
İNCELEMELER

MAHKEME KARARLARINDA SINIRAŞAN TAŞIYICI ANNELİĞE İLİŞKİN HUKUKİ SORUNLAR

Prof. Dr. Nuray EKŞİ*

Öz

Sınıraşan taşıyıcı annelik, milletlerarası aile hukukunun en ilginç konularından bir haline gelmiştir. Milli hukukların taşıyıcı anneliğe yaklaşımı birbirinden oldukça farklıdır. Üstelik sınıraşan taşıyıcı anneliğe ilişkin bir milletlerarası anlaşmanın yokluğu çocuğun vatandaşlığı, velayeti, taşıyıcı anneliğe ilişkin sözleşmelerin geçerliliği, taşıyıcı anne ile bu yolla çocuk sahibi olan anne baba arasındaki ilişkiler, aynı cinsten kişilerin taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olup olamayacakları ve sınıraşan taşıyıcı anneliğe ilişkin mahkeme kararlarının tanınması sorunları başta olmak üzere sınıraşan anneliğe ilişkin olarak ortaya çıkan hukuki sorunların çözümünü zorlaştırmaktadır. Bu sebeple, Lahey Akademisi, bir milletlerarası anlaşmanın yapılması amacıyla, sınıraşan taşıyıcı anneliğe ilişkin bir çalışma başlatmıştır. Milli hukukların taşıyıcı anneliğe ilişkin farklı yaklaşımları, mahkeme kararlarına da yansımakta ve birbirine zıt mahkeme kararları ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda, sınıraşan taşıyıcı anneliğe ilişkin farklı sorunlara ilişkin mahkeme kararları incelenecektir. Çalışmamızda, sadece milli mahkemelerin değil Avrupa Birliği Adalet Divanı kararlarının yanı sıra Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararlar üzerinde de durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Taşıyıcı Anne, Sınıraşan Taşıyıcı Annelik, In Vitro Fertilization, Tüp Bebek*

LEGAL PROBLEMS ARISING FROM INTERNATIONAL SURROGACY IN THE COURT DECISIONS

Abstract

Cross-border surrogacy emerges as one of the most pressing topics in international family law. The approach to surrogacy in national laws is quite diverse. Moreover, lacking an international agreement about cross border surrogacy makes it hard to solve problems arising from cross border surrogacy particularly in respect of nationality, parenthood of the baby, the validity of surrogacy contracts, the relationship between surrogate mother

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye
nurayeksi@gmail.com

** Makale Gönderim Tarihi: 21.11.2016, Makale Kabul Tarihi: 08.12.2016

and intended parents, whether intended parents can be same sex couples and recognition of cross border surrogacy judgments. That is the reason why the Hague Academy has initiated a study on cross border surrogacy with the aim of conclusion of an international treaty. The diverse approach of national laws introduces diverse judgments concerning cross border surrogacy. This study takes a number of recent examples of such cases and traces the ways in which courts have sought to make judgments of different issues in cross border surrogacy. The judgments that are referred in this study have not been only granted by the national courts but also the European Union Court of Justice and as well as by the European Human Rights Court.

Keywords: *Surrogate Mother, Cross-border Surrogacy, In Vitro Fertilization, Tube Baby .*

Kısaltmalar

ABAD : Avrupa Birliği Adalet Divanı

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Am. J. Fam. Law : American Journal of Family Law

ART : Assisted Reproductive Technology

BGH : Bundesgerichtshof

CEDAW : Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women

CLJ : Cambridge Law Journal

FamFG : Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

Fordham Int'l L. J. : Fordham International Law Journal

Geo. L.J. : Georgetown Law Journal

HFEA : Human Fertilisation and Embryology Authority

Hous. J. Int'l L. : Houston Journal of International Law

ICCPR : International Covenant on Civil and Political Rights

ICESCR : International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

ILSA J. Int'l & Comp. L. : ILSA Journal of International & Comparative Law

Int'l Surv. Fam. L. : International Survey of Family Law

ISAs : International Surrogacy Arrangements

IVF : In Vitro Fertilization

Hum. Reprod. : Human Reproduction.

Hum. Reprod. Update. : Human Reproduction Update.

J. Int'l Bus. & L. : Journal of International Business & Law

J. Marshall L. Rev. : John Marshall Law Review

J. Soc. Wel. & Fam. L. : Journal of Social Welfare&Family Law

JPIL : Journal of Private International Law

Loy. U. Chi. Int'l L. Rev. : Loyola University Chicago International Law Review

Minn. J. Int'l L. : Minnesota Journal of Int'l Law

Pepp. L. Rev. : Pepperdine Law Review

Suffolk Transnat'l L. Rev. : Suffolk Transnational Law Review

UMKC L. Rev. : UMKC Law Review

Unif. L. Rev. : Uniform Law Review

U.N.S.W.L.J. : University of New South Wales Law Journal

Wash. L. Rev. : Washington Law Review

Wis. L. Rev. : Wisconsin Law Review

I. Genel Olarak In Vitro Vertilizasyon ve Taşıyıcı Annelik

A. Gen Teknolojisine Bağlı Olarak Tek Anneden Çok Anneliğe Geçiş

Teknolojik gelişmelerin özellikle bankacılık hukuku, borçlar hukuku, ticaret hukuku ve ceza hukuku alanındaki etkileri, hukukçular için yadırgatıcı olmamıştır. Bankacılık işlemelerinin şifreler veya kartlar kullanılarak, bankaya gitmeye gerek kalmaksızın yapılabilmesi; akreditif ve banka ödeme yükümlülüğü başta olmak üzere ticari sözleşmelerden kaynaklanan sınıraşan ödemelerin elektronik ortamda gerçekleştirilen yöntemlerle yapılabilmesi; elektronik imza; sanal alış veriş ve bankacılık kartlarının kötüye kullanılması teknolojik gelişmelerin söz konusu hukuk alanlarındaki en tipik örneklerini teşkil etmektedir. Ancak teknolojik gelişmeler sadece mal ve hizmetler alanında değil insan üzerinde de etkili olmaktadır. Konu, teknolojik gelişmelerin mal ve hizmetler üzerindeki etkisini aşip insan üzerindeki etkisine gelince, ortaya çıkan hukuki sorunlar farklı boyutlar kazanmaktadır. Genetik alanındaki teknolojik gelişmeler şaşkınlık yaratmaktadır. Üstelik

genetik alanındaki teknolojik gelişmelerin kullanılması sonucu ortaya çıkan hukuki sorunların çeşitliliği de bu şaşkınlığı daha da artırmaktadır. O halde gen teknolojisindeki gelişmeler hukuk alanında da sonuçlar doğurmaktadır. Bu bağlamda “tıp hukuku”, “genetik hukuku” veya “biyo hukuk” adı altında yeni bir hukuk dalının ortaya çıktığını; hatta bu hukuk dalının ders programlarına girdiğini görmekteyiz.

