

YAHUDİ VE İSLAM HUKUKU AÇISINDAN YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİNDE DONÖR KULLANIMI

Nesillerin Hakları Bağlamında Bir Değerlendirme

Yrd. Doç. Dr. Nurten Zeliha ŞAHİN*

Özet: Dünden bugüne insanlığın en büyük sorunlarından birisi olan çocuk sahibi olamamak, yardımcı üreme teknikleri ile büyük bir oranda çözülmüş görülmektedir. Buna karşılık bu teknik ile beraber gelen birçok farklı uygulamalar ise etik, hukuk ve dinler açısından birden fazla menfaatin çakıştığı bir alan olmuştur. Bu bağlamda nesiller açısından hangi menfaatin öncelikli korunması gereken hukuki değer olduğu ile ilgili farklı yaklaşımlar ortaya konulmuştur. İslamiyet ve Yahudiliğin nesillerin hakları bağlamında korumayı amaçladıkları değerler açısından benzer yönleri bulunmaktadır. Bununla birlikte kabul ettikleri üst hukuki normlar yönüyle yardımcı üreme tekniklerine yaklaşımlarında farklılıklar da yer almaktadır. Bu açıdan makale, nesillerin hakları açısından korunması amaçlanan menfaatlerin çakıştığı noktada, Yahudi Hukuku ve İslam Hukukunun benzer ve farklı tutumlarını ortaya koymayı amaçlayan bir çalışmadır.

Anahtar Kelimeler: Yardımcı Üreme Teknikleri, İslam Hukuku, Yahudi Hukuku, Nesillerin Hakları, Nesillerin Çoğalması, Donör, Soy bağı.

Using Donor Assisted Reproduction Techniques with Regard to Jewish and Islamic Law

“An Evaluation in the Context of the Rights of the Generations”

Abstract: One of humanity's biggest problem from yesterday to today is not to have children. For today this problem is seen to be solved at large proportion with assisted reproductive technologies. However, it has been coincide multiple interests in terms of religion, law and ethics in many different applications of this technique. In this connection, it have demonstrated different approaches relating to the legal value which interests needs primarily to protect for generations. Therefore there are similar aspects in terms of the values that both religious aim to protect the rights of the generation. From this point the article is a study aiming to reveal similar and different attitudes of Jewish Law and Islamic Law that interests intended to be protected in the context of the rights of generations are conflicting.

Key words: Assisted Reproductive Techniques, Islamic Law, Jewish Law, The Rights of Generations, Multiplication of Generation, Donor, Paternity.

GİRİŞ

Evli olmanın ve aile kurmanın en önemli nedenlerinden birisi çocuk sahibi olmaktır. Bu nedenle evli çiftlerin çocuk sahibi olamaması psiko-sosyal yönü ile insanlığı meşgul eden bir sorun olmuştur.¹ Günümüzde ise doğal yöntem ile çocuk sahibi olamayan çiftlere yardımcı üreme teknikleri bir noktaya kadar çözüm sunabilmektedir. Bu tekniğin en çok bilineni toplumda kısaca “tüp bebek” şeklinde adlandırılan, erkek ve kadın üreme hücrelerinin laboratuvar ortamında döllendirilmesidir.²

* Manisa Celal Bayar Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nurtenzeliha@gmail.com

1 Hacer Sezgin & Çiçek Hocaoğlu, “İnfertilitenin Psikiyatrik Yönü”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, VI (II), 2014, 166.

2 Burcu Kalkan Oğuztürk, *Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, 193.

Genetik, tıp ve bioteknolojinin ilerlemesi, üreme hücrelerinin kişiden bağımsız olarak biobankalarda muhafaza edilmesini ve istenilen üreme hücreleri ile döllenmenin sadece eşlerin değil eşler dışında da gerçekleşmesini getirmiş ve daha da öte bu teknik, tek kadın veya erkek, gay ve lezbiyen çiftlerin de çocuk sahibi olabilmeyi tasarlayabilmesinin aracı olmuştur.³ Bu yönü ile tüp bebek uygulamalarında donör kullanımı, geleneksel olarak anne-baba ve çocuk arasında kurulan genetik bağı ve bu bağı getirdiği çocuğu yetiştirme ve büyütme görevini birbirinden ayırmıştır. Bu nedenle heteroseksüel çiftlere genetik bir şekilde bağlı olan çocuklardan oluşan akrabalık bağlarının öne çıktığı aile tipi “geleneksel aile tipi” şeklinde tanımlanırken; çocuğu yetiştirme ve büyütme içeren psiko-sosyal rolün üstlenilmesi ile oluşan yeni aile tipi ise “modern” şeklinde tanımlanmaya başlanmıştır.⁴ Geleneksel tipte genetik anne-baba çocuğu büyütme ile de sorumluyken; modern aile tipinde çocuk ile anne-baba arasında genetik bağlantı şart kılınmaksızın çocuğu yetiştirme ve büyütme görevinin yerine getirilmesi, anne-baba olmak için yeterli kabul edilmiş ve böylece homoseksüel çiftlerin veya evli olmayan kadın ve erkeğin çocuk büyütme görevini yerine getirmek suretiyle aile olmasının yolu açılmıştır.⁵

Yardımcı üreme tekniklerinin aile yapısında değişiklik yapacak şekilde bir araç olarak kullanılmasının zemininde, bireyin isteklerini toplumsal değerlerin önüne geçiren liberal toplumların bu tekniği üreme hakkı açısından kişisel özerklik bağlamında ele almaları yer almaktadır. Çünkü liberalizm, kişinin kendisi üzerinde serbestçe tasarruf hakkını kabul ederken, toplumsal sistemi de bireysel tercihler doğrultusunda yönlendirir.⁶ Liberalizm’in düşünsel temellerinin şekillenmesinde etkili olan faydacılık felsefenin öncüsü Mill (ö.1873), toplumun herhangi bir üyesinin iradesine karşılık güç uygulanabilecek tek durumu, kişinin kendisi dışındakilere karşı verdiği zarar olarak tanımlamıştır.⁷ Buna karşılık gelecek nesiller henüz kişi olarak hak sahibi sayılmadığından, kişisel tercihler doğrultusunda gelecek nesillerin olumsuz etkilenmesi zarar kapsamı içinde değerlendirilmemiştir.⁸

Bu zihinsel değişim “üremeye karar verme hakkını” aile kurumundan bağımsız bir hak haline getirmiş ve yardımcı üreme tekniklerini bireyin bu hak talebini kar-

3 Naomi Cahn, “The New Kinship”, *The Georgetown Law Journal*, C, 2012, 374; Heather Widdows, “The Impact of New Reproductive Technologies on Concepts of Genetic Relatedness and Non-Relatedness” *Women’s Reproductive Rights*, (edit. Heather Widdows vd.), Palgrave Macmillan, Hampshire, 2007, 153.

4 Widdows, “The Impact of New Reproductive Technologies on Concepts of Genetic Relatedness and Non-Relatedness”, *Women’s Reproductive Rights*, 152.

5 David Archard “Parenting and Childrearing The Rearing of Children” *The Philosophy of Law an Encyclopedia*, (edit, Christopher Berry Gray), Routledge, London & New York, 2012 I-II/627-628; Alan Barnard, “Kinship”, *The Blackwell Dictionary of Modern Social Thought*, (edit, William Outhwaite), Blackwell Publishing, United Kingdom, 2006, 321.

6 İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, AFA yayıncılık A.Ş., 5.baskı, İstanbul, 1999, 173.

7 John Stuart Mill, *on Liberty*, Batoche Books, Kitchener, 2001, 13.

8 Naomi Cahn, “The New Kinship”, 423.

şilamada bir araç haline dönüştürmüştür.⁹ Bu teknik, çocuk sahibi olmak isteyenlerin bireysel tercihlerine cevap verirken çocuk açısından ise ortaya koyduğu etik, dini ve hukuki birçok problemi içermektedir.¹⁰ Öncelikle üreme hücreleri arasında evlilik bağı aranmaksızın laboratuvar ortamında döllenmesinin gerçekleştirilmesi ve yine evlilik bağı aranmaksızın bir kadının rahmine embriyonun yerleştirilmesi, bu denklemin içinde dünyaya gelen çocuğun hukuki statüsü ve bu bağlamda soy-bağı tartışılan bir konu olmuştur.¹¹

Yahudilik ve İslamiyet açısından yardımcı üreme tekniklerinin değerlendirilmesinde ise bireyin hakkı yerine nesillerin hakları öne çıkmaktadır. Bu hak iki şekilde tanımlanabilir. Birincisi genel anlamda insan neslini özel anlamda inananlarının varlığını yeryüzünde korumaktır. Bu açıdan konu değerlendirildiğinde, kısırlığa karşı tedavi ortaya koyması yönü ile yardımcı üreme teknikleri bir araç olarak tanımlanabilir. Buna karşılık bu tekniğin donör kullanarak çocuk sahibi olmanın

- 9 Uluslararası sözleşmeler aile kurma, çocuk sahibi olma, çocukların sayısına ve dünyaya getirme zamanına serbestçe karar verme hakkını bir insan hakkı olarak tanımıştır. *Vakalarla Türkiye'de Üreme Hakkı*, (haz. İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı), Turap Tanıtım Hizmetleri Ltd. Şti, İstanbul, 2012, 4; *İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi*, Madde. 16; *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, Madde 17, 23; *Engellilerin İnsan Haklarına Dair Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*, Madde 23; *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Sözleşme*, Madde 16; *Bioetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin giriş bölümünde tıp ve yaşam bilimlerindeki ilerlemeler karşısında şimdiki neslin gelecek nesillere yönelik sorumluluğunun bulunduğuna değinilmesi ve bu sorumluluğun yerine getirilmesi bağlamında madde 16'da genetik yapılarda dâhil olmak üzere yaşam bilimlerinin gelecek nesiller üzerinde etkisinin göz önünde tutulması ve 21.maddenin beşinci bendinde devletlerin hem ulusal hem de uluslararası düzeyde organ, doku, genetik kaynak ve materyal kaçakçılığına karşı önlem alması gerektiğine vurgu yapılması ile birlikte doğrudan üreme hakkının sınırlandırılmasına dair bir ifadeye yer verilmemiştir. Erişim Tarihi: 29.07.2014, http://www.unesco.org.tr /dokumanlar /r /bioetik_ komitesi/evrensel_bildirgesi. pdf; Maya Sabatello, "Who's Got Parental Rights? The Intersection Between Infertility, Reproductive Technologies, and Disability Rights Law", *Journal of Health & Biomedical Law*, VI, 2010, 241.*
- 10 Üreme hücrelerinin tüpte döllendirilerek embriyonun oluşturulması embriyoyu, üzerinde işlem yapılabilir hale getirmiştir. Bu nedenle laboratuvar ortamında araştırma konusu yapılan embriyoya karşı ahlaki sorumluluk ve embriyonun hukuki statüsü bu bağlamda tartışılan konulardan olmuştur. Aykut Çoban, "Türkiye'de Üreme Sürecinde Oluşturulan Tüpteki İnsan Embriyosunun Hukuki Statüsü", *İnsan Hakları Yıllığı*, 2009, XXVII/76; F. Zehra Konuk, "Bioetik ve Hukuk Yönünden Gen Bilimi", *Sağlık Hukuku Makaleleri - II*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, 71-73; Bu bağlamda tartışılan en önemli konulardan birisi ise embriyonun yumurta sahibi dışında bir başka kadının rahmine aktarılarak çocuğun dünyaya gelmesine kadının aracı edinilmesidir. Taşiyıcılık annelik olarak bilinen annenin rahmini kiraya verme işlemi, çocuğun sözleşmeye konu olması ve çocuk ile taşıyıcı anne arasındaki hukuki statü ahlaki, hukuki ve dini açıdan tartışılan bir konu haline dönüşmüştür. Sevtap Metin, "Yörüngesinde Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik Ve Hukuki Görünümleriyle Taşiyıcı Annelik." *Sağlık Hukuku Makaleleri-II*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, 24-30; Ülfet Görgülü, "Taşiyıcı Annelik - Fıkhi Bir Bakış-" *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.15, 2010, 199-206; Arif Ali Arif, "Taşiyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış", (çev.Esra Rahat Özer), *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy.17, 2011, 391-393; Bu bağlamda diğer tartışılan bir konu, üçüncü kişiden alınan yumurta ile eşin sperminden veya üçüncü bir kişiden alınan sperm ile eşin yumurtasının döllendirilmesi şeklinde yardımcı üreme tekniklerinde donör kullanımıdır." Müge Ürem, "Kadın Vücudu ve Etik Sorunlar", *Sağlık Hukuku Makaleleri-II*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, 94-97; Eşlerin dışında üçüncü bir kişinin tüp bebek uygulamalarına katılımı ile oluşan döllenme evlilik dışı döllenme olduğu için heterolog döllenme ismi verilmektedir. Bu bağlamda heterolog döllenme sonucu oluşan çocuğun soy bağı tartışılmaktadır. Seda Ergüneş, "Yapay Döllenme", *Sağlık Hukuku Makaleleri - II*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, 173-174; Cem Baygın, "Kan Bağına Dayanan Soy Bağı" *AÜEHFD*, VI/1-4, 2002, s.257, 258; Gözde Erkanlı Şentürk, "Donor Gamet Kullanımlarına Etik Açısından Bakış" *Bioetik Araştırmaları*, Türkiye Bioetik Derneği Yayını, No: XVI, İstanbul, 2012, 261-263; Bekr b. Abdullah Ebû Zeyd, *Fıkhu'n-Nevâzil Kadâyâ Fıkhiyye Muâsıra*, Müessesetü'l-Risâle, Beyrut, 1996/1416, I/ 270-273.
- 11 Sevtap Metin, *Bio-Tıp Etiği ve Hukuk*, On iki levha Yay., A.Ş., İstanbul, 2010, 486; Seda Ergüneş, "Yapay Döllenme", *Sağlık Hukuku Makaleleri - II*, Barosu Yayınları, İstanbul, 2012, 173 174; Oğuztürk, *Bioetik Sorunlar*, 205.

