

Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış



Ar. Gör. Hazal UNGAN ÇALIŞKAN*

ÖZET

Sosyoloji, etik, biyoloji ve hukuk gibi bir çok alana temas eden taşıyıcı annelik kurumu daha önce de akademik çalışmalara konu olmuş olmakla birlikte kurumun, bilhassa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son kararları ve karşılaştırmalı hukuktaki güncel gelişmeler ışığında yeniden ele alınmasında fayda görüyoruz. Öte yandan genel kanının aksine taşıyıcı anneliğin Türk hukukunda aslında teknik olarak yasak olmadığı, ancak uygulamasında engellerle karşılaşıldığı kanaatindeyiz. Her halükarda bir hukuk sisteminin sürdürülebilir olması için bilimsel gelişmelere ayak uydurması ve bireyci bir yaklaşımla teker teker tüm vatandaşlarını memnun edecek noktayı araştırıp bulması gerekmektedir. Bu nedenle genel ahlak ve kamu düzeni gibi muğlak kavramların arkasına sığınarak toplum mühendisliği yapmak yerine, tek bir kişiden dahi talep geldiği anda taşıyıcı annelik yöntemine başvurulmasını kolaylaştıracak düzenlemelerin yapılması gerektiği kanısındayız.

Anahtar Kelimeler: *Taşıyıcı annelik, donör, in vitro dölleme, soybağı, annelik, ebeveynlik.*

ABSTRACT

Surrogacy has already been subject of many academic studies. Its complex structure touching diverse disciplines such as sociology, ethics, biology and law keeps drawing more and more attention everyday. The article aims to elaborate the surrogacy in light of the recent European Court of Human Rights' decisions and give a brief comparative overview. Contrary to the common belief, surrogacy is not banned in Turkey; yet problematic in practice. Nevertheless, legal systems must adapt to scientific developments and seek to satisfy each and every individual. Accordingly, instead of hiding behind ambiguous concepts such as morality and public order, the law must be rendered suitable and welcoming for surrogacy

Keywords: *Surrogacy, donor, in vitro fertilization, filiation, surrogate mother, parenthood.*

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

GİRİŞ

1970'lerin sonunda meyvelerini vermeye başlayan tüp bebek teknolojisi sayesinde doğal yollarla çocuk sahibi olamayan çiftler, embriyonun dışarıda, laboratuvar ortamında (*in vitro*) döllenmekten sonra anne rahimine implante edilmesi yoluyla bebek özlmlerini dindirebilecekti. Ancak elbette insanı konu edinen her teknik gelişme gibi tüp bebek teknolojisi de etik alanında birçok tartışma doğurdu. Dış ortamda döllenmiş embriyonun genetik koduna müdahale etmek mümkün müydü? Genetik hastalığa sahip embriyonun rahime implante edilmeksizin zayı edilmesi söz konusu olabilecek miydi? Henüz ana rahimine yerleşmemiş embriyo bir canlı sayılır mıydı? Öyle ise embriyo, cenine tanınan hukuki korumalardan yararlanabilecek miydi?¹

Henüz bu sorular çok taze iken yanlarına yenileri eklendi. Tüp bebek teknolojisi, sperm ve yumurta bağışının yaygınlaşması ile artık yalnızca kadın ve erkek üreme hücrelerinin doğal yollarla birleşmemesi hallerinde *in vitro* döllenmeye başvurulması şeklinde değil, taraflardan birinin ve/veya her ikisinin de hiç üreme hücresi bulunmadığı durumlarda veya tek başına çocuk sahibi olunmak istenmesi halinde de bir seçenek olarak kullanılmaya başlandı. Döllenmenin insan vücudunun dışına taşınmasıyla yumurta ve spermi içeren, aklın alabileceği her türlü kombinasyon kadın rahimine aktarılmak suretiyle hayat bulur oldu. Bebek sahibi olmak isteyen annenin doğal yollarla döllenemeyen yumurtasının, baba adayı veya baba aday dışında üçüncü bir kişinin spermi ile döllenmesi yoluyla oluşan embriyo, anne adayının rahimine implante edildi. Böylece kısırlık teknik olarak ortadan kaldırılmasa bile sonuçları belirli bir ölçüye kadar bertaraf edilmiş olundu. Bu yöntemin kullanılmasında özellikle yumurta ve sperm donörlerinin anonim olduğu olasılıklarda herhangi bir sorun çıkmadı. Ancak bebek sahibi olmak isteyen kadının sadece üreme yetisini değil veya üreme yetisini kaybetmemiş olmakla beraber doğurma yetisini kaybetmiş olduğu hallerde devreye kuvöz işlevi gören taşıyıcı anneler girdi ve doğuran kadının anne olduğu anlamına gelen *mater semper certa est* - anne her zaman bellidir prensibinin su götürmez kesinliği sarsılmaya başladı.

1. TAŞIYICI ANNELİK KAVRAMI

Temel olarak iki tip taşıyıcı annelik olup bunlar: i) taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü de olduğu, spermin ise baba veya üçüncü bir erkek tarafından sağlandığı genetik, geleneksel taşıyıcı annelik veya yedek, ikame (*surrogate*) annelik ve ii) taşıyıcı annenin genetik yapısı tamamen başkasına ait bir bebeği dünyaya ge-

¹ Çalışmamızın en başında embriyo ve cenin (*foetus*) arasındaki farkı açıklamakta fayda görüyoruz. Larousse Médical, gebeliğin ilk iki aylık evresindeki insanı embriyo, üçüncü aydan itibaren doğuma kadarki süreçteki varlığı ise cenin olarak tanımlamaktadır. Bkz. Larousse Médical, éd. 2006, <http://www.larousse.fr/archives/medical/page/386#t13170>.

tirmesi halinde söz konusu olan genetik olmayan, gestasyonel taşıyıcı annelik veya ivazlı olup olmamasına bağlı olarak ödünç, kiralık anneliktir.² Bebek sahibi olmak isteyen ve bunun için taşıyıcı annelik müessesine başvuran anne-babaya ise literatürde sosyal, akdi, gönüllü anne/baba/ebeveyn denir.³ Bebek sahibi olmak isteyen anne/babanın üreme hücreleri kullanılarak bir embriyo oluşturuluyor ve bu embriyo yine bir taşıyıcı anneye implante ediliyorsa olsa dahi kanaatimizce bu durumda da anne/baba aynı zamanda genetik fakat yine de gönüllü ebeveyn olacaklardır.

O halde bebek, genetik baba ve annesinin üçüncü kişi donörler olması halinde genetik anne, genetik baba, evlat edinen anne, evlat edinen baba ve taşıyıcı anne olmak üzere beş farklı ebeveyne sahip olabilecektir.⁴ İnsanın en güçlü içgüdülerinden üreme içgüdüğü söz konusu olduğunda teknik ve steril terimlerle ebeveynlik sınırlarını çizmek pek de mümkün olmamaktadır.

1.1. Taşıyıcı Anneliğin Arka Planı

Taşıyıcı anneliğe en çok kısır çiftlerce başvurulduğu bilinmektedir.⁵ Peki kısırlık teknik olarak nedir?

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) cinsel olarak faal bir çiftin, doğum kontrol yöntemi kullanmamasına rağmen bir yıl içerisinde gebeliği sağlayamaması halinde kısırlığın söz konusu olacağını kabul eder.⁶ Özel olarak kadında kısırlık ise kendini, hamile kalamama; gebeliği sürdürememe veya canlı bebek dünyaya getirememe şeklinde göstermektedir.⁷ Kısırlığın hem erkek hem de kadın kökenli olabilmesi nedeniyle ölçülmesi oldukça zor olup WHO, ülkelerin kısırlık tespitinde uygulamaları için şu formülü geliştirmiştir:

² Olga B.A. van den Akker, *Psycho-social aspects of surrogate motherhood*, Human Reproduction Update, Vol.13, No.1, 2007, s. 54.

³ Metin, Sevtap, *Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünüleriyle Taşıyıcı Annelik*, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, 2012, s. 8. <http://www.istanbulbarosu.org.tr/images/haberler/saglikhukuku208.pdf>.

⁴ Metin, s. 8.