Teknolojideki gelişmeler çocuk sahibi olamayanlar için de farklı kanalları devreye sokmuştur. Yardımcı üreme teknikleri (assisted reproductive technology-ART) başlığı altında toplanan muhtelif yollarla çocuk sahibi olunmaktadır. Suni dölllenme, tüp bebek, embriyo transferi ve zigot transferi kısır eşlerin hamile kalması için kullanılan yöntemler arasında yer almaktadır¹. Yardımcı üreme tekniklerinden bir diğeri taşıyıcı (surrogacy) anneliktir. Geçmişte, babanın tespiti sorun yaratırken annenin kim olduğu tartışmasızdı. Çünkü anne, çocuğu doğuran kadındı². Anneliğin üç rolü olan genetik annelik, gebelik ve sosyal annelik aynı kadının üstlendiği farklı roller olmasına rağmen taşıyıcı annelik ile bu roller iki veya üç kadın tarafından yerine getirilebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, taşıyıcı annelik, aynı çocuğun birden fazla annesinin olması sonucunu doğurmaktadır³. O halde yardımcı üreme teknikleri ortaya çıkmadan önce sadece baba açısından mevcut olan babanın tespiti sorunu in vitro fertilizasyon ve taşıyıcı annelik yoluyla anneye de sirayet etmiş ve bu müesseseler gerçek annenin tespiti sorununu da beraberinde getirmiştir.

Taşıyıcı annelik uzun bir geçmişe sahiptir⁴. Taşıyıcı anneliğin önceleri

¹ Lindy WILLMOTT, *Surrogacy: Art's Forgotten Child*, 29(2006)2 U.N.S.W.L.J., s. 227.

² Margaret E. SWAIN, *Assisted Reproductive Technology and the Family Law Practitioner*, Am. J. Fam. Law, 30(216)2, s. 103.

³ Martin ENGEL, *Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?, Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities; Proceedings of the Fifth Conference of the Commission on European Family Law*; Editors Boele-Woelki/Dethloff/Gephart, Intersentia, 2014, s. 200; SWAIN, s. 103-104.

⁴ Hatta taşıyıcı anneliğin Mezopotamya’da ortaya çıktığı, karısı kısır olan zenginlerin yanlarında çalıştırdıkları kadınlardan çocuk sahibi oldukları ifade edilmiştir. Geleneksel taşıyıcı anneliğin bilinen en eski örneğinin Hz. İbrahim’in cariyesi Hacer’den yaptığı çocuk olduğu ifade edilmiştir. Hz. İbrahim’in karısı Sare çocuk sahibi olamayınca, Hz. İbrahim’in cariyesi Hacer’i, bir çocuk doğurması için Hz. İbrahim’e hediye etmiştir (Shany Noy KIRSHNER, *Selling a Miracle? Surrogacy through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy* J. Int’l Bus. & L., 14(2015), s. 79 dn. 25; Mrinal VJAY, *Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas*, U.C.L.J.L.J., 3(2014), s. 208; Xinran Cara TANG, *Setting Norms: Protections for Surrogates in International Commercial Surrogacy*, Minn. J. Int’l L., 25(2016)1, s. 194, dn. 9; Kristiana BRUGGER,

teknolojik herhangi bir müdahale olmaksızın doğal yollarla gerçekleştiği; taşıyıcı anneliğin ilk örneğinin kısır olan kadınların, kocalarına hediye ettikleri kadınlardan olan çocuklara annelik etmeleri olduğu bilinmektedir. Ancak zamanla taşıyıcı annelik teknolojik müdahalelerle gerçekleştirmeye başlanmıştır. Taşıyıcı anneliğe izin verilmeyen ülkelerden taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere gidilmesi hukuki sorunları daha da karmaşık hale getirmiş; sınıraşan anneliğe (cross-border surrogacy) ilişkin milletlerarası yetki, uygulanacak hukuk, vatandaşlık ve çocuğun ülkeye sokulması için pasaport, vize ve ikamet izni başta olmak üzere birçok milletlerarası sorun ortaya çıkarmıştır. Sınıraşan taşıyıcı annelik bir yandan milletlerarası özel hukuk açısından muhtelif sorunlar ortaya çıkarırken diğer yandan bu yolla doğan çocuğun insan ticaretine konu olabilmesi; yoksul ve başka geliri olmadığı için taşıyıcı annelik yapan kadınların sömürülmesi; taşıyıcı anneliği âdete turizm ve ticari gelir unsuru olarak gören ülkelerin çocuğun ve taşıyıcı annenin haklarını hiçe sayması; çocuğun akıbetinin ne olduğu ile ilgilenmemesi başta olmak üzere hukukun diğer alanlarını da ilgilendiren sorunlar karmaşasına yol açmıştır. Sınıraşan taşıyıcı annelik, Amerikan mahkemesinde görülen ve taşıyıcı annenin çocuğu genetik babaya ve karısına vermekten vazgeçmesi üzerine ebeveynin tespiti için açılan *bebek M.* davasıyla⁵ 1980'li yılların ortalarından itibaren kamuoyunun ve medyanın dikkatini çekmeye başlamıştır⁶. Karara konu olan olayda karısı kısır olan William Stern'den alınan sperm Whitehead adlı taşıyıcı anneye enjekte edilmiştir. Yumurta, taşıyıcı anneye ait olduğundan çocuk ile arasında genetik bağ vardır⁷. Whitehead, çocuk doğduktan sonra onu vermekten vazgeçmiştir. Ebeveynin tespiti için

International Law in the Gestational Surrogacy Debate, Fordham Int'l L. J., 35(2011-2012), s. 667, dn. 6. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. David M. SMOLIN, *Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children*, Pepp. L. Rev., 43(2016), s. 289-299; Claire FENTON-GLYNN, *Review Article Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy*, JPIL, 10(2014)1, s. 157, dn. 1). Çok eşliliğe izin veren Hammurabi Kanunu §144-147'de kısır olan kadının çocuk yapması için kocasına kadın bulmasına ilişkin hükümler içermektedir: Böylece çocuk yapamadığı için kadının boşanması engellenmiş olmaktadır (SMOLIN, s. 300; FENTON-GLYNN, s. 157, dn. 1).

