

TÜRKİYE'DE ANA RAHMİNDEKİ EMBRİYONUN HUKUKİ STATÜSÜ

Aykut ÇOBAN*

Özet

İnsan embriyosunun giderek artan biçimde çeşitli müdahalelere uğruyor olması, bu müdahalelere maruz kalan embriyonun statüsünün nasıl bir hukuki çerçeveye göre biçimlendiği konusunu gündeme getirmektedir. Bu yazı, Türkiye bakımından ana rahmindeki embriyonun hukuki statüsünü araştırmaktadır. İleri sürdüğü temel savlardan biri, embriyonun hukuken belirsiz bir alana terk edilmiş olduğu savıdır. Bir yandan insanlığın üyesi olarak görülür ve hakları tanınırken, öte yandan doğmamış olduğu için hukuken kişi sayılmamakta ve hakları bakımından ikircikli bir durum yaratılmaktadır. Yazının bunu bütünleyen ikinci savı da, Türk Medeni Kanunu ile Türk Ceza Kanununun embriyonun statüsü bakımından çelişkili ve tutarsız hükümler içerdiğidir. Ana rahmindeki embriyo hem yaşamına hukuken değer verilip hakları koruma altına alınan, hem de kürtajda olduğu gibi yaşamının sona erdirilmesi suç sayılmayan bir varlıktır. Yazıdaki analiz, embriyonun hukuki statüsünün belirsiz oluşunun, hak iddiasında bulunmayı ya da bu iddiaları reddetmeyi içeren iki ayrı biçimde işlev yüklendiğini ortaya koymaktadır.

The Legal Status of Human Embryos inside the Womb in Turkey

Abstract

As human embryos have increasingly become subjects of various interventions, it turns out to be important to consider the regulatory framework which constructs the status of embryos in question. This paper seeks to analyse the legal status of human embryos *in vivo* in Turkey. First, it argues that human embryos are left in a zone of indeterminacy. On the one hand, they are seen as members of humanity as a species-being and are entitled to human rights accordingly. In this sense, the constitutional term 'everyone' as the rights-holder can be claimed to include embryos. On the other hand, embryos are not considered as legal persons since they are unborn, hence casting doubt on their rights. The complementary second

* Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi

argument of the paper is that rules and regulations appeared in the Civil Code and the Penal Code are contradictory and inconsistent. It is a lawful action to end the life of an embryo as in the case of an abortion, while the life of the embryo inside the womb is given legal value by law and consequently its rights are under protection. The analysis in the paper suggests that the legally ambiguous status of embryos works in either way –to make or to reject claims to rights.

Türkiye’de Ana Rahmindeki Embriyonun Hukuki Statüsü

İnsan embriyosu, son yıllarda giderek daha sık biçimde hukuki düzenlemelerin konusu olmaya başladı. Gerek ulusal, gerekse uluslararası alanda çeşitli kurallar oluşturuluyor, yeni ilkeler belirleniyor ya da yürürlükteki hükümlerde değişikliğe gidiliyor. Türkiye’de de bu türden bir süreç yaşandığını görüyoruz. Embriyo düzenlemelere konu olurken, ülkemizdeki düzenlemeler yoğun bir akademik tartışma konusu olarak henüz gerekli ilgiyi çekebilmiş değil. Bu makale, tüpteki embriyoya odaklanan başka bir kardeş yazıyla birlikte, yürürlükteki düzenlemelere dayanarak embriyonun hukuki statüsünü araştırmayı amaçlamaktadır.¹ Tartışma, hukuk dizgemizde ana rahmindeki embriyonun, hukuken bir insan olarak tanınıp tanınmadığı, varsa haklarının neler olduğu, hak sahipleri karşısında hukuki durumu, yasal hükümlerde çelişki ve tutarsızlıkların bulunup bulunmadığı gibi soruların yanıtlarını arayacaktır. Bu çerçevede, öncelikle, embriyonun anayasal statüsü ele alınacaktır. Anayasada yer alan temel hakların embriyoyu da kuşatıp kuşatmadığı sorunu tartışılacaktır. İzleyen bölümlerde, özellikle Türk Medeni Kanunu ile Türk Ceza Kanunundan yola çıkarak, hak ehliyeti, taraf olma ehliyeti, yaşama hakkı, miras hakkı, suçlara karşı koruma ve kürtaj uygulaması bakımından statü tartışması derinleştirilecektir.

I. Embriyonun temel hakları

Türkiye’de doğmamış insanın hakları bakımından açıkça hükme bağlanmış anayasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle olunca, temel haklarla ilgili anayasal hükümlerin embriyo bakımından tartışılması gerekecektir. Temel hak ve özgürlükler ve kişi hakları bakımından 1982 Anayasasında kullanılan anahtar sözcük ‘herkes’ sözcüğüdür. Örneğin, Anayasaya göre:

¹ Bu konunun kuramsal altyapısını oluşturan, daha önce yayımlanmış bir çalışmada, embriyoyu bulunduğu yere (rahimde, tüpte, dondurulmuş vb.) göre ele alan yaklaşımların yarattığı sakıncaları vurgulamıştım (bkz. Çoban, 2007: 261). Rahimdeki ve tüpteki embriyo biçiminde ikili bir ayırımı gidiyor olmam, bir makalenin sayfa sayısı sınırını aşmama zorunluluğu nedeniyle.

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir (m. 12).

Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir (m. 17).

Bu anahtar sözcüğün, embriyonun hakları bakımından sormayı zorunlu kıldığı soru, *herkesin* embriyoyu da kapsayıp kapsamadığıdır. Soruya inandırıcı bir yanıt bulabilirsek, embriyonun Anayasada belirtilmiş temel haklarının bulunup bulunmadığını da söyleyebileceğiz demektir.

İnsan hakları konusundaki uluslararası sözleşmelerde de kullanılan herkes (everyone) sözcüğünün içeriği konusunda bir uzlaşma yoktur. Makalenin konusu bakımından önemli bir belge, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesidir (kısaca Biyotıp Sözleşmesi). Türkiye, sözleşmeyi imzaya açıldığı gün imzalamış ve sonra da onaylamıştır. Anayasanın 90. maddesi bakımından, usulüne göre yürürlüğe konulmuş bu sözleşme yasa hükmündedir ve Anayasaya aykırı olduğu savıyla Anayasa Mahkemesine de götürülemez. Biyotıp Sözleşmesine taraf olan Türkiye, sözleşmenin ilk maddesine göre, 'tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacak'tır. Maddede geçen herkes terimi, sözleşme taslağının hazırlanması sırasında tartışmalara neden oldu. Sözleşmenin daha iyi anlaşılması için kaleme alınan Açıklama Raporunda, maddede geçen *herkes* yerine 'doğmuş olan kişi' ifadesinin konulması önerisi benimsenmediği gibi, *herkesin* 'insan embriyosunu içerdiği' ifadesinin yer alması önerisi de yaygın kabul görmedi (The Directorate General of Legal Affairs, 2000: 11). Sözleşme taslağını yazan Çalışma Grubu, *herkesin*, 'doğmuş insan' anlamına geldiğinin Açıklama Raporunda belirtilmesini istemesine karşın, taslağa son şeklini veren daha geniş katılımlı Biyoetik Komitesi (*Steering Committee on Bioethics-CDBI*), bu anlayışı uygun görmedi ve gerek sözleşmede gerekse Açıklama Raporunda herkes teriminin tanımlanmadan bırakılması gerektiğine karar verdi (*ibid.*, 12). Gerçekten de, Açıklama Raporunda, Biyotıp Sözleşmesinde herkes teriminin tanımının yapılmadığı belirtilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin de terimi tanımlamadığı vurgulanır. Üzerinde uzlaşma sağlanmış bir tanım bulunmadığı içindir ki, herkes teriminden ne anlamak gerektiği, Biyotıp Sözleşmesinin uygulanması amacıyla çıkarılan taraf ülke yasalarına bırakılmıştır (*Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine*, 1996: paragraf, 18). Ancak Türkiye'de bu tanıma yer veren herhangi bir yasal düzenleme yoktur. Böylece, *herkes*, hem uluslararası ölçekte hem de Anayasal açıdan hukuken etkili ama anlamı belirsiz bir anahtar terimdir.

Burada, 'herkes' sözcüğünün anlamını oluşturma çabasında, Giorgio Agamben'in egemenliğin yapısını kurmak için başvurduğu argümanı uyarlayarak kullanmak mümkün görünüyor. Agamben'e (2001: 73-74; 1998: 51-52) göre, Kant'ta yalın biçimiyle hukuk 'anlamı olmadan yürürlükte olan' kurallardır. Gerçekten de, Kant, yasanın bütün durumlarda nesnel bir geçerliliğinin bulunması için, bir kimseyi diğerinden ayıran öznel durumları içinde barındırmaması, öznel koşullara bağlanmaması gerektiğini vurgular (Kant, 1989: 47). Bir yasal ilke, onun gerçekleşmesinin öznel ve sosyo-ekonomik koşullarını dikkate almadığı sürece, ilkenin varlığı, soyut bir ilke olarak salt yürürlükte olması ile biçimlenmektedir. Bu bakımdan, bir hukuk terimi olarak *herkes*, bireysel ve toplumsal bağlamdan kopuk olduğu ölçüde içeriği boş, içi boş olduğu ölçüde de geçerli bir sözcüktür.

Herkes, içinde bulunan ekonomik, toplumsal, siyasal ve ekolojik koşullardan bağımsız olarak herkesi kapsıyorsa belirli bir kimseyi/herhangi birimizi kastetmiyordur aslında (örn., 41 yaşında, evli, iki çocuk sahibi, işçi, kasabada kirada oturan, TC yurttaşı, sağlıklı, beyaz bir Türk erkeği gibi). Çünkü *herkesin*, hepimizi kuşatması için (ya da herkes sözcüğü dışarıda kimseyi bırakmadığı için/ölçüde) herhangi birine göndermede bulunmuyor olması gerekir. Bu nedenle, *herkes*, aslında ve sözcüğün geçerliliği bakımından zorunlu olarak, hiç kimsedir. Anayasanın 12. maddesi, bu bakışla herkesin yerine hiç kimseyi koyduğumuzda, 'Hiç kimse, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir' biçiminde, anlamı olmayan bir ifadeye dönüşür. Benzer biçimde, *herkes* ile başlayan 17. madde, yaşama hakkına herkesin sahip olduğunu ilan eden, aynı zamanda da aslında herhangi belirli bir kimseyi hak sahibi kılamayan içi boş ama gücünü de bu içeriksizlikten alan bir ifade ortaya koyar.