yolunu açmasıyla, nesillerin çoğalmasında zina şüphesinin oluşması endişesini ve gelecekte ensest ilişkilerin ortaya çıkma olasılığını gündeme taşımıştır

Yardımcı üreme tekniklerine, bu tekniğin sonuçlarından en çok etkilenecek olan nesiller açısından bakıldığında, nesillerin korunması ile nesillerin çoğalması arasında çatışmanın olacağı ve nesiller adına ikisinden birisini tercih etmenin, korunması amaçlanan hukuki değere göre değişeceği söylenebilir. Bu nedenle bu çalışma, nesiller lehine korunması gereken hukuki değerlerin çakıştığı noktalarda Yahudi ve İslam Hukukunun temel yaklaşımlarını ortaya koymayı amaçlamaktadır.

A. NESLİN ÇOĞALMASI AÇISINDAN YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİNDE DONÖR KULLANIMI (YAHUDİ HUKUKU BAĞLAMINDA)

Tevrat'ta yer alan “Tanrı, Nuh'u ve oğullarını kutsayarak, ‘Verimli olun, çoğalın yeryüzünü doldurun’ dedi”¹² emri Yahudiler açısından insanlığa verilen ilk emirdir ve bu emir bütün insanlığı bağlar.¹³ Bu nedenle bu emri yerine getirebilmek için erkeklerin çoğalma kabiliyeti olmayan kadınlar ile evlenmemesi gerektiği sonucu çıkarılmıştır.¹⁴ Ayrıca on yıl boyunca çocuk sahibi olamayan erkek için eşini boşaması, hukuki bir neden olarak kabul edilmiştir.¹⁵

Yahudilik için soy devamı önemlidir. Öyle ki Yahudi Hukukunda “levirat evliliği”¹⁶ şeklinde tanımlanan; erkek kardeşin, erkek çocuğu olmadan ölen kardeşinin karısı ile evlenerek kardeşinin soyunun devamını sağlaması Tevrat'ın bir emri kabul edilir.¹⁷ Tevrat'ın bu çoğalma emrinin, bugün için İsrail'in nüfus politikasını etkilediği söylenebilir.¹⁸ İsrail'de yardımcı üreme teknikleri Yahudi, reformist ve Yahudi olmayanlar arasında geniş bir şekilde başvurulan bir yöntem olmuştur. Dünyada en fazla yardımcı üreme tekniklerine yönelik kliniklerin bu ülkede olduğu bilinmektedir. Ayrıca taşıyıcı anneliği yasalaştıran ilk ülke İsrail'dir.¹⁹

Yahudiler arasında tüp bebek uygulamalarını yaygınlaştıran itici bir güç ise kısırlığın çözülebilen bir problem olduğunun kabul edilmesidir denilebilir. Tevrat'ta dua ederek ve cariyelerini eşlerine vererek çocuk sahibi olmak için çabalayan Ya-

12 Yaratılış, 9:1; 1:22; 26:4; Yasanın Tekrarı, 7:14.

13 TB. Yebamoth 61b; Eldar Hasanov, *Nüh Kanunları ve Nühilik*, İSAM Yay., İstanbul, 2015, 58-59.

14 TB. Yebamoth 61a.

15 TB. Nedarim 90b; TB Yebamoth, 64a; Hakkı Şah Yasdıman, “Yahudi Dininde Ailenin Yeri”, *DEÜ. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, XIII-XIV, 2001, 250-253.

16 “Levirate Marriage”, *The Jewish Encyclopedia*, (edit. Isidore Singer), Ktav Publishing House, 2008, VIII./45.

17 Yasanın Tekrarı, 25: 5 - 6.

18 Jane Stoll, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood Swedish Law in a Comparative Context*, Elanders Sverige, Uppsala, 2013, 199.

19 Susan Martha Kahn, “Rabbis and Reproduction The Uses of New Reproductive Technologies Among Ultraorthodox Jews in Israel”, *Infertility Around The Globe New Thinking on Childlessness, Gender, and Reproductive Technologies*, (Edit. Marcia C. Inhorn & Frank Van Balen), University of California Press, Los Angeles & London, 2002, 284-285.

hudi kadınlarının hikâyeleri anlatılmaktadır.²⁰ Bu hikâyeler de çocuk sahibi olamayan kadınların çaresizlikleri ile birlikte eşlerinin soylarının devam edebilmesi için kendi cariyelerini eşlerine önermeleri- ki bu şekilde doğan çocuğun cariyeleri gibi kendilerine aitliğinin sağlanması amaçlanmış olabilir- yer almaktadır.

Yahudilik açısından Yahve, yeryüzünü yaşanması için yaratmış ve insanın yeryüzünde varlığının devam etmesi için çoğalmayı emretmiştir.²¹ Fakat bu çoğalmanın gelişigüzel olmaması için de yasal sınırları belirlemiş ve aynı zamanda evlilik ile ilgili yasakları belirtmiştir.²² Çünkü Yahve, genetik mirasın aktarımının kendi belirlediği sınırlar içinde gerçekleşmesini istemektedir.²³ Bu nedenle yapay döllendirme yöntemindeki birçok uygulamanın, Yahudi Hukukunun birden fazla normları ile çakıştığı görülmektedir. Yahve'nin "çoğalın" emrini yerine getirmek için çocuk sahibi olmak isteyen çiftler, diğer emirlerini ihlal ile karşı karşıya kalmaktadır. Yahudiler için yerine getirmek istedikleri bir emir bulunmaktır. Buna karşılık bu emri yerine getirirken ihlal edebilecekleri diğer emirler söz konusudur. Bu nedenle Yahudilik açısından yapay döllendirme, "çoğalın" emri ile neslin hakları adına korunması gereken hukuki değerlerin birbiri ile çakıştığı bir alandır.²⁴ Bu çakışan alanları şu şekilde sınıflandırabiliriz:

1. Çiftler dışında üçüncü bir kişinin tüp bebek uygulamasına katılması ile çocuğun mamzer²⁵ olarak doğma şüphesi.
2. Bağışlanan yumurta ve sperm ile birlikte ensest yaşayışının ihlali.
3. Yahudi olmayanın üçüncü bir kişi olarak tüp bebek uygulamalarına katılması ile çocuğun dini kimlik problemi.

1. Çocuğun Mamzer Olarak Doğma Şüphesi

Tüp bebek uygulamaları ile ilgili Yahudilikte öncelikle tartışılan konu, donör kullanımı ile zina suçunun işlenip işlenmeyeceğidir. Evlilik dışı beraberlikler on

20 Yaratılış, 16:1- 4;30:1- 5.

21 Yeşaya, 45:18.

22 Eldar Hasanov, "Yahudi Hukukunda Evlilik Engelleri", *Dinlerde Nikâh Milletlerarası Tartışmalı Dini Toplantı*, Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslami İlimler Araştırma Vakfı (İSAV), 2012, İstanbul, 239-244.

23 Mordechai Halperin, "In-Vitro Fertilization (IVF), Insemination and Egg-Donation", Erişim Tarihi: 04.04.2016, <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Judaism/IVF.pdf>, 3.

24 Döllendirme dışı kalmış Preembriyoların imha edilip edilmeyeceği, araştırma amaçlı kullanılıp kullanılmayacağı, kısır olan başka çiftlere bağışlanıp bağışlanmayacağı, Yahudi çiftin, Yahudi veya Yahudi olmayan tarafında bağışlanan yumurta, sperm ve embriyoları kullanıp kullanılmayacağı, taşıyıcı anneliğe izin verilip verilmeyeceği, verilirse şartlarının neler olacağı, izinsiz olarak yanlışlıkla imha edilen sperm ve yumurta için sahibinin tazminat hakkının tanınıp tanınmayacağı gibi birçok sorulara cevap aranmaktadır. Yitzchok A. Breitowitz, "Halakhic Alternatives In IVF-Pregnancies", *The Jewish Law Annual* (edit. Berachyahu Lifshitz), Routledge Taylor & Francis Group, USA & Canada, 2003, XIV/32.

25 Mamzer, Yahudi Hukukunda zina veya ensest ilişki sonucu doğan çocuğa verilen isimdir. Sara E. Karesh & Mitchell M. Hurvitz "mamzer", *Encyclopedia of Judaism*, Infobase Publishing, New York, 2006, 309.

emirde geçen “*Zina etmeyeceksin*”²⁶ ile kesin olarak yasaklanmıştır. Yahudilikte zina, evli olan kadının kocası dışındaki bir adamla cinsel münasebet kurmasıdır.²⁷ Evli bir kadın tarafından gerçekleştirilen bu ilişki sonucu doğan çocuk, “mamzer” olarak bilinir.²⁸ Mamzer olan bir çocuk, Tevrat’tın “*Yasa dışı doğan biri Rab’bin topluluğuna girmeyecek. Soyundan gelenler de onuncu kuşağa dek Rab’bin topluluğuna girmeyecektir*”²⁹ emri ile sonsuza kadar bir Yahudi ile evlenememe şeklinde sosyal bir yaptırımla karşı karşıyadır.³⁰ Mamzer, Yahudi toplumunun bir üyesi olarak kabul edilmekle birlikte ancak kendisi gibi bir mamzer ile evlenebilir. Ayrıca mamzerin çocuğu mamzer kabul edilir.³¹

Tüp bebek uygulamalarında kadının rahmine, kocası dışında yabancı bir erkeğin spermının girmesiyle doğacak çocuğun mamzer olup olmamasının, bu uygulamanın zina kabul edilip edilmemesi ile bağlantısı bulunmaktadır. Günümüzde Yahudi din bilginleri arasında cereyan eden bu konuda bir görüş birliği yoktur. Kocasını dışında bir başkasının spermını kullanmayı kabul etmeyen Yahudi din bilginleri, “*Komşunun karısıyla cinsel ilişki kurarak kendini kirletmeyeceksin.*”³² emrini tohumunu bozmayacağını şeklinde yorumlamışlardır.³³ Bedensel temas olmadan zinanın gerçekleşmeyeceğini kabul eden din bilginleri ise daha çok Talmud’da geçen cinsel ilişkiye girmeksizin hamile kalan kadının başrahip ile evlenmesine izin verilmesinin, tensel olarak beraberlik olmaksızın çocuğun dünyaya gelmesini zina suçu işlenmediğinin delili olarak göstermişlerdir.³⁴ Onlara göre kadın, eşi dışında bir başkasının spermını kullanarak hamile kalmışsa, cinsel bir münasebet olmadığı için çocuk yasaldır.³⁵ Din bilginleri arasında bütün bu tartışmalar bağlamında İsrail’de taşıyıcı annelik ile ilgili hukuki düzenlemede, evli kadının kocasına ait olmayan bir spermi taşıyarak çocuğu mamzer olarak doğma şüphesinden uzak tutmak için evli olmayan ya da boşanmış kadınların taşıyıcı anne olabileceğini hükme bağlanmıştır.³⁶

26 Mısırdan Çıkış, 20:14.

27 David Werner Amram, “Adultery”, Erişim Tarihi: 12.02.2016, <http://www.Jewishencyclopedia.com/articles/865-adultery>; Eldar Hasanov, *İslam Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Yahudi Hukukunda Zina ve Benzeri Suçlar*, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), M.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2007, 14-15

28 “Mamzer”, Erişim Tarihi: 01.02.2016, www.jewishvirtuallibrary.org; David Werner Amram, “Adultery”, Erişim Tarihi: 12.02.2016, <http://www.Jewishencyclopedia.com/articles/865-adultery>; Rabbi Elie Kaplan Spitz, “Mamzerut” *Responsa or The CTS*, 1991-2000, 561.