⁵ 109 N.J. 396,537 A.2d 1227,1988 N.J.77 A.L.R.4th 1.

⁶ Richard BLAUWHOFF/Lisette FROHN, *International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law, Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, Chapter 10, Christophe Paulussen, Tamara Takács, Vesna Lazić, Ben Van Rompuy, Springer 2015, s. 212; KIRSHNER, s. 79-80.

⁷ Martha A. FIELD, *Compensated Surrogacy*, Wash. L. Rev., 89(2014), s. 1156.

New Jersey mahkemesine başvurulmuştur. New Jersey mahkemesi, ticari nitelik taşıyan taşıyıcı annelik sözleşmesinin kamu düzeni sebebiyle geçersiz olduğuna; ancak çocuğun yüksek yararı gereğince velayetinin genetik babası William Stern'e verilmesi gerektiğine ve Whitehead'ın çocukla görüşme hakkının olduğuna karar vermiştir⁸.

Taşıyıcı annelik, doğurduğu çocuğu başkasına vermek niyetiyle kadının hamile kalması için başvurulan yoldur⁹. Taşıyıcı anne (surrogate mother), başkasına verilecek çocuğa hamile kalan ve onu doğuran kadındır¹⁰. Güney Afrika Hukuk Komisyonu'nun taşıyıcı anneliğe ilişkin raporunda, "taşıyıcı anne" kavramı yerine "evsahibesi anne" (hostess mother) kavramı kullanılmıştır¹¹.

B. Taşıyıcı Anneliğin Türleri

1. Aynı Ülkede Gerçekleşen Taşıyıcı Annelik-Sınıraşan Taşıyıcı Annelik

Taşıyıcı annelik, muhtelif ayrımlara tabi kılınabilir. Sınıraşan taşıyıcı annelik ve aynı ülke içinde gerçekleşen taşıyıcı annelik; ticari nitelikli taşıyıcı annelik ve ticari nitelik taşımayan taşıyıcı annelik. Taşıyıcı annelik bazı devletlerin hukuklarında yasaklanmıştır¹². Bu nedenle ebeveyn olmak isteyen eşler yabancı ülkede bulunan taşıyıcı annelerle anlaşma yapmak durumunda kalmaktadırlar. Bazen taşıyıcı annelik yasal olsa bile çok pahalı

⁸ Dava hakkında ayrıntılı bilgi ve yorumu için bkz. Anita L. ALLEN, Privacy, Surrogacy, and the Baby M. Case, Geo. L.J., 76(1988), s. 1759-1792.

⁹ TANG, s. 193-194; Laurence BRUNET/Janeen CARRUTHERS/Konstantina DAVAKI/Derek KING/Claire MARZO/Julie MCCANDLESS, *European Parliament Directorate General For Internal Polices Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Legal Affairs A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Brussels, 2013, s. 12; Viveca SÖDERSTRÖM-ANTTILA/Ulla-Britt WENNERHOLM/Anne LOFT/Anja PINBORG/Kristiina AITTOÄK/Liv Bente ROMUNDSTAD/Christina BERGH, *Surrogacy: Outcomes for Surrogate Mothers, Children and the Resulting Families-a Systematic Review*, Hum. Reprod. Update, 22(2015)2, s. 2; Victoria R. GUZMAN, *A Comparison of Surrogacy Laws of the U.S. to Other Countries: Should There be a Uniform Federal Law Permitting Commercial Surrogacy?*, Hous. J. Int'l L., 38(2016)2, s. 623.

¹⁰ BRUNET/CARRUTHERS/DAVAKI/KING/MARZO/MCCANDLESS, s. 12; Barbara STARK, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, ILSA J. Int'l & Comp. L., 18(2011-2012), s. 369.

¹¹ Denise MEYERSON, *Surrogacy Agreements*, Acta Juridica, 1994, s. 121.

¹² Örneğin, İsviçre hukukunda taşıyıcı annelik, yumurta ve embriyo nakli yasaklanmıştır (Andrea BÜCLER/Luca MARANTA, *Surrogacy and International Private Law in Switzerland, the International Survey of Family Law*, Bristol, 2015, s. 328)

olduğundan sınıraşan taşıyıcı annelik yoluna başvurulmaktadır¹³. Müstakbel ebeveynler ile taşıyıcı annenin farklı ülkelerde bulunması halinde sınıraşan taşıyıcı annelikten söz edilecektir. Buna karşın taşıyıcı anne ile müstakbel ebeveynlerin aynı ülkede bulunması halinde taşıyıcı anneliğin sınıraşan niteliği ortadan kalkmaktadır. Taşıyıcı annelik birçok devlette yasaklanmıştır. Bazı devletler ise taşıyıcı anneliği ekonomik bir girişim olarak algılamakta ve yasal düzenlemelerle taşıyıcı anneliğin desteklemektedirler. Amerika'nın Kaliforniya Eyaleti¹⁴, Hindistan¹⁵, Ukrayna¹⁶, Tayland ve Rusya, taşıyıcı anne-

¹³ Richard F. STORROW, *Travel into the Future of Reproductive Technology*, UMKC L. Rev., 79(2010)2, s. 297.

¹⁴ Amerika'da birçok eyalette taşıyıcı annelik kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır. Hatta medeni hukuk ve ceza hukuku açısından para cezaları ihdas edilmiştir. Bazı eyaletlerde yasal düzenleme yoktur. Kaliforniya, İllinois ve Florida eyaletlerinde taşıyıcı annelik yasal düzenlemelerle kabul edilmiştir (GUZMAN, s. 626-627; FIELD, s. 1159-1163; RYZNAR, s. 1012-1014; STARK, s. 371).

