



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Erzincan Law Review


Cilt/Vol: 27 Sayı/No: 2 Aralık/December 2023

Karşılaştırmalı Hukuk Sistemlerinde

Ceninin Hayat Hakkı *

Right to Life of the Fetus in Comparative Legal Systems

  Dr. Öğr. Üyesi İhsan HÜSEYİN **

 10.60002/ebyuhfd.1377850

ÖZET

Hayat hakkı bütün hakların esasını teşkil eden temel bir haktır. Bu hakkın ne zamandan itibaren başladığının tespiti, gerek medeni hukuk gerek diğer hukuk dalları bakımından büyük önem taşımaktadır.

Ceninin hayat hakkı kökleri çok eskilere uzanan bir hukuki tartışma konusudur. Sadece hukuk alanında değil, semavi dinlerde de bu husus oldukça tartışmalıdır. Bunun sebebi gerek Yahudilik gerek Hıristiyanlık ve gerekse İslamiyet'te ceninin hayatının ne zaman başlayacağına dair açık bir hükmün bulunmamasıdır.

* Bu makale, ICAR CONGRESS (6. Uluslararası Akademik Araştırmalar Kongresinde) bildiri olarak sunulan çalışmanın genişletilmiş halidir.

** Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 18.10.2023 | **Kabul/Accepted:** 28.11.2023.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: İhsan Hüseyin, “Karşılaştırmalı Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı”, EBYÜ-HFD, C. 27, S. 2, Aralık 2023, s. (305-349).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

Dünyadaki hukuk sistemlerine bakıldığında ceninin hayat hakkının başlaması hususunda üç eğilimin olduğu görülür. Klasik görüş ceninin hayat hakkının başlaması için, doğumun gerçekleşmiş olması şartını ararken, diğer bir görüş ceninin aktif yaşam kabiliyetine sahip olması şartını aramaktadır. Bugün doktrinde ileri sürülen ve bazı hukuk sistemleri tarafından benimsenen modern eğilime göre ise, tabiat kurallarına uygun olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren ceninin hayat hakkı başlar.

Bu çalışmada farklı hukuk sistemlerinde ceninin hayat hakkına ilişkin konular ve mahkeme kararları incelenmiş olup ceninin hayatının ne zaman başladığına cevap aranmıştır.

Anahtar Kelimeler: Cenin, hayat hakkı, embriyo, dölleme, kürtaj.

ABSTRACT

The right to life is a fundamental right that forms the basis of all rights. The determination of when this right started is of great importance, in terms of civil law or other branches of law. Discussions on the right to life fetus are a legal debate that goes back to ancient times. The right of the fetus to life is one of the controversial issues in monotheistic religions as well. The reason for this is that there is no clear provision in Judaism, Christianity, and Islam as to when the life of the fetus begins.

When we look at the legal systems in the world, there are three criteria for the beginning of the right to life of the fetus. While the classical view seeks the condition that birth has occurred for the fetus's right to life to begin, another view seeks the condition that the fetus has the ability to live actively. According to the modern standard followed by some legal systems, the right to life begins with the fertilization of the egg.

In this study, the issues related to the right to life of the fetus and court decisions in different legal systems were examined and the answer to the question of when the right to life of the fetus begins is sought.

Keywords: Fetus, right to life, embryo, fertilization, abortion.

GİRİŞ

“Cenin” Arapça bir kelimedir. “Cenne” fiilinden türetilen cenin kelimesi kapalı, örtülü görülmez anlamlarını ifade eder. Görülmez oldukları için “cin” ve ağaçlarla kapalı olduğu için cennet ve yine akli dengesi yerinde olmayan kişi (aklı kapalı olduğu) için, söz konusu fiil kökünden türetilen mecnun (cinn) kelimeleri kullanılmaktadır. Kelime anlamına uygun olarak doktrinde görülmez olduklarından dolayı ana rahmindeki çocuğu ifade etmek üzere “cenin” kelimesi kullanılmaktadır. Buna göre cenin, ana rahmine düşmüş ancak henüz doğmamış çocuk olarak tanımlan-

maktadır. Hayat hakkı ise, bütün hakların temelini teşkil eden, bu hak olmaksızın hiçbir hakkın anlamı olmayan ve bütün hukuk dallarını ilgilendiren en temel haktır. Bu itibarla hayat hakkının ne zaman başladığının tespiti de bunun korunması ve diğer hakların vücut bulması için büyük önem arz etmektedir.

Cenin hayat hakkı ile annenin vücut bütünlüğü üzerinde sahip olduğu tasarrufta bulunma hakkı birbirinden bağımsız haklardır. Ancak bunlar yakından birbiriyle bağlantılı iki hak olduğu için, bu alanda yapılan çalışmalar annenin kürtaj hakkını incelerken ceninin hayat hakkına eğilmek durumunda kalmıştır. Bu iki hakkın karşılaştırılması halinde hangisine üstünlük tanınacağı, bu üstünlüğün hangi gerekçeye dayandığı öteden beri doktrinde tartışmalı olan konulardandır.

Bu çalışmada, konuya ilişkin temel kavramlardan olan cenin, hayat hakkı, embriyo ve çeşitleri, annenin kürtaj hakkı beyan edildikten sonra, farklı hukuk sistemlerinin ceninin hayat hakkına ilişkin bakış açısı ve yargı kararları incelenmiş olup, ceninin hayat hakkının hangi andan itibaren başladığı sorusuna cevap aranmıştır.

I. CENİN KAVRAMI

Cenin kavramının neyi ifade ettiğini açıklamadan önce ilk önce embriyoyu açıklamak gerekir. Zira bu ikisi birbirinden farklı kavramlardır. Dil bakımından söz konusu kavramlar ele alındığında, embriyo, döllenme anından başlayarak, gebeliğin yaklaşık ikinci ayına kadar gelişmekte olan canlıyı ifade eder. Bu evreden sonra yani gebeliğin sekizinci ile onuncu haftası sonunda, neredeyse tüm organların oluşumu tamamlanan canlı ise cenin adını almaktadır. Bahsedilen kavramlar birbirinden farklı kavramlar olmasına rağmen, konuya ilişkin düzenlemelerde söz konusu kavramların tanımı yapılmamıştır. Bu bağlamda gerek Türk Medeni Kanunu'nda, gerekse Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik'te embriyo veya cenin kavramı anılmış olsa da, tanımları yapılmamıştır. Doktrinde ise, yumurtanın sperm ile döllenmesi sonucu oluşan ancak henüz organların şekillenmediği gebeliğin ilk haftalarında insan organizmasına verilen ad olduğu ifade edilmektedir. Başka bir ifade ile embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenmesinden bir hücreler topluluğunun, yani ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir¹. Cenin kavramı ise (fetüs, dölüt, nasciritus),

¹ Hayrunnisa **Özdemir**/Ahmet Cemal **Ruhi**, Çocuk Hukuku (Ders Kitabı), 3. Baskı, İstanbul 2019, s. 46-47.

ana rahmine düşmüş, ancak henüz tam ve sağ olarak doğmamış çocuğu ifade etmek için kullanılmaktadır. Buna göre “Cenin ana rahmine düşmüş ancak henüz doğmamış çocuk” olarak tanımlanmaktadır².

II. HAYAT HAKKI KAVRAMI

Doktrinde hayat hakkı, ilk önce insanın fiziksel-biyolojik varlığının arızasız olarak sürdürebilmesi için sağlık ve bütünlük içinde doğması, doğum sonrasında insanın varlığının moral-kültürel gelişim olanaklarına sahip olarak sürdürülebilmesi, son olarak bu suretle fiziksel-biyolojik-psikolojik-moral-kültürel bütünlüğünü kazanmış insan varlığının aynı zamanda bir hukuki kişi olarak toplum yararına dahi olsa, doğal sınırlamalar dışında yok edilmemesi olarak tanımlanmıştır. Vücut bütünlüğünün eksilmemesi, insanın maddi ve/veya manevi varlığının bir saldırıya maruz kalmaması da yaralanmama hakkı olarak tanımlanmıştır. Hayat hakkı, insan hakları içinde değer sırası bakımından temel bir hak olarak ilk sırada yer alır. Yaşama hakkı kutsaldır. Söz konusu hak önemli insan haklarından birisi ve hukuk devletinin de temel değeridir. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Diğer tüm hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Buna dayanarak bu hakkın katı biçimde yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Kısaca hayat hakkı öldürülmeme hakkıdır³. Öldürülmeme hakkına dayanan, öldürülmezlik ilkesinin sonuçları ise: kişinin kendisine karşı korunması, kişinin üçüncü kişilere karşı korunması, kişinin topluma ve devlete karşı korunması ve kişinin anarşizm ve fanatizme karşı korunmasından ibarettir.

Hayat hakkı, yukarıda da ifade edildiği üzere en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Geri kalan diğer hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu sebeple hayat hakkı mutlak bir haktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nde de hayat hakkı, dokunulmaz haklar ya da hakların sert çekirdeği olarak kabul edilmektedir.

² Özdemir/Ruhi, s. 26-47.

³ Bkz. Cengiz Topel Çiftçiöğlü, “Yaşama Hakkı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. Kasım 2012, S. 103, s. 139-140; Bahri Savcı, “Yaşam Hakkı Üzerine”, İnsan Hakları Yıllığı, C.1, Ankara: TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, 1979, s. 17-18.

Doktrinde hayat hakkının ulusal ve uluslararası belgelerde tanımlanmayan, özü itibariyle tabii hukuk okulunun tanıdığı, ancak pozitif hukukun güvence altına aldığı bir hak olduğu ifade edilmektedir⁴. Tabii hukukta var olduğuna kuşku duyulmayan hayat hakkı özellikle ikinci dünya savaşı öncesinde ve savaş sırasında devletin neden olduğu kitlesel ihlaller sebebiyle uluslararası pozitif normlara da girmeye başlamış ve uluslararası düzeyde de korunmaya çalışılmıştır⁵. Mesela, AİHS m. 2’de hayat hakkının korunmasından bahsedilmiş ancak tanımı yapılmamıştır. Bahsedilen belgede hakkın nasıl ve hangi sınırlar içinde kullanılacağına beyanı AİHM kararlarına bırakılmıştır.

AİHS m. 2 ve buna paralel bir hüküm olduğu kabul edilen mevcut Anayasamızın 17. maddesinde herkesin hayat hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde “herkes” ve “yaşama” kavramları kullanılmıştır⁶. Bu kavramların kullanılmış olması nedeniyle hayat (yaşama) hakkının sağlamış olduğu korumadan ceninin de yararlanıp yararlanmayacağı sorusu akla gelir. AİHM, bu yönde bir tavır almaktan kaçınmıştır⁷. Avrupa düzeyinde embriyo ve/veya ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşma olmadığı, ancak koruma kapsamına alınmaya başladıkları görülmektedir. Doktrinde ceninin insan olabilme yeteneği, insan onuru adına ceninin korunması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu durumun cenini AİHS m. kapsamında hayat hakkına sahip bir kişi yapamayacağı da ifade edilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vardığı sonuç itibariyle ceninin bahsedilen 2. madde kapsamında bir şahıs sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut bir cevabın verilemeyeceği ileri sürülmektedir. Sonuç olarak hayatın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu beyan edilmektedir⁸.

Hayat hakkı tanınmadan diğer haklara sahip olmanın bir anlamı yoktur. Bu özellik hayat hakkını fiilen diğer temel hak ve özgürlüklerin önüne geçirmekte, kuşkusuz temel hak ve özgürlükler yelpazesinin birinci sırasına yerleştirmektedir⁹. Anayasanın 17. Maddesine dayanarak bir yazar

4 Çiftçioğlu, s. 139.

5 Serkan Kızılyel, “Yaşam Hakkı: AİHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Yıl: 201, S. 2, s. 253.

6 Herkes kavramı için bkz. Kızılyel, s. 259.

7 Hamide Tacir “Yaşam Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 2, Yıl: 2013, s. 1302.

8 Çiftçioğlu, s. 139.

9 Bkz. Tacir, s. 1306- vd.

dar anlamda hayat hakkının “kişilerin sağlıklı ve eksiksiz bir beden varlığına sahip olması ve yaşamlarını potansiyel saldırı ve tehlikelere karşı koruyarak sürdürmesi olarak nitelendirilebilir” bir hak olduğu ifade etmektedir¹⁰.

Mevcut durumda hukuk anlamda hayat hakkının ne zamandan itibaren korunması gerektiğine net bir cevap vermek mümkün değildir. Anayasa koyucuları ve uluslararası metinlerin bu hususla ilgili açık bir hüküm getirmekten kaçındıkları izlenmektedir.

Embriyo veya ceninin kişi olarak kabul edilmesi halinde, bunların hayat hakkının koruma altında olduğu hatta anayasal haklara sahip oldukları sonucuna varılabilir. Çünkü hayat hakkının öznesi kişidir. Buna karşın embriyo veya ceninin kişi olmadığı kabul edilirse, bu durumda bunların hayat hakkının süjesi olmadıkları sonucuna varılır. Burada cenin ne zamandan itibaren ve ne oranda hukuken korunur veya ne zamandan itibaren hayat hakkına sahip olur sorusu akla gelir. Hayat hakkı tanımadan embriyo veya cenine sağlanan hukuki korumanın esasının ne olduğu sorusu bir hukuki mesele olarak kendini gösterir. Bu bağlamda farklı hukuk sistemlerinde ve uluslararası sözleşmelerde embriyo veya cenini korumaya yönelik hukuki düzenlemeler vardır. Mesela, Türkiye’de 1983 tarihli ve 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 5. maddesinin 2. fıkrasına göre, gebelik 10 haftadan fazla ise, ancak belli şartların gerçekleşmesiyle rahmin tahliyesi mümkündür. Buna göre, “*Gebelik süresi, on haftadan fazla ise rahim ancak gebelik, annenin hayatını tehdit ettiği veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekçeli raporları ile tahliye edilir*”. Yine Türk Ceza Kanunu m. 99’da, rızası dışında kadının çocuğunu düşürten kişinin 5 yıldan 10 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. TCK.m.100 hükmünde ise, gebelik süresi 10 haftan fazla olan kadının çocuğunu isteyerek düşürmesi halinde kendisine bir yıla kadar hapis cezası verilebileceği veya adli para cezasıyla cezalandırılacağı hükmü yer almaktadır. Doktrinde embriyo veya cenine sağlanan korumanın, bunların potansiyel yaşamın başlangıcı olduğu ve insan onurunun korunması gerektiği esasına dayandığı bilgisi yer almaktadır¹¹. Ancak embriyo veya cenine bir koruma sağlanmaktaysa da, bu durum bunların hayat hakkına sahip olduğu anlamına gelmez. Tıp bilimi embriyo veya cenin ne

10 Tacir, s. 1302.

11 Tacir, s.1304.

zaman canlı bir varlık haline geleceği hususunda çeşitli veriler sunmaktadır. Ancak buna rağmen söz konusu hususta görüş birliği sağlanamamıştır. Çünkü “canlı varlık olma hali” bazılarına göre ceninin uzuvlarının veya sinir sisteminin oluşmaya başladığı, diğer bazılarına göreyse döllemenin gerçekleştiği andır. Canlı varlığa dönüşme halinin kutsal kitapların ve çeşitli inanışların işaret ettiği an olduğunu benimseyenler de vardır.

Embriyoların niteliği hususunda da görüş ayrılığı hâkimdir. Bir görüşe göre embriyolar, birtakım genetik özelliklere ve gelişme potansiyeline sahip “*insan*” olarak nitelendirilmektedir. İkinci bir görüş ise embriyoları, hücreler topluluğu olarak görmekte ve onu “şey” olarak nitelendirmektedir. Bu iki görüşün karması olan üçüncü görüşe göre ise embriyo; “eşsiz, benzersiz” olup insan gelişimin ilk aşamasıdır. Ancak bu oluşum büyük ölçüde anneye bağlı olarak gelişmekte ve aynı zamanda bir araya gelen birçok faktör bu gelişimin tamamlanması açısından gerekli ve etkili olmaktadır. Çünkü embriyonun cenin haline dönüşmesi ve oluşumunu tamamlayıp insan olarak doğması belirli bir sürecin tamamlanmasına bağlıdır. Bu görüş embriyoya en azından onurunun korunması ve varlığına saygı gösterilmesi gerektiği savını sağlamaktadır¹².

