



Danıştay Onuncu Dairesinin “Dondurularak Saklanan Üreme Hücresi veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi” Hakkında 12/10/2021 Tarih ve E. 2021/1782 Sayılı Yürütmeyi Durdurma Kararının Değerlendirilmesi

Evaluation of the Decision of the Tenth Chamber of the Council of State Dated 12/10/2021 and Numbered E.2021/1782 on the Stay of Execution on ‘Transfer of Frozen Reproductive Cells or Embryos to the Mother’s Uterus After the Death of the Spouse’

Sevil Neşeli DEMİRBAŞ*

Av. Doğan DURNA**

Öz

Tıpta ve teknolojide meydana gelen gelişmeler insan üreme hücrelerinin ve embriyonunun dondurularak uzun yıllar saklanabilmesini ve sonrasında kullanılabilmesini mümkün hale getirmiştir. Tıpta gelinen son noktada hücre ve embriyonun uzun yıllar dondurularak sağlıklı bir şekilde saklanabilmesinin ve kullanılabilmesinin bir sonucu olarak, kocanın ölümü halinde sağ kalan kadın ölen eşine ait üreme hücrelerini ya da evlilik birliği içerisinde elde edilen embriyoyu kullanarak çocuk sahibi olmak isteyebilmektedir. Bu durum, sağlık hizmetinin sunumunun yanı sıra hukukun pek çok alanını etkileyen ve ilgilendiren yeni sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu sorunlardan biri de dondurularak saklanan üreme hücrelerinin ya da embriyonun eşin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilip edilemeyeceği sorunudur. Evlilik birliği içerisindeki yapay döllemeyi kabul eden Türk hukuk sistemi, dondurularak saklanan embriyonun eşlerden birinin ölümü halinde imhasını zorunlu kılmaktadır. Öte yandan bazı hukuk sistemleri eşin ölümü halinde üreme hücrelerinin kullanılmasına ya da embriyonun eşin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesine izin vermektedir. Bu çalışmada, Danıştay 10. Dairesi'nin bu konu hakkında verdiği bir karar mukayeseli hukuk açısından incelenerek değerlendirmelerde bulunulacaktır.

* Danıştay Tetkik Hâkimi (e-posta/ e-mail: sevilneselidemirbas@gmail.com, ORCID: 0009-0004-5924-5878).

** Avukat, Avrupa Birliği Uzmanı, Tarım ve Orman Bakanlığı Teknoloji Transfer Ofisi (e-posta/ e-mail: ddurna79@gmail.com, ORCID: 0000-0002-1839-0401).

Anahtar Kelimeler: İdare Hukuku, Sağlık Hukuku, Üreme Hakkı, Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemleri, Dondurulmuş Embriyo.

Abstract

Developments in medicine and technology have made it possible to freeze human reproductive cells and embryos for many years and to use them afterwards. As a result of the fact that cells and embryos can be frozen for many years and stored and used in a healthy way, in the event of the death of the husband, the surviving woman may want to have a child by using the reproductive cells of her deceased husband or the embryo obtained within the marriage union. This situation leads to the emergence of new problems that affect and concern many areas of law as well as the provision of health services. One of these problems is whether the frozen reproductive cell or embryo can be transferred to the uterus after the death of the spouse. The Turkish legal system, which accepts artificial fertilisation within the marriage union, obliges the destruction of the frozen embryo in case of the death of one of the spouses. On the other hand, some legal systems allow the use of reproductive cells in case of the death of the spouse or the transfer of the embryo to the uterus after the death of the spouse. In this study, a decision of the 10th Chamber of the Council of State on this issue will be analysed and evaluated in terms of comparative law.

Keywords: *Administrative Law, Health Law, Reproductive Rights, Assisted Reproductive Methods, Frozen Embryos.*

GİRİŞ

Üremeye yardımcı tedavi konusunda tıpta ve teknolojiye meydana gelen gelişmeler insan üreme hücrelerinin ve embriyosunun dondurularak uzun yıllar saklanabilmesini ve sonrasında kullanılabilmesini mümkün hale getirmiştir. Bu durum, sağlık hizmetinin sunumunun yanı sıra hukukun pek çok alanını etkileyen ve ilgilendiren yeni sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu sorunlardan biri de dondurularak saklanan üreme hücresinin ya da embriyonun eşin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilip edilemeyeceği meselesidir. Tıpta gelinen son noktada hücre ve embriyonun uzun yıllar dondurularak sağlıklı bir şekilde saklanabilmesinin ve kullanılabilmesinin bir sonucu olarak, kocanın ölümü halinde sağ kalan kadın ölen eşine ait üreme hücresini ya da evlilik birliği içerisinde elde edilen embriyoyu kullanarak çocuk sahibi olmak isteyebilmektedir. Evlilik birliği içerisindeki yapay döllemeyi kabul eden Türk hukuk sistemi, dondurularak saklanan embriyonun eşlerden birinin ölümü halinde, üreme hücresinin ise kişinin ölümü halinde imhasını zorunlu kılmaktadır. Ancak, bazı hukuk sistemleri, dondurularak saklanmış üreme hücresi (sperm) veya embriyonun eşin ölümünden sonra kullanılmasına izin vermektedir. Bu durum, soy bağı,

mirasçılık, çocuğun üstün yararı gibi konularda tartışmaları beraberinde getirmektedir.

Bu çalışmada, insanın temel ihtiyaçlarından biri olan üreme hakkı ile kamu düzeni arasındaki ilişki Danıştay 10. Dairesinin konuya ilişkin kararı üzerinden değerlendirilerek incelenecektir.

I. ÜREME HAKKI

İnsanın en temel güdülerinden biri neslini devam ettirme yani üreme güdüsüdür. Bu güdünün hukuk âlemindeki görünümü olan üreme hakkı en temel insan haklarından biridir. Bu hak, pek çok uluslararası sözleşmede ifade edilerek koruma altına alınmıştır. Nitekim, Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'de üreme hakkına ilişkin hükümler yer almıştır.¹ Sözleşmenin 17. maddesine göre hiç kimsenin özel hayatına ve ailesine keyfi veya yasa dışı olarak müdahale edilemez. Üreme hakkına ilişkin bir diğer uluslararası belge ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir (AİHS).² AİHS'in 8. maddesine göre herkes, özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Sözleşmenin 12. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkı düzenlemiştir. Uluslararası alanda üreme hakkının, bir insan hakkı olarak açıkça tanımlanması, 1968 yılında Tahran'da yapılan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Konferansının sonuç bildirisi çerçevesinde gerçekleşmiştir.³ Bildirgeye göre çiftler, çocuklarının sayısı ve zamanlaması konusunda serbestçe ve sorumluluklarının bilincinde karar verme açısından temel bir insan hakkına sahiptir. Bu tanımlama, literatürde de kabul görmüştür. Bu kapsamda üreme hakkı, bireylerin çocuk sahibi olma, çocuk sayısını ve doğum aralıklarını belirleme konusunda özgürce karar verebilmeleri, bu konularda bilgi ve hizmetlere erişebilmeleri ve herhangi bir baskı veya ayrımcılığa maruz kalmadan bu haklarını kullanabilmeleri şeklinde tanımlanmaktadır.⁴ Üreme hakkının bazı boyutları, yaşama hakkı, özel yaşam hakkı, din ve vicdan özgürlüğü gibi kişinin bedensel varlığına ve fikir alanına

¹ Bahse konu Sözleşme, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 15.08.2000 tarihinde imzalanmış, 04.06.2003 tarihli ve 4868 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunmuştur ve Bakanlar Kurulunca 07.07.2003 tarihinde onaylanması kararlaştırılmıştır (RG 21.07.2003/ 25175).

² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye Cumhuriyeti tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanmış ve 10.03.1953 tarihli ve 6366 sayılı Kanunla onaylanmıştır (RG 19.03.1954/ 8662).

³ S Hülya İmamoğlu, 'Medenî Hukuk Açısından Sosyal Sebeplerle (Sosyal Endikasyonla) Üreme Hücrelerinin Dondurulup Saklanması' (2019) 77 (1) Ankara Barosu Dergisi 25, 33.

⁴ Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Seçkin Yayıncılık 2017) 179.

ilişkin “bireysel hak ve özgürlükler” ile bağlantılıdır.⁵ Üreme hakkının bazı boyutları - bireylerin, çocukların sayısı ve aralığına karar vermelerine devletin müdahale edememesi gibi- devlet tarafından güvenceye alınma (müdahaleci olmama) taleplerini içerir.⁶

Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiş; 20. maddesinde de, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı güvence altına alınarak, herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Üreme hakkı, bireyin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir parçası olarak kabul edilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesine göre, “(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmuş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” denilmiştir. Bu kapsamda, üreme hakkı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatlarında, hem özel hayata saygı hakkı çerçevesinde hem de aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.⁷ Bu hak çerçevesinde bir çiftin üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini kullanarak çocuk sahibi olmayı istemesi, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının bir ifadesi olarak görülmüş, ancak üremeye yardımcı tedavide hızlı ilerleyen tıbbi ve bilimsel gelişmelere karşın, toplumların etik ve ahlak anlayışları dikkate alındığında bu konularda devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilmiştir.⁸ Gerçekten de AİHM çeşitli kararlarında üremeye yardımcı tedavi yöntemleri konusunda taraf devletlere geniş bir düzenleme imkânı tanımıştır.⁹

Türk hukukunda üreme hakkı, bireylerin kişilik hakları kapsamında değerlendirilen

⁵ Gürkan Sert, *Vakalarla Türkiye’de Üreme Hakkı* (1 bs, Turap Tanıtım Yayınları 2012) 4.