¹⁵ Hindistan'da taşıyıcı annelik yasayla düzenlenmemiştir. Ancak taşıyıcı anneliği yasaklayan bir düzenleme de bulunmamaktadır. Mahkeme kararlarında ise ticari nitelikli olsun veya olmasın taşıyıcı anneliğe izin verilmektedir. Hindistan hukukunda, taşıyıcı anneliğe ilişkin sözleşmeler, sözleşmelere ilişkin genel hükümlere tabidir (Anil MALHOTRA/Ranjit MALHOTRA, *Law and Surrogacy Arrangements in India*, Int'l Surv. Fam. L., 2013, s. 151-153). Taşıyıcı anne ile anlaşma yapanlar, çocuğun yasal ebeveynleri olarak kabul edilmektedirler. Taşıyıcı anneden doğan çocuğun ebeveyni olacak kişilere yönelik bir sınırlama yoktur. Evli kişiler veya aynı cinsten kişiler veya tek bir şahıs taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olabilir (MALHOTRA/MALHOTRA, s. 154). Bazen taşıyıcı anne ile yapılan sözleşmeye rağmen taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğa sahip çıkılmayabilir. Nitekim "bebek Manji Yamada" davası olarak anılan davaya konu olan olayda Japon karı kocadan alınan yumurta ve sperm Hindistan'daki taşıyıcı anneye enjekte edildikten ve hamilelik gerçekleşikten sonra Japon çift boşanmıştır. Yumurta ve sperm kendilerine ait olmasına rağmen boşanan eşlerden hiçbiri çocuğu almak istememiştir. Taşıyıcı anne de çocuğa sahip çıkmamıştır. Doğum belgesinde, genetik baba olan Japon vatandaşının adı yazılmıştır. Hindistan hukukuna göre, çocuğun ebeveynleri boşanan Japon çifttir. Japon erkeğin annesi, çocuğun velayetinin oğluna verilmesi için Hindistan mahkemesinde dava açmıştır. Dava sonuçlanıncaya kadar çocuk babaanneye verilmiştir. Hindistan pasaport dairesi tarafında çocuğa seyahat belgesi düzenlenmiş ve çocuğun babaanne ile Japonya'ya gitmesine izin verilmiştir (MALHOTRA/MALHOTRA, s. 154-158). Daha sonra Hindistan mahkemesince genetik babası olması sebebiyle çocuğun velayeti Japon erkeğe verilmiştir (VJAY, s. 213-214). Bu ve benzer olaylardan sonra Hindistan, vize mevzuatında bir düzenleme yaparak taşıyıcı anneden çocuk sahibi olmak amacıyla Hindistan'a gelecek yabancıların tıbbi vize (medical visa) alma zorunluluğu getirilmiştir. Ancak bu vizenin verilmesi için Hindistan'da bulunan konsolosluktan, taşıyıcı anneden doğan çocuğun konsolosun ait olduğu devlete götürülmesine engel bir durumun olmadığına dair bir taahhütname istenilmektedir. Eğer böyle bir taahhütname ibraz edilmese o zaman vize başvurusu reddedilmektedir (MALHOTRA/MALHOTRA, s. 172-173).

¹⁶ Ukrayna'da ilk taşıyıcı annelik 1995 yılında gerçekleşmiştir. Ukrayna, taşıyıcı annelik konusunda liberal yasal düzenlemeye sahip olmasının yanı sıra taşıyıcı anneliğe ilişkin ücret tarifesinin düşük olması sebebiyle de tercih edilen bir ülkedir (ayrıntılı bilgi için bkz.

lik müessesesinin yasal olduğu ve en çok uygulandığı devletler arasında yer almaktadırlar¹⁷. Taşıyıcı anneliği yasak olduğu ülkelerden yaşayan ve taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyenler bu ülkelerde bulunan taşıyıcı annelerle aracı şirketler veya klinikler vasıtasıyla anlaşma yapmaktadırlar.

2. Ticari Olmayan Taşıyıcı Annelik-Ticari Nitelikli Taşıyıcı Annelik

Taşıyıcı anneliğe ilişkin diğer bir ayırım, ticari nitelikli taşıyıcı annelik (commercial surrogacy) ve ticari nitelik taşımayan taşıyıcı anneliktir. Eğer taşıyıcı anne (surrogate mother), bu işi bir ücrete karşılığında yapıyorsa o zaman taşıyıcı annelik ticari nitelik taşımaktadır. Ancak ödenen ücretin hamilelikten kaynaklanan masraflar dışında bir bedel olması gerekmektedir¹⁸. Buna karşın ticari olmayan taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anneye herhangi bir ödeme yapılmamaktadır. Ticari nitelik taşımayan taşıyıcı annelikte, çocuğu doğuran kadın, “fedakar taşıyıcı anne” (altruistic surrogacy) olarak da adlandırılmaktadır¹⁹. Fakat taşıyıcı annenin hamilelikle ilgili masraflarını müstakbel ebeveynler (intended parent/commissioning parent) karşılamaktadır. Ticari olmayan taşıyıcı annelikte, genellikle akrabalar, yakın arkadaşlar veya gönüllüler taşıyıcı anne olmaktadır²⁰.

C. Taşıyıcı Annelikte Kullanılan Yöntemler

1. Geleneksel Taşıyıcı Annelik

Taşıyıcı annelik müessesesinde teknolojik gelişmelere bağlı olarak farklı yöntemler kullanılmaktadır. Gen teknolojisinin henüz bu kadar gelişmediği dönemde kısmi/düşük teknoloji (partial technology surrogacy/low-technology surrogacy) ile taşıyıcı anne hamile kalmaktaydı. “Geleneksel

KIRSHNER, s. 84-87).

¹⁷ FIELD, s. 1167; SÖDERSTRÖM-ANTTILA/WENNERHOLM/LOFT/PINBORG/AITTOMÄK/ROMUNDSTAD/BERGH, s. 3; ENGEL, s. 202.

¹⁸ GUZMAN, s. 624; BRUNET/CARRUTHERS/DAVAKI/KING/MARZO/MCCANDLESS, s. 12; SÖDERSTRÖM-ANTTILA/WENNERHOLM/LOFT/PINBORG/AITTOMÄK/ROMUNDSTAD/BERGH, s. 2.

