumurta kullanılarak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasını yasaklamıştı. Tüzükte yabancılar hakkında ise herhangi bir sınırlayıcı hükme yer verilmemişti. Sonrasında 16.01.2006 tarih ve 8 sayılı KKTC Resmi Gazetesi'nde yayımlanarak yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri (Değişiklik) Tüzüğü ile, KKTC yurttaşı evli çiftler ile KKTC yurttaşı dışındaki kişilerden evli olup olmadığına bakılmaksızın, tibben uygun görülenlerin donör sperm ya da yumurta kullanılarak yapılacak üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olabilmelerine izin verilmişti. Bu serbesti, KKTC vatandaşı kişiler bakımından 2009 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü ve 2016 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri ve Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri Tüzüğü ile de korunmuş, 2009 tarihli Tüzükte yabancılar ve özellikle TC vatandaşları hakkında birtakım sınırlandırmalar getirilmişse de 2016 tarihli Tüzük'te bu sınırlandırmalara yer verilmemiştir.

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 düzenlemek". Anılan Yönetmeliğin 17 No'lu Ek'i ise, "ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır" şeklinde getirdiği emredici hüküm ile yalnızca homolog döllenenlerin yapılabilmesine imkân tanımıştır.

1.5.1.2 Heterolog (Türdeş Olmayan) Döllenme

1.5.1.2.1 Tanımı

Heterolog döllenme, döllenmenin evli olmayan kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılmasıyla gerçekleştiği haldir⁶⁶. Örneğin, evli çiftin bir tarafının üreme hücrelerinin eşi dışında bir başka kişinin üreme hücreleriyle döllenmesi, evli olmadığı gibi partneri de olmayan kişinin yahut da eşcinsel çiftlerin üreme hücrelerinin karşı cinsten birinin üreme hücreleriyle döllendirilmesi hallerinde⁶⁷ heterolog döllenme gerçekleşmektedir.

KKTC Hukuku'nda ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 2'de, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin tanımı şöyle yapılmıştır:

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri (ÜYTY), Anne adayının yumurtası ile kocanın veya vericinin spermının çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek gerektiğinde vücut dışında döllenmeyi sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferlerini

⁶⁶ Aydın (Soybağı), s. 14; Erol, s. 22; Akıncı, s. 15; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 13; Kırkbeşoğlu, s. 43; Baygın, s. 28; Ateş, s. 333; Aytaç, s. 187; Kamacı, s. 31; Yenerer Çakmut, s. 49.

⁶⁷ Gey çiftlerde ya çiftin bir tarafının spermi, ya da çiftin her iki tarafının spermi karıştırılarak elde edilen sperm kokteyli, bir kadının yumurtasıyla döllendirilir ve embriyo ya yumurta sahibi kadın ya da üçüncü bir kadının rahminde taşınır. Lezbiyen çiftlerde ise çiftin bir tarafının yumurta hücreleri, bir erkeğin spermi ile döllenir ve oluşan embriyo ya yumurta sahibinin ya da çiftin diğer tarafının veyahut da üçüncü bir kişinin rahminde taşınabilir. Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 281; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 14.

ifade eden ve modern tıpta bir tedavi olarak kabul edilen uygulamaları anlatır.

Tanımda, anne adayının⁶⁸ yumurtası ile kocanın veya vericinin (donörün) spermının döllenesinden söz edilmiş, böylelikle donör sperm ve donör yumurta kullanılmasına, yurttaşlık yahut medeni durum ayrımı yapılmaksızın izin verilmiştir. Ayrıca yöntemlere başvuracak kişilerin evli olması gerektiği yönünde herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiş olduğundan evli olmayan ve hatta partneri de olmayan kişilerin donör sperm ya da yumurta kullanılması yoluyla üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurmasına imkân tanınmıştır.

Partnersiz uygulamalar bakımından Tüzüğün 2. maddesinde yer alan üremeye yardımcı tedavi yöntemleri tanımının yanı sıra Tüzüğün 21/2-a bendinde yer alan hüküm yorumlandığında da yine bu tür başvuruların yapılmasına herhangi bir engelin mevcut olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 21/2-a hükmü şöyledir:

Merkeze müracaat eden her hasta için bir hasta dosyası hazırlanır ve tüm bilgilerin Yetkili Otorite'nin kurduğu elektronik ortama kaydedilmesi ve hasta dosyasında aşağıda belirtilen bilgilerin olması zorunludur:
(A) Hastanın kimliğini doğrulayan kimlik ve/veya pasaport fotokopisi.
Partner kullanımlarında partnerin kimliğini doğrulayan kimlik ve/veya pasaport fotokopisi. (...)

ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü'nde yer alan çeşitli hükümlerde "partner" kavramından söz edilmekte ancak bu kavramın kimler için kullanıldığı açıklanmamaktadır. Aynı şekilde KKTC Aile Yasası'nda da partner kavramı ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasada yalnızca iki farklı cinsten kişinin yasal koşullara uygun olarak evlilik kurması düzenlenmiştir. Dolayısıyla ÜYTM ve ÜYTY

⁶⁸Anne adayı, anneliğe hazırlık döneminde olan hamile kadın olarak tanımlanabilirse de, bu çalışmada yumurta hücresi kendisine ait olsun ya da olmasın, yahut bebeği kendisi taşıyor olsun ya da olmasın, "çocuk sahibi olmak isteyen kadın" anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır.

Tüzüğü içerisinde yer alan hükümler incelendiğinde partner kavramının evli olmayan ancak birlikte yaşayan kişiler için kullanıldığı sonucuna varılabilir.

Türk Hukukunda ise, ÜYTE Yönetmeliği m. 1 ve 17 No'lu Ek gereğince, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, yalnızca evli çiftlerin kendi üreme hücrelerinin kullanılması halinde uygulanabileceğinden herhangi bir donörden yumurta ya da sperm alınması veya donör kullanılarak embriyo elde edilmesi ve elde edilen embriyoların adaylarda kullanılması yasaktır. Eğer söz konusu yasalara aykırı davranılır ve gebelik oluşursa, gebelik hangi aşamada tespit edilmiş olursa olsun, bu uygulamayı gerçekleştiren merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılması için durum cumhuriyet savcılığına bildirilir.

ÜYTE Yönetmeliği, 17 No'lu Ek'i ile getirdiği bir başka hükümlerle, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanacağı eşlerden alınan yumurta, sperm ve bunlardan elde edilen embriyoların, yönetmelikte belirlenen esaslar dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulmasını, kullanılmasını, nakledilmesini ve satılmasını da yasaklamıştır. Eğer merkezler bu yasağa uymazsa, ruhsatları ya da faaliyet izinleri iptal edilir.

Diğer yandan, 17 No'lu Ek, yurt içinde ya da yurt dışında ÜYTE uygulaması yapan yerlere, bu işlemlerin yapılması için yönetmeliğe aykırı olarak hasta sevk eden, yönlendiren, teşvik eden ve bu konularda aracılık eden merkezler ve/veya merkez personelinin tespiti halinde merkezin faaliyetinin üç ay süreyle durdurulacağını ve aynı davranışın tekrarı halinde de merkezin ruhsatı/faaliyet izninin iptal edileceğini hükme bağlamıştır. Eğer aracılık eden kimse, merkez personeli değilse ancak sertifika sahibiyse, sertifikası iptal edilecek ve bu kişilerin merkezlerde çalışması yasaklanacaktır.

17 No’lu Ek ile getirilen söz konusu emredici hükümler neticesinde bir Türk vatandaşının KKTC dâhil olmak üzere yabancı bir ülkeye gidip herhangi bir merkezde sperm, yumurta ya da embriyo bağışı gerçekleştirilmesini talep etmesi hukuka aykırıdır.

Türk Hukuku’nda heterolog döllenme, insan onuru ve haysiyetiyle bağdaşmadığı, Anayasa’nın aileyi koruyan hükümlerine aykırı olduğu, Türk toplumunun ahlaki ve dini yapısına uymadığı gerekçeleriyle yasal bazda düzenlenmemiştir⁶⁹. Bu tür uygulamaları konu edinen sözleşmeler, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı olmaları nedeniyle TBK m. 27/1 gereğince kesin hükümsüzdür. Ayrıca uygulamaların tarafların rızaları alınarak yapılması da sonucu değiştirmez⁷⁰.

1.5.1.2.2 Türleri

1.5.1.2.2.1 Genel Olarak

Gebeliğin oluşması ve devam edebilmesi için, sağlıklı ve üremeye elverişli sperm ve yumurta ile embriyoyu taşımaya elverişli bir rahime sahip olunması şarttır. Sayılan üç unsurdan birinde ya da bir kaçında, herhangi bir kusur ya da eksikğin bulunması nedeniyle gebeliğin oluşmaması halinde, kişilerin çocuk sahibi olabilmesi için ya üçüncü bir kişiden sperm ya da yumurta alınması ya da ilgisiz bir başka kadının rahminin kullanılması gerekmektedir. Böyle bir durumda üçüncü kişiden üreme hücrelerinin alınması işlemine “*donasyon*”, hücrelerin alındığı kişiye “*donör (verici)*”, hücreleri alan kişiye “*alıcı*”, bebeği bir başkası için rahminde taşıyan kadına ise “*taşıyıcı anne*” denir⁷¹.

Yapay döllenmede kullanılan sperm, çocuk isteyen baba adayından başka bir erkeğe aitse “*sperm bağışı*”, kullanılan yumurta çocuk isteyen anne adayından başka

⁶⁹ Yenerer Çakmut, s. 52; Erol, s. 66; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 143; Akıncı, s. 17; Ateş, s. 334; Hakeri, s. 156; Kamacı (Nesep), s. 98.

⁷⁰ Erol, s. 66; Ateş, s. 334.

⁷¹ Kamacı, s. 38.

bir kadına aitse “yumurta bağışı”, hem yumurta hem sperm, çocuk isteyen çifte ait değilse yahut da yumurta ve spermden biri ya da her ikisi çifte ait olduğu halde bebek başka birinin rahminde veya tüpte döllendirildikten sonra anne adayının rahmine nakledilmişse “embriyo bağışı (nakli)” söz konusu olur.

1.5.1.2.2 Yumurta Bağışı (Yumurta Nakli)

Kadının yumurtalıklarının işlevinin azalması ya da tamamen yok olması, ancak rahminin embriyoyu taşımaya elverişli olması durumunda bir başka kadından alınan yumurtanın, sorun yaşayan kadın için kullanılmasına *yumurta bağışı* denir⁷². Yumurta bağışıyla, anne adayına başka bir kadının yumurtası nakledilerek, bağışlanan yumurta ile kocanın ya da bir başka erkeğin spermi rahimde ya da tüpte döllendirilerek anne adayının rahmine yerleştirilir⁷³. Bu işlemler sonucunda doğan çocuğun biyolojik annesi doğuran kadın olurken, yumurta vericisi kadın genetik annesi olmaktadır⁷⁴.

KKTC’de yapılan yumurta bağışı uygulamalarında vericide özel olarak aranan kriterler ve merkezin yumurta bağışında uyması gereken genel şartlar, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 19 ile hükme bağlanmıştır. Maddenin birinci fıkraya hükmüne göre, yumurta vericisinin 20-35 yaş aralığında olması, fiziksel ve psikolojik olarak sağlıklı olması, vücut kitle indeksinin 19-29 aralığında olması, önceden psikoaktif ilaç kullanımının ve madde bağımlılığının olmaması, bebeğe geçebilecek herhangi bir

⁷²Akıncı, s. 20; Erol, s. 26; Aydın (Soybağı), s. 16; Turgut, s. 55; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 21; Ateş, s. 335; Kamacı, s. 38; Acabey, s. 201; Yıldız/Kartal/Tiryaki, s. 557. Yumurta bağışı yöntemi, genellikle hiç yumurta üretemeyen ya da genetik olarak problemlili yumurta üreten kadınların başvurduğu bir yöntemdir. Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 269. Burada yumurta bağışı ile kastedilen, bir dişi üreme organı olan ve dolayısıyla da organ nakline ilişkin hükümlere tabi olan yumurtalık bağışı değil, yumurtalığın içerisinde bulunan yumurta hücrelerinin bağışıdır. Ancak dikkat edilmelidir ki, yumurtalık bağışıyla, yumurtalığın içerisinde bulunan yumurta hücrelerinin de nakil edilmesi söz konusudur. Gerçekleştirilen yumurtalık naklinin alıcısı olan kadının, yumurtalığın içerisinde taşınan yumurta hücrelerinin döllenmesiyle oluşacak olan gebelik sonucunda dünyaya getireceği çocuğun genetik özellikleri, yumurtalığın vericisi olan kadına ait olur. Turgut, s. 56; Akıncı, s. 20; Zevkliler, s. 33.

⁷³ Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 21.

⁷⁴ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 167; Acabey, s. 200.

kalıtsal hastalık taşınamaması, her iki yumurtalığının sağlıklı olması ve uygulanacak karyotip analizi sonucunun 46, XX ile uyumlu olması şarttır.

Merkezin yumurta bağışında uymak zorunda olduğu genel şartlar ise, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 19/2 ile düzenlenmiştir. Hükme göre, yumurta bağışı uygulaması yapılırken merkezde yetkili otoritenin kuracağı elektronik sistem üzerinde kayıt yapılması, vericiye bir yılda en fazla üç kez siklus uyarısı yapılması, vericide OHSS riskini minimuma indirecek stimülasyon protokollerinin tercih edilmesi ve bir vericiye her siklusta ortalama on yumurta toplanacak şekilde uyarı yapılması gerekmektedir. Ayrıca yumurta bağışında bulunacak olan tüm vericilerin, rızasının yazılı şekilde alınması da şarttır.

1.5.1.2.2.3 Sperm Bağışı (Sperm Nakli)

Sperm bağışı, üreme işlevini koruyan sağlıklı sperm hücresinin, evli olan ya da olmayan bir kadının yumurtası ile döllenmesi halinde gerçekleşmektedir⁷⁵. Dünya genelinde uygulanan en yaygın üremeye yardımcı tedavi yöntemi, sperm bağışısıdır⁷⁶. Bu nedendir ki sperm bankalarının sayısı, dünyanın birçok yerinde hızla artmaktadır⁷⁷.

KKTC Hukuku'nda sperm bağışlarında vericide bulunması gereken kriterler ve merkezin sperm bağışında uyması gereken genel şartlar, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 20'de düzenlenmiştir. Hükme göre, merkezin, kullanacağı spermleri akredite olmuş sperm bankalarından getirmesi zorunludur. Sperm bağışıcısının, 20-45 yaş

⁷⁵ Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 18; Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 323; Turgut, s. 39; Kamacı, s. 38; Yıldız/Kartal/Tiryaki, s. 557. Birden çok erkeğin spermlerinin karıştırılmasıyla oluşturulan sperm kokteylinin, yumurtayı döllemesi halinde meydana gelen dölleme, heterolog döllemedir. Bu halde gerçekleşen döllemeye karışık dölleme adı verilir. Sperm kokteyli ile amaçlanan, gebelik şansının yükseltilmesi olsa da, bu yöntemin uygulanmasıyla soybağının tespiti daha da karmaşık hale gelmekte, içinden çıkılmaz sorunlarla yüzleşilmektedir. Erol, s. 25; Aydın (Soybağı), s. 14; Kırkbeşoğlu, s. 44; Ateş, s. 333. Bu uygulama sonucunda ortaya çıkan soybağı problemlerine ilişkin açıklamalar için bkz. a.şğ.: "Bölüm 2, 2.3.1.1."

⁷⁶ Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 18.

⁷⁷ Sperm bankacılığı sektörünün %65'ini yöneten ve sektörün öncüsü olarak görülen Amerika'da 2014 yılı itibarıyla yaklaşık 700 sperm bankası bulunuyordu. <http://www.haberturk.com/yasam/haber/987682-sperm-bagisi-devasa-bir-endustri> (ET: 07.04.2018).

aralığında olması, yapılacak karyotip analizi sonucunun 46, XY ile uyumlu olması, etnik kökeniyle, boy, saç rengi ve göz renginin belli olması gerekmektedir. Ayrıca vericinin, anılan maddede sayılan laboratuvar tekniklerini de eksiksiz yapması gerekmektedir.

Merkez, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 20/2 hükmü gereğince sperm bağışında bulunan vericilerin tüm bilgilerini yetkili otoritenin kuracağı elektronik sistem üzerinde kaydetmeli, kullanılacak olan spermin ülke dışından ülkeye giriş yoluyla getirilmesi durumunda yetkili mercilerden onay almalıdır. Ayrıca, tüm bağışçılardan yazılı rızanın alınması da şarttır.

1.5.1.2.2.4 Embriyo Nakli (Embriyo Bağışı)

Embriyo nakli, evli çifte, partnerlere ya da aralarında hiçbir bağ bulunmayan kimselere ait üreme hücrelerinin rahimde (in-vivo) ya da tüpte (in-vitro) döllenmesiyle oluşan embriyonun bir süre geliştikten sonra⁷⁸ anne adayının rahmine nakledilmesiyle gerçekleşen uygulamadır⁷⁹.

Embriyo naklinin gerçekleşebileceği birden çok kombinasyon düşünülebilir. Birinci ihtimalde, kocanın üreme hücresi ile bir üçüncü kişinin üreme hücresi rahimde ya da tüpte döllenir ve oluşan embriyo anne adayının rahmine nakledilir⁸⁰. Bu durumda embriyo gelişimini anne adayının rahminde tamamlarken, erkek eş,

⁷⁸Tüpte döllenme yöntemlerinin uygulanmaya başladığı ilk yıllarda, sperm ve yumurtanın döllenmesiyle oluşan embriyo, oluşumunun hemen ardından erken klivaj döneminde (embriyo gelişiminin 2. ve 3. günlerinde) rahme nakil edilmekteydi. O dönemde embriyoların laboratuvar ortamında kullanılan özel solüsyonların içerisinde ne kadar süre canlı tutulabileceği bilinmiyordu. Zaman içerisinde bilgi ve teknik imkânların artmasıyla kültür ortamı olarak kullanılan özel solüsyonların, rahim içi ortamı taklit edecek derecede geliştirilmesi sağlandı. Böylece embriyoların implantasyon (embriyonun rahime yerleşmesi) aşamasına kadar laboratuvar ortamında gelişimlerinin sağlanabilmesi mümkün hale geldi ve embriyo nakli zamanlaması 5. güne kadar uzatılabildi. Dünya genelinde yapılan araştırmalar, aday kişilerde 3. gün yerine 5.gün yapılan embriyo transferlerinde gebelik oranlarının çok daha yüksek olduğunu göstermektedir. <http://www.bahceci.com/saglik-hizmetleri/embriyoloji-laboratuvari/blastosist-5-gun-transferi>; <http://biyologlar.com/blastokist-transferi-nedir> (ET: 03.03.2018).

⁷⁹ Ateş, s. 339; Kamacı, s. 32; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 22; Turgut, s. 62; Akıncı, s. 2; Yenerer Çakmut, s. 49.

⁸⁰ Turgut, s. 63; Erol, s. 33; Gönenç, s. 69.

genetik ve hukuki baba, kadın eş ise biyolojik ve hukuki anne olacaktır. Burada kadın eşin bir nevi kendi üvey çocuğunu doğurduğu düşünülebilir⁸¹.

Embriyonun, mutlaka kadın eşin ya da partnerin rahminde taşınması şart değildir. Embriyonun, çiftin üreme hücrelerinin döllenişle oluştuğu halde, bir başka kadının rahmine nakledilmesi ve orada gelişmesi halinde de embriyo nakli söz konusudur. Böyle bir ihtimalde, kadının yumurtası ve erkeğin spermi döllenişin gerçekleşmesi için elverişli olduğu halde, kadının bebeği taşıması ya da doğum yapması ya mümkün değil, ya da sağlığına büyük ölçüde zararlıdır. Bu durumda bebeğin taşıyıcısı, üçüncü kişi olan kadın, taşıyıcı anne olarak adlandırılmaktadır⁸².

Embriyo naklinin gerçekleşebileceği bir başka olasılık ise, hem spermin hem yumurtanın üçüncü bir kişiye ait olması ve bir başka kadının rahminde ya da tüpte oluşan embriyonun gönüllü annenin rahmine nakledilmesidir. Bu olasılığa, doktrinde “doğum öncesi evlat edinme” de denilmektedir⁸³.

KKTC Hukuku’nda embriyo nakli, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 23’te düzenlenmiştir. Hükme göre merkezlerin embriyo transferi yaparken dikkate alacağı temel kriterler, alıcının yaş aralığı ve prognoz göstergeleridir. Hükümde, alıcıda iyi prognoz göstergelerinin var olması temel koşul olarak kabul edilmiş, iyi prognoz göstergelerine sahip olmayan alıcılar için ise maddenin birinci fıkrasının (B) ve (C) bentlerinde ayrıca düzenleme getirilmiştir. Alıcının yaşına göre transfer edilecek embriyo sayısı birden beşe kadar, blastosist⁸⁴ sayısı ise iki veya üç olarak

⁸¹ Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 33.

⁸² Taşıyıcı annelik hakkında detaylı açıklamalar için bkz. a.şğ. 2. Bölüm, 1.4.3.

⁸³ Kırkbeşoğlu, s. 43; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 22; Akıncı, s. 18; Turgut, s. 63; Erol, s. 34; Ateş, s. 342; Nomer, s. 557; Cin (Cezai Sorumluluk), s. 152; Yenerer Çakmut, s. 51.

⁸⁴ Sperm ve yumurtanın döllenişinin ardından tek hücreli embriyo (zigot) meydana gelir. Tek hücreden oluşan ilk embriyo, ardışık olarak sayısız hücre bölünmeleri geçirerek doğal bir üreme döngüsü içerisinde oluşumunun 5. gününde follapl tüplerinden rahim ortamına ilerler ve 5. günün sonunda rahim duvarına tutunur. Sürekli gelişen ve sayılamayacak kadar çok sayıda hücreye bölünen embriyoya bu dönemde blastosist adı verilir. Blastosist aşamasına ulaşmış olan bir embriyonun gebelik oluşturma potansiyeli, daha erken safhada transfer edilmiş bir embriyodan daha yüksektir. Döllenişin gerçekleşmesinin ardından 5 günlük süre içerisinde oluşan embriyolardan en gelişmiş,

değişmektedir. ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 23/2’de yaş dışında iyi prognoz göstergesi olarak kabul edilecek hususlar da sayılmıştır.

ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 24’te, kırk beş yaşını doldurmuş kişilere embriyo transferi yapılmasının koşulları düzenlenmiştir. Hükme göre, embriyo transferi yapılacak kişinin dahiliye uzmanı ve kardiyoloji uzmanı tarafından muayene edilmiş olması ve yapılacak tetkikler sonucunda hamileliğe engelinin olmadığı tıbbi olarak belgelenmesi şarttır.

Rahme çok sayıda embriyo nakledilmesi, “yardımcı fenomen” adıyla da anılan ve gebe kalma şansının artırılmasını amaçlayan bir uygulamadır⁸⁵. Ancak bu uygulamanın avantajları yanında, birtakım sakıncaları da mevcuttur. Rahme birden fazla embriyo nakledilmesi, çoğul gebelik riskini artırmakta, çoğul gebelikler ise hem annenin hem de çocuğun sağlığını olumsuz etkilemektedir⁸⁶.

KKTC’de rahme nakledilecek embriyo sayısı yaşa ve prognoz göstergelerinin niteliğine göre değişmekteyse de, beşe kadar yükselebilmektedir. Türk Hukuku’nda ise bu sınırlama, en fazla iki embriyo nakline izin verilmesiyle, oldukça dar tutulmuştur. Türk Hukuku’nda ÜYTE Yönetmeliği 17 No’lu Ek gereğince, sadece evli çiftlerin üreme hücrelerinin döllendirilmesiyle oluşan embriyoların nakledilmesi mümkündür. Kural olarak merkezlerde birden fazla embriyo transfer edilmez. 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

rahime yerleştirilmek üzere seçilir. Bu durumda yapılacak seçim, KKTC’de embriyo transferinin sınırlı sayıdaki embriyo ile yapılabilmesinin mümkün olması nedeniyle, ayrıca büyük önem taşımaktadır. <http://www.bahceci.com/saglik-hizmetleri/embriyoloji-laboratuvari/blastosist-5-gun-transferi>; <http://biyologlar.com/blastokist-transferi-nedir> (ET: 03.03.2018).

⁸⁵ Turgut, s. 67; Aydın, s. 18.

⁸⁶ Turgut, s. 67; Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 275. Özellikle genç donörlerden alınan yumurtalarla oluşan embriyoların, rahme tutunma potansiyeli daha yüksek olduğundan, transfer edilen embriyo sayısını kısıtlamakta yarar vardır. Zaten son zamanlarda yapılan çalışmalar da iki embriyo transferi yapılan uygulamaların, üç embriyo transferi yapılan uygulamalara benzer gebelik ile sonuçlandığını ve aynı zamanda bu uygulamalarda ikiz ve üçüz gebeliğe daha az rastlandığını göstermiştir. Bu nedenle tıbben üç embriyo transferi yapılmasına duyulan gerekliliğin, sanılandan daha az olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 275.

embriyo transfer edilebilir. Hükümle çoğul gebeliklerin önü kesilmeye çalışılmıştır. Hükme aykırı hareket eden merkezlerin ilk tespitte 6 ay yeni başvuru kabulü yapması yasaklanacak, ikinci tespitte ise merkezin ruhsatı/faaliyet izni iptal edilecektir. Bunun yanında ÜYTE ünite sorumlusu ve laboratuvar sorumlusunun sertifikası da iptal edilecek, bu kişilerin merkezlerde çalışması yasaklanacaktır⁸⁷.

Embriyonun, döllenmenin ardından rahme nakledilmesi mümkün olduğu gibi, bir süre dondurulduktan sonra, çözme işlemleri gerçekleştirilerek rahme nakledilmesi de mümkündür⁸⁸. İstenilenden fazla embriyonun oluşmuş olması durumunda oluşan fazla embriyoların sonradan kullanılması isteği veya genetik yahut diğer bazı hastalıkların incelenmek istenmesi amaçlarıyla embriyo dondurulabilir⁸⁹.

KKTC Hukuku'nda embriyoların dondurularak saklanmasına ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 25/2'de şöyle yer verilmiştir:

- (A) Adaylardan fazla sperm ve embriyo alınması durumunda, partnerlerin üreme hücrelerinin alınmasını kabul ettiğini belirten ve bu Tüzüğe bağlı Ek. 5 Embriyo saklama formunu doldurup imzalamaları durumunda embriyolar uygun ortamda dondurulmak suretiyle saklanabilir.
- (B) Saklanan embriyolar on beş (15) yılı geçmemek şartı ile her üç (3) yılda bir her iki partnerin de rızası alınarak saklanabilir ve her ikisinin de talepleri halinde ileride kullanılabilir.
- (C) Bu süre sonunda veya partnerlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya eşlerin boşanması halinde birisinin müracaatı üzerine bu süreden önce saklanan embriyolar derhal bu Tüzüğe bağlı Ek. 6 Embriyo İmha Formu doldurulup imzalanması durumunda saklanan embriyolar imha edilir.

Partnerlerin dondurulup saklanan embriyolarını çözmeyi talep etmesi durumunda ise, Tüzüğün 26. maddesinin ikinci fıkra hükmü gereğince her iki tarafın da yazılı irade açıklaması aranmaktadır.

ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 25 ve 26 hükümlerinde embriyo dondurma ve çözme talebinde bulunabilecek kişiler olarak “*partnerler*” den söz edildiği

⁸⁷ Belirtilen idari yaptırımların yetersiz olduğu, bunlara ek olarak cezai yaptırımın da getirilmesinin yerinde olacağı görüşü için bkz.: Cin (Cezai Sorumluluk), s. 154.

⁸⁸ Embriyolar, birinci, ikinci ve beşinci günlerde dondurularak saklanabilir. Dondurulan embriyolar, özel dondurucular içinde bulunan özel bir sıvı içerisinde canlılığını korumaya devam eder. Erol, s. 34.

⁸⁹ Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 35; Erol, s. 34.

görülmektedir. Kanaatimce anılan hükümlerde yalnızca partnerlerden bahsedilmiş olsa da, Tüzüğün 2. maddesinde yer alan üremeye yardımcı tedavi yöntemleri tanımı ile Tüzüğün 21/2-a bendinde yer alan ve partner kullanımının istisna olduğuna işaret eden hüküm dikkate alındığında, hükmün kapsamına yalnızca evli çiftler ya da partnerlerin değil, evli olmadığı gibi partneri de olmayan kişilerin de girdiği kabul edilmelidir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurup, donör üreme hücreleri kullanarak çocuk sahibi olmayı talep edebilecek kişiler, yalnızca evli olan yahut partneri olan kişiler değildir. Evli olmadığı gibi partneri de olmayan kişiler de bu yöntemlerden yararlanabilir. Bu nedenle, yöntemlerin uygulanması sonucunda oluşturulan embriyoların, istenilen sayıdan daha fazla olması ya da birtakım testlerden geçirilmesinin gerekmesi halinde, partneri olmayan kişiler de embriyonun dondurulması ve daha sonradan eğer istenirse çözülmesi hususunda talepte bulunabilir.

Türk Hukuku'nda ÜYTE Yönetmeliği, m. 20/5 hükmü ile adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda, eşlerden her ikisinin rızası alınarak söz konusu embriyoların dondurularak saklanacağı, saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftlerin mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçe vermelerinin gerekli olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca, eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmaya hükmedilmesi halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyoların müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edileceği de belirtilmiştir. Eşlerden yalnızca birinin ölümü, embriyonun komisyon tarafından imha edilmesi bakımından yeterlidir. Yönetmeliğin 9 No'lu Ek'inde ise periyodik olarak yıllık saklamanın uzatılmasında, dondurulma tarihi esas alınmak kaydıyla bir yılın sonunda sürenin uzatılmasına dair dilekçe verilmediği takdirde en geç bir ay

sonra embriyonun imha edileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Türk Hukuku'nda embriyoların dondurulabileceği süre, KKTC Hukuku'na nazaran oldukça kısa tutulmuştur.

1.5.2 Döllenmenin Gerçekleştiği Ortam Bakımından Ayrım

1.5.2.1 İn-vivo Döllenme

İn-vivo terimi, “*canlı dokularda, yaşayan dokular üzerinde*” anlamını taşımaktadır⁹⁰. İn-vivo döllenme, erkeğin sperminin kadının döl yatağına (uterus, rahim) ya da yumurta kanalına (follapi tüpü, oviduct) enjekte edilmesi yoluyla rahimde oluşan döllenmeyi ifade etmektedir⁹¹. Spermin, vajinanın üst kısmına ya da döl yatağı ağzına enjekte edilmesiyle de döllenme sağlanabilir. Spermin belirtilen şekilde vücuda enjekte edilmesine “*aşılama (rahim içi inseminasyon)*” adı da verilmektedir⁹².

Bu yöntemin kullanılmasıyla rahim ağzı devre dışı bırakılarak spermlerin gideceği yol kısaltılmış olur⁹³. Böylece hem cinsel birleşmenin olanaksızlığı hem de rahim ağzında spermin geçişini engelleyici diğer etkenlerin varlığı bertaraf edilmiş olur ve gebelik ihtimali yüksek oranda artırılır.

1.5.2.2 İn-vitro Döllenme

İn-vitro terimi, “*tüp içinde, camda*” anlamını taşımaktadır⁹⁴. İn-vitro döllenme yönteminde döllenme, bir tüp içerisinde gerçekleşir ve oluşan embriyo rahme nakledilir⁹⁵.

⁹⁰ <http://www.tipterimlerisozlugu.com/in-vivo.html> (ET: 27.02.2018).

⁹¹ Ateş, s. 332; Aydın (Soybaşı), s. 17.

⁹² İn-vivo yöntemde, spermin döl yatağına yahut yumurta kanalına enjekte edilmesinden evvel, verilen ilaçlar ile kadın vücudunda her ay kendiliğinden bir adet oluşan yumurtanın iki ya da üçe çıkarılması sağlanıp, yumurtanın çatlama zamanının ayarlanması için çatlama iğneleri yapılır. Aynı zamanda spermlerin laboratuvar ortamında birtakım özel tekniklerle yıkanarak sağlıklı ve hareketli hale getirilmesi de sağlanır. Spermler yıkandıktan sonra küçük bir hacimde yoğunlaşır, yoğunlaşan spermler rahmin içerisine özel bir plastik boru yardımıyla bırakılır. Özbilen, s. 227; Kamacı, s. 33; Turgut, s. 63.

⁹³ Turgut, s. 63; Kamacı, s. 33.

⁹⁴ <http://www.tipterimlerisozlugu.com/sonuclar.php> (ET: 27.02.2018).

İn-vitro yöntemle döllenenin sağlanabilmesi için vücuttan alınan yumurtalar⁹⁶, laboratuvar ortamında tüp içerisinde bulunan özel bir kültür sıvısının içerisine yerleştirilir ve sonrasında tüpün içerisine spermler de konularak yumurtayı kendiliğinden döllemesi beklenir⁹⁷.

Döllenenin gerçekleşmesiyle oluşan embriyoların gelişimi birkaç gün izlendikten sonra rahme tutunma olasılığı en yüksek seviyede olan kaliteli bir embriyo seçilerek, ince bir kateter yardımı ile rahme bırakılır⁹⁸. Eğer döllene sağlanamazsa, kadının sıradaki yumurtlama dönemi beklenir ve aynı uygulamalar tekrarlanır.

1.5.3 Taşıyıcı Annelik

Çocuk sahibi olmayı istediği halde gebe kalması bedensel yapısı ya da genetik hastalığı nedeniyle mümkün olmayan veya sağlığı açısından oldukça riskli bulunan kadının yerine, çocuğu rahminde taşıyan kadına *taşıyıcı anne* denir⁹⁹. Çocuğun taşıyıcı anne tarafından taşınmasını ve doğduktan sonra kendilerine verilmesini isteyen kişi ya da kişilere ise *gönüllü (sosyal, akdi) aile/anne/baba* denilmektedir¹⁰⁰.

Taşıyıcı annelik uygulamasına, sadece rahminde ya da hem rahminde hem de yumurta hücrelerinde var olan sorunlar nedeniyle evli ya da bekâr kadınlar başvurabilir. Ayrıca, eşcinsel erkek çiftler de çocuk sahibi olmak istediklerinde başvurabilmektedir¹⁰¹. Taşıyıcı annelik uygulamasına, yaptığı iş nedeniyle

⁹⁵ Aydın (Soybağı), s. 17; Erol, s. 36; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 35; Ateş, s. 336; Turgut, s. 64.

⁹⁶ Erol, s. 36; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 35; Turgut, s. 64. Günümüzde gelişen tıp teknolojisi sayesinde yumurta elde edilebilmesi için doğal yumurtlama süresinin beklenmesine gerek kalmamıştır. Yumurta çevriminin çeşitli teknikler kullanılarak uyarılmasıyla elverişli bir zaman aralığında yumurta elde edilebilmesi mümkündür. Aydın (Soybağı), s. 18.

⁹⁷ Turgut, s. 65; Aydın (Soybağı), s. 17; Erol, s. 36; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 35.

⁹⁸ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 192; Karanfil, s. 30. Döllenenin gerçekleşmesiyle 48 saatlik süre içerisinde iki hücre bölünerek dört hücre olur ve döllenen embriyo ya hemen o anda ya da dondurma işlemi sonrasında nakledilir. Embriyonun oluşmasını takiben 31-64 saat zarfında henüz dört hücre evresindeyken rahme nakledilmesi gerekmektedir. Aydın (Soybağı), s. 17, 18.

⁹⁹ Aydın (Soybağı), s. 21; Turgut, s. 107; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 47; Kırkbeşoğlu, s. 70; Erol, s. 42; Yıldız/Kartal/Tiryaki, s. 558; Ugan Çalışkan, s. 490.

¹⁰⁰ Ugan Çalışkan, s. 491; Turgut, s. 108; Gönenç, s. 70.

