

**T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
İNSAN HAKLARI HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**CENİNİN HUKUKİ STATÜSÜ VE CEZA HUKUKU YOLUYLA
KORUNMASI**

Tansu SAYAR

**Danışman
Doç. Dr. Koray DOĞAN**

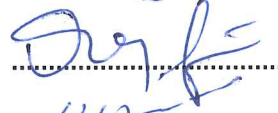
İZMİR-2018

YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : TANSU SAYAR
Öğrenci No : 2016800423
Tez Başlığı : Ceninin Hukuki Statüsü ve Ceza Hukuku Yoluyla Korunması

Savunma Tarihi : 04/07/2018
Danışmanı : Doç.Dr.Koray DOĞAN

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>	<u>İmza</u>
Doç.Dr.Koray DOĞAN	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Prof.Dr.Veli Özer ÖZBEK	DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ	
Doç.Dr.Bariş BAHÇECİ	İZMİR EKONOMİ ÜNİVERSİTESİ	

TANSU SAYAR tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği() / oy çokluğu() ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “.....
.....” adlı
çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak
yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu,
bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla
doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Adı SOYADI

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Cenin Hukuki Statüsü ve Ceza Hukuku Yoluyla Korunması

Tansu SAYAR

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Kamu Hukuku Anabilim Dalı

İnsan Hakları Hukuku Programı

Cenin ahlaki statüsü ve nasıl bir korumaya tabi tutulacağı, neredeyse her kültürde bir tartışma konusu olarak kendini göstermektedir. Bu çalışmada cenine Türk Ceza Hukuku ile sağlanan hukuki korumanın incelenmesi ve ceza hukukunda ceninin yaralamasına neden olunmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamasının vurgulanması amaçlanmıştır.

Cenin ahlaki statüsü ile ilgili çeşitli görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin hangilerinin uygulanabilir ve tercih edilen görüşler oldukları devletlerin hukuki düzenlemeleri incelenerek ortaya çıkarılabilir. Çalışmamızın ikinci bölümünde bazı devletlerin embriyonik kök hücre çalışmaları ve gebeliğin sonlandırılması konusundaki hukuki düzenlemeleri incelenerek ceninin statüsüyle ilgili görüşlerine ulaşılmaya çalışılmıştır. Devletlerin bu iki konudaki hukuki düzenlemeleri ve uygulamaları, ceninin statüsü, kişiliğin kazanılma anı, ve dolayısıyla ceninin nasıl korunduğu konusunda genel bir fikir vermiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise cenine Türk Ceza Hukuku ile sağlanan koruma incelenmiştir. TCK madde 99'da düzenlenen çocuk düşürtme ve madde 100'de düzenlenen çocuk düşürme suçlarının yanında, bazı suçların nitelikli halleriyle de cenine zarar verilmesinin cezalandırıldığı görülmüştür. Çocuğun düşmesi, yani ceninin ölmesi, durumunda fail cezalandırılmaktadır. Öte yandan ceza hukuku sisteminin ceninin anne karnındayken gördüğü zarar nedeniyle yaralı veya engelli olarak doğması durumu için bir suç öngörmediği anlaşılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cenin, Ceninin Statüsü, Embriyonik Kök Hücre Çalışmaları, Gebeliğin Sonlandırılması, Ceninin Ceza Hukuku Yoluyla Korunması, Çocuk Düşürtme, Çocuk Düşürme, Cenin Yaralama.



ABSTRACT
Master's Thesis
Legal Status of the Unborn and Its Protection Through Criminal Law
Tansu SAYAR

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Public Law
Human Rights Law Program

Moral status of unborn and legal ways of its protection have been the matters of discussions in almost every culture. The purposes of this research are examining the protection that is provided to unborn by the Turkish Criminal Law and emphasizing that there is no regulation about causing bodily injury to unborn.

There are different opinions about moral status of unborn. To understand which of those opinions are applicable and preferable, regulations of different states on embryonic stem cell researches and termination of pregnancy are analyzed in the second heading of this research. The regulations of the states on those two subjects have given a general opinion about the status of unborn, moment of acquiring the status of being a person and legal protection that is provided to unborn.

In the third heading of our research, the criminal protection that is provided to unborn is examined. Besides the articles 99 and 100 of the Turkish Criminal Code, which are about the crimes on termination of pregnancy, giving harm to unborn is also punished with aggravated forms of some other crimes. So when the unborn is killed, the actor of the crime is punished. However it is understood that when someone causes bodily injury of an unborn and that unborn is born with injury or being a disabled person because of that action, there is no crime that is regulated in Turkish Criminal Law for this situation.

Keywords: Unborn, Status of the Unborn, Embryonic Stem Cell Researches, Termination of the Pregnancy, Criminal Law Protection Provided for the Unborn, Causing Bodily Injury of the Unborn.



İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

CENİN VE CENİNİN STATÜSÜ

I. İLGİLİ KAVRAMLAR.....	3
A. Embriyo Öncesi, Embriyo, Fetüs, Cenin ve Çocuk Kavramları	3
B. Kürtaj, Rahim Tahliyesi, Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Düşük ve Çocuk Düşürtme Kavramları	7
C. Fertilizasyon ve İmplantasyon.....	10
D. İn Vitro Fertilizasyon (IVF)	11
E. Embriyonik Kök Hücre	12
F. Embriyo ve İnsan Onuru	13
II. CENİNİN STATÜSÜ.....	17
A. Cenin Ahlakî Statüsü.....	17
1. Cenin Ahlakî Statüye Sahip Olmadığı Görüşü.....	18
2. Cenin Kademeli Bağımsız Bir Statüye Sahip Olduğu Görüşü	23
3. Cenin Oluşum Anından (döllenme) İtibaren Ahlakî Bir Statüye sahip olduğu görüşü.....	30
B. Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları ve Cenin Statüsü ile İlişkisi	32
1. Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları	32
2. Devletlerin Embriyodan Kök Hücre Elde Edilmesine İlişkin Mevzuatlarının Sınıflandırılması.....	34
3. Ulusal Mevzuat	39
C. Gebeliğin Sonlandırılması Sebeplerinin Sınıflandırılması ve Cenin Statüsü İle İlişkisi.....	45

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN CENİNİN STATÜSÜ VE

KORUNMASI

I. BAZI DEVLETLERE AİT DÜZENLEMELER	50
A. Almanya	51

B. İngiltere	58
C. İrlanda.....	63
D. İsrail.....	68
E. Güney Kore	71
F. Amerika Birleşik Devletleri	74
G. İtalya	83
H. Fransa	86
II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN YAŞAM HAKKI VE CENİNE UYGULANMASI	94
A. Yaşam Hakkı	94
B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler	100
1. Vo v. Fransa Kararı.....	100
2. Tysiac v. Polonya Kararı	107
3. Evans v. Birleşik Krallık Kararı	111
4. A, B, ve C v. İrlanda Kararı.....	118
5. R.R. v. Polonya Kararı.....	127
6. P. ve S. v. Polonya Kararı	134
7. Parillo v. İtalya Kararı	144
III. DEĞERLENDİRME	148
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
CENİNİN CEZA HUKUKU YOLUYLA KORUNMASI	
I. ÇOCUK DÜŞÜRTME.....	158
A. Genel Olarak.....	158
B. Suçun Hukuki Konusu.....	161
C. Suçun Maddi Unsurları	165
1. Suçun Konusu	165
2. Fail-Mağdur	166
3. Eylem	168
4. Suça Etki Eden Haller.....	173
D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	175
E. Suçun Manevi Unsuru	186
II. ÇOCUK DÜŞÜRME.....	187
A. Genel Olarak.....	187
B. Suçun Hukuki Konusu.....	188
C. Suçun Maddi Unsurları	189
1. Suçun Konusu	189
2. Fail-Mağdur	190
3. Eylem.....	191
4. Suça Etki Eden Haller.....	193

D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru	193
E. Suçun Manevi Unsuru	195
III. SUÇA ETKİ EDEN HAL OLARAK CENİNE ZARAR VERİLMESİ.....	196
A. Genel Olarak.....	196
B. Kasten Öldürme Suçunda Cenine Zarar Verilmesi	198
C. Kasten Yaralama Suçunda Cenine Zarar Verilmesi	201
D. Taksirle Yaralama Suçunda Ceninin Zarar Görmesi.....	205
E. İşkence Suçunda Ceninin Zarar Görmesi	208
F. Eziyet Suçunda Cenine Zarar Verilmesi	213
IV. SAĞLIKLI GELİŞİMİ ANNE KARNINDA BOZULUP TAM VE SAĞ DOĞAN CENİNE KARŞI CEZAİ SORUMLULUK	215
A. Genel Olarak.....	215
B. Kanun Koyucunun İradesinin Belirlenmesi	217
C. Cenin Yaralama	222
SONUÇ	230
KAYNAKÇA	237

KISALTMALAR

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Biyotıp Sözleşmesi	Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CEDAW	Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
Ed.	Editör/Editörler
IVF	İn vitro fertilizasyon
No.	Numara
NPK	2827 Sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun
pr.	Paragraf
s.	Sayfa
S.	Sayı
ss.	Sayfa aralığı
TCK	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
Tüzük	Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon İşlemlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük

GİRİŞ

Ceninin korunması gereken bir değer olup olmadığı, nasıl korunması gerektiği, ahlaki veya hukuki statüsünün ne olduğu neredeyse her kültürde yıllar boyu süren tartışmalara konu olmuştur. Gebeliğin sonlandırılması konusunda süregelen bu tartışma, bazı durumlarda ceninin menfaatleri ile annenin menfaatlerinin çatışmasından kaynaklanmakta olup hangi tarafın menfaatlerinin hangi durumlarda ağırlık göstereceği din, kültür, siyasi veya ahlaki görüşler ve nüfus politikaları gibi birçok durumdan etkilenmiştir.

Son yıllarda tıp, bilim ve teknolojinin gelişmesiyle mümkün kılınan ve hatta bir ihtiyaç haline gelen embriyonik kök hücre çalışmaları ile ceninin statüsüyle ilgili zaten devam eden tartışmalar, yeni bir boyut daha kazanarak devam etmiştir. Bu defa da ceninin menfaatleri ile bu araştırmalar ile çare bulunacağı düşünülen hastalıklardan mustarip kişilerin menfaatleri arasındaki çatışma gündeme gelerek farklı devletlerin konuyla ilgili farklı düzenlemeler yapmak yoluna gitmelerine ve dolayısıyla cenine çeşitli hukuki korumalar sağlanmasına neden olmuştur. Bu çalışmanın amacı cenine sağlanan ceza hukuku korumasını incelemek ve ceninin anne karnındayken maruz kaldığı zararlı bir davranış nedeniyle yaralı veya engelli olarak doğması halinde Türk Ceza Hukuku'nda bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmadığını vurgulamaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde, ceninin ahlaki statüsüne ilişkin çeşitli görüşlere yer verilecektir. Bu görüşlerin uygulanabilir ve tercih edilen görüşler olup olmadıkları ise çalışmanın ikinci bölümünde, çeşitli devletlerin embriyonik kök hücre çalışmaları ve gebeliğin sonlandırılması konularındaki mevzuatlarında çoğunlukla hangi görüşe yakın durduklarına bakılarak tespit edilmeye çalışılacaktır. Farklı görüşlerin ele alınabilmesi için mevzuatları incelenecek olan devletlerin farklı coğrafyalardan, farklı din ve kültürlerle sahip devletler olmalarına veya coğrafi yahut kültürel açıdan yakın ya da vatandaşlarının çoğu aynı dine mensup olan devletler olmalarına rağmen konuyla ilgili farklı görüşlere sahip devletler olmalarına dikkat edilecektir. Gebeliğin sonlandırılması ve in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulup henüz anne rahmine yerleştirilmemiş olan embriyolar hakkındaki uyuşmazlıkları konu alan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

Kararları da incelenerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin hangi görüşe yakın olduğu belirlenmeye çalışılacaktır.

İkinci bölümde yapılacak inceleme sonucunda ceninin ahlaki statüsü, kişiliğin kazanılma anı ve cenine sağlanan hukuki koruma hakkındaki çoğunluk görüşü tespit edilecektir. Bunlardan özellikle kişiliğin kazanılma anı hakkındaki görüşün belirlenmesi, üçüncü bölümde, cenine Türk Ceza Hukuku'nda sağlanan korumanın belirlenmesi amacıyla incelenen suçlar bakımından önemlidir. Zira kişiliğin kazanılma anı, oluşacak suçun niteliğini, suçla korunan hukuki değeri, suçun hukuki konusunu ve suçun mağdurunu doğrudan etkilemektedir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, cenine Türk Ceza Hukuku ile sağlanan koruma incelenecektir. Bu anlamda TCK madde 99'da düzenlenen çocuk düşürtme suçu ile madde 100'de düzenlenen çocuk düşürme suçu, hukuki düzenlemelerde aranan şartlar sağlanmadığı takdirde, gebeliğin sonlandırılmasının yani ceninin ölümün cezalandırılmasını öngördüğünden çalışmamızın konusuyla doğrudan ilintilidir. Öte yandan kanun koyucunun cenine sağladığı ceza hukuku koruması hakkındaki iradesini belirlemek amacıyla, aslında ceninin korunmasıyla doğrudan ilintili olmayan ancak nitelikli veya neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinde suçun gebe kadına karşı işlenmesine, suçun anne karnındaki çocuğun vaktinden önce doğmasına neden olmasına veya suçun anne karnındaki çocuğun düşmesine neden olmasına ilişkin düzenlemeler bulunan suçlar da ele alınacaktır. Son olarak Türk Ceza Hukuku'nda anne karnındayken zarar verilen ancak ölmeyip tam, sağ ancak kendisine anne karnındayken zarar verilmesi nedeniyle yaralı veya engelli olarak doğan kişinin korunmadığı vurgulanacaktır. Bu duruma ilişkin ceza hukuku korumasının sağlanmamasının nedeni irdelenecek ve böyle bir düzenleme yapılsaydı bunun artıları ve eksilerinin neler olacağı, konuyla ilgili haksız fiil sorumluluğuyla karşılaştırılarak, belirlenmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızın asıl amacı ceninin ceza hukuku yoluyla korunmasını incelemek olduğundan bu çalışmada, farklı dinlerin ceninin korunmasıyla ilgili görüşlerine ve cenine özel hukuk yoluyla sağlanan haklara değinilmesi tercih edilmemiştir. Ayrıca son bölümde incelenen suçlar bakımından, klasik anlamda suç incelemesi yapılmamış, yalnızca suçların ilk bölümde vurgulanan konularla ilgili kısımlarına değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

CENİN VE CENİNİN STATÜSÜ

I. İLGİLİ KAVRAMLAR

A. Embriyo Öncesi, Embriyo, Fetüs, Cenin ve Çocuk Kavramları

Çalışmamızın konusu bakımından embriyo öncesi, embriyo, fetüs, cenin ve çocuk kavramlarının açıklanması önemlidir. *Demirbaş*, ceza kanununda artık bulunmayan yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu ile çocuk düşürme ve düşürtme suçları arasındaki farkı açıklarken şu ifadelerle yer vermiştir:

“...Çocuk düşürme ve düşürtme cürümlerinin hukuki konusu ise, henüz doğmamış olan, yani ana rahminde bulunan bir cenindir. Diğer bir ifadeyle, yeni doğmuş çocuğu öldürme suçunda korunan hukuki yarar, yaşama hakkı iken; çocuk düşürme ve düşürtme suçlarında ananın, ceninin ve gelecek nesillerin sağlığıdır. O halde bu iki suçu birbirinden ayırt edebilmek, “cenin” ve “çocuk” kavramlarına dayanmaktadır. Çünkü, “çocuk”, “cenin” niteliğinden “insan” niteliğine girdiği an çocuk öldürme suçu söz konusu olacaktır...”¹

Yeni doğmuş çocuğu öldürme suçu TCK’da artık yer almamakta, yeni doğmuş çocuğu öldürmek insan öldürme suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Öte yandan *Demirbaş*’ın bu açıklaması, cenin, çocuk ve insan kavramları arasındaki farkları vurgulaması bakımından hala değerlidir.

Yirmi üç kromozomlu erkek üreme hücresi (*sperm*), yirmi üç kromozomlu dişi üreme hücresini (*ovum*, *yumurta*) döledikten sonra kırk altı kromozomlu döllenmiş yumurta (*zigot*) ismi verilen tek hücre oluşur.² Gebelik süresi (yaşı) kadının son adet tarihinden başlar ve iki yüz seksen gündür (kırk hafta, dokuz ay on gün).³ Gebeliğin ilk sekiz haftasında cenine *embriyo* denir. Daha sonra doğuma kadar geçen sürede ise bu canlı *fetüs* olarak isimlendirilir. Gebeliğin sekizinci haftasında cenini besleyen organ olan

¹ Timur Demirbaş, **Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 22, Ankara, 1992, s. 9.

² İsmail Dölen, “Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?”, **Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı**, (Ed. Cahid Doğan ve Pınar Aksoy Gülaslan), Ankara, 1-2 Kasım 2013, ss. 35-40, s. 35.

³ Dölen, s. 35.

plasenta'nın tam olarak işlevine başladığı kabul edilmektedir ve bu haftadan sonra cenin, fetüs adını alır.⁴

Bir başka tanıma göre embriyo,

1- yumurtanın sperm ile döllenmesi sonucu oluşan ilk mitoz bölünmenin tamamlanması ile veya

2- başlangıç çizgisinin (primitive streak) ortaya çıktığı aşamaya veya daha ötesine kadar gelişme potansiyeline sahip insan genomu veya değiştirilmiş insan genomunun gelişmiş bir canlıya dönüşmesini başlatan herhangi bir süreç ile oluşan şeydir. Bu “şeyin” embriyo olarak tanımlanabilmesi için ilk mitoz bölünmeden itibaren sekiz haftalık sürenin dolmamış olması gerekir.⁵ Bu tanımın birkaç önemli yönü vardır. İlk olarak hücre bölünmesinin tamamlanmasından önceki “zigot” aşamasındaki “şey” bu tanıma göre bir embriyo değildir. İkinci olarak, bir embriyo, belirtilen ilk durumda anlatıldığı gibi, doğal yollardan oluşabileceği gibi, ikinci durumda anlatıldığı üzere, “başka bir süreç” ile de oluşabilmektedir. İkinci durumda anlatılan “başka süreç”, ileriki bölümlerde anlatacağımız “in vitro fertilizasyon” yani tüpte dölleme örnek olarak verilebilir. Öyleyse başka bir süreçle, örneğin tüpte dölleme tekniğiyle, oluşturulan şey de “embriyo” olarak kabul edilmektedir. Üçüncü olarak, anlatılan iki durumdan biri sonucu meydana gelen oluşum, yani embriyo, sekiz haftanın sonunda artık embriyo olarak değil fetüs olarak adlandırılacaktır. Görüldüğü gibi bir embriyo, normal yollarla, yani yumurtanın anne karnında döllenmesi ile oluşabileceği gibi, gelişen tıp ve teknoloji sayesinde, yumurtanın tüpte döllenmesi ile, yani “in vitro fertilizasyon” yöntemi ile de oluşabilmektedir.

Anne karnındaki bir bebeğin gelişim evreleri “Erken Embriyal Dönem” (Early Development), “Embriyal Dönem” ve “Fetal Dönem” olmak üzere üçe ayrılabilir.⁶ Erken Embriyal Dönem ve Embriyal Dönem aşamalarla (*stages*) ifade edilir. Erken Embriyal Dönem ve Embriyal Dönem toplamda yirmi üç aşamadan ibarettir, bu aşamalar döllenmeden (*fertilizasyon*) başlar ve yirmi üçüncü aşamanın sonunda, diğer deyişle elli

⁴ Dölen, s. 35.

⁵ J.K. Findlay, M.L. Gear, P.J. Illingworth, S.M. Junk, G. Kay, A.H. Mackerras, A. Pope, H.S. Rothenfluh, L. Wilton, “Human Embryo: A Biological Definition”, **Human Reproduction**, S. 22, No: 4, ss. 905- 911, 2007, s. 910.

⁶ Keith L. Moore ve T.V.N. Persaud ve Mark G. Torchia, **The Developing Human: Clinically Oriented Embryology**, 10. Baskı, Elsevier, Philadelphia, 2013, s. 1,2.

altıncı günün sonunda, yine bir başka deyişle sekizinci haftanın sonunda sona erer. Erken embriyal dönem veya embriyo öncesi dönem fertilizasyonla başlayıp gelişimin ikinci haftasının sonuna kadar devam eden dönem olarak tanımlanabilir.⁷ Bu tanıma göre bakıldığında erken embriyal dönem, fertilizasyon sonrası bölünmesine devam ederek gelişen embriyonun fallop tüpünden geçerek anne rahmine ulaştığı ve rahim duvarına implante olduğu döneme işaret etmektedir.⁸ İkinci haftanın sonundan itibaren önce embriyonik disk ve hemen ardından üç germ yaprağı oluşumu gözlenir ve hücreler özelleşmeye başlar.⁹ Embriyal dönem üç germ yaprağının oluşmaya başladığı bu dönemden sekizinci haftanın sonuna kadar devam eder.¹⁰ Dokuzuncu haftanın başından doğuma kadar geçen döneme ise Fetal Dönem adı verilir.¹¹

Gebelik sürecinin bir başka aşamalandırma şekli ise süreci üç trimester olarak ayırmaktır.¹² Her trimester üç aylık bir döneme işaret eder. Anne karnındaki bebeğin gelişim aşamalarından en kritik olanları ilk trimester sırasında gerçekleşir (on üç hafta) ki bu süreç, erken embriyal dönem ile embriyal dönemin tamamı ile fetal dönemin ilk birkaç haftasını kapsamaktadır.

Konumuz açısından bilinmesi yararlı bir aşama, gebeliğin üçüncü aşaması olup, bu aşamada anne karnındaki bebek *blastosit* oluşumundadır. Blastosit oluşumu gebeliğin beşinci gününde sona ererek¹³ yerini dördüncü aşamadaki *implantasyona*, yani anne karnındaki bebeğin anne rahmine tutunmasına bırakır. Çalışmamızın ileri dönemlerinde bahsi geçecek olan kalp atışının başlaması embriyal dönemin onuncu aşamasında yani gebeliğin dördüncü haftasının başında görülen bir durumdur.

⁷ Merve Seda Yaşar, “İnsanda Döllenmeden Doğuma Kadar Embriyonun Gelişim Evreleri”, <https://e173246.wordpress.com/2013/11/13/insanda-dollenmeden-doguma-kadar-embriyonun-gelisim-evreleri/>, (24.01.2018). Erken Embriyo dönemini fertilizasyondan itibaren beşinci güne kadar geçen süre olarak tanımlayan kaynaklar da bulunmaktadır; bakınız, Ahmet Karakaya, **Kök Hücre Çalışmaları ve Etik: Türkiye’de İnsan Embriyosundan Elde Edilen Kök Hücreler Üzerinde Yapılan Çalışmalarda Etik Sorunlar**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeniyet Araştırmaları Anabilim Dalı, İstanbul, 2013, s. 16.

⁸ Moore/Persaud/Torchia, s. 2.

⁹ Moore/Persaud/Torchia, s. 44.

¹⁰ Moore/Persaud/Torchia, s. 2.

¹¹ Moore/Persaud/Torchia, s. 2, 103.

¹² Moore/Persaud/Torchia, s. 1, 93.

¹³ Moore/Persaud/Torchia, s. 32. T.W. Sadler, **Langman’s Medical Embryology**, 13. Uluslararası Baskı, Wolters Kluwer, 2015, s. 1,2, 43.

Gerek TCK'da¹⁴ gerekse TMK'da cenine ait bir tanım bulunmamaktadır. TCK'nın 99. maddesinde çocuk düşürme ve 100. maddesinde çocuk düşürme suçları düzenlenmiştir. Çocuk ise TCK'nın 6. maddesinin birinci fıkrasının “b” bendine göre on sekiz yaşını doldurmamış kişidir.¹⁵ Türk Hukuku'nda kişiliğin kazanılması tam ve sağ doğum ile başladığından “on sekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan “çocuk” kavramının çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçlarının konusu olan “çocuk” ile aynı şey olmadığı açıktır. Zira bu tanıma göre çocukluk dönemi, insanın tam ve sağ doğumundan on sekiz yaşını dolduruncaya kadar geçen süreci ifade eder. Çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçlarının konusu ise embriyo, fetüs veya cenindir.¹⁶ Öyleyse TCK'nın “çocuk düşürme” ve “çocuk düşürtme” kavramlarını kullanması isabetli değildir.

TDK'nın Güncel Türkçe Sözlüğü'nde hem fetüs hem de cenin kavramı “dölüt” terimi ile açıklanmaktadır.¹⁷ Doktrinde de cenin kavramı, fetüs kavramına karşılık gelecek şekilde kullanılmakta, fetal dönem öncesindeki oluşum için ise, yine tıpta olduğu gibi, embriyo kavramı ile ifade edilmektedir.¹⁸ Öte yandan yine doktrinde, cenin kavramının hem embriyoyu hem de fetüsü kapsayacak şekilde kullanıldığı da görülmektedir.¹⁹

Bu çalışmanın gebeliğin sonlandırılması ile ilgili kısımlarında ceninin gelişiminin hangi aşamasında olduğu önem arz ettiğinden bu kısımlarda “embriyo” ve “fetüs” kavramları kullanılacaktır. Çalışmanın gebeliğin sonlandırılması ile ilgili kısımlarında ise hukuki düzenlemelerde ceninin gelişimi dönemlerle değil haftalarla değerlendirildiğinden hem embriyo hem de fetüs kavramlarını kapsayacak anlamda “cenin” kavramı kullanılacaktır.

¹⁴ Alper Uyumaz ve Yasemin Avcı, “Türk Hukuku'nda Gebeliğin Sonlandırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 7(1), 2016, s. 19.

¹⁵ Uyumaz ve Avcı, s. 5.

¹⁶ Veli Özer Özbek, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, Şubat 2008, s. 582.

¹⁷ Türk Dil Kurumu. Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59d4caa2917393.71548554, (04.10.2017).

¹⁸ Tülay Aydın Ünver, **Cenin Hukuki Konumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2011, s. 8.

¹⁹ Örnek için bakınız; Ünver, s. 9. Özbek, s. 577- 600.

B. Kürtaj, Rahim Tahliyesi, Gebeliğin Sona Erdirilmesi, Düşük ve Çocuk Düşürtme Kavramları

Türk Hukukunda, gebeliğin sonlandırılması, kanunî düzenlemelerde ve öğretide farklı kavramlarla ifade edilmektedir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde "gebeliğin sona erdirilmesi" ifadesi kullanılırken, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'ün 3. ve 9. maddeleri arasında "rahim tahliyesi" ifadesi kullanılmaktadır. Öte yandan, suç oluşturan bu eylem için TCK'nın 100. maddesinde "çocuk düşürme", 99. Maddesinde ise "çocuk düşürtme" ifadeleri tercih edilmiştir. Öğretide ise gebeliğin sonlandırılması için, "kürtaj, düşük veya abortus" terimlerinin kullanıldığı görülmektedir.²⁰

Kürtaj, ana rahminde yerleşmiş bulunan ceninin tıbbi bir nedenle ya da gebenin isteği üzerine alınması veya çıkmasının sağlanması biçiminde tanımlanabilir.²¹ Dölen, kürtaj teriminin halk arasında gebeliğin erken dönemde istemle sonlandırılması durumu için kullanıldığını belirtmektedir.²² Aslında tıpta uygulanan bir yöntemin adı olan *kürtaj* (*küretaj*) terimi, vücut boşluğundaki sağlıklı ya da fazla dokuları *küret* adı verilen metallerle kazıyarak dışarı alma anlamına gelmektedir.²³ Kürtaj sadece gebeliğin sonlandırılması için kullanılmamakla birlikte, erken dönem gebeliklerin sonlandırılması amacıyla sıklıkla kullanılan bir yöntemdir.²⁴ Yine aynı anlamda kullanılan abortus terimi, rahim içindeki embriyo veya fetüsün yaşamının sonlandırılması amacıyla rahim dışına çıkarılması olarak tanımlanabilir.²⁵ Abortus, fetüs yaşama yeteneği kazanmadan gebeliğin sonlanmasıdır.²⁶ Altıparmak, Çiçeklioğlu ve Yıldırım'a göre, abortus ile düşük (miscarriage) kavramı birbirlerinden farklıdır. Düşükte öncelikli olarak embriyo veya

²⁰ Uyumaz ve Avcı, s. 18.

²¹ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014, s. 348.

²² Dölen, s. 37.

²³ Saliha Altıparmak ve Meltem Çiçeklioğlu ve Gülay Yıldırım, "Abortus ve Etik", **Cumhuriyet Tıp Dergisi**, S. 31, 2009, ss. 84-90, s. 85.

²⁴ Işıl Güney Tunali, **Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, Nisan 2015, s. 24. Uyumaz ve Avcı, s. 19. Altıparmak ve Çiçeklioğlu ve Yıldırım, s. 85.

²⁵ Uyumaz ve Avcı, s. 19.

²⁶ Altıparmak ve Çiçeklioğlu ve Yıldırım, s. 84.

fetüsün yaşamını sonlandırmayı amaçlamayan dış etkenlerle anne ve/veya embriyo veya fetüsü ilgilendiren hastalıklar söz konusu olup, embriyo ya da fetüsün yaşamının kasten sonlandırılmasından söz edilemez.²⁷ Yani, abortus isteyerek sonlandırma işlemi için kullanılırken; düşük, istem dışı sonlanmalar için kullanılır.²⁸

Abortus kavramı ile düşük kavramının birbirinin aynısı olduğunu düşünen Dölen'e göre,

“Gebeliğin yirmi ikinci haftasından önce ana rahminden ayrılan ceninin, organlarının gelişmesi çok yetersiz olduğu için rahim dışında yaşama şansı yoktur. Sonuçta yirmi ikinci gebelik haftasından önce ceninin rahimden ayrılmasına düşük (abortus) denir. Tıbbi olarak ise yaşayabilir sınırı olan yirmi ikinci gebelik haftasından sonra ceninin rahimden ayrılmasına doğum, daha önce ise düşük denir. Rahim tahliyesi, yirmi ikinci gebelik haftasından önce kendiliğinden olursa spontan düşük, tıbbi veya cerrahi yöntemlerle rahim içi boşaltılırsa provake (induced) düşük denir. Ayrıca ilk on iki haftada olan düşüklere “erken” düşük, on iki ila yirmi iki haftalar arasındaki düşüklere ise “geç” düşük denir. Düşük, kendiliğinden olursa spontan, uyarı/müdahale ile olursa provake (induced) düşük olarak isimlendirilir.”²⁹

Özkan'a göre ise isteyerek düşük, gebelikten korunma yöntemlerinin kullanılmaması veya başarısız olması sonucunda oluşan istenmeyen gebeliğin sonlandırılması olup, günlük dilde kürtaj olarak adlandırılmaktadır.³⁰

Rahim tahliyesi, ilgili tüzüğün 2. maddesinde gebeliğin sonlandırılması olarak tanımlanmıştır. Rahim tahliyesi de, kürtaja benzer şekilde, gebelik sonrası rahimde kalan materyallerin boşaltılması amacıyla yapılan işlemler olarak tanımlanmaktadır.³¹ Dölen, tıbbi açıdan rahim tahliyesi ile gebelik sonlandırılmasının aynı şey olduğunu belirtmektedir.³² Döllenmiş yumurtanın rahim içine yerleşmesi ile oluşan cenin, zarlar,

²⁷ Şahin Aksoy, “Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?”, **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, S. 4, 1996, ss. 12-15, s. 12. Altıparmak ve Çiçeklioğlu ve Yıldırım, s. 85.

²⁸ Uyumaz ve Avcı, s. 19.

²⁹ Dölen, s. 36, 37.

³⁰ Özlem Özkan, “Ülkelere Göre Kürtaja Yönelik Yasal Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, **Toplum ve Hekim**, 27(4), Temmuz-Ağustos 2012, ss. 304-320, s. 304.

³¹ Uyumaz ve Avcı, s. 18.

³² Dölen, s. 36.

plasenta ve sıvıya (amnion sıvısı) gebelik ürünü (gebelik mahsulu) denir. Rahim tahliyesi gebelik ürününün rahim dışına çıkması/çıkarılmasıdır. Rahim tahliyesi kendiliğinden olabileceği gibi, gerektiğinde kürtaj, sezaryen örneklerinde olduğu gibi doğal olamayan yollarla da olabilir.³³

Hafizoğulları ve Özen'e göre, ceza hukukunda çocuk düşmesi, gebeliğin fizyolojik seyrinin istenerek kesintiye uğramasının sonucu olarak, cinsel ilişkiden meydana gelen ürünün, cenin denen varlığın ölmesidir.³⁴ Gelişim sürecine devam eden ve yaşayan bir cenine yönelen ve onu, gebe kadın ile olan yaşamsal bağlantısına son vererek bu sürecin dışına çıkarmaya çalışan müdahaleler ise, madde 99 anlamında “çocuk düşürmedir”.³⁵ Çocuk düşürme eylemi, çocuk düşürme suçunun maddi unsuru anlamında, ceninin ölümünü sağlayıcı her türlü müdahaledir.³⁶ Dolayısıyla çocuk düşürme suçundan bahsedebilmek için ana rahmindeki ceninin yaşamsal fonksiyonlarının devam ediyor olması ve ceninin ölmemiş olması gerekir.³⁷

Doktrinde ayrıca *Çakmut*'un “gebeliğe tıbben son verilmesi”³⁸, *Yurtcan*'ın ise “gebeliğin durdurulması” ifadelerini kullandıkları görülmektedir.³⁹ Görüldüğü gibi doktrinde ve mevzuatta aynı durum birbirinden farklı birçok terimle ifade edilmektedir. Kimi yazarlar bu terimlerin her birinin veya bazılarının birbirini karşıladığını belirtirken kimi yazarlar da bu terimler arasında bazı farkların bulunduğunu vurgulamaktadır. Bu çalışmada, sık kullanırlılığı ve anlaşılabilirliği nedeniyle gebeliğin sonlandırılması terimi kullanılacaktır.

³³ Dölen, s. 36.

³⁴ Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Ocak 2015, s. 138.

³⁵ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 297.

³⁶ Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015, s. 862.

³⁷ Tuba Özalp ve Faruk Özalp, **Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 144. Çocuk düşürme ve çocuk düşürme suçu ileride ayrıntısıyla ele alınacağından bu bölümde yalnızca doktrindeki birkaç tanıma değinilmiştir.

³⁸ Özlem Yenener Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003, s. 131.

³⁹ Erdener Yurtcan, **Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması**, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 19.

C. Fertilizasyon ve İmplantasyon

Fertilizasyon, yani döllenme, doğal bir süreçtir. Kadınların yumurtalıklarında çok sayıda primer folikül bulunur. Foliküller, içinde yumurta hücresi barındıran hücre topluluklarıdır. Kadının her periyodunda, yumurtalık içerisinde bulunan foliküllerden birkaç tanesi gelişmeye başlar ancak sonunda yalnızca bir tanesi gelişimini tamamlar⁴⁰ ve bu gelişmiş yumurta hücresi yumurtalıktan atılır. Gelişmiş yumurta hücresinin yumurtalıktan atılmasına ovulasyon denir.⁴¹ Yumurtalıktan atılan yumurta hücresi *fallop tüpüne* giriş yapar ve *uterusa* (rahim) doğru ilerlemeye başlar. Normal şartlarda yumurta spermle karşılaşırsa *fallop tüpünün ampulla* bölgesinde fertilizasyon yani döllenme gerçekleşir.⁴² Döllenmiş yumurta hücresi zigot adını alır ve ardından ikinin kuvvetleri halinde bölünerek embriyonik gelişimine başlar. Gelişiminin sekiz hücreli safhasında embriyo rahme ulaşır ve anne rahmine tutunur. Embriyonun anne rahmine tutunmasına ise implantasyon adı verilir.⁴³ Embriyo gelişiminin devamını anne rahminde sürdürecektir.

Normal şartlarda fertilizasyon, ve ardından implantasyon, doğal süreçler olsa da bazı durumlarda çocuk sahibi olmak isteyen kişiler infertilizasyon (kısırlık) sorunları yaşayabilmektedir. İnfertilizasyon sorunları çok çeşitli olmakla birlikte üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kullanılmasıyla bunlardan bazılarının tedavisi mümkündür. Yardımcı üreme teknikleri başlangıçta sadece tubal faktör söz konusu olduğunda uygulanmasına rağmen, kısa bir zaman içinde, uygulama alanı genişlemiş ve erkek infertilitesi, açıklanamayan infertilite, endometriozis, polikistik over sendromu, immünolojik infertilite, uterin faktör, ileri anne yaşı gibi nedenler için de kullanılmaya başlanmıştır.⁴⁴ İn vitro fertilizasyon, fertilizasyonun doğal yollarla gerçekleşemediği durumlarda uygulanan yardımcı üreme tekniklerinden biridir.

⁴⁰ Moore/Persaud/Torchia, s. 21.

⁴¹ Moore/Persaud/Torchia, s. 22.

⁴² Moore/Persaud/Torchia, s. 29.

⁴³ Moore/Persaud/Torchia, s. 36.

⁴⁴ Nurcan Kırca ve Türkan Pasinlioğlu, “İnfertilite Tedavisinde Karşılaşılan Psikososyal Sorunlar”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry**, 5(2): 162-178, 2013, s. 170.

D. İn Vitro Fertilizasyon (IVF)

İn Vitro Fertilizasyon yöntemi, bu yöntem ile tedavi için elde edilen fazlalık embriyoların embriyonik kök hücre araştırmalarında kullanılması nedeniyle konumuzla ilişkilidir. Embriyonik kök hücre çalışmalarında kullanılan embriyonik kök hücreler, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri kapsamında oluşturulup tedavinin o aşamasında kullanılmayan ancak ileride kullanılabileceği düşüncesiyle dondurularak saklanan fazlalık embriyolardan veya tedavide kullanılmak için bu amaçla özel olarak oluşturulan embriyolardan elde edilmektedir.⁴⁵ Embriyonik kök hücrelerin elde edildiği embriyo kaynaklarından biri olan in vitro fertilizasyon yöntemini incelemek bu yönden faydalı olabilir.

İn Vitro Fertilizasyon yöntemi laboratuvarlarda insan yumurta hücresi ve insan embriyosu transferi için tüm dünyada kullanılan standart bir yöntemdir. Yumurtalıklardaki folikül gelişimi gonadotropin⁴⁶ veya klomifen sitrat⁴⁷ verilerek tetiklenir. Yumurta hücresi ilk mayoz bölünmenin ileri aşamalarında tam ovulasyondan önce bir aspiratör yardımıyla laparoskopi kullanılarak toplanır.⁴⁸ Yumurta hücrelerinin ultrason rehberliğindeki bir iğnenin vajina duvarından yumurtalıktaki bir foliküle giriş yapılarak toplanması da mümkündür.⁴⁹ Toplanan yumurta hücresi bir petri kabına konularak derhal sperm eklenir.⁵⁰ Bu yöntem alternatif olarak bir tek spermin doğrudan yumurta hücresinin sitoplazmasına enjekte edilmesiyle de fertilizasyon sağlanabilir.⁵¹ Bu tekniğe sitoplazma içi sperm enjeksiyonu yöntemi (intracytoplasmic sperm injection ICSI) denilmekte olup yöntem erkek infertilitesinin söz konusu olduğu durumlarda uygulanır. Her iki yöntemin de sonrasında döllenmiş yumurtalar sekiz hücreli safhaya kadar gözlenir ve ardından anne rahmine gelişiminin devamı için yerleştirilir.⁵²

⁴⁵ Cemile Turgut, **Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016, s. 100.

⁴⁶ Sadler ve Thomas, s. 42.

⁴⁷ Moore/Persaud/Torchia, s. 30.

⁴⁸ Sadler ve Thomas, s. 42.

⁴⁹ Moore/Persaud/Torchia, s. 30.

⁵⁰ Sadler ve Thomas, s. 42. Moore/Persaud/Torchia, s. 30.

⁵¹ Sadler ve Thomas, s. 42.

⁵² Sadler ve Thomas, s. 42.

Anne rahmine yerleştirilmeyen döllenmiş embriyolar ise daha sonra kullanılma ihtimallerine karşı, sıvı nitrojen içinde dondurularak saklanır.⁵³

IVF yönteminde başarı oranı anne yaşına bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Kadının 35 yaşının altında olduğu durumlarda ilk seferde gebeliğin sağlanması oranı %30 civarındadır.⁵⁴ Anne yaşı arttıkça bu oran düşmektedir. Öyle ki kırk yaşın üstündeki kadınlarda yöntemin başarı şansı %5'in altındadır. Bu düşük başarı oranlarının yanı sıra yöntem yüksek bir doğum hasarı oranını da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle gebelik başarısını arttırabilmek için dört ila beş yumurta hücresi toplanmakta, döllenmekte ve anne rahmine yerleştirilmektedir. Ancak bu durum da çoklu gebelik riskini ortaya çıkarmaktadır. Çoklu gebeliğin görülme sıklığı da anne yaşına bağlı olup genç kadınlarda daha sık görülmektedir.⁵⁵

E. Embriyonik Kök Hücre

Embriyonik kök hücreler embriyonun iç hücre kitlesinden elde edilir.⁵⁶ Bu hücreler pluripotent⁵⁷ yapıda, yani teknik olarak her hücre ve doku türüne dönüşebilecek nitelikte olduklarından, diyabet Alzheimer, Parkinson, anemi gibi çok çeşitli hastalıkların tedavisi etme potansiyeline sahip oldukları düşünülmektedir.⁵⁸

Embriyonik kök hücreler IVF sonrasında üreme amaçlı klonlama adı verilen bir yöntemle elde edilebilirler ancak bu yöntemin, elde edilen kök hücrenin hastanın bağışıklık sistemiyle uyumluluk göstermemesi riski vardır. Bu riskin üstesinden gelmek adına bu hücreler genetik olarak modifiye edilebilir.⁵⁹ Bu konuyla ilgili diğer sorun, bu embriyonik kök hücrelerin canlı ve yaşayabilir embriyolardan alınmasından kaynaklanan etik tartışmalardır. Hakeri'ye göre embriyonik kök hücre elde etmek amacıyla

⁵³ Moore/Persaud/Torchia, s. 30

⁵⁴ Sadler ve Thomas, s. 42.

⁵⁵ Sadler ve Thomas, s. 42.

⁵⁶ Sadler ve Thomas, s. 45.

⁵⁷ Pluripotent hücreler, üreme hücreleri dışındaki tüm vücut hücreleri ve dokularına kaynaklık eden hücrelerdir. Erken embriyonik dönemde (döllenmeden itibaren beşinci güne kadar geçen süre) görülen totipotent hücrelerden farkı, pluripotent hücrelerin, birçok hücre ve dokunu tipine dönüşebilmelerine rağmen, yeni bir birey oluşturmamalarıdır; bakınız, Karakaya, s. 15.

⁵⁸ Sadler ve Thomas, s. 45.

⁵⁹ Sadler ve Thomas, s. 45.

oluşturulmuş bir embriyonun, içinden araştırma ve tedavi amacıyla kök hücre alınmak yoluyla öldürülmesi, insanın araçsallaştırılması yasağını ve dolayısıyla insan onurunu ihlal etmektedir.⁶⁰ Hakeri'ye göre insanın araçsallaştırılması yasağının insanın nüvesi olan embriyo için de geçerli olması gerekmektedir.⁶¹ Fikrimizce insanın araçsallaştırılması yasağı ve dolayısıyla insan onurunun embriyo üzerinde uygulaması bulunmamaktadır. Bu konunun anlaşılabilmesi için insan onuru ile insan embriyosu arasındaki ilişkinin kısaca irdelenmesinde fayda vardır.

F. Embriyo ve İnsan Onuru

II. Dünya Savaşı sırasında yaşanan yoğun insan hakları ihlalleri insan onuru kavramını gündeme taşımış ve insan haklarına dair yasal araçlarda tüm insanların insan olmaları nedeniyle eşit olduğu, eşit derecede insan onuruna sahip olduğu fikri yaygınlaşmıştır. Yaşanan trajedi sonrası insan onuru kavramına atıf yapan ilk yasal araç Birleşmiş Milletler'in 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi olmuş ve trajedinin merkezindeki Almanya anayasası, 1949 tarihindeki değişiklikle insan onuruna değinen ilk anayasa olmuştur.⁶² Irak Savaşı sırasında Ebu Gureyb Cezaevi'nde yaşanan işkence ve kötü muamele vakaları⁶³ ve bilim ve teknolojinin ilerlemesi ile kök hücre çalışmalarında embriyoların kullanılması gibi tartışmalarda insan onurunun sıklıkla gündeme geldiği, hatta insan embriyosunun insan onuruna sahip olduğunun iddia edildiği⁶⁴, görülmektedir. Özellikle Tüpte (in vitro) Embriyo Üzerinde Araştırma konusunda düzenleme yapan Biyotıp Sözleşmesi'nin giriş bölümünde insan onurunu temel bir değer olarak sayması, konuyla ilgili tartışmaların süregelmesine sebep

⁶⁰ Hakeri, s. 433.

⁶¹ Hakeri, s. 435.

⁶² Doris Shroeder, "Human Rights and Human Dignity An Appeal to Separate the Conjoined Twins", **Springer Science+Business Media**, s. 325, (19.01.2012).

⁶³ Eduardo Mendieta, "The Legal Orthopedia of Human Dignity: Thinking with Axel Honneth", **Philosophy and Social Criticism**, 40(8), 2014, s. 801.

⁶⁴ Michael Hauskeller, "Believing in the Dignity of Human Embryos", **Human Reproduction and Genetic Ethics**, 17(1): 53-65, 2011, s. 64. Robert D. Orr ve Christopher C. Hook, "Stem Cell Research: Magical Promise v. Moral Peril", **Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics**, 2(1): 188-199, (2002) s. 191, 192. Diocesan Natural Family Planning Ministry, "Dignitas Personae (Instruction on Certain Bioethical Questions)-Excerpts", Winter/Spring, 20(1, 2), <http://www.usccb.org/issues-and-action/marriage-and-family/natural-family-planning/resources/upload/Winter-spring2009.pdf>, 2009, s. 3.

olmaktadır. Anayasa'nın Başlangıç bölümünün altıncı paragrafında da insan onuruna atıfta bulunulduğu görülmektedir.⁶⁵

Fikrimizce insan embriyosu insan onuruna sahip değildir ve insan onuru kavramı ancak insanı ve insan türünü korumak amaçlandığında embriyo üzerinde yapılan uygulamalara ilişkin hukuki düzenlemelerde temel alınabilir. Ancak bunun anlaşılması için öncelikle insan onuru kavramı üzerinde durmak gerekir.

Kuçuradi insan onurunu şu şekilde tarif etmektedir:

“...insanın değeri, tür olarak insanın diğer canlılar arasındaki özel yeri olarak anlaşılıyor. Bu yeri ona sağlayan, insanın bazı özellikleri ya da diğer canlılarla paylaştığı özelliklere ek özellikleridir-insanın yapısal olanaklarını da kapsayan yapısal özellikler. ...Her insanı insanın bu yapısal olanaklarını gerçekleştirebilecek muameleye layık kılan da bu değerdir. İnsan onuru, ...türünün belirli yapısal özellikleri ile olanaklarının ve bunlardan kaynaklanan ve ona evrendeki yerini sağlayan tarihteki başarılarının bilgisinden oluşur.”⁶⁶

Görüldüğü gibi, *Kuçuradi*, insan onurunun, insanın diğer canlıların sahip oldukları özelliklere ek olarak sahip olduğu bazı özelliklerin getirdiği özel yerinin farkındalığından ileri geldiğini belirtmektedir. *Kuçuradi* insanın bu yapısal olanaklarının kendisine sağladığı değere layık muamele görmesinin, bu değerinin farkında olmasıyla ilgisi olmadığını özellikle vurgulamaktadır.⁶⁷ Yani bir insan yapısal olanaklarını kullanamayacak hatta bunların hiç farkında olmayacak vaziyette bile olsa insan onuruna sahiptir ve diğerlerinin ona bu farkındalıkla muamele etmesi gerekir. Görüldüğü gibi *Kuçuradi*'nin insan onuru konsepti oldukça kapsayıcıdır: Her insan, insan onuruna salt insan olması nedeniyle sahiptir. İnsan onuruna sahip olmayan hiçbir insan yoktur. Nitekim, *Donnelly*'e göre de insan onurunun en önemli yönü tüm insanlara insanca

⁶⁵ “Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu;...”

⁶⁶ İoanna Kuçuradi, **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011, s. 72.

⁶⁷ Kuçuradi, s. 73.

muamele gösterilmesidir.⁶⁸ *Kuçuradi* insan onurunun çok önemli bir özelliğinin daha altını çizmektedir: Bir insanın insan onurunu kaybetmesi mümkün değildir.⁶⁹ Zira insan onuru insan olmakla yakından ilgili olup, bir insanın insanlığını kaybetmesi, insan türünün bir üyesi olmaktan dışlanması mümkün değildir.⁷⁰ *Kuçuradi*'ye göre “*insan onuruna, kendi onurumuza, uğradıklarımızla değil, yaptıklarımızla zarar veririz, çünkü yaptıklarımızdan sorumluyuz, başkalarının bize yaptıklarından değil*”.⁷¹

Kuçuradi'nin görüşü üzerinden yorum yaparak şöyle bir düşünceye varmak mümkündür: İnsan onuru bir üst kavram olup kazanılamaz veya kaybedilemez, zarar göremez, zedelenemez; yalnızca insan onuruna aykırı bir eylemde bulunan bir insan tarafından ihlal edilebilir. Hangi eylemin insan onuruna aykırı olduğu sorusu ise insan onurunun insan hakları ile ilişkisiyle açıklanabilir. *Donnelly*'e göre insan onuru ile insan hakları kavramları birbirlerini birlikte-inşa etmişlerdir.⁷² İnsan onuruna aykırı bir davranış insan haklarına ve dolayısıyla insan haklarına uygun olarak çıkarılan hukuk kurallarından bazılarını da aykırı olacaktır. İlgili hukuk kuralını ihlal eden fail bu hukuk kuralının ihlaline bağlı yaptırıma tabi tutulacaktır. Fail insan onuruna aykırı davranmakla birlikte failin insan onuru zedelenmemektedir. Mağdurun insan onuru ise, *Kuçuradi*'nin görüşünden hareketle, kişi uğradıklarından dolayı sorumlu tutulamayacağından zaten tartışma konusu değildir.

İnsan onurunun mağdurla değil faille ilgili olduğu görüşü, insan onuru kavramının insan embriyosuna uygulanırılığı ile yakından ilişkilidir. İnsan embriyosu, gelişim düzeyinin verdiği pasif yapısı itibarıyla, konusu olduğu her uygulamanın (kürtaj, embriyonik kök hücre tedavi ve araştırmaları, v.b.) mağduru konumunda bulunacaktır. Söz konusu uygulamalarda insan embriyosuna zarar verici eylemde bulunan, yani fail, ise

⁶⁸ Jack Donnelly, “Normative Versus Taxonomic Humanity: Varieties of Human Dignity in the Western Tradition”, **Journal of Human Rights**, S. 14, ss. 1-22, 2015, s. 1, 2.

⁶⁹ *Kuçuradi*, s. 69.

⁷⁰ Türücülüğün (speciesism), insan onuru kavramının modern kabul şekli üzerinde baskılayıcı bir rol oynadığına ilişkin görüş için bakınız, C. Palacios-Gonzalez, “Human Dignity and the Creation of Human-Nonhuman Chimeras”, **Med. Health and Philos**, S. 18, 2015, ss. 487-499, s. 490.

⁷¹ *Kuçuradi*, s. 69.

⁷² Donnelly, s. 15. İnsan onuru ile insan hakları kavramlarının birbirlerine kaynaklık etmesine karşı çıkan görüşler için bakınız; Steven Pinker, “The Stupidity of Dignity”, **The New Republic**, 28.05.2008, <https://newrepublic.com/article/64674/the-stupidity-dignity>, (22.12.2016). Shroeder, s. 325.

gelişimini tamamlamış, kişilik sahibi olduğunda şüphe bulunmayan bir insan olacaktır. Bir eylemin insan onurunu ihlal edip etmediğinin tespitinde yola çıkılması gereken nokta mağdur değil, fail olduğuna göre, embriyonun mağduru konumunda bulunduğu embriyonik kök hücre tedavi ve araştırmaları veya gebeliğin sona erdirilmesi gibi uygulamaların insan onuruna aykırı olup olmadığının tespiti için embriyonun insan onuruna sahip olup olmadığının tartışılması anlamlı değildir. Bu uygulamaların faili olan insan, insan onuruna sahip olduğu için bu uygulamaların insan onuruyla ilgisi vardır. Söz konusu uygulamalara ilişkin hukuki düzenlemeler insan embriyosunu değil insan türünü korumayı bu uygulamaların insan onuruna aykırı nitelik taşımasını sağlamayı amaçlar. Dolayısı ile embriyo ve embriyonik kök hücre araştırmalarına ilişkin hukuki düzenlemeler fikrimizce embriyonun insan onuruna sahip olduğunu göstermez. Fikrimiz bu yönde olmakla birlikte embriyonik kök hücre çalışmalarının etik boyutu üzerindeki tartışmalar sürmektedir.

Söz konusu etik tartışmalar ile doku uyumu sorunuyla karşılaşmamak adına son dönemde, yetişkin beden hücresinin çekirdeği alınarak bu çekirdeğin çekirdeği çıkarılmış yumurta hücresine transfer edilmesine dayalı yeni bir teknik geliştirilmiştir. Tedavi amacıyla klonlama (therapeutic cloning)⁷³ veya somatik çekirdek transferi adı verilen bu yöntemde söz konusu yumurta hücreleri blastosit oluşturmaları için tetiklenmekte ve

⁷³ Gökcan, s. 377. World Health Organization Executive Board eb115/inf.doc./2, 115th Session 16.12.2004 Provisional agenda item 9.5, "Reproductive cloning of human beings: status of the debate in the United Nations General Assembly Report by the Secretariat", http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB115/B115_ID2-en.pdf, (14.02.2017). Dünya Sağlık Örgütü'nün raporuna göre; klonlama uygulamaları amaçlarına göre üreme amacıyla klonlama (reproductive cloning) ve tedavi amacıyla klonlama (therapeutic cloning) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İnsanın araçsallaştırılmasına yönelik etik kaygılar nedeniyle üreme amacıyla klonlama tüm dünyada yasakken sonuçta bir çocuk değil bir tedavi materyali, örneğin embriyonik kök hücre elde edilen tedavi amacıyla klonlamaya bazı ülkelerde izin verilmektedir. Tedavi amacıyla klonlama uygulamasının adında da klonlama teriminin geçmesi nedeniyle uygulamanın üreme amacıyla klonlama ile karıştırılarak üreme amacıyla klonlamada ortaya çıkan etik kaygıları tedavi amacıyla klonlamaya da yönlendirebileceği düşünülmektedir. Raporda, bu nedenle tedavi amacıyla klonlama uygulamalarına "somatik çekirdek transferi yöntemi" olarak isimlendirilmesinin tercih edildiği belirtilmektedir. Rapora göre, üreme amacıyla klonlamadaki insan üretilmesi veya üretilen insanların yedek organ deposu olarak kullanılması kaygıları tedavi amacıyla klonlamada söz konusu değildir. Bununla birlikte, tedavi amacıyla klonlama uygulamalarının tedavi amacıyla klonlama uygulamalarına yakınlaştırılmamasına, uygulanan araştırmalarda insan onuruna saygı duyulmasına ve kadınların istismar edilmemesine dikkat edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Raporun devamındaki bilimsel araştırmaların, bireylerin ve tüm insan türünün sağlığının geliştirilmesini amaçladığına ilişkin ifade, fikrimizce asıl amacın embriyoların korunmasının sağlanması değil, bireylerin ve insan türünün korunması olduğunu göstermektedir.

embriyonik kök hücreler elde edilmektedir.⁷⁴ Embriyonik kök hücreler hastanın kendi hücresinden elde edildiğinden genetik olarak hasta ile uyum sorunu yaşanmamakta, dölleme gerçekleşmediğinden yöntem etik olarak daha az tartışmalı görünmektedir.⁷⁵

Yetişkin kök hücreleri de bazı hücre tiplerine dönüşebilecek özellikteki multipotent hücrelerdir.⁷⁶ Bu kök hücrelerin tedavilerde kullanılması, yetişkin kök hücrelerinin insan vücudundaki yerlerinin belirsiz olması dolayısıyla bulunması zor olmaları ve hücre bölünme oranlarının bu hücrelerde daha düşük olması nedeniyle embriyonik kök hücreler kadar tercih edilmemektedir.⁷⁷

II. CENİNİN STATÜSÜ

Ceninin statüsü, ceninin ne derece korunduğuyla yakından ilişkili bir konudur. Gerek devletlerin iç hukuklarında gerekse uluslararası hukukta cenini koruyan düzenlemeler, embriyonik kök hücre çalışmalarında ceninin kullanılıp kullanılmayacağı ile gebeliğin sonlandırılması konularında yoğunlaşmıştır. Bu bölümde öncelikle ceninin ahlaki statüsüne değinilecek ve ahlaki statüye ilişkin görüşlerin hukuki düzenlemelere yansımaları değerlendirilecektir. Ardından, devletlerin embriyonik kök hücre çalışmalarına izin verme ölçülerine bakılarak devletlerin bu konudaki bakış açıları sınıflandırılacaktır. Gebeliğin sonlandırılması sebeplerinin sınıflandırılmasının ardından ise bir sonraki bölümde çeşitli devletlerin iç hukuk düzenlemeleri incelenerek ve hangi devletin bu sınıflandırmaların neresinde yer aldığı tespit edilecek ve devletlerin ceninin statüsü konusundaki genel bakış açısı tespit edilmeye çalışılacaktır.

A. Ceninin Ahlaki Statüsü

Ceninin ahlaki statüsü doktrinde kimi zaman hukuki statüsünden ayrı, kimi zamansa bu konuyla iç içe tartışılan bir konudur. Devletlerin cenine tanıdığı ahlaki statünün sağladıkları hukuki statü ile paralellik gösterdiği söylenebilir. *Fleischman, Chervenak ve McCullough*'a göre ceninin ileride insan olma potansiyeline sahip

⁷⁴ Sadler ve Thomas, s. 45.

⁷⁵ Sadler ve Thomas, s. 45.

⁷⁶ Sadler ve Thomas, s. 45.

⁷⁷ Mehmet Ali Zengin, **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2012, s. 26-27. Sadler, s. 45.

olduğunu düşünenler, bu nedenle ceninin kendine özgü bir ahlaki statüye sahip olduğunu ileri sürerek üç farklı görüş oraya koymuşlardır.⁷⁸ “Cenin bir ahlaki statüye sahip olmadığı görüşü”, “ceninin kademeli bağımsız bir statüye sahip olduğu görüşü” ve “ceninin oluşum anından (döllenme) itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğu görüşü” olarak sınıflandırılan bu görüşler, ceninin ahlaki ve hukuki niteliği, yaşam hakkına sahip olmadığı gibi konularla yakından ilgili olup gebeliğin sonlandırılması konusundaki tutumla ilgili çeşitli bakış açıları ortaya koymaktadır.

1. Ceninin Bir Ahlaki Statüye Sahip Olmadığı Görüşü

Cenin bir ahlaki statüye sahip olmadığına yönelik görüş uyarınca ceninin, gebe kadının vücudunun herhangi bir parçasından farkı olmayıp hekimin ceninin yararını düşünmek gibi bir yükümlülüğü de yoktur. Bu görüşü savunanlar cenin için neyin yararlı olduğunun belirlenemez oluşu nedeniyle yapılacak herhangi bir müdahale için gebe kadının rızasının alınmasının yeterli olduğunu belirtmektedir.⁷⁹ Bu görüşün, cenini, annenin vücudunun bir parçası olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. Bu noktada vücut parçalarının hukuki statüsüne değinmek faydalı olacaktır.

Özbilen, insan kökenli biyolojik maddeleri vücut içinde bulunanlar ve vücuttan ayrılmış olanlar olmak üzere ikiye ayırmaktadır.⁸⁰ *Özbilen* cenini çalışmasının kapsamı dışında tutmaktadır. Öte yandan *Özbilen*’in yaptığı bu ayırım, üreme hücrelerinden daha

⁷⁸ Alan R. Fleischman ve Frank A. Chervenak ve Laurence B. McCullough, “The Physician’s Moral Obligations to the Pregnant Woman, the Fetus, and the Child”, *Seminars in Perinatology*, 22(3): 184-188, Haziran 1998, s. 185. Yazarlar bu konuda “ceninin bir ahlaki statüye sahip olmaması”, “cenin kademeli bağımsız bir ahlaki statüye sahip olması”, “ceninin oluşum anından (döllenme) itibaren ahlaki bir statüye sahip olması” ve “ceninin hasta olarak görülmesi” olmak üzere dörde ayırmaktadır. Yazarlara göre, ceninin hasta olarak görülmesi görüşü, ceninin bağımsız bir ahlaki statüye sahip olup olmadığı tartışmasına kesin bir cevap verme zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Bu görüşe göre, ceninin yaşama yeteneğini kazanması oldukça önemli olup, ceninin yaşama yeteneğini kazanması sonrasında teknoloji yardımıyla anneden bağımsız bir şekilde yaşayabilir olması ona anneden bağımsız bir statü kazandırmaktadır. Ceninin yaşama yeteneğini kazanması öncesinde ise cenin anneye bağımlı olup cenin ile sonradan kazanacağı ahlaki statü arasındaki tek bağlantı noktası gebe kadının gebeliğini sürdürmeyi seçmesidir. Bunun sonucu olarak da hem gebe kadının hem de hekimin, ceninin yaşama yeteneğini kazanmasından sonraki menfaatlerini koruma yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısı ile ceninin yaşama yeteneğini kazanması sonrasında gebeliğin sonlandırılmasına, fetal anomalinin varlığı halinde bile çok kısıtlı durumlarda izin verilmelidir. Görüldüğü gibi bu görüş de aslında, ceninin yaşama yeteneğini kazanmasını esas alan bir kademelendirme yapmaktadır. Bu nedenle biz bu görüşü de ikinci kategori içinde, ceninin yaşama yeteneğini kazanmasına dayalı kademede incelemeyi uygun bulmaktayız.

⁷⁹ Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 185.

⁸⁰ Arif Barış Özbilen, *İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 14.

fazla korunması gereken embriyonun tabi olması gereken en az korumanın anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Ceninin kendine özgü genetik özellikler taşıyan, yaşama ve insan olma potansiyeline sahip bir varlık olması nedeniyle ne eşya ne de kişi olarak nitelendirilemeyecek, özel bir hukuki statüye sahip olduğu⁸¹, tek başlarına böyle bir potansiyele sahip olmayan üreme hücrelerinin ise bu özel statüden yararlanamayacağı belirtilmektedir.⁸² Dolayısıyla embriyonun üreme hücrelerinden çok daha sıkı bir şekilde korunması gerektiği açıktır. Üreme hücrelerinin alındıkları kişilerin genetik özelliklerini barındırmaları, onların kişilik hakları ile bağlantılı olmaları yönünden üreme hücrelerinin hukuki niteliklerinin anlaşılması, embriyonun hukuki niteliğinin anlaşılmasına da yardımcı olabilecektir.

Özbilen'in yaptığı ayrımın bu konuyla bir diğer ilişkisi, vücut parçalarının vücut içinde veya dışında bulunabileceği gibi ceninin de anne rahminde veya anne vücudunun dışında bulunabileceği noktasında karşımıza çıkmaktadır. Cenin, annenin vücudunun içinde (in vivo) olabileceği gibi, in vitro fertilizasyon yöntemiyle oluşturulup henüz anne rahmine yerleştirilmemiş olmakla anne vücudunun dışında da bulunabileceğinden *Özbilen*'in ayrımını bu incelemeye uyarlamak mümkündür. Bu ayrım göz önüne alındığında, ceninin rahimde veya tüpte oluşmasının statüsünü değiştireceğini belirten görüşlerin de doktrinde yer aldığı görülmektedir.⁸³ Bu görüşler uyarınca, annenin vücudunda oluşan cenin annenin vücut bütünlüğü içinde yer aldığı için annenin bir parçası olarak kabul edilmelidir.⁸⁴ Öte yandan tüpte döllenmiş embriyo kadının vücudundan ayrı ve devredilebilir nitelikte olduğu için eşya statüsündedir.⁸⁵ Görüldüğü gibi anne rahmindeki embriyonun, annenin vücut bütünlüğü kapsamında olduğu –bu görüş kapsamında ele alındığında- tartışma konusu değildir. Öte yandan vücut dışındaki

⁸¹ Olivier Guillod. Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, Aspects du droit de la personnalité, SJ 1986, sh. 113 vd.'dan aktaran; *Özbilen*, s. 36.

⁸² *Özbilen*, s. 36.

⁸³ *Özbilen*, s. 37.

⁸⁴ M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Özel Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012, s. 15.

⁸⁵ Xavier Labbé. La Condition Juridique du Corps Humain Avant La Naissance et Après la Mort, Lille 1990, 287'den aktaran; *Özbilen*, s. 37.

yumurta ve sperm ile in vitro embriyonun eşya statüsünde kabul edilmesi konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.

Vücut dışındaki üreme hücrelerinin eşya statüsünde sayılabileceği görüşü, bu hücrelerin hangi kurallar ile korunacağı ile yakından ilgilidir. *Özbilen*'e göre vücuttan ayrılmış bulunan insan kökenli biyolojik maddeler üzerinde aynı hak kurulabilir.⁸⁶ 1996 yılında Amerika'da verilen bir mahkeme kararında ölmeden önce saklanması için sperm bankasına spermlerini veren ve ölümü halinde spermlerinin kız arkadaşına teslim edilmesini talep eden kişinin ölümünden sonra spermlerin kendisine teslimi için kız arkadaşı dava açmış, mahkeme, kişinin spermleri üzerinde mülkiyet benzeri bir hakka sahip olduğunu ancak söz konusu hakkın üreme hakkıyla da doğrudan ilgisinin bulunduğunu belirtmiştir.⁸⁷ Benzer şekilde *Özbilen* de insan vücudundan ayrılan üreme hücreleri üzerinde aynı hakka sahip olunabileceğini, ancak bununla birlikte üreme hücrelerinin vücudundan alındıkları kişinin kişilik haklarının da bunlar üzerinde devam ettiğini, dolayısıyla üreme hücreleri üzerinde kişiliğin korunması ile aynı korumanın birbirini tamamlayan hukuki korumalar olduğunu belirtmektedir.⁸⁸ Aynı yönde, *Oğuzman, Seliçi ve Oktay-Özdemir*'e göre de sperm ve yumurta gibi maddeler hemen nakledilmeyip bir süre saklanacaksa, bunlar üzerinde kişilik hakları kurallarına ek olarak eşya hukuku kuralları da uygulanabilir.⁸⁹ Ancak klonlama ve benzeri yeni teknolojilerle kişinin adeta kişiliğini devam ettiren bir durum söz konusu ise bu maddeye eşya statüsünün tanınmaması uygun olur.⁹⁰ Görüldüğü gibi vücut dışındaki yumurta ve sperm doğrudan eşya statüsünde kabul edilmemektedir. Bu görüşe sahip yazarlar, vücut

⁸⁶ *Özbilen*, s. 100. *Özbilen*'e göre vücut bütünlüğünden ayrılan biyolojik maddelerin vücut bütünlüğü kapsamında değerlendirilmesi zorlama bir yorumdur. Yazar, üreme hücreleri söz konusu olduğunda kişinin vücudundan ayrılan biyolojik madde üzerinde bir kişilik hakkının bulunduğunu ancak bunun vücut bütünlüğü değeriyle değil üremeye yönelik bir kişilik değerine bağlı olduğunu belirtmektedir; bakınız; *Özbilen*, s. 130.

⁸⁷ *Hecht v. Superior Court*, 59 Cal. Rptr. 2222 (1996)'dan aktaran; *Özbilen*, s. 29.

⁸⁸ *Özbilen*, s. 139. Yazar'a göre özellikle ilgili biyolojik maddenin mülkiyet hakkına sahip olan kişinin biyolojik madde vericisinden farklı bir kişi olması durumunda iki hukuki korumanın bir arada görüldüğünü belirtmektedir, bakınız, *Özbilen*, s. 128, 136. *Özbilen* ayrıca, üreme hücrelerinin devredilebilmesi ve imha edilebilmesinin bu hücreler üzerinde mülkiyet hakkının verdiği tasarruf (abusus) yetkisine tabi olduklarını gösterdiğini ve dolayısıyla üzerlerinde mülkiyet hakkı kurulabileceğinin kanıtlandığını iddia etmektedir, bakınız; *Özbilen*, s. 113, 119.

⁸⁹ M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 6.

⁹⁰ Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, s. 6.

dışındaki üreme hücrelerinin kişilik hakları ile korunmasının yeterli gelmediği durumlarda bunlara mülkiyet hakkının verdiği bazı korumaların da uygulanabileceğini anlatmaktadır. Fikrimizce vücut dışındaki üreme hücrelerine kişilik haklarına ek olarak mülkiyet hakkının tanıdığı bazı korumaların da uygulanabilecek olması, bunların eşya statüsünde olduklarını göstermemektedir. Aksine, bunların özel durumları gereği, hukuki statülerinin eşyadan da diğer vücut dışındaki doku ve organlardan da yüksek olduğunu gösterebilecek şekilde, vücut dışındaki üreme hücrelerinin daha sıkı bir şekilde korunması için lehe yorum yapılmış, bunları koruyacak hukuki koruma türlerinin genişletilmesi amaçlanmıştır. Özel yapıları nedeniyle vücut dışındaki üreme hücrelerini hem mülkiyet hakkına benzer bir koruma ile hem de kişilik hakları ile koruyan görüşün cenini daha sıkı bir şekilde koruyacağı açıktır. Bununla birlikte vücut dışındaki üreme hücreleri ile embriyonun yalnızca kişilik hakları ile korunması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır.

1984 tarihli bir Fransız mahkeme kararına konu olan olayda, bir kadın, ölmeden önce sperm örneklerini saklanması için bir merkeze veren, sonrasında da ölen eşinin sperm örneklerinin kendisine iadesi için dava açmış, mahkeme sperm örneğinin iadesine karar vermiş ancak spermin hukuki niteliğine değinmeyerek yalnızca, içinde insanın üremesine hizmet eden yaşamsal özellikler barındırması nedeniyle alışverişe konu bir eşya statüsünde olmadığını belirtmiştir.⁹¹ Yine 1993 tarihinde Almanya’da verilen bir mahkeme kararında, üreme yetisini ortadan kaldıracak bir ameliyat öncesinde spermlerini daha sonra kullanmak amacıyla saklamaları için bir merkeze veren kişi, spermlerinin saklanmaya devam etmesi yönündeki talebini içeren mektubun merkeze geç ulaşması nedeniyle spermlerini imha eden merkeze karşı tazminat davası açmış, mahkeme, davacının vücut bütünlüğü değerinin ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹² Öte yandan doktrinde, söz konusu üreme hücrelerinin vücudun dışında bulunmaları nedeniyle bu hücrelere yönelik saldırının vücut bütünlüğünü ihlal etmeyeceğini, üreme faaliyetine

⁹¹ L’affaire Parpalaix, TGI de Créteil 1^{er} août 1984, Gaz. Pal. 1984 II sh. 560’dan aktaran, Özbilen, s. 27.

⁹² BGHZ 124; NJW 1994, sh. 127’dan aktaran; Özbilen, s. 28, 84.

yönelik her türlü saldırının vücut bütünlüğünü ihlal etmeyebileceğine yönelik görüşler de bulunmaktadır.⁹³

Doktrinde, vücut dışındaki üreme hücreleri ve dolayısıyla embriyonun eşya olmadığı yönündeki görüş baskın durumdadır. *Esener ve Güven*'e göre üreme hücrelerinin eşya sayılması mümkün değildir. Üreme hücreleri alındıkları kişilerin kişilik haklarına dâhildir ve korunması gereken bir kişilik değeridir.⁹⁴ Yine *Hatemi ve Aybay*'a göre Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun'da organ ve dokuların alınıp satılması yasaklandığından bunlarla ilgili sorunların Borçlar Hukuku ve Eşya Hukuku ilkeleriyle değil, kişilik değerlerinin korunmasına yönelik kurallarla çözülmesi gerekir.⁹⁵ *Sirmen* de anne ve baba adaylarından alınan yumurta ve sperm ile bunlarla oluşturulan embriyoların satışının yasak olduğunu, bunlar üzerinde sadece eşlerin kişilik haklarının söz konusu olacağını belirtmektedir.⁹⁶ *Ünal ve Başpınar*'a göre Türk Hukuku'nda embriyo, ayrı bir hukuki rejime tabi, eşya olmayan bir varlıktır.⁹⁷ *Aydın*'a göre, üreme hücreleri ait oldukları kişilerin vücudundan ayrılmış olsa da kişilik haklarının bir parçasıdır. Embriyo ise hem anne ve babanın ortak kişilik değeri hem de bundan öte, yaşam hakkına sahip, insan onuruna yakışır bir şekilde korunması gereken bir değer olup mal varlığı olarak görülmesi mümkün değildir.⁹⁸ Yine Avustralya Senatosu tarafından oluşturulan 1985 tarihli komitede insan embriyosunun mülkiyete tabi bir mal olarak değil, bir gardiyanın korumasından yararlanan bir varlık olarak görülmesi gerektiği belirtilmiştir.⁹⁹

Görüldüğü gibi Fransız ve Alman mahkeme kararları ile Türk doktrinindeki baskın görüş, vücut dışındaki üreme hücrelerinin eşya sayılamayacağı ve bunlara zarar verilmesinin kişilik değerlerini ihlal edeceği yönündedir. Bununla birlikte doktrinde, ihlal

⁹³ Özbilen, s. 88.

⁹⁴ Turhan Esener ve Kudret Güven, **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 6. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 42.

⁹⁵ Hüseyin Hatemi ve Aydın Aybay, **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 16-17.

⁹⁶ A. Lale Sirmen, **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 10.

⁹⁷ Mehmet Ünal ve Veysel Başpınar, **Şekli Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2016, s. 21.

⁹⁸ Öztürk Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 25.

⁹⁹ Norman M. Ford, **When Did I Begin? Conception of the Individual in History, Philosophy and Science**, Cambridge University Press, 1988, s. 7.

edilen kişilik değerin mahiyeti üzerinde görüş ayrılığı bulunmakta, bu kişilik değerin vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik değerin mi yoksa üreme faaliyetine ilişkin bir kişilik değerin mi kaynaklandığı tartışılmaktadır. Özetle ceninin annenin vücut bütünlüğüne dahil, herhangi bir başka parçasından farklı olmadığı yönündeki “ceninin bir ahlaki statüye tabi olmadığı görüşü” bize, vücut parçalarının hukuki niteliğini düşündürmüştür. Bu görüş uyarınca anne rahmindeki cenin annenin vücut bütünlüğü dâhilindedir. Ancak görüş, in vitro fertilizasyon ile oluşturulup henüz anne rahmine aktarılmayan ve belki de hiç aktarılmayacak olan ceninin durumunu göz ardı etmektedir. Yine vücut parçalarının hukuki niteliği üzerinden düşünüldüğünde, in vitro fertilizasyon ile oluşturulan ceninin vücut dışındaki vücut parçaları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Vücut dışındaki vücut parçalarından, üremeye ilişkin rolleri ve özellikleri itibariyle cenine en yakın örnek üreme hücreleri olacağından üreme hücrelerinin hukuki statüsü incelenmiş ve doktrinde bunların yalnızca kişilik hakları ile korunması gerektiği görüşü ile kişilik haklarının sağladığı korumaya ek olarak mülkiyet benzeri bir hak ile de korunabileceği görüşlerinin varlığı tespit edilmiştir.

2. Ceninin Kademeli Bağımsız Bir Statüye Sahip Olduğu Görüşü

İkinci görüşe göre; ceninin kademeli bağımsız bir ahlaki statüsü bulunmaktadır. *Fleischman, Chervenak ve McCullough*’a göre bu görüşü savunanlar, ceninin ahlaki statüsünün gebelik süresi arttıkça kademeli olarak yükseleceğini ileri sürmektedir.¹⁰⁰ Bu düşünceye göre gebeliğin sonlandırılması, gebeliğin ilk zamanlarında daha kolay, gebelik ilerledikçe ise daha güç hale getirilmelidir zira gebeliğin ilk zamanlarında ceninin ahlaki statüsü daha düşükken ilerleyen zamanlarında daha yüksektir.¹⁰¹ Bu düşünceyi savunanlar ceninin hızla büyüdüğünün, dolayısıyla da gelişiminin evrelere ayrılmasının güç olduğunun farkında olmakla birlikte ceninin büyümesi ve gelişmesiyle ahlaki statüsünün artmasının kademelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.¹⁰² Söz konusu kademeleri belirleme çabası içerisinde çeşitli ölçütler oluşturulmaya çalışılmıştır.

¹⁰⁰ Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 185.

¹⁰¹ Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 186.

¹⁰² Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 186.

Embriyo öncesi dönem ölçütü, gebeliği üç trimestera ayırma, ceninin kalp atışının başlaması ölçütü, beyin gelişimi ve acıyı hissedebilme ölçütü, ceninin hareket kabiliyetini kazanması ve ceninin yaşama yeteneğini kazanması ölçütü bunlardan bazılarıdır.

Embriyo öncesi veya erken embriyal dönemin İngiltere başta olmak üzere birkaç devletin embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki hukuki düzenlemelerine etki eden bir ölçüt olduğu görülmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi, erken embriyo dönemi embriyonik gelişimin ilk on dört gününe işaret etmekte olup bu dönemde normal gelişimini sürdüren bir embriyonun birbiri ardına hücre bölünmeleri geçirirken aynı zamanda fallop tüpünden çıkarak anne rahmine ulaşması ve blastosit oluşturarak rahim duvarına implante olması beklenir. Bu dönemin sonundan itibaren embriyonun, vücudun çeşitli doku ve organlarını oluşturacak hücrelere kaynaklık edecek üç germ yaprağı oluşturmaya başlaması ve dolayısıyla hücrelerin özelleşmesi yani totipotent niteliklerini kaybederek pluripotent nitelik kazanması söz konusu olacaktır. Lazar'ın Turcu'dan aktardığı üzere “embriyo öncesi” (pre-embriyo) adı verilen ve döllenenmeden itibaren on dördüncü güne kadar olduğu kabul edilen bu evrede embriyo, insan veya bir yaşam formu olarak bile kabul edilemeyecek niteliktedir.¹⁰³ İngiltere'nin 1990 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu, embriyo üzerinde yapılan araştırmalara süre sınırı koyarak üzerinde araştırma yapılacak embriyonun en fazla on dört günlük olması gerektiğini düzenlemiştir.¹⁰⁴ Görüldüğü gibi kanun, gelişiminin ilk on dört günündeki embriyoya, gelişiminin daha ileri bir aşamasındaki embriyodan daha düşük bir statü vererek bunlar üzerinde bilimsel araştırma yapılmasına izin vermiştir. Bu iki dönem arasında bir statü farkı belirlendiği kesin olmakla birlikte böyle bir statü farkı oluşturulmasının sebebini mutlaka embriyonun menfaatlerini koruma amacıyla aramamak gerekir. Zira ilk on dört günden sonra embriyonun hücreleri artık pluripotent nitelik kazanacağından düzenlemenin sebebi, embriyonik kök hücre çalışmasının asıl amacından sapmayarak totipotent hücre üzerinde araştırma yapılmasını sağlamak da

¹⁰³ Turcu, I. *Dreptul sanatatii. Frontul comun al medicului si juritului*. Bucharest: Wolters Kluwer, 2010, 444-445.'ten aktaran; Patrick Rareş Lazar, “Considerations Regarding the Legal Status of Embryo and Fetus from the Perspective of the Right to Life”, **Contemporary Readings in Law and Social Justice**, AAP yayınları, 4(1), 2012, s. 372.

¹⁰⁴ Hillebrand, s. 17.

olabilir. Öte yandan düzenleme yapılırken yine hücrelerin totipotent niteliklerini kaybederek pluripotent nitelik kazanmalarından yola çıkılarak embriyonun insan olma yolunda yeni bir evreye girdiğinin düşünülmüş olması da mümkündür.

Gebeliği trimesterlara bölerek farklı trimesterlardaki ceninler hakkında farklı düzenlemelere gitme yöntemi ceninin gelişiminin kademelendirilmesinde kullanılan başka bir ölçüttür. Bilindiği gibi bir gebelik üç trimestera yani üç adet üç aylık döneme ayrılmaktadır.¹⁰⁵ Gebeliği trimesterlara bölerek ceninle ilgili hukuki düzenlemeleri buna göre yapma anlayışı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin *Roe v. Wade* kararında da görülmektedir. Karara göre, gebeliğin ilk trimesterında sonlandırılması kararı kadın ile hekimi arasındaki bir konu olup, eyaletler gebeliğin sonlandırılması konusunu gebeliğin ikinci trimesterından itibaren kadının sağlığını korumak amacıyla düzenleyebilecektir.¹⁰⁶ Gebeliğin üçüncü trimesteri yani ceninin yaşama yeteneğini kazanmasından itibaren ise eyaletler, kadının hayatını veya sağlığını korumak için gerekli olduğu durumlar hariç, gebeliğin sonlandırılması konusunda düzenleme yapabilecek ve hatta gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayabilecektir.¹⁰⁷ *Roe v. Wade* kararının gebeliğin üç aylık dönemlerini baz alan düzenlemesi eleştirilere maruz kalarak Yüksek Mahkeme'nin 1989 tarihli *Webster v. Reproductive Health Services* kararı ile terk edilmiştir.¹⁰⁸ Yüksek Mahkeme *Planned Parenthood v. Casey* kararında da bu konuya değinilerek, *Roe v. Wade* kararında mahkemenin ikinci trimester için bir belirlemede bulunulmadığını belirtilmiş, bu nedenle trimester ölçütünün anlamlı olmadığı, önemli olanın ceninin yaşama yeteneğini kazanması olduğu ve bu ölçüte göre düzenleme yapılması gerektiği açıklanmıştır.¹⁰⁹

Ceninin hareket etmeye başlaması bir başka ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Cenin aslında gebeliğin 9. haftasında hareket etmeye başlamaktadır ancak bu dönemdeki

¹⁰⁵ Moore/Persaud/Torchia, s. 2.

¹⁰⁶United Nations, "Abortion Policies: Global Review", United Nations, New York, 2001, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, (01.06.2016), s. 164.

¹⁰⁷ United Nations, s. 164.

¹⁰⁸US Supreme Court, "Webster v. Reproductive Health Services", <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/492/490>, (09.06.2016).

¹⁰⁹ US Supreme Court, "Planned Parenthood of Southeastern PA. V. Casey", 505 U.S. 833 (1992) (Planned Parenthood v. Casey), www.worldabortionlaws.com, (09.06.2016).

hareketleri henüz ceninin boyutları çok küçük olduğu için yalnızca teknolojik vasıtalar kullanarak tespit etmek mümkündür. Ceninin hareketlerinin anne adayı veya dışarıdan bir kişi tarafından tespit edilebilir bir hal alması gebeliğin 16 ila 22. haftalarında söz konusu olmaktadır.¹¹⁰ Ceninin hareket kabiliyeti kazanması ölçütü bir dönem İngiliz ve Amerikan hukundaki düzenlemelere ve yargı kararlarına yön vermiştir.¹¹¹ Örneğin; İngiltere’de 1803 yılında yapılan bir hukuki düzenleme ile, ceninin hareket etmeye başlamasından sonra gebeliği sonlandıran kişinin ölüm cezası ile, cenin hareket etmeye başlamadan önce gebeliği sonlandıran kişinin ise on dört yıla kadar sürgün veya kırbaç cezası ile cezalandırılacağı öngörülmüştür.¹¹² Yine 1845 yılına kadar Amerika Birleşik Devletleri’ndeki common law uygulaması ile, ceninin hareket etmeye başlaması öncesinde gebeliğin sonlandırılması serbest kılınmıştır.¹¹³ Ölçütün doktrinde sübjektif olmakla eleştirildiği görülmektedir. Güngör’e göre ceninin hareketine hukuki sonuç bağlanması her somut olayda farklılık göstereceğinden belirsizlik yaratabilecek ve tamamen annenin hissine ve buna bağlı ifadesine tabi olmakla güvenilirlikten uzak niteliktedir.¹¹⁴ Görüldüğü gibi 1800’lü yıllarda uygulanan bu ölçüt daha sonraki hukuki düzenlemelerde yer bulamamış, terk edilmiştir.

Cenin kalp atışının başlaması, doktrinde yer alan bir başka ölçüt olmakla birlikte bu ölçüte dayanılarak yapılan bir hukuki düzenlemeye veya verilen bir yargı kararına tarafımızca rastlanmamıştır. Bu ölçüte göre ceninin kalp atışının başlaması yani yaklaşık olarak gebeliğin 22. günü¹¹⁵ ceninin gelişiminde bir kademe olarak kabul edilebilir. Yine buna benzer bir şekilde ceninin beyin gelişimini ve dolayısıyla acı ve haz hislerini duyabilmesi doktrinde bahsi geçen bir ölçüt olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir görüşe göre beyin ölümü kesin ölüme işaret ediyorsa beyin çalışmaya başlaması da kesin canlılığın göstergesi olarak düşünülebilir.¹¹⁶ Yine biyolojik açıdan bakıldığında

¹¹⁰ Bülent Tıraş, “Gebelikte Bebek Hareketleri Ne Zaman Hissedilir”, <http://jinekoloji.com/gebelikte-bebek-hareketleri-ne-zaman-hissedilir>, 24 Ekim 2016, (24.01.2018).

¹¹¹ Hasan Atilla Güngör, **Yaşam Hakkı**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı, İstanbul, 2007, s. 47.

¹¹² United Nations, s. 156.

¹¹³ United Nations, s. 164.

¹¹⁴ Güngör, s. 48.

¹¹⁵ Moore/Persaud/Torchia, s. 3.

¹¹⁶ Güngör, s. 49.

yumurtanın, spermin ve hatta kanser tümörlerinin bile canlı olduğunu belirten bir görüşe göre, ahlaki açıdan önemli olan bu canlının insan olma statüsünü ne zaman kazandığı, farkındalığının ne zaman geliştiği veya örneğin ne zaman acıyı hissetmeye başladığıdır.¹¹⁷ Ceninin ne zaman acı, haz gibi hisleri duymaya başladığı belirli değildir. Diğer yandan acı, haz gibi hislerin sadece insana has olmaması, bunları duyduğu varsayılan ceninin insan statüsü kazanacağına ilişkin görüşü bu yönden de uygulanamaz hale getirmektedir. Nitekim herhangi bir uygulamasına rastlanmayan bu görüşten bahseden *Rosenberg*, beyin gelişimi ve acı veya haz hislerinin duyulması özelliklerinin yaşama yeteneği ile ortaya çıkmasına işaret ederek bu ölçüt ile yaşama yeteneğinin kazanılması ölçütü arasında bağlantı kurmaktadır.¹¹⁸

Cenin gelişimine ilişkin doktrinde rastlanılan bir başka ölçüt de yaşama yeteneğidir (*viability, viabilité*). Doktrinde bazı yazarlara göre ceninin yaşama yeteneğinin ahlaki açıdan önemli olmasının nedeni ceninin anne karnında kalma süresi ve dolayısıyla gelişimi ilerledikçe yeni doğmuş bir bebeğe fiziksel açıdan daha çok benzemesidir.¹¹⁹ Ceninin insana fiziksel anlamda benzedikçe korumayı daha çok hak ettiği düşünülmektedir.¹²⁰ Amerikan Yüksek Mahkemesi eyaletlerin, cenin yaşama yeteneğini kazandıktan sonra gebeliğin sonlandırılmasını kısıtlayabilecekleri yönünde karar vererek yaşama yeteneği ölçütünü doğrudan kabul etmiş ve uygulamaya sokmuştur.¹²¹ Yine İngiltere’de 1929 tarihli Çocuk Yaşamının Korunması Hakkında Kanun ile yaşama yeteneğine sahip, yani yirmi sekiz haftalık veya daha büyük, olan doğmamış çocuğu öldürmek, çocuk öldürme suçu olarak düzenlenmiştir.¹²² Yaşama yeteneği ölçütünün Fransa’da da kullanıldığı görülmektedir. Örneğin *Vo. V. France kararında*, somut olay AİHM’nin önüne gelmeden önce yerel mahkeme, “20 ila 21 haftalık bir cenin yaşama yeteneğine sahip olmayıp kişilik sahibi bir insan sayılamaz” diyerek anne karnındaki ceninin ölümünün taksirle öldürme suçu kapsamında

¹¹⁷ Debra Rosenberg, “When Can It Feel Pain?”, *Newsweek*, 141(23), 06.09.2003, s. 2.