⁶ Sert (n 5) 4.

⁷ İmamoğlu (n 3) 46; *SH vd v Austria* [GC] B No 57813/00 (AİHM, 03 Kasım 2011).

⁸ *SH vd* (n 7); *Evans v Birleşik Krallık* B No 6339/05 (AİHM, 10 Nisan 2007).

⁹ İmamoğlu (n 3) 34.

temel bir haktır. Bu hak, Anayasa ve ilgili uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmıştır. Bu nedenle, üreme hakkının sınırlandırılması ancak kanunla ve Anayasa’da öngörülen ilkelere uygun olarak gerçekleştirilebilir. Başka bir deyişle, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, üreme hakkını ve üreme sağlığını doğrudan etkileyen bir uygulamadır. Bu nedenle bu hakka yönelik sınırlamalar Anayasanın 13. maddesi uyarınca, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Mevzuatımızda üremeye yardımcı tedavi yöntemleri 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’da 7151 sayılı Kanun’un 16. maddesi ile eklenen ve aynı tarihte yürürlüğe giren ek 1. madde ile düzenlenmiştir. Ancak bu Kanun değişikliği öncesinde üremeye yardımcı tedavi yöntemleri yönetmeliklerle düzenlenmiştir. Bu alandaki ilk yönetmelik düzenlemesi, 1987 yılında yürürlüğe giren İn-vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliğidir.¹⁰ Daha sonra adı geçen Yönetmelik, 1996 yılında Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği adını almıştır. Bu Yönetmelikte 1998 ve 2005 yılındaki değişikliklerden sonra 6 Mart 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.¹¹ Son olarak 30 Eylül 2014 tarihinde Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik yayımlanmış ve uygulama bu Yönetmelik çerçevesinde yürütülmüştür.¹² Kanunla yapılan bu düzenleme öncesinde kişi haklarını ve kamu düzenini ilgilendiren üremeye yardımcı yöntemlerin ve buna ilişkin sınırlandırmaların yönetmelikle düzenlenmesi doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir.¹³

II. ÜREMEYE YARDIMCI TEDAVİ YÖNTEMLERİNİN TANIMI VE KAPSAMI

Çiftlerin çeşitli nedenlerle doğal yollarla çocuk sahibi olamaması halinde üremeye yardımcı tedavi yöntemleri gündeme gelecektir. Üremeye yardımcı tedavi yöntemi, “doğal

¹⁰ İn-vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği (RG 21.08.1987 /19551).

¹¹ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (RG 06.03.2010 / 27513).

¹² Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (RG 30.09.2014 / 29135).

¹³ Badur (n 4) 181; Fulya İlçin Gönenç, ‘Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar’ iç Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (eds), *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2014) 65.

yollardan çocuk sahibi olmayan ya da olmak istemeyen kimselerin evli olup olmadığına bakılmaksızın çeşitli yöntemlerle çocuk sahibi olmasının sağlanmasıdır.” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴

Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin bir çeşidi olan yapay dölleme, evlilik ilişkisi içinde veya dışında uygulanmasına göre ikiye ayrılmaktadır.¹⁵ Homolog dölleme, evlilik birliği içindeki kadın ve erkeğin kendi genetik materyalleri kullanılarak gerçekleştirilen yapay dölleme biçimidir. Buna karşın, bir kadın ve erkeğin kendi üreme hücreleri dışında başka bir kadın ve erkeğin yumurta veya spermını kullanarak gerçekleştirilen yapay dölleme ise heterolog dölleme olarak adlandırılmaktadır.¹⁶Bununla beraber geniş anlamda yapay dölleme yöntemlerinden biri olarak kabul edilen, kadının yumurtasının vücudu dışında laboratuvar ortamında döllendirilmesi (*in vitro fertilizasyon - IVF*) ve daha sonra bu dölleniş yumurtanın kadının rahmine yerleştirilmesi, yani embriyo nakli/transferi yaygın olarak başvurulan bir yöntemdir.¹⁷

Yukarıda da belirtildiği üzere, ülkemizde üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ilişkin ilk düzenlemeler yönetmeliklerle yapılmıştır. Son olarak 30 Eylül 2014 tarihinde Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Yönetmeliğin yayımı tarihinden sonra, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a, 05/12/2018 tarih ve 30616 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 7151 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile eklenen ve aynı tarihte yürürlüğe giren ek 1. maddede, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilmesini kabul ederek homolog döllemeye izin verilmiş, donasyon (bağış), üreme hücreleri ve embriyonun başkalarında kullanılması, taşıyıcı annelik gibi uygulamalar yasaklanmıştır.

Kanun'un gerekçesinde; düzenlemenin halkın inançları, değer yargıları ve sosyo-

¹⁴ Sümeyye Miraç Alişan, ‘Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu’ (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2020) 6.

¹⁵ Gönenç (n 11) 67.

¹⁶ Haluk N Nomer, ‘Sunî Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri’ iç Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan (Beta Yayınevi 2000) 545; Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Dogan Hukuki Sorumluluk* (1 bs, Kazancı Hukuk Yayınları 1991) 41; Nagehan Kırkbeşoğlu, ‘Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2005) 43.

¹⁷ Gönenç (n 11) 68.

kültürü göz önünde bulundurularak yapıldığı, düzenlemeler ile nesebin korunması amacının güdüldüğü vurgulanmıştır.¹⁸

Bu çerçevede ülkemizde, üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olunabilmesi için yapılacak uygulamaların esasları, 2238 sayılı Kanun'un ek 1. maddesi ile Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik (Yönetmelik) hükümleri ile belirlenmekte ve uygulama bu mevzuata göre yürütülmektedir. Anılan Yönetmeliğin 4. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde; üremeye yardımcı tedavi, “*Anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları...*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır.

Yönetmeliğin 1. maddesi ile, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin sadece evli olan çiftler arasında gerçekleştirilmesi (homolog döllenme) prensibini yineleyerek ifade edilmiştir.

Bunun yanı sıra Yönetmeliğin 4. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinde de, üremeye yardımcı tedavide, anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin kullanılacağı ifade edilerek tedavide eşlerin kendilerine ait üreme hücrelerini (sperm ve yumurta) kullanabileceği yönünde düzenleme yapılmış; 19. maddesinin 2. fıkrasında, eşlerin birlikte işlem yapmaları gerektiği, yapılacak işlemlerden önce bilgilendirilerek muvafakatlerinin alınacağı yönünde düzenlemelere yer verilmiş; 20. maddesinin 1. fıkrasında, kural olarak üreme hücrelerinin ve *gonad* dokuların¹⁹ saklanması yasaklanmış; 2. ve 3. fıkralarında, sayma suretiyle belirlenen

¹⁸ Samsun Milletvekili Ahmet Demircan ve 5 Milletvekilinin Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1186) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu, “*Halkımızın inançları, değer yargıları ve sosyo kültürü muvacehesinde üremeye yardımcı tedavi işlemleri kapsamında uygulanabilen donasyon, üreme hücreleri ve embriyonun başkalarında kullanılması, taşıyıcı annelik gibi işlemlere izin verilmemekteydi. Ancak son yıllarda bu alanda kamuoyuna yansıyan ihlaller, meselenin mahiyeti ve ehemmiyeti, bu konuda kanuni düzenleme yapılması zaruretini ortaya çıkarmıştır...*”

<<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c004/tbmm27004016ss0012.pdf>> Erişim Tarihi 10 Ekim 2024.

¹⁹ Yönetmelikte üreme hücresi ve *gonad* dokunun tanımı yapılmamış olmakla birlikte, tıp alanında, dişi üreme hücresinin yumurta, erkek üreme hücresinin sperm olarak ifade edildiği; üreme hücresi meydana getiren bezlerin ise (erkeklerde testis, kadınlarda yumurtalık) *gonad* olarak tanımlandığı görülmektedir. Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi, Türkçe Tıp Dili Kurulu, *Türkçe Tıp Dili Kılavuzu* (2 bs, Kocaeli Üniversitesi 2007).

tıbbi zorunluluk hallerinde istisnai olarak üreme hücrelerinin ve *gonad* dokuların saklanması için verilmiş; 4. fıkrasında, *gonad* dokunun ve üreme hücresinin saklanmasında kişinin rızası aranmış, saklama süresinin bir yılı aşması halinde rızanın her yıl yenilenmesi zorunluluğu getirilmiş, rızanın yenilenmemesi, kişinin isteği ve ölümü halinde saklanan hücre ve dokuların müdürlükte kurulacak komisyonca imha edileceği belirtilmiştir; 5. fıkrasında, adaylardan fazla embriyo²⁰ elde edilmesi halinde embriyoların dondurularak saklanmasına izin verilmiş, embriyonun saklanması için eşlerin her ikisinin birlikte rızası aranmış; saklama süresinin bir yılı aşması halinde eşlerin birlikte müracaat ederek rızalarını yenilemeleri şartı getirilmiş; eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyoların müdürlükte kurulacak komisyonca imha edileceği belirtilmiştir.