⁵ Taşıyıcı annelik talebi temel olarak eşcinsel çiftlerden, ikincil olarak da kısır anne adaylarından gelmektedir. Bkz. Belaisch-Allart, *Gestation pour autrui: crime contre l'humanité ou traitement de l'infertilité uterine?*, Paris, 2014, s. 96, <http://www.em-consulte.com/en/article/955144>.

⁶ World Health Organization, Sexual and Reproductive Health, Infertility Definitions and Terminology, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/definitions/en/> (26 Ekim 2015).

⁷ World Health Organization, Health Topics, Infertility, <http://www.who.int/topics/infertility/en/> (26 Ekim 2015).

Hamile kalma riski taşıyan
 (hamile olmayan, cinsel olarak aktif,
 doğum kontrol yöntemi kullanmayan ve emzirmeyen) ve
 doğurgan yaş aralığındaki (15 - 49 yaş) kadınlardan
 gebe kalma denemelerinde en az iki senedir başarısızlığa uğrayanlar

x 100

Hamile kalma riski taşıyan
 (hamile olmayan, cinsel olarak aktif,
 doğum kontrol yöntemi kullanmayan ve emzirmeyen) ve
 doğurgan yaş aralığındaki (15 - 49 yaş) kadınlardan
 en az iki senedir gebe kalmayı deneyenler⁸.

Her ne kadar elimizde net bir sayı olmasa da WHO'nun yayınladığı Dünya Sağlık Raporu'nda 33.4 milyon kadının yanlış kürtaj ve doğum sonrası komplikasyonlardan dolayı kısır kaldığı kabul edilmektedir.⁹ Bu sayıya farklı nedenlerle kısır kalmış veya baştan beri kısır olan kadınlar, kısır erkekler, eşcinsel çiftler ve tek başına bebek sahibi olmak isteyen adaylar eklendiğinde, çocuk sahibi olmak istediğinde bunu doğal yollarla başaramayacak milyonlarca insan ortaya çıkmaktadır.

Görüldüğü gibi cinsel olarak aktif olmasına ve doğurgan yaş aralığında bulunmasına rağmen belirli bir sürede doğal yollarla bebek sahibi olamayan çiftler Dünya Sağlık Örgütü'nce kısır addedilmektedir. Böyle bir çiftin tüp bebek yoluyla da bebek sahibi olamaması halinde ise taraflardan biri ya da her ikisinin üreme yetisini tamamen kaybetmiş olduğu varsayılabilir.

Taşıyıcı anneliğe yalnızca başta kısırlık olmak üzere doğal yollarla çocuk sahibi olmanın mümkün olmadığı bekarlık (partnersizlik), eşcinsellik vs. gibi zorunlu hallerde başvurulması gerektiği ileri sürülebilir. Gerçekten de taşıyıcı annelik müessesesine başvurulmasında biyolojik zorunluluğa dair herhangi bir ön şart aranmamasının özellikle gelir düzeyi yüksek kesimlerin bebeklerinin gelir düzeyi daha düşük kesimlerce taşınarak dünyaya getirilmesine yol açacağı iddia edilebilir.¹⁰ Örneğin vücudunun

⁸ Monitoring Infertility Prevalance in Women, WHO, <http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/burden/en/> (26 Ekim 2015).

⁹ WHO World Report on Disability, http://www.who.int/reproductivehealth/topics/infertility/infertility_DIS_table.pdf?ua=1, (26 Ekim 2015).

¹⁰ Arif, Ali Arif, **Taşıyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2011 (17), s. 399, www.islamhukuku.com/.../islam%20hukuku%20dergi-si%2017701.pdf.

deforme olmasını, hamilelik ve doğumun getirdiği fiziki sıkıntıları çekmek istemeyen veya doğurgan olmakla birlikte yalnızca yaş itibarıyla gebeliği normalden daha riskli geçebilecek anne adayları ihtiyari olarak bu yönteme başvurabileceklerdir.

1.2. İlk Taşıyıcı Anne

İlk tüp bebek Louise Brown, 25 Temmuz 1978 tarihinde, İngiltere'deki Oldham General Hospital'da dünyaya geldiğinde, muhafazakar kesimlerce “test tüpü be-beği” ve hatta “*Franken-baby*” olarak hicvedilmişti.¹¹

Tüp bebek karşıtlarının doğal anne ve babalık süreçlerinin manipüle edildiğine dair itirazları henüz sükun bulmadan 1984 yılında Amerikan vatandaşı Mary Beth Whitehead, bebek sahibi olamayan William-Elizabeth Stern çifti ile hem rahim hem de yumurta sağlayacağı hususunda 10.000 Dolar karşılığında anlaştı. Korkulan oldu ve Whitehead, William Stern'in spermile meydana gelen çocuğu, doğurduktan sonra aileye teslim etmedi; böylece yeni bir biyoetik sorun ortaya çıktı.¹² *Baby M* davası olarak bilinen bu davada New Jersey yerel mahkemesi taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliğine ve bebeğin Stern çiftine iadesine hükmetti.¹³ Ancak New Jersey Yüksek Mahkemesi, yerel mahkemenin kararını bozarak taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçersizliğine ve taşıyıcı anne Mary Beth Whitehead'in ebeveynlik haklarının iadesi yönünde karar verdi. Buna rağmen yine aynı Yüksek Mahkeme, bebeğin menfaati için velayetinin Stern çiftinde kalmasının en doğrusu olacağına hükmetti.¹⁴

İlk taşıyıcı anne Whitehead olmamakla birlikte, taşıyıcı annelik ilk defa onun vasıtasıyla hukuki bir uyumsuzlığa konu olmuştur. *Baby M* davasından sonra taşıyıcı annenin de bebek üzerinde bazı haklara sahip olması gerektiği tartışılmaya ve taşıyıcı anneye, çocuğa karşı ebeveyn olmaktan ileri gelen yükümlülüklerini yerine getirmesi koşuluyla ziyaret hakkı tanınmaya başlanmıştır.¹⁵

¹¹ Ward, Victoria, **Louise Brown, the first IVF baby, reveals family was bombarded with hate mail**, The Telegraph, 24 Temmuz 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/11760004/Louise-Brown-the-first-IVF-baby-reveals-family-was-bombarded-with-hate-mail.html>, (27 Ekim 2015).
<http://www.telegraph.co.uk/news/health/11760004/Louise-Brown-the-first-IVF-baby-reveals-family-was-bombarded-with-hate-mail.html> (26 Ekim 2015).

¹² Biyoetik için bkz. Oğuztürk, Burcu Kalkan, **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, İstanbul, 2011.

¹³ *Baby M*, 537 A.2 d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988); nakleden Allen, Anita, **Privacy, Surrogacy and the Baby M Case**, University of Pennsylvania Law School Penn Law: Legal Scholarship Repository, Pennsylvania, 1998, s. 1760, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1807&context=faculty_scholarship.

¹⁴ Anita, s. 1770.

¹⁵ Margalit, Yezekhel, **In defense of surrogacy agreements: A modern contract law perspective**, William and Mary Journal of Women and the Law 20: 423–49; nakleden Walker, Ruth; van

1.3. Taşıyıcı Annelik ve Evlatlık İlişkisi

Taşıyıcı annelik, evlatlık müessesesi ile de sıkça karşılaştırılmış olursa da evlatlıkta annenin cinsi münasebeti sonucu ortaya çıkmış, doğmak üzere ya da doğmuş olan çocuk için en iyi çözüm bulunmaya çalışılmaktadır.¹⁶ Oysa ki taşıyıcı annelikte henüz embriyo olarak dahi varlık göstermeyen müstakbel bir bebeğin akıbeti, ortada bir cinsel ilişki olmaksızın tayin edilmektedir. Dolayısıyla taşıyıcı anneliğin yetişkin/ebeveyn odaklı; evlatlığın ise çocuk odaklı kurumlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁷

Öte yandan ivazlı taşıyıcı annelikte, taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü olduğu hallerde, bu durum para karşılığı evlatlık vermek, yani satmak üzere çocuk doğurulmasına benzese de aslında taşıyıcı annelikte çocuğun daha dünyaya gelmeden hatta anne karnında (veya dışarıda) oluşmadan önce kendisini sahiplenip, ona bakacak ebeveynler ile ilişkisinin kurulmuş olması, hatta ebeveynlerden birinin veya her ikisinin de üreme hücrelerinden oluşması halinde soybağının da kurulmuş olması nedeniyle ortada kalma ihtimali olmaması açısından bu durum çocuğun ücret mukabili evlatlık verilmesinden farklıdır.