¹¹⁸ Rosenberg, s. 2.

¹¹⁹ Rosenberg, s. 1.

¹²⁰ Rosenberg, s. 1.

¹²¹ Rosenberg, s. 1. *Planned Parenthood of Southeastern PA. V. Casey*, 505 U.S. 833 (1992) (*Planned Parenthood v. Casey*), www.worldabortionlaws.com, Erişim Tarihi: 09.06.2016.

¹²² United Nations, s. 156.

değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir.¹²³ İsrail’de gebeliğin sonlandırılması hakkında karar veren komite kararında ceninin yaşama yeteneğini kazanıp kazanmadığının dikkate almaktadır. Buna göre komite, gebeliğin yirmi dördüncü haftasından itibaren ceninin yaşama yeteneği kazandığı düşüncesiyle gebeliğin sonlandırılmasına onay vermeyi reddedebilmektedir.¹²⁴ Fikrimizce bazı devletlerin kanunlarında gebeliğin sonlandırılması için bir süre üst sınırı getirmesinin temelinde de yaşama yeteneği ölçütü yatmaktadır.¹²⁵ Görüldüğü gibi yaşama yeteneği ölçütü uygulamada kendine yer bulan bir ölçüt olup yaşama yeteneğini kazanması sonrasında cenine daha yüksek bir statü, daha fazla koruma sağlanarak verilmektedir. Bu ölçüt yaşama yeteneğinin kişilikle bir ilgisi olmadığı, var olmanın inşa edilmiş olmaktan ziyade gelişiyor olmak olduğunu savunan yazarlarca sıklıkla eleştirilmektedir.¹²⁶

Bazı görüşlere göre kişiliğin kazanılmasına yönelik; implantasyon, kalp atışının başlaması, sinir sisteminin oluşmaya başlaması, beyin dalgalarının ölçülmeye başlanması, acıyı hissetme, hareket etme, yaşama yeteneği ve bunun gibi ölçütler birbiriyle çelişmektedir.¹²⁷ Örneğin ceninin yaşam süresini ele alan ve aslında küçük olmasından yola çıkan ölçüt ile kalp atışının başlaması ölçütü birbiriyle çelişmektedir, zira cenin çok küçük olmasına rağmen kalp atışı başlamaktadır.¹²⁸ *Steinfels*’e göre ölçütlerin birbiriyle çelişiyor olması, her ne kadar ceninin yaşam hakkının varlığı akademisyenlerce tartışılmakta olsa da ceninin yaşam hakkına sahip olabileceğine ilişkin şüphelerin bulunduğu göstergesidir.¹²⁹

¹²³ Tanya Goldman, “Vo V. France and Fetal Rights: The Decision Not To Decide”, **Harvard Human Rights Journal**, S. 18, 2005, s. 277.

¹²⁴ International Planned Parenthood Federation (IPPF), **Abortion Legislation in Europe**, September 2012, http://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf, s. 42, (09.04.2018).

¹²⁵ Örneğin Almanya’da gebeliğin sonlandırılabilmesi için gebelik süresinin yirmi iki haftayı geçmemiş olması gerekir. İngiltere’de ekonomik ve sosyal sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına yirmi dört haftalık süre sınırı getirilmiştir. Güney Kore’de bu süre üst sınırı yirmi sekizinci haftanın sonu olarak belirlenmiştir. Amerika’da gebeliğin, gebeliğin devamının annenin hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye soktuğu durumlar harici bir sebeple sonlandırılabilmesi için ceninin yaşama yeteneğini kazanmamış olması şart koşulmuştur. Fikrimizce böyle bir üst sınırın getirilmesi, bu üst sınırı aşan ceninin yeni bir kademede bulunduğu ve dolayısıyla daha yüksek bir statüye sahip olduğunun kabulü anlamına gelebilir.

¹²⁶ Richard Stith, “Why Pro-life Arguments Sound Absurd”, **The Human Life Review**, Kış 2007, s. 25.

¹²⁷ Peter Steinfels, “Beyond the Stalemate”, **Commonwealth**, 14 Haziran 2013, s. 14.

¹²⁸ Steinfels, s. 15.

¹²⁹ Steinfels, s. 14.

Fikrimizce ceninin bağımsız kademeli bir statüye sahip olduğu görüşü bu görüşler içinde anne ve cenin arasındaki menfaat dengesini sağlamaya en müsait olan görüştür. *Vo v. France Kararı*'nda Yargıç Rozakis, ceninin korunması konusunda Avrupa'daki hukuki ve ahlaki gelişmeleri inceledikten sonra, "doğmamışın hayatının zaten korumaya değer görülmekle birlikte, bu korumanın yeni doğan bebeğinkinden uzak ve kapsamca çok daha dar" olduğu sonucuna varmıştır.¹³⁰ Söz konusu kademelendirme ölçütü, ceninin sahip olacağı bu yeni doğan bebeğinkinden uzak ve kapsamca çok daha dar korumanın ceninin gelişim seviyesine göre gittikçe artacak şekilde kademelendirilmesine işaret etmektedir.

Yukarıda da belirtildiği gibi cenin gebelik süresince büyük bir gelişim göstermektedir, ceninin gebeliğin ilk haftasındaki gelişim seviyesi son haftasındaki gelişim seviyesinden çok farklıdır. Bu gelişimin sürekli oluşu gelişimi kademelendirmeyi ve bu kademelendirmede kullanılacak ölçütleri belirlemeyi elbette zorlaştırmaktadır. Zaman içinde sosyal ihtiyaçların ve tıp biliminin gelişimiyle bazı ölçütlerin terk edilerek yerlerini yeni ölçütlerin alması kademelendirmenin yararsız veya imkansız olduğunu göstermemekte, aksine hukuk kurallarının sosyal ihtiyaca cevap vermekte ve tıp biliminin gelişimini takip etmekte olduğunu göstermektedir. Gelişiminin ilk aşamalarındaki ceninin daha sonraki aşamalarındaki bir ceninden daha fazla korunması, salt annenin menfaatini gözeterek gebeliğin sonlandırılmasını her durumda serbest kılan bir görüşten de salt ceninin menfaatini gözetip gebeliğin sonlandırılmasını her durumda yasaklayan bir görüşten de daha dengeleyicidir. Bu anlamda gelişiminin belli kademesindeki bir cenin için belli gebeliğin sonlandırılması sebeplerinin uygulanabilir olması ve gebeliğin ilerleyen zamanlarında uygulanabilecek gebeliğin sonlandırılması sebeplerinin git gide azalması yararlı bir tutumdur. Hangi gebeliğin sonlandırılması sebebinin ceninin gelişiminin hangi kademesine kadar uygulanabilir olacağına ise kanun koyucu, sosyal ihtiyacı ve tıp bilimindeki gelişimi dikkate alarak karar verecektir. Örneğin bazı devletler gebeliğin salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebiyle sonlandırılması için bir süre üst sınırı belirlemektedir. Bu üst sınırın belirlenmesinde gebe kadının gebe olduğunu ne zaman fark edebileceğinin ve fark ettiği zamandan itibaren gebeliğini

¹³⁰ Goldman, s. 280.

sonlandırmaya karar verebileceği makul bir düşünme süresinin dikkate alınması gerekmektedir. Yine, örneğin, ceninin yaşama yeteneğini kazanması sonrası için uygulanacak gebeliğin sonlandırılması sebepleri belirlenirken ceninin daha yüksek bir statü kazandığı ve dolayısıyla daha yüksek bir korumaya tabi tutulacağı göz önünde bulundurularak daha kısıtlı sebeplerle gebeliğin sonlandırılması yoluna gidilebilecektir. Örneğin bu kademede kanun koyucu sadece gebeliğin devamının gebe kadının hayatının veya fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlikede olması ve fetal anomali halinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verebilir. Burada önemli olan koyulan süre sınırlarının ve kademelerin belirlenmesinde uygulanacak ölçütlerin sosyal ihtiyaca ve tıp biliminin gerekliliklerine göre belirlenmesi ve adil bir şekilde uygulanabilir olmasıdır. Ölçütlerin ve süre sınırlarının zaman içinde değişikliğe uğraması kademelendirmenin gereksizliğine değil bilimin ve sosyal ihtiyacın gelişip değişmesine ve hukukun bu değişikliklere ve gelişime ayak uydurabilmesine işaret etmekte olup sakıncalı değildir.

3. Ceninin Oluşum Anından (döllenme) İtibaren Ahlaki Bir Statüye sahip olduğu görüşü

Üçüncü görüş ise ceninin oluşum anından (döllenme, fertilizasyon) itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğunu öne sürmektedir.¹³¹ Bu görüşü savunanlar ceninin ahlaki statüsünü çeşitli felsefi veya dini temellere dayandırmaktadır.¹³² Kişiliğin kazanılma anını var oluşa bağlayan görüşler var olmanın ne anlama geldiği ve bunun insan embriyosuna yansımaları konusuna açıklamalar getirmeye çalışmışlardır. Bu anlamda ortaya atılan iki açıklama; var olmanın tamamlanmış, oluşmuş vaziyette olma anlamına geldiği görüşü ile var olanın var olma potansiyelinden ibaret olduğu görüşü olup doktrinde her ikisinin –var olma potansiyeline biraz daha ağırlık verilerek de olsa- birlikte ele alındığı görülmektedir. Var olma potansiyelinin pasif bir potansiyel olarak düşünülmemesi gerektiğini ileri süren Stith, gelişme potansiyeli olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.¹³³ Yazara göre gelişme potansiyeli, hâlihazırda kişiliğini içinde barındıran bir varlığın oluşum sürecinde

¹³¹ Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 186.

¹³² Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 186.

¹³³ Stith, s.25.

olmasıdır.¹³⁴ Gelişme potansiyeli gelişiyor olmanın kendisidir ve embriyo açısından bu, DNA'nın aktive edilmesiyle başlar, zira cenin bu andan itibaren sürekli gelişim hali içerisinde olacaktır.¹³⁵ Bu görüşte gebeliğin sonlandırılmasına, ancak gebeliğin devamının kadının hayatını tehlikeye atması durumunda, gebeliğin sonlandırılması amacıyla değil, gebe kadının hayatının kurtarılması amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler kapsamında izin verilmelidir.¹³⁶ Ölümcül olmayan fetal anomalilerde gebeliğin sonlandırılması söz konusu olmamakla birlikte ölümcül fetal anomalilerde cenin her durumda öleceğinden gebeliğin sonlandırılmasında –bu görüş uyarınca-sakınca yoktur.¹³⁷

Görüldüğü gibi bu görüşü savunan yazarlar ceninin-bu görüşü savunan yazarlara göre aynı zamanda insanın- gelişiminin sürekli, kademelere ayrılmaz durumda olduğunu belirtmektedir. İlk aşamadan yani fertilizasyondan itibaren cenin bir insan, bir bireydir. Cenini bir kişi olarak gören devletleri bu görüşün uygulayıcıları olarak göstermek mümkündür. Örneğin İrlanda Anayasası'nda ceninin yaşamı annenin yaşamına eş değerde gösterilmektedir.¹³⁸ Yine Şili ve Peru'nun Anayasa'larında benzer düzenlemelerin olduğu görülmektedir.¹³⁹ Anayasa'da doğrudan ifade edilmemekle birlikte Almanya'nın da bu görüşe yakın olduğunu söylemek mümkündür, zira Almanya Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasası'ndaki yaşam hakkına ilişkin maddenin cenin için de geçerli olduğuna karar vermiştir.¹⁴⁰ Görüldüğü gibi söz konusu görüş uygulaması veya destekçisi olmayan bir görüş niteliğinde değildir.

Öte yandan bu görüşe doktrinde getirilen birçok eleştiri de bulunmaktadır. Örneğin *Thomson*'a göre cenin, gebeliğin belli bir aşamasından sonra, birey olarak kabul edilebilir ancak annenin fedakar olmak gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır.¹⁴¹ Bu

¹³⁴ Stith, s. 25.

¹³⁵ Stith, s. 25.

¹³⁶ Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 186.

¹³⁷ Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 186.

¹³⁸ Anayasa metni için: http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Historical_Information/The_Constitution/February_2015_-_Constitution_of_Ireland_.pdf (Erişim T.05.04.2016).

¹³⁹ Rebecca J. Cook ve Bernard, M. A. Dickens (Cook 1988), "International Developments in Abortion Laws: 1977-88", **American Journal of Public Health**, 78(10), Ekim 1988, s. 1309.

¹⁴⁰ United Nations, s. 26.

¹⁴¹ Judith Jarvis Thomson, "A Defense of Abortion", **Philosophy and Public Affairs**, 1(1): 47-66, Sonbahar 1971, s. 56.

durumda cenin bir birey olarak da kabul edilse gebeliğin sonlandırılması mümkün kabul edilmelidir. Harris'e göre bir canlının insan olarak kabul edilebilmesi için 46 kromozomu olmasının yeterli sayılması "türçülüktür" (speciesism) ve bunun ırkçılıktan bir farkı yoktur.¹⁴² Yazara göre önemli olan farkındalıktır. Bir canlının bir insan, bir birey olarak kabul edilebilmesi için farkındalığının önemli olduğunu savunan bir diğer yazar da *Fletcher*'dir. *Fletcher*'a göre bir canlının insan olduğunu gösteren çeşitli kriterler bulunmaktadır. Minimum düzeyde de olsa zekaya sahip olma, kendinin farkında olma, kendini kontrol edebilme, zamanın farkında olma, gelecek zamanın farkında olma, geçmiş zamanın farkında olma, iletişim kurabilme, başkaları için endişelenebilme, değişme ve değişebilme ve mantığıyla duyguları arasında denge kurabilme bu kriterlerden bazılarıdır.¹⁴³ Yine *Tooley* bir canlının bir birey olarak kabul edilebilmesi için farkındalık oluşturmalarının gerekliliğine dikkat çekmektedir.¹⁴⁴ *Tooley*'e göre insanın kendinin farkında olmasına, varlığını, yaşamını sürdürme bilinci de dahildir.¹⁴⁵ Yaşamını sürdürmeye yönelik farkındalığı olmayan bir canlının yaşama hakkına sahip olduğu söylenemez çünkü bu canlının yaşamaktan yana bir menfaati yoktur.¹⁴⁶ *Aksoy* tarafından da *Fletcher* ve *Tooley*'nin görüşleri açıklanırken de belirtildiği gibi, farkındalığın ölçüt olarak kabul edildiği bir noktada değil ceninin, yeni doğan bir bebeğin ve hatta akıl hastalığı bulunan bazı kişilerin bile birey olduğunu söylemek mümkün olamayacaktır.¹⁴⁷

B. Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları ve Ceninin Statüsü ile İlişkisi

1. Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları

Embriyonik kök hücreler, embriyonun iç hücre kütlesi içinde bulunan hücrelerdir.¹⁴⁸ Kök hücreler, hasarlı hücrelerin yerine geçerek bir tür yama görevi görür. Örneğin hasarlı bir karaciğer hücresinin yerine bir karaciğer kök hücresi, hasarlı bir deri

¹⁴² John Harris, *The Value of Life*, Routledge, London, 1985, s. 18.

¹⁴³ Joseph Fletcher, "Indicators of Humanhood: A Tentative Profile of Man", *The Hastings Center Report*, 2(5), Kasım 1972, s. 1-4.

¹⁴⁴ Tooley, s. 45.

¹⁴⁵ Tooley, s. 49.

¹⁴⁶ Tooley, s. 49.

¹⁴⁷ Aksoy, s. 14.

¹⁴⁸ Sadler, s. 45.

hücresi yerine bir deri kök hücresi geçer ve burada aynı türde hücrelerin çoğalmasını sağlayarak hasarı onarır. “Pluripotent” yapıda olan embriyonik kök hücreler, teoride, insan vücudunda bulunan yaklaşık iki yüz adet hücre çeşidinden hemen hemen her birini oluşturma potansiyeline sahiptir.¹⁴⁹ Bu nedenle embriyonik kök hücreler sayesinde Alzheimer, diyabet, nörodejeneratif bozukluklar, kalp hastalıkları, Parkinson ve anemi gibi birçok hastalığın tedavi edilebileceği düşünülmektedir.¹⁵⁰

Embriyonik kök hücrelerin elde edilmesi iki yolla mümkündür. Ya tüp bebek tedavisi (in vitro fertilizasyon) için elde edilen ancak tedavi için kullanılmayarak fazlalık duruma düşen embriyolar kullanılacaktır ya da doğrudan kök hücre araştırmalarında kullanılmak üzere embriyo oluşturma yoluna gidilecektir. Tanımlar kısmında da kısaca değindiğimiz gibi, tüp bebek tedavisinde öncelikle ovaryen folikülleri clomifen sitrat veya gonadotropin verilerek büyümeleri ve olgunlaşmaları için uyarılır. Sonrasında birçok olgun yumurta hücresi, olgunlaşmış ovaryen foliküllerinden laparoskopi yoluyla çekilir. Yumurtalar ultrasonografi ile yönlendirilen bir iğneyle vajinal duvardan geçirilerek ovaryen foliküllere girilmesiyle de alınabilir. Alınan yumurta hücreleri, bir karışım ve seçilmiş spermle birlikte bir petri kabına koyulur. Yumurtanın döllenmesi ve zigotun bölünmesi üç ila beş gün kadar mikroskopla gözlenir. Annenin yaşına bağlı olarak, oluşan dört ila sekiz hücreli aşamadaki veya erken blastosit oluşumundaki embriyolardan bir ila üç tanesi, vajinadan servikal kanala bir katater yardımıyla yerleştirilir. Kalan embriyolar daha sonradan kullanılmak üzere sıvı nitrojen içinde saklanır. Hasta, düşük riskini azaltmak için bir süre yüz üstü yatırılır.¹⁵¹ Görüldüğü gibi, bu yöntem ile elde edilen embriyo hastanın rahmine yerleştirilmeyip, tedavinin tekrar edilmesinin gerekmesi ihtimaline karşı saklanabilmektedir. Saklama işlemi için hastanın aydınlatılmış onamı gerekmektedir. Çeşitli ülkelerin mevzuatına göre saklama prosedürü ve saklama süresi belirlenmekte, bu sürenin sonunda embriyonun hala saklanmasını talep eden hastanın bu isteğini yenilemesi gerekmektedir. Hasta, embriyonun saklanmasını talep etmezse veya saklanması talebini düzenlenen süre sonunda yinelemezse, saklanan

¹⁴⁹ Sadler, p. 45. John A. Robertson, (1999) “Ethics and Policy in Embryonic Stem Cell Research”, **Kennedy Institute of Ethics Journal**, 9(2): 109-136, 1999, s. 111.

¹⁵⁰ Sadler, s. 45. Robertson, s. 110.

¹⁵¹ Moore/Persaud/Torchia, s. 30.

embriyo fazlalık duruma düşmekte, ilgili ülkenin mevzuatına göre imha edilmektedir. Öte yandan, aşağıda açıklanacağı üzere, bazı ülkeler, yine hastanın aydınlatılmış onamının alınması suretiyle fazlalık embriyoların embriyonik kök hücre araştırmalarında kullanılmasına da izin vermektedir. İşte fazlalık embriyo ile embriyonik kök hücre araştırması yapmaktan kastımız budur. Embriyonik kök hücre araştırmalarında kullanılmak üzere embriyo üretilmesi ise, yukarıda açıklanan prosedürün tüp bebek tedavisi amacıyla değil embriyonik kök hücre elde etmek amacıyla uygulanmasıdır. Bu durumda petri kabında döllenmiş yumurta hücresinden elde edilen embriyo, anne rahmine yerleştirilmeyip, bu prosedürün uygulanmasına izin veren ülkenin hukuki düzenlemelerinde belirlediği sınırlar çerçevesinde embriyonik kök hücre araştırmalarında kullanılır.

Embriyonik kök hücre çalışmaları hakkındaki etik tartışmalar, bir embriyodan kök hücre elde edilebilmesi için embriyonun imha edilmesi gereğinden doğmaktadır. Bu etik tartışmalar, farklı devletlerin bilimsel gelişmişlikleri, kültürleri ve dinleri gibi birçok unsurla birleşerek embriyonik kök hücre araştırmaları konusunda farklı düzenlemeler yapmalarına sebep olmaktadır. Görüldüğü gibi embriyonik kök hücre çalışmaları hakkındaki mevzuatlarını oluştururken her devlet, embriyoya verdikleri değere göre hareket etmektedir. Öyleyse farklı devletlerin embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki mevzuatlarını inceleyerek bu devletlerin embriyoya atfettikleri değer ile buna bağlı olarak sağladıkları hukuki korumanın yoğunluğunu belirlemek mümkündür.

2. Devletlerin Embriyodan Kök Hücre Elde Edilmesine İlişkin Mevzuatlarının Sınıflandırılması

Embriyonun hukuki statüsü üzerine düşünmeyi sağlayan uygulamalardan biri gebeliğin sonlandırılması, diğeri ise bilimin ilerlemesi ile mümkün hale gelen tüpte embriyonik kök hücre çalışmalarıdır. Her iki durumda da varlığı tehdit altına giren embriyonun statüsünün ne olduğu ve dolayısı ile nasıl veya neden korunması gerektiği tartışma konusu haline gelmiştir.

Tüpte embriyonun üretilmesi ve bu embriyonun üremeye yardımcı tedavilerden kök hücre araştırmalarına kadar çeşitli alanlarda kullanımının ortaya çıkması ile ivme kazanan etik tartışmalar embriyoya hukuki koruma sağlanması adına hukuki

düzenlemeler yapılmasına da önayak olmuştur. Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (Biyotıp Sözleşmesi) ve Sözleşmeye Ek Biyomedikal Araştırmalara İlişkin Protokol (Ek Protokol), kanunlar hiyerarşisindeki yerleri gereği bunların en dikkat çekici olanlarıdır. Bilindiği gibi Anayasa madde 90/5 gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar kanun hükmünde olup, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. Öyleyse Biyotıp Sözleşmesi ile Ek Protokolün kanunlar hiyerarşisinde Anayasa'nın altında kanunların ise üstünde yer aldığı anlaşılmaktadır.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 18. maddesinde, insan embriyosu yaratma hususu düzenlenmiş, insan embriyosunun salt araştırma amacıyla yaratılması yasaklanmış ancak hangi amaçla üretilebileceği konusu ve embriyonun hukuki statüsünün düzenlenmesi ülkelerin iç hukukuna bırakılmıştır.¹⁵² Katoğlu'na göre maddenin açıklığa kavuşturulması gereken iki yönü bulunmaktadır; bunlar ilk fıkrada belirtilen “uygun korumadan” ne kastedildiği ve tedavi amaçlı embriyonun yaratmanın da yasak olup olmadığıdır.¹⁵³

Katoğlu'nun Halliday'den aktardığı üzere uygun koruma ile kastedilen, bilimsel araştırmanın keyfilikten uzak, insan onuruna uygun ve embriyoya saygılı bir şekilde yapılmasının sağlanması yönünde düzenlemeler yapılarak embriyonun korunmasıdır.¹⁵⁴ Biyotıp Sözleşmesi'nin koyduğu bu hükmün son derece soyut bir düzenleme içerdiği tartışmasızdır. Sözleşmeye taraf ülkelere korunmanın şekli hakkında geniş takdir yetkisi veren bu düzenleme, verdiği takdir yetkisini keyfilik ve insan onuru gibi soyut kavramlarla sınırlandırmıştır. Keyfilik konusunda, zaten salt araştırma amacıyla embriyo yaratılmasını yasaklayan sözleşmenin, hâlihazırda var olan embriyo üzerinde de amaçsız araştırma faaliyetlerini yasakladığı düşünülebilir. Embriyo üzerinde yapılan

¹⁵² Biyotıp Sözleşmesi m. 18. “*Hukukun embriyon üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde embriyon için uygun koruma sağlanacaktır. Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır.*”

¹⁵³ Tuğrul Katoğlu, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 55(1), 2006, s. 182.

¹⁵⁴ Katoğlu, s. 182.

araştırmaların insan onuruna aykırı nitelikte olmaması konusunda ise insan onurunun ne olduğu hususunun tartışılması gerekir.

Biyotıp Sözleşmesinin 18. maddesi uyarınca iç hukuklarında gerekli düzenlemeyi yapan ülkeler embriyonun niteliği konusunda üç farklı bakış açısı oluşturmuşlardır. *Katoğlu*'na göre embriyoya sağlanan hukuki korumanın yoğunluğunu gösteren bu bakış açıları “embriyonun bir deney malzemesi olarak görülmesi”, “insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfedilmekle birlikte hukuken kişi olarak korunmaması” ve “insan embriyosunun kişi olarak görülmesi” şeklinde özetlenebilir.¹⁵⁵ *Katoğlu*, embriyonun bir deney malzemesi olarak görülmesi bakış açısına yönelik hukuki düzenlemenin hiçbir Avrupa ülkesinde bulunmadığını vurgulamıştır.¹⁵⁶

Embriyonun kişi olarak korunduğu düzenlemeler başta İrlanda, Almanya ve İtalya olmak üzere birkaç ülkede görülmektedir. *Katoğlu*'na göre İrlanda Cumhuriyeti ve Almanya, embriyo üzerinde kök hücre çalışmalarına izin vermeyen, embriyoyu kişi olarak koruma yoluna giden düzenlemeler ile embriyoya en sıkı korumayı veren sistemi kurmuşlardır.¹⁵⁷ Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde İrlanda ve Almanya'nın iç hukuk düzenlemeleri ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Yukarıda insan embriyosunun bir deney malzemesi olarak görüldüğüne ilişkin hiçbir ülkede düzenleme bulunmadığından ve insan embriyonunu kişi olarak görüp buna yönelik düzenlemeler yapan ülkelere kısaca bahsedilmiştir. “İnsan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer vermekle birlikte hukuken kişi olarak korumayan devletler” ise, bu düzenlemeleri yaparken embriyoyu yine değişik yoğunlukta koruyan görüşlere yer verdiklerinden bu konuyu biraz daha ayrıntılı incelemek gerekmektedir.

İnsan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte embriyoyu kişi olarak korumayan görüşün farklı ülkelerdeki uygulamaları kendi içinde üç farklı biçimde görülmektedir:

- Bu konuda hiçbir düzenlemesi bulunmayan devletler,

¹⁵⁵ *Katoğlu*, s. 185.

¹⁵⁶ *Katoğlu*, s. 185.

¹⁵⁷ *Katoğlu*, s. 184.

- Bazı koşullara bağlı olmak kaydıyla artan embriyolardan kök hücre alınmasına müsaade eden devletler ve

- kök hücre alınması amacıyla embriyo oluşturulmasına izin veren devletler.¹⁵⁸

Görüldüğü gibi embriyoya yapılabilecek işlemlerin bir kısmını kısıtlayıp diğerlerine izin vererek devletler, embriyoya çeşitli ölçülerde hukuki koruma sağlamaya çalışmışlardır. *Katoğlu*, bazıları kanun taslakları hazırlamış olmakla birlikte Belçika, İtalya, Lüksemburg ve Portekiz gibi devletlerde embriyoya hukuki koruma sağlamak konusunda hiçbir düzenleme bulunmadığını belirtmiştir.¹⁵⁹ Embriyoya hukuki koruma sağlamak konusunda hiçbir düzenleme yapmamanın embriyoya tam bir koruma sağladığı anlamına mı, yoksa hiçbir koruma sağlamadığı anlamına mı geldiği belirsizdir. Öte yandan, aşağıda inceleneceği üzere, zaman içinde bu ülkeler de çeşitli düzenlemeler yapma yoluna giderek embriyoya insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte hukukken kişi olarak korumayan görüş içindeki l ayrımın yavaş yavaş ikili bir ayrıma düşmesini sağlamışlardır. Örneğin, Belçika'nın 2003'te çıkardığı Embriyoların Araştırılması Hakkında Kanun'un üreme amaçlı klonlamayı yasaklarken tedavi amaçlı klonlamayı serbest bıraktığı görülmektedir. Araştırmanın hastalıklardan korunmaya ve hastalıkların tedavisine katkı sağlayacağı durumlarda sıkı bir izin prosedürüne tabi tutulsa da salt araştırma amacıyla ve on dördüncü güne kadar embriyoya müdahalede bulunulmasına dahi müsaade edilmiştir.¹⁶⁰ öte yandan İtalya'nın 2003 yılında onayladığı Yapay Döllenme Yasası'nın 13. maddesi ile hem üreme amaçlı klonlama hem de tedavi amaçlı klonlama yasaklanmıştır.¹⁶¹ Görüldüğü gibi klonlama konusunda düzenlemesi bulunmayan ülkelerin klonlamayı tamamen yasaklamak veya tamamen serbest kılmak amacıyla düzenleme yapmadıklarını düşünmek mümkün değildir. Düzenlemenin bulunmaması yalnızca düzenlemenin henüz yapılmadığı anlamına gelmektedir. Sonrasında yasal düzenleme yapan ülkeler, klonlamayı İtalya gibi tamamen yasaklayarak embriyo üzerinde çok sıkı bir koruma yaratma yoluna gidebildikleri gibi, Belçika gibi

¹⁵⁸ Katoğlu s. 184.

¹⁵⁹ Katoğlu, s. 184.

¹⁶⁰ Erdal Yerdelen, "Klonlamanın (Kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 63(3): 643-685, 2014, s. 672, 673.

¹⁶¹ Yerdelen, s. 671.

tedavi amaçlı klonlamayı serbest kılmak ve hatta embriyo üzerindeki hukuki korumayı on dördüncü günden başlatarak tedavi amaçlı olmayan araştırmalara izin vermek yoluna da gidebilmektedir.

“Bazı koşullara bağlı olmak kaydıyla artan embriyolardan kök hücre alınmasına müsaade eden görüş” ile “kök hücre alınması amacıyla embriyo oluşturulmasına izin veren görüşün” uygulamaları, İngiltere’de olduğu gibi birlikte görülebildiği gibi diğer bazı ülkelerde olduğu gibi ayrı ayrı da görülebilmektedir. Yunanistan, Finlandiya, Hollanda ve İngiltere gibi ülkeler bazı koşullara bağlı olmak kaydıyla artan embriyonlardan kök hücre alınmasına müsaade etmektedirler. Örneğin Yunanistan’da kabul edilen yasaya göre tüpte dölleme ile elde edilen embriyolardan fazlalık olanlar tedavi ve araştırma amacıyla kullanılabilir. ¹⁶² *Yerdelen*, kanunun açıklama metninde, tüpte dölleme ile elde edilen fazlalık embriyoların yalnızca üreme amaçlı klonlama için kullanılamayacağını belirtildiğini anlatmaktadır. *Yerdelen* bu cümleden, fazlalık embriyoların tedavi amaçlı klonlamada kullanılmasına izin verildiğinin anlaşılması gerektiğinin aktarmaktadır. ¹⁶³

Yine *Yerdelen*’in açıkladığı üzere, Finlandiya’da da 1999 yılında çıkarılan Tıbbi Araştırmalar Yasası ile tüpte dölleme yöntemiyle elde edilen fazlalık embriyoların on dördüncü güne kadar araştırma amacıyla kullanılmasına izin verilmekte ancak üreme amaçlı klonlama için kullanılmaları yasaklanmaktadır. *Yerdelen* Finlandiya yasalarına göre tüpte dölleme ile elde edilen fazlalık embriyoların araştırmalarda ve üreme amacı dışında klonlanmada kullanılmasına izin verildiğini ancak sırf bu amaçlarla embriyo üretilmesine yasak getirildiğini vurgulamaktadır. ¹⁶⁴ Görüldüğü gibi bu kategorideki devletler üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayan kuruluşlarda üreme amacıyla üretilip sonrasında fazlalık duruma düşen embriyoların araştırmalarda kullanılmasına müsaade etmekle, embriyoya başlangıçtaki üretilme amacına göre bir hukuki koruma vermişlerdir. Üreme amacıyla üretilen embriyoların artık bu amaçla kullanılmayacakları anlaşıldığında bunları imha etmek yerine araştırma amaçlı kullanılmalarına izin

¹⁶² *Yerdelen* s. 670.

¹⁶³ *Yerdelen* s. 671.

¹⁶⁴ *Yerdelen* s. 671.

vermişlerdir. Bu embriyoların kullanım amacı bakımından yalnızca üreme amaçlı klonlamayı yasaklamakla Biyotıp Sözleşmesi'nin 18. maddesindeki embriyoya hukuki koruma sağlama yükümlülüğünü yerine getirmiş, salt araştırma amaçlı embriyo üretimi yasağına aykırı düşmemiş, Ek Protokol'ün 1. maddesindeki üreme amaçlı klonlama yasağına uygun bir düzenleme yapmışlardır.

İngiltere'de ise, kök hücre alınması amacıyla embriyo üretilmesine izin verilmektedir.¹⁶⁵ 2001 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Yönetmeliği ile embriyonun gelişimine veya ciddi hastalıklara ilişkin bilgiyi arttırmak veya bu bilginin ciddi hastalıkların tedavisinde kullanımını sağlamak amaçlarıyla da embriyoları kullanmak veya bu amaçla embriyo üretmek mümkün kılınmıştır.¹⁶⁶

Görüldüğü gibi farklı devletlerin embriyonik kök hücre araştırmaları hakkındaki hukuki düzenlemeleri, bu ülkelerde embriyonun ne yoğunlukta korunduğuna ilişkin fikir vermektedir. Öyleyse, embriyoyu bir kişi olarak gören ülkelerin embriyoya en yoğun korumayı sağladıkları, embriyoyu kişi olarak korumamakla birlikte embriyoya insan onuruna ilişkin bir değer atfeden devletlerdeki korumanın ise daha düşük yoğunlukta olduğunu söylemek mümkündür. Embriyoyu kişi olarak korumamakla birlikte embriyoya insan onuruna ilişkin bir değer atfeden devletlerin de kendi içinde ikiye ayrılabilmesinin bir gereği olarak, bu kategorideki devletlerin embriyoya sağladığı hukuki koruma da çeşitlilik göstermektedir. Bu kategori içinde embriyoya sağlanan hukuki korumanın yoğunluğuna bakıldığında ise, “bazı koşullara bağlı olmak kaydıyla artan embriyolardan kök hücre alınmasına müsaade eden” devletlerin embriyoyu, “kök hücre alınması amacıyla embriyo oluşturulmasına izin veren” devletlerden daha yoğun bir şekilde koruduğunu söylemek mümkün olacaktır.

3. Ulusal Mevzuat

İç hukukumuzda Biyotıp Sözleşmesinin 18. maddesinde yer alan sadece araştırma amacıyla insan embriyosu yaratılması yasağına uygun düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. 2005 yılında yayınlanan Embriyonik Kök Hücre Araştırmaları Hakkında

¹⁶⁵ Yerdelen, s. 671.

¹⁶⁶ Ingo Hillebrand ve Felix Stöcke-Jochmus, Ann-Sophie Holz ve diğerleri, “Stem Cell Research” 2004, <http://www.drze.de/in-focus/stem-cell-research/laws-and-regulations>, s. 17, (01.06.2016).

Sağlık Bakanlığı Genelgesi'nde (Embriyonik Genelge) belirtildiği üzere, hukuki ve etik tartışmalar hakkında Bakanlıkça yapılacak gerekli çalışmalar sonlandırılıncaya kadar “embriyonik kök hücre araştırmalarının yapılmaması” yönünde düzenleme yapılmıştır.¹⁶⁷ Bu genelgenin ardından çıkarılan Mayıs 2006 tarihli Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Sağlık Bakanlığı Genelgesi ile ise embriyonik olmayan kök hücrelerin klinik amaçlı kullanımı düzenlenmiştir.¹⁶⁸ İki genelgenin birlikte irdelenmesi doktrinde yorum farklılıklarına sebep olmuştur. *Hakeri*'nin aktardığı üzere, 2005 tarihli genelge ile embriyonik kök hücre araştırmaları yasaklanıp 2006 tarihli genelge ile embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarının belli kurallara bağlı olarak yapılabileceği açıklanınca doktrindeki bir görüş bu iki genelgenin birbirinden farklı konuları düzenlediğini, dolayısıyla embriyonik kök hücre çalışmaları yasaklı halini muhafaza ederken embriyonik olmayan kök hücre çalışmalarının belli şartlara tabi olarak serbest bırakıldığını savunmuştur. Öte yandan bir başka görüş, 2006 tarihli genelge ile kök hücre çalışmalarının belli şartlara tabi olarak serbest bırakılırken embriyonik kök hücre çalışmalarına yeniden değinilmemesini embriyonik kök hücre çalışmalarına sınırlama getirilmediği yönünde yorumlamıştır. *Hakeri*, ikinci görüşün hukuk mantığına uygun olmayabileceğini ve doktrinde baskın olmadığını belirtmektedir.¹⁶⁹ Nitekim uygulamada da 2005 tarihli genelgeden bu yana embriyonik kök hücre çalışmaları yasak kabul edilerek uygulanmamaktadır.¹⁷⁰

Doktrinde, söz konusu genelgelerle ilgili bir başka tartışma konusu, kök hücre çalışmalarının genelge ile düzenlenmesidir. *Hakeri*'ye göre yapılan düzenlemeler konuyu belirsizlikten kurtaramamıştır. Çok sıkı düzenlemeler getirilse de bu düzenlemelere uyulmaması haline cezai bir yaptırım bağlanmaması¹⁷¹ bu düzenlemeleri Biyotıp

¹⁶⁷ Berna Arda ve Ahmet Acıduman, “An Evaluation Regarding the Current Situation of Stem Cell Studies in Turkey”, *Stem Cell Reviews and Reports*, 2009, S. 5, ss. 130-134, s. 130, 134.

¹⁶⁸ T.C. Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Sağlık Bakanlığı Genelgesi, http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=387&Itemid=35, (04.11.2017).

¹⁶⁹ *Hakeri*, s. 438.

¹⁷⁰ *Hakeri*, s. 438. Arda ve Acıduman, s. 134. Zafer Nihat Candan ve Semra Kahraman, “Establishment and Characterization of Human Embryonic Stem Cell Lines, Turkey Perspectives”, *In Vitro Cell.Dev.Biol.—Animal*, 2010, S. 46, ss. 345–355, s. 346.

¹⁷¹ Düzenlemelerin cezai yaptırıma bağlanmamış olması hakkında ayrıca bakınız; Yerdelen, s. 679-780.

Sözleşmesi'ndeki gibi genel ve dileksel nitelikli düzenlemeler haline getirmiştir.¹⁷² *Yerdelen*'e göre insan onuru ile iç içe olan böylesi bir konunun yönetmelik, genelge ve ek kılavuz şeklinde düzenlenmeye çalışılması eleştiriye değer niteliktedir.¹⁷³

Bir diğer tartışma konusu 2005 tarihli Genelge'nin embriyonik kök hücre araştırmalarını yasakladığı ancak embriyonik kök hücrelerin tedavi maksadıyla kullanılmasına değinmediğine ilişkindir. Biyotıp Sözleşmesi embriyoya kök hücre araştırması amacıyla müdahalede bulunulmasını yasaklamaktadır. Öte yandan embriyo üzerinde araştırma maksatlı değil, tedavi maksatlı bir müdahalede bulunulmasını yasaklayan veya serbest kılan bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanunilik ilkesi uyarınca suçun ve cezanın açıkça belirlenmiş olması gerekmektedir.¹⁷⁴ Dolayısı ile yasak ve bu yasağın müeyyidesi belirlenmemişse ortada bir yasak olduğu söylenemez. Yasağın olmadığı yerde ise serbestinin bulunduğunun kabulü gerekir. Öyleyse Biyotıp Sözleşmesinin 18/2. maddesi hükmü de Sağlık Bakanlığı'nın Embriyonik Genelgesi de tedavi amacıyla kök hücre alınması için embriyoya müdahalede bulunulması durumunu düzenlediği ve yasaklamadığı düşünülebilir.¹⁷⁵ Öyleyse Türk Hukuku'nda embriyodan tedavi maksadı ile kök hücre elde edilmesinin yasaklanmadığı iddia edilebilir. Böyle bir iddianın kabulü halinde embriyonik kök hücreler ya tedavi amacıyla embriyonik kök hücre elde etmek için yaratılan embriyolardan ya da fazlalık durumdaki embriyolardan

¹⁷² Hakeri, s. 441.

¹⁷³ *Yerdelen*, s. 676.

¹⁷⁴ Nur Centel ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010, s. 56.

¹⁷⁵ Doktrinde klonlamanın; moleküler klonlama, üreme amaçlı klonlama ve tedavi amaçlı klonlama olmak üzere üç türü olduğundan söz edilmektedir. C. Gül, "Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı", **e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık Dergisi**, Temmuz 2010, S. 101, www.E-Akademi.org, s. 6, (05.11.2005). Tedavi amaçlı klonlamadan kasıt embriyodan tedavi amacıyla kök hücre alınmasıdır. Bu amaç üreme amaçlı klonlamadan farklı olup Biyotıp Sözleşmesi ve ek protokollerle yasaklanan üreme amaçlı klonlama ve embriyoya salt araştırma amacıyla müdahalede bulunulmasıdır. Oysa tedavi amacı ile embriyodan kök hücre alınması, yani tedavi amaçlı klonlama, insan üretmeyi değil hastalıkların tedavisi amacıyla insan dokusu veya organı üretmeyi amaçlar, embriyoya salt araştırma amacıyla müdahalede bulunulmaz, embriyoya bir başkasının hastalığını tedavi etmek amacıyla embriyonik kök hücre elde edebilmek için müdahalede bulunulur. Üreme amaçlı klonlama ile tedavi amaçlı klonlamanın birbirinden ayrı tutulmasının anlamlı olmadığına ilişkin görüş için bakınız; M. Onursal CİN, "Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 11(1-2):125-138, 2003, s. 135-136.

elde edilecektir. Oysa her iki yöntemin uygulaması da Türk Hukuku açısından mümkün değildir.

Daha önce de belirttiğimiz gibi tüp bebek merkezlerinde normal yollarla çocuk sahibi olamayan eşlere uygulanan tedavinin başarı şansı yüzde yüz olmadığından eşlerden alınan yumurta ve spermelerden birden fazla embriyo elde edilerek tedavinin başarılı olduğu anlaşılan kadar bu embriyoların saklanması yoluna gidilebilmektedir. Embriyodan alınan kök hücre ile tedavi amaçlı klonlama uygulaması yapılabilmesi için fazlalık duruma düşerek saklanmasına karar verilen bu embriyoların kullanılması teknik açıdan mümkündür. Bununla birlikte Biyotıp Sözleşmesi'nin 22. maddesi ve Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) birlikte yorumlandığında bu embriyoların kullanılması için Türk hukukunda bir düzenleme yapılmadığı görüldüğünden bu yolun kullanılmasının yasal olmadığı görülecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki Biyotıp Sözleşmesi'nin 22. maddesi uyarınca *“bir müdahale sırasında insan vücudunun herhangi bir parçası alındığında, çıkarılan parça, yalnızca uygun bir bilgi verme ve muvafakat alma usullerine uyulduğu takdirde, çıkarılma amacından başka bir amaç için saklanabilir ve kullanılabilir”*. Öyleyse üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde anne baba adaylarından alınan yumurta ve sperm hücrelerinin ne amaçla kullanılacağına, nasıl saklanacağına ilişkin aydınlatılmış onam almak gerekmektedir. Nitekim Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'in üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanma kriterleri başlıklı 20. maddesinde kadın ve erkekten hangi nedenlerle yumurta ve sperm alınabileceği açıkça düzenlenmiş olup tedavi amacıyla kök hücre elde edilmesi bu nedenlerden biri değildir. Öyleyse Türk Hukuku uyarınca embriyonik kök hücre elde edilmesi amacıyla embriyo üretilmesi söz konusu değildir. Biyotıp Sözleşmesi'nin 22. maddesi, fazlalık embriyolardan embriyonik kök hücre elde edilmesi konusunda da önemlidir zira madde 22 gereği, fazlalık embriyoların farklı amaçlarla kullanılmasına izin verildiği düşünülecekse bunun için de vericilerin rızasının alınması gereği açıktır. Oysa Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 19/4. maddesinde *“Merkezlerde*

embriyo saklama işlemlerinde Ek-9, çözme işlemlerinde Ek-10 ve imha işlemlerinde Ek-11'deki form; gonad dokusu/hücreleri saklama işlemlerinde Ek-12, çözme işlemlerinde Ek-13 ve imha işlemlerinde Ek-14'deki form doldurulur.” ifadesi yer almakta olup farklı amaçlarla kullanım için herhangi bir aydınlatılmış onam formu düzenlenmemiştir. Farklı amaçla kullanıma ilişkin aydınlatılmış onam belgesi öngörülmediği gibi Yönetmeliğin, adaylardan elde edilen fazlalık embriyoların saklanma usul ve esaslarına ilişkin 20. maddesinin 5 ve 6. fıkralarında da tedavi veya araştırma amacıyla kullanımına ilişkin bir belirleme olmayıp, bu embriyoların “*tekrar kullanılmasını engelleyecek şekilde imhası*” öngörülmüştür.¹⁷⁶ Buradan anlaşılabileceği üzere saklanan fazlalık embriyolar tekrar kullanılmaması için imha edilecek, böylece farklı bir amaçla kullanılmaları da mümkün olamayacaktır. Dolayısı ile fazlalık embriyolardan embriyonik kök hücre elde edilmesi de Türk Hukuku uyarınca mümkün görünmemektedir.

Türk Hukuku’nda fazlalık embriyolardan embriyonik kök hücre elde edilememesi doktrinde eleştirilmektedir. Fazlalık embriyoların saklanması ve imhası yasal kabul edilirken araştırma veya tedavi amacıyla kullanılamaması mantıklı görünmemektedir.¹⁷⁷ Böyle bir düzenlemenin embriyoyu koruduğu da söylenemez zira üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine fazlalık embriyoların açığa çıkması söz konusudur ve bu fazlalık embriyolar tedavide kullanılmayacaksa zaten imha edilecektir. Embriyoların her durumda imhasını öngören sistemin bu embriyoların tedavi maksadıyla kullanılmasını

¹⁷⁶ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 20/5 ve 20/6.’deki düzenlemesi:

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

Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen numuneler, merkezlerde en fazla beş yıl süreyle saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri, sayımları ve tekrar kullanılmasını engelleyecek şekilde imhası ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon

marifetiyle

yapılır.”

(<http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.20085&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=%C3%BCremeye>, Erişim Tarihi: 04.11.2017).

¹⁷⁷ Karakaya, s. 49-50. Tansu Sayar ve Sevinç Arslan Hızal, “Etik ve Hukuki Boyutlarıyla İnsan Klonlama”, **Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi** (Ed. Hamit Hancı ve Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 238. Öztürk, s. 31.

yasaklaması ne embriyoyu korumaktadır ne de tedavi bekleyen hastalara yardımcı olmaktadır. Fikrimizce embriyonik kök hücre araştırmalarını tümünden yasaklamayan, embriyonik kök hücrelerin tedaviye yönelik olarak belirli şartlar altında kullanılmasına izin veren ve bu düzenlemeyi genelge değil kanun seviyesinde yapan bir hukuki düzenlemeye ülkemizde ihtiyaç duyulmaktadır.¹⁷⁸

Görüldüğü gibi, embriyonik kök hücre çalışmalarına ilişkin mevcut hukuki düzenlemeler uyarınca, ülkemizin “insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer vermekle birlikte hukuken kişi olarak korumayan devletler” kategorisinde bulunduğu söylenebilir. Açıklandığı gibi, fazlalık embriyolardan embriyonik kök hücre elde edilmesi yasaklanmamış, yaptırıma tabi tutulmamıştır ancak buna yönelik çalışmaların yapılması için embriyonik kök hücre elde edilecek yollar da öngörülmemiştir. Bu durum embriyonun bir kişi olarak korunduğu yorumuna da müsait olmakla birlikte TMK madde 28 bu düşünceye engeldir. TMK madde 28 “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” hükmü ile embriyonun sağ olarak doğmadığı sürece kişi olmadığını düzenlemektedir. Bir embriyodan kök hücre alınabilmesi için kök hücresi alınan bir embriyonun ana rahmine yerleştirilerek gelişiminin devamı ve dolayısı ile sağ doğumu mümkün olamayacaktır.¹⁷⁹ TMK madde 28 hükmü uyarınca, Türk Hukuku’nda asla sağ ve tam olarak doğamayacak bu embriyonun kişi olarak kabul edilmediği anlaşılmaktadır. Öyleyse Türkiye, embriyoyu kişi olarak koruyan görüşe sahip ülkelerden sayılamaz. Öte yandan, önceki paragrafta da eleştirilen, embriyonik kök hücre çalışmaları ve embriyonun korunması hakkında hukuki düzenleme eksikliğinin söz konusu olması, Türkiye’nin konu hakkındaki görüşünün belirlenmesini ve belli bir kategori çerçevesinde değerlendirilmesini güçleştirmektedir.

¹⁷⁸ Aynı yönde bakınız; Hakeri, s. 441. Hakeri “Embriyonun Korunması ve Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Kanun” adı altında bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir.

¹⁷⁹ World Health Organization, World Health Organization Executive Board eb115/inf.doc./2, 115th Session 16 December 2004 Provisional agenda item 9.5, Reproductive cloning of human beings: status of the debate in the United Nations General Assembly Report by the Secretariat, http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB115/B115_ID2-en.pdf, s. 3, (14.02.2017).

C. Gebeliğin Sonlandırılması Sebeplerinin Sınıflandırılması ve Ceninin Statüsü İle İlişkisi

Gebeliğin sonlandırılması konusundaki hukuki reformların üç aşamadan geçtiği gözlemlenmektedir. İlk aşama, gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanması için yasaların bir araç olarak kullanıldığı yüzlerce yıllık döneme denk gelmektedir. İkinci aşama, gebeliğin sonlandırılmasının sağlık hizmetinin bir gereği olarak görülerek gebeliğin devamının gebenin hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye attığı veya kadını, çocuklarını veya ailesini kötü yönde etkilediği durumlarda gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesine yönelik düzenlemelerin ortaya çıktığı aşamadır. Üçüncü aşama ise kadınların güvenli bir şekilde yürütülen gebeliğin sonlandırılması hizmetine ulaşmasını insan hakları ve sosyal adaletin bir gereği olarak gören son gelişmelerdir.¹⁸⁰

Gebeliğin sonlandırılması sebepleri, ikinci ve üçüncü aşamanın bir gereği olarak mevzuatlarda kendine yer bulan, gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen durumlardır. Devletler, birbirinden farklı sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına izin verebilmektedir. Öte yandan devletlerin düzenledikleri bu farklı gebeliği sonlandırma sebeplerini ortak bir paydada buluşturmak da mümkündür. Bu amaçla doktrinde gebeliğin sonlandırılması sebeplerini kategorilendirme çabası göze çarpmaktadır.

Türk Doktrini'nde Türk Mevzuatı'ndaki gebeliğin sonlandırılması sebepleri kategorilere ayrılmaya çalışılmıştır. *Yurtcan*'a göre gebeliğin sonlandırılması sebepleri, mevzuatta iki model olarak öngörülmektedir. Bunlar “süre modeli” ve “endikasyon modeli”dir. Bazı endikasyonlar olağan, bazıları olağanüstü niteliklere sahiptir. Olağan endikasyonlarda zamanında ve bir süreçten geçerek müdahale edebilme olanağı vardır ve bu nedenle bunlar olağan sayılabilir.¹⁸¹ Olağanüstü endikasyonlarda ise gebe kadının hayatını ya da hayati organlarından birisini tehdit eden yakın bir tehlike nedeniyle derhal müdahale zorunluluğu, yani “aciliyet” söz konusudur.¹⁸² *Gökcan*, gebeliğin sonlandırılması sebeplerini; “isteğe bağlı kürtaj”, “zorunlu kürtaj” ve “acil durumlarda

¹⁸⁰ Rebecca Cook, J. Dickens Bernard, M. Bliss Laura E., “International Developments in Abortion Law from 1988 to 1998”, *American Journal of Public Health*, Nisan 1999, S. 89(4), s. 579.

¹⁸¹ *Yurtcan*, s. 53.

¹⁸² *Yurtcan*, s. 56.

kürtaj” olmak üzere üçe ayırmaktadır.¹⁸³ *Gencer*’e göre Türk Hukuku’nda gebeliğin sonlandırılması üç başlık altında incelenebilir. Bunlar; süre esaslı isteğe bağlı rahim tahliyesi, çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet hali ve tıbbi zorunluluk halidir.¹⁸⁴ *Hakeri* de gebeliğin sonlandırılması sebeplerini “üç cezasızlık sebebi” olarak incelemiş ve “süre esaslı isteğe bağlı rahim tahliyesi”, “çocuk ve takip edecek nesiller açısından ağır maluliyet” ve “zorunluluk hali” olmak üzere üçe ayırmıştır.¹⁸⁵ *Uyumaz ve Avcı* ise gebeliğin sonlandırılması sebeplerini “gebeliğin isteğe bağlı sonlandırılması”¹⁸⁶, “sorunlu gebelikler açısından gebeliğin sonlandırılması”¹⁸⁷ ve “cinsel saldırı nedeniyle gebeliklerin sonlandırılması”¹⁸⁸ olmak üzere üç başlık altında incelemiştir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde gebeliğin sonlandırılması sebepleri gebelik süresinin gözetildiği haller ve gebelik süresinin gözetilmediği, gebeliğin her aşamasında gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen haller olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar “salt gebe kadının bu yöndeki talebi” sebebiyle gebelik sonlandırılabilir. “Gebeliğin devamının annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği” veya “doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” ve “derhal müdahale edilmediği takdirde gebe kadının hayatını veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde” gebelik süresi gözetilmeden, gebeliğin her aşamasında, müdahalede bulunulabilmektedir. Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük’ün 3., 5. ve 7. maddelerinde de kanundaki gebeliğin sonlandırılması sebeplerine sadık kalındığı görülmektedir. Öte yandan Türk Ceza Kanunu’nun 99. maddesinin 6. fıkrasında, yine gebelik süresinin gözetildiği bir başka gebeliğin sonlandırılması sebebine daha yer verilmiştir. Buna göre, “kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması” gebeliğin sonlandırılması için bir sebep olup, gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar

¹⁸³ Gökcan, s. 349.

¹⁸⁴ Zafer Adem Gencer, **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 107.

¹⁸⁵ Hakeri, s. 868.

¹⁸⁶ Uyumaz ve Avcı, s. 25.

¹⁸⁷ Uyumaz ve Avcı, s. 29.

¹⁸⁸ Uyumaz ve Avcı, s. 32.

bu sebeple gebeliği sonlandırmak mümkündür.¹⁸⁹ Öyleyse Türk Hukuku’nda geçerli olan beş gebeliğin sonlandırılması sebebi bulunmaktadır. Bunlar, “salt gebe kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebi”, “gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması”, “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması”, “gebe kadının hayatını veya hayati organlarından birini tehdit eden acil bir durumun bulunması” ve “gebeliğin suç sonucu oluşmasıdır”. Bu beş sebepten “salt gebe kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebi” ile “gebeliğin suç sonucu oluşmasında” gebelik süresi önemlidir. “salt gebe kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebi” ancak gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak uygulanabilirken, “gebeliğin suç sonucu oluşması” ancak gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar uygulanabilmektedir.

Birleşmiş Milletler’e göre, üye devletlerin gebeliğin sonlandırılmasını yasal kabul ettikleri durumlar yedi kategori halinde incelenebilir:

- Gebe kadının hayatını kurtarmak amacıyla müdahale edilmesi (hayati sebep)
- Gebe kadının fiziksel sağlığının korunması (dar sağlık sebebi)
- Gebe kadının ruhsal sağlığının korunması (geniş sağlık sebebi)
- Encest veya tecavüz sonucu oluşan gebeliğin sonlandırılması (hukuki sebep)
- Fetal anomali şüphesi
- Gebeliğin ekonomik veya sosyal sebeple sonlandırılması (sosyal sebep)
- Gebeliğin istek üzerine sonlandırılması¹⁹⁰

Birleşmiş Milletler, bu yedi durumdan biri dâhilinde gebeliğin sonlandırılabilmesi için süre sınırı, rıza şartı, danışmanlık alınması gibi bazı ek gerekliliklerin yerine getirilmesinin de şart koşulabileceğini belirtmiştir.¹⁹¹

¹⁸⁹ Özalp bu gebeliğin sonlandırılması sebebini, “şartları belirlenmiş cezasızlık nedeni olarak özel bir zorunluluk hali” olarak tanımlamıştır, bakınız; Özalp, s. 146. Yine Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, bu durumu cezasızlık nedenleri arasında incelemiştir, Bakınız Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 303. Hakeri, aynı durumu yine zorunluluk hali kapsamında incelemiş olmakla birlikte “suç endikasyonu” olarak da adlandırılabilceğini belirtmiştir, bakınız; Hakeri, s. 876. Gencer ise “sürenin esas olduğu bir başka durum” olarak nitelemiştir, bakınız; Gencer, s. 109.

¹⁹⁰ United Nations, s. 8.

¹⁹¹ United Nations, s. 10.

Benzer şekilde *Cook*'a göre de değişik devletlerin gebeliğin sonlandırılması konusunda düzenleme yaparken odaklandıkları noktalar; kadının hayatının risk altında olması, kadının fiziksel veya ruhsal sağlığının hamileliğin devamı halinde tehlike altına girecek olması (tıbbi endikasyon), doğacak çocuğun fiziksel veya ruhsal bozukluğu olması ihtimali, gebeliğin tecavüz veya ensest sonucu meydana gelmesi, doğumun kadının veya kadının mevcut çocuklarının veya ailesinin sağlığı veya maddi durumunu etkileyecek olması (sosyal, sosyo-medikal veya sosyo-ekonomik endikasyon), kadının veya kadının ailesinin sosyal pozisyonunun risk altında olması, rutin olarak uygulanan gebeliği önleyici araçların kullanılmasının sekteye uğraması ve salt bu yönde isteğin bulunmasıdır.¹⁹² Yine *Cook*'a göre gebeliğin sonlandırılmasına izin veren devletlerde hizmetin sınırlandırılmasına veya gebeliğin ileri bir dönemine ertelenmesine sebep olan bir takım hükümler de vardır. Bu hükümler; gebeliğin sonlandırılması işleminin belli alanlarda uzmanlığı olan kişilerce yapılması (örn: doktorlar, hemşireler, diğer eğitimli sağlık mesleği mensupları), gebeliğin sonlandırılmasının ancak belli kurumlarda yapılabilmesi (örn: yetkilendirilmiş hastane ve klinikler), başvuru koşulları (örn: bir gebeliğin sonlandırılması komitesinden ikincil görüş alınması gibi tıbbi muvafakat işlemleri), rıza gerekliliği (örn: ebeveynin veya eşin rızası) şeklinde konularına göre gruplandırılmıştır.¹⁹³

Görüldüğü gibi *Cook*, sekiz gebeliğin sonlandırılması sebebi saymıştır. *Cook*'un ayrımının *BM*'in ayrımından farkı, gebeliğin devamının gebe kadının fiziksel sağlığını tehlikeye attığı durumlar ile ruhsal sağlığını tehlikeye attığı durumların aynı kategoride toplanmasıdır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, günümüzde, gebeliğin devamının gebe kadının fiziksel sağlığını tehlikeye attığı durumları gebeliğin sonlandırılması sebebi sayan devletler, ruhsal sağlığını tehlikeye attığı durumları da gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul etmektedir. Öte yandan bu devletlerden bazılarının ruhsal sağlığın tehlikeye girmesini bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak sayması çok yenidir. Dolayısıyla *Cook*'un yaptığı kategorilendirme günümüzdeki koşulları açıklamak bakımından isabetli

¹⁹² Rebecca J. Cook ve Bernard, M. A. Dickens (Cook 1978), "Decade of International Change in Abortion Law: 1967- 1977", **American Journal of Public Health**, S. 66(7), Haziran 1978, s. 637.

¹⁹³ Cook 1978, s. 638.

olmakla birlikte uygulamanın gelişimini incelerken duruma açıklık getirmeyi gerektirebilmektedir. *Cook* ile *BM* arasındaki bir diğer fark, *Cook*'un doğumun kadının veya kadının mevcut çocukları veya ailesinin sağlığı veya maddi durumunu etkileyecek olması kategorisini kadının veya kadının ailesinin sosyal pozisyonunun risk altında olması kategorisinden ayrı düşünmesidir. Fikrimizce *BM*'in yaptığı gibi bu ikisini sosyal sebep olarak aynı çatı altında birleştirmek daha isabetlidir. Zira bu ikisi birbirini hemen hemen her durumda etkileyecek veya tetikleyecek niteliktedir.

Yine görüldüğü üzere *Cook* ve *BM*'i birleştiren bir nokta, gebeliğin sonlandırılması ile ilgili mevzuatları incelerken öncelikle gebeliği sonlandırma sebepleri ve gebeliğin sonlandırılması hizmetin sınırlandırılan sebepler olmak üzere ikili bir ayrıma gitmeleridir. Yukarıda incelendiği gibi, Türk Doktrinde genellikle “endikasyon modeli” ve “süre modeli” olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiştir. Aslına bakılacak olursa, endikasyon modeli gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen istisnai halleri, süre modeli ise bu istisnai hallere koyulan sınırlardan biri olan süreyi ifade eder. Öte yandan gebeliğin sona erdirilmesine izin verilen halleri sınırlayan haller süreden ibaret değildir. *Cook*'un saydığı gibi, izin, yetki, rıza, bildirim gibi başka sınırlayıcı haller de gerek Türk mevzuatında gerekse diğer devletlerin mevzuatlarında bulunmaktadır. Bu nedenle ayrımı yaparken “endikasyon modeli-süre modeli” ayrımından ziyade “gebeliğin sonlandırılması sebepleri- gebeliğin sonlandırılması sebeplerini sınırlandıran sebepler” ayrımına gitmek daha mantıklıdır. Biz farklı devletlerin gebeliğin sonlandırılması sebeplerini incelerken, *Birleşmiş Milletler*'in kullandığı ayrımdan faydalanarak belirlediğimiz beş gebeliğin sonlandırılması sebebi olan;

-gebeliğin salt gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi nedeniyle sonlandırılması

-gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması

-fetal anomali şüphesi

-gebeliğin suç sonucu oluşması

-sosyo-ekonomik sebep

sebeplerinden yararlanacağız.

İKİNCİ BÖLÜM

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN CENİNİN STATÜSÜ VE KORUNMASI

I. BAZI DEVLETLERE AİT DÜZENLEMELER

Bu bölümde bazı devletlerin embriyonik kök hücre çalışmaları ve gebeliğin sonlandırılması konusundaki mevzuatları incelenerek yukarıda açıklanan sınıflandırmalara göre hangi görüşte oldukları tespit edilmeye çalışılacaktır. Ceninin hukuki statüsü başlığı altında yapılan sınıflandırma ile ahlaki statüsü başlığı altındaki sınıflandırmanın birbirine büyük ölçüde paraleldir. Fikrimizce embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki mevzuatlar sınıflandırılırken kullanılan “embriyonun bir deney malzemesi olarak görülmesi” görüşü ahlaki statü başlığı altındaki “ceninin bir ahlaki statüye sahip olmadığı görüşüne denk gelmektedir. Zira her ikisinde de ceninin bir eşya olarak görülüp görülemeyeceği tartışma konusudur. Yine embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki mevzuatlar sınıflandırılırken kullanılan “insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfedilmekle birlikte hukuken kişi olarak korunmaması görüşü” ile ahlaki statü başlığı altındaki “ceninin kademeli bağımsız (bize göre bağımlı) bir statüye sahip olduğu görüşü” birbirine paraleldir. Çünkü her iki görüşte de cenine belli bir değer verilmesi ve belli bir seviyede korunması gerektiği belirtilmekte ancak bu değer ve korumanın kişiye verilen değer ve sağlanan korumaya denk olmadığı vurgulanmaktadır. Embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki mevzuatlar sınıflandırılırken kullanılan “insan embriyosunun kişi olarak görülmesi” kategorisi ise ahlaki statüdeki “ceninin oluşum (döllenme) anından itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğu” görüşüne denktir. Zira her iki görüş de insan gelişiminin bir bütün olduğuna, ceninin döllenme anından itibaren bir kişi olarak görülmesi gerektiğine işaret etmektedir. Söz konusu paralellik nedeniyle bu bölümde, embriyonik kök hücre çalışmalarıyla ilgili mevzuatı da inceleyeceğimizden ve doğrudan bu konuyla doğrudan ilgili olması sebebiyle *Katoğlu*’nın *Biyotıp Sözleşmesi*’nde cenine sağlanan korumayı konu alan görüşlerinden yola çıkarak yaptığımız sınıflandırma kullanılacaktır. Gebeliğin sonlandırılması konusundaki mevzuat incelenirken ise, yukarıda da belirtildiği gibi, BM’in yaptığı sınıflandırmadan yararlanılarak hazırlanan sınıflandırma kullanılacaktır.

A. Almanya

Almanya’da 1990 yılında kabul edilen¹⁹⁴ ve 1 Ocak 1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyonun Korunması Hakkında Kanun, gebelik hariç herhangi bir amaçla embriyo üretimini¹⁹⁵, embriyonun muhafaza edilmesini sağlamayan herhangi bir amaçla kullanılmasını¹⁹⁶, araştırma amaçlı insan embriyosu üretimini ve embriyodan kök hücre üretilmesini yasaklamıştır.¹⁹⁷ Embriyodan kök hücre elde edilmesi yasağının hem bu amaçla embriyo üretilmesi durumuna hem de fazlalık durumuna düşen embriyolardan kök hücre elde edilmesi durumuna uygulandığı belirtilmektedir.¹⁹⁸ *Yerdelen*’in aktardığı üzere Embriyonun Korunması Hakkında Kanun’un 6/1. maddesine göre bir embriyodan, fetüsten, insandan veya ölüden embriyo bilgileri alınarak insan embriyosu üretimi yasak olup bu maddenin ihlali beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.¹⁹⁹ İlgili düzenlemenin yalnızca üreme amaçlı klonlamayı mı yasakladığı yoksa sonradan geliştirilen diğer teknikleri de mi kapsayacağı tartışmalıdır.²⁰⁰ Bu nedenle ilgili madde hükmü ifade açısından başarılı olmamakla eleştirilmektedir.²⁰¹

28 Haziran 1992 tarihli Kök Hücre Kanunu ile kaynak ülkenin hukuki düzenlemelerine uygun olarak 1 Ocak 2002 tarihi öncesinde elde edilmiş olması, tüp bebek tedavisi amacıyla elde edilmiş olması, artık bu amaçla kullanılmayacağının kesinleşmiş olması, bağışlanması için paraya çevrilebilir tazminat veya menfaat garanti edilmemiş olması, yalnızca önemli araştırmalar için kullanılması, bu araştırmaların daha önce hayvanlar üzerinde yapılmış ve amacına ulaşmış olması ve araştırmanın amacına ulaşabilmesi için insan embriyosu üzerinde de denenmesinin şart olması ön şartlarının tamamının sağlanması halinde embriyonik kök hücrelerin ithal edilerek kullanılmasına izin verilmiştir.²⁰² Bu ön şartların sağlanıp sağlanmadığı Federal Sağlık Bakanlığı’na bağlı çok disiplinli “Kök Hücre Çalışmaları Hakkında Merkez Etik Komisyonu”

¹⁹⁴ *Yerdelen* s. 666.

¹⁹⁵ *Hillebrands*, 14.

¹⁹⁶ *Hillebrand*, s. 14.

¹⁹⁷ *Hillebrand*, s. 14.

¹⁹⁸ *Hillebrand*, s. 15.

¹⁹⁹ *Yerdelen* s. 666.

²⁰⁰ *Yerdelen* s. 666. Aynı yönde *Hillebrand*, s. 15.

²⁰¹ *Yerdelen* s. 669.

²⁰² *Hillebrand*, s. 15.

tarafından belirlendikten sonra araştırma yapılabilecektir.²⁰³ 11 Nisan 2008 tarihindeki yasal düzenleme ile 1 Ocak 2002 tarihinden sonra elde edilen embriyoların ithal edilememesine ilişkin düzenleme değiştirilerek söz konusu tarih 1 Mayıs 2007'ye ertelenmiştir.²⁰⁴ Görüldüğü gibi Almanya, embriyoya insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte kişi olarak korumayan görüşe dahil olup, fazlalık embriyolardan embriyonik kök hücre elde edilmesine izin veren devletlerdendir. Öte yandan, fazlalık embriyolardan embriyonik kök hücre elde edilmesine izin veren diğer devletlerden farklı olarak, söz konusu fazlalık embriyoların 1 Mayıs 2007 tarihinden önce elde edilmiş olup ithal edilen embriyolar olmasının şart koşulması söz konusudur. Söz konusu şartların, embriyonik kök hücre çalışmalarında kullanılacak embriyoları fazlaca sınırlandırması, Almanya'nın embriyoyu bir kişi olarak koruyan devletler kapsamında değerlendiren devletler kategorisinde sayılabileceğini düşündürmektedir.

Alman İmparatorluğu döneminde gebeliğin sonlandırılması 1871 yılında yasaklanmıştır.²⁰⁵ İlk defa 1935 yılında gebeliğin sonlandırılmasının serbestleşmesi adına yasal bir adım atılmıştır.²⁰⁶ Doğu Almanya ve Batı Almanya'nın birleşmesinden önceki dönemde iki ülkenin gebeliğin sonlandırılması konusundaki hukuki düzenlemelerinin birbiri ile örtüşmediği görülmektedir.²⁰⁷ Batı Almanya'da ilk kez 1950 yılında tıbbi sebeple gebeliğin sonlandırılması yasal hale gelmiştir.²⁰⁸ Ardından 1975 yılında yapılan, gebeliğin on ikinci haftasına kadar salt gebe kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebi sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasına izin veren bir düzenleme yapılmış, ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bu düzenlemenin Anayasa'nın yaşam hakkının korunmasına ilişkin hükümlerine aykırı olduğuna karar vermiştir.²⁰⁹ Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkı sadece gelişmiş hayatları değil

²⁰³ Hillebrand, s. 15.

²⁰⁴ Hillebrand, s. 15.

²⁰⁵ Christopher Tietze, "Abortion in Europe", **American Journal of Public Health**, 57(11), Kasım 1967, s. 1923.

²⁰⁶ Tietze, s.1923.

²⁰⁷ United Nations, s. 25.

²⁰⁸ Tietze, s. 1923.

²⁰⁹ United Nations, s. 25.

henüz gelişmekte olan hayatları da kapsamaktadır.²¹⁰ Bu karara cevaben parlamento; gebeliğin ensest veya tecavüz sonucu meydana gelmesi ve kadının sosyo-ekonomik anlamda tolere edilemez baskı altında olması durumlarında, gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin veren bir yasal düzenleme yapmıştır.²¹¹ Kadının sosyo-ekonomik anlamda tolere edilemez baskı altında olması durumunda gebeliğin sonlandırılabilmesi, bu durumun gebe kadın ve gebeliği sonlandıracak hekim dışında bir başka hekim tarafından belirlenmesi şartına bağlanmıştır.²¹² Gebeliğin devamının kadının fiziksel veya ruhsal sağlığını ciddi şekilde tehlikeye sokması ve ceninin tedavi edilmesi mümkün olmayan bir anomaliye sahip olması durumlarında ise gebeliğin daha ileri dönemlerinde de gebeliğin sonlandırılabilmesi bu düzenleme ile mümkün kılınmıştır.²¹³ 1976 yılında Batı Almanya’da başta olmak üzere bazı ülkelerde döllenmiş yumurta hücresinin rahim duvarına tutunmasından önce yapılan tıbbi müdahaleler suç olmaktan çıkarılmıştır.²¹⁴

Doğu Almanya’da ise gebeliğin sonlandırılması konusundaki serbestinin çok daha geniş olduğu görülmektedir. Gebeliğin on ikinci haftasına kadar salt kadının isteğiyle gebelik sonlandırılabilmiş, daha ciddi durumlarda ise gebeliğin daha ileri dönemlerinde de gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir.²¹⁵ Doğu Almanya’da gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen kadının sosyo-ekonomik açıdan ciddi bir baskı altında olması aranmamış, gebeliğin sonlandırılması için başka bir hekimden onay alması şartı koşulmamıştır.²¹⁶ Gebeliğin sonlandırılmasından önce onay alınması ancak belli bir süreden, ilk trimesterden, sonra gerekmiştir.²¹⁷ 9 Mart 1972 tarihli kanun; “*mevcut gebelikten korunma yöntemlerine ek olarak, kadının gebeliklerinin sayısını zamanını ve iki gebelik arasında geçecek süreyi kontrol edebilmesi için, sorumluluğu kendisine ait olmak üzere, gebeliğinin sonlandırılmasına karar verme hakkı vardır*” düzenlemesi ile

²¹⁰ Çakmut, s. 135, Hakeri, s. 870, Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2003, s. 205.

²¹¹ United Nations, s. 25.

²¹² United Nations, s. 25.

²¹³ United Nations, s. 25.

²¹⁴ Cook 1988, s. 1308.

²¹⁵ United Nations, s. 25.

²¹⁶ United Nations, s. 25.

²¹⁷ Cook 1978, s. 639.

korunma yöntemlerinde hataya düşülmesini bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak görüldüğünü göstermiştir.²¹⁸ 1972 tarihli bu kanun ile gebeliğin ilk trimesterında başka bir neden aranmaksızın kadının isteğiyle gebeliğin sonlandırılmasına olanak sağlanmıştır.²¹⁹

Doğu Almanya ve Batı Almanya'nın birleşmesinin ardından 1992 yılının haziran ayında yapılan yasal düzenleme ile gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar kadının sosyo-ekonomik açıdan tolare edilemez baskı altında olması durumunda, gebe kadının, gebeliği sonlandıracak hekim dışında bir başka kişiye daha danışarak ve en az üç gün beklemesi şartıyla gebeliğini sonlandırılmasına izin verilmiştir. Danışma şart koşulmuş olsa da Doğu Almanya'dan gelen sistemin etkisiyle son karar kadına bırakılmış, danışma şartının yine de getirilmesine gerekçe olarak ise "hayatın doğum öncesindeki büyük değeri göz önünde tutularak korunması gereği" gösterilmiştir. Yine bu yasal düzenleme ile ceninin ciddi fetal anomaliye sahip olması durumunda yirmi ikinci haftanın sonuna kadar, kadının hayatı veya fiziksel ve ruhsal sağlığının tehlikede olması durumunda ise her zaman gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir. Tecavüz ve ensest durumlarında gebeliğin sonlandırılması hakkındaki düzenleme ise kaldırılmış, dolayısıyla bu durumlarda gebeliğin sonlandırılması, ancak gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar mümkün hale getirilmiştir.²²⁰

1993 yılında, kadının sosyo-ekonomik anlamda tolere edilemez baskı altında olması halinde gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin veren madde, Anayasa'da düzenlenen yaşam hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi önüne götürülmüş ve mahkeme, gebeliğin tedavi amacıyla sonlandırılması haricinde yapılan tüm gebeliğin sonlandırılması uygulamalarının yaşam hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu maddenin uygulanması için şart koşulan danışma zorunluluğu da düzenlemenin amacı doğmamış çocuğun yaşam hakkının korunması olmadığı gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunmuş, gelecekte yapılacak yasanın kadını gebeliğini sonlandırmaktan vazgeçmeye ikna edecek bir danışmanlık sistemi

²¹⁸ Cook 1978, s. 641.

²¹⁹ Cook 1978, s. 641.

²²⁰ United Nations, s. 26.

benimsemesi gerektiğine karar verilmiştir. Bununla birlikte mahkeme, bu yasal düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmakla birlikte uygulanmasının ne gebeliğini sonlandıran kadın ne de gebeliğin sonlandıran hekim için suç teşkil etmediğini, ancak bu şekilde yapılacak gebeliğin sonlandırılması uygulamasına ait masrafların, kadının maddi açıdan çok zor vaziyette olması durumu hariç, devlet tarafından karşılanmayacağını belirtmiştir.²²¹

1995 yılında yapılan yasal düzenleme ile kanun, mahkeme kararına uygun hale getirilerek gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar yapılan gebeliğin sonlandırılması işlemi öncesinde kadının alması gereken zorunlu danışmanlık hizmeti daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiş, ceninin yaşam hakkı konusunda kadının ve kadın bunu kabul ederse çevresinin farkındalığının arttırılmasına yönelik bir danışmanlık sistemi getirilmiştir.²²² Almanya'nın Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne verdiği dördüncü periyodik rapora göre, danışmanlık hizmeti alma zorunluluğunun amacı doğmamış çocuğun hayatını korumak olup, danışmanların, son kararın gebe kadına ait olduğunun bilincinde olmak kaydıyla gebe kadını gebeliğin devamı için cesaretlendirmeye çalışmaları gerekmektedir. Raporda, danışmanlığın kadını gebeliğin devamı konusunda baskı altına alacak şekilde uygulanamayacağı vurgulanmıştır.²²³ Yine 1995 tarihli yasal düzenleme ile kadını gebeliğini sonlandırmaya ikna eden veya gebeliğini sonlandıracak kadına maddi destek sağlayan kişiler için cezalar öngörülmüştür.²²⁴

Doğum Öncesi Hayatın Korunması Hakkında Kanun'un (Constitutional Law Concerning the Protection of Unborn Human Life) kabulü sonrasında Gebe Kadınlar ve Ailelere Destek Verilmesi Hakkında Kanun'da (Act on Assistance for Pregnant Women and Families) Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun 1995 tarihinde kabul edilmiştir.

²²¹ United Nations, s. 26.

²²² United Nations, s. 26.

²²³ Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth, **Fourth Report by the Federal Republic of Germany on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women** (Almanya 4. Rapor), Mayıs 1998, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/383/77/IMG/N9838377.pdf?OpenElement>, s. 46, (06.10.2017). Hakeri, s. 870.

²²⁴ United Nations, s. 26.

Buna göre, Alman Ceza Kanunu'nun 218. maddesi uyarınca; bir hekim tarafından onaylanmış tıbbi sebep veya gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması durumlarının varlığı halinde gebe kadının rızası ile gebeliğin bir hekim tarafından sonlandırılması durumu hariç, gebeliğin sonlandırılması cezalandırılabilir. Daha önceden bu istisnai durumlar arasında sayılan fetal anomali sebebi, engellilerin hayatının engeli olmayan kişilerin hayatıyla eşit değerde olduğu gerekçesiyle yeni düzenlemeye alınmamıştır.²²⁵

Günümüzde Alman Ceza Kanunu'nun 218 ve devamı maddelerinde gebeliğin sonlandırılması konusunun düzenlendiği görülmektedir. Madde 218 ile gebeliğin sonlandırılması öncelikle yasaklanmış, gebeliğin sonlandırılması suçunun ağırlaştırıcı sebepleri olarak gebeliğin gebe kadının isteği dışında sonlandırılması ve gebeliğin sonlandırılmasının gebe kadının hayatını ciddi bir tehlike altına sokması veya gebe kadının ciddi şekilde yaralanmasına sebep olması gösterilmiştir. 218. maddenin 3. fıkrasına göre suçun faili gebe kadın ise suçun cezası daha az olup en fazla bir yıl hapis cezasıdır. 218. maddenin 4. fıkrasına göre gebeliğin sonlandırılması suçuna teşebbüs mümkündür. Ancak fail gebe kadın ise teşebbüsten sorumlu tutulmaz. Kanunun 218a maddesinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen istisnai durumlar düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasına göre, gebe kadının gebeliğinin sonlandırılmasını istemesi ve operasyondan en az üç gün önce danışmanlık hizmeti aldığını ispatlaması ve gebeliğin bir hekim tarafından sonlandırılması ve gebelik süresinin on iki haftadan fazla olmaması halinde madde 218'de sayılan suç oluşmuş sayılmaz. Maddenin 2. fıkrasına göre, gebe kadının mevcut ve gelecekteki yaşam koşullarına bakıldığında gebeliğin sonlandırılması gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını ciddi şekilde tehlikeye atacak bir durumun ortadan kaldırılması bakımından tıbben gerekliyse ve bu tehlikenin ortadan kaldırılması için başka bir çare yoksa gebeliğin sonlandırılması yasalıdır. Ancak bu fıkra göre gebeliğin sonlandırılabilmesi için bazı sınırlamalar getirilmiş olup, bunlar gebeliğin sonlandırılmasının bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi ve gebe kadının gebeliğinin sonlandırılmasına rızasının bulunmasıdır. Maddenin 3. fıkrasında gebeliğin,

²²⁵Almanya 4. Rapor, s. 46.

gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması durumunda da gebeliğin sonlandırılmasının yasal olduğu düzenlenmiştir. Bu gebeliğin sonlandırılması sebebinin uygulanabilmesi için yine gebeliğin sonlandırılmasının bir hekim tarafından yapılması ve gebe kadının gebeliğinin sonlandırılmasına rızasının bulunmasının yanında süre sınırlaması da getirilmiş, böyle bir durumda ancak gebelik süresinin on iki haftayı geçmemesi halinde gebeliğin sonlandırılabilceğı düzenlenmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasına göre gebe kadın; gebelik bir hekim tarafından sonlandırılmışsa ve gebelik yirmi iki haftadan daha uzun sürmemişse ve gebe kadın madde 219’da düzenlenen danışmanlık hizmetini almışsa, madde 218’de düzenlenen suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Ayrıca gebe kadının, gebeliğin sonlandırılması işlemi sırasında gebeliğinin devamı veya gerçekleştireceğı doğum ile ilgili istisnai bir baskı altında olması durumunda madde 218’de düzenlenen suçtan cezalandırılmayacağı da bu fıkra da düzenlenmiştir.²²⁶

Öyleyse Almanya’da uygulanan gebeliğin sonlandırılması sebepleri, salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi, gebe kadının hayatının veya fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlikede olması, gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması ve gebeliğin gebe kadın üzerinde istisnai bir baskı oluşturmastır. Gebeliğin salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi ile sonlandırılması için gebe kadının rızası, müdahalenin bir hekim tarafından yapılması, kanunda düzenlenen danışmanlığın müdahaleden en az üç gün önce alındığının kanıtlanması ve gebelik süresinin on iki haftayı geçmemiş olması gerekir. Gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması durumunda gebeliğin sonlandırılması müdahalesinin bir hekim tarafından yapılması ve gebe kadının müdahaleye rızasının bulunması koşullarıyla sınırlandırılmıştır. Gebeliğin, gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması durumunda ise yine gebeliğin sonlandırılmasının bir hekim tarafından yapılması ve gebe kadının gebeliğinin sonlandırılmasına rızasının bulunması ve on iki haftalık süre sınırının aşılmamış olması sınırlamaları konulmuştur. Sosyal ve ekonomik sebep içerisinde ele alabileceğimiz²²⁷ kadının kendini gebeliğı nedeniyle

²²⁶ Alman Ceza Kanunu, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html, (06.10.2017).

²²⁷ United Nations, s. 24.

istisnai bir baskı altında hissetmesi halinde de yine gebe kadının rızası, işlemin bir hekim tarafından yapılması, kanunda düzenlenen danışmanlığın müdahaleden en az üç gün önce alındığının kanıtlanması (bu durumda alınan danışmanlık özel bir danışma kurulundan geçmektedir²²⁸) ve gebelik süresinin yirmi iki haftayı geçmemiş olması²²⁹ sınırlamaları söz konusu olmuştur.

B. İngiltere

İngiltere’de 1978 yılında IVF yoluyla gerçekleştirilen ilk gebelik tam ve sağ doğumla sonuçlanınca konuyla ilgili mevzuatta eksiklik olduğu hissedilmiştir.²³⁰ Bunun üzerine 1982 yılında insan fertilizasyonu ve embriyoloji konusunda tıpta ve bilimde yaşanan ve yaşanması muhtemel son gelişmeleri takip etmek, uygulanması gereken politika ve koruma yöntemlerini belirlemek, bunlardan doğabilecek sosyal, etik ve hukuki uyumsuzlukları belirlemek ve bunlar hakkında tavsiye vermek amacıyla Dame Mary Warnock başkanlığında bir komite oluşturulmuştur.²³¹ Komitenin 1984 tarihli tavsiye kararında kısırlık, IVF ve embriyo bağış konularına değinilmiştir.²³² Raporun on birinci bölümünde embriyonik kök hücre çalışmalarına da değinen komite, ceninin ahlaki statüsü konusunun baskı yaratan bir konu olduğunu ve raporda embriyonun kişiliği ile ilgili bir sonuca varılmayacağını belirtmiştir.²³³ Rapor, embriyonun bilimsel araştırmalar için kullanımına ilişkin endişelere embriyonun bir hücre topluluğu olup insan olmadığı ve dolayısıyla buna bir statü kazandırmanın yersiz olduğu, gelişmekte olan insan embriyosuna bir miktar saygı gösterilebileceği kabul edilse bile bilimsel araştırmaların getireceği yarara bunun karşısında ağırlık verilebileceği ve sadece insanlara özgü olan hastalıklar konusunda hayvanlar üzerinde deney yapmanın fayda sağlamayacağı, embriyo

²²⁸ Erman, s. 205.

²²⁹ Erman, s. 205.

²³⁰ AIHM, Case of Evans v. United Kingdom (Evans Kararı), Başvuru Numarası: 6339/05, Karar Tarihi: 10 Nisan 2007, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Evans v. United Kingdom"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-80046"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pr. 29.

²³¹ Evans Kararı, pr. 29, (15.02.2018).

²³² Jonathon J. LaTourelle, The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (1984), by Mary Warnock and the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology, 10.02.2014, <https://embryo.asu.edu/pages/report-committee-inquiry-human-fertilisation-and-embryology-1984-mary-warnock-and-committee>, s. 1, (23.02.2018).

²³³ LaTourelle, s. 6.