¹⁹ GUZMAN, s. 624; BRUNET/CARRUTHERS/DAVAKI/KING/MARZO/MCCANDLESS, s. 12; SÖDERSTRÖM-ANTTILA/WENNERHOLM/LOFT/PINBORG/AITTOMÄK/ROMUNDSTAD/BERGH, s. 2.

²⁰ TANG, s. 195.

taşıyıcı annelik” (traditional surrogacy)²¹ olarak anılan bu yönteminde, erkekten alınan sperm taşıyıcı anneye enjekte edilmektedir veya istisnaen taşıyıcı anne ile cinsel ilişkiye girilmektedir. İstisnai yolla gerçekleştirilen geleneksel taşıyıcı annelik, gerçek anlamda tıbbi müdahaleyi dahi gerektirmemekte, tarafların anlaşması yeterli olmaktadır. Geleneksel yöntemde, taşıyıcı anne ile çocuk arasında biyolojik bir bağ bulunmaktadır²². Ancak daha sonra gen teknolojisindeki gelişmeler taşıyıcı anne ile çocuk arasındaki biyolojik bağı ortadan kaldırmıştır.

2. İleri Teknoloji Kullanılarak Gerçekleştirilen Taşıyıcı Annelik

İleri teknoloji (high-technology surrogacy/full-technology surrogacy/IVF surrogacy) ile gerçekleştirilen bu yöntemde taşıyıcı annenin yumurtası kullanılmamakta, taşıyıcı anne başkalarına ait yumurta ve sperm ile hamile kalmaktadır. İleri teknolojik yöntemin kullanıldığı ve “gelişmiş yöntem” olarak da adlandırılan bu yöntemde, in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulan yumurta, taşıyıcı anneye enjekte edilmektedir. Aslında in vitro fertilizasyon yoluyla oluşturulan yumurtanın anneye enjekte edilmesi, gerçek anlamda bir tıbbi müdahale sayılmaz²³. Bununla beraber yumurtanın anneye enjekte edilmesi bir doktor veya klinik tarafından yapılmaktadır. Yumurta ve sperm, taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olacak anne ve babaya ait olabilir. Ancak

²¹ Geleneksel taşıyıcı annelik, “tam taşıyıcı annelik” veya “genetik gebelik yoluyla taşıyıcı annelik”, “kısmi taşıyıcı annelik” (straight surrogacy/complete surrogacy/genetic-gestational surrogacy/partial surrogacy) olarak da anılmaktadır (Marilyn CRAWSHAW/Eric BLYTH/Olga van den AKKER, *The Changing Profile of Surrogacy in the UK-Implications for National and International Policy and Practice*, J. Soc. Wel. & Fam. L., 34(2012)3, s. 267; Fiona MACCALLUM/Emma LYCETT/Clare MURRAY/Vasanti JADVA/Susan GOLOMBOK, *Surrogacy: The Experience of Commissioning Couples*, Hum. Reprod., 18(2003)6, s. 1334).

²² Margaret RYZNAR, *International Commercial Surrogacy and Its Parties*, J. Marshall L. Rev., 43(2009-2010), s. 1010; BRUNET/CARRUTHERS/DAVAKI/KING/MARZO/MCCANDLESS, s. 9, 12; BLAUWHOFF/FROHN, s. 215; V. JADVA/L. BLAKE/P. CASEY/S. GOLOMBOK, *Surrogacy Families 10 Years on: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children’s Understanding of Their Surrogacy Origins*, Hum. Reprod., 27(2012)10, s. 3009; MACCALLUM/LYCETT/MURRAY/JADVA/GOLOMBOK, s. 1334; GUZMAN, s. 623; TANG, s. 194-195; Ian CURRY-SUMNER/Machteld VONK, *National and International Surrogacy: An Odyssey*, Int’ Surv. Fam. L., 2011, s. 260; STARK, 369.

²³ JADVA/BLAKE/CASEY/GOLOMBOK, s. 3009; BRUNET/CARRUTHERS/DAVAKI/KING/MARZO/MCCANDLESS, s. 9, 12; BLAUWHOFF/FROHN, s. 216.

ebeveynler, yumurta ve sperm üretemeyebilirler. Bu durumda donarlardan alınan yumurta ve sperm taşıyıcı anneye enjekte edilebilir²⁴. O halde gelişmiş teknolojik yöntemlerin kullanıldığı durumlarda taşıyıcı anne ile çocuk arasında biyolojik bağ bulunmamaktadır²⁵. Yumurtanın donörden alınması halinde çocuğun üç annesi olmaktadır: Genetik anne (genetic mother), gebelik annesi veya taşıyıcı anne (gestational mother) ve müstakbel anne (intended mother) yani çocuğu büyütecek olan anne²⁶.

D. In Vitro Fertilizasyon ve Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Yasal Düzenlemeler

Birçok ülkede in vitro fertilizasyon, yasayla düzenlenmiştir. Buna karşın taşıyıcı annelik ile ilgili yasal düzenlemesi bulunan devletlerin sayısı daha azdır. Taşıyıcı annelik konusunda mevcut olan yasal düzenlemeler birbirinden farklıdır²⁷. Birçok Avrupa ülkesinde olduğu gibi bazı devletlerin mevzuatında taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. Bazı devletlerin mevzuatında ise taşıyıcı annelik serbesttir. Amerika'nın Kaliforniya Eyaleti, Hindistan ve Ukrayna taşıyıcı annelik konusunda en liberal düzenlemeye sahip devletlerin başında gelmektedir²⁸. Söz konusu ülkeler, taşıyıcı anneliği adeta bir ekonomik girişim ve gelir kaynağı olarak görmektedirler. Verilen hizmetlerin kalitesi ve taşıyıcı anneye verilen ücretin yanı sıra aracı şirket veya kliniklere ödenen meblağlar, forum shopping'e yol açmaktadır. Diğer bir ifadeyle taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyenler, bu müessesenin yasal olduğu ülkelerden hangisi daha ucuz ve kaliteli hizmet sunuyorsa bu ülkeyi tercih etmektedir. Elbette bu tercihte taşıyıcı anneliğe ilişkin yasal düzenlemelerin liberal olup olmaması da etkili olmaktadır²⁹. Hindistan, ekonomik açıdan güçsüz olan kadının, gelişmiş ülkelerde yaşayan refah seviyesi yüksek insanlar tarafından sömürülmesini önlemek için yabancıların Hindistan'da taşıyıcı

²⁴ BLAUWHOFF/FROHN, s. 215-216; CURRY-SUMNER/VONK, s. 260.