Yukarıda da ifade edildiği üzere embriyo veya cenin hayat hakkının öznesi olup olmadığı hususunda belirsizlik hâkim olsa da, modern hukuk sistemlerinin çoğu sadece belli haftan sonra (mesele gebeliğin 10, 12, 18 veya 20 haftalık) cenini değil, dölleme aşamasında hemen sonra doğrudan doğruya embriyoyu koruma altına almıştır. Mesela, çoğu modern hukuk sistemlerinde embriyo veya cenin üzerinden bilimsel deney ve araştırmaların yapılmasını yasaklayan düzenlemeler vardır. Bu düzenlemelerin varlığı cenin ve embriyoların hayat hakkının sınırlarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir; bu bağlamda söz konusu düzenlemeler yol gösterici rol oynamaktadır.

Günümüzde gelişen teknoloji ve tıp sayesinde normal yoldan çocuk sahibi olamayan çiftler yapay (dışarıda) dölleme (tüp bebek) yoluyla çocuk sahibi olabilmektedir. Bu alandaki gelişmeler sadece alternatif üreme faaliyetiyle sınırlı kalmamıştır. Embriyolar üzerinde yapılan deneyler birçok genetik ve kronik hastalıkların tedavisinde bir malzeme olarak kullanılmaya başlamıştır. Bu bağlamda doğrudan doğruya deney ve araştırma yapmak üzere artık embriyo ve dondurulmuş embriyo kavramları ortaya çıkmaya başlamış ve kanun koyucunun müdahalede bulunup çözmesi ge-

¹² Tacir, s. 1304-1305.

reken bir hukuki sorun alanı oluşmuştur. Embriyolar üzerinde bilimsel çalışma yapılabilip yapılamayacağı hususunda birden fazla görüş ortaya atılmıştır. Embriyonun kadının bir parçası olduğunu ve kendisinden bağımsız olmadığını savunan feminist görüş burada söz hakkının kadına (anneye) ait olduğunu ileri sürmektedir. Faydacı görüş olarak adlandırılan diğer görüş ise, meseleye araştırmaların insanlık için getireceği yarar açısından bakmaktadır. Buna göre deneylerin insanlık için getireceği yarara öncelik tanınmalıdır. Üçüncü bir görüş ise, meseleye tamamen embriyonun hakları açısından yaklaşmakta ve embriyoyu “insan haklarına” sahip varlık olarak nitelendirmektedir. Buna göre embriyo en erken evrelerinden itibaren “insan” olarak kabul edilmelidir. Öte yandan diğer bir görüşe göre, insanlık onurunun korunması adına embriyo üzerinde araştırma yapılmamalıdır. Buna göre potansiyel insan olma kabiliyetine sahip “hücreler demeti” ya da “canlı varlığın” araçsallaştırılması söz konusudur. Bu bağlamda embriyo, araştırma konusunun aracı haline dönüşmektedir¹³. AİHM’e göre, embriyo “insanlığın ortak mirası” olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla onurunun korunması gerekmektedir¹⁴. Bahsedilen görüşlerin hangisinin benimsendiğine ve embriyonun çeşidine göre dünya ülkeleri embriyo ve ceninin ne zaman ve ne oranda korunacağı hususunda düzenlemelerde getirmişlerdir. Bu hususla ilgili Avrupa ülkeleri arasında karşılaştırmalı olarak yapılan bir çalışmaya göre, embriyolara sağlanan hukuki korumanın yoğunluğu bakımından Avrupa ülkeleri üçe ayrılmaktadır. Doğmamış bebeğin hayat hakkını annenin hayat hakkı ile eşit gören İrlanda Cumhuriyeti Anayasası, Avrupa ülkeleri arasında en yoğun koruma sağlayan ülke olmuştur. Geri kalan Avrupa ülkeleri embriyoya orta koruma sağlayan ülke olarak sınıflandırılmıştır¹⁵. Bu ülkeler embriyo veya cenine insan onuru temelinde yaklaşmış ve özellikle gelişim evrelerini dikkate alarak belli düzenlemeler getirmiştir (Mesela, İngiliz Hukukunda embriyonun korunmaya başlanması için 14 günlük bir süre öngörülmüştür. Buna göre döllenmeyi takip eden 14 güne kadar embriyolar üzerinde belirli araştırmaların yapılması mümkündür¹⁶. Söz konusu çalışmaya göre Avrupa ülkesi embriyo veya cenini salt deney malzemesi olarak kabul eden ülke olarak görülmemiştir. Embriyoyu salt deney malzemesi olarak

13 **Tacir**, s. 1308.

14 Bkz. **Tacir**, s. 1380.

15 Aysun **Altunkaş**, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 23.

16 **Tacir**, s. 1311.

kabul eden ülkeler en yoğunlukta koruma sağlayan ülkeler olarak tasnif edilmektedir. Embriyo üzerinde deney yapmayı yasaklama bakımından da dünya ülkeleri A, B, C ve D grupta yer alan ülkeler olarak dört gruba tasnif edilmektedir. A gurubu olarak tasnif edilen ülkeler, embriyolar üzerinde yapılabilecek her türlü araştırmayı yasaklamıştır. B grubu olarak tasnif edilen ülkeler ise, belirli bir süre içerisinde kök hücre araştırmalarına izin vermekte ancak bunun dışında embriyo üzerinde araştırmaları yasaklamaktadır. C grubu ülkeleri sadece artık embriyolar üzerinde 14 günlük süre sınırı içerisinde araştırmaya imkân tanımaktadır. En zayıf sınırlama getiren gurup D gurubu ülkeler olmuştur. Buna göre “insan klonlama” amaçlı olarak embriyo üzerinde araştırma yapılmasına da izin verilmiştir. İngiltere 1990 tarihli Dölllenme ve Embriyo Kanununu kabulüyle (Human Fertilisation and Embryology Act) D grubunda yerini almıştır. Almanya 2002 tarihli Kök Hücre Kanunu ile daha kısıtlayıcı bir politikayı tercih etmiştir. Düzenlemeye göre Almanların dahil olacağı kök hücre araştırmaları ancak yasaklanmıştır. Böylece Almanya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Yunanistan ve Hollanda B gurubu olarak sınıflandırılmaktadır. Embriyo üzerinde her türlü araştırmanın yapılmasını yasakladıkları için Polonya, İtalya ve Avusturya A gurubunda yer almıştır. Artık embriyolar¹⁷ bakımından da durum farklı değildir. Burada anılan ülke düzenlemelerinin doğrudan doğruya araştırma malzemesi olarak kullanılmak üzere üretilen embriyolara yönelik tutumu nasılsa, artık embriyolara göre tutumu da aynıdır.

Avrupa Konseyince hazırlanan biyotıp sözleşmesi gereğince araştırma amacıyla insan embriyosu oluşturulmasını yasaklanmıştır. 2004 tarihinde Türkiye’de söz konusu sözleşmeyi imzalamış ve usulüne olarak yürürlüğe koymuştur. Böylece sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Buna göre Türkiye’de de üzerinde araştırma yapmak amaçlı embriyo yaratılması yasaktır. Bugün yürürlükte bulunan 30.09.2014 tarihli ve 29135 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve yayımlandığı tarihte yürürlüğe giren Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalar ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğinin 20. Maddesinin 2. ve 3. fıkrasında belirtilen amaçlar dışında, embriyoların saklanması yasaklanmıştır. Aynı maddenin 6. fıkrasında ise, kural olarak embriyoların kural olarak en fazla beş yıl saklanabileceği hükmü yer almaktadır. Ne var ki söz konusu fıkrada embriyoların beş yıldan fazla bir süre için saklanması bakanlığın iznine tabi olduğu hükmü düzenlenmiştir: “*Bu maddenin ikinci*

17 Tacir, s. 1312.

ve üçüncü fıkralarında belirtilen numuneler, merkezlerde en fazla beş yıl süreyle saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirilmeleri, sayımları ve tekrar kullanılmasını engelleyecek şekilde imhası ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır”. Bir önceki yönetmelikte de (2010 tarihli yönetmelik m. 18/f.13) buna benzer bir hüküm yer almaktadır. Oysa 1996 tarihinde yürürlüğe giren ve 2005 tarihinde tadil edilen yönetmeliğin 17. maddesinde beş yıllık süre daha kesin bir şekilde ifade edilmişti; Bakanlığa (Sağlık Bakanlığına) beş yıllık süreyi uzatma yetkisi tanınmamıştır. Bugün yürürlükte olan yönetmeliğin (2014 tarihli yönetmelik) 20. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre, sınırlı olarak bazı hallerde embriyoların saklanması mümkündür. Buna göre, Türkiye’de üreme amacıyla yaratılıp yedeğe çıkan embriyoların araştırmalarda kullanılmasına da izin verilmemektedir.

Üzerinde durulması gereken ve hukuken çözülmesi gereken husus dondurulmuş embriyoların hukuki durumudur. Çünkü embriyoların oluştuğu andan itibaren insan oldukları kabul edildiği takdirde, bunların yok edilmemesi ve üzerlerinde araştırma yapılmasının çok kesin kurullarla düzenlenmesi gerekir. Dondurulmuş embriyolarla ilgili olarak üzerinde durulması gereken diğer bir mesele, bunların mülkiyet konusu olup olmayacağıdır. Ayrıca eşlerin boşanması ya da çocuk sahibi olmaktan vazgeçmesi halinde çözüme kavuşturulması gereken bir diğer hukuki sorundur. Bu durumda embriyo kime ait olacaktır? Aslında bu sorular hepsi “hayat ne zaman başlar” sorusuna ilişkindir. Yukarıda ifade edildiği üzere AİHM buna net bir cevap vermekten kaçınmıştır. Ne var ki söz konusu mahkeme, Natallie Evans davasında, embriyoların hayat hakkına sahip olmadığı ve ulusal mahkemenin embriyonun imha edilmesine ilişkin kararında bir hak ihlali olmadığı sonucuna varmıştır¹⁸. Boşanan eşlerden birinin evliken embriyonun dondurulmasına yönelik verdiği onamayı daha sonra geri çekmesi ABD’de de dava konusu olmuştur¹⁹. Burada da embriyonun hayat hakkına sahip olmadığı sonucuna varılmıştır.

Ülkemizde dondurulmuş embriyoların durumu 2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamalar ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğinin 20. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında bu husus

18 AİHM, Evans v./Birleşik Krallık, 6339/05, 10.04.2007, (<http://aihmgunlugu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>).

19 Tacir, s. 1314.

ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. “(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.* (6) *Bu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilen numuneler, merkezlerde en fazla beş yıl süreyle saklanır. Beş yıldan fazla saklanması Bakanlığın iznine tabidir. Saklanan numunelerin değerlendirmeleri, sayımları ve tekrar kullanılmasını engelleyecek şekilde imhası ilgili müdürlük bünyesinde kurulacak komisyon marifetiyle yapılır*”. Dolayısıyla söz konusu hükümlerin açık ifadesinden, embriyoların hayat hakkına sahip olduğu ileri sürmek mümkün değildir.

III. KÜRTAJ

Konuyla yakından bağlantılı olan bir diğer mesele de kadının kürtaj hakkıdır. Kürtajda çatışan iki çıkar söz konusudur. Bunlardan ilki annenin vücut bütünlüğü üzerinde tasarrufta bulunması ve kadının özel hayatının mahremiyeti, diğeri ise, ceninin hayatını sürdürmesidir. Bu hukuki sorun hakkında tartışmalar çok eskilere dayanmaktadır. Birçok muhafazakâr görüş, kürtajı yaşamın kutsallığı tezi nedeniyle reddederken, liberal görüşte olanlar konuya kadının üreme hakkı, özel yaşamına saygı duyulması ve kendi geleceğini belirleyebilmesi temelinde yaklaşmaktadırlar. Doktrinde geçen yüzyılda kürtaj tartışmasının liberaller lehine sonuçlandığı ileri sürülmektedir. Buna göre, kürtajın yasallaşması ilk olarak 1917’de Rusya’da Devrim sonrası gerçekleşmiştir. 1970 yılına gelindiğinde çoğu Avrupa ülkesinde kürtaj yasal bir hak olarak yasal düzenlemelerde yerini almıştır. Güçlü Katolik geleneğe sahip olan ve geçmişte kürtajı çok ağır cezalandıran ülkelerin başında gelen Fransa bile 1975’te 12 haftaya kadar istek üzerine gebeliğin sonlandırılmasının (kürtajın) mümkün olduğunu düzenlemiştir. Ancak diğer taraftan Malta Avrupa’da kürtajı tamamen yasaklar-ken, Katolik inancın hâkim olduğu İrlanda’da sadece annenin yaşamının tehlikede olduğu durumlarda kürtaja izin verilmektedir. Geri kalan Avrupa ülkeleri bazı şartların gerçekleşmesiyle kürtajın mümkün olduğunu

düzenlemiştir. Öte yandan İtalya ve Lüksemburg gibi bazı ülkelerde hekimlerin ahlaki veya dini inanışları gereği kürtaj yapmama hakkı bulunmaktadır.

Doktrinde, kürtaj hakkının çeşitli nedenlerle güvence altına alınmadığı durumlarda, kadının toplumsal ve kültürel en önemli rolünün kadınlık olduğu sonucuna götüreceği ileri sürülmektedir. Bunun da kadını kendi üreme sisteminin tutsağı haline getireceği ifade edilmektedir. Ayrıca kürtajın yasaklanması kadının yaşama hakkının ihlali yanında özel yaşamının ve vücut bütünlüğünün korunması hakkının da ihlalini oluşturmaktadır²⁰.

Yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM de kürtajın doğmamış çocuğun AİHS. m. 2 ile doğrudan korunan “kişi” olarak kabul edilemeyeceği ve doğmamış çocuğun “yaşam hakkı” varsa bile bu hakkın zımnen annenin hakları ve menfaatleri ile sınırlı olduğu vurgulanmıştır. Söz konusu mahkeme daha da ileri giderek, kürtajın engellendiği bazı durumları “kötü muamele ve işkence” olarak kabul etmiştir²¹.

Hayat hakkının başlangıcını konu edinen bir çalışmaya göre, embriyo veya cenin kadından ayrı ve bağımsız bir varlık değildir. Buna göre, döl lenmeyi takip eden süreç içinde embriyo veya ceninin doğuma kadar geçirdiği evreler kadına bağımlı olarak gerçekleşir. Bu sebeple onun hayatı anneden bağımsız olarak düşünülemez. Buna gerekçelere dayanarak her ikisinin de yaşama hakkına ilişkin kararı verecek olanın kadın olması gerektiği sonucuna varılmıştır. Kürtajla ilgili ortaya çıkan haklar çatışmasına ek olarak gözden kaçan bir konu da kadına ruhsal, fiziksel olarak bağlı olan ve gelişmekte olan bu canlının üzerinde sahip olduğu karar verme yetkisidir. Burada karar verme yetkisi ile kadının kendi hakları kastedilmemektedir. Yani kadının kendi geleceğini belirleme hakkı ve özel yaşamının korunması hakları değil, bizatihi embriyonun kendi hakkı açısından karar verecek merciin kadın olmasıdır.

²⁰ Tacir, s. 1316.

²¹ AİHM, Vo v./France, 53924/00, 08. 007.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch.>).

IV. FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNE GÖRE CENİNİN HAYAT HAKKI

A. Semavi Dinlere Dayalı Hukuk Sistemlerine Göre Ceninin Hayat Hakkı

1. Musevilikte Ceninin Hayat Hakkı

Yahudilerin kutsal kitabı Tanah'da ceninin hayat hakkına ilişkin bir bilgi yer almamaktadır. Ancak anne karnındaki ceninin müdahale sonucu zarar görmesi halinde uygulanması gereken cezaya ilişkin ifadeler bulunmaktadır. Yahudi din adamları da Tanah'da yer alan ifadeler üzerinden ceninin hayat hakkı ve kadının kürtaj hakkına ilişkin görüş oluşturmuşlardır. Bu görüşlerden ilkinde göre döllenen yumurta (fetüs) normal insan gibi görülmekte ve hayat hakkına sahip bir kişi olarak kabul edilmektedir. Bu fikre göre, ceninin yaşamına son vermek bir insanı öldürmekle eş değer kabul edilmekte ve kim olursa olsun saldırıda bulunan kişi hakkında adam öldürmede öngörülen cezanın aynısı uygulanmaktadır.

İkinci görüşe göre ise, anne karnındaki ceninin başı dışarı çıkmadıkça normal bir insan olarak kabul edilmez. Ancak bu aşamada cenin potansiyel bir insan olarak değerlendirilmektedir. Bu görüşün savunucularına göre cenine yapılan saldırının veya kürtajın cezası normal bir insana karşı işlenen cinayet suçunda olduğu gibi ölüm cezası değil tazminata mahkum edilmedir. . Bununla birlikte cenin bir kişi olacak şekilde gelişmekte olduğundan ona zarar verilmemesi, hayatına son verilmemesi ve korunması gerekmektedir. Yahudilere göre ceninin hayatı annenin hamile kalmasından itibaren başlamakta ve bu hayat anne karnında iken Rab tarafından kutsanmaktadır.