¹⁰¹ Ugan Çalışkan, s. 491.

vücudunun deforme olmasını engellemek veya hamileliğin getirdiği diğer fiziki ve ruhsal sıkıntılardan kaçmak isteyen kadınların da başvurduğu bilinmektedir¹⁰².

Taşıyıcı anne, yapılan sözleşme gereği gönüllü annenin yumurtasının veya kendi yumurtasının, gönüllü annenin eşi/partneri yahut bir başka erkeğin spermiyle in-vivo ya da in-vitro ortamda döllenişle oluşan embriyoyu, gelişimi süresince rahminde taşımak ve doğurduktan sonra istemde bulunan gönüllü çiftte veya kadına vermek durumundadır. Taşıyıcı annenin taşıyıp doğurduğu çocuğu, gönüllü çiftte/kadına teslim etmesinin iki yolu vardır: Taşıyıcı anne çocuğu doğurduktan sonra ya doğrudan istemde bulunan gönüllü çiftte/kadına teslim edebilir ve çocuk doğrudan çiftin/kadının nüfusuna kaydedilebilir. Ya da çocuk ilk başta taşıyıcı annenin nüfusuna kaydedilip, sonrasında gönüllü çiftin/kadının çocuğu evlat edinmesiyle çiftin/kadının nüfusuna kaydedilebilir.

Taşıyıcı annelik, döllenişte taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılıp kullanılmamasına göre, *geleneksel (genetik) taşıyıcı annelik*¹⁰³ ve *gestasyonel taşıyıcı annelik*¹⁰⁴, taşıyıcı anneye ücret ödenip ödenmemesine göre de *kiralık annelik (ticari taşıyıcı annelik)*, *ödünç annelik (ticari olmayan taşıyıcı annelik)* olmak üzere ayrımlara tabi olmaktadır¹⁰⁵. Belirtmek gerekir ki, taşıyıcı anneliğin ücret

¹⁰² Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 48; Aydın (Soybağı), s. 22; Erol, s. 42. Örneklendirilen nedenler veya benzer nedenlerle, herhangi bir tıbbi gerekçe olmaksızın taşıyıcı anneliğe başvurulmasına izin verilmesi, ahlak dışı kabul edilmelidir. Ungan Çalışkan, s. 493. KKTC Hukuku'nda biyolojik tabanı olmayan bu tür istemlerle taşıyıcı anne kullanılması ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 27 hükmü karşısında mümkün değildir.

¹⁰³ Geleneksel (genetik) taşıyıcı annelik, Türk doktrininde *yedek (ikame) annelik* olarak bilinmektedir. Ungan Çalışkan, s. 490; Turgut, s. 108; Yenerer Çakmut, s. 51; Karanfil, s. 32; Kırkbeşoğlu, s. 77; Erol, s. 42. Yedek annelik, ilk kez 1976 yılında Amerika'da yaşayan çiftin istemiyle, erkek eşin spermelerinin taşıyıcı annenin dölyatağına enjekte edilmesiyle gerçekleştirilmiştir. Aydın (Soybağı), s. 21. Yedek anneliği, kumalık kurumuna benzetmek mümkündür. Bu nedenle bu yöntemin geleneksel bir yöntem olduğu söylenebilir. Evli çiftin çocuğu olmazsa, erkek eşin karısına kuma getirerek onunla cinsel ilişkiye girmesi ve oluşacak embriyoyu da kumanın taşınması, doğduğunda resmi nikâhli çiftte teslim etmesi, uzun yıllardır gerçekleştirilen bir uygulamadır. Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 48.

¹⁰⁴ Ungan Çalışkan, s. 491; Turgut, s. 108; Kırkbeşoğlu, s. 77; Aydın (Soybağı), s. 21; Erol, s.42.

¹⁰⁵ Ungan Çalışkan, s. 491; Turgut, s. 108; Aydın (Soybağı), s. 21; Yenerer Çakmut, s. 51; Kırkbeşoğlu, s. 77; Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 280; Erol, s. 46; Hakeri (Taşıyıcı annelik), s. 83.

karşılığında yapılması, hem anneyi hem de çocuğu eşya konumuna getirerek araçlaştırdığından, bu tür uygulamalar hukuka ve ahlaka aykırı kabul edilmektedir¹⁰⁶.

Geleneksel taşıyıcı annelikte, kadının hem yumurtasında hem de rahminde var olan sorunlar nedeniyle döllenme taşıyıcı annenin yumurtası ile gerçekleşir, böylece taşıyıcı anne biyolojik anneliğin yanında aynı zamanda çocuğun genetik annesi de olur. Taşıyıcı annenin yumurtası, kocanın ya da bir başka erkeğin spermi ile in-vivo ya da in-vitro yöntemle döllenendirilebileceği gibi, yumurtanın taşıyıcı annenin eşinin spermiyle döllenendirilmesi de mümkündür.

Kadının yumurtaları sağlıklı ve döllenmeye elverişli ancak rahmi, çeşitli nedenlerle bebeği taşıyabilecek yeterlilikte değilse, çiftin ya da bekar kadın ile donör erkeğin üreme hücreleri in-vivo ya da in-vitro ortamda döllenendirilerek taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmesi durumunda gestasyonel taşıyıcı annelik söz konusu olmaktadır¹⁰⁷. Bu durumda taşıyıcı anne, çocukla arasında genetik bağ bulunmadığından yalnızca biyolojik anne sıfatını taşır. Üreme hücrelerinin sahibi olan kadın ve erkek genetik anne/baba olmalarına rağmen, çocuğun gönüllü ailesi olarak adlandırılırlar¹⁰⁸.

Döllenmede kullanılan üreme hücreleri, ne gönüllü aileye ne de taşıyıcı anne ve varsa eşine ait olmayabilir. Taşıyıcı annenin donör sperm ve donör yumurtanın döllenendirilmesiyle oluşan embrioyu taşınması da karşılaşılabilecek ihtimallerden birisidir. Döllenmenin donör yumurta ve donör sperm hücresiyle gerçekleşmesinin ardından bebeğin taşıyıcı annenin rahminde taşınarak gönüllü aileye teslim edilmesi

¹⁰⁶ Kırkbeşoğlu, s. 70-74.

¹⁰⁷ Turgut, s. 109; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 48; Urgan Çalışkan, s. 491; Kırkbeşoğlu, s. 77; Erol, s. 42.

¹⁰⁸ Urgan Çalışkan, s. 491; Aytaç, s. 189.

halinde, çocuğun genetik annesi, genetik babası, gönüllü annesi, gönüllü babası ve taşıyıcı annesi olmak üzere toplamda beş farklı ebeveyni olmaktadır¹⁰⁹.

KKTC Hukuku'nda taşıyıcı annelik uygulamalarına, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 27'de sayılan şartlardan en az birisinin gerçekleşmesi halinde izin verilebilmektedir. Gönüllü anne olmak isteminde bulunan kadında bulunması gereken şartlar, sınırlı olarak şöyle sayılmıştır: *“Doğuştan uterusun yokluğu, uterusun iyi ya da kötü huylu olayları sonucunda alınmış olması, uterusun doğumsal anomalileri (T şeklinde uterus, hipoplastik uterus), uterusun düzeltilemez olması, kadının hayatını tehlikeye atabileceği tıbbi durumların varlığı (kadının ciddi kalp hastalığı ya da böbrek yetmezliği olması, meme kanseri öyküsünün olması, HELLP sendromunun gelişmiş olması)”*.

Taşıyıcı anneliğe izin verilmesi için gerekli olan şartlar ise, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 27/2'de hükme bağlanmıştır: *“Taşıyıcı anne olacak kadının 21-40 yaş aralığında olması, kimlik ve tıbbi belgeleri ile Koordinasyon Kurulu'nun istediği ek bilgileri sunmuş olması.”* Ayrıca taşıyıcı annelik uygulamasına taşıyıcı anne ile gönüllü annenin ve varsa eşinin yazılı irade açıklaması ile rıza göstermeleri de şarttır. (ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 27/3)

Taşıyıcı annelik, kadının yalnızca biyolojik anlamda değil, psikolojik anlamda da etkilendiği bir uygulamadır. Hamilelik boyunca kadın fiziksel ve ruhsal açıdan yıpratıcı bir süreçten geçmesinin yanı sıra, bebekle arasındaki duygusal bağ da bu süreçte gelişmekte ve hatta kimi zaman kadın yaşadığı sahiplenici hisle taşıyıcı annelik sözleşmesine rağmen bebeği teslim etmek istememektedir. Ortaya çıkan bu

¹⁰⁹ Ungan Çalışkan, s. 491.

ve benzeri sorunlar nedeniyle taşıyıcı annelik, birçok hukuk düzeninde ahlak dışı bulunmuş ve yasaklanmıştır¹¹⁰.

Türk Hukuku'nda ÜYTE Yönetmeliği'nde ve Eklerinde taşıyıcı anneliği açıkça yasaklayan bir hükme yer verilmemekle beraber doktrindeki baskın görüş, 17 No'lu Ek'te yer alan söz konusu hükmün, taşıyıcı annelik uygulamasını da engelleyici nitelikte olduğu ve bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin en başta ahlaka ve kişilik haklarına, sonra da ÜYTE Yönetmeliği'ne aykırı olması nedeniyle geçersiz kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹¹¹.

¹¹⁰ Kalkan Oğuztürk, s. 207; Turgut, s. 111; Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 279; Hakeri (Taşıyıcı annelik), s. 87. Taşıyıcı annelik konusundaki ilk anlaşmazlık, 1986 yılında meydana gelen "Bebek M" vakasıdır. Taşıyıcı anne olan Mary-Beth Whitehead, 27.03.1986'da Stern ailesini çocuk sahibi yapabilmek adına William Stern'in spermleri ile hamile kalmış, sözleşme gereğince kendisine 10.000 USD ödenmiştir. Taşıyıcı anne Mary, bebeği doğurduktan sonra Stern ailesine teslim etmiş ancak kısa bir süre sonra vazgeçerek bebeği geri almak istemiştir. Uzunca süren tartışmaların ardından mahkeme bebeğin Stern ailesinde kalmasına karar vermiştir.

¹¹¹ Turgut, s. 110; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 49; Kırkbeşoğlu, s. 71.

Bölüm 2

SOYBAĞI BAKIMINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ

2.1 Soybağı Kavramı ve Türleri

Soybağı (*lineage*), bir kimsenin kimin soyundan geldiğini gösteren bağ ya da ilişkidir¹¹². Soybağı kavramını, dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırarak açıklamak gerekir. *Geniş anlamda soybağı*, bir kimse ile onun üstsoyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı ifade eder¹¹³. Bir başka ifadeyle geniş anlamda soybağı, birbirinden üreyen kişiler arasındaki hısımlığın (altsoy-üstsoy hısımlığının) bir göstergesidir. Örneğin, çocuk¹¹⁴ ile anne-baba, büyükanneler ve büyükbabalar, nineler ve dedeler arasındaki doğal bağ, geniş anlamda soybağıdır. *Dar anlamda soybağı ise*, yalnızca çocuk ile anne ve babası arasındaki doğal ve hukuki bağı ifade etmek için kullanılan bir kavramdır¹¹⁵.

KKTC mevzuatında *soybağı* kavramı yerine “*nesep*”¹¹⁶ ya da “*soydanlık*” kavramlarının kullanıldığı görülmektedir¹¹⁷. 1/1998 sayılı Aile (Evlenme ve

¹¹² Kılıçoğlu, s. 511; Öztan, s. 867; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 254; Baygın, s. 1.

¹¹³ Acabey, s. 5; Baygın, s. 1; Akıntürk/Ateş, s. 321; Yenerer Çakmut, s. 7; Akıncı, s. 234; Aydın (Soybağı), s. 34; Kırkbeşoğlu, s. 6. Bir başka görüşe göre geniş anlamda soybağı, bir kişinin altsoy, üstsoy ve yansoyu ile arasındaki kan bağı ve evlat edinmeyle oluşan evlatlık ilişkisini de kapsamaktadır. Öztan, s. 867; Aydın (Soybağı), s. 34.

¹¹⁴ Soybağı Hukuku’nda, kişi hangi yaşta olursa olsun, anne babanın “çocuğu” olarak adlandırılır. Acabey, s. 5; Baygın, s. 2.

¹¹⁵ Acabey, s. 5; Baygın, s. 2; Akıntürk/Ateş, s. 321; Öztan, s. 867; Yenerer Çakmut, s. 8; Akıncı, s. 234; Aydın (Soybağı), s. 34; Kırkbeşoğlu, s. 6. İsviçre Medeni Kanunu’nda dar anlamda soybağı, “çocukluk ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır. Baygın, s. 2.

¹¹⁶ “Nesep”, “soy, nesil” anlamına gelen bir kelimedir. Nesep kelimesinin hukuki anlamı ise, “kişinin anne babası ile arasındaki bağlantı”dır. Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 139. “Hısımlık”, birbirine kan, evlenme ya da evlat edinme gibi doğal ya da sözleşmesel bir bağla yaklaşanlar arasındaki yakınlıktır. Bağdatlı, s. 276. Soybağı, TMK’nın ikinci kitabı olan “Aile Hukuku” kitabı içerisinde, “Hısımlık”

Boşanma) Yasası'nın ve 1955 tarihli Fası 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nın (*Illegitimate Children Law*) ilgili hükümleri incelendiğinde KKTC Hukuku'nda da dar anlamda soybağının esas alındığı görülmektedir. Aynı şekilde Türk Hukuku'nda Türk Medeni Kanunu'nda dar anlamda soybağı esas alınmıştır¹¹⁸.

Dar anlamda soybağı, anne baba ve çocuk arasındaki bağın oluşum şekline göre *doğal soybağı* ve *hukuki soybağı* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Doğal soybağı*, çocuk ile anne ve babası arasında doğum ile kendiliğinden kurulan, biyolojik ve genetik temellere dayanan bağı (kan bağı) ifade etmektedir¹¹⁹. Örneğin, çocuğu doğuran kadın ile kadının yumurtasını dölleyen spermin sahibi erkeğin çocuk ile arasında kurulmuş olunan bağı doğal soybağıdır¹²⁰. *Hukuki soybağı* ise, çocuk ile anne ve babası arasındaki biyolojik/genetik bağı, hukuk tarafından tanınmasıdır¹²¹. Bir başka ifadeyle hukuki soybağı, çocuğun anne ve babaya hukuken bağlanmasıdır. Hukuki soybağının temelinde genellikle doğal soybağı bulursa da, soybağının doğal bağı (kan bağına) değil, manevi bağı dayandığı durumlarda da hukuki soybağı bulunabilir. Bu bağlamda hukuki soybağı, "*kan bağına dayanan soybağı*" ve "*evlat edinmeye dayanan soybağı*" olmak üzere ikiye ayrılmakta, ilkinde "*gerçek soybağı*", ikincisine "*yapay soybağı*" denilmektedir¹²².

başlığını taşıyan ikinci kısmı altında düzenlenmiştir. Hısımlık, soybağından çok daha geniş bir anlamı içeren, özellikle çocuk hukuku bakımından büyük önem taşıyan bir kavramdır. Baygın, s. 2.

¹¹⁷ Türk Hukuku'nda 743 sayılı önceki Medeni Kanun'da kullanılan "*nesepe*" kavramı, 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) tercih edilmemiş, bunun yerine "*soybağı*" kavramı kullanılmaya başlanmıştır.

¹¹⁸ Acabey, s. 5; Akıntürk/Ateş, s. 321; Kılıçoğlu, s. 512; Yenerer Çakmut, s. 8.

¹¹⁹ Acabey, s. 6; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 254; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 146; Akıntürk/Ateş, s. 322; Baygın, s. 4; Oğuzman/Dural, s. 195; Aydın (Soybağı), s. 34; Yenerer Çakmut, s. 20; Kırkbeşoğlu, s. 7. Anne baba ile çocuk arasında kurulan doğal soybağına, "*gerçek (tabii) soybağı*" da denilmektedir.

¹²⁰ Aydın (Soybağı), s. 35.

¹²¹ Hukuki soybağına, "*sosyal-manevi-psikolojik soybağı*" da denilmektedir. Öztan, s. 867; Oğuzman/Dural, s. 195; Akıntürk/Ateş, s. 322; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 169; Baygın, s. 4; Acabey, s. 7.

¹²² Akıntürk/Ateş, s. 322; Aydın (Soybağı), s. 35; Baygın, s. 4; Acabey, s. 6, 7; Yenerer Çakmut, s. 21; Kırkbeşoğlu, s. 8. Yapay soybağı için "*sun'i/farazi/izaafi nesepe*" kavramları da kullanılmaktadır. Öztan, s. 867; Oğuzman/Dural, s. 195; Akıntürk/Ateş, s. 322; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 169.

Hem KKTC Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda anne baba ile çocuk arasında kurulan soybağı, kural olarak genetik kökene ve biyolojik türemeye dayanmaktadır. Ancak, *anne* ve *baba* kelimeleri, yalnızca anıldığı şekilde genetik kökenin sahibi olan ya da biyolojik olarak türenen kişiler için kullanılmaz. Örneğin yumurta bağı ya da sperm bağı uygulaması ile çocuk sahibi olan gönüllü anne/baba ile çocuk arasında; evlatlık ile evlat edinilen arasında; çocuğun genetik annesi ya da genetik babası olmadığı halde çocuğun nesebini reddetmeyen ya da reddedemeyen erkek veya kadın ile çocuk arasında biyolojik ve genetik bakımdan doğal soybağı bulunmasa da, hukuki soybağı mevcuttur¹²³. Unutulmamalıdır ki soybağı, yalnızca anne baba ile çocuk arasındaki biyolojik/genetik bağlantıyı gösteren bağ değil, aynı zamanda kişiler arasındaki manevi-sosyal ilişkiyi de gösteren bir bağıdır. Bu nedenle biyolojik süreci yaşamasa ve çocuğun genetik anne babası olmasa da, anne baba rolünü üstlenen kişilerle çocuk arasında manevi-sosyal bir bağın bulunduğu kabul edilmelidir. Genellikle biyolojik/genetik bağ ile manevi-sosyal bağ birlikte bulunsun da, kimi zaman, bu sıfatı taşıyan kişiler, yukarıda belirtilen örneklerde olduğu gibi farklı kişiler olabilir¹²⁴.

Çocuk ile anne baba arasındaki bağın kanunda öngörülen şekle uygun olarak kurulup kurulmadığı bakımından yapılan bir diğer ayırım ise *sahih (evlilik içi) neseb - sahih olmayan (evlilik dışı) neseb* ayırımıdır¹²⁵. Türk Hukuku'nda Türk Medeni Kanunu'nda benimsenmeyen bu ayırım, KKTC Hukuku'nda 1/1998 Sayılı Aile (Evllenme ve Boşanma) Yasası m. 40 ve Fesil 278 Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nda yapılmaktadır.

¹²³ Baygın, s. 4; Acabey, s. 6; Kırkbeşoğlu, s. 8.

¹²⁴ Acabey, s. 6; Yenerer Çakmut, s. 20.

¹²⁵ Oğuzman/Dural, s. 195; Baygın, s. 5; Acabey, s. 12; Akıntürk/Ateş, s. 323; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 254; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 140; Yenerer Çakmut, s. 27.

Çocuk ile anne babası arasında, “kanunun öngördüğü şekilde kurulmuş olan” soybağına *sahih nesep (düzgün soybağı)* denir¹²⁶. Çocuk ile anne babası arasında soybağının doğumdan itibaren kanunun öngördüğü şekilde oluşmadığı, fakat sonradan hukuken getirilen şartların sağlanmasıyla soybağının kurulduğu hallerde, *sahih olmayan nesepten (düzgün olmayan soybağı)*, söz edilmektedir. Sahih nesepli olmayıp, nesebi sonradan düzeltilen çocuklara, “*nesebi düzeltilmiş çocuklar*” denmektedir¹²⁷. Bir başka ifadeyle *sahih nesep (düzgün soybağı)*, “*evlilik içinde*” oluşan bağı, yani anne ve baba evliyken dünyaya gelen ya da ana rahmine düşen çocuklar için o andan itibaren oluşan soybağı ilişkisini (nesebi) ifade ederken, *sahih olmayan nesep (düzgün olmayan soybağı)*, “*evlilik dışında*” oluşan bağı, yani yasal evlilik içerisinde doğmayan ya da ana rahmine düşmeyen çocuklar ya da evlilik içinde doğmakla beraber soybağı reddedilen çocuklar için oluşan soybağı ilişkisini ifade etmektedir. Bu nedendir ki bazı yazarlar, *sahih - sahii olmayan nesep ayrımı yerine, “evlilik içi-evlilik dışı nesep”* ayrımını terci etmişlerdir¹²⁸.

Yürürlükte bulunduğu dönemde *sahih nesepli – sahii olmayan nesepli çocukların statüsünü belirlerken oldukça ayrımcı ve çağ dışı hükümler getiren EMK’nın aksine*¹²⁹ EDCY, getirdiği hükümlerle (m. 3 ve 7) *sahih nesepli - sahii olmayan nesepli çocukların statüsü bakımından ayrımcı hükümlere yer vermemiş, çocuk ile anne ve babası arasındaki soybağı ister evlilik içinde ister evlilik dışında*

¹²⁶ Önceki Medeni Kanun, çocuk ile anne ve babası arasındaki soybağı ilişkisini, üç halde *düzgün soybağı* olarak sayıyordu. Bunlardan ilki, “*baştan sahii nesep*” yani çocuğun evlilik içinde doğması ya da ana rahmine düşmüş olması, ikincisi *baştan sahii olmayan nesebin düzeltilmesi* yoluyla sonradan *sahii nesep (düzeltilmiş nesep)* durumuna getirilmesi, üçüncüsü ise *evlatlık sözleşmesi* kurulması haliydi. Oğuzman/Dural, s. 195; Gençcan, s. 49 vd.

¹²⁷ Oğuzman/Dural, s. 195; Akıntürk/Ateş, s. 323; Acabey, s. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 254; Gençcan, s. 51.

¹²⁸ Oğuzman/Dural, s. 197; Acabey, s. 13; Kırkbeşoğlu, s. 12; Akyüz, s. 138, 139.

¹²⁹ EMK, *sahii nesepli çocukların durumunu, sahii olmayan nesepli çocukların durumundan çok daha iyi olacak şekilde düzenlemişti*. Bu farklılıklar ve eşitsizlikler doktrinde oldukça eleştirilmiş, sonrasında bunlar Anayasa Mahkemesi’nin, Anayasa’da yer alan “*ailenin ve çocuğun korunması*” esasına dayanarak verdiği kararlarla bir nebze de olsa giderilmişti. Yeni TMK ile EMK’nın çağın gerisinde kalan ayrımcı hükümleri ve böylece *sahii – sahii olmayan nesep ayrımı tamamen kaldırıldı*. Oğuzman/Dural, s. 197; Acabey, s. 13 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 323; Baygın, s. 8.

kurulmuş olsun, sırf kurulmuş olmasını yeterli sayarak, çocukların eşit statüde olduklarını kabul etmiştir. Bu sayede evlilik içinde ya da dışında doğmayı tercih etme imkânı bulunmayan masum çocuğun, farklı düzenlemelere tabi tutulmasını engellenmiştir¹³⁰. Tüm bu açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, KKTC Hukuku'nda Aile Yasası ve EDÇY ile getirilen sahih – sahih olmayan nesep ayrımını sonuçları bakımından bir farklılık yaratmadığından, gerçek anlamda bir ayırım saymak mümkün değildir.

2.2 Anne ile Soybağının Kurulması

2.2.1 Kural: Doğuran Kadın Anadır

Çocuk ile anne arasında soybağı doğum ve evlat edinme yoluyla kurulmaktadır. Doğum yoluyla kurulan soybağına doğal, evlat edinme yoluyla kurulan soybağına ise yapay soybağı denilmektedir¹³¹. Uygulamada çoğunlukla çocuk ile anne arasındaki soybağı, doğum ile kurulmaktadır. Anne ile çocuk arasında doğumla birlikte kurulan soybağı biyolojik-genetik (doğal) soybağı olmasının yanı sıra, bu soybağı aynı zamanda hukuki soybağıdır¹³².

Türk Hukuku'nda çocuk ile anne arasındaki soybağı doğumla birlikte kendiliğinden, kanundan dolayı kurulmaktadır(TMK m. 282)¹³³. Doğum olayı, tek başına soybağının kurucu işleve sahiptir¹³⁴. “Çocuğu doğuran kadın, anadır (*mater semper certa est-ana daima bellidir*)” karinesi, kesin karinelere dendir. Yani söz

¹³⁰ Evlilik içinde ve dışında doğan çocukların farklı statülere tabi olması gerektiğini savunanlar, bunu yasal olmayan birleşmelere engel olmak, evlilik kurumunu ve aileyi korumak, ahlakın bozulmasını önlemek için gerekli bulmaktaydı. Oğuzman/Dural, s. 197.

¹³¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 254; Baygın, s.13; Öztan, s. 869; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 140; Yenerer Çakmut s. 38; Tekinay, s. 394. Hem KKTC hem de Türk Hukuku'nda bekâr olsun ya da olmasın bir kadınla evlat edindiği kişi arasında evlatlık ilişkisinin mahkeme kararı ile kurulması ile soybağı o andan itibaren kurulmuş olmaktadır.

¹³² Acabey, s. 200; Baygın, s.13; Yenerer Çakmut, s. 61; Akıncı s. 238; Tekinay, s. 395; Kırkbeşoğlu, s. 58; Turgut, s. 29.

¹³³ Akıntürk/Ateş, s. 328; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 255; Oğuzman/Dural, s. 203; Acabey, s. 197; Öztan, s. 868; Kırkbeşoğlu, s. 13; Yenerer Çakmut, s. 61; Akıncı s. 238; Turgut, s. 29.

¹³⁴ Acabey, s. 198; Öztan, s. 868; Turgut, s. 30.

konusu karine ispat yüküne istisnadır ve aksi ispat edilemez¹³⁵. Bu nedenle çocuğu doğuran kadının anne olmadığını iddia etmesi, mümkün değildir. Bu karine sayesinde, çocuğu doğuran kadının kim olduğunun tespit edilmesi ile anne de kolayca tespit edilmektedir. Ayrıca anne ile çocuk arasında soybağının kurulması bakımından, çocuğun evlilik içinde ya da dışında doğmuş ya da ana rahmine düşmüş olması soybağının kurulması bakımından önem taşımaz.

KKTC Hukuku'nda anne ile çocuk arasındaki soybağının doğum ile kurulduğu, yasal mevzuat içerisinde açıkça düzenlenmemiştir. Ancak yine de, kadın ile çocuk arasındaki soybağının doğum ile kurulduğu gerçeğinin, yüzyıllardır kabul gören evrensel bir gerçeği teşkil etmesi nedeniyle, aynı prensipten hareket edilerek KKTC Hukuku'nda da anne ile çocuk arasındaki soybağının doğumla, kendiliğinden o an itibariyle kurulduğu kabul edilmelidir¹³⁶. EDCY m. 3 hükmü “*evlilik dışı bir çocuk, anası ve anasının kan hısımları ile ilgili olarak yasal bir çocuğun yasal statüsüne sahiptir*” şeklinde getirmiş olduğu hükümlerle, anne ile çocuk arasındaki soybağının doğum olayı sonucunda kurulduğunu açıkça belirtmiş olmasa da, çocuk evlilik dışı doğmuş olsa bile annesi bakımından soybağının başka bir irade açıklaması yahut

¹³⁵ Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 380. Her çocuğun bir anneden doğması, doğanın kanunudur. Akıntürk/Ateş, s. 328. Çocuk ile anne arasındaki soybağının doğumla kurulması ve doğuran kadının da anneliğinin kesin karine olması nedeniyle, annenin bilinmediği, örneğin çocuğu terk edip kaçtığı durumda bile, annenin belli olduğu ancak kim olduğunun bilinmediği kabul edilir. Böyle bir durumda açılacak olan dava, soybağının kuran inşai (kurucu) nitelikte bir dava değil, annenin belirlenmesini sağlayan bir tespit davasıdır. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 255; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 140; Öztan, s. 868; Baygın, s.19; Yenerer Çakmut, s. 40; Kırkbeşoğlu, s. 13. Yapılan hata ya da kasıtlı olarak hareket edilmesi sonucunda nüfus kütüğüne çocuğu doğuran kadından başka bir kadının kaydedilmesi durumunda dahi çocuk ile nüfusa yazılan anne arasında soybağı ilişkisi kurulmaz. Bu durumda nüfustaki yanlış kaydın düzeltilmesi için gerekli işlemler yapılır. Gerçek dışı kaydın silinmesiyle, önceden anne olduğu belirtilen kadın ile çocuk arasındaki soybağı kesilir ve gerçek ana olduğu kanıtlanan kadınla soybağı kurulur. Bu duruma en fazla resmi nikâhlı karısından başka bir kadından çocuk sahibi olan erkeğin çocuğu evli olduğu karısının nüfusuna yazdırması halinde karşılaşılmaktadır. Türk Hukuku'nda böyle bir durumda TMK m. 39 gereğince kayıt düzeltme davası açılarak alınacak karar ile sicilin düzeltilmesi mümkündür. Oğuzman/Dural, s. 203; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 256; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 140; Öztan, s. 868; Yenerer Çakmut, s. 40; Baygın, s.19; Turgut, s. 61; Kırkbeşoğlu, s. 13.

¹³⁶ KKTC Hukuku'nda bu prensipten hareket edildiğine dolaylı da olsa işaret eden mahkeme kararları şunlardır: Yargıtay Aile Hukuk, T: 01.01.1985, KN: 4/85, DN: 1/85; Yargıtay Aile Hukuk, T:01.06.1988, KN: 6/88, DN: 3/88; Yargıtay Aile Hukuk, T: 26.06.2015, KN: 3/2014, DN: 5/2015; Yargıtay Aile Hukuk, T:07.03.2017, KN: 7/2014, DN: 3/2017. <http://www.mahkemeler.net/cgi-bin/default.aspx> (ET: 16.05.2018).

mahkeme emrine ihtiyaç duyulmaksızın kurulacağına işaret etmiştir¹³⁷. Ayrıca, Evlilik Dışı Çocuklar Yasası'nda evlilik dışında doğan çocuklar ile yalnızca baba arasındaki soybağının kurulmasına ilişkin hükümler getirilmesi; Aile Yasası'nın "*Nesebin Sahih Addolunması*" başlıklı 40. maddesinde koca ile çocuk arasındaki soybağının babalık karinesi gereğince kurulmasının ve reddinin mümkün olduğunun düzenlenmesine karşılık anne ile çocuk arasındaki soybağının kurulması bakımından babalık karinesine benzer bir karinenin getirilmemesi; ayrıca annenin çocuk ile arasında kurulan soybağının reddedebileceği hususunda da hükme yer verilmemesi anne ile çocuk arasındaki soybağının doğumla kurulduğunun göstergeleri olarak sıralanabilir¹³⁸.

Sağ doğumla birlikte soybağı, geçmişe etkili olarak çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulur¹³⁹. Buna karşılık döllenmenin tüp içerisinde gerçekleştirildiği halde, soybağının doğum gerçekleşmeden önce hangi anda kurulduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁴⁰, anne ile çocuk arasındaki soybağı, embriyonun rahme yerleştirildiği anda kurulurken, diğer bir görüşe göre¹⁴¹, anne ile çocuk arasındaki soybağı çocuğun sağ doğması koşuluyla, tüpte döllendiği andan

¹³⁷ EDÇY'da yer alan söz konusu hüküm, ÖMK'nun yürürlükte olduğu dönemde Türk Hukuku'nda hâkim olan sahih-gayrisahih nesep ayırımından farklı bir hüküm getirmektedir. ÖMK m. 290'da yer alan "*nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır*" hükmüyle, nesebi sahih olmayan çocuk, anne ve onun hısımları bakımından da sahih olmayan nesebe sahiptir. Bu çocuğun nesebi düzeltilene kadar da, babası bakımından nesepsizdir. Yani evlilik dışında doğan çocuk ile annesi arasında sahih olmayan nesep, doğumla kendiliğinden kuruluyordu. Tekinay, s. 395; Oğuzman/Dural, s. 195; Akıntürk/Ateş, s. 325; Kırkbeşoğlu, s. 11. TMK ile birlikte artık doğuran kadının, evli olup olmaması önem taşımaksızın çocuk ile sahih nesep (düzgün soybağı) kurulmaktadır.

¹³⁸ Aile Yasası m. 40/1, 2 hükmü şöyledir: "*(1) Evlilik esnasında veya evliliğin son bulmasından veya erkeğin ölümünden başlayarak 302 (üç yüz iki) gün içerisinde doğan her çocuğun nesebi sahih addolunur. (2) Erkek, çocuğun doğumunun bilgisine geldiği tarihten başlayarak bir ay içinde dava açarak çocuğun nesebini reddedebilir. Böyle bir durumda çocuğun kendisine ait olmadığını ispat yükümlülüğü davacı tarafa aittir.*"

¹³⁹ Acabay, s. 198. TMK'da hak ehliyetinin kazanıldığı an, m. 28'de şöyle düzenlenmiştir: "*(1) Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. (2) Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*" KKTC Hukuku'nda ise benzer bir düzenlemeye rastlanmamakla beraber, genel prensipten hareketle, kişinin çocuğun sağ ve tam doğumuyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren" başladığını kabul etmek gerekir. Detaylı açıklamalar için bkz. a.şğ. "Bölüm 3, 3.2"

¹⁴⁰ Nomer, s. 580.

¹⁴¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 12.

itibaren kurulmaktadır. Soybağı, hak ehliyetinin bir uzantısı olduğundan, çocuğun hak ehliyetine sahip olduğu an, soybağının da kurulduğu ve hukuki sonuçlarını doğurduğu an olarak kabul edilir. Soybağının hukuki sonuçlarından yararlanabilmesi bakımından çocuğun yararına olması ve çocuğun hak kaybına uğrama olasılığını en aza indirmesi nedeniyle, kanaatimce ikinci görüş daha doğru bir görüştür.

2.2.2 İstisna: Genetik Anne ile Biyolojik Annenin Farklı Kişiler Olması

Çocuk ile anne arasındaki soybağının, doğumla kurulacağı, bir başka deyişle “*doğuran kadın, anadır*” kesin karinesi, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin hayatımıza girmesiyle birlikte mutlaklığı sorgulanan bir karine haline gelmiştir¹⁴². Hem KKTC, hem de Türk Hukuku’nda kabul edilen söz konusu karine, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen döllenmeler dikkate alınarak kabul edilmiş bir karine değildir¹⁴³. Özellikle yumurta bağışı ve taşıyıcı annelik uygulamalarının yapılmaya başlanmasıyla birlikte, genetik ve biyolojik annenin farklı kişiler olması sonucunun ortaya çıkması, iki anneden ve hatta kimi zaman üç anneden hangisine öncelik tanınacağı ve hangisinin hukuki anne olarak kabul edileceği noktasında derin tartışmalara yol açmaktadır¹⁴⁴.

KKTC Hukuku’nda evli çiftlerin, evli olmayan partnerlerin ya da tek başına bir kadının yumurta bağışı için talepte bulunması mümkündür. Türk Hukuku’nda ise yumurta bağışı yasaklanmış, döllenmenin yalnızca evli kadının yumurtası ile gerçekleştirilmesine izin verilmiştir. Bu uygulamalar nedeniyle ortaya çıkması olası

¹⁴² Acabey, s. 200; Baygın, s. 16; Yenerer Çakmut, s. 61; Akıncı s. 238; Kılıçoğlu, s. 514; Kırkbeşoğlu, s. 13; Gönenç, s. 73.

¹⁴³ Öztan, s. 878; Acabey, s. 201.

¹⁴⁴ Acabey, s. 200; Baygın, s. 17; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 141; Yenerer Çakmut, s. 61; Kırkbeşoğlu, s. 58; Turgut, s. 29.

soybağı problemlerinin KKTC Hukuku'nun yanı sıra, Türk Hukuku'nda da çözüme kavuşturulması gerekmektedir¹⁴⁵.