Agamben'in terimlendirmesini yardıma çağırırsak, bu, içine alarak dışarıda bırakma durumudur. Herkes, *herkes* sözcüğünün içindedir, ama hiç kimse olarak dışarıdadır. Tersten de söylenebilir: Belirli bir kimseyi işaret etmeyen anlamıyla *herkes*, belirli bir kimseyi herkesin içine katarak dışarıda bırakır. *Herkes*, hem hiç kimseyi dışarıda bırakmaz hem de dışarıda kalabilecek istisnayı baştan içselleştirerek hepimizi kuşatır. Agamben, içlenerek dışlanmayı istisna olarak kavramlaştırır: 'İstisna olarak dışlanan şey, dışlandığından dolayı kuralla hiçbir ilişkisi kalmayan bir şey değildir. Tam tersine, istisna olarak dışlanan şey, kuralla olan ilişkisini, kuralın askıya alınması biçiminde devam ettiriyor... Bu anlamda istisna, gerçekten de, etimolojik kökeninin de gösterdiği gibi, tamamen dışarıya terk edilen bir şey değil, *dışarıda tutulan (ex-capere)* bir şeydir' (Agamben, 2001: 28-29; 1998: 17-18). Hukukun gerçekleşmesini ise gerçek bir istisna durumunun ortaya çıkıp yasanın ihlalinin, yasanın uygulanmasından ayrılamaması olarak

açıklar. Yasanın içeriksiz olmaktan çıkıp yaşamla örtüşmesi, bir istisnaya bağlı olarak ihlalin belirip yasanın uygulanması anıdır (Agamben, 2001: 81; 1998: 57).

Bu çerçevede, embriyonun anayasal statüsünü iki açıdan değerlendirebiliriz. Anayasa, şu ya da bu özelliğe, yeteneğe, kapasiteye sahip olan, bedensel ve zihinsel gelişiminin şu evresinde bulunan, şu öznel ya da nesnel koşullarda yaşayan belirli insanlardan söz etmek yerine, herkes terimine yer verdiği göre, insan embriyosunun, hiçbir belirli insana göndermede bulunmayan *herkesin* içinde yer aldığını söyleyebiliriz. Böylece, embriyonun temel hakları da tanınmıştır diyebiliriz. Buna karşılık, eğer embriyo *herkesin* içinde değilse, bu kez, herkesin temel haklarını güvence altına alan 12. maddenin istisnai durumu olarak embriyoyu görmek gerekecektir. 12. maddede içi boş olarak bulunan temel hakların ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi, o maddenin istisnası olarak embriyoya uygulanması ve böylece maddedeki hükmün gerçekleşmesi sonucunu yaratır; denebilir. Maddenin kimleri kastedip kastedmediği, maddenin istisnası olarak embriyonun değerlendirmeye alınmasıyla saptanabilecektir. Bu durumda, embriyo bakımından maddenin test edilmesi sayesinde maddenin uygulanması, içerik kazanması mümkün olur. Çünkü ihlalin olup olmadığına karar verebilmek için kuralın ihlale/istisnaya uygulanarak gerçekleşmesi gerekecektir. Eğer embriyo 12. maddenin istisnası ise, anayasal hüküm, embriyo bakımından test edildiği ölçüde gerçekleşir ve tamamlanır. *Herkes* embriyoyu kapsıyorsa ve/ya da kuralın, dışarıda tuttuğu biyolojik varlığa uygulanarak gerçekleştiği istisnası olarak *herkes* embriyoyu kuşatıyorsa, her iki durumda, embriyo anayasal hükme dahil olmuş durumdadır. *Herkes*, belirli bir kimseyi içermediği halde herkesi içeriyorsa dışarıda bıraktığı kimse de yoktur ve sözcüğün içerdikleri ve dışarıda bıraktıkları aynı varlıklardır. Bu bakımdan, embriyonun *herkesin* dışında tutulduğu iddia edildiğinde, onun *herkese* dahil olduğu iddiası da kaçınılmaz olarak ileri sürülüyor demektir.

Denebilir ki, embriyonun *herkese* dahil edilmesi anlamsızdır, çünkü Anayasada sayılan haklardan yararlanabilecek bir durumda değildir. Buna karşılık, örneğin, 'çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir' diyen Anayasanın 49. maddesini ele alalım. Eğer herkes sözcüğünü, daraltıcı biçimde, bu haktan gerçekten yararlanabilir olanlar biçiminde anlarsak, bu durumda, *herkes*, hastaları, çalışamayacak kadar yaşlı olanları, çocukları, herhangi bir engelliliği nedeniyle çalışamayacak durumdaki insanları, iş bulamadıkları için çalışamayanları vb. kapsamıyor demektir. Ya da bazı kimseler kendi seçimleriyle çalışma haklarından yararlanmak istemiyor olabilir. Bir hakkın çeşitli nedenlerle kullanılmaması, kullan(a)mayanların bu hakkının olmadığı anlamına gelmez. Bunun tersini düşünmek, bazı belirli kimseleri hak sahibi kılıp başkalarını mahrum bırakmak, Anayasanın yasa önünde eşitliği

düzenleyen 10. maddesine de aykırılık oluşturur. Bu bakımdan, *herkes*, sözcüğün anlamına uygun olarak, hakkı kullansın ya da kullanmasın herkesi kapsar.

Başka bir itiraz da, hakların doğumla kazanıldığını, bu yüzden, *herkesin*, olsa olsa doğmuş olan herkes olarak anlaşılması gerektiği savını ileri sürecektir. Buna göre, doğmuş olmak, herkesi hak sahipliği bakımından birleştirir ve eşitler. Bu savın dayanağı, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ile 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin, insanların özgür ve hakları bakımından eşit olarak doğduğunu belirten birinci maddelerinde bulunabilir. Oysa doğmuş olma savının aşındığını gösteren uluslararası düzenleme örnekleri de vardır. Az önce de vurguladığım gibi, Biyotıp Sözleşme taslağı hazırlanırken, *herkesin*, doğmuş insanları ya da doğmuş kişileri içerdiği görüşünü dile getirenler olmuş; ama bu görüş kabul görmemişti. Sözleşmenin yukarıda alıntıladığım birinci maddesinde herkes teriminin yanında bir de bütün insanlar terimi bulunur. Peki, sözleşmeye göre, onuru ve kimliği korunacak insanlar doğmuş insanlar mıdır? Çalışma Grubu, insan onuruna yaşamın en erken evresinden başlayarak saygı duyulması düşüncesini vurgulamıştır. Biyoetik Komitesinde oluşan ortak görüş de, insan teriminin en geniş anlamda anlaşılması ve yalnızca doğmuş kişi ile sınırlanmaması biçimindedir (The Directorate General of Legal Affairs, 2000: 12-13). Nitekim Açıklama Raporuna göre de, sözleşme, yaşam başlar başlamaz insanın onuruna ve kimliğine saygı gösterilmesi ilkesini benimsemiştir (*Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine*, 1996: paragraf, 19). Sözleşmede, onurunu ve kimliğini korumak üzere, hem tüpteki embriyonun korunmasıyla ilgili hüküm bulunmaktadır (m. 18). Hem de, sözleşmenin eki bir protokolle insan klonlamayı hedefleyen herhangi bir müdahale yasaklanırken, bir insanın genetik özdeşi olarak yaratılan varlık için insan terimi kullanılmaktadır (Bkz. Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Concerning Biomedical Research). Birkaç saat ya da birkaç gün için bile olsa, tüpte klon-insan embriyosu yaratma çabasının, insan onurunun yaşamın en erken evresinden başlayarak korunması amacıyla yasaklandığını söyleyebiliriz.

Sözleşme bağlamında birkaç sonuca ulaşabiliriz. İnsanın insan olarak saygı görmesi ve kimliğinin korunması için doğumun gerçekleşmesi zorunluluğu yoktur; insan yaşamının başlamış olması yeterlidir. Sözleşmeye taraf ülkelerde, hukuken yaşamın ne zaman başladığı noktasında farklılıklar bulunabilir. Türkiye’de, aşağıda göreceğimiz gibi, insan, hak ehliyetini ana rahmine düşmeyle kazandığına göre, hukuken insan yaşamının başlangıcı da bu andır. Taraf olduğu bu sözleşme çerçevesinde, Türkiye’de ana rahmine düştüğü andan başlayarak embriyonun onuru ve kimliği korunacaktır. Yine de, sözleşme maddesinde yer alan insan ve herkes

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

terimleri birlikte değerlendirilirse, embriyonun onuru ve kimliği korunacak, ama haklarına saygı gösterilmesi için herkese dahil olduğu, hukuki kişiliğini kazandığı doğumun gerçekleşme anı beklenecektir, görüşü ileri sürülemez mi? Bir balığın ya da ağacın onurunun korunmasından söz edemeyeceğimize göre, embriyonun, hem tekil bir insan olarak, hem de insanlığın bir üyesi olarak onurunu koruyoruz demektir. İnsan olduğunu kabul ettiğimiz için onurunu ve kimliğini koruyoruz; ya da tersten söylersek, onurunu ve kimliğini koruyarak, onun insan olduğunu kabul ediyoruz. Embriyonun insan olarak onuruna ve kimliğine saygı gösterirken, insan olarak temel haklarına saygı gösterilmemesi çözümü olanaksız bir çelişkiyi içinde barındırır; çünkü bir varlık aynı anda hem insan hem balık olamaz. Embriyonun insanlık onuru ve kimliği, onun temel haklarına saygı göstererek korunur, haklarını ihlal ederek değil.

Hakların doğumla kazanıldığını vurgulayan itiraza, ayrıca, Anayasanın 12. maddesinde yer alan, 'herkes ... temel haklara sahiptir' hükmü ile de karşı çıkılabilir. Anayasada, doğmuş olma durumu, hak sahipliği bakımından özel olarak vurgulanmış değildir. Bunun yerine, doğmuş mu yoksa doğmamış mı olduğu belli olmayan, *herkesin* hak sahipliği vurgulanmıştır. Herkes sözcüğü, doğmuş olup olmamayı kendi anlamının içinde barındırmadığı içindir ki, 'Anayasada *herkesle* kastedilen, yalnızca doğmuş olanlardır' diyemeyiz. Bu bakımdan, *herkesin*, doğmamış olanları da içerdiğini söylemek pekala mümkün görünüyor. En azından, *herkesin*, doğmamış olanları içermediğini söyleyemeyiz.

Ancak, Anayasanın doğal hukuk kuramından ayrıldığı anlamına da gelmeyebilir bu. Nitekim, Mümtaz Soysal (1986: 202), 12. madde hükmünün, insanın bazı haklara ve özgürlüklere doğuştan sahip olduğu anlayışına dayanan doğal hukuk kuramına uygun olduğunu saptar. Bu koşutlukta, herkesin sahip olduğu temel haklar, 'kişiliğine bağlı' haklardır diyen 12. madde hükmü, doğmuş olmak koşulunu örtük biçimde önümüze koymaktadır. Benzer biçimde, 17. maddede, herkesin yaşama hakkı da 'kişinin dokunulmazlığı' başlığı altına yerleştirilerek kişiliğe bağlanmıştır. Kişilik ise, Türk Medeni Kanununa, göre 'çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer' (m.28). Bu durumda, dar bir yorumla, Anayasada yer verilen temel haklara sağ olarak doğmuş olan kişilerin sahip olduğu söylenebilir.