29 Yasanın Tekrarı, 23:2.

30 Mishnah Yevamot, 8: 3.

31 “Mamzer”, Erişim Tarihi: 01.02.2016, www.jewishvirtuallibrary.org; Mahmut Salihoglu, “Yahudi Hukukunda Mamzer”, *EKEV Akademi Dergisi*, XLVII, 2011, 269-275.

32 Levililer, 18:20.

33 Daniel B. Sinclair, “Assisted Reproduction in Jewish Law”, *Fordham Urban Law Journal*, XXX, 2002, 83.

34 TB. Chagigah, 14b,15a.

35 Avraham Steinberg, “Artificial Insemination”, *Encyclopedia of Jewish Medical Ethics*, (Trans. Fred Rosner), Feldheim Publishers, Jarusalem & Newyork 2003, 1/63.

36 Jane Stoll, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood*, Uppsala Universitet, Uppsala, 2013, 210.

2. Ensest İlişki Olasılığı

Tüp bebek uygulamaları ile ilgili en büyük endişelerden birisi, donörün üreme hücreleri ile birden fazla kadının hamile kalması sonucu doğacak çocukların gelecekte birbiri ile evlenebilme olasılığıdır. Yahudilikte toplumsal yapının ahlaki-liğinin korunması açısından evlenilmesi yasak olanlar açık bir şekilde belirtilmiş³⁷ ve toplumun bu yapısını koruyabilmek için bu yasağın çiğnenmesi sonucu doğan çocuklar mamzer kabul edilerek mamzerin hukuki statüsüne sahip kılınmıştır.³⁸

Yahudi Hukukunda yardımcı üreme tekniklerinin uygulamaları ile ilgili en çok üzerinde durulan noktalardan birisi, gelecekte aynı kişinin spermini birden fazla kişinin kullanmasıyla doğacak çocuklar arasında ensest ilişkinin oluşabilme endişesidir.³⁹ Buna karşılık 1980 yılında Ortodoks din bilginlerinden Moshe Feinstein ve Shlomo Zalman Auerbach, gelecekte doğacak çocuklar arasında ensest ilişkinin oluşmaması için Yahudi olmayanların spermalarının tercih edilebileceğine dair görüş beyan etmişlerdir.⁴⁰ Yahudi din bilginlerin bu kararlarında dayandıkları gerekçe ise Yahudi olmayan birisinden bir Yahudi kadın çocuk dünyaya getirirse, çocuğun baba ile ilgisi olmadığı için nesebinin anneye bağlanacağıdır.⁴¹ Bu nedenle Yahudi olmayandan sperm alındığı zaman, Yahudi Hukuku açısından yasal olarak böyle bir ilişki tanınmadığından, bu kişinin spermi kullanılarak dünyaya gelen çocuklar arasındaki evliliklerde ensest ilişki söz konusu olmayacaktır.⁴² Bu konudaki Yahudi fetvalarına baktığımızda, eşi dışında bir başkasının spermini kullanarak çocuk sahibi olunmasının tartışmalı bir konu olduğunun belirtilmesi ile birlikte eğer donörden sperm alınma zorunluluğu varsa, gelecekte ensest ilişkilerin oluşmaması için, sperm vericisinin Yahudi olmaması tavsiye edilmektedir.⁴³ Kuzey Amerika'daki sperm bankaları ve üreme kliniklerindeki spermilerin Yahudi orijinli olmaması, gelecekte yarı kardeş çocuklar arasında ensest ilişkinin oluşmaması için- kocası dışında bir başkasının spermini kullanarak çocuk sahibi olmak isteyen Yahudilerin bu klinikleri tercih etmelerinin nedenini oluşturmuştur.⁴⁴

Buna karşılık, Yahudi olmayanın sperminin kullanılmasına karşı çıkan din bilginleri ise Yahudi toplumunun genetiğinin bozulma ihtimalini göz önünde tutmaktadır. Meseleye bu açıdan bakan din bilginleri, Yahudi olmayanların spermini

37 Eldar Hasanov, "Yahudi Hukukunda Evlilik Engelleri", 238-243.

38 "Mamzer", Erişim Tarihi: 01.02.2016, www.jewishvirtuallibrary.org.

39 Rabbi Elliot N. Dorff, "Artificial Insemination, Egg Donation and Adoption", *EH I:III*,1994, 466,467.

40 Gideon Weitzman, 'Give me Children or else I am Dead' Orthodox Jewish Perspectives on Fertility", *Faith and Fertility*, (Edit: Eric Blyth & Ruth Landau), Jessica Kingsley Publishers, London & Philadelphia, 2009, 217.

41 TB. Yebamoth, 45a.

42 Fred Rosner, "The Tube Babies, Host Mothes and Genetic Engineering in Judaism", *Tradition*, XIX, (II), 1981, 142.

43 "Sperm Donation", Erişim Tarihi: 14.02.2016, <http://dev.dinonline.org/2010/12/27/sperm-donation>; "Artificial Insemination Using Donor Sperm", Erişim Tarihi: 14.02.2016, <http://dinonline.org/2011/01/10/artificial-insemination-using-donor-sperm>.

44 Daniel B. Sinclair, "Assisted Reproduction in Jewish Law", 82.

kullanmayı reddetmektedirler. Çünkü onlara göre Yahudi olmayanın spermini bir Yahudi kadının kullanarak çocuk dünyaya getirmesi, ileride Yahudi toplumunun genetiğini bozan bir rol oynar. İsrail’de bu konudaki uygulama açısından geleneksel Yahudilerin Yahudi olmayan vericilerin spermini tercih ettikleri, liberal Yahudilerin ise Yahudi olan donörden sperm aldıkları şeklinde bir tespit yer almaktadır.⁴⁵ Yahudi olan kadının Yahudi olmayan donörden alınan sperm ile çocuk dünyaya getirmesi ile mahkemelerin önüne gelen soy bağı davaları da, gelecekte yarı kardeşler arasında ensest ilişkinin oluşmasından endişe eden aileler için Yahudi olmayanların spermlerinin tercih edildiğine dair bir veriyi de ortaya koymaktadır. Bu bağlamda Yahudi mahkemeleri, sperm sahibi Yahudi olmadığı için çocuğun soy bağını, anneden başlatmaktadırlar.⁴⁶

3. Doğan Çocuğun Dini Kimlik Problemi

Yahudilikte dini kimlik anne ile aktarılır. Bu nedenle çocuğun Yahudi olması için doğuran annenin Yahudi olması gerekir.⁴⁷ Yahudi olmayan bir kadından dünyaya gelen çocuğun Yahudi dinine girmesi için “mikvah”⁴⁸ adı verilen suya daldırma ritüelinin yapılması gerekmektedir. Böylece geçmişe dair bütün kirlerinden arınmış ve yeniden doğmuş olarak Yahudi dinine girdiği kabul edilir. Yahudi dinine girmesiyle kişinin önceki ailesi arasındaki soy bağı kesilir ve o artık İbrahim’in kızı veya oğlu olarak anılır.⁴⁹

Anne, hem genetik olarak çocuğa bağlı olan hem de çocuğu taşıyan kişidir. Bugün için yardımcı üreme teknikleriyle birlikte gelen taşıyıcı annelikle, yumurta sahibinin ve çocuğu rahminde taşıyanın farklı olması, iki farklı anne tanımını ortaya çıkartmıştır.⁵⁰ Bu nedenle Yahudi din bilginlerinin, Yahudi kimliğinin yumurta ile mi yoksa doğumla mı geçtiği konusuna açıklık kazandırmaları gerekmektedir.⁵¹ Yahudilik açısından bunun önemi, doğan çocuğun Yahudi olmadığı kabul edildiği takdirde Yahudi toplumuna katılabilmesi için Yahudiliğe giriş töreninin yapılmasının gerekliliğidir.⁵² Kişi Yahudi bir anneden doğmamışsa, bu tören yapılmaksızın Yahudi kabul edilemez.

45 Rabbi Elliot N. Dorff, “Artificial Insemination, Egg Donation and Adoption”, 476.

46 “Religious and Using a Sperm Donor? Best to Get a Rabbi’s OK First”, Haaretz - Israel News Wednesday, February 10.2016, Erişim Tarihi: 15.02.2016, <http://www.haaretz.com/israel-news/premium-1.683882>.

47 Rabbi Elliot N. Dorff, “Artificial Insemination, Egg Donation and Adoption”, 496, 497.

48 Mikvah: Küçük bir yüzme havuzu şeklinde tanımlanır. Bu havuza daldırılmak ruhsal temizliğin sembolik ifadesi olarak kabul edilmiştir.” Erişim Tarihi: 11.02.2016, <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Judaism/mikveh.html>.

49 “Proselyte”, *The Oxford Dictionary of The Jewish Religion*, (edit.R. J. Zwi Werblowsky & Geoffrey Wigoder), Oxford University Press, New York,1997, 550.

50 Shulchan Aruch, Yoreh Deah, 268.

51 Erişim Tarihi: 02.02.2016, <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Judaism/ivf.html>.

52 “Proselyte”, *The Oxford Dictionary of The Jewish Religion*, 551.

Bu bağlamda tartışılan konulardan birisi Yahudi olmayan anne babadan oluşan embriyonun Yahudi bir annenin rahmine aktarılması ile çocuğun dini kimliğinin kime tabi olacağıdır. Bununla ilgili yapılan çıkarımlardan birincisi, çocuğun kimliği doğuran anneye tabi olacağı için Yahudi olmayan çifte ait embriyo Yahudi bir kadının rahmine yerleştirildiğinde çocuğun Yahudi olarak dünyaya geleceğidir. İkincisi, kırk günden sonra ruhun üfürüldüğünden hareket edilirse⁵³ ilk kırk gün içinde embriyonun Yahudi olan annenin rahmine aktarılması halinde çocuğun Yahudi kimliği içinde dünyaya gelmiş sayılacağı kabul edilebileceğidir. Üçüncüsü, fetüs veya embriyo annenin rahmine girdikten sonra artık annenin bedeninin bir parçası sayılacağından çocuğun annenin dini kimliğine sahip olacağıdır. Bütün bu değerlendirmelere karşılık orijin olarak sperm ve yumurta, Yahudi olmayan çifte ait olduğundan çocuğun doğduktan sonra Yahudi kabul edilebilmesi için Yahudiliğe giriş töreninin yapılması şeklinde ihtiyata dayanan görüş de bulunmaktadır.⁵⁴

Yahudi toplumunda çoğalma, Yahudi kimliğini yaşatma anlamını içinde taşımaktadır. Bu nedenle doğacak çocuğun dini kimliğinin, yardımcı üreme teknikleri bağlamında en çok tartışılan konulardan biri olduğu görülmüştür. İsrail’de taşıyıcı anneliğin yasalaştırılması ile birlikte çocuğun dini kimlik probleminin oluşmaması için taşıyıcı annenin ve genetik annenin aynı dini kimlikte olması şartı getirilmiştir.⁵⁵

B. NESLİN MUHAFAZASI AÇISINDAN YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİNDE DONÖR KULLANIMI (İSLAM HUKUKU BAĞLAMINDA)

Nesil kelimesi ile kişinin çocuğu, soyu ve bu ikisi arasında bağlantıyı kuran nesibi kast edilmektedir.⁵⁶ Neslin hakları İslam Hukukunda da bu anlam içeriği içinde tanımlanmış, nesil ile “var olan” ve “gelecekte var olacak olan” şeklinde bir ayırım yapılmaksızın hakları bir bütün olarak ele alınmış ve konu neslin muhafazası ilkesi altında değerlendirilmiştir.