2. POZİTİF HUKUKTA TAŞIYICI ANNELİK

2.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (“AİHM”) Önünde Taşıyıcı Annelik

AİHM’de görülen ve 2014 yılında karara bağlanan Menesson¹⁸ ve Labassee¹⁹ davaları taşıyıcı anneliğin Avrupa yargısı önüne taşıdığı ilk davalardandır.

Davaların temelindeki maddi ve hukuki olgular şunlardır: Fransız hukukunda taşıyıcı annelik ve yumurta/sperm bağışını konu edinen bir anlaşmanın “yok” hükmünde olacağı pozitif bir düzenlemeyle sabit kılınmıştır. Gerçekten de Fransız Medeni Kanunu’nun 16-7. maddesi uyarınca bir başkası için çocuk yapmayı veya doğurmayı konu edinen tüm anlaşmalar yok hükmünde olup söz konusu maddenin

Zyl, Liezl, *Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model, Bioethical Inquiry* (2015) 12, Yeni Zelanda, 2015, s. 386, <http://link.springer.com/article/10.1007%2Fs11673-015-9646-4>.

¹⁶ Metin, s. 10.

¹⁷ Kopfensteiner, Thomas R., *Ethical aspects of in vitro fertilization and embryo transfer*, *Biomed & Pharmacother* 1998 (52), s. 206.

¹⁸ CEDH, 21.09.2014, Menesson c. France, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179#{"item id":\["001-145179"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179#{), (29 Ekim 2015).

¹⁹ CEDH, 21.09.2014, Labassee c. France, [http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{"item id":\["001-145180"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180#{), (29 Ekim 2015).

kamu düzeni ile ilgili olduğu kabul edilir.²⁰ Bu nedenle somut olayda eşlerden kadının kısırlığı nedeniyle doğal yollarla çocuk sahibi olamayan Dominique ve Sylvie Menesson çifti Amerika'nın California eyaletinde bir taşıyıcı anne vasıtasıyla 2000 yılında ikiz bebek; benzer şekilde Francis ve Monique Labassee çifti de Monique Labassee'in kısırlığı nedeniyle yine Minnesota eyaletinde taşıyıcı anne yoluyla 2001 yılında bir kız bebek sahibi olmuşlar ancak California ve Minnesota eyaletlerinde söz konusu çiftler ve bebekleri arasında ebeveyn-çocuk bağı tespit edilmiş olmasına rağmen Fransız devleti doğum sertifikalarını taşıyıcı annelik anlaşmasının geçersizliği nedeniyle nüfus siciline kaydetmeyi reddetmiş, Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*) de taşıyıcı annelik sözleşmesinin Fransız Medeni Kanunu uyarınca yok (*nulle*) hükmünde olduğuna, bu nedenle nüfus sicil kayıtlarının yapılamayacağına ancak bu eksikliğin California ve Minnesota eyaletlerinde tanınan bağa bir hanel getirmeyeceği gibi çocukların anne ve babalarıyla Fransa'da yaşamalarına da engel olmayacağına hükmetmiştir.²¹ Oysa ki bu karar hem çocukların vatandaşlık haklarına hanel getirmekte hem de ebeveynleriyle soybağı (*filiation*) kurmalarına mani olmaktadır.

Bu doğrultuda AİHM, her iki davada da, ebeveynlerden birinin (babanın) biyolojik ebeveyn olması dolayısıyla çocukların Fransız toplumuna karşı hissettikleri aidiyete hanel gelmemesi gerektiğini, biyolojik bağı kişiliğin oluşumunda büyük bir önemi olduğunu, bu nedenle her ne kadar çocuklar fiilen bir hak kaybına uğramamış olsalar da hak durumlarındaki belirsizliğin giderilmemesinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ("AİHS") Madde 8'de düzenlendiği şekliyle çocukların özel hayatının ihlali anlamına geldiğine hükmetmiştir.²²

Mahkeme'nin biyolojik bağa atfettiği öneme katılmıyor ve kararın fazlasıyla tutucu ve milliyetçi öğeler içerdiğini düşünüyoruz. Öyle ki biyolojik babanın Fransız olmaması halinde AİHM farklı bir karar mı verecekti? Örneğin Fransız kanunlarına aykırı şekilde, bir Fransız vatandaşı tarafından yurtdışında evlat edinilen çocuk, kendisini evlat edinip, ona öz anne veya babasından çok daha fazla ana-babalık eden kişinin biyolojik çocuğu ve genetik haritasında Fransız milletine ait özellikler olmadığı için Fransa tahtında soybağının kurulmasından mahrum mu bırakılacaktı? Ancak yine de AİHM'nin, taşıyıcı anneliğin hassas bir konu olması nedeniyle devlete bu alanı düzenlemede her ne kadar oldukça fazla yetki bırakılmış olsa da ebeveynliğin kişisel yönünün öneminin göz ardı edilmemesi gerektiği yönündeki ifadesine de ka-

²⁰ Code Civil, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, (23 Ekim 2015).

²¹ CEDH, Basın Bülteni, 185 (2014), 26.06.2014, [http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804617-5854908#{"itemid":\["003-4804617-5854908"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4804617-5854908#{), (23 Ekim 2015).

²² CEDH, Basın Bülteni, 185 (2014); Menesson c. France, para. 43.

ılmamak elde değildir.²³ Kaldı ki taşıyıcı anneliğe yönelen ebeveynler dahi herhangi bir yaptırıma tâbi tutulmazken, hukuki sonuçların bu uygulamanın iradesi dışında bir parçası olmuş çocuk üzerinde doğması hiçbir koşulda anlaşılır değildir.

2.2. Karşılaştırmalı Hukukta Taşyıcı Annelik

AİHM'nin 2014 yılında yaptığı araştırmada, AİHS'ye taraf otuz beş ülkeden içlerinde Almanya, Avusturya, İspanya, Estonya, Fransa, Finlandiya, İzlanda, İtalya, Moldova, Karadağ, Sırbistan, Slovenya, İsveç, İsviçre ve Türkiye'nin bulunduğu on dördünde taşıyıcı anneliğin açıkça yasaklanmış olduğu; geri kalan ülkelerden Andorra, Bosna-Hersek, Macaristan, İrlanda, Letonya, Litvanya, Malta, Monako, Romanya ve Saint-Martin'de bu konuda herhangi bir düzenleme olmadığı ancak; Arnavutluk, Gürcistan, Yunanistan, Hollanda, İngiltere, Rusya ve Ukrayna'da taşıyıcı anneliğin yasal olmakla beraber ivazsız –yani taşıyıcı annenin hamileliğe bağlı giderler dışında herhangi bir ücret alamayacağı şekilde- olması gerektiği, özellikle Gürcistan, Ukrayna ve Rusya'da ticari bir karaktere büründüğü; son olarak Belçika, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg ve Polonya'da herhangi bir düzenlemeye konu olmamakla birlikte tolere edildiği görülmüştür.²⁴

AİHM'nin mahkum ettiği Fransa'ya daha yakından bakacak olursak yukarıda Menesson ve Labassee davalarını anlatırken bahsettiğimiz üzere Fransız hukukunda bir başkası için çocuk yapmayı veya doğurmayı konu edinen tüm anlaşmalar yok hükmündedir. Buna karşılık Fransız Danıştayı (*Conseil d'Etat*) biyoetik kanunlarının değiştirilmesine ilişkin 9 Nisan 2009 tarihli görüşünde taşıyıcı annelik konusunu gündemine almış; taşıyıcı annelik durumunda genellikle biyolojik babanın belli olduğu, çocuğu nüfusuna geçirdiği, genetik anne olmayan annenin de – ki Fransızlar buna *mère d'intention*, niyet annesi der – çocukla, babanın rızasıyla çocuğu evlat edinerek soybağı kurduğu kabul edildiğinde baba ile taşıyıcı anne vasıtasıyla dünyaya gelen çocuk arasındaki bağın tanınmasının, evlilik dışı doğan çocuğun biyolojik babası tarafından tanınmasından zaten farksız olması nedeniyle gereklilik arz ettiğini; ancak niyet annesini tanıyan yabancı doğum sertifikasının nüfus kayıtlarına geçirilmesinin de annenin ölümü halinde, annenin mirasçıları ve çocuk arasındaki bağı sağlayacağı için çocuğun hak kaybına uğramasının önünü alacağını ifade etmiştir.²⁵

Amerika Birleşik Devletleri'nde ise taşıyıcı anneliğe bakış açısı eyaletten eyallete değişmektedir. California, Nevada, Arkansas, Minnesota, Florida, Wisconsin, Illinois, New Hampshire, Virginia eyaletleri taşıyıcı anneliği bazı çekincelerle birlikte

²³ CEDH, Basın Bülteni, 185 (2014); Menesson c. France, para. 90.