Oysa başka yasal hükümler dikkate alındığında, temel hakları kişi hakları olarak gören bu dar yorumun geçerliliği oldukça kuşkuludur. Yasalarımızdaki başka kurallar yalnızca kişinin değil, doğmamış olan çocuğun da hak sahibi olduğunu bildirmektedir. Bu bağlamda, Türk Medeni Kanununda yapılan hak ehliyeti ve fiil ehliyeti ayırımı (eski yasanın diliyle 'haklardan istifade' ve 'hakları kullanma' ayırımı) önemlidir. Buna göre; 'her

insanın hak ehliyeti vardır' (m. 8) ve hiç kimse hak ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez (m. 23). Yasa, sağ doğmak koşuluyla, çocuğun ana rahmine düştüğü andan başlayarak hak ehliyetini elde ettiğini belirtmektedir (m. 28). Görülüyor ki, embriyo her insanın sahip olduğu ve vazgeçemeyeceği hak ehliyetine sahiptir. Bu hak ehliyeti, çocuğun doğmasına kadar ertelenmiş değildir, çünkü embriyo ölmediği sürece hak ehliyetine sahiptir. Türk Medeni Kanununda fiil ehliyetine sahip olmanın koşulları ise ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak biçiminde sıralanmaktadır (m. 9-14). Bu koşullara sahip olmayan embriyonun fiil ehliyeti bulunmamaktadır. Bunun sonucu ise embriyonun kendi fiilleriyle hak sahibi olamaması ve borç altına girememesidir. Kaldı ki, embriyo, doğası gereği bunları yapamaz. Bu durumda, embriyonun hakları, hak ehliyeti bulunan ama fiil ehliyeti bulunmayan ergin olmayanların, kısıtlıların ve yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da benzeri nedenlerle ayırt etme gücüne sahip olmayanların hakları ile benzerlik taşımaktadır. (Hak ehliyeti konusuna tekrar döneceğim.)

Türk Medeni Kanununda olduğu gibi, Türk Ceza Kanununda da henüz doğmamış insanlarla ilgili bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Türk Ceza Kanunu çocuk düşürtme başlığı altında düşürtmenin koşullarını belirler (m.99). Bunları, aşağıda kürtaj konusunu ele aldığım da tartışacağım. Şimdilik, bu koşullara bağlı olarak ana rahmindeki doğmamış çocuğun da yasanın koruması altında bulunduğunu vurgulamak yeterlidir. Ayrıntılarını sonra gireceğim, gebe kadına karşı işlenen suçlarda da taşıdığı çocuğu korumak üzere cezalar ağırlaştırılmaktadır. Aynı yasa, 'hukuka aykırı olarak ölüden organ veya doku alınması suçtur' (m. 91) hükmüyle hukuken kişiliği sona ermiş ölüyle ilgili de yasal koruma şemsiyesi oluşturmuştur. Kişi hak ve özgürlüklerini korumayı amaçları arasında sayan bu yasanın, hukuken kişiliği bulunmayan gerek doğmamış olanı gerekse ölüyü konu edinen hükümler içermesi, hakların ve hak ihlallerinin yalnızca kişilik koşuluna bağlı olarak belirmediğini göstermektedir. Demek ki, her iki yasa bakımından, yalnızca doğmuş olan kişilerin hak sahibi kılındığını ve yalnızca doğmuş olanların haklarının bulunduğunu ve korunduğunu söylemek doğru olmayacaktır.

Hukuki bir terim olarak *herkesin*, doğmamış olanı içerdiği yönündeki bir yoruma karşı çıkacak olanlar, ayrıca, embriyonun insan olmadığını dile getiren sava da bel bağlamak isteyebilirler. Buna göre, insanın özellikleri olarak saptanan belirli özellikler (örn., bedensel ve zihinsel gelişim, kişisel özerklik, usa vurma, iletişim kurma, davranışlarının sorumluluğunu üstlenme) henüz embriyoda belirginleşmediği için embriyonun insan olarak görülemeyeceği, bu nedenle de, onun, temel haklara sahip olan *herkesin* içinde yer alamayacağı ileri sürülecektir. Bu durumda şöyle bir eşitlik yazılabilir: atfedilen belirli özellikleriyle insanlar = doğmuş olan herkes = kişiler = hak sahipleri. Bu eşitlik birkaç aşamada çürütülebilir:

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

- i) Başka bir yazıda, sıraladıkları belirli özelliklere bakarak hak sahibi insanı/kişiyi ele alan yaklaşımların çelişkilerini tartışmış, birbiriyle uzlaşmaz görüşlerin bile embriyoyu insan türünün üyesi olarak kabul ettiğini saptamış, embriyonun insan haklarına sahip bir hak öznesi olarak kuruluşunu da sağlam gerekçeleri ile birlikte göstermiş durumdayım (bkz. Çoban, 2007).
- ii) Embriyonun, türsel varlık olarak insanlığın bir üyesi olması gerçeğinin önemi şuradadır: Her ne kadar 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi insanın doğumunu vurgulasa da, Başlangıç kısmında, insanlık ailesinin tüm üyelerinin onurunun ve eşit ve devredilmez haklarının tanınması gerektiğini belirtir. Bağlayıcılığı da olan Biyotıp Sözleşmesi, Başlangıç kısmında, 'insana, hem birey, hem de insan türünün bir üyesi olarak saygı gösterilmesi ihtiyacını' kabul etmektedir. Sözleşmede, türün üyesi olan tekil insanın, yaşamın en erken evresinde bulunan insan olarak ele alındığını da biliyoruz.
- iii) Türkiye'nin hukuk sisteminde embriyo, insanlık ailesinin bir üyesi olarak kabul edilir. Türk Medeni Kanununda hak ehliyetinin ana rahmine düşmeyle birlikte elde edilmesi, ana rahmine düşmüş varlığın hukuki açıdan insan olarak kabul edildiğini gösterir. Çünkü bu yasanın sekizinci maddesinde 'her **insanın** hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün **insanlar**, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada eşittirler' hükmüne yer verilmiştir (vurgular bana ait).
- iv) Soysal'ın belirttiği gibi, insan hakları, 'gerçekleştirilmiş bir durumdan çok, varılmak istenen bir amacı, bir ideali belirler'. Temel haklar ise 'insan hakları içinde Türkiye Cumhuriyetince benimsenen ... haklardan meydana gelmektedir'. Yine Soysal'ın işaret ettiği gibi, 'temel hak ve özgürlüklerin hemen hepsi "Herkes..." ya da "Hiç kimse..." gibi sözlerle başlayarak vatandaşlığı aşan ve bütün insanları kapsayan maddelerle düzenlenmiştir. Gerçekten de, "Vatandaşlar..." diye başlayan siyasal hak ve ödevler dışındaki bütün hak ve ödevler genellikle insan olmanın gerektirdiği, insan oluştan dolayı sahip olunan haklar ve ödevlerdir; benzerlerine uluslararası bildirge ve sözleşmelerde rastlanır' (Soysal, 1986: 188-9; 201).
- v) Böylece, hukuk sistemimizde embriyo, hak ehliyetine sahip bir insan olarak ele alındığına göre ve temel haklar, Anayasanın benimsediği insan hakları olduğuna göre, embriyonun da temel haklarının bulunduğu yorumuna ulaşabiliriz.

Herkesin embriyoyu da içerdği yorumu doğrultusunda, embriyo, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hakları olarak, örneğin:

- yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına (m.17),
- özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına (m. 20),
- mülkiyet ve miras haklarına (m. 35),
- meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına (m. 36),
- kanuni hâkim güvencesine (m. 37),
- Anayasa ile tanınmış hakları ihlal edildiğinde yetkili makama geciktirilmeden başvurma olanağının sağlanmasını isteme hakkına (m. 40),
- sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına (m. 56),
- sosyal güvenlik hakkına (m. 60), sahiptir.

Embriyonun bu hakları talep edip etmemesi ya da isteyebilecek durumda olup olmasının hakka sahip olmak bakımından bir etkisi yoktur, çünkü Orend'in (2002: 38; ayrıca bkz. Çoban, 2007: 277) belirttiği gibi, haklar, hak sahibinin açık olarak dile getirdiği hak iddialarından daha çok hak ehliyetleri ile ilgilidir. Bir hakkı iddia etmekten ya da talep edebilir olmaktan farklı olarak, hakkı talep etsin etmesin, herkesin, o hakka sahip olmak, o hakka ehil olmak, o haktan yararlanabilir olmak anlamında hak ehliyeti bulunmaktadır. Türk Medeni Kanununa göre embriyo hak ehliyetine sahip ve haklara ehil olmak bakımından herkes eşit olduğu için ve Anayasaya göre herkes yasa önünde eşit sayıldığı için, embriyonun Anayasada sayılan haklara sahip olmaması için hukuki bir neden bulunmamaktadır.

II. Baba karşısında embriyo

Embriyonun temel hakları ile ilgili yukarıdaki tartışmada açığa çıkan önemli sorunlardan biri, insanın hak ehliyetinin hukuken ne zaman başladığıdır. Gördük ki, Türk Medeni Kanunu, hak ehliyetini ana rahmine düşme anıyla başlatarak embriyoyu hak ehliyetine sahip bir insan olarak ele alır. Bu noktayı kerteriz aldığımızda, hiç kimse, hak ehliyetine sahip olan ama ayırt etme gücü bulunmayan sarhoşların ya da ergin olmayanların yaşama hakkının bulunmadığını iddia edemeyeceğine göre, embriyonun da, her şeyden önce yaşama hakkının bulunduğunu söyleyebilecek durumdayız. Ama öte yandan, aynı yasa, insan olarak gördüğü bu varlığı, doğmamış olduğu için kişi saymaz. Böylece, insan olan (dolayısıyla insan hakları/temel hakları olan) ama kişi olmayan (dolayısıyla kişi hakları olmayan) hukuki durumu belirsiz bir varlıkla karşı karşıya kalırız. Hem insan olarak, temel

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

haklarından biri olan yaşama hakkına sahip, hem de sarhoştan ya da bebekten farklı olarak, hukuki kişi sayılmadığı için yaşama hakkı olmayan bir varlık... Bu ve izleyen bölümde, embriyonun haklarıyla ilgili belirsizlik tartışmasını, çocuğun babasının belirlenmesi, miras hakkı ve kürtajla ilgili yasalarımızdaki başka hükümlere yoğunlaşarak derinleştireceğim.