Neslin muhafazası, Şâri’inin teşri ile korumayı amaçladığı beş asıldan birisidir.⁵⁷ Gazzâlî (ö.505/1111) bu beş aslı korumayı içeren her şeyi maslahat, yok etmeyi amaçlayan her şeyi ise mefsetet olarak tanımlar ve yaratılışın ıslahını amaç edinen

53 Yahudi kaynaklarında Embriyo, kırkıncı gününe kadar bir akışkan olarak tanımlanmıştır. TB. Yebamoth, 69a.

54 Yitzchok A Breitowitz, “Halakhic Alternatives in IVF-Pregnancies”, *The Jewish Law Annual*, XIV/70, 71.

55 Abraham Benschushan, Joseph G.Schenker, “Legitimizing Surrogacy in Israel”, *Human Reproduction*, XII, 1997, 1832.

56 Ebü'l Fazl Cemâlüddin Muhammed b. Mükerrrem b. Manzur el- Ensâri, *Lisânu'l Arab*, Vezaretü'ş-Şuûn el-İslâmiyye ve'l Evkâf ve Da'vetü ve'l İrşâd, el- Memleketü'l- Arabiyyetü's Suûdiyyetü, ty, XIV/183; Muhammed Murtazâ el Hüseyni ez-Zebîdî, *Tâc'ül- Arûs min Cevâhiri'l-Kâmûs*, (thk. Mustafa Hicâzî), Tûrâsi'l- Arabî, Kuveyt, 1998, XXX/488.

57 Bu konuda küçük ihtilafların bulunması ile birlikte bu beş aslı, dinin korunması, neslin korunması, Nefs (can)'in korunması, aklın korunması, malın korunması şeklinde tanımlanabilir. Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü*, Pasifik Ofset, 11. Baskı, İstanbul, 2014, 353-354.

hukuki sistemlerden hiçbir sistemin, milletlerden hiçbir milletin zarurî yararlarından kabul edilen bu beş aslı hukuken korumaktan uzak kalamayacağını belirtir.⁵⁸

Konumuz itibari ile bu beş aslın içinde yer alan neslin korunması⁵⁹ fıkıh usulü kitaplarında nesebin ve neslin korunması⁶⁰ şeklinde birlikte zikredildiği gibi neslin korunmasının yerine nesebin korunması⁶¹ veya ırzın⁶² korunması ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir. Ayrıca bazı fıkıh usulcileri neslin/nesebin korunması dışında altıncı bir asıl olarak ırzın korunmasına yer vermişlerdir.⁶³

Fıkıh usulcülerinin bu beş/altı aslı belirlerken daha çok hadler ile korunması amaçlanan maslahatlardan hareket ettikleri görülmektedir. Bu bağlamda fakihlerin, zina ve kazf haddi ile korunması amaçlanan maslahatı belirlemede neslin, nesebin ve ırzın korunması arasındaki kavramsal ilişkinin –mantık dili ile- “eşitlik”, “tam-girişimlik”, “eksik girişimlik” veya “ayrıklık”⁶⁴ bağlamında hangi düzeyde olduğuna dair farklı değerlendirmelerde buldukları söylenebilir. Bu değerlendirmelerin altındaki neden, neslin korunmasının nesebin korunmasından ve nesebin korunmasının ırzın korunmasından bağımsız düşünülmeceği gerçeğinde yatmaktadır.⁶⁵

58 Ebü Hâmid Muhammed b. Muhammed b. Muhammed bin Ahmed el-Gazzâlî et-Tûsî, *el- Mustasfâ min İlmi'l-Usûl*, (thk. Muhammed Suleyman el-Aşkar), Müessesetü'r-Risale, Beyrut, ty, I/417.

59 el-Gazzâlî, *el- Mustasfâ*, I, 417; Ali bin Muhammed el-Âmidî, *el-İhkâm fî Usûli'l-Ahkâm*, (thk. Şeyh Abdurrezzak Afîfi), Daru's-Sami'i, 2003/1424, Riyad, III/343; Ebü Abdillâh Bedrüddin Muhammed b. Bahâdır b. Abdillâh et-Türki el-Misrî el-Minhâcî ez-Zerkeşi, *el-Bahrü'l Muhit fî Usûl Fıkh*, (thk. Abdulkâdir Abdullah El-Âni), Dâru's-Safve, Gardaka, 1992, V/209; Ebü İshâk İbrâhîm b. Mûsâ b. Muhammed el-Lahmî eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, (thk. Bekir bin Abdullah Ebü Zeyd), Dâru İbn Affân, el-Huber, 1997, II/20; Muhammed b. Mahmûd b. Ahmed el-Bâbertî, *er-Rudûd ve'n Nukûd Şerhu Muhtasarı İbnü'l-Hâcîp*, (thk. Terhib b. Rebian ed-Devseri), Mektebetü'r-Rüşd, Riyâd, 2005, II/542-543; Muhammed b. Ali b. Muhammed eş-Şevkanî, *İrşâdü'l-Fuhûl ilâ Tahkiki'l-Hak min İlmi'l-Usûl*, (thk. Sami b. el-Arabî el-Eserî), Dâru'l Fazîle, Riyad, 2000/1421, II/900; Muhammed b. Ahmed b. Abdulaziz b. Ali el Futuhi İbn Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-Münîr el-Müsemme bi Muhtasari't-Tahrîr=el Muhtebârü'l Muhtebâr Şerhu'l Muhtasar fî Usûl Fıkh*, (thk. Muhammed Zuhayli & Nezih Hammâd), el-Evkâfî el-Suudiyye, yy, ty, IV/160; Muhammed Mustafa Şelebi, *Tâ'lîlî'l-Ahkâm: Arzu ve Tahlîl li Tarikatî't-Tâ'lîl ve Tatavvuratiha fî Usurî'l-İçtihâd ve't-Taklîd*, Dâru'n-Nehdatî'l-Arabiyye, Beyrut, ty, 282; Yusuf el-Karadâvî, *Dirâsâtü fî Fıkh Mekâsîdî's-Şeria*, Dâru'ş-Şurûk, Kahire, 3.baskı, 2008, 27; Muhammed Said Ramazan el-Butî, *Davâbitü'l-Maslaha fî'ş-Şeriati'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risale, yy, ty, 119; Fahrettin Atay, *Fıkh Usulü*, 253-354.

60 Ebü Muhammed Muvaffakuddin Abdullâh b. Ahmed b. Muhammed b. Kudâme, *Ravzatü'n-Nâzir ve Cennetü'l (Cünnetü'l) Münâzir fî Usûli'l-Fıkh 'alâ Mezhebi'l-İmâm Ahmed bin Hanbel*, (thk. Şa'bân Muhammed İsmail), el-Mektebetü'l Mekkiyye, Mekke, 1998, I/481.

61 Şihâbüddin Ebü'l Abbâs Ahmed b. İdrîs el-Karâfî, *Şerhu Tenkîhi'l-Fusûl fî-İhtisârî'l-Mahsûl fî'l-Usûl*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, 2004, 304; Tâcuddin Abdulvehhâb bin Ali es-Subkî, *Cem'ul-Cevâmi' fî Usulî'l Fıkh*, (thk. Abdü'l Menâmi Halil İbrahim), Dâru'l Küttübü'l İlmiyye, Beyrut, 2003, 92; Fahreddin Muhammed bin Ömer bin Hüseyin er-Râzî, *el-Mahsûl fî İlmi Usûli'l-Fıkh*, (thk. Taha Câbir Feyyâz el-Alvânî), Müessesetü'r-Risale, yy, ty, V/160; Necmeddini Ebü'r-Rebî Süleyman b. Abdulkavî bin Abdul Kerim İbn Said et-Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r Ravza*, (thk. Abdullah b. Abdul Musin et-Türki), Vezaratü'ş-Şuûnî'l-İslâmiyye ve'l-Evkâfî ved-Da'vet ve'l-İrşâd, el-Memleketü'l-Arabiyye es-Su'ûdiyye, 1998/1419, III/216; Ahmed Reysuni, *Medhalü ila Makasîdî's-Şeria*, Dâru'l-Kelime, Kahire, 2010, 87.

62 İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüknüddin Abdülmelik b. Abdillâh b. Yûsuf el-Cüveynî, *el-Burhân fî Usûli'l Fıkh*, (thk. Abdulazîm ed-Dib), Câmîatü Katar, Katar, h.1399, II/ 1151; el-Gazzâlî, *Şifâü'l-Galîl fî Beyânî's-Şebeh ve'l-Muhîl ve Mesâiki't-Tâ'lîl*, (thk. Hamd el Kebisi), Matbaatu'l-İrşâd, Bağdat, 1971, 160; Takiyüddin b. Ahmed Abdülhalîm İbn Teymiyye, *Mecmû'u'l- Fetava*, (thk. Abdurrahman b. Muhammed b. Kâsım), Mücemma'ül-Melik Fehd li-Tibaati'l-Mushafî's-Şerif, Medineti'l Münevvere, 2004/1425, XXXII/234; Abdulvehhâb Hallâf, *İlmu Usulî'l-Fıkh*, Dâru'l-Fikri'l-Arabi, Kahire, 1996, 189.

63 et-Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r Ravza*, III/216; es-Subkî, *Cem'ul-Cevâmi' fî Usulî'l Fıkh*, 92; İbn Neccâr, *Şerhü'l-Kevkebi'l-Münîr*, IV/160; Muhammed Mustafa ez-Zühaylî, *el- Veciz fî Usûli'l-Fıkhî'l-İslâmiyyi*, Dar'ul Hayr, Dimeşğ & Beyrut, 2006, 113.

64 Necatî Öner, *Klasik Mantık*, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 5.baskı, 1986, 22-23

65 el-Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I/417; el-Gazzâlî, *Şifâü'l-Galîl*, 160; er-Râzî, *el-Mahsûl fî İlmi Usûli'l-Fıkh*, V/160; et-Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r Ravza*, III/209;

Şâtibî'nin (ö.790/1388) neslin korunması ilkesini, yeryüzünde neslin bekasının sağlanması şeklinde tanımladığı görülmektedir. Çünkü ona göre nesil yok olursa insanlığın bekası olmaz.⁶⁶ Muhammed Tâhir bin Âşûr, Şâtibî'nin görüşünü benimseyerek, bu terimle insan neslinin yeryüzündeki varlığının kaybolmamasının kast edildiğini belirtir. Neslin korunması ile nesebin korunması kast ediliyorsa, ona göre bu şekilde tanımlanan bir unsur hâcî yararlar içinde yer alır. Çünkü nesebe intisabın nedeni çocuğun bakım ve terbiyesi ise anne de çocuğun bu ihtiyacını giderebileceğinden kişinin kime intisap ettiğini bilmesi çok da önemli değildir. Fakat Âşûr neseplerin karışmasının, ümmetin nizamının sarsıldığı ve aile direğinin yıkıldığı ve birçok kötülüklerin arka arkaya geldiği sonuçları ortaya çıkardığı takdirde nesebi, zarûriyyât derecesinde korunması gereken hukuki yararlar içine dâhil etmektedir.⁶⁷ Yusuf el-Karadâvî ise Aşûr'un ırzın korunması hâciyyâttandır görüşünü eleştirerek ırzın korunmasının zarûriyyâtın içine dâhil edileceği görüşünü ifade eder.⁶⁸ Fakihlerin neslin korunması ile ilgili bu değerlendirmelerinden yola çıkarsak, neslin korunmasını nesebin ve ırzın korunmasından bağımsız görmedikleri söylenebilir.

Gelecek insanları etkileyecek olan davranışlarımıza yönelik ahlaki zorunluluğumuz bulunmaktadır. Bu ahlaki zorunluluğumuzun en temelinde zarar vermeme yer almaktadır.⁶⁹ Çünkü bir fiilin olumsuz etkileri gelecekte herhangi bir zaman ve mekânda ortaya çıkabileceği için zarar vermek zaman ve mekân ile sınırlandırılmaz. İslam'da Şari'in teşri ile amaçladığı menfaati celbetmek ve zararı uzaklaştırmaktaki⁷⁰ maksadı da dünyanın nizamını bozacak ve insanlığın fitratını değiştirecek bir zarardan insanı ve insanlığı korumaktır.⁷¹ Bu bağlamda fakihlerin ırzın-nesebin-neslin korunmasına dair hukuki gerekçeyi ortaya koyarken, ırzların korunmaması sonucu neseplerde oluşabilecek şüphe ile nesle gelebilecek zarardan yola çıktıkları görülmektedir. Bu nedenle nesillerin korunmasının ırz ve namusun korunmasından başlayacağı konusunda icmanın söz konusu olduğu söylenebilir. "İrzda asıl olan haramlıktır" külli kaidesi ırz ve namusun her türlü şüpheden uzak tutulması gerektiğine işaret eden külli bir kaidedir. Bu bağlamda ırz ve namusun zaruret halinde bile helal olmadığı ortaya konulmuştur.⁷²

66 eş-Şâtibî, *el-Muvâfakât*, II, 32.

67 Muhammed Tâhir bin. Âşûr, *Mekâsudu's-Şeriatî'l-İslamiyye*, (thk, Muhammed Hubeyb ibn el-Hucce), Vizaretü'l-Evkâf ve'eş-Şuûn'l-İslamiyye, Katar, 2004, 239-241; Muhammed Tâhir bin Âşûr, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (çev. Mehmed Erdoğan & Vecdi Akyüz), Rağbet yay., İstanbul 4.baskı, 2013, 228-229.