üzerinde deney yapılmasının gerekli olduğu şeklinde cevap vermiştir.²³⁴ Rapora göre hukuk insan embriyosuna bir koruma sağlasa da bu koruma bir çocuğa veya yetişkine sağlanan korumayla aynı olmayacaktır. Komite yapılacak araştırmalara, sinir sistemi gelişiminin gözle görünür hal aldığı an olması nedeniyle on dört günlük bir süre sınırı koyulmasını önermiştir.²³⁵ Buna karşılık embriyoların ilaç araştırmaları için kullanılmasına sıcak bakılmadığı belirtilmiştir.²³⁶ Komitenin raporunun ardından yapılan tartışmalar sonucu 1990 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu yürürlüğe girmiştir.²³⁷

Görüldüğü gibi, İngiltere İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu ile embriyo üzerinde belli şartlar altında araştırma yapılmasını ve çekirdek transferi yöntemiyle tedavi amaçlı klonlama uygulaması yapılmasını 1990 yılından bu yana düzenlemektedir.²³⁸ Embriyo üzerinde araştırma yapılabilmesi için kanuna göre her iki ebeveynden bu yönde rıza alınması, embriyonun ilk evreye kadar ya da on dört günden fazla geliştirilmemesi ve yetkili otoriteden lisans alınmış olması gerekmektedir.²³⁹ Yetkili otoriteden lisans alınabilmesi için ise araştırma projesinin kısırlık tedavisini veya gebeliğe karşı korunma yöntemlerini geliştirmeyi amaçlaması, düşüklerin veya genetik hastalıkların sebepleri hakkında bilgiyi arttırması veya genetik veya kromozomal anomalilerin implantasyondan önce tespitine yönelik yöntem geliştirmesi ve bu amaçlara ulaşılabilmesi için embriyo üzerinde araştırma yapmaktan başka çare olmaması şartlarının sağlanması beklenmektedir.²⁴⁰ 2001 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Yönetmeliği ile araştırma amaçları genişletilerek; embriyonun gelişimine veya ciddi hastalıklara ilişkin bilgiyi arttırmak veya bu bilginin ciddi hastalıkların tedavisinde kullanımını sağlamak amaçlarıyla da embriyoları kullanmak veya bu amaçla embriyo üretmek mümkün kılınmıştır.²⁴¹ 2008 yılında yapılan değişiklik ile İngiltere’de kurulan “İnsan

²³⁴ LaTourelle, s. 6.

²³⁵ LaTourelle, s. 7.

²³⁶ LaTourelle, s. 5.

²³⁷ Evans Kararı, s. 9-10.

²³⁸ Yerdelen s. 670, Hillebrand, s. 17.

²³⁹ Hillebrand, s. 17.

²⁴⁰ Hillebrand, s. 17.

²⁴¹ Hillebrand, s. 17.

Fertilizasyonu ve Embriyo Kurumu”, embriyo üzerinde araştırma ve tedavi yapmak için lisans vermektedir. *Yerdelen*, bu düzenlemelere göre döllemeden itibaren on dört gün geçtikten sonra embriyonun kullanılmasının ve insan ve hayvan karışımı melez döllemeler yapılmasının yasaklanmakta ve cezalandırılmakta olduğunu aktarmaktadır.²⁴²

İngiltere’de kök hücrelere ilişkin güncel tartışma konusu, insan hayvan karışımı hybrid yaratıkların üretilmesine ve bunlar üzerinde araştırma yapılmasına ilişkin lisans verilmesidir.²⁴³ İnsan Fertilizasyonu ve Embriyo Kurumu’nun verdiği bu özel izin ile araştırmacılar, araştırma amacıyla kimera-embriyolar üretebilecektir.²⁴⁴ Özetle İngiltere, insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte hukuken kişi olarak korumayan görüşe sahip bir devlet olup, İngiltere’de hem bazı koşullara bağlı olmak kaydıyla artan embriyolardan kök hücre alınmasına hem de kök hücre alınması amacıyla embriyo oluşturulmasına izin verilmektedir.

19. yy’dan önce İngiltere’de gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Hareket etmeye başlamasından önce ceninin anne karnında öldürülmesi suç sayılmamıştır. İngiltere’de gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanmasına yönelik ilk düzenleme 1803 yılında yapılarak, ceninin hareket etmeye başlamasından sonra gebeliği sonlandıran kişinin ölüm cezası ile, cenin hareket etmeye başlamadan önce gebeliği sonlandıran kişinin ise on dört yıla kadar sürgün veya kırbaç cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir. 1861 tarihli İnsana Karşı Suçlar Kanunu (Offences against Person Act) ile gebeliğin sonlandırılması konusunda yeniden düzenleme yapılarak; kadının düşük yapmasını sağlamak amacıyla kanuna aykırı olarak zararlı bir madde tatbik eden veya kullanan kişi ile buna rıza gösteren kadın on dört yıl kadar hapis cezası ile cezalandırılmıştır. Maddede “kanuna aykırı” ifadesinin geçmesi, o dönemki kanunda gebeliğin sonlandırılmasının her türlü yasak olduğu için garipsense de uygulamada kadının hayatının tehlikede olduğu durumlarda gebeliğin sonlandırılmasının kanuna uygun sayıldığını düşündürmüştür.²⁴⁵

²⁴² Yerdelen s. 670.

²⁴³ Hillebrande, s. 17.

²⁴⁴ Hillebrande, s. 17.

²⁴⁵ United Nations, s. 156.

Kanunda, gebeliğin sonlandırılabilceği bir istisnai durum düzenlenmediği halde “kanuna aykırı olarak gebeliğin sonlandırılmasından” bahsedilmesi nedeniyle oluşan kafa karışıklığı, 1929 tarihli Çocuk Yaşamının Korunması Hakkında Kanun (Infant Life (Preservation) Act) ve 1938 tarihli *Rex v. Bourne* kararı ile sona ermiştir. 1929 tarihli Çocuk Yaşamının Korunması Hakkında Kanun ile yaşama yeteneğine sahip, yani yirmi sekiz haftalık veya daha büyük, olan doğmamış çocuğu öldürmek, çocuk öldürme suçu olarak düzenlenmiş, bu eylem için hukuka uygunluk sebebi olarak gebeliği sonlandıran kişinin iyi niyetle ve yalnızca annenin yaşamını kurtarmak amacıyla hareket etmiş olması belirlenmiştir. Bu kanunda yalnızca yirmi sekizinci haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılması ele alınmış olsa da kanun, gebeliğin yirmi sekizinci haftasından önce de annenin yaşamının tehlikeye girdiği durumlarda gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun kabul edildiği yönünde yorumlanmıştır.²⁴⁶

1939 tarihli *Rex v. Bourne* kararında ise gebeliğin devamı halinde annenin sağlığının tehlikeye gireceği durumlarda gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun olup olmadığı tartışılmıştır. Karara konu olan olayda hekim, tecavüz sonucu gebe kalmış bir kadının gebeliğini sonlandırdığı için yargılanmış, mahkeme, gebeliğin sonlandırılmasının kadının “fiziksel ve ruhsal açıdan mahvolmasını engellemek” amacı taşıdığı için hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.²⁴⁷ Bu karar daha sonraki dönemlerde, gebeliğin devamının kadının fiziksel veya ruhsal sağlığına tehlike oluşturduğu durumlarda gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun sayılmasını sağlamıştır.²⁴⁸

Günümüzde İngiltere’de 1990 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu ile değiştirilmiş haliyle 1967 tarihli Kürtaj Kanunu uygulanmaktadır.²⁴⁹ Bu kanuna göre iyi niyetle hareket eden iki hekimin görüşü alınarak; gebeliğin devamı, kadının veya kadının mevcut çocuklarının fiziksel ve ruhsal sağlığı bakımından gebeliğin sonlandırılmasından daha fazla risk taşıyorsa gebeliğin yirmi dördüncü haftasına kadar; gebeliğin devamı kadının fiziksel veya ruhsal sağlığı bakımından ölümcül tehlike

²⁴⁶ United Nations, s. 156. Tietze, s. 1925.

²⁴⁷ United Nations, s. 156.

²⁴⁸ United Nations, s. 157.

²⁴⁹ IPPF, s. 83, United Nations, s. 157. Kanun metni için bakınız; <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1967/87/contents>, (06.07.2018).

taşıyorsa veya gebeliğin devamı kadının hayatını gebeliğin sonlandırılmasından daha fazla tehlikeye sokuyorsa veya doğacak çocuk ona ciddi engel teşkil edecek derecede fiziksel veya zihinsel anomaliye sahip olacaksa süre sınırı olmaksızın gebeliğin sonlandırılması hukuka uygun sayılacaktır.²⁵⁰ Görüldüğü gibi gebeliğin sonlandırılabilmesi iki hekimin olumlu görüşüne bağlıdır.²⁵¹ “Gebeliğin devamının, kadının veya kadının mevcut çocuklarının fiziksel ve ruhsal sağlığı bakımından gebeliğin sonlandırılmasından daha fazla risk taşıması” sebebinin geniş şekilde yorumu ile kadının hayatını neyin tehdit edeceği kanunda açıkça sayılmadığından, aslında kanunda açıkça izin verilmediği halde, salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasının da mümkün olduğu savunulmaktadır.²⁵² Öte yandan *BM*’e göre İngiltere’de salt kadının gebeliğini sonlandırmak yönündeki talebiyle gebeliğin sonlandırılması mümkün değildir.²⁵³ Fikrimizce bu gebeliğin sonlandırılması sebebinin salt kadının gebeliğini sonlandırmak yönündeki talebi sebebindense sosyal ekonomik sebep içerisinde değerlendirmek daha doğru olacaktır. Zira kadını ve çocuklarını fiziksel ve psikolojik yönden etkileyecek bir durum, sağlık sebebi değilse- ki sağlık sebepleri zaten ayrı bir fıkra da gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak sayılmıştır-, ekonomik veya sosyal bir sebeptir. Gebeliğin suç sonucu oluşması, bir gebeliğin sonlandırılması nedeni olarak kabul edilmemektedir.²⁵⁴ İki hekimin olumlu görüşünün alındığı hallerde yaşça küçük olan kadının gebeliğinin sonlandırılabilmesi için ayrıca ebeveyninin veya yasal temsilcisinin de rızasının bulunması gerekmemektedir.²⁵⁵

Cook, İngiltere’de gebeliğin sonlandırılabilmesi için başlangıçta karmaşık prosedürlerin yerine getirilmesi gerekirken zaman içinde bu prosedürlerin basitleştirildiğini belirtmektedir.²⁵⁶ Acil durumlar haricinde gebeliğin sonlandırılması ancak Devlet Hastaneleri’nde veya bu konuda yetkilendirilmiş özel kliniklerde

²⁵⁰ IPPF, s. 83, United Nations, s. 156.

²⁵¹ IPPF, s. 83.

²⁵² United Nations, s. 157.

²⁵³ United Nations, s. 155.

²⁵⁴ United Nations, s. 155.

²⁵⁵ IPPF, s. 83.

²⁵⁶ Cook 1978, s. 639.

yapılabilmektedir.²⁵⁷ Gebeliği sonlandıracak kişinin hekim olması gerekir ancak gebeliği sonlandıran ekipte hemşireler de hekime yardımcı konumda çalışabilir.²⁵⁸ İngiltere’de baba olduğunu inkâr etmese bile eşin izni veya kararı gebeliğin sonlandırılmasında göz önüne alınmamaktadır.²⁵⁹ Yasal olarak gebeliğin sonlandırılmasına ait masraflar devlet tarafından karşılanmaktadır.²⁶⁰

Öyleyse İngiltere’de uygulanan gebeliğin sonlandırılması sebepleri; gebeliğin devamının kadının hayatını, fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması, fetal anomali şüphesi ve sosyal ve ekonomik sebeplerdir. Bütün gebeliğin sonlandırılması sebepleri için sınırlandırma sebebi olarak iyi niyetle hareket eden iki hekimin olumlu görüşünün alınması ve müdahalenin Devlet Hastaneleri’nde veya bu konuda yetkilendirilmiş özel kliniklerde yapılması gösterilmiştir. Acil hallerde bir hekimin olumlu görüşünün alınmasının yeterli olduğu ayrıca müdahale yeri konusundaki kısıtlamanın uygulanmayabileceği belirtilmiştir. İki hekimin olumlu görüşünün alındığı hallerde yaşça küçük olan kadının gebeliğinin sonlandırılabilmesi için ayrıca ebeveyninin veya yasal temsilcisinin de rızasının bulunması gebe kadının yaşına bağlı olarak getirilmiş bir başka sınırlandırma sebebidir. Sosyo-ekonomik sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına ayrıca yirmi dört haftalık süre sınırı getirilmiş olup diğer gebeliğin sonlandırılması sebepleri için süre sınırı getirilmediği görülmektedir.²⁶¹

C. İrlanda

İrlanda hukukunda embriyonik kök hücre çalışmaları konusunda mevzuata rastlamak mümkün olmamıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere İrlanda Anayasası’nı, cenini kişi olarak görüp tanıyan anayasalar arasında saymak mümkündür. Aydın’ın da belirttiği üzere, anayasalarında cenini kişi olarak görüp buna yönelik koruma sağlayan devletlerde embriyo üzerinde araştırma yapılması yasaktır.²⁶² Bu nedenle aslında tedavi amacı gütsen de embriyonik kök hücre çalışmalarına izin verilmesi, çalışma sonunda embriyo zarar göreceğinden, mümkün değildir.

²⁵⁷ United Nations, s. 157.

²⁵⁸ United Nations, s. 157.

²⁵⁹ Cook 1988, s. 1307, United Nations, s. 157.

²⁶⁰ IPPF, 83.

²⁶¹ United Nations, s. 155.

²⁶² Aydın, s. 30.

Gebeliğin sonlandırılması konusunda 1968 yılına kadar İrlanda’da uygulanan kanun ile İngiltere’de uygulanan kanun aynıdır.²⁶³ Çalışmanın İngiltere’ye ilişkin bölümünde anlatıldığı gibi önceki ceza kanununda kadının hayatının kurtarılması hariç her sebeple gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır.²⁶⁴ İngiltere’de uygulanmakta olan 1967 tarihli Kürtaj Kanunu İrlanda’da yürürlüğe girmemiştir.²⁶⁵ Cook’a göre gelecekteki kanun koyucunun gebeliğin sonlandırılmasını suç olmaktan çıkarmasından korkulması nedeniyle 1983 yılında Anayasa’ya bu konuyla ilgili hüküm koyma gereği hissedilmiştir.²⁶⁶ İrlanda Anayasası’nın Temel Haklar Bölümünün Kişisel Haklar başlıklı 40. maddesinin 3.3. bendinde “*Devlet ceninin yaşam hakkını tanır ve annenin yaşam hakkına eşit olarak görür, bu hakka saygı duyulmasını yasaları ile garanti altına alır ve uygulanabilir olduğu sürece bu hakları yasaları ile savunur ve korur.*”²⁶⁷ ifadeleri yer almaktadır. Anayasadaki bu hüküm ile ceninin yaşam hakkının korunduğu kolaylıkla görülmektedir.

Söz konusu madde ile ilgili tartışma konusu olan durumlardan ilki ceninin yaşam hakkının korunmasındaki amaçtır. Doktrinde bazı yazarlarca bu ifadenin gebeliğin sonlandırılmasının yasallaşmasına engel olmak amacıyla getirildiği düşünülmekteyken bazı yazarlar da ifadeyi daha geniş yorumlayarak ceninin yaşam hakkına zarar verebilecek her durum için uygulanabilecek bir ifade olarak görmektedir. *Sherlock*’a göre; maddedeki ifade, gebeliğin sonlandırılması adına negatif bir yükümlülük yüklemekte, ceninin yaşam hakkının korunması için pozitif bir yükümlülük yüklemektedir ve dolayısıyla sadece gebeliğin sonlandırılmasının kısıtlanması için değil ceninin yaşam hakkına zarar verebilecek diğer durumlar için de kullanılabilir niteliktedir.²⁶⁸ Öte yandan *Wade*, son zamanlarda içtihatla bu hükmün yalnızca gebeliğin

²⁶³ United Nations, s. 156.

²⁶⁴ Cook 1988, s. 1308.

²⁶⁵ United Nations, s. 158. United Kingdom and Northern Ireland. Sixth periodic report of States parties United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 10.06.2007, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/398/67/PDF/N0739867.pdf?OpenElement>, s. 119, (13.10.2017).

²⁶⁶ Cook 1988, s. 1308.

²⁶⁷ Anayasa metni için: http://www.taoiseach.gov.ie/eng/Historical_Information/The_Constitution/February_2015_-_Constitution_of_Ireland_.pdf, (05.04.2016).

²⁶⁸ A. Sherlock, “The Right to Life of the Unborn in Irish Constitution”, 1989, 24 (1) Ir Jur 13, 16.’dan aktaran Katherine Wade, “Refusal of Emergency Cesarean Section in Ireland: A Relational Approach”,

sonlandırılmasının yasallaşmasına yönelik bir engel olduğu ve başka senaryolarda uygulanamayacağını savunan görüşler de bulunduğunu belirtmektedir.²⁶⁹

Maddeyle ilgili bir başka tartışma konusu ise ceninin yaşam hakkının annenin yaşam hakkına eşit kabul edilmesidir. Her iki tarafın yaşam hakkı arasında bir denge kuran bu hüküm, uygulamada ceninin yaşam hakkı ile annenin diğer haklarının çelişmesine neden olabilmektedir. Doktrinde bu anlamda ceninin yaşam hakkı ile annenin zorunlu sezaryeni (enforced cesarean) ret hakkının çelişmekte olduğu tartışılmaktadır. *Wade*' e göre hamile olan kadının da her kadın gibi tedaviyi ret hakkı vardır.²⁷⁰ Bu anlamda kadın, sezaryen ile doğum yapmayı çeşitli sebeplerle reddederek normal doğum yapmayı talep edebilir. Öte yandan normal doğumun ceninin hayatını veya hayati organlarından birini ciddi şekilde tehlikeye sokacak olması durumunda annenin yine de sezaryen ile doğum yapmayı reddetmesi durumunda annenin tedaviyi ret hakkı ile ceninin yaşam hakkı açıkça çelişmektedir. Kadını sezaryene zorlamak tedaviyi ret hakkını açıkça ihlal etmek anlamına geldiği gibi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi anlamında özel hayatın gizliliği ve aile hayatının korunması hakkı ile Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele yasağının da ihlaline de sebep olabilecektir.²⁷¹ Dahası sezaryenin kadın için de riskler taşıdığı göz önüne alındığında *Wade*, zorunlu sezaryen uygulamasının kadın ile ceninin yaşam hakları arasında sağlanması gerektiği öngörülen denge için uygun olmadığı sonucuna varmıştır.²⁷²

Görüldüğü gibi İrlanda Anayasası'nın ceninin yaşam hakkını tanıyan ve bunu annenin yaşam hakkına eşit kabul eden 40.3.3. maddesi, her ne kadar annenin yaşam hakkını ceninin yaşam hakkına eşit kabul ederek annenin yaşam hakkını da korumayı amaçlasa da ceninin yaşam hakkı ile annenin yaşam hakkı başta olmak üzere tedaviyi ret

Medical Law Review, 22(1), 19.11.2013, s.9. Aynı yönde; High Courty of Ireland, **A and B v. Eastern Health Board**, 28 Kasım 1997 tarihli duruşma, <http://ww3.lawschool.cornell.edu/AvonResources/A-20and-20B-20v-20Eastern-20Health-20Board-20et-20al-20-Ireland.pdf>, s. 14, (11.04.2016).

²⁶⁹ Wade, s. 9.

²⁷⁰ Wade, s. 6.

²⁷¹ Wade s. 13.

²⁷² Wade, s. 13.

hakkı gibi bazı diğer haklarının çelişmesine sebep olarak uygulamada belirsizliğe sebep olmuştur.

Yasal düzenlemenin bu haliyle İrlanda, cenini kişi olarak kabul ederek koruyan görüşe sahip ülkelerin en açık örneklerindendir. Yine bu görüşün temsilcilerinden Şili ve Peru'nun Anayasaları'nda da "doğacak olanın" yaşam hakkının korunacağı yönünde benzeri düzenlemeler görülmektedir.²⁷³ Öte yandan doktrinde "doğacak olan" ifadesinin, İrlanda'daki anayasal düzenlemenin aksine, gebeliğin daha geç dönemlerini işaret ettiği, zira gebeliğin ilk dönemlerindeki ceninin "doğacak olan" sıfatına uygun olmadığı yönünde görüşler yer almaktadır.²⁷⁴

Anayasa'daki bu düzenlemeye 1861 tarihli Kişilere Karşı Suçlar Hakkında Kanun'un (*Offences Against the Person Act*) 58 ve 59. maddeleri ile uyum içindedir. Kanunun 58. maddesine göre, düşük yapma niyetiyle hukuka aykırı olarak kendine zehir veya başka zararlı madde uygulayan veya bu amaçla yasaya aykırı olarak herhangi bir vasıta kullanan her gebe kadın, bir kadının düşük yapması amacıyla ona yasaya aykırı olarak zehir veya zararlı madde uygulayan veya almasına neden olan veya aynı amaçla yasaya aykırı olarak üzerinde vasıta ve benzeri kullanan herkes, kadın gebe olsun veya olmasın suç işlemiş sayılır ve müebbet hapis cezasıyla cezalandırılır.²⁷⁵ Kanunun 59. maddesinde ise "yasaya aykırı olarak ve düşük yapmasını sağlamak amacıyla bir kadına zehir, zararlı madde, vasıta ve benzeri şey sağlayan veya tedarik eden herkes, kadın gebe olsun veya olmasın bir kabahat işlemiş sayılır" düzenlemesi yer almaktadır. 1983 tarihli referandumla Anayasa'nın 40.3.3. maddesinde yukarıda açıklanan değişiklikten (*the Eighth Amendment to the Constitution*) yapılmasından sonra 1986 yılında İrlanda'da faaliyet gösteren iki organizasyon gebeliğini sonlandırmak isteyen kadınlara bu hizmeti veren yabancı kuruluşlar arasında bağlantı sağlamaları nedeniyle cezalandırılmışlardır. Bu Kuruluşlar Sözleşme'nin 10. Maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuş, Mahkeme İrlanda'nın Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğine karar

²⁷³ Cook 1988, s. 1309.

²⁷⁴ Cook 1988, s. 1309.

²⁷⁵ AİHM, **Case of A, B. and C. v. Ireland (A, B. ve C Kararı)**, Başvuru Numarası: 25579/05, Karar Tarihi: 16 Aralık 2010, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["A, B, C v. Ireland"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-102332"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pr. 30, (15.02.2018).

vermiştir.²⁷⁶ 1992 tarihinde *X kararı* ile Yüksek Mahkeme, intihar riskini gebe kadının hayatını tehlikeye sokan bir durum ve dolayısıyla bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul etmiştir.²⁷⁷ Görüldüğü gibi, İngiltere’de uygulanmakta olan *Rex v. Bourne kararı*na benzer mahkeme kararları İrlanda mahkemeleri tarafından da 1993 ve 1994 yıllarında verilerek gebeliğin sonlandırılmasının, gebeliğin devamının kadının ruhsal sağlığına ciddi şekilde zarar verecek durumlarda yasal olarak uygulanabilmesi sağlanmıştır.²⁷⁸ Bu değişikliğe göre, İrlanda’da gebeliğin sonlandırılması yalnızca gebeliğin devamının kadının hayatını ciddi ve yakın tehlike altına sokması durumunda uygulanabilmektedir.²⁷⁹

1992 tarihli referandum ile Anayasa’da bir değişikliğe daha gidilerek gebe kadınların gebeliklerini sonlandırmak amacıyla yurt dışına seyahat etmeleri ve gene kadınlara gebeliklerini sonlandırmaları amacıyla bilgi verilmesi serbest kılınmıştır.²⁸⁰ Anayasa’daki gebeliğin sonlandırılması yasağının gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen kadının seyahat etme özgürlüğünü kısıtlar şekilde uygulanması böylelikle sona ermiştir.²⁸¹ Gebeliğin sonlandırılması konusunda 2002 yılında bir anayasa değişikliği referandumu daha yapılarak intihar sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanması oylanmışsa da bu sebebin uygulamadan kaldırılmaması yönünde karar çıkmış, yani mevcut düzenlemede bir değişikliğe gidilmemesine karar verilmiştir.²⁸² Son olarak 25 Mayıs 2018 tarihinde yapılan referandum ile İrlanda’da annenin hayatını ceninin hayatına eşit kabul eden ve gebeğin sonlandırılmasını yasaklayan anayasa hükmünün kaldırılmasına karar verilmiştir. Bu referandumdan çıkan netice ile meclise gebeliğin sonlandırılması konusunda yasal düzenleme yapma imkânı tanındığı belirtilmektedir.²⁸³

²⁷⁶ A, B. ve C. Kararı, pr. 38.

²⁷⁷ A, B. ve C. Kararı, pr. 43.

²⁷⁸ United Nations, s. 158. Ireland, **Second and Third Periodic Reports of States Parties Ireland**, 22.08.1997, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/266/28/IMG/N9726628.pdf?OpenElement>, s. 109, (13.10.2017).

²⁷⁹ IPPF, s. 41.

²⁸⁰ A, B. ve C. Kararı, pr. 48-49.

²⁸¹ IPPF, s. 41.

²⁸² A, B. ve C. Kararı, pr. 54.

²⁸³ Ben Kelly, “Ireland Abortion Referendum: What Is the Eighth Amendment and What Happens If It Is Repealed?”, 24.05.2018, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/repeal-eighth-amendment-what-is-vote-ireland-abortion-referendum-ban-a8366671.html>, (06.07.2018).

Mevcut düzenlemeye bakıldığında ise İrlanda’da günümüzde uygulanan tek gebeliğin sonlandırılması sebebinin gebeliğin devamının gebe kadının hayatının, fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlikede olması sebebi olduğu görülmektedir.

D. İsrail

Aralık 1998’de Genetik Müdahalenin Yasaklanması Hakkında Kanun’un (Prohibition of Genetic Intervention Law) İsrail Parlamentosu’ndan oybirliği ile geçmesiyle insan klonlama ve gamet serisi tedavisinin (germ line therapy) yapılması beş yıllık süreyle yasaklanmıştır.²⁸⁴ Yasağa aykırı hareket edenlerin 2 yıl hapis cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiştir.²⁸⁵ *Prainsack*’a göre bu kanun, araştırma amacıyla embriyo üretilmesine karşı bir ceza öngörmemektedir. Museviliğin embriyoya bakışı diğer dinlerden biraz daha farklıdır. Bu durum embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki mevzuata ve dolayısıyla uygulamaya da yansımıştır. Yine *Prainsack*’a göre Musevi Hukuku’nda özel olarak kök hücre araştırmaları ve insan klonlanması hakkında dört hüküm vardır. Birincisi, anne karnında olmayan embriyolar insan yaşamı olarak kabul edilmez ve dolayısıyla bunlara fazla bir koruma sağlanmaz. İkincisi, doğmuş bir insanın yaşamı her zaman gelişmekte olan insan yaşamından (örneğin anne karnına yerleştirilmiş embriyodan) önce gelir. Üçüncüsü, Tanrı’nın yaratma işine müdahale günah değil, sorumluluk duygusuyla yapıldığında, bir erdemdir. Dördüncüsü, üreme, yüksek statüye sahip olup, Musevi erkekleri için bir yükümlülüktür. Musevi hukuku anne karnında olmayan embriyoya insan onuru atfetmediğinden fazlalık embriyoların kullanılması ve çekirdek transferi yöntemiyle oluşturulan embriyoların araştırma amacıyla kullanılmasında sakınca yoktur. Öte yandan, tüpteki embriyo anne karnına aktarılmaya uygunsa, bu şekilde kullanılmayacağı kesinleşmedikçe araştırma amacıyla kullanılması etik açıdan uygun değildir. Yumurta hücresinin araştırmalarda kullanılmak üzere döllenenmesi ise, Musevi şeriatınca spermin üremeden başka amaçla kullanılması yasak olduğundan uygulanmaması gereken bir yöntemdir.²⁸⁶ Görüldüğü gibi İsrail, insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte hukuken kişi olarak

²⁸⁴ Barbara Prainsack, “Negotiating Life: The Regulation of Human Cloning and Embryonic Stem Cell Research in Israel”, *Social Studies of Science*, April 2006, ss. 173-205, s. 180.

²⁸⁵ Prainsack, s. 181.

²⁸⁶ Prainsack, s. 181.

korumayan görüşe sahip bir devlet olup, insan embriyosunun hastalıkların tedavisi amacıyla yapılan araştırmalarda ve tedavilerde kullanılmasına izin vermektedir.

İsrail devletinin kurulması öncesinde, Filistin’de gebeliğin sonlandırılması konusundaki mevzuat, İngiltere’deki 1861 tarihli İnsana Karşı Suçlar Kanunu’ndan (Offences against the Person Act) kaynaklanmıştır. Bu yasaya göre gebeliğinin sonlanmasına neden olan veya gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren gebe kadın, yedi yıla kadar hapis cezası ile, gebeliği sonlandıran kişi ise on dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılmışsa da söz konusu yasa çok sıkı bir şekilde uygulanmamıştır. İsrail devletinin kurulmasından sonra da İngiliz kanunundaki hüküm kabul edilmiş, ancak İngiltere’de olduğu gibi İsrail’de de mahkemelerin istisnai durumlara ilişkin hükümler kurmaya başlamaları nedeniyle 1977 yılında yapılan yasal değişiklikten önce de gebeliğin devamının, kadının fiziksel ve ruhsal sağlığının tehlikeye girmesine sebep olabileceği durumlarda gebeliğin sonlandırılması yasal hale gelmiştir. 31 Ocak 1977 tarihli Ceza Kanunu değişikliği ile gebeliğin sonlandırılmasının yasal olabileceği durumlar genişletilmiştir. Buna göre; gebeliğin devamı kadının hayatının veya ruhsal ve fiziksel sağlığının tehlikeye girmesine neden olabilecekse, kadın evlenme yaşına gelmediyse veya kırk yaşının üstündeyse, gebelik suç veya evlilik dışı ilişki sonucu oluşmuşsa, çocuğun fiziksel veya zihinsel anomali ile doğma ihtimali varsa gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiştir. Ayrıca gebeliğin devamının gebe kadın veya çocukları için, ailevi veya sosyal şartlar bakımından zorluğa sebep olarak, ciddi şekilde zarar vermesi durumunda da gebeliğin sonlandırılması yasal hale gelmiştir.²⁸⁷ 1977 yılında yapılan düzenleme ile ayrıca gebeliğini sonlandıran veya gebeliğinin sonlandırılmasına rıza gösteren kadına ceza verilmesi hakkındaki madde kaldırılmış, yasal olmayan bir şekilde gebeliği sonlandıran kişiye verilecek ceza ise azaltılarak 5 yıl hapis veya para cezasına dönüştürülmüştür.²⁸⁸

²⁸⁷ United Nations, s. 72. Israel, **Initial and Second Periodic Reports of States Parties Israel on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women**, 08.04.1997, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/096/08/IMG/N9709608.pdf?OpenElement>, s. 206, (13.10.2017).

²⁸⁸ United Nations, s. 72.

Bu kanuna göre gebeliğin sonlandırılabilmesi için biri jinekolog olmak üzere iki hekim ve bir sosyal hizmet görevlisinden oluşan üç kişilik bir komitenin onayı gerekmektedir. Gebeliğin sonlandırılması öncesinde kadının aydınlatılmış onamının alınması şarttır. Küçüğün rızası yeterli olup ayrıca yasal temsilcisinden izin almak gerekmemektedir. Gebeliğin yetkili bir sağlık merkezinde sonlandırılması şarttır.²⁸⁹

1979 yılında kanunda yapılan değişiklikle 1977 yılında yapılan kanun ile gebeliğin sonlandırılması için sosyo-ekonomik sebebi kabul eden düzenleme yürürlükten kaldırılmıştır.²⁹⁰ Bu dönemde ahlaki açıdan gebeliğin sonlandırılmasının kısıtlanmasını isteyen görüşün yoğun baskısı ile bu yönde değişiklik yapıldığı belirtilmektedir.²⁹¹ Günümüzde İsrail’de sosyal ve ekonomik sebep bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul edilmemektedir.²⁹² Gebeliğin sonlandırılması için bir süre sınırı getirilmemesi ve kanunda listelenen sebepler arasında sayılmaması nedeniyle salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi nedeniyle gebeliğin sonlandırılmadığı anlaşılmaktadır. Bunun dışındaki gebeliğin sonlandırılması sebepleri varlığını sürdürmektedir.²⁹³ Gebeliğin sonlandırılabilmesi için kadının aydınlatılmış onamının alınması, iki hekim ve bir sosyal hizmet görevlisinden oluşan üç kişilik bir komiteden onay alınması gerekmektedir. Bu komite üyelerinin gebeliğin sonlandırılacağı hastanenin yöneticisi veya gebelik başka bir hastanede sonlandırılacaksa bu bir Sağlık Bakanı veya Sağlık Bakanı’nın yetkilendirdiği bir kişi tarafından atanması gerekmektedir.²⁹⁴ İsrail’de gebeliğin sonlandırılması için yapılan başvurunun reddedilmesi halinde gebe kadının ret kararına itiraz etmesi mümkündür.²⁹⁵ *Cook*, alınan ret kararına karşı bir itiraz mekanizması düzenleyen İsrail ve Danimarka’dan başka bir devlet bulunmadığını belirtmektedir.²⁹⁶ Gebeliğin yirmi dördüncü haftasından itibaren ceninin yaşama yeteneği kazandığı düşüncesiyle komitenin gebeliğin sonlandırılmasına onay vermeyi

²⁸⁹ United Nations, s. 72.

²⁹⁰ Cook 1988, s. 1305, IPPF, s. 42.

²⁹¹ United Nations, s. 72.

²⁹² United Nations, s. 71.

²⁹³ IPPF, s. 71.

²⁹⁴ United Nations, s. 71.

²⁹⁵ Cook, s. 640.

²⁹⁶ Cook, s. 640.

reddedebildiği belirtilmektedir.²⁹⁷ Başvurusu reddedilen kadın, gebeliğinin devamı halinde hayatının ciddi şekilde tehlikeye gireceği ve benzeri özel durumlarda komitenin ret kararına karşı Yüksek Komite'ye başvurabilmektedir.²⁹⁸

Gebeliğin sonlandırılması işlemini yapacak hekimin jinekolog olması gerekmektedir.²⁹⁹ Gebelik ancak yetkilendirilmiş sağlık kuruluşlarında sonlandırılabilir.³⁰⁰ Devletin, evlilik dışı ilişki nedeniyle gebeliğin meydana gelmesi durumu hariç, gebeliğin sonlandırılması masraflarının çoğunu karşıladığı belirtilmektedir.³⁰¹

Görüldüğü gibi İsrail'de gebeliğin devamının kadının hayatını, fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye düşürmesi, fetal anomali şüphesi ve gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması gebeliğin sonlandırılması sebepleridir. Kadının gebeliğin sonlandırılmasında rızasının bulunması, müdahalenin bir hekim tarafından ve yetkilendirilmiş bir sağlık kuruluşunda yapılması ve gebeliğin sonlandırılması için komite izni alınması gebeliğin sonlandırılmasını sebeplerini sınırlandıran sebepler olarak belirlenmiştir.

E. Güney Kore

Güney Kore'deki yasal düzenlemeler, yumurta ve sperm bağışına izin vermektedir.³⁰² Biyoetik ve Biyogüvenlik Kanunu'nun 15. maddesine göre; üremeye yardımcı tedavi merkezlerine başvuran kadınlar ve erkekler, yumurta ve spermelerinin üçüncü kişilerin üremeleri için de kullanılabileceği konusunda bilgilendirilmelidirler.³⁰³ Yumurta bağışının mümkün olmasının yanı sıra taşıyıcı anneden alınacak bir fetüs sayesinde de çocuk sahibi olmak mümkündür.³⁰⁴ Bununla birlikte kişilerin yumurta ve spermelerini satmaları kesinlikle yasaklanmıştır.³⁰⁵ Donörlerin korunması için çeşitli

²⁹⁷ IPPF, s. 42.

²⁹⁸ IPPF, s. 42.

²⁹⁹ Cook 1978, s. 638.

³⁰⁰ IPPF, s. 42.

³⁰¹ IPPF, s. 42.

³⁰² In-Hoe Ku, "Problems with Korean Laws Regarding Human Ova Donation and Research", **Korea Journal**, Kış 2009, s. 194.

³⁰³ Ku, s. 194.

³⁰⁴ Ku, s. 194.

³⁰⁵ Ku, s. 191.

düzenlemeler yapan kanun, kimlerin donör olacağına ilişkin bir sınırlama getirilmemesi konusunda eleştirilmektedir.³⁰⁶ Ku'ya göre bu durumun sebebi Güney Kore'de hala soyun devamı konusunda ailelerin çok hassas olması ve örneğin baba veya erkek kardeşlerin, çocuk sahibi olamayan evlat veya erkek kardeşlerine sperm bağışında bulunmalarının rastlanan bir durum olmasıdır. Böyle bir durumun ciddi genetik düzensizliklere sebep olabileceği yazar tarafından vurgulanmaktadır.³⁰⁷

Üremeye yardımcı tedavi merkezlerindeki fazlalık yumurtalar, üçüncü kişilerin çocuk sahibi olmasında kullanılabileceği gibi kök hücre araştırmalarında da kullanılabilmektedir. Bu konuda donörlerin izninin gerekmemesi, kararın etik komite tarafından verilmesi yönündeki düzenlemeler ise dikkat çekicidir.³⁰⁸ Kanun, fazlalık yumurtaların kök hücre araştırmalarında kullanılmasına izin vermekle birlikte, araştırma amacıyla embriyo üretimini yasaklamaktadır.³⁰⁹ Embriyo ve Fetüs üzerinde kök hücre araştırması yapılmasına izin verildiği halde hasta embriyo ve fetüslerin gen tedavisine tabi tutulmasının yasaklanması doktrinde tutarsız olmakla eleştirilmektedir.³¹⁰

Güney Kore'de kök hücre elde etmek amacıyla embriyo üretmek de kanunen mümkün kılınmıştır.³¹¹ Bu amaçla üretilen embriyolardan embriyonik kök hücre elde etme çalışmaları hem devlet tarafından hem de özel yatırımcılar tarafından sağlanan fonlarla mümkün olup Güney Kore, embriyonik kök hücre elde etme konusunda çalışmalar yapan diğer devletlerle sıkı bir rekabet halindedir.³¹² Görüldüğü gibi Güney Kore, insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte hukuken kişi olarak korumayan görüşe sahip bir devlet olup, Güney Kore'de hem embriyonik kök hücre elde etmek amacıyla embriyo üretilmesine hem de bazı koşullara bağlı olmak kaydıyla fazlalık embriyolardan kök hücre alınmasına izin verilmektedir.

³⁰⁶ Ku, s. 194.

³⁰⁷ Ku, s. 194.

³⁰⁸ Ku, s. 196.

³⁰⁹ Ku, s. 197.

³¹⁰ Ku, s. 200.

³¹¹ Seongwuk Moon and Seong Beom Cho, "Differencial Impact of Science Policy on Subfields of Human Embryonic Stem Cell Research", **PLoS ONE**, S. 9, No: 1:4, 09 April 2014, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3981698/>, s. 4, 5 ve Table 1. Noomi Weinryb ve Tania Bubela, "Stepping Into and Out of the Void: Funding Dynamics of Human Embryonic Stem Cell Research in California, Sweden, and South Korea", **Stem Cell Rev and Rep**, 2016, S. 12, ss: 8–14, s. 10, 12.

³¹² Weinryb and Bubela, s. 12. Moon and Cho, s. 4.

1953 tarihli Ceza Kanunu ile gebeliğin sonlandırılması yasaklanmıştır.³¹³ 1973 yılında gebeliğin sonlandırılması ve anne sağlığı ile ilgili diğer konular Anne ve Çocuk Sağlığı Hakkında Kanun ile düzenlenmiştir.³¹⁴ Bu kanuna göre kadının veya eşinin genetik veya bulaşıcı bir hastalıktan mustarip olması halinde, gebeliğin suç sonucu meydana gelmesi durumunda ve gebeliğin devamının kadının sağlığına zarar vermesi durumunda gebelik sonlandırılabilir. Bu durumlar haricinde kendi gebeliğini sonlandıran kadın veya gebeliği sonlandıran kişi bir yıl hapis veya para cezası ile cezalandırılmaktadır. 1962 yılında devletin sosyo-ekonomik gelişme stratejisi ile uygulamaya geçen aile planlaması programı ile gebeliğin sonlandırılması, yasağa rağmen genel bir uygulama haline gelmiş, hem hekimler hem de gebeliğin sonlandırılmasını birincil korunma yöntemi olarak gören kadınlar tarafından desteklenmiştir. Bunun üzerine uygulama ile kanun arasındaki farklılıkların giderilmesi için Anne ve Çocuk Sağlığı Hakkında Kanun'da bugün de yürürlükte olan 30 Ocak 1973 tarihli değişikliğe gidilmiştir.³¹⁵

Günümüzde Güney Kore'de gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması, gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelmesi, fetal anomali şüphesi, sosyo-ekonomik nedenler ve salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi gebeliğin sonlandırılması sebepleri olarak düzenlenmiştir.³¹⁶ Gebeliğin sonlandırılması sebeplerini sınırlandıran sebepler ise gebeliğin bir hekim tarafından, gebeliğin yirmi sekizinci haftasının sonuna kadar sonlandırılması³¹⁷ ile hem kadının hem de eşinin rızasının alınması gereği olarak düzenlenmiştir.³¹⁸

³¹³ United Nations, s. 47.

³¹⁴ Cook 1978, s. 641, United Nations, s. 47.

³¹⁵ United Nations, s. 47.

³¹⁶ United Nations, s. 46. Woong Kyu Sung, "Abortion in South Korea: The Law and the Reality", *Int J Law Policy Family*, 26(3), 2012, <https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality>, ss. 278-305, (21.07.2017). Republic of Korea, **Third Periodic Reports of States Parties Republic of Korea on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women**, 27.09.1995, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/316/20/IMG/N9531620.pdf?OpenElement>, s. 74, (13.10.2017).

³¹⁷ United Nations, s. 46.

³¹⁸ Cook 1978, s. 641, United Nations, s. 46.

F. Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de insan embriyosundan elde edilen kök hücre üzerinde araştırma yapılması konusu federal seviyede düzenlenmemiş, bazı eyaletler tarafından yalnızca bu eyaletleri bağlayan düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerden ilki 1997 yılında California tarafından yapılan düzenleme olup bu düzenlemeyle insan hücrelerinin klonlanması yasaklanmıştır. 2004 yılında Sağlık ve Güvenlik Kanunu’nda yapılan değişiklikle araştırma amacıyla insan embriyosunun klonlanması, bazı sıkı koşullara uyulması şartıyla serbest bırakılmıştır. Başkan Bush döneminde 2001 yılında yapılan düzenleme ile insan embriyosundan kök hücre elde etmek üzerine yapılan araştırmalara devletin mali destek vermeyeceği ifade edilmiştir. Yapılan bu düzenleme ile Başkan Bush döneminde yeni kök hücreler üzerinde araştırma yapmaya yönelik projelere devletin mali destek vermesi yasaklanmış, yalnızca tüp bebek tedavisinden arta kalmış olup 9 Ağustos 2001 tarihinden önce elde edilmiş olan kök hücreler üzerinde yapılacak araştırmalara devletin mali destek vermesine izin verilmiştir. 27 Şubat 2003 tarihinde hazırlanan bir yasa tasarısı ile çekirdek transferi yöntemi ile tedavi amaçlı insan klonlamanın yasaklanması ve bu yolla elde edilen hücrelerin kullanımı ve ihraç edilmesi ceza sebebi olarak düzenlenmişse de bu tasarı senato tarafından henüz onaylanmamıştır. 18 Temmuz 2006 tarihinde 2001 yılı sonrasında yapılan kök hücre çalışmalarının tabi olduğu kısıtlamaları arttıran bir düzenleme daha yapılmıştır.³¹⁹ Başkan Bush döneminde getirilen mali destek kısıtlamalarının embriyonik kök hücre elde etmek amacıyla embriyo üretme çalışmalarını kısıtladığı ancak tümünden ortadan kaldırmadığı belirtilmektedir.³²⁰ Dahası diğer embriyonik kök hücre elde etme yöntemlerine sağlanan fonun aynı dönemde arttırılması nedeniyle ABD’nin embriyonik kök hücre çalışmalarında rekabet ettiği diğer ülkelerden geri kalmadığı belirtilmektedir.³²¹ Başkan Obama döneminde Mart 2009 tarihinde yapılan düzenleme ile Başkan Bush döneminde getirilen mali desteğin yasaklanmasına ilişkin kanunu kaldırılarak, bir kısıtlama olmaksızın, kök hücre araştırmalarına federal fondan mali destek sağlanmaya başlanmıştır.³²² Görüldüğü gibi

³¹⁹ Hillebrande, s. 19. Moon and Cho, s. 1. Weinryb and Bubela, s. 10.

³²⁰ Moon and Cho, s. 1, 3.

³²¹ Moon and Cho, s. 1, 3.

³²² Hillebrande, s. 19. Moon and Cho, s. 1.

ABD, insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte hukuken kişi olarak korumayan görüşe sahip bir devlet olup, ABD’de hem embriyonik kök hücre elde etmek amacıyla embriyo üretilmesine hem de bazı koşullara bağlı olmak kaydıyla fazlalık embriyolardan kök hücre alınmasına izin verilmektedir.

1845 yılına kadar Amerika Birleşik Devletleri’nde gebeliğin sonlandırılması, geleneksel common law uygulaması ile ceninin hareket etmeye başlaması öncesinde serbest kabul edilmiştir.³²³ 1845 yılından 1960’ların başına kadar kırk bir eyalette gebeliğin sonlandırılmasına yalnızca gebeliğin devamı kadının hayatını tehlikeye sokuyorsa izin verilmiş, geri kalan eyaletlerde ise yalnızca kadının hayatı veya fiziksel sağlığı zarar görüyorsa gebeliğin sonlandırılması mümkün kılınmıştır.³²⁴ 1960’ların ortalarında kadının ruhsal sağlığı gebeliğin sonlandırılması için bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul görünce birçok eyalette gebeliğin sonlandırılmasını serbestleştirmeye yönelik bir akım ortaya çıkmıştır.³²⁵

1973 yılında Yüksek Mahkeme tarafından verilen *Roe v. Wade* ve *Doe v. Bolton* kararları gebeliğin sonlandırılmasını ülke çapında yasal hale getirmiştir.³²⁶ Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1973 tarihli *Roe v. Wade Kararı*’nda, Jane Roe bekar bir kadın olup hayati bir riski olmadığı halde gebeliğini sonlandırmak istemiş ancak Texas eyaleti kanunlarının gebeliğin devamı kadının hayatını tehlikeye sokmadıkça gebeliğin sonlandırılmasını yasaklaması nedeniyle gebeliğini sonlandıramamış, bunun üzerine ilgili yasanın, anayasada yer alan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına aykırı olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurmuştur.³²⁷ Kararda davaya konu Texas eyaleti kanununun yalnızca gebeliğin devamının kadının hayatını tehlikeye atması durumunda gebeliğin sonlandırılmasını suç saymadığı, maddede gebeliğin hangi aşamada olduğunun veya devletin diğer ilgili menfaatlerinin gözetilmediği belirtilmiştir.³²⁸ Yüksek Mahkeme kararında gebeliğin sonlandırılması kanunlarının tarihsel gelişimini inceleyerek sanıldığı aksine Anglo-Sakson hukukunda gebeliğin sonlandırılmasının

³²³ United Nations, s. 164.

³²⁴ United Nations, s. 164.

³²⁵ United Nations, s. 164.

³²⁶ United Nations, s. 164.

³²⁷ U.S. Supreme Court, **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113 (1973), www.worldabortionlaws.com, (09.06.2016).

³²⁸ *Roe v. Wade*, s. 22.

yasaklanmasının bir gelenek teşkil etmediğini belirlemiştir. Yapılan incelemede bir devletin gebeliğin sonlandırılmasını yasaklamada üç menfaatinin olabileceği ifade edilerek bu menfaatlerin; yasal olmayan cinsel ilişkiyi caydırıcı hale getirmek, gebe kadının sağlığını korumak veya doğum öncesi yaşamı korumak olabileceğine karar vermiştir. Mahkeme yasal olmayan cinsel ilişkiyi caydırıcı hale getirmenin devletin menfaati olmak için uygunsuz olduğunu vurgulayarak kararında gebe kadının sağlığını korumak ve doğum öncesi yaşamı korumak menfaatlerine odaklanmıştır. Gebeliğin sonlandırılmasının, zamanın tıbbi bilgisine göre gebe kadının sağlığı anlamında zorlayıcı olmaya başladığı noktanın gebeliğin ilk trimesterından sonra başladığını belirtmiştir. Bu düşünceden hareketle mahkeme, ilk trimesterde gebeliğin sonlandırılmasındaki anne ölümleri oranının ilk trimesterden sonra gebeliğin sonlandırılmasındaki anne ölümleri oranına göre çok daha düşük olmasını da vurgulayarak, menfaat olarak gebe kadının sağlığını belirleyen devletin gebeliğin dönemlerindeki farklılıkları gözeterek düzenleme yapması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre bu durumda annenin sağlığı bakımından sakıncası az olan gebeliğin ilk trimesterında gebeliğin sonlandırılmasının yasaklanmasının anlamlı olmadığına, hekimin hastasıyla ortak bir karara vararak gebeliği sonlandırmayı belirlemekte serbest olduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme, gebe kadının sağlığını menfaat olarak belirleyen devletin gebeliği sonlandıracak hekimin uzmanlığı ve gebeliğin sonlandırılacağı yerin nitelikleri konusunda düzenleme yapmasını ise sakıncalı görmemiştir.

Mahkeme, devletin doğum öncesi yaşamı korumak menfaati konusunda ise zorlayıcı noktanın ceninin yaşama yeteneğini kazandığı an olduğunu belirlemiş, bu nedenle yaşama yeteneğini kazandıktan sonra ceninin yaşamını korumaya yönelik düzenleme yapılmasını mantıklı bulmuştur. Mahkeme bu durumda da devletin, ceninin yaşama yeteneğini kazandıktan sonraki periyotta, annenin sağlığının veya yaşamının tehlike altında olduğu durumlar hariç, gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayabileceğine hükmetmiştir. Açıklanan nedenlerle tıbbi açıdan ne derece önemli olduğuna bakılmaksızın gebeliğin sonlandırılmasını her durumda yasaklayan mevcut gebeliğin sonlandırılması düzenlemesinin anayasaya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Karar, federal düzeyde olması nedeniyle tüm eyaletleri bağlamaktadır.³²⁹ Etiler'e göre karar, ceninin anne rahminin dışında dışarıdan bir desteğe ihtiyaç duymaksızın canlılığını sürdürebilme yeteneğini kazanmasına kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi yönündedir.³³⁰ Gebeliğin ilk trimesterında sonlandırılması kararı kadın ile hekimi arasındaki bir konu olup, eyaletler gebeliğin sonlandırılması konusunu gebeliğin ikinci trimesterından itibaren kadının sağlığını korumak amacıyla düzenleyebilecektir.³³¹ Gebeliğin üçüncü trimesterı yani ceninin yaşama yeteneğini kazanmasından itibaren ise eyaletler, kadının hayatını veya sağlığını korumak için gerekli olduğu durumlar hariç, gebeliğin sonlandırılması konusunda düzenleme yapabilecek ve hatta gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayabilecektir.³³² Yaşama yeteneğini kazanmasına kadar (gebeliğin 24 ila 28. haftası) cenin insan değildir ve dolayısı ile bu ana kadar anayasanın koruması altında olduğu kabul edilemez.³³³

Roe v. Wade kararının trimester ölçütünü baz alan düzenlemesi eleştirilere maruz kalarak Yüksek Mahkeme'nin 1989 tarihli *Webster v. Reproductive Health Services* kararı ile terk edilmiştir.³³⁴ Yüksek Mahkeme *Planned Parenthood v. Casey* kararında da bu konuya değinerek, *Roe v. Wade* kararında ilk trimester içinde devletin hem kadının sağlığı üzerindeki menfaatine hem de henüz yaşama yeteneğini kazanmadığından ceninin yaşam hakkı üzerindeki menfaatine aykırı olmadığı gerekçesiyle kadının gebeliğini sonlandırma hakkı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre *Roe v. Wade Kararı*'nda, üçüncü trimester cenin artık yaşama hakkını kazandığı için devletin, kadının sağlığının veya hayatının tehlikede olduğu durumlar hariç, gebeliğin sonlandırılmasını engelleyebileceğini belirtilmiştir. Buna karşılık *Roe v. Wade* kararında, ikinci trimester için bir belirlemede bulunulmadığını belirten mahkeme, bu nedenle trimester ölçütünün anlamlı olmadığını, önemli olanın ceninin yaşama

³²⁹ Nihal Etiler, "Amerika Birleşik Devletleri'nde Kürtaj Konusundaki Yasal Düzenlemeler", **Toplum ve Hekim**, 27(5), Eylül-Ekim 2012, s. 350.

³³⁰ Etiler, s. 350.

³³¹ United Nations, s. 164.

³³² United Nations, s. 164.

³³³ United Nations, s. 164.

³³⁴ U.S. Supreme Court, **Webster v. Reproductive Health Services**, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/492/490> (09.06.2016).

yeteneğini kazanması olduğunu ve bu ölçüte göre düzenleme yapılması gerektiğini açıklamıştır.³³⁵

Karara yapılan bir başka eleştiride, *Roe v. Wade* kararının gerekçesi, kölelik konusunda verilen 1857 tarihli *Dred Scott v. Sanford* kararının gerekçesine benzetilmiştir.³³⁶ *Dred Scott v. Sanford* kararının gerekçesinde kölelik konusunun İnsan Hakları Beyannamesi'nde sayılan haklar arasında olduğu savunulduğu gibi *Roe v. Wade* kararında da gebeliğin sonlandırılması hakkının İnsan Hakları Beyannamesinde sayılan haklar arasında olması vurgulanmış ve yine *Dred Scott v. Sanford* kararında kölelerin özgürlük hakkından mahrum bırakıldığı gibi *Roe v. Wade* kararında da cenin, yaşama hakkından mahrum bırakıldığı iddia edilmiştir.³³⁷

Roe v. Wade kararı ile gebeliğin sonlandırılmasının yasal hale gelmesini yeniden tersine çevirmek isteyen kürtaj karşıtları, kısmi doğum kürtajının (Partial- birth abortion) yasaklanması konusunda baskı oluşturmuştur.³³⁸ Söz konusu yöntem, cenin için acı verici olduğu iddiasıyla sıklıkla eleştirilmiş ve yasaklanması istenmiştir.³³⁹ Söz konusu yöntemin yılda ortalama 640 ila 5.000 defa uygulanan bir yöntem olduğu, ancak annenin sağlığının korunması için çok da gerekli bir yöntem olmadığı tartışılmıştır.³⁴⁰ Başkan Clinton döneminde, yasaklanması istenilen bu yöntem için hazırlanan tasarıda, sağlık açısından uygulanması gereken durumlar için istisna getirilmemesi ve kadının yasal gebeliğin sonlandırılması yöntemleri arasında seçim yapmasına sınır koyulması nedeniyle tasarı, Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle veto edilmiştir.³⁴¹ Vetounun ardından düzenlenen çeşitli kongrelerde söz konusu yöntemin zaten sağlıklı bir yöntem olmadığını üstünde durulması üzerine Başkan George Bush döneminde kısmi doğum kürtajının uygulanması yasaklanmıştır.³⁴² Tartışma konusu olan bu yöntem gebeliğin

³³⁵ U.S. Supreme Court, **Planned Parenthood of Southeastern PA. V. Casey**, 505 U.S. 833 (1992) (Planned Parenthood v. Casey), www.worldabortionlaws.com, (09.06.2016).

³³⁶ Patrick J. Mullaney, "A Father's Trial and the Case for Personhood", **The Human Life Review**, 00979783, 2001 İlkbahar, 27(2), s. 5-6.

³³⁷ Mullaney, s. 5-6.

³³⁸ Antony Barone Kolenc, "Legal Failure or Moral Success", **America**, 29 Kasım 2004, s. 11.

³³⁹ Mark Strichers, "Another Small Step for Life", **Christianity Today**, Haziran 2004, s. 17.

³⁴⁰ Strichers, s. 17.

³⁴¹ Kolenc, s. 12.

³⁴² Kolenc, s. 12.

ikinci veya üçüncü trimesterında uygulanan bir yöntem olması ve bu dönemde ceninin acı algısının herhangi bir yeni doğmuş bebek kadar olması nedeniyle yasağı destekleyenlerin yanı sıra, gebeliğin söz konusu döneminde uygulanabilen iki-üç yöntemden biri olması, diğer yöntemlerin de cenin açısından daha az acı verici olmaması ve yapılan kampanyanın aksine ceninin hayatını kurtarıyor olmaması bakımlarından anlamsız olması nedeniyle eleştirilere de hedef olmuştur.³⁴³ Yapılan eleştirilere rağmen yasağın, kürtaj karşıtları için büyük bir zafer olduğu ve *Roe v. Wade kararı* ile gelen gebeliğin sonlandırılması özgürlüğünde bir delik açtığı açıktır. Dahası bu deliğin genişletilebilir nitelikte olması Amerikan toplumunda tartışmalara neden olmuştur. Öte yandan Amerikan Senatosu yasağa ilişkin yasayı oylarken aynı zamanda “Senatonun düşüncesi; *Roe v. Wade kararının* yerinde bir karar olduğu, önemli bir anayasal hakkı koruduğu ve böyle bir karardan geri dönülemeyeceği yönündedir” ifadelerinin kayda geçmesini sağlamıştır.³⁴⁴ *Kolenc*’e göre basit bir prosedür gibi görülen bu ifadeler, kürtaj karşıtlarının *Roe v. Wade kararının* bozulması hedefini baltalamıştır.³⁴⁵

Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin 1992 tarihli *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey kararı* ise Amerika’da bugün uygulanan gebeliğin sonlandırılması konusundaki yasalarının sağlaması gereken temel prensipler üzerinde belirleyici olmuştur. Davanın konusu, 1982 Pennsylvania Kürtaj Kontrolü Kanunu’nun (Pennsylvania Abortion Control Act) “gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen gebeliğinin sonlandırılmasından önce aydınlatılmış onam vermesi ve aydınlatılmış onamın, kadına bilgi verilmesinden en az yirmi dört saat sonra alınmasının gerekmesi”, “gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen küçüklerin ebeveynlerinden birinden aydınlatılmış onam alınması zorunluluğu, bu mümkün değilse gebeliğin mahkeme kararı ile sonlandırılabilmesi”, “önemli istisnalar ve acil durumlar hariç evli kadının gebeliğini sonlandırabilmesi için eşini bu yönde bilgilendirdiğine ilişkin beyan imzalaması gereği” ve “gebeliğin sonlandırılması hizmeti veren merkezlere, sağladıkları hizmete ilişkin devlete ayrıntılı raporlama yapma zorunluluğu yüklenmesine” ilişkin maddeleridir.

³⁴³ Kolenc, s. 12-13.

³⁴⁴ Kolenc, s. 14.

³⁴⁵ Kolenc, s.14.

Yüksek Mahkeme, vereceği kararda *Roe v. Wade* kararında verilen hakkı koruyacağını ve devletin ceninin yaşam hakkına ilişkin menfaatini gözeteceğini belirtmiştir. Bunu sağlamak için ise gebeliğin sonlandırılmasına ilişkin düzenlemenin, gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen kadına “lüzumsuz külfet” oluşturacak, geçersiz ve somut engel oluşturur nitelikte olup olmadığını inceleyeceğini açıklamıştır. Mahkeme yapacağı incelemede *Roe v. Wade* kararındaki sıkı trimester ölçütüne uymayacağını, devletin, ceninin yaşam hakkı üzerindeki menfaatini korumak için, kadının onamının aydınlatılmış olmasından emin olmak adına düzenlemelerinde bazı ölçütler ortaya koyabileceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre bu konuda önemli olanın, yapılan bilgilendirmenin nitelik itibarıyla kadını gebeliğini sonlandırmaktan vazgeçmeye ikna edecek bir baskı aracı haline gelmemesine dikkat edilmesi olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme kararını verirken ayrıca gebeliğin sonlandırılmasının tıbbi bir prosedür olması nedeniyle, kadının gebeliğini sonlandırma hakkını kullanması önünde lüzumsuz külfet oluşturacak bir engel haline gelmedikçe, gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen kadının sağlığı ve güvenliği için düzenlemeler yapabileceği hususunu göz önünde tutacağını bildirmiştir. Mahkeme, lüzumsuz külfet araştırması yaparak vereceği kararda özel durumlar için düzenlenecek istisnaların, *Roe v. Wade* kararının temel hükmü olan ceninin yaşama kabiliyeti kazanmasından önce kadının gebeliğini sonlandırma hakkına sahip olması kuralına aykırı düşmeyeceğini temin etmiştir. Mahkemenin kararına geçmeden önce bildirdiği son konu, devletin, kadının sağlığı veya hayatını tehlikeye düşüren istisnai durumlar hariç olmak üzere, ceninin yaşama yeteneği kazanmasından sonra gebeliğin sonlandırılmasını yasaklayacak düzenlemeler yapabileceği konusudur. Mahkeme kararında önemli istisnalar ve acil durumlar hariç evli kadının gebeliğini sonlandırabilmesi için eşini bu yönde bilgilendirdiğine ilişkin beyan imzalaması yönündeki düzenlemesini anayasaya aykırı bulmuş, diğer düzenlemelerin ise anayasaya uygun olduğuna ve uygulanmasının kadının gebeliğini sonlandırma hakkını kullanması önünde lüzumsuz külfet oluşturmayacağına karar vermiştir.

ABD’de gebeliğin sonlandırılması masraflarının devlet tarafından karşılanması yönünde yasal bir zorunluluk bulunmamaktadır.³⁴⁶ İlk kez 1976 yılında yürürlüğe girip sonrasında her yıl bütçeye eklenen Hyde Düzenlemesi, federal fonların gebeliğin sonlandırılması için kullanılmasını engellemiştir.³⁴⁷ Başlangıçta kadının sağlığının tehlike altında olması, tecavüz ve ensest durumları dahi federal fonun kapsamı dışında bırakan düzenleme, aldığı yoğun tepkiler nedeniyle 1979 yılında kadının sağlığını etkileyen durumları, 1981 yılında ise tecavüz ve ensest durumlarını federal fonun kapsamı dışında tutmaktan vazgeçse de diğer durumlarda gebeliğin sonlandırılması masraflarının devlet tarafından karşılanmaması adına yürürlüğünü sürdürmektedir.³⁴⁸ *Cook*, mevcut durumda gebeliğin sonlandırılması masraflarının devlet tarafından karşılanması yönünde anayasal zorunluluk olmasa da en az sekiz eyalet (Alaska, Hawaii, Maryland, New York, North Carolina, Oregon, Washington, West Virginia) ile Columbia bölgesinde tıbbi endikasyon nedeniyle gebeliğin sonlandırılması masraflarının karşılandığını, en az altı diğer bölgede de mahkeme kararlarının eyalet kanunları gereği bu masrafların karşılanması gerektiği yönünde olduğunu belirtmektedir.³⁴⁹

Güngör’ün aktardığı üzere 2004 yılında yürürlüğe giren Unborn Victims of Violence Act ile cenine zarar verilmesi, anneye zarar verilmesine eş değerde bir suç olarak görülmüştür. Kanuna göre suçun oluşması için yaralama veya öldürme kastına gerek olmadığı gibi failin gebeliği bilmesine de gerek yoktur. Öte yandan müdahalenin kadının veya ceninin sağlığına yönelik bir müdahale olması halinde bu kanun uygulanmamaktadır.³⁵⁰ Gebeliğin sonlandırılmasının kadının sağlığına yönelik bir müdahale olması nedeniyle fikrimizce bu kanunun uygulaması, gebeliğin sonlandırılması konusuyla ilgili değildir. Öte yandan cenine zarar verilmesinin anneye zarar verilmesine eş tutulması ceninin bir kişi olarak tanındığını düşündürülebilir. Buna karşılık Güngör, kanunun uygulandığı mahkeme kararlarında dahi ceninin menfaatinen bahsedilmediğini, eyaletlerin cenin üzerindeki menfaatlerinden bahsedildiğini

³⁴⁶ Cook 1988, s. 1306.

³⁴⁷ Etiler, s. 350.

³⁴⁸ Etiler, s. 350.

³⁴⁹ Cook 1988, s. 1306.

³⁵⁰ Güngör, s. 91-92.

belirtmektedir.³⁵¹ Hal böyleyken bu kanunla ceninin kişi olarak tanınıp korunduğu söylenemeyecektir.

Günümüzde ABD’de gebelikler; gebeliğin devamının annenin fiziksel veya ruhsal sağlığının bozulmasına neden olabileceği veya annenin hayatını tehlikeye sokacağı durumlarda her zaman, gebeliğin gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelmesi durumunda, fetal anomali halinde, sosyal ve ekonomik nedenlerle veya salt kadının gebeliğin sonlandırması yönündeki talebi nedeniyle ise ceninin yaşama yeteneğini kazanmasından önce sonlandırılabilir.³⁵² ABD yasalarına göre gebeliğinin sonlandırılması isteğiyle hekime başvuran kadının hekim tarafından fetal gelişim, fetüsün gebelik yaşı, fetüsün acı çekmesi, gebeliğin sonlandırılmasının meme kanseri ile ilişkisi, düşük sonrası travmatik stres bozukluğu, mental sağlık riskleri ve infertilite gibi konularda bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirmeden en az yirmi dört saat sonra gebeliğinin sonlandırılması isteğiyle hekime bir kez daha başvurusu gerekmektedir.³⁵³ Medoff, gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen kadının iki kez hekime başvurusu zorunluluğunun bazı eyaletlerde gebeliği sonlandırma hizmeti veren merkez sayısı az olduğundan kadınlar için ciddi bir ulaşım maliyetine sebep olduğunu belirtmektedir.³⁵⁴ On sekiz yaşının altındaki gebenin kendisinin yanı sıra ebeveyninin de bilgilendirilmesini zorunlu tutan eyaletler bulunmaktadır.³⁵⁵

Görüldüğü gibi ABD’de uygulanan gebeliğin sonlandırılması sebepleri; gebeliğin devamının annenin fiziksel veya ruhsal sağlığını veya annenin hayatını tehlikeye sokması, gebeliğin gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelmesi, fetal anomali şüphesi, sosyo-ekonomik nedenler ve salt kadının gebeliğin sonlandırması yönündeki talebidir. Gebeliğin gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelmesi, fetal anomali şüphesi, sosyal ve ekonomik nedenler ve salt kadının gebeliğin sonlandırması yönündeki talebi sebeplerinde gebeliğin, ceninin yaşama yeteneğini kazanmasından önce sonlandırılması gerekmektedir. Eyaletlerin, kadının

³⁵¹ Güngör, s. 181.

³⁵² United Nations, s. 163.

³⁵³ M.H. Medoff, “Restrictive Abortion Laws, Anti-abortion Attitudes and Women’s Contraceptive Use”, **Social Science Research**, 41:160-169, s. 161.

³⁵⁴ Medoff, s. 161-162.

³⁵⁵ Medoff, s. 162.

gebeliğini sonlandırma hakkına gereksiz külfet getirmemek kaydıyla, gebeliğin devamının annenin fiziksel veya ruhsal sağlığını veya annenin hayatını tehlikeye sokması haricindeki gebeliğin sonlandırılması sebeplerine sınırlamalar getirmesine izin verilmektedir.

G. İtalya

İtalya’da embriyo üzerinde yapılan araştırmalar, 10 Mart 2004 tarihli ve 40 sayılı Yapay Dölllenme Yasası’nın 13. maddesi ile düzenlenmiştir.³⁵⁶ 13. maddeye göre embriyoya, yalnızca embriyonun sağlığı ve yararı amacıyla tedavi ve teşhis amaçlı müdahalelerde bulunmak mümkündür. Madde ile insan- hayvan melezi üretilmesinin yanı sıra hem üreme amaçlı klonlama hem de tedavi amaçlı klonlama yasaklanmış, 13. maddenin ihlali halinde ihlal edene 50.000 ila 150.000 Euro para cezasına ve 1 ila 3 yıl meslekten uzaklaştırma cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.³⁵⁷ Görüldüğü gibi meslekten men cezası ile para cezası seçimlik ceza olarak düzenlenmemiştir. Müeyyide olarak meslekten men cezasının veriliyor olması ancak embriyoya müdahalede bulunan hekim veya araştırmacının fail olabileceğini, bizzat klonlanan veya bir doku veya organının klonlanması için vücudundan biyolojik madde alınan kişinin suçun faili olarak düzenlenmediğini göstermektedir. İtalya’nın klonlama konusunda yasal düzenleme yapmamış olmasının nedeninin klonlamayı tümüyle serbest kılmak olmadığı, aksine İtalya’nın yaptığı düzenlemeyle klonlamanın her türünü yasakladığı bu düzenlemede açıkça görülmektedir. Öyleyse İtalya’nın, embriyoyu bir kişi olarak koruyan devletler kategorisine dahil olduğunu söylemek mümkündür.

İtalya’da gebeliğin sonlandırılması, 1930 tarihli ceza kanunu ile, korunma yöntemlerinin kullanımı ve kadının hayatının tehlike altında olması durumları istisna tutulmakla birlikte, yasaklanmış olup bu yasak 1970’li yıllara kadar sürmüştür.³⁵⁸ Anayasa Mahkemesi’nin 1971 yılında verdiği karar ile korunma yöntemlerinin kullanılmasını yasaklayan madde ve 1975 yılında verdiği karar ile kadının sağlığının

³⁵⁶ AİHM, **Case of Parillo v. Italy (Parillo Kararı)**, Başvuru Numarası: 46470/11, Karar Tarihi: 27 Ağustos 2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["46470/11"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-157263"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), pr. 4, (15.02.2018).

³⁵⁷ Yerdelen s. 671.

³⁵⁸ United Nations, s. 74.

ciddi tehlike altında olması durumunda gebeliğin sonlandırılması için istisna hükmü içermeyen kanun Anayasa'ya aykırı bulunmuştur.³⁵⁹ Mayıs 1978 tarihli düzenleme ile İtalya, gebeliğin sonlandırılması hakkındaki mevzuatında değişikliğe gitmiştir.³⁶⁰ Buna göre gebeliğin ilk üç ayı içinde salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi, gebeliğin devamının gebe kadının fiziksel veya ruhsal sağlığına tehlike oluşturması, fetal anomali şüphesi, gebeliğin hukuki olmayan ilişki sonucu meydana gelmesi, kadının sosyo-ekonomik veya ailesel durumu gebeliğin sonlandırılması sebepleri olarak belirlenmiştir.³⁶¹ Salt kadının gebeliğinin sonlandırılması talebi ile gebeliğin sonlandırılması, 1978 yılında 194 Sayılı Anneliğin Sosyal Anlamda Korunması ve Gebeliğin İsteğe Bağlı Olarak Sonlandırılması Kanunu ile düzenlenmiştir.³⁶² İtalya'nın Birleştirilmiş 4. ve 5. CEDAW raporuna göre, salt kadının gebeliğinin sonlandırılması talebi nedeniyle gebeliğin sonlandırılması oranları, gebelikten korunma yöntemlerinin kullanımının artmasıyla birlikte düşüşe geçmiştir.³⁶³

Kanunla öngörülen sebeplerden en az birine dayanan on sekiz yaş ve üstü kadınların gebeliklerini sonlandırıp sonlandırmama kararını bizzat verebilecekleri düzenlenmiştir.³⁶⁴ Gebeliğin ilk trimesterından sonra ise ancak kadının hayatının ciddi tehlike içerisinde olması veya belirli fetal anomali riski bulunması halinde gebeliği sonlandırmak mümkün kılınmıştır.³⁶⁵ Gebeliğinin sonlandırılması talebiyle doktora başvuran kadının doktor tarafından gebeliğin sonlandırılması müdahalesi ve diğer olası çözüm yolları konusunda bilgilendirilmesi gereği düzenlenmiştir.³⁶⁶ Kadının gebeliğinin sonlandırılması isteğinde ısrar etmesi halinde doktorun üzerinde kendisinin ve kadının imzaları olan bir aydınlatılmış onam formu düzenleyeceği ve gebeliğinin sonlandırılmasını isteyen kadının bu formu imzaladığı tarihten itibaren, acil durumlar

³⁵⁹ United Nations, s. 74.

³⁶⁰ United Nations, s. 74.

³⁶¹ Cook 1978, s. 642.

³⁶² Italy, **Committee on the Elimination of Discrimination against Women Combined Fourth and Fifth Reports of States parties Italy on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women**, 9 February 2004, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/238/68/PDF/N0423868.pdf?OpenElement>, s. 50, (26.10.2017).

³⁶³ Italy, s. 51.

³⁶⁴ Cook 1978, s. 642.

³⁶⁵ Cook 1978, s. 642.

³⁶⁶ United Nations, s. 74.

hariç, en az yedi gün bekledikten sonra yeniden gebeliğinin sonlandırılması talebiyle yetkili bir sağlık kuruluşuna başvurması gerektiği belirtilmiştir.³⁶⁷ On sekiz yaşının altındaki kadının ise ancak ebeveyninin veya yasal temsilcisinin izni ile gebeliğini sonlandırabileceği düzenlenmiştir.³⁶⁸ Ebeveynin veya yasal temsilcinin iznini almak mümkün değilse gebeliğin sonlandırılıp sonlandırılmayacağına, yargıç, doktor raporu ve kadının istekleri doğrultusunda karar verecektir.³⁶⁹ *Cook*, İtalyan Kanunu'nun ebeveyn rızası konusunda bir istisna hükmü getirdiğini, hekimin, ebeveynin görüşünün riayet edilemez olduğuna karar verdiği veya küçük ile ebeveynin görüşü arasında çatışma olduğunu tespit ettiği durumlarda, acil durumlar hariç, yargıçtan izin alması gerektiğini belirtmektedir.³⁷⁰ Gebeliği sonlandıran hekimin gebeliğini sonlandıran kadına doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgi vermesi de düzenlenen bir başka yasal gerekliliktir.³⁷¹

Kanun yürürlüğe girer girmez Vatikan tarafından yayınlanan bir bildiri ile gebeliği sonlandıran veya gebeliğini sonlandıran herkesin aforoz edileceği belirtilmiştir.³⁷² Kanun zaten gebeliği sonlandırmak istemeyen sağlık mesleği mensupları için vicdani ret hakkını sağlamıştır.³⁷³ Buna göre gebeliği sonlandırmayı reddeden sağlık mesleği mensubu herhangi bir ceza veya tazminat sorumluluğu altına girmeyecektir.³⁷⁴ Vatikan'ın bildirisinin ardından çoğu sağlık mesleği mensubunun vicdani ret hakkını kullanmaya başlaması ve gebeliğin sonlandırılması müdahalesini yapmak konusunda yetkilendirilmeleri için gerekli şartları birçok sağlık kuruluşunun sağlayamaması, İtalya'nın bazı bölgelerinde kadınların gebeliklerini sonlandırmaları yönünde engel oluşturduğu belirtilmektedir.³⁷⁵

Öyleyse İtalya'da geçerli olan gebeliğin sonlandırılması sebepleri; salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi, gebe kadının hayatının veya fiziksel veya ruhsal sağlığının gebeliğin devamı nedeniyle tehlikede olması, gebe kadın mağduru

³⁶⁷ United Nations, s. 74.

³⁶⁸ Cook 1978, s. 642.

³⁶⁹ Cook 1978, s. 642.

³⁷⁰ Cook 1988, s. 1307.

³⁷¹ Cook 1988, s. 1308

³⁷² United Nations, s. 75.

³⁷³ Cook 1988, s. 1306.

³⁷⁴ Cook 1988, s. 1306.

³⁷⁵ United Nations, s. 75.

olduğu bir suç sonucu gebe kalması, fetal anomali şüphesi ve sosyo-ekonomik nedenlerdir. Gebeliğin sonlandırılması sebeplerini sınırlandıran sebeplerden tüm gebeliğin sonlandırılması sebepleri için geçerli olanlar acil durumlar hariç bir haftalık bekleme süresinin doldurulması, hem kadın hem de hekim tarafından imzalanan bir aydınlatılmış onam formunun bulunması, gebe kadın on sekiz yaşının altındaysa ebeveynin rızasının alınması ve gebeliğin, gebeliğin sonlandırılması için yetkilendirilen bir sağlık kuruluşunda sonlandırılmasıdır. Gebeliğin sonlandırılması sebeplerinden gebeliğin gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması, sosyo-ekonomik sebepler ve salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebinde, sayılan gebeliğin sonlandırılması sebeplerini sınırlandıran sebeplere ek olarak bir de süre sınırı getirilmiştir. Buna göre, gebeliğin sonlandırılması bu üç sebepten birine dayanıyorsa, gebeliğin, gebeliğin ilk üç ayı içinde sonlandırılması gerekmektedir.

H. Fransa

Hillebrand'ın aktardığı üzere, Fransa'da 29 Haziran 1994 yılında çıkarılan kanun ile ilk kez kök hücre araştırmaları hakkında yasal düzenleme yapılmıştır. Bu kanuni düzenleme ile yalnızca tüp bebek tedavisi amacıyla tüpte embriyo üretimine izin verilmiş, araştırma amacıyla insan embriyosu üretilmesi yasaklanmıştır. Kanunun bir başka maddesinde embriyo üzerinde araştırma yapma yasağı bir kez daha vurgulanarak böyle bir araştırmanın ancak embriyonun bundan zarar görmemesi, araştırmanın tıbbi açıdan gerekli olması ve her iki ebeveyn ile yetkili komiteden önceden izin alınması ön şartlarının tamamlanması halinde mümkün olduğu düzenlenmiştir. Embriyoya zarar vermeden yapılması mümkün olmayan kök hücre araştırmaları yasaklanmış olmakla birlikte embriyonik kök hücrelerin ithalatı ile kullanılmasının yasaklanmadığı belirtilmektedir.³⁷⁶

6 Ağustos 2004 yılında yürürlüğe giren Biyoetik Kanunu ile kök hücre ve embriyo üzerinde araştırma yasağı yeniden benimsense de istisnai durumlar için beş yıl süreyle askıya alınmıştır. Beş yıllık sürenin sonunda yapılan yasal düzenleme ile insan embriyosu ve kök hücreler üzerinde araştırma yapmak ancak istisnai hallerde ve yasağa ilişkin

³⁷⁶ Hillebrand, s. 16.

düzenlemede gösterilen sınırlar çerçevesinde mümkün kılınmıştır.³⁷⁷ Yine *Hillebrand*'ın aktardığı üzere, 6 Ağustos 2013 tarihinde yürürlüğe giren kanun ile yalnızca tüp bebek tedavisi için elde edilmiş olup artık bu amaçla kullanılmayacak embriyoların kullanılması, bu embriyoların kullanılması için ebeveynlerinin bu yönde yazılı bir onamının alınması, araştırmanın tıbbi süreçle ilgili olup buna katkı sağlaması, araştırmanın sonuca ulaşabilmesi için insan embriyosunun kullanılmasından başka çare olmaması, etik prensiplerin sağlanması şartlarının yerine getirilmesi halinde insan embriyosu ve kök hücreler üzerinde araştırma yapılmasına izin verilmiştir. Araştırmaya başlamadan önce biyotıp komitesinden onay alınması gerekmektedir. İnsan Embriyosu ve kök hücrelerinin ithalat ve ihracatı da biyotıp komitesinin iznine bağlıdır.³⁷⁸ Görüldüğü gibi Fransa, insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfetmekle birlikte kişi olarak korumayan görüşe sahip olup embriyonik kök hücre çalışmalarında yalnızca fazlalık durumdaki embriyoların kullanılmasına izin veren devletlerdendir.

Fransa'da gebeliğin sonlandırılması, ilk olarak 1810 yılında çıkarılan yasa ile suç haline getirilmiştir.³⁷⁹ 1810 yılında çıkarılan yasada gebeliği sonlandıran da kendi gebeliğini sonlandıran kadın da fail olarak kabul edilmiş, suçun müeyyidesi olarak uzun süreli hapis cezası belirlenmiştir.³⁸⁰ *Stetson* söz konusu yasaların, toplumun elit kesimindeki kadınlara daha gevşek olarak uygulanmasıyla toplumun tepkisinin büyük oranda hafifletildiğini belirtmiştir.³⁸¹

1920 ile 1923 yılları arasında çıkarılan çeşitli yasalarla bir kadına gebeliğin sonlandırılması sırasında yardıma bulunmak, para karşılığında gebeliği sonlandırmak ve oral kontraseptifleri üretmek ve satmak hapis cezasını gerektirir suçlar haline getirilmiştir.³⁸²

11 Mayıs 1955 tarihinde çıkarılan kararnameden itibaren yukarıda bahsi geçen katı düzenlemelerin yumuşamaya başladığı görülmüştür. Kararnameye göre bir hekimin

³⁷⁷ Hillebrand, s. 16.

³⁷⁸ Hillebrand, s. 17.

³⁷⁹ D.M. Stetson, "Abortion Law Reform in France", *Journal of Comperative Family Studies*, 1986, XVII(3):277-278.

³⁸⁰ Stetson, s. 278.

³⁸¹ Stetson, s. 278.

³⁸² Stetson, s. 278.

gebeliği sonlandırması yalnızca annenin hayati tehlikede olması halinde mümkündür.³⁸³ Doktorun gebeliği sonlandırabilmesi için iki diğer doktordan konsültasyon alması, bu doktorlardan birinin mahkemelerin bilirkişi listesinde yer alan doktorlardan olması ve her üç doktorun da gebeliğin devamı halinde kadının hayati tehlike içinde olduğu konusunda rapor hazırlaması gerekmektedir.³⁸⁴

1967 yılında çıkarılan Neuwirth Kanunu ile oral kontraseptiflerin gebeliğin sonlandırılması ve doğum kontrolü amacıyla kullanılmasına, izin verilmiştir.³⁸⁵ *Birleşmiş Milletler*'e göre, 1975 yılında yürürlüğe giren Veil yasası gebeliğin sonlandırılması konusunda köklü değişiklikler getirmiştir. Buna göre; gebeliğin onuncu haftasına kadar gebe kadının sağlık problemi yaşaması halinde ve kendi rızasıyla gebeliğin bir doktor tarafından sonlandırılması mümkündür, doktorun gebeliğin sonlandırılması öncesinde kadınlara gebeliğin sonlandırılmasının tehlikeleri konusunda bilgi vererek kadını gebeliği sonlandırmaktan vazgeçirmeyi denemesi gerekmektedir, gebeliğini sonlandırmak isteyen kadınlara aile danışmanlığı hizmeti sunulacak ve gebeliğin sonlandırılması işlemi ile danışmanla yapılan görüşme arasında en az bir hafta bekleme süresi olacaktır, gebelik hastanede sonlandırılacaktır, gebeliği sonlandırmak istemeyen hekim vicdani ret hakkını kullanabilecektir ve gebeliğin sonlandırılması masrafları kişinin kendisi tarafından karşılanmak durumundadır. Veil yasasında yapılan 1979 değişiklikleri ile danışma hizmeti sonrası bir haftalık bekleme süresinin on haftalık sürenin aşılmasına sebep olacağı durumlarda iki günlük bekleme süresi olarak uygulanabileceği düzenlenmiştir. 1979 değişiklikleri ceza kanununun 317. kısmının da değişmesini sağlayarak, gebeliği sonlandıran veya gebeliğini sonlandıran kişilere verilecek cezaları hafifletmiştir. 1980 ve 1988 tarihli kararnamelerle bölge hastaneleri ile genel hastanelerin gebelik sonlandırmaları, doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgi sağlamaları ve bu yöntemleri uygulamaları için düzenleme getirilmiştir. 1982 yılında çıkarılan kanun ile sosyal güvenlik kapsamının genişletilerek gebeliğin yasal olarak sonlandırılması işlemi için

³⁸³ Tietze, s. 1925.

³⁸⁴ Tietze, s.1925.

³⁸⁵ Stetson, s. 279.

yapılan hastane ve ameliyat masraflarının %70'inin devlet tarafından ödeneceği belirlenmiştir.³⁸⁶

Fransa'da gebeliğin sonlandırılmasının serbestleşmesine yönelik bu düzenlemeler kürtaj karşıtlarının tepkisine sebep olmuş, bu tepkinin şiddet eylemlerine dönüşmesi ile hükümet önlem almak zorunda kalmıştır.³⁸⁷ 1992 yılında yapılan yasal düzenleme ile Ceza Kanunu'na, gebeliğin sonlandırılmasını engellemek amacıyla gebeliklerinin sonlandırılmasını isteyen kadınları ve gebelik sonlandırma müdahalesi yapan hastaneleri hedef alan şiddet eylemleri hapis cezası ile cezalandırılmaya başlanmıştır.³⁸⁸

Fransa'da gebeliğin sonlandırılmasının serbestleşmesi yönündeki eğilim 2001 yılında yapılan kanuni düzenlemeyle bugünkü halini almıştır. Günümüzde Fransa'da gebeliğin sonlandırılmasıyla ilişkilendirilecek kanun maddelerinden ilki Fransız Medeni Kanunu'nun 16. maddesi olup bu maddede "*kanun, ... insana hayatının başlangıcından itibaren saygı duyulmasını garanti eder*" düzenlemesi yer almaktadır.³⁸⁹ Hayatın başlangıcı ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışma konusudur.

Kamu Sağlığı Hakkında Kanun'da da Medeni Kanun'un 16. maddesine atıfta bulunduktan sonra Kanun'un ikinci kısmında gebeliğin salt annenin gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebiyle sonlandırılmasına izin veren çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Kanuna göre gebeliğin, başka bir sebep olmaksızın, salt annenin gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebiyle sonlandırılması, annenin gebelik nedeniyle kendini stres altında hissetmesi halinde gebeliğin on ikinci haftasının sonuna kadar mümkündür.³⁹⁰ Gebeliğin bir hekim tarafından sonlandırılması gerekmektedir. Gebeliği sonlandıracak hekimin jinekoloji veya jinekoloji/obstetrik alanında uzman olması veya gebeliğin sonlandırılması işlemini yapabilmesi için gerekli sertifikalara sahip olması gerekir. Gebeliğin sonlandırılması işlemi öncesinde kadının en az iki kez hekime başvurması gerekmektedir. İlk başvuruda hekimin kadını, gebeliğin sonlandırılması işleminin nasıl yapıldığı, ortaya çıkabilecek komplikasyonlar ve tabi olduğu kanuni

³⁸⁶ United Nations, s. 151.

³⁸⁷ United Nations, s. 152.

³⁸⁸ United Nations, s. 152.

³⁸⁹ Center for Reproductive Rights, "The World's Abortion Laws", <http://worldabortionlaws.com/map/>, (20.05.2016).

³⁹⁰ Center for Reproductive Rights.

hükümler hakkında aydınlatması gerekmektedir. Gebeliğin sonlandırılmasından önce ve sonra kadının, aile planlaması veya aile eğitimi veren bir kurumdan birer kez danışmanlık hizmeti alması gerekmektedir.³⁹¹ Kadının gebeliğin sonlandırılması işlemi için hekime ikinci kez başvurması halinde hekimin kadının aydınlatılmış onamını yazılı olarak alması gerekir. Hekim, aydınlatılmış onamı ancak ilk başvurudan itibaren aradan en az bir hafta geçmiş olması halinde alabilir. Bir haftalık bekleme süresi, on iki haftalık yasal sürenin aşılmasına neden olacaksa iki gün olarak uygulanabilir. Kanunda ayrıca, gebeliğin salt gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebiyle sonlandırılmasının asla bir doğum kontrol yöntemi olarak görülmediği vurgulanarak, hükümetin doğum kontrol yöntemleri hakkında yapılacak bilgilendirmeler konusunda her türlü adımı atacağı belirtilmiştir.³⁹²

Kanuna göre, kısıtlı küçüklerin salt gebeliklerinin sonlandırılması yönündeki talepleri sebebiyle gebeliklerini sonlandırabilmeleri, gebeliğin sonlandırılması işlemi öncesinde danışma hizmeti almaları ve bu danışma hizmetini aldıklarını bir sertifika ile belgelendirmeleri ile mümkündür. Kısıtlı küçük, gebeliğinin sonlandırılması konusundaki niyetinin ebeveyninden veya yasal temsilcisinden gizli tutulmasını istiyorsa, danışmanlık hizmetini istediği bir başka erişkin ile alabilir. Gebeliğin sonlandırılması işlemi öncesinde hekimin hem küçükten hem de küçüğün ebeveyni veya yasal temsilcisinden yazılı rıza alması gerekmektedir. Küçük gebeliğin sonlandırılması işlemini ebeveyni veya yasal temsilcisinden gizli tutmak istiyorsa istediği bir başka erişkinin rızası ile de işlem yapılabilir. Küçüklerin gebeliklerini sonlandırmaları halinde işlem sonrası danışmanlık hizmeti almaları zorunludur.³⁹³ Görüldüğü gibi, Fransa'da evli olmayan küçüklerin gebeliklerini sonlandırabilmeleri için ebeveynlerinin veya yasal temsilcisinin izni gerekmektedir.³⁹⁴ Ancak kanun, gebeliğin sonlandırılması işlemini ebeveyninden veya yasal temsilcisinden gizli olarak yaptırmak isteyen küçükler için bir kolaylık sağlayarak istedikleri bir başka yetişkinin rızası ile işlemin yapılmasını mümkün kılmıştır. Küçükle nasıl bir ilişkisi olduğu önemli olmayan herhangi bir yetişkinin rızası

³⁹¹ Cook 1988, s. 1308.