III. UYUŞMAZLIK KONUSU VE OLAYIN ÖZETİ

Karara konu uyuşmazlığın konusunu, evlilik birliği içerisinde dondurularak saklanan embriyonun erkeğin ölümünden sonra sağ kalan eş tarafından kullanılarak üremeye yardımcı tedaviye devam edilip edilmemesi hususu oluşturmaktadır.

Karara göre;

Davacı R.O.A., müteveffa eşinin anne ve babası ile birlikte 15/12/2020 tarihinde İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğüne başvurmuş ve “*özel bir tüp bebek merkezinde eşi ile birlikte 07/11/2020 tarihinde tüp bebek tedavisine başladıklarını, 12/11/2020 tarihinde 1 (bir) adet embriyo dondurma işlemi gerçekleştirildiğini, embriyonun transfere hazır olduğu bilgisini edindiklerini, fakat eşinin 19/11/2020 tarihinde vefat ettiğini, geriye mirasçı olarak yalnız eşinin anne ve babası ile kendisinin kaldığını, hepsinin ortak iradesinin dondurulmuş embriyonun transferinin gerçekleştirilmesi yönünde olduğunu*” belirterek, B.U. Tüp Bebek Merkezinde bulunan 1 (bir) adet embriyonun, dondurulmasının devamına, imha edilmemesine ve kendisine transfer edilmesine izin verilmesi isteminde bulunmuştur.

Davacının başvurusu, İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğünce Sağlık Bakanlığına

²⁰ Yönetmelikte embriyonun tanımı yapılmamış olmakla birlikte, tıp alanında, yumurta ve spermin dölleniş anından başlayarak gebeliğin ilk sekiz haftası boyunca bir embriyodan bahsedilmektedir. Bkz Pars Tuğlacı, *Tıp Sözlüğü* (Ar Basın Yayın 1983).

iletilmiş, Sağlık Bakanlığı Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 23/12/2020 tarih ve 56733164-432.99 sayılı işlemi ile; “*embriyo transferi talebinin, eşin vefat etmiş olması sebebiyle, 30/09/2014 tarih ve 29135 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesinin 4. ve 5. fıkrası hükümleri gereği uygun bulunmadığı*” gerekçesiyle davacının istemi reddedilmiştir.

Durumun, İstanbul Valiliği İl Sağlık Müdürlüğünün 28/12/2020 tarih ve 99841046-434.99 sayılı işlemi ile davacıya bildirilmesi üzerine, anılan Bakanlık ve Valilik işlemleri ile bu işlemlerin dayanağı olan 30/09/2014 tarih ve 29135 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesinin 4. fıkrasının yedinci cümlesinde yer alan “*ölümü*” ibaresinin ve aynı maddenin 5. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “*eşlerden birinin ölümü*” ibaresinin iptali ve ayrıca Bakanlık ve Valilik tarafından tesis edilen bireysel işlemlerin yürütülmesinin durdurulması istemiyle ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay’da dava açılmıştır.

IV. DAİRENİN UYUŞMAZLIK HAKKINDAKİ KARARI

Danıştay Onuncu Dairesince uyuşmazlık, düzenleyici işlemler ve bireysel işlemler yönünden ayrı ayrı incelenmiştir.

30/09/2014 tarih ve 29135 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin “*Üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanma kriterleri*” başlıklı 20. maddesinde, tıbbi zorunluluk halleri dışında üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaklanmış; erkeklerde üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbî zorunluluk halleri 2. fıkarda, kadınlarda üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını gerektiren tıbbî zorunluluk halleri ise 3. fıkarda sayıldıktan sonra maddenin 4. ve 5. fıkralarında;

“(4) İkinci ve üçüncü fıkarda belirtilen zorunlu hallerde, üreme hücreleri ve gonad dokuları, verici adaya ait EDTA’lı kan örneği merkezde uygun şartlarda saklanır. Uygulama güvenliği açısından saklama öncesinde alınan bu kandan DNA kimliklendirme testleri yapılır ve bu bilgiler hasta dosyasına konulur ve bir örneği aileye verilir. İkinci fıkranın (a) ve (d) bentlerinde belirtilen tıbbi zorunluluklar nedeniyle sperm veya testis dokusunun saklanması

*durumunda, dondurulma tarihinden itibaren doksan gün içinde kullanılması halinde DNA analizi aranmaz. DNA analizi, saklanacak dokuya ait bireyden EDTA'lı tüpe alınacak venöz kan buzdolabında +4 derecede saklanmak koşuluyla bir hafta içinde ruhsatlı genetik hastalıklar tanı merkezine gönderilir. Genetik hastalıklar tanı merkezi DNA izolasyonunu takiben DNA kimliklendirme analizi yapar. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde kişi mutlaka başvuruda bulunarak rızasının devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçesini vermelidir. Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları, alınan kişinin yıllık protokol yenilememesi, isteği ve **ölümü** durumlarında müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan üreme hücreleri ve gonad dokularına ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.*

*(5) 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 hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen süre son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir. Bakanlıkça elektronik kayıt sistemi oluşturulması halinde merkezde saklanan embriyolara ilişkin bilgiler bu sisteme kaydedilir.” kuralına yer verilmiştir.*

İnceleme konusu kararda;

Yönetmeliğin 20. maddesinin 4. fıkrasının yedinci cümlesinde yer alan “ölümü” ibaresi yönünden yapılan incelemede,

Yönetmelikte, üreme hücreleri ve *gonad* dokunun saklanmasına, kişinin üremesini engelleyecek ya da tehlikeye sokacak tıbbi bir zorunluluk halinin ortaya çıkması halinde izin verildiği, amaçlananın hücrenin ve dokunun muhafaza edilmesi suretiyle kişinin üreme hakkının korunması olduğu, hücre ve dokunun saklanması için kişinin evli olması zorunluluğunun aranmadığı, evlilik halinde de eşlerin birlikte rızalarının gerekmediği, hücre ve dokusu saklanacak kişinin rızasının yeterli olduğunun görüldüğü, burada kişi tarafından açıklanan rızanın, yukarıda ifade edilen amaçlar doğrultusunda hücre ve dokunun saklanmasına yönelik olduğu, kullanımını içermediğinin anlaşıldığı, buna göre, yalnızca saklanmasına rıza gösterilmiş, henüz kullanımına rıza gösterilmemiş olan üreme hücresinin ve

gonad dokunun, kişinin ölümü halinde imha edilmesinin işin doğasının gereği olduğu değerlendirilmesinde bulunularak Yönetmeliğin 20. maddesinin 4. fıkrasının yedinci cümlesinde yer alan ve kişinin ölümü halinde saklanan ve sadece bu kişiye ait olan hücre ve dokuların müdürlükte kurulacak komisyonca imha edilmesi sonucunu doğuran "ölümü" ibaresinde, uyuşmazlık konusu olay yönünden hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Yönetmeliğin 20. maddesinin 5. fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "eşlerden birinin ölümü" ibaresi yönünden yapılan incelemede,

Kararda öncelikle, embriyonun dondurularak saklanması, üreme hücresinin dondurularak saklanmasıdaki iradeden farklı olarak, eşlerin artık birlikte çocuk sahibi olma iradelerini ortaya koyduklarının kabulünün gerektiği belirtilmiştir.

Ardından, üremeye yardımcı tedavi konusunda tıpta ve teknolojiye meydana gelen gelişmeler karşısında, dondurularak saklanabilen insan embriyosunun erkeğin ölümünden sonra sağ kalan eş tarafından kullanılarak tedaviye devam edilmesi konusunda, halkın inançları, beklentileri, değer yargıları ve sosyo-kültürel durumu ile birlikte kişinin hak ve özgürlükleri dengeli bir biçimde göz önüne alınarak düzenleme yapılmasının, toplumsal bir gereksinim olarak ortaya çıktığı yönünde tespit bulunulmuştur.