Önce, Türk Medeni Kanununun babanın belirlenmesiyle ilgili bazı maddelerine bakalım:

Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur. Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur (m. 282).

Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter (m. 132).

Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır (m. 285).

Çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüşse davacı, kocanın baba olmadığını ispat etmek zorundadır. Evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden başlayarak en fazla üç yüz gün içinde doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüş sayılır (m. 287).

Bu maddelerde çocuğun babasının belirlenmesi bakımından dikkati çeken iki unsur, ana rahmine düşmüş olma ve üç yüz günlük süredir. Babanın belirlenmesi iki tür yoruma açıktır. Birincisi, babaerkil ideolojinin (bkz. Çoban, 2007: 266-7) uzantısı olarak, bu kurallar, biyolojik olarak hamileliğin dışında kalan kocanın, dünyaya gelen çocuğu bir kan/öz/sperm ilişkisi de kurarak hukukten sahiplenmesini olanaklı kılar. Bu bakımdan, bu yasal kuralların embriyo bakımından değil de kocanın/babanın çocukla ilgili hakları için sonuç doğurduğu yorumu yapılabilir. Öte yandan, ikinci yorum, anılan iki unsurun, embriyo ile de ilişkisine dikkati çekecektir. Babanın belirlenmesi, yalnızca baba için değil, çocuk bakımından da sonuçlar doğurur. Çocuk açısından, çocuğun babasının belirlenmesi çocuğun toplum içindeki kimliğiyle ve başkalarıyla girdiği toplumsal ilişkilerle ilgilidir. Aynı zamanda, çocuğun baba ile ilişkili bazı hakları bakımından babanın belirlenmesi önem kazanır. Bunun bir örneği miras hakkıdır.

İki yorumdan hangisine katılırsak katılalım, babanın belirlenmesi/doğmuş çocuğun sahiplenilmesi ile yasada bulunan iki unsurun (ana rahmine düşmüş olma ve üç yüz günlük süre) anlamsal tutarlılığından söz edebileceksek, yasanın doğmamış çocuğu insan olarak ele aldığını kabul etmemiz gerekecektir. Değilse, yani yasa embriyoyu insanlık ailesinin bir

üyesi olarak görmüyorsa, doğduktan sonra bu iki unsur yardımıyla babası ile arasında soybağı kurulmak istenen embriyonik aşamadaki varlık, insan olmayan bir varlık demektir. Ya, baba ile soybağı kurulan varlığın yalnızca doğduktan sonra insanlığını ileri sürüyor olacağız ki, bu durumda, ana rahmine düşen ve insan olmayan varlık doğar doğmaz nasıl insana dönüşür sorusuna yanıt vermek gerekecektir. Yoksa, başından beri insan olmayan, bu yüzden doğduğunda da insan olmayan bir varlığı kucağına alıp, nüfusuna yazdırıp çocuğu olarak sahiplenen bir babadan söz ediyor olacağız. Ya da, yasanın, hak ehliyetiyle ilgili hükümlerini de göz önünde tutarak, embriyoyu insanlığın bir üyesi olarak gördüğünü kabul edeceğiz ki, bu durumda, her insan gibi onun da yaşama hakkını tanıyor olacağız.

Öte yandan, hukuken embriyonun insanlığın bir üyesi olduğunu ve hak ehliyetinin bulunduğunu, ama bu durumun, embriyonun yaşama hakkının da bulunduğu sonucunu doğurmadığını ileri sürenler de olabilir. Eğer böyleyse, öncelikle, insanlık kavramında açılmış derin yarıkları görmek gerekir. O kadar ki, kavradığımız insanlık, öldürme dahil olmak üzere insanlığın bir üyesi üzerinde sınırsız bir iktidar kullanımına izin veren bir insanlıktır. Ayrıca, çözümü olmayan bir iç çelişkinin varlığı da vurgulanmalıdır. Hukuk sistemimizde embriyonun insan olarak hak ehliyetinin bulunduğu gerçeği ile embriyonun insan olarak yaşama hakkının bulunmadığı iddiası birbiriyle bağdaşabilir değildir. Eğer embriyo, hak ehliyeti bulunan ama yaşamı için hukuki bir kurala sahip olmadığımız bir varlıksa, yaşam karşısında tümüyle ikincil bir konu olan babalığı inşa etmek için, doğduktan sonra onun ana rahmine düşme anına kadar gerilere gidilmesinde acımasız bir babaerkil ideolojinin yansıması dışında herhangi hukuki bir anlam bulmak olanaksızdır.

Yasanın babanın belirlenmesi ile ilgili bu iki unsuruyla, miras konusunda ceninden söz eden sonraki maddeleri arasında hem bir tutarlılık hem de bir çelişki bulunmaktadır. Yasanın doğmamış çocuğun mirastan yararlanmasıyla ilgili bazı düzenlemeleri şunlar:

Mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır (m. 580).

Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz (m. 582).

Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir (m. 583).

Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir (m. 643).

Açıktır ki, cenin miras hakkına sahiptir. 582. maddenin gerekçesi de hak ehliyetine göndermede bulunarak bunu vurgular: “Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.” biçimindeki 28’inci maddede yer alan genel hüküm, miras hakları bakımından bu maddede yinelenmiştir. Böylelikle, mirasçılık koşullarından olan, “miras bırakanın ölümünde sağ olma” koşulunun bir istisnası düzenlenmektedir’ (4721 Sayılı..., m. 582).

Aslında ‘sağ olma’ koşulunun, doğmuş olarak dünyada bulunmaktan ziyade, 580. maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, ölmüş olmamak, canlı olmak anlamına geldiği düşünülürse, 582. maddede bir istisna değil de bir uyum olduğu görülür. Miras hakkına sahip olmak için mirası bırakan öldüğünde doğumun gerçekleşmiş olmasına/doğmuş olmaya gerek yoktur, ölmüş olmamak anlamında sağ olmak koşulunu karşılamak yeterlidir. Nitekim, mirasın paylaşılmasının doğuma kadar ertelenmesinin anlamı da budur. Doğum, hakkın koşulu olsaydı, o zaman, cenin yerine, ‘doğmuş bebek’ terimine yer vermek gerekirdi. Çünkü cenin, doğduğunda zaten artık cenin değildir. Demek ki, cenin, ölmediği sürece miras hakkına (ehliyetine) sahiptir ve doğum gerçekleştiğinde bu hakkın kullanımı gerçekleşir.

Hakkın gerçekleşmesi ya da kullanılması için doğumun beklenmesi, biçimsel olarak hakkın olmadığı ya da hakka sahip olunmadığı anlamına gelmez. Örneğin, kimse öğrenim hakkından yoksun kılınmadığına göre (Anayasa, m. 42), her gencin yükseköğrenim hakkı vardır, ama bu hakkın gerçekleşmesi için ÖSS’de başarılı olmak gerekir. Eğer özel üniversiteye gidilecekse bir de ‘öğrenim ücreti’nin ödenmesi, aileden ayrı bir kentte okunacaksa barınma giderlerinin karşılanması vb. gibi hakkın toplumsal-bağlamsal koşulları söz konusudur. Burada, haklı olarak, kullanımı gerçekleşmeyen bir hakkın hak sahibi bakımından ne tür bir etkisinin olabileceği eleştirisi dile getirilebilir. Ceninin miras hakkının, örneğin, mirasın paylaşımını durdurması gibi bir etkisi var. Kuşkusuz, genel olarak hakların gerçekleşme koşulları ve sosyo-ekonomik engeller göz ardı edilemez. Ama cenin bakımından benim dikkati çekmeye çalıştığım nokta, doğduktan sonra kullanımı gerçekleşen miras hakkına, ceninin, biçimsel olarak doğumdan önce sahip olduğudur.

Türk Medeni Kanunundaki bu düzenlemeler, Anayasada hak sahibi kılınan *herkesin* anlamı bakımından ayrıca önemlidir. Anayasaya göre ‘herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir’ (m. 35). Yasanın miras haklarını düzenleyen hükümlerinin anayasaya aykırılığı saptanmadığı sürece, miras hakkına sahip olan ceninin, anayasal terim olan *herkesin* içinde yer aldığına kuşku yoktur. Bu bakımdan, temel hakların anahtar terimi olan *herkesin* doğmamış olanı da kuşattığını belirten savın bir başka dayanağına da ulaşılmış oluruz. Burada olası bir itiraz, yukarıda vurgulanan

'kişi' konusunu yeniden önümüze koyacaktır. Anayasadaki miras hakkı kişinin hakları bölümünde yer aldığına ve Türk Medeni Kanununda cenin kişi sayılmadığına göre, ceninin Anayasada düzenlenen miras hakkına sahip olmadığı ileri sürülecektir. Oysa gördük ki, Türk Medeni Kanunu kişi saymadığı ama insan olarak hak ehliyetini tanıdığı ceninin miras bakımından hak sahipliğini kabul etmektedir.

Çeşitli Yargıtay kararlarında, ceninle ilgili uyuşmazlıklarda yasanın kişilikle ilgili hükmünün vurgulana geldiğini görüyoruz. Trafik kazasında yaralanma nedeniyle sekiz aylık çocuğunun ölü olarak alınmasıyla ilgili bir tazminat davasında, ceninin sağ olarak doğmadığı için kişilik kazanmadığı vurgulanarak doğmamış bir çocuğun desteğinden yoksun kalma tazminatı istenemeyeceğine hükmedilmiştir (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararı, E. 1978/5550, K. 1979/93, T. 18.1.1979). Buna karşılık, başka bir kararda, ana rahmindeki ceninin desteği olan babası öldüğünde, sağ doğmak koşuluyla çocuk yararına maddi ve manevi tazminat istenebileceği vurgulanmıştır. Kararda, hak ehliyetinin ceninin kişilik kazandığı anda yani doğduğunda gerçekleştiği ama geriye etkili olarak ana rahmine düştüğü günden başlayarak hüküm doğurduğu görüşüne yer verilmiştir (Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararı, E. 1983/6447, K. 1984/2849, T. 23.10.1984).

Aslında bu noktada bir netleştirmeye gereksinim duyuluyor. Karar tarihinde yürürlükte olan eski yasaya göre, doğmuş olanların, yani kişilerin hak ehliyeti zaten var; yasanın ilgili hükmü, ana rahmindeki çocuğun da, sağ doğmak koşuluyla hak ehliyetinin bulunduğunu belirlemektedir. Yerel mahkemenin 'doğum tarihinden itibaren medeni haklardan istifade ehliyetinin bulunduğu' biçimindeki gerekçesinin, Yargıtay kararında 'yanlış' olarak nitelenmesini de bu çerçevede anlamak gerekir, çünkü yasa, hak ehliyetini ana rahmine düşme anından başlatıyordu. Gerek eski gerekse yeni yasada, hak ehliyetinin kullanılması, sonuç doğurması ya da kararda söylendiği gibi gerçekleşmesi ise canlı doğumdan sonra mümkün olabilmektedir, çünkü maddede sağ doğmak koşulu var. Böylece, desteğin (babanın) ölümünden sonra doğan çocuğun (ana rahminde iken baba desteğinden yoksun kalan ceninin) tazminat isteme hakkı vardır. Bu hakkı doğduktan sonra kullanacaktır. Cenin iken doğmadığı için kullanamadığı halde ve doğduktan sonra yasal süresi içinde kullanmasa bile, bu hakka sahiptir.