Yahudilerin bu yöndeki katı bakış açısı kürtajın önlenememesinden dolayı yumuşatılmıştır. Buna göre Yahudi din adamları hamileliğin ilk 40 gün içerisinde kürtajın yapılabileceğine hükmetmişlerdir; buna göre 40 gün içerisinde rahmin tahliyesi halinde bir ceza uygulanmayacaktır. Çünkü bu aşamada cenin safi bir sudan ibaret olup henüz yeteri kadar gelmemiş ve belli bir özellik kazanmamıştır.

Yahudilikte ceninin hayat hakkına üstünlük tanıyarak zina ya da enest ilişki neticesinde hamileliklerde de hâkim görüş kürtajın uygun olmadığından yanadır. Buna karşı diğer bir görüş, zina veya enest ilişki sonucu gerçekleşen hamileliğin ilk 40 gün içerisinde son erdirilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmektedir. Çünkü böyle bir ilişki sonucu doğacak çocuklar hak etmedikleri halde hayat boyu horlanacaklar, hiçbir zaman normal bir yaşama kavuşamayacaklar ve toplum içerisinde annesi babası lanetli

olarak anılacaklardır. Bunun dışında zorunluluk arz eden hallerde annenin hayatına üstünlük tanınmaktadır. Bütün yollar denedikten sonra annenin yaşaması için kürtajın yapılması gerekliyse, ceninin hayat hakkına müdahale edilip rahmin tahliyesi mümkündür. Bunu yapabilmek için annenin, kocanın, doktorun ve din adamının kürtajın yapılması yönünde görüş bildirmesi gerekir. Bununla birlikte anne bebeğini dünyaya getirmeyi tercih edecek olursa, annenin isteğinin yerine getirilmesi yönünde görüş de bildirilmiştir²².

Ebeveynlerin doğacak çocuğa bakamayacakları gerekçesine dayanarak hamileliğin bitirilmesi Yahudi değer ve geleneklerine aykırı olarak kabul edilmektedir²³.

2. Hıristiyanlıkta Ceninin Hayat Hakkı

Hıristiyanlıkta çocuk başkasına ait bir hak konusu olmayıp Allah tarafından hibe edilen bir varlıktır; hamileliğin başlangıcından itibaren bir kişi olarak hak sahibidir²⁴. Bu itibarla hamileliğin ilk anından itibaren ceninin hayat hakkı dâhil çocuğun sahip olduğu haklar bir kişi veya devlet tarafından değil; insan onurundan dolayı Allah tarafından kendisine hibe edilmiştir. Buna dayanarak ‘kiliseler’ kürtaja karşı tutum sergilemektedir. Vatikan Aile İşleri Meclisine göre, cenine hamileliğin ilk anından itibaren bir kişi olarak saygı duyulmalıdır²⁵. Los Angeles Kıpti Ortodoks Kilisesi mensubu el Anbarsirabyun “Kilise ve Çağdaş Meseleleri” adlı kitabında canlı bir varlığa ilişkin olduğu için, kürtaj tehlikeli bir meseledir; ceninin yaşının bir gün veya birkaç gün ya da hafta olmasının bir önemi yoktur. Cenin ilk oluştuğu andan itibaren, hayat hakkı ve diğer haklara sahip onurlu bir canlıdır. O halde anne, doktor veya diğer herhangi bir şahıs kürtajı nasıl gerçekleştirebilir veya yapılmasını kolaylaştırabilir? Bunu yaptıkları takdirde, canlı bir varlığın hayatını ortaklaşa sonlandırmış olurlar; bu da dinen kabul edilemez. Kürtaj, kasıtlı olarak işlenen bir cinayettir²⁶.

22 Aynur **Eryiğit Bader**, “Yahudilik Hıristiyanlık ve İslam’da Kürtaj”, Antakya/Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, s. 120-124.

23 **Eryiğit Bader**, s. 124.

24 Selim **Ed-Dahır/Muhammed Tay**, Hukuk’ut-Tifil Vi’l Mesihiyeti V’el İslam Bi’l Mukane Maa İttifakiyet’ül Umem’ül Muttahide Lihukuk’ut- Tifil, Bası 2, Kitap Katolik Basın Merkezinin Yardımıyla Yayınlanmıştır, Lübnan 2012, s. 70.

25 **Ed-Dahır/Tay**, s. 70.

26 Los Angeles Kıpti Ortodoks Kilisesi mensubu el Anbarsirabyun, Kilise ve Çağdaş Meseleleri, s. 49 (**Ed-Dahır/Tay**, s.73’dan naklen).

İkinci Vatikan Konseyi de kürtajı bir cinayet olarak nitelendirmiştir. Bahsedilen Konseye göre, “şüphesiz ki yumurta döllendiği andan itibaren, anne ve babanın hayatından bağımsız kendine özgü olarak gelişen yeni bir canının hayatı başlamış olur”. Papa 2. Yuhanna Pavlus’a göre “cenin biyolojik bir topluluktur. Ancak aynı zamanda beşeri bir şahıstır; bir canlı olarak onuruna saygı duyulmalıdır”²⁷. Cenin oluştuğu ilk andan itibaren bir nefistir (candır), bedensiz ruh ya da ruhsuz bedenden bahsedilemez; beden ve ruh ayrımı yoktur. Ruh ile beden aynı anda yaratılır; her zaman gebelikte böyle bir durum söz konusudur. İnsan mevcutların efendisidir. Cenin masumdur; sağlıklı olsa da olmasa da yasal bir ilişkinin ürünü olsa da olmasa da oluştuğu andan itibaren var olma hakkına sahiptir²⁸. Bu hususla ilgili olarak Rum Katolik Kilisesi, Anglikan Kilisesi, Ortodoks, Protestan ve Doğu Kiliseleri aynı doğrultuda tutum sergilemiştir²⁹. Her hayat kutsaldır. Ancak annenin hayatına ilişkin gerçek bir tehlike söz konusu olduğu durumlarda kürtajın yapılması mümkündür³⁰. Hıristiyanlıkta genel eğilim yukarıda aktarılanlardan ibaret olmakla birlikte bazı Hıristiyan din adamı ve düşünürlere göre (ST. Augustine) ceninin hayatı veya insani niteliği (Animation or Humanization), yumurtanın döllenmesi sonrası ceninin cinsiyetine göre on dördüncü veya on sekizinci günden itibaren başlar.

27 el Baba Yuhanna Pavlus es- Sani, İncil’ül Hayat, el Adet 54 (**Ed-Dahr/Tay**, s.75’ dan naklen).

28 **Ed-Dahr/Tay**, s.76-77; 1869’da Hıristiyanların dini lideri (pope pius IX) kürtajı yasaklamış ve yapanlara kiliseden kovma cezası uygulamıştır. Rum Katolik Kilisesi ve Anglikan, Kilisesi ceninin hayat hakkına sahip olduğuna karar vermiştir. Hıristiyan dini lideri (pope paul VI) kürtajın ve hayatın devamlılığını engelleyen her fiilin cinayet olduğunu ifade ederken pope john paul II her aşamada ceninin hayatının mukaddes olduğunu saymıştır. Ortodoks, Protestan ve Doğu Kiliseleri aynı doğrultuda tutum sergilemiştir. Hıristiyanlığın bu yöndeki tutumu İrlanda, Polonda, Malta, Portekiz, İspanya , Fransız ve birçok ülkenin kanun koyucusunu etkilemiştir (Ali Hadi Atiyye **el Hilali**, el Merkez’ül Kanuni Lic- Cenin Fi Zil’il Abhas’üt-Tubbiyye V’t- Takaniyet’ül Müsaide F’İl İncap, Dirase F’il Kanun’ül Am’ül Mukaren (Muazzeze Bin-Nusus’ül Destüriyye V’t-Teşriyye V’t-Ticahat’ül Kaza’ül Avrurpi Ve’l E^mriki), Kulliyet’ül Kanun Camiat Dikar, Menşurat’ül Halebi el Hukukiye, Bası 1, Beyrüt/Lübnan 2012, s. 219-221).

29 **el Hilali İ**, s. 18-19.

30 Los Angeles Kıpti Ortodoks Kilisesi mensubu el Anbarsirabyun, Kilise ve Çağdaş Meseleleri, s. 49 (**Ed-Dahr/Tay**, s.78’ dan naklen).

Ceninin insani niteliğinin veya değerinin bahsedilen süreden itibaren başlatılmasının gerekçesi, bahsedilen sürelerden sonra bir insani cisim olarak gelişmeye başlamasıdır³¹.

Yukarıda bahsedilen genişletici fikre karşı, bazı Hıristiyan dini düşüncüler ceninin hayatının başlangıcı hususunda daha daraltıcı bir bakış açısı ileri sürmektedir. Bunlara göre ceninin insani niteliği veya değeri annenin ceninin hareketlerini hissettiği anda başlar (quickening or when the fetus move). Bu fikre göre ceninin insani değeri fiili olarak mevcudiyetinden itibaren değil, kendisini ispat ettiği andan itibaren başlatılmaktadır. Ancak bu kriterin isabetli olmadığı ileri sürülmektedir. Zira kendini hissettirme olayı ceninden cenine değişir. Performansları bakımından ceninler birbirinden farklıdır. Bu sebeple bu fikir tutarlı bir kanuni kriter olarak benimsemeye elverişli değildir.

Yukarıdaki bahsedilen daraltıcı fikirlerin daha da ötesine giderek Tevrat'ın bakış açısı üzerinden hareket ederek, insani şekle benzedikten sonra ceninin insani hayatının başlayacağını savunan Hıristiyan din adamları tarafından ileri sürülen görüşler de vardır. Buna göre yumurta doğrudan doğruya döllenme anında insani hayata dönüşmez, insani hayat ceninin insan şekline bürünmesinden (a humanshape) sonra başlar. Yukarıda da ifade edildiği gibi bu fikir bedenle ruh arasında ayırım yapan Tevrate dayalı anlayışın etkisinde olan bir görüştür. Zira Tevrat'a göre Adem (a.s.) iki aşamada yaratılmıştır; ilk olarak bedeni (his body) ikinci aşamada da ruhu (his a soul) yaratılmıştır. İslam dininde hiçbir şer'i dayanağının olmamasına rağmen bu fikir İslam doktrinine de sızmıştır³². Ancak bu daraltıcı bakış açılarına rağmen Hıristiyanlıkta genel çizgi değişmemiştir. Bugünkü Hıristiyan anlayışına göre ceninin tam insani niteliği yumurtanın döllenmesinden itibaren başlamaktadır. Bu andan itibaren kutsal (sacred) insani hayat başlar; insani hayatın bütün aşamaları Allah tarafından yaratılmıştır ve kutsaldır³³.

31 **el Hilali**, s. 18-19.

32 İslam hukukçularına göre, ruh ile beden birbirinden bağımsız iki hakikattir. İnsan bu iki hakikatin birleşimidir. Ruhun cesetle birleşmesi halinde canlı insan olur, ayrılmaları halinde ise ölmüş insan söz konusu olur. Bunun aksini savunan görüşler de vardır. Bir görüşe göre, yumurtanın döllenmesinden itibaren ruh ile beden aynı anda yaratılmış olur ve gelişmeye devam eder. Buna göre yaratılış aşaması olarak ilk başta beden aşaması daha sonra da ruh aşaması gibi bir teselsül yoktur (**el Hilali**, s. 38-39).

33 **el Hilali**, s. 20-21.

Rum Katolik kilisesinin cenin için çizdiği dini kavramın etkisi sonucu Meksika, Kolombiya, Filipin ve Çek Cumhuriyeti kanun koyucuları açık bir şekilde ceninin anayasal değere sahip olduğunu düzenlemiştir. Filipin anayasası ceninin ve annenin eşit anayasal değere sahip olduğuna işaret etmiştir. Filipin anayasası, daha doğmamış hayat olarak adlandırdığı ceninin hayat hakkının var olduğunu ve bunun döllenenmeden itibaren başladığının altını çizmiştir “the life of the unborn from conception”³⁴. Söz konusu ülke anayasası ceninin hayat hakkını döllenenmeden itibaren (from conception) başlattığı için, sadece doğal dölllenme değil, rahim dışında gerçekleştirilen suni dölllenme sonucu meydana getirilen embriyo da hayat hakkına sahiptir. Filipin anayasasında olduğu kadar açık olmasa da İrlanda anayasasında daha doğmamış hayat (the unborn life) tabirini kullanarak cenini anayasal bir değer haline getirmiştir. Ancak hayat hakkının döllenenmeden itibaren başladığını açık bir şekilde düzenlememiştir. Bu da doktrinde suni dölllenme sonucu meydana getirilen embriyoların hayat hakkının olup olmadığı tartışmasına sebebiyet vermiştir³⁵. İrlanda Yüksek Mahkemesine göre, doğal yolla gerçekleşen döllenmede ceninin hayat hakkı dölllenme itibarıyla başlar; bu kapsamda suni dölllenme yoluyla elde edilen embriyoya hayat hakkı tanınmamaktadır³⁶. Kısacası İrlanda yargısına göre rahimdeki cenin, döllenenin gerçekleştiği andan itibaren hayat hakkına sahip iken, suni dölllenme sonucu meydana getirilen embriyonun hayat hakkı bulunmamaktadır. Ancak ceninin hayat hakkına sahip olmaması onun korunmayacağı anlamına gelmez; suni dölllenme sonucu meydana getirilen embriyo da insanlık onuru kavramı kapsamında korunmaktadır. Zira döllenenin gerçekleştirildiği andan itibaren embriyo için bir biyolojik hayat başlar³⁷. Aynı İrlanda’da olduğu gibi Çekya kanun koyucusu da ceninin hayat hakkının doğumdan önce başladığını düzenlemiştir. Çekya Anayasası ceninin hayat hakkına (beforeborn) tabirini kullanarak işaret etmiştir (Art: 6/1. Resolution of the presidium of Czech national council N. 2/1993 collamended by conistitution act Nr. 162/1998 coll, came into force 1 stJanuary 1999: “Every body has the right to live. Human life deserves to be protected already before birth” Herkesi yaşama hakkına sahiptir. İnsan yaşamı doğumdan önce de korunmayı hakkeder). Bu sebeple

34 Section 12, Philippins constitution 1987 (el Hilali, s. 64’ten naklen).

35 el Hilali, s. 65-69.

36 el Hilali, s. 67.

37 el Hilali, s. 69.

Çekya doktrinde de suni dölleme yoluyla meydana getirilen embriyonun hayat hakkına sahip olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak Çekya kanun koyucusunun bu hususla ilgili olarak Rum Katolik kilisesi fikrinin etkisinde olduğu gerekçesine dayanarak, rahim içindeki ya da dışındaki cenin arasında fark gözetmeksizin dölleme anından itibaren ceninin hayat hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir³⁸.

3. İslamiyet'te Ceninin Hayat Hakkı

Arapçada cenin kelimesi, “gizli olan şey, gizlenmiş, örtünmüş, gözle görünmeyen, üstü gömülü, örtülü, gecenin örtmesi, gizlemesi ve anne rahmindeki çocuk” anlamında kullanılmaktadır. Söz konusu kelime “cenne” fiilinden türetilmiştir. Cenin kelimesinin çoğulu ecinne (اجنة) ve ecnun (اجنون)’dur³⁹. Görülmez oldukları için cin (جن) ve akli dengesi yerinde olmayan kişiye yine bu kelimedenden türetilmiş bulunan mecnun (مجنون) adı verilmektedir. Aklın kapalı olması haline cünun (جنون), akli dengesi yerinde olmayan kişiye mecnun (مجنون) denilmektedir⁴⁰.

Ceninin fıkhıdaki anlamı, kelimenin söz anlamına benzerdir. Buna göre cenin; “*henüz doğmamış, doğum vaktine kadar ana rahminde saklı olan çocuğa verilen isim*”dir (İslam hukuk doktrinde cenin farklı şekillerde tanımlanmaktadır⁴¹. Cenin Kur’an ve Hadis’te bahsedilen şekilde

38 el Hilali, s. 69.

39 Sedar **Mutçalı**, el Mucem’ül Arabi el Hadis (Arapça- Türkçe Sözlük), Dağarcık yayınları, İstanbul 1995, s. 131-132; Musavi **İde**, Hukuk’uc-Cenin Fiş Şeria V’el Kanun, Muhammed Budyaf- Mesile Üniversitesi Hukuk ve Siyaset Bilimleri Fakültesine Hukuk Bölümüne Sunulan Yüksek Lisans Tezi, Cezayir 2017, s. 6.