Bu tespitten sonra, Ülkemizde olduğu gibi evlilik birliği içerisindeki yapay döllemeyi kabul eden hukuk sistemleri de karşılaştırılmak ve uluslararası sözleşmeler ile Anayasada koruma altına alınan temel kişi hakları göz önünde bulundurulmak suretiyle, evlilik birliği içerisinde elde edilen ve dondurularak saklanan embriyonun, erkeğin ölümünden sonra eş tarafından kullanımına izin verilmesi, bunun erkeğin sağlığında ölümünden sonra eşine transfere yazılı rıza vermesi şartına bağlanması, ölümünden sonra embriyonun kullanımının belli bir süre ile sınırlandırılması -saklama süresinin sonu gibi-, sağ kalan kadının bu sürede evlenmesi halinde imhanın gerçekleştirilebilmesi gibi istisnalara açıkça yer verilmek suretiyle konunun belirli koşullara, kısıtlamalara ve kontrol rejimine tabi tutularak düzenlenmesinin bir zorunluluk olarak görüldüğü ifade edilmiştir.

Ayrıca kararda, AİHM içtihatlarında vurgulanan ve bu konuda Devletlere tanınan geniş takdir hakkının, bizim hukukumuzda da 7151 sayılı Kanun'la üremeye yardımcı tedavinin

sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilebileceği, embriyonun başkalarında kullanılmasının ve taşıyıcı anneliğin yasaklanması şeklinde kullanılmış bulunduğu, Kanunla böyle bir düzenleme yapıldıktan ve eşler bu olanaktan, düzenlemelere uygun olarak yararlandıktan sonra artık devreye, yeniden idarenin takdir hakkının değil, Anayasadan ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinden kaynaklanan, kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamındaki temel hak ve özgürlükler ile ilgili kuralların girdiği ifade edilerek mesele bu kapsam da değerlendirilmiştir.

Bu doğrultuda, kişinin embriyolarının geleceğine yönelik karar verme hakkına sahip olması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiş ve buna göre de dava konusu hükümde, herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin dondurularak saklanmakta olan embriyonun eşlerden birinin ölümü halinde imha edileceğinin düzenlenmesinin, birlikte çocuk sahibi olma iradesini ortaya koyan eşlerin, tıbbi yardımla üreme hakkına sınırları belirsiz ve ölçüsüz bir müdahale niteliği taşıdığı belirtilmiştir.

Kararda, düzenlemelerdeki nesebin korunması amacına yönelik olarak da, dondurularak saklanan ve erkeğin ölümünden sonra belli şartlar dâhilinde sağ kalan eşi tarafından kullanılabilmesine izin verilen embriyonun, evlilik birliği içerisinde elde edildiği, bu nedenle de mevzuat ile güdülen nesebin korunması amacına aykırı bir durum da ortaya çıkmayacağı değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

Soybağı ve mirasçılık yönünden ortaya çıkacağı öne sürülen sakıncalar yönünden ise; soybağı ilişkisinin ve mirasçılığın mevcut hukuk sisteminin tanıdığı ve geçerlilik verdiği yollarla kurulmasının mümkün olduğu, zira, bu yolla doğan çocuk ile babası arasındaki soybağının hâkim kararıyla (babalık hükmüyle) kurulabilmesi mümkün olduğu gibi yine hâkim kararıyla mirasçılığına da hükmedilebilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir.

Uyuşmazlık çocuğun üstün yararı ve ayrımcılık yasağı yönünden de ele alınarak, yapay dölleme ile elde edilen embriyonun babanın ölümünden sonra ana rahmine transferi sonucu doğan çocuk ile diğer çocuklar arasında, soybağı ve mirasçılık yönünden bir fark yaratılmasının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesi kapsamında ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil edeceği, ayrıca böyle bir kabulün çocuğun üstün yararına da aykırı

olacağı değerlendirilmiştir.

Ayrıca kararda, Türk Medeni Kanunu'nun ceninin varlığı halinde miras paylaşımının ertelenmesinin düzenlendiği 643. maddesinin gerekçesine atıfta bulunulmuş ve anılan gerekçede; *“tıp alanında, çocuğun ana rahminde olması zorunluluğunu ortadan kaldıran, henüz ana rahminde olmayıp da ana rahmine yerleştirilecek biçimde embriyo durumunda belirli yerlerde ve belirli yöntemlerle saklanması gibi gelişmeler olduğu”*ndan, madde metninde sadece “cenin” kavramı kullanılmakla beraber, *“ana rahmine düşmüş çocuk”* ifadesinin kullanmamasının seçildiğinin belirtildiği, böylece kanun koyucunun yapay dölleme teknolojisinin farkındalığının ifade edildiği belirtilmiştir.

Bu gerekçeler ışığında kararda, dondurularak saklanmakta olan embriyonun eşlerden birinin ölümü halinde imha edilmesi sonucunu doğuran dava konusu *“eşlerden birinin ölümü”* ibaresinin, herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olması nedeniyle, eksik düzenleme niteliğinde bir düzenleme olması yönüyle hukuka aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Bireysel işlemler yönünden yapılan incelemede ise,

Dondurularak saklanan embriyonun, davacı ve eşine ait üreme hücreleri kullanılarak evlilik birliği içerisinde elde edildiği, davacının müteveffa eşinin, ölümünden önce embriyo dondurma ve saklama formunu davacı ile birlikte imzalayarak eşinden çocuk sahibi olma iradesini, doğal olarak da saklama süresi boyunca embriyonun transfer için eşi tarafından kullanılması iradesini ortaya koyduğu, beklenmeyen bir olay olan ölüm ile birlikte bu iradesinin yok sayılmasının mümkün olmadığı, görülen davada ölen eşin rızası ile dondurularak saklanan embriyonun, embriyo saklama formunda belirlenen saklama süresi boyunca sağ kalan eş tarafından kullanılmasına izin verilmemesini haklı ve hukuka uygun kılacak bir sebebin de ortaya konulmadığı, bu nedenle, embriyonun saklama süresi içerisinde davacı tarafından yapılan başvurunun kabulü gerekirken, istemin reddi yönünde tesis edilen işlemlerde hukuka uyarlık görülmediği, hukuka aykırılığı bu şekilde ortaya konulan işlemlerin, bu haliyle uygulanmaları halinde telafisi imkânsız zarara sebebiyet verecekleri gerekçesiyle davacının bireysel işlemlere yönelik olan yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne oy çokluğuyla karar verilmiştir.

Kararda yer verilen karşı oylarda;

“Davacı tarafından, eşi sağken tüp bebek tedavisi esnasında dondurulan embriyonun eşinin vefatından sonra kendisi tarafından kullanımına yürürlükteki mevzuat gereği izin verilmemesinin tıbbi yardımla üreme hakkına müdahale niteliğinde olduğu iddia edilerek görülen davanın açıldığı; bu nedenle, dava konusu düzenlemelerde kamusal çıkar ile özel çıkar arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmesi gerektiği;

Türk hukuk sisteminde tıbbi yardımla döllenmeye evlilik birliği içerisinde izin verildiği, ölümün evliliğin doğal sona erme yollarından olduğu, bu nedenle dava konusu Yönetmelik hükümlerinde de, dondurularak saklanan üreme hücresi ve gonad dokunun kişinin ölümü halinde, embriyonun ise eşlerden birinin ölümü halinde imha edilmesi yönünde düzenlemeye gidildiği, böylece üreme hücreleri ve gonad doku ile embriyonun evlilik sona erdikten sonra kullanılmasının engellendiği;

Üremeye yardımcı tedaviye, evlilik birliği içerisinde başlanmış olsa dahi, eşlerden birinin ölümü halinde evliliğin doğal olarak sona ereceği, bu nedenle koca sağken dondurularak saklanan gonad doku, üreme hücresi veya embriyonun, kocanın ölümünden sonra kullanılması sonucunda kadının gebe kalması halinde, gebeliğin evlilik birliği içerisinde gerçekleştiğinden söz edilemeyeceği;

Diğer taraftan, evlilik birliği içindeyken hücre veya embriyonun dondurulması için koca tarafından verilen rızanın, yalnızca dondurularak saklanmaya yönelik olduğu ve kocanın ölümü ile rızanın sona ereceği, bu nedenle saklanan hücre veya embriyonun ölümden sonra kullanılmasının mümkün olmadığı, imhasının gerekeceği, zira, dondurulmuş üreme hücresi veya embriyonun transferde kullanılabilmesi için, tedavinin başladığı andan transfer anına kadar devam eden rızasının varlığının aranması gerektiği;

Medeni hukukumuzda, çocuk ile ana arasındaki soybağı ilişkisi doğumla kurulurken, baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinde, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olarak kabul edilmekte olduğu, bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanmasının, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkün olduğu, çocuk ile baba arasında hukukun tanıdığı ve geçerlilik verdiği şekilde soybağı ilişkisinin kurulmasının kamu düzeniyle doğrudan ilgili olduğu ve bunun soybağına bağlanan hukuki sonuçların meydana gelmesi için de zorunlu olduğu;

Nitekim, evlilik birliği içerisinde gerçekleşmeyen bu gebelik sonucunda dünyaya gelecek olan çocuk ile baba arasında nesep bağının kurulmasının, çocuğun babanın soyadını ve vatandaşlığını alması, miras hakkına ulaşması, nüfusa kaydedilmesi gibi kamusal ve aynı zamanda çocuk açısından kişisel sonuçlu sorunlar ortaya çıkaracağı;

