

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan yazarın telif hakkı ile ilgili kısmı okuyabilirsiniz.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). It does not bind the Court. For further information see the full copyright at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

## ***S.H. ve diğerleri/Avusturya - 57813/00***

Karar 3.11.2011 [BD]

### **8. Madde**

#### **Madde 8-1**

#### **Aile hayatına saygı**

#### **Özel hayata saygı**

*In vitro* fertilizasyon amacıyla donörler tarafından sağlanan yumurta hücresi ve spermelerin kullanılmasının iç hukukta yasaklanmış olması: *Sözleşme ihlal edilmemiştir*.

*Olaylar* – Başvurucular, iki evli çifttir. Kısırlık sorunundan dolayı, tıbben destekli dölleme tekniklerinden yararlanmak istemektedirler. Yalnızca, sperm bağışısı (ilk çiftin durumu) veya yumurta hücresi bağışısı (ikinci çiftin durumu) yollarından birine dayalı *in vitro* fertilizasyon (IVF), kendilerinden birinin de genetik ebeveyn olma sıfatıyla çocuk sahibi olmalarını sağlayabilecekti. Ancak, her iki olanak da, IVF amacıyla bir donörün spermının kullanılmasını ve genel olarak yumurta bağışısını yasaklayan yapay dölleme hakkındaki Avusturya kanunu tarafından dışlanmaktadır. Bununla birlikte aynı kanun, özellikle birbiriyle evli olan veya evli gibi birlikte yaşayan kişilerin yumurtalarının veya spermalarının kullanıldığı IVF'ye dayalı diğer tıbben destekli dölleme yöntemlerine (homolog üreme teknikleri) ve istisnai durumlarda, *in utero* dölleme amacıyla sperm bağışısına izin vermektedir. Başvurucular, bu hükümler karşısında, Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Anayasa Mahkemesi ise, başvurucuların aile yaşamına saygı haklarına yapılan müdahalenin gerçek olduğuna, ancak bu müdahalenin bir yandan olağandışı ilişkileri (yani bir çocuğun biri biyolojik diğeri ise “taşıyıcı” olan iki annesinin olması durumu) ve diğer yandan ise kadınların istismarını önlemeyi hedeflemesinden dolayı haklı olduğuna hükmetmiştir.

AİHM'nin bir Dairesi, 1 nisan 2010 tarihli bir kararıyla, kadın ve erkek başvurucuların her ikisi bakımından da AİHS'nin 14. maddesinin 8. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar vermiştir (bakınız, Bilgi notu n° 129).

*Hukuk* – 8. Madde : Çiftlerin çocuk sahibi olma ve bu amaçla tıbben destekli dölleme yoluna başvurmaları hakkı da, böyle bir tercih, özel hayatın ve aile hayatının bir ifade ediliş biçimi olduğundan ötürü 8. maddenin koruma alanına girmektedir. Dolayısıyla, bu hüküm somut olay bakımından uygulanabilir niteliktedir. AİHM, bir kanun hükmü dolayısıyla tıbbi destekli bir dölleme tedavisinden yoksun kalan ilgililerin, bu hususu iç yargı mercileri önüne götürerek şikâyet etmelerinin sonuçsuz kalmasını dikkate alarak, başvurucuların şikâyetini, kendileri bakımından yapay dölleme tekniklerinin kullanılması hakkına müdahale edilmesi