Bu hususta, hukuk sistemlerinin hangi tür anneliğe üstünlük tanıyacağı temel sorusunu cevaplandırmaları gerekse de, ne KKTC Hukuku'nda ne de Türk Hukuku'nda yumurta bağışı uygulamasında hukuken hangi anneye üstünlük tanınacağı konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle bu konuda çocuk ile anne arasındaki soybağını kuran genel kuraldan hareket ederek, doğuran kadını hukuken anne saymaktan başka çare bulunmamaktadır¹⁴⁶. Doğuran kadın genetik anne olmadığı halde çocuğun soybağını reddedemeyeceği gibi, genetik annenin de tanıma, sonradan evlenme ya da hâkimin vereceği hükümlerle çocuğa sonradan soybağı ile bağlanması, ne Türk Hukuku'nda ne de KKTC Hukuku'nda mümkündür¹⁴⁷. Her iki hukuk sistemi de, hukuki açıdan biyolojik anneliği, genetik anneliğe üstün tutmuş durumdadır¹⁴⁸. Bu tercihin altında yatan nedenler olarak, doğum olayının kolayca ispat edilebilir olması, karinenin hukuki güvenlik sağlaması, kadının mahremiyetinin korunabilir olması, kadının hamileliği ve doğumu sayesinde çocuk ile oldukça yakın bir ilişki kurulduğu gerçeğinin kabul olunması gösterilebilir¹⁴⁹.

Doktrinde, biyolojik anneliği, genetik annelikten üstün tutmanın her koşulda doğru olmayacağı ve bu durumun bazı hallerde birtakım tehlikelere yol açabileceği

¹⁴⁵ Acabey, s. 202; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 141; Yenerer Çakmut, s. 61; Kamacı, s. 45; Kırkbeşoğlu, s. 58.

¹⁴⁶ Acabey, s. 200; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 254; Baygın, s.18; Öztan, s. 870; Tekinay, s. 394; Yenerer Çakmut, s. 61; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 140; Akıncı s. 238; Kırkbeşoğlu, s. 58; Turgut, s. 29; Gönenç, s. 73.

¹⁴⁷ Öztan, s. 878; Acabey, s. 193; Baygın, s.36; Serozan(Çocuk Hukuku), s. 102; Akıncı, s. 238; Kamacı (Nesep), s. 101. Anneye soybağını reddetme imkanı tanınmamasının, annenin dava açmasının her zaman çocuğun çıkarlarını gözetme amacıyla olmaması ve hatta kimi zaman intikam alma isteği ya da maddi çıkarlar olabilmesi nedeniyle haklı olduğunu savunan görüş için bkz. Baygın, s. 36; Oğuzman/Dural, s. 213; Karanfil, s. 104.

¹⁴⁸ Acabey, s. 200; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 142; Akıncı s. 241; Kırkbeşoğlu, s. 58.

¹⁴⁹ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 166; Gönenç, s. 73.

savunulmaktadır¹⁵⁰. Bu görüş taraftarlarından olan *NOMER*, hukuki anneyi belirlemede genetik kökenin üstün tutulması gerektiğini savunmaktadır¹⁵¹. Yazara göre, çocuğu doğuran biyolojik anne ilk bakışta çocuğun annesi sayılmalı ve nüfus siciline de anne olarak kaydedilmelidir¹⁵². Ancak bu kaydın adi bir karine gereğince yapıldığı kabul edilmeli ve bu karinenin aksi ispat edilebilmelidir. Karinenin aksini ispat etmede ise, babalık karinesi ve baba bakımından soybağının reddini düzenleyen hükümler kıyasen anne için de uygulanmalıdır. İspat sonucunda karinenin çürütülmesi ve çocuğun genetik annesinin başka bir kadın olduğunun anlaşılması halinde, çocuğu doğuran kadının anneliği iptal edilmeli, genetik anne ile çocuk arasında tanıma ya da anneliğe dair verilecek bir hâkim hükmü ile hukuken soybağı kurulabilmelidir. Çocuğun annesiz kalmasını önlemek için anneliğin reddi ve tespiti, birlikte yapılmalıdır¹⁵³.

Anne ile çocuk arasında kurulan genetik bağın üstün tutulması gerektiğini savunan diğer yazarlar ise, biyolojik anne olan kadın bakımından ne yasal ne de fiili herhangi bir annelik karinesinin tanınmasını kabul etmemekte, genetik annenin doğrudan hukuki anne olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁵⁴. Genetik bağa üstünlük tanıyan bu görüşün savunucularının temel dayanağı, “doğuran kadının ana olduğu” kesin karinesinin de temelinde genetik olarak birbirinden türeme, birbirine kan hısımlı olma mantığının yattığı düşüncesidir. Bir başka ifadeyle hısımlığı belirleyen, genetik bağdır ve hem miras hem de aile hukukunda bu temelden hareket edilerek düzenlemeler getirilmiştir. Bu nedenle genetik anne ve biyolojik anne farklı kadınlar ise, çocuk hısımlı olduğu genetik annesine soybağı ile

¹⁵⁰ Nomer, s. 562.

¹⁵¹ Nomer, s. 562.

¹⁵² Nomer, s. 563.

¹⁵³ Nomer, s. 572.

¹⁵⁴ Acabey, s. 207; Nomer, s. 566.

bağlanmalıdır¹⁵⁵. Böylece çocuk ile genetik annenin ya da diğer hısımlarının evlenme tehlikesi de ortadan kaldırılmış olur. Hatta bu görüşe göre, yumurta sahibi kadın çocuğu kendisi doğurmamış olsa ya da yumurtası onun bilgisi ve rızası dışında kullanılmış olsa da doğan çocuğun hukuken annesi olduğu kabul edilmelidir¹⁵⁶. Buna karşılık *NOMER*, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurarak hamile kalan kadına, kendi bilgisi ve rızası olmaksızın yumurta bağışı ya da embriyo nakli yapılmışsa, kural olarak soybağını reddetme hakkı tanınmalıdır ancak döllenmede kullanılan yumurta hücrelerinin kime ait olduğu belirlenemiyorsa ya da yumurta hücresi doğuran kadına ait olmadığı halde, kadın evliyse ve sperm kocaya aitse, bu durumda çocuk ile anne arasında kurulan soybağının reddedilemeyeceği nedeniyle bu görüşe karşı çıkmaktadır¹⁵⁷.

NOMER, yumurta bağışı uygulamasında biyolojik annenin çocuğu baştan benimseyip benimsememesine göre ayırım yapmaktadır. Yazara göre, biyolojik annenin nesebi reddetme hakkı olmakla beraber, eğer yumurta bağışı ile çocuk sahibi olabilen biyolojik anne çocuğu baştan beri benimsemişse ve sahiplenme arzusu içindeyse, yumurtasını bağışlayan yani genetik anne olan kadın da yumurtasını bu amaca dayanarak bağışlamışsa, bu durumda artık soybağını reddetme hakkı sona ermelidir ve genetik anne de hukuken anne olduğunu iddia edememelidir¹⁵⁸. *KIRKBEŞOĞLU* ve *ACABEY*, yazarın biyolojik annenin çocuğu benimseyip benimsemediği kıstasında yapmış olduğu bu yorumu eleştirmiş, biyolojik annenin iradesi ve isteğine sonuç bağlaması nedeniyle, yazarın temelde savunduğu “genetik annenin hukuken üstün tutulması” görüşü ile çelişir nitelikte bulmuşlardır¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Acabey, s. 208.

¹⁵⁶ Nomer, s. 565.

¹⁵⁷ Nomer, s. 573.

¹⁵⁸ Kırkbeşoğlu, s. 59.

¹⁵⁹ Acabey, s. 220; Kırkbeşoğlu, s. 58.

SEROZAN, anne ile çocuk arasındaki soybağının, gebelik ve doğum olayına göre belirlenmesi gerektiği görüşündedir¹⁶⁰. Yazara göre doğuran kadın kesin karine ile doğrudan hukuki anne olarak kabul edilmeli ve annenin soybağını reddetmesi mümkün olmamalıdır. Çocuğun anne yönünden soybağı, yalnızca evlat edinilmesi halinde değişebilir¹⁶¹. Çocuk, genetiğini taşıdığı kadın ile değil onu karnında taşıyan kadın (biyolojik anne) ile bütünleşir ve hamilelik ve doğum sürecinde aralarında çok yakın bir ilişki kurulur. Bunun yanında gebelik ve doğum, aleni olan ve herkes tarafından seçilebilen olgulardır. Doğum olayı kolaylıkla ispat edilebileceğinden bu durumda hukuki güvenlik de mevcuttur. Soybağı statüsünün güvenilirliği ve kararlılığına sağlam bir dayanak oluşması için hukuken annelik de bu olgulara dayanmalıdır. Bu görüşe göre çocuğun, açık, istikrarlı ve olabildiğince kısa bir sürede hukuken anne ve babasına soybağı ile bağlanması gerektiğinden, biyolojik annesine bağlanması çocuğun yararına olacaktır. Aksi halde genetik anne saptanana kadar çocuk hukuken annesiz kalacak ve hatta çoğu zaman uzun ve çekişmeli süren bir davanın çekişme malzemesi olacaktır¹⁶². Ayrıca yumurtanın sahibi olan genetik anneye çocuğun soybağına müdahale etme olanağı sağlanırsa, mevcut aile düzeni ve huzuru da bozulacak, çocuk belki de genetik annenin keyfiyetine göre yıllar sonra genetik anneye soybağı ile bağlanacak ve o zamana kadar birlikte yaşadığı ailesinden koparılacaktır¹⁶³. Ayrıca KKTC’de olduğu gibi, yumurta bağışçısının gizli kalmasının esas olduğu ülkelerde, genetik anne hiçbir zaman tespit edilemeyebilecektir. Ayrıca çocuğa annesiyle kurulan soybağını reddetme hakkı verilirse, çocuk iki anne arasında seçim yapmaya da zorlanmış olacaktır¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 166.

¹⁶¹ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 144.

¹⁶² Acabey, s. 210.

¹⁶³ Acabey, s. 213.

¹⁶⁴ Acabey, s. 213.

YENERER ÇAKMUT, soybağının doğum ile birlikte kurulması gerektiğini, böylece çocuğun bir an önce anne ve babasına soybağı ile bağlanma imkânına sahip olacağını ve soybağının sağladığı haklardan faydalanabileceğini savunmaktadır¹⁶⁵. Yazara göre kanun koyucunun amacı, çocuğun çıkarlarını üstün tutmak ve bu doğrultuda kurallar getirmek olup, soybağını genetik bağ ve kan bağının örtüştüğü hale uygun kurmak değildir.

HATEMİ, doğuran kadının hukuken anne olarak kabul edilmesi gerektiğini ancak evlenme yasağı, mirasçılık gibi soybağının sonuçlarının, her iki kadın için de doğması gerektiğini savunmaktadır. Böyle bir durumda iki kadının mirasçılıkları, anne adına elde edilebilecek olan miras payının eşit iki parçaya bölünmesi ile sağlanabilir. Çocuğun velayetinin kime verileceği ise hâkim kararı ile belirlenmelidir¹⁶⁶.

Taşıyıcı annelik uygulaması, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 27'de yer alan şartların sağlanması halinde KKTC'de serbest olduğu halde Türk Hukuku'nda yasaklanmıştır. Ancak yine de Türk Hukuku'nda getirilen yasaklar çiğnenerek söz konusu uygulamaya başvurulması mümkündür. Bu nedenle taşıyıcı annelikteki soybağı sorunlarının her iki hukuk sistemi bakımından da çözülmesi gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi hem KKTC hem de Türk Hukuk sisteminde doğuran kadının anne olduğu kesin karinesinin kabul edilmesi nedeniyle, taşıyıcı annelik uygulamasında da, yumurta hücrelerinin kime ait olduğu önem taşımaksızın, doğuran kadının hukuken anne olduğu kabul edilecektir. Soybağına ilişkin hukuk kuralları emredici nitelikte olduğundan, taraflar arasında yapılan taşıyıcı annelik sözleşmeleri, soybağı hükümlerini değiştirici etkiye sahip değildir. Bu nedenle yumurta sahibi olan

¹⁶⁵ Yenerer Çakmut, s. 61.

¹⁶⁶ Hatemi'den aktaran Acabey, s. 98.

genetik anne yahut da biyolojik anne olmadığı gibi genetik anne de olmayan gönüllü anne, çocuğa ancak evlat edinme yoluyla soybağıyla bağlanabilir¹⁶⁷.

Öncelikle yumurtanın taşıyıcı anneye ait olduğu ihtimale değinecek olursak; döllenmenin, çocuğu taşıyacak olan taşıyıcı annenin yumurtası ile gerçekleşmesi durumunda (yedek annelik) genetik anne ile biyolojik anne aynı kadın (taşıyıcı anne) olsa da, gönüllü anne farklı bir kadındır. Bu olasılıkta *NOMER*'e göre, çocuğun genetik özelliklerini taşımakta olduğu taşıyıcı anneye bağlanması gerekir. Gönüllü anne ile çocuk arasındaki soybağı, ancak evlat edinme yolu ile kurulabilir¹⁶⁸. *KALKAN OĞUZTÜRK*'e göre de adaletli olan çözüm budur, çocuğu doğuran taşıyıcı anne hukuken anne sayılmalıdır¹⁶⁹. *METİN* de taşıyıcı annenin hukuken anne olarak kabul edilmesi gerektiğini ve gönüllü annenin çocuğa ancak evlat edinme yolu ile bağlanabileceğini savunmaktadır¹⁷⁰. Taşıyıcı annenin evli olması halinde ise, kocasının çocuğun soybağını reddetmeden, gönüllü kişi/aile ile çocuk arasında soybağının kurulma imkânı yoktur¹⁷¹.

Döllenmede kullanılan yumurtanın taşıyıcı anneye değil, gönüllü anneye yahut da üçüncü bir kişiye ait olması olasılığında, çocuğun genetik annesi gönüllü anne/üçüncü bir kişi, biyolojik annesi ise taşıyıcı annedir. *NOMER*, bu durumda yine genetik anne olan kadının hukuken anne sayılması gerektiğini savunmaktadır. Bu durumda taşıyıcı anne ile ilk başta kurulan soybağı, genetik annenin tespiti durumunda iptal edilmelidir. Yazara göre burada yumurta bağışında olduğunun aksine, taşıyıcı annenin çocuğu en baştan beri benimsemiş olmasına rağmen,

¹⁶⁷ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 167; Nomer, s. 570, 571; Akıncı, s. 241; Gençcan, s. 34; Kalkan Oğuztürk, s. 394; Öztan, s. 878; Turgut, s. 138; Yenerer Çakmut, s. 64-66; Gönenç, s. 74; Hakeri (Taşıyıcı annelik), s. 90; Kamacı (Nesep), s. 110.

¹⁶⁸ Nomer, s. 574.

¹⁶⁹ Kalkan Oğuztürk, s. 394.

¹⁷⁰ Metin s. 47.

¹⁷¹ Metin s, 47; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 272; Baygın, s. 66; Öztan, s. 902; Kırkbeşoğlu, s. 76; Turgut, s. 139.

sonradan soybağını reddetmesi mümkündür¹⁷². Oysa taşıyıcı annenin de sonradan çocuğu benimsemesi ve genetik anneye vermek istememesi ihtimal dâhilindedir. *KIRKBEŞOğLU* ve *ACABEY* çocuğu baştan ve sonradan benimsemek arasında bir farkın olmaması gerektiğini, bu nedenle taşıyıcı annenin de çocuğu sonradan benimsemesi durumunda artık soybağını reddetme hakkının onun için de sona ermesi ve genetik annenin de hukuken anne olduğunu iddia edememesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁷³.

KALKAN OğUZTÜRK de biyolojik anne olan taşıyıcı annenin hukuken anne olması halinde, yumurta sahibi kadının yahut da taşıyıcı annenin bir dava açmasını ve açılan dava sonucunda genetik annenin tespit edilmesi ile taşıyıcı annenin anneliğinin iptal edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁴. *SEROZAN* ise, yine bu durumda biyolojik anne olan taşıyıcı annenin hukuken anne olması gerektiği düşüncesindedir. Bu nedenle genetik anne ile çocuk arasındaki soybağı ancak evlat edinme yolu ile kurulur¹⁷⁵. *ACABEY*, çocuğun yararı gözetildiğinde doğru olanın biyolojik anne ile soybağını kurmak olduğunu, genetik anne bakımından soybağının ancak evlat edinme yoluyla değişeceğini savunmaktadır¹⁷⁶. Yazara göre, evlat edinme esnasında hâkim çocuğun gönüllü aileye verilmesi hususunda yararını irdeleneceğinden, çocuğun zarar görme olasılığı oldukça düşecektir¹⁷⁷. *HATEMİ*, biyolojik annenin hukuken anne olması gerektiğini ancak evlenme yasağı, mirasçılık gibi soybağının hukuki sonuçlarının her iki kadın bakımından da doğması gerektiğini

¹⁷² Nomer, s. 568.

¹⁷³ Acabey, s. 220; Kırkbeşoğlu, s. 58.

¹⁷⁴ Kalkan Oğuztürk, s. 399.

¹⁷⁵ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 166.

¹⁷⁶ Acabey, s. 222.

¹⁷⁷ Acabey, s. 222.

savunmaktadır. Ancak çocuğun velayetinin hangi kadına verileceğini hâkim tespit etmelidir¹⁷⁸.

2.3 Baba ile Soybağının Kurulması

Çocuğu doğuran kadının tespit edilmesi ile annenin de hukuken kolayca tespit edilebilmesine karşılık, çocuğun babasının somut bir olguya dayanarak bu kadar kolay tespit edilebilmesi mümkün değildir. Babanın belirlenmesi, ancak doğumdan sonraki aşamada, çocuğun evlilik içinde doğup doğmaması esas alınarak, birtakım yollarla mümkün olmaktadır¹⁷⁹. Baba ile çocuk arasındaki soybağı, evlilik içinde dünyaya gelen çocuk bakımından babalık karinesi ile *doğum anında*, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk bakımından ise *doğumdan sonra* birtakım yollarla kurulur¹⁸⁰. Çocuğu doğuran kadının evli olması halinde baba ile çocuk arasındaki soybağı “*babalık karinesi*” ile kurulmaktadır. Çocuğun lehine olmak üzere, koca ile arasındaki soybağını kolayca kuran bu karineye “*babalık karinesi*” denilmektedir¹⁸¹.

Türk Hukuku’nda Türk Medeni Kanunu’nda, KKTC Hukuku’nda ise Evlilik Dışı Çocuklar Yasası’nda evlilik dışı doğan çocuğun baba ile soybağı kurabileceği yollar düzenlenmiştir.

KKTC Hukuku’nda baba ile çocuk arasındaki soybağı, iki yol ile kurulabilmektedir. Bunlardan ilki babanın anne ile evlilik yapması, ikincisi ise mahkemenin soybağını kuran bir emir vermesidir. Anne ile evlilik yoluyla soybağının kurulması “*çocuğun doğumu sırasında evli olma*” ve “*çocuğun doğumundan sonra evlenme*” olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir. Bu hususta aşağıda öncelikle çocuğun doğumu sırasında evli olma, bir başka ifadeyle çocuğun

¹⁷⁸ Hatemi’den aktaran Acabey, s. 98.

¹⁷⁹ Akıntürk/Ateş, s. 329; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 146; Öztan, s. 872; Baygın, s. 20; Acabey, s. 225; Yenerer Çakmut, s. 24.

¹⁸⁰ Öztan, s. 872; Akıntürk/Ateş, s. 329; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 143, 158.; Tekinay, s. 393, 510; Baygın, s. 20, 51; Acabey, s. 225, 252.; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 256, 277.

¹⁸¹ Öztan, s. 872; Akıntürk/Ateş, s. 329; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 329; Oğuzman/Dural, s. 198; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 143; Baygın, s. 37; Tekinay, s. 394.

evlilik içinde doğması halinde soybağının kurulmasına, sonrasında ise çocuğun evlilik dışında doğması halinde soybağının evlilik ve mahkeme emri ile kurulmasına değinilecektir.

2.3.1 Evlilik İçinde Doğan Çocuk İle Soybağının Kurulması

Çocuğun doğumu sırasında evli olma, çocuğun doğduğu ya da ana rahmine düştüğü anda baba ile annenin evli olması anlamına gelir¹⁸². Çocuğun doğumu sırasında evli olmak, bir başka ifadeyle “*çocuğun evlilik içinde doğması*” iki hali içinde barındırmaktadır. Bu hallerden ilki, çocuğun evlilik içinde doğmuş olması¹⁸³, ikincisi ise çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşmüş olmasıdır.

Evlilik içinde doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı, hem KKTC hem de Türk Hukuku’nda babalık karinesi gereğince kurulmaktadır. KKTC Hukuku’nda Aile Yasası, m. 40/1, “*evlilik esnasında veya evliliğin son bulmasından veya erkeğin ölümünden başlayarak 302 (üç yüz iki) gün içerisinde doğan her çocuğun nesebi sahih addolunur*” şeklinde getirmiş olduğu hüküm ile evlilik içerisinde doğan çocuk ve baba arasındaki soybağının yasa gereğince kendiliğinden kurulduğunu ifade etmektedir. Türk Hukuku’nda ise TMK m. 285/1 hükmü ile babalık karinesi benzer şekilde düzenlenmiştir: “*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır*”¹⁸⁴.

¹⁸² Akıntürk/Ateş, s. 329; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 329; Oğuzman/Dural, s. 198; Baygın, s. 37; Tekinay, s. 394; Öztan, s. 873.

¹⁸³ Çocuğun evlilik içerisinde doğmuş sayılması için evlilikten sonra geçmesi gereken asgari bir süre yoktur. Bu hususta, çocuğun evlilik gerçekleştiği sırada ya da evlilik devam ederken doğmuş olması önemli olup, çocuk evlenme töreninin yapılmasını takiben birkaç saat içerisinde doğmuş olsa bile, evlilik içinde doğmuş kabul edilecek ve doğumun gerçekleştiği anda babasına kendiliğinden soybağı ile bağlanacaktır. Doğumun evlilik gerçekleştikten sonra ne zaman gerçekleştiği, yalnızca babanın soybağını reddetmesi halinde, çocuğun kendisinden olmadığı iddiasını ispat ederken etkili olabilir. Burada yalnızca “*evlilik devam ederken*” doğmuş olmanın önem taşıması nedeniyle çocuk ana rahmine evlilikten önce düştüğü halde, doğum evlilikten sonra gerçekleşmişse, çocuk yine evlilik içinde doğmuş sayılacak ve baba ile çocuk arasındaki soybağı yine karine olarak kurulmuş olacaktır. Oğuzman/Dural, s. 198; Akıntürk/Ateş, s. 330; Öztan, s. 874; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 143; Yenerer Çakmut, s. 42.

¹⁸⁴ Evliliğin sona erme nedeninin yalnızca boşanma değil, ölüm veya iptal olması da mümkündür. Üç yüz iki günlük sürenin başlangıç anı, evliliği sona erdiren sebebe bağlı olarak değişmektedir. Üç yüz iki günlük süre eğer evlilik ölüm ile son bulmuşsa ölümden itibaren, iptal ya da boşanma ile son

Babalık karinesi adi bir karine olduğundan, aksi ispat edilebilir¹⁸⁵. Söz konusu adi karine ile ispat güçlüklerinin aşılması amaçlanmış¹⁸⁶, babalık ispatlanamıyor ise en azından Aile Yasası m. 40/1’de (TMK m. 285/1’de) yer alan iki olgudan birinin; evlilik esnasında doğum ya da evliliğin son bulmasından veya erkeğin ölümünden başlayarak 302 gün içerisinde doğumun ispatlanmasıyla yetinilmesi istenmiştir.

Aile Yasası’nda tanınan üç yüz iki günlük süre, kanun koyucu tarafından bir kadının gebe kaldıktan sonra çocuğunu doğurabileceği en uzun süre olarak kabul edilmiştir¹⁸⁷. Ölüm, boşanma ya da iptal nedeniyle sona eren evliliğin en son gününe kadar eşler arasında cinsel ilişki olabileceği kabul edildiğinden, çocuk bu ilişkiden itibaren üç yüz iki gün içinde doğması halinde babaya soybağı ile bağlanacaktır.

bulmuşsa, buna ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Eğer kocanın gaipliğine karar verilmiş ise, üç yüz iki günlük süre TMK m. 285/3 hükmü gereğince ölüm tehlikesi veya son haber verme tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Ancak unutulmamalıdır ki, kocanın gaipliğine karar verilmesi, evliliği sonlandırmak için tek başına yeterli olmayıp, TMK m. 131 gereğince evliliğin feshi mahkmeden istenmelidir. Öztan, s. 874; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 143; Oğuzman/Dural, s. 198; Akıntürk/Ateş, s. 330; Kılıçoğlu, s. 522; Baygın, s. 22. KKTC Hukuku’nda Aile Yasası, kocanın gaipliği halinde 302 günlük sürenin ne zaman başlayacağını gösteren bir düzenleme getirmiş değilse de, sürenin Türk Hukuku’nda olduğu gibi, ölüm tehlikesi ya da son haber verme tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiği kanaatindeyim. Aksi takdirde, ölüm tehlikesi ve son haber verme tarihinden itibaren en uzun gebelik süresi olan 302 günlük süre geçse de, çocuk yine evlilik içinde doğmuş sayılır ki, bu durumda karinenin gerçeği yansıtmadığı apaçıktır.

¹⁸⁵ Öztan, s. 872; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 329; Baygın, s. 26; Oğuzman/Dural, s. 198; Tekinay, s. 394; Akıntürk/Ateş, s. 328. Babalık karinesiyle bir hakkın ya da hukuki ilişkinin varlığı hakkında bir sonuca varılması amaçlandığı için, babalık karinesi bir hak karinesidir. Babalık karinesi, her karine gibi zaman içinde insanlar ve yaşam konusunda yerleşmiş bulunan tecrübeler sonucunda eşlerin birbirine karşı duyduğu sadakat yükümlülüğü temelinde, yaşam deneyimlerinden yola çıkılarak, annenin doğurduğu çocuğun babasının koca olduğu kabulüyle oluşmuştur. Bu karine ile somut durumda belli olan “evlilik devam ederken doğma” ya da “evliliğin son bulmasından veya erkeğin ölümünden başlayarak 302 gün içerisinde doğma” olgularından yola çıkılarak, belli olmayan “babalık” olgusunun varlığı hakkında bir sonuç çıkarılmaktadır. Burada “evlilik devam ederken veya evliliğin son bulmasından veya erkeğin ölümünden başlayarak 302 gün içinde doğma” olgusu *karine temeli*, bunun sonucunda baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulması ise *karine sonucudur*. Hâkim, kanuni karineler de “*hukukun uygulanması*” niteliğinde olduğu için, hukukun uygulanmasında hukuk kurallarını ne derece kendiliğinden uygulamakla yükümlü ise, kanuni karineler bakımından da aynı derecede kendiliğinden uygulama yükümlülüğü altındadır. Edis, s. 373-375; Karakaş (Karine Kavramı), s. 737, 740.

¹⁸⁶ Karakaş (Karine Kavramı), s. 738.

¹⁸⁷ Türk Hukuku’nda kanun koyucu, üç yüz günlük süreyi tıp ilminin sağladığı verilere göre, kadının hamile kalabileceği en uzun süre olarak kabul etmiştir. Oğuzman/Dural, s. 201; Kılıçoğlu, s. 521; Akıntürk/Ateş, s. 331; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 329; Baygın, s. 25; Tekinay, s. 399; Öztan, s. 910.

Evliliğin kesin hükümsüz¹⁸⁸ veya iptal edilebilir bulunarak iptal edilmesine bakılmaksızın ve anne babanın iyiniyetli olup olmadığı önem taşımaksızın, böyle bir evlilikten doğan çocukların nesebi sahih olur ve bu durumdaki anne ve baba ile çocukların yasal durumları, boşanmış anne ve babanın çocuklarının bağlı olduğu koşullara tabi olur¹⁸⁹. (Aile Yasası m. 20, TMK m. 157/1)

Hâkimin ayrılık kararı vermiş olması durumunda evlilik sona ermez. Dolayısıyla bu süre içerisinde doğan ya da ana rahmine düşen çocuklar da evlilik içinde doğmuş sayılırlar ve babalık karinesi gereğince koca ile çocuk arasında soybağı kurulur¹⁹⁰. Ayrıca, erkeğin çocuk yapma yeteneğinden yoksun olduğu bilinse dahi, çocuk evlilik içinde doğduğunda, babalık karinesi gereğince kocaya soybağı ile bağlanır¹⁹¹.

Türk Hukuku'nda “300 günlük süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür” (TMK m. 285/2). Aynı şekilde KKTC Hukuku'nda da çocuğun annenin rahminde 302 günden fazla kaldığı ispat edildiğinde çocuk ile baba arasında soybağının kurulabilmesi için, yasal bir engel yoktur. Bu iddiaların, açılacak bir dava ile ileri sürülmesi ve anne tarafından bizzat ispat edilmesi gerekir. Bu tür iddianın ispatının doktor raporu ile yapılması mümkündür¹⁹².

2.3.1.1 Homolog Döllenmede

Homolog döllenmede, evli eşlere ait üreme hücrelerinin döllendirilmesi söz konusu olduğundan, döllenmenin evlilik içinde olacağı muhakkaktır. Bu bakımdan

¹⁸⁸ TMK'da “mutlak butlan ve nisbi butlan” kavramları kullanılmışken, Aile Yasası'nda kesin hükümsüzlük ve iptal edilebilirlik kavramları kullanılmıştır.

¹⁸⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 329; Kılıçoğlu, s. 521; Tekinay, s. 399; Oğuzman/Dural, s. 198; Akıntürk/Ateş, s. 330; Öztan, s. 872; Yenerer Çakmut, s. 42.

¹⁹⁰ Akıntürk/Ateş, s. 331; Oğuzman/Dural, s. 201; Öztan, s. 873; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 329; Kılıçoğlu, s. 521; Baygın, s. 25; Tekinay, s. 399; Yenerer Çakmut, s. 42.

¹⁹¹ Öztan, s. 873.

¹⁹² Oğuzman/Dural, s. 201; Akıntürk/Ateş, s. 331.

babalık karinesinin homolog döllenmeler için uygulanmasında bir sorun yoktur¹⁹³. Eğer üreme hücreleri evli çiftte ait hücreler ise ve dölllenme evlilik devam ederken gerçekleşmiş ya da evlilikten önce gerçekleşmiş olduğu halde çocuk evlilik içinde doğmuşsa, çocuk kocaya babalık karinesi gereğince soybağıyla bağlanacaktır¹⁹⁴. Buna karşılık, döllenenin evlilik sona erdikten sonra ya da evlenme içinde gerçekleştiği ancak embriyonun rahme evlilik son bulduktan sonra yerleştirildiği durumlarda, doğan çocuğun babalık karinesinden yararlanıp yararlanamayacağı noktasında ortaya sorunlar çıkabilmektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kocanın kendisine ait sperm, kendisinin bilgisi ve rızası olmaksızın karısının yumurtası ile döllendirilmişse, bu durumda dünyaya gelen çocuğun soybağının koca tarafından reddedilemeyeceği kabul edilmektedir¹⁹⁵. Buna karşılık, döllenenin sperm kokteyli kullanılarak gerçekleşmesi halinde sperm kokteylinin içerisinde kocanın da spermleri yer alıyorsa, bu durumda da kural olarak kocanın baba sayılacağı kabul edilmektedir¹⁹⁶. Ancak döllenmede koca dışındaki bir/birkaç erkeğin spermleri, kocanın rızası olmaksızın, üçüncü bir kişinin bilinçli olarak gerçekleştirdiği fiili yahut hatası ile kullanılmışsa, bu durumda kocanın EDCY m. 40/3 gereğince hilenin bilgisine gelmesinden itibaren bir ay içerisinde soybağının reddi davasını açabileceğini kabul etmek gerekir¹⁹⁷.

Homolog döllenmede baba ile soybağının kurulması açısından tartışılması gereken başlıca sorun, kocadan ölmeden önce alınan spermlerin dondurularak, koca öldükten sonra uygulanacak yöntemlerle (*post mortale*) yapay yoldan döllendirilmesidir. Böyle bir durumda, çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmemiş

¹⁹³ Acabey, s. 183; Öztan, s. 877; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 119; Nomer, s. 556; Akıncı, s. 235; Kamacı (Nesep), s. 108.

¹⁹⁴ Acabey, s. 183; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 119; Nomer, s. 556, 557; Akıncı, s. 235.

¹⁹⁵ Hatemi/Serozan, s. 296; Öztan, s. 877; Acabey, s. 183; Yenerer Çakmut, s. 57.

¹⁹⁶ Acabey, s. 183.

¹⁹⁷ Kırkbeşoğlu, s. 49.

ancak evlilik içinde yapay yöntemlerle döllenmiştir. Bu durumda koca öldüğü halde, çocuk ile arasında soybağının, TMK m. 285/1 ve Aile Yasası m. 40/1 ile düzenlenen babalık karinesi gereğince kurulup kurulamayacağı tartışılmalıdır.

KKTC Hukuku'nda ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 25/2-C¹⁹⁸, Türk Hukuku'nda ise ÜYTE Yönetmeliği m. 20/4 gereğince¹⁹⁹, kişilerin ölümü halinde dondurulan üreme hücrelerinin imha edilmesi şarttır. Anılan hükümlere göre kişiden ölmeden önce alınan ve dondurulan spermlerin, ölümünden sonra kullanılması her iki hukuk düzenince yasaklanmış olsa da, bu yasakların soybağı hukuku bakımından bir yaptırımı olmayacağından²⁰⁰, yine çocuğun babasıyla soybağının babalık karinesi kapsamında kurulup kurulmayacağı tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, çocuk evliliğin son bulmasından itibaren 300 gün içerisinde doğmuş olmasına karşılık, eğer döllenme ölen kocanın, yaşarken kendisinden alınan spermleriyle, ölümünden sonra gerçekleştirilmişse, çocuğun babalık karinesinden yararlanması mümkün değildir²⁰¹. Bir diğer görüşe göre, döllenme kocadan ölmeden önce alınan ve dondurulan spermlerle, ölümden sonra gerçekleştirilmiş olsa da eğer çocuk evliliğin ölümle son

¹⁹⁸ ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 25/2-C hükmü şöyledir: “*Bu süre sonunda veya partnerlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya eşlerin boşanması halinde birisinin müracaatı üzerine bu süreden önce saklanan embriyolar derhal bu Tüzüğe bağlı Ek. 6 Embriyo İmha Formu doldurulup imzalanması durumunda saklanan embriyolar imha edilir.*” Söz konusu madde ölüm halinde yalnızca embriyoların imhasından söz edilmiş, üreme hücrelerinin imhasından söz edilmemişse de, bu hükmün kıyasen üreme hücrelerinin imhası bakımından da uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 25/2-A bendi şöyledir: “*Adaylardan fazla sperm ve embriyo alınması durumunda, partnerlerin üreme hücrelerinin alınmasını kabul ettiğini belirten ve bu Tüzüğe bağlı Ek. 5 Embriyo Saklama Formunu doldurup imzalamaları durumunda embriyolar uygun ortamda dondurulmak suretiyle saklanabilir.*” Hükmün ikinci fıkrasına “Embriyoların saklanması:” ifadesiyle başladığı gibi, A bendi içerisinde adaylardan hem spermlerin hem de embriyoların fazla alınması durumuna değinilmiş ve her iki durumda da partnerlerin “üreme hücrelerinin alınmasını kabul ettiğini belirten” embriyo saklama formunu doldurmaları gerektiğinden bahsedilmiştir. Yani Tüzük 25.maddesinin ikinci fıkrasında aslında hem embriyo hem de spermlerin dondurulması ve imhası bakımından hüküm getirdiği halde, C bendinde ölüm halinde yalnızca embriyoların imhasından söz edilmiştir. Buna rağmen, 25. madde hükmünün tamamı değerlendirilerek, C bendinin dondurulan spermleri de kapsar şekilde yorumlanmasının gerektiği ve böylece ölüm halinde üreme hücrelerinin de derhal imha edilmesi gerektiğinin söz konusu bende göre mümkün olacağı kanaatindeyim.