Diğer taraftan, Anayasanın 41. maddesinde, ailenin, Türk toplumunun temeli olduğu; Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı; her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğunun düzenlendiği, Türkiye açısından 14/10/1990 tarihinde imzalanan ve 27/01/1995 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 20/11/1989 tarihli Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 3. maddesinde; kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının temel düşünce olduğunun ifade edildiği, taraf Devletlerin, bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacağını belirtildiği, yine, Sözleşmenin 7. maddesinde; çocuğun doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedileceği ve doğumdan itibaren isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacağını belirtildiği;

Bu çerçevede, aile yaşamının temel unsurunun, aile ilişkilerinin normal bir şekilde gelişebilmesi ve aile fertlerinin birlikte yaşama hakkı olduğu; çocuğun menfaatinin, bir yandan ailesiyle bağlarını sürdürmesi gerektiğine işaret etmekte olduğu, öte yandan çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişimini sürdürmesini içermekte olduğu; bu çerçevede, her çocuğun doğduğu andan itibaren babası ile doğrudan ve düzenli olarak kişisel ilişkisini sürdürme hakkına sahip olduğu; babanın ölümünden sonra embriyonun anne rahmine transferine izin verilmesi halinde bu yolla doğan çocuğa bu hakların tanınmamış olacağı; bu yönüyle, dava konusu düzenlemelerin, çocuğun üstün menfaatine de uygun olduğu;

Buna göre, dava konusu düzenlemelerle, kamusal çıkarlar ile özel çıkar arasında adil dengenin korunduğu, ölümden sonra üreme hücreleri, gonad doku ve embriyonun kullanılması engellenerek neselin korunması, yukarıda sayılan kamusal sakıncaların giderilmesi ve çocuğun üstün yararının sağlanması amacının güdüldüğü, bu yönüyle düzenlemelerde hukuka

aykırılık bulunmadığı sonucuna varıldığı;

Buna göre, hukuka uygunluğu bu şekilde ortaya konulmuş olan düzenlemelere dayanılarak, davacı ve müteveffa eşine ait olan embriyonun dondurulmasının devamına, imha edilmemesine ve davacıya transfer edilmesine izin verilmesi istemiyle yapılan başvurunun reddi yönünde tesis edilen dava konusu bireysel işlemlerde de hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle bireysel işlemlerin yürütmesinin durdurulması yönündeki Daire kararına iştirak edilmemiştir.

V. İDARİ DAVA DAİRELERİ KULUNUN KARARI

Danıştay Onuncu Dairesinin anılan yürütmeyi durdurma kararına karşı davalı idareler tarafından yapılan itiraz üzerine, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunca yapılan inceleme neticesinde verilen 17/03/2022 tarih ve YD İtiraz No :2022/55 sayılı kararla, Daire kararı hukuka uygun bulunmuş ve itirazın oy çokluğu ile reddine karar verilmiştir. Bu kararda da Daire kararında yer alan karşı oylarla paralel yönde karşı oylar kullanıldığı görülmektedir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Ölüm sonrası, öldükten sonraki, ölümü takiben anlamına gelen *post-mortem* kavramı aynı zamanda ölüm sonrası beden üzerinde yapılan işlemleri de ifade etmektedir.²¹ Bu çerçevede *post-mortem* yapay dölleme kişinin ölümünden sonra üreme hücresi/gonad doku kullanılarak yapılan yapay dölleme olarak, *post-mortem* embriyo transferi ise çiftlerden sağken elde edilen embriyonun ölüm sonrası kullanılması olarak tanımlanabilir.

Post-mortem yapay döllemeye ve embriyo transferine ilişkin düzenlemeler ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Kimi ülkeler bu uygulamayı yasaklarken kimi ülkeler belirli şartlarla ya da bu konuda mevzuatta yeterli bir düzenleme bulunmaması sebebiyle bu uygulamaya izin vermektedir. Mukayeseli hukukta *post-mortem* yapay döllemeye izin veren düzenlemeler, üç unsur etrafında şekillenmiştir. İlk unsur yasal belirsizlik, yani ölümden sonra üremeyi düzenleyen açık yasal ilkelerin bulunmaması; ikinci unsur, ölen kişinin önceden rızasının alınması gerekliliğidir. Son olarak, ölen kişinin üreme hücrelerini alma ve

²¹ Postmortem <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/postmortem>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2024; TDK <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2024.

kullanma izninin yalnızca o kişinin partnerine verilmesidir.²²

Mukayeseli hukukta Bulgaristan, Fransa, Hırvatistan, Almanya, Norveç, Slovakya, Slovenya ve İsviçre’de *post-mortem* yapay döllenmeye izin verilmemektedir.²³ Buna karşın Belçika, Danimarka, Estonya, İtalya, Hollanda, Yunanistan ve Birleşik Krallıkta ise *post-mortem* yapay döllenmeye izin verilmektedir. Bazı ülkelerde, kişinin sperminin *post-mortem* yapay döllenme için kullanılabilmesi için özel bir onam gerekmektedir. Örneğin; Estonya’da ise kişinin sperminin ölümünden sonra kullanılabilmesi için onam formunda ayrıca bu hususun belirtilmesi gerekmektedir.²⁴ İtalya’da *post-mortem* embriyo transferine izin verilmesi için embriyonun oluştuğu tarihte çiftlerin yaşıyor olması şartı aranmaktadır. Bu takdirde, *post-mortem* embriyo transferine izin verilmektedir.²⁵ Bulgaristan, Fransa, Hırvatistan, Almanya, Norveç, Slovakya, Slovenya ve İsviçre hukuklarında *post-mortem* yapay döllenmeye izin verilmemektedir.²⁶

Portekiz de 2021 yılında yürürlüğe giren kanuni düzenlemeler ile *post-mortem* yapay döllenmeye izin veren ülkeler arasına katılmıştır. Yapılan bu düzenleme ile kocanın veya partnerin sperm bağışında bulunması ve daha sonra bağışçının spermin muhafaza edildiği süre içinde ölmesi halinde bu sperm kullanılabilecektir. Donör, ölüm sonrası yapay döllenmeye ilişkin yasal sonuçlar hakkında bilgilendirildikten sonra yazılı rıza vermelidir. Yazılı bir belge bulunmaması halinde, süreci denetleyen hekim rızanın varlığını teyit eden bir beyanda bulunabilir. Donörün belirlenen sperm muhafaza süresi içinde *post-mortem* yapay döllenme için onay vermeden ölmesi halinde, muhafaza edilen sperm imha edilir. Öte yandan bu düzenlemeye göre *post-mortem* döllenme veya *post-mortem* embriyo transferi, donörün rızası olmadan ve kişisel kazanç veya birine zarar vermek amacıyla yapılırsa iki yıla kadar hapis cezası veya 240 güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacaktır.²⁷

²² Shelly Simana, ‘Creating Life After Death: Should Posthumous Reproduction Be Legally Permissible Without The Deceased’s Prior Consent?’ (2018) 5 (2) Journal of Law Bioscience 329, 354.

²³ *Pejřilová v The Czech Republic* B No 14889/19 (AİHM, 08 Mart 2023).

²⁴ *Pejřilová* (n 24) 5.

²⁵ *Pejřilová* (n 24) 5.

²⁶ *Pejřilová* (n 24) 6.

²⁷ Eduardo Soares, ‘Portugal: New Law Allows Medically Assisted Procreation Through Postmortem Insemination’ (13 Aralık 2021) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-12-13/portugal-new-law-allows-medically-assisted-procreation-through-postmortem-insemination>> Erişim Tarihi 21 Kasım 2024.