³⁹² Center for Reproductive Rights.

³⁹³ Center for Reproductive Rights.

³⁹⁴ Cook 1978, s. 640.

ile gebeliğin sonlandırılabilmesi aslında ebeveyn izini prosedürünün sadece gebeliğin sonlandırılmasını zorlaştırmayı amaçladığını düşündürmektedir.

Fransa’da gebeliği sonlandırmak istemeyen hekimlerin vicdani ret hakkı bulunmaktadır. Kanuna göre bir hekim, hiçbir zaman bir gebeliği, salt gebe kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebi nedeniyle sonlandırmak zorunda değildir. Ancak bu isteği reddettiğini ilgili kişiye derhal haber vermeli, bu gebeliğin sonlandırılması sebebi gereği kimlerin gebeliği sonlandırabileceği hakkında ilgili kişiye bilgi vermelidir. Diğer sağlık mesleği mensupları da bu gebeliğin sonlandırılması sebebi gereği gebeliğin sonlandırılması işlemine yardımcı olmaya zorunlu tutulamaz.³⁹⁵ *Cook*’a göre bu tür düzenlemeler gebe kadının ani bir tehlike içerisinde olduğu durumlar için genellikle uygulanabilir değildir.³⁹⁶ Yine *Cook*’a göre bu tür bir düzenleme yalnızca gebeliğin sonlandırılması operasyonu için geçerli olup gebeliğin sonlandırılması öncesi ve sonrası bakım hizmetlerinde bulunan personel ve bunların yaptığı müdahaleler için uygulanamaz.³⁹⁷

Fransa’da gebeliğin tıbbi sebeplerle sonlandırılması, Kamu Sağlığı Hakkında Kanun’un üçüncü kısmında düzenlenmiştir. Gebeliğin devamının gebe kadının sağlığını ciddi bir şekilde tehlikeye sokması veya ceninin teşhis sırasında tedavisi olmayan bir hastalığa veya anomaliye sahip olduğuna ilişkin güçlü bir olasılığın varlığı durumunda gebelik her zaman sonlandırılabilir. Bunun için çok disiplinli bir heyetin öncelikle kadının durumunu tartışarak bir tavsiye kararı vermesi ve ardından bu heyetten iki hekimin, bir önceki cümlede sayılan tıbbi koşulların var olduğunu belgelendirmesi gerekir.³⁹⁸ Hangi tıbbi sebep için hangi meslek ve uzmanlık alanlarına sahip kişilerin heyette yer alması gerektiği ilgili maddede ayrıntısıyla düzenlenmiştir. Ayrıca Kanun’da, salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasında da gebeliğin tıbbi sebeplerle sonlandırılmasında da masraflarının devlet tarafından karşılanacağı ifade edilmiştir.³⁹⁹

³⁹⁵ Center for Reproductive Rights.

³⁹⁶ Cook 1988, 1305.

³⁹⁷ Cook 1988, s. 1305.

³⁹⁸ Center for Reproductive Rights.

³⁹⁹ Center for Reproductive Rights.

Birleşmiş Milletler Raporu'nda Fransa'da ayrıca gebeliğin gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelmesi sebebi ile sosyo-ekonomik nedenlerin de gebeliğin sonlandırılması nedeni sayıldığı kaydedilmiştir.⁴⁰⁰ Ayrıca gebeliğin sosyo-ekonomik nedenlerle sonlandırılmasında kanunun, gebeliğinin sonlandırılmasını talep eden kadının içinde bulunduğu durum nedeniyle kendini stres altında hissetmesi gerektiği hükmünün bulunduğu, ama yine de gebeliğin sonlandırılmasının, gebeliğin kendisini sosyo-ekonomik açıdan stres altında hissettirmesi nedeniyle talepte bulunan kadının kendi kararı olduğundan sosyo-ekonomik sebeple gebeliğin sonlandırılmasının Fransa'da mümkün sayıldığı belirtilmiştir.⁴⁰¹

Halk Sağlığı Hakkında Kanun'un devamında Fransız Ceza Kanunu'na atıf yapılarak cezai hükümler düzenlenmiştir. Buna göre, kadının rızası olmaksızın gebeliğin sonlandırılması 5 yıl hapis ve 75.000 Euro para cezası ile cezalandırılmaktadır.⁴⁰² Yine Kanun'a göre, tıbbi bir sebep olmaksızın gebeliğin sonlandırılmasında kanuni sürenin aşılması veya gebeliğin hekim olmayan bir kişi tarafından sonlandırılması veya gebeliğin sonlandırıldığı yerin bir hastane olmaması veya hastane olup kanunda düzenlenen nitelikleri taşınamaması durumlarında gebeliği sonlandıran kişi 2 yıl hapis ve 30.000 Euro para cezasına çarptırılır. Bu madde, suçu işleyen kişinin bu şekilde gebelik sonlandırmayı süreklilik haline getirmesi durumunda 5 yıl hapis ve 75.000 Euro para cezasına çarptırılacağı şekilde uygulanır. Bu maddedeki suça teşebbüs de aynı cezalarla cezalandırılır. Yine Kanun'a göre, doğum öncesi teşhis nedeniyle gebeliğin sonlandırılması halinde kanunda belirtilen prosedüre aykırı davranılması, 2 yıl hapis ve 30.000 Euro para cezasını gerektirmektedir.⁴⁰³

Gebeliğin sonlandırılmasını veya gebeliğin sonlandırılması işlemi öncesinde verilmesi gereken danışmanlık hizmetini veya vicdani ret hakkının kullanılmasını engelleyen veya engellemeye teşebbüs eden kişi iki yıl hapis ve 30.000 Euro hapis cezası ile cezalandırılır. Engellenen veya engellemeye teşebbüs edilen işlemin, gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması için gerekli işlemlerin, bu amaçla kişilerin seyahat

⁴⁰⁰ United Nations, s. 150.

⁴⁰¹ United Nations, s. 150.

⁴⁰² Center for Reproductive Rights.

⁴⁰³ Center for Reproductive Rights.

özgürlüğünün, bu alanda çalışan sağlık mesleği veya diğer meslek mensuplarının çalışma koşullarının aksatılması, gebeliğini sonlandıracak kadının veya ona refakat edenlerin, bu alanda çalışan sağlık mesleği veya diğer meslek mensuplarının üzerinde ahlaki veya psikolojik baskı kurulması, bu kişilerin tehdit edilmesi veya yıldırılmaya çalışılması bu cezayı gerektiren haller olarak düzenlenmiştir.⁴⁰⁴

Görüldüğü gibi Fransa'da uygulanan gebeliğin sonlandırılması sebepleri; gebeliğin devamının gebe kadının hayatını, fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye sokması, gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması, fetal anomali şüphesi, ekonomik ve sosyal sebepler ve gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebidir. Gebeliğin sonlandırılması sebeplerini sınırlandıran sebepler ise on iki haftalık süre sınırı, gebeliği sonlandırmaya yetkili kişi ve yer sınırı ve iki hekimden onay alınması sınırıdır. On iki haftalık süre sınırı gebeliğin gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması, ekonomik ve sosyal sebepler ve gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi sebeplerinde uygulanmaktadır. Gebeliğin bir hekim tarafından gebeliğin sonlandırılması için yetkilendirilmiş bir hastanede sonlandırılması, tüm gebeliğin sonlandırılması sebeplerine getirilmiş bir sınırlandırmadır. İki hekimden onay alınması sınırı ise gebeliğin devamının gebe kadının hayatını, fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye sokması, gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması ve fetal anomali şüphesi sebeplerinde uygulanmakta olup iki hekimin kadının veya ceninin hayatının tehlikede olduğunu onaylaması gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunların yanında, gebeliğin sonlandırılması sebeplerinden gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebinde, kanunun, kadının içinde bulunduğu durum sonucu stres altında olmasını aradığı ancak sonuçta gebeliğin sonlandırılması kararının gebe kadının kendisine bırakıldığı belirtilmektedir.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ Center for Reproductive Rights.

⁴⁰⁵ United Nations, s. 150.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAKIMINDAN YAŞAM HAKKI VE CENİNE UYGULANMASI

A. Yaşam Hakkı

Yaşam Hakkı AİHS'nin 2. maddesinde ve Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. AİHS'nin “Yaşam Hakkı” başlıklı 2. Maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

A. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.

2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:

- a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;*
 - b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;*
 - c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması*
- şeklinde düzenleme yapmıştır. Anayasa'nın “kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlıklı 17. maddesindeki düzenleme ise şu şekildedir:*

Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

(...)(1) meşru müdafaa hali, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır.

Yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığı hakkı birinci kuşak haklar (klasik haklar) arasında sayılmaktadır.⁴⁰⁶ Birinci Kuşak Haklar (Klasik Haklar) kişileri devlete karşı koruyan, kişilere devletin karışamayacağı özel bir alan yaratan haklardır.⁴⁰⁷ Gölcüklü ve Gözübüyük, insan haklarının özleri ve hukuksal niteliklerine göre ayrıma tabi tutulabildiklerini belirtmiştir.⁴⁰⁸ Yazarlara göre insan hakları özlerine (maddi nitelikleri) göre “kişinin bedensel varlığına ilişkin olanlar”, “kişinin manevi varlığına ilişkin olanlar” ve “toplumsal yaşam ve etkinliklere ilişkin olanlar” olmak üzere üçe ayrılmakta ve yaşam hakkı “kişinin bedensel varlığına ilişkin olanlar” kategorisinde sayılmaktadır.⁴⁰⁹ İnsan hakları hukuksal niteliklerine göre ise mutlak (dokunulamaz) niteliktekiler ve göreceli niteliktekiler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.⁴¹⁰

Dündar’a göre yaşam hakkı, pozitif hukuk metinlerinde öngörülmüş olmakla temel hak, insanın vücudu ve kişiliği ile ilgili ve devlet tarafından korunmaya başlanmadan önce de var olmakla doğal hak⁴¹¹, devletin dokunamayacağı, aşamayacağı, özel hayatın sınırını belirleyen bir hak olmakla negatif statü hakkı niteliği taşıyan birinci kuşak haklardan⁴¹² olup aynı zamanda bir sert çekirdekli⁴¹³ insan hakkıdır.⁴¹⁴ Tanör yaşam hakkını, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile birlikte insanın en temel varlık hakkı ve güvenceleri olarak tanımladığı kişi dokunulmazlığı hakkı

⁴⁰⁶ Oktay Uygun, **İnsan Hakları Kuramı, İnsan Hakları** (Ed. Korkut Tankuter), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Aralık 2000, ss. 13-44, s. 22. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. 2, Genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012, s. 668.

⁴⁰⁷ Uygun, s. 22.

⁴⁰⁸ A. Feyyaz Gölcüklü ve A. Şeref Gözübüyük, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Genişletilmiş 2. Baskı Turhan Kitabevi, Ankara, 1998, s. 183.

⁴⁰⁹ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 184.

⁴¹⁰ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 184.

⁴¹¹ Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar Ve Koruma Sistemleri**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara, 1995, s. 38. Bahri Savcı. ““Yaşam Hakkı” “Felsefesal Açıdan Pratiğe Doğru””, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S. 35, 2014, <http://dergipak.gov.tr/ausbf/issue/3122/43357>, s. 24.

⁴¹² İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı (Özgürlükler Hukuku)**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 268.

⁴¹³ Zafer Gören, Temel Hak Genel Teorisi, 4. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000, s. 33. Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2009, s. 42.

⁴¹⁴ Tijen Dündar, **Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 1998, s. 14-17.

kapsamında saymaktadır.⁴¹⁵ *Dural ve Ögüz* kişilik haklarını “kişinin toplum içindeki saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirmesini temin eden varlıkların tümü üzerindeki hakkı” olarak tanımlamakta⁴¹⁶ ve kişinin hayatı, vücut bütünlüğü ve sağlığı üzerinde sahip olduğu hakkı kişilik hakkına dahil kabul etmektedir.⁴¹⁷ Yazarlara göre kişinin hayat, sağlık ve vücut bütünlüğü üzerindeki hakkı mutlak haktır.⁴¹⁸ Kaboğlu’na göre yaşam hakkı kişiye bağlı haklar kategorisindedir.⁴¹⁹ Yine bu kapsamda yaşam hakkını bedeni özgürlükler içerisinde değerlendirmek de mümkündür.⁴²⁰ Güngör’e de göre yaşam hakkı dokunulmaz, üstün, mutlak ve vazgeçilemez bir haktır.⁴²¹

Yaşam hakkının Sözleşme’nin ve Anayasa’nın 15. maddesi ile olağanüstü hal, sıkıyönetim ve seferberlik durumlarında bile kısıtlanamaz haklar arasında sayılması nedeniyle “dokunulmaz hak” veya “insan haklarının sert çekirdeği” kapsamındaki haklardan biri olarak ifade edilmektedir.⁴²² *Kapani*, her ne kadar insan haklarının bölünmez bir bütün olduğu savunulsa da anayasaların olağanüstü hal durumunda bazı hakları kısıtlayabilirken bazılarını mutlak olarak korumasından hareketle bir dokunulmaz hak kategorisinin oluşturulmuş olduğunu belirtmektedir.⁴²³

Kapani’nin insan haklarının bölünmez bir bütün olsa da “dokunulmaz hak” kategorisi gibi bazı sınıflandırmaların söz konusu olabileceğine ilişki iddiası yaşam hakkının üstünlüğü tartışmasında da söz konusu olmaktadır. Bazı yazarlar tüm insan haklarının bir bütün olduğunu savunurken bazıları ise yaşam hakkı, işkence yasağı gibi bazı hakların diğerlerinden daha üstün olduğunu iddia etmektedir. Örneğin *Uygun*, yaşam hakkı, özgürlük hakkı ve mülkiyet hakkını evrensel, üstün ve mutlak ahlaki haklar olarak gören, buna karşın iktisadi ve sosyal hakları daha az önemli bulan görüşü sınıfsal bir

⁴¹⁵ Bülent Tanör, **Kişi Dokunulmazlığı, İnsan Hakları** (Ed. Korkut Tankuter), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Aralık 2000, ss. 57-63, s. 57.

⁴¹⁶ Mustafa Dural ve Tufan Ögüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, s. 100.

⁴¹⁷ Dural ve Ögüz, s. 104.

⁴¹⁸ Dural ve Ögüz, s. 104.

⁴¹⁹ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 244.

⁴²⁰ Kaboğlu, **(Genel Esaslar)**, s. 248. Kaboğlu, **(Özgürlükler Hukuku)**, s. 270.

⁴²¹ Güngör, s. 202-212.

⁴²² Kaboğlu, **(Genel Esaslar)**, s. 249. Kaboğlu, **(Özgürlükler Hukuku)**, s. 271.

⁴²³ Münici Kapani, **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Yenilenmiş üçüncü basım, Bilgi Yayınevi, İstanbul, Aralık 1996, s. 115.

ayrım olmakla eleştirmekte ve yoksul bir insan için beslenme, barınma gibi sosyal hakların da en az birinci kuşak haklar kadar önemli olduğunu belirtmektedir.⁴²⁴ Öte yandan *Gölcüklü ve Gözübüyük*'e göre, Sözleşme'nin 2. maddesi bütün hak ve özgürlüklerin varlık koşuludur.⁴²⁵ Sözleşme'nin 2. maddesinin sözleşmenin temel maddelerinden biri olduğunu belirten yazarlar bu maddeye barış zamanında madde 15 yoluyla kısıtlama getirilemeyeceğini ve bu maddenin sözleşmenin 3. maddesi ile birlikte demokratik toplumun temel bir değerini içerdiğini belirtmektedir.⁴²⁶ Yazarlar açıklanan nedenle 2. maddenin dar yorumlanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁴²⁷ Görüldüğü gibi *Gölcüklü ve Gözübüyük*, yaşam hakkı ile diğer haklar arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi bulunduğunu yaşam hakkının korunmadığı durumda diğer hakların söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Diğer taraftan yaşam hakkının diğer insan hakları ile ilişkisini öncelik-sonralık ilişkisinden öte hiyerarşik bir sınıflandırma olarak gören yazarlar da bulunmaktadır. *Güngör*'e göre yaşam hakkı temel haklar içindeki en önemli hak olup bu hakkın hiyerarşik olarak en üst haktır.⁴²⁸ Yine *Doğru ve Nalbant*'a göre yaşam hakkının insan hakları belgelerinde birbirine uyumlu bir şekilde düzenlenmiş olması bu hakkın insan hakları hiyerarşisinde üstün ve devredilemez bir değer oluşturduğu yönünde yorumlanabilir.⁴²⁹

Yaşam hakkı bir negatif statü hakkıdır. Ancak günümüzde, özellikle de kişilik hakları söz konusu olduğunda, devlet daha aktif olarak görülmekte ve devlete hem pozitif hem de negatif yükümlülükler yüklenmektedir.⁴³⁰ AİHS, aslında bireyleri, devletin Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklere müdahalesinden korumak amacıyla ortaya çıksa da taraf devletlerin yükümlülüklerine zaman içinde Mahkeme'nin içtihatlarıyla pozitif yükümlülükler de eklenmiş ve devletlerin yükümlülükleri genişletilmiştir.⁴³¹

⁴²⁴ Uygun, s. 35.

⁴²⁵ *Gölcüklü ve Gözübüyük*, s. 185.

⁴²⁶ *Gölcüklü ve Gözübüyük*, s. 185.

⁴²⁷ *Gölcüklü ve Gözübüyük*, s. 185.

⁴²⁸ *Güngör*, s. 202.

⁴²⁹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Cilt, İkinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart 2013, s. 9.

⁴³⁰ *Dündar*, s. 34.

⁴³¹ Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler*, 7(27):111-132, Güz 2010,, s. 113.

Yaşam hakkı ve sağlık hakkını konu alan uyuşmazlıklarda inceleme konusu olan Sözleşme'nin 2. ve 8. maddelerinin taraf devletlerce ihlal edilmemiş olması için bireylerin bu haklarının hem devletin hem de devlet dışındaki üçüncü kişilerin tehdidinden korunması gerekmektedir.⁴³² Görüldüğü gibi taraf devletlere hem öldürmeme yükümlülüğü hem de yaşamı korumak için gerekli ve uygun önlemleri alma yükümlülüğü yüklenmiştir.⁴³³

Yaşam hakkının taraf devletlere yüklediği yükümlülükler farklı şekillerde adlandırılrsa da genelde üç sınıfa ayrılmaktadır. *Akandji-Kombe*'ye göre AIHS ile koruma altına alınan her hak, taraf devletlere "saygı gösterme", "koruma" ve "uygulama" olmak üzere üç ayrı yükümlülük yükleyebilmektedir.⁴³⁴ *Gemalmaz*'ın *Eide*'den aktardığı üzere devletlerin insan haklarına ilişkin "saygı gösterme yükümlülüğü", "koruma yükümlülüğü" ve "yerine getirme yükümlülüğü olmak üzere üç tür yükümlülüğü bulunmaktadır.⁴³⁵ *Dündar*'a göre devletin yaşam hakkını koruma konusundaki olumlu yükümlülükleri; "yasal düzenleme yapma yükümlülüğü", "güvenlik güçlerinin etkili bir şekilde teşkilatlandırılması ve eğitilmesi yükümlülüğü" ve "etkili soruşturma ve kovuşturma mekanizmalarının işletilmesi yükümlülüğüdür".⁴³⁶ *Dündar*, yasal düzenleme yapma yükümlülüğünün yerine getirilmesinin özellikle ceza ve özel hukuk alanlarında yaptırım ve zorlayıcı prosedür getirerek mümkün olduğunu belirtmektedir.⁴³⁷ *Doğru*'ya göre ise Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin devletlere "öldürmeme yükümlülüğü", "yaşamı koruma yükümlülüğü" ve "ölümü soruşturma yükümlülüğü" olmak üzere üç tür yükümlülük yüklediğini belirtmektedir.⁴³⁸ *Doğru*'ya göre bu yükümlülüklerden ilki negatif, diğer ikisi ise pozitif yükümlülüklerdir.⁴³⁹ Devletin yaşamı koruma yükümlülüğünün

⁴³² Metin, s. 121.

⁴³³ Dündar, s. 34.

⁴³⁴ Jean-François Akandji-Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, Belçika 2008, s. 5. Metin, s. 112.

⁴³⁵ Report on the Right to Adequate Food as a Human Right submitted by Mr. Asbjorn Eide, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/1987/23, 7 July 1987, paras. 66-69'dan aktaran Gemalmaz, s. 669.

⁴³⁶ Dündar, s. 37-49.

⁴³⁷ Dündar, s. 39.

⁴³⁸ Doğru ve Nalbant, s. 9, 14.

⁴³⁹ Doğru ve Nalbant, s. 14.

kapsamına hem kasıtlı hem de taksirle öldürmeye karşı koruma girer.⁴⁴⁰ Soruşturma yükümlülüğü ise, soruşturmanın re'sen başlatılmasını, soruşturma organlarının bağımsızlığını, soruşturmanın etkililiğini, soruşturmanın makul bir özen ve hızla yapılmasını, soruşturma ve sonuçlarının açıklığını ve soruşturma sonuçlarının caydırıcılığını gerektirir.⁴⁴¹

Yaşam hakkıyla ilgili bu genel açıklamalardan sonra konumuz bakımından AİHS'nin 2. maddesinin cenine uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekmektedir. Doğan'a göre yalnızca Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi, 4. maddesinde yaşam hakkının gebelik anından itibaren korunacağını belirterek ceninin yaşam hakkını açıkça koruma yoluna gitmiştir.⁴⁴² Sözleşme'nin 2. maddesindeki "herkesin" yaşam hakkının yasayla korunacağına ilişkin düzenleme, ceninin maddede geçen herkes ifadesi kapsamında olup olmadığına ilişkin tartışmalara yol açmaktadır. Konuyla ilgili AİHM'ne birçok başvuru yapılmıştır. *Gölcüklü ve Gözübüyük*'e göre Komisyon, 19.05.1992 tarihli ve 17004/90 başvuru numaralı *H. V. Norveç* kararında yaşam hakkının cenine uygulanamayacağına, madde 2'nin "doğmuş olan" herkesi kapsadığına karar vermiştir. Karara göre yaşama hakkının gebelikten itibaren cenine uygulanabileceği kabul edilse bile tıbbi nedenler söz konusu olduğunda hakkın sınırlanabilmesi gerekir.⁴⁴³ AİHM, ceninin bir birey olarak kabul edilerek madde 2 kapsamında korunması konusunda kesin bir karara varmaktan kaçınmakta ve taraf devletlerin çatışma halindeki menfaatler arasında uygun dengeyi sağlayacak nitelikte düzenlemeler yapmalarını beklemektedir.⁴⁴⁴ Mahkeme, kişiliğin başlangıç anıyla ilgili olarak Avrupalı devletler arasında bir fikir birliği bulunmadığından bu anın belirlenmesini taraf devletlerin takdirine bırakmakta ve yine fikir birliği bulunmayışından hareketle Sözleşme'nin 2. maddesinin cenine yaşam hakkı tanımadığı

⁴⁴⁰ Doğru ve Nalbant, s. 19.

⁴⁴¹ Doğru ve Nalbant, s. 21-30.

⁴⁴² İlyas Doğan, **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, Eylül 2005, s. 414. Gören'e göre ceninin yaşam hakkının açıkça korunduğu bu sözleşmenin uygulamasında dahi mahkemeler, devletlere cenini koruma yükümlülüğü yüklenemeyeceği yönünde karar vermektedir; Gören, s. 145.

⁴⁴³ Gölcüklü ve Gözübüyük, s. 187.

⁴⁴⁴ Gürkan Sert, Zekiye Turan ve Bahar Uslu, "Yaşam Hakkı Kapsamında, Türk Hukukunda Embriyo ve Fetüsün Yasal Statüsü", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi Yaşamın Başlangıcındaki Etik sorunlar Özel Sayısı**, 3(3): 133-138, 2017, s. 135.

sonucuna varmaktadır.⁴⁴⁵ Mahkeme'nin kişiliğin başlangıç anı ve ceninin yaşam hakkı konularında kesin bir yargıya varmaktan kaçınması, meseleyi hukuki bir mesele olmaktan ziyade siyasi iradenin kendi içinde çözmesi gereken bir konu olarak gördüğü yönünde eleştirilere neden olmaktadır.⁴⁴⁶ Bir sonraki bölümde AİHM'nin cenin ve gebeliğin sonlandırılmasını konu alan bazı kararları incelenenektir. Kararları incelemekteki asıl amacımız Mahkeme'nin ceninin kişiliği ve yaşam hakkı konusundaki görüşlerini belirlemek olduğundan konuyla ilgili madde 2 yönünden yapılan başvurulara yer verilecektir. Bunun yanında gebeliğin sonlandırılması konusundaki içtihadı Mahkeme'nin ceninin menfaatlerinin hangi durumda ne kadar göz önüne alınacağını belirlemede yardımcı olacağından madde 8 yönünden yapılan başvurulardan bazılarını da incelemeye gerek görülmüştür.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler

1. Vo v. Fransa Kararı

AİHM'nin *Vo v. Fransa Kararı*'nda⁴⁴⁷ başvuruyu yapan Fransa'da yaşayan ve rutin gebelik kontrolü için gittiği hastanede hastanın kimliğinde hataya düşülmesi sonucu rahmindeki cenini kaybeden Vietnam asıllı Bayan Thi-Nho Vo, karşı taraf ise Fransa'dır. Davadaki uyuşmazlık sebebi Fransız Ceza Kanunu'nun 221-6. maddesinde yer alan taksirle öldürme suçunun doğmamış bebeğin ölmesine neden olunması durumunda uygulanıp uygulanamayacağıdır.

27 Kasım 1991 tarihinde Vietnam asıllı iki kadın, Bayan Thi-Nho Vo ve Bayan Thi Thanh Van Vo, Fransa'da bulunan Lyons Devlet Hastanesi'nden randevu almışlardır. Daha önce spiralini almak için girişimde bulunduğu, ancak operasyon başarılı geçmeyince o gün bir kez de anestezi altında girişimde bulunmaya karar verdiği hastasını çağırmak için bekleme odasındaki hastalara "Bayan Vo" diye seslenen Doktor G.'ye cevap veren, başvuruyu yapan Bayan Vo olmuştur. Başvuruyu yapan Bayan Vo ile

⁴⁴⁵ Doğru ve Nalbant, s. 10.

⁴⁴⁶ Güngör, s. 158.

⁴⁴⁷ AİHM, **Case of Vo v. France**, Başvuru Numarası: 53924/00, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2004, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF VO v. FRANCE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (15.02.2018).

Doktor G. arasındaki görüşmede doktor, Bayan Vo'nun Fransızca'yı anlamakta güçlük çektiğini not etmiştir. Hasta dosyasını inceleyen doktor, Bayan Vo'yu yeniden muayene etme gereği duymaksızın spiralın çıkarılmasına karar vererek amnion kesesini delmiş ve önemli miktarda amnion sıvısının kaybına neden olmuştur. Muayenede rahmin genişlediğini fark eden doktor film çekilmesini istemiş, gelen film sayesinde hastanın kimliğinde hataya düştüğünü anlamıştır. Başvuru sahibi Bayan Vo derhal hastaneye yatırılmıştır. Bayan Vo hastaneden 29 Kasım'da taburcu edilmiş, 4 Aralık tarihinde ise testler için geri dönmüştür. Yapılan testler sonucu doktorlar amnion sıvısının kaybının fazla olduğunu ve bu şartlar altında gebeliğin devam edemeyeceğini belirterek Bayan Vo'nun gebeliğini 5 Aralık 1991 tarihinde sona erdirmişlerdir.

Bayan Vo ve erkek arkadaşı 11 Aralık 1991 tarihinde taksirle yaralama sonucu mağdurun geçici süreyle iş göremez duruma gelmesine sebep olma ve çocuklarının taksirle öldürülmesi iddialarıyla ceza davası açarak davaya katılma talebinde bulunmuşlardır. Yerel mahkemece yapılan yargılamada alınan üç ayrı bilirkişi raporunda ceninin cinsiyetinin kız olduğu, gebeliğin yirmi ila yirmi bir haftalık olduğu, ceninin rahimden tahliyesi sonrası nefes almadığı, cenine şiddet uygulandığı veya anomali bulunduğu veya ölümün morfolojik sebeple veya herhangi bir organın zarar görmesi nedeniyle gerçekleştiğine ilişkin bir delil bulunmadığı, mağdurun algılama yeteneğinin kaybolmadığı, mağdurda estetik veya mesleki zarar bulunmadığı, geçici iş gücü kaybının bulunmadığı, yabancı asıllı hastalarda bu tür kimlik hataları ve dil sebepli yanlış anlaşılmanın olası olduğu ancak yine de sorumluluğun, hastayı muayene etmeyerek tedbirsiz davranan hekime ait olduğu belirtilmiştir. Yerel mahkeme ceninin yaşama yeteneğini gebeliğin altıncı ayında kazandığına, ceninin yirmi ila yirmi bir haftalık olmakla yaşama yeteneğini henüz kazanmadığına bu nedenle kişi sayılamayacağına dolayısı ile Ceza Kanununun 221-6. maddesinin somut olayda uygulanamayacağına karar vermiştir. Bu karara itirazda bulunan Bayan Vo, yerel mahkeme kararını 10 Haziran 1996 tarihinde istinaf mahkemesine götürmüştür.

Lyons İstinaf Mahkemesi 13 Mart 1997 tarihli kararında genç bir hekimin bilmesi gereken en önemli uygulamalardan birinin hasta ile iletişim halinde olmak olduğu, hasta ile yeterince iletişim kurmaması ve hastayı muayene etmeden operasyona

geçmesi nedeniyle doktorun kusurlu olduğu, yerel mahkeme tarafından alınan bilirkişi raporlarında gebeliğin yirmi ila yirmi bir haftalık olduğu belirtilse de yapılan incelemelerde ceninin Vietnam asıllı olduğunun göz önüne alınmadığı, daha sonra yapılan anato-patolojik incelemede ceninin yirmi ila yirmi dört haftalık olduğunun belirtildiği ve bu evrenin ceninin yaşama yeteneği kazandığı evreye çok yakın olduğu, yapılan yanlış uygulama öncesi ceninin sağlıklı olduğu ve gebeliğin normal seyrinde devam ettiği dolayısı ile eylemin taksirle öldürme suçu sayılması gerektiğine karar vererek yerel mahkeme kararını bozmuştur. İstinaf Mahkemesi kararı doktor tarafından temyiz edilmiştir. Lyons Temyiz Mahkemesi 30 Haziran 1999 tarihli kararında ceza kanunlarının dar yorumlanması gerektiğini belirterek taksirle öldürme suçunun ceninin ölmesi halinde uygulanmasının hukuka ve kanuna aykırı olduğuna karar vermiş, istinaf mahkemesinin kararını geriye döndürmüştür. Bu karar sonrasında Bayan Vo başvuruda bulunarak somut olayı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne taşımıştır.

Bayan Vo yaptığı başvuruda kişiliğin dölleme ile başladığını, ceninin Fransız Ceza Kanunu tarafından korunmamasının Sözleşme'nin yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesini ihlal ettiğini, iç hukukta ceza davası veya idari dava açma yollarının bulunduğunu ancak kendisinin ceza davası açmayı tercih ettiğini, ceza davasının temyiz sonucu geldiğinde idari dava açmak istese de yasal zaman aşımı süresinin dolması nedeniyle idari davayı açamadığını bu durumun sözleşmenin 35. maddesini de ihlal ettiğini iddia etmiştir. Fransız Hükümeti, somut olayın hem tazminat anlamında hukuk mahkemelerine hem de kamusal ihmal olarak değerlendirilerek idare mahkemelerine götürülebilir nitelikte olduğunu, ceza hukuku çerçevesinde ise ceninin gebe kadının bedenine zarar verilmesi durumunda dolaylı olarak da olsa korunduğunu savunmuştur. Sözleşme'nin 2. maddesinin cenin için uygulanabilir olmadığını savunan Fransız Hükümeti, ceninin yaşam hakkına sahip olduğu savunulsa bile bu yaşam hakkının mutlaka ceza kanunları ile korunması zorunluluğu bulunmadığını, ceninin medeni hukuk ve idare hukuku anlamında yeterince korunduğunu belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk olarak Fransız mevzuatını incelemiştir. Ceza Kanununun somut olayda uygulanması tartışılan “taksirle öldürme” başlıklı 221-6. maddesinin, kanunun “Ciddi suçlar ve kişiye karşı işlenen diğer büyük suçlar” başlıklı

ikinci kitabının “kişiyeye karşı suçlar” başlıklı ikinci bölümünün “kişinin hayatına karşı suçlar” başlıklı birinci kısmında bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca Ceza Kanunun 223-10. maddesinde annenin rızası bulunmadan bir üçüncü kişinin gebeliğı sona erdirmesinin suç sayıldığından bahsedilmiştir. Yine Ceza Kanunu’nun “İnsan Embriyosunun Korunması” başlıklı 511. maddesinde tıp etiğı gereğı araştırma amacıyla insan embriyosu üretilmesi yasaklanarak tüpteki embriyonun korunduğı vurgulanmıştır. Sonrasında Fransız temyiz mahkemesinin bakış açısını ele alan mahkeme, ceza kanunlarının dar yorumlanması ilkesi gereğı 221-6. maddenin tam ve sağı doğmayan çocuk için uygulanamayacağını yönünde örnek kararlara yer vermiştir. Mahkeme Fransız temyiz mahkemesinin kararlarını ve Fransız Hukuku’nda cenine sağılanan korumayı, uygulamada ortaya çıkan iki çelişkili durumu vurgulayarak eleştirmiştir. Buna göre Fransız Hukuku’nda bir kişiyi taksirle yaralamanın cezai müeyyideye tabi tutulmasına rağmen bir cenini taksirle öldürenin cezasız kalması söz konusu olmaktadır. Yine doğalı birkaç dakika olan bir çocuk suçun mağduru kabul edilirken anne karnındaki çocuğun kanun koyucu tarafından göz ardı edilmesi ve bu durumun sonucu olarak kürtaj hakkının üreme hakkından daha fazla korunması, eleştirilen ikinci durum olmuştur.

Mahkeme Biyotıp Sözleşmesi’nin ilgili maddelerine yer verdikten sonra karşılaştırmalı hukuka değinerek üye ülkelerin çoğunda ceninin taksirle öldürme suçunun mağduru olarak kabul edilmediğini, bununla birlikte İtalya, İspanya ve Türkiye’nin ceninin öldürülmesi hakkında özel bir ceza hukuku düzenlemesine gittiğini belirtmiştir. Buna göre İtalyan hukukunda 22 Mayıs 1978 tarihli Kürtaj Kanunu’na göre ihmalle gebeliğın sonlandırılmasına neden olan kişi 3 ay ile 2 yıl arasında hapis cezası ile cezalandırılmakta, İspanyol Hukuku’nda Ceza Kanunu ile cenine zarar vermek ve ağır ihmalle gebeliğın sonlanmasına sebep olmak suç sayılmakta ve Türk Hukuku’nda Ceza Kanunu (Mülga ceza kanunu madde 456) ile mağdur kadının gebe olup eylemin erken doğuma sebep olması durumu yaralama suçunun ağırlaştırıcı sebebi olarak kabul edilmektedir.

Mahkeme’ye göre uyumsuzluk, Fransa’nın, Fransız Hukuku’nda taksirle ceninin zarar görmesine sebep olunması halinde uygulanacak hüküm bulunmaması nedeniyle Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkının korunmasında yetersiz kalıp

kalmadığı noktasında odaklanmaktadır. Mahkeme’ye göre ceninin yaşamının korunması, Sözleşme’nin ikinci maddesinin ikinci fıkrasında yaşam hakkının korunmasına istisna olarak düzenlenen durumlar arasında sayılmamaktadır. Gebe kadının yaşamının veya sağlığının gebeliğin devamı halinde tehlikeye girmesi halinde gebeliğin sonlandırılması ise sözleşmenin ikinci maddesinin birinci fıkrası ile rahatlıkla bağdaştırılmaktadır. Mahkeme, gebeliğin sonlandırılması konusunda ikinci madde uygulamasının genellikle gebeliğin devamının kadının hayatına ve sağlığına tehlike oluşturduğu durumlarda uygulandığını belirterek bu durumun tersini talep eden somut olayın yeni bir konuyu gündeme getirdiğini belirtmektedir. Uygulamada madde 2’nin yorumunda hukuk, tıp, felsefe, etik ve din alanları arasında bir denge kurulmasının amaçlandığını vurgulayan mahkeme, üye devletlerin iç hukuklarında insan kavramının çok değişik biçimlerde tanımlandığını belirterek kişiliğin başlangıcı konusunda devletlere bir tek ahlaki bakış açısını empoze etmenin hukuki olmadığını belirtmiştir. Mahkeme mevcut Fransız Hukuku’nda ceninin hukuki statüsünün belirlenmediğini ancak ceninin çok çeşitli şekillerde korunduğu sonucuna varmıştır. Avrupa’daki hukuk sistemleri ele alındığında ise yine ceninin hukuki statüsü konusunda bir fikir birliği bulunmadığını gören mahkeme, Fransa’da olduğu gibi çoğu üye devlette ceninin insan onuru çerçevesinde korunduğunun ancak bu korumanın cenini madde 2’deki yaşam hakkı anlamında kişi statüsüne sokmadığının altını çizmiştir. İtalyan Hukuku’nu bir kez daha örnek gösteren Mahkeme, somut olaydaki gibi anne ve ceninin menfaatlerinin uyduğu durumlarda, yanlış uygulama ile cenine zarar veren hekimin sorumluluğuna gidilmesi gerektiği ancak bunun mutlaka ceza hukuku yoluyla yapılması gerekmediği sonucuna varmıştır. Başvuranın idare mahkemelerinde dava açabilecekken bu yola gitmeden doğrudan ceza davası açmasının 4 yıllık idari dava zamanaşımı süresinin dolmasına sebep olduğunu belirten mahkeme, 4 yıllık zamanaşımı süresinin de kısa olduğunu ifade etmemekle birlikte Fransız Hükümeti’nin bu konuda 2002’de yeni bir kanun çıkartarak hem hukuk hem de idare mahkemelerinde bedensel zarar halinde zamanaşımı süresini 10 yıla çıkardığını ve bu durumun tıbbi hatalardan zarar gören mağdurların lehine sonuçlar doğurduğunu vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, madde 2’nin cenin için uygulanabilir olduğu kabul edilse dahi somut olayda Fransa tarafından ihlal edilmediğine karar vermiştir.

AİHM kararının katıldığımız ve katılmadığımız yönleri bulunmaktadır. Fransız ceza kanununun 221-6. Maddesinde yer alan taksitle öldürme suçunun ceninin öldürüldüğü durumda uygulanamayacağı konusunda mahkemeye katılıyoruz. Zira ilgili madde Türk Hukuk Sistemi'nde de olduğu gibi ceza kanununun kişilere karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olup mağduru ancak tam ve sağ olarak doğmuş bir kişi olabilir. Cenin ise Fransız hukukuna göre kişi sayılmadığından bu suçun mağduru olamaz. Mahkeme tarafından da isabetle belirtildiği gibi bir takım kişilik haklarının cenine de uygulanması cenini kişi statüsüne sokmaz. Bir kişi tüm kişilik haklarının sahibi olmakla birlikte her kişilik hakkı sahibi kişi sayılmamaktadır. Cenin, insan onurunun korunması gerekliliğinin bir sonucu olarak özel bir statüye sahiptir. Bu statü cenine kişi statüsü sağlamamakta olduğundan Mahkeme'nin kişilere karşı işlenen taksirle öldürme suçunun mağduru olarak cenini kabul etmemesi isabetlidir.

Karar, ceninin statüsü üzerine açık bir çözüm bulmadığı için doktrinde çokça eleştirilmiş⁴⁴⁸, yargıçlar asıl meselenin etrafından dolanmakla, görevlerini yapmamakla suçlanmışlardır.⁴⁴⁹ *Goldman*'a göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargıçlarının görevi sözleşmeyi yorumlamak olup bu sorumluluk uyuşmazlık konusunun zorluğuna göre değişebilir değildir.⁴⁵⁰ Kararda ceninin statüsüne değinmekten çekinilmesi, kararın ceninin statüsü bakımından ne anlama geldiği konusunda kafa karışıklığına neden olmuştur. Kürtaj yanlılarının kararın ceninin yaşam hakkını genişletmeye yönelik girişimin reddi anlamına geldiği yönündeki yorumuna karşı çıkan *Goldman*, mahkemenin madde 2'deki "herkes" kelimesini yorumlamakta başarısız olduğunu ve ceninin yaşam hakkının varlığı konusunda tartışmaya girmeyerek yaşam hakkının varlığını reddetmek anlamında bir ifadeye yer vermediğini, Fransa kanunlarındaki idari müeyyidelerin yeterliliğine odaklanmakla yetindiğini belirtmektedir.⁴⁵¹

Goldman, yargıçlar Costa, Ress ve Mularoni'nin madde 2'nin cenin için uygulanabilir olduğu ancak devletlerin "belirli bir çerçeve içinde" cenine tanınan korumayı azaltarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verebileceği yönündeki görüşünü,

⁴⁴⁸ Goldman, s. 277.

⁴⁴⁹ Goldman, s. 277, 279.

⁴⁵⁰ Goldman, s. 277.

⁴⁵¹ Goldman, s. 279.

Sözleşme’de Mahkeme’ye böyle bir yetki tanınmadığı halde üye devletlerin birbirinden farklı yöndeki kararlarını bir çatı kanun altında birleştirmelerini dayattığı için problemli bulmuştur. Yazara göre yargıçlar Caflish, Fishbach, Lorenzen, Thomassen tarafından da benimsenen yargıç Rozakis’in görüşü ceninin korunması yönünden daha uygulanabilir niteliktedir.⁴⁵² Bu görüşe göre doğmamış çocuğun hayatı zaten korunmaya değer görülmekle birlikte kişinin yaşam hakkına kıyasla daha dar kapsamlıdır.⁴⁵³ *Goldman*, Mahkeme’nin kendi ahlaki değerlerini, iç hukuklarında cenine farklı yoğunluklarda koruma sağlayan üye devletlere dikte ettirmesindense, aynı yönde alınan mahkeme kararları yoluyla Sözleşme’ye yapılan yorumları uyumlu hale getirmeye yönelik girişimlerde bulunulmasının desteklenmesi gerektiğini savunmaktadır.⁴⁵⁴

Güngör, Vo v. Fransa Kararı öncesinde AİHM, ceninin yaşam hakkını konu alan başvurularda, öncelikle Sözleşme bakımından cenine yaşam hakkı tanınmadığını tespit eden, sonrasında cenine yaşam hakkı tanındığı varsayılırsa somut olayda ceninin yaşam hakkının ihlal edilip edilmediğini belirlemeye çalışan bir yöntem izlemektedir.⁴⁵⁵ Yazar’a göre Mahkeme, değerlendirmesinin bu ikinci aşamasında ceninin olduğu varsayılan yaşam hakkı ile gebe kadının menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını araştırmaktadır. Öte yandan yazara göre bu durum cenin ile gebe kadının menfaatlerinin çatışması halinde söz konusu olup *Vo v. Fransa Kararı*’nda böyle bir çatışma söz konusu değildir. Dolayısıyla Mahkeme bu kararında daha farklı bir yöntem izleyerek menfaatler arası adil denge ölçütünü kullanmamış, somut olayda devletin öngördüğü pozitif hukukun gerekli çareleri sağlayıp sağlamadığına bakmıştır.⁴⁵⁶ *Güngör*, önceki bütün kararlarında adil denge ölçütünü kullanan Mahkeme’nin *Vo v. Fransa Kararı*’nda da bu ölçütü kullansaydı yaşam hakkının ihlal edildiğine karar vermek durumunda kalacağını belirterek Mahkeme’nin bu ölçütü bu kararda kullanmamasını

⁴⁵² Goldman, s. 280.

⁴⁵³ AİHM, **Case of Vo v. France**, Başvuru Numarası: 53924/00, Karar Tarihi: 8 Temmuz 2004, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF VO v. FRANCE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61887"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), s. 43, (15.02.2018).

⁴⁵⁴ Goldman, s. 280.

⁴⁵⁵ Güngör, s. 156.

⁴⁵⁶ Güngör, s. 157.

eleştirmiştir.⁴⁵⁷ Fikrimizce, Güngör'ün de belirttiği gibi önceki başvurularda cenin ile anne arasında menfaat çatışması varken bu başvuruda cenin ile annenin menfaatlerinin aynı yönde oluşunun Mahkeme'yi farklı bir değerlendirme yapma yönüne itmesi sakıncalı değildir.

2. Tysiac v. Polonya Kararı

AİHM'nin *Tysiac v. Polonya Kararı*'na⁴⁵⁸ konu olayda başvuran kadın 1977 doğumlu bir Polonya vatandaşı olup 1977 yılından bu yana ileri derecede miyoptur. İki çocuk sahibi olan ve her iki çocuğunu da sezaryen ile dünyaya getiren başvuran Şubat 2000 tarihinde üçüncü çocuğuna hamile olduğunu öğrenmiştir. Başvuran doğum yapmanın mevcut sağlık durumuna yapacağı etki konusunda endişe duyduğundan doktorlarına danışma kararı almıştır. Başvuran bu çerçevede üç göz doktoruna muayene olmuştur. Her üç doktor da başvuranın retinasındaki patolojik değişime göre gebelik ve doğumun başvuranın görme yeteneği açısından risk oluşturduğu sonucuna varmakla birlikte başvuranın talebine rağmen retinada oluşacak zararın kesin olmaması nedeniyle gebeliğin sonlandırılması için olur vermeyi reddetmiştir. Başvuran bunların ardından bir de pratisyen hekim ile görüşmüş, pratisyen hekim, başvuranın fiziksel gerginlikten uzak durması gerektiği, gebelik ve doğumun yaratacağı fiziksel gerginlik nedeniyle başvuranın zaten kötü durumdaki görme yeteneğine daha da zarar verebilecek nitelikte olduğu sonucuna varmış ve gebeliğin sonlandırılmasına olur vermiştir. Bu arada yeniden bir göz doktoru tarafından muayene edilen başvuranın göz numarasının ilerlediği tespit edilmiştir.

Başvuran, gebeliğinin sonlandırılması için 26 Nisan 2000 tarihinde Varşova Devlet Hastanesi'nin Jinekoloji Kliniği'ne başvurmuştur. Burada Jinekoloji Bölüm Başkanı Dr. R.D. tarafından muayene edilen başvurana, beş dakikadan kısa süren, göz doktorlarının kayıtları incelemenden, bir endokrinoloji uzmanından konsültasyon alınan muayenenin sonunda başvurana sezaryen ile doğum yaptığı takdirde herhangi bir sorun

⁴⁵⁷ Güngör, s. 156.

⁴⁵⁸ AİHM, **Case of Tysiac v. Poland**, Başvuru Numarası: [5410/03](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Karar Tarihi: 20 Mart 2007, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["tysiac Poland"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-79812"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), v. (15.02.2018).

yaşamayacağına ilişkin bir açıklama yapılmış ve bu açıklamayı içeren ve gebeliğinin sonlandırılmasına olur verilmemesini beyan eden bir belge başvurana verilmiştir.

Başvuran Kasım 2000 tarihinde sezaryen ile doğum yapmıştır. Doğumdan sonra başvuranın görme yeteneği daha da kötüye girmiştir. Doğumdan altı hafta sonra bir görme kliniğinin acil bölümüne alınan başvurana yapılan testlerde görme yeteneğinin doğum öncesine göre çok daha kötü durumda olduğu tespit edilmiştir. 14 Mart 2001 tarihinde başvuranın retinasında kanama olduğu, kör olma riskinin bulunduğu ve hastalığın bu ileri aşamasında artık tedavi olma şansının bulunmadığı belirtilerek görme engelliler alfabesi öğrenmesi tavsiye edilmiştir. Önceden orta seviye miyoptan mustarip olan başvurana 13 Eylül 2001 tarihinde engelli statüsü verilmiştir.

29 Mart 2001 tarihinde başvuran, yasada gebeliğin sonlandırılmasına izin verilen istisnai haller arasında olduğu halde gebeliğinin sonlandırılmasına engel olduğu ve bu durumun görme yeteneğini neredeyse kaybetmesine yönelik fiziksel zararına yol açtığı gerekçesiyle Dr. R.D. aleyhine ceza davası açmıştır. İlk derece mahkemesi Dr. R.D'nin davranışları ile zarar arasında nedensellik bağı olmaması nedeniyle davayı reddetmiştir. Başvuran ret kararını, mahkemenin dayandığı bilirkişi raporunun yetersiz olması, raporları incelemesi için görme bozukluğu nedeniyle yardım talep ettiği halde bu taleplerinin reddedilmesi, pratisyen hekimden aldığı belgenin göz önüne alınmaması nedenleriyle temyize götürmüştür. Temyiz mercii başvuranda ortaya çıkan zarar ile gebeliğinin sonlandırılması arasında doğrudan bir bağlantı olmadığı ve başvuranın zararının, içinde bulunduğu tıbbi durumun doğası gereği, her durumda eninde sonunda ortaya çıkmasının muhtemel olduğu gerekçeleriyle temyiz talebini reddetmiştir. Başvuran Dr. R.D ve ona konsültasyon veren Dr. B aleyhine disiplin yoluna gittiyse de bu yoldan da olumlu bir sonuç elde edememiştir. Sürecin sonunda engelli maaşıyla tek başına üç çocuğuna bakar duruma gelen başvuran, Polonya'nın AİHS madde 3, 8, 13, 14 ve 41'i ihlal ettiği iddiasıyla AİHM'ne başvurmuştur.

AİHM başvurunun madde 3, 13, 14 ve 41 ile doğrudan ilgisi olmaması gerekçesiyle bu maddeler yönünden başvuruyu reddetmiş, başvuruyu madde 8 yönünden incelemiştir. AİHM Polonya'nın, başvuranın yasal olan gebeliğin tıbbi sebeple sonlandırılmasını hakkını kullanmasını sağlayacak yasal çerçeveyi oluşturmamakla

pozitif yükümlölüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. AİHM'ye göre kişinin özel hayatı, kişinin özerkliğini, kişisel gelişimini ve diğer insanlar ve dış dünyayla iletişim kurmasını ve bu iletişimini geliştirmesini içeren fiziksel ve ruhsal kimliğidir. Sözleşme tıbbi bakımın herhangi bir aşamayı garanti altına almamaktadır. Bununla birlikte AİHM, önceki kararlarında, özel hayatın bir kişinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü içerdğine ve devletin, vatandaşının bu fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü sağlama hakkını koruma pozitif yükümlölüğü altında olduğuna karar vermiştir. Gebeliğin sonlandırılması hakkındaki hukuki düzenlemeler geleneksel özel hayatın gizliliğı-kamu yararı dengesiyle ilgili olsa da, tıbbi sebeplerle gebeliğin sonlandırılması söz konusu olduğunda, devletin anne adayının fiziksel bütünlüğünü koruma pozitif yükümlölüğüne ağırlık verilmelidir.

AİHM'ye göre Polonya'nın gebeliğin sonlandırılması konusundaki hukuki düzenlemeleri, anne ile doktorlar fikir birliğı içerisindeyken olması gerektiğı gibi işlemektedir. Öte yandan gebeliğin sonlandırılması sebebini oluşturacak ön koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğı konusunda gebe kadın-hekim arasında veya hekimlerin kendi aralarında fikir ayrılığı varsa sürecin nasıl işlemesi gerektiğıyle ilgili yeterli ve açık hukuki düzenlemeler yapılmamıştır. Mevcut düzenlemeler böyle bir çatışmayı çözecek yapıda değildir. Yalnızca kadına bir uzmandan belge alma yükümlölüğü yüklemekte, uzman ile gebe kadın arasında fikir ayrılığı oluşursa ne yapacağına ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. AİHM, yasa koyucu gebeliğin sonlandırılmasına izin vermeye karar vermişse hukuki düzenlemeleri, gerçekte gebeliğin sonlandırılmasını sağlayacak yolları sınırlandıracak şekilde oluşturmaması gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede örneğin somut olaydaki gibi bir durumda gebe kadına en azından kendini şahsen ifade edip görüşlerinin göz önüne alınmasını sağlayabileceğı bir prosedür garanti edilmelidir. Bir diğer önemli unsur ise zaman faktörüdür. Belirlenecek prosedürler kararların vaktinde alınmasını ve böylelikle gebeliğin sonlandırılmasının gecikmesi halinde kadının sağlığında ortaya çıkabilecek zararların önlenmesini sağlamalıdır. Mahkeme'ye göre, iç hukukta böyle önleyici prosedürlerin yokluğu devletin madde 8'den kaynaklanan pozitif yükümlölüklerini ihlal ettiğı anlamına gelebilir.

Mahkeme, görevinin, başvuranın durumunun ciddiyeti bakımından, doktorların tıbbi kararlarını yargılamak olmadığını vurgulamaktadır. Mahkemeye göre, olaya uygulanan tıbbi bilginin veya gebeliğin başvuranın görme yeteneğini bozup bozmayacağı üzerine varılan sonucun doğruluğu üzerine tartışma yaratmak da uygun olmaz. Şunu belirtmek gerekmektedir ki; başvuran gebeliğinin ve yapacağı doğumun görme yeteneğini daha da bozmasından korkmuştur. Gebelik sırasında aldığı tıbbi tavsiye ışığında ve başvuranın o sıradaki tıbbi durumu ile tıbbi geçmişi bir arada düşünüldüğünde başvuranın korkularının mantıksız olduğu da söylenemez.

Polonya'daki mevcut düzenlemeler, dava konusu olaydaki uygulamadan anlaşıldığı kadarıyla, gebeliğin hukuki olarak sonlandırılması için gerekli şartların oluşup oluşmadığını belirlemek için etkili bir mekanizma içermemektedir. Bu düzenlemeler başvuran için süregelen bir belirsizlik yaratmıştır. Sonuç olarak da başvuran gebeliğinin ve yaklaşan doğumunun sağlığında oluşturmaları muhtemel olumsuz sonuçları düşünerek ileri derecede stres ve ıstırap yaşamıştır. Başvuranın açtığı ceza davası ve başvurduğu disiplin yolu başvuranın bozulmakta olduğu zarar nedeniyle yaşadığı zararı önleyememiştir. Bu nedenle davanın tamamına bakıldığında bu nedenle Polonya Devleti'nin, başvuranın tıbbi kürtaja tabi bir durumda olup olmadığı anlamında özel hayatın gizliliği hakkını teminat altına alacak pozitif yükümlülüklerine uygun davrandığı, sağlık mesleği mensuplarının sorumluluğuna gidilmesini saplayacak hukuki çareler düzenlediği söylenemez. Mahkeme açıklanan nedenlerle Polonya Devleti'nin başvuranın özel hayatının gizliliğine saygı hakkını teminat altına alacak pozitif yükümlülüklerine uygun davranılmaması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Görüldüğü gibi AIHM bu kararda gebeliğin sonlandırılmasını aile ve özel hayatın gizliliğine saygı hakkı çerçevesinde ele almıştır. Mahkeme'ye göre devletler gebeliğin sonlandırılmasına izin vermek zorunda değildir. Ancak gebeliğin sonlandırılmasına izin veren hukuki düzenlemeler yaptıkları takdirde hukuki olarak hangi durumlarda gebeliğin sonlandırılabilirliğini şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlemeli ve izin verilen gebeliğin sonlandırılması sebeplerinin varlığı durumunda gerçekte bu hizmetin alınması için gidilecek yolları kısıtlamamalıdır. Mahkeme izin verilen gebeliğin sonlandırılması

sebebinin varlığı konusunda gebe kadın ile gebe kadının hekimi arasında veya hekimlerin kendi aralarında anlaşmazlık çıkması halinde uygulanacak işlevsel bir prosedür belirlenmesine özellikle önem vermiştir. Somut olayda bu konuda yaşanan belirsizliğin ve bu belirsizlik nedeniyle başvuranın yaşadığı korkunun mahkemenin verdiği ihlal kararında etkili olduğu anlaşılmaktadır.

3. Evans v. Birleşik Krallık Kararı

Evans v. Birleşik Krallık Kararı'nda⁴⁵⁹ başvuran 1971 doğumlu Birleşik Krallık vatandaşıdır. 12 Temmuz 2000 tarihinde başvuran ve partneri (J.) bir üremeye yardımcı tedavi merkezine in vitro fertilizasyon uygulaması için başvurmuşlardır. 10 Ekim 2001 tarihinde başvurana ve partnerine başvuranın yumurtalıklarında kanser öncesi tümörleri bulunduğu, başvuranın kanser tedavisine başlaması gerektiği ancak hızlı davranılırsa bu tedaviye başlanmadan önce ilk in vitro fertilizasyon uygulaması için başvurandan yumurta hücreleri almanın mümkün olabileceği bildirilmiştir. Yapılan bilgilendirmede başvurana ve partnerine oluşturulacak embriyoların başvuranın yumurtaları ve partnerinin spermeleri ile oluşturulacağı, taraflardan birinin bu embriyolar başvuranın rahmine transfer edilmeden önce verdiği onamdan cayabileceği ve 1990 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu gereği taraflardan birinin cayması halinde söz konusu embriyolarla tedaviye artık devam edilemeyeceği açıklanmıştır. Başvuran, açıklamayı yapan hemşireye yumurtalarının döllenmeden saklanması mümkün olup olmadığını sormuş ancak hemşire uygulamanın o şekilde yapılması halinde başarı şansının daha düşük olduğunu ve o tip uygulamanın kliniklerinde yapılmadığını belirtmiştir. Bunun üzerine partneri başvurana ayrılmayacaklarına ve kendisinden çocuk sahibi olmak istediğine dair söz vermiştir. Başvuran ve partneri tedavinin başvurandan alınan yumurta ve partnerinden alınacak spermelerden oluşturulacak embriyolar ile yapılmasına ve bu embriyoların en fazla on yıl süreyle saklanması ilişkin onamlarını

⁴⁵⁹ AİHM, *Case of Evans v. The United Kingdom*, Başvuru Numarası: [6339/05](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), Karar Tarihi: 10 Nisan 2007, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Evans v. United Kingdom"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-80046"\]},](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (15.02.2018).

içeren belgeleri imzalamışlardır. Tedavi sırasında başvurandan on bir adet yumurta hücresi alınmış ve bu yumurtalardan altısı partnerinden alınan spermle döllenerek saklanmaya başlanmıştır. Hemen sonrasında kanser tedavisine başlayan başvuran yumurtalıklarını aldırıştır. Başvurana iki yıl boyunca gebe kalmaması gerektiği açıklanmıştır.

Mayıs 2002 tarihinde başvuran ve partneri J. ayrılmışlardır. Embriyolara ne olacağı konusu taraflar arasında tartışıldıktan sonra 1 Temmuz 2002 tarihinde J. Tedavi merkezine bir mektup yazarak ayrılımları nedeniyle embriyoların imha edilmesini istediğine ilişkin talebini bildirmiştir. Tedavi merkezi, başvurana J.'nin tedaviye ilişkin onamını geri aldığını ve bu nedenle yasal olarak embriyoları imha etme yükümlülüğü altında bulunduklarını haber vermiştir. Bunun üzerine başvuran Yüksek Mahkeme'de bir dava açarak J.'nin embriyoların kullanılmasına ve saklanmasına ilişkin onamının yenilenmesini, 10 Ekim 2001 tarihinde verdiği onamı değiştirmemiş sayılmasını ve değiştirememesini talep etmiştir. Başvuran ayrıca 1990 tarihli Kanun'un ilgili maddelerinin Sözleşme'nin 8, 12 ve 14. maddelerine aykırı olduğunu ve tedavi merkezinin tedavi süreci tamamlanana kadar Sözleşme'nin 2. ve 8. maddeleri gereği embriyoları saklamakla yükümlü olduğunu iddia etmiştir.

Yüksek Mahkeme, 1990 tarihli Kanun ve kamu yararı gereği J.'nin şartlar ne şekilde değişirse değişsin embriyoların kullanılması yönünde onam vermesinin mümkün olmadığını, spermle oluşturulan embriyoların başvuranla birlikte tedavi olmaları durumunda kullanılması için onam verdiğini ve ayrılımları halinde başvuranın kendi başına tedaviye devam etmesi için onam vermediğini belirtmiştir. Hem başvuranın hem de J.'nin ilişkilerinin devam edeceği düşüncesiyle onam vermiş olduklarını belirten Yüksek Mahkeme, bu nedenle başvuranın J.'nin onamını geri almasının engellenmesi yönündeki talebini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre J.'nin başvurayı sevdiğine ve onun çocuğunun babası olmak istediğine ilişkin ifadesi o anki duygusal durumuyla alakalıdır ve ikili ilişkilerde verilen bu tür sözlerin tarafları her zaman bağlayacağı ve hukuki açıdan etkili oldukları söylenemez. Yüksek Mahkeme, 1990 tarihli Kanun'un ilgili maddelerinin Sözleşme'ye aykırı olduğuna ilişkin iddialar konusunda ise madde 2'nin, embriyonun Sözleşme'de öngörülen hakları korunması gereken bir kişi olmaması

nedeniyle olaya uygulanamayacağını madde 8'in ise konuyla ilgili olmadığını belirtmiştir. Yüksek Mahkeme 1990 tarihli Kanun'un ilgili hükümlerinin her iki tarafın da özel hayatıyla ilişkili olduğunu kabul etmekle birlikte bu hükümlerin bir sözleşmeye dayanak oluşturduğunu ve bu sözleşmenin iki taraflı bir sözleşme olup doğacak çocuğun menfaatlerini de göz önüne almakla orantılı sonuçlar doğurduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre Kanun'un birlikte in vitro fertilizasyon yöntemiyle tedaviye başlayan çiftlerin bu tedavi konusunda hemfikir olmalarını araması ve taraflardan birinin embriyo anneye transfer edilmeden önce istediği zaman bu fikrinden cayabilmesini düzenlemesi uygundur. Yüksek Mahkeme ilgili hükmün her iki taraf için de eşit şekilde uygulandığını, nasıl kadının tedaviden vazgeçmesi halinde embriyonun kendisine istemediği halde transferi mümkün olmayacaksa aynı şekilde erkeğin tedaviden vazgeçmesi halinde de onun isteğinin aksine transferin mümkün olamayacağını belirtmiştir. Açıklanan nedenlerle Yüksek Mahkeme davanın reddine karar vermiş, aynı gerekçeyle başvuranın temyiz talebi de reddedilince dosya AİHM'nin önüne gelmiştir. Başvuru öncelikle Daire'nin önüne gelmiş, Daire Sözleşme'nin 2, 8 ve 14. Maddelerinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Başvuran bu karara itiraz edince dosya bu kez Büyük Daire'nin önüne gelmiştir.

Mahkeme öncelikle madde 8'deki "özel hayat" ifadesinin kişisel otonomi ve kişisel gelişimle ilgili geniş kapsamlı bir ifade olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme'ye göre özel hayat, kişilerin kişisel gelişimini ve diğer insanlar ve dış dünyayla iletişim kurmasını ve bu iletişimini geliştirmesini içeren fiziksel ve ruhsal kimliğidir ve anne/baba olma ve olmama kararına saygı duyulmasını da içerir. Öte yandan başvuranın sosyal, hukuki ve hatta fiziksel anlamda anne olmaktan alıkoymasına yönelik bir şikayeti olmadığı belirtilmelidir zira iç hukuk ve uygulama kendisinin evlat edinmesine veya in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulup bağışlanan bir embriyonun kendisine transferi yöntemiyle çocuk sahibi olmasına engel olmamaktadır. Başvuranın şikayeti 1990 Tarihli Kanun'un kendi yumurtası ve J.'nin spermiyle oluşturulan embriyolar kullanılarak, genetik olarak kendisiyle ilişkili bir çocuğu olmasını engellemesidir. Mahkeme bu daha sınırlı konunun yani genetik olarak anne/baba olma kararına saygı gösterilmesinin de madde 8 kapsamında olduğunu düşünmüştür. Mahkeme, davaya konu temel sorunun iki

özel kişinin, başvuran ve J.'nin, madde 8'e dayalı menfaatlerinin çatışması olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre her iki tarafın menfaati de diğerininkiyle uzlaşmaz durumdadır. Başvuranın embriyoların kullanılmasına ilişkin talebine müsaade edilirse J. baba olmaya zorlanacaktır; J.'nin onamını geri alması kabul edilirse başvuran genetik anlamda anne olamayacaktır. Mahkeme'ye göre bu davanın zor tarafı, devlet yetkilileri ne karar verirse versin bir tarafın menfaatinin zedeleneyecek olmasıdır. Dahası dava sadece iki kişi arasındaki uyuşmazlıktan ibaret olmayıp, dava konusu madde onamın önceliği ilkesini konu almakla ve hukuki açıklık ve kesinlik sağlamakla daha geniş anlamda da kamu yararına hizmet etmektedir.

Mahkeme'ye göre madde 8 devlet yetkililerine sadece negatif değil, hakkın yerine getirilmesini sağlanması için hukuki düzenlemeler yapmak ve bunları uygulanır kılmak anlamında pozitif yükümlülükler de yüklemektedir. Devletin pozitif ve negatif yükümlülüklerinin gerekleri tanımlanabilir nitelikte değildir. Uygulanacak ilkeler de her zaman aynı olmayabilir. Öyleyse dikkat edilmesi gereken, çatışan menfaatler arasında adil bir dengenin sağlanması olup devletin belli bir takdir marjı vardır. Öte yandan Mahkeme'ye göre, bu davanın pozitif yükümlülükler yönünden incelenmesi, davanın konusu yapılan hukuki düzenlemenin uygulanan haliyle adil dengeyi sağlayıp sağlamadığı olduğundan, daha uygundur. Bu anlamda Mahkeme, taraf devletin mahkemelerinin J.'nin onamını başvuranla “birlikte tedavi olmak” amacıyla verdiği ilişkin tespitine katılmaktadır. Madde 8'e ilişkin her davada devletin sahip olduğu takdir marjının genişliğinin belirlenmesinde belli faktörler bulunmaktadır. Bir kişinin varlığı veya kimliğinin konu olduğu davalarda devletin takdir marjı kısıtlıdır. Öte yandan dava konusu, üye devletlerin menfaat konusunun öneminde veya menfaatin en iyi nasıl korunacağına fikir birliği içinde olmadıkları bir konuya veya ahlaki ve etik bir tartışma konusundan kaynaklanıyorsa takdir marjı daha geniştir. Yine davanın konusu kişisel ve kamusal menfaatler ile Sözleşme'de korunan haklar arasındaki çatışma ise devletin takdir marjının daha geniş olacağı söylenebilecektir.

Mahkeme'ye göre dava konusu uyuşmazlığın etik ve ahlaki bir sorundan kaynaklandığı şüphesizdir. Bu alanda Avrupa'daki devletlerin düzenlemeleri birbirine eş de değildir. Birleşik Krallık embriyoların her iki üreme hücresinin vericilerinden onam

alınması halinde saklanmasına izin veren ve her iki tarafa da onamını embriyonun transferine kadar serbestçe ve etkili bir şekilde geri alma yetkisi tanıyan tek ülke değildir. Bunula birlikte Avrupa'nın başka bir yerinde daha farklı kurallar içeren hukuki düzenlemeler de uygulamada olabilmektedir. Avrupa'daki devletler arasında in vitro fertilizasyon uygulamasında üreme hücrelerinin vericilerine ait onamların ne zaman geri alınamaz uruma geleceğine ilişkin bir fikir birliği olduğu söylenemez. Mahkeme'ye göre in vitro fertilizasyon yöntemi hızlı ilerleyen tıbbi ve bilimsel gelişmeler nedeniyle hassas ahlaki ve etik tartışmalara konu olduğundan ve dava konusu durumun üye devletlerin üzerinde hemfikir oldukları bir çözümü bulunmadığından davalı devletin takdir marjının geniş olduğu söylenmelidir. Mahkeme'ye göre bu geniş takdir marjı hem devletin in vitro fertilizasyon uygulamasının kullanılmasını düzenleme kararını genişletebilir hem de detaylı kurallarla çatışan kamusal ve kişisel menfaatler arasında denge kurmak amacıyla koyduğu kurallara müdahale edebilir.

Mahkeme'ye göre 1990 tarihli Kanun insan fertilizasyonu ve embriyoloji alanındaki gelişmelerin ve sosyal, etik ve hukuki uygulamasının detaylı bir şekilde düzenlenmesinde zirve niteliği taşımaktadır. Dava konusu olayda hem başvuranın hem de J.'nin kanunla gerekli kılınan onam formlarını imzaladıklarında şüphe bulunmamaktadır. Başvuranın tıbbi durumu başvuranın stres altında ve hızlı bir şekilde karar vermesini gerektirse de, başvuran J.'nin spermleri ile döllenmesine izin verdiği yumurtalarının sahip olabileceği son yumurtalar olduğunu, bu yumurtaların kendisine transfer edilebileceğinin ve J.'nin istediği zaman embriyonun transferine ilişkin onamını geri alabileceğini onam formunu imzalarken bilmektedir. Başvuran onamla ilgili iç hukuk kurallarının her durumda mutlaka uygulanamayacağını iddia etse de Mahkeme'ye göre kanunun kesin uygulanırlığı madde 8'e aykırılık oluşturmaz. İnsan onuruna ve özgür iradeye saygı ve in vitro fertilizasyon uygulamasında her iki taraf arasında adil bir denge kurulmasının arzulanması, devletin in vitro fertilizasyon uygulamasında kimsenin verdiği genetik materyalin rızası alınmadan kullanılamayacağı yönünde düzenleme yapmasının ve bu kurala istisna koymamasının altında yatan sebeplerdir. Dahası söz konusu düzenleme, temyiz mahkemesinin "tümüyle ölçülemez" menfaat olarak tanımladığı, doğası gereği hukuki belirliliğe hizmet eden ve somut olay üzerinde

yapılan incelemelerde gerekli olan ölçmenin özünde bulunan keyfiliğin ve tutarsızlığın getirdiği problemlerden kaçınmayı amaçlayan bir kuraldır. Mahkeme'ye göre düzenleme ile sağlanan bu menfaatler hukuka ve Sözleşme'nin 8. maddesine uygundur. Mahkeme, bu davayı inceleyen tüm diğer mahkemeler gibi başvuranın genetik olarak kendisiyle ilişkili bir çocuk sahibi olmak yönündeki talebini anlayışla karşılamaktadır. Öte yandan Mahkeme, Avrupa'da söz konusu uygulamayla ilgili bir fikir birliği bulunmamasını da göz önüne aldığında, başvuranın talebinin J.'nin kendisiyle genetik olarak ilişkili bir çocuğa sahip olmamak yönündeki talebinden daha önemli olduğu sonucuna varamamıştır. Mahkeme, Parlamento'nun durumu daha farklı bir şekilde ele almasının mümkün olduğunu ancak yapılan bu düzenlemenin ele alınan bu şekliyle de madde 8'deki menfaat dengesini devletin bu alandaki takdir marjının sınırlarını aşarak bozmadığını belirtmiştir. Mahkeme, Avrupa'da konuyla ilgili fikir birliği olmaması, iç hukuk kurallarının açık olması ve bu kurallarla çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurulması gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin somut olayda davalı devlet tarafından ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkeme, somut olayda Sözleşme'nin 14. maddesinin, 8. maddesine bağlı olarak ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak başvuran, üremeye yardımcı tedavi uygulamaları olmadan çocuk sahibi olamayan kadınların embriyolar oluşturulduktan sonra embriyolar üzerinde söz hakkı sahibi olamamasının, sperm donörünün iradesine tabi olmasının Sözleşme'nin 8. maddesine bağlı olarak 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme'ye göre başvurana uygulanan tedavinin koşullarının aynı tedaviyi gören ve kendisiyle eşit koşullardaki başka bir kadına uygulanan tedavininkilerden farklı olup olmadığının incelenmesine bu başvuru için gerek yoktur zira madde 8'in ihlal edilmediğine karar verildiğine göre madde 8'e bağlı olarak madde 14'ün ihlal edildiği söylenemeyecektir. Açıklanan sebeple Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Görüldüğü gibi kararda incelenen başvurunun konusu in vitro fertilizasyon uygulamasıyla tedaviye başlayan yumurta ve sperm vericilerinin tedavinin devamı konusunda anlaşmazlığa düşmeleridir. Başvuranın yumurtalarının IVF uygulaması için alınmasından sonra kanser tedavisine başlaması ve dolayısıyla bu toplanan yumurtalardan

başka yumurta hücresine sahip olamayacak olması bu dava bakımından önemlidir. Birleşik Krallık'ın in vitro fertilizasyon yoluyla yürütülen üremeye yardımcı tedavilerde üretilen in vitro embriyolar söz konusu olduğunda tedavinin ve embriyoyu saklama işleminin ancak hem yumurta hem de sperm vericilerinin bu yönde rızası bulunması halinde mümkün ve devam edilebilir olduğuna ilişkin hukuki düzenlemesi dava konusu edilmiştir. Başvuru öncelikle Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından incelenerek başvuranın kendisine genetik olarak bağlı bir çocuk sahibi olma talebinin madde 8 kapsamında olduğu tespit edilmiştir. Öte yandan başvuranın eski partneri J.'nin kendisine ve başvurana genetik olarak bağlı bir çocuk sahibi olmak istememe yönündeki tasarrufunun da Sözleşme'nin 8. maddesi ile korunan özel hayata saygı hakkı kapsamına eşit seviyede girdiği anlaşılmıştır. Bu anlamda devletin ilgili düzenlemeyi yaparken daha geniş bir takdir yetkisine sahip olacağının altını çizen Mahkeme, IVF uygulamalarını düzenleyen hukuk kurallarında devletlerin bu konu üzerinde fikir birliği içinde olmamasını da gerekçe göstermiştir. Mahkeme, yapılan düzenlemenin her durumda taraflardan birinin menfaatine aykırı olacağını, devletin açık bir hukuki düzenleme yaptığını, başvuranın bu hukuki düzenlemenin farkında olduğunu ve kişilerin onamı olmadan genetik materyallerinin kullanılamayacağı ilkesinin önemini vurgulayarak devletin bu olayda daha geniş nitelikte olan takdir yetkisinin kullandığına ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Fikrimizce her ne kadar başvuranın özel bir durumu söz konusu olsa da J.'nin onamını geri alması engellenemez. Aydınlatılmış onam tıbbi müdahalenin geçerlilik şartlarındandır. Aydınlatılmış onamın özgür iradeyle verilmesi ve gerektiğinde, üzerinde tıbbi müdahale gerçekleştirilen kişiye bundan zarar gelmeyecekse, geri alınabilmesi gerekir. Aydınlatılmış onam geri alındığında ise tedaviye devam edilemeyecektir. Aksi geçerli olursa, somut olay üzerinden bakıldığında, J.'nin menfaatleri bakımından Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmesi söz konusu olacaktır. Bu anlamda Mahkeme'nin kararı yerindedir. Madde 14 anlamında ise başvuran, tedavinin devamının sperm donörünün iradesine bağlı kılınmasının ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil ettiğini, yani tedavi olan kadın ve erkek arasında ayrımcılık yapıldığını, iddia etmiştir. Oysa Mahkeme, eğer inceleme yapsaydı incelemenin aynı durumdaki kadınlara yapılan

muamele bakımından ayrımcılık olup olmadığını inceleyeceği belirtmiştir. Fikrimizce Mahkeme, uyumsuzluk konusu iç hukuk düzenlemesini kadın-erkek eşitliği bakımından da incelese sonuç değişmeyecektir. Zira kararda da belirtildiği gibi ilgili iç hukuk düzenlemesi taraflardan birinin onamını geri almasını konu edinmektedir. Nasıl ki kadın onamını geri aldığında embriyonun zorla rahme transferi mümkün olamayacaktır, aynı şekilde erkek onamını geri aldığında da embriyonun rahme transferi mümkün olamamalıdır. Öyleyse ilgili düzenlemenin kadın-erkek eşitliğine aykırı olduğu söylenemez. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 14. maddesine aykırılık olmadığı yönündeki kararı yerindedir.

4. A, B, ve C v. İrlanda Kararı

Kararda⁴⁶⁰ İrlanda vatandaşı olan üç farklı başvuranın (A, B ve C) davası, her üçünün de aynı tarihlerde gebeliklerinin sonlandırılması için İngiltere'ye gitmeleri ve ebeliklerinin sonlandırılması için İngiltere'ye gitmelerinin gerekmesini dava konusu etmeleri nedeniyle birlikte görülmüştür.

Başvuran A, 28 Şubat 2005 tarihinde, İrlanda'da geçerli olan gebeliğin sonlandırılması sebeplerine tabi olmadığına inandığı için İngiltere'ye seyahat ederek gebeliğini sonlandırmıştır. Partnerinin kısır olduğunu düşünen başvuran A, istemeden gebe kalmış ve gebeliğini, gebeliği dokuz buçuk haftalıkken, sonlandırmıştır. Başvuran A, ilki engelli olmak üzere dört çocuk sahibi olup alkol problemi yaşadığı için çocukları koruyucu ailededir. Hem alkol tedavisi gören hem de depresyonla savaşıyor başvuran A, her gebeliği sonrasında gebelik sonrası depresyon yaşadığını da belirtmektedir. Sosyal görevlilerle iletişim halinde olan ve alkolden bir süredir uzak duran başvuran A, çocuklarının velayetini geri almaya çalışmakta ve hem ailevi anlamda hem de sağlık anlamında hassas olan aşamada bir çocuk sahibi daha olmak istememektedir. Başvuran A bu sebeplerle, gebeliğinin sonlandırılması için İngiltere'ye seyahat etmiş ve gebeliğini sonlandırmıştır. Başvuran A, İngiltere'ye sosyal görevlilerle iletişim kurmadan gizlice seyahat etmesi gerektiğini düşünmüş ve gebeliğini gizlilik içinde sonlandırmıştır.

⁴⁶⁰ AİHM, **Case of A, B and C v. Ireland**, Başvuru Numarası: 25579/05, Karar Tarihi: 16 Aralık 2010, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["A, B, C v. Ireland"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-102332"\]},](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (15.02.2018).

Gebeliğini sonlandırmasının ertesi günü uçakla İrlanda'ya geri dönen başvuran A, Dublin'e giden trendeyken kanaması başladığı halde tıbbi yardım almaktan korkmuş ancak acil durumu nedeniyle ambulans ile hastaneye kaldırılarak kürtaj yaptırmıştır. Bu müdahale sonrasında da ağrı ve kanama yaşadığı halde başvuran A, daha fazla tıbbi yardım almaktan çekinmiştir.

Başvuran B, 17 Ocak 2005 tarihinde, İrlanda'da geçerli olan gebeliğin sonlandırılması sebeplerine tabi olmadığına inandığı için İngiltere'ye seyahat ederek gebeliğini sonlandırmıştır. Başvuran B, ertesi gün hapı kullandığı halde istemeyerek gebe kalmıştır. İki ayrı doktordan dış gebelik riski olduğuna dair görüş alan başvuran B, bu nedenle ve hayatının o aşamasında çocuk sahibi olmaya hazır olmadığı gerekçesiyle gebeliğini İngiltere'de, gebeliğinin yedinci haftasında, sonlandırmıştır. Yapılan müdahale öncesinde başvuran B dış gebeliği olmadığını öğrenmiştir. Müdahaleyi yapan klinik Başvuran B'ye İrlandalı doktorlara düşük yaptığını söylemesini önermiştir. İrlanda'ya dönüşünde kanama yaşamaya başlamış ve iki hafta sonra, gebeliğinin sonlandırılması için İngiltere'ye seyahat etmesinin yasaya aykırı olup olmadığına emin olmasa da, Dublin'deki İngiltere'de gittiği klinikle anlaşmalı bir takip kliniğine başvurmak durumunda kalmıştır.

Başvuran C, 3 Mart 2003 tarihinde, gebeliğini sonlandırma hakkını İrlanda'da öne süremeyeceğine inandığı için İngiltere'ye giderek gebeliğini sonlandırmıştır. Öncesinde nadir görülen bir kanser türü nedeniyle üç yıl kemoterapi görmüştür. Tedavi öncesinde, sonradan çocuk sahibi olmak istediği için doktoruna danışan başvuran C, doktorundan olası bir gebeliğin kanseri üzerinde ne tür etki yaratacağının belirsiz olduğu ve eğer gebe kalırsa gebeliğinin ilk trimesterında kemoterapi görmesinin cenin için tehlikeli olacağı bilgisini almıştır. Kanserinin gerileme döneminde olduğu bir zamanda istemeden gebe kalan Başvuran C, gebe kaldığını öğrenmeden önce tedavisi çerçevesinde gebelik sırasında yapılması uygun olmayan birçok test yaptırdığını belirtmiştir. Gebe kaldığını öğrenince gebeliğinin sağlık durumuna etkisini ve yaptırdığı testlerin cenini etkileyip etkilemediğini öğrenmek için kendi pratisyen hekimi dahil birçok hekime başvursa da İrlanda'daki hukuki düzenlemeler nedeniyle yeterli bilgi alamamıştır. Riskin belirsizliği nedeniyle gebeliğini sonlandırmak isteyen başvuran C, İngiltere'de sonlandırma kararı

almış ancak ilaçla düşük hizmeti veren kliniklere ve düşük sonrası takip hizmetine İngiltere’de ikamet etmemesi nedeniyle başvuramamıştır. Bu nedenle gebeliğinin sekiz hafta daha ilerlemesini beklemek zorunda kalan başvuran C, gebeliğini ilk trimestrında sonlandırmıştır. İrlanda’ya dönüşünde tamamlanmamış kürtaj nedeniyle kanama ve enfeksiyon dahil bir takım komplikasyonlar yaşamaya başlamıştır. Başvuran C’ye göre hekimler yeterli tıbbi bakımı kendisine sağlamamıştır. Başvuran C, gebeliğinin sonlandırılmasından aylar sonra bile pratisyen hekiminden artık gebe olmadığı bilgisini alamamıştır.

Başvuranlar A ve B, İngiltere’ye gebeliklerinin sağlıklarına veya iyilik hallerine olumsuz etki edeceği gerekçesiyle sonlandırılması için seyahat ederken; C ise hayati risk oluşturması sebebiyle sonlandırılması için seyahat etmiştir. Başvuran C aynı zamanda ceninin sağlığının yaptırdığı kanser testleri nedeniyle olumsuz etkilenmiş olması riskini de öne sürmüştür. İrlanda hükümeti başvuruların “sosyal nedenlere” dayandığını söylese de aslında başvuran A da gebeliğini sonlandırmasını ruhsal sağlığına, alkolik olmasına ve çocuklarının velayetine dayandırmaktadır. Mahkeme, başvuran A’nın sosyal görevlileri durumu hakkında bilgilendirmemesini, gelecekte çocuklarının velayeti konusunda önyargıyla karşılaşma ihtimali nedeniyle anlayışla karşılamaktadır. Mahkeme başvuran B’nin de iyilik hali konusundaki ifadesini göz önünde bulundurmaktadır. Her üç başvuran da kendi ülkelerinde suç olarak sayılan bir eylem nedeniyle yurt dışına çıkmak zorunda kalmaları nedeniyle damgalanmış hissettiklerini belirtmekte ve bunun başvurular için psikolojik yük olduğunu kabul etmektedir. Anayasa’nın ve ceza hukukunun kendilerine getirdiği kısıtlamalara gebeliğin sonlandırılması hizmetine ulaşımında yaşanan güçlük ve gecikmeler de eklenince her üç başvuranın da gebeliklerini sonlandırmak için yurt dışına gitmek zorunda kalmaları nedeniyle zorluk yaşadıkları görülmektedir. Yurt dışına gitmek zorunda kalmanın da finansal yük olarak kabul edilebileceğini belirten mahkeme, devletin kendilerine gebeliğin sonlandırılması öncesi ve sonrası bakım hizmetlerini vermediğini ise kabul etmemektedir. Nitekim başvurular A ve B gebeliklerini sonlandırdıktan sonra gerek gördüklerinde bakım hizmeti aldıklarını belirtmektedirler. Başvuran C’nin tamamlanmamış kürtaj nedeniyle sorunlar yaşadığına ilişkin iddiaları ise dayanaksız bulunmuştur. Mahkeme, başvuruların gebeliğin sonlandırılması konusunda

lkelerinde gerekli bilgilere ulaşamamalarına ilişkin iddiaları da genel ve dayanaksız bulmuştur.

İrlanda Hkmeti, başvuranların iç hukuk yollarını tüketmeden, doğrudan AİHM’ne başvurmalarına itiraz etmektedir. Başvuranlar ise gebeliğin sonlandırılması konusundaki hukuki düzenlemeler ile devletin bunların uygulayış şeklinin farklı olduğunu belirterek tüketebilecekleri etkili bir iç hukuk yolu bulunmadığını iddia etmektedir. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi konusunu başvuranlar A ve B için ayrı, C için ayrı bir şekilde incelemiştir.

Başvuranlar A ve B 1861 tarihli kanunun 58 ve 59. maddelerindeki “*gebeliğin sonlandırılmasını sağlamak veya buna teşebbüs etmek veya gebeliği sonlandırmak veya herhangi bir zararlı madde veya araç temin ederek buna yardımcı olmak müebbet hapis cezası gerektirir*” maddesi ile Anayasa’nın 40.3.3. maddesinin yüksek mahkemenin X davasındaki yorumlayış şeklinden şikyetidir. Yüksek Mahkeme, X davası ile gebeliğin sonlandırılmasının yasal olduğu durumu açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre; gebe kadının sağlığının tehlikede olması ile hayatının tehlikede olması durumlarını birbirinden ayrı tutmuştur. Yalnızca kadının hayatının “gerçek ve somut bir tehlike” altında olması ve bu tehlikenin ancak gebeliğin sonlandırılması yoluyla önlenebilir olması halinde İrlanda’da gebeliğin sonlandırılması yasaldır. Yüksek Mahkeme gebe kadının gebeliği nedeniyle intihar edecek olması halini de bu duruma dahil olarak kabul etmiştir. Dahası hükümetin Büyük Daire’ye verdiği bilgilendirmede, Anayasa’nın 40.3.3. maddesine yapılacak hiçbir uygulananın İrlanda’da “sosyal nedenlerle” gebeliğin sonlandırılmasını yasal hale getiremeyeceğini belirtmiştir. Bu durumu göz önüne alan Mahkeme, başvuranlar A ve B’nin iç hukukta tüketebilecekleri herhangi bir etkili başvuru yolu olmadığı sonucuna varmıştır.