kapsamında inceleyecektir. Şikâyet konusu tedbir, kanun tarafından öngörölmüş olup, sağlık veya ahlakın korunması ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru amaçlar gütmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu kararından bu yana, tıp bilimi, sözleşmecî devletlerin bazılarının yasal düzenlemelerle karşılık verdiği birçok evrime maruz kalmıştır. Ancak, AİHM, uyuşmazlık konusu gamet bağışısı yasağının AİHS kapsamında bugün itibarıyla haklı olup olmadığını araştırmayacak, bu tedbirin Avusturya Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiği dönem bakımından haklı olup olmadığını belirleyecektir. Sözleşmecî devletler, günümüz itibarıyla açık bir şekilde, *in vitro* fertilizasyon amacıyla gamet bağışısına mevzuatlarında izin verme eğilimindedirler. Bu eğilim, Avrupa çapında bir uzlaşmanın ortaya çıkmaya başladığını göstermektedir. Bununla birlikte, gelişmekte olan bu uzlaşma, üye devletlerin hukuk düzenleri içinde oluşturulmuş derin bir geçmişe sahip prensiplerden çok, özel olarak dinamik nitelik taşıyan bir hukuk dalının evrimindeki bir aşamayı ifade etmesinden dolayı, üye devletlerin takdir payını belirleyici bir biçimde kısıtlayamaz. *In vitro* fertilizasyon, ahlak ve etik kuralları bakımından, bilim ve tıbbın hızla değişen dünyasının bir parçası olan yanıtlanması zor sorular ürettiği ve üretmeye devam ettiği sürece ve bu kapsamda ortaya çıkan sorunlar, üye devletler arasında henüz net bir görüş birliğinin oluşmamış olduğu alanları ilgilendirdiğinden, savunmacı devlete geniş bir takdir payı bırakılması gerekmektedir.

a) *Yumurta hücresi bağışısı* - Yapay dölleme gibi hassas bir alanda, söz konusu tekniklerin ahlaki değer yargıları bakımından ya da toplumsal kabul ile ilgili olarak doğurduğu kaygıların ciddiye alınması gerekmektedir. Ancak, bu kaygılar tek başlarına, belli bir tıbbi üreme yönteminin, somut olay itibarıyla yumurta hücresi bağışısının tamamen yasaklanması için yeterli bir neden olamazlar. Sözleşmecî devletler, bu alanda geniş bir takdir payına sahip olmakla birlikte, uygulanacak yasal çerçevenin tutarlı olması ve çeşitli meşru çıkarların tatmin edici düzeyde dikkate alınmasını sağlaması gerekmektedir. Avusturya yasa koyucusu, homolog (eşler arası) tekniklerin kullanımına izin verdiğinden, yapay döllemeyi tamamen yasaklamamıştır. Avusturya kanunu, anne rahmine dayalı soy ile geniş anlamda genetik soy arasındaki muhtemel çatışmaları önlemek amacıyla, tıbbi destekli döllemenin doğal üremeye mümkün olduğunca yakın olması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Yasa koyucu bunu yapmakla, tıbben destekli döllemeye erişim sağlama arzusu ile modern üreme tıbbının rolü ve olanakları konusunda toplumun geniş kesimlerinde ortaya çıkan endişeyi uzlaştırmaya çalışmıştır. Buna ek olarak, Avusturya yasa koyucusu, özellikle yapay dölleme tekniklerinin kullanımını yetkisini uzman ve bu alanda özel deneyimi bulunan, etik meslek kurallarına bağılı doktorlara vermek ve gamet bağışısının ücretlendirilmesini yasaklamak suretiyle, Yapay Dölleme Hakkında Kanun'u teminatlar ve özel önlemler ile donatmıştır. Bu tedbirler, öjenik seçime ilişkin potansiyel riskleri, mevcut tekniklerin kötüye kullanımını ve korunmasız durumdaki yumurta bağışısı kadınların sömürölmesini önlemeyi hedeflemektedir. Sosyal gerçeklik ile biyolojik gerçeklik arasında bir uyumsuzluk ile kendisini ortaya koyan ilişkiler konusundaki kaygılar ile ilgili olarak ise, evlat edinme kurumu, zaman içinde değişerek, bu kurumla birlikte ortaya çıkan ilişkileri tatmin edici bir şekilde düzenleyen bir hukuk rejimine ulaşmıştır. Aynı şekilde, yasa koyucu tarafından, yumurta bağışısından kaynaklanan sorunlar için de kabul edilebilir hukuki çözümler sunmak mümkün olabilirdi. Ancak, bir genetik anne ile bir rahim annesi arasındaki annelik ayrışması, evlat edinmenin sonucunda ortaya çıkan ilişkiden çok daha farklı ilişkiler yaratmakta ve soruna yeni bir boyut katmaktadır. 8. madde kapsamında ortaya çıkan temel sorun, yasa koyucu belki de daha dengeli başka bir çözüm bulabilir miydi sorunu değil, burada değerlendirilen çözümü seçerek, bu madde hükmü kapsamında sahip olduğu takdir payını aşmış aşmadığıdır. AİHM, bu soruyu yanıtlamak için, *in vitro* fertilizasyon amacıyla yumurta bağışısına izin verilmesi konusunda Avrupa'da yeterince güçlü bir fikir birliğinin bulunmayışına belli bir ağırlık vermektedir. Avusturya yasa koyucusu tarafından getirilen yumurta bağışısı yasağı bu nedenle 8. madde ile uyumludur.