¹⁹⁹ ÜYTE Yönetmeliği m. 20/4 hükmü şöyledir: “*...Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, alınan kişinin yıllık protokol yenilememesi, isteği ve ölümü durumlarında müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir...*”

²⁰⁰ Acabey, s. 185.

²⁰¹ Acabey, s. 185; Yenerer Çakmut, s. 58; Tüzüner, s. 68.

bulmasından itibaren 300 gün içerisinde dünyaya gelmiş ise bu durumda çocuk ile koca arasındaki soybağı, babalık karinesi gereğince kurulmalıdır²⁰². Bu görüşe karşılık kocanın ölmesiyle birlikte sperm üzerindeki tasarruf yetkisinin de son bulduğunu ve bu nedenle artık kişinin çocuk sahibi olabilmesinin mümkün olmadığını savunan *NOMER*'e göre, kocanın ölümünden sonra döllenirilen spermi sonucunda doğan çocuk ile soybağının kurulması mümkün değildir²⁰³. Yazar, kişilik tam ve sağ doğmak koşuluyla embriyonun ana rahmine konulduğu anda başlayacağından, kocanın spermi ve annenin yumurtasının döllenmesiyle oluşan embriyonun da evliliğin sona ermesinden önce rahme konulmadıkça koca ile çocuk arasındaki soybağının kurulamayacağını savunmaktadır²⁰⁴.

Açıklanan ilk sorunla bağlantılı olarak tartışılacak bir başka sorun, ölümden sonra erkekten alınan spermilerin kadının yumurta hücreleri ile döllenirilmesi durumudur²⁰⁵. Böyle bir döllenmenin ardından dünyaya gelen çocuğun ölen kocaya soybağı ile bağlanıp bağlanmayacağı tartışmalıdır. Bir kimsenin ölümünden sonra kendisinden sperm alınması ve herhangi bir ortamda döllenirilmesi, olumsuz karşılanan, yasaklanması gerektiği kabul edilen bir uygulamadır²⁰⁶. Kocanın ölümünden sonra üreme hücreleri alınarak döllenmenin yapay yoldan gerçekleştirilmesi ne KKTC Hukuku'nda ne de Türk Hukuku'nda kabul edilmektedir. Söz konusu fiil her iki hukuk sisteminde de suç teşkil etmektedir²⁰⁷.

²⁰² Acabey, s. 190; Akıncı, s. 235; Tüzüner, s. 67.

²⁰³ Nomer, s. 580.

²⁰⁴ Nomer, s. 580, 581.

²⁰⁵ Acabey, s. 183; Atabek, s. 616; Hatemi/Serozan, s. 268.

²⁰⁶ Acabey, s. 184; Yenerer Çakmut, s. 57; Kırkbeşoğlu, s. 50.

²⁰⁷ İngiliz Hukuku'nda ise, Human Fertilisation and Embryology Act 1990, Section 28, 6-b gereğince ölümden sonra gerçekleştirilen döllenme yasak değildir ancak ölen koca ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmaz. Söz konusu Yasanın 2003 yılında geçirdiği değişiklikle, Human Fertilisation and Embryology Act 2003 (Deceased Fathers), Section 28, 5/A-I hükmü gereğince kadının doğumdan başlayarak 42 gün içerisinde ölen kocanın çocuğun babası olarak nüfus kâğıdına tescil edilmesi için başvuruda bulunması mümkün hale gelmiştir. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/24/pdfs/ukpga_20030024_en.pdf. (ET: 10.03.2018).

(Bkz.: TCK m. 130, Fesıl 254 Ceza Yasası m. 140). Ancak bu fiillerin suç teşkil etmesi soybağının kurulmasına etki etmediğinden, yine çocuğun babalık karinesinden yararlanıp yararlanamayacağını belirlemek gerekmektedir. Öğretide hâkim görüşe göre koca öldükten sonra kendisinden alınan spermlerle döllenme gerçekleştirilmiş ve çocuk, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içerisinde dünyaya gelmiş ise, bu durumda çocuk babalık karinesi gereğince kocaya soybağı ile bağlanmalıdır²⁰⁸.

Homolog döllenmede baba ile soybağının kurulmasında tartışılması gereken bir diğer nokta, döllenmenin koca yaşarken yapıldığı, oluşan embriyonun dondurularak, koca ölümünden sonra ana rahmine nakledildiği ve çocuğun evliliğin son bulmasından itibaren 300 gün içerisinde doğduğu durumdur. Böyle bir olasılıkta, çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmemiş olsa da, üreme hücrelerinin evlilik içinde döllenmesiyle meydana gelmiştir.

KKTC Hukuku'nda ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 25/2-C, Türk Hukuku'nda ise ÜYTE Yönetmeliği m. 20/5 gereğince, kişilerin ölümü halinde dondurulan embriyoların imha edilmesi şarttır. Anılan hükümler gereğince kişiden ölmeden önce alınan ve dondurulan embriyoların, ölümünden sonra kullanılması her iki hukuk düzenince yasaklanmış olsa da, bu yasakların soybağı hukuku bakımından bir yaptırımı olamayacağından²⁰⁹, yine çocuğun babasıyla soybağının babalık karinesi kapsamında kurulup kurulmayacağı tartışılmalıdır. Bu durumda *NOMER*, çocuğun babalık karinesine dayanarak ölen babaya soybağı ile bağlanamayacağını, babalık karinesinin düzenlendiği hükmün kavramsal olarak yorumlanmasıyla, doğan çocuğun da karinenin kapsamında olduğu çıkarılabilirse de, bu yöndeki bir yorumun

²⁰⁸ Nomer, s. 579–580; Acabey, s. 184; Akıncı, s. 235.

²⁰⁹ Acabey, s. 185.

doğru bir yorum olarak görülmemesi gerektiğini savunmaktadır²¹⁰. Yazara göre, embriyonun ölümden önce dondurulduğu ancak ölümden sonra rahme nakledildiği söz konusu durumlarda döllenme anının değil, ana rahmine yerleştirilme anının esas alınması gerekmektedir²¹¹. *ACABEY*, bu görüşe karşı durmakta, çocuğun babalık karinesinden yararlanabilmesi için ana rahmine yerleştirilme anının esas alınması halinde çocuğun çıkarına aykırı olacak birçok sonucun doğacağına inanmaktadır. Yazara göre, evliliğin son bulmasından itibaren 300 gün içerisinde doğan çocuk, eğer koca doğal babası ise karineden yararlanmalıdır. Unutulmamalıdır ki, özellikle çocuk hukukunda bulunan boşluklar doldurulurken ve mevcut hükümler de yorumlanırken, çocuğun üstün yararı ilkesinden hareket edilmelidir. Acabey'e göre bu durumdaki bir çocuk ölen kocaya soybağı ile bağlandığı gibi, onun yasal mirasçısı da olabilmelidir. Aksi halde, soybağı kurulduğu halde mirasçılığı kabul etmemek tam bir çelişki olacaktır²¹². Buna karşılığ *NOMER*, kişinin mirasçı olabilmesi için, mirasın açıldığı anda çocuğun hiç olmazsa ana rahmine düşmüş olması gerektiğini savunmaktadır²¹³.

Döllenme, koca hayattayken yapıldığı halde oluşan embriyonun dondurulup, koca öldükten sonra ana rahmine yerleştirilmesi ve çocuğun kocanın ölümünden itibaren üç yüz günün dolmasının ardından dünyaya gelmesi durumunda çocuk ancak annenin iddiası ve bu durumun ispatı babaya soybağı ile bağlanabilir (TMK m. 285/1, Aile Yasası m. 40/1)

²¹⁰ Nomer, s. 580.

²¹¹ Nomer, s. 579-581.

²¹² Buna benzer bir durumu teşkil eder şekilde, henüz ana rahmine düşmemiş olan müstakbel kişilerin mirasçı olabilme hakkına sahip olması, Miras Hukuku bakımından istisnai olsa da, imkânsız bir durum değildir. Örneğin artmirasçı atandığında, henüz embriyo olarak dahi oluşmayan kişiler art mirasçı olarak atanabilmektedir. (TMK m. 521 vd.) Böyle bir durumda kadının sırf ölen kocasının üst zümre mirasçılarının mirasçı olmasını engellemek için böyle bir yola başvurma olasılığı akla gelirse de sırf bu olasılıktan yola çıkılarak çocuğun mirasçı olmasını engellemek yerine, kadının fiilinden zarar görenlerin bunu zararlarını başka şekillerde tazmin edebilmeleri daha adil bir çözüm olur. Acabey, s. 188.

²¹³ Nomer, s. 580.

ACABEY'e göre, TMK m. 285/2 hükmü kavramsal olarak yorumlandığında, koca henüz ölmeden döllenmenin gerçekleşmesi ve kocanın ölümünden sonra embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi halinde, anne evlilik içinde hamile kalmadığı için, doğan çocuğun bu hüküm kapsamında babalık karinesi gereğince baba ile soybağı kurabilmesi mümkün değildir²¹⁴. Ancak tüpte döllenme yöntemiyle homolog döllenmenin gerçekleştirildiği hallerde döllenmenin koca sağken gerçekleştirildiği halde embriyonun koca öldükten sonra rahme yerleştirilmesi ve çocuğun doğumunun evlilik sona erdikten sonra 300 günün dolmasından sonra gerçekleşmesi halinde bu sonuç, hakkaniyete uygun olmayabilir. Yazara göre embriyonun dondurulduğu tarihten çok daha sonra ana rahmine yerleştirilmesi bir kenara, çocuğun evlilik içi bir çocuk olarak kabul edilebilmesi için evlilik son bulmadan önce embriyonun rahme yerleşmiş olması şartını aramak, her zaman hakkaniyete uygun olmaz. Örneğin tüpte döllenme gerçekleştikten ancak embriyo rahme nakledilmeden önce kocanın ölmesi halinde doğacak çocuk, evlilik dışı sayılacak, buna karşılık döllenme koca ölmeden gerçekleşmiş ve embriyo da koca ölmeden rahme nakledilmişse çocuk evlilik içinde doğmuş olacaktır. Bu durumda çocuğun biyolojik babasına soybağı ile bağlanması, babasının öldüğü tarihe göre, rastlantısal olarak değişecektir. Yazara göre, embriyo yaklaşık iki haftalık (on dört gün) sürede ana rahmine yerleştirilmeli ve soybağının kurulup kurulmadığını tespitite bu geçen iki haftalık süre de hesaba katılmalıdır. Eğer tüp içerisinde dölenen embriyonun evlilik henüz sona ermeden, koca sağken onun spermeleri ile döllendiği ve olağan sürede (iki hafta) rahme yerleştirildiği ispat edilirse ve koca da bu iki haftalık süre içerisinde dölleme gerçekleştikten ancak embriyo rahme nakledilmeden ölmüşse, çocuk 300 günden sonra doğmuş olsa bile ölen kocaya, evlilik içinde doğan

²¹⁴ Acabey, s. 189.

bir çocuk gibi bağlanacak ve mirasçısı da olabilecektir²¹⁵. Ancak oluşan embriyonun koca öldükten uzunca bir zaman sonra rahme nakledilmesi halinde, çocuğun babalık karinesi gereğince ölen kocaya soybağı ile bağlanması mümkün olmamalıdır. Bu ihtimalde, doğan çocuğun aylar ya da yıllar önce ölen bir kişinin biyolojik olarak çocuğu olduğunu öğrenmesi durumunda yaşayacağı psikolojik durum, babasız olması halinde yaşayacağı psikolojik durumdan daha sarsıcıdır²¹⁶. İşte bu tür karmaşaları ve olası hak kayıplarını engellemek için, olması gereken hukuk bakımından koca öldükten sonra döllenenin yapılabileceği belli bir süre öngörülerek bu sürede, döllenen embriyoların rahme nakledilmesi halinde ölen kocaya soybağı ile bağlanabileceği kabul edilmelidir.

NOMER, kişilik tam ve sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü (konulduğu) andan itibaren başlayacağından (Türk Hukuku'nda TMK m. 28) , çocuğun bu evlilikten olma bir çocuk olduğunun ispatlanması için tek başına döllenenin evlilik sona ermeden evvel gerçekleşmesinin yeterli olmadığı ve en azından embriyonun rahme konulması gerektiğini savunmaktadır²¹⁷. Ana rahmine konulmayan embriyonun kaderi henüz belli değildir ve bu durum tüm hukuki sonuçların askıda bir duruma bağlanacağını gösterir ki bu durum doğru karşılanamaz. *KALKAN OĞUZTÜRK*' de Nomer'e katılmakta, ancak 300 günlük sürenin, çocuğun uğrayabileceği hak kayıplarını mümkün olduğunca engellemek için birkaç gün esnetilmesi gerektiğini de savunmaktadır²¹⁸.

Çocuğun ölen kocaya mirasçı olup olamayacağı konusunda ise, *ACABEY*'e göre, eğer çocuk ölen kocaya babalık karinesi kapsamında soybağı ile bağlanabiliyorsa, onun mirasçısı olmasına da herhangi bir engel olmamalıdır. Aksi halde çocukların

²¹⁵ Acabey, s. 190.

²¹⁶ Acabey, s. 189.

²¹⁷ Nomer, s. 580.

²¹⁸ Kalkan Oğuztürk, s. 378.

miras hakkından yararlanmalarının engellenmesi, eşitlik ilkesine aykırıdır²¹⁹. *ACABEY*, çocuğun babaya hukuken bağlanabildiği hallerde çocuğun mirasçı olabilmesi için rahme nakledilmiş olma şartının aranmasını, eşitlik ilkesine aykırı bulmaktadır²²⁰. *NOMER*, çocuğun babanın mirasçısı olabilmesi için, tüpte döllenen embriyonun evlilik henüz kocanın ölümü ile sona ermeden evvel en azından rahme nakledilmiş olması gerektiğini savunmaktadır²²¹.

Kanaatimce, döllenenin evlilik ölümle son bulmadan evvel gerçekleştiği ancak embriyonun ölümden sonra rahme nakledildiği ihtimalde, çocuğun ölümden itibaren kısa bir süre sonra rahme nakledilmesi halinde, çocuk üç yüz iki gün dolmasından sonra dahi dünyaya gelse, koca ile arasında soybağı ilişkisi kurulmalıdır. Embriyonun en başta yaşama hakkı olmak üzere diğer kişilik hakları, tüpte döllene durumunda döllene anından itibaren başlar. Bu nedenle embriyonun sağ ve tam doğması ile kişiliği ve dolayısıyla hak ehliyeti, döllene anından itibaren başlamalıdır. Bu nedenle kocanın ölümünden sonra doğan çocuğun kocaya soybağı ile bağlanması sayesinde, soybağının hükümlerinden yararlanması imkânı da kendisine tanınmış olur ve bu durum çocuğun yararının üstün tutulması ilkesine uygundur.

2.3.1.2 Heterolog Döllenede

2.3.1.2.1 Kocanın Heterolog Döllene Rızasının Varlığı

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak gerçekleştirilen heterolog döllenede, kadın eşin yumurtasının kocasından başka bir erkeğin spermi ile döllendirilmesine koca rıza göstermiş olsa da, dünyaya gelen çocuğun soybağını reddetmesini engelleyen herhangi bir kural, ne KKTC Hukuku'nda ne de Türk

²¹⁹ Acabey, s. 188.

²²⁰ Acabey, s. 190.

²²¹ Nomer, s. 580, 581.

Hukuku'nda bulunmaktadır²²². Bu bakımdan, kocanın heterolog döllenmeye önceden rıza göstermiş olmasına karşılık, sonradan çocuğun soybağını reddedebilmesi ilk bakışta mümkün görünmektedir. Soybağının reddi davasında yapılacak testler sonucunda da, çocuğun genetik babasının koca olmadığı rahatlıkla anlaşılmaktadır²²³. İşte böyle bir durumda kocanın soybağını ret davası açması, ancak dürüstlük kuralı (TMK m. 2) gereğince engellenebilir²²⁴. Her hakkın olduğu gibi, soybağının reddi davası açma hakkının da sınırı dürüstlük kuralıdır. Ancak dikkat gösterilmelidir ki, kocanın heterolog döllenmeye rıza verirken iradesinin hata, hile yahut tehditle sakatlanmamış olması ve aynı zamanda, çocuğu sahiplenme duygusu ile rıza verilmiş olması gerekmektedir²²⁵.

Kocanın sperm başışına rızası olduğu halde, sonradan soybağını dürüstlük kuralı gereğince reddedemeyeceğini savunan yazarlar, kocanın heterolog döllenmeye rıza göstermesinin, çocuğu daha en baştan kabullenmiş olduğunun bir göstergesi olduğunu kabul etmektedirler²²⁶. Bu görüşe göre, kocanın daha sonradan fikrini değiştirerek soybağını reddetmek istemesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir. Kocanın heterolog döllenmeye rızası, soybağını ret hakkından feragat ettiği anlamına gelir ki bu iradesi, çocuk ile arasında kurulan soybağının tüm

²²² Türk Hukuku'nda kocanın, karısının yumurtasının bir başka erkeğin spermi ile döllenmesi ve kadının hamile kalmasına rıza göstermesi, din ve ahlak açısından uygun olmadığından böyle bir uygulamanın varlığı en baştan reddedilmiş ve bu durumda kocanın soybağını reddetmesini engelleyen bir hükme de yer verilmeye gerek duyulmamıştır. İsviçre Medeni Kanunu m. 256/3'te yer alan "karısının bir üçüncü kişi tarafından gebe bırakılmasına rıza gösteren kocanın dava hakkı yoktur" şeklindeki hükmü, TMK'ya alınmamıştır. Bazı yazarlara göre, kocanın, sperm başışına izin vermesi, eşin zinasına muvafakat verilmesi anlamına gelmekte ve hatta eşin zina yapması boşanma nedeni sayılarak boşanma davası açılabilir. Öte yandan bir başka görüşe göre, kocanın sperm başışı yapılmasına rıza göstermesi, ahlaka aykırı olduğundan ve "kimse, kendisinin ahlaka aykırı davranışı sonucunda meydana gelen durumdan hak çıkaramayacağından" kocanın soybağının reddi davası açabilmesi mümkün değildir. Acabey, s. 195; Akıntürk/Ateş, s. 345.

²²³ Kılıçoğlu, s. 523; Akıntürk/Ateş, s. 345; Oğuzman/Dural, s. 201; Öztan, s. 878; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 332; Baygın, s. 27; Tekinay, s. 402.

²²⁴ Hatemi/Serozan, s. 297; Nomer, s. 585; Turgut, s. 44; Kılıçoğlu, s. 524; Akıntürk/Ateş, s. 345; Acabey, s. 195; Usta, s. 57; Gönenç, s. 77. İngiltere'de Human Fertilisation and Embryology Act (2008), Section 28 (2), getirilen yeni yasal düzenleme ile, kocanın karısının donör sperm kullanılarak hamile kalmasına rıza göstermesi halinde, soybağının reddi davasını açamayacağı açıkça belirtilmiştir. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/pdfs/ukpga_20080022_en.pdf. (ET: 04.04.2018).

²²⁵ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 184; Nomer, s. 585.

²²⁶ Hatemi/Serozan, s. 297; Nomer, s. 584; Turgut, s. 44.

sonuçları bakımından da hüküm doğurur²²⁷. Buna karşılık *HATEMİ*, kocanın heterolog döllenmeye rıza göstermesine rağmen, soybağının reddi hakkının düşmediğini ancak gösterdiği rıza nedeniyle çocuk ergin oluncaya kadar çocuk için tazminat ödemekle yükümlü olacağını savunmaktadır²²⁸. Hatemi'nin görüşüne katılmak kanaatimce mümkün değildir. Kocanın, heterolog döllenmeye en baştan rıza gösterdiği halde, sonradan soybağının reddetmesi, en başta çocuğun sırf genetiği nedeniyle ayrımcılığa uğraması anlamına gelmektedir. Kocaya bu hakkın tanınması, çocuğu sağlıklı bir aile yaşamından mahrum bırakacak, o zamana kadar bağlı olduğu aile ilişkilerinin bir anda kopmasına yol açacaktır.²²⁹ Oysa çocuğun, bu durumda ne yapmış olduğu bir tercih ne de bu tercihten sorumluluğu mevcuttur. Kocanın soybağının reddetmesi, dürüstlük kuralı çerçevesinde engellenebilirse de, kendisinin heterolog döllenmeyi bildiği ve buna rıza gösterdiği durumlarda çocuk ile arasında kurulan soybağının reddedemeyeceği, yasal olarak hükme bağlanmalıdır.

Kocanın heterolog döllenmeye rıza göstermesi nedeniyle elinden alınan soybağının reddetme hakkı, çocuğa tanınmalıdır²³⁰. Çocuğun soybağının reddetme hakkı, babanın hakkından tamamen bağımsız olduğundan, heterolog döllenme

²²⁷ Türk Hukuku'nda kocanın rızasının, soybağının ret hakkından feragat ettiği anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiği görüşüne gerekçe olarak gösterilen bir başka durum ise, zinada affin kadın yararına boşanma davasını etkisizleştirilmesi durumundan (TMK m. 161/3) hareket ederek, heterolog döllenmeye rıza gösterilmesi durumunda da soybağının reddi davasının artık açılmayacağı anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiğidir. Buna karşılık doktrinde baskın olarak, kanunda bu şekildeki bir hükmün bulunmaması nedeniyle ve zinaya önceden izin vermenin ahlaka aykırı sayılması gerektiği savunulmakta ve bu nedenle de donör sperm kullanılmasına rıza gösterilmesinin af kapsamına girmeyeceği ifade edilmektedir. Ayrıca doktrinde, kocanın eşini zinaya zorlayıp veya teşvik edip, onun fuhuş kazancı ile yaşamını sürdürdüğü gerekçesiyle açılan boşanma davasının TMK m. 2/2'ye aykırı olması nedeniyle reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu noktadan hareketle, donör sperm kullanılmasına önceden rıza gösteren kocanın soybağının reddedemeyeceği kural olarak kabul edilmelidir. Bkz. Serozan (Çocuk Hukuku), s. 183; Akıntürk/Ateş, s. 238; Oğuzman/Dural, s. 116.

Örneğin Türk Hukuku'nda tanımadan TMK m. 298 gereğince ve evlat edinmedeki rızadan da TMK m. 317 gereğince sonradan dönülemez. Bu nedenle bu tür döllenmeden de sonradan dönülemez. Buradaki ortak nokta, "çocuk bir kere kabul edilmişse, sonradan geri dönülemez" prensibidir. Bkz. Serozan (Çocuk Hukuku), s. 120.

²²⁸ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 154.

²²⁹ Turgut, s. 46.

²³⁰ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 185; Acabey, s. 196; Nomer, s. 588; Hatemi/Serozan, s. 297; Usta, s. 57.

uygulanmasına baba baştan rıza gösterdiğinden sonradan soybağını reddetme imkânını yitirse de, çocuk bu hakkını hala kullanabilmeli, bu haktan yoksun bırakılmamalıdır. Aksi halde doğal dölleme yoluyla dünyaya gelen çocuklar ile yapay dölleme ile dünyaya gelen çocuklar arasında soybağını reddetme hakkı bakımından eşitlik sağlanamaz. Çocuğun babalık karinesi gereğince soybağını kurduğu koca ile soybağını reddedip, genetik babasına ulaşmak istemesi, çocuğun hem bedensel hem de ruhsal sağlığı açısından oldukça önemlidir. Bu nedenle çocuğun bu isteğini, diğer değerlerden üstün tutmak gerekir²³¹.

Kocanın üremeye yardımcı tedavi yöntemi kullanılmasına rıza gösterdiği halde, bir başka erkeğe ait spermilerin kocanın ve kadının rızası olmaksızın, üçüncü kişinin gösterdiği bir irade ile ya da hata sonucu dölleme kullanılması durumunda, üremeye yardımcı yöntemin kullanılmasına en başta rıza göstermiş olan kocanın, yine soybağını reddedememesi gerektiği savunulmaktadır²³². Koca, yöntemin uygulanmasıyla gerçekleşecek olan yapay döllemeye en baştan rıza vermişse, bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Aksi halde, istenmeden dünyaya gelen çocuğun üstün yararı ihlal edilmiş olur²³³. Ancak bu durumda çocuğun dava hakkı kocanın dava hakkından ayrıdır ve çocuk bu hakkını kullanırken kocanın en başta yapay döllemeye rıza göstermesinden etkilenmez²³⁴.

Son olarak şunu da belirtmekte yarar vardır ki, kocanın önceden göstermiş olduğu rızanın her zaman soybağını reddetme hakkından feragat ettiği anlamına gelecek şekilde yorumlanması, çocuk hukukuna ve dolayısıyla da soybağına hâkim olan ilkelerden biri olan “çocuğun yararı” ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilir. Örneğin kocanın bir başkasının çocuk sahibi olabilmesi için karısının üreme

²³¹ Hatemi/Serozan, s. 297; Kılıçoğlu, s. 536; Öztan, s. 885; Korucu/Uyumaz, s. 13; Baygın, s. 29.

²³² Nomer, s. 590.

²³³ Nomer, s. 590.

²³⁴ Nomer, s. 588; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 448; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 185.

hücrelerinin bir başka erkeğin üreme hücreleriyle dölllenmesine yahut da karısının taşıyıcı anne olarak kullanılmasına, karşılığında kazanç olarak ya da almayarak, önceden rıza göstermiş olması hallerinde soybağını reddetme hakkı etkisizleştirmemeli ve koca soybağını ret davası açarak, soybağını reddedebilmelidir. Böyle bir durumda kocanın açtığı soybağını ret davası, hakkın kötüye kullanılması sayılmamalıdır²³⁵. Çünkü burada koca doğumdan sonra çocuğun başkasına verilmesi şartıyla uygulamaya rıza göstermiştir. Kocayı soybağını reddetme hakkından yoksun bırakmak, çocuğu kabullenmesine zorlamak anlamına gelir ki, bu sonuç kocanın yararı bir kenarda dursun, çoğu zaman çocuğun zararındır²³⁶.

2.3.1.2.2 Kocanın Heterolog Dölllenmeye Rızasının Bulunmaması

Kocanın heterolog dölllenmeye rızasının bulunmadığı ihtimalde, kadın kendisine yahut da bir başka kadına ait yumurta hücresinin, kocası dışında bir başka erkeğin spermi ile, kocanın rızası olmaksızın dölllenmesini sağlamaktadır. Oluşan embriyonun kadının rahminde taşınarak dünyaya getirilmesiyle, çocuk ile koca arasındaki soybağı babalık karinesi gereğince kurulmakta, kadının çocuğun kocadan olduğu hususunda açık beyanlarda bulunması veya örtülü olarak bu izlenimi vermiş olması nedeniyle de koca gerçeği, çoğu zaman çok daha sonra öğrenmektedir. Bu durumda kocanın, gerçeği öğrenmesini takiben soybağının reddi davası açması KKTC Hukuku'nda Aile Yasası m. 40/2, 3, Türk Hukuku'nda ise TMK m. 286/1 hükmü sayesinde mümkündür²³⁷. Aile Yasası m. 40/2, 3 hükmü şöyledir:

²³⁵ Nomer, s. 589.

²³⁶ Nomer, s. 589.

²³⁷ Aile Yasası m. 40/1 (TMK m. 285/1) gereğince evlilik içinde doğan ya da ana rahmine düşen çocuk ile koca arasında soybağını kuran babalık karinesi, aksi ispat edilebilen bir karinedir. Bu karinenin çürütülmesine "soybağının reddi", bunu sağlamak için açılacak olan davaya ise "soybağının reddi davası" denilmektedir. Uygulamada yaşanabilecek haksızlıkları önleyen ve kocanın menfaatlerinin yanı sıra çocuğun da menfaatlerini koruyan bir dava niteliğinde olan soybağının reddi davası, babalık karinesinin çürütülmesi temelinde yürütülen bir davadır. Babalık karinesinin çürütülebilmesi soybağının reddi davası dışında herhangi bir dava veya irade açıklaması ile mümkün değildir. Akıntürk/Ateş, s. 335; Paksoy, s. 355; Acabey, s. 193; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 120; Öztan, s.

(2)Erkek, çocuğun doğumunun bilgisine geldiği tarihten başlayarak bir ay içinde dava açarak çocuğun nesebini reddedebilir. Böyle bir durumda çocuğun kendisine ait olmadığını ispat yükümlülüğü davacı tarafa aittir.

(3) Erkeğin açıklıkla veya dolaylı olarak çocuğun nesebini tanınması veya yukarıdaki (2)'nci fıkrada belirtilen bir aylık sürenin geçmesi durumunda erkek, çocuğun nesebini reddedemez. Ancak Mahkeme böyle bir tanımın veya zaman aşımının hile ile sağlandığına veya olduğuna inanırsa erkek, hilenin bilgisine gelmesinden başlayarak bir ay içinde nesebin reddi davası açabilir. Böyle bir davada hileye maruz kaldığını ispatlama yükümlülüğü davacı tarafa aittir.

Türk Hukuku'nda kocaya soybağının reddi davası açma imkânını tanıyan TMK m. 286/1 hükmü ise şöyledir: “Koca, soybağının reddi davasını açarak babalık karinesini çürütebilir. Bu dava ana ve çocuğa karşı açılır.

Soybağının reddi davasında asıl davacı, Aile Yasası m. 40/2 hükmüne göre kocadır²³⁸. Bu hak, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve bu nedenle koca tarafından bizzat, kocanın isteği doğrultusunda kullanılabilir²³⁹. Soybağını reddetmek isteyen koca, karısı ile cinsel ilişkiye girmesiyle çocuğun doğumu arasında illiyet

877; Baygın, s. 26, 27; Akıncı s. 235; Yenerer Çakmut, s. 62; Nomer, s. 579; Turgut, s. 43; Kırkbeşoğlu, s. 54; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 359.

²³⁸ Türk Hukuku'nda da, soybağının reddi davasını esas olarak TMK m. 286/1 gereğince koca açabilir. Koca kısıtlı olsa da eğer ayırt etme gücüne sahipse, bu hakkını kullanırken yasal temsilcisinin iznini almak zorunda değildir. (TMK m. 16/1) Eğer kocanın ayırt etme gücü yoksa yasal temsilcisi ya da atanacak kayyım onun adına dava açamaz. TMK m. 291'de yer alan düzenlemeye göre, eğer koca, dava açma süresi geçmeden önce ölmüş, hakkında gaiplik kararı verilmiş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş ise, bu durumda dava açma hakkına kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi sahip olacak ve bu davayı doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde açabileceklerdir. Eğer koca, davayı açtıktan sonra ayırt etme gücünü kaybederse, bu durumda yasal temsilcisi açılan davayı devam ettirebilir. Koca hakkında yalnızca gaipliğe karar verilmesi yeterli olmayıp bu kararın kesinleşmesi de gerekir. Açılacak olan bu davada da, tıpkı koca tarafından açılan soybağının reddi davasında olduğu gibi, red davasına ilişkin hükümler ve özellikle bu konudaki ispata ilişkin hükümler (TMK m. 287, 288) kıyasen uygulanacaktır. Bu kişilerin, soybağının reddi davasını açabilme hakları tali (ikincil) olup, ancak dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde söz konusu olabilir. Eğer TMK m. 289/1'de yer alan bir yıllık hak düşürücü süre kocanın dava açma hakkını kaybetmediği dönem içerisinde dolmuş ve koca dava hakkını kaybetmiş ise, yine ilgililerin dava açma hakları olmayacaktır. Diğer ilgililerin dava hakkı kanun tarafından kendilerine doğrudan tanınmış olduğundan kocanın dava hakkının intikal etmesi gibi bir durum söz konusu değildir. İlgililerin dava hakkı birbirinden bağımsızdır ve bu nedenle davaların sonuçları birbirini etkilemez. Ancak birinin açtığı dava sonucunda dava kazanılır ve soybağı reddedilirse, bu sonuç diğer ilgilileri de etkiler ve onlar da bu sonuçtan yararlanır. Akıntürk/Ateş, s. 340; Kılıçoğlu, s. 535; Baygın, s. 28, 31 vd.; Oğuzman/Dural, s. 210; Öztan, s. 878 vd.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 148, 149; Turgut, s. 48-50; Paksoy, s. 363.

²³⁹ Karakaş, s. 135; Akıntürk/Ateş, s. 339; Oğuzman/Dural, s. 210; Öztan, s. 879; Baygın, s. 27; Turgut, s. 48; Kırkbeşoğlu, s. 49.

bağının olmadığını yahut da maddi imkânsızlığı, örneğin kısır olduğunu veya dölleme döneminde uzakta olduğunu ispat ederek soybağın reddedebilir²⁴⁰.

Aile Yasası m. 40/4 hükmü ile soybağının reddi davası açma hakkı koca yanında, çocuğa da tanınmıştır. Anılan hüküm şöyledir: “On sekiz yaşını bitiren her çocuk, iki yıl içinde ilgili taraflar veya hayatta değilse terekeleri aleyhine nesebin reddi davası açabilir. Ancak Mahkeme söz konusu iki yıllık hak düşürücü sürenin hile, kandırma, aldatma nedenlerinden biri ile sağlandığına inanırsa on sekiz yaşını tamamlayan çocuk hile, kandırma, aldatmanın bilgisine gelmesinden başlayarak bir yıl içerisinde nesebin reddi davası açabilir.” Çocuk soybağının reddi davası açma hakkına babadan bağımsız olarak sahiptir.

Türk Hukuku’nda da, TMK m. 286/2 hükmü ile çocuğa soybağının reddi davasını açma hakkı tanınmıştır. Türk Hukuku’nda henüz ergin olmayan çocuğun bu davayı açması, kendisine atanacak olan kayyım eliyle mümkündür. Kayyım, atama kararının kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde bu davayı açabilecektir. (TMK m. 291/2) Eğer ergin olmayan çocuk için atanan kayyım, soybağının reddi davasını açmamışsa, bu durumda ortada kesin bir hüküm olmayacağı için, çocuk ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davasını açabilir²⁴¹. (TMK m. 289/2)

Hem KKTC hem de Türk Hukuku’nda anılan hükümlerle çocuğa, kocadan bağımsız olarak soybağının reddi davası açma imkânı tanınması, kanun koyucunun son derece yerinde bir tutumudur. Çocuğun koca ile kurulan soybağın reddedip, genetik babasına ulaşmak istemesi, onun hem bedensel hem de ruhsal sağlığı açısından oldukça önemli olup, diğer değerlerden üstün tutulmayı hak eder²⁴². Çocuk

²⁴⁰ Akıntürk/Ateş, s. 340; Kılıçoğlu, s. 535; Acabey, s. 120; Baygın, s. 44; Oğuzman/Dural, s. 210; Öztan, s. 878; Paksoy, s. 363; Acabey, s. 193; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 120; Akıncı s. 236.

²⁴¹ Akıntürk/Ateş, s. 345; Paksoy, s. 360; Korucu/Uyumaz, s. 13; Öztan, s. 882; Turgut, s. 47.

²⁴² Kılıçoğlu, s. 536; Öztan, s. 885; Korucu/Uyumaz, s. 13; Baygın, s. 29; Hatemi/Serozan, s. 297.

genetik babasına ulaşarak, yaşayacağı ruhsal durumu iyileştirip, kimlik bunalımına çare bulma ve daha sağlam bir kişilik geliştirme imkânına sahip olmasının yanı sıra, kalıtsal hastalık risklerini de önceden bilerek daha sağlıklı bir hayat yaşayabilir. Soybağını ret hakkının çocuğa tanınması, çocuğun esenliğinin korunması bakımından da önemlidir. Örneğin herhangi bir nedenle soybağını reddedemeyen babaya soybağı ile bağlı olan çocuk, kendisine bu hak tanınmadığı takdirde, kinle dolu babaya soybağı ile bağlı kalmak zorunda kalabilir²⁴³.

