

Tüp bebek uygulaması ve ceza sorumluluğu

Prof. Dr. İzzet Özgenç



1960 yılında doğdu. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten sonra Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'in asistanlığını yapmıştır. Daha sonra Dicle ve Selçuk üniversitelerinde görev yapmıştır. 2001 yılında göreve başladığı Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2006 yılında profesör ünvanını almıştır. YÖK üyesi olan Özgenç, Türk Ceza Hukuku'na ilişkin yeni kanunların hazırlanmasında etkin rol almıştır. Halen Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Ceza Hukuku Öğretim Üyesi olarak görev yapmaktadır. Yayımlanmış Kitapları: Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, 2002 Gerekçeli Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayıncılık, 2004. Türk Ceza Kanunu GAZİ Şerhi, Seçkin Yayıncılık, 2005. Uygulamalı Ceza Hukuku, 2001. Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2006. Türk Ceza Hukuku GAZİ Külliyyatı, 2005. Terörle Mücadele Kanunu, 2006.

Zekai Tahir Burak Kadın Sağlığı Eğitim ve Araştırma Hastanesi Başhekimliği tarafından 31 Ağustos – 3 Eylül 2006 tarihleri arasında Ankara'da düzenlenen ve "Hekimlik Mesleğinin İcrası ve Ceza Sorumluluğu" konusuyla konuşmacı olarak katıldığım "VII. Geleneksel Eğitim Günleri"ndeki sunumum sırasında şahsıma yöneltilen bir soru ve bu soruya ilişkin olarak hazırladığım cevap, bu makalenin konusu oluşturmaktadır.

SORU: Tüp bebek uygulamasında rahim dışında sun'i olarak döllenmiş yumurtalardan bir kısmının ölüme terk

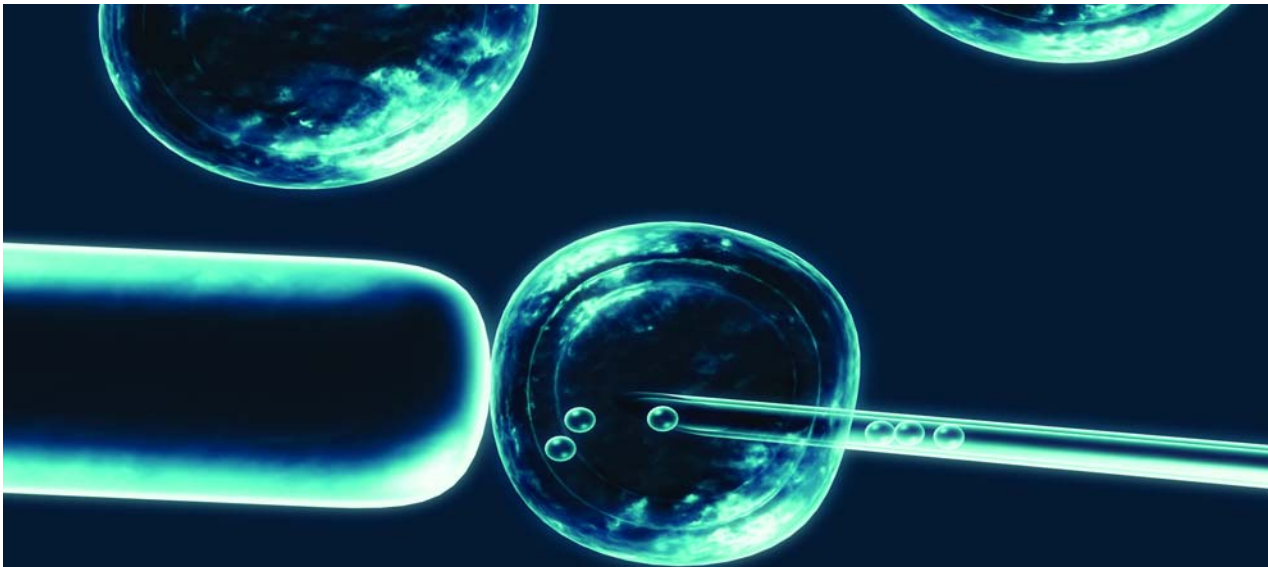
edilmesi ya da döllenmiş ve anne adayının rahmine yerleştirilmiş bu yumurtalardan bir veya birkaçının bilahare rahimden koparılarak tahliye edilmesi, yeni TCK'na göre suç oluşturur mu?