68 Yusuf el-Karadâvî, Muhammed Tâhir bin Âşûr'un belirttiği aksine zaruretler beş asıl ile sınırlı olmadığı görüşündedir. Karadâvî göre toplumsal değerler ile alakalı hürriyet, eşitlik, kardeşlik, sorumluluk, insan hakları gibi ferdî maslahatlar ile birlikte, toplumu, devleti ve milleti korumaya yönelik her türlü değer bu asıllar içine dâhil edilebilir. el-Karadâvî, *Dirasatü fi Fikh*, 27, 28.

69 Wilfred Beckerman & Joanna Pasek, *Justice, Posterity and The Environment*, Oxford University Press, Oxford, 2003, 108.

70 eş-Şâtibî, *el-Muvâfakât*, III/58,60.

71 eş-Şâtibî, *el-Muvâfakât*, III/78.

72 Ebü'l-Fazl Celâlüddin Abdurrahmân b. Ebî Bekr b. Muhammed el-Hudayri es-Süyûti, *el-Eşbah ve'n-Nezâir fi Kavâ'id ve Furû Fikhi's-Şâfi'iyye*, Dârü'l-Kütüb'l-İlmiyye, Beyrut, 1983, 61; ez-Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-Kavâ'id*, (thk. Muhammed Hasan Muhammed Hasan İsmail), Dârü'l-Kütüb'l-İlmiyye, Beyrut, 2000, I/87.

Konumuz itibari ile yardımcı üreme teknikleri “üremeye karar verme hakkına” dayandırılmaktadır. Fakat bir hak bir başkasına zarar veriyorsa, zararın bireye veya topluma olması önemli olmaksızın o hakkın kullanılması sınırlandırılabilir.⁷³ İslam’da ise bu hak nikâh ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle İslam hukukçuları çoğalmayı bağımsız bir norm olarak ele almamışlardır.⁷⁴

Şâtibî’nin asıl unsur ile tamamlayıcı unsurlar arasındaki bağlantıyı açıklamak için “koruluk etrafında hayvan otlatan kimsenin her an koruluğa girmesi şüphesi nasıl oluşuyorsa, aynı şekilde tamamlayıcı unsurları yok eden kimse asıl unsuru da ihlal etmiş sayılır” izahından hareket edersek;⁷⁵ neslin/nesebin korunması asıl olmakla birlikte bu aslı korumak için ırzları korumak gerekir. ırzların korunması da nikâh ile gerçekleşeceği için, nikâh nesli/nesebi korumanın tamamlayıcı unsuru olarak hâciyyâtan kabul edilmiştir.⁷⁶ “*Nikâhlanınız, çoğalınız. Çünkü kıyamet günü ben sizin çokluğunuz ile övüneceğim.*”⁷⁷ hadisi çoğalmanın şartını nikâhlanmaya bağlamaktadır. Kadın ile erkeğin birlikteliğinin ve çocuk sahibi olmasının tek yolu -emrin niteliği hakkında farklı görüşler ortaya konulsa da-⁷⁸ nikâhtan sonra gerçekleşecek olan zıfaktır. Âşûr, hukukun neseb konusunun şüpheden uzak olmasını amaçladığını, bunu elde etmek için de nikâhtan başka yol olmadığını belirtir.⁷⁹

İslam, cahiliyede çocuğun dünyaya gelmesini amaç edinen yolları nikâh akdi dışında kaldırmıştır.⁸⁰ Yardımcı üreme tekniklerinde donör kullanımı ile çocuk sahibi olmanın yolunun açılması ise, İslam’ın bütün bu nikâh çeşitlerini kaldırmasındaki ana maksadın ihlali olduğu söylenebilir. Bu ana maksat, neseplerin karışmasını önleyerek gelecek nesillerin haklarını muhafaza etmek ve dolayısı ile -zaman ve mekâna bağlı kılmaksızın- toplumsal nizamın korunmasını hukukun güvencesi içine almaktır.

73 Burcu Kalkan Oğuztürk, *Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, 204-206

74 Muhammed Sa’d b. Ahmed b. Mesûd el-Yübî, *Mekâsuduş-Şeriatî’l-İslamiyye ve ‘Alâketühâ bi’l-Edilleti’ş-Şer’iyye*, Dâru’l-Hicre, er-Riyâd, 1998, 251-253.

75 eş-Şâtibî, *el-Muvâfakât*, II/38.

76 Âşûr, *Mekâsuduş-Şeriatî’l-İslamiyye*, 241

77 Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut & Lübnan 2008, V/712, 444-445; Ebû Dâvûd, “Nikâh” 3; Nesâî, “Nikâh”, 14.

78 Ebû Muhammed b. Ali b. Ahmed b. Said ibn Hazm, *el-Muhalla*, (thk. Muhammed Münir Dimeşki), İdaretü’l-Tibaatî’l-Müniriyye, Mısır, 1351, IX/440; Alâüddin Ebû Bekir b. Mes’ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâiü’s-Sana’ fi Tertibiş-Şerai’*, (thk. Ali Muhammed Muavviz & Adil Ahmed Abdülmeccut), Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Beyrut 2003, III/312-313; Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İbn Rüşd, *Bidâyetü’l-Müçtehid ve Nihayetü’l-Muktesid*, (thk. Muhammed Subhî Hasan Hallak), Mektebetü ibn Teymiyye, Kahire, 1415, III/7,8; İbn Kudâme, *el-Mugni*, (thk. Abdullah Abdullahmusin et-Türki & Abdülfettah Muhammed el-Hulv), Dâru Âlemî’l-Kütüb, Riyad, 3. Baskı, 1997, IX/340-341; Ebû Zekerriyya Yahya b. Şeref b. Müri en-Nevevî, *Ravzatü’l-Talibin*, Mektebü’l-İslamiyye, Beyrut, 1991, VII/18.

79 Âşûr, *Mekâsuduş-Şeriatî’l-İslamiyye*, 436.

80 Hz. Aişe cahiliyedeki nikâhın dört çeşit olduğunu açıklar. “Ondan bir tanesi bugün insanların nikâhıdır. Bir adam velisine veya kıza gider onu ister. Mehrini verir ve evlenir. Diğer nikâh ise erkek kendi zevcesi hayızdan temizlendiği zaman filana git. Ondan seninle beraber olmasını iste der. Kocası zevcesinden ayrı kalır, ona dokunmaz. Ta ki birlikte olmak için talep ettiği adamdan hamile kalıncaya kadar. Onun hamileliği belirlediği zaman isterse eşi ile beraber olur. Bunu adam çocuğun asaletine râğbet ettiği için yapar. İşte bu nikâh “nikâhu’l-istibdâ” (kadının başkasından birlikte olmayı talep etme nikâhı) olur.”, *Buhârî*, “Nikâh”, 37.

Bu nedenle fakihler yardımcı üreme tekniklerinde donör kullanımını zina suçu kapsamında içinde ele almışlardır.⁸¹ Muhammed Ali el-Bar, kadının zevcesi dışında bir başkasının menisi ile hamile kalmasının zina şüphesini oluşturduğu görüşündedir ve bu şekilde çocuk sahibi olmayı Hz Aişe'nin belirttiği istibdâ nikâhına benzetir.⁸² Mahmûd Şeltût (ö.1963) zevcesi dışında bir başkasının spermi ile hamile kalan kadının çirkin, kınanması gereken bir suç ve büyük bir günah işlediği ve fiili - ceza şeklinde bir kusur oluşturmamış bile olsa- zina ile eş değer olduğu görüşündedir. Çünkü her ikisinin özünde neseplerin karışması yer almaktadır. Bu yönü ile hükümleri aynıdır.⁸³ Yusuf el-Karadâvi'de, Şeltut'un fetvasına işaret ederek, İslam'ın yapay soy bağıını kabul etmediğini ve zinayı haram kılarak nesebi muhafaza ettiğini, zevcesinin nutfesi dışında bir başkasının nutfesi ile hamile kalmanın da zinanın ortaya koyacağı mefsedete götüreceğini belirtir.⁸⁴ Mısır fetva kurulu İslam'ın zaruri maksatlarından biri olan nesli korumanın nesebi korumak olduğunu amaçladığını⁸⁵ ve bu nedenle zina ile neseplerin karışmasını ve evlatlık ile neseplerin naklini yasakladığını belirtir. Bu bağlamda yardımcı üreme tekniklerinin zina dairesinde gerçekleşmesinin ve bunun sonucunda neseplerin karışmasının önlemenin tek yolunun bu tekniğin eşler arasında uygulanması olduğuna karar vermiştir.⁸⁶

İslam İşbirliği Teşkilatına bağlı İslam Fıkıh Akademisi de, 11-16 Ekim 1986 yılında üçüncü devre toplantısında, neseplerin karışması, annelik duygusunun kaybı ve hukuken ortaya çıkabilecek başka sakıncaları önlemek için eşler dışında üçüncü bir kişinin tüp uygulamasına katılmasına cevaz vermemiştir.⁸⁷ Diyanet İşleri Başkanlığına bağlı Din İşleri Yüksek Kurulu da yardımcı üreme tekniklerinde donör kullanımına, zina unsurlarını taşıması yönü ile izin vermemiştir.⁸⁸ Bu bağlamda İslam Hukuku açısından yardımcı üreme tekniklerinde donör kullanımının zina kapsamı içinde değerlendirilmesi,⁸⁹ konunun hem Medeni Hukuk hem de Ceza Hukuku açısından ele alınmasını gerekli kılmıştır.

1. İslam Ceza Hukuku Açısından

Zina Kur'an'da ahlaki açıdan "fahiş" çirkin bir iş olarak vasıflandırılmış⁹⁰ ve ceza hukuku açısından ise suç olarak tanımlanmıştır. Zina suçunun unsurları ile ilgili

81 Abdurrahman el-Bessâm, "Etfâlül-enâbîb", Mecelletü Mecma'î'l-Fikhi'l-İslâmî, S.2, 1986/1407, 259-261

82 Muhammed Ali el-Bar, *Halku'l-İnsan Beyne't-Tibbi ve'l-Kur'an*, Daru's-saade, Cidde, 4.baskı, 1983, 517-518.

83 Mahmûd Şeltût, *el-Fetâvâ Dirâse li-Müşkilât'il-Müslimi'l-Muâsır fi Hayâtihî'l-Yevmiyyeti'l-Âmme*, Dârü's-Şürûk, Kahire, 18.basım, 2004, 281-282.

84 el-Karadâvi, *el-Helal ve'l-Haram fi'l-İslam*, el-Mektebetü'l-İslamiyye, Beyrut, 13. Baskı, 1980, 219.

85 el-Fetâva l-İslâmiyye min Dâri l- İftâi l-Mısriyye, IX, Kahire, 1997/1418, 3217-3218

86 el-Fetâva l-İslâmiyye min Dâri l- İftâi l-Mısriyye, IX, 3228

87 Erişim Tarihi: 04.04.2016, <http://www.iifa-aifi.org/1661.html>.

88 *Diyanet Aylık Dergisi*, Haziran 1995, LIV, 19.

89 Sabri Erturhan, "Fikhi Açıdan Biyolojik Annelik ve Babalık", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, XV, 2010, 184-193.

90 İsra,17/32

olarak fakihler arasında tam bir ittifak olmasa da, bu suçun oluşması için nikâh veya nikâh şüphesi dışında bir kişi ile cinsel ilişki ve bu ilişkide kastın varlığı aranmıştır.⁹¹

Eşler dışında gerçekleşen yardımcı üreme tekniklerinde, zina suçunun maddi unsuru olan cinsel ilişki gerçekleşmediği için bu teknik, ceza hukuku açısından zina suçu kapsamı içinde değerlendirilmemektedir. Fakat diğer taraftan bu teknik, zinanın yasaklanmasındaki ana sebeplerden birisi olan nikâh akdi dışında çocukların dünyaya gelmesi için aracı olmakta,⁹² bu şekilde zinanın haram kılınmasının hukuki gerekçesi ihlal edilerek⁹³ neseplerin karışması gerçekleşmektedir ve bu yönü ile bu tekniğin medeni hukuk ile ilgili birçok problemleri ortaya koyduğu söylenebilir.