²⁴ Labassee c. France, para. 31.

²⁵ Labassee c. France, para. 28.

yasal kılınışken Arizona ve Columbia eyaletleri bu müesseseyi açıkça yasaklamakta; New York ve Michigan eyaletleri cezai müeyyideye bağlamakta; Indiana, Kentucky, Louisiana ve Nebraska bu tip sözleşmelerin geçersiz olacağını kabul ederken Kuzey Dakota gestasyonel, Washington ise ticari olmayan taşıyıcı anneliğe cevaz vermektedir.²⁶

Diğer ülkelerden Brezilya, Avustralya ve kısmen Kanada'nın²⁷ ivazsız taşıyıcı annelik modelini benimsediğini; Hindistan, Çin, Yeni Zelanda ve Tayland'da ise taşıyıcı annelik hususunda bir yasal düzenleme olmadığını, ancak taşıyıcı annelik uygulamasına sıkça başvurulduğunu bilindiğini de belirtmeden geçmeyelim.²⁸

Öte yandan taşıyıcı annelik müessesesi İslam hukukunda da irdelenmiştir. İslam alimlerinin bir kısmı taşıyıcı anneliğe ilahi iradeye aykırı olduğu, zina sayılacağı, nesebin karışmasına sebebiyet vereceği, kadının kendi uzvunu kiralamaya hakkı olmadığı, tedavi ve uygulama esnasında mahrem yerlerin gözükeceği gibi gerekçelerle karşı çıkmakta bir kısmı ise üremenin bir mecburiyet olması nedeniyle taşıyıcı anneliğin caiz olduğunu savunur.²⁹ Yine süt annelik ve kiralık rahim arasındaki benzerlik İslam alimlerinin de dikkatini çekmiştir. Keza Kur'an-ı Kerim'de boşolunan anneye bile bebeğini emzirmesi halinde bebeğin babası tarafından süt parası verilmektedir. Taşıyıcı annenin de aynı sütanne gibi bebeğe bedeninden istifade ettirdiğini, bu nedenle taşıyıcı anneliğin sütanneliğe kıyasen caiz sayılması gerektiğini ifade eden alimler vardır.³⁰ Diğer yandan bazı alimlere göre süt ve taşıyıcı annelik arasında kıyas yapmak doğru değildir; çünkü bu iki müessese arasında amaç ortaklığı yoktur keza süt anneliğin amacı mevcut bir bebeğin beslenmesiyken, taşıyıcı anneliğinki bir bebek dünyaya getirmektir.³¹

²⁶ Margalit, s. 439; Bryant, Joshua J., **A Baby Step: The Status of Surrogacy Law in Wisconsin Following *Rosecky v. Schissel***, Marquette Law Review, 2015 (98)(4), s. 1736, dn. 35-36.

²⁷ Quebec Medeni Kanunu ise Fransız Medeni Kanunu ile benzer bir tutum benimseyerek, taşıyıcı anneliği konu edinen sözleşmelerin yok hükmünde olacağını açıkça belirtmiştir. Bkz. Code Civil du Quebec, Art. 541, http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html (28 Şubat 2016). Daha detaylı bilgi için bkz. Trembaly, Régine, **Surrogates in Quebec: The Good, the Bad, and the Foreigner**, Canadian Journal of Women and the Law, 2015 (94).

²⁸ Mortazavi, Sarah, **It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy**, 100 Geo. L.J. 2249, 2250 (2012); nakleden Margalit, s. 439.

²⁹ Detaylı bilgi için bkz. Şimşek, Ayşe, **İslam Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelikte Meşruiyet Tartışmaları**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 24, 2014, s. 243 vd.

³⁰ Bkz. Şimşek, S. 250.

³¹ Görgülü, Ülfet, **Taşıyıcı Annelik-Fikhi Bir Bakış**, Journal Of Islamic Law Studies, Issue: 15, 2010, s.204, [http://www.islamhukuku.com/Uploads/Sayilar/ihad%2015_\(p197-208\)565.PDF](http://www.islamhukuku.com/Uploads/Sayilar/ihad%2015_(p197-208)565.PDF).

Yalnız bu noktada ilginç bir veriyi paylaşmak lazım gelir. Şeriatın etkin olduğu İran'da bu konuda herhangi bir hukuki düzenleme olmamakla birlikte şaşırtıcı bir şekilde taşıyıcı annelik uygulamalarına rastlanmaktadır.³² Yine muhafazakar sayılabilecek İsrail'de de taşıyıcı annelik serbest olup bu serbesti Yahudi toplumunda üremeye, anneye ve aileye atfedilen önemle açıklanmaktadır.³³

Öte yandan Katolik hukukunda taşıyıcı anneliğe, daha en başında, rahime implante edilecek embriyonun oluşturulma safhasında *–in vitro–* karşı çıkmış, kullanılan yöntemle, her ne kadar bebek sahibi olmak isteyenler iyi niyetli de olsa mas-türbasyon içerdiği, cinselliğin hayat verici, yaratıcı gücünün soyutlandığı ve özellikle donörlerin devreye girmesiyle evliliğin gerektirdiği münhasırlığın bozulduğu gerekçeleriyle karşı çıkmıştır.³⁴

2.3. Türk Hukukunda Taşıyıcı Annelik

Türk hukukunda taşıyıcı annelik hususunda bir boşluğun olmadığı, bu müessesenin sarahaten yasaklandığı kabul edilir. Aşağıda daha detaylı şekilde inceleyeceğimiz bu yasağın kapsamından bahsetmeden önce taşıyıcı annelik denince akla ilk gelen hukuki sorunları tanımlamaya çalışalım.

Bilindiği gibi kişilik hakkını oluşturan değerlerden vücut bütünlüğüne ancak kişinin rızasının varlığı halinde dokunulabilir ve bu rıza da kanuna, ahlaka, adab ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır.³⁵ O halde taşıyıcı annenin vücudunu bu uğurda tahsis etmesi hususundaki rızası hukuk düzenince geçerli sayılacak mıdır? 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanun uyarınca on sekiz yaşını doldurmuş, mümeyyiz kişi kendi rızasıyla pekala yaşamını tehlikeye atmayacak organ ve dokularını bağışlayabilecektir. Hukuk düzeninin bir başkasının yaşamını kurtarmak için kendi vücut bütünlüğümüzden feragat etmemize olanak sağladığını görüyoruz. Peki bir hayat yaratmak için, üstelik bir organ kaybına da uğramaksızın, kendi vücut bütünlüğümüz üzerindeki tasarruf hakkımız hangi gerekçeyle kısıtlanabilecektir?

Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz üzere taşıyıcı annenin ücret alması durumun rahimini kiraya verdiği; taşıyıcı anneliği herhangi bir ücret almadan yaptı-

³² Pashmi Monir; Seyed Tabatabaie, *Evaluating the experiences of surrogate and intended mothers in terms of surrogacy in Isfahan*, s: 33-40; nakleden Metin, s. 16. Şii mezhebinin kıyası değil akli bir kaynak olarak almasıyla ilgili bkz. Metin, dn. 15.

³³ Metin, s. 17.

³⁴ Katolik Kilisesi, *Catechism of the Catholic Church*, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticano, 1994 nakleden; Kopfensteiner, s. 204.

³⁵ Helvacı, Serap, *Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, İstanbul, 2001, s. 53.

ğında ise ödünç verdiği söylenir. Genetik taşıyıcı anne aynı zamanda, karşılığında bir kazanım elde edip etmemesine bağlı olarak ya yumurtalıklarını satmakta ya da bağışlamaktadır. Peki vücut bütünlüğümüz üzerinde tasarrufta bulunarak bir kazanım elde edebilir miyiz? Bir diğer ifadeyle insan vücudu ivazlı veya ivazsız bir hukuki muameleye konu olabilir mi?