40 Muhammed bin Mukerrem bin Ali Ebu’l-Fadl Cemaluddin **İbni Manzur** (v. 711), Lisanu’l-Arab, XIII, Üçüncü Baskı, Beyrut 1414, s.93-95; el Hilali, s. 23.

41 İslam hukuk doktrinde cenin farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Bazı yazarlar döllemenin doğal veya rahim dışı gerçekleşmiş olması arasında bir fark gözetmeksizin, yumurtanın spermle birleşmesinden itibaren doğum anına kadar meydana gelen varlığı cenin olarak adlandırmaktadır. Diğer bazıları ise, döllemiş yumurtanın rahimde istikrar ettiği andan itibaren ancak cenin olarak adlandırılabilir; bu aşamadan önce hücreler birliği söz konusudur. Başka bir grup yazar ise, anne karnındaki varlığı, beşeri yaratığa benzediği ve kendisine ruh üflendiği andan itibaren cenin olarak adlandırmaktadır. Bahsedilen tanımlar için bakınız; Selam Abdüzzehara Abdullah **el Fetlavi**/Müştak Abdülhay Abd’ülhüseyn **Bedir**, “Eser’üt-Tatavi’ül İlmi Ala Tevessi’ül Mefhum’ül Kanuni Lic-Cenin, Dirase Mukarene”, Mecellet’ül Muhakkik’ül Hilli Lilulum’ül Kanuniye V’es-Siyasiye, C. 9, S. 2, Camiat’ül Babil Külliyyet’ül Kanun, 2017, s. 23-216; **İde**, s. 6-8.

anılmakta, insanın dünyaya gelmeden önceki değişim ve gelişim safhalarını ifade etmektedir⁴². İslam hukukunda cenin, ana rahmindeki varlığın genel adıdır. Kur'an'da cenin bulunduğu aşamaya göre, farklı adlarla (Nutfe, Alaka, Mudğa, Azm, Lahm, başka bir varlık haline gelme) adlarla anılmaktadır⁴³. Kur'an, ceninin son aşaması olarak, başka bir varlık haline

42 İsmail **Bilgili**, İslam Hukukunda Cenin Hakkı ve Onuruyla İlgili Hükümler, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 24, 2014, s. 221-222.

43 Ceninin bahsedilen aşamaları şöyledir; ilk aşama Nutfe (نطفة)'dır, yani döllenmiş yumurta aşamasıdır. Zigot anlamına gelen nutfe aşamasında cenin henüz ana istikrar etmemiştir. Bu sebeple nutfe ceninin bir ön aşamasıdır; henüz ana rahmindeki yerine yerleşmediği için, söz konusu oluşum cenin olarak kabul edilmemektedir. Nutfe, erkek sperm hücrelerinin kadın yumurtasıyla rahim ağzında, fallop denen rahim tüpü içinde en geç yirmi dört saat içinde birleşerek oluşan döllenmiş yumurta veya hücredir ki buna "zigot" adı verilir. Kur'an'da nutfe kelimesi on iki yerde zikredilmiştir. Bu da doktrinde bir yazara göre Kur'an'ın bu aşamadan itibaren cenine verdiği büyük insani değeri göstermektedir. Buna dayanarak bahsedilen yazar Kur'an'ın cenini ana ve babasından bağımsız bir canlı varlık olarak kabul ettiğini ileri sürmektedir (**el Hilali**, s. 30). İkinci aşama, "alaka aşamasıdır". Alaka, asılı olmak, tutunmak, yakalanmak anlamını ifade eden "alike" (علق) kökünden türetilmiş bir kelimedir. Aynı kelimeden türetilen "alk" kelimesi kıymeti şey, "alak" ise sülük veya pıhtılaşmış anlamlarını ifade eder (Bkz. **Mutçalı**, s. 588-589). Fıkıh bakımından, kadının yumurtasının erkeğin spermıyla birleşmesi sonrası istikrarsız haldeki döllenmiş yumurtanın (nutfenin), rahmin duvarına ilişmesinden sonra "alaka" aşaması başlamış olur. Bu aşama nutfenin üzerinden bir hafta geçtikten sonra başlar (**el Fetlavi/Bedir**, s. 220-221). Bu itibarla alaka, rahim çeperine veya duvarına asılı hücreler topluluğudur. Bu aşamada hücreler hayatiyet kazanmış bir cenindir. Kur'an'ın ceninin bu aşamasını anan bir suresi "Alak Suresi" adını taşır. Doktrinde yer alan bilgilere göre bu merhalede cenin sadece can sahibidir, henüz kendisine ruh üflenmemiştir (**Bilgili**, s. 222). Cenin bir diğer aşaması ise "mudğa" aşamasıdır. Mudğa kelimesi de madağa (مضغعة) yani çiğnemek fiilinden türetilmiş bir kelimedir. Mudğanın sözlük anlamı çiğnenmiş lokma, et parçasıdır (**Mutçalı**, s. 838; **İde**, s. 11). Diğer bazı yazarlara göre ise mudğa, içine yeşil renkli kan damarı işlemiş kırmızı renkli (kızıl) et parçasıdır (Bkz. **el Hilali**, s. 43). Fıkıhta ise mudğa, rahim çeperine asılı duran cenin, 25. günden itibaren bir et parçası görünümüne dönüşerek mudğa aşamasına geçer. Hamileliğin beşinci haftasına kadar uzanan bu aşamanın son safhalarında ceninin artık yüzü de dahil vücut azaları biçimlenip belirmeye başlamış olur. Ceninin göz, dil, ağız ve dudakların yaratılmasıyla bu süreç beşinci haftayı da kapsayacak şekilde devam eder. Cenin bu aşamada artık tam bir insan şeklini almış olur (**Bilgili**, s. 223; **el Fetlavi/Bedir**, s. 221). Mudğa aşamasından sonra "Azm" merhalesi gelir. Azm (عظم) kemik demektir (**Mutçalı**, s. 579). Altıncı haftadan sonra mudğa, ceninde iskeleti meydana getiren kemiklere dönüşür. Hamileliğin yedinci haftasında omurga ve göğüs kemikleri, kafatası ve çene kemikleri görünmeye başlar (**el Fetlavi/Bedir**, s. 221-222). Daha sonra kemikler üzerine et bürünmeye başlar ve böylece, "Lahm/Lحم" et (kemiklere giydirilen et) aşaması başlamış olur. Hamileliğin

gelmeden bahseder. Bu aşamada cenine ruh üflenmesinden sonra başlar. Bu itibarla Kur'an, ceninin başlıca iki aşamasından bahseder. Kur'an'a göre aslında cenin, ana rahminde ruh üflenmeden önce ve ruh üflendikten sonra olmak üzere iki esas safhadan geçmektedir. Ancak ruhun ne olduğunun bilinmemesinin “وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ فَقُلِ الرُّوحُ مِنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا” (İsra Suresi 85. Ayet, ‘Sana ruh hakkında soru sorarlar. De ki ruh rabbimin emrindedir ve size pek az bilgi verilmiştir’) yanında, cenine hangi anda ruhun üflendiği konusunda fıkhîta İslam hukukçuları arasında bir mutabakat sağlanmış değildir (Peygamberden (s.a.v.) rivayet edilen hadislerden birine göre hamilelikten itibaren 40 gün sonra diğer bir hadise göre 120 sonra ruh üflenmiş olur)⁴⁴. Bunun için yaratılışın ne zaman tamamlandığının tespiti gerekir. Kur'an'da bu hususla ilgili bir süre belirtilmiş değildir. Kur'an'da safhalar zikredilmiş, süreye yer verilmemiştir. Hadislerde ise yaratılışın tamamlanmasının hamileliğin başlamasından itibaren hesaplanmak üzere kırk küsur gün ile yüz yirmi gün şeklinde iki ayrı süre verilmektedir⁴⁵. Yani hadis bakımından da bu hususla ilgili bir muğlaklık söz konusudur. Buna binaen bu hususta ileri sürülen görüşler de birbirinden farklıdır⁴⁶. Bunun sonucu olarak ceninin düşürülmesinin caiz olup olmadığı, olacaksa hangi aşamada veya zamanda caiz olacağı hususunda birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür⁴⁷.

Doktrinde bir görüş Buhari ve Müslim'in hadislerine dayanarak ruh üfleme-
sinin ilk kırk gün içinde olduğunun rahatlıkla anlaşılacağını savunmaktadır. Buna göre insan ruh ve beden toplamıdır. Bu itibarla yalnızca

yedinci haftasından itibaren bu merhale başlar ve sekizinci haftada ceninin “lahm” safhası gerçekleşmiş olur. Ceninin ademoğlu suretini alması bu aşamada iyice belirginleşmeye ve bu aşamanın tamamlanmasıyla cenin hareketlenir (**Bilgili**, s. 223). Son aşama olarak Kur'an ceninin “başka bir varlık haline” (ثُمَّ أَنْشَأَهُ خَلْقًا آخَرَ) gelmesinden bahseder. Cenin başka bir varlık haline gelmesi kendisine ruh üflenmesiyle başlayacaktır.

44 **İde**, s. 14-15.

45 Bkz. Hüseyin **Çetin**, Metin ve Sened Tenkidi Açısından Meleğin Cenine Ruh Üfleme ve Kaderini Yazması Hadisinin Değerlendirilmesi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, 2008, s. 26-24.

46 Bir görüş ruhun ilk kırk günden itibaren üflendiğinden yanadır. Buna karşılık çoğunluğu görüşü ise ruhun üçüncü kırk günden sonra üflendiğini savunmaktadır. Bunların yanı sıra kocası ölen kadının iddet (bekleme) süresi (İslam hukukunda kocası ölen kadının iddet süresi dört ay on gündür) üzerinden hareket eden bir görüş, kıyas yoluyla cenine ruh üfleme zamanını da dört ay on günden sonra olduğu kanaatini ileri sürmektedir (Bkz. **Bilgili**, s. 223-225).

47 **el Hilali**, s. 195-196; **Bilgili**, s. 224.

bedene insan denilmeyeceği gibi, sadece ruha da insan denilemez. Bu sebeple, ceninle ilgili olarak kırk güne kadar ki hükümler ve ondan sonraki hükümler birbirinden farklı olacaktır⁴⁸.

Modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da çoğu yazarın görüşüne göre ceninin hak ehliyeti, sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak ana karnına düştüğü andan itibaren başlar; hak ehliyeti hükümlerini geçmişe etkili olarak doğurur. Buna göre sağ ve tam doğum geciktirici nitelikteki şarta bağlı olarak cenin ana karnına düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bu yönüyle mevcut Türk hukuku ile bir benzerlik söz konusudur. Ne var ki İslam hukukuna göre ceninin anneye saldırılması (anneye darbe vurulması) gibi haksız fiil neticesinde ölü doğması halinde de takdiren sağ doğduğu kabul edilmektedir. Buna göre ölü doğan çocuk hükmen sağ doğmuş kabul edilmektedir⁴⁹. Bu da kişiliğin ve hayat hakkının doğumdan önce başladığına bir işarettir.

Cenin hak ehliyetine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen başka görüşler de vardır⁵⁰. Bir görüşe göre ceninin hak ehliyeti, onun ölü doğmaması şartına bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren başlamaktadır. Bir öncekinden farklı olarak burada ceninin hak ehliyeti bir geciktirici şarta değil bir bozucu şarta bağlanmaktadır⁵¹. Buna göre, cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve haklarını ana rahmine düştüğü andan doğana kadarki süreçte kanunî temsilcisi vasıtasıyla kullanabilecektir. Cenin ölü doğduğu takdirde, hak ehliyeti geriye etkili olarak ortadan kalkacaktır. Aslında bu görüş, ceninin kişiliğini hak ehliyetine sahip olduğu andan başlatması bakımından tutarlı bir görüştür. Bu görüş doktrinde kazanılmış hakların sonuçları itibariyle geriye dönük iptalinin hukuk mantığıyla örtüşmediği şeklinde eleştirilmektedir. Buna göre böyle bir yaklaşımın hukuki karışıklığa yol açar⁵². Ancak bu eleştirilere rağmen kendi içinde tutarlı olduğu için isabetli bir görüş olduğu kanaatindeyiz. Bu hususla ilgili olarak ileri sürülen diğer bir görüşe göre, burada şartın geciktirici mi, yoksa bozucu mu olduğuna, kazanılması ve kullanılması söz konusu hakkın niteliğine ve cenin korunma ihtiyacına göre bir ayırım yapılarak karar verilmelidir. Buna göre, ceninin kişiliğinin korunması, miras

48 **Bilgili**, s. 225.

49 **Bilgili**, s. 225-226.

50 Bkz. Leyla Müjde **Kurt**, “Cenin Mal Varlığı Hakları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1, Malatya 2011, s. 180-184.

51 **Kurt**, s. 185 dn.32.

52 **Bilgili**, s. 229 dn. 76.

hakkı ve menfaatlerinin kanunî temsilci tarafından korunması bakımından, hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşme ehliyeti bakımından, doğacak çocuğun hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵³.

Ceninin hayat hakkının tarihi geçmişine bakıldığında çoğu dinlerin buna önem verdiği ve çocuğun düşürülmesinin büyük günahlardan sayıldığı ve bu sebeple yasaklandığı görülmektedir. Yahudilik, Hıristiyanlık ve Hinduizm’de çocuğun düşürülmesi büyük günahlardan olarak değerlendirilmiş ve yasaklanmıştır⁵⁴. İslam hukukunda da cenin hangi aşamada olursa olsun en azından hayat sahibi bir canlı olarak kabul edilmiş, saygıya değer görülmüş ve dokunulmazlığıyla ilgili hükümler getirilmiştir. İslam hukukçularının çoğunluğu yaratılışı tamamlanmış, yani kendisine ruh üflenmiş cenini bilerek veya hata neticesinde düşüren kişinin gurre (غرة) cezasına çarptırılması gerektiği kanaatindedir. Gurre, cenin düşürülme fiilinin işlenmesinden dolayı ödenmesi gerekli mali tazminattır⁵⁵. Çoğunluğun görüşüne göre, ceninin düşürülmesinin tazminatı olarak ödenen gurre, tam diyetin yirmide biri kadardır⁵⁶. Gurreyi, çocuk düşürme fiilini işleyen kişi öder. Gurrenin mirasçılara intikali mümkündür. Ne var ki ceninin düşmesine sebep olan babası da olsa katil sayıldığından o gurreye mirasçı olamaz. İslam hukukuna göre cenin bir taraftan annenin bir parçası diğer taraftan ise bağımsız bir can hükmündedir. Bu sebeple, ceninin annesiyle birlikte ölümüne sebep olduğunda hem annesi hem de cenin için ayrı ayrı diyetin ödenmesi gerekir⁵⁷.

İslam hukukunda yaratılışı tamamlanıp kendisine ruh üflendikten sonra, ceninin düşürülmesinin bir suç olduğu konusunda hukukçular arasında görüş birliği bulunmaktadır. Burada gelişimini tamamlamış bir varlık söz konusu olduğu için, sağlıklı olup olmadığına bakılmaksızın düşürülmesi yasaklanmış, kimden gelirse gelsin ceninin hayatını sona erdiren müdahaleler suç olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu aşamada annenin

53 Kurt, s. 182.

54 Ömer Faruk Harman, “Çocuk Düşürme”, DİA, İstanbul 1993, VIII/363-364, s. 363; Bilgili, s. 229.

55 Muhsin Koçak, “Gurre”, DİA, İstanbul 1996, XIV/211-212, s. 211; Bilgili, 230.

56 Bilgili, s. 230.

57 Bilgili, s. 230.

hayatının tehlikede olması durumunda rahmin tahliyesi mümkün görülmektedir; çünkü annenin hayatı asıl olduğu için korunması evladır⁵⁸. Ne var ki yukarıda da ifade edildiği üzere, ceninin ne zaman tamamlandığı ve ne zaman kendisine ruhun üflendiği konusu tartışmalıdır.

Doktrinde aktarılan bilgilere göre Hz. Peygamber (s.a.v.) cenini insan olarak kabul etmiş ve “onun diyetini ödeyin” buyurmuştur. Buna göre cenini düşüren diyet ödemekle yükümlüdür. Bilindiği gibi diyet insanın öldürülmesi neticesinde ödenmesi gereken maddi desteğin (tazminatın) adıdır. Bu itibarla cenin için diyetin gerekliliği ceninin insan olma özelliğine sahip olmasından kaynaklanır.