Bu kararda üzerinde durulan başka bir konu da, ceninin taraf olma ehliyeti konusudur. Kararda, ceninin dava açabilmesinin taraf olma ehliyetine bağlı olduğu, taraf olma ehliyetinin ise, hak ehliyetinin, usul hukukunda bulunduğu biçim olduğu belirtilir. Gerçekten de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa göre, 'dâvaya ehliyet Kanunu Medeni ile tâyin olunmuştur' (m. 38). Karar, davada taraf olmayı, sağ doğmak koşuluna odaklandığı hak ehliyeti ile birlikte doğumla kazanılan kişilik vurgusuna dayandırmaktadır.

Böylece, cenin, davada taraf olamaz sonucuna ulaşılır. Böyle bir sonuca götürebilecek bir yorumun bugün de geçerli olduğunu savunabilecek bir görüşe iki nedenle karşı çıkmak olasıdır. Birincisi, yeni Türk Medeni Kanununda benimsenen bir hukuki terimle ilgilidir. Yürürlükten kaldırılan eski yasada yer alan 'her şahıs medeni haklardan istifade eder' (Türk Kanunu Medenisi, m. 8) cümlesindeki 'her şahıs' terimi yeni yasada 'her insan' biçiminde değiştirilmiştir. Bu değişiklik, yeni yasanın madde gerekçesinde, 'maddede düzenlenen bu ehliyetin insanlarla ilgili olduğunu ve temel bir insan hakkı olmasını vurgulaması açısından amaca daha uygun' düştüğü gerekçesine dayandırılmıştır (4721 Sayılı..., m. 8). Yargıtay'ın söz konusu kararı eski yasanın yürürlükte olduğu dönemde oluşturulduğu için kararda kişiliğe vurgu yapılması anlaşılabilir. Ancak yeni düzenleme ile birlikte hak ehliyeti ve dolayısıyla taraf olma ehliyeti bakımından doğumla kazanılan kişiliğe göndermede bulunmak olanaksız hale gelmiştir. Hak ehliyeti artık kişi ile değil insan ile ilişkilendirilmiştir. Ceninin taraf olma ehliyetinin bulunmadığını savunacak bir görüşe, ikinci olarak, şu gerekçe ile karşı çıkılabilir. Yazının önceki kısımlarında, ceninin hak ehliyetine doğumdan önce sahip olduğunu çeşitli açılardan inceleyerek göstermiştim. Bu durumda, cenin, hak ehliyetine sahipse, usul hukukuna göre dava ehliyetine de sahiptir. Ancak, hak ehliyetinin ve dolayısıyla dava ehliyetinin kullanımının gerçekleşmesi için çocuğun sağ olarak doğması beklenecektir. Ayrıca doğmamış çocuğa/cenine dava hakkının açık biçimde tanındığı durumlara da yasada yer verilmiştir; babalık davası, çocuğun doğumundan önce açılabilir (Türk Medeni Kanunu, m. 303) ve miras konusunda ceninin çıkarları gerekli kılırsa bir kayyım atanır (Türk Medeni Kanunu, m. 427/3). Demek ki, ceninin dava hakkının olmadığını söyleyemeyiz. İşte tam da bu bağlamda, Anayasada temel haklar arasında yer alan, iddia ve savunma hakkının (m. 36) ve Anayasa ile tanınmış hakları ihlal edildiğinde yetkili makama geciktirilmeden başvurma olanağının sağlanmasını isteme hakkının (m. 40), cenini de kapsadığı belirtilebilir. Yasada açıkça belirtilmediği için ceninin dava açamadığı durumlarda ya da yerleşik hukukta benimsenen görüşün uzantısı olarak canlı doğum koşulunun arandığı durumlarda bile, doğmuş çocuk, geriye dönük olarak cenin iken uğradığı hak ihlalleri için dava açabilir. Örneğin, uğradığı zarar nedeniyle tazminat isteyebilir, mirastan payını isteyebilir ya da vergi yükümlülüklerini yerine getirmek isteyebilir. Nitekim, mirasın açıldığı tarihte ana rahminde bulunan ve sonradan sağ doğan çocuğun, veraset ve intikal vergisi beyannamesinde gösterilmemesi üzerine, önüne gelen davada Danıştay, 'çocuğun da mirasçı olduğuna ilişkin yeni bir veraset ilamının alınmasından sonra, 213 sayılı Vergi Usul Kanununun düzeltme hükümlerine göre vergi dairesine yapılacak başvuru üzerine vergilemenin bu duruma göre yeniden yapılacağı' sonucuna ulaşmıştır (Danıştay 7. Daire, E. 1992/7889, K. 1994/5368, T. 9.11.1994).

Benzer biçimde, embriyo iken, örneğin üzerinde genetik bir müdahale yapılmış kimse, geçmişte karşı karşıya kaldığı, yaşamına dönük bu tehdit nedeniyle ya da yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının (Anayasa, m. 17) ihlali gerekçesiyle sonradan, geriye dönük biçimde davacı olabilir.

Gördüğümüz gibi, yasanın hak ehliyeti ve miras hakkı konusundaki hükümleri birbiriyle uyumludur. Hak ehliyetine sahip kılınan ceninin, miras hakkının tanınması doğaldır. Öte yandan, miras hakkı konusunda embriyo (rüşeym) yerine cenin (foetus/fetus) sözcüğünün kullanılıyor olması bir çelişki yaratmaktadır. Yasaya göre, babanın belirlenmesi için çocuğun ana rahmine ne zaman düştüğüne bakarak karar verdiğimiz ve embriyonun hak ehliyetine sahip olduğunu ilan ettiğimiz halde, mirasa ehil olan hukuki özne embriyo değil de cenindir. Embriyo ile cenin arasında zamansal bir fark var. İnsanın ana rahmine düşmesinden başlayarak ilk sekiz haftalık evresi embriyo sözcüğü ve bu evrenin bitiminden doğuma kadar olan evresi cenin sözcüğü ile karşılanıyor. Biçimsel açıdan ele alındığında, yasada cenin sözcüğü kullanıldığına göre, miras hakkı embriyo için değil, cenin için geçerlidir, denebilir. Yasakoyucu cenin sözcüğünü embriyoyu da içerecek biçimde mi kullanmıştır, yoksa embriyoyu dışarıda bırakmak üzere bilinçli bir sözcük seçimi mi yapmıştır? Yasadaki hükümler ve gerekçeleri, miras konusunda embriyo ile cenin arasında ayırım yapmaya götüren bir farklılık ortaya koymamıştır. Yukarıda yer verdiğim 582. maddenin gerekçesinde, miras hakkı ile ana rahmine düşme anında kazanılan hak ehliyeti ilişkilendirilmiş olduğuna göre, embriyonun miras konusundaki durumunun cenininkinden farklı olmaması gerekir. Bu bakımdan, yasakoyucunun, embriyoyu mirasla ilgili düzenlemenin dışında tutmak için bilinçli biçimde cenin sözcüğünü yeğlediğini söyleyemeyiz. Tersine geçerli olsaydı, mirasın paylaşımının durdurulup durdurulmamasına karar vermek için, ana karnındaki varlığın embriyo mu yoksa cenin mi olduğunun, hamileliğin kaçınıcı haftasının geçildiğinin saptanması gerekecekti.

III. Anne karşısında embriyo

Ne herkesin dışında kalan, ne de ikirciksiz biçimde içinde yer alan, insan olan ama kişi olmayan, hak ehliyetine sahip ama temel hakları yoruma açık olan embriyonun hukuki statüsünün en dramatik sonucu, kürtajdır. Böyle bir statü belirsizliği alanında kürtaja konu olan embriyo, Agamben'in 'kutsal insan'ı gibi, öldürülebilen ve öldürülmesi cinayet sayılmayan bir insandır.

Gebeliğin hangi durumlarda sona erdirilebileceği ve ilgili cezaların neler olduğu yasalarda belirlenmiştir. Hamileliğin onuncu haftası doluncaya

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

kadar, gebelik sona erdirilebilir (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, m. 5; Rahim Tahliyesi ... Tüzüğü, m. 3). Buna koşut olarak, Türk Ceza Kanununa göre, gebelik süresi on haftaya kadar olan durumlarda çocuğu isteyerek düşürme ve rızaya dayalı olarak düşürtme suç değildir. Rahmin dışına çıkartılmasına izin verilen biyolojik varlık, oysa, hak ehliyetine sahiptir ve hukuken insandır. O kadar ki, miras hakkı nedeniyle, varlığı, mirasın paylaşımını durdurur. Paylaşılacak bir miras varsa, diğer paydaşlar gibi payını alması için doğumunu beklemek zorunda olduğumuz hukuken insan olan bir varlığın, öldürülmesini suç saymayan bir hukuki dizgeye sahibiz. Örneğin, hamileliğin dokuzuncu haftasında, ceninin de mirasçı olabileceği bir miras kalsa ve gebe kadın, kendi payını artırmak amacıyla çocuğunu aldırrsa, hukuken bir suçtan söz edilemeyecektir. Çünkü gebelik süresi on haftaya kadar olan kürtajın, rızaya bağlı olması dışında başka bir yasal koşulu yoktur. Sağ doğmak koşulu karşılanmadığı için çocuğun zaten mirasçı olamayacağı, bu nedenle yasal bir sorun da bulunmadığı itirazını dile getirenler olabilir. Ancak daha önce de vurguladığım gibi, cenin ölmediği sürece miras hakkına ehildir ve bu örnekte çocuğun sağ doğarak miras haklarını kullanmasına engel olan kadının eyleminde en azından dürüstlük ilkesi bakımından hukuki bir sorun olsa gerektir.