b) *Sperm bağışı* - Aynı değerlendirmeler, sperm bağışı yasağı bakımından da geçerlidir. Avusturya yasa koyucusunun, toplum tarafından uzun zamandan bu yana tolere edilen ve yaygın olarak kabul görmüş bir teknik olan *in vivo* fertilizasyon için sperm bağışını yasaklamaksızın, *in vitro* fertilizasyon amacıyla sperm ve yumurta bağışını yasaklayan Yapay Döllenme Hakkında Kanun'u kabul etmesi, mevcut çeşitli çıkarların dengelenmesi bakımından önemli bir unsurdur ve yasaların denetiminin etkinliği sorununa basitleştirilerek indirgenemez. Tam tersine, Avusturya yasa koyucusunun bu konuda sosyal gerçeklikler ile prensipleri uzlaştırmak yönündeki çabasına ait özenin ve tedbirliliğin işaretlerini görmek gerekmektedir. Bu bağlamda, Avusturya hukuku, ilgili kişilerin, Avusturya'da yasaklanmış olan, tıbben destekli döllenme tekniklerine dayalı kısırlık tedavisi görmek amacıyla yurtdışına gitmelerini yasaklamamaktadır ve tedavinin başarılı olması durumunda, baba ve anne ile nesep bağı, ebeveynlerin tercihine saygı duyan Medeni Kanun'un belirtilen hükümleri çerçevesinde düzenlenir.

c) *Sonuç* - Yapay Döllenme Hakkında Kanun'un 3. maddesi ile düzenlenmiş olan yapay döllenme amaçlı yumurta bağışı yasağı ile *in vitro* fertilizasyon amaçlı sperm bağışına ilişkin yasağı, Avusturya yasa koyucusunun o dönemde sahip olduğu takdir payını aşmamışlardır.

Avusturya Parlamentosu, bugüne kadar, bu konuda bilim ve toplumun geçirdiği hızlı değişimlerin ışığında, yapay döllenmeyi düzenleyen kuralların ayrıntılı bir incelemesini yapmamıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi, o dönemdeki tıp biliminin durumunun ve toplumsal fikir birliğinin sabit olmadığını ve yasa koyucunun göz önüne alması gereken değişimlere maruz kalabileceğini belirtmiştir. Avrupa Mahkemesi, işbu dava bakımından 8. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmakla birlikte, söz konusu alanın sürekli geliştiğini ve oldukça hızlı bilimsel ve hukuksal gelişmelerin yaşandığını gözlemlemekte ve sözleşmeciler devletleri sürekli bir denetleme yapmaya çağırılmaktadır.

*Sonuç* : İhlal yok (Dörte karşı on üç oy).

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizce'dir. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, kalitesi konusunda herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının veritabanı olan HUDOC üzerinden (<http://hudoc.echr.coe.int>) veya HUDOC'un bildirdiği başka veritabanları üzerinden yüklenebilir. Davanın isminin tamamen yazılması, yukarıdaki telif hakkıyla ilgili ifadelerin kullanılması ve insan haklarına destek Fonu'na referans yapılması şartıyla ticari olmayan amaçlarla kullanılabilir. Bu çevirinin tamamını veya bir kısmını ticari amaçlarla kullanmak isteyen herkesin, bu durumu belirtilen adrese bildirmesi rica olunur: [publishing@echr.coe.int](mailto:publishing@echr.coe.int).

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact [publishing@echr.coe.int](mailto:publishing@echr.coe.int).

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012.

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe ([www.coe.int/humanrightstrustfund](http://www.coe.int/humanrightstrustfund)). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante: [publishing@echr.coe.int](mailto:publishing@echr.coe.int).