CEVAP: Canlı bir varlık olan ceninin hukuken koruma altına alınması gerektiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu bağlamda yapılan tartışma, söz konusu korumanın, bütün hak ve hürriyetlerin özünü teşkil eden ve bu nedenle anayasal güvence altına alınan insan onurunun korunması ile mi ilişkilendirilmesi gerektiği hususunda temerküz etmektedir.

Bu bakımdan, çocuk sahibi olmak isteyen anne adayının rahmine yerleştirilmesi amacı dışında, örneğin kök hücre

araştırmalarında kullanılmak amacıyla, sun'i döllenmeye hukuken müsaade edilemez. Ana rahmine yerleştirmek amacı dışında yapılan sun'i döllenmeyi, özellikle doğal hukuk düşüncesine mensup hukukçular, insan onurunun ihlali olarak telakki ederken, diğer bir kısım yazarlar ise, salt etik açıdan tasvip etmemektedirler.

Rahim dışında gerçekleştirilen sun'i döllenme, embriyo üzerinde araştırma yapılmasını ve embriyonun yapısına müdahale edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu süreçte, ana rahmine yerleştirilmesi mümkün olandan daha fazla sayıda yumurtanın döllenmesi (embriyonun üretilmesi) tıbben gerekli görülmektedir. Dölenen embriyolardan hayatta kalma isti-



dadı yüksek olanların belirlenmesine yönelik bir seleksiyon, ayıklama işlemi yapılmaktadır. Üretilen embriyolardan hayatta kalma istidadına sahip olanları belirlemeye yönelik morfolojik araştırma süreci sonucunda, bu istidada sahip olmayan döllenmiş yumurtaların hayatiyetine son verilmektedir. Bu yumurtaların çöpe atılarak veya kendi haline bırakılarak ölüme terk edilmesinin, Türk hukukunda, ceza hukuku ve genel olarak hukuki sorumluluğu gerektirdiğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır.¹

Belirtmek gerekir ki, rahme, anne adayının sağlığı ve dölenen embriyoların hayatta kalma istidadı bakımından tehlike oluşturacak sayıda döllenmiş yumurta yerleştirilmemelidir. Aksi takdirde, rahme yerleştirilen embriyoların bir kısmının bilahare rahimden koparılarak tahliye edilmesi zorunluluğu ile karşı karşıya kalınabilir. Bu durumda sorunu, 24.5.1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Plânlaması Hakkında Kanun'un kürtaja ilişkin hükümleri ile TCK'nun çocuk düşürme ve düşürtme suçlarına ilişkin hükümleri bağlamında bir değerlendirme yapılabilmektedir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer sorun ise, üretilmiş embriyoların saklanması hukuki zemin oluşturmak gerekip gerekmediği sorudur. Dikkat edilmelidir ki, bu sorun, sperm bankası oluşturma ile bağlantılı ise de, aynı şey değildir. Burada tartışma konusu edilen husus, spermin değil, döllenmiş yumurtanın saklanmasıdır. Mevzuatımızda bu hususlara ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.² Üretilen embriyolardan, araç durumuna irca edilerek, kök hücre elde edilmesi, bir başka insan hakkı sorunu olarak tezahür etmektedir.³

Türkiye tarafından da onaylanan 4.4.1997 tarihli "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi"nin ("**Avrupa Biyo-Tıp Sözleşmesi'nin**") "**Tüpte embriyolar üzerinde araştırma**" başlıklı 18. maddesine göre, "**Sadece araştırma amaçlarıyla insan embriyonlarının yaratılması yasaktır**" (f. 2). Ancak, maddenin birinci fıkrasında ise, "**Hukukun embriyonun üzerinde tüpte araştırmaya izin vermesi halinde, embriyon için uygun koruma sağlanacaktır**" hükmüne yer verilmiştir.