Koca ve çocuk dışında baba olduğunu iddia eden erkeğin soybağını ret davası açabilmesi KKTC Hukuku'nda mümkün değildir. Türk Hukuku'nda TMK m. 291/1'de, dava açma süresi geçmeden önce kocanın ölmesi ya da gaipliğine karar verilmesi veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi halinde soybağının reddi davası açabilecek kişiler arasında "*baba olduğunu iddia eden kişi*" de sayılmıştır. Buna karşılık KKTC Hukuku'nda Aile Yasası m. 40 ile yalnızca kocaya ve çocuğa soybağını ret hakkı tanınmıştır. Kanaatimce, KKTC Hukuku'nda baba olduğunu iddia eden kişiye soybağının reddi davası açma imkânının tanınmamış olması, doğru bir yaklaşımdır. Aksi takdirde, sperm bağışı uygulaması sonucunda genetik babaya soybağını reddedebilmesi için dava hakkı tanınmış olur ki bu durum, birçok sakıncayı da beraberinde getirecektir. Eğer baba olduğunu iddia eden her kişi dava açabilme hakkına sahip olursa, ailenin birliği ve bütünlüğünü sarsacak durumlara kolayca düşülebilir ve bu durum çocuğun psikolojik ve sosyal gelişimini olumsuz yönde etkileyebilir²⁴⁴.

Soybağının reddi davasının koca tarafından açılması halinde davalı, anne ve çocuktur. Davanın yalnızca anaya karşı açılması mümkün olmayıp, davalının anne

²⁴³ Oğuzman/Dural, s. 215.

²⁴⁴ Öztan, s. 882; Baygın, s. 35; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 268; Acabey, s. 142; Gençcan, s. 207.

ile beraber çocuğun da olduğu kabul edilmelidir²⁴⁵. Ancak, davalılardan biri ölmüşse, dava sağ kalana karşı açılır. Her iki davalı da ölmüşse dava, mirasçılara karşı açılır²⁴⁶.

Soybağının reddi davasının çocuk tarafından açılması halinde ise davalı anne ve koca olur²⁴⁷. Aile Yasası m. 40/4'te yer alan hükümde “*ilgili taraflar veya hayatta değilse terekeleri aleyhine*” denilmek suretiyle, davanın çocuk tarafından anne ve babaya, onlar hayatta değilse terekelerine açılabilceği belirtilmiştir.

Kocanın açacağı soybağının reddi davası için, yasada oldukça kısa bir süre öngörülmüştür. Öncelikle koca için öngörülen bir aylık sürenin, kişilerin menfaatleri bakımından büyük önem taşıyan soybağının doğrudan etkilendiği söz konusu dava bakımından oldukça kısa bir süre olduğunu belirtmek gerekir. Kocanın bir aylık sürede çocuğun kendisinden olmadığını öğrenmesi, bundan emin olması ve dava açması oldukça zordur. Ayrıca sürenin “*çocuğun doğumunun kocanın bilgisine gelmesi*” ile başlamasının da haklı bir tarafı olduğu söylenemez. Kocanın, doğumdan çok daha sonra çocuğun kendisinden olmadığını öğrenmesi ihtimalinde, hak düşürücü süre geçmiş olacağından soybağının reddi davası açabilmesi mümkün değildir. Ancak koca, süreyi hileye maruz kalması nedeniyle kaçırırsa Aile Yasası m. 40/3'ten hareketle, hilenin bilgisine gelmesinden itibaren bir ay içinde soybağının reddi davasını açabilir.

Hile, bir kimseyi kandırmak, aldatmak amacıyla yapılan her türden davranışı ifade etmektedir²⁴⁸. Hilenin varlığından söz edilebilmesi için, hileyi yapanın bunu “*bilerek*” ve “*düşünerek*” yapması, bu durumdan maddi veya manevi bir “*menfaat*”

²⁴⁵ Akıntürk/Ateş, s. 342; Öztan, s. 885; Baygın, s. 36; Oğuzman/Dural, s. 218. Türk Hukuku'nda TMK m. 286' da geçen “...*bu dava ana ve çocuğa karşı açılır...*” ifadesi ile de bu durumun açıkça düzenlendiği görülmektedir.

²⁴⁶ Oğuzman/Dural, s. 218; Öztan, s. 885; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 266; Baygın, s. 36; Paksoy, s. 364

²⁴⁷ Öztan, s. 882; Baygın, s. 35; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 268; Acabey, s. 142; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 103; Oğuzman/Dural, s. 220. Bu durum Türk Hukuku bakımından, TMK m. 286/2'de yer alan “...*bu dava ana ve kocaya karşı açılır...*” ifadesiyle açıkça düzenlenmiştir

²⁴⁸ Saban, s. 59.

elde etmeyi amaçlaması” ve bunun için kişiyi “hataya yönlendirmek ya da kişinin kapıldığı yanlış fikri sürdürmesini sağlamak” hususunda “arzulu” ve “kararlı” olması gerekmektedir²⁴⁹. Hile durumunda hile yapılan kişinin gerçeği bilmeyişi, kendi bilgisizliğinden değil, gerçeğin ona farklı şekilde gösterilmiş olmasından kaynaklanmaktadır²⁵⁰. Hile, anne ya da çocuk tarafından yapılmış olabileceği gibi, üçüncü kişi tarafından da yapılmış olabilir. Önemli olan hileyi kimin yaptığı değil, hile ile soybağını reddetme süresinin geçirilmesi arasında illiyet bağının bulunmasıdır²⁵¹. Örneğin kişinin durumu incelemesi beyan ve davranışlar ile imkânsızlaştırılmış ya da zorlaştırılmışsa, kişi doğum anı, çocuğun gelişim durumu ya da kadının evlilik dışı ilişkisi olduğu hususunda kandırılmışsa, kadın hileli ve planlı davranışlarıyla kocayı sadık bir eş olduğu konusunda kandırılmışsa bu durumlarda hile mevcuttur. Böyle bir durumda davacı statüsündeki kocanın, hileye maruz kaldığını ispatlaması gerekir. Buna karşılık koca, çocuğun kendisinden olmadığını bildiği halde şerefini korumak için dava açmamışsa, karısının zina yaptığını bildiği halde itirafını veya zina sebebiyle boşanma davasının sonucunu beklemişse bu tür nedenlerle sürenin kaçırılması halinde hilenin varlığında söz edilemez.

Aile Yasası m. 40/3 hükmü ile kocaya hilenin bilgisine gelmesinden itibaren dava açma hakkı tanınarak aslında sürenin Türk Hukuku’nda olduğu gibi *“kocanın baba olmadığını öğrendiği”* tarihten itibaren başlamasına benzer bir imkân tanınmışsa da, bu durum yalnızca somut olayda hilenin var olması hali ile sınırlandırıldığından, meydana gelebilecek haksızlıkların önüne her zaman geçilemez. Yukarıda verilen örneklerde de görüldüğü üzere somut olayda, kocanın söz konusu bir aylık süreyi kaçırmasının nedeni her zaman hile olmayabilir. Bu

²⁴⁹ Saban, s. 59.

²⁵⁰ Saban, s. 60.

²⁵¹ Oğuzman/Dural, s. 222.

konuda karışıklıkların ve hak kayıplarının önüne geçmek için, kocanın soybağının reddi davası açma süresinin, Türk Hukuku'nda olduğu gibi “doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten” başlatılması ve bunun yasal mevzuat içerisinde açık olarak düzenlenmesinde yarar vardır.

Soybağının ret davasının hak düşürücü süresi Aile Yasası m. 40/4 ile çocuk bakımından ise şöyle düzenlenmiştir: “On sekiz yaşını bitiren her çocuk, iki yıl içinde ilgili taraflar veya hayatta değilse terekeleri aleyhine nesebin reddi davası açabilir. Ancak Mahkeme söz konusu iki yıllık hak düşürücü sürenin hile, kandırma, aldatma nedenlerinden biri ile sağlandığına inanırsa on sekiz yaşını tamamlayan çocuk hile, kandırma, aldatmanın bilgisine gelmesinden başlayarak bir yıl içerisinde nesebin reddi davası açabilir.” Türk Hukuku'nda çocuğun soybağının reddi davası açabileceği süre ise TMK m. 289/2 ile şöyle düzenlenmiştir: “Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır.”²⁵²

Kanaatimce, hem KKTC Hukuku'nda Aile Yasası m. 40/4, hem de Türk Hukuku'nda TMK m. 289/2 ile çocuk bakımından öngörülen sürelerin ergin olmadan itibaren başlatılması, çocuğun aleyhine sonuçlar doğurabileceğinden sakıncalıdır. Çocuk ergin olduğu halde, babasının koca olmadığını bilmeyebilir ve gerçeği çok daha sonra öğrenebilir. Bu nedenle çocuğun yaşayabileceği hak kayıplarını engellemek adına süreyi “kocaya soybağı ile bağlı olmadığını öğrendiği tarihten” itibaren başlatmakta yarar vardır.

²⁵² Eğer çocuk ergin değil ise bu durumda TMK m. 291/2 gereğince davayı açacak olan kayyım, çocuğa atanmış olduğuna ilişkin kararın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davasını açmalıdır. Çocuk ergin olunca, ergin olmadığı dönemde eğer kendisine tayin edilen kayyım soybağının reddi davası açmamışsa, kendisi TMK m. 289/2 gereğince ergin olmasından itibaren bir yıl içerisinde bu davayı açabilecektir. Eğer kayyım soybağının reddi davasını açmışsa, çocuğun ergin olduğunda artık bu davayı açması mümkün olmayacaktır. Akıntürk/Ateş, s. 343-344; Öztan, s. 886; Kılıçoğlu, s. 530-536; Oğuzman/Dural, s. 210-223; Korucu/Uyumaz, s. 18.

TMK m. 289/3 hükmünde, “*gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar*” denilmek suretiyle, hak düşürücü sürenin aşılmasının haklı bir nedene dayanması halinde, sürenin bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlamasına imkân tanımıştır. Haklı sebep, davacının kusuru olmadan onun davayı süresinde açmasını engelleyen sebeptir²⁵³. Örneğin, geçici olarak ayırt etme gücünün kaybı, uzakta olma, hasta olma, çocuğun soybağından şüphelenmeyi gerektirecek yeterli sebebin olmaması, kocanın çocuk yapamadığının sonradan ortaya çıkması, kadının hamile kaldığı sırada başka bir erkekle cinsel ilişkiye girdiğini sonradan öğrenme gibi durumlarda, sürenin haklı sebeplerle geçirildiği kabul edilir²⁵⁴. Haklı sebeplerin sayısı sınırlı olmayıp, hâkim tarafından takdir edilmektedir. Hâkim takdir yetkisinin kullanırken haklı sebep kavramını dar yorumlamalı, çocuğun menfaatlerinin yanı sıra kocanın da menfaatlerini dikkate almalı, menfaatler eşitse, çocuğun bir soybağına sahip olmasını üstün tutmalıdır²⁵⁵.

Aile Yasası m. 40/4 hükmünde yalnızca hile, aldatma, kandırma halleri sayılmış, bunlar dışındaki hallerde süre geçirilse de ek süre verileceğine dair hüküm getirilmemiştir. Oysa çocuğun iki yıllık süreyi kaçırmasının nedeni her zaman hile, aldatma veya kandırma olmayabilir. Bu konuda, TMK m. 289/3 ile düzenlenen “*haklı nedenler*” kavramına, KKTC mevzuatı içerisinde yer verilmemiştir. KKTC Hukuku’nda Anglo Sakson hukuk sisteminin geçerli olması nedeniyle hâkim içtihat yaratarak somut olaya göre haklı nedenleri belirleyebilir. KKTC Hukuku’nda da hâkim tarafından dikkate alınabilir ve hak düşürücü sürenin “*haklı nedenin ortadan kalktığı tarihten itibaren*” işlemeye başladığı kabul edilebilir.

²⁵³ Baygın, s. 40.

²⁵⁴ Akıntürk/Ateş, s. 343-344; Öztan, s. 886 vd.; Kılıçoğlu, s. 530-536; Oğuzman/Dural, s. 210-223; Baygın, s. 40; Korucu/Uyumaz, s. 18.

²⁵⁵ Öztan, s. 888.

Aile Yasası m. 40/2 ve m. 40/4 hükümleri ile kocanın ve çocuğun dava açması bakımından kısa süreler öngörölmüş, uzun sürelerle, bir başka ifadeyle üst sınırlara yer verilmemiştir. Anılan hükümlerde konulan bir aylık ve iki yıllık kısa süreler, çocuğun soybağı durumunun uzun süre askıda kalmasını, aileyi ve toplumu etkileyen soybağı sorununun sürekli dava edilme tehdidi altında bırakılmasını önlemek ve böylece soybağında istikrar sağlayarak kamu düzenini ve aileyi korumak bakımından kaçınılmazdır²⁵⁶. Buna karşılık anılan hükümlerde ne koca ne de çocuğun soybağının reddi davası açma süresine bir üst sınır getirilmemesi, kanun koyucunun son derece yerinde bir tutumudur. Koca ve çocuğun soybağını ret davasını açma sürelerini bir üst sınıra bağlamak, her ikisi için de en temel hakların zedelenmesi anlamına gelir. Kocanın genetik kökeni kendisine ait olmayan çocuğun soybağını reddetmesi, çocuğun da kökenini öğrenmesi ve genetik kökenini taşıdığı ailesine soybağı ile bağlanması en temel hak ve hürriyetlerdendir²⁵⁷. Kişilerin soybağını reddetmeleri bakımından getirilecek üst süre kısıtlaması, kişilerin maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme haklarının özünü zedeleyen, hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmayan ve adalete uygun olmayan sonuçlara kapı açmak demektir. Aynı zamanda bu hakkın sınırlandırılması, aile ve toplum hayatını da olumsuz etkilemektedir.

Türk Hukuku'nda 26.06.2009 tarihine kadar, TMK m. 289/1'de yer alan "...her halde doğumdan başlayarak beş yıl..." ibaresi ile, kocanın dava açma süresini üst sınıra bağlayan bir hüküm getirilmişti. Söz konusu ibare, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir²⁵⁸. Anayasa Mahkemesi'nin oyçokluğuyla vermiş olduğu iptal kararının gerekçesinde, kişinin en temel haklarından biri olan genetik-biyolojik

²⁵⁶ Ögüz, s. 205; Baygın, s. 44.

²⁵⁷ Baygın, s. 43.

²⁵⁸ 25.6.2009 t., E. 2008/30, K. 2009/96. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/11cc9152-2713-4e26-a7c5-b723a966c9bc?excludeGereke=False&wordsOnly=False> (ET: 05.06.2018)

kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının doğumdan itibaren beş yıllık süre ile sınırlandırılmasının ve bu sürenin haklı neden olmadan geçmesi halinde dava açma hakkının henüz doğmadan kocanın elinden alınmak suretiyle kendisine ait olmayan çocuğu sahiplenmek zorunda bırakılmasının, kocanın temel hak ve hürriyetlerinden olan genetik-biyolojik kökeni kendisine ait olmayan çocuğu reddetme hakkının önündeki bir engel olduğu belirtilmiş ve itiraz konusu ibarenin, 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 sınırladığı belirtilerek iptaline karar verilmiştir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesi, TMK m. 291/2’de yer alan “...her halde doğumdan başlayarak beş yıl...” ibaresini de iptal etmiştir²⁵⁹. Mahkeme, oyçokluğuyla vermiş olduğu iptal kararının gerekçesinde söz konusu üst sınıırın, soybağının reddi davasına ilişkin sürenin kaçırılmasında bir kusuru bulunmayan kişinin genetik babasıyla soybağı ilişkisi kurma hakkını sınırlayan, küçüğün maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını, hak arama hürriyetinin özünü hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak biçimde zedeleyen nitelikte olması nedeniyle iptaline karar verildiği belirtmiştir. Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi’nin verdiği her iki kararın gerekçelerinde de, süre sınırlamasının sakıncaları açıkça ortaya konmuş, kocanın ve çocuğun temel hak ve hürriyetlerinin zedelenmesi sonucunu doğuran sınırlamaların yersiz olduğu kanaatine ulaşılmıştır.

Bir kimsenin soybağının doğruluğu, kamu düzeni ile doğrudan ilgili olduğundan soybağına ilişkin davalar, kamu yararının bulunduğu davalardandır. Bu nedenle soybağına ilişkin davalar, diğer davalardan ayrılırlar ve bu davalarda, diğer davalara

²⁵⁹ 10.10.2013 t., E. 2013/62, K. 2013/115.<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/58869e4c-b65a-48d4-8d78-2e087288a56b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (ET: 05.06.2018)

nazaran kişilerin serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alan mevcut değildir²⁶⁰. Bu anlamda Aile Yasası ve Medeni Kanun’da yer alan hükümlerle, usul hukukuyla ilgili olarak üçüncü kişilere ve davalıya birtakım yükümlülükler getirilerek, hâkime soybağı sorununu çözmesinde kolaylık sağlanmak istenmiştir²⁶¹. Günümüzde tıp alanındaki gelişmeler ile artık babalığın tespiti ve ispatlanması açısından bulunan güçlükler neredeyse ortadan kalkmış, çocuk ile baba arasındaki bağ %99.8 oranında saptanabilir hale gelmiştir²⁶². Bu saptamanın yapılabilmesi için çocuk ve babadan kan, doku ya da sıvı parçalarının alınması ve bunların tıbbi incelemelerden geçirilmesi gerekmektedir. Aile Yasası m. 40/5 ve TMK m. 284/b.2 hükmü ile taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü kılınmışlar ve böylece uyuşmazlıklarda DNA vb. testlerin yapılmasında kolaylık sağlanmıştır.

Aile Yasası m. 40/5 ve TMK m. 284/b.2 hükümlerinin uygulanabilmesi için öncelikle ortada soybağının belirlenmesine ilişkin bir dava bulunmalı, soybağının belirlenmesi tıbbi bir araştırma ya da incelemeyi zorunlu kılmalı, bu tıbbi araştırma ve inceleme kişinin sağlığı yönünden bir tehlike yaratmamalı ve bu tıbbi araştırma ve incelemeye rıza gösterilmiş olmalıdır. Eğer hükme rağmen taraf ya da üçüncü kişi bu tıbbi araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, buna rağmen zorla bu araştırma ve incelemeye tabi tutulmayacak, yalnızca “bundan beklenen sonuç aleyhine doğmuş sayılacak”, hâkim sanki bu araştırma ve inceleme aleyhe sonuçlanmış gibi karar verecektir²⁶³. Hâkimin kararına uymamanın yaptırımını, kişiyi bu incelemeleri

²⁶⁰ Kılıçoğlu, s. 517; Korucu/Uyumaz, s. 22; Özmumcu, s. 158.

²⁶¹ Akıntürk/Ateş, s. 363.

²⁶² Kılıçoğlu, s. 517; Baygın, s. 46; Akıntürk/Ateş, s. 365.

²⁶³ Türk Hukuku’nda TMK m. 284/b.2 ile getirilen hükmün, 04.02.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK’nın 292/1 hükmü ile çatışması dolayısıyla kimi yazarlar HMK’da yer alan hükmün uygulanması gerektiğini savunmaktadırlar. HMK’nın ilgili 292/1 hükmü şu şekildedir:

yapmaya zorlamak değil, ilgili aleyhine fiili karine yaratılması ile sınırlıdır²⁶⁴. Nihayet şunu da vurgulamak gerekir ki Aile Yasası m. 40/5 ve TMK m. 284 hükümleri, yalnızca soybağının reddi davası bakımından değil soybağına ilişkin tüm davalar bakımından uygulama bulan hükümlerdir.

Soybağının reddi davasının sonucunda mahkeme tarafından verilen soybağının reddi kararı, bozucu yenilik doğuran bir karardır²⁶⁵. Kararın kesinleşmesi ile çocuk lehine geçerli olan babalık karinesi artık hüküm ifade etmez ve çocukla koca arasındaki soybağı geçmişe etkili olarak, çocuğun doğumundan itibaren ortadan kalkar²⁶⁶. Çocuk böylece doğumundan beri baba yönünden soybağına sahip olmayan, “evlilik dışı çocuk” statüsüne geçer. Anne ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinde ise herhangi bir değişiklik meydana gelmez.

Soybağının reddi kararı herkese karşı etkilidir. Çocuk, soybağı reddedildikten sonra genetik babasına, kendiliğinden soybağı ile bağlanamaz; ancak çocuk, aşağıda açıklanan, evlilik dışında doğan çocuğun babaya soybağıyla bağlanma yollarından biriyle bağlanabilir.

“Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.” Kimi yazarlara göre, HMK, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanundan daha yeni bir kanun olması nedeniyle TMK m. 284/b.2 hükmü gereğince “beklenen sonucun kişinin aleyhine doğmuş sayılması” yaptırımını artık uygulanmamalı, taraf ya da üçüncü kişi zorla bu araştırma ve incelemeye tabi tutulmalıdır. HMK m. 292/2’ye göre üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkının olduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınması da mümkün değildir. Kılıçoğlu, s. 520; bkz. 18.HD, E.2014/7595, K.2014/14283, t. 16.10.2014 ve E.2014/6038, K.2014/13961, t. 13.10.2014; Korucu/Uyumaz, s. 21. Doktrinde HMK m. 292’de belirtildiği gibi kişiden zorlama yoluyla kan veya dokunun alınmasını kişilik hakkının çok ağır bir ihlali sayan ve bu nedenle insan onuruyla asla bağdaştırılamayacak olduğunu kabul eden görüşler de vardır. Bu görüşe göre TMK m. 284 hükmü gereğince hâkim maddi olguları kendiliğinden araştırdıktan sonra tıbbi olanaklardan ve bilimsel raporlardan yararlanıp, delil ve tanıkların beyanlarını, DNA testlerini ve sonuçlarını serbestçe takdir edecektir. Eğer ilgililer hâkimin kararına uymaz iseler zorlanamayacaklar, örneğin polis zoruyla DNA incelemesinin yapılması mümkün olmayacaktır. Aksi takdirde yapılacak zorlama, kişilik hakkının ihlal edilmesi anlamına gelecektir. Burada gerçeğin ortaya çıkması üstün yarar olarak kabul edilse bile, bu yarar yine de kişiden zorla kan veya doku alınmasını haklı çıkarmayacaktır. Tüzüner, s. 1150.

²⁶⁴ Baygın, s. 47.

²⁶⁵ Öztan, s. 898; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 148; Baygın, s. 49.

²⁶⁶ Akıntürk/Ateş, s. 344; Öztan, s. 898; Baygın, s. 49; Oğuzman/Dural, s. 223.

2.3.2 Evlilik Dışında Doğan Çocuk ile Soybağının Kurulması

Baba ile çocuk arasındaki soybağı, çocuğun doğduğu anda kurulabileceği gibi, daha sonradan da kurulabilir. Çocuk ile baba arasındaki soybağının sonradan kurulmasının, KKTC Hukuku'nda üç, Türk Hukuku'nda ise dört kaynağı vardır. Bunlar KKTC Hukuku bakımından müteakip (sonradan) evlenme, mahkeme emri ve evlat edinme, Türk Hukuku bakımından ise ana ile evlilik, tanıma, hâkim hükmü ve evlat edinmedir (TMK m. 282/2, 3). Türk Hukuku'nda bu kaynaklara beşinci olarak idari yolla soybağı ilişkisinin kurulmasını da eklemek mümkündür²⁶⁷.

Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasındaki soybağının kurulması yollarından biri olan tanıma²⁶⁸, KKTC Hukuku'nda Aile Yasası m. 42 hükmü ile düzenlenmişti. Ancak söz konusu düzenleme, 34/2015 sayılı değişiklik yasasıyla yürürlükten kaldırıldı²⁶⁹. KKTC Hukuku'nda evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasındaki soybağı ancak “sonradan evlenme” ve “mahkeme emri” yolları ile kurulabilir.

2.3.2.1 Sonradan (Müteakip) Evlenme

Sonradan evlenme yolu ile soybağının kurulması KKTC Hukuku'nda EDÇY m. 4'te, Türk Hukuku'nda TMK m. 292'de düzenlenmiştir. Evlilik dışında doğan çocuk

²⁶⁷ Akıntürk/Ateş, s. 329; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 146; Öztan, s. 905; Acabey, s. 6; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 254; Baygın, s. 4; Oğuzman/Dural, s. 195; Aydın (Soybağı), s. 34; Yenerer Çakmut, s. 20; Kırkbeşoğlu, s. 7.

²⁶⁸ Tanıma, doğal ya da genetik babanın, çocuğun kendisinden olduğunu beyan etmesi, bir başka deyişle çocuğun benimsenmesidir. Tanıyanın, çocuğun kendisinden olduğunu kabul ettiği yönündeki iradesini açıklaması, yenilik doğurucu nitelikte tek taraflı bir hukuki işlemidir. Kural olarak, bu açıklamanın ayrıca herhangi bir kişiye yöneltilerek yapılmasına veya iradenin bir kişiye ulaşmasına gerek yoktur. Tanıma, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan baba dışında kimse tanıma işlemi yapması mümkün değildir. Ayrıca tanıma hakkından vazgeçilmesi de mümkün değildir. Tanıma sonuçlarını geçmişe dönük olarak, çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren doğurur.

Türk Hukuku'nda tanıma genetik babanın, TMK m. 295/1'deki belirtilen makamlara, kanunun aradığı şekiller içerisinde kalarak çocuğun kendisinden olduğuna dair beyanda bulunmasıdır. Tanıma, tek taraflı irade açıklamasıyla, babanın nüfus memuruna ya da mahkemeye yazılı olarak yapacağı başvuru, resmi senet veya vasiyetnamede yapacağı beyanla gerçekleşen bir hukuki işlemidir. Kılıçoğlu, s. 541-544; Öztan, s. 909 vd.; Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 165; Akıntürk/Ateş, s. 346; Oğuzman/Dural, s. 326- 330, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 466; Baygın, s. 58 vd.; Özbay/Aksan/Nar, s. 189; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 205; Öztan, s. 909; Yenerer Çakmut, s. 43; Kırkbeşoğlu, s. 22.

²⁶⁹ Buna rağmen Aile Yasasında “tanıma” kavramının geçtiği diğer hükümlerde değişiklik yapılmış değildir. (bkz. Aile Yasası m. 40/3, 43/1,)

ile soybağı, anne ve babasının birbiriyle evlenmesiyle birlikte, kanun gereğince, kendiliğinden başka hiçbir irade açıklaması, mahkeme emri ya da rıza gerektirmeksizin, çocuk evlilik içinde doğmuş gibi geriye etkili olarak doğum tarihinden itibaren kurulmakta ve çocuk, evlilik içinde doğan çocuğun yasal statüsüne sahip olmaktadır²⁷⁰. Bu yolla soybağının kurulmasında çocuk ayırt etme gücüne sahip olsa da rızasının alınması gerekmemektedir²⁷¹.

Çocuğun anne ve babasının sonradan evlenmesiyle, evlilikten önce doğan tüm sağ çocuklar ve belli koşulların mevcudiyeti halinde ölü doğan çocuklar (EDÇY m. 5), kendiliğinden soybağı düzgün olan bir çocuğun yasal statüsüne elde etmektedirler²⁷². Çocuk ile koca arasındaki soybağını kuran bu evlenmenin sonradan geçersiz olması ve bu geçersizlikte anne babanın iyiniyetli olup olmaması, çocuk ile kurulan soybağını etkilemez²⁷³. Bununla birlikte, sonradan evlenmeyle soybağının kurulması bakımından süre öngörülmemiştir. Anne ve baba doğumdan ne kadar sonra evlenmiş olursa olsun, çocuk evlilik içinde doğmuş gibi kendiliğinden babaya bağlanacaktır²⁷⁴.

Anne, baba ile evlenmeden önce başka bir erkek ile evli idiye ve çocuk o erkekle evliyken ya da evliliğin son bulmasından ya da erkeğin ölmesinden başlayarak 302 gün içinde doğmuş idiye çocuk babalık karinesi gereğince önceki kocaya soybağı ile bağlanacağından, çocuk ile kadının yeni evlendiği kocası arasındaki soybağı kendiliğinden kurulmaz²⁷⁵. Öncelikle önceki koca ile çocuk arasında kurulan soybağının, Aile Yasası m. 40/2 ya da m. 40/4 gereğince reddedilmesi gerekmektedir.

²⁷⁰ Öztan, s. 899; Oğuzman/Dural, s. 224; Tekinay, s. 409; Acabey, s. 154.

²⁷¹ Akıntürk/Ateş, s. 334.

²⁷² Öztan, s. 899; Oğuzman/Dural, s. 224.

²⁷³ Kılıçoğlu, s. 538; Baygın, s. 53; Oğuzman/Dural, s. 219; Akıntürk/Ateş, s. 330; Öztan, s. 900; Yenerer Çakmut, s. 42; Kırkbeşoğlu, s. 19.

²⁷⁴ Akıntürk/Ateş, s. 330; Baygın, s. 51; Öztan, s. 900.

²⁷⁵ Öztan, s. 900; Baygın, s. 52; Akıncı, s. 236.

TMK m. 293 gereğince, evlenmeden önce doğan çocukların anne babaları daha sonradan yaptıkları evlenme sırasında ya da bu evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki ya da evliliğin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmeleri zorunludur. Bu bildirim, kurucu değil bildiricidir²⁷⁶. Bildirimin yapılmamış olması, çocukla baba arasındaki kurulan soybağını etkilemez²⁷⁷. Çocuk ile baba arasındaki soybağı, anne ile babanın doğumdan sonra evlenmeleriyle o anda kendiliğinden kurulmuştur. Bu durumda eşlerden birinin ya da her ikisinin çocuk ile soybağının kurulması için herhangi bir irade açıklamasında bulunmasına gerek yoktur. Çocuk ile baba arasındaki soybağı tanıma ya da babalık hükmü ile kurulmuş olsa da eğer anne ile baba sonradan evlenir ise bu durumda sonradan evlenmeye üstünlük tanınacak ve soybağının bu şekilde kendiliğinden kurulması, tanıma ve babalık hükmünün önüne geçecektir. Nüfus memuru, TMK m. 293/3 gereğince bu konuda kayıtlarda gerekli düzeltmeleri yapmalıdır.

2.3.2.2 Soybağının Mahkeme Emri ile Kurulması

Evlilik Dışı Çocuklar Yasası m. 6'da evlilik dışında doğan çocuğun soybağının mahkemenin vereceği bir emir ile düzeltilmesi hükme bağlanmıştır. Babanın ya da babanın özel yetki verdiği kişinin bir dilekçe ile mahkemeye başvurması halinde,

²⁷⁶ Kılıçoğlu, s. 538; Akıntürk/Ateş, s. 334; Öztan, s. 900.

²⁷⁷ TMK m. 294 gereğince, baba ile çocuk arasında evlenme yoluyla kurulan soybağına, ana ve babanın yasal mirasçıları, çocuğun bizzat kendisi ve Cumhuriyet savcısı, bunu öğrendikleri andan itibaren bir yıl içerisinde itiraz edebilir. Çocuk ölmüş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmiş ise bu durumda çocuğun altsoyu da bu davayı açabilecektir. Davacılar tarafından açılacak olan bu davanın davalısı ana baba ve çocuktur. Dava birlikte bunlara karşı açılacaktır. Ancak davayı çocuk açıyor ise, davalı ana ve baba olacaktır. Sonradan evlenme ile kurulan soybağına itiraz davasının sebebi kocanın baba olmamasıdır. Çocuk için bu bir yıllık dava süresi, ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Bu süreler geçirilmiş ise, TMK m. 289/3 gereğince ancak haklı bir sebebin var olması halinde dava hakkı hala varlığını sürdürebilecektir. Çocuğun ölmesi ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi halinde, çocuğun altsoyu da soybağı ilişkisinin kurulmuş olmasına bunu öğrendiği andan itibaren bir yıl içerisinde itiraz etme hakkına sahiptir. Sonradan evlenme ile kurulan soybağı ilişkisine her kim itirazda bulunursa, kocanın gerçek baba olmadığını, MK m. 294/1 gereğince ispat etmek zorundadır. Bu davanın sonucunda kararın kesinleşmesi ile, baba ile çocuk arasında kurulan soybağı ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta, çocuk yeniden baba bakımından soybağı ilişkisi olmayan çocuk haline gelmektedir. Kılıçoğlu, s. 538 vd.; Akıntürk/Ateş, s. 333 vd.; Baygın, s. 53 vd.

mahkemenin vereceği bir karar ile soybağı, gemiŖe etkili olarak doğumdan itibaren tüm hüküm ve sonuçları ile kurulmaktadır. (EDY m. 7)

Babanın bir vasiyetname düzenlemesi ve bu vasiyetnamede çocuğun kendisinden olduğu yönünde iradesini açıklaması halinde ocuk babanın ölümünden sonra mahkeme emri ile babası ile arasında soybağı iliŖkisinin kurulmasını isteyebilir.

Mahkeme emri ile soybağının kurulabilmesi bakımından ilk Ŗart EDY m.6/3-a Ŗyle dzenlenmiŖtir: “ocuğun ana rahmine dŖtđ zamanda, baba olduğunu iddia eden veya baba olduğu iddia edilen kiŖinin bağlı olduğu dini toplumun aile yasağı, kan hısımlığı veya evlenme nedeniyle ana ile babanın evlenmesini yasaklamamalıdır.” Evlilik DıŖı ocuklar Yasası, İngiliz sömürge döneminden kalma bir yasa olduğundan, oldukça geleneksel yapıda kaleme alınmasının yanı sıra, o döneme ait koŖulları hala hükümlerinde barındırmaktadır. Anılan bentte de, o dönemde Türk ve Rum topluluklarına farklı yasaların uygulanması nedeniyle “kiŖinin bağlı olduğu toplumun Aile Yasası” ndan söz edilmektedir. Hüküm zamanın Ŗartlarında toplumlar arasındaki huzur ve güvenliği ve toplumların birbirlerinin yasalarına saygı duymasını sağlamak bakımından önemli bir hkmse de günümüzde iki toplumlu yaŖam son bulduğundan, bu yasanın tadil edilmesi gerekmektedir. Ancak mevcut durumda, hüküm yeni koŖullar dikkate alınarak dzeltiymiŖ olmasa da, günümüze uygun biçimde yorumlanması mümkündür.

Diğer yandan EDY m. 6/3-b’de, “*baba, çocuğu Evlt Edinme Yasası kuralları uyarınca evlt edinmemelidir*” Ŗeklinde getirilen hükümle ikinci Ŗart olarak, mahkemeye baŖvurulmadan evvel evlat edinme yolunun kullanılmasının denenmesidir. Hükümde evlat edinmeyle kurulan yapay soybağı, mahkeme emri ile

kurulan doğal soybağına tercih edilmiş bulunmaktadır. Evlat edinme emri verme yetkisi Fası 274 Evlat Edinme Yasası (EEY) m. 3 gereğince mahkemeye aittir²⁷⁸.

EDÇY m. 6/3-c hükmüne göre mahkemenin vereceği karar ile soybağıni kurması yoluna başvurulmasından evvel, *“ananın ölümü nedeniyle veya başka herhangi bir sebepten dolayı, 4. madde uyarınca müteakip evlenme ile soydanlığın düzeltilmesi mümkün olmamalıdır.”* Hükümde sonradan evlenme yolu ile soybağının kurulmadığı hallerde ancak mahkeme emri ile soybağının düzeltilebileceği öngörülmüştür. Ana ile babanın müteakip evlenmesinin mümkün olmamasının sebebi olarak Yasa ananın ölümünü örnek olarak göstermiş ve bunun yanında *“...veya başka herhangi bir sebepten dolayı”* demek suretiyle bu sebepleri sınırlandırmamıştır. Ananın baba ile evliliğinin mümkün olmamasının sebebi ananın başkası ile evli olması olabileceği gibi, ananın baba ile bir evlilik kurmak istememesi de olabilir.