²⁵ BÜCLER/MARANTA, s. 328; TANG, s. 194-195; RYZNAR, s. 1010; KIRSHNER, s. 80; MACCALLUM/LYCETT/MURRAY/JADVA/GOLOMBOK, s. 1334; BLAUWHOFF/FROHN, s. 216; SÖDERSTRÖM-ANTTILA/WENNERHOLM/LOFT/PINBORG/AITTOÄK/ROMUNDSTAD/BERGH, s. 2; GUZMAN, s. 623.

²⁶ STARK, s. 370; MACCALLUM/LYCETT/MURRAY/JADVA/GOLOMBOK, s. 1334.

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. BRUNET/CARRUTHERS/DAVAKI/KING/MARZO/MCCANDLESS, s. 200 vd.

²⁸ BÜCLER/MARANTA, s. 328; ENGEL, s. 202; TANG, s. 195.

²⁹ RYZNAR, s. 1010-1011.

annelik yoluna başvurmasını yasaklayan bir kanun tasarısı hazırlamıştır. Ancak taşyıcı annelik ticaretine balta vuracağı ve bu alandaki ekonomik sektöre zarar vereceği gerekçesiyle yasal düzenlemeye karşı çıkmıştır³⁰. Taşyıcı anneliğin yasal olduğu devletlerin bir kısmında ise, ticari nitelikli taşyıcı annelik yasaklanmıştır. Bazı devletler taşyıcı anneliğe izin veren yasal düzenlemeler yapmak için adım atmışlardır. Oysa özellikle sınıraşan taşyıcı annelikten kaynaklanan çetrefilli sorunlar, bu alanının ulusal yasal düzenlemelerin yanı sıra milletlerarası antlaşmalarla düzenlenmesini gerekli kılmaktadır. Taşyıcı annelik, henüz bir milletlerarası antlaşmayla düzenlenmiş değildir. Bununla beraber Lahey Milletlerarası Hukuk Konferansı konuya ilişkin bir konvansiyonun hazırlıklarına başlamıştır. Lahey Milletlerarası Hukuk Konferansı tarafından taşyıcı anneliğe ilişkin olarak yapılan çalışmalar üzerinde daha sonra durulacaktır.

Taşyıcı anneliği doğrudan düzenleyen bir milletlerarası antlaşma henüz mevcut olmamakla beraber Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere Çocuk Hakları Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi³¹ (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-CEDAW), Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi³² (International Covenant on Civil and Political Rights-ICCPR), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi³³ (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights-ICESCR) taşyıcı annenin ve bu yolla doğan çocukların korunması için uygulanabilecek hükümler içermektedirler³⁴. Bu antlaşmalardan hiç birinde açıkça taşyıcı anneliğe ilişkin hüküm bulunmamakla beraber antlaşmalarda düzenlenen sağlık hakkı, kişinin orijinini bilme hakkı, aile kurma hakkı ve diğer bazı haklar taşyıcı anneliğe de uygulanabilir niteliktedirler³⁵.

³⁰ ENGEL, s. 205.

³¹ RG 14.10.1985/18898.

³² RG 21.7.2003/25175.

³³ RG 11.8.2003/25196.

³⁴ Caroline VINCENT/Alene D. AFTANDILIAN, *Liberation or Exploitation: Commercial Surrogacy and the Indian Surrogate*, Suffolk Transnat'l L. Rev., 36(2013)3, s. 673-675; STARK, s. 371-371.

³⁵ STARK, s. 372, 378-379.

E. In vitro fertilizasyon ve Taşıyıcı Annelikten Kaynaklanan Temel Hukuki Sorunlar

Özellikle sınıraşan taşıyıcı annelik, bir yandan çocuğun diğer yandan ise taşıyıcı annenin ve bu yolla ebeveyn olan kişilerin haklarının korunmasını gerektirmektedir. Bazen bu menfaatler birbiriyle çatışabilmektedir. Menfaatlerin çatışması halinde, “bebek M.” davasında olduğu gibi çocuğun yüksek yararı dikkate alınarak bir çözüm getirilmelidir.

Sınıraşana taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anneden doğan çocuğun ebeveyni olmak için farklı yollar bulunmaktadır. Çocuk, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyenler tarafından evlat edinilebilir³⁶; çocuk, yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesinde anne baba olarak gösterilen kişilerin nüfusuna işlenebilir veya taşıyıcı annenin bulunduğu devletin mahkemesi tarafından verilen ve ebeveynin kim olduğunu gösteren ilam tanınabilir.

Taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyenler bazen boşanma ve diğer sebeplerle sonradan çocuğu almaktan vazgeçebilmektedirler. “Bebek Gammy” davası olarak anılan ve Avustralyalı karı kocanın Tayvanlı taşıyıcı anne tarafından dünyaya getirilen ikizlerden down sendromlu olanını taşıyıcı anneye bırakıp sağlıklı olan bebeği almaları taşıyıcı anneliğin yasal olarak düzenlenmesi ve kontrol altına alınması zaruretini bir kez daha ortaya koymuştur³⁷.

Taşıyıcı annelik, taşıyıcı anne ile bu yolla çocuk sahibi olmak isteyen(ler) arasında bir sözleşmenin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Sözleşme, taşıyıcı anne ve bu yolla çocuk sahibi olacak kişi veya kişiler (commissioning parents/intended parents) arasında yapılmaktadır³⁸. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin (surrogacy contract) hukuki niteliğinin ne olduğunun yanı sıra yabancı bir ülkede düzenlenen taşıyıcı annelik sözleşmesine hukuki sonuç bağlanıp bağlanmayacağı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Özellikle taşıyıcı anneliğin yasak olduğu ülkelerde, başka bir ülkede yasal olarak düzenlenen taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliği sınıraşan taşıyıcı anneliğin ortaya çıkardığı sorunlardan sadece biridir³⁹.

³⁶ Taşıyıcı anneden doğan çocuğun evlat edinilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Susan FRELICH APPLETON, *Surrogacy Arrangements and the Conflict of Laws*, Wis. L. Rev., 1990, s. 407 vd.