Keza, söz konusu sözleşmenin "**İnsan genomu üzerinde müdahaleler**" başlıklı 13. maddesine göre, "**İnsan genomu değiştirmeye yönelik bir müdahale, yalnızca, önleme, teşhis ve tedavi gayeleriyle ve sadece, amacının, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması olmaması halinde yapılabilir.**" Bu düzenleme, bir hastalığın önlenmesi,

teşhisi ve tedavisi amacıyla insan genomuna müdahale edilebilmesine imkan tanımaktadır. Ancak, gelecek nesillerin genomunu değiştirmesi sonucunu doğuracak mahiyette olması halinde, bir hastalığın önlenmesi, teşhisi ve tedavisi amacıyla da olsa, insan genomuna müdahaleye izin verilmemektedir.

Bu düzenlemeler karşısında, söz konusu sözleşmenin tedavi amaçlı kök hücre elde edilmesine izin verdiği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Kaldı ki, kök hücre üretiminin tedaviye hizmet edeceği de henüz açık bir şekilde ortaya konmuş değildir. Bugün ancak bu amaca yönelik bilimsel araştırmalar kapsamında kök hücre üretiminden söz edilebilir.

Avrupa Konseyi bünyesinde, söz konusu sözleşme hükümlerini tamamlamak üzere, 12.1.1998 tarihinde, insanın kopyalanması amacıyla yönelik müdahaleleri mutlak olarak yasaklayan Birinci Ek Protokol kabul edilmiştir.^{5,6}

Ancak belirtmek gerekir ki, doktrinde söz konusu sözleşme ile Birinci Ek Protokol hükümlerinin tedavi amaçlı kök hücre elde edilmesinin yasak kapsamı dışında mütalaa edilmesine yönelik bir çaba mevcuttur.

Fakat, yukarıda da belirtildiği gibi, kök hücre elde edilmesinin tedaviye hizmet edeceği de henüz açık bir şekilde ortaya konmuş değildir. Keza, bilimsel ve daha spesifik olarak tedavi amaçlı kök hücre elde edilmesini üreme amaçlı kök hücre elde edilmesinden ayırmanın ne derece mümkün olduğu da bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, bu bağlamda, insan embriyosundan kök hücre elde edilmesine karşı milletlerarası düzeyde geliştirilen tepkinin ve bunun yasaklanması yönünde açıklanan iradenin göz önünde bulundurulması gerekir.⁷

Dipnotlar

1. Buna karşılık, örneğin Almanya'da 13.12.1990 tarihli "Embriyo Koruma Kanunu" ("**Gesetz zum Schutz von Embryonen**") [Embryonenschutzgesetz - EschG] ile ana rahmine yerleştirilebilecek sayıdan fazla yumurta döllenmesi (embriyo üretimi) yasaklanmış ve bu sayı bir yumurtlama dönemi için üç olarak belirlenmiştir. Keza, bir yumurtlama döneminde ana rahmine yerleştirilebilecek azami embriyo sayısı üç ile sınırlanmıştır. Bu sınırların ihlali, söz konusu Kanuna göre ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmektedir (Bu Kanunun konuyla ilgili hükümlerinin açıklaması için bkz. LILIE, Hans: *Neue Probleme bei der In-Vitro-Fertilisation-"Embryoselektion"*?, in: *Kamu Hukuku Arşivi* [KHUKA], Kasım 2005, yıl 8, sh. 110 vd. Tercüme: UZUN, Ramazan: *Tüp Bebek [Sunı Döllenme] Alanında Yeni Problemler*, in: KHUKA, Kasım 2005, sh. 113 vd.).

2. Almanya'da "Embriyo Koruma Kanunu" ile döllenmiş yumurtların, yani üretilmiş embriyoların saklanması yasaklanmıştır. Bu yasağın ihlali, söz konusu Kanuna göre ceza hukuku sorumluluğunu gerektirmektedir.

3. Rosenau, bu bağlamda yaptığı açıklamalarda çe-

lişkiye düşmektedir. Yazar, bir taraftan döllenme öncesi evrede de insan onurunun bir değer olarak korunması gerektiğini; diğer yandan ise, örneğin tedavi amaçlı kök hücre elde edilmesi sürecinde, embriyo üretiminin, üretilen embriyolar üzerinde çalışılmasının ve bu embriyoların hayatiyetine son verilmesinin insan onurunu ihlal eden bir yönünün bulunmadığını ileri sürmektedir (ROSENAU, Henning: *Embryonenforschung und therapeutisches Klonen nach der Biomedizin-Konventions des Europarates*, in: *Kamu Hukuku Arşivi* (KHUKA), Kasım 2005, yıl 8, sh. 136. Tercüme: HAKERİ, Hakan: *Avrupa Konseyi Biyo-Tıp Sözleşmesine Göre Embriyon Araştırmaları ve Tedavi Amaçlı Klonlama*, in: KHUKA, Kasım 2005, sh. 141).