EDÇY m. 6/3-d bendinde ise, *“baba evli olduğunda karısı böyle bir emrin verilmesine rıza göstermelidir”* denilmek suretiyle evlilik dışı çocuğun babasının evli bir başka kadınla evli olması halinde eşinin rızası olmadıkça mahkemenin çocuk ile baba arasındaki soybağıni düzeltme emri veremeyeceği hükme bağlanmıştır. Oysa bir kişinin çocuğu ile arasında soybağı kurulmasını isteme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarından ve bir başkasının rızasına bağlı tutulmalıdır. Bu nedenle hükmün aradığı bu rıza şartını kişilik haklarına aykırı olarak kabul etmek yerinde olacaktır²⁷⁹.

²⁷⁸ EEY m. 4/1-b ve c bendinde ise, başvuru sahibinin ya da başvuru sahiplerinden birinin, yirmi bir yaşını doldurmadıkça ve küçüğün hısımlı olmadıkça veya küçüğün anası veya babası olmadıkça, bir küçük ile ilgili olarak evlat edinme verilemeyeceğini düzenlemiştir. EEY m. 2'ye göre hısımlı, *“bir küçükle ilgili olarak tam veya yarım kan hısımlığından veya sihri hısımlıktan olsun veya olmasın dede veya nineyi, erkek veya kız kardeşi, amca veya dayıyı, hala veya teyzeyi anlatır ve küçük evlilik dışı doğmuş olduğunda, küçüğün babasını ve küçük, ana ve babasının evlilik içinde doğan çocuğu olsa idi, bu tanım kapsamında küçüğün hısımlı olacak herhangi bir kişiyi de içerir.”*

²⁷⁹ Helvacı, s. 106; Akıntürk/Ateş (Medeni Hukuk), s. 147; Öztan (Medeni Hukuk), s. 285; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 349; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 162.

Nihayet EDCY m. 6/3-e bendinde, “çocuğun kendisi müstedi olmadığı durumlarda bu gibi çocuk veya ehliyetsiz olması halinde vasisi veya çocuğu bu hususta temsil etmek için mahkeme tarafından atanan kişi böyle bir emir verilmesine rıza göstermelidir” şeklinde getirilen hüküm ile baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulabilmesi müstedi yani davacı olmadığı durumlarda çocuğun veya ehliyetsiz olması halinde vasisi ya da mahkeme tarafından atanan kişinin rızasının alınması zorunlu tutulmuştur. Düzenlemede yasal temsilcinin rızayı hangi durumlarda göstermeyeceğine dair bir sınırlama getirilmemiştir. Ancak özel bir düzenleme bulunmasa da, olayın somut koşulları değerlendirildiğinde yasal temsilcinin haklı bir sebebe dayanmayarak rıza göstermemesi, çocuğun üstün yararının korunması maksadıyla mahkemece dikkate alınmamalı ya da mahkemece bu rızanın sağlanması gerekir.

EDCY m. 6 hükmü, Türk Hukuku’nda m. 301 vd. da düzenlenen babalık hükmünün aksine, anneye dava hakkı tanımamıştır. Yani KKTC’de evlilik dışı doğan bir çocuğun babasına soybağı ile bağlanabilmesi ancak babanın anne ile evlenmesi, çocuğu evlat edinmesi yahut EDCY m. 6 gereğince mahkemeye bu yönde başvuruda bulunması ile mümkün olup, tamamen babanın vicdanına ve keyfine bırakılmıştır. Annenin bu durumda elinde bulunan tek olanak, EDCY m. 8 ile hükme bağlanan, evlilik dışı çocuğun bakım ve eğitim masrafları hakkında mahkemenin emir vermesini talep etmekle sınırlıdır. EDCY m. 8/1-a’ya göre:

Evlilik dışı bir çocuğun annesi çocuğun doğmasından önce herhangi bir zaman veya doğmasından sonraki beş yıl içinde herhangi bir zaman; veya anne ölü olduğunda, çocuğu gözetiminde bulunduran kişi veya çocuk devlet bütçesine bir yükümlülük teşkil ettiğinde bir sosyal hizmetler memuru, çocuğun doğumundan sonraki beş yıl içinde herhangi bir zaman, çocuğun bakım masraflarının ödenmesi için bir emir verilmesi istemiyle Mahkemeye istida yapabilir. Ancak, böyle bir anne, evli bir kadın olduğunda, böyle bir istida yapamaz; meğer ki çocuk anne rahmine düştüğü zaman ve o zamandan bu yana kocasından ayrı yaşamakta olsun.

Bu yolun kullanılması ile çocuk ile baba arasında soybağını kurmayı, yalnızca çocuğun “*varsayılan babası*” adı verilen erkeğe, çocuğun bakım ve eğitim masraflarına katkıda bulunma yükümlülüğu getirmektedir.

Bölüm 3

KİŞİLİK HAKLARI BAKIMINDAN ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİ

Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tamamı üzerindeki haktır²⁸⁰. Kişilik hakları, kişinin doğumundan ölümüne kadar, kişiliğinden ayrılmaz bir şekilde sahip olduğu, hukuken korunan değerlerden oluşmaktadır. Hukuki nitelik itibarıyla kişilik hakları mutlak haklardan olup, saldırıda bulunan herkese karşı ileri sürülebilen, kişiye sıkı sıkıya bağlı, zamanaşımına ve hak düşürücü süreye bağlı olmayan haklardır²⁸¹.

İnsan varlığını oluşturan değerleri birer birer saymak mümkün olmadığından, kişilik haklarını sayı ile sınırlı tutmak mümkün değildir. Tıp ve biyoloji alanında meydana gelen gelişmeler, yeni hak türlerini de ortaya çıkarmıştır²⁸². Konumuz bağlamında değinilmesi gereken dört temel hak bulunmaktadır: Üreme hakkı (*right to reproduction/procreate*), yaşama hakkı (*right to life*), kökenini bilme hakkı (*right to identity*) ve mahremiyet hakkı (*right to privacy*).

3.1 Üreme Hakkı

3.1.1 Üreme Hakkı Kavramı

Üreme hakkı, kişilerin istedikleri aralıklarla ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olabilmesi için bilgi, eğitim ve tıbbi hizmete, herhangi bir baskı, şiddet ya da

²⁸⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 157; Helvacı, s. 101; Dural/Öğüz, s. 99; Yılmaz, s. 8; Helvacı, s. 106; Akıntürk/Ateş (Medeni Hukuk), s. 145; Öztan (Medeni Hukuk), s. 274; Serozan, s. 454; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 341; Kılıçoğlu (Medeni Hukuk), s. 200; Karakaş, 25.

²⁸¹ Helvacı, s. 106; Akıntürk/Ateş (Medeni Hukuk), s. 147; Öztan (Medeni Hukuk), s. 285; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 349; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 162; Serozan, s. 454.

²⁸² Helvacı, s. 102.

ayrımcılıkla karşılaşmaksızın ulaşması olarak tanımlanabilir²⁸³. Üreme hakkı insan onuru, vücut bütünlüğü ve yaşama hakkı, özel hayata saygı gösterilmesi hakkı ile de yakından ilgilidir. Üreme hakkı, “*çocuk sahibi olma (üreme) hakkı*” ve “*çocuk sahibi olmama (ürememe) hakkı*” olmak üzere iki özgürlüğü aynı ölçüde kapsayan bir haktır²⁸⁴. Ayrıca üreme hakkı, yalnızca doğumu değil, kürtajı, üreme hücrelerinin bağışını ve embriyo naklini, taşıyıcı anneliği, klonlamayı da ilgilendiren bir şahısvarlığı hakkıdır²⁸⁵.

Bir görüşe göre üreme hakkı temelde sağlık hakkının bir yansıması olarak kabul edilirken²⁸⁶, diğer bir görüşe göre, üreme hakkının yaşama hakkının bir yansıması olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁸⁷.

Üreme hakkı, negatif haklar kategorisinde bulunan bir haktır. Devletin kişileri üremeyi seçmeye zorlaması ya da kişilerin üremesini engellemeye yönelik davranışlarda bulunması mümkün değildir²⁸⁸. Örneğin devlet bir kişiyi üremeye yardımcı yöntemler kullanarak üremeye zorlayamayacağı gibi, yöntemleri kullanarak üremek isteyen bireyleri engelleyici davranışlarda da bulunamaz.

Üreme hakkının unsurları içerisinde öncelikle “*karar verme*” sonrasında ise “*davranış*” safhaları bulunmaktadır. Bu anlamda davranış, cinsel anlamda üremeyi sağlayabilecek her türlü davranışı kapsamakta olup, üreme sonucunun gerçekleşmesi ise şart değildir²⁸⁹. Üremede davranış unsuru şart olduğu halde, öncesinde bulunan karar unsuru her zaman bulunmayabilir²⁹⁰. Örneğin gebelikten korunmak için

²⁸³ Özbilen, s. 180; Demir, s. 271.

²⁸⁴ Erem, s. 236; Kalkan Oğuztürk, s. 200; Aydın(Soybağı), s. 75; Cin, s. 134.

Üreme özerkliği kavramı ise, üreme hakkının yanı sıra sosyal devletin pozitif müdahalesini de kapsayan geniş bir kavramdır. Devletin, üreme özerkliği kapsamında çocuk sahibi olmayı arzu eden kişilere, sosyal devlet ilkesi gereğince gereken yardımı sağlaması gerekmektedir.

²⁸⁵ Kalkan Oğuztürk, s. 201; Erem, s. 237.

²⁸⁶ Özsoy Boyunsuz, Güncel Hukuk Dergisi, s. 53.

²⁸⁷ Cin, s. 134.

²⁸⁸ Kalkan Oğuztürk, s. 200.

²⁸⁹ Aydın (Soybağı), s. 75.

²⁹⁰ Aydın (Soybağı), s. 75.

yapılması gerekenlere uyulmaması yahut da üçüncü kişinin, örneğin bir doktorun ya da hemşirenin hatası sonucunda gebe kalındığında, karar unsurundan söz edilemez. Buna karşılık davranış unsuru kişilerin cinsel ilişkiye girmesi anlamında gerçekleşmektedir.

Ürememe hakkı, bireyin çocuk sahibi olmak istememesi olarak ifade edilir. Bu bağlamda ürememe hakkı, gebeliğin önlenmesi için çeşitli yöntemler kullanarak gebelikten önce, yahut da gebe kalımdan sonra yapılan kürtaj ile ortaya çıkar.

3.1.2 Üreme Hakkının Tarihi Gelişimi

Üreme hakkının bir insan hakkı olduğu ilk kez, 1968 yılında Tahran'da düzenlenen Uluslararası İnsan Hakları Konferansı sonucunda çıkarılan Tahran Bildirisi²⁹¹ ile kabul edilmiştir. Bildirinin 16. maddesinde, ailenin ve çocuğun korunmasının uluslararası toplumun gayelerinden biri olduğu, ailelerin ne kadar aralıklarla, ne kadar sayıda çocuk sahibi olacaklarını belirlemeye özgürce ve sorumluca karar vermelerinin, onların temel haklarından olduğu belirtilmiştir. Tahran bildirisinden sonra, 1974 yılında Bükreş'te gerçekleştirilen Dünya Nüfus Eylem Planı Konferansı sonucunda hazırlanan Dünya Nüfusu Eylem Planı'nda da, kişilerin hangi aralıklarla ve hangi sayıda çocuk dünyaya getirebilecekleri hususunda özgürce karar verebilecekleri vurgulanmış ve bu özgürlüğün ailenin sağlığı, refahı ve sosyo-kültürel yapısı bakımından yararlı olduğu vurgulanmıştır²⁹².

1994 yılında Birleşmiş Milletler'in Kahire'de gerçekleştirdiği Nüfus ve Kalkınma Uluslararası Konferansı sonucunda hazırlanan Eylem Planı'nda²⁹³, her bölge ve kültürden katılan temsilciler üreme sağlığının temel bir insan hakkı olduğu konusunda anlaşmaya varmışlardır. Üreme hakkı kapsamında bireylerin istedikleri

²⁹¹ Metin için bkz: <http://hrlibrary.umn.edu/instree/l2ptichr.htm> (ET: 31.05.2018)

²⁹² <http://repository.uneca.org/bitstream/handle/10855/12614/Bib-53726.pdf?sequence=1> (ET: 31.05.2018).

²⁹³ https://www.unfpa.org/sites/default/files/event-pdf/PoA_en.pdf (ET: 03.06.2018).

aralıklarda ve istedikleri sayıda çocuk sahibi olabilecekleri tekrar vurgulanmış, ayrıca uluslararası topluluğun 2015'e kadar ulaşmayı hedeflediği üç konudan biri olarak, üreme sağlığı hizmetlerinin iyileştirilmesi de bu planda sayılmıştır. Ayrıca üreme hakkı ve üreme sağlığı kavramları ilk kez bu plan içerisinde yapılmıştır. Buna göre üreme sağlığı, yalnızca üreme sisteminin işlevlerinde bir hastalık ya da sakatlığın bulunmaması değil, bunlar yanında bedensel, ruhsal ve sosyal yönlerden tam bir iyilik halidir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi m. 16 hükmünde de taraf devletlere, evlilik ve aile ilişkileri içerisinde kadına karşı yapılan ayrımcılığı önlemek için alacakları önlemler bağlamında, kişilerin hangi aralıkta ve hangi sayıda çocuk sahibi olacakları hususunda serbestçe ve sorumlulukla karar vermeleri ve bu hakları kullanabilmeleri için bilgi, eğitim ve diğer vasıtalarla yararlanmada eşit haklara sahip olmalarını sağlamak hususunda yükümlülük getirmiştir²⁹⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki üreme hakkı, AİHM içtihatlarıyla, AİHS m. 8' de düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamındaki bir hak olarak kabul edilmiştir²⁹⁵. AİHM'ne göre, özel ve aile hayatına saygı hakkı, kişilerin üremesi ve soylarını sürdürmesi haklarını da içermektedir. Kişinin genel anlamda üreme hakkı, özel yaşama saygı hakkının kapsamındadır ve bu hak kapsamında korunmaktadır²⁹⁶. AİHM 2006 tarihli içtihadında, bu hakkın üreme ve ürememe hakkını da kapsadığını hükme bağlamıştır²⁹⁷.

²⁹⁴ Sözleşme Türkiye tarafından 1985 yılında imzalanmış, aynı yıl içerisinde uygun bulunup Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme KKTC'de ise, 1996 yılında uygun bulunmuştur.

²⁹⁵ AİHS m. 8 hükmü şöyledir: “Özel ve aile hayatına saygı hakkı: 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”

²⁹⁶ Gökcan, s. 180.

²⁹⁷ Evans vrs. UK, App. No: 6339/05, t. 07.03.2006; Dickons vrs. UK, App. No: 44362/04, t. 04.12.2007; SH vrs. Others, App. No: 57813/00, t. 03.11.2011.

Ulusal mevzuat bakımından bakıldığında ise üreme hakkının, KKTC Hukuku'nda kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve özel yaşam hakları kapsamında koruma altına alınan bir hak olduğu görülür²⁹⁸. Üreme hakkı, KKTC Anayasası'nda "*kişi dokunulmazlığı*" başlığını taşıyan 14. maddesinin ilk fıkrasında hükme bağlanan, maddi ve manevi varlığı geliştirme temel hakkının bir uzantısıdır²⁹⁹. Türk Hukuku'nda da Anayasa'nın "*kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı*" başlığını taşıyan 17. maddesinin ilk fıkrasında, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı düzenlenmiştir: "*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*"

3.1.3 Üreme Hakkının Sınırlandırılması

Üreme hakkının kimi zaman kamu yararı, kamu sağlığı, genel ahlak kimi zaman ise çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince birtakım sınırlandırılmalara tabi tutulması söz konusu olabilir. Örneğin ülkede nüfus patlaması olması³⁰⁰, çocuğun doğacağı ailenin çocuğa zarar verecek şartlar altında çocuğu yetiştirecek olması, akıl hastalığı ya da ağır derecede fiziksel engeli olan bireyin/bireylerin, hapishane mahkûmlarının³⁰¹ ya da homoseksüellerin çocuk sahibi olmak istemesi halinde, kişilerin üreme haklarının devlet tarafından kısıtlanması gündeme gelebilir³⁰².

Üreme hakkı yalnızca doğal döllenme yoluyla üremeyi değil, yapay yöntemlerle üremeyi de kapsamaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, üreme hakkı kapsamında, üreme hücrelerinin bağışı, embriyo nakli ya da taşıyıcı annelik gibi heterolog döllenme uygulamalarının gerçekleştiği ihtimallerde bağışta bulunanın ya da taşıyıcı annenin dünyaya gelecek olan çocuk üzerindeki velayet hakkı ve

²⁹⁸ Gökcan, s. 181; Özsunay, s. 6; Demir, s. 270; Aydın (Soybağı), s. 74.

²⁹⁹ Aydın (Soybağı), s. 77; Erol, s. 127.

³⁰⁰ Üreme hakkını nüfus planlamasına göre kısıtlamak, insanlık açısından oldukça haksızdır. Erem, s. 237.

³⁰¹ Dickons vrs. UK, App. No: 44362/04, t. 04.12.2007.

³⁰² Kalkan Oğuztürk, s. 204.

sorumluluğunun hukuki sınırlarının çizilmesi şarttır. Bu kişilerin çoğu zaman çocuğun sorumluluğunu taşımak istemedikleri görülür³⁰³. Örneğin taşıyıcı anne, uygulama öncesinde bir başkasının üreme hakkı kapsamında rahminin kullanılmasına izin vermesine rağmen sonradan çocuğu doğurmaktan vazgeçerek kürtaj olmak isterse, bu durumun onun üreme hakkı kapsamında sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Öte yandan, tüpte dölleme yöntemiyle oluşturulan çok sayıda embriyonun, birbirinden farklı rahimlere yerleştirilmesi sonucunda farklı gönüllü anne/babaya sahip olmaları ve belki de kardeşlerin aynı coğrafyada birlikte yaşaması ve hatta bu kişilerin kardeş olduğunu bilmeksizin evlenmesi durumu da üreme hakkının, sınır tanımaksızın uygulanmasının sakıncalı sonuçlarından birini teşkil etmektedir. Özellikle ölümden sonra döllemenin sağlandığı yahut da sağken döllenen üreme hücreleriyle oluşan embriyonun ölümden sonra rahme yerleştirildiği durumda, üreme hakkının sınırlarının oldukça genişletildiği görülür. Eğer kişi sağken, öldükten sonra üreme hücrelerinin ya da oluşturulan embriyonun kullanılmasına rıza göstermişse bu durumda rızasının üreme hakkı kapsamında sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır³⁰⁴. Bu durumda çocuğun, bir aile içerisine doğma hakkı engellenmiş olur. KKTC Hukuku'nda heterolog dölleme yöntemlerine tek başına bir erkeğin ya da bir kadının başvurması halinde, çocuğun bir aile içinde doğma hakkı engellenmiş olur.

Üreme hakkının kapsamında olup olmadığı tartışmalı olan bir başka konu ise, döllemeden sonra embriyonun taşıdığı hastalıkların, fiziksel özelliklerinin ve cinsiyetinin belirlenebilir olması nedeniyle, bireylerin sağlıklı embriyoları ya da istedikleri cinsiyetteki embriyoları seçip, diğerlerinin imha edilmesi konusundaki istemleridir. Bu hususta *KALKAN OĞUZTÜRK*, tedavi amacı taşımaksızın yapılan

³⁰³ Kalkan Oğuztürk, s. 205.

³⁰⁴ Kalkan Oğuztürk, s. 205.

genetiği iyileştirici uygulamaların, klonlamanın, embriyonun rahme yerleştirilmesinden önce cinsiyetinin belirlenmesinin, fiziksel özelliklerinin seçilmesinin üreme hakkının kapsamında olmadığını savunmaktadır³⁰⁵. Yazara göre bu tür uygulamalar yalnızca kişi için değil, insan ırkı için büyük zararlar doğurabilir.

Üreme hakkının mutlak bir hak olarak kabul edilmesi, yeni üreme tekniklerinin geleneksel anlamı zorlaması nedeniyle, çeşitli tehlikelere ve geri dönülmez, zararlı sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle bu gerçekten yola çıkılıp, tartışmalı alanlarda etik değerler de dikkate alınarak gerekli yasal düzenlemelerin yapılması hem KKTC hem de Türk Hukuku bakımından kaçınılmazdır³⁰⁶.

Üreme hakkının, kişinin yalnızca çocuk sahibi olmasını ya da olmamasını değil, vücut bütünlüğünü de ilgilendiren bir hak olduğunu belirtmiştik. Vücut bütünlüğüne yapılan her türlü müdahale kural olarak kişilik hakkının hukuka aykırı ihlalidir ve yapılan müdahale kişinin hayatını, vücut bütünlüğünü ya da sağlığını korumak amacıyla yapılırsa da, hukuka aykırılık giderilemez³⁰⁷. Hukuka aykırılığın giderilebilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlardan ilki tıbbi müdahaleye rızanın varlığı, ikincisi ise tıbbi müdahalenin tedavi amacıyla ve tıp biliminin kurallarına uygun biçimde yetkili bir hekim tarafından yapılmasıdır³⁰⁸. Sayılan iki şartın, birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Üremeye yardımcı tedavi

³⁰⁵ Kalkan Oğuztürk, s. 206, 207.

³⁰⁶ Kalkan Oğuztürk, s. 205.

³⁰⁷ Dural/Öğüz, s. 106.

³⁰⁸ Dural/Öğüz, s. 106; Yılmaz, s. 3-7; Hakeri, s. 188 vd.; Özpınar, s. 37; Demir, s. 271; Yücel, s. 353; Özbilen, s. 87; Erem, s. 237; Üçışık, s. 41; Sert, s. 145; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, *Kişiler Hukuku*, s. 148; Helvacı, s. 72. KKTC Hukuku'nda Kamu Sağlık Çalışanları Yasası'nın "*Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinde Gözetilecek Temel İlkeler*" başlıklı 6. maddesinin 7.fikrasında, hastanın tıbbi müdahaleye rızası hakkında şu hüküm getirilmiştir: "*Hekimlerin yapacakları her çeşit işlem için hastanın onayını almaları zorunludur; tıbbi zorunluluklar ve yasalarda belirtilen durumlar dışında, onayı olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*" Ayrıca Tıp Meslek ve Ahlak Tüzüğü m. 8'de de hastanın tıbbi müdahaleye rızası hakkında şu hüküm getirilmiştir: "*Tıptaki gelişmelere uygun olarak teşhis ve tedavide evrensel tıp bilimi tarafından kabul gören bir yöntem olmak kaydıyla hastanın da onayını alma koşuluyla tabip hastanın muayene ve tedavisinde uygun gördüğü yöntemi kullanmakta serbesttir. Tedavi veya teşhis amacıyla uygulanacak ameliyatlarda hastanın onayını almak olanaksızsa yakınının ya da vasisinin yazılı onayı alınabilir. Diğer tedavilerde onay yazılı veya sözlü olabilir.*"

yöntemlerinin uygulanması halinde ise, uygulanan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için yukarıda saydığımız şartlara ek olarak KKTC Hukuku bakımından ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü'nün, Türk Hukuku bakımından ise ÜYTE Yönetmeliğinin kapsamına giren yapay dölleme tekniklerinin uygulanması gerekmektedir³⁰⁹. Homolog dölleme uygulamasına, yalnızca yöntemin uygulanacağı kişinin rızası yeterli değildir. Bu hususta, eşlerin ortak rızası olmalıdır³¹⁰. Eşlerden alınan rızanın geçerli olabilmesi için, hekim tarafından eşlerin neye rıza gösterecek olduklarının açık bir şekilde anlatılması, yani eşlerin aydınlatılmaları gerekmektedir³¹¹. Aydınlatmanın kapsamına, müdahale ile güdülen amaç, müdahalenin anlamı, niteliği ve olası tehlikeli sonuçları konusunda bilgilendirme girmektedir³¹².

Türk Hukuku'nda da ÜYTE Yönetmeliği m. 19/2'ye göre üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuran adayların evli olmaları ve bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-8'deki "Bilgilendirilmiş Muvafakat Formu" nu doldurarak birlikte işlem yaptırmaları gerekmektedir. Eşlerin nüfus cüzdanı ve evlilik cüzdanı asılları görülmek suretiyle fotokopileri ve fotoğrafları alınır. Bu belgelerin kişilere ait olup olmadığı kontrol edilerek işlemlere başlanır. Bunun yanında ÜYTE Yönetmeliği 18 No'lu Ek'te yer verilen ÜYTE Merkezi Denetim Formunda, merkezlerin tıbbi müdahaleler öncesinde, hasta ve/veya hasta yakınlarından belirlenen formatlara uygun olarak rıza alıp almadığının denetleneceğinin açıkça belirtilmiştir.

³⁰⁹ Turgut, s. 28. Türk hukukunda ÜYTE Yönetmeliği'nin kapsamına 17 No'lu Ek gereğince yalnızca kontrollü overyan hiperstimülasyon (KOH), mikroenjeksiyon (ICSI) ve invitro fertilizasyon (İVF) girmektedir.

³¹⁰ Turgut, s. 28; Dural/Öğüz, s. 107; Erkan, s. 54.

³¹¹ Yılmaz, s. 54; Hakeri, s. 201; Üçışık, s. 173; Özpınar, s. 38; Dural, s. 253; Turgut, s. 28; Sert, s. 145; Yücel, s. 353; Dural/Öğüz, s. 106. KKTC Hukuku'nda Kamu Sağlık Çalışanları Yasası'nın "Kamu Sağlık Çalışanlarının Genel Ödev ve Sorumlulukları" başlıklı 10. maddesinin 7. fıkrasında, hekimin aydınlatma yükümlülüğü hakkında şu hüküm getirilmiştir: "Acil durumlar dışında hekim, hastasını veya hasta yakınlarını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatmakla yükümlüdür."

³¹² Yılmaz, s. 61; Turgut, s. 29; Dural, s. 253; Sert, s. 150; Yücel, s. 353.

KKTC Hukuku'nda evli olsun ya da olmasın her bireyin kendi üreme hücreleri yahut donör üreme hücreleri kullanılarak üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle çocuk sahibi olabilmesi imkânı tanınmıştır. ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 17 ile sperm ve yumurta bağıışı, m. 23 ile embriyo nakli ve m. 27 ile taşıyıcı annelik uygulamaları hakkında hükümler getirilmek suretiyle bu yöntemlerin, rahimde (in-vivo) ya da tüpte (in-vitro) uygulanmaları fark etmeksizin, birer tedavi yöntemi olarak kabul edildikleri belirtilmiştir. ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 19/2'de yumurta bağıışında, m. 20/2'de ise sperm bağıışında, vericilere Bağıış Bilgilendirme Formunun ve Bağıış Onam Formunun imzalatılması suretiyle, yazılı rızalarının alınacağı açıkça hükme bağlanmıştır³¹³. Tüzük, alıcılar bakımından ise herhangi bir formun doldurulması ve imzalanması hakkında düzenleme getirmemiştir. Ancak buna rağmen üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması vücut bütünlüğüne ve üreme hakkına müdahaleyi gerektirdiğinden muhakkak alıcıların da yapılacak müdahaleye rızalarının bulunması gerekmektedir.

Kişinin rızası olmadan, üremesine ya da ürememesine yönelik bir faaliyette bulunulması mümkün olmadığından bireylerin üreme hakkı, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından rızalarının alınmasının şart koşulması ile güvence altına alınmıştır. Eğer uygulama kişinin rızası olmaksızın yapılırsa, vücut bütünlüğü ihlal edildiği gibi kişinin üreme hakkının da ihlali söz konusu olacaktır. Ancak eğer üreme hücreleri vücut dışında saklanmakta iken kullanılmışsa, bu durumda vücut bütünlüğü ihlali olmadığı halde, üreme hakkının ihlali mevcuttur. Yani her iki ihlalin aynı anda mevcut olması şart değildir³¹⁴.

Türk Hukuku'nda heterolog dölleme yasaktır. Buna rağmen heterolog dölleme uygulaması yapılması halinde Türk Ceza Kanunu'na göre suç oluşmaktadır. Oluşan

³¹³ Türk hukukunda ise ÜYTE uygulanacak olan çift, ÜYTE Yönetmeliği 8 No'lu Ek'te anlatılan biçimde oluşturulacak bilgilendirilmiş muvafakat formunu imzalamak zorundadır.

³¹⁴ Özbilen, s. 89.

suç ile ilgili doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, heterolog dölleme uygulamalarının TCK m. 231’de düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme suçu olduğunu savunmaktadır³¹⁵. TCK m. 231 hükmü şöyledir: “(1) Bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Söz konusu maddenin gerekçesinde ise, suçun, soybağının değiştirilmesi yanında gizlenmesini de kapsadığı vurgulanmış, suçun neticesinin ise, yetkili mercilere gerekli bilgilerin verilmemesi yahut da yanlış bilgiler verilmesi ile gerçekleştiği belirtilmiştir³¹⁶. Hükümde heterolog döllemenin gerçekleştirildiği yer bakımından ayırım yapılmamış, dölleme ister yurt içinde ister yurt dışında gerçekleştirilmiş olsun, uygulama ile çocuğun soybağını değiştirme suçu işlenmiş olduğu kabul edilmiştir. Buna karşılık, heterolog dölleme ile çocuk sahibi olmanın soybağını değiştirme suçu sayılamayacağını savunan yazarlara göre, bu suçun oluşması bakımından öncelikle doğmuş bir çocuk ve çocukla kurulan bir soybağı bulunması gerektiğinden ve heterolog döllemede henüz döllemeyen bir yumurta ve sperm ya da döllemiş embriyo bulunduğundan, TCK m. 231 ile düzenlenen söz konusu suçun oluşması ancak çocuğun doğup, genetik anne ve babası yerine başkalarının nüfusuna kaydedilmesi halinde oluşmaktadır³¹⁷. Eğer gönüllü aile, heterolog dölleme yoluyla çocuk sahibi olduğu halde, çocuk genetik anne ve babanın nüfusuna kaydedilir ise, yetkili mercilere olduğundan farklı bir durumun gösterilmesi, onların soybağını belirlemelerini engellemeleri ya da belirlemede hataya düşürülmeleri söz konusu olmayacağından, soybağının gizlenmesi yoluyla

³¹⁵ Yenerer Çakmut, s. 198; Erol, s. 153.

³¹⁶ Yenerer Çakmut, s. 153; Hakeri, s. 539.

³¹⁷ Aydın(Soybağı), s. 82; Aydın Ünver, s. 40.

değiştirilmesi de söz konusu değildir³¹⁸. Ancak çocuğun baba ya da annesi genetik anne ve babasından başkası olarak gösterilirse, bu durumda soybağının değiştirilmesi suçu oluşmaktadır. Aksi takdirde ÜYTE Yönetmeliği m. 1 ve 17 No'lu Ek ile getirilen yasaktan kaçılması sağlanır. Ancak tekrar vurgulanmalıdır ki suç, yapılan üreme hücresi bağışından sonra çocuğun doğumu sonrasında yapılan gerçek dışı kayıt ile oluşmakta, çocuğun döllenişmesi ya da doğması tek başına suçun oluşması için yeterli olmamakta, bir başka ifadeyle suçun maddi unsuru sayılmamaktadır³¹⁹.

Türk Hukuku'nda heterolog dölleniş uygulamaları hakkındaki bir başka görüşe göre, döllenen embriyonun, kadının rahmine yerleştirilmesi durumunda soybağının değiştirme suçu oluşmaz. Embriyonun da hücrelerin birleşmesi ile oluşan bir doku olması nedeniyle oluşan suç olsa olsa TCK m. 91'e dayanan organ veya doku ticareti suçu olacaktır³²⁰.

Üreme hakkının ahlaki ve dini nedenlerle sınırlanması gerektiğini savunan görüşlere göre, başta tüpte dölleniş yöntemleri olmak üzere heterolog dölleniş türlerine karşı çıkan Vatikan fikirlerinden yola çıkılarak, yapay yoldan döllenişin sağlanması ile Yaratıcı'nın iradesine karşı çıkıldığı, insan embriyolarına biyolojik materyal gibi davranıldığı, embriyoların dondurulmasının da insan onuruna aykırı olduğu, bekar kadının donör üreme hücresi kullanarak çocuk sahibi olmasının ve ayrıca taşıyıcı annelik uygulamalarının kesinlikle kabul edilemeyecek, etik dışı uygulamalar olduğu savunulmaktadır³²¹.

Diğer yandan Türk Hukuk doktrininde yazarların heterolog döllenişin yasal kabul edilmemesi gerektiğini savunurken dayandıkları bir başka gerekçe, AİHM'nin verdiği SH vrs. Others kararıdır. AİHM söz konusu kararda, ulusal düzenlemeler ile

³¹⁸ Aydın Ünver, s. 38.

³¹⁹ Aydın Ünver, s. 39; Hakeri, s. 539.

³²⁰ Aydın Ünver, s. 40; Erol, s. 155; Cin (Cezai Sorumluluk), s. 156.

³²¹ Kalkan Oğuztürk, s. 207.

heterolog dölleme yasaklanmasını AİHS m. 8'e aykırı görmemiştir. AİHM, heterolog dölleme konusunda Avrupa genelindeki fikir çeşitliliğe vurgu yapmış, üye devletler arasında henüz görüş birliği sağlanamadığından, devletlerin bu yöntemlerin uygulanması konusunda geniş takdir haklarının bulunduğunu vurgulamıştır. Öte yandan Mahkeme, heterolog dölleme gelişmekte olan bir dölleme şekli olduğuna değinerek ileride meydana gelebilecek değişikliklere de kapı açmıştır.

3.2 Ceninin Yaşama Hakkı

Yaşama hakkı, KKTC Anayasası m. 15/1 hükmü ile temel haklar arasında sayılmıştır. Hükme göre, *“herkes, hayat ve vücut bütünlüğü hakkına sahiptir.”* TC Anayasası'nda ise yaşama hakkı, m. 17/1'de şöyle düzenlenmiştir: *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”* Yaşam hakkı, AİHS m. 2/1'de de *“herkesin yaşam hakkı yasayla korunur...”* denilmek suretiyle düzenlenmiş, hükümle taraf devletlerin yaşama hakkını kendi yasaları ile koruma altına almaları gerektiği vurgulanmıştır.

Cenin yaşama hakkı, üzerinde çokça tartışılan ve görüş ayrılığı bulunan bir konudur. Ceninin yaşama hakkına sahip olup olmadığı, sahip ise hangi evrede sahip olduğu tartışmalıdır. Tartışmalar, ceninin kişiliğinin başlangıcının hangi anda olduğunun belirlenmesi ve buna bağlı olarak ceninin yaşama hakkının hangi anda başlayacağı hususuna odaklanmıştır. Ceninin kişiliğinin başlangıç anı, ceninin yaşama hakkının da başladığı an olduğundan, bu konuda belirsizliklere yer olmamalıdır. Ceninin kişiliğe sahip olmasının, hukuki bakımdan birçok sonucu vardır. Ceninin malvarlığı ve şahıs varlığı haklarına sahip olabilmesi, örneğin mirasçı

olabilmesi, meydana gelen bir zararda sorumlu tutulabilecek kişilerden tazminat isteyebilmesi bakımından, kişiliğin başlamış olması gerekmektedir³²².

3.2.1 Cenin Kavramı ve Tanımı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ne KKTC ne de Türk Hukuku'nda embriyo ve ceninin tanımı yapılmamış, hukuki konumları hakkında da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir³²³. Buna karşılık bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde ve bazı uluslararası hukuk metinlerinde embriyo ve ceninin tanımlarının yapıldığı görülmektedir. Örneğin Almanya'da Embriyonun Korunması Hakkında Kanun m. 8/1 hükmünde embriyonun tanımı şöyle yapılmıştır: *“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.”* Maddenin ikinci fıkrasında ise gelişme yetisi şöyle tanımlanmıştır: *“Çekirdek erimesinden itibaren ilk yirmidört saat içinde döllenmiş yumurtacık*

³²² Aydın Ünver, s. 30 vd; Turgut, s. 77.