2. Medeni hukuk açısından

İslam hukukunda nikâh ve nikâh şüphesi dışında dünyaya gelen çocuğun hukuki olarak zina zemini üzerinde doğduğu kabul edilir. Çünkü bir çocuk ya nikâh akdi içinde dünyaya gelir. Bu çocuğun hakları hukuk tarafından tanınır. Ya da nikâh akdi dışında dünyaya gelir. Nikâh akdi dışında olan ilişkiler zina olarak tanımlandığı için, nikâh akdi olmaksızın dünyaya gelen çocuk zina ile dünyaya gelen çocuğun hukuki şartları içinde ele alınır. Bu nedenle başkasının spermi veya yumurtası ile çocuk sahibi olmak ceza hukuku açısından zina suçu kapsamı içinde ele alınmasa da, bu şekilde dünyaya gelen çocuk medeni hukukta “veled-i zina”nın hükümlerine tabidir ve tüp bebek uygulamalarında donör kullanımı sonucu dünyaya gelen çocuğun hukuki statüsü de bu bağlamda ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda bu bölümde çocuk sahibi olabilmek için eşler dışında üçüncü bir kişinin sperm veya yumurtasının kullanılmasının İslam Medeni Hukuku açısından ortaya çıkartabileceği sorunlar üzerinde durulacaktır.

a. Nesep Açısından: Çocuğu doğuran anne olduğu için onu inkar etmenin imkanı olmadığından, nesep kadın yönünden sabittir.⁹⁴ Bu nedenle nesep hakkı baba için sabit kılınması gereken bir haktır.⁹⁵ Ahzap süresi 5. ayet, evlat edinilenlerin ba-

91 Abdulkadir Udeh, *et-Teşriü'l-Cinâi'l-İslâmi Mukâranan bi'l-Kânûni'l-Vad'i*, Dâru'l Kütübü'l-Arabî, Beyrut, ty, II/349; el-Kâsânî, *Bedaiü's-Sana'i*, IX/178; İbn Kudâme, *el-Mugni*, XII/340, 343, 344, 348; Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, (thk. Muhammed Subhi Hasan Hallâk), Mektebetü İbn Teymiyye, Kahire, 1415, IV/373.

92 Fahreddin er-Râzî, “Zinaya yaklaşmayın. Çünkü o, son derece çirkin bir iştir ve çok kötü bir yoldur” İsra, 17/32 ayetinde zina sonucu gelecek mefsedetlerden birincisi olarak neseplerin karışması, birbirine benzeşmesi, insanın zina sonucu gelen çocuğun nesebinin kime ait olduğunun bilinmemesi nedeniyle terbiyesi ile ilgilenilememesi, taahhüd edilenin kesilmesi, bu şekilde çocukların zayıf olması ve bu durumun nesillerin kesilmesi ve dünyanın harap olması anlamına geldiğini belirtir. er-Râzî, *et-Tefsirü'l-Kebir=Mefatihü'l-Gayb*, Dârü'l-Fikr, yy, 1981, XX/199.

93 Muhammed Ebû Zehra, *el-Cerime*, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, Kahire, 1998, 38, 39, 50, 51.

94 el-Kâsânî, *Bedaiü's-Sana'i*, VIII/492.

95 Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahiyye*, Dârü'l-Fikr el-Arabiyye, yy, ty, 386.

balalarına nispet edilerek çağrılmasını emreder ve işin doğrusunun bu olduğunu belirtir.⁹⁶ Bu ayete göre babalık kan bağı ile sınırlandırılmıştır. Kurtubî (ö.671/1273), bu ayet ile evlatlığın kaldırılarak babalığın mutlak bir lafız olmaktan çıkartıldığını belirtir ve “evla ve en adil” olanın da çocukların neseplerinin babalarına bağlanması olduğunu söyler.⁹⁷

Bu bağlamda İslam hukukunun nesep hukuku ile ilgili en temel yaklaşımı, soy bağına naklini kabul etmediği için yapay soy bağı ilişkisini tanımamasıdır. Hatta yapay bir soy bağına ihdası hakkında peygamberimiz annenin, çocuğunun nesebini gerçek babası dışında bir başkasına nispet etmesinin uhrevi sorumluluğuna işaret etmiştir.⁹⁸ Antropologların soy bağı ile değerlendirmesi ise, her toplumun sosyal olarak kurulan bağ ile genetik olarak kurulan bağ ayırdıkları ve genetik bağ gerçek, doğru ve asla kaybolmayan bir bağ olarak tanımladıkları şeklindedir.⁹⁹ Antropolog David Schneider (ö.1995) “gerçek/ hakiki/ taşınmaz”, “doğru/ gerçek/aslına uygun”, şeklinde tanımladığı “kan” veya “doğum” ile gelen akrabalık bağına kopmayacağını, yasal haklar kaybedilebilse bile kan ile gelen akrabalık bağına asla kaybolmayacağını belirtir. Anne-baba ve kardeşler arasındaki akrabalık bağı, bunların herhangi bir şekilde birbirlerinden haberleri olmasa bile, hiçbir şekilde değiştirilemez ve sonlandırılmaz.¹⁰⁰ İslam Hukukunun nesep ile ilgili temel yaklaşımı bu açıdan değerlendirildiği takdirde, ilmi gerçeklere uygun olduğu sonucu çıkar.

İkinci olarak, İslam hukuku açısından soy bağı, nesle gelebilecek zarardan nesli koruma adına gözetilmesi gereken zaruri maslahatlardan kabul edilmiştir. Bu nedenle zaruret haline dayanılarak vazgeçilebilen değil, aksine gelecekte insan türüne gelebilecek zararı engelleme adına öncelikle korunması gereken bir haktır. Buna dayanarak nesep hakkının hem kul hakkını hem de Allah hakkını birlikte barındırdığı kabul edilmiştir.¹⁰¹ Çünkü nesepte hem çocuğun kişilik hakkı hem de toplumun güvenlik hakkı yer almaktadır.¹⁰² Üçüncüsü, nesep hakkı mal olmadığı için alışveriş, hibe, sadaka, vasiyet konusu yapılamaz.¹⁰³ Dördüncüsü, anne

96 Ahzap, 33/5

97 Ebû Abdullah Muhammed b. Ahmed el-Ensârî el-Kurtubî, *el-Câmi' li Ahkâmî'l-Kur'an ve'l-Mübeyyin lima Tedammenehü min's-Sünne ve Ayi'l-Furkan*, (thk. Muhammed el-Arkasusi & Muhammed el-Arkasusi), Müessesetü'r-Risale, Beyrut 2006, XVII/57.

98 Dârimî, “Nikâh”, 42; Nesâî, “Talak”, 47.

99 David M. Schneider, *A Critique of the Study of Kinship*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1984, 172,173.

100 Schneider, *American Kinship a Cultural Accounts*, The University of Chicago Press, Chicago & London, 2. Baskı, 1980, 24.

101 İzzeddin İbn Abdüsselâm, *el-Kavâ'idü'l -Kübra el-Mevsûmü Kavâ'idü'l-Ahkâm fi Islahi'l-Enâm*, (thk. Nezih Kemal Hammâd & Osman Cum'a Damiriyye), Dârü'l-Kalem, Dimeşk, 2000, II/254.

102 Abdülkerim Zeydan, *el-Mufasssal fi Ahkâmî'l-Mer'e ve'l-Beyti'l-Müslim Şeriatü'l-İslâmiyye*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1993, IX/317; İbrahim Kafi Dönmez, “Nesep”, *DİA*, XXXII, 573; “Nesep” *el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye*, XL, 233; Âşûr, *Mekâsûdu's-Şeriatü'l-İslamiyye*, 421.

103 el-Kâsânî, *Bedaiü's-Sana'i*, V/509.

babalık parçalanamaz, bölünemez bir haktır. Herkesin kan bağına bağlı bir anne ve babası vardır.¹⁰⁴ Bugün donörlerden alınan üreme hücreleri ile dünyaya gelen çocuğun varlığını yasal statüye oturtabilmek için anne-babalığı oluşturan unsurlar parçalanarak “genetik anne-babalık”, “biyolojik anne-babalık”, “sosyal anne-babalık”, “psikolojik anne-babalık”, “yasal anne-babalık”¹⁰⁵ gibi birçok kavramın ortaya konulduğu bir dünyada İslamiyet’in çocuk için tanıdığı tek asıl, kan bağı ile bağlı olduğu anne babasıdır.¹⁰⁶ Âşûr, İslam’ın çocukların babalarına nispetinin, negatif hak olarak tanımlayabileceğimiz herhangi bir şekilde düşürülemeyen hak olduğunu belirtir.¹⁰⁷

Peygamberimizin baba tarafından nesebin tespiti için koyduğu kural ise “*çocuk firaş/yatak sahibinindir. Zinakâra mahrumiyet vardır.*” şeklindedir.¹⁰⁸ Nevevî (ö.676/1277) bu hadisin şerhinde cahiliyede nesebin zina ile ilhak olduğunu, İslamiyet’in çocuğun soy bağına belirleme de hukuki yatağı tanıyarak diğerlerini iptal ettiğini belirtir.¹⁰⁹ Hadiste geçen “firaş”, hükmi veya hakiki nikâh içinde hamile kalan çocuğun annesidir. Bu hadis ile nesep nikâh ile sınırlandırılmıştır.¹¹⁰ Hanefî,¹¹¹ Mâlikî,¹¹² Şâfiî,¹¹³ Hanbelî,¹¹⁴ Zâhirî¹¹⁵ fakihlerinden oluşan cumhur, bu hadise dayanarak nikâh dışında dünyaya gelen çocuğun nesebini babaya bağlamaz. Bununla birlikte Hasan Basrî (ö.110/728), İbn Sîrîn (ö.110/728), İshak b. Râheveyh (ö.238/853), had infaz edildikten sonra nesebin babaya bağlanacağı görüşündedir. İbrahim en-Nehâî (96/714) had uygulandıktan ve kişinin zina ettiği kadına malik

104 Kemâleddin Muhammed b. Abdülhamid es-Sivâsî Sümme'l-İskenderî ibnû'l-Hümmam, *Şerhu Fethû'l-Kadir ala Hidayeti Şerhi Bidayeti'l-Mübtedâ*, (ta'lik, abdurrezzâk Galip el-Mehdi), Dâru'l Kütübü'l İlmiyye, Beyrut, 2003, V/45.

105 Mary Lyndon Shanley, *Making Babies Making Families, "Fathers' Rights, Mothers' Wrongs and Children's Needs,"* Beacon Press, Boston, 2002, 74

106 Dönmez, “Nesep”, XXXII, 573.

107 Âşûr, *Mekâsuduş-Şeriatî'l-İslamiyye*, 451

108 Hz Aişe'den rivayet edildiğine göre Sa'd ibn Ebî Vakkas ile Abd ibnu Zem'a arasında (çocuğun nesebi konusu) dava konusu olmuştur. Peygamberimiz “*ey Abd. b. Zem'a çocuk sana aittir. Çocuk yatağındır. Ya sevde sen bundan perdelen*”, Buhârî, “Muharibin min ehl'l-Küfri ve'r-Ridde” 8; “buyu” 3, “Vasâyâ” 4; Müslim, “Rad'a”, 36,37; Ebû Dâvûd, “Talak”, 33,34; Ahmed b. Hanbel, I/110, X/24, 268, 452, 553, 578-579; Bu konuda mevcut diğer bir rivayet: “*Bir şahıs peygamberimize bir çocuğu işaret ederek 'filanın benim oğlundur. Annesi ile cahiliyede zina etmişim' der. Bunun üzerine peygamberimiz 'cahiliye dönemi bitmiştir. İslam da böyle bir iddia geçerli değildir. Çocuk yatak sahibinindir. Zina edene ise mahrumiyet vardır' buyurmuştur.*” Ebû Dâvûd, “Talak”, 33,34; “*Bir kimsenin mülkünde olmayan bir cariyyeden veya hür bir kadından zina sonucu bir çocuğu olursa ona nesebi ilhak olmaz ve varis olamaz. Çocuk zina mahsulü olduğu için çocuğun kendisine ait olduğunu iddia etmesinin bir geçerliliği yoktur.*” Ebû Dâvûd, “Talak”, 29,30.

109 Muveyyidîn ebû Zekeriyâ Yahya b. Şeref b. Muri en-Nevevî, *el-Mînhaç fi Şerhi Sahihî Müslim b. el-Haccac Şerhu Nevevî alâ Müslim*, Beytül-Efkârî'd-Devliyye, Riyad, t.y, XVII/ 913.

110 Abdülvehhâb Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâlî'i-Şahsiyye fi Şeriatî'l-İslamiyye*, Dâru'l-Kalem, Kuveyt, 1990, 177.

111 Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebcut*, Daru'l-Marife, Beyrut, 1989, XVII/154,15; el-Kâsânî, *Bedaiü's-Sana'i*, VIII/492-493.

112 el-Karâfi, *ez-Zahira*, (thk.Muhammed Buhubze), Dâru'l-Garbi'l-İslâmiyye, Beyrut, 1994, IX/312-313.