Yaratılışı henüz tamamlanmamış, yani kendisine ruh üflenmeden önce çocuk düşürülmesi hükmünün ne olacağı İslam hukukçuları arasında tartışmalı konulardandır. Aynı mezhep mensubu hukukçular arasında bile görüş birliği yoktur. Hanefî mezhebi mensubu bazı hukukçulara göre ruh üflenmeden önce çocuk düşürmek kerahetle birlikte mubahtır (yapılması hoş karşılanmamakla birlikte yasak değildir). Aynı mezhep mensubu bir başka hukukçuya göre, kırk gün dolmadan döllenen yumurtaya cenin denmez ve insan olarak kabul edilmez⁵⁹. Bu sebeple bu aşamada onun düşürülmesi mutlak olarak caizdir. Ne var ki Hanefî mezhebinde hâkim görüş bunun ancak haklı bir sebebe dayanması ile caiz olacağı şeklindedir⁶⁰. Şafii, Maliki ve Hambeli mezheplerinde de durum Hanefî mezhebinden farklı değildir. Söz konusu mezhep hukukçuları arasında da bu husus hakkında görüş birliği yoktur. Ancak Şafii, Maliki Hanbeli ve İmamiye mezhebi mensubu bazı hukukçular, ruh üflenmesinden önce de, döllenenin gerçekleştiği andan itibaren ceninin düşürülmesi haramdır⁶¹. Mezhep farkı gözetmeksizin İslam hukukçularının çoğu ruhun üflenmesinden önce ceninin düşürülmesinin mubah olduğunu kabul etmektedir. Gereçleri ise, ruhun üflenmesinden önce ceninin vücut yapısı tamamlanmamış ve insan vasfını henüz kazanmamış olmasıdır. Bu aşamada rahimdeki varlık henüz

58 Sabık **Es-Seyid**, “Fıkh’üs-Sünne”, C. 2, Bası 2, Mektebür-Reşit Li’n-Neşir Ve’t-Tevzi, Er- Riyad 2001, s. 289; Avn Abdullah **el Feyzi**,” Hukuk’uc-Cenin Beyn’eş-Şeria V’lkanun Dirase Mukarne”, Mecellet’ül Ulum’ul İslamiye, C. 5, S. 10, s. 83.

59 Alâuddîn Ebû Bekr bin Mes’ûd bin Ahmed el Kâsânî (v. 587), Bedâi’u’s-Sanâi’ fi Tertîbi’ş-Şerâi, I-VII, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye 1406/1986, VII; s.325; Hanefî fikhına göre cenin bir yandan ademoğlu olması hasebiyle bir (nefis/نفس) kişidir. Ancak diğer taraftan hayatı annesine bağlı olduğu için bir (nefis/نفس) kişi olarak kabul itibar edilmemektedir (**İde**, s. 26).

60 **Bilgili**, s. 231; **İde**, s. 28-29.

61 Bkz. **el Feyzi**, s. 83-84; **el Fetlavi/Bedir**, s. 233.

Allah tarafından “*biz âdemoğlunu onurlu kıldık*” övgüsüne muhatap “*in-san*” hüviyetini henüz kazanmamıştır⁶².

Yukarıda bahsi geçen ve ruh üflenmesinden önce de ceninin düşürülmesinin mubah olmadığını savunan görüş, ceninin hayatının bu aşamadan itibaren başladığını kabul etmektedir. Bu görüşü savunanlar ruhun daha sonra üflendiğini kabul etmekte iseler de, bunun ancak cenin düşürülmesi halinde ödenecek tazminatın miktarı bakımından önem arz ettiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre cenine karşı yapılan saldırı yetişkin bir insana yapılan saldırı gibidir. Ruh üflendikten sonra saldırı neticesinde cenin düşürülmesine karşılık verilmesi gereken diyet miktarı yetişkin bir insanın öldürülmesi durumunda ödenmesi gereken diyet kadardır⁶³. Bu görüşte olan yazarlara göre, ruh üflenmesinden önce bile zaruret halinde rahmin tahliyesi mümkündür⁶⁴. Bunlara göre esasen mevcut olmayana ruh da üflenmez. Hatta çağdaş bazı İslam hukukçuları döllemenin doğal veya yapay olması arasında bir fark gözetmeksizin rahimde istikrar etmeden önce döllemenin yapıldığı andan itibaren cenin için hayatın başladığını kabul etmektedir⁶⁵. Diğer bir görüşe göre ise, cenin için hayatın başlaması ruhun üflendiği andır. Ruhun üflenme zamanı tartışmalı olsa da hatırı sayılır çoğunlukta bazı yazarlar, bunun hamileliğin dördüncü ayının başında olduğunu ileri sürmektedirler⁶⁶. Bu görüş, ceninin bu aşamada fiili olarak hareket etmeye kendini hissettirmeye başlamasına ve kalp atışlarının duyulmaya başlaması gibi yakinen yaşıyor olduğunu gösteren belirti ve delillere dayanmaktadır. Ne var ki söz konusu belirtiler histerik (yalancı) gebelik gibi hastalıklardan da kaynaklanabilir⁶⁷. Hanefi ve bazı Şafii mezhebi mensubu hukukçular tarafından benimsenen bu görüşe göre, ruh üflenmeden önce cenin insan değildir. Bu aşamada cenin gelişme, büyüme ve beslenme hayatına sahiptir; hayatı insani (âdemi/beşerî) nitelikte bir

⁶² Görüşler için bakınız: **el Feyzi**, s. 83-84; **Bilgili**, s. 232.

⁶³ Es-Seyid Muhammed Sait el Hakim **Et-Tabatabai**, Fikh’ül İstinsah’ül Beşeri V’el Halaye’l Ciziye ve Fetavi Tıbbiye, Bası 6, Dar’ül Hilal, Kum/ İran, 2013, s. 127; eş-Şeyh Muhammed İshak **el Fayyaz**, el Mesail et-Tubbiye, basım yeri ve tarihi belli değil, s. 35; es-Seyid Ali el Hüseyini, **es-Sistani**, Minahc’üs-Salihin, Cüz 1, s. 429; **el Fetlavi/Bedir**, s. 233.

⁶⁴ **el Fetlavi/Bedir**, s. 233.

⁶⁵ **İde**, s. 42; **el Fetlavi/Bedir**, s. 235.

⁶⁶ **el Fetlavi/Bedir**, s. 222; 233.

⁶⁷ Bkz. **el Hilali**, s. 40.

hayat değildir. Bunlara göre, bu aşamada cenin ölü olarak da nitelendirilmez. Zira ruhun bedenden ayrılmasından sonra ölümden bahsedilir. Oysa burada esasen ruh bedene girmemiştir/üflenmemiştir⁶⁸.

Hanefi Mezhebi mensubu bazı yazarlar, cenini annesinin bir parçası olarak nitelendirmektedir. Söz konusu yazarların bu yöndeki görüşü diğer bir kısım yazarlar tarafından eleştirilmektedir. Zira onlara göre cenini annenin bir parçası olarak kabul etmek onun serbest bir şekilde cenin üzerinde tasarruf edebileceğini kabul etmek anlamına gelir. Diğer yandan cenin annesinin bir organı olmadığı için onu annesinin bir parçası olarak kabul etmek mümkün değildir. Ceninin aynı zamanda birbirinden müstakil vücuda sahip hem annesinin hem babasının bir parçası saymak mümkün değildir⁶⁹.

Çağdaş bazı İslam hukukçularına göre, cenin mülkiyeti anne ve babasına ait bir şey değildir. Dolayısıyla satılması muteber değildir. Ancak rahim dışında suni dölleme sonu elde edilen embriyonun sözleşmeye konu yapılması (satılması) mümkündür. Bu görüşü savunanlar bile anne karnındaki cenini anne ve babasına ait bir şey olarak görmemektedir. Bunlara göre anne rahmindeki cenin ebeveyninden bağımsız bir varlığa sahiptir. Ancak belli aşamalarda hayatını anne karnında sürdürmeye mahkûmdur⁷⁰.

Bazı hukukçulara göre, cenine ruh üflenince o tam bir insan gibidir; bir insanın öldürülmesinin diyeti ne kadar ise, bu aşamadaki bir cenin de diyeti o kadardır. Cenin ruhun üflenmesinden önce de gelişmekte olan bir hayata sahiptir; bu aşamada rahimdeyse, düşürülmesi ve itlaf edilmesi diyeti gerektirir. Ancak rahim dışında ise itlaf edilmesi mümkündür⁷¹.

İslam hukukunda çoğunluğun görüşüne göre dört aylık düşüğe ad verilir yıkanır ve cenaze namazı kılınır. Düşüğün yıkanması bir şahıs olmasından dolayıdır.

Hayat hakkı ceninin sahip olduğu ilk haktır. Diğer hakların varlığı buna dayalıdır⁷².

68 el Fetlavi/Bedir, s. 235.

69 el Fetlavi/Bedir, s. 243-245.

70 el Fetlavi/Bedir, s. 243-244.

71 el Fetlavi/Bedir, s. 244.

72 İde, s. 25.

B. Anglosakson Hukuk Sistemini Uygulayan Bazı Ülke Hukuk Sistemlerinde Ceninin Hayat Hakkı

İngiliz kanun koyucusu bazı Hıristiyan din düşünürünün (St. Augustine) ileri sürdüğü görüşün etkisinde kalarak ceninin insani niteliğe kavuşması ve böylece insani hayatının başlaması için, yumurtanın döllenmesinin üzerinden ceninin cinsine göre on dört veya on sekiz günlük bir sürenin geçmesini aramaktadır⁷³. Bahsedilen dini anlayış, tıbbi, biyolojik ve bilimsel anlayışla örtüşmektedir. Zira bilimsel verilere göre yukarıda bahsi geçen süre sonrası ceninin sinir sistemi ve vücudun bazı temel organları oluşmaya başlar.

İngiliz kanun koyucusu 1990 tarihli Döllenme ve Cenin Kanunu'nda (Human fertilization and Embryology Act 1990) cenin kavramına değinmiştir. Buna göre cenin “döllenme aşamasında (process of fertilization) veya daha sonraki aşamasındaki yumurta” olarak tanımlanmıştır. Ne var ki İngiliz kanun koyucusu cenin hususunda benimsediği geniş ölçütü 2008'de değiştirmiştir. Yukarıda bahsedilen 1990 tarihli kanun 2008 yılında tadil edilmiş ve böylece cenin kavramının kapsamı daraltılmıştır. Söz konusu tadil sonrası artık her döllenmiş yumurta değil, cenin oluşturmaya muktedir olan ya da gelişme kabiliyeti olan embriyo ancak cenin olarak kabul edilmiştir⁷⁴.

Anglosakson hukuk sistemini uygulayan ülkelerde ceninin hayat hakkı ve kişiliği bakımından yargının tutumu diğer ülkelerdeki gibidir. İster bu hukuk sistemi ister diğer hukuk sistemlerine baktığımızda zaman içinde gelişen birden fazla ölçütün uygulandığı izlenmektedir. Buna göre ilk aşamada ceninin hayat hakkından bahsetmek için doğum vakasının gerçekleşmesi şartı aranmaktaydı; buna göre ceninin hayat hakkı ve kişiliği doğumla başlar. Fiili doğum ilkesi ya da fiili hayat kuralı İngiliz hukukunda asli kurallardandır. Bu kural daha sonra Amerikan Birleşik Devletlerinde de uygulanmıştır. Ancak tıp alanında meydana gelen gelişmeler sonucu doğum öncesi de (ultrasonograph, fetal heart monitoring, fetoscopy cihazları aracılığıyla) ceninin yaşadığının saptanması mümkün hale gelmiştir. Bunun neticesinde çocuğun kişiliğinin başlaması için aktif ya da gelişme kabiliyeti olan cenin kuralı uygulanmaya başlanmıştır. Buna göre yumurtanın döllenmesinden itibaren cenin üç aşamadan geçer. Üçüncü aşamada (hamileliğin 26-40. haftasında) cenin kendi başına bazı

⁷³ Artical ,e 3-4, human fertilization anda embryology act 1990 amended in 2008 (el Hilali, s. 19'dan naklen).

⁷⁴ el Hilali, s. 74-75.

tıbbi cihazlar yardımıyla yaşayabilecek kapasiteye gelir. İllinois eyaletinin 1975 tarihli Kürtaj Kanunu'na göre aktif cenin aşaması: “belli tıbbi verilere dayanarak tıp bilimi ceninin tıbbi yardım vasıtasıyla ya da kendi başına rahim dışında yaşama kabiliyeti olan cenin” olarak tanımlanmıştır⁷⁵. Bu aşamada ceninin hukuk bakımından durumu yaşayan bir insanın konumu gibidir⁷⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi (supremecourt) meşhur Roe v. Wade davasında bu hususla ilgili son noktayı koymuştur⁷⁷. Mahkemenin söz konusu davadaki kararı dini ve hukuki bakımdan büyük tartışmalara konu olmuştur. Söz konusu davaya ilişkin olarak Yüksek Mahkeme, gerekli olmadığı sürece doktorlar tarafından gerçekleştirilen kürtaj operasyonlarını suç olarak değerlendiren kanunun anayasaya uygun olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme bu yöndeki düzenlemenin anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Bahsedilen mahkeme ceninin ilk iki aşamada hukuken korunmadığı ve anayasaya göre hayat hakkına sahip olmadığı sonucuna varmıştır⁷⁸. Bu aşamada ceninin gelişimine müdahale eden annenin ve doktorun fiili suç değildir. Ancak üçüncü aşamada (third trimester) yani aktif ya da etkin (viability) cenin konumuna geldiğinde, hukuken normal yaşayan bir kişi haline gelir; bu aşamada cenin anayasal bir değer haline gelmiş olur ve hukuki bakımdan yaşayan bir insanın hukuki konumuna eşit konumda olur; müdahalelere karşı korunması yöntemleri kanun tarafından düzenlenir⁷⁹. Arizona Eyaleti İstinaf Mahkemesi

⁷⁵ Art 720 ILKS 510/2 (9) (west 1996) “ that stage of fetal development when, in the medical Judgment of the attending physician based on the particular facts of the case before him, there is reasonable likelihood of sustained survival of the fetus outside the womb, with or without artificial support cited by the appealed of case “ re fetus Brown” No. 96- JA-03312, (Çevirimiçi) www.satate.il.us. E. T. 25. 08. 2021.

⁷⁶ **el Hilali**, s. 94.

⁷⁷ Roe v. Wade, 410 u.s. 113- 1973, (Çevirimiçi) www. supremecourts. gov. E. T. 25. 08. 2021.

⁷⁸ George J. Annas, The Supreme Court and Abortion righte, the New England Journal of Medicine, volume 356: 2201-2207 –may 24, 2007- number 21 (**el Hilali**, s. 96’dan naklen).

⁷⁹ Fried, Marlene Gerber, From Abortion to reproductive freedom: tranforming a movment, Boston: South end pres, A cited by summaries of supreme cort cases 1965-1990, available at Editorial research report, 1989, volume 2, no 4, p. 414-426 (**el Hilali**, s. 96’dan naklen).

de aynı minvalde bir karar vermiştir⁸⁰. Ancak buna rağmen bugün Amerika'da 23 eyalette ceninin kişi olarak itibar edilmesi konusunda fiili hayat ya da doğum kuralı uygulanmaktadır.

Dünya çapında yargının ceninin hayat hakkına ilişkin bakış açısı zaman içinde değişiklik göstermekte ve gelişmektedir. Ne var ki yukarıda da ifade edildiği üzere bazı ülke anayasalarında ceninin hayat hakkının var olduğu düzenlenmiş hatta daha da ötesine giderek insani varlık kapsamında rahim dışı embriyo da koruma altına alınmıştır. Ne var ki çoğu ülkede olduğu gibi Anglosakson hukuk sistemini uygulayan ülkelerde de yargı henüz bu aşamaya gelmemiştir. Gerçi ceninin (yerinin rahim içi veya rahim dışı olduğuna bakmaksızın) hayat hakkını döllenenin gerçekleştirdiği tarihten itibaren başladığını ifade eden bazı yargı kararları vardır⁸¹. Ancak söz konusu hukuk sistemini uygulayan ülkelerde genel eğilim bu yönde değildir. Bu bağlamda Kanada Yüksek Mahkemesi, ceninin hayat hakkına sahip olup olmadığı ve hukuken bir kişi olarak görülüp görülmediği hususunda bir karar vermekten kaçınmıştır. Avrupa İnsan Haklar Mahkemesinin tutumu da aynı yöndedir⁸².