Başvuran C ise gebeliğinin kendisi için hayati risk oluşturduğundan ve madde 8 anlamında böyle bir risk durumunda gebeliğin sonlandırılması hakkını temin edecek hukuki düzenleme bulunmamasından şikayetçi olmuştur. Başvuran C, İrlanda’da gebeliğinin yasal olarak sonlandırılması konusundaki seçimini tanıyacak etkili bir başvuru yolu bulunmadığını ve bu nedenle bunun için dava amasına gereği duymadığını belirtmiştir. Mahkeme, Başvuran C’nin iç hukuktaki etkili başvuru yollarını tüketmesinin

Sözleşme'nin 8. maddesiyle doğrudan bağlantılı olduğu düşüncesiyle davanın esasına geçmeye ve bu konuyu da davanın esas incelemesi sırasında madde 8 kapsamında değerlendirmeye karar vermiştir.

Başvuran C, Anayasa'nın 40.3.3. maddesinin uygulamasında başarısız olunması nedeniyle İrlanda'da hayati tehlike yaratan durumlarda gebeliğin sonlandırılmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, Başvuran C'nin başvurusunda gebeliğini sonlandırmak için İngiltere'ye seyahat etmek zorunda kaldığını ileri sürdüğünü ve gebeliğinin sonlandırılması sonrasında yaşadığı komplikasyonlardan hiçbirinin hayati risk oluşturmadığını dolayısıyla bu konudaki iddialarının dayanaktan yoksun olduğunu belirterek madde 2 yönünden başvuruyu reddetmiştir.

Her üç başvuran da gebeliğin sonlandırılması konusundaki kısıtlamalar ve gebeliklerini sonlandırmaları için yurt dışına çıkmak zorunda kalmaları nedeniyle İrlanda'nın Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan pozitif ve negatif yükümlülüklerle aykırı davrandığını iddia etmişlerdir. Başvuranlara göre gebeliğin sonlandırılmasının suç olarak kabul edilmesi kadına yönelik önyargı ve basmakalıp düşünce yapısından kaynaklanmaktadır. Bu durum kadınların onurunun kırılmasına, kadınların damgalanmasına ve kadınların kaygılarının artmasına sebep olmaktadır. Başvuranlara göre kadınlara iki seçenek sunulmaktadır: Gebeliklerini sonlandırmak isteyen kadınlar ya tabularının üstesinden gelerek yurt dışında gebeliklerini sonlandırmak yoluna gidecekler ve operasyon sonrası bakımlarını evde kendileri yapacaklar ya da gebeliklerini sürdüreceklerdir. Başvuranlara göre Devlet, onları böyle zorluklardan ve aşağılayıcı davranışlardan koruma pozitif yükümlülüğü altındadır. Mahkeme'ye göre gebeliğin sonlandırılması için yurt dışına seyahat etmek hem psikolojik hem de fiziksel zorluk yaratmaktadır. Ayrıca Başvuran A için finansal anlamda da yük getirmektedir. Öte yandan kötü muamelenin madde 3 kapsamında değerlendirilebilmesi için minimum miktarda bile olsa şiddet içermesi gerekmektedir. Söz konusu minimum miktar, kötü muamelenin süresi ve mağdur üzerinde yarattığı fiziksel ve ruhsal etkiler ile bazı durumlarda mağdurun cinsiyeti, yaşı veya sağlık durumuna göre değişiklik gösterebilmektedir. Mahkeme'ye göre başvuranların açıklamaları, somut olayda madde

3 kapsamına girebilecek böyle bir şiddet içeriğinin söz konusu olmadığını göstermektedir. Mahkeme başvuruların madde 3 hakkındaki başvurularını, açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle reddetmiştir.

Başvuranlar A ve B, İrlanda’da sağlık ve/ya iyilik hali nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasının mümkün olmaması, başvuran C ise Anayasa’nın 40.3.3. maddesi için herhangi bir yasal uygulamasının bulunmaması nedeniyle madde 8’in ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme öncelikle madde 8’deki “özel hayat” ifadesinin kişisel otonomi ve kişisel gelişimle ilgili geniş kapsamlı bir ifade olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme’ye göre bu ifade cinsel kimlik, cinsel yönelim ve cinsel hayat ve kişinin fiziksel veya ruhsal bütünlüğünü de içerdiği gibi çocuk sahibi veya biyolojik anne/baba olup olmama kararını da içerir. Öte yandan gebelik kadının özel hayatıyla ilgili olsa da gebelikle ilgili her uyuşmazlığı madde 8 anlamında değerlendirmek de mümkün değildir. Çünkü gebelik yalnızca kadının özel hayatıyla ilgili bir mesele olmayıp gelişmekte olan cenin ile de yakından ilgilidir. Kadının özel hayatına saygı hakkı bu anlamda doğmamış çocuğunkiler de dâhil olmak üzere bununla çatışan diğer hak ve özgürlüklerle dengelenerek irdelenmelidir. Mahkeme’ye göre madde 8 doğrudan gebeliğin sonlandırılması hakkı sağlamasa da bu davada başvuruların iddiaları madde 8 kapsamında incelenmeye müsaittir. Mahkeme yine başvurular A ve B için ayrı, C için ayrı inceleme yapmıştır.

Başvuranlar A ve B için yapılan incelemede bu başvuruların şikâyetleri, devletin sağlık ve/ya iyilik hali sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasını yasakladığı ve dolayısıyla özel hayata saygı haklarını orantısız olarak kısıtladığı iddiasına dayandığından bu şikâyetleri devletin negatif yükümlülükleri çerçevesinde incelemek gerekir. Mahkeme’nin önceki içtihatlarında da belirttiği gibi gebeliğin sonlandırılması konusundaki her hukuki düzenleme annenin özel hayatına saygı hakkına aykırılık teşkil etmez. Bu somut olayda aykırılık iddiası 1861 tarihli kanunun 58 ve 59. maddeleri ile Anayasa’nın 40.3.3. maddesi için Yüksek Mahkeme’nin X davasında yaptığı yorum ve bu yorumdur. Mahkeme bu yorumun madde 8’e aykırı olup olmadığını belirlemek için getirilen kısıtlamanın “kanuna uygun”, “demokratik bir toplumun ihtiyaçları için gerekli” ve “kanuna uygun bir amaca sahip” olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme’ye göre ilgili

hukuki düzenlemeler ve mahkeme kararı erişime açık, anlaşılır ve kolaylıkla sonuçları öngörülebilir nitelikte olmakla kanuna uygunluğu sağlamaktadır. 1983 tarihinde yapılan referandum ile İrlanda halkının çoğunluğunun ahlaki görüşleri gereği ceninin yaşam hakkı korunması gerekli bir değer olarak kabul edilmektedir. Başvuranlar 1983'ten bu yana halkın bu yöndeki görüşlerinin değiştiğini iddia etseler de bu değişiklik saptanamadığından kısıtlamanın kanuna uygun bir amaca sahip olduğu sonucuna varılmıştır. İrlanda'daki sağlık ve/ya iyilik hali sebebiyle gebeliğin sonlandırılması yasağının demokratik bir toplumun ihtiyaçları için gerekli olup olmadığının tespitinde mahkeme, başvuranlar A ve B'nin madde 8 kapsamında korunan özel hayatlarına saygı hakları ile İrlanda halkının hayatın doğası ve dolayısıyla ceninin yaşam hakkının korunması konusundaki temel değerleri arasında adil bir denge kurmaya çalışmıştır. İrlanda'nın üye devletler içinde yalnızca anne adayının hayatının risk altında olması durumunda gebeliğin sonlandırılmasına izin veren tek devlet olduğunu belirten mahkeme, Avrupa devletleri arasında yaşamın başlangıç anı konusunda bir fikir birliği olmadığından diğer devletlerin yasal düzenlemeleri ile karşılaştırma yapmanın sözleşmenin yorumu konusunda fikir veremeyeceğini belirtmektedir. İrlanda'da bu konuda uzun süren tartışmaların sonunda bir seçim yapılmış ve İrlanda yasaları sağlık ve/ya iyilik hali sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasını yasaklamış ancak bu sebebe dayanarak gebeliklerini sonlandırmak isteyen kadınlar için yasal olarak yurt dışına seyahat etme imkanı sunmuştur. Açıklanan sebeple söz konusu gebeliğin sonlandırılması yasağının demokratik bir toplumun gerekliliklerine de uygun olduğu sonucuna varan mahkeme, başvuranlar A ve B için madde 8'in ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Başvuran C için yapılan incelemede Mahkeme, devletlere hangi sebepler söz konusu olduğunda gebeliğin sonlandırılmasına izin verecekleri konusunda geniş bir takdir hakkı veren mahkeme, devlet bu kararını bir kez aldıktan sonra artık bunu amaçlayan yasaların “farklı hukuki menfaatlerin yeterli ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülöklere uygun olarak göz önüne alınmasını sağlamaya uygun bir şekilde” oluşturulması gerektiğini belirtmektedir. Başvuran C nadir görölen bir kanser türünden mustarıptır. Gebe olduğunu fark ettiğinde gebeliğinin, gerileyen kanserinin nüksetmesine sebep olabileceğı ve gebeyken İrlanda'da kanseri için tedavi göremeyeceğı düşüncesiyle

hayatı için endişe etmiştir. Mahkeme, başvuranın gebeliğinden kaynaklanan her türlü hayati riskinin özel hayatına saygı hakkı kapsamında olduğu kanaatindedir. Hükümetin iddialarının aksine başvuranın tıbbi riski ve bu riski oluşturanın etkili bir yerel prosedürün yokluğu olduğu konusundaki şikâyeti için daha fazla dayanak bulması gerekmemektedir. Yüksek Mahkeme'nin X davasında yorumladığı haliyle Anayasa'nın 40.3.3. maddesi gereği gebeliğin sonlandırılabilmesi için annenin gerçek ve somut bir hayati tehlike ihtimali içinde olması gerekir. Annenin sağlığının olumsuz yönde etkileniyor olması bu anlamda bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul edilmezken annenin gebeliği sebebiyle kendine zarar verecek vaziyette olması gebeliğin yasal olarak sonlandırılabilmesi bir durum olarak kabul görmüştür. Böyle bir Anayasal düzenleme uygunsuz görülmemekle birlikte İrlanda yasasında söz konusu hayati tehlike riskinin nasıl ölçüleceğini veya belirleneceğini düzenleyen hiçbir hukuki düzenleme veya içtihat bulunmamakta ve bu durum uygulamada belirsizliğe neden olmaktadır. Ayrıca Yüksek Mahkeme'nin X davasında yorumladığı haliyle bu anayasal düzenleme 1861 tarihli yasanın 58 ve 59. maddelerini sınırladığı halde ilgili maddeler değiştirilmemiş olmakla getirdiği gebeliğin sonlandırılması yasağı ve tüm ciddi cezai sonuçları ile yürürlüklerini sürdürmektedir. Dolayısıyla İrlanda'da gebeliklerini yasal olarak sonlandırmak için çözüm arayan kadınlar için bir belirsizlik söz konusudur. Bu konu devlet tarafından getirilen tıbbi kılavuzlarla da açıklığa kavuşturulmuş değildir. Kılavuzlar hekimlerin riski nasıl belirleyeceğine ilişkin uygun bir yöntem belirlememektedir. Mahkeme'nin, Hükümet'in sunduğu gebelikle çok ilgili olmayan ve başka ülkelerden alınmış kılavuzların İrlanda yasalarına uygun yöntemler belirlediğini kabul etmesi mümkün değildir.

Başvuran C de hekimler de hayati risk konusunda verdikleri ve daha sonra madde 40.3.3. ile uyumlu olmadığı ortaya çıkabilecek bir karar sonucu ciddi bir hapis cezası ile karşılaşma riskini göze alamamışlardır. Mahkeme normal konsültasyon sürecinin hayati risk sebebine dayanarak gebeliğin yasal olarak sonlandırılması konusunda etkili bir yol olarak görmemektedir. Mahkeme, anayasa mahkemelerinin bir kadının gebeliğinin sonlandırılmasının yasal olarak mümkün olup olmadığı konusundaki ilk belirlemede uygun merci olarak görmemektedir. Böyle bir durum anayasa mahkemelerinin somut

olay bazında gebeliklerini sonlandırmak isteyen kadınların hayati risk kriterini sağlayıp sağlamadıkları gibi tıbbi temelli bir konuyu belirlemelerini ve dahası konuyla ilgili kanıtları inceleyerek sorunu çözmelerini gerektirir ki anayasa mahkemeleri de görevlerinin bu olmadığını vurgulamaktadır. Buna ek olarak yasal olarak tanındığı tartışmaya kapalı olan hayati tehlike sebebine dayanarak gebeliklerini sonlandırmak isteyen kadınları karmaşık anayasal süreçleri üstlenmek zorunda bırakmak da uygunsuzdur. Sonuç olarak mahkeme, ne tıbbi konsültasyon sürecinin ne de dava seçeneğinin başvuran C için tüketilmesi gereken etkili bir iç hukuk yolu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, madde 40.3.3'ün yasal uygulamasının olmayışını ve daha özelde bu madde kapsamında gebeliğin sonlandırılması hakkının kullanılması için etkili ve ulaşılabilir yöntemlerin olmayışının teoride İrlanda'da kabul edilen hayati risk sebebiyle gebeliğin sonlandırılması hakkı ile gerçeklikteki pratik uygulaması arasında şiddetli bir uyumsuzlukla sonuçlandığını ileri sürmektedir. Devlet madde 40.3.3'ün kendisine getirdiği pozitif yükümlülöklere uygun davranmamakla başvuran C'nin özel hayatına saygı hakkını ihlal etmiştir. Sonuç olarak mahkeme, devletin, başvuran C için, Anayasa madde 40.3.3 kapsamında gebeliğinin sonlandırılmasına uygun nitelikleri taşıyıp taşımadığının belirlenmesini sağlayacak etkili bir yol düzenlememekle Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Özetle karara konu olayda ilk ikisi sağlık ve/ya iyilik hali sebebine, üçüncüsü ise hayati risk sebebine dayanmak üzere gebeliklerini sonlandırmak için İngiltere'ye seyahat etmek zorunda kalan üç başvuran bulunmaktadır. İlk iki başvuran İrlanda'da sağlık ve/ya iyilik halinin gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul edilmemesini, üçüncü başvuran ise hayati risk sebebiyle gebeliğin sonlandırılması İrlanda'da kabul edildiği halde hayati risk ölçütünün somut olayda karşılanıp karşılanmadığını belirleyecek etkili bir sürecin düzenlenmemesini dava etmişlerdir. Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda üye devletlerin hangi sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına izin verecekleri konusunda geniş bir inisiyatif hakkına sahip olduklarını belirterek ilk iki başvuranın şikayetleri konusunda sağlık ve/ya iyilik hali sebebiyle gebeliğin sonlandırılmasına izin vermemekle İrlanda'nın madde 8'i ihlal etmediğine karar vermiştir. Üçüncü başvuranın şikayeti konusunda ise devletin yasal olarak tanıdığı bir gebeliğin sonlandırılması sebebinin

varlığında bu sebebi işletecek etkili bir yol bulunmamasını madde 8'e aykırı bulmuştur. Bu gerekçenin kararda sık sık atıf yapılan *Tysiack v. Polonya* kararı ile aynı doğrultuda olduğu görülmektedir. Mahkeme'ye göre devlet, yasal olarak bir gebeliğin sonlandırılması sebebini kabul ettiğinde, bu sebebe dayanarak gebeliğin sonlandırılmasını ulaşılabilecek yolları da belirlemekle yükümlüdür. Bu tür yolların belirlenmemesi ve dolayısıyla ilgili gebeliğin sonlandırılması sebebine dayanılarak gebeliğin sonlandırılmasının uygulamada mümkün olmaması, devletin madde 8'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinin ihlali anlamına gelir.

5. R.R. v. Polonya Kararı

AİHM'nin *R.R. v. Polonya Kararı*'nda⁴⁶¹ başvuran 1973 doğumlu Polonya vatandaşıdır. 2001 yılı Aralık ayında başvurduğu hastanede yapılan ultrason sonucunda 6 ila 7 haftalık hamile olduğu tespit edilmiştir. 2 Ocak 2002 tarihinde başvuranın gebelik takibine bir hastanede gebeliği 11 haftalıkken başlanmıştır. Gebeliğin 14. ve 18. haftalarında ultrason taramaları yapılmıştır. Bu taramalarda ceninde gelişim bozuklukları olabileceği tespit edilmişse de doktor S. B. sırf ultrasona bakılarak gelişim bozukluğunun tespitinin mümkün olmadığı yönünde başvurunu bilgilendirmiştir. Başvuran gelişim bozukluğu kesinleşirse gebeliğini sonlandırmak istediğini doktor S.B.'ye bildirmiştir. Bu tarihten itibaren başvuran ceninde gelişim bozukluğu olup olmadığını tespit edebilmek için birçok kez çeşitli hastane ve doktorlara başvurmuştur. Doktorlar, gelişim bozukluğunun ve varsa bu bozukluğun türünün tespiti için gerekli genetik testlerin yapılması için başvuranın her talebinde başvurunu farklı bir doktor veya hastaneye yollamış, gittiği bu yerlerde de başvuranın genetik test yaptırması mümkün olmamıştır. Bir başka hekimin tavsiyesi üzerine başvuran, sanki durumu acılmış gibi Lodz kentinde gebelik test yapmak için gerekli teçhizata sahip bir hastaneye başvurmuş ve nihayet, gebeliğinin 23. haftasında genetik testi yaptırmayı başarmıştır. Test sonuçları için iki

⁴⁶¹ AİHM, **Case of R.R. v. Poland**, Başvuru Numarası: 27617/04, Karar Tarihi: 28 Kasım 2011, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF R.R. v. POLAND"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-104911"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (15.02.2018).

hafta beklemek durumunda kalan başvuran fetal anomalinin varlığı korkusuyla gebeliğini sonlandırmak için dilekçeyle hastaneye başvurmuştur. Başvurusunda yasal süre sınırına vurgu yapmışsa da başvuranı muayene eden doktor G.S. bu kararı tek başına veremeyeceğini ve konsültasyon gerektiğini belirtmiştir. Konsültasyon için birkaç gün sonra randevuya gelen başvurana konsültasyonu yapacak hekimin hastalık izninde olduğu bildirilince başvuran, hekimler tarafından yasal süre sınırını aşması için kasten oyalandığı gerekçesiyle hastaneye şikâyetle bulunmuştur. Bu sırada gelen genetik test sonuçları ceninde Turner Sendromu bulunduğunu doğrulayınca başvuran yeniden gebeliğini sonlandırma talebinde bulunsada ceninin yaşama yeteneğini artık kazandığı gerekçesiyle gebelik hekimlerce sonlandırılmamıştır. Cenin yaşama yeteneğini kazanana kadar doktorlarca oyalandığı gerekçesiyle yine bir şikâyetle bulunan başvuran bu başvurusundan da sonuç alamamış ve 11 Haziran 2002 tarihinde Turner Sendromu olan bir kız bebek dünyaya getirmiştir.

31 Haziran 2002 tarihinde gerekli gebelik testlerini yapmakta gecikerek kendisini oyalayan ve kendisine ceninin durumu hakkında bilgi vermeyi reddederek gebeliğini sonlandırmaya karar vermekten kendisini mahrum bırakan kişiler hakkında savcılığa şikâyetle bulunmuş ancak ceza davası açma sebebi bulunmadığı gerekçesiyle soruşturmaya devam edilmemiştir. Bu karara itiraz edilse de sonuç değişmemiştir. 11 Mayıs 2004 tarihinde doktorlar S.B., G. S. ve K.R. aleyhine kendisini gereksiz yere oyaladıkları ve gerekli genetik testlere ulaşımını engelleyerek kendisine ceninin durumu hakkında vaktinde bilgi vermemeleri ve dolayısıyla gebeliğini sonlandırma konusundaki seçim hakkını elinden aldıkları gerekçesiyle hukuk davası açmıştır. Ayrıca Doktor S.B.'nin hastanın özel hayatını koruma yükümlülüğü altında olmasına rağmen gazetecilere kendisinin ve eşinin sorumsuz ebeveynler olduğuna ilişkin açıklamada bulunmasını da bu davaya sebep olarak ileri sürmüştür. Bu nedenle hasta haklarının ve kişilik haklarının ihlal edildiğini belirten başvuran, bundan kaynaklanan zararları ve doğan bebeğinin gelecekteki tedavi masrafları için tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi Doktor S.B.'yi gazetecilere bilgi vermesi nedeniyle tazminata mahkum etmiş ancak başvuranın diğer taleplerini reddetmiştir. Bunun üzerine başvuran davasını temyize götürmüştür. Temyiz mahkemesi ilk derece mahkemesinin gerekçesine

dayanarak temyiz talebini reddetmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bunun üzerine dava Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir.

Yüksek Mahkeme başvuranın taleplerini, genetik testlerin kendisine sağlanmamasından doğan talepler ve bu hata nedeniyle kendisine doğru bilgi verilememesinden dolayı aydınlatılmış onamının alınamamasından kaynaklanan talepler olmak üzere ikiye ayırarak incelemiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre ceninin Turner Sendromundan etkilenip etkilenmediğinin anlaşılması için genetik test yapılmasından başka bir yol bulunmamaktadır. Yasa gereği hastanın, ceninin durumu konusunda bilgi alma hakkı bulunmaktadır. Yine yasa gereği hekimlerin bu genetik testleri hasta talep etmese bile gerekli görmeleri halinde sağlamaları gerekmektedir. Ancak hekimler yasanın kendilerine yüklediği bu görevleri yerine getirememişlerdir. Yüksek Mahkeme'ye göre, yasa uyarınca, hastayı bu konuda bilgilendirme yükümlülüğü, gebeliğin sonlandırılması süre sınırı olan 22. haftaya kadar devam eder, zira bu tarihten sonra gebe kadının bu sebebe dayanarak gebeliğini sonlandırması mümkün değildir. Öte yandan süre üst sınırı öngören bu yasa 2004 yılında yürürlüğe girmiş olup bu davaya konu olayda uygulanması mümkün değildir. Cenindeki gelişim bozukluğundan ilk kez şüphelenilen 18. hafta ile süre üst sınırı olan 22. hafta arasında genetik testin uygulanması için yeterince vakit vardır. Öte yandan test nihayet yapıldıktan sonra bile başvuran sonuçlar için iki hafta bekletilmiştir. Öyleyse bu testlerin şüphe uyanır uyanmaz yapılması gerekirdi. Ancak başvuranın doktorlar S.B., G.S. ve K.R. tarafından oyalanması nedeniyle bu mümkün olmamıştır. Genetik test uygulamasında hata sonucu özürlü olarak doğan cenin konusunda ailelerin adil tazmin hakkı bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle Yüksek Mahkeme yargılamanın yenilenmesine karar vermiş ve dosya temyiz merciine geri gönderilmiştir.

Temyiz mercii tarafından yapılan yargılama sonucu Doktor S.B. aleyhine, başvuranı gerekli genetik testleri yaptırmak konusunda oyaladığı ve gazetecilere bilgi verdiği gerekçesiyle, tazminata hükmedilmiştir. Başvuran söz konusu tazminatın mağduriyetini gidermeye yetmediği, iç hukuk yollarının, ihlal sırasında, ihlali önlemekte yetersiz kaldığı, ihlal sonrasında ise mağduriyetini gidermediği gerekçesiyle, AİHM'ne

başvurarak Sözleşme'nin 3., 8., 8. maddesine bağlı olarak 13. ve 41. maddelerinin Polonya tarafından ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Başvuran, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaliyle ilgili olarak doktorların gerekli tıbbi testleri kendisine sağlamakta başarısız olarak devletin kendisine tanıdığı gebeliğin sonlandırılması hakkını yasal süre sınırı içinde kullanma şansını elinden aldıklarını iddia etmiştir. Doktorların kendisine gebelik testi talep etmesi nedeniyle ilgisiz ve aşağılayıcı bir tavırla muamele ettiklerini iddia eden başvuran, Devlet'in, ülkenin birçok bölgesinde gerekli genetik testleri sağlamakta yetersiz kalmasının küçük düşürücü olduğunu ve bunun sonucunun hayatını sürekli bir şekilde etkilediğini belirtmiştir. Gebeliğin sonlandırılmasında yasal süre sınırının söz konusu olduğunu bilen doktorların gebeliğin ilerleyen aşamalarında gebeliğin sonlandırılmasının başvuran için daha tehlikeli olduğunu bildikleri halde kendisini oyaladıklarını iddia etmiştir. Mahkeme yaptığı incelemede, bir kötü uygulamanın madde 3 kapsamında kabul edilebilmesi için minimum düzeyde dahi olsa şiddet içermesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bir davranışın “insanlık dışı” kabul edilebilmesi için kasten, bir sürece yayılmış şekilde meydana getirilmesi ve mevcut fiziksel zarara veya yoğun fiziksel ve ruhsal ıstıraba sebep olması gerekmektedir. Davranışın “küçültücü” sayılabilmesi için ise mağdurunda korku, ıstırap duyguları uyandırması ve mağduru aşağılayacak nitelikte olması gerekir. Böyle bir davranışta mağduru aşağılama amacı ön planda olsa da bu amacın söz konusu olmaması her durumda olayı madde 3 kapsamından çıkarmaz.

Mahkeme, somut olayla ilgili incelemesinde hekimlerin, devletin hasta hakları konusundaki yasaları çerçevesinde, hastaların durumu, kendilerine konulan teşhis, kendilerine önerilen ve mümkün olan tedavi, bu tedavinin uygulanmasının veya uygulanmamasının öngörülebilir etkileri, seyri ve sonuçları konusunda hastalarını bilgilendirmesi gerekmektedir. Bunun yanında somut olayın yaşandığı dönemde yürürlükte olan, devletin gebe kadına kendisinin ve ceninin sağlık durumu konusunda bilgiye ulaşmasını sağlamak konusundaki pozitif yükümlülüklerini özel olarak düzenleyen bir dizi hukuki düzenleme de vardır. Fakat başvuranın genetik teste erişim konusundaki talebinde, hasta hakları konusundaki yükümlülüklerin devlet ve sağlık personeli tarafından göz önüne alındığına ilişkin bir belirti bulunmamaktadır. Mahkeme,

başvuranın büyük bir savunmasızlık içerisinde olduğunun altını çizmektedir. Aynı duruma düşen her gebe kadın gibi ceninin gelişim bozukluğu olması ihtimalini öğrenen başvuran da bu teşhisin doğruluğu ve eğer doğruysa hastalığın türü ve etkileri ve bu konuda kendisine nasıl bir seçim hakkı tanındığı konusunda mümkün olduğunca fazla bilgi almak istemiştir. Başvuran, sağlık mesleği mensuplarının oyalamaları sonucu ceninin sağlığı ve kendisinin ve ailesinin geleceği konusunda haftalar süren acılı bir belirsizliğe katlanmak zorunda kalmıştır. Test sonuçları kendisine sunulduğunda ise gebeliğinin devamı konusunda seçim yapabileceği yasal süre sınırı artık aşılmıştır. Başvuranın doktorlardan böyle özensiz bir muamele görmesi Mahkeme'ye göre aşığılama kapsamına girdiğinden Polonya'nın Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Mahkeme, madde 8 çerçevesinde yaptığı incelemede öncelikle başvuranın iddialarının madde 8 kapsamında incelenebilir olduğuna karar vermiştir Mahkeme'ye göre; gebeliğine devam edip etmeme kararı özel hayat ve otonomi kapsamındadır. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması konusundaki hukuki düzenlemeler de, gebelik sırasında gebe kadının özel hayatı gelişmekte olan ceninle yakından ilgili olduğundan, özel hayatla doğrudan bağlantılıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin teorik ve hayali hakların değil pratikte uygulaması olan ve etkili olan hakların garanti altına alınmasını amaçladığını belirtmektedir. Madde 8 açık bir prosedür için gereklilikler belirtmemekteyken bu düzenleme ile garanti altına alınan haklardan etkili bir şekilde yararlanılabilmesi için bu konuda yapılan hukuki düzenlemelerin ilgili karar alma sürecinin adil olmasını sağlaması ve bununla koruma altına alınan menfaatlerin sağlanması için yeterli olması gerekir. Davanın özel durumu ve alınacak kararın doğası gereği kişinin karar alma sürecine dahil edilmesi ve bu kişinin menfaatlerinin gerekli şekilde korunması önem taşımaktadır. Bu davaya konu olayda öncelikli olan konu gebeliğin sonlandırılması hizmetine ulaşım değil gebeliğin yasal olarak sonlandırılması için gerekli şartların sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi için gerekli teşhise ulaşımıdır. Dolayısıyla Mahkeme öncelikle kişinin kendi sağlığı ile ilgili bilgiye ulaşımının mümkün olup olmadığını incelemiştir. Bu bilgiye ulaşım özel hayat kapsamındadır. Ceninin sağlık durumunun gebe kadının sağlığını etkileyen bir unsurdur. Ceninin durumuyla ilgili

bilgiye ulaşılması, kişinin bu bilgiyi temel alarak gelecekteki hayat kalitesiyle ilgili karar almasını sağlamakla, madde 8 kapsamında korunan otonomiye hayata geçirir. Anne ve ceninin sağlığı konusunda bilgiye ulaşılması, belli sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmesi halinde, otonominin hayata geçmesiyle doğrudan ilgilidir. Somut olaydaki uyuşmazlığın konusu başvuranın, ceninin sağlığı konusunda tam bilgi almasını sağlayacak tıbbi hizmete erişiminin sağlanmasıdır. Ceninin sağlığı konusunda tam ve güvenilir bilgiye ulaşılması sadece gebe kadının konforu için değil aynı zamanda gebeliğin yasal olarak sonlandırılması konusunda bir talebin ortaya çıkmasının ön şartı olması bakımından da önemlidir.

Mahkeme, önceki Tysiac v. Polonya kararına atıfta bulunarak, devletlerin hangi sebeplere dayanarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verecekleri konusunda geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını ancak bir kez hangi sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına izin vereceklerine karar verdiklerinde, bu sebeplere dayanılarak gebeliğin sonlandırılması için pratikte gidilecek yolların belirli ve açık olmasını sağlama pozitif yükümlülüğü altında olduklarını belirtmektedir. Dava konusu olay özelinde bakıldığında, devlet fetal anomali nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasına izin veriyorsa, gebe kadının ceninin sağlığı konusunda tam ve güvenilir bilgi almasını sağlayacak hukuki ve pratik yolları düzenlemekle yükümlüdür. Mevcut olayda ise ceninin sağlık durumuyla ilgili ilk şüphe ortaya çıktıktan sonra gerekli genetik testin yapılması ve sonuçlarının alınması altı hafta sürmüştür. Gebe kadının gebeliğini sonlandırmasına bağlı konularda zaman faktörü kritik bir öneme sahiptir. Öyleyse devletin belirlediği süreçler bu kararın zamanında alınmasını sağlayacak nitelikte olmalıdır. Dava konusu olayda ise başvuran, ceninin durumuyla ilgili kesin bilgiyi sağlayacak genetik testlerle konulan teşhise, ancak yasanın kendisine gebeliği sonlandırması için koyduğu süre üst sınırının dolmasından sonra ulaşabilmiştir.

Hükümetin, başvuranın talep ettiği genetik testlerin gebeliğin sonlandırılmasıyla yakından ilgili olduğunu belirten Mahkeme, genetik testlerin birçok sebeple yapılabileceğini bu nedenle gebe kadını gebeliğini sonlandırılmaya teşvik eden bir durum olarak tanımlanmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Mahkeme'ye göre genetik testler, ceninde bir gelişim bozukluğu olup olmadığına ilişkin şüpheyi ortadan kaldırılabılır, fetal

anomaliye sahip bir bebeğe hamile olan bir kadın pekala bu bebeği taşıyıp doğurmayı seçebilir, bazı durumlarda fetal anomalinin türünün tespiti ceninin anne karnında tedavi edilmesini sağlayabilir, sonucunda fetal anomali tespit edilmiş dahi olsa genetik test gebe kadına ve ailesine bu duruma kendilerini hazırlamaları için süre verebilir. Mahkeme, devletin yasal olarak belli anomalilerin tespiti halinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verdiğini belirtmektedir. Bu anomalilerin tespiti de ancak genetik testlerin yapılmasıyla mümkün olduğuna göre hükümetin iddiaları Mahkeme tarafından ikna edicilikten uzak bulunmuştur. Mahkeme, başvuranın yaşadığı olayda uygulanan haliyle Polonya'daki yasaların teşhis hizmetine ulaşım ve gebeliğini sonlandırıp sonlandıramayacağı konusunda bilgi alarak karar verme hakkı sağlamakta etkili bir mekanizma sunmakta yetersiz olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre hukuk davası yolu ve buna benzer geriye dönük yöntemler gebe kadının gebeliğini sonlandırabilmesi için öngörülen yasal nitelikleri karşılayıp karşılamadığı konusunda ihtilaf bulunan durumlarda gebe kadının şahsi hakları için uygun bir koruma sağlamamakta ve gebe kadının böyle durumlarda yaşadığı hassasiyeti anlamakta yetersiz kalmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, ne tıbbi danışma yönteminin ne de hukuk davası yolunun Polonya'da yasal olarak gebeliğin sonlandırılması için etkili olmadıklarını tespit etmiştir. Yasada öngörülen gebeliğin sonlandırılması sebeplerine dayanılarak gebeliği sonlandırmak için etkili ve ulaşılabilir yolların bulunmaması yasayla uygulama arasında şiddetli bir uyumsuzluk yaratmaktadır. Dolayısıyla Polonya'nın, başvuranın özel hayatına saygı hakkının gerektirdiği pozitif yükümlülüklerle uygun davrandığı söylenemez. Açıklanan nedenlerle Mahkeme Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvuran madde 13 ile ilgili olarak devletin, gebelik dönemindeki testlere zamanında ulaşım konusunda doktorlarla fikir ayrılığı yaşanması durumu için yasal bir mekanizma öngörmemesinden şikayetçi olmuştur. Mahkeme bu iddianın madde 8 ile ilgili olup madde 8 çerçevesinde yapılan inceleme sırasında ele alındığını belirterek ayrıca madde 13'e ilişkin bir inceleme yapmaya gerek olmadığına karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, tespit edilen ihlaller nedeniyle Sözleşme'nin 41. maddesi gereği Polonya aleyhine tazminata hükmetmiştir.

Görüldüğü gibi Mahkeme bu kararına konu olayı Sözleşme'nin 3. ve 8. maddeleri çerçevesinde ele almıştır. Bu davaya konu olayda fetal anomaliye dayanan bir gebeliğin sonlandırılması talebi söz konusudur. Hekimlerin teşhisi koymakta kasıtlı olarak gecikerek başvuranın gebeliğin sonlandırılması için öngörülen yasal süre üst sınırını aşmasına sebep olmaları uyuşmazlığın temel sebebidir. Mahkeme başvurana yaşatılan belirsizliğin ve bu süreçte sağlık mesleği mensuplarının kendisine yaptığı muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence yasağına aykırı olduğuna karar vermiştir. Fikrimizce de başvuranın kendisi ve ailesi için bu derece önemli olan bir konuda tıbbi bilgi alma hakkının sürüncemede bırakılması, başvurana hem ceninde fetal anomali olup olmadığına ilişkin belirsizlik nedeniyle hem de anomalinin varlığı halinde gebeliğin sonlandırılması hakkını kullanması için öngörülen yasal sürenin aşılma üzere olması nedeniyle yoğun stres yaşatılması, başvuranın içinde bulunduğu durumla ilgili olarak karşısında muhatap bulamaması ve bütün bunların sonucunda yasanın kendisine tanıdığı hakkı kullanmaktan mahrum bırakılarak hem kendisini hem de ailesini hayatları boyunca etkileyecek zor bir duruma düşmek zorunda bırakılması işkence yasağına aykırılık oluşturmaktadır. Mahkeme, yasayla belirlenen gebeliğin sonlandırılması sebebinin uygulanmasının pratikte mümkün kılınmamasını ise yine Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık olarak kabul etmiştir. Yasayla uygulama arasındaki uyumsuzluğa dikkat çeken Mahkeme, bu kararında da devletin yasal olarak öngördüğü bir hakkın kullanılmasını sağlayacak etkili yolları da düzenlemekle yükümlü olduğunu bir kez daha vurgulamıştır. Bu anlamda Mahkeme'nin bu kararının önceki kararlarıyla uyum içinde olduğunu söylemek mümkündür.

6. P. ve S. v. Polonya Kararı

P. ve S. v. Polonya Kararı'na⁴⁶² konu olayda başvuranlar 1993 doğumlu bir küçük (ilk başvuran) ve onun 1974 doğumlu annesidir (ikinci başvuran). İlk başvuran 8 Nisan 2008 tarihinde yaşıtı (15 yaş) bir çocuk tarafından tecavüze uğradığı iddiasıyla

⁴⁶² AİHM, **Case of P. and S. v. Poland**, Başvuru Numarası: [Karar Tarihi: 30 Ocak 2013, \[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\\["P. and S. Poland"\\],"documentcollectionid2":\\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\\],"itemid":\\["001-114098"\\]}, \\(15.02.2018\\).\]\(https://hudoc.echr.coe.int/eng#{\)](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Dublin'deki bir hastaneye başvurmuştur. Hastane'deki sağlık personeli yaşının küçük olması nedeniyle kendisine velisi olmadan tıbbi danışmanlık veremeyeceklerini bildirmiş ve durumu polise ve ilk başvuranın ailesine bildirmişlerdir. Tecavüz olayı yetkililere bildirildikten sonra ilk başvuran annesi ve bir kadın polis ile birlikte Üniversite Hastanesi'ne götürülmüş burada ikinci başvuranın verdiği onamla muayene edilmiştir. İlk başvuranın şok durumunda olduğu görülerek kendisine psikolojik yardım sağlanmıştır. Olaydan birkaç gün sonra ile hekimi tarafından yapılan muayene ile ilk başvuranın vücudundaki çürükler belgelenmiştir. Tecavüz gebelikle sonuçlanmıştır. Başvuranlar birlikte, ilk başvuranın yaşça küçük olması, gebeliğin tecavüz sonucu oluşması ve ilk başvuranın eğitimine devam edecek olması nedenleriyle, en iyi seçeneğin gebeliğin sonlandırılması olduğuna karar vermişlerdir. 19 Mayıs 2008 tarihinde ilk başvuran polise ifade vererek failin direncini kırmak için üzerinde güç kullandığını belirtmiştir. 20 Mayıs 2008 tarihinde bölge savcısı ilk başvuranın suç sonucu gebe kalması nedeniyle isterse gebeliğini sonlandırabileceğine ilişkin bir belge vermiştir.

İkinci başvuran, gebeliğin sonlandırılması için kızının sevkini sağlanması amacıyla Dublin'deki bir devlet hastanesine başvurmuştur. Burada doktor O. ile görüşmesi önerilen ikinci başvuran ayrıca özel olarak görüştüğü diğer doktorlardan bölge danışmanından da bir sevk belgesi alınması gerektiğini öğrenmiştir. Bir başka hastaneye (Jan Bozy Hastanesi) daha giden ikinci başvurana burada çalışmakta olan doktor W.S. tarafından bir Katolik rahibi ile görüşmesi önerilmiştir. İkinci başvuran bu öneriyi reddetmiştir. Bunun ardından devlet hastanesine tekrar giden ikinci başvurana Dr. O., bu kez de sevk belgesini vermeyeceğini söyleyerek kızını evlendirmesini önermiştir. Bunun üzerine ofisi terk eden ikinci başvuran, gerekli belgeyi temin edemeyeceği korkusuyla kısa bir süre sonra geri dönmüştür. Doktor O. ikinci başvurana Jan Bozy Hastanesi'ne gitmesini söylemiştir. 26 Mayıs 2008 tarihinde her iki başvuran Jan Bozy Hastanesi'ne giderek gebeliği sonlandırmakla ilgili niyetlerini açıkça dile getirmişlerdir. Dr. W.S.'nin tatilden dönmelerini beklemeleri gerektiğini öğrenmişlerdir. Doktor W.S.'nin tatilden döneceği iki gün sonrasına kadar ilk başvuranın hastanede yatmasını önererek burada gebelikle ilgili kan ve idrar testleri ile ultrason taramasını kendisine uygulamışlardır. Doktor W.S. tatilden dönünce başvuranlara konuyu düşünmek için süreye ihtiyacı

olduğunu ve birkaç gün sonra tekrar gelmelerini söylemiştir. Başvuranların bir dahaki gidişlerinde Doktor W.S. ikinci başvuranla ayrı bir görüşme yaparak ona “*gebeliğin sonlandırılması işleminin yapılmasını onaylıyorum ve bu işlemin kızımın ölümüne sebep olabileceğini anlıyorum*” yazan bir kağıdı imzalatmıştır. Aynı gün ilk başvuran hafta sonunun gelmesi nedeniyle hastaneden taburcu edilmiştir. Ertesi Pazartesi günü ilk başvuran, annesi işte olduğu için hastaneye tek başına gitmiştir. Doktor W.S. onu Katolik rahibi K.P. ile görüştürmüştür. İlk başvurana Katolik rahibiyle görüşmek isteyip istemediği sorulmamıştır. Yapılan görüşmeden rahibin durum hakkında önceden bilgilendirildiği anlaşılmıştır. Görüşme sırasında rahip ilk başvurunu gebeliğini sonlandırmaması konusunda ikna etmeye çalışmıştır. Rahip ilk başvuranın telefon numarasını almıştır. Doktor W.S. ilk başvurana gebeliğine devam etmek istediğine ilişkin bir kağıt imzalatmıştır. Başvuranlara göre ilk başvuran bu kağıdı doktora ve rahibe kabalık etmek istemediği için imzalamıştır.

İkinci başvuran hastaneye geldiğinde rahip onunla da görüşmüştür. İkinci başvuran rahibe gebeliğin sonlandırılmasının ailecek verdikleri bir karar olduğunu anlatmıştır. Doktor W.S. ikinci başvurana ilk başvuranın gebeliğine devam etmek isteğine ilişkin imzaladığı kağıdı göstererek onun kötü bir anne olduğunu söylemiştir. Doktor ile ikinci başvuran arasında bir tartışma yaşanmıştır. Tartışmaya şahit olan ilk başvuran ağlamaya başlamıştır. Doktor isterlerse hem ilk başvurunu hem de bebeğini evlat edineceğini söylemiştir. Sonuç olarak Doktor W.S. başvuranlara gebeliği sonlandırmayacağını, kimsenin de onu buna zorlayamayacağını, hiçbir doktorun da onlara gebeliği sonlandırmaları için izin vermeyeceğini söylemiştir. O hastanedeki hiçbir doktorun gebeliği sonlandırmayacağını düşünen başvuranlar hastaneyi terk ederek Varşova’daki Kadın ve Aile Planlaması Birliği’nden yardım istemişlerdir. Jan Bozy Hastanesi bir basın açıklaması yayınlayarak başvuranların yaşadıkları olayda gebeliği sonlandırma işlemini gerçekleştirmeyeceklerini açıklamıştır. Olay ulusal haberlere yansımış ve birçok makaleye ve internette yaşanan tartışmalara konu olmuştur.

Birliğin önerisiyle başvuranlar Varşova’daki bir hastaneye başvurmuşlardır. Buradaki doktor kendilerine gebeliğin sonlandırılması işlemi ve diğer seçenekler konusunda bilgilendirilmişlerdir. Gerekli belgeleri sunan başvuranlar gebeliğin

sonlandırılması için onam vermişlerdir. Ancak kısa bir süre sonra Jinekoloji bölümünden bir temsilci gelerek Dublin'deki hastaneden ilk başvuranın gebeliğini sonlandırmak istemediğine ilişkin kendilerine bilgi verildiğini belirtmiştir. Yasa gereği üç gün daha beklenmesi gerektiği söylenmiştir. Aynı gün Katolik rahip K.P.'den ilk başvuranın telefonuna ülkedeki herkesin onun için dua ettiğini belirten bir mesaj gelmiştir. İlk başvuran gün boyunca üçüncü kişilerden benzer mesajlar almıştır. Günün ilerleyen saatlerinde rahip bir kürtaj karşıtı aktivist olan H.W. ile birlikte Varşova'daki hastaneye gelerek ilk başvuranla annesinin yokluğunda görüştürülmüştür. Akşam kimliği belirlenemeyen bir başka kadın daha gelerek ilk başvurunu gebeliğini sonlandırmaması için ikna etmeye çalışmıştır. İlk başvuran bundan ve hastanenin odasına kimin girip çıktığı konusunda kontrol sahibi olmamasından rahatsızlık duymuştur. Aynı gün ilk başvuranın babası hastaneye gelmiş ve kendisinin de onamının alınması gerektiği söylenerek onun da onamı alınmıştır. Hastanenin konuyla ilgili baskı altında olduğu belirtilmiştir. Konuyla ilgili kafa karışıklığı yaşayan başvuranlar hastaneden ayrılmaya karar vermişlerdir. Hastaneden ayrılırken kürtaj karşıtı aktivistler H.W. ve M.N.-K. tarafından rahatsız edilmişlerdir. İkinci başvuran bir taksi durdurarak olay yerinden ayrılmasını sağlamaya çalışsa da aktivistler taksi şoförüne ilk başvuranın velayet hakkının ikinci başvurudan alındığını, ikinci başvuranın ilk başvurunu kaçırmaya çalıştığını söylemişlerdir. Şoför başvuranları arabaya almayı bu nedenle reddetmiştir. H.W. polisi aramış ve polis gelerek başvuranları polis merkezine götürmüştür.

Polis merkezinde başvuranlar yaklaşık altı saat boyunca sorgulandıktan sonra ikinci başvuranın velayet yetkilerinin kısıtlandığına ve ilk başvuranın derhal bir çocuk sığınma evine gönderilmesine ilişkin aile mahkemesi kararı gösterilmiştir. Karar gereği ilk başvuran bir sığınma evine yerleştirilerek kilit altında tutulmaya başlanmıştır. Bu arada aile mahkemesi, ikinci başvuranın ilk başvurana gebeliğini sonlandırması için baskı yaparak özgür iradesiyle karar almasına engel olduğu, aile ortamının ilk başvuran için zararlı olduğu ve menfaati için ailesinden ayrı tutulması gerektiği gerekçesiyle ikinci başvuranın velayet hakkının elinden alınmasına karar vermiştir. İkinci başvuran bu karara itiraz etmiştir. 13 Haziran 2008 tarihinde ilk başvuran bir savcı ve bir psikolog gözetiminde bir ceza yargıcı tarafından gebeliğini sonlandırması konusunda ilgili olarak

sorgulanmıştır. Üç saat süren sorgunun sonunda mahkeme ilk başvuranın çocuk sığınma evinden çıkarak annesine verilmesine izin vermiştir. İkinci başvuranın velayet yetkisinin elinden alınmasına gerek olmadığına karar verilmiştir. İkinci başvuran Sağlık Bakanlığı'nın Hasta Hakları Ofisi'ne kızının yasal kürtaj hakkının sağlanması için bir başvuruda bulunmuştur. Kendisiyle iletişime geçen bir görevli kızının rızasının üç kişinin şahitliğinde alınması gerektiğini belirtmiştir. İkinci başvuran kızının onamının bu şekilde alındığını bildirmesinden sonra ise bu üç kişinin kimlik numaraları istenmiştir. Bu bilgi de faksla kendilerine bildirildikten sonra 16 Haziran 2008 tarihinde ikinci başvuran telefonla aranmış ve evlerinden 500 km uzaktaki bir başka şehirde gebeliğin sonlandırılması işlemi için gerekli ayarlamaların yapıldığını anlatmıştır. Ertesi gün Bakanlık bir araba yollayarak başvuranları evlerinden aldırılmış ve gebeliğin sonlandırılacağı hastaneye götürmüştür. Burada gebelik sonlandırılmıştır. Başvuranlar yolculuğun gebelik yasal olarak sonlandırılacak olduğu halde gizlilik içinde gerçekleştirildiğini ve eve geri döndüklerinde yolculuklarının gerçekleşeceği haberinin yolculuğun yapıldığı gün sabah saat 9'da Katolik Bilgi Ajansı tarafından internette yayınlandığını belirtmişlerdir.

Gebeliğin sonlandırılması işlemi sonrasında ilk başvuran aleyhine reşit olmayanla cinsel ilişkide bulunduğu gerekçesiyle, kendisine tecavüz eden çocuk aleyhine tecavüz nedeniyle, ikinci başvuran, ilk başvuranın babası ve iki aile Planlaması Merkezi çalışanı aleyhine ilk başvuruları gebeliğini sonlandırmaya zorladıkları gerekçesiyle, Dublin ve Varşova'daki doktorlar, Katolik rahip ve ziyarete gelen isimleri belirsiz üçüncü kişiler aleyhine başvuranlara psikolojik baskı yaptıkları gerekçesiyle, aktivistler H.W. ve M.N.-K. aleyhine hastane çıkışında kendilerini rahatsız etmeleri nedeniyle, polisler aleyhine başvuranları gözaltında tutmaları sebebiyle, birçok başka kişi aleyhine ilk başvuranın kişisel bilgilerini korumamaları ve dışarıya vermeleri gerekçesiyle birçok dava açılmış, bu davaların her biri sonuçsuz kalmış ve itiraz edilen kararlarla ilgili temyiz başvuruları da reddedilmiştir. Bunun üzerine dosya AİHM'nin önüne gelmiştir.

Başvuranlar Sözleşme'nin 3, 5, 8 ve 13. maddelerinin Polonya tarafından ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme incelemeye madde 8'in ihlaline ilişkin iddialardan başlamıştır. Madde 8'in ihlaline ilişkin iddialar gebeliğin yasal olarak sonlandırılmasına

erişime ilişkin olanlar ve başvuranın kişisel bilgilerinin ifşa edilmesine ilişkin olanlar olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmiştir.

Gebeliğin yasal olarak sonlandırılmasına erişimin gereğince sağlanmaması nedeniyle madde 8'in ihlal edildiğine ilişkin iddiaları inceleyen Mahkeme, devletin, vatandaşlarının fiziksel ve psikolojik bütünlüklerini güven altına alma pozitif yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir. Bu yükümlülükler özel hayata saygı hakkını etkili ve ulaşılabilir yollarla korumak adına düzenlemeler dahil bazı önlemler alınmasını gerektirebilmektedir. Mahkeme'ye göre devletin yükümlülüğü hem kişilerin haklarını koruyacak hukuki düzenlemelerin yapılmasını hem de bu düzenlemelerin doğru şekilde yorumlanarak uygulanmasını kapsamaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin teorik ve hayali hakların değil pratikte uygulaması olan ve etkili olan hakların garanti altına alınmasını amaçladığını belirtmektedir. Polonya'nın taraf olduğu önceki kararlarda da aynı konunun irdelendiğini belirten Mahkeme, devletlerin hangi sebeplere dayanarak gebeliğin sonlandırılmasına izin verecekleri konusunda geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını ancak bir kez hangi sebeplerle gebeliğin sonlandırılmasına izin vereceklerine karar verdiklerinde, bu sebeplere dayanılarak gebeliğin sonlandırılması için pratikte gidilecek yolların belirli ve açık olmasını sağlama pozitif yükümlülüğü altında olduklarını bir kez daha vurgulamıştır.

Dava konusu olaya bakıldığında, ilk başvuranın savcıdan gebeliğini sonlandırabileceğine ilişkin belgeyi almasına rağmen Dublin'deki hastanelerde gebeliğin sonlandırılması hizmetine ulaşmak konusunda güçlük yaşandığı görülmüştür. Başvuranlar bu anlamda savcıdan fazladan bir belge almaları, gebeliğin kim tarafından sonlandırılması gerektiği, kararı kimin vermesi gerektiği, yasal olarak beklenmesi gereken bir süre olup olmadığı konusunda çelişkili bilgilerle karşılaşmışlardır. Dahası Dublin'deki Jan Bozy Hastanesi'ndeki hekim şahsi düşüncesinden hareketle hastanede başvuranların talep ettiği gebeliğin sonlandırılması işleminin yapılmasını reddetmiştir. Mahkeme ikinci başvurudan, ortada böyle bir tehlike bulunmamasına rağmen, gebeliğinin sonlandırılması işleminin kızının ölümüne sebep olabileceğini belirten bir onam imzalamasının istendiğinin altını çizmiştir. Başvuranların gebeliğin sonlandırılması işlemi için evlerinden 500 km uzaklıktaki başka bir şehre götürüldüğünü belirten

Mahkeme, yasal bir işlem için böyle bir tedbirin neden alınması gerektiğinin anlaşılabilir olmadığını vurgulamıştır. Sağlık mesleği mensuplarının hizmeti vermeyi reddederek vicdan hürriyetlerini kullandıkları durumlarda hastaların yasal olarak alabilecekleri bir hizmete ulaşım haklarına engel olunmamasını sağlayacak bir sağlık sistemi kurmak devletlerin yükümlülükleri arasındadır. Böyle bir durumda sağlık mesleği mensubunun hizmeti vermeyi yazılı olarak reddetmesi, bunun hastanın dosyasında yer almasının sağlanması ve hepsinden önemlisi hastanın aynı hizmeti sağlayacak bir başka sağlık mesleği mensubuna yönlendirilmesini zorunlu kılacak düzenlemeler yapılmalıdır. Öte yandan söz konusu olayda sağlık mesleği mensuplarının uyması gereken böyle bir düzenlemenin bulunmadığı görülmüştür.

Başvuranların yaşadıkları olaya dahil olan çalışanların savcı tarafından gerekli olduğu belirtildiği halde kendilerini gebeliği sonlandırma işlemi yapma yükümlülüğü altında hissetmedikleri görülmektedir. İlk başvuranın gebeliğin sonlandırılması hakkına erişimi oyalama ve kafa karışıklığı ile engellenmiştir. Başvuranlara yanlış ve çelişkili bilgiler verilmiştir. Başvuranlara kendi fikirlerini beyan edebilecekleri uygun ve objektif bir tıbbi danışma hizmeti sunulmamıştır. Mahkeme gebe bir küçük ile annesinin istenmeyen gebelik olayından eşit şekilde etkilemediğinin farkındadır. Bu nedenle velayet yetkisinin küçüğün üreme hakkıyla ilgili durumlarda doğrudan kullanılması beklenemez, zira küçüğün bu konuda küçüğün otonomisi göz önünde bulundurulmalıdır. Öte yandan aileyi bir arada tutan duygusal bağ nedeniyle annenin, kızının üreme hakkına yönelik kararları ve yaşadığı kafa karışıklığıyla yakından ilgilenmesi doğaldır. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılması konusundaki kararda hem küçüğün hem de velisinin dinlenebileceği ve fikirlerinin tarafsız bir şekilde göz önüne alınabileceği ve taraflar arasında fikir ayrılığı varsa küçüğün menfaatinin gözetileceği şekilde danışmanlık ve yeniden danışmanlık hizmetlerinin alınabileceği bir süreç oluşturulmalıdır. Polonya'daki hukuki düzenlemelerin ikinci başvuranın kızıyla yaşadığı fikir ayrılığı konusunda dinlenilmesini ve fikirlerine saygı gösterilmesini sağlamaya elverişli olmadığı görülmüştür.

Hükümetin hukuk davası yolunun bu anlamda etkili bir çözüm yarattığına ilişkin iddiasının aksine Mahkeme, somut olayda hukuk davası yoluyla elde edilen tazminatın,

başvuranların gebeliğin yasal olarak sonlandırılması hizmetine ulaşımını sağlayacak etkili ve erişilebilir bir yol oluşturmadığı görüşündedir. Açıklanan nedenlerle Mahkeme, yetkililerin, başvuranların özel hayatına saygı hakkının gerektirdiği pozitif yükümlülöklere aykırı davrandığına ve bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Başvuranların kişisel ve tıbbi bilgilerinin ifşa edilerek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin iddialar açısından Mahkeme, öncelikle kişisel ve tıbbi bilgilerin korunmasının kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkından faydalanması bakımından temel nitelikte olduğunu belirtmiştir. Tıbbi verilerin gizliliğinin sağlanması taraf devletlerin hukuki sistemleri için hayati önem taşır. Bu bilgilerin ifşa olması kişilerin özel ve aile hayatını, sosyal durumlarını ve işlerini, aşağılanma ve dışlanmaya sebep olarak dramatik bir şekilde etkileyebilir. Tıbbi verilerin gizliliğinin sağlanması sadece hastanın gizlilik hakkı bakımından değil kişinin sağlık hizmeti alması bakımından da önemlidir, çünkü bunun sağlanmaması durumunda hastalar hekime başvurmakta ve gerekli tedaviyi almakta tereddüt yaşayabilirler.

Mahkeme, somut olayda Dublin'deki Jan Bozy Hastanesi'nin ilk başvuranın gebeliği, içinde bulunduğu durum ve hastanenin ona gebeliğin sonlandırılması hizmetini sağlamayacağına ilişkin bilgileri bir basın açıklaması yaparak ortaya döktüğünde şüphe olmadığını belirtmektedir. Gazeteciler dava konusu olayın iç yüzünden haberdardır. Gazetecilerin basın açıklaması yoluyla bilgi almalarından sonra olayın ulusal basında yer aldığı konusunda da şüphe bulunmamaktadır. Her ne kadar Hükümet bu basın açıklamasında başvuranların isimlerinin ve kimliklerine ulaşılması için gerekli diğer bilgilerin açıklanmadığını belirtse de Mahkeme basın açıklamasından sonra birçok üçüncü kişinin çok sayıda mesaj göndererek ilk başvurana ulaştığını ve gebeliğini sonlandırma niyetinden kendisini vazgeçirmeye çalıştığını gözlemlemiştir. Varşova'daki hastaneden çalışan doktorlar hastanenin gelen mesajlar ve mailler yoluyla büyük baskı altında olduğunu başvuranlara belirtmişlerdir. 4 Haziran 2008 akşamı kimliği belirlenemeyen bir kadın ilk başvuranın odasına gelerek onu gebeliğine devam etmesi için ikna etmeye çalışmıştır. Ertesi gün başvuranlar hastaneyi terk ederlerken kürtaj karşıtı aktivistler tarafından sıkıştırılmışlardır. Bütün bu olaylar karşısında Mahkeme'nin

başvuranların kişisel bilgilerinin üçüncü kişilerin kendilerine ulaşabilecekleri biçimde açıklandığını kabul etmekten başka seçeneği bulunmamaktadır.

Devletlerin özel durumlarda özel hayata saygı hakkının ne derecede korunacağına ilişkin karar vermek konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip oldukları doğrudur. Öte yandan Polonya’da gebeliğin sonlandırılması konusunun hararetli tartışmalara konu olması devlete, tıbbi personelin tıbbi verilerin korunmasına yönelik yükümlülüklerini yerine getirmemesini affetmesini sağlayacak derecede bir takdir yetkisi vermez. Somut olayda ilk başvuranın tıbbi bilgilerinden haberdar olmanın halkın menfaatinin gereği olarak kabul edileceği özel bir durum bulunmamaktadır. Mahkeme, ilk başvuranın istenmeyen gebeliğinin ve gebeliğini sonlandırma kararının bilinmesinde halkın ne menfaati olduğunu görememektedir. Mahkeme, somut olayda ilk başvuranın özel hayatına saygı hakkının tıbbi bilgilerinin açıklanması yoluyla kısıtlanmasının Sözleşme’ye uygun bir hukuki amacın bulunmadığı sonucuna varmıştır. Açıklanan nedenlerle Mahkeme, Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Sözleşme’nin 5/1. maddesinin ihlaline ilişkin iddialara yönelik olarak Mahkeme, ilk başvuranın çocuk sığınma evinde tutulmasının Aile Mahkemesi’nin ilgili yasaya dayanarak verdiği bir karardan kaynaklanmakla hukuka uygun bir karar olduğunu belirtmiştir. Öte yandan ilk başvuranın ailesinden ayrı tutulmasındaki amacın, ailesinin baskısından kurtararak gebeliği konusunda serbest ve iyi aydınlatılmış bir karar vermesini sağlamak değil, ilk başvuranın gebeliğini sonlandırmasını engellemek olduğu görülmektedir. Mahkeme söz konusu cezanın gebeliğin sonlandırılmasını engelleme amacını taşıması halinde Sözleşme’nin 5/1 d maddesinde öngörülen eğitim amaçlı gözetim kapsamında değerlendirilemeyeceğini vurgulanmıştır. Dahası Mahkeme, 14 yaşında bir çocuğun kilit altında tutulmasının onun için en az rızası dışında gebeliğinin sonlandırılması kadar zorlayıcı olduğunu düşünmektedir. Mahkemelerin küçüğün içinde bulunduğu hassas durumu anlayamadığı sonucuna varan Mahkeme, ilk başvuranın çocuk sığınma evinde tutulmasının Sözleşme’nin 5/1. maddesine uygun olmadığına karar vermiştir.

Sözleşme’nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin iddialar konusuna Mahkeme, bir kötü uygulamanın madde 3 kapsamında kabul edilebilmesi için minimum düzeyde dahi olsa

şiddet içermesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme’ye göre bir davranışın “insanlık dışı” kabul edilebilmesi için kasten, bir sürece yayılmış şekilde meydana getirilmesi ve mevcut fiziksel zarara veya yoğun fiziksel ve ruhsal ıstıraba sebep olması gerekmektedir. Davranışın “küçültücü” sayılabilmesi için ise mağdurunda korku, ıstırap duyguları uyandırması ve mağduru aşağılayacak nitelikte olması gerekir. Böyle bir davranışta mağduru aşağılama amacı ön planda olsa da bu amacın söz konusu olmaması her durumda olayı madde 3 kapsamından çıkarmaz. Mahkeme’ye göre bu anlamda somut olaydaki en önemli nokta, ilk başvuranın olay anında 14 yaşında olmasıdır. Gebeliğin suç sonucu olduğu savcılık tarafından verilen belge ile sabittir. Olaydan kısa süre sonra alınan doktor raporu ile tecavüz sırasında şiddete uğrayarak direncinin kırıldığı belgelenmiştir. Tüm bu deliller ışığında Mahkeme’nin ilk başvuranın çok hassas bir durum içerisinde bulunduğunu kabul etmekten başka seçeneği bulunmamaktadır. Buna rağmen ilk başvuran, Dublin’deki Jan Bozy hastanesinde görüştüğü doktor tarafından, doktorun şahsi görüşleri kendisine empoze edilmeye çalışılarak baskı altına alınmıştır. Dahası ilk başvuran istemediği halde bir rahiple görüşmek zorunda bırakılmıştır. Doktor anneye, ortada böyle bir durum olmadığı halde gebeliğin sonlandırılması sonucunda kızının ölebileceğine ilişkin bir belge imzalatmıştır. İlk başvuran annesi ile doktor arasındaki tartışmaya şahit olmuştur ve bu tartışma sırasında annesi doktor tarafından kötü bir anne olmakla suçlanmıştır. Varşova’daki hastane birçok kişinin üstünde baskı kurmak amacıyla ilk başvuranla iletişime geçmesine engel olamamıştır. Yetkililerin durumunun hassasiyetini anlayarak ilk başvuruları korumaları gerektiği halde üzerinde daha çok baskı kurulmasına meydan verdikleri görülmüştür. Hastane çıkışında kürtaj karşıtı aktivistlere karşı polisten koruma talep eden ilk başvuranın talebi reddedildiği gibi bunun sonucunda bir de çocuk sığınma evine kapatılmıştır. İlk başvuranın, sonradan bu davaya devam edilmemesine rağmen, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu nedeniyle yargılanması Mahkeme’yi dehşete düşürmüştür. Mahkeme devletin, cinsel istismarın her türlüünü cezalandırmak konusunda etkili bir ceza yargısı sistemi kurma objektif yükümlülüğünün gerekliliklerine uzak düştüğünü belirtmiştir. Sonuç olarak ilk başvuranın içinde bulunduğu hassas durumun, yaşının ve duygu ve düşüncelerinin göz önüne alınmadığı anlaşılmıştır. Mahkeme açıklanan nedenlerle yetkililerin davranışlarının madde 3

kapsamında değerlendirilmesi için gerekli minimum şiddeti içerdiğine ve bu nedenle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca yargılama sonucunda Sözleşme'nin 41. maddesi gereği başvuranlar lehine tazminata hükmedilmiştir.

Görüldüğü gibi bu davanın gebeliğin sonlandırılmasını konu alan diğer davalardan farkı gebeliğin suç sonucu oluşması ve gebenin yaş küçüklüğüdür. Gebeliğin suç sonucu oluşmasının Polonya'da bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul edilmesine rağmen mağdur küçüğün gebeliğinin sonlandırılmasında güçlük yaşaması davanın konusunu oluşturmaktadır. Yetkililerin başvuranlar üstünde şahsi fikirlerinden yola çıkarak baskı oluşturmaları ve üçüncü kişilerin baskısından başvuranları koruyamaması dava konusunda önem taşımaktadır. Bir diğer önemli nokta ise hukuk sisteminin yaş küçüklüğü durumunda küçük ile velisinin fikir ayrılığı yaşaması halinde her ikisinin görüşlerinin de objektif şekilde dinlenilerek değerlendirilmesini ve bu değerlendirme sonucunda küçüğün menfaatine en uygun düşecek şekilde karar verilmesini sağlamakta yetersiz kalmasıdır. Tüm bu sebeplerle AİHM'nin somut olayda Sözleşme'nin 3, 5 ve 8. maddelerinin ihlal edildiğine ilişkin kararını yerinde buluyoruz.

7. Parillo v. İtalya Kararı

Parillo v. İtalya Kararı'nda⁴⁶³ başvuran 1954 doğumlu İtalya vatandaşıdır. Başvuran ile partnerine 2002 yılında in vitro fertilizasyon uygulaması yapılarak oluşturulan embriyolar dondurulmuştur. Söz konusu embriyolar başvurana transfer edilemeden başvuranın partneri ölmüştür. Başvuran embriyoları transfer etmemeye karar vererek embriyolarını bilimsel araştırmalar için bağışlamaya karar vermiştir. Embriyolarının embriyonik kök hücre çalışmaları için bağışlanmasını talep eden başvuranın bu talebi, embriyoların saklandığı merkezin müdürü tarafından, embriyolar üzerinde bu tip bir bilimsel araştırma yapılmasının İtalya'da yasak olması ve 19 Şubat 2004 tarihli ve 40 Sayılı Kanun'un 13. maddesi gereği suç oluşturmaları nedeniyle,

⁴⁶³ AİHM, **Case of Parillo v. Italy**, Başvuru Numarası: 46470/11, Karar Tarihi: 27 Ağustos 2015, [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["ENG"\],"appno":\["46470/11"\],"documentcollectionid 2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-157263"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{), (15.02.2018).

reddedilmiştir. Başvuran, embriyolarını bilimsel araştırmalar için bağışlayamamasının Sözleşme'nin 8. maddesi ile 1 numaralı Ek Protokol'ün 1. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle AİHM'ne başvurmuştur.

Mahkeme başvuruyu öncelikle Sözleşme'nin 8. maddesi yönünden incelemiştir. Mahkeme, in vitro fertilizasyon yoluyla elde edilen embriyolarının bilimsel araştırma için bağışlanması konusunu Sözleşme'nin 8. maddesiyle garanti altına alınan “özel hayata saygı hakkı” çerçevesinde ilk kez incelediğini belirtmiştir. Hükümet, bu konunun ancak başvuranın bu embriyolarla bir aile kurma niyetinde olması halinde madde 8 kapsamına girebileceğini belirtmiştir. Başvuran ise bu embriyoların kendisine transferi yoluyla bir aile kurma niyetinin olmadığını açıkça belirtmiştir. Mahkeme'ye göre başvuranın embriyolarının kaderine karar verme hakkı özel hayat kapsamına fazlasıyla girmektedir. Özel hayat konsepti ebeveyn olmaya karar vermek kadar ebeveyn olmamaya karar vermeyi de ilgilendirmektedir. Mahkeme, üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle elde edilen embriyoların kaderiyle ilgili konuları tarafların seçim hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme, üzerinde in vitro fertilizasyon yöntemi uygulanan kişi ile bu yolla elde edilen embriyolar arasında bir bağlantı bulunduğunu ve bu bağlantının, elde edilen embriyoların elde edildikleri kişinin genetik yapısını ve biyolojik kimliğini içermeleri olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre açıklanan bu nedenlerle başvuru, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında incelenmeye uygundur.

Mahkeme kısıtlamanın Sözleşme'nin 8/2. maddesine uygun olup olmadığını araştırmıştır. Mahkeme, kısıtlamanın kanuna uygun olup olmadığına ilişkin olarak yaptığı inceleme sonunda, in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulan embriyoların bilimsel araştırmalarda kullanılmak üzere bağışlanmasını yasaklayan 2004 tarihli 40 Sayılı Kanun'un 13. maddesinin yürürlüğe girdiği ana kadar bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmadığından başvuranın embriyolarının kaderine karar verme hakkının bu tarihe kadar kısıtlanmadığını dile getirmiştir. Kısıtlamanın amacının hukuka uygunluğu konusunda Hükümet, bu kanunla embriyonun yaşama potansiyelinin korunmasının amaçlandığını öne sürmüştür. Mahkeme'ye göre İtalyan hukuk sisteminde insan embriyosunun insan onuruna tabi bir hukuk öznesi olarak görüldüğünü tespit etmiştir. Mahkeme bu anlamda Hükümet'in embriyonun yaşama potansiyelini koruma amacının

başkalarının ahlaki değerlerini, haklarını ve özgürlüklerini koruma amacı ile bağlantılı olabileceğini düşünmüştür. Öte yandan bu düşünce Mahkeme'nin "diğerleri" kelimesinin anlamını genişleterek insan embriyosunu bu kapsamda değerlendirdiği anlamına gelmemektedir. Demokratik bir toplumun gerekliliklerine uygunluk ölçütü konusunda ise Mahkeme, bu davanın önceki davaların aksine ileride anne-baba olmayı değil embriyoların bilimsel araştırmalar için bağışlanmasını konu edindiğini açıklamıştır. Bu durumun başvuranın varlığı ve kimliği hakkında olmamakla madde 8'in korumasına tabi temel haklardan olmadığı belirtilmiştir. Bu nedenle davalı devletin kısıtlama konusunda geniş bir takdir yetkisi bulunduğu vurgulanmıştır. Mahkeme'ye göre tedaviden arta kalan embriyoların bilimsel araştırmalarda kullanılmak amacıyla bağışlanması ahlaki ve etik tartışmalara konu olan bir durumdur ve başvuranın iddialarının aksine bu konuda taraf devletler arasında bir fikir birliği bulunmamaktadır. İtalya insan embriyolarının bilimsel araştırmalarda kullanılmak üzere bağışlanmasını yasaklayan tek üye devlet değildir. Bununla birlikte devletin takdir yetkisinin sınırsız olduğu da söylenemez. Devletin sorunlara çözüm olarak getirdiği kısıtlamaların devletin menfaatleri ile kişilerin menfaatleri arasında denge kurup kuramadığı konusunu araştırmak ise Mahkeme'nin görev alanına girmektedir. 2004 tarihli ve 40 Sayılı Kanun'un yasalaştırılması sürecindeki tartışmalar esnasında anneye transfer edilmeyecek olan embriyoların bilimsel araştırmalarda kullanılması konusu da tartışılmıştır. Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra yapılan referandumlarda da konu tartışıldığı halde her seferinde bu yasakla ilgili bir değişiklik yapılmaması kararı alınmıştır.

Mahkeme bu anlamda ilgili kanunun yapımında farklı menfaatlerin zaten göz önünde bulundurulduğunu tespit etmiştir. Özellikle devletin embriyoları korumadaki menfaati ile kişilerin embriyolarının bilimsel araştırmalar için bağışlanması anlamındaki karar verme haklarına yönelik menfaatlerinin karşılaştırıldığı gözlemlenmiştir. Başvuranın da belirttiği gibi özellikle yurt dışından getirilen bozulmuş embriyolar üzerinde araştırma yapılabilmesine yönelik düzenleme ile embriyoların bilimsel araştırmalar için bağışlanmasını yasaklayan düzenleme arasında çelişki bulunsa da bu durum Mahkemece, başvurayı doğrudan etkileyen bir durum olarak görülmemiştir. Dahası başvuranın vefat eden partnerinin embriyolarının bilimsel araştırma amacıyla

bağışlanması için rıza gösterdiğine ilişkin herhangi bir veriye de rastlanmamıştır. Açıklanan nedenlerle Mahkeme, devletin bu dava konusu olayda sahip olduğu geniş takdir yetkisini kullanım şeklinin demokratik bir toplumun gereklilikleri sınırını aşmadığına ve dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Sözleşme'ye Ek 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlali iddiasına yönelik olarak başvuran, embriyolarını bağışlayamamasından ve onları ölümlerine kadar dondurulmuş vaziyette saklamak mecburiyetinde olmaktan şikayetçi olmuştur. Hükümet embriyonun bir “şey” olarak görülemeyeceği ve ekonomik değere sahip bir mal olarak değerlendirilemeyeceği yönünde savunma yapmıştır. Hükümet'e göre İtalyan Hukuk Sistemi'nde insan embriyosu, insan onuruna tabi bir hukuk öznesidir. Başvuran ise in vitro fertilizasyon yöntemiyle elde edilen embriyoların “kişi” olarak değerlendirilemeyeceğini çünkü anneye transfer edilmedikleri takdirde gelişemeyeceklerini ve doğamayacaklarını savunmuştur. Başvurana göre embriyolar hukuki açıdan maldır ve başvuranın embriyolarına sahip olma hakkı bulunmaktadır. Devlet ise bu hakkını, hiçbir kamusal menfaat söz konusu olmadığı halde kısıtlamaktadır. Başvuran, embriyolar kendisine transfer edilmedikleri takdirde imha edileceklerinden bunların yaşam potansiyellerinin korunmaya çalışıldığından da söz edilemeyeceğini belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre dava konusu olayla ilgili temel sorun 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesinin dava konusu olaya uygulanıp uygulanamayacağıdır. Mahkeme tarafların bu konuda, özellikle in vitro embriyonun statüsü anlamında, birbirine zıt görüşlere sahip olduklarını belirtmiştir. Bununla birlikte Sözleşme'nin 2. maddesi dava konusu edilmediğinden Mahkeme bu davada insan hayatının ne zaman başladığına ilişkin hassas ve tartışmalı soruyu incelemeyi gerekli görmemiştir. Mahkeme'ye göre 1 No'lu Ek Protokol'ün 1. maddesi bu davada uygulanamaz. Bu maddenin ekonomik ve maddi yönü göz önüne alındığında insan embriyosu bu madde anlamında “mala” indirgenemez. Açıklanan sebeple Mahkeme, söz konusu madde bu davada uygulanamaz nitelikte olduğundan başvurunun bu madde yönünden reddine karar verilmiştir.

Görüldüğü gibi dava konusu olay başvuranın in vitro fertilizasyon yoluyla elde edilen embriyolarının bilimsel araştırmalarda kullanılmak amacıyla bağışlanmasının

İtalya’da yasak olmasıdır. Başvuran bu durumun mülkiyet hakkının kısıtlanması olduğunu ve bu kısıtlamanın Sözleşme’nin 1 No’lu Ek Protokolü’nün 1. maddesine aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise insan embriyosunun mülkiyete tabi bir mal olarak görülemeyeceği gerekçesiyle başvuruyu bu madde yönünden reddetmiş ve davayı Sözleşme’nin 8. maddesi yönünden incelemiştir. Başvuranın in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulan embriyolarının kaderine karar vermesi “özel hayat” kapsamında değerlendirilebilir bulunmuştur. Mahkeme devletin özel hayata saygı hakkına ilişkin bir kısıtlama yaptığını göz önünde bulundurularak bu kısıtlamanın Sözleşme’nin 8/2. Maddesine uygun olup olmadığını incelemiştir. Yapılan incelemede, getirilen kısıtlamanın kanun yoluyla yapıldığı, bu kanunun yapımında menfaat dengesinin sağlanmaya çalışıldığı ve devletin takdir yetkisinin sınırları içinde bir karar vererek embriyonun yaşama potansiyelini korumayı tercih ettiğini tespit etmiş ve kısıtlamanın Sözleşme’nin 8. maddesini ihlal eder nitelikte olmadığına karar vermiştir. Fikrimizce başvuranın yasalardaki çelişkiye işaret etmesi önemlidir. İç hukuktaki in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulup anneye transfer edilmeyecek embriyonun imhasını öngören ancak bu embriyonun yaşam potansiyelinin korunması amacıyla bilimsel araştırmalarda kullanılmasını yasaklayan düzenleme gerçekten çelişkilidir. Böyle bir düzenlemenin varlığı korunmaya çalışılanın söz konusu embriyonun yaşama potansiyeli değil insan embriyosunun statüsü olduğunu göstermektedir. Davada insan embriyosunun statüsünün tartışılması fırsatı ise Sözleşme’nin 2. maddesinin davaya konu edilmemesi gerekçesi öne sürülerek bilinçli olarak kullanılmamıştır. Öte yandan hukuki bir gerekçe sunulmadan da olsa insan embriyosunun eşya statüsünde olduğunun kabul edilemeyeceğinin tespiti fikrimizce önem taşımaktadır. Öyleyse Mahkeme, insan embriyosunun eşya statüsünde olmadığını, insan onuruna tabi bir korumadan yararlandığını kabul etmekte ancak bu korumanın derecesini üye devletlerin takdirine bırakmaktadır.

III. DEĞERLENDİRME

Ceninin statüsüyle ilgili görüşlerimizi yukarıda ceninin ahlaki statüsü altında açıkladığımız üç görüşü ayrı ayrı değerlendirerek aktarmanın uygun olacağı düşüncesindeyiz. İlk olarak ceninin bir ahlaki statüye sahip olmadığı görüşü konusundaki

açıklamalara dönmek uygun olacaktır. Biz, vücut dışındaki üreme hücrelerinin (ve dolayısıyla bunlardan daha yüksek statüde bulunan ceninin) eşya statüsünde olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız. Zira alınıp satılması yasaklanmış olan ve üremeye ve genetik aktarıma ilişkin özellikleri itibarıyla kişilik hakları ile bu derece sıkı bir bağlantı içerisinde olan üreme hücreleri ile üreme hücrelerinin bu özelliklerine ek olarak insan olma potansiyeline de sahip olan ceninin eşya statüsünde değerlendirilmesi insanın nesneleştirilmesine sebep olmakla insan onuruna aykırı düşecektir. Bunlara sağlanacak hukuki koruma konusunda ise kişilik değerlerine ilişkin hukuki korumanın yanında mülkiyet hakkına benzer bir korumanın da sağlanabileceğine ilişkin *Özbilen* ve *Oğuzman* görüşünün sakıncalı olmadığı kanaatindeyiz. Vücut dışındaki üreme hücreleri ile cenine verilecek fazladan, aynı haklara tanınan hukuki korumaya benzer, bir hukuki koruma, bunları eşya statüsüne sokmayacaktır. Sağlanan hukuki korumanın arttırılmasının, bunların, statüsü yüksek, mümkün olan en yüksek korumayı hak eden varlıklar olduğu yönünde değerlendirilmesini kolaylaştırabilecektir. Böyle bir hukuki korumanın, somut olayın gerektirmesi halinde ve bunları nesneleştirmeyecek şekilde kullanılmasının uygun olabileceği görüşündeyiz.

Cenin kademeli bağımsız bir statüye sahip olduğu görüşünden bahsetmek gerekirse, bu görüşle ilgili dikkat çeken bir diğer nokta, yazarların, cenin kademeli bağımsız bir statüye sahip olduğu görüşünü açıklarken bu statünün kademeli olarak yükselmesine odaklanmaları ancak ceninin bağımsızlığını açıklamamalarıdır. Şüphesiz ki burada bağımsızlık ile anlatılmak istenen ceninin annenin bir parçası olmayan, anneden ayrı bir varlık olduğudur. Fikrimizce böyle bir bağımsızlığın kabulü, bu bağımsız varlığın bir kişi, bir birey olduğunun, yaşam hakkına sahip olduğunun⁴⁶⁴ ve dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasının kasten veya taksirle öldürmeye eşit sayılmasının da kabulünü gerektirir. Öte yandan yazarlar, gelişimi sırasında çeşitli kademelerden geçen ceninin, içinde bulunduğu hiçbir kademede anneden tam olarak bağımsız olduğundan bahsetmemişlerdir. Gebeliğin her aşamasında çeşitli gebeliğin sonlandırılması sebeplerine dayanarak gebeliği sonlandırmak mümkündür. Yazarların verdikleri örneğe

⁴⁶⁴ Michael Tooley, "Abortion and Infanticide", *Philosophy and Public Affairs*, 2(1): 37-65, Sonbahar 1972, s. 40.

de bakılacak olursa, gebeliğin ilerleyen aşamalarında ceninin yükselen statüsü gereği yalnızca annenin hayatının tehlikede olması durumunda gebeliğin sonlandırılmasına izin verilebilir.⁴⁶⁵ Görüldüğü gibi ceninin statüsünün en yüksek olduğu kademede bile ceninin hayatı anneninkinden bağımsız olarak düşünülememekte, gebeliğin sonlandırılması tamamen yasaklanamamaktadır. Öyleyse bu görüşü “kademeli bağımsız” olarak değil “kademeli bağımlı” olarak adlandırmak belki de daha doğrudur. Zira cenin, gebelik ilerledikçe içinde bulunacağı yeni kademeler gereği statüsünü yükseltecek ve git gide gebeliğin sonlandırılmasının zorlaşmasıyla anneden daha bağımsız olacaktır, ancak gebeliğin hiçbir anında, ta ki tam ve sağ doğuma kadar anneden tamamen bağımsız olduğu söylenemeyecektir.

Son olarak, ceninin oluşum anından (döllenme) itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğu görüşüne, ve dolayısıyla, ceninin kişi olup olmadığı sorusuna değinmek gerekmektedir. Birleşik Krallık’ta Warnock Raporu da denilen 1984 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Hakkında Komite Tahkikat Raporu’nda kişiliğin kazanılma anının, verilen tüm cevaplar doğrultusunda hala belirsizliğini koruması nedeniyle, bu soruya doğrudan cevap vermek yerine insan embriyosuna nasıl davranılması gerektiği sorusuna yanıt vermenin daha işlevsel olduğu, insan embriyosunun ne insan ne de kişi sayılamasa da hukuken korunan bir varlık olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır.⁴⁶⁶

Warnock Raporu’nda belirtilen bu isabetli görüş, önemli olanın ceninin kişi olup olmadığının belirlenmesi değil cenine nasıl davranılması gerektiğini belirlemek olduğunu vurgulamaktadır. Fikrimizce aynı görüş, cenine nasıl davranıldığından yola çıkılarak öyle olduğunu iddia edenler tarafından ceninin gerçekten kişi olarak kabul edilip edilmediğinin kavranmasında da yol gösterici olabilir. Biz çalışmamızın bu bölümünde, uygulamada cenine nasıl davranılacağını belirleyen kuralları, bazı devletlere ait mevzuatları ve AİHM kararlarını inceleyerek belirlemeye çalıştık. Bize göre, bir devletin cenini bir kişi olarak kabul edip koruduğunun söylenebilmesi için gebeliğin sonlandırılmasının taksirle veya kasten öldürme suçuna eş değer biçimde

⁴⁶⁵ Fleischman ve Chervenak ve McCullough, s. 186.

⁴⁶⁶ Ford, s. 4-5.

cezalandırılması ve gebeliğin sonlandırılmasının her durumda yasak olması gerekir. Bu fikir ışığında devletlerin hukuki düzenlemelerine bakıldığında, embriyonik kök hücre çalışmaları ve gebeliğin sonlandırılması konularındaki mevzuatların her ikisi de cenini konu almalarına rağmen her durumda birbiriyle paralellik göstermedikleri anlaşılmaktadır. Örneğin gebeliğin sonlandırılması konusunda, sıkı prosedürlere bağlamasına rağmen özgürlükçü bir bakış açısına sahip olan Almanya, embriyonik kök hücre çalışmaları söz konusu olduğunda embriyoyu kişi olarak koruyan bir tutum sergilemektedir. Yine gebeliğin sonlandırılması konusundaki mevzuatında eleştiriye değer noktalara sahip olsa da özgürlükçü bir düzenlemeye sahip olan Türkiye, embriyonik kök hücre çalışmaları konusunda, embriyoyu Almanya’da olduğu gibi kişi olarak korumamasına rağmen, yeterli açıklıkta hukuki düzenlemelere sahip olunmaması nedeniyle, embriyonik kök hücre çalışmalarının yapılamadığı bir diğer ülke olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem fazlalık embriyolardan embriyonik kök hücre elde edilmesine hem de kök hücre elde etmek amacıyla embriyo oluşturulmasına izin veren İngiltere ise, Türkiye’nin aksine, salt kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebi nedeniyle gebeliğin sonlandırılmasına yönelik bir düzenleme yapmamıştır. Görüldüğü gibi her iki konudaki düzenlemelerin süjesi de embriyo olmasına rağmen devletler embriyoya her iki durumda birbirine denk bir koruma sağlamak yoluna gitmeyebilmektedir. Embriyonik kök hücre çalışmalarında embriyonun menfaati ile embriyonik kök hücre tedavisi ile iyileşebilecek hastaların menfaati, gebeliğin sonlandırılmasında ise ceninin menfaati ile annenin menfaati çatışmaktadır. Her iki durumda menfaat çatışmasının bir tarafı embriyo/cenin olsa da embriyoya/cenine sağlanan hukuki korumanın birbirine denk olmaması, korunan menfaatin cenin, ceninin yaşam hakkı veya ceninin onuru olmadığını göstermektedir.

Devletlerin tarihsel gelişimleri içerisinde gebeliğin sonlandırılması sebepleri konusunda belli bir standarda ulaştıkları görülmektedir. Örneğin gebe kadının hayatının, fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlikede olması tüm devletler tarafından kabul edilen bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul görmüştür. Gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelmesini gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak öngörmeyen devletlerin sosyo-ekonomik endikasyonları gebeliğin sonlandırılması sebebi

olarak düzenleyerek durumu dengeleyebildikleri anlaşılmıştır. Gebeliğin sonlandırılması sebeplerinde bu standartların oluşması uzun zaman almıştır. Embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki tartışmalar ise gebeliğin sonlandırılması konusundaki tartışmalara göre çok yenidir. Fikrimizce devletlerin gebeliğin sonlandırılması konusunda muhafazakar görüşlerini zamanla bırakarak daha özgürlükçü görüşleri benimsemeleri gibi embriyonik kök hücre çalışmaları konusunda da zaman içinde belli bir standart oluşturulacak, en azından devletler kendi içlerinde tutarlı düzenlemeler yapma yoluna gideceklerdir.

Mevcut haliyle çalışmamızda incelenen farklı devletlerin hukuki düzenlemelerine bakıldığında çoğunluğun insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfedilmemekle birlikte kişi olarak korumayan görüş içinde oldukları söylenebilecektir. Embriyonik kök hücre çalışmaları hakkındaki mevzuatlarına bakıldığında bazı devletlerin embriyoyu kişi gibi koruma yoluna gittikleri izlenimi uyansa da aynı devletlerin belli gebeliğin sonlandırılması sebeplerini yasal kabul etmeleri embriyoyu/cenini kişi olarak tanımadıklarını ortaya koymaktadır. Ceninin bir kişi olarak tanınıp korunduğunun söylenebilmesi için ceninin yaşamının gebe kadının menfaatleri karşısında kısıtlanamaması ve cenine zarar verilmesi halinde öngörülen müeyyidelerin bir kişiye zarar verilmesi halinde öngörülen müeyyidelere denk olması gerekir. Oysa *Güngör*'e göre, hukuken kişiliği tartışmasız bir şekilde korunan kadının insan haklarının korunması adına, ceninin menfaatlerinin kadının menfaatleri karşısında belli sınırlamalara tabi tutulduğu görülmektedir.⁴⁶⁷ Öyleyse pozitif hukukta cenine insan olma potansiyeli nedeniyle gösterilen saygı ve sağlanan hukuki korumanın üst sınırının gebe kadının yaşamının tehlikede olması durumu olduğu anlaşılmaktadır.⁴⁶⁸ Dolayısıyla devletlerin görüşleri çoğunlukla cenini, onu kişi olarak tanımadan ve ona kişiye sağlanan korumaya denk bir koruma sağlamadan koruma yoluna gitmek yönündedir. Bu da ceninin insan olma potansiyelinden kaynaklanmaktadır.