Gebelik süresi on haftayı geçmiş gebeliklerin kürtaj ile sona erdirilmesi için bazı özel durumların oluşmuş olması gerekecektir. Bunlar, 'gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı haller' ile kadında vajinal kanama olması, enfeksiyon tehlikesi gibi 'derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlardan birisini tehdit eden acil haller' olarak belirlenmiştir (Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, m. 5). Annenin yaşamını 'tehdit' eden ya da çocuk için 'tehlikeli' olan ya da çocuk ve gelecek kuşaklar için 'maluliyete' neden olan hastalıklar, uzun bir liste halinde sıralanmıştır (bkz. Rahim Tahliyesi ... Tüzüğü, 2 no.lu liste). Örneğin, sezeryan ameliyatı, lösemi, kronik anemiye neden olan hastalıklar, pıhtılaşma defektleri, multiple sclerosis, Down's syndrome, sakat çocuk doğurma olasılığı yüksek diğer kalıtsal hastalıklar, şizofreni, paranoya, uyuşturucu bağımlılığı, kronik alkolizm, bu listeye giren hastalıklardır. Bu noktada birkaç sorunu gündeme getirebiliriz. İlk, listenin oluşturulduğu 1983 tarihinden günümüze kadar geçen uzun zaman diliminde sağlık alanında yaşanan olağanüstü gelişmelerin, listenin tehdit ve tehlike algısını erozyona uğratabilecek nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir. Listeyi bu bakımdan gözden geçirerek mücadele edilebilir ya da artık tedavisi bulunan hastalıkları kürtaj nedeni olmaktan çıkarmak ve varsa yeni bazı hastalıkları listeye eklemek, yasanın özüne uygun olacaktır. İkincisi, çocuk için tehlike algısının kendisi sorunludur. Doğacak çocuğun hasta ya da engelli olma olasılığını çocuğun kendisi için bir tehlike sayıp kürtaja olanak tanımının

yarattığı çelişki ortadadır. Çocukta bulunan ya da geliştirmesi olası hiçbir hastalık, o daha ana rahmindeyken yaşamını sona erdirecek kürtaj tehlikesi kadar yakın bir tehlike oluşturmaz ki çocuk için. Eğer yasakoyucu, ötenazide olduğu gibi, ölümün acısız ve çabuk olanını ya da yaşamın 'kaliteli' olanını yeğliyorsa, bunların çocuğa yönelik tehlike sözcüğü ile bir ilgisi olmasa gerekir. Ya da belki de, doğacak olanların sağlık sektörüne daha az masraflısı, topluma daha az yük olanı yeğleniyorsa, bir yandan, kalıtsal hastalığı olan ya da engelli olarak yaşam mücadelesini sürdüren insanlar, toplum için bir tehlike, bir yük olarak görülüyor demektir. Aynı zamanda da, bu duruma gelecek olanları kaynağında temizlemeye yönelik, kadının rızasına dayalı, yumuşak bir öjeni politikasının uygulamaya konulduğu söylenebilir.² Nitekim, Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanununun, 'Devlet, ... bütün kalıtsal kan hastalıklarıyla ve özürllülüğe yol açan diğer kalıtsal hastalıklarla koruyucu sağlık hizmetleri kapsamında mücadele eder' hükmü, bir öjeni politikasının unsuru olarak yorumlanamaz mı?

Yukarıdaki türden tıbbi zorunluluklar dışında, Türk Ceza Kanununa göre, isteyerek/rıza göstererek bile olsa on haftayı doldurmuş bir çocuğu düşür(t)mek ise hapis cezası gerektiren bir suçtur (m. 99/2; m. 100/1). Bu bakımdan, doğmamış çocuğun yasalarımızda öngörülen yaşama hakkı eşiği on haftadır. Tıbbi bir neden yokken, on haftalık eşiği geçenlerin yaşamına son vermek suçtur. Çocuk doğmamış olduğu için, hukuki kişiliğini kazanmadığı için yaşama hakkının bulunmadığını savunan, insan haklarını kişi hakları ile özdeşleştiren bir görüş ileri sürülebilir. Bu görüş kabul edilse bile, yine de, bir tutarsızlık belirir. Bu, iki yasanın hükümleri arasında beliren bir tutarsızlıktır. Türk Medeni Kanununa göre, ana rahmine düştüğü anda yaşama ve miras hakları da dahil, haklara ehil olmada eşit sayılan bir insanın (kişi değil), varlığını ortadan kaldıran bir eylemin suç oluşturması için Türk Ceza Kanununa göre on haftalık eşiğin geçilmesi gerekmektedir.

Denilebilir ki, kadının gebeliği sonlandırmayı seçme hakkı bakımından böyle bir eşiğe gerek duyulur. Bu, anlaşılabilir/savunulabilir bir görüş olabilir.³ Bununla birlikte, yol açtığı hukuki sorunları göğüslemek kolay

² Burada, hasta ya da engelli bir çocuk sahibi olup olmamayı anne-babanın seçimine/rızasına bırakan bir düşünceyi sorgulamıyorum. 'Hastalık' ve 'engellilik', kürtaj izninin koşulu olarak ileri sürüldüğünde, kullanılan dilin ve listeye giren hastalık kalemlerinin ne denli önemli olduğunu göstermeye çalışıyorum.

³ Burada, kadın hareketinin kürtajla ilgili kazanımlarını tartışmaya açıyor değilim. Çocuk doğurma ile ilgili karar, kadının kendi bedeni üzerinde söz sahibi olmasının bir ifadesi ise, bu karar, istenmeyen gebeliğin kürtajla sonuçlandırılmasını içerdiği gibi, istenmeyen gebelikten korunma önlemlerinin alınması sorumluluğunu da içeriyor olsa gerektir. 2003 tarihli *Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması* verilerine göre, neredeyse tamamı bilgi sahibi olmasına karşın, evli olan her 100 kadından 29'u gebeliği önleyici hiçbir yöntemden yararlanmamakta, 41'i modern bir doğum kontrol yöntemi kullanmamaktadır (bkz. Ünal, Koç ve Tezcan, 2004: 62 ve 65). Türkiye'de, evli kadınlar arasında, gebeliği önleme olasılığı yüksek, etkili bir yolu

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

değildir. İlk akla gelen eleştiri, sekiz, dokuz ya da onbir hafta yerine on haftalık bir süre belirlemenin hukuki dayanaklarına dönük olacaktır. Üzerinde yeterince düşünülmemiş ve gerekçelendirilmemiş bir süredir söz konusu olan. Örneğe, Adalet Bakanlığınca hazırlanan ve 12 Mayıs 2003 tarihinde Meclis Başkanlığına sunulan Türk Ceza Kanunu Tasarısında bu süre on iki hafta olarak düzenlenmişti (5237 Sayılı ..., m.151). Meclisten geçen yasada ise süre on haftaya indirildi. İkinci eleştiri, Türk Ceza Kanunundaki on haftalık sürenin aşıp aşılmadığı konusunda doğan belirsizliğin hukuki sonuçları ile ilgilidir (ki süre daha az ya da çok da olsa bu durum değişmez). Düşürme ve düşürtme vakalarında, yasadaki kurala göre yargı kararı oluşturulması, on haftalık sürenin geçildiğinin mahkemece kesin olarak saptanmış olmasına bağlıdır.⁴ Hamilelik sona erdirildiğinde gebeliğin kaçınıcı haftasında bulunduğu, mahkemece, çeşitli nedenlerle, her zaman tam bir kesinlikle saptanamıyor olabilir. Bu ise, yasakoyucunun böyle bir süre koyarak ulaşmak istediği amacın gerçekleşmesine engel olur. Nitekim, Yargıtay kararlarında, 'gebelik süresinin on haftadan fazla olduğu kesinlikle saptanamadığı' (Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E. 1983/1758, K. 1983/2010, T. 8.7.1983), 'gebelik süresinin on haftadan fazla olup olmadığı araştırılıp saptanarak sonucuna nazaran sanığın hukuki durumunun tayin edilmediği' (Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı, E. 1984/5719, K. 1984/6279, T. 27.9.1984), 'çocuk düşürttüğü iddia edilen sanığın, gebelik süresinin on haftadan az olduğuna ilişkin savunmasının aksi kanıtlanamadığı' (Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı, E. 1986/5638, K. 1986/6113, T. 16.9.1986) gerekçesiyle beraat kararının verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Daha önemlisi, üçüncüsü, böyle bir sürenin kendisinin yarattığı eşitsizlikle ilgilidir.

benimsemiş olanların oranı üçte bire bile ulaşmadığına göre, kürtajı, çocuk sahibi olmamayı seçme hakkının bir belirtisi olarak mı değerlendirmeli? Yoksa daha çok, aile planlamasının başat bir aracına dönüşmüş, 'gebe kal-aldır' biçiminde anlaşılan bir yöntem olarak mı görmeli? Aynı araştırmaya göre, evli her 100 kadının yaklaşık dörtte biri isteyerek düşük yapmıştır. Bu düşüklerin neredeyse yüzde altmışı birden fazla yapılan düşüktür. Beş yıllık bir dönemde her 100 gebeliğin 11'i isteyerek düşükle sonuçlandırılmıştır. Bunların dörtte birinde gebeliği önleyici hiçbir yöntem kullanılmamış, yaklaşık yarısında da geri çekme yöntemi kullanılmıştır. İsteyerek gerçekleşen düşüklerin yalnızca yüzde 12'sinde anne ve/ya da çocuk sağlığı nedeniyle düşük yapılmıştır (bkz. Tezcan ve Bozbeyoğlu, 2004: 81-87). Anayasaya göre, aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak devletin görevidir (m. 41). Yukarıdaki verilere bakarak, devleti, bu görevini yerine getirmiş sayabilir miyiz, yoksa kürtaj üzerine inşa edilmiş bir 'aile planlaması' politikasının varlığı mı söz konusudur? Doğum gibi kürtajın da kadının sağlığına dönük riskleri bilindiğine göre, devletin ananın sağlığını korumak görevi (Anayasa, m. 41) ile kürtaja dayalı aile planlaması politikasının uyumunu söyleyebilir miyiz?

⁴ Ceza Muhakemesi Kanununda yeni doğanın cesedinin adli muayenesinin veya otopsisinin yapılması konusunda hüküm bulunur. Buna göre, 'Yeni doğanın cesedi üzerinde adli muayene veya otopside, doğum sırasında veya doğumdan sonra yaşam bulgularının varlığı ve olağan süresinde doğup doğmadığı ve biyolojik olarak yaşamını rahim dışında sürdürebilecek kadar olgunlaşmış olup olmadığı veya yaşama yeteneği bulunup bulunmadığı saptanır' (m. 88).

Yasal düşür(t)me süresi belirleme, yaşama hakkına ehil olmada yasal olarak eşit olan kadın ile çocuk arasında bir dengesizlik ya da adaletsizlik yarattığı için hak ehliyetinde eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz. Bu sürenin Anayasaya aykırılığı da ileri sürülebilir, çünkü yasa önünde eşitliği düzenleyen 10. maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, 'herhangi bir niteliğe veya ölçüye dayanılarak insanlar arasında ayırım yapılamaz' (*Gerekçeli Anayasa*, 1984: 9). Yasal düşür(t)me süresi belirleme, hangi niteliğe ya da ölçüye dayandırılıyor olursa olsun, hak ehliyeti bulunan ana rahmindeki insana karşı bir ayrımcılığa kapı aralamaktır.