İnsan vücudunun ivazlı bir hukuki muamelenin konusu olduğu en tanıdık durum fuhuştur. Fuhuş yapan kadın kendi rızasıyla, ücret mukabilinde, vücudunu kullanıma açar. Fuhuş yapmak, yaptırmak ahlaken zayıflık olarak addedilse de fiziksel ve sosyal zorunluluklar gereği belirli hukuki düzenlemeler çerçevesinde kabul görmektedir. Fuhuşun, borçlar hukuku anlamında hangi sözleşme veya sözleşmelerden teşekkül ettiği çalışmamızın konusu olmamakla birlikte Bakanlar Kurulu'nun çıkardığı 30.03.1961 tarihli ve 5/984 tarihli Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tâbi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü³⁶nde öngörülen belirli şartlar altında yasal olarak icra edilmesinin mümkün olduğunu hatırlatalım.

Bir diğer soru ise embriyo veya cenin üzerinde bir hak iddia etmenin mümkün olup olamayacağıdır. Hukuk doktrininde gerek ceninin gerekse embriyonun “müstakbel kişi” (*personne en devenir*³⁷) oldukları, bu nitelikleri itibariyle bir eşya gibi değerlendirilemeyip, borca veya mülkiyete konu olamayacakları görüşü vardır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (“TMK”) 28. maddesine göre de kişilik tam ve sağ olarak doğmakla başlayacak olup yine 427. madde uyarınca ceninin menfaatleri gerektiriyorsa mirasçılık hakkına halel gelmemesi için kayyım atanabilecektir. O halde ceninin hukuken henüz bir kişi sayılmamakla birlikte tam ve sağ doğacağı varsayımıyla, kişilik kazanmadan önceki süreçte hak sahibi olduğu aşikardır. Buna kişiliğin geriye doğru etkili olarak hüküm doğurması denir.³⁸ Doktrinde cenin statüsünün cinsi münasebet değil anne rahimine düşme anı olduğu kabul edilmekle birlikte embriyonun *in vitro* yani tüp bebek yöntemiyle oluşturulması halinde hukuki korumanın embriyonun oluştuğu ana kadar geri gitmesi gerektiği görüşü de vardır ki bu embriyoyu anne rahimine transfer edilmeden önce herhangi bir eşya olarak görülmekten kurtarmaktadır.³⁹ O halde taşıyıcı annenin rahimindeki ceninin (ve embriyonun) büyütülmesi için rahimin kiralanması mümkün olsa da ne ceninin ne

³⁶ 19 Nisan 1961 tarihli ve 10786 sayılı Resmi Gazete.

³⁷ Le statut de l'embryon et du foetus, Université de Droit Paris 5'in Şubat 2008 tarihli raporu, s. 1, <http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/contents/730-statut-de-l-embryon-et-du-foetus-universite-de-droit-paris-5>, (3 Kasım 2015).

³⁸ Oğuzman Kemal; Seliçi Özer; Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2005, s.12.

³⁹ Oğuzman, **Kişiler Hukuku**, s. 13.

de evleviyetle sağ doğan bebeğin herhangi bir alacak hakkı veya aynı hakkın konusunu teşkil etmesi mümkün olmayacaktır.

2.3.1. Soybağına İlişkin Sorunlar

Peki hukuk düzenine göre anne kimdir? Türk hukukunda annenin doğuran kadın olduğu *mater semper certa est*⁴⁰ (anne her zaman bellidir) prensibi kabul edilmiştir. Keza TMK 282/1'de çocuk ile anne arasında soybağının doğumla kurulacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak aynı maddenin üçüncü fıkrasında soybağının ayrıca evlat edinmeyle de kurulabileceği; ikinci fıkrada ise yalnızca baba ile kurulacak soybağına mahsus olmak üzere tanıma, hakim hükmü veya anne ile evlilik yollarına başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla taşıyıcı anneliğe başvuran gönüllü anne birinci fıkra yerine üçüncü fıkra uyarınca bebek ile soybağı kurabilecektir. Keza bir kişinin kendisini doğuran kişi dışında bir başkası ile arasında soybağı kurulmasında hukuken bir engel yoktur. Ancak bilindiği gibi küçüğün evlat edinilme prosedürü hukukumuzda epey zahmetli olup –örneğin evlat edinmek isteyen kişinin küçüğe bir yıl süreyle bakmış ve onu eğitmiş olması gerekmektedir– birçok durumda ayrıca ebeveynlerin rızasına tâbidir.

Baba ise TMK 285'e göre temel olarak annenin kocası; boşanma söz konusu ise de evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun -anne bu esnada bir başkası ile evlenmediyse- babasıdır. Buna hukukumuzda babalık karinesi denir. Öte yandan baba ile çocuk arasında soybağı, TMK hükümlerine göre tanıma veya mahkeme kararıyla da kurulabilmektedir. Dolayısıyla gönüllü babanın aynı zamanda biyolojik baba olması halinde baba ile çocuk arasındaki soybağı tanıma veya mahkeme kararı ile de kurulabilecektir. Ancak sperm donörü olmayan, bebek ile genetik bağı bulunmayan gönüllü babanın durumu da aynı gönüllü anneninki gibi muğlaktır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında taşıyıcı annenin aynı *Baby M* vakasında olduğu gibi bebeği doğumdan sonra evlat edinmek isteyen aileye teslim etmekten kaçınması halinde gönüllü annenin evlat edinme yoluyla bebek ile soybağı kurabilmesi oldukça zorlaşacaktır. Bu noktada bebeğin taşıyıcı annenin elinden alınması için kötü muamele görüyor olması ve bu nedenle çocuk hukuku prensiplerinin işlenmesini beklemek gerekecektir. Kaldı ki buna rağmen bebeğin gönüllü anneye evlatlık verileceği kesin değildir. Ayrıca gönüllü annenin aynı zamanda genetik anne olması ve taşıyıcı annenin bebeği buna rağmen teslim etmemesi halinde ise ortaya daha da büyük bir trajedi çıkacaktır. Öte yandan böyle bir durumda genetik ve gönüllü annenin,

⁴⁰ *Mater semper certa est*, Roma hukukundan gelen bir prensiptir. Romalılar annenin her zaman belli olduğunu, babanın yani kadını hamile bırakanın kimliğinin ise her zaman bilinmeyeceğini; hatta annenin toprak, babanın ise toprağı süren saban veya tohum ekerek geçen birinden farksız olduğunu belirtmişlerdir. Daha detaylı bilgi için bkz. İpek, Nurcan, **Roma Hukukunda Hısımlık**, MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, İstanbul, 2015, s. 194.

hukumumuzda annelik davasına en yakın sonuçları verecek dava olan nüfusun tashihi davasını 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesi uyarınca açabileceği iddia edilebilir. Buna mukabil, taşıyıcı annelik yapmayı kabul eden kadının TMK 311 uyarınca bebeğe karşı özen yükümünü yerine getirmediği hatta getirmeme niyetini önceden açıkça ortaya koyduğu gerekçesiyle rızasının aranmayacağı da pekala iddia edilebilir.

Doktrinde ayrıca taşıyıcı annenin, sözleşmenin batıl olduğunu ileri sürerek çocuğu, evlat edinmek isteyen anne-babaya vermekten kaçınması halinde taşıyıcı anneye karşı herhangi bir yaptırım uygulamanın mümkün olmayacağı; ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca taşıyıcı anneye ödenen ücretin iadesi talep edilebileceğini savunan yazarlar vardır.⁴¹ Bu noktada gönüllü babanın aynı zamanda sperm donörü olması halinde TMK Madde 282/2 uyarınca taşıyıcı anne bebeği teslim etmekte dirense bile baba ile bebek arasında soybağı tanıma yoluyla kurulmasının engellenmeyeceği hatırlatılmalıdır.