³⁷ GUZMAN, s. 620; Seema MOHAPATRA, *Adopting an International Convention on Surrogacy-A Lesson from Intercountry Adoption*, Loy. U. Chi. Int'l L. Rev., 13(2016)1, s. 27. Tayvanlı taşıyıcı anne, genetik bağı olmamasına rağmen diğer iki çocuğuyla beraber down sendromlu çocuğa bakmaya karar vermiştir (MOHAPATRA, s. 27-28).

³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. RYZNAR, s. 1023 vd.

³⁹ Claire FENTON-GLYNN, *The Difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations*, CLJ,

In vitro fertilizasyon ve taşıyıcı anneliğin ortaya çıkardığı sorunlar ulusal sınırları da aşarak uluslararası nitelik kazanmıştır. Özellikle bu yöntemlerin yasak olduğu ülkelerde yaşayan ve anne baba olmak isteyenler başka ülkelerde çözüm aramaya çalışmaktadırlar. Böylece taşıyıcı annenin bulunduğu devlet (state of birth) ile bu yolla çocuk sahibi olan kişilerin bulunduğu devletin (receiving state) farklı olması in vitro fertilizasyon ve taşıyıcı anneliği, milletlerarası özel hukukun sorunlu bir alanı haline getirmiştir⁴⁰. In vitro fertilizasyon ve taşıyıcı annelik başta vatandaşlık hukuku olmak üzere milletlerarası özel hukuk alanında da önemli sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Taşıyıcı annenin bulunduğu devletin vatandaşlık hukukunda toprak esasının kabul edilmesi halinde taşıyıcı anneden doğan çocuğun taşıyıcı annenin vatandaşlığını kazanıp kazanmayacağını belirlenmesi gerekmektedir. In vitro fertilizasyonda anne babadan alınan sperm ve yumurtanın taşıyıcı anneye enjekte edilmesi halinde biyolojik anne ve babanın vatandaşlık hukuku kan esasını benimsemiş olsa bile çocuğun başka bir kadın tarafından dünyaya getirilmesinin çocuğun biyolojik anne babasının vatandaşlığını kazanmasına engel olup olmayacağı vatandaşlık hukuku alanında ortaya çıkan diğer bir sorunu teşkil etmektedir.

Taşıyıcı anneliği kabul etmeyen devletlerde, bu yolla çocuk sahibi olan kişiler, yabancı mahkemeden aldıkları ve çocuğun ebeveyni olduklarını gösteren ilama istinaden çocuğun kedi adlarına nüfusa tescil edilmesini talep etmektedirler. Söz konusu ilamın taşıyıcı anneliğin yasak olduğu bazı devletlerde tanınması mümkün olmazken bazı devletlerde tanınabilmektedir. Bazen taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olanlar, taşıyıcı annenin bulunduğu devletin mahkemesinden karar almamakta; bu devlette düzenlenen doğum belgesiyle çocuğun, kendi nüfus kayıtlarına tescilini talep etmektedirler. Yabancı bir ülkede düzenlenen doğum belgesi, resmi bir belgedir. Acaba bu belgeye, diğer bir ülkenin nüfus idaresi sonuç bağlayacak mıdır? Taşıyıcı anneden doğan çocuğun ebeveynlerine ilişkin bir yabancı mahkeme kararı, bazen çocuk doğmadan önce verilmektedir. Böyle bir durumda çocuk doğmadan önce verilen ebeveynlerin tespitine ilişkin yabancı mahkeme kararı diğer bir ülkede tanınabilir mi? Çünkü henüz doğmamış olan bir çocukla ilgili olarak karar verilmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması tenfizi alanında ortaya çıkan bu sorunlar da taşıyıcı anneliği milletlerarası usul hukukunun konusu haline getirmektedir.

74(2015)1, s. 34.

⁴⁰ Yabancı ülkede gerçekleşen taşıyıcı anneliğin Hollanda milletlerarası özel hukuku açısından ortaya çıkardığı sorunlar açısından bkz. CURRY-SUMNER/VONK, s. 269- 279.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi iki şekilde yapılmaktadır. Birincisi, ticari amaçla yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesi (commercial surrogacy agreement) ve ikincisi, ticari olmayan amaçla yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesi (non-commercial surrogacy agreement). Acaba özellikle ticari nitelik taşıyan taşıyıcı annelik sözleşmesi geçerli midir? Daha önce belirttiğimiz üzere, Fransız Medeni Kanunu'nun 16.7. maddesinde başkası için yeniden üreme ve taşıyıcı annelik yapmak yasaklanmıştır. Milletlerarası nitelik taşıyan taşıyıcı annelikte, sözleşmenin geçerli olup olmadığı ve geçerli ise sözleşmen taraflarca ihlali halinde uygulanacak yaptırımların neler olduğu hususlarında hangi devletin hukukunun uygulanacağını kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenmesi gerekir.

Aynı cinsten kişiler arasında evlilik, bazı devletlerin mevzuatında kabul edilmiştir. Aynı cinsten kişiler arasında yapılan evlilik veya tescil edilmiş birlikteliklerde, eşlerin evlat edinmesine de izin verilmektedir. Aynı cinsten kişilerin taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olup olamayacakları da üzerinde durulması gereken diğer bir sorunu teşkil etmektedir⁴¹.

Aşağıda, in vitro fertilization (tüp bebek) ve taşıyıcı anneliğe ilişkin hukuki sorunları ele alan ve bu sorunlara çözüm getirmeye çalışan muhtelif devletlerin mahkemelerinin yanı sıra Avrupa Birliği Adalet Divanı ve AİHM tarafından verilen güncel kararlar üzerinde durulacaktır.