Türk Ceza Kanununda, on haftalık eşiğin yirmi hafta olarak düzenlendiği durumlar da söz konusudur. 'Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez' (m. 99/6). Ayrıca, on hafta geçtiği halde, az önce üzerinde durduğumuz tıbbi zorunluluk nedeniyle de gebeliği sona erdirmek suç değildir (m. 99/2). Yine anlaşılabilir biçimde, örneğin tecavüze uğramış ya da taşıdığı çocuk nedeniyle yaşamı tehdit altındaki kadının fiziksel ve ruhsal sağlığını korumak vb. nedenlerle çocuğun yaşamda tutunması için geçmesi gereken sürenin/eşiğin ötelendiği söylenebilir. Ancak, süre yirmi hafta da olsa, on haftada da kalsa, yasanın, bu kez, kendi hükümleri arasında bir anlam tutarsızlığı dikkati çeker. Türk Ceza Kanunu, bir yandan yasal düşür(t)me süresi belirleyerek doğmamış çocuğun yaşamına son vermeyi yasalaştırmakta, ama öte yandan da bu süreye bağlı olmaksızın hamileliğin başlangıcından itibaren çocuğun iyi-oluşunu (well-being) tehdit eden eylemleri suç sayıp cezalar öngörmektedir. Yasada, kasten öldürme, yaralama, işkence ve eziyet suçlarının cezaları

- gebe olduğu bilinen kadın kasten öldürüldüğünde (m. 82/1/f),
- gebe kadını kasten yaralayarak çocuğunun vaktinden önce doğmasına (m. 87/1/e) ya da düşmesine (m. 87/2/e) neden olduğunda,
- gebe kadını taksirle yaralayarak çocuğunun vaktinden önce doğmasına (m. 89/2/f) ya da düşmesine (m. 89/3/e) neden olduğunda,
- gebe bir kadına işkence yapıldığında (m. 94/2/a), işkence çocuğun vaktinden önce doğmasına (m. 95/1/e) ya da çocuğun düşmesine neden olduğunda (m. 95/2/e),
- gebe kadına eziyet edildiğinde (m. 96/2/a), ağırlaştırılmakta, yarısı oranında, bir ya da iki kat artırılmaktadır.

Bu maddelerde, her ne kadar, *gebe kadına* karşı işlenen suçlar için artırılmış ceza öngörüldüğü söylenebilirse de, gebe kadını, gebe olmayan

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

kadından ayıran unsur doğmamış çocuk olduğu için, suça karşı artırılmış ceza ile korunan yalnızca gebe kadın değil, aynı zamanda çocuktur. Yasanın ana rahmindeki çocuğun yaşamına değer verip koruma altına aldığı gerçeği, Adalet Komisyonunda kabul edilen metnin, gebe kadının kasten öldürülmesiyle ilgili bendinin gerekçesinde açık biçimde belirtilmiştir:

kasten öldürme suçunun gebe olduğu bilinen kadına karşı işlenmesi bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir. Suçun gebe kadına karşı işlenmesi hâlinde iki hayata son verilmektedir. Bu nedenle, belirtilen durumda faile daha ağır ceza verilmesi öngörülmüştür. Failin söz konusu nitelikli unsur dolayısıyla sorumlu tutulabilmesi için, mağdurun gebe olduğunu bilmesi gerekir; yani suçun bu nitelikli unsuru açısından failin doğrudan kastla hareket etmesi gerekir (TBMM Adalet ..., m.82/1/f).

Taşıdığı bir çocuk yok iken gebe bir kadından söz edemeyiz, çünkü gebeyi gebe kılan kadının içindeki canlı varlıktır. Buna ilişkin çarpıcı başka bir örnek şu maddede bulunabilir: Hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk eden kimseye üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir (m. 233/2). Bu maddedeki gebe olan eşe bakım ve destek yükümlülüğü, embriyonun/ceninini iyi-oluşunu korumak ve sürdürmek için gerekli bakım ve destek yükümlülüğünü içermektedir. Gebe kadını terk etme suçunu ancak böyle açıklayabiliriz. Gebe kadını yaralama eylemi de her durumda artırılmış cezayı gerektirmez; artırılmış cezanın verilebilmesi ancak erken doğum ya da düşük yapma durumunda, yani çocuğa, ya da onun iyi-oluşuna zarar verildiğinde mümkündür. Demek ki, gebe kadına karşı işlenen suçlar ile öngörülen cezalar arasındaki bağ, ancak çocuk dolayımı ile, çocuk üzerinden, kurulabilir. Tüm bu açıklamalar ışığında, yasadaki açmaz yeterince açıktır. Hem bir yandan, kadının, taşıdığı çocuğu on haftaya kadar düşür(t)mesine izin vermekte, yani ikinci yaşamı hiç önemsememekte, hem de öte yandan gebe kadına karşı işlenen suçları taşıdığı çocuk nedeniyle, yani ikinci bir yaşam nedeniyle, artırma yoluna gitmektedir. Türk Ceza Kanunu, öngördüğü süreyi geçmeyen çocuğun düşür(t)ülmesinde bir suç görmemekte, ama söz konusu eşiği geçmemiş olan çocuğun düşmesine yol açan suçlar için artırılmış cezalar getirmektedir.

Gebe kadın, süresi içinde, isteyerek/kastederek/rıza göstererek çocuğu düşürür ve ölümüne yol açarsa suç değildir, ama bir kimse, kadını yaralamak isterken ve yaralama eyleminin bir sonucu olarak ama doğal olarak da kadının rızası dışında, çocuğun ölümüne neden olursa, ceza iki katı artmaktadır. Bu bizi şöyle bir önerme oluşturmaya götürebilir. Denebilir ki, buradaki hukuki çelişkiyi törpüleyen ve farkı yaratan asıl unsur, on haftalık süre değil de, düşüğün oluşmasına kadının rıza vermemiş olmasıdır. Kaldı

ki, düşükte süre ile ilişkilendirilmemiş olan rızanın önemi, yasanın başka bir maddesinde açıklığa kavuşmaktadır: 'Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır' (m. 99/1). Bir an için diyelim ki, farkı yaratan unsur rıza olsun; bu durumda artırılmış ceza, aslında rızanın fonksiyonuna dönüşür. Yaralama suçuna verilen cezanın çocuğun düşmesi nedeniyle artırılmış kısmı, kadının rızasının bulunmayışıyla ilgili ise, yasanın, kadını gebe olarak nitelememizi sağlayan çocuğa, insan olarak değer verdiğini söyleyemeyiz. Böyle bir yoruma göre, artırılmış ceza öngörülen anılan suçlar nedeniyle düşük söz konusu olduğunda, yasanın, çocuğun yaşamına dönük tehditten daha çok önemsedığı şey, kadının rızası olmaktadır. Aslında yasanın çocukla kurduğu bu tarz bir ilgi, gebe kadının çocuğa yüklediği moral (ahlâkî) değer ile koşutluk sergiler, çünkü zor bir kararla da olsa kadın kendi isteğiyle/rızasıyla çocuğunu düşür(t)ürse, ya ana rahmindeki çocuğa onu yaşatacak kadar değer vermiyor ya da herhangi bir nedenle onu yeğlemiyor demektir. Ana rahmindeki çocuğa toplumda yüklenen moral değerden çok daha fazlasını yasadan bekleyemeyiz. Bu noktada yasada bir sorun görünmüyor olabilir. Ancak, artırılmış cezayı, rıza çerçevesinde kurguladığımızda bile yasanın hükümleri arasındaki çelişki sorunu yine de aşılmış olmaz. Düşüğe yol açan kasten öldürme, yaralama, işkence ve eziyet suçlarına artırılmış ceza öngörmenin gebe kadının rızasının olmayışı ile ilgili olduğunu ileri sürdüğümüzde, bu cezanın, çocuktan tümüyle bağımsız olarak tesis edildiğini kabul ediyoruz demektir. Oysa, yukarıda vurguladığım gibi, gebeliğin niteleyeni ana rahmindeki çocuk olduğu için, çocuğu hesaba katmaksızın, onun yaşamına değer yüklemeksizin, gebe kadına karşı işlenen suçlar için artırılmış ceza öngörmek olanaksızdır. Yasada artırılmış ceza öngörüldüğüne göre, artırılmış ceza ile ana rahmindeki çocuğa zarar verilmesi arasında belirli bir nedensellik bağı kurulmuş demektir. Böyle olduğu içindir ki cezanın artan kısmı, kadının rızasının fonksiyonu olarak açıklanamaz. Gebe kadın gibi, çocuğu da suça karşı yasanın koruması altındadır. O kadar ki, suç oluşturan eylemin doğrudan hedefi çocuk olmadığı halde, embriyonun varlığı eylemin dolaylı sonucu olarak zarar gördüğünde, suçun cezası artırılmaktadır.⁵

Artırılmış ceza bakımından rıza konusunu gündeme taşımam, rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürtme suçunun (m. 99/1) yol açtığı çelişkinin anlaşılmasına da yardım edecektir. Az önce gördük ki, yasada, düşüğe yol açan öldürme, yaralama gibi suçlar için artırılmış ceza

⁵ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 1935/120 esas, 1935/19 karar sayılı, 4.12.1935 tarihli kararına göre, etkili bir eylemin sonucu olarak, amaçlanmadığı halde çocuğun düşürülmesine neden olunmuşsa, kadının gebe olduğunun biliniyor olması ilgili ceza hükmünün uygulanması için yeterlidir. Eylemi yapanın, çocuğu düşürmeyi amaçlaması ayrıca bir koşul değildir.