4. Sözleşmenin onaylanması 3.12.2003 tarihli ve 5013 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur. Sözleşme metni, 20 Nisan 2004 tarihli ve 25439 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Belirtmek gerekir ki, bu Sözleşme, 26.11.2006 tarihi itibarıyla İngiltere, Almanya, Rusya Federasyonu, Avusturya ve İrlanda tarafından henüz imzalanmamıştır. Fransa, İtalya, İsviçre, Ukrayna, Polonya ve Finlandiya tarafından imzalanmış olmakla birlikte, henüz onaylanmamıştır. Sözleşme, Türkiye'nin yanı sıra, Bulgaristan, Romanya, Yunanistan, Estonya, Danimarka ve İspanya gibi ülkeler tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu Sözleşmeyi henüz imzalamamış olan Almanya'nın 28.6.2002 tarihli "Kök Hücre Kanunu" ("**Gesetz zur Sicherung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen**") [Stammzellgesetz - StZG], üretilmiş kök hücrelerin ülkeye ithalini prensip olarak yasaklamış ise de, 1.1.2001 tarihinden önce üretilmiş olan kök hücrelerin ülkeye ithaline izin vermektedir.

5. Söz konusu Birinci Ek Protokol, Türkiye tarafından imzalanmış olmakla birlikte, henüz onaylanmamıştır. Keza, belirtmek gerekir ki, bu Ek Protokol, 26.11.2006 tarihi itibarıyla İngiltere, Almanya, Rusya Federasyonu, Avusturya, Belçika, Sırbistan, İrlanda, Lichtenstein ve Monako tarafından henüz imzalanmamıştır. Fransa, İtalya, İsviçre, Ukrayna, Polonya, Finlandiya, Danimarka, Hollanda, Lüksemburg, Norveç ve Letonya tarafından imzalanmış olmakla birlikte, henüz onaylanmamıştır. Protokol, Bulgaristan, Hırvatistan, Güney Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Gürcistan, Litvanya, Romanya, Yunanistan, Macaristan, İzlanda ve İspanya gibi ülkeler tarafından onaylanarak yürürlüğe konulmuştur.

6. Söz konusu Birinci Ek Protokolün içeriğine ilişkin tespit ve değerlendirmeler için bkz.. SALINGER, KHUKA, Kasım 2005, sh. 153 vd. (Tercüme: Uzun/Hakeri, KHUKA, Kasım 2005, sh. 160 vd.).

7. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, oyçokluğuyla kararlaştırdığı 8.3.2005 tarihli Deklarasyonda, hangi amaçla olursa olsun, insan klonlanması yasaklanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, bir sözleşme niteliği taşımayan bu Deklarasyonun için bağlayıcı bir etkisi bulunmamaktadır.

Kaynaklar

Doğan, İlyas: *İnsan Hayatını Koruma Yükümlülüğü ve İnsan Embriyosunun Ahlaki Statüsü*, in: *Kamu Hukuku Arşivi* (KHUKA), Kasım 2005, yıl 8, sh. 104 vd.

Salinger, Frank: *Das Verbot des reproduktiven Klonens nach dem 1. Zusatzprotokoll zum Menschenrechtsübereinkommen*, in: *Kamu Hukuku Arşivi* (KHUKA), Kasım 2005, yıl 8, sh. 156 vd. Tercüme: UZUN, Ramazan/HAKERİ, Hakan: *İnsan Hakları Sözleşmesinin Bir Numaralı Ek Protokolüyle Üretim Amaçlı Kopyalamanın Yasaklanması*, in: KHUKA, Kasım 2005, sh. 163 vd.

Rosenau, KHUKA, Kasım 2005, sh. 131, 132 (Tercüme: HAKERİ, KHUKA, Kasım 2005, sh. 137).