³²³ Embriyo herhangi bir hukuki düzenleme ile korunmamıştır. Oysa embriyo hakkında üreme, araştırma amaçlı yapılacak her türlü müdahale, embriyonun hakları bakımından çeşitli sorunlar doğurabileceğinden, embriyonun hem KKTC hem de Türk hukuk sisteminde kapsamlı yasal düzenlemeler ile korunması gerekmektedir. Büyükay, s. 117. Gerçi Türk Hukuku'nda, Sağlık Bakanlığı 2005 tarihli genelgesiyle, embriyonik kök hücre araştırmaları hakkında, çağdaş bilim ve kamu vicdanı gereklerine göre yapılacak olan hukuksal düzenlemelerin sonuca kavuşturulması adına hala çalışıldığı, araştırmaların AB mevzuatına uyumlu olacak şekilde hukuki, kültürel ve etik yönleriyle ele alındığı ve söz konusu çalışmalar sonuçlandırılıncaya kadar embriyonik kök hücre araştırmalarının yapılmaması hususunda gereğinin yapılması için genelgenin ilgililere tebliğ edilmesini istemiştir. 19.09.2005 tarih ve 17972 sayılı Genelge'nin tamamı şöyledir: *“Bilindiği gibi dünyada ve ülkemizde kök hücrelerin tıpta kullanımı konusunda halen yoğun araştırmalar yapılmaktadır. Araştırma sonuçları, birçok hastalığın tedavisi hakkında gelecek için umut verici olmakla beraber kullanılan kök hücrenin kaynağına bağlı olarak farklı tartışmalar gündeme gelmektedir. Somatik kök hücre nakli ile tedavi konusundaki araştırmalar dünya genelinde kabul görmekte iken, embriyodan elde edilen kök hücrelerin kullanılması özellikle hukuki ve etik açılarından birçok tartışmaya neden olmaktadır. Bakanlığımızca embriyonik kök hücre araştırmaları konusunda, çağdaş bilim ve kamu vicdanı gereklerine göre yapılması gereken hukuksal düzenlemelerin sonuçlandırılması amacıyla çalışmalar sürdürülmektedir. Yapılan çalışmalarda, söz konusu araştırmalar AB mevzuat uyumu kapsamında hukuki, kültürel ve etik yönleriyle ele alınmaktadır. Bakanlığımızca bu konudaki çalışmalar sonuçlandırılıncaya kadar embriyonik kök hücre araştırmalarının yapılmaması hususunda bilgilerinizi ve gereğinin ifası için konu ile ilgili tüm kamu ve özel kurum – kuruluşlar ile üniversiteler bünyesindeki ilgili personele tebliğini önemle rica ederim.”*

*gelişmeye elverişli olarak nitelenir, meğerki bu sürenin geçmesinden önce tek hücre evresinden çıkamayacağı sabit olmuş olsun.” İsviçre’de Üreme Tıbbı Kanunu m. 2/i’de embriyo “çekirdek bölünmesinden organların gelişimine dek ortaya çıkan varlık”, m. 2/j’de ise cenin “organların gelişiminden doğuma kadar geçen süreçteki varlık” olarak tanımlanmıştır³²⁴. İngiltere’de Human Fertilisation and Embryology Act (1990) Section 1/ a, b, döllemenin iki hücre zigot görünümünün oluştuğu anda tamamlandığını kabul etmekte ve *döllemenin tamamlanması halinde oluşan hücreleri embriyo* olarak tanımlamaktadır³²⁵.*

Diğer yandan ABD Milli Sağlık Enstitüsü İnsan Embriyosu Araştırma Paneli Raporu’nda (NIH Human Embryo Research Panel) tüpte döllendirilen ancak daha rahme nakledilmeyen embriyo, “*preimplantasyon embriyo*” olarak tanımlanmıştır³²⁶. Bunun yanında Warnock Komitesi’nin Raporu’nda³²⁷ dölleme anını takiben geçen on dört günlük süreç için “*embriyo öncesi (preembryo)*” terimi kullanılmıştır. Anılan her iki raporda embriyo öncesi dönemde organizma, üzerinde araştırma yapılabilir ve kişiliği olmayan bir varlık olarak kabul edilmiştir³²⁸.

Yardımla Üreme Teknikleri (ICMART) Uluslararası İzleme Komitesi ve Dünya Sağlık Örgütü (WHO)’nün 2009 yılı ART terminolojisi sözlüğünde ise embriyo, “*fertilizasyonun oluşmasından sonra geçen yedi haftalık süreç boyunca zigot*”, cenin, “*fertilizasyonun oluşumunun 8. haftasından düşük ya da doğumun olmasına kadar geçen sürede embriyonik gelişme süresince embriyo*” olarak tanımlamıştır³²⁹.

³²⁴ Aydın (Soybağı), s. 92, 93.

³²⁵ http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf (ET: 22.03.2018).

³²⁶ https://repository.library.georgetown.edu/bitstream/handle/10822/559352/human_embryo_vol_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y (ET: 22.03.2018).

³²⁷ http://hfeaarchive.uksouth.cloudapp.azure.com/www.hfea.gov.uk/docs/Warnock_Report_of_the_Committee_of_Inquiry_into_Human_Fertilisation_and_Embryology_1984.pdf (ET: 23.03.2018).

³²⁸ Özsunay, s. 10; Kırkbeşoğlu, s. 54.

³²⁹ <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:yDAuu9n7YwJ:www.klinikembriyoloji.org/download/ARTTerminoloji.doc+&cd=1&hl=tr&ct=clnk&gl=cy> (ET: 01.06.2018).

Cenin (*dölüt, fetüs*) ile embriyo ayrımı, döllenmenin gerçekleşmesinin ardından geçirilen sürede, organizmanın yaşadığı gelişme dikkate alınarak yapılmaktadır. Sperm ve yumurta hücresinin birleşmesi ile öncelikle zigot oluşmakta, devamında organların taslak olarak tamamlanması ile embriyo oluşmaktadır. Embriyonun 9 cm boya ulaştığı ve organ sistemlerinin geliştiği söz konusu evre “*fetal evre*” olarak adlandırılmaktadır³³⁰. Embriyo, kısmen de olsa insan şeklini aldığı ve organlarının oluştuğu yaklaşık sekiz hafta süren sürecin devamındaki evrede ise cenin olarak adlandırılmaktadır³³¹. Buna karşılık kimi yazarların, “cenin” kavramını, sperm ile yumurtanın döllenmesi sonucunda rahme düşen ya da nakledilen ancak henüz doğmayan varlık için, oluşumunun başından beri kullandığı görülmektedir³³². Bu bölüm altında da cenin kavramı “döllenmenin gerçekleşmesinden, doğumuna kadar geçen süreçleri” kapsayacak şekilde kullanılmıştır.

3.2.2 Ceninin Ahlaki ve Hukuki Niteliği

Cenin hukuki niteliği hakkında açıklamalar yapılmadan önce, ahlaki statüsüne değinmekte yarar vardır. Ceninin ahlaki statüsü, cenine ahlaki açıdan nasıl davranılması gerektiğini belirlemektedir³³³. Ceninin ahlaki statüsü bakımından ileri sürülen görüşler dörde ayrılmaktadır. İlk olarak *tür görüşüne* göre cenin, insan türüne ait olması nedeniyle tam ahlaki statüye sahiptir ve bu nedenle değerlidir³³⁴. Cenin gelişimi süresince doğmuş bir insanla aynı yetenek ve kapasiteye sahip olmasa da, gelişimi devam ettikçe tüm bu özellikleri edinebilecektir. *Potansiyellik görüşüne* göre, cenin doğmuş bir insan gibi değerlendirilemese de, insan olmanın tüm gereklerini potansiyel olarak taşımaktadır³³⁵. Bu nedenle ceninin insan onuru ve

³³⁰ Aydın (Soybağı), s. 93; Aydın Ünver, s. 9; Sungurbey, s. 299.

³³¹ Aydın Ünver, s. 9; Demir, s. 287; Özbilen, s. 35; Özsunay, s. 10.

³³² Turgut, s. 69; Tekinay (Medeni Hukuk), s. 207; Akyüz, s. 104.

³³³ Kalkan Oğuztürk, s. 214.

³³⁴ Kalkan Oğuztürk, s. 215.

³³⁵ Kalkan Oğuztürk, s. 218.

yaşama hakkına sahip olması, onun ahlaki özellikleri potansiyel olarak taşıyan bir varlık olması nedeniyle bulunmalıdır³³⁶. *Devamlılık görüşüne* göre, cenin, zigot aşamasından itibaren insan onuruna sahiptir. İnsan yaşamı bir süreçten ibarettir ve bu süreç toplu yaşanmakta, zaman dilimlerine ayrılmamaktadır³³⁷. Doğmuş bulunan her insan, ceninin gelişiminin son aşaması olduğundan, cenin henüz doğmasa da insan olarak nitelendirilmelidir. Bu nedenle ceninin yaşama hakkı daha zigot aşamasında iken başlamaktadır. Son olarak *benzerlik görüşüne* göre de, cenin, insan onuru ve haklarına sahiptir. İnsan ve insan embriyosu aynıdır, bu nedenle ahlaki olarak eşit davranılmayı hak eder³³⁸.

Cenin insan haklarına sahip bir hak öznesi olarak kabul edilmesi, güçlü ahlaki dayanaklara sahip olduğu gibi hukuki dayanağa da sahiptir. Türk Hukuku'nda ceninin kişilik kazandığı an, TMK m. 28 hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Ancak buna karşılık, KKTC Hukuku'nda kişiliğin başlangıcını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Kişiliğin hangi anda başlayacağına işaret eden mahkeme içtihatları da oldukça kısıtlı olmanın yanı sıra, konuya dolaylı olarak temas etmektedir. Ceninin kişi sayılmadığı noktasında konuya dolaylı olarak temas eden mahkeme kararlarından biri, Fasıllık 254 Ceza Yasası m. 169 ile düzenlenen "Çocuk Düşürmek İçin İlaç veya Alet Tedariki" suçu bağlamında verilen bir mahkeme kararıdır. Yargıtay Ceza Mahkemesinin 12 /2017 numaralı ve 15.05.2017 tarihli kararında şu ibareler yer almaktadır:

Yasamızın 10 haftadan önceki hamilelikler açısından kadının vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkını ön plânda tuttuğu söylenebilir. 10 haftanın üzerindeki hamilelikler için ise, bu suçla korunan hukuki yararların, bir birey veya kişi olarak kabul edilmemekle birlikte, ceninin gelecekteki yaşama hakkına kavuşabilmesi hakkı, kadının bedensel ve ruhsal sağlığı, gelecek neslin sağlıklı devamının sağlanması ve bu bağlamda gelecek neslin korunması olduğu söylenebilir.

³³⁶ Metin, s. 142. (Aydın (Soybağı), s. 95)

³³⁷ Kalkan Oğuztürk, s. 217; Aydın (Soybağı), s. 95.

³³⁸ Kalkan Oğuztürk, s. 218.

Yaklaşık 17-19 haftalık olan bebeğin kürtaj edilmesini konu alan kararda, yaşama potansiyeli taşıyan yaklaşık 4 aylık ceninin kişi olmadığı, ceninin yaşama hakkında “gelecekte” kavuşacağı belirtilmekle birlikte, “gelecek” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiştir. Kararın tamamı, genel anlamda değerlendirildiğinde de, kişiliğin ancak tam ve sağ doğum ile başlayacağına işaret edilen ibareler yer almaktaysa da, kişiliğin başlangıcı konusunda açıklık taşıyan ifadelere yer verilmiş değildir

Türk Hukuku’nda ise kişiliğin başlangıç anı, TMK m. 28 ile düzenlenmiştir. Hükme göre: “(1)Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. (2)Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” Hükme göre, kişiliğin başlangıç anı olarak, çocuğun tam ve sağ doğduğu an kabul edilmiş, hak ehliyetinin ise sağ doğmak koşuluyla çocuğun ana rahmine düştüğü anda kazanılacağı belirtilmiştir³³⁹.

Embriyo ve ceninin hukuki statüsünün belirlenmesi bakımından, kişiliğin başlangıcı ve sonunun belirlenmesi önem taşımaktadır³⁴⁰. Doktrinde bu konuda görüş birliği mevcut değildir. TMK m. 28/1 hükmünde kişiliğin başlaması bakımından iki

³³⁹ Kişi, haklara sahip olabilen ve bu haklardan yararlanabilen, bir başka ifadeyle hakkın süjesi olabilen varlıktır. Hak ehliyeti ise, hak sahibi olabilme ve borç altına girebilme ehliyetidir. Hak ehliyeti, kişinin insan olması dolayısıyla doğuştan sahip olduğu ehliyettir. Kişilik ise dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmakta, dar anlamda kişilik, hak ehliyetinin karşılığını oluştururken, geniş anlamda kişilik ise kişinin hak sahibi olabilme ve borç altına girebilmesi yanında kişinin ehliyetlerini, maddi ve manevi bütünlüğünü ve kişisel durumlarının tümünü kapsamaktadır. Geniş anlamda kişilik, kişinin hak ve fiil ehliyetini, vücut bütünlüğünü, ad ve resim üzerindeki hakkı, yaşamı, sağlığı, onuru, soybağını, yaşını ve medeni hali gibi kişisel durumların tamamını kapsamaktadır. Aydın Ünver, s. 5. Bir görüşe göre embriyo, hukuk süjesi ya da bir hukuk objesi değildir ancak embriyonun üreme hücresi kullanılan kişilerin kişilik hakları gereğince korunması gerekir. Ayrıca tüpteki embriyo, “*müstakbel*” hukuk süjesi olduğundan, insan varlığı ve onuruna saygı gösterilmesi hakkındaki normlar tarafından da korunur. Akıntürk/Ateş (Madeni Hukuk), s. 108; Aydın (Soybağı), s. 97; Helvacı, s. 21; Dural/Öğüz, s. 5; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 339.

³⁴⁰ Embriyo ve üreme hücrelerinin hukuki nitelikleri farklıdır. Üreme hücrelerinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Üreme hücrelerinin kişilik hakkı değerlerinden biri olduğunu savunan görüşe göre, üreme hücreleri, kişilerin genetik özelliklerini sonraki kuşaklara aktarmayı sağlayacak genetik malzemeyi taşımaktadır. Bu nedenle hücreler üzerindeki hak kişilik hakkı olmalıdır. Buna karşılık, üreme hücrelerini eşya hukuku kapsamında sayan görüşe göre üreme hücrelerini vücuttan ayrılan diğer maddeler gibi eşya olduğunu savunmaktadır. Özbilen, s 23, 24.

şart öngörölmüştür. Bu şartlar “tam doğma”³⁴¹ ve “sağ doğma”³⁴² şartlarıdır. TMK m. 28/2 hükmü gereğince, tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi ile kişiliğın, geçmişe etkili olarak ana rahmine düşmeden itibaren başlayacağı varsayılmıştır³⁴³. Bu varsayımda henüz tam ve sağ olarak doğmamış olan çocuk, ana rahmine düştüğü anda tam ve sağ doğmuş kabul edilmektedir. Bu durumda çocuğun ana rahmine düştüğü anın saptanması önem kazanır. Türk Hukuku’nda ana rahmine düşme anının hangi ölçüye göre belirleneceğı belirtilmemiştir. Doktrinde bu konuda kabul edilen görüş, ana rahmine düşme anının, “kadının gebe kaldığı” an olduğudur³⁴⁴. Bir başka görüşe göre ise çocuğun doğumundan itibaren geriye doğru üç yüz gün hesaplanarak, çocuğun o gün ana rahmine düştüğü kabul edilmelidir³⁴⁵.

Tüpte döllen en cenin, ana rahmine düşmemekte, döllenmenin gerçekleşmesinden sonra ana rahmine “nakledilmektedir”. Bu nedenle tüpte dölenen ceninin kişiliğinin hangi anda başlayacağı tartışmalıdır. Baskın görüşe göre TMK m. 28/2’de yer alan “ana rahmine düşme” kavramının, tüpte döllenmeler bakımından “döllenme anı” olarak anlaşılması gerekir³⁴⁶. Böylece cenin, TMK m. 28 hükmünden yararlanabilir. TMK m. 28/2 hükmü ile amaçlanan, ceninin korunması olduğundan, yapay döllenme ile oluşan embriyonun hak kaybına uğraması da böylece engellenmiş olur. Eğer döllenmeden sonra ceninin rahme nakledilmesine kadar uzun bir süre geçmişse, yine bu durumda da kişiliğın başlangıç anı olarak döllenme anı kabul

³⁴¹ Tam doğum, çocuğun annesinin bedeninden, bütün organlarıyla, tamamen ayrılması ve anneden bağımsız olarak yaşamaya başlaması anlamına gelmektedir. Göbek bağının kesilmiş olup olmaması ise bu konuda belirleyici değildir. Öztan (Medeni Hukuk), s. 224; Helvacı, s. 27; Kılıçoğlu (Medeni Hukuk), s. 201; Aydın Ünver, s. 11; Kalkan Oğuztürk, s. 250; Tekinay (Medeni Hukuk), s. 208.

³⁴² Sağ doğum, çocuğun annesinin vücudundan yaşayarak ayrılması anlamına gelmektedir. Çocuk çok kısa bir süre yaşamış olsa da, kişiliğın başladığı kabul edilir. Çocuğun sağ doğmuş sayılması için kalbinin atması, nefes alması, reflekste bulunması ya da ağlaması gibi herhangi bir yaşam belirtisi göstermesi yeterlidir. Öztan (Medeni Hukuk), s. 224; Kılıçoğlu (Medeni Hukuk), s. 201; Aydın Ünver, s. 13; Helvacı, s. 28; Kalkan Oğuztürk, s. 251; Tekinay (Medeni Hukuk), s. 208.

³⁴³ Aydın Ünver, s. 17; Serozan s. 422.

³⁴⁴ Aydın Ünver, s. 18; Turgut, s. 73; Velidedeoğlu, s. 175; Dural Öğüz, s. 18; Helvacı, s. 7.

³⁴⁵ Akipek/Akıntürk, s. 257.

³⁴⁶ Çoban, s. 78; Aydın (Soybağı), s. 98; Turgut, s. 74; Serozan (Medeni Hukuk), s. 386; Helvacı, s. 7; Aydın Ünver, s. 20; Büyükay, s. 130.

edilmelidir. Ayrıca bu sayede, ceninin tüpte olduğu dönemde anne ve babanın kişiliğinin uzantısı ya da eşya konumunda görülmesinin de önüne geçilmiş olur³⁴⁷. Kişiliğin başlangıç anı konusunda, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri bakımından meydana gelebilecek bir başka sorun, üreme hücrelerinin dondurularak sonradan dölleni rahme nakledilmesi yahut da oluşturulan ceninin sonradan rahme nakledilmesi halinde kişiliğin hangi andan itibaren başlayacağı sorunudur. Bu durumda kişiliğin dölleni anında mı yoksa rahme yerleştirilme anında mı başlayacağı tartışmalıdır. Böyle bir durumda yine kişiliğin başlangıcının dölleni anı olması gerekir³⁴⁸. Ancak belirtmek gerekir ki, açıklanan her iki ihtimalde de, cenine sağ doğum gerçekleşmeden kişilik tanınmamakta, kişilik tam ve sağ doğumun gerçekleşmesiyle birlikte, dölleni anından itibaren başlamaktadır³⁴⁹.

Bir başka görüşe göre, tüpte döllenen embriyonun kişiliğinin başlangıç anı dölleni anının gerçekleştiği an değil, ceninin rahme tutunduğu an olarak kabul edilmelidir³⁵⁰. Bu görüşe göre cenin dölleni anından itibaren, insan türüne ait bir canlı olması dolayısıyla ahlaki açıdan saygı duyulması gereken bir varlıkta da, ceninin yaşam hakkının, rahim çeperine tutunduğu anda başladığı kabul edilmelidir. Cenin dölleni aşamasında insan olarak doğma kapasitesine sahiptir. Bu kapasiteyi geliştirmek için de ana rahmine tutunmaya ihtiyacı vardır. Bu sayede pasif potansiyel aktifleşerek aktif potansiyel haline dönüşmektedir³⁵¹.

³⁴⁷ Aydın Ünver, s. 21; Çoban, s. 79; Aydın (Soybağı), s. 97. Tüpte döllenen embriyonun eşya olduğu görüşünü benimseyenlere göre, üreme hücrelerinin sahibi olan çiftin evli olması durumunda embriyo, çiftin malvarlığına dâhil olan bir eşya olur. Çiftin evli olmadığı olasılıkta ise, kişilerin embriyo üzerinde müşterek mülkiyet hakkına sahip olacakları savunulmaktadır. Embriyonun oluşmasında hem kadın hem erkeğin üreme hücreleri bulunduğundan, yalnızca bir tanesinin embriyonun geleceğini belirleme imkânı yoktur. Kalkan Oğuztürk, s. 240; Özbilen, s. 36; Özsunay, s. 13; Aydın (Soybağı), s. 98. AİHM'nin verdiği Evans vrs. UK. Davasında da mahkeme çiftlerden bir tarafın kullanılmasına izin vermediği embriyonun yok edilmesine karar vermiş, Mahkeme, tüpte döllenen embriyoların yaşama hakkından söz edilemeyeceğini ifade etmiştir. Böylece tüpte döllenen ancak imha edilen embriyoların yaşam hakları ihlal edilmiş olmaz. Evans vrs. UK, App. No: 6339/05, t. 07.03.2006.

³⁴⁸ Aydın Ünver, s. 24.

³⁴⁹ Aydın Ünver, s. 24; Kırkbeşoğlu, s. 54.

³⁵⁰ Kalkan Oğuztürk, s. 220.

³⁵¹ Kalkan Oğuztürk, s. 220.

Kişiliğin başlangıç anı bakımından tartışılan bir başka konu, “*tam ve sağ doğum*” şartının geciktirici mi yoksa bozucu şart mı olduğu noktasındadır³⁵². Doktrindeki baskın görüş, şartın geciktirici şart olduğu yönündedir³⁵³. Bu görüşe göre, cenin tam ve sağ doğmasıyla birlikte, kişiliği geçmişe etkili olarak kazanmaktadır³⁵⁴. Buna karşı duran görüşe göre ceninin kişiliğinin başlaması bakımından tam ve sağ doğum şartı, bozucu şarttır. Bu görüş savunucularına göre, ceninin ana rahmine düştüğü anda yahut da tüpte dölleme halinde dölleme anında, kişiliği de başlamakta ancak cenin tam ve sağ doğmazsa, bu durumda kişilik sona ermektedir³⁵⁵. Bu görüş savunucuları, kürtajın hangi evrede yapılmış olursa olsun hukuka aykırı olduğunu ve ceninin yaşama hakkının ihlal edildiğini savunmakta, bunun gibi tüpte dölleme yönteminde fazladan üretilen ceninlerin yahut da dondurulan ceninlerin sonradan yok edilmesini, ceninin yaşama hakkının ihlali saymaktadır ve ceninin yaşama hakkının ancak annenin hayati tehlikesinin bulunması halinde sonlandırılabilirliğini ifade etmektedir³⁵⁶.

Doktrindeki bir başka görüşe göre, ceninin kişiliği, ancak sağ ve tam doğum gerçekleştiği anda başlamakta, bu nedenle yaşama hakkına da bu andan itibaren sahip olacağı savunulmaktadır³⁵⁷. Bu görüşe göre, annenin, çocuk sahibi olmak istememesi bağlamında üreme hakkı, henüz cansız ve bilinçsiz olan ceninin potansiyel yaşama hakkından üstün tutulmalıdır.

Ceninin yaşama hakkı, kimi zaman üreme hakkı ile çatışmaktadır. Yaşama hakkı ile üreme hakkının çatıştığı başlıca iki durum vardır. Bunlardan ilki, kadının gebe kalmasından sonra, çocuk sahibi olmayı istememesi ve kürtaj olması halidir. Böyle

³⁵² Aydın Ünver s. 25; Aydın (Soybağı), s. 91.

³⁵³ Velidedeoğlu, s. 176; Helvacı, s. 7; Akipek/Akıntürk, s. 245; Aydın Ünver, s. 25; Turgut, s. 73; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 19.

³⁵⁴ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 91; Aydın Ünver, s. 25.

³⁵⁵ Aydın (Soybağı), s. 88; Sungurbey, s. 301; Kırkbeşoğlu, s. 31.

³⁵⁶ Aydın Ünver, s. 46.

³⁵⁷ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 165; Dural/Öğüz, s. 19-20.

bir durumda ceninin yaşama hakkı ile kadının üreme hakkı çatışmakta, hangi hakkın üstün tutulması gerektiği hakkında ise her durumda fikir birliği sağlanamamaktadır. Kadının rahminde bulunan cenin, bir hak öznesi olmasının yanı sıra onun bedeninin bir parçasıdır ve bu kapsamda korunmalıdır³⁵⁸.

KKTC Hukuku'nda Fası 254 Ceza Yasası'nın "*Hamileliğin Yasal Bir Şekilde Sona Erdirilmesi*" başlığını taşıyan 169A madde hükmü ile, gebeliğin her halde ilk on haftalık süresi içinde, onuncu haftasının tamamlanmasından sonraki süre içinde ise gebeliğin, annenin hayatını tehdit etmesi ya da doğacak çocuğun fiziki ve akli sakatlık tehlikesinin varlığının veya hayat boyu sürecek tedavisi olanaksız kalıtsal veya bulaşıcı bir hastalığın saptanması halinde sonlandırılabilceği hükme bağlanmıştır.

Türk Hukuku'nda da TCK m. 99 ve 100 hükmü ile gebeliğin onuncu haftasından sonra kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi ya da çocuğun düşürtülmesi iki ayrı suç olarak düzenlenmiştir. Yasa koyucu belirli süreler içerisinde kadının gebeliği istememesi ve kürtaj yaptırmasını kabul ederek kadının üreme özgürlüğünü üstün tutmuş, on haftadan sonrası için ise ceninin yaşama hakkı üstün tutulmuştur.

Yaşama hakkı ile üreme hakkının çatıştığı durumlardan ikincisi ise, tüpte dölleme yöntemiyle üreme durumunda elde edilen fazla embriyoların imha edilmesi durumudur. KKTC Hukuku'nda embriyoların dondurulup saklanması, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 25/2 sayesinde mümkündür. Adaylardan fazla embriyo alınması durumunda, embriyolar uygun ortamda dondurularak, on beş yılı geçmemek şartıyla, her üç yılda bir her iki partnerin de rızası alınarak saklanabilir. Embriyonun ait olduğu partnerlerin, her ikisinin de talep etmesi halinde saklanan embriyolar ileride kullanılabilir. On beş yıllık sürenin sona ermesi halinde derhal, sürenin dolmasından

³⁵⁸ Çoban, s. 79; Aydın (Soybağı), s. 96.

önce ise partnerlerden birinin ölümü, eşlerin birlikte talebi veya eşlerin boşanması halinde birinin müracaat etmesi üzerine ise saklanan embriyolar derhal imha edilir. Yani tüpte dölleme yöntemiyle oluşturulan embriyolardan rahme nakledilmeyen yahut da dondurulup saklanmayanlar imha edildiği gibi, dondurulan embriyoların sonradan kullanılmasından vazgeçilmesi halinde de imha edilmesi söz konusu olmaktadır.

Türk Hukuku'nda da ÜYTE Yönetmeliği m. 20/5 gereğince 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. Aynı maddenin 6. fıkraya hükmü gereğince, beş yıllık saklama süresinin son bulması halinde de embriyoların imhası gündeme gelmektedir.

KKTC'de kişiye nakledilebilecek embriyo sayısı ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 23 ile kısıtlanmış olsa da, rahme nakledilecek embriyodan daha fazla sayıda embriyonun oluşturulması yasaklanmamıştır.

Türk Hukuku'nda da ÜYTE Yönetmeliği 17 No'lu Ek ile rahme en fazla iki embriyo nakline izin verilmiş ancak nakledilecek embriyodan daha fazla embriyonun oluşturulmasını yasaklayan bir hükme yer verilmemiştir. Türkiye'de, 1989 yılından 2009 yılına kadar, 40.000 tüp bebek dünyaya gelmiş, 2007 yılında yapılan tüp bebek denemelerinin sayısı 40.000'e ulaşmış, bu denemelerden yalnızca 6.000 tüp bebek doğmuştur³⁵⁹. İşte bu rakamlar, fazladan oluşturulan embriyolara bir sınırlama getirilmemesi halinde oluşan tablonun apaçık göstergesidir. Embriyonun

³⁵⁹ Çoban, s. 79.

korunmasına yönelik, etik değerlerin de dikkate alındığı, hukuki sınırlamaların getirilmesi şarttır³⁶⁰.

3.2.3 Genetik Tanılama Testlerinin Ceninin Yaşama Hakkı Üzerindeki Etkisi

Embriyolar arasından sağlıklı olanların seçilmesini sağlayan genetik tanılama testleri, embriyonun yaşama hakkını yakından ilgilendiren bir başka sorundur. Genetik tanı testleri, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurulmasının nedenlerinden bir tanesidir³⁶¹. Söz konusu testler, doğumdan önce ya da hamilelikte, tüp içerisinde yahut da rahimde bulunan embriyo ve ceninlerin incelenmesi için yapılmaktadırlar³⁶². Testlerin yapılma amacı, kişilerden çocuklarına geçebilecek olan kalıtsal hastalıkların geçmesini engellemek, bunun için de hastalık taşıyan embriyoları yok etmektir³⁶³. İşte bu olasılıkta da, insan embriyosu ve cenine yüklenen hukuki niteliğin ceninin yaşama hakkının ihlal edilip edilmemesi bakımından önemi ortaya çıkmaktadır.

Preimplantasyon genetik tanı testi (PGT), embriyoların rahme nakledilmesinden önce alınan hücreleri üzerinde yapılan genetik testlerle ayrıştırılması sonucunda, rahme sağlıklı embriyoların nakledilmesidir³⁶⁴. Bu durumda geriye kalan hastalıklı embriyoların ise imha edilmesi söz konusudur. PGT testlerine getirilen etik eleştirilerin başında, söz konusu testin öjeniye kapı araladığı, PGT sayesinde oluşturulan embriyoların cinsiyet, zekâ, boy gibi özelliklere göre seçilmeleri

³⁶⁰ Büyükay, s. 117. Tüpte dölleme yöntemiyle aileler kimi zaman hasta olan çocuklarının kurtarılması için, üreme hücrelerinin tüpte döllenmesine ve oluşan embriyolardan, yapılan testler neticesinde hasta olan kardeşin tedavisi bakımından en fazla uyuşan dokulara sahip sağlıklı embriyonun seçilmesini isteyebilmektedirler Bu durumda tüpte döllenmiş embriyoya “*kurtarıcı kardeş*” de denilmektedir. Bu tür uygulamalar, insan onuruna sahip olduğu kabul edilen embriyonun amaçken, araştırılmasından başka bir şey değildir. Böyle bir uygulama da embriyonun hukuken korunmamasının sonuçlarından bir tanesidir. Unutulmamalıdır ki üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kullanılmasındaki amaç, çocuk sahibi olamayan kimselerin çocuk sahibi olmalarının sağlanmasıdır. Bu nedenle yöntemlerin yalnızca bu amaç kapsamında kullanılması gerekmektedir. Bu nedenle bu tür uygulamaları önleyici önlemlerin alınması şarttır. Çoban, s. 81; Turgut, s. 9.

³⁶¹ Aydın (Soybağı), s. 100; Turgut, s. 8.

³⁶² Aydın (Soybağı), s. 99.

³⁶³ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 249; Aydın (Soybağı), s. 100; Kırkbeşoğlu, s. 43; Büyükay, s. 4; Kalkan Oğuztürk, s. 262.

³⁶⁴ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 249; Kalkan Oğuztürk, s. 256; Hakeri, s. 143; Büyükay, s. 131.

sağlanarak, üstün ırk yaratma tehlikesinin meydana geldiği noktasındadır³⁶⁵. Bu testler sayesinde bireylerin dünyaya getirecekleri çocuklarının genetik özellikleri hakkında aşırı kontrol sağlamaları yolu açılarak, “ısmarlama” çocuklar yaratarak insan türüne ait olan embriyonun tüketilen bir ürün muamelesi görmesi ve “iyi gencilik” felsefesinin meşru düzenlemeler kapsamına alınması ihtimal dâhilinde bulunmaktadır³⁶⁶. Ayrıca PGT sayesinde dünyaya getirilecek çocuğun cinsiyeti seçilebildiğinden söz konusu yöntem cinsiyet ayrımlarını da pekiştirir niteliktedir. Ayrıca söz konusu testler ile engelli çocukların ayrıştırılması ve onlara yaşama hakkı tanınmaması da, engelli bireylere yönelik yapılan bir ayrımcılığı teşkil etmektedir. PGT daha pek çok etik sorunu beraberinde getirmesi nedeniyle sınırları hukuken çizilmesi gereken bir testtir³⁶⁷.

Diğer yandan PGT yöntemiyle hastalıklı kromozomlar tespit edilerek, bunların ayrıştırılabilmesi sayesinde kişiler sağlıklı çocuk sahibi olabilirler. İşte bu nedenle PGT, ceninin yaşama hakkının ihlal edilmesini bir anlamda olağanlaştırmaktadır. Ancak bu olağanlaşmanın sınırının aşılması, test ile güdülen amacın dışına çıkılmaması gerekir³⁶⁸. PGT ile amaç, kalıtsal yolla nesilden nesile aktarılması mümkün olan genetik hastalıkları taşıyan embriyoların ayrıştırılmasını sağlayarak, bireylere sağlıklı embriyoların nakledilmesi imkânını tanımaktır. Bir bakıma PGT, kişilerin ileride hamilelik sürecinde prenatal testler yardımıyla bebeğinin kalıtsal hastalık taşıdığını öğrenmesi durumunda başvuracağı kürtaj yolunu önleyen bir mekanizma olarak da değerlendirilmektedir³⁶⁹. Bu yorum, PGT için getirilen etik

³⁶⁵ Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 257; Büyükay, s. 133.

³⁶⁶ Turgut, s. 14.

³⁶⁷ Turgut, s. 14; Kalkan Oğuztürk, s. 262. Preimplantasyon genetik tanı, yöntemin öjeniye açık bir yöntem olabileceği düşüncesiyle İsviçre’de yasaklanmıştır. Kişilerin hastalıklı olan ve olmayan embriyoları ayrıştırılabilir olmaları nedeniyle İsviçre Üreme Tıbbı Kanunu m. 5/3’te yer alan “embriyodan bir ya da birçok hücrenin ayrılması yasaktır” hükmüne aykırılık teşkil eder. Detaylı açıklamalar için bkz.: Aydın (Soybağı), s. 101.

³⁶⁸ Kalkan Oğuztürk, s. 262.

³⁶⁹ Turgut, s. 16; Büyükay, s. 131.

eleştirilerdeki endişe ile çelişse de bir gerçeği yansıtmaktadır. PGT yöntemiyle ayrıştırılmayan embriyoların sonradan kürtaj edilmesi yasal olarak mümkündür. Kanaatimce PGT testlerinin, amaçları çerçevesinde kalarak uygulanmasında sakınca bulunmamaktadır. Engelli bir çocuk dünyaya getirmek, çocuğun ebeveyni bakımından ağır bir yük olarak görülebilir ve kişiler üreme hakları kapsamında engelli bir çocuğu dünyaya getirmek istemeyebilir. Hele ki yıllardır çocuk hasreti çekmekte olan ve çocuk sahibi olabilmeyi defalarca denemiş, bunun için ciddi bir zaman ve maddi kaynak ayırmış, aynı zamanda ruhsal açıdan da birçok zorluk yaşamış bir kişi/aile için, bu sonuç sıradan bir başka kişiden daha yıkıcı olabilir. Bu nedenle daha oluştuğu ilk günlerde üzerinde yapılacak testler ile hastalık ya da fiziksel veya zihinsel bir engel taşıyıp taşımadığı tespit edilen embriyoların bu evrede imha edilmesi, sonradan rahim içinde bir süre geliştikten sonra kürtaj edilmesinden daha haklı olacaktır.