Fikrimizce ceninini oluşum anından itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğu görüşüne sahip olduklarını iddia eden devletlerin dahi tam anlamıyla cenini

⁴⁶⁷ Güngör, s. 192.

⁴⁶⁸ Güngör, s. 191.

fertilizasyondan itibaren birey olarak kabul ettiklerini söylemek güçtür. Örneğin İrlanda ele alındığında Anayasa'daki hükme rağmen gebeliğin belli bir aşamaya kadar çok kısıtlı sebeplerle de olsa sonlandırılabilirdiği görülmektedir.⁴⁶⁹ Yine Almanya'da çok çeşitli gebeliğin sonlandırılması sebeplerinin kanunen uygulanabilir kılındığı anlaşılmakta, dahası gebeliğin sonlandırılması kasten veya taksirle öldürme suçu olarak değil gebeliğin sonlandırılması suçu olarak düzenlenmektedir. Almanya'da kasten öldürme suçunun basit halinin cezası olarak alt sınırı beş yıl olmak üzere hapis cezası belirlenmişken gebeliğin sonlandırılması suçunun basit hali en fazla üç yıl hapis cezası olarak belirlenmiştir. Hal böyleyken Anayasa'nın düzenlemesi veya Anayasa Mahkemesi'nin kararı ceninin bir birey olarak sayılmasından yana da olsa bunun pratikte bir önemi olduğunun söylenmesi mümkün değildir. Ceninin insandan düşük statüde bir varlık olarak görüldüğü, yasal düzenlemeler göz önüne alındığında, açıkça görülmektedir.

AIHM kararlarına bakıldığında da ceninin kişi olarak korunduğu veya mutlaka kişi olarak korunması gerektiğine yönelik bir eğilim görülmemektedir. Mahkeme, kararlarında sıklıkla, ceninin madde 2'ye tabi bir kişi olup olmadığı sorusuna cevap vermenin mümkün olmadığını, Mahkeme'nin bu soruya cevap vermek gibi bir arzusu da bulunmadığını, dolayısıyla bir devletin cenini yaşam hakkına sahip ve bu hakkı korunması gerekli bir kişi olarak kabul etmesi ne kadar yasalsa kabul etmemesinin de o kadar yasal olduğunu belirtmektedir.⁴⁷⁰ Mahkeme'ye göre, üye devletlerin yasalarında ve sosyal düzen kurallarında hayatın ne zaman başladığı sorusuna cevap verecek tek tip bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Kural olarak, devlet yetkililerinin “kendi ülkelerinin yaşamsal güçleriyle (vital forces)” doğrudan ve devamlı temasları” bulunduğundan devlet yetkilileri, “ahlaki gerekliliklerin kesin içeriği” gibi bunları karşılayacak bir kısıtlama niyetinin gerekliliği konusunda da fikir vermekte uluslararası hâkimden daha iyi bir konumdadır.⁴⁷¹ Öyleyse, Mahkeme'nin Vo v. Fransa Kararı'nda taksirle öldürme suçuna ilişkin ceza kanunu maddesinin ceninin taksirle öldürüldüğü

⁴⁶⁹ İrlanda gebeliğin yasal olmayan şekilde sonlandırılmasını müebbet hapis cezası ile cezalandırmakla bu görüşe şüphesiz en yakın olan ülke olsa da çok kısıtlı sebeplerle bile olsa gebeliğin sonlandırılmasına izin veriyor olduğundan cenine tam anlamıyla insana eş bir değer verdiği fikrimizce söylenemez.

⁴⁷⁰ A, B. ve C. v. İrlanda kararı, pr. 222.

⁴⁷¹ A, B. ve C. v. İrlanda kararı, pr. 223.

somut olayda uygulanamaz olmasını Sözleşme'nin ihlali olarak görmemesi Mahkeme'nin cenini kişi olarak kabul etmediğini değil ceninin hukuki statüsünü devletlerin takdirine bıraktığını göstermektedir.

Tysiac v. Polonya, A. B. ve C. v. İrlanda ve R.R. v. Polonya kararlarında Mahkeme gebeliğin sonlandırılmasına hangi durumda izin vereceklerinin devletlerin takdir yetkisi içinde olduğunu, dolayısıyla devletlerin gebeliğin sonlandırılmasına izin vermek zorunda olmadıklarını, öte yandan gebeliğin sonlandırılmasının izin verildiği bir durum söz konusu olduğunda o devletin bu sebeple gebeliğin sonlandırılması için gerekli imkânları sağlamak, yolları açık tutmak zorunda olduğunu belirtmiştir. Gebeliğin sonlandırılması hakkında karar verme hakkı kesin olmadığından Mahkeme, bu konuyla ilgili davaların davalı devletin madde 8'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerinden yola çıkarak incelemesi gerektiği düşüncesindedir.⁴⁷² Bu durumda Mahkeme'nin gebeliğin sonlandırılması sebeplerine ilişkin ihlal kararlarında dahi gebeliğin hangi durumlarda sonlandırılabilirliğini devletlerin takdirine bıraktığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasıyla ilgili kararlardan da Mahkeme'nin ceninin hukuki statüsü ve yaşam hakkıyla ilgili görüşlerine ulaşmak mümkün değildir.

Evans v. Birleşik Krallık Kararı'nda annenin in vitro embriyoların yaşamasından doğan menfaati ile babanın bu embriyoların imha edilmesinden kaynaklanan menfaati karşılaştırılmış ve bu menfaatlerin eşit olduğu, devletin birinden birine ağırlık vermesinin kendi takdirinde olduğu belirtilmiştir. Cenin yaşama imkanının söz konusu olduğu böyle bir kararda bile ceninin yaşam hakkından doğan herhangi bir menfaatin karşılaştırmaya konu edilmemesi, dahası ceninin imhasına yol açacak yönde karar verilmesi Mahkeme'nin madde 2'yi cenin için uygulamak gibi bir niyetinin olmadığını açıkça ortaya koymaktadır. *Evans kararının* aksi yönde bir başvuruya yani ceninin embriyonik kök hücre çalışmalarında kullanılması (ve dolayısıyla imhası) talebine dayanan *Parillo v. İtalya Kararı*'nda Mahkeme, başvuranın madde 8'den kaynaklanan menfaati ile ceninin yaşama potansiyelini karşılaştırma konusu yapmıştır. Konunun devletin takdir alanı içinde olduğunu belirten Mahkeme, İtalya'nın ceninin yaşama potansiyeline ağırlık

⁴⁷² P. and S. v. Poland, pr. 98.

vermesini Sözleşme’ye aykırı bulmamıştır. İtalyan iç hukukunun ceninin her durumda imha edileceği böyle bir vaziyette bazı imha şekillerine izin verirken bazı imha şekillerine izin vermemesine yönelik çelişki, fikrimizce İtalya’nın ceninin yaşama potansiyelini değil statüsünü koruduğuna işaret etmektedir. Mahkeme’nin İtalya’nın ceninin statüsü ile ilgili takdir alanına karışmaması da ceninin statüsü ile ilgili kesin bir yargıya varmak istemediğini göstermektedir. Öte yandan Mahkeme’nin yine aynı kararda söz konusu olan insan embriyosunun eşya olmadığı yönündeki kesin yargısı, aslında ceninin statüsü hakkında bir fikir sahibi olduğunu ortaya koymaktadır. Öyleyse AİHM’nin “insan embriyosunun bir deney malzemesi olarak görülmesi”, “insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfedilmekle birlikte hukuken kişi olarak korunmaması” ve “insan embriyosunun kişi olarak görülmesi” kategorileri içinden ilkinde dahil olmadığı kesindir. Mahkeme’nin, diğer iki kategoriden herhangi birine dahil olmayı ise devletlerin takdirine bıraktığını söylemek mümkündür.

Cenin fertilizasyondan itibaren bir birey olduğu görüşüne katılmasak da görüşe yönelik eleştirilerin de tarafımızca kabulü mümkün değildir. Bu eleştirilerin ilki insan türü lehine bir çeşit türçülük yapıldığı, ikincisi ise bir canlının insan olarak kabul edilebilmesi için farkındalığa sahip olması gerektiği yönündedir. Fikrimizce insan kavramının mümkün olduğunca geniş bir şekilde yorumlanması gerekir. Bu noktada insan onuruyla ilgili açıklamalarımızı kısaca hatırlamakta yarar vardır. *Donnelly*’nin görüşünden hareketle günümüzde biyolojik anlamda insan türünün bir üyesi olan her canlının bir kişi bir birey olarak kabulü gerekmektedir.⁴⁷³ Bu bakış açısının homo sapiens türü lehine yapılan bir türçülüğe sebep olacağı⁴⁷⁴ görüşü konusunda ise bunun gerçekten türçülük olduğunu ancak yazarların belirttiği üzere türçülüğün ırkçılık kadar kötü olduğu görüşünün tarafımızca doğru bulunmadığını söylemek gerekir. Böylesi bir türçülük insan kavramının geniş yorumunu sağlayacağından, belli kimse ve sınıfları diğerlerine üstün görerek hak sahiplerini dar yorumlayan ırkçılığın aksine, yararlıdır. Hatta *Harris*’in örnek verdiği üzere insanı kırk altı kromozoma sahip canlı olarak yorumlamanın bile dar olduğu kanaatindeyiz. İnsanı kırk altı kromozoma sahip bir varlık olarak kabul etmek

⁴⁷³ Donnelly, s. 1, 2.

⁴⁷⁴ Bkz, Harris, s. 18. Palacios-Gonzalez, s. 480.

down sendromu ve benzeri bir kromozom anomalisine sahip olan bireyleri kapsam dışına itebilecektir. Bu nedenle insanı insan sperminin insan yumurtasını döllemesi sonucu oluşan varlık, homo sapiens türünün bir üyesi olarak tanımlamak fikrimizce daha kapsayıcı ve dolayısıyla daha isabetli olacaktır.

Diğer yandan insan kavramının sınırları, bir başı ve bir sonu da vardır ki burada kişiliğin, birey olmanın, başlangıç anının tam ve sağ doğum olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. *Dündar*'ın *Callahan*'dan aktardığı üzere, kişiliğin başlangıç anı olarak doğum anının belirlenmesi tesadüf değildir. Doğum anının hemen öncesıyla ile hemen sonrası arasında insanın nitelikleri arasında belirgin bir değişiklik yoktur. Ancak rahimden çıkmayla birlikte başkalarının ona bakmasıyla ve yaşamının korunmasıyla ilgili belirgin değişiklikler olur. Bu değişikliklerden en önemlisi bebeğin yaşamının desteklenmesinin artık biyolojik annesinin hiçbir hakkını ihlal etmemesidir.⁴⁷⁵ Kişi olmanın getirdiği bütün sonuçların tam ve sağ doğuma bağlanmış olması, bize göre de kişiliğin başlangıç anının tam ve sağ doğum olduğunu göstermektedir.

Bir canlının insan olarak kabul edilebilmesi için farkındalığa sahip olması gerektiği görüşü de yine insan kavramını aşırı daraltarak tehlike yaratabilecek niteliktedir. Yine insan onuruyla ilgili açıklamalarımıza dönmek gerekirse *Kuçuradi*'nin açıklamalarından⁴⁷⁶ yola çıkarak belirttiğimiz gibi “*bir insan yapısal olanaklarını kullanamayacak hatta bunların hiç farkında olmayacak vaziyette bile olsa insan onuruna sahiptir ve diğerlerinin ona bu farkındalıkla muamele etmesi gerekir.*” Bu konseptin de fikrimizce en değerli yönü insan kavramını mümkün olduğunca geniş yorumlaması, kapsayıcı olmasıdır. Bu anlamda, akıl sağlığına sahip olmayan insanlar da yeni doğan bebekler de insan ve birey olarak kabul edilmeli ve bunlara, kendileri bunun farkında olmasalar bile bu farkındalıkla muamele edilmelidir. Burada önemli olan kişilerin bizzat kendilerinin farkında olmaları değil, farkındalığa sahip olan herkesin kendisine ve diğerlerine bu farkındalıkla muamele etmek yükümlülüğü altında olmasıdır. Fikrimizce farkındalık sahibi bir kişinin diğerini bağımsız bir birey olarak kabul etmesi gereken an,

⁴⁷⁵ J.C. Callahan, “The Fetus and Fundamental Rights”, in Baird M.R.- Rosenbaum S. E., **The Ethics of Abortion**, Prometheus Books, New York, 1989, s. 122-123'ten aktaran; Dündar, s. 79.

⁴⁷⁶ Kuçuradi, s. 73.

onun annesiyle olan bağının sona erdiği tam ve sağ doğum anıdır. Bu andan itibaren toplum ve hukuk bu canlıya birey olmasının gerektirdiği şekilde davranmaya başlayabilmekte, birey olmanın sonuçları bu kişi üzerinde ancak tam ve sağ doğumdan itibaren işleyebilmektedir.

Özetle, ceninin oluşum anından (döllenmeden) itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğu görüşü ve kişiliğin, birey olmanın fertilizasyondan itibaren geçerli olduğu düşüncesi bu görüşe sahip olan devletler tarafından dahi uygulanamamakta, devletler cenine mutlak bir yaşam hakkı sağlayamamakta, gebeliğin sonlandırılmasını tamamen yasaklayamamakta, cenini doğmuş bir insana eşit şekilde koruyamamaktadır. Görüşün savunucuları olsa da pratikte uygulanabilirliği bulunmamakta ve pratikte uygulanması amaçlanmamaktadır. Kanunlar ve uygulama, ceninin bir kişi olarak kabul edilmediğini, insandan daha düşük statüde ama korunmaya değer bir varlık olarak görüldüğünü göstermektedir. Bu nedenle doğmuş bir insan, bir kişi öldürüldüğünde kasten veya taksirle öldürme suçu söz konusu olurken bir cenin öldürüldüğünde, belli şartlar sağlanamadığında oluşan ve diğerine göre daha az cezalandırılan çocuk düşürme veya düşürtme suçlarının işlendiği kabul edilmektedir. Öte yandan bu görüşü eleştiren görüşler de farkındalığı ön plana çıkararak insan kavramını daraltmaları yönünden tehlikelidir. Fikrimizce insan kavramını mümkün olduğunca geniş yorumlamak ancak kişiliğin başlangıç sınırının toplumun ve hukukun da sonuç bağladığı üzere tam ve sağ doğum olarak belirlemek gerekir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CENİNİN CEZA HUKUKU YOLUYLA KORUNMASI

I. ÇOCUK DÜŞÜRTME

A. Genel Olarak

Cumhuriyet Tarihi'ne bakıldığında, Türk hukukunda gebeliğin sonlandırılması ilk defa 1926 yılında yürürlüğe konulan Türk Ceza Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kanunda, “çocuk düşürme ve düşürtme suçlarının”, “kişilere karşı suçlar” bölümünde, 468 ila 472. maddeler arasında yer aldığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre çocuk düşürme ve düşürtme eylemleri her durumda yasaklanmıştır. Çocuk düşürme suçunun faili, 468. madde uyarınca, çocuğunu düşüren veya çocuğunun düşürülmesine rıza gösteren kadın, çocuk düşürtme suçunun faili ise, 469. madde uyarınca, kadının rızasına uygun olarak çocuğu düşürten üçüncü kişi olarak belirlenmiştir. Suçu oluşturan hareket nedeniyle kadının ölmesi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Kanunun 470. maddesinde kadının rızasına aykırı olarak çocuğu düşürtmek suç olarak düzenlenmiştir. Kadının ölmesi bu suçun da ağırlaştırıcı nedeni olup, failin kadının kocası olması ve failin sağlık mesleği mensubu bir kamu görevlisi olup kendisine görevi gereği verilen araçlarla suçu işlemesi diğer ağırlaştırıcı sebeplerdir. Kanun 472. maddede ise bu çocuk düşürme suçları kapsamında düzenlenen tüm suçlara uygulanacak bir hafifletici neden olarak, fiilin bir kişinin kendisinin veya yakınlarının şerefini korumak amacıyla bu suçu işlemesini düzenlemiştir.⁴⁷⁷ Ayrıca Hıfzısıhha Kanunu'nun 152. maddesi ile gebeliği önleyici ilaç ve araçların yurda sokulması da cezalandırılmıştır. Görüldüğü gibi söz konusu dönemde gebeliğin sonlandırılması ve nüfus planlaması yöntemleri hiçbir istisnaya yer verilmeksizin yasaklanmıştır. Yurtcan bu durumun sebebinin yeni kurulan ülkenin ekonomik, sosyal ve kültürel alanlarda hızlıca gelişmesinin sağlanması olduğunu belirtmektedir.⁴⁷⁸

Türk Ceza Kanunu'nda 1936 yılında yapılan değişiklik ile çocuk düşürme ve düşürtme suçları, “ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler” bölümünde düzenlenmeye

⁴⁷⁷ Yurtcan, s. 33-34.

⁴⁷⁸ Yurtcan, s. 19-20.

başlanmış⁴⁷⁹, önceki cezaların caydırıcı olmadıkları gerekçesiyle söz konusu suçlar için verilen cezalar arttırılmıştır.⁴⁸⁰ TCK’da yapılan son değişiklikle söz konusu suçlar yine “Kişilere Karşı Suçlar” kısmında düzenlenmeye başlanmıştır.⁴⁸¹

Yurtcan’ın açıkladığı üzere, nüfus planlamasının uygulanmadığı böyle bir dönemin ardından nüfusun hızlı bir şekilde artmasının sorun yaratmaya başlaması nedeniyle bu sorun hakkında kamuoyu oluşturmak amacıyla bir dizi konferansın yapıldığı bir geçiş dönemine girilmiştir. Yazar, bu dönemde “Gebeliğin Durdurulması Komisyonu” adında resmi bir komisyonun oluşturulduğunu ve bu komisyonun gebeliğin belli endikasyonların varlığı durumunda sonlandırılmasına izin verilmesi gerektiğine karar verdiğini belirtmektedir. Komisyona göre bu endikasyonlar; gebeliğin devamının kadının hayatını tehlike altına sokması ve ceninin sağlıklı gelişimini engelleyen durumların varlığı olup, kadının rızasının da olması halinde çocuk düşürmeye izin verilmesi gerekmektedir. Yazarın geçiş dönemi olarak adlandırdığı bu dönemde yapılan konferanslar ve düzenlenen komisyon raporları sonucunda 1965 yılında Nüfus Planlaması Hakkında Kanun ve 1967 yılında Tıbbi Zorunluluk Hallerinde Gebeliğin Durdurulması ve Sterilizasyon Hakkında Tüzük yürürlüğe girmiştir. 1965 tarihli Kanun ile 1967 tarihli Tüzük’te gebeliğin sonlandırılması sebepleri olarak endikasyon modelinin yer aldığı görülmektedir. Hem Kanun hem de Tüzük 1983 yılında değiştirilerek Tüzük, “Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük” adını almıştır. Kanun’da ve Tüzük’te gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak tıbbi endikasyon sebebinin yanında gebeliğin sonlandırılması hizmetinin sınırlandırılması sebebi olarak belirli bir süre de düzenlenmiştir.⁴⁸² Kanun ve Tüzük’te 1983 yılında yapılan değişiklikler TCK’da da değişikliklere neden olmuş, çocuk düşürme ve düşürtme suçlarının fasıl başlığı da “çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri” olarak değiştirilmiştir.⁴⁸³

⁴⁷⁹ Hafizoğulları ve Özen, s. 138.

⁴⁸⁰ Yurtcan, s. 35.

⁴⁸¹ Hafizoğulları ve Özen, s. 139.

⁴⁸² Yurtcan, s. 22-24, 39.

⁴⁸³ Yurtcan, s. 45, 76.

765 Sayılı TCK ile 5237 Sayılı TCK'daki düzenlemeler benzerlik gösterse de aralarında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. 765 Sayılı Kanun'un 472. maddesindeki fiilin kişinin kendisinin veya bir akrabasının şeref ve namusunu kurtarmak için işlenmiş olması halinde cezanın indirilmesine yönelik düzenleme yeni kanunda yer almamaktadır. 5237 Sayılı TCK'da ise 765 Sayılı TCK'da yer almayan bir düzenleme yapılarak, gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç nedeniyle meydana gelmesi durumunda gebeliğin daha ileri aşamasında sonlandırılmasına izin verilmiştir.⁴⁸⁴

Günümüzde Türkiye'de gebeliğin sonlandırılması TCK, NPK ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'le düzenlenmektedir. TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı ikinci kısmının "Çocuk Düşürme, Düşürtme veya Kısırlaştırma" başlıklı beşinci bölümünde 99. maddede "Çocuk Düşürtme" ve 100. maddede "Çocuk Düşürme" suçları gebeliğin sonlandırılması konusuyla doğrudan ilgili düzenlemelerdir. Yine Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un "gebeliğin sona erdirilmesi" başlıklı beşinci maddesi ile "gebeliğin sona erdirilmesinde izin" başlıklı 6. maddesi ve Tüzüğün "Rahim Tahliyesi" başlıklı ikinci bölümünde bulunan üç ila dokuzuncu maddeleri gebeliğin sonlandırılması sebeplerini ve gebeliğin sonlandırılması sebeplerini sınırlandıran sebepleri düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre, salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi, gebeliğin devamının kadının hayatını, fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye sokması⁴⁸⁵ ve gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması gebeliğin sonlandırılması⁴⁸⁶ sebepleri olarak gösterilmiştir. Tüm gebeliğin sonlandırılması sebeplerini sınırlandıran sebepler; olarak kadının rızasının bulunması,⁴⁸⁷ küçüklerde küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası

⁴⁸⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 293.

⁴⁸⁵ TCK'da "tıbbi zorunluluk", NPK'da "annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı haller" olarak ifade edilmektedir. Tüzük'te düzenlenen "acil haller" de bu kapsamda değerlendirilebilir öte yandan acil haller, tıbbi nedenlerin içinde istisnai bir nitelikte olup istisnai niteliklerini derhal müdahale gerektirmelerinden alırlar.

⁴⁸⁶ Yalnızca TCK'da düzenlenmiştir.

⁴⁸⁷ Hem TCK'da hem de NPK madde 6'da geçmektedir.

ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesi,⁴⁸⁸ ve gebeliğin yetkili bir hekim⁴⁸⁹ tarafından, bu müdahalenin yapılmasına izin verilen yerlerde⁴⁹⁰ sonlandırılmasıdır. Gebeliğin salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi sebebiyle sonlandırılması durumu için ayrıca on haftalık süre sınırı⁴⁹¹ ve eş rızası alınması şartı⁴⁹² getirilmiştir. Gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması sebebiyle sınırlandırılması durumu için ise yirmi haftalık süre sınırı ile müdahalenin hastane ortamında yapılması sınırı getirilmiştir.⁴⁹³

B. Suçun Hukuki Konusu

Suçun hukuki konusu (suçla korunan hukuki değer), suçun mağduruna ait olan, suç türüne göre değişen ve işlenen suç ile ihlal edilen hukuki varlık veya menfaattir. Suçların tasnifinde suçun hukuki konusu esas ölçüt olarak kullanılmaktadır.⁴⁹⁴ Suçun hukuki konusu cezai korumaya tabi hukuki varlık veya menfaatlerin kanun koyucu tarafından belirlenmesi bakımından önemlidir.⁴⁹⁵

Çocuk düşürtme suçlarıyla korunan hukuki değer ne olduğu konusunda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre çocuk düşürtme suçları ile korunan hukuki değer ceninin gelecekteki yaşam hakkı ve söz konusu fiil ile vücut bütünlüğüne müdahale edilen gebe kadının sağlığıdır.⁴⁹⁶ *Hafizoğulları ve*

⁴⁸⁸ NPK madde 6'da düzenlenmektedir ancak TCK'da bu yönde bir düzenleme yapılmadığı görülmektedir. Acil hallerde bu izinlerin aranmayacağına ilişkin düzenleme aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer almaktadır.

⁴⁸⁹ Gebeliğin yetkili bir hekim tarafından sonlandırılması şartı hem TCK'da hem de Tüzük'te yer bulmaktadır. Tüzük madde 3'e göre on haftayı geçmeyen gebeliklerde kadın hastalıkları ve doğum uzmanları ile Bakanlıkça açılan eğitim merkezlerinde kurs görerek yeterlik, belgesi almış pratisyen hekimler, kadın hastalıkları ve doğum uzmanının denetim ve gözetiminde menstrüel regülasyon yöntemini kullanmaları şartıyla gebeliği sonlandırmaya yetkindir. Tüzük madde 5'e göre on haftayı geçen gebeliklerde ise gebeliğin kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarınca sonlandırılması gerekmektedir.

⁴⁹⁰ Gebeliğin sonlandırılması müdahalesinin hangi yerlerde yapılabileceği, Tüzük'ün ilgili maddelerinde, gebelik süresi, müdahale yöntemi, anestezi uygulanıp uygulanmayacağı ve müdahalenin acil durum niteliği taşımasına göre ayrımlara tabi tutularak düzenlenmiştir. TCK'da yalnızca gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması durumunda sonlandırılmasında müdahalenin hastane ortamında yapılmasını düzenlediği görülmektedir.

⁴⁹¹ Hem TCK'da hem de NPK'da geçmektedir.

⁴⁹² TCK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte NPK'da yer aldığı görülmektedir.

⁴⁹³ Gebeliğin gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşması durumu yalnızca TCK'da düzenlenmekle birlikte gebeliğin hastane ortamında sonlandırılmasının Tüzük'te gebelik süesine bağlı olarak düzenlendiği görülmektedir.

⁴⁹⁴ Toroslu, Ceza Özel, s. 15.

⁴⁹⁵ Toroslu, Ceza Genel, s. 103.

⁴⁹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 295.

Özen'e göre ise kadının anne olma hakkının ihlal edilmemesine ilişkin çıkarı suçla korunan hukuki değerdir. Yine *Hafizoğulları ve Özen*'e göre madde 99/2 anlamında çocuk düşürtme suçu ile korunan hukuki değer beşeri hayatın korunmasındaki kamusal yarardır.⁴⁹⁷ *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, suçla korunan öncelikli hukuki değer gelecekteki yaşam, ikincil hukuki değer ise gebe kadının sağlığıdır.⁴⁹⁸ *Hakeri*'ye göre suçla korunan hukuki değerler cenin ve gebe kadındır. Yazara göre çocuk düşürtme eyleminin yetkili olmayan bir kişi tarafından yerine getirilmesinin cezalandırılması ve gebe kadının rızasının şart koşulması gebe kadının karar verme özgürlüğünün; gebeliğin sonlandırılmasına süre sınırı getirilmesi ise ceninin koruma altına alındığını göstermektedir.⁴⁹⁹

Dönmezer'e göre de çocuk düşürtme suçlarında korunan hukuki değerler birden fazladır. Yazara göre, gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin vermekle kanun koyucu kişilerin zorla çocuk sahibi olmamak konusundaki özgürlüğünü korumayı amaçlamaktadır. Gebeliğin onuncu haftasının sonundan itibaren gebeliğin sonlandırılmasının kısıtlanmasıyla korunan hukuki yarar ise öncelikle gebe kadının hayatı ile sağlığıyken, ikincil olarak ceninin yaşamıdır.⁵⁰⁰ *Tunalı*, rızanın varlığı durumunda onuncu haftanın sonuna kadar gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmiş olmasının kadının üreme özgürlüğünü koruduğunu belirtmektedir. Yazara göre, süre sınırı getirilmesi, müdahalenin yetkisiz kişilerce yapılmasının yasaklanması, tıbbi nedenler söz konusu olduğunda gebeliğin ileri aşamalarında bile sonlandırılabilir olması annenin sağlığının korunduğunu göstermektedir. Yazar, süre kısıtlaması getirilmesini, gebeliğin tıbben gerekmiyorsa sonlandırılmasına izin verilmemesini ve on haftayı aşan gebeliklerde çocuğu düşürtenin yanı sıra buna rıza gösteren annenin de cezalandırılmasını ise ceninin yaşam hakkının korunduğu yönünde yorumlamaktadır. Fetal anomali durumunda gebeliğin sonlandırılabilir kılınmasıyla ise neslin sağlıklı olması açısından

⁴⁹⁷ *Hafizoğulları ve Özen*, s. 141-142.

⁴⁹⁸ *Dumuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 269.

⁴⁹⁹ *Hakeri*, s. 858-859.

⁵⁰⁰ *Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onaltıncı Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2001, s. 200.

toplumsal yararı ve annenin geleceğini belirleme hakkını korunduğunu belirtmektedir.⁵⁰¹ Bu suçla korunan hukuki değerlerin birden fazla olduğunu belirten bir başka yazar da Ünver'dir. Ünver'e göre, çocuk düşürtme suçuyla korunan hukuki değerler, ceninin yaşam hakkı, gebe kadının vücut bütünlüğü, nüfus planlamasından doğan bireysel ve toplumsal yararlar, anne-çocuk sağlığı ve üreme hakkıdır.⁵⁰² Dönmez'e göre de çocuk düşürtme suçu ile korunan hukuki değerler birden fazla olup her fıkra da aynı hukuki değerler korunmuyor olabilir. Örneğin birinci fıkra da hem ceninin yaşam hakkı hem de gebe kadının sağlığı korunmaktayken ikinci fıkra da korunan öncelikli hukuki değer, yazara göre, ceninin yaşam hakkıdır.⁵⁰³ Gökcan'a göre gelecek neslin hayatını sürdürmesindeki toplumsal yarar ve kadının rızasına aykırı olarak çocuğun düşürtülmesi durumu için, babanın çocuk sahibi olma hakkı da bu suçlarla korunan tali hukuki değerler olarak düşünülebilir.⁵⁰⁴

Kiziroğlu'na göre çocuk düşürtme suçlarında korunan hukuki değerler birden fazladır ve gebe kadına ve cenine ait olanlar olmak üzere ikiye ayrılır. Yazar, bu suçlarla korunan hukuki değerlerin, gebe kadın açısından yaşama hakkı, biyolojik anne olabilme hakkı, çocuk sahibi olup olmamayı seçebilme hakkı, vücut dokunulmazlığı hakkı, fiziksel ve ruhsal sağlık hakkı; cenin açısından ise gelecekteki yaşam hakkı olduğunu belirtmektedir. Yazara göre suçun niteliğine göre bu değerlerin hepsi bir arada olabileceği gibi ayrı ayrı olmaları da mümkündür.⁵⁰⁵

Yurtcan'a göre madde başlıkları ve içeriklerine bakıldığında, kanunun “çeşitli hukuki yararları” koruduğunu söylemek mümkün olup korunan bu hukuki yararlar zaman içinde değişiklik göstermiştir. Örneğin; 1965 yılından önce çocuk düşürme ve düşürtme suçlarının fasıl başlığının “ırkın tümlüğü ve sağlığı aleyhine cürümler” olması nedeniyle

⁵⁰¹ Tunalı, s. 125.

⁵⁰² Yener Ünver, “Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı**, C. VI, S. 2, 2009, ss. 173-230, s. 175.

⁵⁰³ Burcu Dönmez, “Tck'da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve Aihm'nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2007, ss. 99-141, s. 108.

⁵⁰⁴ Gökcan, s. 702.

⁵⁰⁵ Serap Keskin Kiziroğlu, “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, **Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan**, Pasifik Ofset, İstanbul, 2013, ss. 165-190, s. 170.

bu düzenleme ile korunan hukuki yararın milletin çoğalma gücü olduğu söylenebilecektir. Yurtcan'a göre, 1965 yılında NPK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da bu başlığın korunmasına rağmen bazı endikasyonların varlığı halinde gebeliğin sonlandırılmasına izin verilmeye başlanmasının artık annenin, çocuğun ve gelecek nesillerin sağlığının da bunun yanında korunmaya başlandığını göstermektedir. Yazar, 1983 yılında madde başlığının değiştirilmesi ve süre modelinin getirilmesinin ise korunan hukuki yararlar arasından ulusun çoğalma gücünün çıkarılarak korunan hukuki yararlar kadın cinsel özgürlüğünün eklendiği söylenebileceğini belirtmektedir.⁵⁰⁶

Görüldüğü gibi kanunun çok çeşitli hukuki yararları koruduğu iddia edilmektedir. Çocuk düşürtme suçu başlığı altında birden fazla suç tipi öngörüldüğünden bu suçlarla korunan hukuki değerleri belirlemek güçtür. Bu nedenle korunan hukuki değer her suç bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi mantıklı olabilir. Fikrimizce maddenin birinci fıkrası ve beşinci fıkrasının ilk cümlesi ile düzenlenen suçlar ile korunan hukuki değer gebe kadının vücut bütünlüğü ve sağlığıdır. İkinci fıkra da gebe kadının rızasına rağmen gebeliğin sonlandırılmasının kısıtlandığı durumda gebe kadın da cezalandırıldığından bu fıkra da düzenlenen suçlar bakımından korunan hukuki değer ise nüfus planlamasından ve ceninin yaşamasından doğan toplumsal yarar ve yine gebe kadının vücut bütünlüğü ve sağlığı olduğu kanaatindeyiz. Zira bu fıkra da düzenlenen suçların dördüncü fıkra da ve beşinci fıkranın ikinci cümlesinde düzenlenen nitelikli halleri yine kadının vücut bütünlüğü ve sağlığına gelmiş olan veya müdahalenin yetkisiz kişilerce yapılması halinde gelebilecek olan zararı göz önüne alır niteliktedir. Düzenlemenin ceninin kademeli olarak korunması görüşüne uygun olduğu görülmektedir. Gebeliğin ilk on haftasında ceninin korunmadığı, onuncu haftanın sonu ile yirminci haftanın sonu arasında geçen sürede ceninin ancak tıbbi bir sebep söz konusu değilse veya gebelik gebe kadının mağduru olduğu bir suç sonucu oluşmamışsa korunduğu, yirminci haftadan sonra ise ceninin sadece tıbbi sebepler söz konusuysa korunmadığı görülmektedir.

⁵⁰⁶ Yurtcan, s. 44-45.

C. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçun Konusu

Çocuk düşürme suçuyla korunan hukuki değer gibi suçun konusu da doktrinde tartışılmıştır. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre, çocuk düşürtme fiillerinin konusunu sağlığı etkilenen ve suçla korunan hukuki değer bakımından incelemek mümkündür. Çocuk düşürtme fiilleri, bundan doğrudan doğruya yaşamı sona ererek etkilendiğinden cenin üzerinde işlenir.⁵⁰⁷ Fiiller aynı zamanda gebe kadın üzerinde işlendiğinden, gebe kadının vücudu aracılığıyla cenine ulaşıldığından gebe kadın üzerinde işlenen fiiller oldukları da söylenebilecektir. Bu durumda bu fiillerden sağlığı etkilenen gebe kadınsa suçla korunan hukuki değer bakımından, gelecekteki yaşam hakkı anlamında, etkilenen cenindir.⁵⁰⁸ *Ünver*'e göre de suçun konusunu gebe kadının vücut bütünlüğü ile ceninin hayatı ve vücut bütünlüğü oluşturur. Yazar gebe kadının vücut bütünlüğüne yapılan saldırının birincil ceninin hayatına ve vücut bütünlüğüne yapılan saldırının ise ikincil nitelikte olduğunu belirtmektedir.⁵⁰⁹

Dönmez'e göre, suçun konusu cenindir.⁵¹⁰ *Tunalı*'ya göre on haftaya kadar olan gebeliklerde suçun hukuki konusu cenin ve gebe kadının vücududur. On haftayı aşan gebeliklerde ise diğer hukuka uygunluk nedenleri somut olayda yoksa gebe kadının rızası tek başına geçerli olmadığından ve rıza gösteren gebe kadın da cezalandırıldığından suçun hukuki konusu yalnızca cenindir.⁵¹¹ Fikrimizce çocuk düşürtme suçlarının konusu gebe kadının ve ceninin vücut bütünlüğüdür. On haftayı geçen gebeliklerde gebe kadının rızası tek başına yeterli olmasa da söz konusu suçun gebe kadının vücut bütünlüğüne müdahale edilmeden işlenmesine imkân yoktur. Suç gebe kadının ve ceninin vücudu üzerinde işlenmektedir.

⁵⁰⁷ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 296.

⁵⁰⁸ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 296. Hafizoğulları ve Özen, s. 141.

⁵⁰⁹ *Ünver*, s. 182.

⁵¹⁰ *Dönmez*, s. 112. Aynı yönde bakınız, *Erdem*, s. 1656.

⁵¹¹ *Tunalı*, s. 128.

2. Fail-Mağdur

TCK madde 99'da düzenlenen fiiller bakımından suçun faili gebe kadın hariç herkes olabilir.⁵¹² *Gökcan*'a göre madde 99/2'nin 2. cümlesi, burada gebeliğinin sonlandırılmasına izin veren gebe kadın da cezalandırıldığından bu durumun istisnasıdır; zira bu cümle bakımından gebe kadın suçun failidir.⁵¹³ Gebe kadının kendi taşıdığı cenini düşürmesi çocuk düşürme suçunu oluşturacağından bu madde kapsamında değil TCK madde 100 kapsamında değerlendirilir.⁵¹⁴

Fiillerin yetkisiz kişi tarafından işlenmesi madde 99/5 bakımından nitelikli hal oluşturup failin mutlaka sağlık mesleği mensubu olması gerekmemektedir.⁵¹⁵ Gebeliğin sonlandırılması bakımından kimin yetkili olduğu Rahim Tahliyesi Ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Düzenlenmesine İlişkin Tüzük'te düzenlenmiştir. Tüzük'te belirtilen kişiler dışında kalanlar sağlık mesleği mensubu olsalar bile bu anlamda yetkisiz sayılacaklardır.⁵¹⁶ Bununla birlikte, *Hafizoğulları ve Özen*'e göre, kanun suçun yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi durumunda cezayı arttırdığından failin genellikle sağlık mesleği mensubu olduğu anlaşılmaktadır.⁵¹⁷

Çocuk düşürtme suçunun mağduru gebe kadındır.⁵¹⁸ *Hafizoğulları ve Özen*'e göre gebe kadın, anne olma hakkı ihlal edildiğinden suçun mağdurudur.⁵¹⁹ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe* gebe kadının fiile rıza göstermiş olmasının 2. ve 5. fıkralar bakımından geçerli kabul edilmediğini ve rıza göstermiş olsa dahi gebe kadının, bu fıkralar bakımından da suçun mağduru sayıldığını belirtmektedir.⁵²⁰ *Hafizoğulları ve Özen*'e göre ise madde 99/2 anlamında çocuk düşürtme suçu ile korunan hukuki değer beşeri hayatın korunmasındaki kamusal yarar olduğundan bu fıkroda düzenlenen suçun

⁵¹² Tezcan/Erdem/Önok, s. 270. Hakeri, s. 874. Hafizoğulları ve Özen, s. 141. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 296. Dönmez, s. 109. Erdem, s. 1654.

⁵¹³ Gökcan, s. 703. Dönmez, s. 110.

⁵¹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 270. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 296.

⁵¹⁵ Dilek Özge Erdem, "Çocuk Düşürtme Düzenlemesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 65(4), 2016, ss. 1637-1688, s. 1654. Dönmez, s. 109. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 296. Tezcan/Erdem/Önok, s. 270.

⁵¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 296.

⁵¹⁷ Hafizoğulları ve Özen, s. 141.

⁵¹⁸ Ünver, s. 181. Gökcan, s. 703.

⁵¹⁹ Hafizoğulları ve Özen, s. 141.

⁵²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 297.

mağduru gebe kadın değil, beşeri hayatı korumakla yükümlü kamu idaresidir.⁵²¹ *Kızıroğlu* aynı sebeple ikinci fıkrada düzenlenen suçun mağdurunun cenin olduğunu düşünmektedir.⁵²² *Erdem*'e göre suçun mağdurunu cenin olarak kabul edebilmek için öncelikle ceninin kişiliğinin kabul edilmesi gerekir. Yazar bunun hukuken mümkün olmadığı düşüncesiyle ceninin suçun mağduru olmadığı sonucuna varmıştır. Yine yazara göre suçun mağduru gebe kadının sağlığı olamaz. Zira bu durum madde 99/2 bakımından gebe kadını suçun hem faili hem de mağduru haline getirir. Yazar bu nedenle suçun kişilere karşı suçlar başlığı altında değil aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁵²³ *Tunalı* da madde 99/2 uyarınca gebe kadının rızası ile çocuk düşürtme suçu işlendiğinde gebe kadın da cezalandırıldığından gebe kadının mağdur olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Yazara göre cumhuriyetin ilk dönemlerinde toplum da çocuk düşürtme suçunun mağduru olarak kabul edilmişse de günümüzde toplumun bu suçun mağduru olarak kabul edilmesi söz konusu değildir.⁵²⁴ Fikrimizce ceninin Türk Hukuku'nda kişi olarak kabul edilmemesi nedeniyle mağdur sıfatını kazanması mümkün değildir. Maddede düzenlenen her suç tipi için korunan hukuki değer gebe kadının vücut bütünlüğü ve sağlığı olduğundan gebe kadının suçun mağduru olduğu söylenebilir. Öte yandan 99/2. maddesinin 2. cümlesinde düzenlenen suç bakımından gebe kadının suçun faili olması, fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmemesi nedeniyle, kafa karıştırıcıdır. Açıklanan nedenle madde 99/2'nin ikinci cümlesi bakımından mağdurun toplum olduğu söylenebilecektir.

Doktrinde bazı yazarlar suçun mağdurunun gebe olmasının suçun ön şartı⁵²⁵ olduğunu belirtmektedir.⁵²⁶ Öte yandan *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre suçun

⁵²¹ Hafızoğulları ve Özen, s. 142.

⁵²² Kızıroğlu, s. 172.

⁵²³ Erdem, s. 1653.

⁵²⁴ Tunalı, s. 131.

⁵²⁵ Toroslu'ya göre suçun ön şartları ancak davranışın ön şartları olarak kabul edilebilir. Bazı suçların varlığı için gerekli olan, suç fiilinden önce gelen ve suç fiilinden bağımsız olan fiili ve hukuki unsurlar olarak tanımlanan ön şartlar, failin kastı bakımından önemlidir. Bunlar fail tarafından sadece bilinebilirler ancak istenemezler. Bunlar suçların yapısına dahil olup, suçun asli unsurlarıdır. (Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2011, s. 123.)

⁵²⁶ Yurtcan, s. 75. Dönmezer, 216. Yenener, s. 136. Hafızoğulları ve Özen, s. 139. Gökcan, s. 704. Ünver, s. 182. Toroslu, Ceza Genel, s. 123.

mağdurunun gebe olması suçun unsurudur zira bu durum doğrudan suçun tipe uygunluğuna ilişkindir.⁵²⁷

Baba suçun mağduru olarak görülmemektedir.⁵²⁸ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bir kararı için yaptığı araştırmaya göre babaların, eşlerinin gebeliği ve ceninin anne karnındaki gelişimine derin bir ilgisi bulunmaktadır.⁵²⁹ Çocuğun hem anne hem baba tarafından büyütüleceği düşünüldüğünde babanın ceninin iyiliği konusundaki menfaatinin anneninkine eşit olduğu sonucuna varılabilse de doğum göz önüne alındığında bu sonuç değişmektedir.⁵³⁰ Çocuğu taşıyan kadının özgürlüğü biyolojik olarak kaçınılmaz biçimde babadan çok daha fazla kısıtlanmaktadır,⁵³¹ babanın ceninin iyi olması üzerindeki menfaati asla annenin hukuken korunan kürtaj hakkına eşit kabul edilemez,⁵³² devletin cenin hakkındaki düzenlemelerinin anne ile ilgisi biyolojik anlamda kaçınılmaz biçimde baba ile ilgisinden çok daha fazladır.⁵³³ Fikrimizce Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin görüşü yerindedir. Gebeliğin sonlandırılması konusunda yaşanan menfaat çatışması tamamen gebe kadının menfaatleriyle ceninin menfaatleri arasındadır. Babanın gebelikle ve doğumla ilgisi gebe kadınınkine kıyasla çok daha azdır ve bu nedenle gebeliğin sonlandırılması konusunda söz hakkı bulunmamaktadır.

3. Eylem

Çocuk düşürtme suçunun maddi unsurunu oluşturan eylem çocuk düşürtmektir.⁵³⁴ Çocuk düşürtmenin ne anlama geldiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre çocuk düşürtme eylemi anne rahmindeki gelişim süreci devam eden ceninin anneye olan bağlantısının sona erdirilerek bu gelişiminin durdurulmasını ifade eder.⁵³⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre, çocuk düşürtme eylemi sonucu ortaya çıkacak netice ceninin gebe kadınla olan yaşamsal bağlantısının

⁵²⁷ Özbek//Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 297. Aynı yönde bakınız, Erdem, s. 1657.

⁵²⁸ Aksi görüş için bakınız, Gökcan, s. 703. Gökcan'a göre gebeliğin gebe kadının rızası olmadan sonlandırıldığı durumlarda çocuk sahibi olma hakkı elinden alındığı için baba da suçtan zarar görmektedir.

⁵²⁹ Planned Parenthood v. Casey, s. 38.

⁵³⁰ Planned Parenthood v. Casey, s. 39.

⁵³¹ Planned Parenthood v. Casey, s. 39.

⁵³² Planned Parenthood v. Casey, s. 5.

⁵³³ Planned Parenthood. v. Casey, s. 5.

⁵³⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 270. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 297.

⁵³⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 297.

sona ermesidir.⁵³⁶ *Hafizoğulları ve Özen*'e göre çocuğun düşmesi, gebeliğin fizyolojik seyrinin istenilerek kesintiye uğratılması nedeniyle ceninin ölmesidir.⁵³⁷ *Hakeri*'ye göre ise çocuk düşürme, ceninin ölmesine neden olan her türlü müdahaledir.⁵³⁸ Yazara göre suç, ceninin doğumdan önce öldürülmesiyle tamamlanmış olur, ceninin anne rahminden çıkarılması suçun oluşması için gerekli değildir.⁵³⁹ *Ünver*'e göre suça konu eylem, ceninin erken doğumu sağlanarak hamleliğe son vermek değil, ceninin yaşamaması için öldürülerek cenini anne rahminden çıkarmak veya çıkarırken öleceğini bilerek rahimden tahliyesini sağlamaktır.⁵⁴⁰

Doktrinde bazı yazarlara göre, cenin sıfatı gebelikle kazanılır. Gebelik ise döllenmiş yumurtanın anne rahmine tutunmasıyla başladığından ve cenin sıfatı ancak bu anla birlikte kazanıldığından, bunun öncesinde döllenmiş yumurtanın rahme tutunmasını engellemeye yönelik eylemler ile IVF yöntemiyle oluşturulan embriyonun öldürülmesi çocuk düşürme suçu kapsamında sayılmaz.⁵⁴¹ Çocuk düşürme suçundan söz edebilmek için anne rahmindeki ceninin yaşıyor olması gerekir.⁵⁴² Biz gebeliğin yumurta hücresinin sperm hücresi tarafından döllenmesi ile başladığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla embriyonun anne rahmine tutunmasını önleyici ilaçların sebep olduğu sonuç aslında çocuk düşürme suçunun unsurlarını kendinde barındırmaktadır. Öte yandan bu duruma çocuk düşürme

⁵³⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 297.

⁵³⁷ *Hafizoğulları ve Özen*, s. 138.

⁵³⁸ Kızıroğlu, s. 173. Tezcan/Erdem/Önok, s. 271. Hakeri, s. 862.

⁵³⁹ Hakeri, s. 862. Gökcan, s. 704.

⁵⁴⁰ Ünver, s. 185.

⁵⁴¹ Kızıroğlu, s. 172. Tezcan/Erdem/Önok, s. 271. Yazarlar ilk bölümde değindiğimiz erken embriyal dönemden bahsetmektedir. Bu görüşe göre implantasyon anına kadar gebelik oluşmuş sayılmaz ve bu aşamaya kadarki oluşum cenin sıfatını kazanmaz. Fikrimizce spermin yumurtayı döllemesinden itibaren gebelik oluşmuş sayılır ve oluşan yapı cenin sıfatını kazanır; Aynı yönde bakınız; Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökcan ve Ahmet Caner Yenidünya, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 180. Oluşan embriyonun rahme tutunmasını, yani implantasyonunu (aksi görüşteki yazarlar nidation terimini kullanmaktadır), engelleyen yöntemlerin çocuk düşürme suçu kapsamında sayılmamasının nedeni gebeliğin onuncu haftasının sonuna kadar gebe kadının rızasıyla çocuk düşürmenin ve gebe kadının kendi çocuğunu düşürmesinin suç olmamasıdır. IVF yöntemiyle oluşturulan erken embriyal dönemdeki embriyoya zarar verilmesinin cezaya tabi olmamasının sebebi ise ceza hukukundaki boşluktan kaynaklanmaktadır. Zira anne rahmine yerleştirilmesi öncesinde embriyonun korunmasına ilişkin hukukumuzda bir düzenleme bulunmamaktadır; bakınız, Hakeri, s. 436. Öte yandan bunların ceza hukuku yoluyla korunmaması hiçbir hukuki korumaya tabi olmadıkları anlamına da gelmez. İlk bölümde değindiğimiz gibi IVF yöntemi ile oluşturulup henüz anne rahmine aktarılmayan embriyoların anne-babalarının kişilik haklarıyla ve bazı görüşlere göre buna ek olarak mülkiyet hakkının getirdiği korumaya benzer bir hukuki korumayla da korunmaktadır.

⁵⁴² Gökcan, s. 703. Tezcan/Erdem/Önok, s. 271. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 297.

suçunun uygulanması teknik olarak mümkün değildir. Söz konusu hapı gebe kadın kendi rızasıyla aldığı anda suç oluşmayacaktır zira bu, gebeliğin ilk günlerinde söz konusu olabilecek bir durumdur, dolayısıyla gebeliğin ilk on haftası dolmamıştır. Gebe kadınına söz konusu ilacın rızası olmadan verilmesi durumunda ise gebeliğin bu sebeple kesintiye uğradığı ispat edilemez zira gebeliğin oluşmasına engel olabilecek, kişilerin metabolizmalarına ve sağlık durumlarına ilişkin başka birçok sebep söz konusu olabilir, fail lehine yorum ilkesi gereği failin bundan dolayı cezalandırılması mümkün değildir.

IVF yöntemiyle oluşturulup anne rahmine yerleştirilmeden önce ölümüne neden olunan cenin bu suçun konusu olmayıp ceza hukukunun, cenini bu dönemde korunmadığı anlaşılmaktadır. Bu, kanun koyucunun bilinçli tercihi olabileceği gibi hukukta boşluk olmasından da kaynaklanıyor olabilir. Zira ilk bölümde açıkladığımız gibi bu embriyoların özel hukuk yoluyla korunması söz konusudur. Fikrimizce çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için anne rahmindeki bir ceninin öldürülmesi gerekir. Ceninin düşmeye bağlı bir sebeple mi öldüğü yoksa öldürülmesi sebebiyle mi düştüğü bu suçun oluşumu bakımından önem taşımaz. Önemli olan yapılan hareket veya ihmali davranış sonucu bu hareket veya ihmali davranış öncesinde anne rahminde canlı olan ceninin ölmesidir. Ceninin rahimden tahliye edilmesi suçun oluşması bakımından şart değildir.

Cenin tam ve sağ doğacak olması şart olmayıp ölü ya da sakat doğması muhtemel olan ceninin düşürtülmesi de yine bu suçu oluşturacaktır. Anne karnındaki ceninin yapılan hareket öncesinde ölü olması halinde ise çocuk düşürtme suçundan söz edilemeyecek, eylem gerekli şartları sağlıyorsa kasten yaralama, yapılan hareket sonucunda gebe kadın ölmüş ise kasten öldürme suçunu oluşturacaktır.⁵⁴³

Çocuk canlı doğmuş olsa bile çocuk düşürtme faaliyeti sebebiyle ölmüşse çocuk düşürtme suçu işlenmiş sayılır. Bunun şartı çocuk düşürtmeye yönelik hareketin cenin anne rahmindeyken yapılmış olmasıdır. Ölüm neticesinin doğumdan sonra gerçekleşmesi suçun niteliğini değiştirmez.⁵⁴⁴

⁵⁴³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 297.

⁵⁴⁴ Dönmezer, s. 219. Kızıroğlu, s. 174. Ünver, s. 182. Hakeri, s. 862. Tezcan/Erdem/Önok, s. 271. Gökcan, s. 704.

İn vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulan embriyonun öldürülmesinin çocuk düşürtme suçu oluşturup oluşturmayacağı tartışılabilir. *Hafizoğulları ve Özen*'e göre bu embriyo anne rahmine yerleştirildikten sonra gebeliğin hukuka aykırı olarak sonlandırılması çocuk düşürtme suçunu oluşturacaktır.⁵⁴⁵

Çocuk düşürtme suçunun oluşabilmesi için gebeliğin doğal seyrinin bir hastalık veya ceninde oluşan bir anomali sonucu kendiliğinden bozulmaması, failin çocuğun düşmesine yönelik hareketi sonucu sona ermiş olması gerekir.⁵⁴⁶

Çoklu gebeliklerde bir veya birden çok cenin bakımından gebeliğin sonlandırılması konusunun hukuki niteliği *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre müdahalenin amacı ve uygulama şekli ne olursa olsun ceza hukuku bakımından çocuk düşürtme olarak görülmelidir.⁵⁴⁷

Eylem bir tıbbi müdahale ile gerçekleştirilebileceği gibi aslında yaralama niteliği taşıyan herhangi bir hareketle de gerçekleştirilebilir. Eylemin çocuğun düşürtülmesine yönelmesi yeterlidir. Bu anlamda gebe kadının çocuğunun düşürtülmesi amacıyla dövülmesi veya ilaç yutturulması durumunda da çocuk düşürtme suçu oluşacaktır.⁵⁴⁸ Dolayısıyla çocuk düşürtme suçu serbest hareketli bir suçtur.⁵⁴⁹

Hafizoğulları ve Özen'e göre çocuk düşürtme suçu kural olarak icrai hareketle işlense de ihmali hareketle işlenmesi de mümkündür. Yazarlara göre; gebe bir kadının gebelik sürecini sürekli olarak izlemekle görevli bir ebe, doğumun sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlayacak tedbirleri almayı ihmal ederse ve bu sebeple gebelik sona ererse suç ihmali hareketle işlenmiş sayılacaktır.⁵⁵⁰ Yine *Tunalı*'ya göre, düşük tehdidi olan olgularda gerekli tıbbi müdahale yerine getirilmezse çocuğun düşmesi kuvvetle muhtemeldir. Böyle bir durumda gebe kadın tıbbi müdahaleye rıza gösterdiği halde hekim bu müdahalede bulunmazsa ihmal suretiyle çocuk düşürtme suçu işlenmiş sayılacaktır. Öte yandan düşük tehdidi olan durumda gebe kadın tedaviye rıza göstermiyorsa suç

⁵⁴⁵ *Hafizoğulları ve Özen*, s. 139. Aynı yönde bakınız; *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 297.

⁵⁴⁶ *Hafizoğulları ve Özen*, s. 139.

⁵⁴⁷ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 298. Aynı yönde bakınız, *Hakeri*, s. 862.

⁵⁴⁸ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 297.

⁵⁴⁹ *Yurtcan*, s. 75. *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 270. *Hafizoğulları ve Özen*, s. 139. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 297. *Gökcan*, s. 703. *Dönmez*, s. 111. *Ünver*, s. 185.

⁵⁵⁰ *Hafizoğulları ve Özen*, s. 140. Aynı yönde bakınız, *Erdem*, s. 1659.

oluşmayacaktır.⁵⁵¹ Doktrinde bazı yazarlara göre ise suç ancak icrai bir hareketle işlenebilir.⁵⁵² Çocuk düşürtme suçunun neticeli bir suç olduğu belirtilmektedir.⁵⁵³ Suç, gebeliği sona erdirmeye yönelik icrai veya ihmali hareket sonucunda ceninin ölmesiyle tamamlanır.⁵⁵⁴

TCK madde 99/1 uyarınca, gebe kadının rızası olmaksızın çocuğunu düşürten kişi çocuk düşürtme suçunu işlemiş sayılacaktır. *Hafizoğulları ve Özen*'e göre suçu oluşturan hareket, gebe kadın üzerinde rızası olmadığı halde çocuk düşürtmeye uygun maddi ve manevi davranışlarda bulunmaktır.⁵⁵⁵ Öyleyse gebe kadının rızasının bulunmadığı durumlarda gebelik süresine ve müdahalede bulunan kişinin yetkili olup olmadığına bakılmaksızın söz konusu eylemin suç oluşturacağı açıktır.⁵⁵⁶

TCK madde 99/2'ye göre, gebeliğin salt gebe kadının gebeliğin sonlandırılması yönündeki talebi nedeniyle sonlandırılabilmesi için gebelik süresinin on haftadan fazla olmaması gerekir. Aksi halde çocuk düşürtme suçu oluşur ve hem çocuğu düşürten kişi hem de bu eyleme rıza gösteren gebe kadın cezalandırılır. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe* çocuğu düşürten kişiye verilen cezanın eyleme rıza gösteren kadına verilen cezadan daha fazla olduğuna dikkat çekmektedir. Yazarlara göre 765 Sayılı TCK'da çocuğu düşürten kişi ile çocuğun düşürtülmesine rıza gösteren kadına aynı ceza verilirken yeni kanunda cezalar arasında hangi sebepten farklılık oluşturulduğu madde metninden veya gerekçesinden anlaşılamamaktadır.⁵⁵⁷

Gebelik süresinin on haftadan fazla olmadığı durumlarda ise salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebiyle gebeliğin sonlandırılması mümkün olmakla birlikte müdahalenin yetkili kişiler tarafından yapılması gerekmektedir. Bu müdahalenin yetkili kişiler tarafından yapılmaması durumunda gebe kadının rızası olsa

⁵⁵¹ Tunalı, s. 135.

⁵⁵² Yurtcan, s. 75. Hakeri, s. 562. Gökcan, s. 703.

⁵⁵³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 270. Hafizoğulları ve Özen, s. 140. Yurtcan, s. 75.

⁵⁵⁴ Hafizoğulları ve Özen, s. 140.

⁵⁵⁵ Hafizoğulları ve Özen, s. 141.

⁵⁵⁶ Veli Özer Özbek, Muharrem Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015, s. 297.

⁵⁵⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 298-299.

ve gebelik süresi on haftayı aşmamış olsa bile madde 99/5'in birinci cümlesi uyarınca fiil suç oluşturacaktır.⁵⁵⁸

TCK madde 99/6'da kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması durumunda gebeliğin yirminci haftasının sonuna kadar sonlandırılmasına izin veren bir düzenleme yapılmıştır. Bu fıkra göre gebeliğin sonlandırılabilmesi için diğer fıkralarda da olduğu gibi gebe kadının rızasının bulunması gerekmektedir. Diğer fıkralardan farklı olarak bu fıkra gebeliğin hastane ortamında ve uzman hekimlerce sonlandırılması gereği de öngörülmüştür. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre bu düzenleme gebeliğin onuncu haftasından sonra sonlandırılmasına izin vermeyen düzenlemeye istisna niteliği taşımaktadır.⁵⁵⁹ Yazarlara göre bu fıkra kadının rızası şartına ek olarak kadının gebeliğin sonlandırılması nedeniyle zarar görmeyecek olması şartının da aranması gerekmektedir.

4. Suça Etki Eden Haller

TCK 99. maddenin 3. ve 4. fıkralarında suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri düzenlenmiştir.⁵⁶⁰ Buna göre; birinci fıkra yazılı çocuk düşürtme fiilinin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması, birinci fıkra yazılı fiilin kadının ölümüne neden olması, ikinci fıkra yazılı fiilin kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olması ve ikinci fıkra yazılı fiilin kadının ölümüne neden olması çocuk düşürtme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleridir. 99. maddenin 5. fıkrasında düzenlenen çocuk düşürtmenin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmiş olması ise daha fazla ceza verilmesini gerektiren hal olarak öngörülmüştür.⁵⁶¹ 3. ve 4. fıkralarda sayılan hallerde eylem sonucu oluşan ağır neticeler

⁵⁵⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 301.

⁵⁵⁹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 298.

⁵⁶⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 276. Hakeri, s. 863. Tunalı, s. 121. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 298.

⁵⁶¹ Dönmez, s. 109, 133. Tunalı, s. 121, 172. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 298-299. Tezcan/Erdem/Önok, s. 276. Hakeri, s. 872. Hafizoğulları ve Özen'e göre; yetkili olmayan bir kişi tarafından çocuk düşürtülmesi, ayrı bir suçtur; ayrıntılı açıklama için bakınız, Hafizoğulları ve Özen, s. 144, 145. Aynı Yönde bakınız, Gökcan, s. 707 ve Ünver, 179. 765 Sayılı TCK'da da bu fıkranın ayrı bir madde olarak (madde 470) düzenlendiği görülmektedir, Yılmaz Alasu, **Seçim Suçları ve Cezaları (298 Sayılı Kanun) : Nakliye ve muhabere vasıtaları aleyhine cürümler (TCK 384-393), çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri çocukları veya kendilerini idareye muktedir olmayanları veya tehlikede bulunanları kendi haline terk etmek cürümleri (TCK 468-476), cürüm işleyenleri saklamak ve cürüm delillerini yok etmek cürümleri (TCK 296-297), Bilamucip hayvan öldürme ve işe yaramaz hale koyma (TCK 521-522)**, Demircioğlu Matbaası, Ankara, 1993, s. 114. Yurtcan, eski kanunda madde 470

sebebiyle cezanın ağırlaştırıldığı görülmektedir.⁵⁶² 5. fıkarda öngörülen halde ise failin niteliği sebebiyle cezanın ağırlaştırılması söz konusudur. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre 3. ve 4. fıkralar bakımından kadının ruh sağlığının zarara uğraması kadının hayatını psikolojik anlamda eskisi gibi sürdürememesi olup uygulamada, bir kadının bebeğini kaybetmesinden kaynaklanan olası psikolojik rahatsızlığını aşan kalıcı rahatsızlıkların bu kapsamda kabul edildiği belirtilmektedir. Yazarlara göre bu halde verilecek ceza miktarı epeyce artacağından bu durumun yasada da öngörülmesi gerekmektedir.⁵⁶³

TCK madde 99/5'in birinci cümlesinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Yukarıda açıklandığı üzere *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe* beşinci fıkranın birinci cümlesi ile ikinci cümlesi arasında bir ayırım yapmamakta, beşinci fıkranın tamamını failin niteliğinden kaynaklanan bir ağırlaştırıcı sebep olarak değerlendirmektedir.⁵⁶⁴ Öte yandan *Hafizoğulları ve Özen*'e göre; TCK madde 99/5'i birinci cümlesi ile düzenlenen yetkili olmayan bir kişi tarafından çocuk düşürtülmesi, faili yetkili olmayan kişi, hukuki konusu gebeliğin yetkili kişi tarafından sonlandırılmasından kaynaklanan kişisel veya kamusal yarar, mağduru gebe kadın ve maddi konusu gelişim süresi on haftalıktan az olan bir cenin olan ayrı bir suçtur.⁵⁶⁵ 765 Sayılı TCK'da da bu fıkranın ayrı bir madde olarak (madde 470) düzenlendiği görülmektedir.⁵⁶⁶ Yurtcan, eski kanunda madde 470 ile düzenlenen yetkisiz kişinin süresi on haftadan az olan gebeliği kadının rızasıyla sona erdirmesi durumunu ayrı bir suç olarak saymış, ikinci fıkradaki durumu ise ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirmiştir.⁵⁶⁷ Fikrimizce de TCK madde 99/5'in birinci cümlesi ile düzenlenen durum ayrı bir suç tipidir. Zira bu cümle ile düzenlenen durum önceki başka bir fıkrayla da düzenlenmemiştir, yani başka bir suçun ağırlaştırıcı nedeni olabilecek nitelikte de değildir. Yukarıda açıklandığı gibi 99. maddenin ilk fıkrası gebe kadının rızası

ile düzenlenen yetkisiz kişinin süresi on haftadan az olan gebeliği kadının rızasıyla sona erdirmesi durumunu ayrı bir suç olarak saymış, ikinci fıkradaki durumu ise ağırlaştırıcı neden olarak değerlendirmiştir, Yurtcan, s. 74-78. Aynı yönde bakınız, Erdem, s. 1639, 1654 ve Ünver, s. 180.

⁵⁶² *Hafizoğulları ve Özen*, s. 143.

⁵⁶³ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 298.

⁵⁶⁴ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 298-299.

⁵⁶⁵ *Hafizoğulları ve Özen*, s. 144, 145. Aynı Yönde bakınız, Gökcan, s. 707 ve Ünver, 179.

⁵⁶⁶ Alasu, s. 114.

⁵⁶⁷ Yurtcan, s. 74-78. Aynı yönde bakınız, Erdem, s. 1639, 1654 ve Ünver, s. 180.

olmaması durumunda çocuk düşürtülmesini, ikinci fıkrası ile gebe kadının rızası olup gebeliğin onuncu haftasından sonra tıbbi zorunluluk olmadığı halde çocuk düşürtülmesini suç saymıştır. Öte yandan 99/5. maddenin ilk cümlesinde on haftayı doldurmamış bir gebeliğin gebe kadının rızası olsa bile yetkisiz kişi tarafından düşürtülmesi suç sayılmıştır. Gebe kadının rızası olduğundan durum ilk fıkraya uygun değildir. Gebeliğin ilk on haftası içindeki bir eylemden bahsedildiğinden durum ikinci fıkraya da uygun değildir. Dolayısıyla 99/5. maddenin ilk cümlesinde anlatılan durum bunlardan birinin ağırlaştırılmış hali değil kendine özgü, ayrı bir durum ve ayrı bir suç tipidir.

D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

TCK madde 99'da öngörülen fiillerin hukuka aykırılığını açıklamak için hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan ilgilinin rızası sebebinin açıklamak gerekmektedir. İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebebinin yanı sıra bir hukuka uygunluk nedeni değil kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olsa da ilgilinin rızası konusunda istisnai durumlara sebep verdiği tıbbi zorunluluk hali⁵⁶⁸ de bu bölümde incelenecektir.

Gebe kadının gebeliğinin sonlandırılmasına gösterdiği rızanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre madde 99/1⁵⁶⁹ ve madde 99/6 bakımından gebe kadının rızası bir hukuka uygunluk sebebi değil tipikliğe ilişkin bir unsurdur. Zira bu fıkralar bakımından rızanın bulunması durumunda, diğer koşullar da gerçekleşmişse, fiilin tipikliği gerçekleşmemiş olacak, çocuk düşürtmeye yönelik hareketler yapıldıkları andan itibaren hiçbir hukuka aykırılık oluşturmayacaklardır. Öyleyse bu bir cezasızlık nedenidir.⁵⁷⁰ Dönmez'e göre ise süre koşuluyla birlikte değerlendirilmekle birlikte gebe kadının rızası bir hukuka uygunluk nedenidir.⁵⁷¹ Gebe kadının rızası eylemi her durumda tek başına hukuka uygun hale getirmemekle birlikte bir hukuka uygunluk nedenidir.⁵⁷²

⁵⁶⁸ Çocuk düşürtme suçunda uygulanabilecek hukuka uygunluk nedenlerinin tıbbi zorunluluk hali ve hakkın kullanılması olduğuna ilişkin görüşler için bakınız; Tülay Kitapçıoğlu, Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürtme Suçu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 1, ss. 297- 332, s. 314-320.

⁵⁶⁹ Kızıroğlu, s. 172. Gökcan, s. 705. Erdem, s. 1656.

⁵⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 300.

⁵⁷¹ Dönmez, s. 117.

⁵⁷² Ünver, s. 187.

Çocuk düşürtme suçunda rızanın hukuki niteliğinin anlaşılabilmesi için tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarının incelenmesinde fayda vardır. Bilindiği üzere çocuk düşürtme suçu, müessir fiil niteliği taşıyan herhangi bir davranışla oluşabileceği gibi, bir tıbbi müdahale amaçlanmakla birlikte bu tıbbi müdahalenin koşulları yerine getirilmediği için de oluşabilir. Tıbbi müdahaleyi neyin hukuka uygun hale getirdiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre tıbbi müdahale aslında yaralama suçunun kanuni unsurlarına uygunluk göstermektedir ancak mağdurun rızası bulunuyorsa hukuka aykırılık ortadan kalkmaktadır. Bir başka görüşe göreyse tıbbi müdahalede amaç iyileştirmek olduğundan yaralama suçunun unsurlarında eksiklik vardır ve bu nedenle fiil suç oluşturmamaktadır.⁵⁷³

Yenener günümüzde tıbbi müdahalenin tedavi amacı taşımasının tek başına fiili hukuka uygun hale getirmeye yetmediğini, müdahalenin sonucu başarılı da olsa yaralama suçunun kanuni unsurlarının bu fiilde bulunduğunu belirtmektedir.⁵⁷⁴ Yazara göre bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için; müdahalenin o müdahaleyi yapmaya yetkili kişilerce yapılması, müdahalenin kanunen öngörülmüş amaçlara yönelik olması, müdahalenin tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması ve hastanın müdahaleye rıza göstermesi gerekmektedir.⁵⁷⁵ *Hakeri* tıbbi müdahalenin geçerlilik koşullarını, tıbbi müdahaleyi yapanın hekim (sağlık personeli) olması, endikasyon bulunması, aydınlatılmış hastanın rızası ve müdahalenin tıp biliminin verilerine uygun olması olarak saymakta ancak endikasyon bulunmasını da tıp biliminin verilerine uygunluğun içinde değerlendirerek tıbbi müdahalenin geçerlilik koşullarını üç başlık altında toplamaktadır.⁵⁷⁶ *Yine Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre tıbbi müdahalenin geçerliliği hekimlik mesleğinin icrası bakımından hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebine dayanmakla birlikte hekimlik mesleğinin icrasının da koşulları vardır. Yazarlara göre hekimlik mesleğinin icrası koşulları tıbbi müdahalenin bir hekim tarafından yapılması, aydınlatılmış rıza (onam) bulunması ve tıbbi müdahalenin

⁵⁷³ Yenener, s. 105.

⁵⁷⁴ Yenener, s. 106.

⁵⁷⁵ Yenener, s. 26-43.

⁵⁷⁶ Hakeri, s. 188.

gerekli veya zorunlu olmasıdır.⁵⁷⁷ *Yenener*'e göre, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu açıklayan hiçbir görüş tek başına yeterli değildir. Yazara göre tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu tıbbi müdahaleleri ikiye ayırarak incelemek daha mantıklıdır. Buna göre, sonucunda basit yaralama oluşan durumlar için hekimin hakkını icrası hukuka uygunluk sebebi oluştururken zorunluluk durumlarında rızanın alınamaması halinde hukuka uygunluğu izin verilen risk ve fiilin objektif isnad edilebilirliğiyle açıklamak mümkündür.⁵⁷⁸

Fikrimizce tıbbi müdahalenin geçerlilik koşulları; müdahalenin o müdahalede bulunmaya yetkili bir kişi tarafından yapılması, hastanın aydınlatılmış onamının bulunması, endikasyon bulunması, müdahalenin tıbbin gerekliliklerine uygun şekilde yapılması ve müdahalenin gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmasıdır. Bu koşullardan herhangi biri yerine getirilmezse yapılan müdahale hukuka uygun olmamakla failin kastı ve hareketin neticesine göre insan üzerinde deney, yaralama veya öldürme suçunu oluşturur. Bu anlamda tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte kişilerin vücut bütünlüğüne yapılan bir müdahalenin tıbbi müdahale oluşturması için gerekli tek koşulun rıza olmadığı da vurgulanmalıdır. Diğer koşullar yerine getirilmezse rıza geçerli olmakla birlikte yapılan müdahale tıbbi müdahale olarak kabul edilemeyecek, hukuka uygun sayılamayacaktır.

Doktrinde çocuk düşürtme suçlarına gösterilen rızanın tek başına yeterli olmaması ve kanun metninde ayrıca düzenlenmiş olması nedeniyle bir hukuka uygunluk nedeni değil tipikliğe ilişkin bir unsur olduğu belirtilmektedir.⁵⁷⁹ On haftayı aşan gebeliklerde gebe kadının rızası bulunsu dahi çocuk düşürtmenin hukuka uygun olmaması ile on haftayı geçmeyen gebeliklerde gebe kadının rızası olsa bile müdahalenin yetkisiz kişi tarafından yapılmasının suç sayılması, *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre kanunun gebe kadının rızasına bu durumlar için itibar etmediğini göstermektedir. Yine *Hafizoğulları ve Özen*'e göre, gebelik süresinin on haftayı aştığı durumlarda kadının

⁵⁷⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel, s. 323-330.

⁵⁷⁸ Yenener, s. 120.

⁵⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 299.

gebeliğinin sona erdirilmesine rıza gösterme hakkı yoktur, rızası geçersizdir. Fikrimizce madde metninde gebe kadının rızasının ayrıca zikredilmesinin nedeni rızaya değil gebelik süresine vurgu yapmaktır. Kanun koyucu maddenin birinci ve ikinci fıkralarında gebelik süresinin on haftayı aşmamış ve aşmış olması durumlarına odaklanarak ve buna yönelik olarak düzenleme yapmıştır. Madde metnindeki “rızaya dayalı olsa bile” ifadesi de bize aslında vurgulanmak istenen konunun rıza değil gebeliğin farklı dönemlerinde gebeliğin hangi koşullar altında sonlandırılabilceğinin düzenlenmesi olduğunu düşündürmektedir. Dolayısıyla gebe kadının rızası bir hukuka uygunluk nedenidir. Rızanın tek başına müdahaleyi hukuka uygun getirmemesinin nedeni kanun koyucunun ona itibar etmemesi değil, diğer tüm tıbbi müdahalelerde olduğu gibi bu müdahalenin de hukuka uygun kabul edilebilmesi için, rıza koşulu dâhil, tüm hukuka uygunluk nedenlerinin birlikte sağlanması gereğidir.

Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre gebe kadının bilincinin açık ve yerinde olduğu durumlarda, fiile yönelik rıza, fiilin konusu gebe kadının şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bir hak olan vücut bütünlüğü olduğundan ve rahmindeki ceninin geleceği hakkında karar verme yetkisi yalnızca gebe kadına ait olduğundan, yalnızca gebe kadın tarafından verilebilir.⁵⁸⁰ Bununla birlikte kadının rızasının alınamadığı durumlar ile kadının içinde bulunduğu bazı özel durumlar sebebiyle NPK’da izin müessesesi de öngörülmüştür. NPK’nın “Gebeliğin sona erdirilmesinde izin” başlıklı 6. maddesinde;

“5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasiinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır. Ancak akıl maluliyeti nedeni ile şuur serbestisine sahip olmayan gebe kadın hakkında rahim tahliyesi için kendi rızası aranmaz.

4 üncü maddenin ikinci ve 5 inci maddenin birinci fıkralarında belirtilen ve rızaları aranılacak kişiler evli iseler, sterilizasyon veya rahim tahliyesi için eşin de rızası gerekir.

⁵⁸⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 300.

Veli veya sulh mahkemesinden izin alma zamana ihtiyaç gösterdiği ve derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde izin şart değildir.” düzenlemesi yer almaktadır.

Buna göre; NPK madde 6 uyarınca, gebeliğin sonlandırılabilmesi için öncelikle gebe kadının rızasının- kanunun deyimiyle izninin- şart olduğu görülmektedir. Küçüklerde küçüğün rızası ile velinin izni, vesayet altında bulunup reşit veya mümeyyiz olmayanlarda reşit kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hâkiminin izin vermesi gerekmekte,⁵⁸¹ akıl maluliyeti nedeniyle şuuru yerinde olmayan gebe kadının rızasının aranmayacağı belirtilmektedir.⁵⁸²

İlgili maddenin yorumlanması bakımından doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*’ye göre gebe kadın fiil bakımından mümeyyiz bir küçük veya vesayet altındaki kişi ise gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması için verdiği rıza gereklidir ve aynı zamanda yeterli de sayılmalıdır. Yazarlara göre temyiz kudretine sahip bir gebe kadının küçük veya vesayet altında olması, onun şahsına sıkı sıkıya bağlı bir konu olan gebeliğinin sonlandırılması konusunda karar verme hakkını kullanmasına engel olmayacaktır.⁵⁸³

NPK madde 6/2’de gebe kadının evli olması halinde eşinin rızasının da alınması gerektiğine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. NPK madde 6/2 uyarınca, gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde gebe kadının talebiyle gebeliğin sonlandırılması durumunda, yani “salt gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebiyle gebeliğin sonlandırılması durumunda” eşin de rızasının alınması gerekmektedir. Doktrinde eş rızasının sadece “salt gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebiyle gebeliğin sonlandırılması durumunda değil, “gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” nedenleriyle gebeliğin sonlandırılmasında da

⁵⁸¹ Gökcan, s. 350. Yurtcan, s. 57, 58. Çakmut, s. 134. Nurdan Kırımlıoğlu, “Aile Planlaması, Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye’deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar”, **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, S. 6, 1998, ss. 24-32, s. 28.

⁵⁸² Gökcan, s. 350. Yurtcan, s. 57, 58.

⁵⁸³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 300.

arandığını iddia eden yazarlar bulunmaktadır. Örneğin, *Uyumaz ve Avcı*'ya göre NPK madde 6'da öncelikle 5. maddedeki durumlardan bahsedildiği için kadının rızasıyla birlikte eşinden rıza alınması gereken durumlara sorunlu gebeliklerin sonlandırılması yani tıbbi endikasyon veya zorunluluk hali olarak adlandırılan durumlar da dâhildir.⁵⁸⁴ Yurtcan da, eş rızasının acil müdahale gerektiren haller haricinde alınması gerektiği kanaatindedir.⁵⁸⁵ Güven kanunda, acil hallerde eş rızasının alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği durumlarda izin alınmasına gerek olmadığı durumun düzenlendiğine dikkat çekmiştir. Yazar, hal böyleyken “gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” sebepleriyle gebeliğin sonlandırılmasında rızanın alınmasının zamana ihtiyaç gösterdiği hallerde izinin alınmasına gerek olmadığına ilişkin düzenleme yapılmamasını eleştirmiştir.⁵⁸⁶

Fikrimizce kanun koyucu, NPK'daki eş rızası düzenlemesini yalnızca “salt gebe kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi” nedeniyle gebeliğin sonlandırılması durumu için getirmiştir. NPK madde 6/1'de tüm gebeliğin sonlandırılması sebepleri için alınması gereken izinler sayılmıştır. NPK madde 6/2'de ise yalnızca NPK madde 5/1 için, gebe kadın evli ise eşinin rızasının da alınacağı belirtilmiştir. Yani gebe kadın gebeliğinin onuncu haftasına kadar salt bu yöndeki talebi nedeniyle gebelik sonlandırılacaksa gebe kadının rızası, gebe kadın küçükse velisinin, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan bir kişiye reşit olmayan gebe kadının ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izni gerekmektedir. Bunlara ek olarak gebe kadın evli ise, ayrıca eşinin rızasının da alınması gerektiğine dair bir düzenleme yapılmıştır. Fikrimizce ilk fıkrada öncelikle tüm gebeliğin sonlandırılması sebepleri için gerekli izin sistemini sayılmış olmasından, derhal müdahale gerektiren haller dışında tüm gebeliğin sonlandırılması sebepleri için eş rızasının alınması gerektiği anlamı çıkmamaktadır. NPK madde 6/1'de tüm gebeliğin sonlandırılması sebepleri için eş rızası dışındaki izin sistemi düzenlendiği ve NPK madde 6/3'te derhal müdahale gerektiren

⁵⁸⁴ Uyumaz ve Avcı, s. 34.

⁵⁸⁵ Yurtcan, s. 58.

⁵⁸⁶ Güven, s. 12, 13.

haller için özel bir durum getirilerek zaman gerektirmesi halinde veya sulh mahkemesinden izin alınmasının şart olmadığı belirtildiği gibi; NPK madde 6/2’de de yalnızca “salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi” nedeniyle gebeliğin sonlandırılması durumu için özel bir düzenleme getirilerek bu durumda eşin de rızasının gerektiği düzenlenmiştir.⁵⁸⁷ Nitekim, eş rızasının Tüzük’ün 13. maddesinde de on haftayı geçmeyen gebeliklerde kadının evli olması durumunda tamamlanması gereken bir şart olarak düzenlendiği görülmektedir.⁵⁸⁸

Eş rızasına ilişkin düzenlemenin, savunduğumuz gibi, yalnızca “salt kadının gebeliğinin sonlandırılması yönündeki talebi” nedeniyle gebeliğin sonlandırılması durumu için getirildiğinin kabulü halinde Güven’in eleştirisi de cevap bulacaktır. “Gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması” ve “gebeliğin devamının doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacak olması” durumları için eş rızası düzenlemesi olmadığından bunun zaman gerektirdiği durumlar için düzenleme de yapılmamıştır. Acil hallerde ise, acil hallerin özelliği gereği derhal müdahalede bulunma zorunluluğu sebebiyle, zaten hiçbir izin şartı söz konusu değildir.

Gebeliğin sonlandırılmasında eşin rızasının alınmasına ilişkin düzenleme doktrinde de sıklıkla eleştirilmektedir. Bu yönde düşünen yazarlara göre eş rızasının

⁵⁸⁷ Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

Gebeliğin sona erdirilmesi:

Madde 5 – Gebeliğin onuncu haftası doluncaya kadar annenin sağlığı açısından tıbbi sakınca olmadığı takdirde istek üzerine rahim tahliye edilir.

Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.

Derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil hallerde durumu tespit eden yetkili hekim tarafından gerekli müdahale yapılarak rahim tahliye edilir. Ancak, hekim bu müdahaleyi yapmadan önce veya mümkün olmadığı hallerde müdahaleden itibaren en geç yirmi dört saat içinde müdahale yapılan kadının kimliği, yapılan müdahale ile müdahaleyi icabettiren gerekçeleri illerde sağlık ve sosyal yardım müdürlüklerine, ilçelerde hükümet tabipliklerine bildirmeye zorludur.

Acil müdahale hallerinin nelerden ibaret olduğu ve yapılacak ihbarın şekil ve mahiyeti ile sterilizasyon ve rahim tahliyesini kabul edenlerden istenilecek izin belgesinin şekli ve doldurulma esasları, bunların yapılacağı yerler, bu yerlerde bulunması gereken sağlık ve diğer koşullar ve bu yerlerin denetimi ve gözetimi ile ilgili hususlar çıkarılacak tüzükte belirtilir. www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.5.837395.pdf, (14.09.2017)

alınmasına ilişkin düzenleme cinsiyetçi bakış açısının açık bir göstergesi⁵⁸⁹ olup kadının kendi doğurganlığı ve üreme süreci üzerinde karar verme hakkını sınırlamaktadır.⁵⁹⁰ Kendisine yapılacak her türlü tıbbi müdahalede iradesine saygı gösterilen kadının rızası, konu gebeliğin sonlandırılması olduğunda da tek başına yeterli sayılmalıdır.⁵⁹¹ Ceninin kadının vücudunda tutunup büyüdüğü için onunla daha fazla bağlantılı olduğu gerçeği de gebeliğin sonlandırılması için gebe kadının kararının yeterli olduğunu destekler niteliktedir.⁵⁹² Ceza kanununda yer bulmaması nedeniyle aykırı davranılması halinde cezai sorumluluğa sebep olmayacak bir düzenleme olsa da hukuki sorumluluk ile disiplin sorumluluğuna yol açması mümkündür. Fikrimizce dünyada da örneği çok az olan söz konusu düzenleme, evli kadın ile evli olmayan kadın arasında eşitsizliğe yol açması ve kadının kendi vücut bütünlüğü konusunda karar verme hakkını kısıtladığı için kaldırılmalıdır.

Rıza konusunda bahsedilmesi gereken bir başka konu da rızanın aydınlatılmış olması gereğidir. Yukarıda açıklandığı üzere, bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için tamamlanması gereken koşullardan biri de hastanın aydınlatılmış onamının alınmasıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. Maddesinde aydınlatmanın kapsamının ne olduğu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre; *“hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, muhtemel komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği”* konularında hastaya bilgi verilmelidir.⁵⁹³ Hastanın yapılacak müdahalenin öncesinde, kendisine müdahale

⁵⁸⁹ Aciduman, s. 24.

⁵⁹⁰ Kırımlioğlu, s. 29. Aynı yönde bakınız, Uyumaz ve Avcı, s. 36

⁵⁹¹ Kudret Güven, “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin Rızası Sorunu”, <https://jurix.com.tr/article/5372>, s. 14, (17.07.2017).

⁵⁹² Güven, s. 14.

⁵⁹³ Hasta Hakları Yönetmeliği, <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=7.5.4847&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch=hasta%20haklar%C4%B1>, (17.03.2018).

konusunda düşünüp karar vermeye yetecek bir süre tanınarak bu bilgilerin verilmesi gerekmektedir.⁵⁹⁴ Aydınlatmanın hastanın anlayabileceği bir dille yapılması da önem taşımaktadır. Hastanın kendisine yapılacak müdahale konusunda aydınlandığından emin olunmalıdır. Zira ancak hastanın aydınlanması sonrasında verdiği rıza geçerli bir aydınlatılmış onam olarak kabul edilebilir nitelikte olacaktır.

Gebeliğin sonlandırılması konusunda da benzer yükümlülükler söz konusu olacaktır. Buna göre, gebe kadının gebeliğin sonlandırılmasına yönelik müdahale öncesinde; bu müdahalenin sonuçları, olası riskleri ve gebelik tıbbi bir nedenle sonlandırılıyorsa gebeliğin devamı veya doğumun gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilecek durumlar hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir.⁵⁹⁵

Tıbbi zorunluluk hali de Türk Hukuku'nda uygulanan bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olup gebeliğin sonlandırılmasına yönelik tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren sebepler arasındadır. TCK madde 25/2'de düzenlenen zorunluluk halinin çocuk düşürtme suçunda uygulanmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre, TCK madde 99/2'deki "tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde..." ifadesi gebelik süresi on haftayı aşmış olsa bile tıbbi zorunluluk durumunda gebeliğin sonlandırılmasının hukuka aykırı sayılmayacağının göstergesidir.⁵⁹⁷ Öyleyse gebeliğin devamının gebe kadının hayatını veya fiziksel veya ruhsal sağlığını tehlikeye atması durumunda gebeliğin, herhangi bir aşamasında sonlandırılması cezalandırılmayacaktır.

Hakeri'ye göre tıptaki gelişmeler neticesinde günümüzde 22-24 haftayı geçen gebeliklerde ceninin rahimden tahliyesi sonrası yaşama şansı olduğundan gebeliğin sonlandırılmasında süre üst sınırı olarak 22-24 haftanın kabulü gerekmektedir. Yazara göre bu süre üst sınırından sonra gebeliğin sonlandırılması ancak çok istisnai hallerde

⁵⁹⁴ Hakeri, s. 239.

⁵⁹⁵ Tunalı, s. 71.

⁵⁹⁶ TCK made 25/2'de düzenlenen zorunluluk hali bir hukuka uygunluk sebep değil, kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebidir. Hukuka uygunluk nedenlerini ele aldığımız bu bölümde zorunluluk haline değinmemizin nedeni, zorunluluk nedeninin hukuka uygunluk sebebi olan ilgilinin rızası konusunda istisnai durumlara sebep olmasıdır.