öngörülmesi (m. 82, 87, 89, 94, 95, 96) kadının rızasının fonksiyonu olarak belirmez. Buna karşılık, rızası olmayan kadının çocuğunu düşürtme suçunun (m. 99/1) belirleyeni olarak yalnızca rıza koşuluna yer verilmiş ve suç ile ceza rızanın fonksiyonuna dönüşmüştür. Oysa birincisinde olduğu gibi, gebeliği niteleyen ana rahmindeki çocuk olması gerçeği ikinci durum için de geçerlidir. Başka bir deyişle, suçun oluşumu bakımından, rıza koşulunun koşulu, düşürtülen varlığın kendisinin varlığıdır, yani embriyodur. Embriyo var olmadığında, düşürtme suçu da işlenemez. Yasanın bu maddesi, artırılmış cezayla ilgili maddelerin tersine, embriyonun varlığına yönelen tehdidi tümüyle göz ardı etmiştir. Çocuğu düşürtme eylemi doğrudan çocuğu hedeflediği halde, eylem embriyonun yaşamına kastederek onun varlığını ortadan kaldırmak için gerçekleştirildiğinde, eğer kadının rızası varsa, eylem bir suç oluşturmamaktadır. Kadının rızasının aranması, kadının kendi bedeni üzerinde hak sahibi olmasından kaynaklanıyor olsa bile, yasanın, kadının hakları ile çocuğun hakları arasında hiçbir denge aramıyor olması adalet ilkesi ile bağdaşmaz. Eğer yasa embriyoyu tümüyle değersiz görüyor olsaydı, ortada bir adalet sorunu da olmayacaktı. Oysa artırılmış ceza ile ilgili hükümlerden biliyoruz ki, yasa, embriyoya bir moral değer yüklemiştir. Başka bir maddede değer verdiği bir varlığın, şimdi bu maddede, on hafta içinde kasten yok edilmesi için kadının rızasının dışında herhangi bir koşula gerek duyulmamıştır. Kadın yardım almadan kendi yöntemleriyle, kendi başına, isteyerek çocuğu düşürürse, rıza koşulu da, zaten ve doğal olarak, gündemden düşer. On haftalık süre geçildiğinde ise, yasanın gözünde, artık ve birden bire isteğin/rızanın bile yok edilmesi için yetmediği ölçüde değerli bir varlığa mı dönüşür ana rahmindeki çocuk? Maddenin tasarıda yer verilen gerekçesinde, hamilelikte öngörülen süre geçildikten sonra çocuğun alınmasının suç oluşturmaması, kadının yaşamını korumak amacına dayandırılmıştır (5237 Sayılı..., m.151). Bir başka deyişle, yasakoyucu, on hafta geçildikten sonra düşür(t)me yasağı getirirken de cenini değil yalnızca kadının yaşamını korumayı amaçlamaktadır. (Ama eğer ırza geçme gibi bir suç sonucu gebe kalınmışsa, yasa, on hafta geçildiği için tehdit altında gördüğü kadının yaşamını korumaktan da vazgeçip yirmi haftaya kadar kürtaja izin vermektedir.) Yaşam ile ölümü, suç olan ile suç olmayanı ayıran mucizevi bir on hafta çizgisi çizilir. Böylece, yeniden yasadaki çelişki dediğimiz yere dönmüş oluruz. Türk Ceza Kanununda, hem bir yandan varlığına değer yüklenen ve bir grup suç ve cezanın tesis edilmesi yoluyla korunan bir embriyodan söz edebilmekteyiz, hem de aynı zamanda bir on haftalık düşürme/öldürme eşiği ve bu süre içinde sona erdirilen bir yaşamın moral değerinin tek ölçüsü olarak da rıza koşulunu bulabilmekteyiz. Gebe kadının, embriyoyu öldür(t)mesinin suç sayılmaması, çocuğun ancak böyle tutarsızlıklar ve çelişkilerle yüklü bir belirsizlik alanına itilmesi ile mümkün olabiliyor.

Sonuç

Bu yazıda ana rahmindeki embriyonun hukuki statüsünü belirlemeye çalıştım. Temel haklar bakımından embriyonun durumunu, Anayasada kullanılan herkes terimi ekseninde ele aldım. Gerek Anayasa ve Türkiye'nin taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesi hükümleri, gerekse Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu hükümleri esas alındığında yalnızca doğmuş olan kişilerin hak sahibi kılındığı ve hak ihlalleri karşısında korunduğu görüşünü ileri sürmek yanlış olur. Herkes teriminin, yalnızca hakları kullanabilecek durumda olanları, yalnızca doğmuş insanları, yalnızca kişileri içermediğini, aynı zamanda doğmamış olanı, embriyoyu da içerdiğini gösterdim. Böylece, embriyonun temel haklarının anayasal güvence altında olduğunu söyleyebilecek durumdayım. Birinci bölümde embriyonun temel hakları olarak sıraladığım, yaşama, miras, davaya taraf olma gibi hakların yasal dayanaklarını izleyen bölümlerde tartışmaya açtım.

Yazıda yapılan çözümlemelerin ortaya çıkardığı önemli bir bulgu da, embriyonun hukuken belirsiz bir alana terkedilmiş olmasıdır. Embriyonun insanlığın üyesi olarak temel bir hak olan yaşama hakkına sahip olduğunu ama kişi olmadığı için yaşama hakkının bulunmadığını ileri sürmek hukuken mümkündür. Böyle bir belirsizliğin önemli sonuçları vardır. Mirasa ehil sayılan ama kürtaj bakımından yaşamaya ehil görülmeyen bir insandır embriyo. Embriyonun hukuki statüsünün belirsiz oluşu kürtaj ile öldürmenin suç sayılmamasını mümkün kılabilir. Benzer biçimde, gebe kadına karşı işlenen suçlar bakımından embriyo ikinci bir yaşam olarak görülüp yasanın koruması altına alındığı halde, kürtaj söz konusu olduğunda öldürülmesi suç oluşturmeyen bir yaşama dönüşebilmektedir. Öte yandan, paradoksal biçimde, bu belirsizlik ve çelişkiler nedeniyle ki, embriyonun haklarının varlığını vurgulayan bir yoruma ulaşma esnekliğine sahibiz. Embriyonun temel haklara sahip olduğu ve geriye dönük olarak uğradığı hak ihlallerinin sonradan hesabının sorulabileceği gibi standart hukuktan ayrılan bu yazının tezlerinin hukuki dayanağı böyle bir belirsizlikten de beslenmektedir.

Belirsizliğin, hukuki bir ikiyüzlülük yarattığı açıktır. Embriyonun, duruma göre ya da üçüncü kişinin çıkarları ve talepleri doğrultusunda yazgısı belirlenmektedir. Eğreti statünün ortadan kaldırılması bu ikiyüzlülüğü sona erdirebilir. Bununla birlikte, statü belirgin kılınırken, bunun, embriyonun haklarının duraksamaya yol açmayacak biçimde güvence altına alınmasını sağlayan bir yönde olup olmayacağını şimdiden kestirmek güçtür.

6. Ankara Biyoteknoloji Günleri: Biyoteknoloji, Biyogüvenlik ve Sosyo-ekonomik Yaklaşımlar.
15-17 Kasım 2007, Ankara-Türkiye

Kaynakça

- Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Concerning Biomedical Research, Council of Europe, European Treaty Series No. 168, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=168&CM=8&DF=26/07/2005&CL=ENG>
- Agamben, Giorgio (2001) *Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, Çev. I. Türkmen, İstanbul: Ayrıntı.
- Agamben, Giorgio (1998) *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Çev. D. Heller-Roazen, Stanford: Stanford University Press.
- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, *Resmi Gazete*, Sayı 25439, 20.4.2004. İngilizcesi: Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being With Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Council of Europe, European Treaty Series No 164, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=164&CM=8&DF=26/07/2005&CL=ENG>
- Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun No. 5271, *Resmi Gazete*, Sayı 25673, 17.12.2004.
- Çoban, Aykut (2007) 'İnsan Hakları Bağlamında Embriyonun Moral Statüsü', *Toplum ve Bilim*, Sayı 109, 258-295.
- Danıştay 7. Daire Kararı, E. 1992/7889, K. 1994/5368, T. 9.11.1994, <http://www.kazanci.com.tr>
- Declaration of Human and Civic Rights of 26 August 1789, <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/cst2.pdf>, erişim 4.6.2007.
- The Directorate General of Legal Affairs, Council of Europe (2000) *Preparatory Work on the Convention on Human Rights and Biomedicine*, http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/Legal_co-operation/Bioethics/Texts_and_documents/CDBI-INF%282000%291PrepConv.pdf erişim 1.9.2005
- Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine* (1996) Council of Europe, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/164.htm>, erişim 31.8.2005
- Gereğeli Anayasa* (1984) Ankara: Değişim Yayınları.
- Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Kanun No. 1086, *Resmi Gazete*, Sayı 622, 623 ve 624, 2-4.7.1927.
- Kalıtsal Hastalıklarla Mücadele Kanunu, Kanun No. 3960, *Resmi Gazete*, Sayı 21804, 30.12.1993 (5378 sayılı yasanın 36. maddesi ile değişik, *Resmi Gazete*, Sayı 25868, 7.7.2005).
- Kant, Immanuel (1989) *Pratik Usun Eleştirisi*, Çev. İ.Z. Eyuboğlu, İstanbul: Say.
- Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Kanun No. 2827, *Resmi Gazete*, Sayı 18059, 27.5.1983.
- Orend, Brian (2002) *Human Rights: Concept and Context*, Peterborough, Ontario: Broadview Press.
- Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük, *Resmi Gazete*, Sayı 18225, 18.12.1983.
- Soysal, Mümtaz (1986) *100 Soruda Anayasanın Anlamı*, 6.Baskı, İstanbul: Gerçek Yayınevi.
- TBMM Adalet Komisyonunda Kabul Edilen Metin ve Gereğesi [5237 Sayılı TCK], <http://www.kazanci.com.tr>
- Tezcan, Sabahat ve Alanur Çavlin Bozbeyoğlu (2004) 'Düşükler ve Ölü Doğumlar', *Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2003*, Ankara: H.Ü. Nüfus Etütleri Enstitüsü, <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/tnsa2003/data/turkce/bolum6.pdf>
- Türk Ceza Kanunu, Kanun No. 5237, *Resmi Gazete*, Sayı 25611, 12.10.2004.
- Türk Kanunu Medenisi, Kanun No. 743, *Resmi Gazete*, Sayı 339, 4.4.1926.

**6th Ankara Biotechnology Days: Biotechnology, Biosafety and Socio-economic Approaches,
15-17 Nov., 2007 Ankara-Turkey**

Türk Medeni Kanunu, Kanun No. 4721, *Resmi Gazete*, Sayı 24607, 8.12.2001.

Universal Declaration of Human Rights [1948], <http://www.un.org/Overview/rights.html>, erişim 4.6.2007

Ünalın, Turgay, İsmet Koç ve Sabahat Tezcan (2004) 'Aile Planlaması', *Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırması 2003*, Ankara: H.Ü. Nüfus Etütleri Enstitüsü, <http://www.hips.hacettepe.edu.tr/tnsa2003/data/turkce/bolum5.pdf>

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı B.02.0.KKG.0.10/101-514/6664, Tarih 30.12.1999, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Genel Gerekçesi ve Madde Gerekçeleri, T.C. Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, Sayı B.02.0.KKG.0.10/101-540/2092, Tarih 12.5.2003, <http://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı, E. 1935/120, K. 1935/19, T. 4.12.1935, <http://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararı, E.1978/5550, K. 1979/93, T. 18.1.1979, <http://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay 8. Ceza Dairesi Kararı, E. 1983/1758, K. 1983/2010, T. 8.7.1983, <http://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı, E. 1986/5638, K. 1986/6113, T. 16.9.1986, <http://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay 4. Ceza Dairesi Kararı, E. 1984/5719, K. 1984/6279, T. 27.9.1984, <http://www.kazanci.com.tr>

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi Kararı, E.1983/6447, K. 1984/2849, T. 23.10.1984, <http://www.kazanci.com.tr>