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Göre Ceninin Hayat Hakkı

Doktrinde AİHM Büyük Dairesi'nin 08.07.2004 tarihli Vo/Fransa kararında, cenine zarar verme olayının AİHS'nin 2. maddesi kapsamında suç olarak değerlendirilmesinin gerekip gerekmeyeceğinin tartışılmış olduğu bilgisi yer almaktadır⁸³. Bahsedilen olayda rutin bir chekup için hastaneye giden ve altı aylık hamile olan ve Fransızca konuşamayan başvuru, personelin hastaların soyadlarını karıştırması sebebiyle bir başkası sanılarak hatalı bir müdahale sonucunda (kadının rahmi spiral ile delinmiş, amniyotik sıvısının akmasına ve ceninin zorunlu olarak alınmasına neden olun-

80 Fransız Temyiz Mahkemesi de 20-21 haftalık cenini aktif cenin olarak kabul etmiş ve kendisini hukuken bir kişi olarak değerlendirip işlenen fiili Fransız Ceza Kanunu kapsamında suç olarak değerlendirmiştir (**el Hilali**, s. 101).

81 Chicago mahkemesi, Jeffrey Lawrence davasında, ana rahmine yerleştirilmiş olup olmadığına bakmaksızın gelecek cenin ya da döllenen yumurta, döllenenin gerçekleştirdiği andan itibaren insani bir oluşum sayılır (Apre- embriyo is a human being whether or not it is implanted in its mothers womb) şeklinde karar vermiştir (**el Hilali**, s. 105).

82 **el Hilali**, s. 106.

83 **Tacir**, s. 1306.

muştur. Başvurucu kadın ulusal hukuka göre doktorlara karşı adam öldürme davası açamamıştır. Zira Fransız hukukuna göre ceninin taksirle öldürme suçunun mağduru olması mümkün değildir. Bunun üzerine söz konusu kadın, ceninin hayat hakkının istem dışı olarak ihlal edildiği gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, daha önce Komisyonun verdiği kararları devam ettirmek suretiyle ceninin yaşayan bir varlık olarak kabul edilmesinden ısrarla kaçınmaktadır⁸⁴. Bahsedilen dava dosyasıyla ilgili olarak da AİHM ceninin hayat hakkına sağlanan korumadan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda açık bir tavır almaktan kaçınmıştır⁸⁵. Doktrinde Avrupa düzeyinde ceninin doğası ve statüsü hakkında uzlaşılı olmadığı, ancak bu konuda koruma kapsamına alınmaya başlandıklarının söylenebileceği ileri sürülmektedir⁸⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vardığı sonuç, o an itibariyle henüz doğmayan çocuğun AİHS m. 2 kapsamında bir kişi sayılıp sayılmayacağı konusunda soyut bir cevap vermenin mümkün olmadığı şeklindedir. Mahkeme, ceninin Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında korunan bir kişi olmadığını, ceninin bir yaşam hakkı varsa da bunun annenin menfaatleri ile sınırlandırıldığını belirlemiştir. Hayatın ne zaman başladığı konusunda devletlerin geniş takdir yetkisi vardır. Sonuç olarak bahsedilen mahkeme somut olayda hamileliğin sona erdirilmesinin AİHS m. 2 kapsamına girip girmediğini incelemeyi gereksiz bulmuştur. Zira Fransız hukuku bu gibi olaylarda anneye yeterli düzeyde koruma sağlamaktadır. Buna göre anneye kasıt olmaksızın zarar vermek suç olarak cezalandırılmakta olup, meydana gelen zarardan dolayı dava açma imkânı vermektedir⁸⁷.

Mahkeme bir başka kararında, tıbbi ihmal nedeniyle hem annenin hem de ceninin ölmesi olayında ceninin hayat hakkı kapsamında olmadığı yönündeki geleneksel yaklaşımdan uzaklaşmasını gerektirebilecek bir neden görmemiş ve başvuruların ceninin AİHS. m. 2 kapsamına girdiğine ilişkin iddialarını inceleme gereği duymamıştır. Mahkeme, bahsi geçen ceninin hayatının annenin hayatı ile sıkıca bağlı ve anneye uygulanacak

84 **Kızılyel**, s. 259.

85 AİHM, Vo v./France, 53924/00, 08. 007.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch.>).

86 **Çiftçioğlu**, s. 163; Doktrinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, hayat hakkını ilk incelediği 1994 yılından beri hakkın kapsamını zenginleştirmek ve farklı alanlara yaygınlaştırmak suretiyle geniş bir koruma alanı oluşturmuş olduğu bilgisi yer almaktadır (**Kızılyel**, s. 255).

87 **Çiftçioğlu**, s. 163.

tedaviye muhtaç olduğunu düşünmektedir. Ancak bahsedilen olay, ölen annenin hayat hakkının ihlalden dolayı incelenmiştir⁸⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bruggmann ve Scheuten/ Almanya kararında da, bu ilkeler ışığında Almanya'daki yasal düzenlemeleri de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine yönelik bir ihlal olarak kabul etmemiştir⁸⁹.

Görüldüğü gibi, AİHS kapsamında da korunan hayatın tam olarak ne zaman başladığı tartışma konusudur. Bahsedilen sözleşme hayatın başlangıcı noktasında herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu bakımdan, yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir alanı (margin of appreciation) bırakmıştır. Söz konusu mahkeme, hayatın ne zaman başlayacağı konusunda devletlerin, AİHS'nin yaşayan bir belge olduğu ve günün koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği ilkesini dikkate almak suretiyle, geniş takdir yetkisinin olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin bu hususla ilgili olarak devletlere tanıdığı geniş yetkinin sebebi, Avrupa düzeyinde bu konuda bilimsel ve hukuki anlamda bir uzlaşmanın olmamasıdır. Yarışan menfaatler arasında bir dengenin bulunması ulusal makamlara bırakılmış durumdadır⁹⁰.

Bir hukuki sorun olarak hayatın başlangıcı meselesi, kadının özel hayatıyla çok yakın ilişkili olan kürtaj konusunda da kendi göstermektedir. Bilindiği gibi kürtaj, AİHS 6, 8, 10 vd. maddeleri ile de ilintilidir. AİHM'nin görüşüne göre, hamilelik ve onu sonlandırmak annenin özel hayatının yanında baba adayını, ceninin menfaati ve kamu menfaatini de ilgilendiren bir meseledir. Başka bir deyişle kürtaj, kadının özel hayatı ile çok yakından ilintili olduğu gibi, ceninin, baba adayının ve kamunun ve toplumun menfaatlerini de ilgilendirmektedir.

AİHM ilk başta bu hususta bir görüş ortaya koymaktan kaçınmış ve sözleşmeye taraf olan devletlere takdir yetkisi tanımıştır⁹¹. Ancak daha

88 **Kızılyel**, s. 260.

89 AİHM, Bruggemann ve Scheuten/Almanya, 6959/75, 12. 07. 1977, (<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Bruggemann-v.-Germany.pdf>.); Seyfullah **Çakmak**, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı", Adalet Dergisi, S. 19, Mayıs 2004, s. 151; **Çiftçioğlu**, s. 163.

90 **Kızılyel**, s. 259.

91 Bkz. **Tacir**, s. 1302; **Kızılyel**, s. 260- 261.

sonra söz konusu mahkeme ilk kez Boso davasında kürtaja ilişkin bir konuyu esaslan ele almıştır⁹². Bahsedilen davada AİHM somut olaydaki kürtajın ulusal hukuka uygun olup olmadığını değerlendirdikten sonra, ulusal hukuka ilişkin düzenlemelerin ceninin ve kadının menfaatlerini koruma arasında bir denge bulmaya çalışıp çalışmadığını sorgulamıştır⁹³. Akabinde somut olaya ilişkin olarak taraf devletin bu hassas alandaki takdir yetkisini aşmadığını tespit etmiş ve sonuç olarak başvuruyu reddetmiştir. Mahkemenin bu husus hakkındaki içtihadından çıkan sonuç şudur ki; kürtaj kendi başına hayat hakkının bir ihlali değildir. Ne var ki AİHM bu tespitine rağmen cenini bütünüyle AİHS m. 2 kapsamı dışında tutmak istememiştir. Anlaşıldığına göre mahkeme, kürtajın ulusal hukuka uygun olmasını aramaktadır. Zira mahkeme ancak cenin ve anne ile kamu menfaatleri arasında adil bir dengeyi kuran rasyonel ulusal mevzuata göre yapılan kürtajı AİHS m. 2'nin ihlali olarak değerlendirmemektedir. Bunun mefhumu muhalefetinden çıkan anlam şudur ki; ulusal mevzuata aykırı yapılan kürtaj ve adil bir denge kurmayan bir mevzuata göre yapılan kürtaj hayat hakkının ihlali olarak değerlendirilebilir. Bu da açık bir şekilde ifade edilmemiş olsa da AİHM'nin cenini hayat hakkı kapsamında değerlendirdiğini göstermektedir. Doktrinde AİHM'nin bu eğilimi bu husustaki mevcut pozisyonundan uzaklaşma olarak yorumlanmaktadır⁹⁴.

Yukarıda da ifade edildiği üzere AİHM ceninin hayat hakkı konusunda açık bir görüş ortaya koymaktan kaçınmıştır. Bunun sebebi ceninin hayat hakkının annenin kürtaj yaptırma hakkıyla çakışması ve Avrupa Birliği üyesi ülkelerin bu konu hakkında aynı tutumu sergilememeleridir. AB üyesi ülkelerin bir kısmı kürtajı serbest bırakırken, diğer bazı üye ülkelerde kürtaj yasaktır; bu konuda olumsuz tavır takınan üye ülkelerde yakın bir gelecekte kürtaj yasağının devam edeceği belirtilmektedir. Daha doğrusu bu alanda AB ülkelerinin dörde ayrıldığı izlenmektedir. Üye ülkeler bağlamında, Polonya ve İrlanda gibi ülkelerde kürtaj yasak iken, Finlandiya, İngiltere (Birlikten ayrılmadan önce) ve İsveç gibi ülkelerde kürtaj

92 AİHM, Boso v. İtalya, 504907/99, 05.09.2002, (https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/boso_v_italy).

93 Avrupa Parlamentosu'nda gerçekleştirilen kürtaj konulu oturum dışında konunun gündeme fazla gelmediği ve Avrupa Komisyonunun da bu konuda belli bir görüş benimsemekten kaçındığı görülmektedir. Ancak Avrupa Birliğinin yetkili organlarının, BM nezdinde gerçekleştirilen çalışmalarda kürtaja ılımlı bir yaklaşım sergiledikleri söylenebilir.

94 Kızılyel, s. 261.

serbest bırakılmıştır (İrlanda ülke içinde yasaklamakla kalmamış, ülke dışında yaptırma imkânını da engellemiştir⁹⁵. Fransa, İspanya, Norveç ve Almanya gibi ülkelerde dar, İtalya ve Lüksemburg gibi ülkelerde orta düzeyde kürtaj yaptırabilme serbestisi tanınmaktadır⁹⁶.

AİHM, 1992 yılında bir davaya ilişkin olarak verdiği “19.05.1992 tarihli *Hercz v. Norway*” kararında kürtajın anneye ait bir hak olduğu ve hayat hakkının sağ ve tam doğumla birlikte başlayacağı, gebeliğin 18. haftasından önce serbestçe rahim tahliyesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır. Böylece, AİHS m. 2’de yer alan “herkes” kavramının cenini kapsadığı sonucuna varılmıştır⁹⁷.

Ceninin hayat hakkı, annenin kişilik hakları kapsamında yer alan vü-

95 Y. Furkan Şen, “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 19, S. 2, 2015, s. 15.

96 Şen, s. 15.

97 1993/35 başvuru numaralı söz konusu davanın Söz konusu davanın konusunu Norveçli bir annenin herhangi bir sağlık sorunu olmamasına rağmen, sosyal gerekçelerle evlilik dışı gebeliğinin sonlandırılması isteminin uygun görülerek kürtaj yapılması oluşturmaktadır. Söz konusu davada Norveç Yüksek Mahkemesi, AİHM’nin daha önce verdiği 12.07.1977 tarihli Brüggeemann & Scheuten v. Germany kararına da atıfta bulunarak, Norveç ulusal mevzuatının annenin kendi istemiyle gebeliğin 12. haftasına gebeliği sonlandırabileceğini, 12-18 haftası arasında heyet kararı ile kürtajın söz konusu olabileceğini, 18. haftadan sonra ise kürtajın ancak ve ancak çok ciddi gerekçelerle gerçekleştirileceğini, konunun diğer Avrupa ülkelerinde de benzer değerlendirmelerle ele alındığını ve kürtaj konusundaki bu düzenlemenin AİHS’nin ruhuna uygun olduğunu belirtmiştir. Norveç ulusal mevzuatının gebeliğin sonlandırılmasını düzenleyen ilgili maddelerin hayat hakkını koruma konusunda yetersiz olduğu ve gebeliğin rızası dışında sonlandırıldığı gerekçesine dayanarak baba tarafından AİHM taşınsa da, babanın itirazı dinlenmemiş somut olaya ilişkin Norveç Yüksek Mahkemesinin kararı teyit edilmiştir. AİHM’si somut olaya ilişkin olarak verdiği kararında: AİHS’nin 2. maddesine ifadesini bulan “*Herkesin hayat hakkı yasanın koruması altındadır*” hükmündeki “*herkes*” ifadesinin kimleri kapsadığının sözleşmede açık bir şekilde beyan edilmediği sözleşmenin doğası gereği yaşam hakkını düzenleyen 2. maddenin sağ olarak doğmuş bireyleri kapsadığını belirtmiştir. Mahkeme ayrıca aynı minvalde daha önce verdiği kararlara da atıfta bulunmuştur. AİHM söz konusu gerekçeye dayanarak bir dava konusu somut olaya ilişkin kararın AİHS. m. 2’ye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Buna göre, tamamen sosyal nedenlerle sonlandırılan gebeliğin, AİHS ile tezat oluşturmadığını ve bu anlamda 2. maddede ifadesini bulan yaşam hakkına yönelik bir ihlalinin olmadığını vurgulamıştır. Bugün AİHM’ sinin söz konusu kararı Almanya, Polonya, Avusturya, İspanya ve Hollanda gibi ülkelerin Yüksek Mahkemeleri tarafından emsal karar olarak kabul edilmektedir. Buna göre söz konusu Yüksek Mahkemeler kararlarında, ulusal mevzuatlarla belli döneme kadar sonlandırılan kürtajın, hayat hakkını ihlal etmediğine ilişkin değerlendirmelerde bulunulduğu görülmektedir (Şen, s. 15.)

cut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı ve özel hayatı yakından bağlantılıdır. Bu sebeple hangisinin tercih edilmesi gerektiği meselesi, kökleri çok eskilere dayanan bir hukuki sorundur. Mesela, Roma İmparatorluğu döneminde kürtaj normal bir tıbbi müdahale ve aile planlamasının bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Buna karşın her üç semavi din (Musevilik, Hıristiyanlık ve Müslümanlık) buna oldukça mesafeli yaklaşmıştır. Tarihi süreç içinde söz konusu hukuki sorunun din adamları, filozoflar ve politikacılar⁹⁸ tarafından sürekli olarak tartışıldığı görülmektedir. Hatta 2500 yıl önce yazılan ve günümüze kadar uygulanan hekimlik mesleğinin icrasına ilişkin Hipokrat Yemininde de bu konuya (kürtaja) işaret edildiği izlenmektedir: “Hastalarımın iyileşmesinde tüm güç ve düşüncemi onların yararına uygulayacağım. Benden istense bile ... hiçbir kadına çocuğunu düşürecek gereci vermeyeceğim... and içiyorum”⁹⁹.

19. yüzyılda kürtaj çoğu ülkelerin ceza hukukunda konu edilmeye başlamış 2. Yüzyıla gelindiğinde bu hususla ilgili cezalar hafifletilmiştir. 1950’lerden itibaren İskandinav ülkeleri başta olmak üzere çoğu Avrupa ülkesinde kürtaj serbest bırakılmıştır. Bugün Çin başta olmak üzere birçok ülkede kürtaj nüfus kontrolü yolu olarak kullanılmaktadır¹⁰⁰.

Doktrinde tıbbi anlamda kürtajın hamile kaldıktan sonra en geç 20 haftaya kadar olan dönemde, ceninin tam gelişmemiş olduğu dönemde hayatının sonlandırılması olduğu bilgisi yer almaktadır. Kürtaj çağımızda bile insanoğlunun üzerine mutabakat sağlamadığı konulardandır. Kürtajı, anenin sağlık durumunun korunması, ensest veya tecavüz ürünü hamileliklerin sona erdirilmesi ya da sakat, zihinsel engelli vb. çocukların doğumunu engellemek gerekçesine dayandıran görüşe karşı, şartlar ne olursa olsun ana rahmine düşen bir canlının hayat hakkının korunması gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, durumu ne olursa olsun devletin ana rahmindeki ceninin yaşam hakkını sonuna kadar koruması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre kürtajı yasaklamayan devlet kasıtlı olarak cinayet işlenmesini kabul etmiş olur¹⁰¹.