⁵⁹⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 302. Hafizoğulları ve Özen, s. 140, 141. Gökcan, s. 709.

kabul edilebilir.⁵⁹⁸ *Tunalı* ise kanunun gebeliğin tıbbi sebeplerle sonlandırılması durumu için bir süre sınırı öngörmediğini belirtmektedir.⁵⁹⁹ Yazara göre tıbbi durumun hangi aşamada ortaya çıkacağı belirsiz olduğundan süre üst sınırı getirilmemesi isabetlidir. Bununla birlikte gebeliğin ileri aşamalarında sonlandırılmasında cenin tam ve sağ olarak doğması söz konusu olabileceğinden bu şekilde doğup da bir süre sonra ölen çocuk için gebeliği sonlandırmanın kasten öldürme suçundan mı yoksa çocuk düşürtme suçundan mı cezalandırılacağı belirsiz bir hal almaktadır. Yazar, böyle bir durumda gebelik tıbbi sebebe dayanılarak, yani hukuka uygun olarak sona erdirildiğinden herhangi bir suç oluşmayacağını belirtmektedir. Öte yandan bu çocuğun doğumu ile ölümü arasındaki süre zarfında tıbbi müdahale almaya hakkı bulunmaktadır. Bu anlamda bakımının gereğince yerine getirilmesi, ağrıların hafifletilmeye çalışılması gerekmektedir. Bununla birlikte *Tunalı*'ya göre ceninin özürlü olması ve bu sebeple ailenin bu çocuğu dünyaya getirmek istememesi nedeniyle gebelik sonlandırılıyorsa bahsi geçen müdahalenin ötesinde, doğan çocuğun yaşatılmaya çalışılması anlamlı değildir. Yazara göre ortaya çıkabilecek hukuki sorunların önüne geçebilmek adına fetal anomali nedeniyle ileri aşamada sonlandırılan gebeliklerde fetosid adı verilen, fetal kalbe ilaç verilerek önce ceninin öldürülmesini, sonrasında rahmin tahliye edilmesini öngören işlemin yapılması faydalı olabilecektir. Yöntemin uygulanması için ise bazı uygulama klavuzlarının hazırlanması gerekmektedir.⁶⁰⁰

Hakeri'ye göre NPK madde 5 yalnızca gebe kadının hayatının tehlikede olduğu durumlarda onuncu haftadan sonra gebeliğin sonlandırılmasından bahsetmiş, gebe kadının fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlikede olmasını bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak görmemiştir. Öte yandan zorunluluk haliyle ilgili genel hükümlerden yola çıkıldığında gebe kadının fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlikede olması durumunda da on haftayı aşan gebeliklerin sonlandırılabilmesi anlaşılmaktadır.⁶⁰¹

⁵⁹⁸ Hakeri, s. 866.

⁵⁹⁹ Aynı yönde bakınız; Zarife Şenocak. **İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 122.

⁶⁰⁰ Tunalı, s. 136-139.

⁶⁰¹ Hakeri, s. 866. Gökcan, s. 709.

Tıbbi zorunluluk söz konusuysen kadının gebeliğinin sonlandırmasına rıza göstermemesi durumunda ne olacağı kadının bilincinin yerinde olup olmamasına göre değişiklik göstermektedir. Kadının bilinci yerindeyse mutlaka rızasına uygun hareket etmek gerekmektedir.⁶⁰² Kadının bilinci yerinde değilse *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre doktorların mesleklerinden kaynaklanan haklarının icrası gereği⁶⁰³; *Hakeri*'ye göre ise gebe kadının varsayılan rızası dolayısıyla⁶⁰⁴ gebeliği sonlandırmaları hukuka uygundur.

Çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyet, NPK madde 5/2'de⁶⁰⁵ gebeliğin devamının gebe kadının hayatını tehlikeye attığı hallerle birlikte düzenlendiğinden ve her ikisi de gebelik süresinin on haftayı aştığı durumlarda uygulanabilir olduğundan bunun da tıbbi zorunluluk kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.⁶⁰⁶ Öte yandan *Hakeri*, gebe kadının hayatının tehlikede olduğu durumu zorunluluk hali, çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyeti ise hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirmiştir.⁶⁰⁷ *Hakeri*'nin özürsüzlük endikasyonu olarak adlandırdığı bu sebepte işaret edilen ağır maluliyetten ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Yazar doktrinde ağır maluliyet ile tedavisi ve telafisi mümkün olmayan özürlerin kastedildiğinin savunulduğunu belirtmektedir. Öte yandan *Hakeri*'ye göre bu hüküm ile işaret edilen tehlikenin doğacak çocuk için mi yoksa tehlike için mi tehlike sayılacağına anlaşılmadığını iddia etmektedir. Yazara göre, Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'e ek 2 numaralı listede sayılan hiçbir maluliyetin çocuk için, öldürülmesinden daha ağır bir tehlike arz etmeyecektir, özürsü insanların toplum için tehlike arz etmesinin kabulü ise mümkün değildir.⁶⁰⁸ *Tunalı*'ya göre, fetal anomaliye dayanılarak gebeliğin

⁶⁰² Ünver, s. 194. *Hakeri*, s. 867. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 302.

⁶⁰³ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 303.

⁶⁰⁴ *Hakeri*, s. 867.

⁶⁰⁵ “Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir.”

⁶⁰⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 275. Dönmez, s. 120.

⁶⁰⁷ *Hakeri*, s. 868.

⁶⁰⁸ *Hakeri*, s. 870.

sonlandırılması, ceninin tedavisini değil yaşamının sonlandırılmasını amaçladığından, amaç gebe kadının ruhsal sağlığının korunması değilse, tıbbi endikasyon değil kanuni endikasyondur.⁶⁰⁹ Buna karşılık ilgili hüküm *Aksu ve Arda* tarafından özürlü çocuğu dünyaya getirip getirmemeye karar verme hakkının ailesinde olduğu ve kimsenin zorla özürlü bir çocuğa bakma yükümlülüğü altına sokulamayacağı belirtilerek savunulmaktadır.⁶¹⁰

E. Suçun Manevi Unsuru

Çocuk düşürtme suçunun manevi unsuru genel kasıttır.⁶¹¹ TCK madde 21’de kasıt, “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” olarak tanımlanmıştır. Kastın varlığı için aranan iki unsur, fiilin kanuni tanımında yer alan unsurların bilinmesi ve söz konusu davranışın ve bu davranışın sonucunun istenmesidir. Failin gerçekleşme ihtimalini kabul ettiği sonuçlar istenmiş sayılır. Bir davranışın sonucu öngörülmesine rağmen kişi bu davranışı gerçekleştiriyorsa kişi sonucu kabul etmiştir. Bilme unsuru ise suçu oluşturan tüm unsurların fail tarafından bilinmesi anlamına gelir.⁶¹²

Çocuk düşürtme suçunda kastın gebe kadın ile rahmindeki cenin arasındaki yaşamsal bağı koparmaya yönelik olması gerekmektedir.⁶¹³ Failin iradesinin cenini düşürtmeye yönelik olması, eyleminin ceninin düşmesine neden olacağını bilmesi ve bunu istemesi gerekir.⁶¹⁴ *Hafizoğulları/Özen*’e göre, çocuk düşürtme suçunda failin kastı, gebe bir kadın üzerinde, rızası olmadığını bildiği halde çocuk düşürtmeye yönelik eylemlerde bulunmaktır.⁶¹⁵ Teorik olarak bakıldığında, çocuk düşürtme suçunun olası kasıt ile işlenmesi de mümkündür.⁶¹⁶ Olası kasıt TCK madde 21/2’de, “*kişinin, suçun*

⁶⁰⁹ Tunalı, s. 161.

⁶¹⁰ Murat Aksu ve Berna Arda, “Normatif Bir Sistem Olarak Tıbbi Deontolojinin Etiği”, **Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı**, İstanbul, 2005, ss. 49-56’dan aktaran Hakeri, s. 870

⁶¹¹ Yurtcan, s. 76. Hafizoğulları ve Özen, s. 140. Tezcan/Erdem/Önok, s. 273. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 301. Kızıroğlu, s. 175. Hakeri, s. 859, 866. Dönmez, s. 115. Ünver, s. 183.

⁶¹² Toroslu, Ceza Genel, s. 198-203.

⁶¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 302.

⁶¹⁴ Yurtcan, s. 76.

⁶¹⁵ Hafizoğulları ve Özen, s. 141.

⁶¹⁶ Ünver, s. 183. Dönmez, s. 115. Hakeri, s. 866. Tezcan/Erdem/Önok, s. 273. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 301. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe’ye göre; kasten yaralama suçunu oluşturan harekette bulunan failin, mağdur kadının gebe olduğunu fark etmesi ve çocuğun düşme ihtimalini göze alarak yaralama suçuna ilişkin hareketlerine devam etmesi durumunda kasten yaralama suçu söz konusu olacak, fiilin gebe kadına karşı işlenmesi nitelikli hali bu olaya failin kadının gebe olduğunu

kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi” olarak tanımlanmıştır. Fail bu sonuçları önleyebileceği inancıyla hareket etmemekle birlikte, fail tarafından muhtemel görünen sonuçlara ilişkin kasıt, olası kasıttır.⁶¹⁷ Örneğin gebe kadının tedavisi için gereken ancak yan etki olarak gebeliğin sona ermesine de neden olabilecek bir ilacın bu durum göze alınarak kullanılması durumunda çocuk düşürtme suçunun olası kasıtlı işlendiği söylenebilecektir.⁶¹⁸

Çocuk düşürtme suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir.⁶¹⁹ *Hakeri*’ye göre, hekimin taksirli eylemi nedeniyle çocuğun düşmesi durumunda TCK 89 uygulanabilecek, hekimin taksirle çocuk düşürtmesi durumunda hekim, çocuk düşürtme suçundan değil, taksirle yaralama suçundan cezalandırılacaktır.⁶²⁰ *Dönmez*, böyle bir durum için, kanunda boşluk olduğunu, kanunda çocuk düşürtme suçunun taksirli halinin düzenlenmesi gerektiğini belirtmektedir.⁶²¹

Aslında gebe olmayan bir kadının gebe olduğu düşüncesiyle hareket eden fail kasten yaralama⁶²² veya ortaya çıkan neticeye göre kasten öldürme suçunu işlemiş⁶²³ sayılacaktır.

II. ÇOCUK DÜŞÜRME

A. Genel Olarak

TCK madde 100 ile gebelik süresinin on haftayı aştığı durumlarda kadının kendi çocuğunu isteyerek düşürmesi cezalandırılmıştır. 765 Sayılı TCK’da 469. maddede düzenlenen bu durumun 5237 sayılı TCK’da ayrı bir maddede düzenlenmesinin tercih edildiği görülmektedir. Bununla birlikte iki düzenleme arasındaki tek fark bu değildir. 765 Sayılı TCK’nın 469/1. maddesinde çocuğunu düşüren gebe kadına verilecek ceza 1 yıldan 4 yıla kadar hapis cezasıyken⁶²⁴ 5237 Sayılı TCK’nın 100. maddesinde faile

bilmesi gerektiğinden uygulanamayacaktır; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 302. Hafizoğulları ve Özen’e göre çocuk düşürtme suçu olası kasıtlı işlenemez; Hafizoğulları ve Özen, s. 140.

⁶¹⁷ Toroslu, Ceza Genel, s. 206.

⁶¹⁸ Tunalı, s. 140.

⁶¹⁹ Yurtcan, s. 76. Hafizoğulları ve Özen, s. 140. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 302. Hakeri, s. 859. Dönmez, s. 115. Ünver, s. 183.

⁶²⁰ Hakeri, s. 859.

⁶²¹ Dönmez, s. 115.

⁶²² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 302. Hafizoğulları ve Özen, s. 141.

⁶²³ Hafizoğulları ve Özen, s. 141.

⁶²⁴ Yurtcan, s. 84.

verilecek ceza 1 yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası olarak belirlenmiştir. Yeni kanun ile getirilen ceza miktarı doktrinde eleştirilmektedir. Bazı yazarlara göre ceza miktarının önceki kanuna göre de yeni kanunun 99. maddesine göre de daha düşük tutulmasının nedeninde açıklık bulunmamaktadır. TCK madde 99/2'deki gebelik süresi ile TCK madde 100'deki gebelik süresinin aynı olduğuna dikkat çeken yazarlar, TCK madde 99/5'te yetkisiz kişinin gebeliği sonlandırması durumunda cezanın arttığını vurgulamaktadır. Gebeliğin on haftası aşıldıktan sonra gebe kadının da gebeliğini sonlandırmak konusunda yetkisiz olduğu halde madde 100'de verilen cezanın artmayıp aksine azalmasının objektif bir sebebi bulunmadığını belirtmektedir.⁶²⁵

B. Suçun Hukuki Konusu

Doktrinde çocuk düşürme suçuyla korunan hukuki değer konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlara göre korunan hukuki değer ceninin gelecekteki yaşam hakkıdır.⁶²⁶ Bazı yazarlara göreyse buna ek olarak gebe kadının sağlığı da korunmaktadır. Bu görüşe göre; gebeliğin onuncu haftasından sonra gebeliğin yetkisiz bir kişi tarafından sonlandırılmasının gebe kadının sağlığı için tehlike yaratabileceği düşüncesinin de kanun koyucunun gebe kadının kendi gebeliğini sonlandırmasını cezalandırmasında etkisi bulunmaktadır.⁶²⁷ Kuzey ülkelerinde bu suçla belli bir kimseye ait hukuki bir değer korunmadığı ve bu nedenle fiilin suç olmaktan çıkarılmasının istendiğini belirten *Hafizoğulları/Özen*, bu düşüncenin geçerli olmadığını savunmaktadır. Yazarlara göre, anayasalarda aile, kadın ve çocuk üstün değer olarak korunurken ve hayvan haklarında söz edilirken beşeri hayatın nüvesi olan ceninin hukuken korunmaması söz konusu olamayacaktır. Çocuk düşürme suçunun kanunla düzenlenmesinden vazgeçilmemelidir. Bu suç ile korunan hukuki değer ise insan hayatının en başından itibaren korunmasına ilişkin kamusal yarardır.⁶²⁸

Tunalı'ya göre, gebe kadının gebeliğinin ilk on haftasında kendi gebeliğini sonlandırmaya yönelik faaliyetleri de sağlığı açısından risk taşıdığından kadının sağlığı

⁶²⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 307-308.

⁶²⁶ Ünver, s. 225. Murat Aydın. Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 2, 2011, ss. 69-100, s. 97.

⁶²⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306.

⁶²⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 146.

bu suçla korunan hukuki değerlerden değildir. Yazara göre korunan öncelikli hukuki değer ceninin yaşamıdır.⁶²⁹ Ertuğrul'a göre suç ile korunan öncelikli değer ceninin yaşamı, ikincil değerler ise gebe kadının hayatı, vücut bütünlüğü, anne olma hakkı ve devletin nüfus planlaması politikasıdır.⁶³⁰ Kızıroğlu'na göre ise suçla korunan hukuki değer ceninin gelecekteki yaşam hakkına kavuşabilmesi hakkıdır. Yazara göre gebe kadın biyolojik anne olup olmayacağına gebeliğinin ilk on haftası içinde karar vermek durumundadır. Gebeliğin onuncu haftası aşıldıktan sonra ise hukuk düzeni kadının bu seçim yapma hakkını ceninin varlığını sürdürüp doğma hakkı ile sınırlandırmıştır.⁶³¹ Fikrimizce suçla korunan hukuki değer toplumun ceninin gelecekteki yaşamından doğan menfaati ile gebe kadının sağlığıdır. Gebeliğin ilk on haftasında kadının kendi çocuğunu düşürmesi suç olmadığından ve belli koşullar yerine geldiğinde gebeliğin sonlandırılması gebeliğin ilk on haftadan sonra da yetkili kişinin müdahalesi ile aslında yasal olduğundan korunan öncelikli hukuki değer cenin gebe kadının sağlığı olduğu kanaatindeyiz.

C. Suçun Maddi Unsurları

1. Suçun Konusu

Suçun konusunun da doktrinde tartışmalı olduğu görülmektedir. Bir görüşe göre, sağlık açısından fiilden etkilenen gebe kadının kendisiyken suçla korunan hukuki değer açısından bakıldığında suçun gebe kadının kendi vücudu aracılığıyla cenin üzerinde işlendiği de kabul edilebilir.⁶³² Bir başka görüşe göre çocuk düşürme suçunun maddi konusu düşürülen çocuk yani cenin⁶³³ veya düşürülen ceninin bedenidir.⁶³⁴ Fikrimizce suçun konusu hem gebe kadının vücudu hem de düşürülen cenindir.

⁶²⁹ Tunalı, s. 211.

⁶³⁰ Hüseyin Ertuğrul, "Türk Ceza Kanunu'nda Çocuk Düşürme Suçu", **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 6(2), ss. 361-386, s. 372.

⁶³¹ Kızıroğlu, s. 184.

⁶³² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306. Suçun maddi konusun hem gebe kadının vücudu hem de düşürülen cenin olduğuna ilişkin bir başka görüş için bakınız; Ünver, s. 225.

⁶³³ Hafizoğulları/Özen, s. 147. Ertuğrul, s. 373. Erdem, s. 1681.

⁶³⁴ Tunalı, s. 211.

2. Fail-Mağdur

Çocuk düşürme suçu ancak gebe kadının kendisi tarafından işlenebilir.⁶³⁵ Bir başkasının gebe kadın üzerinde aynı fiilleri gerçekleştirmesi durumunda TCK madde 100 değil, madde 99 uygulama alanı bulacak, çocuk düşürme suçu oluşmayacaktır. Dolayısıyla çocuk düşürme suçu özgü suçtur.⁶³⁶

Doktrinde suçun mağdurunun kim olduğu konusu tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre suçun mağduru cenindir.⁶³⁷ Bazı yazarlar ise suçun mağdurunun toplum ve devlet olduğu, bunun yanında kişinin kendi sağlığı üzerinde kendisine zarar verecek yönde tasarrufta bulunmasını engellemesi bakımından gebe kadının da suçun mağduru olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir.⁶³⁸ Öte yandan kadının mağdur olduğunun kabulü halinde fail ve mağdur sıfatlarının aynı kişide birleşmesi söz konusu olacağından kadının çocuk düşürme suçunun faili olamayacağını düşünen yazarlar da bulunmaktadır.⁶³⁹ *Ertuğrul*'a göre fail ve mağdur sıfatları aynı kişide birleşemeyeceğinden bu suçta mağdur kim olduğu belirsizdir. Mağduru belirsiz olan suçlarda toplumdaki herkesin mağdur olduğu düşünüldüğünden yazar, bu suçta da mağdur toplumu oluşturup yaşam hakkına sahip olan herkes olduğunu belirtmektedir. Yazara göre ayrıca baba da suçtan zarar gören sıfatına sahiptir.⁶⁴⁰ *Erdem*'e göre de çocuk düşürme suçunun mağduru kamudur.⁶⁴¹ Fikrimizce her ne kadar suçla korunan öncelikli hukuki değer gebe kadının sağlığı olsa da fail ve mağdur sıfatları aynı kişide birleşemeyeceğinden suçun mağduru toplumdur. Toplumun ceninin gelecekteki yaşamından kaynaklanan menfaati zarar görmektedir ve bu sebeple toplumun suçun mağduru olduğu söylenebilecektir.

⁶³⁵ Ünver, s. 223. Tezcan/Erdem/Önok, s. 270. Hafizoğulları/Özen, s. 146. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306. Dönmez, s. 109. Erdem, s. 1681.

⁶³⁶ Kızıroğlu, s. 184. Erdem, s. 1681. Hafizoğulları/Özen, s. 146. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306.

⁶³⁷ Ünver, s. 224. Kızıroğlu, s. 185.

⁶³⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306.

⁶³⁹ Tunalı, s. 212. Erdem, s. 1682.

⁶⁴⁰ Ertuğrul, s. 374.

⁶⁴¹ Erdem, s. 1682.

3. Eylem

Suçun maddi konusunu oluşturan eylem gebe kadının kendi çocuğunu düşürmesidir.⁶⁴² TCK madde 100 uyarınca, kadının kendi gebeliğini sonlandırmasının söz konusu suçu oluşturabilmesi için gebelik süresinin on haftayı aşmış olması gerekir.⁶⁴³ Kanunda gebeliğin nasıl sonlandırılması gerektiğiyle ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.⁶⁴⁴ Gebe kadının tek bir hareketiyle çocuğu düşürmesi ile birden çok hareketiyle çocuğu düşürmesi arasında suçun oluşumu bakımından fark bulunmamaktadır.⁶⁴⁵ Gebe kadın kendi üzerinde fiziki güç kullanarak ceninin düşmesine sebep olabileceği gibi bir takım ilaçlar kullanarak da bu sonuca sebep olabilir.⁶⁴⁶ Dolayısıyla çocuk düşürme suçu serbest hareketli bir suçtur.⁶⁴⁷

Hafizoğulları/Özen'e göre suçun ihmalle işlenmesi de mümkündür. Örneğin düşük tehlikesi geçiren bir kadının kendisine doktor tarafından yatak istirahati önerilmesine rağmen bunu dinlemeyerek çocuğunun düşmesine neden olması halinde suç ihmal suretiyle işlenmiş olacaktır.⁶⁴⁸

Hareketin çocuğu düşürmeye yönelik olması gerekir. Gebe kadının çocuğunu düşürmeye yönelik olmayan hareketleri bu suçu oluşturmaz.⁶⁴⁹ Suçun oluşması için anne karnındaki ceninin yapılan müdahale öncesinde canlı olması gerekir.⁶⁵⁰

Çocuk düşürme suçu neticeli bir suçtur.⁶⁵¹ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*'ye göre suç, gebe kadının kendi çocuğunu düşürmeye yönelik hareketleri sonucunda ceninin gebe kadınla olan yaşamsal ilişkisinin ortadan kalkmasıyla neticelenir.⁶⁵² *Tunalı*'ya göre ise netice, gebe kadının taşıdığı ceninin ile arasındaki yaşamsal bağı kopararak ceninin doğal gelişimini engellemesidir.⁶⁵³ Neticenin anne karnındaki ceninin ölmesi olduğunu belirten

⁶⁴² Hafizoğulları/Özen, s. 147. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306. Ertuğrul, s. 374-375.

⁶⁴³ Gökcan, s. 349. Hafizoğulları/Özen, s. 147. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306.

⁶⁴⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 147. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306.

⁶⁴⁵ Ünver, s. 225.

⁶⁴⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 147.

⁶⁴⁷ Tunalı, s. 213. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 306. Hafizoğulları/Özen, s. 147. Ünver, s. 225. Ertuğrul, s. 376.

⁶⁴⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 147.

⁶⁴⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 307.

⁶⁵⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 271.

⁶⁵¹ Hafizoğulları/Özen, s. 147.

⁶⁵² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 307.

⁶⁵³ Tunalı, s. 209.

yazarlar da vardır.⁶⁵⁴ Fikrimizce de suç, gebe kadının çocuğunu düşürmeye yönelik faaliyetleri sebebiyle ceninin ölmesi ile sonuçlanır. Neticenin failin çocuğunu düşürmeye yönelik fiili nedeniyle ortaya çıkması ve bu fiilin gebe kadına objektif olarak isnat edilebilmesi gerekir.⁶⁵⁵

Ertuğrul'a göre çocuk düşürme suçunun oluşabilmesi için gebe kadın tarafından düşürülen çocuğun yaşama ihtimali bulunmalıdır. Gebeliğin doğal seyrinde devam edip çocuğun doğması hiçbir şekilde ihtimal dâhilinde değilse ve gebe kadın böyle bir gebeliğini kendisi sonlandırdıysa çocuk düşürme suçu oluşmaz. Yazar bu konuyla ilgili dış gebelik durumunu örnek vermiş, gebeliğin sonlandırılmasının kadının sağlığı için gerekli olduğunu ve zaten bu gebeliğin doğuma kadar sürüp çocuğun doğması ihtimali bulunmadığını, bu nedenle gebe kadının böyle bir gebeliğini gebeliğin onuncu haftasından sonra sonlandırmasının çocuk düşürme suçunu oluşturmayacağını belirtmiştir.⁶⁵⁶ Yazarın bu görüşüne katılmamaktayız. Fikrimizce suçun oluşması için anne karnındaki ceninin gebe kadının çocuk düşürmeye yönelik müdahalesi öncesinde yaşıyor olması yeterlidir, yaşama ihtimalinin bulunup bulunmaması suçun oluşumunu etkilemez. Ayrıca gebeliğin sonlandırılmasında tıbbi nedenin bir hukuka uygunluk nedeni oluşturabilmesi için, yukarıda çocuk düşürme suçu kapsamında açıkladığımız gibi, müdahalenin yetkili bir kişi tarafından gerçekleşmesi gerekmektedir. Çocuk düşürme suçu bakımından tıbbi bir sebebin bulunması bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlenmemiştir. Kadının kendi kendine yaptığı böyle bir müdahale tıbbi müdahalenin geçerlilik koşullarını sağlayamayacağından genel hükümlere göre de tıbbi sebebin bulunmasının çocuk düşürme suçu için bir hukuka uygunluk sebebi olarak sayılması mümkün değildir. Gebe bir kadının on haftayı aşan gebeliğini bizzat sonlandırması kendisi için tehlikeli olduğundan kanun koyucu TCK madde 99/2'deki hukuka uygunluk nedeni ile madde 99/6'daki cezasızlık nedeni TCK madde 100 için düzenlenmemiştir. Bu durumun kanun koyucunun TCK madde 100 ile kadının sağlığını da bir hukuki değer olarak koruduğunun göstergesi olduğunu düşünüyoruz.⁶⁵⁷

⁶⁵⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 271.

⁶⁵⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 307.

⁶⁵⁶ Ertuğrul, s. 1681.

⁶⁵⁷ Aynı yönde bakınız; Kiziroğlu, s. 185.

Doktrinde bazı yazarların gebe kadının çocuğunun düşürtülmesine rıza göstermesi durumunda TCK madde 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçunun oluştuğunu iddia ettiğini belirten Hakeri’ye göre böyle bir durumda çocuğun düşmesine yönelik hareketleri doğrudan yapan kişi kadın olmadığından çocuk düşürme değil çocuk düşürtme suçu uygulama alanı bulunacaktır.⁶⁵⁸ Yukarıda da açıkladığımız üzere, gebe kadının çocuğunun düşürtülmesine rıza göstermesi, gebeliğin on haftasının aşılması ve tıbbi bir neden bulunmaması halinde, TCK madde 99/2’nin ikinci cümlesinde düzenlenen suç oluşturacaktır.

4. Suça Etki Eden Haller

TCK madde 100’de çocuk düşürmeye ilişkin herhangi bir nitelikli halin düzenlenmediği görülmektedir.

D. Suçun Hukuka Aykırılık Unsuru

Çocuk düşürme suçunda hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanabilir olup olmadığıyla ilgili doktrindeki yaygın görüş, bu suçta hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanamayacağı yönündedir. *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, TCK madde 100 için ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olarak uygulanıp uygulanamayacağını tartışmış ve iki nedenle bu tür hükümlerde ilgilinin rızasının uygulanabilir olmadığı sonucuna varmışlardır. Yazarlara göre ilgilinin rızasının uygulanamamasına ilişkin ilk neden, ilgilinin rızasının, fail dışında bir kişi tarafından rıza verilmesi durumunda uygulanabilecek bir hukuka uygunluk nedeni olmasıdır. İkinci neden ise yazarlara göre kanun koyucunun bu tür bir fiil için ilgilinin vereceği rızayı örtülü olarak daha en baştan geçersiz addetmesidir.⁶⁵⁹ *Hafizoğulları/Özen* ise tıbbi nedenlerin varlığı halinde kadının çocuğunu düşürmesinin suç oluşturmayacağını savunmakta ve dolayısıyla tıbbi nedenlerin varlığını bu suç için uygulanabilir bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmektedir.⁶⁶⁰

Fikrimizce hukuka uygunluk nedenlerinin çocuk düşürme suçu açısından uygulanması olası görünmemektedir. Tıbbi nedenlerin söz konusu olduğu düşünülse dahi

⁶⁵⁸ Hakeri, s. 874.

⁶⁵⁹ *Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 311.

⁶⁶⁰ *Hafizoğulları/Özen*, s. 147.

gebe kadının tek başına tıbbi nedenin varlığını teşhis etme ve gebeliğinin onuncu haftasından sonra kendi çocuğunu düşürmesi yine kendisi için tehlikeli bir hal aldığından buna yönelik müdahalede bulunma yetkisi yoktur.⁶⁶¹ Bu durumda tıbbi nedenlerin varlığı fiili hukuka uygun bir tıbbi müdahale olarak kabul ettirmeye yetmez. Bilindiği gibi bir müdahaleyi tıbbi bir müdahale olarak kabul edebilmek için tıbbi müdahalenin geçerlilik koşullarının tamamının söz konusu müdahalede birlikte bulunması gerekir. Sadece tıbbi nedenlerin bulunması veya fiilin tedavi amacı taşıması tek başına yeterli değildir. Fiil tıbbi müdahalede bulunmakta yetkili bir kişi tarafından gerçekleştirilmemektedir. Gebe kadının aynı zamanda gebeliği sonlandırmaya yetkili bir sağlık mesleği mensubu olması halinde bile bu müdahaleyi tek başına gerçekleştirmesi sağlığı bakımından oldukça riskli olacağından bu durumda bile müdahalenin yetkin bir kişi tarafından gerçekleştirildiği söylenemez.⁶⁶² Kaldı ki böyle bir durumda gebe kadın müdahaleye yetkili kabul edilse bile müdahalenin gerekli dikkat ve özen gösterilerek gerçekleştirilmesi koşulu sağlanmış olmayacaktır zira bu müdahalenin tek başına gerçekleştirilmesi uygun değildir. İlgilinin rızası koşulu yukarıda açıklandığı gibi rızanın fail dışında bir kişi tarafından verilmesi gerektiği için uygulanamayacaktır. Tıbbi bir sebep söz konusu ise bu müdahalenin yetkili kişilerce kanuna uygun olarak gerçekleştirilmesi mümkün iken gebe kadının tek başına müdahaleye kalkışması kanaatimizce olası değildir. Tıbbi zorunluluk TCK madde 99/2 için bir hukuka uygunluk nedeni olarak sayılmış ve bu sebeple on haftayı aşan gebeliğin sonlandırılmasının hukuka uygun sayılabilmesi için Tüzük'te kadın doğum uzmanının müdahalede bulunması gerektiği belirtilmiştir. Hal böyleyken bu müdahale bakımından yetkisiz olan kadının kendi gebeliğini sonlandırması, tıbbi bir nedene dayansa dahi hukuka uygun sayılmayacaktır.⁶⁶³ Tıp biliminin gerekliliklerine uygunluk koşulu kişinin kendi kendine müdahalesi tehlike arz ettiği için zorda kalınan haller dışında tıp kurallarına uygun kabul edilemeyeceğinden sağlanamayacaktır. Kişinin kendi kendine müdahalesi sırasında gerekli dikkat ve özenin göstermesi bu çaptaki bir tıbbi müdahale için mümkün

⁶⁶¹ Tunalı'ya göre tıbbi nedenin varlığına yönelik teşhis yetkili bir hekim tarafından konulsa ve sonrasında gebe kadın süresi on haftayı aşan gebeliğini kendisi sonlandırırsa bile suç oluşacaktır. Gebe kadının süresi on haftayı aşan gebeliğini sonlandırması zor olmakla birlikte tıbben mümkündür ancak çocuk düşürme suçunu oluşturur; Tunalı, s. 211.

⁶⁶² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 308.

⁶⁶³ Tunalı, s. 214-215. Kızıroğlu, s. 185.

görünmediğinden bu koşulun sağlanabileceği de söylenemeyecektir. Görüldüğü gibi hukuka uygunluk nedenlerinin TCK madde 100 bakımından uygulanması pek de mümkün gözükmemektedir.

TCK madde 100 ile ilgili bir başka tartışma sebebi TCK madde 99/6'daki cezasızlık nedeninin çocuk düşürme suçunda uygulanamıyor oluşudur. Yukarıda da açıkladığımız üzere TCK madde 99/6 uyarınca kadın, mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalmışsa, kadının gebeliğinin sonlandırılmasına rızası varsa, gebelik uzman hekim tarafından hastane ortamında sonlandırılmışsa ve sonlandırılma anında gebelik süresi yirmi haftayı aşmamışsa gebeliği sonlandıran kişi cezalandırılmaz. Ünver, TCK madde 99/6'da sayılan koşulların gebe kadının kendi çocuğunu düşürmesi durumunda da geçerli olabileceğini belirterek söz konusu cezasızlık nedeninin TCK madde 100 için uygulanamaz olmasını hukuka ve mantığa aykırı olmakla eleştirmiştir. Yazara göre, fiili kadının rızasıyla bir başkasının işlemesi durumunda ceza verilmezken aynı koşulların gerçekleştiği durumda fiili kadının işlemesinin cezalandırılabilir olması tutarsızlıktır.⁶⁶⁴ Fikrimizce TCK madde 99/6'da düzenlenen cezasızlık nedeninin TCK 100'e uygulanmaması için birden fazla sebep vardır. Gebelik süresinin on haftadan fazla olması gebe kadının çocuğunu kendi başına düşürmesini onun için tehlikeli kılmaktadır. Gebe kadın müdahale için yetkisizdir ve muhtemelen tüm bu sebepler müdahalenin hastane ortamında yapılmasına da engel olacaktır. Bu nedenlerle kanun koyucunun bu cezasızlık nedenini TCK madde 100'de uygulanabilir şekilde düzenlemediğini düşünüyoruz. Ayrıca bu durumun hükmün düzenlenmesinde gebe kadının sağlığının göz önünde bulundurulduğunun bir göstergesi olduğu, dolayısıyla gebe kadının sağlığının suçla korunan hukuki değerler arasında olduğu kanaatindeyiz.

E. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru genel kasıttır.⁶⁶⁵ Doktrinde bazı yazarlara göre, madde metninde “isteyerek düşürme” ifadesi kullanıldığından neticenin istenmesi suçun oluşması bakımından şarttır. Dolayısıyla bu suç olası kasıt ile işlenemez.⁶⁶⁶ Yazarlara

⁶⁶⁴ Ünver, s. 229.

⁶⁶⁵ Hakeri, s. 829. Hafızoğulları/Özen, s. 147. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 307. Ünver, s. 226. Tunalı, s. 214. Erdem, s. 1683. Kiziroğlu, s. 185.

⁶⁶⁶ Ünver, s. 226. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 307. Kiziroğlu, s. 185.

göre çocuk düşerse düşsün diye düşünerek alkol veya uyuşturucu madde kullanan gebe kadında bu çocuk düşürme suçu bakımından aranan kast bulunmadığından çocuk düşse bile bu suçun oluştuğu söylenemeyecektir. Yine benzer şekilde sonucunda taşıdığı ceninin de öleceğini bildiği halde intihar eden gebe kadının ölmemesi ancak ceninin düşmesi durumunda bu suç olası kasıt ile işlenemeyeceğinden cezai sorumluluğu oluşmayacaktır.⁶⁶⁷

*Hafizoğulları/Özen'e göre fiili hata mümkündür. Yazarlara göre kadın gebelik süresinde hataya düştüğünde hatası lehine değerlendirilir.*⁶⁶⁸

III. SUÇA ETKİ EDEN HAL OLARAK CENİNE ZARAR VERİLMESİ

A. Genel Olarak

Önceki bölümde ceninin ölümüne neden olmanın cezalandırıldığı iki suç olan çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarına değinmiştik. Bu bölümde ise aynı zamanda cenine de zarar verilmesinin bazı suçları işleyen kişilere verilen cezayı ağırlaştırdığı durumlar incelenecektir.

TCK madde 82/1-f'te kasten öldürme suçunun “*gebe olduğu bilinen bir kadına karşı işlenmesi*” kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir. Kastan yaralama suçunun TCK madde 87/1-e bendinde düzenlenen ağırlaştırıcı sebebine göre, failin “*gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına*” neden olması ve TCK madde 87/2-e bendinde düzenlenen ağırlaştırıcı nedeni uyarınca “*gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine*” neden olması kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak öngörülmüştür. Yine taksirle yaralama suçunun TCK madde 89/2-f bendinde düzenlenen ağırlaştırıcı sebebe göre “*gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına*” neden olunması ve TCK madde 89/3-f bendinde düzenlenen ağırlaştırıcı sebebe göre “*gebe bir kadının çocuğunun düşmesine*” neden olunması taksirle yaralama suçuna verilen cezayı arttıran nedenler olarak düzenlenmiştir.

⁶⁶⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 307-308. Aynı örnek eylemin cenine yönelmesi bakımından da incelenmiş, hareketin doğrudan ceninin varlığına son vermeye yönelik olmaması nedeniyle de suçun oluşmayacağını belirtilmiştir; bakınız, Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 310.

⁶⁶⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 147.

Ceninın zarar görmesi işkence ve eziyet suçlarında da ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüştür. TCK madde 94/2-a bendi uyarınca işkence suçunun gebe bir kadına karşı işlenmesi işkence suçunun nitelikli hali olarak öngörülmüştür. TCK madde 95'te düzenlenen, işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinde ise suçun “*gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına*” neden olması durumunda cezanın yarı oranda arttırılacağı, suçun “*gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine*” neden olması durumunda ise cezanın bir kat arttırılacağı belirtilmiştir. TCK madde 96/2-a bendinde yine suçun gebe kadına karşı işlenmesi, faile verilecek cezayı arttırmaktadır.

Kanun koyucunun neden cenine zarar verilmesini bazı suçların cezasını ağırlaştıran bir neden olarak öngördüğü konusunda TCK madde 82/f'nin gerekçesi yol gösterici olabilir. Gerekçenin bu maddesinde kasten öldürme suçunun gebe kadına karşı işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmesinin sebebi, suçun gebe kadına karşı işlenmesi durumunda iki hayata son verilmesi olarak açıklanmıştır.⁶⁶⁹ Öyleyse kanun koyucu ceninin hayatına değer vererek ona zarar verilmesini bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenleme gereği duymuştur. Öte yandan suçun gebe kadına karşı işlenmesinin veya işlenen suç sonucu ceninin erken doğmasının veya düşmesinin bazı suçlarda ağırlatıcı sebep olarak öngörülürken bazı suçlar için bu düzenlemeye gidilmemesinin sebebi de tartışılabilir. Örneğin TCK madde 109'da düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun gebe kadına karşı işlenmesi halinde ceninin zarar görme ihtimali yok mudur? Gebe bir kadının hürriyetinden yoksun bırakılması durumunda gebeliği ile ilgili gerekli müdahalelerin yapılamaması, doğumun hastane ortamında hekim tarafından gerçekleştirilememesi veya kadının yaşadığı sıkıntı nedeniyle çocuğunu düşürmesi veya erken doğum yaşaması pekâlâ mümkündür. Öte yandan kanun koyucunun bütün bunları gebe kadının kasten yaralanmasına sebep olunması olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır. TCK madde 109/6 uyarınca “*Bu suçun (kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu) işlenmesi amacıyla veya sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin gerçekleşmesi durumunda, ayrıca kasten yaralama*

⁶⁶⁹ TCK madde gerekçeleri için bakınız; www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc (12.04.2018).

suçuna ilişkin hükümler uygulanır.” Öyleyse kanun koyucunun cenine zarar verilmesini gebe kadının hayatına veya vücut bütünlüğüne karşı bir suç işlenmesinden ayrı düşünmediği söylenebilir.⁶⁷⁰

B. Kasten Öldürme Suçunda Cenine Zarar Verilmesi

TCK’nın kasten öldürme başlıklı 81. maddesine göre, bir insanı kasten öldüren kişi, müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Kanunun 82. maddesinde ise kasten öldürme suçunun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Konumuzla ilgili olan nitelikli hal, maddenin f bendinde kendine yer bulmuştur. Buna göre kasten öldürme suçunu gebe olduğu bilinen kadına karşı işleyen kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır.

Öncelikle kasten öldürme suçunu genel olarak incelemek faydalı olacaktır. Kasten öldürme suçu ile korunan hukuki değer insan yaşamı⁶⁷¹ veya yaşam hakkıdır.⁶⁷² Suçun hukuki konusu doğmuş olan bir insandır.⁶⁷³ Suç faili bakımından bir özellik göstermez. Suçun faili herkes olabilir.⁶⁷⁴ Ancak failin bazı özellikleri, suçun nitelikli halinin oluşumuna ve dolayısıyla cezanın ağırlaşmasına neden olabilir.⁶⁷⁵ Suçun mağduru da herkes olabilir.⁶⁷⁶ Öte yandan mağdurun bazı özellikleri de suçun nitelikli halinin oluşumuna ve dolayısıyla cezanın ağırlaşmasına neden olabilmektedir.⁶⁷⁷

Suçun oluşabilmesi için mağdurun canlı bir insan olması gerekir.⁶⁷⁸ Canlılık, sağ doğmuş olmayı ve ölmemiş olmayı ifade eder.⁶⁷⁹ İnsan olmak koşulu ise doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar insan niteliğinin kazanılması için doğumun bitmesi

⁶⁷⁰ Benzer durumun TCK madde 102, 103, 106, 119, 149, 223, 224, 235, 265, 292, 294 ve 298 için de söz konusu olabileceği görülmektedir.

⁶⁷¹ Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2012, s. 21.

⁶⁷² Hakeri, s. 769. Hafizoğulları/Özen, s. 39. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 102. Gökcan, s. 522. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. 1, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Şubat 2016, s. 25.

⁶⁷³ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 99. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 102.

⁶⁷⁴ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 26. Gökcan, s. 523. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 102. Hafizoğulları/Özen, s. 38.

⁶⁷⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 102.

⁶⁷⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 38. Soyaslan, s. 99.

⁶⁷⁷ Soyaslan, s. 99. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 102.

⁶⁷⁸ Toroslu, Ceza Özel, s. 22. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 104-106. Hakeri, s. 769.

⁶⁷⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 104-106.

gerektiğini⁶⁸⁰ belirtirken diğer bazı yazarlar ise doğumun başlangıç anından itibaren insan olma niteliğinin kazanıldığını⁶⁸¹ savunmaktadır. Fikrimizce insan olma niteliğinin kazanılma anı tam ve sağ doğum anıdır.⁶⁸²

Kasten öldürme suçu serbest hareketli bir suçtur.⁶⁸³ Sucun icrai bir hareketle işlenmesi gerekir zira ihmalle işlenmesi TCK madde 83'te düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini oluşturur.⁶⁸⁴ Madde 82'de düzenlenen nitelikli haller yalnızca kasten öldürme suçunun icrai hareketle işlenmesi halinde uygulanabilir.⁶⁸⁵

Kasten öldürme suçunun neticesi mağdurun ölmesidir.⁶⁸⁶ Hareket ile netice, yer, zaman veya nedensellik bağı bakımından birbirinden ayrılabilir.⁶⁸⁷ Kasten öldürme suçu neticeli bir suçtur. Suç ölüm neticesinin meydana gelmesiyle tamamlanır.⁶⁸⁸ Neticenin faile objektif olarak isnat edilebilir olması gerekir.⁶⁸⁹ Suçun manevi unsuru genel kasıttır.⁶⁹⁰ Burada kasıt, failin yaptığı fiili bilmesi ve ölüm neticesini istemesi veya bu neticeye rıza göstermesi, neticeyi göze alması veya neticeye kayıtsız kalması anlamına gelmektedir.⁶⁹¹ Suçun basit şeklinin olası kasıt ile işlenmesi mümkündür.⁶⁹² Kasten öldürme suçu, neticesi hareketten ayrılabilen bir suç olduğundan bu suça teşebbüs

⁶⁸⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 118. Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 28. Hakeri, s. 769. Gökcan, s. 523. Toroslu, Ceza Özel, s. 22.

⁶⁸¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 103. Dönmezer, s. 12.

⁶⁸² Aksi görüş için bakınız; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 103. Yazarlara göre TMK madde 28 ile tanımlanan ve tam ve sağ doğum ile kazanılan kişiliktir. Ancak insan yaşamının Ceza Hukuku ile korunmaya başlanması için kişiliğin başlamış olması gerekmez. Fikrimizce günümüz anlayışına göre insan olmak ile kişi olmak birbiriyle paralel kavramlardır. Ceza Hukukunun sağladığı koruma elbette kişiliğin başlangıç anından öncesine dayanmaktadır. Ancak kişiliğin başlaması öncesinde sağlanan koruma kişiye veya insana sağlanan bir koruma değildir. Nitekim Ceza Hukuku sadece kişileri değil insana özgü olan veya olmayan bir takım değerleri de koruma altına almaktadır.

⁶⁸³ Toroslu, Ceza Özel, s. 24. Gökcan, s. 523. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 106. Hafizoğulları/Özen, s. 39. Soyaslan, s. 100. Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 28.

⁶⁸⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 106.

⁶⁸⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 39. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 106.

⁶⁸⁶ Toroslu, Ceza Özel, s. 25. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 107.

⁶⁸⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 107.

⁶⁸⁸ Soyaslan, s. 100. Hafizoğulları/Özen, s. 39.

⁶⁸⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 108.

⁶⁹⁰ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 38. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 142. Hafizoğulları/Özen, s. 40.

⁶⁹¹ Hafizoğulları/Özen, s. 40.

⁶⁹² Toroslu, Ceza Özel, s. 26. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 142. Hafizoğulları/Özen, s. 40.

mümkündür.⁶⁹³ Kasten öldürme suçuna iştirakin her türlü mümkündür.⁶⁹⁴ Suçun zincirleme suç olarak işlenmesi ise mümkün değildir.⁶⁹⁵

Kasten öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenleri, suçun manevi unsurundan, hareketin biçiminden, kullanılan araçlardan, suçun başka suçlarla olan bağlantısından, mağdurun niteliğinden veya fail ile mağdur arasındaki ilişkiden kaynaklanmaktadır.⁶⁹⁶ Kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi, mağdurun niteliğinden kaynaklanan bir ağırlaştırıcı sebep olarak madde 82'nin f bendinde karşımıza çıkmaktadır.⁶⁹⁷ Bu ağırlaştırıcı neden bakımından bilme unsuru önem taşımaktadır. Failin mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekir.⁶⁹⁸ *Toroslu*'ya göre bu konuda şüphe bilme sayılır.⁶⁹⁹ *Soyaslan* bendin kaleme alınmış biçiminin yanlış olduğunu, "gebe olduğu bilinen kadın" ifadesinin sanki kadının gebe olduğunun başkaları tarafından bilinmesi yeterliymiş, failin bunu bilmesi gerekmiyormuş gibi yanlış bir etki yarattığını belirtmektedir.⁷⁰⁰ Madde metninde bilme unsuru ayrıca ifade edildiğinden suç olası kasıt ile işlenemez.⁷⁰¹ *Tezcan/Erdem/Önok*'a göre suçun teşebbüs aşamasında kaldığı durumlarda da bu nitelikli halin uygulanması gerekir.⁷⁰²

Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre hüküm yalnızca gebe kadını korumaktadır.⁷⁰³ Ceninin akıbeti hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır, gebeliğin süresi, ceninin sağ veya ölü doğması bu nitelikli hal bakımından önem taşımaz.⁷⁰⁴ Maddenin gerekçesinde bu durumda iki hayata son verilmesinin gebe kadının öldürülmesinin nitelikli bir hal olarak düzenlenmesinde etkili olduğu belirtilmişse de nitelikli hale ilişkin düzenlemede ve bunun uygulanmasında ceninin ölmesi

⁶⁹³ Gökcan, s. 523. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 150.

⁶⁹⁴ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 152.

⁶⁹⁵ *Hafizoğulları/Özen*, s. 39. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 155.

⁶⁹⁶ *Toroslu*, Ceza Özel, s. 27.

⁶⁹⁷ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 127.

⁶⁹⁸ *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 162. *Toroslu*, Ceza Özel, s. 32. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 128. *Hafizoğulları/Özen*, s. 50. *Centel/Zafer/Çakmut*, *Kişiler*, s. 52.

⁶⁹⁹ *Toroslu*, Ceza Özel, s. 32.

⁷⁰⁰ *Soyaslan*, s. 104.

⁷⁰¹ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 128. *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 162.

⁷⁰² *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 162.

⁷⁰³ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 128.

⁷⁰⁴ *Artuk/Gökcen/Yenidünya*, s. 180. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, s. 128. *Tezcan/Erdem/Önok*, s. 162.

aranmamıştır.⁷⁰⁵ Failin kastı çocuk düşürmeye değil gebe kadını öldürmeye yönelik olmalıdır. Zira failin kastının çocuk düşürmeye yönelik olması durumunda TCK madde 99'un uygulanması gerekecektir.⁷⁰⁶

C. Kasten Yaralama Suçunda Cenine Zarar Verilmesi

TCK'nın "Kasten Yaralama" başlıklı 86. maddesine göre; kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Suçla korunan hukuki değer, kimi yazarlara göre vücut bütünlüğü veya kişisel bütünlük⁷⁰⁷, kimi yazarlara göre ise vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkıdır.⁷⁰⁸ Vücut bütünlüğü sadece somut bedeni değil ruhsal tamlığı da kapsar ve bu yönüyle insan onuru ile doğrudan ilişkilidir.⁷⁰⁹ Suçun faili herkes olabilir⁷¹⁰ ancak failin özellikleri suçun nitelikli halinin oluşmasına sebep olabilir.⁷¹¹ Aynı durum mağdur için de geçerlidir. Suçun mağduru herkes olabilir.⁷¹² Ancak mağdurun bazı özellikleri kasten yaralama suçunun nitelikli halinin oluşmasına neden olabilir.⁷¹³ Suçun mağduru konusunda kasten öldürme suçu kapsamında yapılan açıklamalar burada da geçerliliğini sürdürmektedir. Suçun mağduru yaşayan bir insan olmalıdır. Bu anlamda gen manipülasyonları, gebeliğin sonlandırılması sonrasında cenin üzerinde yapılan deneyler, embriyo transferi, tüpte döllenmiş olan yumurtaya veya anne karnındaki cenine zarar verilmesi yaralama suçunu oluşturmaz.⁷¹⁴ Sağlık mesleği mensuplarının gebelik sırasında cenine yönelik taksirli hareketlerinin sonuçlarının doğumdan sonra ortaya çıkması durumunda da fail yaralama suçundan sorumlu tutulamaz.⁷¹⁵

⁷⁰⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 13. Baskı, s. 181.

⁷⁰⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 128.

⁷⁰⁷ Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 133. Toroslu, Ceza Özel, s. 41.

⁷⁰⁸ Hakeri, s. 769. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 195.

⁷⁰⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 195.

⁷¹⁰ Gökcan, s. 523. Soyaslan, s. 123. Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 133.

⁷¹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 196.

⁷¹² Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 133. Gökcan, s. 523. Soyaslan, s. 123.

⁷¹³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 196.

⁷¹⁴ Hakeri, s. 829. Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 134.

⁷¹⁵ Hakeri, s. 830.

Kasten yaralama suçu serbest hareketli bir suçtur.⁷¹⁶ Fizik veya psikik hareketlerle bir kişinin vücuduna acı vermek veya bir kişinin sağlığını veya algılama yeteneğini bozmakla suç gerçekleşir.⁷¹⁷ Bu suç ancak icrai davranışla işlenebilir zira ihmali davranışla işlenmesi durumu TCK madde 88’de ayrıca düzenlendiğinden bu durumda TCK madde 88 uygulama alanı bulacaktır.⁷¹⁸ Eylemin suçu oluşturabilmesi için başkasının vücuduna acı vermesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olması gerekir.⁷¹⁹ Bu eylemin maddi vasıtalarla gerçekleştirilmesi kadar manevi vasıtalarla gerçekleştirilmesi de mümkündür.⁷²⁰

Kasten yaralama suçunun oluşması için genel kasıt yeterlidir.⁷²¹ Suç olası kasıt ile de işlenebilir.⁷²² Kasten yaralama suçunun teşebbüs aşamasında kalması mümkündür⁷²³ ancak suç bir zarar suçu niteliğinde olduğundan teşebbüs aşamasında kalması halinde ceza, o ana kadar ortaya çıkan zarar ve tehlikenin ağırlığına göre belirlenir.⁷²⁴ Kasten yaralama suçu iştirak bakımından özellik göstermemekle birlikte netice nedeniyle ağırlaşmış yaralamada suç iştirak bakımından özellik gösterir. Failin işlediği suçun iştirak iradesindeki suçtan daha ağır olması durumunda, TCK ağır neticeyi nedensellik bağının varlığı halinde cezalandıran sistemi benimsediğinden, şerikler meydana gelen ağır neticeden sorumlu olacaktır. Kasten yaralama suçunda zincirleme suç hükmü uygulanmaz.⁷²⁵

Kasten yaralama suçunun nitelikli halleri ağırlaştırıcı nedenler ve hafifletirici nedenler olmak üzere ikiye ayrılır. Ağırlaştırıcı nedenleri ise mağdurun sıfatından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler ve meydana gelen neticeden kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür.⁷²⁶ TCK madde 87’de yer alan neticesi

⁷¹⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 196. Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 135.

⁷¹⁷ Soyaslan, s. 123. Toroslu, Ceza Özel, s. 43.

⁷¹⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 196.

⁷¹⁹ Hafizoğulları/Özen, s. 77.

⁷²⁰ Soyaslan, s. 124.

⁷²¹ Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 144. Toroslu, Ceza Özel, s. 45. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 225. Hafizoğulları/Özen, s. 79.

⁷²² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 225.

⁷²³ Toroslu, Ceza Özel, s. 46.

⁷²⁴ Soyaslan, s. 126. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 228.

⁷²⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 229.

⁷²⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 200. Toroslu, kasten yaralama suçunun ağırlaştırıcı sebeplerini; failin mağdurla olan ilişkisinden kaynaklanan ağırlaştırıcı sebepler, mağdurun durumundan ve

sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama⁷²⁷ dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Buna göre; birinci fıkra da yer alan neticelerden birinin gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza bir kat arttırılacak, ikinci fıkra da yer alan neticelerden birinin gerçekleşmesi halinde faile verilecek ceza iki kat arttırılacaktır.⁷²⁸ Üçüncü fıkra uyarınca kasten yaralamanın vücutta kemik kırılmasına veya çıkığına neden olması halinde belirlenen ceza, kırık veya çıkığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre yarısına kadar arttırılacaktır. Yine dördüncü fıkra uyarınca kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelmişse faile, yukarıdaki maddenin birinci fıkrasına giren hallerde sekiz yıldan on iki yıla kadar, üçüncü fıkrasına giren hallerde ise on iki yıldan on altı yıla kadar hapis cezası verilecektir. Bizim incelediğimiz konuyla ilgili olan kasten yaralama suçunun “gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına” neden olması ilk fıkra da, “gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine” neden olması ise ikinci fıkra da düzenlenen bir ağırlaştırıcı nedendir.

Kasten yaralama suçunun gebe bir kadına karşı işlenip çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olması ağırlaştırıcı nedeninin uygulanabilmesi için failin, mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekir.⁷²⁹ Öte yandan failin çocuğun vakinden önce doğmasını istemesi şart değildir.⁷³⁰ Çocuk canlı olarak doğmalıdır. Çocuğun yaşamaya devam etmesinin gerekip gerekmediği ise doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre vaktinden

görevinden kaynaklanan ağırlaştırıcı sebepler, fiilin tarzından veya kullanılan vasıttan kaynaklanan ağırlaştırıcı sebepler ve sonuçtan kaynaklanan ağırlaştırıcı sebepler olmak üzere dörde ayırmıştır; bakınız, Toroslu, Ceza Özel, s. 47-49.

⁷²⁷ Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç veya sonucu nedeniyle ağırlaşan suç, suçun varlığı için gerçekleşmesi gerekli olan zararlı veya tehlikeli sonucun ötesinde, daha ağır veya başka bir zarar veya tehlikeli sonucun ortaya çıkması nedeniyle cezası ağırlaşan suçtur. TCK madde 23 uyarınca, failin, suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinden sorumlu tutulabilmesi için bu sonuç bakımından en azından taksirli olması gerekir. Bazı suçlar bakımından suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halinin söz konusu olabilmesi için ortaya çıkan sonucun fail tarafından dolaylı olarak bile istenmemiş olması gerekir aksi halde başka bir suç oluşacaktır. Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç yönünden taksirin belirlenmesi güç olduğundan taksir karinesi kabul edilmekte, failin bu zararlı sonuç bakımından taksirle hareket ettiği varsayılmaktadır. Ayrıntılı açıklama için bakınız; Toroslu, Ceza Genel, s. 227-229. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel, s. 538-547.

⁷²⁸ Hafızoğulları/Özen maddenin birinci ve ikinci fıkraların, kökü 86. maddede olan ancak kusur bakımından kasten yaralama suçundan ayrılan başka bir suç tipi olduğunu öne sürmektedir; Hafızoğulları/Özen, s. 82.

⁷²⁹ Dönmezer, s. 153. Toroslu, Ceza Özel, s. 53. Soyaslan, s. 135. Hafızoğulları/Özen, s. 85. Tezcan/Erdem/Önok, s. 218. Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 158.

⁷³⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 213.

önce doğan çocuğun yaşamış olması da gerekmektedir.⁷³¹ Bir başka görüşe göre ise çocuğun canlı olarak doğması yeterli olup çocuğun sonrasında yaşayıp yaşamadığı veya yaşama yeteneğine sahip olup olmadığı önemli değildir.⁷³² Fikrimizce bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için çocuğun yaşamaya devam etmesi gerekir. Çocuğun yaralama suçu neticesinde ölmesi halinde çocuğun vaktinden önce doğması değil düşmesi söz konusu olacak ve dolayısıyla “gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine” neden olma ağırlaştırıcı nedeninin uygulanması gerekecektir. Yaralamanın vaktinden önce doğuma neden olabilecek nitelikte olması gerekmektedir.⁷³³ Kasten yaralamanın gebe kadına karşı işlenip de çocuğun vaktinden önce doğmasına neden olması halinde faile verilecek ceza bir kat arttırılır ancak TCK madde 86 uyarınca, verilecek ceza TCK madde 86/1’e giren hallerde üç yıldan, TCK madde 86/3’e giren hallerde beş yıldan az olamayacaktır.⁷³⁴

Kasten yaralamanın gebe bir kadına karşı işlenip çocuğunun düşmesine neden olması ağırlaştırıcı nedeninin uygulanabilmesi için suç neticesinde ceninin ölü olarak doğması⁷³⁵ veya sağ doğumundan bir süre sonra suçu oluşturmuş olan hareketler nedeniyle ölmesi gerekir. Ağırlaştırıcı nedenin uygulanabilmesi için failin mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekir.⁷³⁶ Kasten yaralama suçunun neticesinde, mağdur olan gebe kadının sağlık durumunun gebeliğin devam edememesine neden olması, ceninde yaşamla bağdaşmayan anomaliler oluşması veya ceninin ölmüş olması nedeniyle rahmin tahliye edilmesi veya ceninin bu nedenlerle rahimden atılmış olması durumunda bu ağırlaştırıcı neden uygulama alanı bulacaktır. Failin kastı mağdur gebe kadını yaralamaya yönelik olmalıdır. Kastın çocuğun düşürülmesine yönelik olması halinde TCK madde 99 uygulanacaktır.⁷³⁷ Kasten yaralama fiilinin gebe kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olması durumunda faile verilecek ceza iki kat arttırılır ancak verilecek

⁷³¹ Centel/Zafer/Çakmut, Kişiler, s. 158. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 214. Gökcan, 645.

⁷³² Tezcan/Erdem/Önok, s. 218. Hakeri, s. 769. Toroslu, Ceza Özel, s. 23.

⁷³³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 214. Gökcan, s. 645.

⁷³⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 86.

⁷³⁵ Centel/Zafer/Çakmut/, Kişiler, s. 164. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 217. Gökcan, s. 646.

⁷³⁶ Toroslu, Ceza Özel, s. 53. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 218. Hafizoğulları/Özen, s. 87. Soyaslan, s. 136.

⁷³⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 218.

ceza TCK madde 86/1'e giren hallerde beş yıldan, TCK madde 86/3'e giren hallerde sekiz yıldan az olamayacaktır.⁷³⁸ Failin gebe kadını yaralamaya yönelik fiilinde çocuğun vaktinden erken doğması veya düşmesi halinde, Yargıtay'ın görüşünün aksine, görevi kötüye kullanma suçu oluşmayacaktır.⁷³⁹ Çocuğun vaktinden önce doğması durumunda, TCK madde 87/1-e veya TCK madde 89/2-f, ceninin düşmesi durumunda ise TCK madde 87/2-e veya TCK madde 89/3-e bendi uygulama alanı bulacaktır.⁷⁴⁰

D. Taksirle Yaralama Suçunda Ceninin Zarar Görmesi

TCK madde 89 uyarınca, taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Taksirle yaralama suçu ile yukarıda değindiğimiz kasten yaralama suçu arasındaki fark kasten yaralama suçunun manevi unsurunun kasıt, taksirle yaralama suçunun manevi unsurunun ise taksir olmasıdır.⁷⁴¹ Taksir TCK madde 22'de *“dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmemeyerek gerçekleştirilmesi”* olarak tanımlanmıştır. Taksir, iradi bir davranışın aslında öngörülebilir olan neticesinin gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi nedeniyle öngörülmemeyerek ve bu neticenin ortaya çıkması istenmeden gerçekleştirilmesidir.⁷⁴² Taksir istisnai bir nitelik taşır, bir fiilin taksirle işlenmesinin cezalandırılabilmesi için fiilin taksirli şeklinin kanunda açıkça suç olarak öngörülmesi gerekmektedir.⁷⁴³ Taksirin esasını dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali oluşturur. Fail uyulması zorunlu bir davranış kuralına uymaması nedeniyle aslında önleyebileceği bir fiili önleyememiş olmaktan dolayı kınanabilir durumdadır.⁷⁴⁴ Bir görüşe göre taksirin unsurları eylemin taksirli bir suç olarak kanunda öngörülmüş olması, neticenin öngörülebilir olması, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması, hareketin iradi olması, neticenin istenilmemesi ve hareketle netice arasında illiyet bağının varlığı

⁷³⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 87.

⁷³⁹ Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 13.05.2013 tarih ve 2013/13234 K. sayılı kararı ile Yargıtay 12. Ceza Dairesi, 08.04.2013 tarih ve 2013/9013 K. sayılı kararından aktaran, Hakeri, s. 831.

⁷⁴⁰ Hakeri, s. 831.

⁷⁴¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 233.

⁷⁴² Gökcan, s. 554. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel, s. 508.

⁷⁴³ Toroslu, Ceza Genel, s. 211. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel, s. 509.

⁷⁴⁴ Toroslu, Ceza Genel, s. 215.

şeklinde sıralanabilir.⁷⁴⁵ Bir başka görüşe göre ise taksirin unsurları; fiilin istenmemiş olması, davranış kurallarının ihlali ve davranış kurallarına uymamanın faile isnat edilebilir olmasıdır.⁷⁴⁶

Çocuğun düşmesine sebep olan hareketin hekim tarafından gerçekleştirilip tıbbi müdahalenin geçerlilik koşullarına uygun olmadığı durumlarda taksirle yaralama suçu ortaya çıkabilecektir.⁷⁴⁷ Dolayısıyla taksirin tıbbi müdahale söz konusuysa veya fail bir sağlık mesleği mensubuyken ne ifade ettiği önemlidir. Tıbbi müdahaleler, özellikle de cerrahi nitelikte olanlar, sosyal yönden yararlı oldukları için izin verilen tehlikeli faaliyetler kapsamındadır. Toroslu'ya göre bunlarda öngörülebilirlik ve önlenebilirlik ölçütlerinin aynen uygulanması mümkün değildir.⁷⁴⁸ Tıp bilimi ve uygulamasının oluşturduğu genel ortak tecrübeler makul bir sebep olmadığı halde uyulmaması, taksirin dikkatsizlik ve özensizlik unsurunu oluşturacaktır.⁷⁴⁹ Öngörülebilirlik unsuru konusunda ise sağlık mesleği mensubunun mesleği, mesleki tecrübesi ve uzmanlık alanının göz önünde bulundurularak sonucun fail için öngörülebilir nitelikte olup olmadığının araştırılması gerektiği ifade edilmelidir.⁷⁵⁰ Fail, öngörülebilir ancak meslek kurallarına uyulması durumunda önlenemeyen zararlardan dolayı taksirli olarak sorumlu olacaktır.⁷⁵¹

Manevi unsur bilinçli taksir ise faile verilecek olan ceza TCK madde 22/3 gereği arttırılır.⁷⁵² Bilinçli taksir öngörülen neticenin istenmemesine rağmen bu neticeyi ortaya çıkaracak davranışın gerçekleştirilmesidir.⁷⁵³ Öngörülen neticenin mesleki tecrübe veya ustalığa güvenilerek gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket edilmesi, ve fakat istenmeyen bu zararlı neticenin ortaya çıkması durumunda kendini gösterir.⁷⁵⁴ Bilinçli taksirdeki öngörme unsuru tıbbi müdahaleler bakımından özellik göstermektedir. Tıbbi müdahaleler bakımından bilinçli taksirin varlığının kabulü için öngörme koşuluna ek olarak aşırı

⁷⁴⁵ Gökcan, s. 554. Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel, s. 514.

⁷⁴⁶ Toroslu, Ceza Genel, s. 216-218.

⁷⁴⁷ Böyle bir durum, somut olayda tıbbi endikasyonun bulunmaması halinde kasten yaralama suçunu da oluşturabilecektir, bakınız, Hakeri, s. 772.

⁷⁴⁸ Toroslu, Ceza Genel, s. 221.

⁷⁴⁹ Gökcan, s. 562.

⁷⁵⁰ Gökcan, s. 558.

⁷⁵¹ Toroslu, Ceza Genel, s. 221.

⁷⁵² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 233.

⁷⁵³ Hakeri, s. 809. Toroslu, Ceza Genel, s. 225.

⁷⁵⁴ Toroslu, Ceza Genel, s. 225. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel, s. 522.

güven, mesleki cesaret ve tıp kurallarına çok açık ve kabul edilemez aykırılıkların da varlığının aranması gerektiği belirtilmektedir.⁷⁵⁵ Bu noktada komplikasyon kavramına da değinmek gerekmektedir. Komplikasyon, öngörülebilir ancak önlenemez tehlike anlamına gelmektedir. Tıp bilimi ve mesleğinin kurallarına uygun davranılmasına ve gerekli tüm dikkat ve özenin gösterilmesine karşın meydana gelme olasılığı yüksek olan risklere komplikasyon denilmektedir.⁷⁵⁶ Komplikasyon durumunda hukuk düzenince rıza gösterilen bir tehlike söz konusudur.⁷⁵⁷ Bu nedenle komplikasyondaki öngörülebilirlik bilinçli taksire işaret etmez zira komplikasyon durumunda hekimin herhangi bir sorumluluğu doğmaz. Bu nedenle hekimin gerekli dikkat ve özeni gösterdiği, tıp mesleği kurallarına uygun davrandığı durumlarda buna rağmen ortaya çıkan komplikasyonlardan dolayı hekimin bilinçli taksirden sorumlu olduğu söylenemez.⁷⁵⁸

Taksirle yaralama suçuyla korunan hukuki değer, kişilerin vücut dokunulmazlığı hakkıdır. Suçun faili de mağduru da herkes olabilir.⁷⁵⁹ Suçu oluşturan fiil, failin uyulması gerekli olduğu düşünülen davranış kurallarına uymayarak dikkatsizlik ve özensizlik göstermesi ve bu nedenle bir kişiyi yaralamasıdır.⁷⁶⁰ Suçun neticesi taksirli davranışın bir başkasının vücuduna acı vermesi, veya sağlığını veya algılama yeteneğini bozmasıdır.⁷⁶¹ Bu netice icrai davranışlarla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışlarla da gerçekleştirilebilir.⁷⁶²

Maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında ağırlaştırıcı sebeplere yer verilmiştir. Buna göre, taksirle yaralama suçunu oluşturan fiil sonucunda ikinci fıkra da yer alan neticelerden birinin gerçekleşmesi durumunda faile verilecek ceza yarı oranında, üçüncü fıkra da yer alan neticelerden birinin gerçekleşmesi durumunda ise faile verilecek ceza bir kat arttırılacaktır. Dördüncü fıkra da ise fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunacağı

⁷⁵⁵ Hakeri, s. 809. Hakeri, Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin verdiği 29.01.2014 tarih ve 2014/2055 Karar numaralı kararının da aynı yönde olduğunu belirtmektedir.

⁷⁵⁶ Gökcan, s. 67.

⁷⁵⁷ Toroslu, Ceza Genel, s. 221.

⁷⁵⁸ Hakeri, s. 806.

⁷⁵⁹ Soyaslan, s. 141.

⁷⁶⁰ Gökcan, s. 638-639.

⁷⁶¹ Toroslu, Ceza Özel, s. 55. Gökcan, s. 640.

⁷⁶² Hakeri, s. 807.

belirtilmiştir. Taksirle yaralama suçu neticesinde “*gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına*” neden olunması ikinci fıkrada, “*gebe bir kadının çocuğunun düşmesine*” neden olunması ise üçüncü fıkrada karşımıza çıkan ağırlaştırıcı sebeplerdir. Bu ağırlaştırıcı sebeplerle ilgili kasten yaralama suçu kapsamında yapılan açıklamalar taksirle yaralama suçu için de geçerlidir. Öyleyse taksirle yaralama suçunun gebe bir kadına karşı işlenmesi durumunda gebe kadın erken doğum yaparsa TCK madde 89/2-f bendi, çocuğunu düşürürse TCK madde 89/3-f bendi gereği faile verilecek ceza arttırılacaktır.

Taksirle yaralama suçu, cenine zarar vermenin cezalandırıldığı tek taksirli suçtur. Önceki bölümde incelediğimiz ve düzenlenme amaçlarından birinin de ceninin korunması olduğu iddia edilen çocuk düşürme ve çocuk düşürme suçlarının taksirli halleri kanunda öngörülmemiştir. Bu bölümde incelediğimiz kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve eziyet suçlarının düzenlenme amaçları elbette ceninin korunması değildir. Öte yandan bu suçların gebe kadını koruyan fıkra veya bentlerinde ceninin de dolaylı olarak korunduğu söylenebilir. Nitekim bu suçların da taksirli halleri kanunda düzenlenmemiş veya taksirli hallerinde gebe kadının ve dolayısıyla ceninin zarar görmesi ayrıca hükme bağlanmamıştır. Elbette bu suçlardan bazılarında görülen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinde ortaya çıkan ağır netice yönünden failin taksirle hareket etmesi yeterlidir ve bu suçlar yönünden incelediğimiz neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda gebe kadına ve dolayısıyla cenine zarar verilmesi hükme bağlanmıştır. Öte yandan taksirli halinin ağırlaştırılmış şeklinde gebe kadın hakkında hüküm verilen ve dolaylı yolla da olsa cenine zarar verilmesini ilgilendiren tek suç taksirle yaralama suçudur. Fikrimizce bu durum, kanun koyucunun cenine verilen zarar konusundaki düşüncesi konusunda yol gösterici olabilir.

E. İşkence Suçunda Ceninin Zarar Görmesi

İşkence suçu, TCK madde 94’te düzenlenmektedir. Düzenlemeye göre; bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

İşkence suçu ile korunan hukuki değerler birden fazladır. Bazı yazarlara göre işkence suçunun konusu işkence mağdurunun şeref ve haysiyeti, iç huzuru, vücudu ve yaşamıdır.⁷⁶³ Bazı yazarlar ise vücut bütünlüğü ile insan hayatının yanında, işkencenin ceza yargılamasında bireylerin özgür iradeleri ile ifade vermelerine engel olmak amacıyla kullanılması nedeniyle ceza adaleti ile kamu idaresinin işleyişinin de bu suç ile korunan hukuki değerler arasında olduğu belirtilmektedir.⁷⁶⁴

İşkence suçunun faili ancak kamu görevlisi olabilir.⁷⁶⁵ Dolayısıyla işkence suçu özgü suçtur.⁷⁶⁶ İşkence suçunun mağduru ise herkes olabilir.⁷⁶⁷ Bu durumun hükmün konulma amacıyla bağdaşmadığı doktrine belirtilmekte ve yalnızca ceza yargılamasıyla ilişkisi olan kişilerin işkence suçunun mağduru olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.⁷⁶⁸ Öte yandan hükmün düzenleniş şekline göre dolay mağdurun 765 Sayılı TCK'da olduğu gibi sınırlı olmadığı, kamu görevlisinin göreviyle bağlantılı olarak onunla muhatap olan herkesin suçun mağduru olabileceği vurgulanmaktadır.⁷⁶⁹

Suçu oluşturan hareketin, mağdurun insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine neden olabilecek, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak her türlü davranış olduğu belirtilmektedir.⁷⁷⁰ Suç serbest hareketli bir suçtur.⁷⁷¹ Mağdurun bedensel ve ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına neden olan davranışların sistematik olarak ve belli bir süreç içinde işlenmesi gerekir.⁷⁷² Suçun ihmalle işlenmesi de mümkündür.⁷⁷³

⁷⁶³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 13. Baskı, s. 246.

⁷⁶⁴ Soyaslan, s. 151. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 139. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 271.

⁷⁶⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 146. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 271. Soyaslan, s. 150. Hafizoğulları/Özen, s. 122.

⁷⁶⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 271. Hafizoğulları/Özen, s. 122.

⁷⁶⁷ Hafizoğulları/Özen, s. 123. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 13. Baskı, s. 246.

⁷⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 272. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 16.

⁷⁶⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 13. Baskı, s. 246.

⁷⁷⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 272.

⁷⁷¹ Hafizoğulları/Özen, s. 123. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 141.

⁷⁷² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 274. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 141.

⁷⁷³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 141. Soyaslan, s. 153. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 276. Hafizoğulları/Özen, s. 123.

İşkence suçunun manevi unsuru genel kasıttır.⁷⁷⁴ Suça teşebbüs mümkündür.⁷⁷⁵ Suçun tamamlanmış olması için hareketin veya ihmalin mağdurda bedensel veya ruhsal acıya yol açması veya mağdurun algılama yeteneğinin etkilenmesi gerekmektedir. Hareketin veya ihmalin bu neticeyi meydana çıkarabilecek nitelikte olması yeterlidir.⁷⁷⁶

Suça iştirak konusunda kanunun işkence suçuna özel bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Bilindiği gibi işkence suçu bir özgü suç olduğundan bu suça iştirak ancak azmettiren veya yardım eden şeklinde ortaya çıkabilecek niteliktedir.⁷⁷⁷ Öte yandan TCK madde 94/4 ile getirilen özel düzenlemeye göre işkence suçuna yardım eden diğer kişiler de kamu görevlisi gibi cezalandırılır.⁷⁷⁸ Dolayısıyla bu suça iştirak edenler de birlikte fail olarak cezalandırılacaktır.⁷⁷⁹

İşkence suçunun bazı ağırlaşmış hallerinin bileşik suç oluşturabileceği belirtilmektedir. Örneğin işkence suçunun cinsel taciz şeklinde işlenmesi söz konusuysa bu durum ağırlaştırıcı sebep oluşturduğu için bileşik suç kuralları uygulanacaktır.⁷⁸⁰ Öte yandan işkence suçunun cinsel saldırı fiilleriyle işlenmesi halinde doktrinde failin gerçek içtima kuralları gereği hem cinsel saldırı suçundan hem de işkence suçundan cezalandırılacağı ifade edilmektedir.⁷⁸¹ TCK madde 43/3 gereği işkence suçunun zincirleme suç şeklinde işlenmesi de mümkün değildir. Fail işkence suçunu işlerken aynı zamanda yaralama veya hakaret gibi başka suçlar da işlemişse cezası daha ağır olan suçtan dolayı cezalandırılır.⁷⁸² Ancak yaralama veya hakaret suçunu oluşturan fillerin

⁷⁷⁴ Soyaslan, s. 153. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 280. Hafizoğulları/Özen, s. 124. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 149.

⁷⁷⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 156. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 280. Soyaslan, s. 152.

⁷⁷⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 280. Hafizoğulları/Özen'e göre işkence suçu, bedensel veya ruhsal acıya sebep olduğunda veya mağdurun algılama ve irade yeteneğini bozduğunda neticeli suç, aşağılanmasına sebep olduğunda neticesiz suçtur, Hafizoğulları/Özen, s. 123.

⁷⁷⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 280. Hafizoğulları/Özen, s. 122.

⁷⁷⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 122.

⁷⁷⁹ Soyaslan, s. 152. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 281.

⁷⁸⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 281.

⁷⁸¹ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 281. Hafizoğulları/Özen'e göre işkence suçunun cinsel saldırı şeklinde işlenmesi durumunda da bileşik suç oluşacak, faile ayrıca cinsel saldırı suçundan ceza verilmeyecektir, Hafizoğulları/Özen, s. 125.

⁷⁸² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 281.

somut olayda işkence suçunu meydana getirmesi durumunda fail yalnızca işkence suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.⁷⁸³

İşkence suçunun TCK madde 94'te düzenlenen nitelikli hallerinin yanında madde 95'te düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence hükmü de bulunmaktadır. Konumuzla ilgili olması bakımından TCK madde 94/2-a bendini suçun nitelikli hallerine örnek göstermek mümkündür. Buna göre; suçun, *“çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı”* işlenmesi halinde faile sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesinin faildeki ahlaki kötülük ve suçun işlenmesindeki kolaylık nedeniyle bir nitelikli hal olarak bazı suçlarda yer bulduğu belirtilmektedir.⁷⁸⁴ Düzenlemede çocuk, beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişi ve gebe kadının ayrı ayrı zikredildiği görülmektedir. Çocuğun ayrıca ifade edilmesi yerinde görülmekle birlikte⁷⁸⁵ düzenleme, işkenceden etkilenme bakımından, örneğin, sağlıklı ve hasta kişiler arasında bir fark bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁷⁸⁶

Gebe kadının beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişi kapsamından ayrı bir şekilde belirtilmesi dikkat çekicidir. Gebeliğin gebe kadını hem fiziksel hem de ruhsal açıdan zorlayabilecek nitelikte olduğu açıktır. Bununla birlikte gebe kadının beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda bulunan kişiden ayrı zikredilmesi bu kapsamda değerlendirilmediği şeklinde yorumlanabileceği gibi ayrıca vurgulanmak istendiği şeklinde de yorumlanabilir. Zira çocuk da bir anlamda beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak kişi kategorisine girebilecek niteliktedir ve bu düzenlemede ayrıca vurgulanmıştır.⁷⁸⁷ Bu durumu gebe bir

⁷⁸³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 281.

⁷⁸⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 162.

⁷⁸⁵ Tezcan/Erdem/Önok, kasten öldürme suçu kapsamında yaptıkları açıklamalarda çocuğun ayrıca zikredilmesinin sebebinin çocuğun savunmasızlığı ve suçu işlemekteki kolaylık olduğunu, dolayısıyla suçun çocuğa karşı işlenmesinin ayrıca vurgulanmasına gerek olmadığını, mağdurun kendini savunamayacak durumda bulunan kişi olmasının nitelikli hal olarak sayılmasının aslında yeterli olup çocuğu da kapsayacağını belirtmektedir, bakınız, Tezcan/Erdem/Önok, s. 162.

⁷⁸⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 277.

⁷⁸⁷ Hafizoğulları/Özen'e göre çocuk ve beden ve ruh bakımından kendini savunamayacak durumda kişinin aynı bentte düzenlenmesi bunların birbirinin eşiti olarak değerlendirildiğini göstermektedir, Hafizoğulları/Özen, s. 49.

kadına işkence edildiğinde karnındaki ceninin de zarar görmesiyle açıklamak da mümkündür. Suçun beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi nitelikli hali başka suçlarda da yer almaktadır. Örneğin kasten öldürme suçunun nitelikli halleri arasında suçun çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi e bendinde gebe kadına karşı işlenmesi f bendinde düzenlenmiş olmakla birlikte her ikisinin suça verilecek cezayı aynı şekilde etkileyeceği görülmektedir. Kastan yaralama suçunda ise suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmüş ne çocuk ne de gebe kadına karşı işlenmesi ayrıca vurgulanmamış, gebelikle ilgili olarak değerlendirilebilecek çocuğun erken doğmasına veya düşmesine neden olunması durumu neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama kapsamında düzenlenmiştir. Taksirle yaralama suçunda ise suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesine hiç değinilmemiş, ancak çocuğun erken doğması veya düşmesine neden olunması ağırlaştırıcı sebepler olarak öngörülmüştür. Görüldüğü gibi kanun koyucu bazı suçlarda, suçun gebe kadına karşı işlenmesini sadece nitelikli hal olarak değerlendirmiş, bazılarında suçun gebe kadına karşı işlenmesini hem suçun nitelikli hali olarak değerlendirmiş hem de neticede çocuğun erken doğması veya düşmesi hallerini suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali olarak düzenlemiş, bazı suçlarda ise suçun gebe kadına karşı işlenmesini ayrıca vurgulamadan neticede çocuğun erken doğmasına veya düşmesine sebep olunmasını ağırlaştırıcı sebep olarak öngörmüştür. Kanun koyucunun böyle bir ayrıma neden gittiğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrindeki bazı yazarlar bu durumu ceninin hayatının da işlenen suç ile tehlikeye atılmasıyla açıklamakta⁷⁸⁸ ve bu nitelikli halin uygulanabilmesi için failin, mağdur kadının gebe olduğunu bilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁷⁸⁹

Yukarıda da belirttiğimiz gibi TCK madde 95'te neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış işkence düzenlemesi yer almaktadır. Bu maddede meydana gelen neticeler, verilecek cezaya göre dörde ayrılmış ve dört fıkra halinde düzenlenmiştir. Buna göre, işkence

⁷⁸⁸ Soyaslan, s. 154. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 148.

⁷⁸⁹ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 13. Baskı, s. 247.

suçunu oluşturan davranışların birinci fıkrada yer alan neticelerden birine sebebiyet vermesi halinde faile verilecek ceza yarı oranında, ikinci fıkrada yer alan neticelerden birine sebebiyet vermesi durumunda ise bir kat arttırılacaktır. Üçüncü fıkra uyarınca, işkence fiillerinin vücutta kemik kırılmasına neden olması halinde, kırığın hayat fonksiyonlarındaki etkisine göre sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Dördüncü fıkraya göreyse işkence sonucunda ölüm meydana gelmişse, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunacaktır. İşkence suçunun gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına neden olunması birinci fıkrada, gebe bir kadına karşı işlenip de çocuğunun düşmesine neden olunması ise ikinci fıkrada yer almıştır. Çocuğun erken doğması ve düşmesi konusundaki açıklamalarımız işkence suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hali için de geçerli olduğundan burada ayrıca açıklama yapılmayacaktır.

F. Eziyet Suçunda Cenine Zarar Verilmesi

Eziyet suçu TCK madde 96'da düzenlenmiştir. TCK madde 96'ya göre, Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Suç ile korunan hukuki değerin kişinin vücut bütünlüğü ve haysiyeti olduğu belirtilmektedir.⁷⁹⁰ Suçun faili herkes olabilir.⁷⁹¹ Bu, eziyet suçunu işkence suçundan ayıran en büyük farktır.⁷⁹² Suçun mağduru herkes olabilir.⁷⁹³ Suçu oluşturan eylem eziyettir. Eziyet, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve o kişinin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına neden olacak davranışlar olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹⁴ Eziyet suçu serbest hareketli bir suçtur.⁷⁹⁵ Bu davranışların eziyet olarak tanımlanabilmesi için sistematik olmaları gerekmektedir.⁷⁹⁶

⁷⁹⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 283. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 158.

⁷⁹¹ Hafizoğulları/Özen, s. 127. Soyaslan, s. 159. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 283. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 159.

⁷⁹² Soyaslan, s. 159. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 283.

⁷⁹³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 160. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 283. Hafizoğulları/Özen, s. 127.

⁷⁹⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 283.

⁷⁹⁵ Hafizoğulları/Özen, s. 128.

⁷⁹⁶ Soyaslan, s. 159. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 284.

Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe'ye göre bu durum eziyet suçunun kesintisiz suç olduğunun göstergesi olup eziyet suçunu yaralama suçundan ayırır.⁷⁹⁷

Eziyet suçunun manevi unsuru genel kasıttır.⁷⁹⁸ Eziyet suçuna teşebbüsün mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre eziyet suçunun sistematik olarak işlenen fiiller sonucunda ortaya çıkması bu suça teşebbüse engeldir. Bir sebeple işlenen fiiller sistematik olacak seviyeye gelemmez ise eziyet suçuna teşebbüs değil, örneğin, yaralama suçu oluşur.⁷⁹⁹ Diğer bazı yazarlara göre ise eziyet suçuna teşebbüs, eziyet suçunu oluşturan fiillerin tamamlanamaması durumunda mümkündür.⁸⁰⁰

Eziyet suçu iştirak bakımından bir özellik göstermez, suça iştirakin her türlü mümkündür.⁸⁰¹ Suçların içtimaı konusunda ise yaralama suçu ile eziyet suçunun maddi unsurları arasındaki farkın ortaya konamamasının bu konuda değerlendirme yapmayı engellediği belirtilmektedir.⁸⁰²

Eziyet suçunun nitelikli hali TCK madde 96/2'de düzenlenmiştir. Buna göre, suçu oluşturan fiillerin, çocuğa, beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye ya da gebe kadına karşı veya üstsoy veya altsoy, babalık veya analığa ya da eşe karşı işlenmesi halinde, kişi hakkında üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır. Eziyet suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine yer verilmemiştir. Bu durum işkence suçunda yer verilen neticelerin eziyet suçunda da söz konusu olabileceği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmektedir.⁸⁰³ Görüldüğü gibi eziyet suçunda cenine zarar verilmesiyle ilintili olabilecek durum suçun mağdurunun gebe kadın olması halinde faile verilecek cezanın arttırılmasıdır. Failin cezasının bu durumda arttırılabilmesi için failin kadının gebe olduğunu bilmesi gerekir.⁸⁰⁴ Eziyet suçu neticesinde çocuğun erken doğması veya düşmesiyle ilgili herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.

⁷⁹⁷ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 284.

⁷⁹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 160. Soyaslan, s. 160. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 285. Hafizoğulları/Özen, s. 129.

⁷⁹⁹ *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 285.

⁸⁰⁰ Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 160. Soyaslan, s. 160. Hafizoğulları/Özen, s. 128.

⁸⁰¹ Soyaslan, s. 160. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 286. Hafizoğulları/Özen, s. 127.

⁸⁰² *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 286.

⁸⁰³ Soyaslan, s. 161. *Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe*, Ceza Özel, s. 285.

⁸⁰⁴ Hafizoğulları/Özen, s. 129.

IV. SAĞLIKLI GELİŞİMİ ANNE KARNINDA BOZULUP TAM VE SAĞ DOĞAN CENİNE KARŞI CEZAI SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Ceninin gebelik sırasında zarar görmesine neden olan veya anne karnındaki gelişiminin olumsuz yönde seyrettiğini zamanında teşhis edemeyen ve bu nedenlerle bir kişinin yaralı veya engelli olarak doğmasına neden olan kişinin cezai sorumluluğuna gidilmesi Türk Hukuku'nda mümkün gözükmemektedir.⁸⁰⁵ Anne karnında sağlıklı bir şekilde gelişimini sürdüren ceninin bu gelişimini bozan birçok neden söz konusu olabilir. Örneğin; gebeliği sırasında sigara, alkol veya bebeğin gelişimini olumsuz yönde etkileyecek ilaç ve benzeri kimyasal maddeler kullanan bir anne, anne adayına gebeliği sırasında şiddet uygulayan bir kişi, yine gebeliği sırasında anne adayına veya doğrudan cenine hatalı bir tıbbi müdahalede bulunan bir sağlık mesleği mensubu ceninin sağlıklı gelişimine zarar verebilir. Söz konusu zarar ceninin ölmesine neden olmuşsa zarar verici fiilin çocuk düşürme veya çocuk düşürtme suçlarına sebep olacağından yukarıda bahsetmiştik. Yine zarar verici fiilin anne karnındaki bir cenine değil de doğmuş bir kişiye karşı işlenmesinin sonucuna göre öldürme veya yaralama suçu oluşturduğunu yukarıda açıklamıştık. Öte yandan anne karnındayken zarar gören ceninin tam ve sağ olarak ancak yaralı bir şekilde veya engelli bir birey olarak doğması durumuna dair cezai sorumluluğun hukuk sistemimizde düzenlenmediği görülmektedir.