Öte yandan gönüllü ebeveynlerin bebeği teslim almaktan vazgeçmesi halinde taşıyıcı annenin elinde hangi imkanların bulunduğu tartışmalıdır. Kanaatimizce böyle bir durumda eğer taşıyıcı anne aynı zamanda genetik anne ise bebek ile taşıyıcı anne arasındaki soybağı sabit kalacak; gönüllü anne aynı zamanda genetik anne ise de taşıyıcı anne nüfusun tashihi talebi edebilecektir. Öte yandan gönüllü babanın aynı zamanda sperm donörü de olması halinde babalık davası açacaktır. Ancak sperm donörünün anonim olması halinde ise bebeğin babası olmayacaktır. Bebeği teslim almaktan kaçınan gönüllü ebeveynlerin işi bir adım ileri götürüp, taşıyıcı anneye sözleşme çerçevesinde yaptığı masrafları taşıyıcı anneden geri isteme talebinde bulunmalarında ise kanaatimizce bu talep hakkın kötüye kullanılmasıyla karşılaşacaktır.

Soybağına ilişkin tüm bu karmaşayı gidermek, genetik bağı olmayan gönüllü anneyi evlatlık kurumunun çetrefilli kuralları ile muhatap etmemek, genetik bağ var ise de nüfusun tashihi davası açılmasına lüzum bırakmamak, bebeği de bakmak için doğurmamış taşıyıcı anneye tâbi kılmamak adına kanunen aynı babaya tanındığı gibi anneye de bebeği tanıma imkanı ve “annelik davası” bahşedilmesi gerektiği aşikardır.⁴²

⁴¹ Şıpka, Şükran, **Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar**, http://www.turkhukusitesi.com/makale_537.htm, (1 Kasım 2015).

⁴² Benzer görüşte bkz. Nomer, N. Haluk, **Suni Dölllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 568; Çam, Gülçin, **Taşıyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 168.

2.3.2. Gerçek bir yasak?

Mater semper certa est prensibinin taşıyıcı anneliğe başvurulmasını engelleyici nitelikte olmadığını ve bir başkasının rahminde taşınan bebek ile evlat edinen anne arasındaki soybağının kurulmasının evlatlık hükümleri çerçevesinde pekala mümkün olacağını gördük. O halde Türk hukukunda var olduğu iddia edilen yasağın⁴³ kaynağı nedir?

Sağlık Bakanlığı'nın yayınladığı 2014 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliği⁴⁴ ("ÜYTE") anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin döllenmeye elverişli hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini kapsayan uygulamaları düzenler. Bu, Sağlık Bakanlığı'nın kabaca tüp bebek uygulaması ile ilgili yaptığı ilk düzenleme değildir. 1987 yılında İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği⁴⁵ tüp bebek teknolojisine dair ilk düzenleme olup, 2010 yılında Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği⁴⁶, 2014'te ise ÜYTE yürürlüğe girmiştir.

ÜYTE ve 2010 tarihli mülga yönetmelik temelde benzese de ÜYTE'nin mülga yönetmelikle yasaklanan bazı hususları farklı şekilde düzenlediğini hatta hiç düzenlemediğini söyleyebiliriz. Şöyle ki eski yönetmeliğin 18. maddesinin 5. bendinde *in vitro* döllenme yönteminin yalnızca eşlere ait üreme hücreleri kullanılarak tatbik edileceği, herhangi bir şekilde donör kullanılması veya adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda kullanılması açıkça yasaklanmıştı. Bu yasağın ihlalinin müeyyidesi ise başkasına ait yumurta ve/veya sperm ile gebe kalan kadın, eşi ve/veya donörlere değil, ilgili sağlık merkezine uygulanmaktaydı. Eski yönetmeliğin ilgili maddesinde söz konusu sağlık Merkezinin kapatılacağı ve işlemi yapan sağlık mensuplarının artık üremeye yardımcı sağlık hizmeti sunmalarına izin verilmeyeceği belirtilmişti.

ÜYTE'de ise mezkur ifadeye, yalnızca yönetmelik eklerinden 17 no.lu ek, Müeyyide Formu'nda rastlanır. Hatta Müeyyide Formu yalnızca donör kullanılmasının yasak olduğunu ve bu yönde bir uygulama yapan sağlık mensuplarının ve kurumlarının artık üremeye yardımcı tedavi dalında faaliyet gösteremeyeceğini değil ayrıca adayların bu kişi ve kurumlarca, yurtiçi veya yurtdışında bulunan ve mevzuata aykırı işlemler yapan sağlık kurumlarına yönlendirilmeleri halinde de yönlendirenlere bir

⁴³ Bkz Şıpka; Metin, s. 43; Bağın, Cem, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 2010, s. 15.

⁴⁴ 30.09.2014 tarihli ve 29315 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁵ 21.08.1987 tarihli ve 19551 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁶ 06.03.2010 tarihli ve 27513 sayılı Resmî Gazete.

müeyyide tatbik edileceğini açıkça düzenlemiştir. O halde yönetmelikteki bu düzenleme ile yalnızca gebeliğin donör kullanılarak sağlanması değil, böylesi bir işlemi yapan sağlık kurumlarına –yurtdışında, o ülke kanunlarına uygun şekilde kurulmuş ve faaliyet gösteriyor olmaları halinde bile- hastaların yönlendirilmesinin dahi önü alınmaya çalışılmıştır. Halbuki hekimin hastasının sorununu çözmekte tıp biliminin mümkün kıldığı etik olan tüm uygulamaları uygulaması, kendisi bu teknolojiye sahip değil veya herhangi bir nedenle bunları uygulayamıyorsa da hastasını, sorununu çözebilecek gerekli mercilere yönlendirmesi hasta-doktor ilişkisinin doğal bir sonucudur.⁴⁷

Yine mülga yönetmelikteki gibi ÜYTE’de de üreme tedavisinin yalnızca evli çiftlere uygulanabileceği açıkça belirtilmiştir. Hatta adayların evlilik cüzdanlarını ibraz etmeleri de bir zorunluluktur. Kaldı ki ÜYTE’de kural olan üreme hücrelerinin yok edilmesi olup, hücrelerin saklanması istisnai hallerle sınırlanmıştır. Bu kuralın da evlilik dışı döllemeyi ve donörlüğü engellemeyi hedeflediği açıktır.

Bir an için Türk mahkemelerinin kamu düzeni, ahlak, Türk ananeleri, kişisel değerler ve kişilik hakkı noktalarında tutucu davranmayacağını ve individualist bir yaklaşımla, toplumu oluşturanların menfaatini teker teker, birey bazında arayacağını hayal edelim. Böylesi bir tutum sergileyen mahkemenin, taşıyıcı annelikle ilgili olarak önüne gelen bir uyuşmazlıkta sözleşmenin batıl olduğuna hükmedebilmesinin tek yolu kanuna aykırılık olacaktır. Peki taşıyıcı annelikle ilgili belki de tek pozitif düzenleme diyebileceğimiz yönetmelik ekindeki bu hüküm, sözleşmenin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 27 uyarınca, kanunun emredici hükümlerine aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulması için yeterli olacak mıdır?

Oğuzman’a göre sözleşmeler yalnızca geniş anlamıyla borçlar kanunu hükümlerine değil, hukuk düzenindeki herhangi bir emredici hukuk kuralına aykırılık halinde de batıl addedilecektir.⁴⁸ Bu noktada cevaplanması gereken soru yönetmeliklerin emredici hukuk kurallarından sayılıp sayılmayacağıdır.

Öte yandan anayasa hukukunun temel esaslarına göre yönetmelikler yürütmenin düzenleyici işlemlerinden olup yalnızca tâli ve uygulayıcı kuralları konu edilebilir.⁴⁹ Temel hak ve özgürlükler ise Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca yalnızca yasa ile, ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlandırılabilir. ÜYTE’nin ise idarenin düzenleyici bir işleminden ibaret olduğu ve düzenleyici işlemlerin tâli ve uygulamaya ilişkin konuların ötesine geçmemesi gerektiği göz önünde bulundurulduğunda, Sağlık Bakanlığı’nın maksadını ve yetkisini aştığı ortaya çıkmaktadır. İnsanın en temel iğgü-

⁴⁷ Benzer şekilde Gönenç, Fulya İlçin, **Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukukî Sorunlar**, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Lefkoşa 2014, s. 80.

⁴⁸ Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, İstanbul 2013, s. 83.