KKTC Hukuku'nda Fasıl 254 Ceza Yasası'nın 169A madde hükmü ile getirilen gebeliğin onuncu haftasına kadar sonlandırılabilmesine ilişkin hüküm ile (Türk Hukuku'nda TCK m. 99, 100), gebeliğin başlarında kadının üreme hakkının üstün tutulduğu görülmektedir.

KKTC Hukuku'nda PGT yönteminin kullanılması hukuken mümkün olsa da, ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü m. 22'de (Türk Hukuku'nda ÜYTE Yönetmeliği 17 No'lu Ek'te) söz konusu taramanın, cinsiyet seçme amacı ile yapılması yasaklanmış, tıbbi gereklilik nedeniyle cinsiyet seçimi yapılmasının gerekmesi halinde, Merkezin Koordinasyon Kurulu'na başvurarak izin alması suretiyle PGT yapabileceğini hükme bağlamıştır.

Prenatal genetik tanı (PNT) ise, rahimdeki bulunan embriyo üzerinde yapılan birtakım testlerden oluşmaktadır. Bu durumda embriyoda hastalığın tespiti halinde

hamileliğe son verilmesi yani kürtaj söz konusu olabilmektedir³⁷⁰. Bu testin uygulanması kadının bedenine müdahaleyi de kapsadığından, kadının rızasının bulunması şarttır.

PNT testlerine ilişkin olarak getirilen etik eleştiriler ise, PNT testlerinin yapılmasının embriyonun adeta bir kalite kontrolüne sokulması anlamını taşıdığı yönündedir. KKTC mevzuatında prenatal testler hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık Türk Hukuku'nda prenatal genetik testlerin nasıl yapılacağı Genetik Hastalıkları Tanı Merkezleri Yönetmeliği içerisinde düzenlenmiştir. Anılan yönetmeliğin 1. maddesine göre:

Bu Yönetmeliğin amacı, birey dünyaya gelmeden önce genetik hastalıkların tanısına ve dolayısı ile tedavisine imkân 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 kişilerin ve gerçek kişilerin uymakla zorunlu olduğu usul ve esasları düzenlemektir.

Genetik Hastalıkları Tanı Merkezleri Yönetmeliği'nde, prenatal genetik tanının yapılmasında uyulması gereken ilkelere yer verilmemiş, merkezlerin işleyişi hakkında kurallar getirilmiştir. PNT testlerinin yapılabileceği merkezler, yönetmeliğin 5. madde hükmü gereğince Genetik Hastalıklar Bilim Komisyonu tarafından denetlenebilir.

3.3 Kişinin Kökenini (Soyunu) Öğrenme Hakkı

3.3.1 Genel Olarak

Kişinin kökenini öğrenme hakkı da, üreme hakkı gibi maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı kapsamında sayılması gereken bir hak³⁷¹. Kişinin kökenini öğrenmesinin hem hukuki hem de sosyolojik boyutu vardır. Kişinin kökenini öğrenmesi kendisine yalnızca ruhsal yönden değil, bedensel yönden de büyük yarar

³⁷⁰ Aydın (Soybağı), s. 108; Çoban, s. 84; Turgut, s. 9; Büyükay, s. 137.

³⁷¹ Aydın (Soybağı), s. 122; Erol, s. 127; Baysal, s. 493.

sağlar. Kişinin kökenini öğrenmesi sayesinde biyolojik anne ve babasını bilmesi mümkün olacağından, kişi biyolojik anne ve babası ile bağ kurabilme imkânının sağladığı ruhsal doyumun yanı sıra, genetik özelliklerini, genetik açıdan zayıflık ve güçlü yanlarını öğrenerek, kendi bireysel öyküsünü bilebilir hale gelecektir³⁷². Kişi kökenini öğrendiği takdirde, ruhsal durumunda iyileşme ile kendisini toplum içerisinde daha iyi geliştirme imkânı doğacak, kişiliğini oluşturmasına yardım edecek, kişi bedensel durumunu ve özelliklerini daha iyi anlamlandırabilir duruma gelecektir³⁷³. Kişinin kökenini öğrenmesinin engellenmesi, kişinin geçmişinden koparılması demektir ki bu doğru kabul edilemez. Hatta kişinin kökenini öğrenmemesi, onun ileride kuracağı kendi ailesinde dahi birtakım sorunlar yaratabilir³⁷⁴. Kökenini öğrenme hakkına, bir anne ve babadan türeyen her evlat, yaş önem taşımaksızın sahiptir.

SEROZAN'a göre, çocuğun kökenini bilmesi halinde, genetik haritasını da bilebilecek, bu sayede bedensel ve ruhsal sağlığı bakımından yarar sağlayacak, çocuk genetik anne ve babasını bularak isterse onlara soybağı ile bağlanabilecektir. Bir kişi, ancak hangi kökenden (soydan) geldiğini, hangi kalıtsal hastalık risklerini taşıdığını bilirse sağlıklı olabilir ve sağlam bir kişilik de geliştirebilir, kimlik bunalımı yaşamaz. Bu nedenle bu değer, aile huzurunun korunması dâhil olmak üzere tüm değerlerin üzerinde tutulmalıdır³⁷⁵.

Belirtmek gerekir ki, kişinin geçmişini öğrenmeden sağladığı menfaat, diğer menfaatler ile karşı karşıya geldiğinde kimi zaman tartışmalı bir hale gelebilir. Çocuğun kökeni hakkında bilgi edinme hakkı, örneğin annenin kişisel ilişkilerini, onurunu huzurunu bozacak gerçekleri ortaya çıkarmayarak gizli tutma menfaatiyle,

³⁷² Serozan (Çocuk Hukuku), s. 185; Baysal, s. 493; Aydın (Soybağı), s. 117; Turgut, s. 55.

³⁷³ Aydın (Soybağı), s. 117; Baysal, s. 494; Karanfil, s. 85.

³⁷⁴ Baysal, s. 494.

³⁷⁵ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 185.

üreme hücresi bağışında bağışçıların gizli kalmak istemeleri, taşıyıcı annenin doğumdan sonra çocuk ile görüşmek istememesi ve gizli kalmak istemesi, çocuğun gönüllü ailesinin çocuğun genetik anne babası ile soybağı ilişkisi kurarak kendilerinden ayrılmasını istememesi, çocuğun evlat edinildiği ailenin gizli kalmak istemesi menfaati ile çatışabilir³⁷⁶. Bu durumlarda kişilerin kişilik hakları birbiri ile çatışmakta, haklar arasında denge kurmak ise her zaman mümkün olmamaktadır. Bu durumda çocuğun kökenini bilme hakkının mutlak bir hak olup olmadığını sorgulamak gerekir. Bu konuda temel iki görüş vardır. Bunlardan ilki, çocuğun kökenini bilme hakkını mutlak bir hak sayan görüş³⁷⁷, ikincisi ise, kişinin kökenini bilme hakkını diğer kişilerin menfaatlerini de gözeterek sınırlandırılması gerektiğini savunan görüştür³⁷⁸. Buna karşılık bir başka görüşe göre, kişilerin menfaat çatışmaları somut olayda, çocuk hukukunun ilkelerinden en başta “çocuğun üstün menfaati” ve “çocuk yararının önceliği” ilkeleri gözetilerek çözüme kavuşturulmalı, bu konuda önceden şematik çözümler yapılmamalıdır³⁷⁹.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS) m. 7/1’de “*çocuğun mümkün olduğunca anne ve babasını bilme hakkına sahip olduğu*” açıkça düzenlenmiştir³⁸⁰. Türkiye’de Sözleşme 10 Aralık 1994’de TBMM tarafından kabul edilmiş ve Bakanlar Kurulu bu kararı 23.12.1994’de onaylamış, Yasa 27 Ocak 1995 gün ve 22184 sayılı Resmi Gazete’ de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu nedenle BMÇHS’nin hükümlerinin Türk Hukuku’nda doğrudan uygulanması bakımından bir sorun bulunmamaktadır. KKTC Hukuku’nda ise BMÇHS henüz uygun bulunmamıştır.

³⁷⁶ Baysal, s. 497; Turgut, s. 52.

³⁷⁷ Serozan (Çocuk Hukuku), s. 163.

³⁷⁸ Baysal, s. 497; Usta, s. 52.

³⁷⁹ Baysal, s. 498.

³⁸⁰ Hüküm şöyledir: “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.”

BMÇHS m. 7/1’de yer alan “*ana baba*” ifadeleri ile kastedilen, genetik, biyolojik ve gönüllü anne ve babaların tümüdür³⁸¹. Hakkın “*mümkün olduğunca*” yerine getirilebileceğinin vurgulanmasının altında yatan neden, anne ve babanın belirlenmesinin somut olayda her zaman mümkün olmamasıdır. Eğer anne ve baba belirlenemiyor ise, taraf devletin bu konuda önlem alabilmesi mümkün değildir.

Öte yandan anne babanın kim olduğu bilindiği halde, çocuğun onlar tarafından bakılmasının yararına olmaması mümkündür. BMÇHS m. 7’de “*çocuğun yüksek yararına*” değinilmemiş olsa da, çocuk hukukunda çocuğun yüksek yararı ilkesi her zaman en temel ölçek olarak kabul edildiğinden, böyle bir durumda da bu ilkenin gözetilmesi ve çocuğun yüksek yararı nedeniyle kökenini öğrenmesinin sınırlanması mümkündür³⁸².

Kişinin kökenini öğrenmesinin anne ya da baba bilinebilir olduğu halde, isimlerinin verilmesinden kaçınılması nedeniyle mümkün olmadığı bir başka ihtimal, üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle heterolog dölleme gerçekleştirildiği haldir. Bu halde, bağışçının kişilik hakkının bir parçası olan anonim kalma hakkı genetik anne ve/veya babanın isimlerinin açıklanmasından kaçınılabılır. Devletler, bu hususta bireylerin bilgi edinmesini kısıtlayabilir³⁸³. Bazı ülkelerde³⁸⁴, heterolog dölleme sonucunda dünyaya gelen çocukların üreme hücresini bağışlayan kişiyi öğrenmek istemesi halinde, bağışçı ile iletişime geçilmesine ve eğer bağışçı kabul eder ise çocuğa kimliğinin açıklanmasına imkân tanınmıştır. İsviçre bu ülkelerden bir

³⁸¹ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme Uygulama El Kitabı, s. 120. <http://www.unicef.org.tr/files/bilgimerkezi/doc/Uygulama%20Elkitabı%20TR.pdf> (ET: 14.06.2018).

³⁸² Aydın (Soybağı), s. 119; Turgut s. 53; Usta, s. 51; Akyüz, s. 53.

³⁸³ Aydın (Soybağı), s. 119.

³⁸⁴ İsveç yasalarında, sperm bağışçı ile dölleme sonucunda dünyaya gelen çocuk, 18 yaşını doldurduğunda donörün adı ve adresini öğrenebilmektedir. İsveç’te bu hükmün yürürlüğe girmesi ile birlikte donör sayısında ciddi bir azalma olmuştur. Ayrıca Hollanda’da 2004, Norveç’te 2005 yılında isimsiz bağışçılığı yasal olarak kaldırmış, açık kimlikli bağışçılığı kabul etmiştir. Çiçek/Mollamahmutoğlu, s. 324.

tanesisidir³⁸⁵. İsviçre’de Tıbbi Destek Alınması Yoluyla Üreme Hakkında Kanun ile, çocuğa sperm bağışçısına ilişkin bilgileri öğrenme hakkı tanınmış, çocuğun 18 yaşına gelmesiyle birlikte bağışçının kimliği ve fiziksel görüntüsü hakkında bilgi almak üzere yetkili makama başvurabileceği belirtilmiştir. Çocuğun meşru bir menfaatinin bulunması halinde bağışçıya ilişkin bilgilere ulaşabilmesi mümkündür, ancak bu bilgilere ulaşmadan evvel bağışçı, çocuğun talebi konusunda bilgilendirilir ve eğer bağışçı talebi reddeder ise, çocuk bağışçının kişilik ve aile hakları konusunda bilgilendirilecek ve eğer çocuk hala bu bilgilere ulaşmak ister ise bu durumda bilgiler kendisine verilecektir. Böylece iki tarafın da menfaatleri arasında bir denge kurulmuş olacaktır. Almanya’da da çocuğun kökenini öğrenme hakkı olduğu kabul edilmiş, üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin kişinin kökenini öğrenme hakkını garantiye almak için gerekli bilgileri saklamaları hakkında yükümlülük getirilmiştir. Almanya Anayasa Mahkemesi de, donörün anonim kalmasını hem donörün hem de çocuğun onuruna aykırı bulmuştur. Çünkü donör böyle bir konumda araç haline gelmiş olacaktır. Esasında donörün böyle bir bağışçı yaparken amacı daha fazlası olmak değilse de Alman Anayasa Mahkemesinin takdiri bu yönde olmuştur³⁸⁶. Ayrıca Alman Hukuku’nda hekimlere de, yapay dölleme uygulamaları esnasında donörün ve talepte bulunan kişilerin donörün anonim kalmayabileceği hususunda bilgilendirmesi bakımından yükümlülük yüklenmiştir.

BMÇHS m. 7/2’de de “Taraf Devletlerin, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler”. BMÇHS m. 8’de de kişinin kökenini öğrenme hakkına dayanak olabilecek hükümler getirilmiştir. BMÇHS m. 8 hükmü şöyledir: “Taraf

³⁸⁵ Ülkedeki uygulama hakkında detaylı açıklamalar için bkz.: Baysal, s. 509 vd.; Aydın (Soybağı), s. 119-121.

³⁸⁶ Baysal, s. 508.

Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler. 2 Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarında veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, Taraf Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.”

BMÇHS’ne göre üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulamasında çocuk, hem genetik, biyolojik, gönüllü annesini hem de genetik ve gönüllü babasını tanıma hakkına sahiptir³⁸⁷. Bir kimsenin kökenini öğrenme hakkı, onun hukuken soybağının kurulması ile doğrudan ilgili değildir³⁸⁸. Soybağı, kişilerin hukuki düzlemdeki konumunu belirlemeye yönelik olarak kurulurken yahut kaldırılırken, çocuğun kökenini öğrenmesinde, farklı menfaatleri bulunmaktadır. Hukuki soybağı hala devam etse de, kişinin kökenini öğrenmesi yine mümkündür. Bir görüşe göre, diğer menfaatler ya da kişilik hakları, kişinin kökenini öğrenme hakkından üstün tutulamayacağından soybağı ilişkisinden ayrı olarak çocuğun anne ve babasının tespit edilmesini sağlamak için bir tespit davası açabilme imkânına sahip olması gerekmektedir³⁸⁹.

3.3.2 Kişinin Kökenini Öğrenme Hakkı Karşısında Mahremiyet Hakkı ve Hekimin Sır Tutma Yükümlülüğü

Kişinin kökenini öğrenme hakkı, kimi durumlarda hastanın mahremiyet hakkı ve/veya hekimin sır tutma yükümlülüğü ile çatışır. Bir tıbbi müdahale niteliğini taşımakta olan üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinde, anne/baba adayı ile hekim arasında bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu ilişki nedeniyle de hekim ve diğer sağlık

³⁸⁷ Aydın (Soybağı), s. 123.

³⁸⁸ Aydın (Soybağı), s. 123; Baysal s. 506; Metin, s. 50; Acabey, s. 70; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 185.

³⁸⁹ Aydın (Soybağı), s. 123; Baysal s. 518; Metin, s. 50; Acabey, s. 70; Serozan (Çocuk Hukuku), s. 185.

personelleri kendilerine üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulanan ve donör sperm veya yumurta bağışçısı kişi/kişiler hakkında birtakım bilgilere sahip olmaktadır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuran kişiler, çoğu zaman toplum baskısından çekinerek bu uygulamaların kendileri ile merkez ve merkez çalışanları arasında kalmasını istemektedirler. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri uygulamaları birer tıbbi müdahale sayılmaları nedeniyle, hekimin sır tutma yükümlülüğü kapsamında yer almaktadır. Ayrıca hekimin hastanın mahremiyetine saygı göstermesi de şarttır. Ancak doktrindeki hakim görüşe göre, hekimin hastanın mahremiyetine saygı göstermesi ve sır tutma yükümlülüğünün kişinin kökenini öğrenme hakkından daha üstün bir hak olduğunun iddia edilemeyeceğini yönündedir³⁹⁰.

Hastanın mahremiyet hakkı KKTC’de Kamu Sağlık Çalışanları Yasası m. 6/10’da şöyle düzenlenmiştir: *“Kamu sağlık çalışanları ile hasta arasındaki mesleki ilişkiden doğan bilgiler gizlidir. Hastanın yazılı izni dışında, tıbbi hizmetlerin verilmesi sırasında öğrenilen sırlar ile hastanın kimliği, tıbbi amaçlı olsun veya olmasın toplantı ve yayınlarda açıklanamaz.”* Ayrıca Tıp Meslek Ahlak Tüzüğü m. 18’de de hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi hakkında şu hüküm getirilmiştir: *“Sır saklamak temel meslek ahlaki kuralıdır. Hastanın verdiği bilgileri, muayene bulgularını ve tedavi sonuçlarını gizli tutmak tabip ve diğer sağlık meslek gruplarının görevidir.”*

Türk Hukuku’nda hastanın mahremiyet hakkı, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 21’de hükme bağlanmış bulunmaktadır. Mahremiyet, gizlilik, kişiye özel, paylaşılması gerekmeyen anlamını taşıyan bir kelimedir³⁹¹. Hastanın mahremiyetine

³⁹⁰ Aydın (Soybağı), s. 125; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 146.

³⁹¹ Doğan, s. 160. KKTC Anayasası m. 19’a göre *“herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.”* Özel hayatın gizliliği Türk Anayasası m. 20/1’de ise

saygı gösterilmesi hakkı, hem hastaya ait bilgilerin saklanması hem de hastanın bedeni üzerindeki mahremiyetin sağlanması anlamına gelmektedir³⁹². Tedaviye ilişkin olsun ya da olmasın, hasta hakkında öğrenilen bilgilerin açıklanması onun özel, ekonomik ve aile hayatını etkileyecek, kişinin zarara uğramasına, utandırılmasına, ayıplanmasına neden olabilecektir³⁹³. Mahremiyet hakkı kişinin ölümünden sonra da devam eder³⁹⁴. Bir kişilik hakkı olan mahremiyet hakkı, bir temel hak olan özel hayatın gizliliği hakkına ve hasta haklarının korunmasına dayanmaktadır³⁹⁵. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 21 hükmü şöyledir:

- (1) Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir.
- (2) Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı; a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar. Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.
- (3) Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 4'te de "tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz" denilmek suretiyle, hekimin sır tutma yükümlülüğü ve mahremiyet hakkına ilişkin hekime yükümlülükler yüklemiştir.

şöyle düzenlenmiştir: "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*"

³⁹² Sert, s. 143; Doğan, s. 162.

³⁹³ Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 143; Doğan, s. 163.

³⁹⁴ Sert, s. 143; Aydın (Hukuki Sorumluluk), s. 143; Doğan, s. 159.

³⁹⁵ Doğan, s. 159.

Hastaya ait olan ve hastanın mahremiyeti gereğince saklanması, korunması gereken bilgilerin sır niteliği taşıması şart değildir³⁹⁶. Ancak somut olayda genellikle sır niteliği taşıyan bilgilerin açıklanması halinde uyuşmazlıklar meydana gelmektedir. Hekimin sır tutma yükümlülüğü, hasta ve hekim arasındaki güven ilişkisine dayanan, tedavi ile beklenen sonucun elde edilebilmesi için gerekli olan ve ihlal edilmesi halinde hekimin hukuki sorumluluğuna yol açan bir yükümlülüktür³⁹⁷. “Sır”, açıklanmamasında hastanın menfaatinin bulunduğu her şey olarak, geniş anlamda yorumlanmalıdır³⁹⁸. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanmasında hekimin uyması gereken yükümlülük, özellikle yönteme başvuran kimselerin üreme hücrelerinin niteliği, kalitesi, kaçınıcı kez bu yola başvurmuş oldukları, taşıdıkları kalıtsal olan ya da olmayan hastalıklar, bebeklerinin taşıdığı hastalıklar, yöntemlerin uygulanması bakımından yapılan harcamalar bağlamında olabilir³⁹⁹. Bu anlamda benzeri bilgileri içeren kayıtların gizli tutulması gerekmektedir.

KKTC Hukuku’nda hekimin sır tutma yükümlülüğü, Tıp Meslek Ahlak Tüzüğü m. 18 hükmüyle şöyle düzenlenmiştir:

- (1) Sır saklamak temel meslek ahlakı kuralıdır. Hastanın verdiği bilgileri, muayene bulgularını ve tedavi sonuçlarını gizli tutmak tabip ve diğer sağlık meslek gruplarının görevidir. Bu bilgiler aşağıdaki durumlarda açıklanabilir:
 - (A) Hastanın rızası olursa,
 - (B) Mahkemeler bilgi ister veya doktorun tanıklık yapmasına karar verirse,
 - (C) Hasta hakkındaki bilgilerin saklanması, üçüncü bir kişiye büyük zarar verecek ise,
 - (Ç) Yasal zorunluluk varsa (örneğin: bulaşıcı hastalık bildirim gibi)
- (2) Bunlar dışında;
 - (A) Yetkili makamların emri ile de olsa hastaya ait bilgilerin açıklanması suçtur.
 - (B) Hastaya ait bilgilerin açıklanması hastanın adli bir kavuşturmaya uğraması sonucunu getirecek ise bu bilgilerin açıklanması suçtur.

³⁹⁶ Doğan, s. 163.

³⁹⁷ Yılmaz, s. 73; Doğan, s. 164; Hakeri, s. 343.

³⁹⁸ Yılmaz, s. 74; Doğan, s. 164; Hakeri, s. 343; Yücel, s. 348.

³⁹⁹ Yılmaz, s. 74; Doğan, s. 164.

13/1976 sayılı Kıbrıs Türk Tabipleri Birliği Yasası m. 25 B/4 hükmünde de hekimin, mesleğin uygulanması sırasında öğrenilen, hastalara ait sırları, yasal zorunluluk dışında açıklaması durumunda altı aya kadar geçici olarak meslekten men etme cezası alacağı belirtilmiştir.

Türk Hukuku'nda ise Hasta Hakları Yönetmeliği m. 23/1 hükmünde “*sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz*” denilmek suretiyle hekimin sır tutma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında ise hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin söz konusu yükümlülüğe hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebep olmaksızın ifşa edilmesi halinde personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunun doğacağı düzenlenmiştir. Sır saklama yükümlülüğü Hekimlik Mesleği Etik Kuralları m. 9’ da da şöyle düzenlenmiştir:

- (1) Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.
- (2) Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir.
- (3) Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez.
- (4) Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir.

Hastanın mahremiyet hakkının ihlalden yalnızca tedaviyi uygulayan hekim değil, tedavinin uygulanmasında az ya da çok görev alan diğer sağlık personelleri ve idari personel de sorumludur⁴⁰⁰.

Yükümlülüğü gereğince hekim, hastanın sırrını üçüncü kişilere açıklayamaz. Ancak, hasta tarafından hekim aleyhine dava açılması durumunda hekim kendisini savunmak için bu yükümlülüğü ihlal ederek hastaya ait bilgileri açıklayabilir.

⁴⁰⁰ Doğan, s. 169.

Suç işlendiğinin anlaşılması, bulaşıcı olması nedeniyle önlem alınmasını gerektiren bir hastalığın taşındığının anlaşılması yahut da tıbbi yardım ve destek alınmasının zorunlu olması gibi durumlarda hekim hastaya ait bilgileri açıklayabilir. Bunun gibi hasta, kişisel verilerinin üçüncü kişilere açıklanmasına açık ya da örtülü rızanın bulunması halinde hekimin hastaya ait bilgileri bir başkası ile paylaşması bu yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurmaz. Ancak bu halde, kişilik haklarına aykırı davranılmamalı, hastanın gösterdiği rızanın sınırları aşılmamalıdır⁴⁰¹. Bu durumda hastanın mahremiyet hakkı ve hekimin sır tutma yükümlülüğü ihlal edilmiş olmaz. Bu sebepler, hukuka uygunluk sebepleri sayılmaktadır⁴⁰².

⁴⁰¹ Üçışık, s. 41.

⁴⁰² Yılmaz, s. 75; Doğan, s. 167; Yücel, s. 350.

SONUÇ

KKTC Hukuku'nda ÜYTM ve ÜYTY Tüzüğü ile üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine evli olan çiftlerin, partnerlerin yahut evli olmadığı gibi partneri de olmayan kimselerin başvurabileceği belirtilmiş, ayrıca kişilere kendilerine ait üreme hücrelerinin döllenmesinin yanı sıra, donör üreme hücrelerinin kullanılmasına da izin verilmiştir. Ayrıca belirli tıbbi gerekçelerin mevcudiyeti halinde taşıyıcı annelik uygulamasına da başvurulmasına imkân tanınmıştır. Buna karşılık Türk Hukuku'nda ÜYTE Yönetmeliği'nde yalnızca evli çiftlerin kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması suretiyle üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurabilecekleri belirtilmiştir. Diğer taraftan çeşitli hukuki, ahlaki, dini ve etik ilkeler nedeniyle taşıyıcı annelik uygulamaları Türk Hukuku'nda yasaklanmıştır.

Her tür heterolog döllenmenin yasaklandığı Türk Hukuku'nda, fiili olarak söz konusu uygulamaların yapılması pek tabii ki ihtimal dâhilindedir. Hukuken yasak olmasına rağmen fiilen uygulanabilen üremeye yardımcı tedavi yöntemleri sonucunda doğan çocuklar ile genetik/biyolojik/gönüllü ailesi arasında soybağının kurulmasına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. KKTC Hukuku'nda ise, heterolog döllenmeler yasal kabul edildiği halde bu yöntemlerle dünyaya gelen çocuk ile genetik/biyoloji/gönüllü ailesi ile soybağının kurulmasına ilişkin hukuki boşluklar bulunmaktadır. Örneğin taşıyıcı annenin, gönüllü anne ile arasında kurulmuş olan taşıyıcı annelik sözleşmesine rağmen çocuğu gönüllü aileye teslim etmemesini engelleyecek herhangi bir hüküm, KKTC mevzuatı içerisinde bulunmamaktadır. Böyle bir durumda gönüllü anne aynı zamanda genetik anne olsa da, doğuran kadın karine gereğince hukuken anne kabul edildiğinden ve bu karinin aksi ispat edilemediğinden, genetik annesi olduğu halde çocuğuna soybağı ilişkisi ile

bağlanamaz. Bunun gibi baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasında da, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin uygulanması durumunda birtakım belirsizliklerle karşılaşmaktadır. Örneğin kocanın, donör üreme hücresi kullanılmasına rızası olduğu halde sonradan çocuğun soybağının reddetmesi ve çocuğun genetik babası olmadığını kanıtlaması halinde, davanın lehine sonuçlanması mümkündür. Hâkim böyle bir durumda dürüstlük kuralından hareketle kocanın soybağının reddi davasını reddedebilir. Ancak yine de bu konuda açıklık getiren yasal düzenlemelerin yapılması yararlı olacaktır.

Öte yandan soybağı problemleri, yalnızca heterolog döllenmeler bakımından değil, homolog döllenmeler bakımından da meydana gelebilmektedir. Örneğin ölen kocadan öldükten sonra alınan spermle döllenmenin sağlanması yahut kocadan ölmeden alınan spermle ölümünden sonra döllenirlerk rahme konması ve çocuğun evliliğin ölümle son bulmasından itibaren 302 içerisinde doğması halinde çocuk ile baba arasında soybağının kurulmayacağı konusunda da yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, başta üreme hakkı, ceninin yaşama hakkı, kişinin kökenini öğrenme hakkı ve mahremiyet hakkı olmak üzere kişilik hakları ile yakın ilişki içerisindedir. Bu nedenle bu hakların kapsamı, kişilere hangi sınırlamalar altında bu hakların tanınabileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Kürtaj, embriyoların dondurulması ve genetik tanı testlerine ilişkin kurallar, özellikle üreme hakkı ile ceninin yaşama hakkının çatışmasına neden olmaktadır. Hem KKTC Hukuku'nda hem de Türk Hukuku'nda tüpte döllenmiş embriyonun hukuki statüsü, kişiliğinin başlangıcı hakkında hukuki boşluklar bulunmaktadır.

Unutulmamalıdır ki, sürdürülebilir bir hukuk sisteminin varlığı, gelişen bilime ve dolayısıyla bireylerin bilimden beklentilerini karşılamasına olanak tanınmasına

bağlıdır. Toplumların, bilimsel gelişmenin sunduğu imkânlardan yararlanması ve bundan doğan sonuçlar bakımından da hukuk düzeni tarafından korunması elzemdir.

KAYNAKLAR*

- Acabey, M. B. (2002). *Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*. İzmir: Güncel Hukuk Yayınları.
- Akıncı, Ş. (1996). *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*. Ankara: Yetkin.
- Akıntürk, T., Ateş, D. (2017). *Aile hukuku*. Ankara: Beta.
- Akıntürk, T., Ateş, D. (2018). *Medeni Hukuk*. Ankara: Beta.
- Akipek, J. G., Akıntürk, T., Ateş Karaman, D. (2011). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku*. Ankara: Beta.
- Akyüz, E. (2018). *Çocuk Hukuku*. Ankara: Pegem.
- Atabek, R. (1985). Yapay dölleme. *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 59, S. 7-8-9, s. 616-622.
- Ateş, M. (1994). Nesep Hukuku Yönünden Sun'î Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu. *YD*, C. 20, S. 3, s. 325-344.

* Çalışmamız kapsamında birden fazla eseri bulunan yazarların eserleri arasındaki farklılığı göstermek için parantez içinde kullanılan kısaltmalar ile atıfta bulunulmuştur. Kaynaklar arasında internet kaynaklarına da yer verilmemiştir.

- Aydın, M. B. (2013). *Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Eskişehir.
- Aydın, Ö. (2013). *Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk* (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. İstanbul.
- Aydın Ünver, T. (2011). *Cenin Hukuki Konumu*. İstanbul: Oniki Levha.
- Aytaç, İ. (2002). Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Bakımından İncelenmesi, *AD, C. 39, S. 11*, s. 183-199.
- Baygın, C. (2010). *Soybağı Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha.
- Baysal, B. (2010). Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı. *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. 1*, s. 493-533.
- Büyükay, Y. (2009). Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Hukuki Sorumluluğu. *Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı*, s. 111-149.
- Cin, O. (2009). Hekimlerin Embriyon Nakillerinde Cezai Sorumluluğu, *Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı*, s. 151-158.
- Çalışkan, H. U. (2016). Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış. *MÜHFD, C. 22, S. 1*, s. 489-509.

- Çiçek M. N., Mollamahmutoğlu, L. (2009). *A'dan Z'ye Yardımcı Üreme Teknikleri*.
Ankara: Palme.
- Çoban, A. (2009). Türkiye'de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü. *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 27, s. 75-96.
- Doğan, M. (2009). Embriyon Nakillerinde Mahremiyet Hakkı. *Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı*, s. 159-180.
- Demir, A. (2013). Etik Açıdan İnsan Genom Projesi. İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 23, s. 317-327. (Genom)
- Demir, R. (2017). Üreme Hakkına İlişkin Tıbbi Müdahalelerde Rıza. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 13, s. 269-298.
- Dural, M. (2008). Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. *Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, s. 249-259.
- Dural, M., Öğüz, T., Gümüş, A. (2017). *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz.
- Dural, M., Öğüz, T., (2017). *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz.
- Erem, F. (1981). Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü, *YD, C. 7, S. 3*, s. 236-240.

- Erkan, M. A. (2002). *Yapay Döllenmenin Hukuki Sonuçları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.
- Erol, Y. (2011). *Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik* (Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi). Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Konya.
- Eşelioğlu, R. (2015). *Üreme ile İlgili Problemlerin Uluslararası Metinler ve Türk Hukuku Karşılaştırılarak Feminist Teori Bakımından İncelenmesi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Ankara.
- Feyzioğlu, N. vd. (1986). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Gençcan, Ö. U. (2002). *743 ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri*. Ankara: Yetkin.
- Gökcan, H. T. (2018). Hasta Haklarının Bireysel Başvuru Yoluyla Korunması. *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, s. 155-189.
- Gönenç, F. İ. (2014). Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar. *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, s. 63-82.
- Hakeri, H. (2017). *Tıp hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Hakeri, H. (2014). Taşıyıcı Annelik. *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, s. 83-92. (Taşıyıcı Annelik)

Hatemi, H., Kalkan Oğuztürk, B. (2018). *Aile Hukuku*. İstanbul: Oniki Levha

Hatemi H. ve Serozan, R. (1993). *Aile hukuku*. İstanbul: Filiz.

Helvacı, S. (2011). *Gerçek Kişiler*. İstanbul: Legal.

Kalkan Oğuztürk, B. (2011). *Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar*. İstanbul: Vedat.

Kamacı, M. (2009). Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları. *YD. C. 36, S. 1-2*, s. 25-63.

Kamacı, M. (2009). Embriyon Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Problemleri. *Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı*, s. 93-110. (Nesep)

Karakaş, F. T. (2015). *Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar*. Ankara: Turhan.

Karanfil, K. (2000). *Uluslararası Çocuk Hakları Sözleşmesi Işığında Türk Hukukunda Çocuğun Ana-Babasını Bilme Hakkı, Üremeye Yardımcı Teknolojiler ve Adli Bilimler*. (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.

Kılıçoğlu, A. (2016). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan.

Kılıçoğlu, A. (2016). *Medeni Hukuk*. Ankara: Turhan. (Medeni Hukuk)

Kırkbeşoğlu, N. (2005). *Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.

Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2014). *Medeni Usul Hukuku*. Ankara: Yetkin.

Metin, S. (2010). *Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk*, İstanbul: Oniki Levha.

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.

Oğuzman, K., Seliçi, Ö., Oktay Özdemir, S. (2015). *Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz.

Özbilen, A. B. (2011). *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*. İstanbul: Vedat.

Özpınar, B. (2009). Hekimlerin Yapay Döllenmelerde Hukuki Sorumluluğu. *Ankara Barosu 2. Sağlık Hukuku Kurultayı*, s. 33-55.

Özsoy Boyunsuz, Ş. (2014). İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Kapsamında Sağlık Hakkı. *Güncel Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 124, s. 52-55.

Özsunay, E. (1998). *Hayatın Başlangıcı Ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar. Bülent Davran'a Armağan*, İstanbul.

Öztañ, B. (2015). *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan.

Öztañ, B. (2017). *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*. Ankara: Turhan.

Paksoy, G.(2011). Soybağının Reddi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 97, S. 2-4, s. 353-376.

Serozan, R. (2017). *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat. (Çocuk Hukuku)

Serozan, R. (2017). *Medeni Hukuk*. İstanbul: Vedat.

Sert, G. (2018). Hasta Hakları. *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, s. 125-153.

Sungurbey, İ. (2003). *Medeni Hukukun Temel Sorunları*. Ankara: Adalet.

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

Tekinay, S. S. (1992). *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz. (Medeni Hukuk)

Turgut, C. (2016). *Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar*. İstanbul: Oniki Levha.

Tüzüner, Ö. (2016). *Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri*. İstanbul: Filiz.

Usta, S. (2012). *Çocuk Hakları ve Velayet*. İstanbul: Oniki Levha.

Üçışık, F. (2017). *Sağlık Hukuku*. İstanbul: Ötüken

Yenerer Çakmut, Ö. (2008). *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, İstanbul: Beta.

Yıldırım, M. F. (2007). İnsan Genom Projesi ve Hukuk Dünyasına Etkileri. *GÜHFD*, C. XI, S. 1, 2, s. 355-366.

Yıldız, C., Kartal, D. B., Tiryaki B. Yardımcı Üreme Teknikleri Raporu. *Hasta Hakları Aktivistleri*, s. 555-573.

Yılmaz, B. (2017). *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*. Ankara: Adalet.

Yücel, Ö. (2018). Hekimin ve Özel Sağlık Kuruluşlarının Hukuksal Sorumluluğu. *Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları*, s. 337-366.