Yunanistan Medeni Kanunu'nun 1457. maddesinde müstakbel anne ya da babanın potansiyel infertile veya ölüm tehlikesi ile karşı karşıya olması ve tarafların *post-mortem* yapay döllenemeye izin verdiklerine dair noter onaylı beyanlarının bulunması halinde *post-mortem* yapay döllenemeye izin verileceği düzenlenmektedir.²⁸ Buna göre, bu sürecin eşin ölümünden sonra altı ay içinde karar verilerek her halükarda iki yıl içinde tamamlanması gerekmektedir. Bu şekilde zaman kısıtlaması getirilmesindeki amaç miras hukukuna ilişkin çıkabilecek uyuşmazlıkları en aza indirmektir.²⁹

İran hukukunda *post-mortem* yapay döllenemeye ilişkin herhangi bir yasal düzenleme bulunmamasına rağmen mahkeme kararları yoluyla *post-mortem* yapay döllenemeye izin verilebilmektedir. Bu uygulamaya izin veren mahkemeler fukahânın görüşlerine dayanarak iddet müddeti içerisinde *post-mortem* yapay döllenemeye izin vermektedir.³⁰

Post-mortem yapay döllenenin veya embriyo transferinin gerekçelendirilmesinde kullanılan ilk gerekçe neslini devam ettirme içgüdüğü başka bir deyişle “genetik sürekliliğe” duyulan ilgidir. Bu ilgi, bireylerin dünyada kendilerinden bir 'parça' bırakma ve bir süreklilik zinciri sürdürme arzusuyla ilgilidir.³¹ *Post-mortem* yapay döllene/embriyo transferi kişinin sürekliliğine ilgisini gerçekleştirmek için çağdaş bir yöntemdir.³² Bu açıdan *post-mortem* yapay döllenenin/embriyo transferinin üreme hakkı kapsamında korunup korunamayacağı hususu gündeme gelecektir. Gerçekten de kişinin yaşarken ortaya koyduğu genetik sürekliliğini devam ettirme isteğinin ölümünden sonra da kabul edilerek kişilere bu hakkın verilip verilemeyeceği tüm dünyada tartışmaya açık bir konudur. Nitekim yukarıda da örneklerine yer verildiği üzere Belçika, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi bazı ülkelerde bu uygulamaya izin verilirken Fransa, İtalya ve Almanya'da izin verilmemektedir.³³ Alman Embriyo Koruma Kanunu, kadın ve erkeğe ait üreme hücrelerinin rızaları dışında veya

²⁸ Aikaterini Frantzana vd, 'Ethical Dilemmas in Posthumous Assisted Reproduction' (2019) 5 (3) Am J Biomed Sci & Res 164, 165.

²⁹ Frantzana (n 29) 165.

³⁰ Elaheh Mohseni Mahmoud Abbasi, 'Posthumous Reproduction in Iranian Law' (2021) 12 Reprod Biomed Soc Online 79.

³¹ Simana (n 18) 330.

³² Simana (n 18) 342.

³³ Bahar Öcal Apaydın ve Nurten İnce Akman, 'Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllene) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı' (2020) 24 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63, 107.

vericilerin ölümünden sonra kullanılmasını yasaklayarak bu filleri işleyenler için hapis cezası öngörülmüştür.³⁴

İnceleme konusu kararda da vurgulandığı üzere, uyuşmazlığın ortaya çıkardığı sorun şüphesiz ki ahlaki ve etik olarak hassas niteliktedir. *Post-mortem* yapay döllemenin ya da embriyo transferinin ahlaki ve etik açıdan toplumda en büyük tartışma yaratan kısmı doğacak çocuğun aile birliği dışında ve babasız olarak ana rahmine düşmesine, doğmasına ve büyümesine neden olmasıdır. Bu durum, çocuğun üstün yararı açısından tartışmaya açıktır. Bilindiği üzere Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 20 Kasım 1989 tarihinde kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde sözleşmeye taraf devletlerde bulunan kamu ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararının esas alınacağı ifade edilmiştir.³⁵

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin çeşitli içtihatlarında benimsendiği gibi bu konularda toplumların etik ve ahlak anlayışları dikkate alınarak devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu da muhakkaktır. Bununla birlikte, üremeye yardımcı tedavi konusunda tıpta ve teknolojiye meydana gelen gelişmeler ve bu gelişmelerin tanıdığı imkânlar doğrultusunda dondurularak saklanan embriyo ve üreme hücresi ile gonad dokunun uzun yıllar sağlıklı bir şekilde saklanabilmesi, bunun neticesi olarak da kocanın ölümü halinde bunların sağ kalan eş tarafından ana rahmine transferinin istenilmesi neticesinde ortaya çıkan sorunlar bu alanda düzenleme yapılmasını zorunlu hale getirmiştir.

Bu nedenle, inceleme konusu kararda, dondurularak saklanan embriyonun eşlerden birinin ölümü halinde imhasına ilişkin düzenlemeye ilişkin olarak, *“dondurularak saklanabilen insan embriyosunun erkeğin ölümünden sonra sağ kalan eş tarafından kullanılarak tedaviye devam edilmesi konusunda halkın inançları, beklentileri, değer yargıları ve sosyo kültürel durumu ile birlikte kişinin hak ve özgürlüklerinin dengeli bir biçimde göz önüne alınarak düzenleme yapılmasının, toplumsal bir gereksinim olarak ortaya çıktığı”* yönünde yer verilen hukuka aykırılık gerekçesinin yerinde olduğu

³⁴ Badur (n 4) 194.

³⁵ Çocuk Haklarına Dair Sözleşme <<https://www.unicef.org/turkiye/çocuk-haklarına-dair-sözleşme>> Erişim Tarihi 21 Kasım 2024.

değerlendirilmektedir. Ancak, üreme hücresi ve *gonad* dokunun ölüm halinde imhasına yönelik düzenleme yönünden bu gerekçeden uzaklaşılmasını gerekli kılan haklı ve hukuki bir sebep bulunmamaktadır. Benzer gerekçelerle üreme hücresi ve *gonad* doku yönünden de düzenleme yapılması toplumsal bir gereksinim olarak ortaya çıkmış durumdadır.

Bununla birlikte, üreme hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve talep yetkisi içermeyen anayasal bir temel haktır.³⁶ Anayasanın 13.maddesine göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Dolayısıyla temel bir hak olan üreme hakkına yönelik sınırlandırmaların kanunla yapılması gerekmektedir. Nitekim, 2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin bazı maddelerine ilişkin açılan iptal davasında Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu kararında Danıştay Tetkik Hâkimi, üreme hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı” kapsamında korunan bir hak olduğuna ve bu nedenle, Anayasa'nın 90. ve 13. maddeleri gereğince, bu temel hakkın yönetmelik ile değil, sadece kanun ile sınırlanabileceğini ifade etmiştir.³⁷ Bunun yanı sıra bu konuda kanunla yapılacak sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ilkelere uygun olması zorunludur. Buna göre, yapılacak sınırlama hakkın özüne dokunmadan Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir.

7151 sayılı Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 16. maddesi ile 2238 sayılı Kanun'a eklenen ek 1. madde ile, üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle üreme hakkına ilişkin sınırlandırmaların kanuni bir temel kazandığı kabul edilebilir. Nitekim, Kanunda yardımcı tedavi yöntemleri kullanılarak üreme hakkına, sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilme, üreme hücresi ve embriyonun başkalarında kullanılmasının ve taşıyıcı anneliğin yasaklanması şeklinde

³⁶ Badur (n 4) 180.

³⁷ İDDK, E 2015/186, K 2018/70, T 22.1.2018; Zeynep Damla Taşkın, 'Evli Olmayan Kişilere Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Yararlanma Hakkı Tanınmamasının Hukuki Gerekçeleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2024) 73 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1452.

sınırlandırma getirilmiştir.

Bu noktada, inceleme konusu kararda iptal istemine konu olan ve dondurularak saklanmakta olan üreme hücresi ve gonad doku ile embriyonun kişinin/eşlerden birinin ölümü halinde imhası sonucunu doğuran Yönetmelik düzenlemelerinin, üreme hakkı yönünden kanundaki sınırlamaları aşar nitelikte olup olmadığı ve hakkın özüne dokunup dokunmadığı hususunun tartışılması gerekmektedir.

1961 Anayasası ile hukukumuzda giren “hakkın özü” kavramının içeriği ve kapsamı doktrinde sıkça tartışılmıştır. 1982 Anayasasının ilk halinde yer almayan bu kavram, 2001 yılında yapılan değişiklikle hukuk sistemimize tekrar girmiştir. 1961 Anayasası döneminde AYM tarafından verilen kararlardan hareketle Örucü hakkın özüne dokunmaya ilişkin bir kriterler dizisi çıkarmıştır. Buna göre, *“Bir hak ve özgürlüğün a) Gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştırıcı veya imkânsızlaştırıcı, b) onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlara tâbi tutucu, c) açıkça yasaklayıcı, d) örtülü bir şekilde yapılamaz hale koyucu, e) ciddî surette güçleştirici, f) amacına ulaşmasını önleyici, h) hürriyetten faydalanmayı genel surette izin alınmasına bağlı tutucu, i) ne ifade ettiği açıkça anlaşılamayan ve her türlü yoruma elverişli bulunan terimlerle belirtilen hükümlerle sınırlayıcı, j) hakkı genel olarak ortadan kaldıracı, k) yararlanmayı yok edecek derecede önleyici veya engelleyici anlamda dolaylı ya da dolaysız etkileyici, biçimde sınırlanması o hak ve özgürlüğün özüne dokunur, sayılmaktadır.”*³⁸

Üreme hakkına yönelik yapılacak sınırlamalara ilişkin bir diğer tartışılacak husus ise ölçülülük ilkesidir. Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesini *“Hukuk devletinin en önemli ilkelerinden biri de ölçülülük ilkesidir. Kanun koyucu, düzenlemeler yaparken ölçülülük ilkesiyle bağlıdır. Bu ilke ise elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. Elverişlilik başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, gereklilik başvuru önleminin ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olmasını ve orantılılık ise başvuru önlem ve ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken ölçüyü*

³⁸ Esin Örucü, ‘1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü’ (1975) 41 (3-4) Journal of Istanbul University Law Faculty 145,157-158.

ifade etmektedir.” şeklinde tanımlamıştır.³⁹

Somut olay açısından da Yönetmelik hükmü ile herhangi bir istisnaya yer verilmeksizin dondurularak saklanmakta olan üreme hücresi ve gonad doku ile embriyonun kişinin/eşlerden birinin ölümü halinde imha edileceği yönünde getirilen düzenlemenin, kocanın ölümü halinde sağ kalan eş açısından tıbbi yardımla üreme hakkının kullanılmasını imkânsızlaştırıcı nitelikte olduğu ve bu nedenle de hakkın özüne dokunduğu sonucuna varılmaktadır.

Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, bu hakka yönelik kanuni sınırlama, üremeye yardımcı tedavinin sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilmesi, üreme hücresi ve embriyonun başkalarında kullanılmasının ve taşıyıcı anneliğin yasaklanması şeklindedir. Bu sınırlamadan sonra evlilik birliği içerisinde elde edilmiş ve dondurularak saklanmakta olan embriyonun ya da ölen kocaya ait üreme hücresinin *her hal ve şartta* eşlerden birinin/kişinin ölümü halinde imha edilmesi ve sağ kalan eş tarafından kullanılmasına izin verilmemesi kanuni sınırlamayı aşmakta, hakkın özüne dokunarak bu hakka sınırları belirsiz ve ölçüsüz bir müdahale niteliği taşımaktadır.

Dolayısıyla da post-mortem yapay döllemeye ve embriyo transferine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı ülke örnekleri karşılaştırılarak, toplumun değer yargıları, sosyo-kültürel özellikleri gibi hususlar göz önünde bulundurularak ve bu konudaki kişi hakları ile kamu düzenine ilişkin yarışan menfaatler arasındaki denge de sağlanarak düzenlemelerde bazı istisnalara yer verilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, inceleme konusu kararda bu yönde yer verilen hukuka aykırılık gerekçesinin yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

Nitekim, yukarıda da izah edildiği üzere AİHM kararlarında, *post-mortem* döllemenin kamu düzeni ile yakından ilgisi nedeniyle bu konudaki kişi hakları ile kamu düzenine ilişkin yarışan menfaatler arasındaki dengeyi sağlamak konusunda devletlerin takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir. AİHM’in yakın tarihli *Baret and Caballero* kararına konu olayda, Fransız vatandaşı olan başvuru, müteveffa eşine ait olan spermelerin, sperm sahibinin ölümünden sonraki 12 ay içinde *post-mortem* yapay döllemeye kullanılmasına izin veren, İspanya’ya ihraç edilmesine izin verilmesi için Fransız makamlarından talepte bulunmuştur. Davaya konu

³⁹ AYM, E 2020/60, K 2020/54, T 1/10/2020, § 71.

olayda başvuru, İspanya’da yapay dölleme yapabilmesi için az bir süre kalması nedeniyle idare mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Ancak başvuru Marsilya İdare Mahkemesinde açtığı davada, idarenin 60 günlük cevap süresinin dolmadığı gerekçesiyle dava usulden reddedilmiştir. Bu karar aleyhine yapılan temyiz başvurusu da reddedilen başvuru AİHM’e başvurmuştur. AİHM önüne gelen başvuruda bu konuda davalı devletin birbiriyle yarışan farklı menfaatler arasında adil bir denge kurduğu sonucuna varmıştır. Bahse konu kararda düzenleme yetkisine atıf yaparak *post-mortem* sperm kullanılmasına izin vermeyen işlemin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir.⁴⁰

AİHM *Evans* kararında, başvuru yumurtalıklarından, laboratuvar ortamında dölleme (*in vitro fertilizasyon*) amacıyla yumurta alınmasına ilişkindir. Başvuru gördüğü kanser tedavisi nedeniyle yumurtalıklarının alınmasından önce partnerinin rızası ile 6 embriyo oluşturulup dondurulur. Ancak yaklaşık 6 ay sonra başvuru partneri ile ilişkileri sona erer. Partneri, kliniği arayıp ayrıldıklarını ve embriyoların imha edilmesini talep eder. Klinik, partnerinin rızasını geri çektiğini göz önünde bulundurarak embriyoları imha etmeyi kabul eder. Başvuru, eski partnerinin embriyosunun saklanması ve kullanımına ilişkin rızasını geri çekmesine, böylelikle genetik olarak bağının olduğu çocuğa sahip olmasını engellemesine ulusal hukukun izin veriyor olması nedeniyle başvuruda bulunmuştur. Mahkeme öncelikle, bu kararında özel hayat kavramının ebeveyn olma hakkına saygı duymayı da içerdiğini kabul etmiştir. Daha sonra, kadın ve erkeğin, her ne kadar bu prosedüre katılımları farklı da olsa, yapay dölleme uygulamasında eşit muameleyi hak ettiğinin, böylelikle döllemiş yumurtaların saklanması ve yerleştirilmesinde, bütün ilgili tarafların devam eden rızasının gerekli olduğunun altını çizmiştir.⁴¹ Dolayısıyla taraflardan birinin rızasını geri alması halinde gonad dokularının imha edilmesini düzenleyen taraf Devlet düzenlemesinin hukuka aykırı olmadığına karar vermiştir. Bir kişinin embriyolarının geleceği konusunda karar verme hakkına sahip olması AİHS 8.maddesinde düzenlenen özel hayata saygı hakkının alt kategorisi kapsamındadır. Ancak, bu hususta Avrupa’da bir fikir birliği oluşmadığından ve etik açıdan hassas bir konu olduğu için taraf devletler geniş bir takdir

⁴⁰ *Baret and Caballero v France* B No 22296/20 and 37138/20 (AİHM, 11 Temmuz 2023).

⁴¹ *Evans* (n 8).

yetkisine sahiptirler.⁴² Bu nedenle Mahkeme, konuya ilişkin mevcut düzenlemenin, ülkelerin takdir yetkisi kapsamında olduğunu değerlendirerek Sözleşmenin 8.maddesine (aile hayatına saygı hakkı) aykırı olmadığına karar vermiştir. Böylelikle AİHM, yeni ahlaki ve etik sorunlar ortaya çıktığında devletlere daha geniş bir takdir yetkisi tanınmasına cevaz vermiştir. Öyle ki Mahkeme, *Evans* kararında, devletin takdir hakkını Sözleşme'nin ihlaline engel olacak şekilde geniş yorumlamıştır.⁴³ Mahkeme bir başka kararında, başvurucunun karısının kürtaj olma kararının kendisinin onayı alınmadan yapılmasına ilişkin yaptığı başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.⁴⁴ Mahkeme içtihatlarında, iki müstakbel ebeveynin menfaati söz konusu olduğunda, anne-baba olmama kararı, olma kararına üstün gelmektedir.⁴⁵

Yine, AİHM'in *Peřilová* kararında, başvuranın kocası, infertilite tedavisi amacıyla spermelerinin dondurulmasını kabul ettiğine dair bir onam formu imzalayarak spermelerini dondurmıştır. Daha sonra başvuran ve kocası, in vitro fertilizasyon (IVF) kullanılarak infertilite tedavisini ve başvuranın kocasının spermının çözülmesini ve intrasitoplazmik sperm enjeksiyonunda⁴⁶ kullanılmasını kabul eden aydınlatılmış onam formlarını imzalamışlardır. Formları imzalarken, ilişkilerinde tedavinin sonlandırılmasına neden olabilecek herhangi bir değişiklik olması halinde bu durumu ilgili sağlık merkezine bildirmeyi kabul etmişlerdir. Başvurucunun eşinin ölümünden sonra, fertilité kliniği Çek hukukundaki yasal sınırlamaları gerekçe göstererek tedaviye devam etmeyi reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru yargı makamlarına başvurmuştur.

Yerel mahkeme, başvurucunun talebini reddederek IVF tedavisi için her iki partnerin de onamının gerektiğini ve Özel Sağlık Hizmetleri Kanunu uyarınca, sperm kullanımına ilişkin onamın altı aydan eski olmaması gerektiğini belirterek, sadece çiftlere yardımcı üreme hizmeti verilebileceğini vurgulamıştır. Mahkemeye göre, hükmün amacı, yardımcı üreme yoluyla doğan çocuklara en azından başlangıçta her iki ebeveynle birlikte büyüme şansı

⁴² Gülay Aslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (1 bs, Epamat Basım Yayın 2019) 75.

⁴³ Ivana Roagna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması (Ayşe Gül Alkış Schaling çev,1 bs, Şen Matbaa 2013) 46.

⁴⁴ *Boso v Italy* B No 50490/99 (AİHM, 05 Eylül 2002).

⁴⁵ Roagna (n 28) 22.