113 Ebû'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Habib el-Basrî el-Mâverdi, *el-Havi'l-Kebir fi Fikhi Mezbebi İmamî Şâfiî ve Hüve Şerhu Muhtasarî'l-Müzeni*, (thk. Ali Muhammed Muavviz & Adil Ahmed Abdülmevcud), Dâru'l Kütübü'l İlmiyye, Beyrut, 1994, XVII/389; Şemseddin Muhammed b. Ahmed b. Hamza el-Ensârî er-Remli, *Nihayetü'l-Muhtaç İla Şerhi'l-Minhaç fi Âlâ Mezhebi'l-İmamî el-Fikhi* (thk. Şemseddin Muhammed b. Ebî'l-Abbas Ahmed b. Hamza vd.), Dâru'l Kütübü'l İlmiyye, Beyrut, 2003, V/108.

114 İbn Kudâme, *el-Mugni*, XI/172-173; İbn Teymiyye, *Mecmû'ul-Fetava*, XXXII, 137

115 İbn Hazm, *el-Muhalla*, IX/302.

olduktan sonra nesep bağının oluşacağı ve Süleyman b. Yesâr (107/725), Urve b. Zübeyr (ö.94/713) de nesebin babaya ilhak ettirileceği görüşündedir¹¹⁶

İbn Teymiyye (ö.728/1327)¹¹⁷ ve İbn Kayyim el-Cevziyye (ö.751/1350)ye göre de çocuğun yatağa değil zina sahibine ilhakı gerekir. el-Cevziyye'nin bu konuda nakli delili Hz Ömer'in cahiliyede kendi çocukları olduğunu iddia edenlerin bu iddiaları doğrultusunda -zina mahsulü oldukları halde- çocukların neseplerini kendilerine bağladığına dair rivayettir.¹¹⁸ Nikâh dışında dünyaya gelen çocuğun nesebinin babaya bağlanması gerektiğine dair akli delilde ise çocuğun zina ürünü olması ile beraber annesi ile annesinin akrabaları arasında nesebinin sabit olmasıdır. Buna karşılık baba, iki zina edenden birisi olmasına rağmen nesebin babaya bağlanmamasının akli bir çelişkiyi ortaya koyduğu görüşündedir. Bu nedenle bir başkası nesep iddiasında bulunmadığı müddetçe çocuk kan bağı ile bağlı olduğu babaya bağlanır.¹¹⁹

Abdülkerim Zeydan (ö.2014), zina edenin zina ettiği kadın ile evlendikten sonra altı aydan az bir süre içinde çocuğu dünyaya gelirse nesebin babaya bağlanmayacağı görüşündedir. Bununla beraber baba eğer zina ettiğini ifadelendirmeden çocuğun kendisinden olduğunu iddia ederse dünya hükümleri açısından nesebi sabit olur.¹²⁰ Bu görüş ile Ebû Hanîfe' (ö. 150/ 767) nin, kişi zina ettiği kadın ile evlendikten sonra ilk altı aydan önce evlendiği kadın çocuk dünyaya getirir ve -zina ettiğini gizleyerek- koca bu çocuğun kendisine ait olduğunu iddia ederse çocuğun nesebinin kadının kocasına bağlanacağına dair içtihadına dayanır.¹²¹

Çocuğun nesebinin genetik olarak bağlı olduğu babaya bağlanması, İslam'ın nesep ile ilgili yaklaşımına uygun bir içtihatır. Çünkü sperm sahibi nesebin bağlanması konusunda daha öncelikli bir hakka sahiptir.¹²² Fakat hukuk, toplumun ahlaki yapısını korumak için müeyyideler koyma hakkına sahiptir. Bu nedenle İslam Hukukunun çocuğun nesebini belirlemek için nikâhı şart olarak sunması, nikâh dışındaki birliktelikleri tanımayarak, çocuk sahibi olmaya dönük fiilleri bu şekilde

116 el-Mâverdi, *el-Havi'l-Kebir*, VIII/162; İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-Kübrâ*, (thk Muhammed Abdülkadir Atâ, Mustafa Abdülkadir Atâ), Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1987, V/508; İbn Kayyim el-Cevziyye, *Zâdü'l-Meâd*, (thk. Şuayb el Arnâvîd & Abdülkâdir el-Arnâvîd), Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1998, V/ 381; İbn Kudâme, *el-Mugni*, IX/123.

117 İbn Teymiyye, *el-Fetâva'l-Kübrâ*, V/508.

118 el-Cevziyye, *Zâdü'l-Meâd*, V/381; İbn Abdilberr en-Nemerî, *el-Istizkâr*, (thk. Abdulmu'tî Emin Ka'acî, Dâru Kuteybe, Dimeşk, 1993, XXII/168.

119 el-Cevziyye, *Zâdü'l-Meâd*, V/381-382

120 Zeydan, *el-Mufasssal fî Ahkâmi'l-Mer'e*, IX/384

121 İbn Kudâme, *el-Mugni*, IX/123; el-Fetava'l-Hindiyeye, (îdad Burhanpurlu Şeyh Nizam), Matbaatü'l-Kübra'l-Emiriyeye, Bulak, 1310, I/540.

122 Ali Muhyiddin Karadağı, Ali Yusuf Muhammedi, *Fikhü'l-Kazâyâ't-Tibbiyyeti'l-Muasra: Dirase Fikhiyye Tibbiyye Mukarene*, Dârü'l-Beşairi'l-İslâmiyye, Beyrut, 2006/1428, s.584-585

hukuk dairesi içinde tutmayı amaçlamasındandır.¹²³ Bu bağlamda yardımcı üreme tekniklerinde donör kullanımının İslam'ın bu en temel amacının ihlali anlamına geldiği söylenebilir.

Bu bağlamda ele alınan konu, nesebin karışmayacağı ve mahremiyetin korunacağından yola çıkarak, kocanın spermi ile eşinin birinden alınan yumurtanın döllendirilerek, kocanın diğer eşinin rahmine yerleştirilmesi ile çocuğun dünyaya gelmesinde zaruret bağlamında izin verilip verilemeyeceğidir.¹²⁴ Bu açıdan konuyu değerlendiren Müslüman Dünya Birliğine (Rabitatü'l-Alemi'l-İslami) bağlı İslam Fıkıh Akademisinin, 1985 yılında 7.devre tüp bebek uygulamaları ile ilgili toplantısında, sadece kocanın bir zevcesinden alınan yumurtayı kocanın kendi spermi ile birleştirilip diğer zevcesinin rahmine yerleştirilmesine şüphe ile bakmasıyla beraber zaruret halinde izin vermiştir. Çocuğun nesebi bakımından da, çocuk sperm ve yumurta sahibinindir, doğuran da sütannesi hükmündedir şeklinde karar almıştır.¹²⁵ Fakat Fıkıh Akademisi 1990 yılındaki toplantısında ise bu kararından geri dönmüştür. Sadece kocadan alınan spermin karısından alınan yumurta ile döllendirilmesi ile oluşan embriyonun yumurta sahibine tekrar nakline onay vermiştir.¹²⁶ Neden olarak da neseplerin karışma ihtimalinden dolayı toplumsal güvenliğe yönelik oluşturabileceği zararı öne sürmüştür. Çünkü annenin kim olduğu ile ilgili bu bağlamda fakihler arasında bir görüş birliği yoktur. Taşıyıcı anne sütanne olarak kabul edildiği takdirde taşıyıcı anne ile çocuk arasında miras, nesep hakkı gibi hiçbir hak gerçekleşmemektedir. Bu bağlamda oluşacak birçok şüphe ve sakıncalar yasaklığı mubahlığın önüne geçirmektedir.¹²⁷ Kuveyt fetva kurulu da kocanın spermini karısının yumurtasın ile döllendirip diğer karısının rahmine aktarılması da dâhil karı koca dışında üçüncü bir kişinin yardımcı üreme tekniklerine dâhil edilmesini neseplerin karışması ihtimaline dayalı olarak caiz görmemektedir.¹²⁸

b. Mahremiyet Açısından: Evlilik kurumu ile beraber gelen evlenmeme yasağına fıkıh literatüründe verilen isim “hürmet-i müsâhere”dir. Evlenmeme yasağı doğum ile birlikte gelen yasak kadar güçlü görüldüğü için evlenme ile birlikte oluşan akrabalıkların bir kısmı için sürekli evlenmeme yasağı getirilmiştir.¹²⁹

123 Erturhan, “Fikhî Açıdan Biyolojik Annelik ve Babalık”, 196

124 Ârif Ali Ârif, “Taşıyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış”, 398-400

125 *Mecelletü Mecma'i'l-Fikhi'l-İslâmî* Karârât, Râbitatü'l-Âlemi'l-İslâmî, Mekke-i Mükerrreme, ty, 1977-2002, 164-165.

126 *Mecelletü Mecma'i'l-Fikhi'l-İslâmî*, Karârât, 275.

127 Muhammed Ali el-Bar, “et-Telkihu's-Sinâ'i ve Etfâlü'l -Enâbib” *Mecelletü Mecma'i'l-Fikhi'l-İslâmî*, S.2, 1986/1407, 299-300; Kerime Abbud Cabr, “İsti'cârü'l-Erhâm ve'l-Âsârü'l-Muterattibe 'aleyh”, *Me celletu Ebhâsi Kulliyeti'l-Terbiyyeti'l-Esâsiyye*, Musul 2010, S. 3, IX/255,256.

128 *Mecmûatü'l-fetâva lişşer'iyye*, Vezâretü'l-Evkâf ve's- Şuûn'l-İslâmiyye, II/1984-1977/1397- 1405, s.250-251.

129 Nisa,4/23; Muhsin Koçak & Nihat Dalgın & Osman Şahin, *İslâm hukuku: İslâm Hukukuna Giriş/Aile Hukuku/Miras ve Ceza Hukuku*, Ensar Neşriyat Tiç.,A.Ş., İstanbul, 2014, 148-149; Ebû Zehra, *el-Ahvâlü's-Şahsiyye*, 67; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâl*, 45-46; Hamza Aktan, “Sihriyet”, DİA, XXXVII, 111.

Mahremiyetin konumuz açısından önemi ise yardımcı üreme tekniklerinde aralarında nikâh akdi olmayan kadın ve erkeğin üreme hücrelerinin bir araya getirilmesi ile çocuk sahibi oldukları takdirde, evli olanlar arasında gerçekleşen akrabalık bağının onlar arasında da oluşup oluşmayacağıdır. Çünkü özellikle üreme hücrelerinin bankalarda uzun süre muhafaza edilmesi ile çocuk sahibi olmak isteyen birçok kişi tarafından kullanılmasını ve bununla gelecekte aynı üreme hücreleri kullanılarak dünyaya gelen çocuklar arasında evlenme ihtimaline karşılık enstest ilişkilerin oluşabileceğidir.

Bu bağlamda nikâh akdi dışında doğacak çocuklar ile aileler arasında mahremiyetin oluşup oluşmayacağı hususunda, evlilik yasağının nedeninin cinsel ilişki mi yoksa nikâh akdi mi olduğuna dair yaklaşıma dayalı olarak iki farklı görüş ortaya konulmuştur.¹³⁰

Birinci görüş, Evzâî (ö. 157/774), es-Sevri (ö. 161/778), Leys b. Sa'd (ö. 175/ 791) ve Ebû Hanîfe'ye aittir. Ebû Hanîfe zina eden kişiler arasında hürmet-i müsâherenin oluşacağı görüşündedir. Hanefilere göre zina ukubatı gerektirdiği için nesebi sabit kılmaz, fakat zina edenler arasında akrabalık bağı kurar. "...babalarınızın nikâhladıklarımı nikâhlamayın..."¹³¹ ayetinde nikâh hakiki manası ile cinsel ilişki olarak kullanılmıştır.¹³² Çünkü çocuk, her ikisinden aldığı sudan yaratılmaktadır.