98 Kürtaj siyasetçileri yakından ilgilendiren bir meseledir. Zira kürtaj doğrudan bireyin yaşam hakkıyla ilgilidir. Ayrıca bünyesinde çok sayıda etik ve hukuki sorun bulundurmaktadır. Bu sebeple kürtaj meselesi bir çok dünya ülkesinde politikaları zor durumda bıraktığı izlenmektedir.

99 Şen, s. 11.

100 Şen, s. 12.

101 Şen, s. 12.

Kürtaja karşı olan görüşün en büyük savunması, cenin ile doğmuş bebeğin ayırt edilememesi konusunda yoğunlaşmaktadır. Buna karşılık bazı hallerde kürtajın olması gerektiğini savunan görüş, kürtaj yaptırma kararının tamamen anneye bırakılması gerektiği noktasında uzlaşmaktadır.

Kanaatimizce bugün çoğu ülkede birinci görüş benimsense de, görüşlerden her ikisinin katı bir şekilde kabulü isabetli sonuca götürmez. Kürtajın serbest bırakılması isabetli bir çözüm olmadığı gibi, bunun mutlak biçimde yasaklanması da bir çözüm değildir. Aslında bu mesele sadece tek bir ülkenin hukuki sorunu da değildir. Mesela, İrlanda kürtajı yasaklayan ülkelerdendir. Ancak istatistiklere göre yılda ortalama 7 bin kadın kürtaj yaptırabilmek için İngiltere'ye gitmektedir. Bu da katı bir şekilde kürtajın yasaklanmasının etkili bir çözüm olmadığını göstermektedir. Diğer yönden kürtajın men edilmesi kadınların çok sağlıksız yerlerde kürtaj yaptırmasına da sebebiyet verebilir. Araştırmalara göre, dünyada her yıl 20 milyon kadın sağlıksız kürtaj yaptırmakta, içlerinden 80 bin kadın kürtaj operasyonu neticesinde hayatını kaybetmektedir¹⁰². Diğer yandan kürtajın kadının vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkına ve özel hayatına ilişkin kişisel bir hak olduğunu söyleyip tam veya kısmi olarak serbest bırakılması da isabetli bir çözüm değildir. Kürtajı serbest bırakan görüşün benimsenmesinin neticesi olsa gerek Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre, dünyada her beş hamileden biri kürtaj yaptırmaktadır. Her yıl yaklaşık 210 milyon kadın hamile kalmakta ve bunlardan 46 milyon kadın kürtaj olmaktadır¹⁰³.

Kanaatimizce ceninin hayat hakkını korumak üzere kürtajın yasaklanması doğru bir çözüm değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi kürtajın yasak olduğu ülkelerde, bu yasak gebeliğe son vermek isteyen kadınları yasal olmayan yerlerde bunu gerçekleştirmeye sevk etmektedir. Bu da kürtajı bu yolla gerçekleştirenlerin bir kısmının hayatını kaybetmesine yol açmıştır; dolayısıyla kürtajın yasaklanması isabetli bir çözüm değildir. Esasen 2008 yılında Türkiye'nin de katıldığı, Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği'nin kararında (1607/2008), güvenilir ve ucuz kürtaja sınırlamaları getirilmemesi, güvenilir ve emniyetli kürtajın sınırlanmaması gerektiği ortaya konmuştur. Ayrıca, BM İnsan Hakları Komisyonu'nun ya da BM Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin kürtaj yasağı ya da sınırlandırmalarının kadınların hayat hakkı açısından doğurduğu riskleri belirten ve ülkelerin yasalarını değiştirmelerini isteyen kararları

¹⁰² <https://www.kazete.com.tr>. (E. T. 25. 10. 2021).

¹⁰³ Şen, s. 13.

bulunmaktadır¹⁰⁴. Aslında ceninin hayat başlangıcının ne zaman olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Bu da esasen tıp bilimini ilgilendiren bir durumdur. Tıp biliminin ortaya koyduğu bilimsel sonuçlar doğrultusunda hareket etmek doğru sonuçlara götürür. Bu yöndeki veriler yumurtanın döllenenmesinden itibaren gelişme kabiliyeti olan bağımsız bir varlığın mevcudiyetine işaret eder. O zaman bu varlığın menfaati gelişmesini devam ettirmesi yönündedir. Ne var ki bu durumda ceninin hayat hakkı ve kadının vücut bütünlüğü ve özel hayatının mahremiyeti gibi kişilik hakkına ilişkin hakkıyla bir çakışma söz konusu olacaktır; hangisine öncelik tanınacaktır? Kanaatimizce, ceninin hayat hakkı ağır basmalıdır. Çünkü hayat hakkı bütün hakların esasıdır. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi bunun kürtajın yasaklanmasıyla temini mümkün değildir. Bu ancak farkındalık sağlamak yoluyla olur. Bu durumda ceninin çok erken dönemden (ceninin ana rahmine istikrar ettiği/yerleştiği andan) itibaren ana ve babasından farklı ve bağımsız bir varlık olduğunu münasip yollarla anlatmak gerekir. Hak hukuken korunan bir menfaattir. Bunun üzerinden hareket ederek hayvan haklarından bahseden insanlığın, cenini aynı anlayış içinde değerlendirmemesi düşündürücüdür. İradesi olmasa da ceninin menfaati gelişmesini devam ettirmesi ve bunun engellenmemesi yönündedir. Ceninin hayat hakkı annenin kürtaj hakkını yakından ilgilendirir. Ancak mesele ikisinden birini seçmek gerekliliğinden ibaret değildir. Ceninin hayat hakkının, embriyonun ana rahminde istikrar ettiği (yerleştiği) andan itibaren kabulü hukuki bakımdan önemli sonuçları olacaktır.

D. Türk Hukukuna Göre Ceninin Hayat Hakkı

Türk Medeni Kanunu'nda ceninin hayat hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin bir hüküm yoktur. Ne var ki anayasada (m. 41, 56) ve diğer bazı düzenlemelerde (Mesela, TMK. m.28/II, 301, 303, 643/I, TCK. m. 99, 100, TBK. m. 111) kısmen müstakbel ananın ve çocuğun korunmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Bahsedilen hükümlerin amaçları genellikle ya anayı ya da toplumu korumaktır; ceninin korunması dolaylıdır. Başka bir ifadeyle bu düzenlemeler ceninin hayat hakkını değil onun yaşama ümidini korurlar. Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun 5. maddesi de burada örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu hükme göre, on haftayı geçen gebeliklerde, ancak anne ve doğacak çocuk ve devam eden nesillerin sağlığı açısından bir tehlikenin söz konusu olduğu hallerde rahmin tah-

104 Tacir, s. 1316.

liyesi mümkündür. Bahsedilen on haftalık süre dolmadan önce rahim tahliyesi serbesttir. Bu itibarla Türk hukukunda mevcut durumda cenin ancak sağ ve tam doğduğu anda kişilik kazanır ve ancak bu andan itibaren hayat hakkına sahiptir. Bunun sonucu olarak cenin herhangi bir dış müdahale sonucu sağ olarak doğmazsa, onun adına kişiliğin korunmasına ilişkin dava açılmaz. Ancak bahsedilen müdahale sonucu sakat doğarsa, doğumla kişilik hakkı kazandığı için, uğradığı zararlardan ötürü tazminat talebinde bulunabilir. Zira burada vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olur¹⁰⁵. Bu itibarla zararların tazminini, hem bu müdahalenin yapılmasına izin veren annesinden hem de hatalı müdahaleyi yapan doktordan talep edebilir¹⁰⁶.

Yukarıda da ifade edildiği üzere Türk hukukuna göre kişi geciktirici şart mahiyetinde olan sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bu itibarla cenin, doğumdan önceki aşamada henüz kişiliğe sahip olmadığından bağımsız bir varlık değil, annenin vücut bütünlüğünün bir parçasıdır. Bahsedilen geciktirici şart gerçekleşmeden önce çocuk kişi olarak dikkate alınmaz¹⁰⁷.

Doktrinde, Nüfus Planlaması Kanunu dünyanın en liberal kanunlarından biri olarak değerlendirilmektedir. Zira söz konusu düzenlemeye göre, 10 haftaya kadar gebeliğin isteğe bağlı olarak sonlandırılması mümkündür. Oysa ceninin potansiyeli ve insan olabilme yeteneği, insan onuru adına korunması gerekir. Diğer yönden babanın cenin üzerindeki hakkının da annenin özel hayatının korunması hakkıyla birlikte değerlendirilerek dengeli bir çözüme ulaşılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁸.

Yukarıda ifade edildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde korunan hayatın ne zaman başladığı tartışma konusudur. Aynı durum hukukumuzda da söz konusudur. Buna göre özel hukuk ve kamu hukuku yönünden yaşamın başlangıcı farklılaştırılmıştır. Yürürlükte olan Medeni Kanunumuzun 28. maddesinde “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder.*” hükmü yer almaktadır. Söz konusu hüküm uyarınca cenin ana rahmine

105 Mustafa **Dural**/Tufan **Öğüz**, Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku), C. 2, Baskı 14, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s. 22.

106 Kemal **Oğuzman**/Özer **Seliçi**/Saibe **Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Baskı 19; Filiz Kitabevi İstanbul 2020, s. 11; **Dural/Öğüz**, 22.

107 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 11,13.

108 **Çiftçiöglü**, s. 163.

düşmekle haklara sahip olabilmektedir. Buna karşın, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulamasında yaşam ancak tam ve sağ olarak doğumdan sonra başlar. Bu itibarla, kısa bir süre bile olsa anne bedeninden ayrı olarak yaşayan kişinin ceza hukuku anlamında yaşam hakkı korunabilir. Sonuç olarak ceninin düşürülmesi adam öldürme kapsamında değerlendirilmemekte, ayrı ama daha hafif cezayı gerektiren suç olarak düzenlenmektedir¹⁰⁹.

V. DEĞERLENDİRME VE ŞAHSİ GÖRÜŞÜMÜZ

Ceninin yaşam hakkı, hep annenin kişilik hakkı kapsamında ve özellikle annenin özel hayatıyla birlikte ele alınmakta ve sonuç olarak, annenin haklarının üstün tutulması gerektiği ve dolayısıyla ceninin hayat hakkının olmadığı sonucuna varılmaktadır. Oysa burada meseleye sadece annenin kişilik hakları bakımından bakılmaması gerekir. Zira cenin (hatta embriyo) sadece annenin bir parçası olmayıp, burada baba adayının ve toplumunda menfaati söz konusudur. AİHM'ne göre de hamilelik ve onu sonlandırmak sadece annenin özel hayatının bir meselesi değildir. Kürtajın, kadının özel yaşamı ile çok yakın bir ilişkisi olduğu gibi, ceninin, baba adayının ve kamunun da menfaatlerini ilgilendirmektedir. Kanaatimizce, yumurta döllendiği andan itibaren anne ve babasından bağımsız bir oluşum haline gelmektedir.

Doktrinde konuya ilişkin çalışmalarda haklı olarak embriyo veya ceninin hukuki statüsünü açıklığa kavuşturacak yasal düzenlemelere ihtiyaç olduğu ifade edilmektedir¹¹⁰. Ayrıca söz konusu düzenlemelerde hayatın hangi andan itibaren başlamış sayılacağı çok açık bir şekilde belirlenmelidir. Çünkü bu soruya verilecek cevap bu husustaki çoğu tartışmaları sona erdirecek ve hepsini çözüme kavuşturacaktır. Mesela yapay döllenme yoluyla elde edilen embriyonun rahme yerleştirilme anın yaşamın başlangıcı olarak kabul edildiği takdirde, bunun hukuk açısından önemli sonuçları olacaktır. Buna göre kürtaj, araştırma, deney veya imha gibi yöntemler hayat hakkının ihlali sayılacaktır. Bunun yanı sıra ceza hukuku açısından da önemli sonuçlar ortaya çıkacaktır. Buna göre ceza hukuku açısından cenin veya embriyonun suçun mağduru olması gebeliğin en erken safhalarına kadar mümkün olacaktır. Oysa ceninin tam doğum şartıyla kişi sa-

109 Bkz. Halil **Yılmaz**, “Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, 2001, s. 71-73; **Kızılyel**, s. 259.

110 **Tacir**, s. 1317.

yılacağıının kabulü halinde, doğum öncesi embriyo ve ceninin hayat hakkından bahsedilemeyeceği, dolayısıyla bu yöndeki düzenlemelerin bu anlayışla uyumlu olması gerektiği ileri sürülmektedir¹¹¹. Dolayısıyla bize göre de yaşamın başlangıcı için, bu konuya ilişkin sakınca ve riskleri göz önünde bulundurarak, teknik ve hukuki açıdan kabul görebilecek bir zamanın belirlenmesi gerekir.

Son zamanlarda tıp bilimi alanında meydana gelen gelişmeler (kök hücre teknolojisi), insani ürünlerin (embriyonun) üreme dışında farklı alanlarda kullanabilmesine zemin sağlamıştır. Bu da alana ilişkin ayrıntılı açık hükümlerin konulmasını gerekli kılmıştır. Cenin için hayatın hangi andan itibaren başladığını gösteren, ceninin hayat hakkıyla kadının kürtaj hakkı arasındaki çizgiyi çıkarlar arsındaki dengeyi gözeterak açık bir şekilde ortaya koyan kurallara ihtiyaç vardır. Bu sayede son zamanlarda bazı ülkelerde sektör haline gelen ticari kürtajın ya da talebe göre kürtajın önüne geçilmiş olur. Son zamanlarda uluslararası düzeyde düzenli bir ticari faaliyet haline gelen talebe göre kürtajda cenin para karşılığı annesinden satın alınmakta; cenine karşı anneye ödenen para miktarı ceninin gelişme aşamasına (yaşına göre) değişmektedir. Bazen de cenin yine anneye verilen bir miktar para karşılığında anne rahminde bir süre bekletilmektedir. Birleşmiş Milletlere bağlı İnsan Hakları Komisyonu, ABD tıbbi laboratuvarı ve Güney Kore'den cenin ithalatı yapıldığını tespit etmiştir. Bu alanda canlı veya ölü ceninin ticareti yapılmaktadır¹¹².

İnsanın hayat hakkı doğuştan gelen (fitri) bir haktır. Bu hak insani oluşumun insanlık vafına bağlı bir haktır. Bu itibarla söz konusu hakkın yaş, cins, ırk, renk, sosyal durum ve yaratılışının tamamlanmış olması gibi farklılıklardan etkilenmemesi gerekmektedir. Hayat hakkının nitelik bakımından fitri bir hak oluşu, mevcudiyetinin anayasada düzenlenmiş olup olmadığından etkilenmemesini gerektirir. Bu hakkın anayasada düzenlenmiş olup olmadığına bakılmaksızın hiçbir insan ve insani oluşumun bertaraf edilmemesi gerekir¹¹³.

111 **Tacir**, s. 1317.

112 Bkz. Eymen Mustafa **ec- Cemal**, İcra'üt-Tecarib'ul İlmiyye Al'l Ecin-Ne'l Beşeriye Beyn'el Hazır V'el İbahe, Bası 1, Dar'ül Fikr'ül Cami'i, Mısır 2010, s. 127; **el Fetlavi/Bedir**, s. 231.

113 Güney Kore Anayasa Mahkemesi, gelişmekte olan bir hayat niteliğinde oluşu itibarıyla cenin dâhil her insani oluşum (all human being) hayat hakkına sahip olduğuna hükmetmiştir (**el Hilali**, s. 190-192).

Cenin annesinin bir organı veya bir parçası değildir. Zira ceninin peyderpey gelişerek tekâmüle eren gerçek bir hayatı vardır. Ne var ki yapısı itibarıyla belli bir süre anne rahminde yaşamaya mahkûmdur.