⁴⁹ Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 14.

dülerinden üreme içgüdüsünün ne şekilde tatmin edileceği, kişisel değerlerden vücut bütünlüğü ve özel hayatla bu denli yakından ilgili bir konuda, donör ve taşıyıcı anne kullanılmasına ilişkin getirilen kısıtlayıcı hükümlerin Anayasa'nın 13. maddesine aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle teknik olarak bir yasaktan söz edilemeyecekse de hukuk güvenliği açısından söz konusu düzenlemelerin Danıştay tarafından iptal edilerek mevzunun sınırlarının yasa ile çizilmesi gerekmektedir. Gerçekten de taşıyıcı anneliğin yasak olduğu yabancı ülke mevzuatlarına baktığımızda, bu yasağın idarenin değil, kanun koyucunun iradesiyle ortaya konduğunu görüyoruz.⁵⁰

Ayrıca bu noktada Türkiye'nin AİHS'ye taraf devlet olduğunu ve Anayasa'nın da usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalar ile ulusal kanun hükümleri arasında uyumsuzluk halinde, milletlerarası anlaşma hükümlerinin uygulanacağını ifade eden 90. maddesinin son fıkrasını hatırlamak gerekir. Bu minvalde, AİHM'nin 2015 yılında verdiği ve taşıyıcı annelik vasıtasıyla doğan çocuğun resmi otoritelerce nüfusa kaydedilmemesinin kişisel değer olarak nitelendirilen özel hayatın ihlalini oluşturacağına dair kararları göz önünde bulundurulduğunda ÜYTE artık yalnızca anayasaya değil, milletlerarası anlaşmalara da aykırı hale gelmiş olmaktadır.

Nihayet yasak olarak algılanabilecek bir diğer düzenleme olan ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ("TCK") çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişilere hapis cezası tazyik edilmesini hüküm altına alan 321. maddesinden bahsederek çalışmamızın sonlandıracağız. Bu maddenin birinci fıkrasına göre bir çocuğun soybağını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İkinci fıkra ise özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişinin, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağını hüküm altına alır.

O halde doğum sertifikasına, doğum yapan taşıyıcı anne yerine gönüllü annenin bebeğin annesi olarak kaydedilmesi haline suçun faili kim olacaktır? Birinci fıkrada düzenlenen suçun fail bakımından bir özellik arz etmediği aşikardır. Zira metinde soybağını değiştiren veya gizleyen kişinin niteliğine dair herhangi bir belirleme yapılmamıştır. O halde gerek taşıyıcı annenin gerekse gönüllü annenin ve/veya babanın doğum sertifikasını taşıyıcı annenin yerine taşıması halinde soybağını değiştirme ve gizleme suçu işlemiş olacağı düşünülebilir. Öte yandan ceza hukuku doktrininde yalnızca sağ doğan çocukların nüfusa kaydolması nedeniyle soybağının taşıyıcının söz konusu olabilmesi

⁵⁰ Avrupa Birliği üye ülkelerinden Avusturya, Bulgaristan, Finlandiya, Fransa, Almanya, İtalya, Litvanya, Portekiz, İspanya ve İsveç'te taşıyıcı annelik açıkça bir kanun hükmüyle yasaklanmıştır. Bkz. Frati, Paola; Paolo Busardo, Francesco; Montanari Vergallo, Gianluca; Pacchiarotti, Arianna; Fineschi, Vittorio, *Surrogate motherhood: Where Italy is now and where Europe is going. Can the genetic mother be considered the legal mother?*, Journal of Forensic and Legal Medicine 30 (2015), s. 6.

için çocuğun sağ doğmuş olması gerektiği, bu nedenle embriyonun soybağının değiştirilmesi hallerinde suçun işlenmiş sayılmayacağı; yani üremeye yardımcı tedavi esnasında embriyonun karı-koca anne-baba dışında üçüncü şahısların üreme hücreleri kullanılarak oluşturulması durumunda TCK'nın 321. maddesinin uygulama alanı bulamayacağı görüşü vardır.⁵¹

SONUÇ

Kanaatimizce doğal yollarla çocuk sahibi olamayan çiftlerin veya bir partneri olmaksızın anne veya baba olmak isteyen kişilerin, taşıyıcı anne vasıtasıyla biyolojik çocuklarını dünyaya getirmeleri, devletin veya herhangi bir üst otoritenin engel olacağı veya teşvik edeceği bir konu olmaktan ziyade doğrudan kişinin vicdani tercihleriyle alakalıdır. Kimileri için ebeveyn olabilmekte genetik aktarım önem arz eder. Kimileri ise anne-babalığı bebekle benimser, paylaştıkça öğrenir. Kişinin yapısına bu denli sıkı sıkıya bağlı bir konuda, yalnızca halihazırda ebeveyni olmayan çocuklara yuva kazandırabilmek için tarafları belki de hiç benimsemeyecekleri çocukları evlat edinmeye zorlamak hem o çocuk hem de potansiyel ebeveynleri için ezadır. Üreme teknolojileri bu denli gelişmiş ve tıbben böylesi bir imkan mevcutken, anne-baba adaylarına bu yola başvurmayı hukuken yasaklamak gerçekçi olmayacak; günümüzde de görüldüğü gibi anne-babayı daha liberal hukuk sistemlerine sahip ülkelere de işlemi gerçekleştirmeye itmekten başka bir şeye yaramayacaktır.

Taşıyıcı anneliğin doğaya aykırı bir yöntem olduğu söylenegelmektedir. Gerçekten de doğada başka bir türdeşinin ve hatta başka bir türün yavrusunu büyüten hayvanlar olsa da kendisinden olmayan yavruyu rahminde büyüterek doğuran bir memeli yoktur. Ancak insanın aklı onu diğer memelilerden ayırır. İnsan dış etmenlerden ari olarak kendisini koşullayabilen tek hayvandır. Kaldı ki doğal hayata uygun yaşamak, doğaya ve doğal döngüye zarar vermemek koşuluyla insanların kendi tekelinde olmalıdır. Nasıl ki bugün artık anneler –her ne kadar son dönemde genel sağlık sigortası sisteminin defoları nedeniyle aksi bir eğilim gözlenirse de– normal doğuma zorlanmıyor ve sezaryeni tıbbi değil kozmetik veya psikolojik nedenlerle tercih edebiliyorlarsa, dış görünümüne veya sağlığına çok düşkün ve hatta evhamlı bir anne adayının da taşıyıcı annelik yoluna başvurması engellenmemelidir. Kim için neyin önemli olacağına hukuk kuralları karar veremez, vermemelidir.

İnsanların zaman içinde bebeklerini başkalarına taşıtmaya iyiden iyiye alışacağı ve taşıyıcı anneliğin belki de bir meslek haline dönüşebileceği de iddia edilebilir. Ancak ne günümüzde ne de eski zamanlarda bebek doğum ve bakımı ile ilgili

⁵¹ Yenerer Çakmut, Özlem, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, İstanbul, 2008, s. 193.

yapılacak tüm işlerin öz anneye bırakıldığı söylenemez. Nasıl ki süt annelik, bebek bakıcılığı, dadılık gibi meslekler toplumun ihtiyaç ve/veya tercihlerine göre zaman içinde önem kazanmış veya önemini yitirmiş ise taşıyıcı annelik de serbest bırakıldığı takdirde o toplum içindeki yerini kendisi bulacak, belki çok rağbet görecektir, belki de unutulup gidecektir.

Türk hukukunda ise taşıyıcı anneliğin teknik olarak yasaklanmadığını, ancak uygulanması halinde sağlık kuruluşlarına tazyik edilecek idari yaptırımın yanı sıra ebeveynler ve bebek arasında tesis edilecek soybağı hususunda ciddi sorunlara yol açacağını düşünüyoruz.

Bu minvalde taşıyıcı annenin, gönüllü ebeveyn ailenin rızası hilafına bebekle bir ebeveynlik hukuku geliştirmesini sakıncalı bulduğumuz ifade edelim. Böylesi bir durum adeta bebeğin paylaşamadığı, çekişmeli bir ortam yaratacak; bu da çocuğun duygusal gelişiminde onulmaz yaralar açabilecektir. Boşanan çiftler arasında müşterek velayetin meydana getirebileceği sakıncalar birbirini hemen hemen hiç tanımayan, taşıyıcı annelik sözleşmesi kapsamında bir araya gelmiş taraflar arasında her ne kadar taşıyıcı anne teknik olarak veli sayılmayacaksa da evlilikle baş gösterecektir. Ancak gerek gönüllü ebeveynlerin gerekse taşıyıcı annenin mutabık kalması halinde elbette ki taşıyıcı anneye ziyaret hakkı başta olmak üzere bir takım haklar tanınabilecektir.