Hanefilerin, nesebi nikâh akdi ile sabit kılmalarının nedeni, "çocuk firaş/yatak sahibinindir. Zinakâra mahrumiyet vardır" hadisini zinadan sakındırmak için hukuki bir yaptırım olarak değerlendirmelerinden kaynaklanır. Bu durumu murisini öldüren katilin mirastan mahrum edilmesine benzetirler. Soyun ise ayrı olduğu ve kişinin kimin kızı veya oğlu olduğunun nikâh akdinden bağımsız olarak tanımlanan bir gerçekliğinin bulunduğu ve bu yönü ile kişinin soy bağının nakil kabul etmeyeceği görüşündedirler.¹³³ Ahmed b. Hanbel'in (ö.241/855) görüşü de zina ile akrabalık bağının oluşacağı şeklindedir ve mezhebin fetvası da bu yöndedir.¹³⁴

İkinci görüş Şâfiî' (ö. 204/820)ye aittir. Şâfiî'ye göre bir adam bir kadın ile zina ettiği zaman aralarında akrabalık bağı oluşmaz. Bu nedenle zina eden, zina ettiği kadının annesini veya kızını nikâhlayabilir.¹³⁵ Şâfiî, nesep bağını bir nimet olarak

130 Ebû Bekr Ahmed b. Ali Râzi el-Cassas, *Ahkâmü'l-Kurân*, (thk. Muhammed es-Sadık el-Kamhavi), Dâru İhyai't-Türâî'l-Arabi, Beyrut, 1992, III/50; Ebu Abdullah Muhammed b. Abdullah el-Mâlikî el-Haraşî, *Şerhü'l-Huraşi ala Muhtasari Sidi Halil*, Matbaatü'l-Kübrâ el-Emîriyye, Bulak, 1317, III/164.

131 Nisa, 4/22; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, III/62,63.

132 el-Cassas, *Ahkâmü'l-Kurân*, III/51.

133 Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâl*, 46.

134 İbn Kudame, *el-Mugni*, IX/526; Şemseddin Ebû'l-Ferec Abdurrahman b. Ebi Ömer Muhammed ibn Kudâme el-Makdisî, *el-Mukni ve Şerhu'l-Kebir (el-İnsaf ile birlikte)*, (thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Türki), Dârü'l-Hicre, yy, 1996, XX, 287.

135 Muhammed bin İdris eş-Şâfiî, *Kitabu'l-Ümm*, (thk. Rifat Fevzi Abdulmuttalib), Dâru'l-Vefa, Mansura 2001, VIII/367; el-Mâverdi, *el-Havi'l-Kebir*, IX/214-215.

tanımlar ve bu nedenle ancak nikâh ile bu bağın oluşabileceğini kabul eder. Çünkü hem nikâhta hem de zinada cinsel ilişki olması ile birlikte birincisi çocuk sahibi olmaya vesile olduğu için övülür, ikincisi ise suç olduğu için yerilir. Bu nedenle bu ikisinin haklar bakımından eşit olamayacağından yola çıkarak Şâfiî, nikâhta nesep ile birlikte akrabalık bağının oluşacağı görüşündedir.¹³⁶ Mâlik b.Enes (ö. 179/ 795) den ise her ikisi ile ilgili görüş rivayet edilmek ile birlikte içtihadı esas kabul edilen zina ile akrabalık bağının kurulmayacağıdır.¹³⁷

Bu görüşte olanların akli delillerden birincisi “*O, sudan bir insan yaratıp ondan soy sop ve hısımlık meydana getirendir. Rabbin her şeye hakkıyla gücü yetendir.*” ayetidir. Bu ayetin değerlendirmesinde İbn Arabi (ö. 543/1148) nesebin şeri açıdan –nikâh yolu ile-kadın ve erkeğin sularının karışmasından ibaret olduğu, bunun dışında onun sadece yaratma “halk” olarak tanımlanabileceği, nikâh dışında birlikteliklerde nesep bağının oluşmayacağı ve buna bağlı olarak da mahremiyet bağının kurulmayacağı görüşündedir.¹³⁸ Kurtubî de aynı ayeti soy, sop ve hısımlığın sahih nikâh akdi ile kurulacağı şeklinde açıklamıştır.¹³⁹ İkinci delil “*haram, helal haram etmez. Nikâh ile ancak haram olur.*”¹⁴⁰ hadisidir. Bu hadis, sıhriyetten dolayı ortaya çıkan evlenmeme yasaklarının nikâha bağlı olduğuna işaret ettiği şeklinde yorumlanmıştır.¹⁴¹

Muhammed Ali es-Sâbûnî “hürmet-i müsâhere” konusunda Şâfiî’nin görüşünü daha kuvvetli görmektedir.¹⁴² Buna karşılık Muhammed Mustafa Şelebî soyların birbirine karışması ile ortaya çıkabilecek fesadı önleme adına Ebû Hanîfe’nin görüşünü daha isabetli bulmaktadır.¹⁴³

“*Zina edene mahrumiyet vardır*” hadisi, var olan bir hakkın, hukukun koyduğu sınırlar aşıldığı için geri alındığını ifadelendirmektedir. Kur’an’ın belirlediği şekli ile soy bağı kişinin doğmasının doğal bir sonucudur. Bu doğal sonuca bağlı olarak da mahremiyetler oluşmaktadır. Buna karşılık bir hukuk düzeninin bir ilişkiyi tanınması ve ona hukuki sonuç bağlaması ise hukuki bir tercihtir. Bu nedenle bu

136 el-Mâverdi, *el-Havi'l-Kebir*, IX/217; Hallâf, *Ahkâmü'l-Ahvâl*, 46

137 Ebû Abdüsselâm Sahnûn b. Saïd b. Habib et-Tenûhi, *el-Müdevvenetü'l-Kübra*, Vezaretü’ş-Şuûn el-İslâmiyye ve’l-Evkâf ve Da’vetü ve’l-İrşâd, el-Memleketü’l-Arabîyyetü’s Suûdiyyetü, ty, IV/127-128; İbn Abdilber, *el-Istizkâr*, XVI/197; Ebu’l-Velid Süleyman b. Halef b. Sa’d et-Tüccibî el-Bâci, *el-Müntekâ Şerhu İmam Muvatta, Dâru’l-Kütübü’l-İslâmiyye*, Kahire, 2.Baskı, 1332, III/306-307; İbni Rüşd, *Bidâyetü’l-Müctehid*, III/62.

138 Ebû Bekr Muhammed b. Abdullah b. Muhammed ibn Arabi, *Ahkâmü’l-Kur’ân*, Dâru’l-Kütübü’l-İlmiyye, Beyrut, 2003/1424, III/447.

139 Ebû Abdullah Muhammed b.Ahmed b. Ebîbekr el-Kurtubî, *el Câmi li Ahkâmi’l-Kur’ân ve’l-Mübeyyin lima Tadammenehu min’s-Sünnet ve Ayi’l-Furkan*, thk, Muhammed Arkûsi, Müessesetü’r-Risâle, 2006/1426, Beyrut, c.15,s.452.

140 ed-Darekutni, *es-Sünen*, (tlk. Hasan Abdulmunim Şelbî & Heysem Abdulgafûr), Müessesetü’r-Risâle, Beyrut, 2004, IV/401.

141 el-Mâverdi, *el-Havi'l-Kebir*, XIII/215-216.

142 Muhammed Ali Sabuni, *Revaiü’l-Beyân Tefsiru Ayati’l-Ahkam mine’l-Kur’ân*, Mektebetü’l-Gazâlî, Dimeşk, 3.baskı, 1981, I/457.

143 Muhammed Mustafa eş-Şelebî, *Ahkamu’l-Usrati fi’l-İslâm Dırasetü Mukaraneten Beyne Fikhi’l-Mezahibi’l-Sünniyye ve’l-Mezhabi’l-Caferiyye ve’l-Kanun*, Dâru’l-Câmia, Beyrut 4. Baskı,1983, 196.

bağlamda Ebû Hanîfe'nin görüşü daha tutarlı görülmektedir. Bu açıdan yardımcı üreme tekniklerini ele aldığımız zaman, bu teknikte donör kullanılması ile ortaya çıkabilecek mahremiyet bağının ve gelecek nesillere bu bağlamda dokunabilecek zararın tekrar gözden geçirilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Yardımcı üreme teknikleri çocuk sahibi olmak isteyen çiftlere yeni imkânlar sunarken, kendi üreme hücreleri ile çocuk sahibi olamayanlar için donör kullanımının yolunu açmıştır. Fakat bu yönü ile tüp bebek uygulamaları, kişisel faydayı içermesinin yanı sıra çocuğun en doğal hakkı olan nesep hakkının ihlali ile nesille- re gelebilecek zararı da bir arada barındırmaktadır.

Bugün için yardımcı üreme tekniklerine yaklaşım daha çok bireysel fayda ve özgürlüğü öne çıkartan liberal bakış çerçevesinde şekillendiği görülmektedir. Bu açıdan tüp bebek uygulamaları değerlendirilirse, bu uygulamanın tek paydaşı üreme hakkını talep eden kişidir. Buna karşılık Yahudilik ve İslamiyet'te ise üreme hakkının diğer bir paydaşı da söz konusudur. Bu paydaş, henüz doğmamış fakat verilen kararlar ile doğal hakları etkilenebilecek olan gelecek nesillerdir.

Bu iki hukuk sisteminin nesiller ile ilgili iki kaygısı vardır. Birinci kaygısı yeryüzünün emanetçileri olarak insanlığın varlığının yeryüzünde muhafazasını sağlamaktır. İkincisi ise yeryüzünde nesillerin çoğalmasının gelişigüzel olmasını önlemektir. Bu nedenle çoğalma, nikâh şartına bağlanmıştır. Bu açıdan Yahudi ve İslam Hukukunda, zina suçu ve ensest ilişkilerin ortaya çıkma olasılığı, toplumsal yapıyı değiştirebilecek iki olgu olarak kabul edilmiştir. Yardımcı üreme teknikleri, dinlerin birinci kaygısını giderici bir cevap oluştururken ikincisi ile ilgili kaygılanmasını getirebilecek yeni soru ve sorunlar ortaya koymuştur.

Bu bağlamda dinin belirlediği sınırlar içinde yaşamak isteyen bir Yahudi'nin, yardımcı üreme teknikleri karşısında "yaklaşma-kaçınma" şeklinde ifadelendirilebilecek bir çatışmayı yaşayabileceği söylenebilir. Yahudiler açısından Tevrat'ın ilk emri olarak kabul edilen "çoğalma", herhangi bir şarta bağlı olmaksızın yerine getirilmesi gereken üst hukuki bir norm olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık ise bu emri yerine getirmek adına tüp bebek uygulamalarında donör kullanmak zorunda kalan Yahudiler, zina ve ensest ilişki yasağının ihlali ile karşı karşıya kalacaklardır. Bu nedenle Yahudiler açısından tüp bebek uygulamalarında, Yahve'nin hangi emrini yerine getirmede öncelik verecekleri ile ilgili bir çatışma kaçınılmaz görülmektedir. Bu çatışmanın varlığı Günümüzdeki Yahudi din bilginlerinin temel hukuk kaynaklarına dayanarak, Yahudi neslinin çoğalması lehine, inananları adına bir çıkış noktası bulmaya çalışmalarından anlaşılmaktadır.

İslam Hukukunda nesillerin çoğalma emri nikâh ve nikâhtan sonra gerçekleşecek olan zıfaf şartına bağlanmıştır. Bu nedenle yardımcı üreme tekniklerinden faydalanmak eşler ile sınırlı tutulmuş ve eşlerin arasına üçüncü bir kişinin girmesine, izin verilmemiştir.

İslam hukukunun nesillerin muhafazası ile göz önünde tuttuğu hukuki amacı, nesillere gelebilecek zararı önleme şeklinde tanımlayabiliriz. Çünkü nesillere gelebilecek zararın dünyanın düzen ve intizamını bozucu bir rolü bulunmaktadır. İslam hukuku zarar kavramını, yaşamın sürekliliğinden ve eylemlerin birbirini etkilediğinden yola çıkarak mekân ve zaman ile sınırlı tutmamıştır. Bu nedenle tüp bebek uygulamalarının hukuka uygunluğuna karar verirken doğal hakları etkileyebilecek ve toplumsal yapıyı değiştirebilecek yönünü de göz önünde bulundurmıştır.

Yahudi Hukukunda, nesillerin muhafazası, Yahudi ırkının ve kimliğinin korunması ile gerçekleşir. Buna karşılık İslam Hukukunda nesillerin muhafazasının amacı ırk veya din ayırt etmeksizin tür olarak insanlığın haklarını korumaktır. Çünkü İslam Hukuku, kişisel zaruretler doğrultusunda verilecek bir kararın gelecek nesillerin haklarını ihlal etmemesini ve toplumsal düzeni bozucu bir etkisinin olmamasını şart koşmaktadır. Bu nedenle İslam Hukukunun ırzı koruma konusundaki vurgusunun nedeni, bu konuda şüphelerin oluşmasını, insanlar arasında kin, nefret gibi duyguların girmesini, aile yapısının sarsılmasını, neseplerin karışmasını ve bu şekilde toplumsal düzeni bozucu etkilerin arka arkaya gelmesi ile toplumsal nizamın değişmesini engellemeyi amaçlamasındandır.