⁴⁶ Canlı sperm laboratuvar ortamında bir kişinin yumurtalarına enjekte edilmesi <<https://my.clevelandclinic.org/health/treatments/22463-intracytoplasmic-sperm-injection>> Erişim Tarihi 21 Kasım 2024.

vermektedir. Ancak mevcut davada, başvuranın kocasının ölümü üzerine bir çift olarak varlıkları sona ermiştir. Mahkeme, başvuranın müteveffa eşinin önceki rızasının kanunda aranan şartları taşımadığından “daha önceden verilmiş bir rıza” olarak değerlendirilemeyeceğini vurgulamıştır. Bu karar üzerine başvuru yüksek mahkemeye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme, başvuru özel hayatına saygı hakkının ihlal edilebileceğini kabul etse de, reddin çocuğun üstün yararı doğrultusunda, ailenin tamamlanması gerektiği düşüncesiyle haklı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca, yasaların ölen kişinin onamını geri alma hakkını koruduğunu ve Avrupa’da *post-mortem* üreme konusunda bir fikir birliği bulunmadığını ifade etmiştir.

Bu karara karşı başvuru, önce Çek Anayasa Mahkemesine daha sonra da AİHM’e başvurmuş ve Sözleşme’nin 8. maddesiyle güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak AİHM, Çek Anayasa Mahkemesi’nin kararına katılarak Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuru ölen kocasının spermiyle hamile kalmasına izin verilmemesinin Çek hukukuna uygun olduğunu kabul etmiştir. AİHM’ye göre, yardımla üreme uygulamaları için rıza şartının aranması meşrudur. Bu rıza, ölen kişinin biyolojik materyalinin imhasına onay vermesini sağlayan bir durumdur; ölüm halinde ise bir mahkeme kararı, ölen kişinin iradesinin yerine geçemez.

AİHM ayrıca, yalnızca sperminin kullanılmasına ilişkin rızanın altı aydan daha eski olmamasını arayan kanuni düzenlemenin meşru bir genel çıkarı koruduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle, AİHM, Çek mevzuatının Sözleşme’nin 8. maddesiyle uyumlu olduğuna karar vermiştir. Bununla birlikte, AİHM, bu maddenin yasa koyuculara belirli bir takdir yetkisi verdiğini ve Avrupa düzeyinde bile, ölen bir kişinin dondurulmuş sperminin yardımla üreme yoluyla kullanılmasına izin verilip verilmeyeceği konusunda bir fikir birliği bulunmadığını vurgulamıştır.

Son olarak, AİHM, Çek mevzuatının yeterince açık olduğunu ve başvuru bu mevzuattan haberdar olduğunu, ayrıca başvuru davasının Çek mahkemeleri tarafından kapsamlı bir şekilde incelendiğini belirterek, başvuru ölen kocasından bir çocuk sahibi

olma hakkının, Çek hukukunun koruduğu meşru menfaatlerin önüne geçemeyeceğine hükmetmiştir.⁴⁷

Söz konusu AİHM kararları göz önüne alındığında uyumsuzluk konusu bireysel işlem yönünden, vefat eden eş tarafından embriyonun saklanması yönünde verilen rızanın içeriğinin yalnızca dondurularak saklanmaya yönelik olması, ölümünden sonra kullanıma ilişkin bir rıza içermemesi, saklamaya yönelik olarak verilen bu rızanın da ölümle sona ereceği göz önünde bulundurulduğunda, bireysel işlemler yönünden verilen yürütmenin durdurulması isteminin kabulü kararına katılmak mümkün görülmemektedir.

Ayrıca, yukarıda işlemin dayanağı olan Yönetmelik maddesine yönelik olarak ortaya konulan hukuka aykırılık gerekçemiz, dondurularak saklanmakta olan üreme hücresi, gonad doku ve embriyonun kişinin/eşlerden birinin ölümü halinde imhasına yönelik kuralın, “kuralda herhangi bir istisnaya yer verilmemesi” sebebiyle hukuka aykırı olduğu dolayısıyla da eksik düzenleme içerdiği tespitine dayanmakta olup, bu tespit, gerekçemizde de yer verilen hususlar göz önünde bulundurularak idare tarafından yeni bir düzenleme yapma ve kuralın istisnalarını belirleme gerekliliğini doğurmaktadır. Bu istisnalar idare tarafından belirlenmeden, anılan maddede tespit edilen bu eksiklikler doğrudan davacının talebinin kabulü sonucunu doğurmayacaktır. Bu nedenle de karara konu olayda, dayanak düzenlemenin eksik düzenleme sebebiyle hukuka aykırı bulunduğu bahisle de bireysel işlem yönünden yürütmenin durdurulması isteminin kabulüne karar verilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

⁴⁷ *Pejřilová* (n 24) 16.

KAYNAKÇA

Alişan SM, 'Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezlerinin Hukuki Sorumluluğu', (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi 2020)

Apaydın BÖ ve Akman Nİ, 'Dondurularak Saklanmış Üreme Hücresinin veya Embriyonun Eşin Ölümünden Sonra Ana Rahmine Transferi (Postmortal Döllenme) Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı' (2020) 24 (2) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 63

Ayan M, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk* (1 bs, Kazancı Hukuk Yayınları 1991)

Badur E, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller* (Seçkin Yayıncılık 2017)

Cleveland Clinic, 'Intracytoplasmic Sperm Injection (ICSI)' (01 Mart 2022) <<https://my.clevelandclinic.org/health/treatments/22463-intracytoplasmic-sperm-injection>> Erişim Tarihi: 21 Kasım 2024

Çocuk Haklarına Dair Sözleşme <<https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>> Erişim Tarihi: 21 Kasım 2024

Frantzana A, 'Ethical Dilemmas in Posthumous Assisted Reproduction' (2019) 5 (3) *American Journal of Biomedicine & Science & Research* 164

Gönenç Fİ, 'Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukuki Sorunlar' iç Hakan Hakeri ve Cahid Doğan (eds), *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu* (Türkiye Barolar Birliği Yayınları 2014)

İmamoğlu SH, 'Medenî Hukuk Açısından Sosyal Sebeplerle (Sosyal Endikasyonla) Üreme Hücresinin Dondurulup Saklanması' (2019) 77 (1) Ankara Barosu Dergisi 25

Kırkbeşoğlu N, 'Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2005)

Kocaeli Üniversitesi Tıp Fakültesi, Türkçe Tıp Dili Kurulu, *Türkçe Tıp Dili Kılavuzu* (2 bs, Kocaeli Üniversitesi 2007)

Mohseni E ve Abbasi M, 'Posthumous Reproduction in Iranian Law' (2021) 12 *Reprod Biomed Soc Online* 79

Nomer HN, 'Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri' iç *Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan* (Beta Yayınevi 2000)

Öncü GA, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı* (1 bs, Epamat Basım Yayın 2019)

Örücü E, '1961 Anayasası ve Anayasa Mahkemesine Göre Hakkın Özü Kavramı ve Mülkiyet Hakkının Özü' (1975) 41 (3-4) *Journal of Istanbul University Law Faculty* 145

Postmortem <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/postmortem>> Erişim Tarihi: 20 Kasım 2024

Roagna I, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması* (Ayşe Gül Alkış Schaling çev,1 bs, Şen Matbaa 2013)

Samsun Milletvekili Ahmet Demircan ve 5 Milletvekilinin Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/1186) ile Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu <<https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d27/c004/tbmm27004016ss0012.pdf>> Erişim Tarihi: 10 Ekim 2024

Sert G, *Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakkı*, (1 bs, Turap Tanıtım Yayınları 2012)

Simana S, 'Creating Life After Death: Should Posthumous Reproduction Be Legally Permissible Without The Deceased's Prior Consent?' (2018) 5 (2) *Journal of Law Bioscience* 329

Soares E, 'Portugal: New Law Allows Medically Assisted Procreation Through Postmortem Insemination' (13 Aralık 2021) <<https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-12-13/portugal-new-law-allows-medically-assisted-procreation-through-postmortem-insemination>> Erişim Tarihi: 21 Kasım 2024

Taşkın ZD, 'Evli Olmayan Kişilere Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Yararlanma Hakkı Tanınmamasının Hukuki Gerekçeleri Üzerine Bir Değerlendirme' (2024) 73 (2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1452

TDK <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim Tarihi: 20 Kasım 2024

Tuğlacı P, *Tıp Sözlüğü* (Ar Basın Yayın 1983)

Yararlanılan Mahkeme Kararları

AYM, E 2020/60, K 2020/54, T 1/10/2020

İDDK, E 2015/186, K 2018/70, T 22.1.2018

Evans v Birleşik Krallık B No 6339/05 (AİHM, 10 Nisan 2007)

SH vd v Austria [GC] B No 57813/00 (AİHM, 03 Kasım 2011)

Boso v Italy B No 50490/99 (AİHM, 05 Eylül 2002)

Peřilová v The Czech Republic B No 14889/19 (AİHM, 08 Mart 2023)

Baret and Caballero v France B No 22296/20 ve 37138/20 (AİHM, 11 Temmuz 2023)