Normal bir insanın hayatından farklı olsa da, cenini insan değil kanuni korumaya mazhar olan bir varlık olarak kabul etmek de doğru sonuçlara götürmez. Zira ceninin hayatı normal bir insanın hayatından şekil bakımından farklı olsa da muhteva bakımından farklı değildir. Her ikisinin de hayatını sürdürmek için gerekli besin kaynaklarına ihtiyacı vardır. Ceninin bunu plasenta aracılığıyla temin ediyor olması onu insan olmayan bir yaratık haline getirmez veya hayatının doğasını değiştirmez. Bunun aksinin ileri sürülmesi, hayatını cihazlara bağlı surette sürdüren (hayatını sürdürmek için gıda maddelerini sürüm ya da suni yemek aparatlarıyla ve oksijen ihtiyacını solumun cihazları aracılığıyla) hastaları insan olarak kabul etmemek anlamına gelir. Bu itibarla covid 19'a yakalanıp entübe olan komadaki hastaları ya da normal zamanından daha erken doğan bebekleri (prematüre bebek) insan olarak kabul etmemek gerekir. Prematüre bebekler bir süre özel cihazlar içinde hayatını sürdürmek zorundadır; söz konusu bebekler ihtiyaç duyduğu gıda ve oksijeni bu cihazlar aracılığıyla alırlar. Dolayısıyla doğası gereği gelişmekte olan hayat ile normal hayat arasında bir farkın gözetilmemesi gerekir.

AİHM bazı kararlarında dondurulmuş embriyoları tarafların (eşlerin) parçası saydığı, bazı kararlarında ise cenini annenin bir parçası ve hayatını sürdürebilmesini annesine bağladığı için onun taraflardan birinin ya da her ikisinin iradesine dayanarak itlaf edilmesini mümkün görmüştür. Oysa cenine kendisine özgü bağımsız biyolojik varlığa sahip bir insani oluşum olarak bakmış olsaydı ya da hareket noktası bu olsaydı farklı kararlara imza atmış olurdu. Yukarıda da ifade edildiği üzere tıpkı yaşamını cihazlara bağlı olarak sürdürmek zorunda olan hastalar gibi cenin de bir süre rahim dışında ya da bir süre rahimde hayatını sürdürmek zorunda olabilir. Ancak bu durum onların insan olarak değerlendirmelerini engellememelidir. Hayatını cihazlara bağlı olarak sürdüren hastalar da fişlerinin çekilmesinde yaşamlarını kaybederler.

Yukarıda birçok yerde doktrin ve yargı kararlarında annenin üreme hakkının daha doğrusu vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkıyla ceninin hakkının hangisinin diğerine tercih edileceği konusunda farklı görüşlerin söz konusu olduğu aktarılmıştır. Bu bağlamda annenin üreme hakkıyla ceninin hayat hakkının eşit düzeyde haklar olduğunu benimseyen görüşün yanında, annenin hakkının daha üstün konumda olan hak olduğunu savunan görüş de vardır. Annenin hakkına üstünlük tanıyan görüş,

ceninin hayatına nazaran annenin hayatı kesin, ihtimallere bağlı olmayan hâlihazırda var olan bir hayattır. Oysa ceninin hayatı kesin olmayan, ihtimallere bağlı ve müstakbel bir hayattır. Bu sebeple annenin hakkı ceninin hayat hakkına tercih edilmelidir. Kanaatimizce, annenin üreme ve vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf etme hakkı vardır. Buna karşılık cenin de hayat hakkına sahiptir. Annenin sağlık durumu gerektirdiği hallerde annenin hakkına öncelik tanınmalıdır. Ancak bu öncelik ya da üstünlük, birinin kesin diğerinin ihtimallere bağlı ya da birinin hâlihazırda mevcut diğerinin müstakbel oluşundan değil, ceninin hayatını anne yoluyla sürdürmesinden dolayıdır. Bu sebeple zorunluluk arz ettiği hallerde annenin hayat hakkına üstünlük tanınmalıdır. Bu halde ceninin hayat hakkına üstünlük tanınması halinde her ikisinin de hayatı sona erebilecektir. Zira ceninin hayatı annenin hayatına bağlıdır.

Yukarıda aktarılan bilgiler ışığında cenin anne rahmine yerleştiği andan itibaren gelişme kabiliyetini göz önünde bulundurarak hayat hakkına sahip olduğu kanaatine varmış durumdayız. Harici döllenme sonucu elde edilen embriyoların hayat hakkı yoktur. Zira bunların anne rahmine yerleştirilmeden önce yaşama kabiliyetleri düşünülemez. Ancak yine de insanlık onuru kapsamında korunmaları gerekmektedir. Sağ doğmama bozucu şartına bağlı olarak cenin anne rahmine düştüğü andan itibaren kişilik hakkına sahiptir. En azından ceninin kişilik haklarının korunması bakımından bunun böyle kabul edilmesi gerekir. Bu sayede daha anne karınıda iken ceninin temsili ve kendisini korumak için cenin adına dava açılabilir. Bu görüşe göre, çocuk ölü doğarsa kazanılan hakların hukuki durumunun ne olacağı ve bunun hukuki düzenlemeyle bağdaşmayacağı eleştirileri yöneltilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki hayat hakkı bütün hakların esasını teşkil eden temel bir haktır.

SONUÇ

Hayat hakkı, yukarıda da ifade edildiği üzere en temel haktır. Bu hak karşısında diğer haklar ikincil haklar konumundadır. Geri kalan diğer hakların kullanımı ve varlığı bu hakka bağlıdır. Bu sebeple hayat hakkı mutlak bir haktır.

Cenin hayat hakkı eskiden beri hukukçular arsında tartışmalı olan konulardandır. Bu bağlamda hayatın hangi andan itibaren başladığının tespiti önem arz etmektedir. Bu konuyla ilgili olarak birbirinden farklı kriterler ortaya atılmaktadır. Klasik görüşe göre ceninin hayat hakkı fiili olarak doğumdan itibaren başlar. Diğer görüş aktif cenin ya da gelişme kabiliyeti cenin kriterini benimsemektedir. Buna göre ceninin hayat hakkının başlaması için fiili olarak doğum aranmamaktadır. Ceninin cihaza bağlı olarak

ya da cihaz olmaksızın yaşayabilme kabiliyeti varsa, hayat hakkına sahip kişi olarak kabul edilir; vaktinden erken doğmuş olup olmadığının bir önemi yoktur. Üçüncü görüş ceninin hayat hakkını döllenenin gerçekleştiği andan itibaren başladığını kabul etmektedir.

Semavi dinlerden Yahudilik ve Musevilikte çoğunluğun görüşü ceninin hayat hakkının döllenenin gerçekleştiği andan itibaren başladığı yönündedir. Azınlıkta kalan görüş ceninin hayat hakkını 40 gün gibi belli bir süre sonra başladığını kabul etmektedir. İslamiyet'te ise bu hususla ilgili olarak ortada güçlü bir delil olmasa da beden- ruh ayırımı yapılmakta, ceninin hayat hakkının ruh üflenmesinden sonra başladığı kabul edilmektedir. Çoğunluğun görüşüne göre ceninin hayat hakkı hamileliğin dördüncü ayından sonra başlar. Azınlıkta kalan görüş ve çağdaş İslam hukukçularının görüşü, ceninin hayat hakkının döllenenin gerçekleştiği andan itibaren başladığı yönündedir.

AİHS'de ceninin hayat hakkına ilişkin olarak açık bir hüküm yoktur. AİHM de bu hususta açık bir tavır almaktan kaçınmıştır AİHM bu konuda taraf devletlere geniş bir takdir alanı (margin of appreciation) bırakmıştır. Bunun sebebi ceninin hayat hakkının annenin kürtaj yaptırma hakkıyla çakışması ve Avrupa Birliğine üye ülkelerin bu konuda aynı tutumu sergilememeleridir. Bazı Avrupa ülkeleri kürtajı serbest bırakırken, bazıları kürtajı yasaklamaktadır. Ne var ki söz konusu Mahkeme son zamanlarda dolaylı da olsa bu konuya eğilmeye başlamış ceninin hayat hakkı hususunda babanın ve toplumun menfaatinin de göz ardı edilmemesi yönünde tutum benimsemeye başlamıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda ceninin hayat hakkının bulunup bulunmadığına ilişkin bir hüküm yoktur. Anayasada ve kanunlarda kısmen cenini koruyan hükümler vardır. Ancak bu hükümler genellikle ya anayı ya da toplumu korumaya yöneliktir; ceninin korunması bu hükümlerde dolaylı olarak gerçekleşmektedir. Başka bir ifadeyle bu düzenlemeler ceninin hayat hakkını değil onun yaşama ümidini korurlar. Türk hukukunda mevcut durumda cenin ancak sağ ve tam doğduğu anda kişilik kazanır ve ancak bu andan itibaren hayat hakkına sahiptir.

Türk hukukuna göre kişi geciktirici şart mahiyetinde olan sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak geçmişe etkili olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahiptir. Bu itibarla cenin, doğumdan önceki aşamada henüz kişiliğe sahip olmadığından bağımsız bir varlık değil, annenin vücut bütünlüğünün bir parçasıdır. Zira annenin hayatı esastır, anneden bağımsız olarak yaşaması mümkün değildir. Oysa bize göre ceninin

kişiliğini ana rahminde istikrar ettiği (kalıcı olarak rahime yerleştiği) andan itibaren başlatmak bir tabiat kuralıdır. Buna göre cenin ölü doğmama bozucu şartına bağlı olarak ana rahmine düştüğü andan itibaren kişilik hakkına ve hayat hakkına sahip olur. Bu sayede çocuğu temsil etmek ve haklarını korumak adına dava açılabilir.

Cenin ancak anneye bağlı olarak yaşayabileceğinden dolayı ceninin hayat hakkına sahip olmadığı doğru bir tespit değildir. Zira bunun kabulü hayatını cihazlara bağlı olarak sürdüren (hayatını sürdürmek için gıda maddelerini sürüm ya da suni yemek aparatlarıyla ve oksijen ihtiyacını solumun cihazları aracılığıyla alan) hastaları insan olarak kabul etmemek anlamına gelir. Bu kişilerin bu cihazlardan bağımsız olarak hayatlarını sürdürme kabiliyetleri yoktur. Bu hallerine rağmen bunlar kişidir ve hayat hakkına sahiptirler.

KAYNAKÇA

Altunkaş, Aysun. İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011.

Bilgili, İsmail. “İslam Hukukunda Cenin Hakkı ve Onuruyla İlgili Hükmümler”. İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi. S. 24, 2014, s. 219-240.

Çakmak, Seyfullah. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hükümleri ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Yaşama Hakkı”. Adalet Dergisi. S.19, Mayıs-2004, s. 149-174.

Çetin, Hüseyin. Metin ve Sened Tenkidi Açısından Meleğin Cenine Ruh Üflemesi ve Kaderini Yazması Hadisinin Değerlendirilmesi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı. 2008.

Çiftçioğlu, Cengiz Topel. “Yaşama Hakkı”. Türkiye Barolar Birliği Dergisi. Kasım 2012, S. 103, s. 139-140.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan. Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku). C. 2, Baskı 14, Filiz Kitabevi İstanbul 2013.

Ec-Cemal, Eymen Mustafa. İcra’üt-Tecarib’ul İlmiyye Al’l Ecin-Ne’l Beşeriye Beyn’el Hazır V’el İbahe. Bası 1, Dar’ül Fıkr’ül Cami’i, Mısır 2010.

Ed-Dahr, Selim/Tay. Muhammed, Hukuk’ut-Tifil Vi’l Mesihiyeti V’el İslam Bi’l Mukarene Maa İttifakiyet’ül Umem’ül Muttahide Lihukuk’ut-Tifil. Bası 2, Kitap Katolik Basın Merkezinin Yardımıyla Yayımlanmıştır, Lübnan 2012.

el Fayyaz, eş-Şeyh Muhammed İshak. el Mesail et-Tubbiye. basım yeri ve tarihi belli değil.

el Fetlavi, Selam Abdüzzehara Abdullah/Bedir, Müştak Abdülhay Abd’ülhüseyin. “Eser’üt-Tatavi’ül İlmi Ala Tevessi’ül Mefhum’ül Kanuni Lic-Cenin, Dirase Mukarene”. Mecellet’ül Muhakkik’ül Hilli Lilulum’ül Kanuniye V’es-Siyasiye, C. 9, S. 2, Camiat’ül Babil Külliyyet’ül Kanun, 2017, s. 209-264.

el Feyzi, Avan Abdullah. “Hukuk’uc-Cenin Beyn’eş-Şeria V’lkanun Dirase Mukarne”. Mecellet’ül Ulum’ul İslamiye. C. 5, S. 10, s. 71-128.

el Hilali, Ali Hadi Atiyye. el Merkez’ül Kanuni Lic- Cenin Fi Zil’il Abhas’üt- Tubbiyye V’T- Takaniyet’ül Müsaide F’İl İncap. Dirase F’ül Kanun’ül Am’ül Mukaren, Muazzeze Bin-Nusus’il Destüriyye V’t-Teşriyye Ve’t-Ticahat’ül Kaza’ül Avrurppi Ve’l Emriki, Kulliyet’ül Kanun Camiat Dikar, Menşurat’ül Halebi el Hukukiye, Bası 1, Beyrüt/Lübnan 2012.

el Kâsâni, Alâuddîn Ebû Bekr bin Mes’ûd bin Ahmed (v. 587). Bedâi’u’s-Sanâi’ fi Tertîbi’ş-Şerâi’. C. I-VII, Dâru’l-Kutubi’l-İlmiyye 1406/1986.

Eryiğit Bader, Aynur. “Yahudilik Hıristiyanlık ve İslam’da Kürtaj”. Antakya/Hatay Mustafa Kemal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 1, 2019, s.116-141.

Es-Seyid, Sabık. Fıkh’üs-Sünne. C. 2, Bası 2, Mektebür-Reşit Li’n-Neşir Ve’t-Tevzi, Er- Riyad 2001.

Es-Sistani, es-Seyid Ali el Hüseyini. Minahc’üs-Salihin. Bası 14, Cüz 1, Dar’ül Muarrih’ül Arabi, Beyrüt 2008.

Et-Tabatabai, Es-Seyid Muhammed Sait el Hakim. Fıkh’ül İstinsah’ül Beşeri V’el Halaye’l Ciziye ve Fetavit-Tıbbiye. Bası 6, Dar’ül Hilal, Kum/İran 2013.

Harman, Ömer Faruk. “Çocuk Düşürme”. DİA, İstanbul 1993, VIII/363-364.

İbni Manzur, Muhammed bin Mukerrem bin Ali Ebu’l-Fadl Cemaluddin (v. 711). Lisanu’l-Arab. C. XIII, Baskı 3, Beyrut 1414.

İde, Musavi. Hukuk’uc-Cenin Fiş Şeria V’el Kanun. Muhammed Budyaf- Mesile Üniversitesi Hukuk ve Siyast Bilimleri Fakültesine Hukuk Bölümüne Sunulan Yüksek Lisan Tezi, Cezayir 2017.

Kızılyel, Serkan. “Yaşam Hakkı: AIHM Kararları ve İdari Yargı Uygulaması”. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. XVIII, S. 2, 2014, s. 252-289.

Koçak, Muhsin. “Gurre”. DİA, İstanbul 1996, XIV/211-212.

Kurt, Leyla Müjde, “Ceninin Mal Varlığı Hakları”. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 2, S. 1, Malatya 2011, s. 177-209.

Oğuzman, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe. Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler). Baskı 19; Filiz Kitabevi İstanbul 2020.

Özdemir, Harrunnisa/**Ruhi**, Ahmet Cemal. Çocuk Hukuku (Ders Kitabı). 3. Baskı, İstanbul 2019.

Savcı, Bahri. “Yaşam Hakkı Üzerine, İnsan Hakları Yıllığı”. C.1, TODAİE İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara 1979, s.17-35.

Şen, Y. Furkan. “Yaşam Hakkı: İdam, Kürtaj, Ötenazi ve Siyasal Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. Cilt: 19, S. 2, 2015, s. 1-26.

Tacir, Hamide. “Yaşam Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı”. Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. 19, S. 2, 2013, s. 1301-1320.

Yılmaz, Halil. “Cenini Öldürme (Çocuk Düşürtme/Düşürme) Suçu”. Ankara Barosu Dergisi. S. 2, 2001, s. 69-88.

Yararlanılan AİHM Kararları

AİHM, Evans v./Birleşik Krallık, 6339/05, 10.04.2007, (<http://aihmgunlu-gu.blogspot.com/2011-12-01-archive.html>).

AİHM, Vov./France, 53824/00, 08.07.2004, (<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/serch>).

AİHM, Boso v./İtalya, 504907/99, 05.09.2002, (https://www.law.cornell.edu/women-and-justice/resource/boso_v_italy).

AİHM, Bruggemann ve Scheuten/Almanya, 6959/75, 12. 07. 1977, (<https://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/10/Bruggemann-v.-Germany.pdf>).