Yine sıkça karşılaşılan bir diğer itiraz da kadının kendi bebeğini vermesinin hem gayri ahlaki hem de hamilelik esnasında bebekle kurulacak bağ göz önünde bulundurulduğunda uygulanabilir olmaktan uzak olacağıdır. Ahlak son derece subjektif bir kavram olup, bilhassa bizimkisi gibi heterojen toplumlarda kolayca bir grubun diğer gruba kendi yaşam tarzını direktmesi şeklinde kullanılabilir, sosyal bir silaha dönüşebilmektedir. Bu nedenle taşıyıcı anneliğin ahlaka mugayir olduğu gerekçesiyle yasaklanmasına karşıyız. Ancak bazı annelerde hamilelik esnasında taşıdıkları bebek ile aralarında bir bağ kurulduğu ve bu taşıyıcı annelerin doğum sonrası bebeği gönüllü ebeveynlerine teslim etmekten kaçındıkları/kaçınacakları muhakkaktır. Kanaatimizce bu sorunu çözümlenmesi yolu taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta donörü olduğu ve teknik olarak kendi bebeğini doğurduğu genetik taşıyıcı annelik yönteminden vazgeçilip yalnızca gestasyonel, yani taşıyıcı annenin rahminin, kendisine genetik olarak yabancı bir bebek için organik küvözlük işlemi gördüğü taşıyıcı anneliğin benimsenmesi olacaktır. Taşıyıcı annenin buna rağmen bebeği benimseyip vermek istememesi riski ise insan doğası gereği hiçbir zaman tam olarak bertaraf edilemeyecektir. Dolayısıyla taşıyıcı annelik uygulamasının da her sözleşme gibi bir takım riskler taşıdığını, bu riskleri bertaraf etmenin ise sözleşme serbestisi kapsamında gerek taşıyıcı anneyi seçen gönüllü ebeveynler gerekse ebeveynleri seçen taşıyıcı anneye düştüğünü söyleyebiliriz.

Özetle biz, taşıyıcı anneliğin, sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olması nedeniyle kimsenin sözleşmeye taraf olmaya zorlanamayacağı ve taşıyıcı annelik müessesesinin sosyal ve ailesel ilişkiler bazındaki iyileştirici niteliği göz önünde tutulduğunda serbest bırakılması ve gönüllü ebeveyn ile soybağının kurulmasını kolaylaştıracak gerekli hukuki düzenlemelerin taraftarıyız. Bu minvalde toplumun küçük bir kısmından da olsa taşıyıcı anneliğin önündeki engellerin kaldırılmasına dair bir talep geldiğinde gerekli hukuki düzenlemenin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu uygulamadan vicdanan rahatsız olan ve/veya uygulamanın ahlaka mugayir olduğunu düşünenler zaten taşıyıcı annelik yapmaya veya bu yolla bebek sahibi olmaya kalkışmayacaklardır.

KAYNAKÇA

- Allen, Anita, **Privacy, Surrogacy and the Baby M Case**, University of Pennsylvania Law School Penn Law: Legal Scholarship Repository, Pennsylvania, 1998, http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1807&context=faculty_scholarship
- Arif, Ali Arif, **Taşıyıcı Anne Veya Kiralanmış Rahim Konusuna İslami Bir Bakış**, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, 2011 (17), www.islamhukuku.com/.../islam%20hukuku%20dergisi%2017701.pdf
- Baygın, Cem, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, 2010
- Belaisch-Allart, **Gestation pour autrui : crime contre l'humanité ou traitement de l'infertilité uterine?**, Paris, 2014, <http://www.em-consulte.com/en/article/955144>
- Bryant, Joshua J., **A Baby Step: The Status of Surrogacy Law in Wisconsin Following Rosecky v. Schissel**, Marquette Law Review, 2015 (98)(4), <http://scholarship.law.marquette.edu/mlr/vol98/iss4/8/>
- Çam, Gülçin, **Taşıyıcı Annelik ve Soybağı İlişkisi**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2
- Frati, Paola; Paolo Busardo, Francesco; Montanari Vergallo, Gianluca; Pacchiarotti, Arianna; Fineschi, Vittorio, **Surrogate motherhood: Where Italy is now and where Europe is going. Can the genetic mother be considered the legal mother?**, Journal of Forensic and Legal Medicine, 30 (2015)
- Gönenç, Fulya İlçin, **Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukukî Sorunlar**, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Lefkoşa 2014
- Görgülü, Ülfet, **Taşıyıcı Annelik-Fıkhi Bir Bakış**, Journal Of İslamic Law Studies, 2010 (15)
- Helvacı, Serap, **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, İstanbul, 2001
- İpek, Nurcan, **Roma Hukukunda Hısımlık**, MÜHF-HAD, C. 21, S. 1, İstanbul, 2015
- Kopfensteiner, Thomas R., **Ethical aspects of in vitro fertilization and embryo transfer**, Biomed & Pharmacother 1998 (52)
- Margalit, Yehezkel, **In defense of surrogacy agreements: A modern contract law perspective**, William and Mary Journal of Women and the Law, Vol.20, Virginia, 2014
- Metin, Sevtap, **Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümüyle Taşıyıcı Annelik**, Sağlık Hukuku Makaleleri II, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi, İstanbul, 2012
- Mortazavi, Sarah, **It Takes a Village to Make a Child: Creating Guidelines for International Surrogacy**, 100 Geo. L.J. 2249, 2250 (2012)
- Nomer, N. Haluk, **Suni Dölllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000
- Olga B.A. van den Akker, **Psycho-social aspects of surrogate motherhood**, Human Reproduction Update, Vol.13, No.1, Birmingham, 2006
- Oğuzman, Kemal; Öz, Turgut, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, C.1, İstanbul 2013
- Oğuzman Kemal; Seliçi Özer; Oktay Özdemir, Saibe, **Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2005
- Oğuztürk, Burcu Kalkan, **Türk Medeni Hukuku'nda Biyoetik Sorunlar**, İstanbul, 2011
- Pashmi, Monir; Seyed Tabatabaie, **Evaluating the experiences of surrogate and intended mothers in terms of surrogacy in Isfahan**, Iranian Journal of Reproductive Medicine, 2010 (8), Isfahan
- Şıpka, Şükran, **Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar**, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm, (1 Kasım 2015)

- Şimşek, Ayşe, İslam Hukuku Açısından Taşiyıcı Annelikte Meşruiyet Tartışmaları, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı 24, 2014
- Teziç, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2005
- Trembaly, Régine, **Surrogates in Quebec: The Good, the Bad, and the Foreigner**, Canadian Journal of Women and the Law, 2015
- Walker, Ruth; van Zyl, Liezl, **Surrogacy, Compensation, and Legal Parentage: Against the Adoption Model**, Bioethical Inquiry (2015) 12, Yeni Zelanda, 2015
- Yenerer Çakmut, Özlem, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul, 2008

Diğer Kaynaklar

AİHM Kararları, [http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{)

Code Civil <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>,

Code Civil du Quebec

http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html

Dünya Sağlık Örgütü (WHO) Raporları,

<http://www.who.int/gho/publications/en/>

Katolik Kilisesi, **Catechism of the Catholic Church**, Città del Vaticano: Libreria Editrice Vaticano, 1994

Kur'an-ı Kerim, Diyanet İşleri Başkanlığı

Larousse Médical, 2006

Rapport sur "**Le statut de l'embryon et du foetus**",

Université de Droit Paris 5, Şubat 2008 <http://sante-medecine.journaldesfemmes.com/contents/730-statut-de-l-embryon-et-du-foetus-universite-de-droit-paris-5>, (3 Kasım 2015)

Ward, Victoria, **Louise Brown, the first IVF baby, reveals family was bombarded with hate mail**, The Telegraph, 24 Temmuz 2015, <http://www.telegraph.co.uk/news/health/11760004/Louise-Brown-the-first-IVF-baby-reveals-family-was-bombarded-with-hate-mail.html>, (27 Ekim 2015)