Anne karnındaki gelişimi olumsuz şekilde etkilenen bir kişinin tam ve sağ doğumundan sonra kendisine zarar veren kişinin sorumluluğunu ileri sürmesi, cezai sorumluluk yönünden olmasa da hukuki sorumluluk yönünden mümkün görünmektedir.

⁸⁰⁵ Doktrinde hekimin gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle tespiti halinde gebeliğin sonlandırılmasına yasal olarak izin verilen bir fetal anomaliyi tespit edememesi durumunda gebe kadının istemeyeceği gebeliğini sürdürmek zorunda bırakılması nedeniyle taksirle yaralama suçunun uygulanabileceğini belirten görüşler bulunmaktadır; bakınız, Hakeri, s. 976. Hekimin gebelik takibi ve doğum hazırlıkları kapsamında yapmakla yükümlü olduğu testlerin gereğini yerine getirmemesi durumunda TCK madde 257/b'de düzenlenen görevi ihmal suçunun söz konusu olabileceği de düşünülebilir. Hekim, gebelik takibi süresince tıbbi standartların greketirdiği tetkikleri yapmak ve sonucu tıbbi standartlara uygun ve gerekli dikkat ve özeni göstererek yorumlamak zorundadır; bakınız, Şenocak, s. 50. Hakeri'nin aktardığı üzere Yargıtay, gebeliğin doğal seyrinde ilerlemediğinin tespit edilememesi nedeniyle ceninin kaybedildiği davada yerel mahkemenin taksirle yaralama suçunun işlendiğine yönelik kararını, kararda görevi ihmal suçunun uygulanıp uygulanamayacağının hiç tartışılmaması gerekçesiyle bozmuştur. Hakeri, Yargıtay'ın bu kararının yerinde olmadığını savunmaktadır; bakınız, Hakeri, s. 805.

Ünver'e göre; mutlak hakkı olan vücut bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının anne karnındayken hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille zarara uğraması durumunda kişilik hakkı ihlal edilen çocuğun, kendisini zarara uğratan kişilerin haksız fiil sorumluluğuna dayanarak bu kişilerden zararının tazminini istemesi mümkündür.⁸⁰⁶ Bu genel açıklamadan sonra çalışmanın konusu gereği hekimin hukuki sorumluluğunu inceleyen Ünver, hekimin anne-baba ile aralarında sözleşme ilişkisi varsa sözleşmeden kaynaklanan, anne-baba ile aralarında sözleşme ilişkisi yoksa (örneğin anne baba hekimle değil hekimin çalıştığı özel hastane ile sözleşme ilişkisi içerisindeyse) haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmiştir.⁸⁰⁷ Çalışmamızda kişinin özürlü doğmasından kaynaklanan cezai sorumluluğun söz konusu olup olamayacağı inceleneceğinden aynı durumdan kaynaklanan haksız fiil sorumluluğunun üzerinde durma gereği doğmuştur.

Ünver'e göre hekimin, çocuğun özürlü olarak doğmasından kaynaklanan haksız fiil sorumluluğu "hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda"⁸⁰⁸ veya "özürlü olarak doğan çocuktaki anomaliyi zamanında teşhis edememesi sonucunda"⁸⁰⁹ ortaya çıkabilir. Hekimin, "özürlü olarak doğan çocuktaki anomaliyi zamanında teşhis edememesinden" kaynaklanan sorumluluğu ise söz konusu anomalinin tedavi edilebilir olup olmadığına göre değişkenlik gösterecektir.⁸¹⁰

Ünver, anne karnındaki gelişimini sağlıklı bir şekilde sürdüren ceninin "hekimin kusurlu tıbbi müdahalesi sonucunda" engelli olarak doğması durumunda hekimin engelli doğan bu bireye karşı mutlak hak niteliği taşıyan kişilik hakkını ihlal etmesi nedeniyle haksız fiilden kaynaklanan hukuki sorumluluğunun söz konusu olacağını belirtmektedir. Yazara göre, böyle bir durumda hekim anne babaya karşı ise çocuğun ergin olana kadarki bakım, eğitim ve tedavi masrafları bakımından sorumlu olacaktır.⁸¹¹ Ceninin sağlıklı gelişimine doğrudan katkısı bulunmayıp bu sağlıklı gelişimi özen yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle teşhis edemeyen hekim, söz konusu gelişim bozukluğu tedavi

⁸⁰⁶ Tülay Aydın Ünver, **Cenin Hukuki Konumu**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2011, s. 81.

⁸⁰⁷ Ünver, s. 85.

⁸⁰⁸ Ünver, s. 87.

⁸⁰⁹ Ünver, s. 110.

⁸¹⁰ Ünver, s. 111.

⁸¹¹ Ünver, s. 136.

edilebilir nitelikteyse yine hem cenine karşı⁸¹², hem de anne babayı zamanında bilgilendirerek kürtaj haklarını kullanmalarına engel olması sebebiyle anne babaya karşı haksız fiil sorumluluğu altında olacaktır.⁸¹³ Ancak söz konusu gelişim bozukluğu zamanında teşhis edilse bile tedavi edilebilir nitelikte değilse hekimin cenine karşı haksız fiil sorumluluğu söz konusu olmayacak, ancak anne babaya karşı yine haksız fiil sorumluluğu bulunacaktır.⁸¹⁴

Bu bölümde öncelikle kanun koyucunun cenine zarar veren fiillerin cezalandırılmasına ilişkin iradesi ortaya konmaya çalışılacaktır. Ardından anne karnındaki ceninin yaralanması ancak tam ve sağ olarak doğması durumu için cezai sorumluluğun belirlenmediğinden bahisle böyle bir düzenlemenin nasıl yapılması gerektiği hakkındaki fikirlerimiz, aynı durum için uygulanan hukuki sorumluluktan hareketle, belirtilecektir.

B. Kanun Koyucunun İradesinin Belirlenmesi

Doktrinde cenine yönelik taksirli eylemlerin cezalandırılmadığı, böyle eylemlerin cezalandırılması bakımından boşluk bulunduğu belirtilmektedir.⁸¹⁵ Gerçekten TCK’da taksirle çocuk düşürme veya taksirle çocuk düşürmeye yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Yukarıda çocuk düşürtme ve çocuk düşürme suçlarını incelerken de belirttiğimiz üzere, bu suçlara ilişkin eylemin ancak kasten veya olası kasıtlı işlenmesinin

⁸¹² Şenocak, s. 157.

⁸¹³ Hekimin çocuğun özürlü olarak doğacağını teşhis edememesinden kaynaklanan davalar doktrinde istenmeyen doğum (wrongful birth) davaları olarak adlandırılmaktadır. Bu tür davalarda anne babanın, hekime karşı, özürlü bir çocuk sahibi olup olmamak hakkında karar vermelerine engel olduğu gerekçesiyle manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri belirtilmektedir. Dolayısıyla anne babanın tazminat talebinin kaynağı özürlü bir çocuk sahibi olmaları sebebiyle duydukları üzüntü değil, kürtaj konusundaki seçim haklarının ellerinden alınmasıdır. Harvard Law Review Association, Wrongful Birth Actions: The Case against Legislative Curtailment, 1987, **Harvard Law Review**, 100(8), ss. 2017-2034, s. 2034. Kate Wevers, “Prenatal Torts and Pre-implantation Genetic Diagnosis”, **Harvard Journal of Law & Technology**, S. 24 (1), Fall 2010, ss. 257-280, s. 269 <http://www.jstor.org/publisher/harvardlaw?refreqid=excelsior%3A4b634646a58e5d21ea4092c4c89401c1> (19.04.2018.). Deborah Pergament ve Katie Iljic, “The Legal Past and Future of Prenatal Genetic Testing: Professional Liability and Other Legal Challenges Affecting Patient Access to Services”, **Journal of Clinical Medicine**, 2014 Dec, S. 3(4), ss. 1437-1465, s. 1448. Paola Frati, Vittorio Fineschi, Mariantonia Di Sanzo, Raffaele La Russa, Matteo Scopetti, Filiberto M. Severi ve Emanuela Turillazzi, “Preimplantation and Prenatal Diagnosis, Wrongful Birth and Wrongful Life: A Global View of Bioethical and Legal Controversies”, **Human Reproduction Update**, 2017, S. 23, No. 3, ss. 338–357, s. 352.

⁸¹⁴ Ünver, s. 136. Pergament ve Iljic, s. 1448.

⁸¹⁵ Hakeri, s. 866, 829.

suç olarak kabul edilmekte, taksirli yahut bilinçli taksirli hallerinin ise suç olarak kabul edilmemektedir. Bu durum kanun koyucunun cenine zarar veren eylemlerin taksirli hallerini cezalandırmak istemediğini mi göstermektedir? Kanun koyucunun iradesi, cenine taksirle zarar verilmesine ilişkin eylemler bakımından zarar verenin hukuki sorumluluğuna gidilmesinin yeterli olduğu yönünde midir? Yoksa cenine taksirle zarar verilmesine ilişkin cezai sorumluluk için düzenleme yapmak atlanmış mıdır?

Fikrimizce cenine zarar verilmesine ilişkin taksirli eylemlerin cezalandırılmadığı söylenemez. Önceki bölümde açıkladığımız gibi suçun gebe kadına karşı işlenmesi veya ceninin düşmesine veya erken doğmasına sebep olunması bazı suçlar bakımından ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Suçun gebe kadına karşı işlenmesi mağdurun durumundan, ceninin düşmesine veya erken doğmasına neden olunması ise failin fiilinin sebep olduğu neticeden kaynaklanan ağırlaştırıcı neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Her üçü bakımından da doktrinde, failin suçun ağırlaştırılmış halinden dolayı sorumlu olabilmesi için mağdur kadının gebe olduğunu bilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸¹⁶ Bilindiği üzere suçun kasten işlenmesi durumunda aranan “bilme” unsuru, suçun tüm unsurlarının bilinmesi durumunda tamamlanmış sayılır.⁸¹⁷ Dolayısıyla failin mağdur kadının gebe olduğunu bilmesi fiil bakımından da mutlaka kasıtlı hareket ettiğini göstermemektedir. Fiilin sebep olduğu netice sebebiyle cezanın ağırlaştırıldığı durumda, failin fiilinin sebep olduğu daha ağır veya başka netice bakımından en azından taksirli olması gerektiği belirtilmektedir.⁸¹⁸ Öte yandan çocuğun düşmesine neden olunmasına ilişkin ağırlaştırıcı sebebin uygulanabilmesi için failin ortaya çıkan bu ağır netice bakımından taksirli olmasından başka ihtimal yoktur. Zira failin çocuğun düşmesine yönelik kastı olması durumunda bu ağırlaştırıcı sebep değil, TCK madde 99’da düzenlenen çocuk düşürme suçu uygulama alanı bulacaktır.⁸¹⁹ Öyleyse kanun koyucunun ceninin düşmesine neden

⁸¹⁶ Kasten öldürme suçu bakımından; Tezcan/Erdem/Önok, s. 162. Toroslu, Ceza Özel, s. 32. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 128. Hafizoğulları/Özen, s. 50. Toroslu, Ceza Özel, s. 32. Soyaslan, s. 104. Kasten yaralama suçu bakımından; Dönmezer, s. 153. Toroslu, Ceza Özel, s. 53. Soyaslan, s. 135. Hafizoğulları/Özen, s. 85. Tezcan/Erdem/Önok, s. 218.

⁸¹⁷ Dönmezer, s. 153. Toroslu, Ceza Özel, s. 53. Soyaslan, s. 135. Hafizoğulları/Özen, s. 85. Tezcan/Erdem/Önok, s. 218.

⁸¹⁸ Toroslu, Ceza Genel, s. 227-229. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Genel, s. 538-547.

⁸¹⁹ Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suç**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir, 2010, s. 266.

olunması ağırlaştırıcı nedeni bakımından failin taksirli davranışından dolayı cezai sorumluluk öngördüğü söylenebilecektir. Dolayısıyla cenine yönelik taksirli eylemlerin Türk Hukuku'nda cezalandırılmadığı söylenemez.

Öte yandan yukarıdaki düşüncemize karşıt görüş olarak ceninin düşmesine neden olunması ağırlaştırıcı nedeninin düzenlendiği suçların cenine yönelik suçlar olmadığı da rahatlıkla söylenebilecektir. Gerçekten yukarıda incelediğimiz kasten öldürme, kasten yaralama, taksirle yaralama, işkence ve eziyet suçlarının mağduru ancak tam ve sağ olarak doğmuş bir insan olabilir. Bu suçların cenine yönelik suçlar olduğu söylenemez. Ancak bu suçların ceninin düşmesine veya vaktinden önce doğmasına neden olunması nedeniyle ağırlaştırılmış hallerinde cenine bir zarar verilmediği de söylenemez. Nitekim doktrinde de bu ağırlaştırılmış nedenlerin mağdur gebe kadına zarar verilmesinin yanında ceninin de tehlikeye atılmış olması nedeniyle düzenlendiğine yönelik görüşler bulunmaktadır.⁸²⁰ Kasten öldürme suçunun gebe kadına karşı işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmesinin gerekçesindeki *“suçun gebe kadına karşı işlenmesi hâlinde iki hayata son verilmektedir. Bu nedenle, belirtilen durumda faile daha ağır ceza verilmesi öngörülmüştür.”*⁸²¹ ifadesi de kanun koyucunun cenine verilen zararı göz önünde bulundurduğunu göstermektedir. Dolayısıyla her ne kadar düzenlenme amacı doğrudan cenini korumak olmasa da TCK'nın bazı maddelerinde yer alan ağırlaştırıcı nedenler vasıtasıyla cenine zarar verilmesinin taksirli halinin cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. Öyleyse kanun koyucu, çocuk düşürme ve düşürtme suçlarının taksirli halini düzenlemese de, iradesinin cenine taksirle zarar verilmesinin cezalandırılmaması yönünde olduğu söylenemez.

Kanun koyucunun iradesinin tespit edilmesi gereken bir diğer nokta, ceninine anne karnındayken zarar verildiği, bu zararın ceninin gelişimini olumsuz yönde etkilediği,

⁸²⁰ Soyaslan, s. 154. Artuk/Gökçen/Yenidünya, 11. Baskı, s. 148.

⁸²¹ TCK madde gerekçeleri için bakınız; www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc (12.04.2018). Aslında bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için ceninin düşmesi, yani ölmesi, aranmamıştır. Gebe olan mağdurun ölümü, ceninin erken doğmasına da neden olsa bu ağırlaştırıcı neden uygulanacaktır; ayrıntılı açıklama için bakınız, Artuk/Gökçen/Yenidünya, Ankara, s. 180, 181. Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Özel, s. 128. Tezcan/Erdem/Önok, s. 162. Fiil mutlaka iki hayata son verilmesine neden olacak değildir. Dolayısıyla maddenin gerekçesi, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulandığı her durumu açıklamamaktadır.

ancak ceninin düşmeyip tam ve sağ olarak doğduğu durumların cezalandırılması konusunda ortaya çıkmaktadır. Yukarıda da açıklandığı gibi, TCK'da cenin yaralama diye bir suç bulunmamakta, yaralama suçunun mağduru ise tam ve sağ olarak doğmuş bir insan olduğundan, bu suç da cenine zarar verildiği durumlarda uygulama alanı bulamamaktadır. Ceninin yaralanması durumu için cezai sorumluluk belirlenmemesi acaba kanun koyucunun bu durum için cenine sağlanan hukuki korumayı yeterli gördüğünü mü göstermektedir? Yoksa kanundaki bu boşluk bilinçsiz olarak mı bırakılmıştır?

Fikrimizce kanun koyucunun cenine, ceninin ölmesi haricinde zarar verilmesi ihtimalini cezalandırdığı durumlar bulunmaktadır. Yine ağırlaştırıcı nedenler arasında karşımıza çıkan, çocuğun vaktinden önce doğması durumu fikrimizce buna işaret etmektedir. Yukarıda da açıkladığımız üzere çocuğun vaktinden önce doğmasına neden olunması, ceninin rahim dışına olağan gebelik süresi tamamlanmadan çıkmasını, ancak vaktinden önce doğmasının ölümüne neden olmamasını ve çocuğun yaşamına devam etmesini ifade etmektedir. Ceninin vaktinden önce doğması, anne karnındaki gelişimini tamamlayamamasına neden olabilecek niteliktedir. Tıbbın gelişmesi ile yaşama yeteneğini kazanmış olup erken doğan çocuklar, bazı durumlarda yaşatılabilmektedir. Böyle durumlarda kimi zaman erken doğan çocuk gelişimini kendisine sağlanan yapay ortamda, sanki anne karnındaymış gibi tamamlayabilmekte ve sağlıklı bir birey olarak yaşamını sürdürebilmektedir. Öte yandan erken doğumun, anne karnındaki gelişimini vakitsiz bir şekilde sonlandırmasının çocukta ölüme sebep olmayan kalıcı hasara yol açması riski de bulunmaktadır. İşte bu riski göz önünde bulunduran kanun koyucu, erken doğan çocuğun bu sebeple kalıcı hasara uğraması ihtimaline karşı, erken doğuma yol açılmasını bazı suçların ağırlaştırıcı nedeni olarak öngörmüştür. Öyleyse ceninin yaralanması kanunda doğrudan suç olarak öngörülme de kişilerin hayatına ve vücut bütünlüğüne karşı suçlarda ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmekle cezalandırılabilir bir durum olarak kanunda yerini almıştır. Dolayısıyla kanun koyucunun iradesinin cenine sağlanan hukuki korumanın yeterli olduğu, ceninin yaralanması durumu için cezai sorumluluk belirlenmesine gerek olmadığı yönünde bir iradesi olduğu söylenemez. Elbette ceninin yaralanmasının tespiti ve dolayısıyla ispatı güç olduğundan yapılacak bir

düzenlemenin uygulanmasının pek mümkün olmadığı düşünölmüş ve dolayısıyla böyle bir düzenlemeye bu nedenle gidilmemiş olabilir. Bu konuya bir sonraki bölümde değinilecektir.

Kanun koyucunun iradesiyle ilgili tespiti önem arz eden bir diğer nokta, kanun koyucunun ceninin yaralanmasının cezalandırılmasını annenin hayatı veya vücut bütönlüğünün ihlali haricinde mümkün görmemesi ihtimalidir. Buna göre, kanun koyucu, annenin hayatı veya vücut bütönlüğü ihlal edilmeden cenine zarar vermenin mümkün olmadığını düşünerek cenine zarar verilmesi durumlarını annenin hayatı veya vücut bütönlüğünün ihlal edildiğı suçların cezasını ağırlaştıran bir sebep olarak düzenleme yoluna gitmiş olabilir. Gerçekten de ceninin anne karnındaki gelişimi süresince cenin, gebe kadının vücut bütönlüğü dâhilindedir. Dolayısıyla gebe kadının hayatına veya vücut bütönlüğüne müdahale edilmeden cenine zarar verilmesi gerçekten de düşük bir ihtimaldir. Öte yandan kanun koyucunun gebe kadının hayatını veya vücut bütönlüğünü ihlal eden suçların ağırlaştırıcı nedenlerinden biri olarak ceninin zarar görmesini düzenlemesi ceninin yaralanmasının cezalandırılması konusunda kanunda bir boşluk olmadığı anlamına da gelmemektedir. Aşağıda cenin yaralamanın suç olarak düzenlenmesi durumunda annenin de fail olarak kabul edilebileceğini açıkladık. Bu örnek üzerinden gitmek gerekirse gebe kadının, karnındaki ceninin zarar görebileceğini bildiğı halde gebeliğı sırasında alkol veya uyuşturucu madde kullanmaya devam etmesi durumunda ceninin yaralanması durumu için hukukumuzda uygulanabilir bir hüküm bulunmamaktadır. Öyleyse gebe kadının hayatı veya vücut bütönlüğü kendisi tarafından ihlal edildiğinde ceninin yaralanması durumunda kanunda boşluk bulunduğı görölmektedir.

Bununla birlikte gebe kadının hayatının veya vücut bütönlüğünün üçüncü kişiler tarafından ihlal edilmesi durumunda ceninin yaralanmasının her halde cezalandırıldığı, ceza hukukumuzda bu konuda bir boşluk olmadığı da söylenemeyecektir. Zira yukarıda bahsedildiğı gibi gebe kadının hayatının veya vücut bütönlüğünün ihlal edildiğı her suçta suçun gebe olduğı bilinen bir kadına karşı işlenmesi nitelikli hali düzenlenmemiştir. Suçun gebe olduğı bilinen bir kadına karşı işlenmesi nitelikli hali ceninin yaralanmasını cezalandırılabilir hale getirebilir çünkü ceninin akıbetiyle ilgili kesin bir yargı

içermemekte, ceninin zarar görmesi ihtimalini cezalandırmaktadır. Ancak neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç olarak düzenlenen suç sonucunda çocuğun erken doğmasına neden olunması durumu her koşulda, çocuğun düşmesine neden olunması durumunda ise hiçbir koşulda ceninin yaralanmasının cezalandırılmakta olduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla gebe kadının hayatının veya vücut bütünlüğünün ihlal edildiği suçlarda çocuğun erken doğması veya düşmesine neden olunmasına ilişkin düzenleme bulunması da ceninin yaralanmasının cezalandırılmasına ilişkin ceza hukukumuzda boşluk bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Sonuç olarak ceninin yaralanmasının cezalandırılması konusunda ceza hukukumuzda boşluk olduğu görülmektedir.

C. Cenin Yaralama

Türk Hukuku'nda ceninin yaralanması bir suç olarak düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kanunilik ilkesi gereği, bir cenini anne karnındayken yaralayan ve bu nedenle çocuğun yaralı veya engelli olarak doğmasına neden olan kişinin cezalandırılması mümkün değildir. Bu bölümde cenin yaralama suçuna ilişkin bir hukuki düzenleme yapılsaydı ortaya nasıl bir suçun çıkacağı sorgulanarak kanunda böyle bir suçun düzenlenmesinin artıları ve eksileri tartışılacaktır. Cenin yaralamanın suç haline getirilmesi düşünülürken haksız fiil sorumluluğu konusunda yapılan ayırım faydalı olabilir. Buna göre ceninin gelişimini tam olarak tamamlayamamış veya zarar görmüş bir şekilde doğmasına bir kişinin cenine doğrudan zarar verebilecek nitelikte bir eylemi meydana getirmesi sebep olabileceği gibi bir kişinin ceninin anne karnındaki gelişiminin olumsuz yönde seyrettiğini fark edememesi de sebep olabilir.

İlk olarak bir kişinin cenine zarar verebilecek nitelikte bir eylemi meydana getirmesini ele almak faydalı olacaktır. Böyle bir suçun düzenlenmesi halinde suçun maddi konusu ceninin anne karnındaki gelişimi veya doğumu esnasında onu yaralayacak bir eylemde bulunmak olacaktır. Eylemin neticesi tam ve sağ olarak doğan ceninin yaralanmış olmasıdır. Bu anlamda anne rahmindeki cenine yönelik zarar verici eylemin ceninin düşmesine, yani bu eylem nedeniyle anne karnındayken veya doğduktan sonra ölmesine, neden olmayan ancak zarar görmesine neden olan fiillerin cezalandırılacağı söylenebilir. Zira söz konusu eylem ceninin anne karnında veya doğduktan sonra

ölmesine neden olmuşsa, yukarıda da açıklandığı gibi, çocuk düşürtme veya düşürme suçları uygulama alanı bulacaktır.

Suçun hukuki konusu kişinin vücut bütünlüğüdür. Suçu oluşturan durum ceninin anne karnındayken yaralı olması değil, anne karnındayken yaralanıp bu yaralanmanın yine bir yaralanma veya engellilik şeklinde doğumu sonrasına sirayet etmesidir. Suçun mağduru anne karnındayken yaralanan çocuktur. Suçun neticesi ancak anne karnındayken yaralanan ceninin tam, sağ ve fakat yaralı veya engelli olarak doğması ile ortaya çıkacak, cenin söz konusu yaralanma nedeniyle ölmeyip yaşamını sürdürürse suç oluşacaktır. Dolayısıyla suçun mağduru doğmuş olan çocuk, yani bir kişidir, ancak söz konusu zarar kişiliğin kazanılmasından önce meydana gelmiştir. Bu anlamda şikayet hakkının çocuk adına, çocuğun anne-babası veya yasal temsilcisi tarafından kullanılabilceği düşünülebilir. Öte yandan suçun failinin anne-baba veya yasal temsilcinin kendisi de olabileceği düşünüldüğünde, çocuğun reşit olmasına kadar zamanaşımının dolmamasını sağlayacak bir düzenleme yapmak faydalı olabilecektir.

Suçun faili, ceninin kendisi dışındaki herhangi bir üçüncü kişi olabilir. Açıklamamıza dayanak olarak hekimin haksız fiil sorumluluğunu kaynak göstermemiz sebebiyle akla gelen ilk ihtimal failin hekim veya bir sağlık mesleği mensubu olmasıdır. Öte yandan karnındaki cenine zarar verebileceğini bile bile sigara, alkol, uyuşturucu madde veya zarar verebilecek nitelikte ilaç kullanan anne, hamile eşine şiddet uygulayan baba⁸²² veya gebe kadına şiddet uygulayan veya gebe kadının hayatına veya vücut bütünlüğüne zarar verecek herhangi bir eylemde bulunan diğer kişiler de suçun faili olabilecektir. Suçun manevi unsurunu açıklarken de belirteceğimiz üzere hekim ve sağlık mesleği mensuplarının amacının gebe kadını veya cenini tedavi etmek olduğu, sayılan diğer kişilerin ise böyle iyi niyetli bir çaba içinde olmadıkları göz önünde bulundurulmalıdır. Böyle bir durumda failin davranışındaki kötülük bakımından bu diğer

⁸²² Hacettepe Üniversitesi tarafından yapılan aile içi şiddet araştırmasına göre; şiddet mağduru her iki kadından biri için gebelik, şiddetin azalmasına yol açmamakta, şiddet mağduru kadınların yalnızca yüzde dokuzu gebelik sırasında şiddetin durduğunu belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bakınız; İlknur Yüksel-Kaptanoğlu ve diğerleri, **Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması**, Elma Teknik Basım Matbaacılık, Ankara, 2015, s. 131. Görüldüğü gibi gebelik sırasında gebe kadının aile içi şiddete maruz kalması sık görülen bir durumdur. Dolayısı ile böyle bir suçun kanunda tanımlanması halinde babanın cenin yaralama suçunun faili olması sıklıkla karşılaşılabılır bir durum olacaktır.

kişilerin tedavi amacıyla hareket eden hekim veya diğer sağlık mesleği mensubundan çok daha cezalandırılabilir konumda bulundukları rahatlıkla söylenebilecektir.

Annenin suçun faili olduğu durumu biraz daha irdelemekte fayda bulunmaktadır. Anne adaylarının gebelikleri sırasında ilaç, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaları, cenine zarar verebilmektedir. Öte yandan doktrinde, uyuşturucu madde kullanımının mutlaka cenine zarar vermeyeceğini, bunun uyuşturucu bağımlısı kadınlara karşı bir ön yargı olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır. ABD’de, hamileyken ilaç kullanımının suç oluşturacağına ilişkin özel bir hüküm olmamakla birlikte bu fiil çocuk istismarı (child abuse) veya çocuğu ihmal (child neglect) gibi suçlar kapsamında cezalandırılmaktadır. Uygulama, uyuşturucu bağımlısı gebelere üç seçenek sunmaktadır: bunlar ya gebelikteki rutin muayeneler sırasında ilaç kullanımları fark edilerek cezalandırılacak veya gebelikleri sırasında uyuşturucu bağımlılıklarının fark edilmemesi için tıbbi yardım almaktan kaçınacak yahut gebeliklerini sonlandıracaklardır.⁸²³ Bu durumun uyuşturucu bağımlısı gebelere gebeliklerini sonlandırmaları yönünde baskı yapılmasına sebep olduğunu öne süren yazarlar, uygulamanın çoğunlukla maddi durumu yetersiz siyahi kadınları vurduğunu vurgulayarak⁸²⁴ bu insanların gen havuzundan silinmeye çalışıldığını ve bunun bir çeşit “modern öjeni” olduğunu iddia etmektedir.⁸²⁵ Görüldüğü gibi, uyuşturucu bağımlılarının tedavisi amacıyla ortaya çıkan uygulama, yanlış değerlendirmeler sonucu hamile kadınların kişilik haklarını zedeleyen bir yönde seyretmiştir. ABD’deki bu uygulamanın sebep olduğu sonuçları irdeleyen Cloud, uygulamanın Ferguson v. Charleston davasında masaya yatırıldığını aktarmaktadır. Davaya konu olan olayda, uygulamanın bir sağlık merkezine başvuran hamile kadınların, rızaları veya bu yönde mahkeme kararı bulunmaksızın idrar testine tabi tutuldukları, testin pozitif çıkması sonucu bir kısmının hapse girdiği diğerlerinin de düşük yaptığının iddia edildiği aktarılmaktadır. Davaya konu olayda ceninin sağlığına zarar gelip gelmediği araştırılmak istenirken aşırıya kaçılarak hamile kadının haklarının tamamen göz ardı edildiği görülmektedir. Ceninin yaşam hakkı ile annenin kişilik hakları arasında denge kurulması gerekirken bu uygulamada uyuşturucu bağımlısı kadınların, toplumun onlara karşı

⁸²³ Stephanie Yu Lim, “Protecting the Unborn as Modern Day Eugenics”, **Health Matrics**, S. 18(127), 2007, s. 133.

⁸²⁴ John Cloud, “Protecting the Unborn”, **Time**, 0040781 X, 9 Ekim 2000, S. 156(15), s. 1. Aynı yönde Lim, s. 135.

⁸²⁵ Lim, s. 131.

önyargılı olması nedeniyle ayrımcılığa uğradığı anlaşılmaktadır. Cloud, hamile kadının uyuşturucu madde kullandığı ve ceninin öldüğü veya çocuğun sakat doğduğu durumlarda somut olayın önyargıyla bakılmaksızın iyice araştırılarak, kadını mahkum etmeden önce ceninin ölümü veya çocuğun sakat doğması arasında illiyet bağı bulunduğunun kanıtlanması gerektiğini vurgulamaktadır.⁸²⁶

Benzer durum hamile kadının inancı gereği tedaviyi reddetmesi halinde de görülmektedir. ABD’de yaşanan bir olayda, hakimin herhangi bir gün tedavi merkezine gitmesine karar verdiği kadın, dini inancı gereği hem tıbbi müdahaleyi hem de devletin otoritesini reddettiği için bu merkeze gitmemiş, doğan çocuk birkaç hafta sonra hayatını kaybetmiştir. Bu durumun cenin için mutlak tehlike oluşturmadığına ilişkin savunmalar ise mahkeme tarafından reddedilmiştir.⁸²⁷ Görüldüğü gibi gebe kadının karnındaki cenine zarar vermesi söz konusu olduğunda farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Uyuşturucu madde kullanımının cenine zarar vereceği düşüncesiyle yapılan uygulamalar önyargılı yaklaşımlara sebep olmuştur. Fikrimizce bu nedenle, böyle bir suçun, gebelik sırasında yaşanan zarar verici davranışların çocuğun doğumundan sonra gerçekten çocuğa zarar verdiğinin tespit edilmesi durumunda oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Suçun manevi unsuruna değinmeden önce böyle bir eylemin manevi unsurunun ne olabileceğinin belirlenmesi faydalı olabilecektir. Failin baba olduğu bir senaryoda, eşinden ve eşinin gebe oluşundan memnun olmayan ve her ikisine zarar vermeyi amaçlayarak eşine şiddet uygulayan babanın kasıtlı hareket ettiği söylenebilecektir. Babanın uyguladığı şiddet sonucunda çocuk düşmez ancak uygulanan şiddet nedeniyle ceninin anne karnındaki gelişimi olumsuz yönde etkilenip cenin erken veya vaktinde yaralı veya engelli olarak doğarsa kasıtlı bir eylemin varlığı söz konusu olacaktır. Failin anne olduğu bir senaryoda gebe olduğunu ve bunun karnındaki cenine zarar verebileceğini bilerek ancak umursamayarak uyuşturucu madde kullanmaya devam eden annenin bu eylemi neticesinde cenin engelli olarak doğarsa annenin söz konusu eylemlerinin olası kasıt ile gerçekleştirildiği söylenebilecektir. Anneyi tedavi etmeyi amaçlayarak anneye ilaç veren ancak mesleki bilgisizlik veya tecrübesizlik nedeniyle bunun ceninin gelişimine zarar verebileceğini öngöremeyen hekimin davranışının taksirli olacaktır. Yine hekimin fail olduğu bir senaryoda, mesleki tecrübesine güvenerek,

⁸²⁶ Cloud, s. 1-2.

⁸²⁷ Cloud, s. 1-2.

örneğin doğum esnasında somut olayın gerektirdiği tedavi yöntemi yerine bu olaya bariz bir şekilde uygun düşmemekle tıbbi gerekliliklere uygunluk koşulunu sağlamayan bir tedaviye girişen hekimin davranışının ise bilinçli taksirli olduğu söylenebilecektir.⁸²⁸ Suçun manevi unsurunun, yani bu manevi unsurlardan hangileri ile hareket eden faillerin cezalandırılacağı konusunda ise kanundaki mevcut düzenlemeleri göz önüne almak faydalı olacaktır. Kanunumuzda çocuk düşürme ve düşürtme suçlarının, yani anne karnındaki cenini öldürmenin, taksirli halleri düzenlenmezken anne karnındaki cenini yaralamanın taksirli haline ilişkin düzenleme yapılması ciddi bir tutarsızlık oluşturacaktır. Öyleyse kanunun mevcut düzenlemeleri korunarak cenin yaralama suçu adı altında bir düzenleme yapılmak istenseydi bu suçun kasıtlı ve olası kasıtlı işlenebileceği, taksirle işlenmesinin ise, kanunda taksirli haline ilişkin bir düzenleme yapılmayacağından, mümkün olmayacağı söylenebilecektir.

Söz konusu durumun kanunda bir suç olarak düzenlenmesi düşünüldüğünde ispat sorunu ciddi engel yaratmaktadır. Ceninin anne karnındaki gelişiminin doğal seyrini failin zarar verici davranışının bozduğunu tespit etmek kolay değildir. Bilindiği gibi bir suçun oluştuğunun kabulü için meydana gelen zarar ile failin davranışı arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Ceninin anne karnındaki gelişimi doğal nedenlerle; annenin veya ceninin sahip olduğu bir hastalıkla, hatta annenin stres altında olmasıyla dahi bozulabilir. Ceninin anne karnındaki gelişiminin fail tarafından meydana getirilen zarar verici davranışla bozulduğunun, bu davranış olmasaydı ceninin sağlıklı bir çocuk olarak dünyaya geleceğinin belirlenmesi bu anlamda önemlidir. Zira aksi halde ortaya çıkan zararın, yani ceninin yaralı veya engelli olarak doğmasının, faile isnat edilmesi mümkün olamayacaktır. Ceninin anne karnındaki gelişiminin failin zarar verici davranışı

⁸²⁸ Polonya’da yürürlükte olan 1993 tarihli Aile Planlaması, İnsan Embriyosunun Korunması ve Kürtaja İzin Verilmesi İçin Gerekli Koşullara İlişkin Kanun’un 7. maddesi uyarınca Ceza Kanun’unun ilgili maddelerinin, ceninin vücut bütünlüğüne zarar veren kişinin 2 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılması yönünde değiştirileceği düzenlenmiştir. Aynı maddeye göre, anneyi veya cenini tedavi etmek amacıyla yapılan müdahalelerde ceninin zarar görmesi durumunda müdahalede bulunan hekim cezalandırılmaz. Ayrıntılı bilgi için bakınız; <https://www.reproductiverights.org/sites/crr.civicactions.net/files/documents/Polish%20abortion%20act--English%20translation.pdf> (17.04.2018). Görüldüğü gibi Polonya’da cenin yaralama suçuna ilişkin hukuki düzenleme bulunmaktadır. Suça ilişkin düzenlemede manevi unsura ilişkin ayrıma gidilmemiş ancak fail ve failin amacı konusunda hekimlere ayrıcalık tanınmıştır. Fikrimizce de düzenlemede açıklandığı gibi bir durumda hekime ceza verilmesi anlamlı değildir.

nedeniyle bozulduğunun tespiti için gebelikte yapılan rutin kontrollerin yapılması faydalı olabilir. Rutin kontrollerde gözlenen sağlıklı gelişimin bir noktadan sonra aniden bozulması, bu noktada cenine bir zarar verildiğini düşündürebilecektir. Söz konusu zararın ancak failin zarar verici davranışı neticesinde oluşabilecek nitelikte olduğunun tespiti ve ardından yine bu davranış neticesinde oluştuğunun tespiti halinde suçun oluştuğu kabul edilebilecektir. Bu anlamda somut olay bazında yapılacak inceleme önem kazanacaktır.

İkinci olarak, bir kişinin ceninin anne karnındaki gelişiminin olumsuz yönde seyrettiğini fark etmemesi nedeniyle ceninin yaralanması veya engelli olarak doğması durumunu ele almak gerekmektedir.⁸²⁹ Haksız fiil sorumluluğu incelenirken bu durum kendi içinde “anomalinin tedavi edilebilir olması” ve “anomalinin tedavi edilemez olması” olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Bu ayrıma gitmeden önce söz konusu durumla ilgili önemli bir konuyu vurgulamakta fayda vardır. Yukarıda incelenen bir kişinin zarar verici eylemi nedeniyle ceninin yaralanması ve yaralı veya engelli olarak doğması durumunun aksine, ceninin anne karnındaki gelişiminin olumsuz yönde seyrettiğinin fark edilmemesinde ortaya çıkan zararlı sonuç doğru şekilde teşhis koyamayan kişinin herhangi bir davranışından kaynaklanmamaktadır. Burada gebeliğin doğal seyrinde kendiliğinden meydana gelen bir bozukluk veya bu seyrin bozulduğunu fark edemeyen kişi haricinde bir başka kişinin zarar verici eyleminden kaynaklanan bir aksaklık bulunmaktadır. Öyleyse gebeliğin normal şekilde ilerlemediğinin, ceninin anne karnındaki gelişiminin olumsuz yönde gittiğini fark edemeyen kişinin cenine zarar verecek nitelikte doğrudan bir müdahalesi bulunmaksızın çocuğun yaralı veya engelli doğum söz konusu olmuş, teşhisi koyması gereken kişi yalnızca çocuktaki yaralanmayı veya engeli fark etmek konusunda kusurlu davranmıştır.

Böyle bir olayda kişinin cenindeki anomaliyi tespit edememesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için öncelikle bu anomaliyi tespit etmek konusunda kendisine sorumluluk yüklenebilecek bir kişi olması gerekmektedir. Bu da böyle bir suçun kanunda yer alması halinde failinin ancak bir hekim veya diğer sağlık mesleği mensubu

⁸²⁹ Hakeri, hekimin anomaliyi zamanında teşhis edememesi durumunda suç oluşmayacağını belirtmektedir; bakınız, Hakeri, s. 770.

olabileceğini göstermektedir. Hatta cenindeki anomalinin tespiti, çok bariz durumlar haricinde, ancak bu konuda uzmanlığı olan bir hekim tarafından tespit edilebilecek bir durum olduğundan her hekim ve diğer sağlık mesleği mensubunun bu konuda doğru teşhis koyamamaktan dolayı sorumlu tutulamayacağı dahi söylenebilir. Öyleyse böyle bir suçun failinin ceninin anne karnındaki gelişimini takip etmekten sorumlu bir kişi olup bu gelişimin olması gerektiği gibi ilerlemediğini tespit etmekte dikkatsizlik, özensizlik, mesleki bilgisizlik veya tecrübesizlik gibi bir sebeple bu sorumluluğunun gereklerini yerine getiremediğini söylemek gerekir. Bu da manevi unsur taksir olan bir eyleme işaret etmektedir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, ceninin taksirle öldürülmesinin yani taksirli çocuk düşürme veya düşürmenin suç olarak kabul edilmediği bir hukuk düzeninde ceninin taksirle yaralanmasına neden olmanın suç olarak düzenlenmesi tutarsızlık oluşturacaktır. Dolayısı ile cenindeki anomaliyi tespit edemeyen kişinin ceninin yaralı veya engelli olarak doğmasından kaynaklanan cezai sorumluluğunu düzenlemek pek akla yakın değildir. Biz yine de anomalinin tedavi edilebilir olup olmaması yönünden yapılan ayrıma da kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

Anomalinin tedavi edilebilir olması halinde ortaya çıkacak sorumlulukta ceninin anne karnındaki olumsuz gelişiminin kendisi veya bu olumsuz gelişimin ortaya çıkardığı zarar tedavi edilebilir niteliktedir. Ancak ceninin anne karnındaki gelişimini takip etmekten sorumlu kişi bu olumsuz gelişimi fark etmediğinden çocuk, tedavi edilemeden, yaralı veya engelli bir şekilde doğmuştur. Bu durumda ortaya iki sonuç çıkabilecektir: çocuktaki zarar doğumundan sonra fark edilecek ve çocuk tedavi edilecek veya teşhisteki bu gecikme çocukta artık giderilemeyecek bir zarara yol açtığından çocuk, teşhis anne karnındayken yapıp tedavi edilseydi tamamen iyileşebilecekken artık tamamen iyileşme şansı kalmayacaktır. İlk durumda fikrimizce teşhiste geciken hekimin cezai sorumluluğuna gitmek anlamlı değildir. Zira çocukta kalıcı bir zarar ortaya çıkmamıştır. Anne ve babanın çocuğun tedavi masraflarına dayalı maddi tazminat talepleri ile manevi tazminat taleplerinin karşılanacak olması fikrimizce bu tür bir olayda cenine yeterli korumayı sağlayacaktır. Öte yandan teşhisteki gecikmenin tedavi edilebilecek bir hastalığı artık tedavi edilemez aşamaya getirerek çocuğun yaralı veya engelli olarak doğmasına sebep olması durumu için cezai sorumluluğa ilişkin bir düzenleme yapmak

anamlı olabilir. Zira ortada, gerekli dikkat ve özen gösterilseydi önlenebilecek nitelikte kalıcı bir zarar vardır. Bu noktada ilgili davranışın manevi unsur yönünden taksire işaret ettiğini, ve çocuk düşürtme ve düşürme suçlarının taksirli halleri düzenlenmezken cenin yaralamanın taksirli halinin düzenlenmesinin tutarsızlık olacağını bir kez daha hatırlatalım.

Anomalinin tedavi edilemez olması halinde ise ceninin anne karnındaki gelişiminin olumsuz yönde seyrettiğini fark edemeyen kişinin cezai sorumluluğuna gidilmesinin anlamlı olmadığı düşüncesindeyiz. Böyle bir durumda ceninin anne karnındaki gelişiminde, muhtemelen genetik bir hastalıktan veya bir tür kromozom anomalisinden kaynaklanan, bir bozukluk meydana gelecek ve çocuk engelli olarak dünyaya gelecektir. Söz konusu engel tedavi edilebilir nitelikte değildir. Herhangi bir kişinin cenine veya anneye yönelik zarar verici eyleminden de kaynaklanmamıştır. Dahası cenin yaralama suçunun, mağduru anne karnında olduğu sırada zarar görüp yaralı veya engelli olarak doğan kişidir. Tedavisi olmayan anomalinin tespit edilememesinden doğan haksız fiil sorumluluğunda anne ve babanın tazminat talepleri, çocuk sahibi olup olmamaya serbestçe karar verme haklarının, yani kürtaj haklarının, ellerinden alınmasından doğmaktadır. Böyle bir durumda tedavi edilemez bir anomaliyle dünyaya gelen çocuğun manevi tazminat talebinin ise olmadığı, zira kişinin doğmuş olmaktan dolayı zarara uğradığının kabulünün mümkün olmadığı doktrinde belirtilmektedir.⁸³⁰ Benzer şekilde tespit edilemeyen tedavi edilemez anomaliden dolayı kişinin engelli olarak doğmasından dolayı ceza hukuku anlamında mağdur olarak kabul edilmesi de mümkün olmayacaktır. Bu nedenle bir cenin yaralama suçunun düzenlenmesi halinde tedavi edilemez anomaliyi tespit edememenin suç olarak düzenlenemeyeceği kanaatindeyiz.

⁸³⁰ Ünver, s. 136. Pergament ve Ilijic, s. 1448.

SONUÇ

Ceninin ceza hukuku yoluyla nasıl korunduğunun tespiti için öncelikle ceninin hukuki statüsünün, ahlaki değerinin ne olduğu sorusuna cevap vermek gerekmektedir. Ceninin hukuki statüsünün ne olduğuna cevap vermeden bir suçla korunup korunmadığını, bir suçun mağduru olup olmadığını tespit etmek mümkün olamayacaktır. Biz çalışmamızın ilk bölümünde incelediğimiz, ceninin ahlaki statüsü konusunda yapılan üçlü ayırmadan faydalanarak, çalışmamızın ikinci bölümünde çeşitli ülkelerin düzenlemeleri ile AİHM'nin görüşünü inceledik. Çeşitli ülkelerin düzenlemeleri ile AİHM'nin görüşü ışığında ceninin hukuki statüsü konusundaki genel kabulü ortaya çıkarmaya çalıştık.

Ceninin ahlaki bir statüsünün olduğu düşüncesi ceninin ileride insan olma potansiyeline sahip olduğu düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Ceninin ileride insan olma potansiyelinin bulunmasının yanında, anne karnında gelişim göstermesi, bazı durumlarda cenin ile annenin menfaatlerinin çatışmasına neden olmaktadır. Bu durum ceninin menfaatleri ile annenin menfaatleri arasında bir denge kurulmasını gerektirmekte ve bu nedenle ceninin kendine özgü bir ahlaki statüye sahip olduğu ileri sürülmektedir. Ceninin ahlaki statüsü konusunda üç farklı görüş oraya koyulmuştur. “Cenin bir ahlaki statüye sahip olmadığı görüşü”, “ceninin kademeli bağımsız bir statüye sahip olduğu görüşü” ve “ceninin oluşum anından (dölleme) itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğu görüşü” olarak sınıflandırılan bu görüşler, ceninin ahlaki ve hukuki niteliği, yaşam hakkına sahip olmadığı gibi konularla yakından ilgili olup gebeliğin sonlandırılması konusundaki tutumla ilgili çeşitli bakış açıları ortaya koymaktadır.

Cenin bir ahlaki statüye sahip olmadığı görüşü fikrimizce uygulamayla bağdaşmamaktadır. Ancak bu görüş kapsamındaki ceninin eşya olup olmadığı, kişilik haklarıyla mı yoksa mülkiyet hakkıyla mı korunacağı tartışması ceninin hukuki niteliği konusunda fikir vermektedir. Vücut dışındaki üreme hücrelerinin (ve dolayısıyla bunlardan daha yüksek statüde bulunan ceninin) eşya statüsünde olmadığı yönündeki görüşe katılmaktayız. Zira alınıp satılması yasaklanmış olan ve üremeye ve genetik aktarıma ilişkin özellikleri itibariyle kişilik hakları ile bu derece sıkı bir bağlantı içerisinde olan üreme hücreleri ile üreme hücrelerinin bu özelliklerine ek olarak insan

olma potansiyeline de sahip olan ceninin eşya statüsünde değerlendirilmesi insanın nesneleştirilmesine sebep olmakla insan onuruna aykırı düşecektir. Bunlara sağlanacak hukuki koruma konusunda ise kişilik değerlerine ilişkin hukuki korumanın yanında mülkiyet hakkına benzer bir korumanın da sağlanabileceğine ilişkin görüşün sakıncalı olmadığı kanaatindeyiz. Vücut dışındaki üreme hücreleri ile cenine verilecek fazladan, aynı haklara tanınan hukuki korumaya benzer, bir hukuki koruma, bunları eşya statüsüne sokmayacak, sağlanan hukuki korumanın arttırılması, bunların, statüsü yüksek, mümkün olan en yüksek korumayı hak eden varlıklar olduğu yönünde değerlendirilmesini kolaylaştırabilecektir. Böyle bir hukuki korumanın, somut olayın gerektirmesi halinde ve elbette, bunları nesneleştirmeyecek şekilde kullanılması gerekmektedir.

Cenin kademeli bağımsız bir statüye sahip olduğu görüşü fikrimizce uygulamaya en yakın olan görüştür ancak bize göre görüşün adlandırılış şekli, görüşü tam olarak yansıtmamaktadır. Görüşü öne süren yazarların, ceninin kademeli bağımsız bir statüye sahip olduğu görüşünü açıklarken bu statünün kademeli olarak yükselmesine odaklanmakta ancak ceninin bağımsızlığını açıklamamaktadır. Şüphesiz ki burada bağımsızlık ile anlatılmak istenen ceninin annenin bir parçası olmayan, anneden ayrı bir varlık olduğudur. Fikrimizce böyle bir bağımsızlığın kabulü, bu bağımsız varlığın bir kişi, bir birey olduğunun, yaşam hakkına sahip olduğunun ve dolayısıyla gebeliğin sonlandırılmasının kasten veya taksirle öldürmeye eşit sayılmasının da kabulünü gerektirir. Öte yandan yazarlar, gelişimi sırasında çeşitli kademelerden geçen ceninin, içinde bulunduğu hiçbir kademede anneden tam olarak bağımsız olduğundan bahsetmemişlerdir. Gebeliğin her aşamasında çeşitli gebeliğin sonlandırılması sebeplerine dayanarak gebeliği sonlandırmak mümkündür. Ceninin statüsünün en yüksek olduğu kademede bile ceninin hayatı anneninkinden bağımsız olarak düşünülememekte, gebeliğin sonlandırılması tamamen yasaklanamamaktadır. Öyleyse bu görüşü “kademeli bağımsız” olarak değil “kademeli bağımlı” olarak adlandırmak belki de daha doğrudur. Zira ceninin statüsü, gebelik ilerledikçe içinde bulunacağı yeni kademeler gereği yükselecek ve git gide gebeliğin sonlandırılmasının zorlaşmasıyla cenin, anneden daha bağımsız olacaktır. Öte yandan gebeliğin hiçbir anında, tam ve sağ doğum gerçekleşene değin, ceninin anneden tamamen bağımsız olduğu söylenemeyecektir.

Kişiliğin kazanılma anının ve dolayısıyla ceninin ahlaki statüsünün ne olduğuna cevap vermek, cenine nasıl davranıldığını belirlemekle mümkündür. Fikrimizce, bir devletin cenini bir kişi olarak kabul edip koruduğunun söylenebilmesi için gebeliğin sonlandırılmasının taksirle veya kasten öldürme suçuna eş değer biçimde cezalandırılması ve gebeliğin sonlandırılmasının her durumda yasak olması gerekir. Bu fikir ışığında devletlerin hukuki düzenlemelerine bakıldığında, embriyonik kök hücre çalışmaları ve gebeliğin sonlandırılması konularındaki mevzuatların her ikisi de cenini konu almalarına rağmen her durumda birbirleriyle paralellik göstermedikleri anlaşılmaktadır. Embriyonik kök hücre çalışmalarında embriyonun menfaati ile embriyonik kök hücre tedavisi ile iyileşebilecek hastaların menfaati, gebeliğin sonlandırılmasında ise ceninin menfaati ile annenin menfaati çatışmaktadır. Her iki durumda menfaat çatışmasının bir tarafı embriyo/cenin olsa da embriyoya/cenine sağlanan hukuki korumanın birbirine denk olmaması, korunan menfaatin cenin, ceninin yaşam hakkı veya ceninin onuru olmadığını göstermektedir.

Devletlerin tarihsel gelişimleri içerisinde gebeliğin sonlandırılması sebepleri konusunda belli bir standarda ulaştıkları görülmektedir. Örneğin gebe kadının hayatının, fiziksel veya ruhsal sağlığının tehlikede olması tüm devletler tarafından kabul edilen bir gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak kabul görmüştür. Gebeliğin kadının mağduru olduğu bir suç sonucu meydana gelmesini gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak öngörmeyen devletlerin sosyo-ekonomik endikasyonları gebeliğin sonlandırılması sebebi olarak düzenleyerek durumu dengeleyebildikleri anlaşılmıştır. Gebeliğin sonlandırılması sebeplerinde bu standartların oluşması uzun zaman almıştır. Embriyonik kök hücre çalışmaları konusundaki tartışmalar ise gebeliğin sonlandırılması konusundaki tartışmalara göre çok yenidir. Devletlerin gebeliğin sonlandırılması konusunda muhafazakar görüşlerini zamanla terk etmeleri ve daha özgürlükçü görüşleri benimsemeleri gibi embriyonik kök hücre çalışmaları konusunda da zaman içinde belli bir standart oluşturulacak, en azından devletler kendi içlerinde tutarlı düzenlemeler yapma yoluna gideceklerdir.

Cenininin oluşum anından itibaren ahlaki bir statüye sahip olduğu görüşüne sahip olduklarını iddia eden devletlerin dahi tam anlamıyla cenini fertilizasyondan itibaren

birey olarak kabul ettiklerini söylemenin de güç olduğu düşüncesindeyiz. Ceninin insandan düşük statüde bir varlık olarak görüldüğü, kişi olarak kabul edilip korunmadığı, yasal düzenlemeler göz önüne alındığında, açıkça görülmektedir. AİHM kararlarına bakıldığında da ceninin kişi olarak korunduğu veya mutlaka kişi olarak korunması gerektiğine yönelik bir eğilim görülmemektedir. Mahkeme, kararlarında sıklıkla, ceninin madde 2'ye tabi bir kişi olup olmadığı sorusuna cevap vermenin mümkün olmadığını, Mahkeme'nin bu soruya cevap vermek gibi bir arzusu da bulunmadığını, dolayısıyla bir devletin cenini yaşam hakkına sahip ve bu hakkı korunması gerekli bir kişi olarak kabul etmesi ne kadar yasalsa kabul etmemesinin de o kadar yasal olduğunu belirtmektedir. Öyleyse AİHM'nin "insan embriyosunun bir deney malzemesi olarak görülmesi", "insan embriyosuna insan onuruna yakışır bir değer atfedilmekle birlikte hukuken kişi olarak korunmaması" ve "insan embriyosunun kişi olarak görülmesi" kategorileri içinden ilkinde dahil olmadığı kesindir. Mahkeme'nin, diğer iki kategoriden herhangi birine dahil olmayı ise devletlerin takdirine bıraktığını söylemek mümkündür.

İnsan kavramının mümkün olduğunca geniş bir şekilde yorumlanması gerekir. Biyolojik anlamda insan türünün bir üyesi olan her canlının bir kişi bir birey olarak kabulü gerekmektedir. Bu bakış açısının homo sapiens türü lehine yapılan bir "türçülük" teşkil ettiği bir gerçektir. Ancak böyle bir türçülüğün ırkçılık kadar kötü olduğunu düşünmüyoruz. Böylesi bir türçülük insan kavramının olabildiğince geniş bir şekilde yorumlanmasını sağlayacağından, belli kimse ve sınıfları diğerlerine üstün görerek hak sahiplerini dar yorumlayan ırkçılığın aksine, yararlıdır. Bu nedenle insanı, insan sperminin insan yumurtasını döllemesi sonucu oluşan varlık, homo sapiens türünün bir üyesi olarak tanımlamak gerekir. Diğer yandan insan kavramının sınırları, bir başı ve bir sonu da vardır. Bu anlamda kişiliğin, birey olmanın, başlangıç anının tam ve sağ doğum olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Doğum anının hemen öncesi ile hemen sonrası arasında insanın nitelikleri arasında belirgin bir değişiklik yoktur. Ancak rahimden çıkmayla birlikte başkalarının ona bakmasıyla ve yaşamının korunmasıyla ilgili belirgin değişiklikler olur. Bu değişikliklerden en önemlisi bebeğin yaşamının desteklenmesinin artık biyolojik annesinin hiçbir hakkını ihlal etmemesidir. Kişi olmanın

getirdiği bütün sonuçların tam ve sağ doğuma bağlanmış olması, bize göre kişiliğin başlangıç anının tam ve sağ doğum anı olduğunu göstermektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ceninin, hukuk düzenlerinde çoğunlukla bir kişi olarak kabul edilmediğinin ancak bir değer olarak korunduğunun tespitinin ardından, üçüncü bölümde cenine ceza hukuku ile sağlanan koruma üzerinde durulmuştur. Ceninin statüsünün kademeli olarak yükselmesine yönelik görüşe uygun bir şekilde, gelişiminin farklı evrelerinde git gide artan bir şekilde korunduğu görülmüştür. Bu anlamda sağlanan en düşük koruma, in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulup henüz anne rahmine transfer edilmeyen embriyoya sağlanmıştır. Mevcut düzenlemelerde bunların ceza hukuku yoluyla korunmadığı görülmektedir. Zira çocuk düşürme ve çocuk düşürtme suçları yalnızca anne rahmindeki cenine koruma sağlamaktadır. Bunlara yalnızca anne ve babalarının kişilik hakları veya yine anne babalarına sağlanan mülkiyet benzeri haklar yoluyla korunduğu anlaşılmaktadır.

Anne rahmindeki cenin ise gelişim süresine ve çeşitli endikasyonların varlığına bağlı olarak farklı seviyelerde de olsa ceza hukukunun sağladığı korumadan yararlanmaktadır. Bu anlamda cenine, kişi olarak değil, topluma ait bir değer olarak da olsa, doğrudan ceza hukuku koruması sağlayan hükümler TCK madde 99’da düzenlenen çocuk düşürtme ve TCK madde 100’de düzenlenen çocuk düşürme suçlarıdır. Çocuğun düşmesi, ceninin anne karnındayken yapılan bir müdahale nedeniyle anne karnındayken veya anneden ayrıldıktan bir süre sonra ölmesidir. Öyleyse anne karnındaki ceninin öldürülmesine ilişkin cezai sorumluluk TCK’da tanımlanmıştır. Eylemin suç oluşturması için, kanunda sayılan diğer koşulların yanı sıra, failin çocuğun düşmesi yönünden kasıtlı veya olası kasıtlı hareket etmesi gerekmektedir. Bu durumda ceninin taksirle öldürülmesinin TCK bakımından suç oluşturmadığı söylenebilir. Öte yandan bazı suçlar için, suçun gebe kadına karşı işlenmesinin, ceninin düşmesine veya vaktinden erken doğmasına neden olunmasının suçun nitelikli hali olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu nitelikli haller, veya bazı suçlar için suçun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri, bakımından failin daha ağır veya başka netice sebebiyle cezalandırılabilmesi için bu daha ağır veya başka netice bakımından taksirli olmasının yeterli olduğu anlaşılmaktadır.

Öyleyse kanun koyucunun iradesinin cenine taksirle zarar verilmesinin cezalandırılmaması yönünde olduğu söylenemeyecektir.

Görüldüğü gibi ceninin düşmesine, yani ölmesine sebep olunması, cezai sorumluluğa sebep olabilmektedir. Ancak ceninin zarar görmesine, yaralanmasına, engelli bir birey olarak doğmasına sebep olunmasına yönelik bir cezai sorumluluğun TCK ile öngörülmediği anlaşılmaktadır. Bazı suçların ağırlaştırıcı sebebi olarak ceninin vaktinden erken doğmasına neden olunmasının düzenlenmiş olması aslında kanun koyucunun ceninin yaralanmasına neden olunmasına yönelik cezai sorumluluğun düzenlenmesine karşı olmadığını göstermektedir. Öte yandan TCK'da cenin yaralamanın suç olarak düzenlenmediği görülmektedir. Cenin yaralamayı suç olarak öngören Polonya'daki düzenlemeye bakıldığında, cenin yaralamanın öldürmeye oranla daha hafif bir şekilde cezalandırılan bir suç olduğu ve cenini veya anneyi tedavi etmeyi amaçlarken istemeden cenine zarar veren hekimin bu suçtan dolayı cezalandırılmayacağı anlaşılmaktadır. Fikrimizce de cenin yaralama bir suç olarak kanunda öngörüldüğü takdirde tedavi amacıyla hareket eden hekimin taksirli eyleminin bu suçu oluşturmayacağının kabulü gerekir. Cenin yaralama suçu düşünüldüğünde cenine zarar vermeyi amaçlayan anne veya baba dahil bir kişinin kasıtlı davranışı veya yine anne veya baba dahil herhangi bir kişinin ceninin zarar görmesi ihtimalini öngörüp bunu umursamayan olası kasıtlı davranışı, cenin bakımından, hekimin tedavi amacıyla hareket ederken taksirle meydana getirdiği davranıştan çok daha zararlı ve cezalandırılmaya konu olmaya çok daha uygundur. Öyleyse böyle bir suçun düzenlenmesi düşünülürse suçun kasıtlı ve olası kasıtlı hallerinin cezalandırılmak yoluna gidilmesi taksirli halinin ise düzenlenmemesi ve dolayısıyla cezalandırılmaması daha yerinde olacaktır. Nitekim ceninin düşmesine neden olunmasının taksirli halinin cezalandırılmadığı bir hukuk düzeninde ceninin yaralanmasına neden olunmasının taksirli halinin düzenlenmesi tutarsızlık teşkil edecektir.

Cenin yaralama suçu konusunda dikkat çeken bir nokta, böyle bir suçun düzenlenmesi halinde suçun mağdurunun kim olacağıdır. Kanımızca böyle bir suçun mağduru anne karnındayken yaralanmasına neden olunan veya anne karnındaki gelişiminin olumsuz yönde seyrettiği fark edilmeyerek zamanında tedavi edilemeyen ve

dolayısıyla yaralı veya engelli olarak doğan kişidir. Bu anlamda Amerika’da yaşandığı iddia edilen türden, annenin uyuşturucu madde kullanımı nedeniyle ceninin zarar görmüş olma ihtimalinin doğduğu, dolayısıyla gebeliğe son verilen veya annenin çocuğuna zarar vermekten dolayı cezalandırılacağı bir durum ortaya çıkmayacaktır. Böyle bir düzenleme yapılırsa bunun bir tehlike suçu olarak değil neticeli bir suç olarak düzenlenmesi gerekir. Netice, çocuğun tam ve sağ doğumundan sonra ortaya çıkacaktır ve suçu oluşturacak netice çocuğun anne karnındayken zarar görmesi nedeniyle yaralı veya engelli olarak doğması olacaktır. Cenin yaralama suçu konusunda dikkat çeken bir başka nokta, ceninin tedavi edilemez bir anomaliye sahip olduğunun tespit edilememesi ve çocuğun engelli olarak doğması nedeniyle gebeliğin takibinden sorumlu olan kişinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı sorunudur. Belirttiğimiz gibi böyle bir suçun düzenlenmesi halinde suçun mağduru, anne karnındayken zarar görüp engelli olarak doğan kişidir. Bu durumla ilgili haksız fiil sorumluluğuna bakıldığında, anne ve babanın kürtaj haklarının ellerinden alınması nedeniyle manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri, engelli olarak doğan kişininse bu nedenle manevi tazminat talebinde bulunamayacağı görülmektedir. Benzer şekilde cezai sorumluluk bakımından da engelli olarak doğan kişinin de anne karnındaki yaşamı sona erdirilmediği ve dolayısıyla engelli olarak da olsa doğduğu için suçun mağduru olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- A. Sherlock, “The Right to Life of the Unborn in Irish Constitution”, 1989, S. 24(1) Ir Jur 13, 16.’dan aktaran Katherine Wade, “Refusal of Emergency Cesarean Section in Ireland: A Relational Approach”, **Medical Law Review**, S. 22(1), 19.11.2013.
- Akandji-Kombe, Jean-François. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap**, İnsan Hakları El Kitapları, No. 7, Belçika 2008.
- Akıllıoğlu, Tekin. **İnsan Hakları, Kavram, Kaynaklar Ve Koruma Sistemleri**, AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları No: 17, Ankara, 1995.
- Aksoy, Şahin. “Kürtaj Sadece Tıbbi Bir Karar Olabilir mi?”, **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, S. 4, 1996.
- Alasu, Yılmaz. **Seçim Suçları ve Cezaları (298 Sayılı Kanun) : Nakliye ve muhabere vasıtaları aleyhine cürümler (TCK 384-393), çocuk düşürme ve düşürtme cürümleri çocukları veya kendilerini idareye muktedir olmayanları veya tehlikede bulunanları kendi haline terketmek cürümleri (TCK 468-476), cürüm işleyenleri saklamak ve cürüm delillerini yoketmek cürümleri (TCK 296-297), Bilamucip hayvan öldürme ve işe yaramaz hale koyma (TCK 521-522)**, Demircioğlu Matbaası, Ankara, 1993.
- Altıparmak, Saliha, Meltem Çiçeklioğlu ve Gülay Yıldırım. “Abortus ve Etik”, **Cumhuriyet Tıp Dergisi**, S. 31, 2009, ss. 84-90, s. 85.
- Arda, Berna ve Ahmet Acıduman. “An Evaluation Regarding the Current Situation of Stem Cell Studies in Turkey”, **Stem Cell Reviews and Reports**, 2009, S. 5, ss. 130-134.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Artuk, Mehmet Emin, Ahmet Gökçen ve Ahmet Caner Yenidünya. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Turhan Yayınevi, İstanbul, 2011.
- Aydın, Murat. Çocuk Düşürtme Fiilleri ve Ceza Sorumluluğu, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, S. 2, 2011, ss. 69-100.

- Aydın, Öztürk. **Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Çakmut, Özlem Yenener. **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, Ocak 2003.
- Candan, Zafer Nihat ve Semra Kahraman. “Establishment and Characterization of Human Embryonic Stem Cell Lines, Turkey Perspectives”, **In Vitro Cell.Dev.Biol.—Animal**, 2010, S. 46, ss. 345–355.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 6. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2010.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. **Kişilere Karşı İşlenen Suçlar**, C. 1, 3. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, Şubat 2016.
- Center for Reproductive Rights. “The World’s Abortion Laws”, <http://worldabortionlaws.com/map/>, (20.05.2016).
- Cin, M. Onursal. “Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 11(1-2), ss. 125-138, 2003.
- Cloud, John. “Protecting the Unborn”, **Time**, 0040781 X, S. 156(15), 9 Ekim 2000.
- Cook, Rebecca J. ve Bernard, M. A. Dickens (Cook 1978). “Decade of International Change in Abortion Law: 1967- 1977”, **American Journal of Public Health**, S. 66(7), Haziran 1978.
- Cook, Rebecca, J. Dickens, Bernard M. Bliss ve Laura E. “International Developments in Abortion Law from 1988 to 1998”, **American Journal of Public Health**, S. 89(4), Nisan 1999.
- Demirbaş, Timur. **Yeni Doğmuş Çocuğu Öldürme Suçu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 22, Ankara, 1992.
- Diocesan Natural Family Planning Ministry. “Dignitas Personae (Instruction on Certain Bioethical Questions)-Excerpts”, Winter/Spring, S. 20(1, 2), <http://www.usccb.org/issues-and-action/marriage-and-family/natural-family-planning/resources/upload/Winter-spring2009.pdf>, 2009.
- Doğan, İlyas. **İnsan Hakları Hukuku**, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, Eylül 2005.

- Doğan, Koray. **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir, 2010.
- Doğru, Osman ve Atilla Nalbant. **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 1. Cilt, İkinci Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mart 2013.
- Dölen, İsmail. “Tıbbi Açıdan Fetüs, Embriyo, Kürtaj ve Düşük (Abortus) Nedir?”, **Ankara Barosu V. Sağlık Hukuku Kurultayı**, (Ed. Cahid Doğan ve Pınar Aksoy Gülaslan), Ankara, 1-2 Kasım 2013.
- Dönmez, Burcu. “Tek’da Çocuk Düşürtme Suçu Mukayeseli Hukuk ve Aihm’nin Bakış Açısıyla Ceninin Yaşama Hakkının Sınırlandırılması”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 9, S. 2, 2007, ss. 99-141.
- Dönmezer, Sulhi. **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş Onaltıncı Bası, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2001.
- Donnelly, Jack. “Normative Versus Taxonomic Humanity: Varieties of Human Dignity in the Western Tradition”, **Journal of Human Rights**, S. 14, ss. 1-22, 2015.
- Dündar, Tijen. **Anayasa Hukuku Açısından Yaşam Hakkı**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İzmir, 1998.
- Dural, Mustafa Dural ve Tufan Ögüz. **Türk Özel Hukuku Cilt II kişiler Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Erdem, Dilek Özge. “Çocuk Düşürtme Düzenlemesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 65(4), 2016, ss. 1637-1688.
- Erman, Barış. **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Nisan 2003.
- Ertuğrul, Hüseyin. “Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürme Suçu”, **Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S. 6(2), ss. 361-386.
- Esener, Turhan ve Kudret Güven. **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş 6. Baskı Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Etiler, Nihal. “Amerika Birleşik Devletleri’nde Kürtaj Konusundaki Yasal Düzenlemeler”, **Toplum ve Hekim**, S. 27(5), Eylül-Ekim 2012.

- Federal Ministry for Family Affairs, Senior Citizens, Women and Youth. **Fourth Report by the Federal Republic of Germany on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women** (Almanya 4. Rapor), Mayıs 1998, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N98/383/77/IMG/N9838377.pdf?OpenElement>, (06.10.2017).
- Findlay, J.K., M.L. Gear, P.J. Illingworth, S.M. Junk, G. Kay, A.H. Mackerras, A. Pope, H.S. Rothenfluh, L. Wilton. "Human Embryo: A Biological Definition", **Human Reproduction**, S. 22, No: 4, ss. 905- 911, 2007.
- Fleischman Alan R., Frank A. Chervenak ve Laurence B. McCullough. "The Physician's Moral Obligations to the Pregnant Woman, the Fetus, and the Child", **Seminars in Perinatology**, S. 22(3), ss. 184-188, Haziran 1998.
- Fletcher, Joseph. "Indicators of Humanhood: A Tentative Profile of Man", **The Hastings Center Report**, S. 2(5), Kasım 1972.
- Ford, Norman M. **When Did I Begin? Conception of the Individual in History, Philosophy and Science**, Cambridge University Press, 1988.
- Fрати, Paola, Vittorio Fineschi, Mariantonia Di Sanzo, Raffaele La Russa, Matteo Scopetti, Filiberto M. Severi ve Emanuela Turillazzi. "Preimplantation and Prenatal Diagnosis, Wrongful Birth and Wrongful Life: A Global View of Bioethical and Legal Controversies", **Human Reproduction Update**, 2017, S. 23, No. 3, ss. 338–357.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, C. 2, Genişletilmiş ve güncelleştirilmiş 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2012.
- Gencer, Zafer Adem. **Ceza Hukuku Kapsamında Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Gökcan, Hasan Tahsin. **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2014.
- Gölcüklü, A. Feyyaz ve A. Şeref Gözübüyük. **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**, Genişletilmiş 2. Baskı Turhan Kitabevi, Ankara, 1998.

- Goldman, Tanya. “Vo V. France and Fetal Rights: The Decision Not To Decide”, **Harvard Human Rights Journal**, S. 18, 2005.
- Gören, Zafer. **Temel Hak Genel Teorisi**, 4. Bası, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2000.
- Guillod, Olivier. Implications juridiques de certains progrès scientifiques dans le domaine de la procréation et du génie génétique, **Aspects du droit de la personnalité**, SJ 1986, s. 113 ve devamından aktaran; Özbilen, s. 36
- Gül, C. “Klonlama ve Kök Hücre Çalışmaları Karşısında İnsan Onurunun Korunması Hakkı”, **e-Akademi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık Dergisi**, Temmuz 2010, S. 101, www.E-Akademi.org, (05.11.2005).
- Güngör, Hasan Atilla. **Yaşam Hakkı**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı, İstanbul, 2007.
- Güven, Kudret. “Evli Kadının Gebeliğinin Sona Erdirilmesinde (Kürtajında) Eşinin Rızası Sorunu”, <https://jurix.com.tr/article/5372>, s. 14, (17.07.2017).
- Hafızoğulları, Zeki ve Muharrem Özen. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar**, 4. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, Ocak 2015.
- Hakeri, Hakan. **Tıp Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.
- Harris, John. **The Value of Life**, Routledge, London, 1985.
- Harvard Law Review Association, Wrongful Birth Actions: The Case against Legislative Curtailment, 1987, **Harvard Law Review**, S. 100(8), ss. 2017-2034, s. 2034, <http://www.jstor.org/publisher/harvardlaw?refreqid=excelsior%3A4b634646a58e5d21ea4092c4c89401c1> (19.04.2018.).
- Hatemi, Hüseyin ve Aydın Aybay. **Eşya Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Hauskeller, Michael. “Believing in the Dignity of Human Embryos”, **Human Reproduction and Genetic Ethics**, S. 17(1), ss. 53-65, 2011.
- High Courty of Ireland. **A and B v. Eastern Health Board**, 28 Kasım 1997 tarihli duruşma, <http://ww3.lawschool.cornell.edu/AvonResources/A-20and-20B-20v-20Eastern-20Health-20Board-20et-20al-20-Ireland.pdf>, (11.04.2016).

- Hillebrand, Ingo ve Felix Stöcke-Jochmus, Ann-Sophie Holz ve diğerleri. “Stem Cell Research” 2004, <http://www.drze.de/in-focus/stem-cell-research/laws-and-regulations>, s. 17, (01.06.2016).
- International Planned Parenthood Federation (IPPF). **Abortion Legislation in Europe**, September 2012, http://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf, (09.04.2018).
- Ireland. **Second and Third Periodic Reports of States Parties Ireland**, 22.08.1997, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/266/28/IMG/N9726628.pdf?OpenElement>, (13.10.2017).
- Israel. **Initial and Second Periodic Reports of States Parties Israel on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women**, 08.04.1997, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/096/08/IMG/N9709608.pdf?OpenElement>, (13.10.2017).
- Italy. **Committee on the Elimination of Discrimination against Women Combined Fourth and Fifth Reports of States parties Italy on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women**, 9 February 2004, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/238/68/PDF/N0423868.pdf?OpenElement>, (26.10.2017).
- Kaboğlu, İbrahim Ö. **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 11. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Kaboğlu, İbrahim Ö. **Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı (Özgürlükler Hukuku)**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002.
- Kapani, Münici. **İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları**, Yenilenmiş üçüncü basım, Bilgi Yayınevi, İstanbul, Aralık 1996.
- Kapani, Münici. **Kamu Hürriyetleri (Kamu Hürriyetleri)**, 7.B., Ankara, 1993.

- Karakaya, Ahmet. **Kök Hücre Çalışmaları ve Etik: Türkiye’de İnsan Embriyosundan Elde Edilen Kök Hücreler Üzerinde Yapılan Çalışmalarda Etik Sorunlar**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Medeniyet Araştırmaları Anabilim Dalı, İstanbul, 2013.
- Kate Wevers, “Prenatal Torts and Pre-implantation Genetic Diagnosis”, **Harvard Journal of Law & Technology**, S. 24 (1), Fall 2010, ss. 257-280, s. 269.
- Katoğlu, Tuğrul. “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 55(1), 2006.
- Kelly, Ben. “Ireland Abortion Referendum: What Is the Eighth Amendment and What Happens If It Is Repealed?”, **Independent**, 24.05.2018, <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/repeal-eighth-amendment-what-is-vote-ireland-abortion-referendum-ban-a8366671.html>, (06.07.2018)
- Kırca, Nurcan ve Türkan Pasinlioğlu. “İnfertilite Tedavisinde Karşılaşılan Psikososyal Sorunlar”, **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar-Current Approaches in Psychiatry**, S. 5(2), ss. 162-178, 2013.
- Kırımlıoğlu, Nurdan. “Aile Planlaması, Gebeliğin Sonlandırılması ve Türkiye’deki Nüfus Politikaları Hakkında Yasalar ve Etik Yaklaşımlar”, **Türkiye Klinikleri Tıbbi Etik Dergisi**, S. 6, 1998, ss. 24-32.
- Kitapçioğlu, Tülay. Türk Ceza Kanunu’nda Çocuk Düşürtme Suçu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 1, ss. 297- 332.
- Kızıroğlu, Serap Keskin. “Türk Ceza Hukukunda Çocuk Düşürtme, Düşürme ve Kısırlaştırma Suçları”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, Pasifik Ofset, İstanbul, 2013, ss. 165-190.
- Kolenc, Antony Barone. “Legal Failure or Moral Success”, **America**, 29 Kasım 2004.
- Ku, In-Hoe. “Problems with Korean Laws Regarding Human Ova Donation and Research”, **Korea Journal**, Kış 2009.
- Kuçuradi, İoanna. **İnsan Hakları: Kavramları ve Sorunları**, 2. Baskı, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2011.

- Labbée, Xavier. **La Condition Juridique du Corps Humain Avant La Naissance et Après la Mort**, Lille 1990, 287'den aktaran; Özbilen, s. 37.
- LaTourelle, Jonathon J. **The Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology (1984), by Mary Warnock and the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology**, 10.02.2014, <https://embryo.asu.edu/pages/report-committee-inquiry-human-fertilisation-and-embryology-1984-mary-warnock-and-committee>, (23.02.2018).
- Lim, Stephanie Yu. "Protecting the Unborn as Modern Day Eugenics", **Health Matrics**, S. 18(127), 2007.
- Medoff, M.H. "Restrictive Abortion Laws, Anti-abortion Attitudes and Women's Contraceptive Use", **Social Science Research**, S. 41, ss. 160-169.
- Mendieta, Eduardo. "The Legal Orthopedia of Human Dignity: Thinking with Axel Honneth", **Philosophy and Social Critisizm**, S. 40(8), 2014.
- Metin, Yüksel. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yükllediği Pozitif Yükümlülükler", **Uluslararası İlişkiler**, S. 7(27), ss. 111-132, Güz 2010.
- Moon, Seongwu and Seong Beom Cho. "Differencial Impact of Science Policy on Subfields of Human Embryonic Stem Cell Research", **PLoS ONE**, S. 9, No: 1:4, 09 April 2014, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3981698/>.
- Moore, Keith L., T.V.N. Persaud ve Mark G. Torchia. **The Developing Human: Clinically Oriented Embryology**, 10. Baskı, Elsevier, Philedelphia, 2013.
- Mullaney, Patrick J. "A Father's Trial and the Case for Personhood", **The Human Life Review**, 00979783, 2001 İlkbahar, S. 27(2).
- Oğuzman, M. Kemal ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay Özdemir. **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Özel Kişiler)**, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 12. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2012.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. **Eşya Hukuku**, Yenilenmiş ve Mevzuata Uyarlanmış 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

- Orr, Robert D. Orr ve Christopher C. Hook. “Stem Cell Research: Magical Promise v. Moral Peril”, **Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics**, S. 2(1), ss. 188-199, 2002.
- Özalp, Tuba ve Faruk Özalp. **Hekimin Cezai Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2017.
- Özbek, Veli Özer, Muharrem Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Ekim 2015.
- Özbek, Veli Özer, Muharrem Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2015.
- Özbek, Veli Özer. **Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Anlamı**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, Şubat 2008.
- Özbilen, Arif Barış. **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- Özkan, Özlem. “Ülkelere Göre Kürtaja Yönelik Yasal Düzenlemelere Genel Bir Bakış”, **Toplum ve Hekim**, S. 27(4), Temmuz-Ağustos 2012.
- Palacios-Gonzalez, C. “Human Dignity and the Creation of Human-Nonhuman Chimeras”, **Med. Health and Philos**, S. 18, ss. 487-499, 2015.
- Pergament, Deborah ve Katie Ilijic. “The Legal Past and Future of Prenatal Genetic Testing: Professional Liability and Other Legal Challenges Affecting Patient Access to Services”, **Journal of Clinical Medicine**, 2014 Dec, S. 3(4), ss. 1437-1465.
- Pinker, Steven. “The Stupidity of Dignity”, **The New Republic**, 28.05.2008, <https://newrepublic.com/article/64674/the-stupidity-dignity>, (22.12.2016).
- Prainsack, Barbara Prainsack. “Negotiating Life: The Regulation of Human Cloning and Embryonic Stem Cell Research in Israel”, **Social Studies of Science**, April 2006, ss. 173-205.

- Rebecca J. Cook ve Bernard, M. A. Dickens (Cook 1988). “International Developments in Abortion Laws: 1977-88”, **American Journal of Public Health**, S. 78(10), Ekim 1988.
- Republic of Korea. **Third Periodic Reports of States Parties Republic of Korea on the United Nations, Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women**, 27.09.1995, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/316/20/IMG/N9531620.pdf?OpenElement>, (13.10.2017).
- Robertson, John A. “Ethics and Policy in Embryonic Stem Cell Research”, **Kennedy Institute of Ethics Journal**, S. 9(2), ss. 109-136, 1999.
- Rosenberg, Debra. “When Can It Feel Pain?”, **Newsweek**, S. 141(23), 06.09.2003.
- Sadler, T.W. **Langman’s Medical Embryology**, 13. Uluslararası Baskı, Wolters Kluwer, 2015.
- Savcı, Bahri. ““Yaşam Hakkı” “Felsefesel Açıdan Pratiğe Doğru””, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S. 35, 2014, <http://dergipak.gov.tr/ausbf/issue/3122/43357>.
- Sayar, Tansu ve Sevinç Arslan Hızal. “Etik ve Hukuki Boyutlarıyla İnsan Klonlama”, **Adli Bilimciler Derneği III. Ulusal Sağlık Hukuku Kongresi** (Ed. Hamit Hancı ve Yener Ünver), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Şenocak, Zarife. **İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009
- Sert, Gürkan, Zekiye Turan ve Bahar Uslu. “Yaşam Hakkı Kapsamında, Türk Hukukunda Embriyo ve Fetüsün Yasal Statüsü”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi Dergisi Yaşamın Başlangıcındaki Etik sorunlar Özel Sayısı**, S. 3(3), ss. 133-138, 2017.
- Shroeder, Doris. “Human Rights and Human Dignity An Appeal to Separate the Conjoined Twins”, **Springer Science+Business Media**, (19.01.2012).
- Sirmen, A. Lale Sirmen. **Eşya Hukuku**, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Soyaslan, Doğan. **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Steinfels, Peter. “Beyond the Stalemate”, **Commonwealth**, 14 Haziran 2013.

- Stetson, D.M. “Abortion Law Reform in France”, **Journal of Comperative Family Studies**, S. XVII(3), 1986.
- Stith, Richard. “Why Pro-life Arguments Sound Absurd”, **The Human Life Rewiev**, Kış 2007.
- Strichers, Mark. “Another Small Step for Life”, **Christianity Today**, Haziran 2004.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 9. Bası, Beta Basım, İstanbul, Eylül 2009.
- Tanör, Bülent. **Kişi Dokunulmazlığı, İnsan Hakları** (Ed. Korkut Tankuter), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Aralık 2000, ss. 57-63.
- Tezcan, Dumuş, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok. **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Thomson, Judith Jarvis. “A Defense of Abortion”, **Philosophy and Public Affairs**, S. 1(1), ss. 47-66, Sonbahar 1971.
- Tietze, Christopher. “Abortion in Europe”, **American Journal of Public Health**, S. 57(11), Kasım 1967.
- Tıraş, Bülent. “Gebelikte Bebek Hareketleri Ne Zaman Hissedilir”, <http://jinekoloji.com/gebelikte-bebek-hareketleri-ne-zaman-hissedilir>, 24 Ekim 2016, (24.01.2018).
- Tooley, Michael. “Abortion and Infanticide”, **Philosophy and Public Affairs**, S. 2(1), ss. 37-65, Sonbahar 1972.
- Toroslu, Nevzat. **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2011.
- Toroslu, Nevzat. **Ceza Hukuku Özel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, Eylül 2012.
- Tunalı, Işıl Güney. **Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Açısından Hekimlerin, Gebeliklerin Sonlandırılmasından Kaynaklanan Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara, Nisan 2015.
- Turgut, Cemile Turgut. **Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Eylül 2016.
- Türk Dil Kurumu. “Güncel Türkçe Sözlük”, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.59d4caa2917393.71548554, (04.10.2017).

- U.S. Supreme Court. **Roe v. Wade**, 410 U.S. 113 (1973), www.worldabortionlaws.com, (09.06.2016).
- Ünal, Mehmet ve Veysel Başpınar. **Şekli Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, Ekim 2016.
- United Kingdom and Northern Ireland. **Sixth periodic report of States parties United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland**, 10.06.2007, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/398/67/PDF/N0739867.pdf?OpenElement>, (13.10.2017).
- United Nations. “Abortion Policies: Global Review”, **United Nations**, New York, 2001, <http://www.un.org/esa/population/publications/abortion/profiles.htm>, (01.06.2016).
- Ünver, Tülay Aydın. **Cenin Hukuki Konumu**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Aralık 2011.
- Ünver, Yener. “Türk Ceza Kanunu Açısından Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Tıp Hukuku Alanında Karşılaştırmalı Güncel Özel Hukuk ve Ceza Hukuku Sorunları Sempozyumu Özel Sayısı**, C. VI, S. 2, ss. 173-230, 2009.
- US Supreme Court. “Webster v. Reproductive Health Services”, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/492/490> (09.06.2016).
- US Supreme Court. **Planned Parenthood of Southeastern PA. V. Casey**, 505 U.S. 833 (1992) (**Planned Parenthood v. Casey**), www.worldabortionlaws.com, (09.06.2016).
- Uygun, Oktay. **İnsan Hakları Kuramı, İnsan Hakları** (Ed. Korkut Tankuter), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, Aralık 2000, ss. 13-44.
- Uyumaz, Alper ve Yasemin Avcı, “Türk Hukuku’nda Gebeliğin Sonlandırılması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 7(1), 2016.
- Weinryb, Noomi ve Tania Bubela. “Stepping Into and Out of the Void: Funding Dynamics of Human Embryonic Stem Cell Research in California, Sweden, and South Korea”, **Stem Cell Rev and Rep**, 2016, S. 12, ss: 8–14.

- Woong Kyu Sung. “Abortion in South Korea: The Law and the Reality”, **Int J Law Policy Family**, S. 26(3), 2012, <https://academic.oup.com/lawfam/article/26/3/278/1746184/Abortion-in-South-Korea-The-Law-and-the-Reality>, ss. 278-305, (21.07.2017).
- World Health Organization. World Health Organization Executive Board eb115/inf.doc./2, 115th Session 16.12.2004 Provisional agenda item 9.5, “Reproductive cloning of human beings: status of the debate in the United Nations General Assembly Report by the Secretariat”, http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB115/B115_ID2-en.pdf, (14.02.2017).
- World Health Organization. World Health Organization Executive Board eb115/inf.doc./2, 115th Session 16 December 2004 Provisional agenda item 9.5, Reproductive cloning of human beings: status of the debate in the United Nations General Assembly Report by the Secretariat, http://apps.who.int/gb/archive/pdf_files/EB115/B115_ID2-en.pdf, (14.02.2017).
- Yaşar, Merve Seda. “İnsanda Döllenmeden Doğuma Kadar Embriyonun Gelişim Evreleri”, <https://e173246.wordpress.com/2013/11/13/insanda-dollenmeden-doguma-kadar-embriyonun-gelisim-evreleri/>, (24.01.2018).
- Yerdelen, Erdal. “Klonlamanın (Kopyalama) Ceza Hukukundaki Yeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 63(3), ss. 643-685, 2014.
- Yüksel-Kaptanoğlu, İlknur ve diğerleri, **Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması**, Elma Teknik Basım Matbaacılık, Ankara, 2015.
- Yurtcan, Erdener. **Türk Hukukunda Kürtaj ve Uygulaması**, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990.
- Zengin, Mehmet Ali. **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, Adalet Yayınevi, Ankara, Ocak 2012.