II. In vitro Fertilizasyona (IVF) İlişkin Mahkeme Kararları

A. İngiliz Temyiz Mahkemesinin Kocanın Rızası Dışında Alınan Spermilerin In vitro Fertilizasyon İçin Belçika'ya Götürülmesine İzin Verilmemesinin Avrupa Birliği Üyesi Devletler Arasında Hizmetlerin Serbest Dolaşımı İlkesine Aykırı Olduğuna İlişkin 6 Şubat 1997 Tarihli Kararı

İngiliz Temyiz Mahkemesi tarafından 6 Şubat 1997 tarihinde verilen karar, bilinci yerinde olmayan hastadan karısının talebi ile alınan spermelerin kocası öldükten sonra İngiltere dışına başka bir ülkeye götürülerek kullanılıp kullanılmayacağına ilişkindir. İngiliz Temyiz Mahkemesi, *R. v. Human Fertilisation and Embryology Authority* davasında 6 Şubat 1997 tarihinde

⁴¹ Sınıraşan taşıyıcı anneliğin insan ticaretine ilişkin örnekleri için bkz. MOHAPATRA, s. 29.

verdiği kararında, spermlerin bir Avrupa Birliği ülkesinden diğer bir üye devlete ihraç edilmesi için yazılı izni arayan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu hükmünü Avrupa Topluluğu Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin hükümlerine aykırı bulmuştur⁴².

Karara konu olan olayda, davanın görüldüğü sırada 33 yaşında olan Bayan Diane Blood, Stephen Blood ile 1991 yılında evlenmiştir. Evlilik, Anglikan kilisesinde yapılmış ve evliliğin gerçekleştirildiği kurallar uyarınca eşlerin çocuk yapmasının önemi vurgulanmıştır. 1994 yılında Blood ve kocası çocuk sahibi olmaya karar vermiştir. 26 Şubat 1995 tarihinde Stephen Blood menenjit hastalığına yakalanmıştır. 28 Şubat 1995 tarihinde Bayan Blood, komada olan kocasından sperm alınmasını istemiştir. 1 Mart 1995 tarihinde spermler alınmış ve Infertility Research Trust (IRT) tarafından muhafaza altına alınmıştır. İkinci numune, Bay Blood'ın tıbben öldüğüne dair rapordan önce alınmıştır. Her iki numune de IRT tarafından saklanmıştır. Saklama için gerekli ücret Bayan Blood tarafından ödenmiştir. Bayan Blood, spermleri kullanmak istemiştir. Ancak İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu (HFEA-Human Fertilisation and Embryology Authority) tarafından 1990 İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu (Human Fertilisation and Embryology Act) hükümlerine istinaden buna izin verilmemiştir. 1990 Kanunu hükümleri uyarınca Bayan Blood'ın kocasının spermlerini kullanmasının mümkün olmaması sebebiyle işlemi yurt dışında yapmaya hazır olduğunu bildirmiştir. Ancak spermleri yurt dışında kullanabilmesi için İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu'ndan izin alması gerekiyordu. HFEA, İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu'nun 5-10. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bayan Blood, spermleri yurt dışında kullanması için İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu'na başvurmuş, ancak başvurusu reddedilmiştir. Bunun üzerine Bayan Blood mahkemeye başvurmuştur. İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi (High Court of Justice), başvuruyu reddetmiştir. 24 Ocak 1996 tarihinde Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu, Bayan Blood'ın talebinin yeniden incelenmesine karar vermiştir. Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu, Bayan Blood'ın talebini anlayışla karşılamalarına rağmen 21 Kasım 1996 tarihinde spermlerin yurt dışına ihraç edilmesine ilişkin talebin reddine karar vermiştir. Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu, 1990 Kanunu'nun spermlerin, donörün ölümünden sonra yurt dışına

⁴² R v. Human Fertilisation and Embryology Authority, ex parte Blood, Court of Appeal, Civil Division 6 February 1997: [1997] 2 All ER 687; [1997] 2 WLR 806; [1999] Fam 151.

ihraç edilmesine bazı şartlarla izin verdiğini; 1990 Kanunu'nun donörün, konuyla ilgili olarak yeterli derecede aydınlatılması ve ölümden sonra çocuk sahibi olacağı konusunda düşünecek fırsatının olması, yazılı ve açık iznin bulunması kaydıyla buna izin verdiğini; ancak somut olayda bu şartların gerçekleşmediğini; spermlerin alınmasında donörün rızasının alınmadığını; rızanın, Bay Blood tarafından açıkça verilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Bayan Blood, İngiliz Yüksek Adalet Mahkemesi kararına karşı temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi, 1990 İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu'nun hükümlerini (1) sperm saklanması ve kullanılması; (2) spermlerin ihraç edilmesi ve (3) Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu tarafından verilen iznin geçerliliği yönünden incelemiştir. Temyiz Mahkemesi, 1990 Kanunu'nun, spermlerin izinsiz alınması ve saklanması halinde uygulanmayacağını, üreme hücrelerini ve embriyoları saklayacak ve kullanacak mercilerin, Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu tarafından belirleneceğini ve bunlara lisans verileceğini; spermin ancak ilgilinin yazılı rızası ile alınabileceğini; yazılı rızanın, spermlerin ihraç edilebilmesi için de şart olduğunu; spermlerin "alınması" ile "saklanması" arasında fark olduğunu; 1990 Kanunu'nun, bilinci yerinde olmayan bir hastadan hangi şartlar altında sperm alınacağına ilişkin bir hüküm içermediğini; bilinci yerinde olmayan bir hastadan sperm alınmasının, suç teşkil ettiğini; ancak Bay Blood'dan sperm almadan önce ve işlemin bütün aşamalarında doktorun Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu ile istişare etmesi sebebiyle suçun kovuşturulmayı gerektirmediğini; 1990 Kanunu'nda eşlerin birlikte tedavi edilmesi halinde, sperm alınırken erkeğin rızasının alınmasına gerek olmadığını; ancak bu hükmün somut olayda uygulanamayacağını; çünkü Bay Blood'un bilincinin yerinde olmadığını ifade etmiştir. Temyiz Mahkemesi, Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu'nun, spermlerin İngiltere'de kullanılmasına izin vermemesinin yasaya aykırı olmadığını; ancak İngiltere'nin Avrupa Birliği üyesi olması sebebiyle Bayan Blood'ın başka bir üye devlete spermleri götürmesine engel olunmasının, Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 59-60. maddeleri ile düzenlenen sınıraşan tedavi olma hakkının ihlali sonucunu doğuracağını; 59-60. maddelerin, diğer bir üye devlette tıbbi tedavi alma hakkını verdiğini ve bu hakkın doğrudan uygulanabilir olduğunu; eğer spermleri ihraç etmesine izin verilirse, Bayan Blood'm, Belçika'da yasal olarak tedavi görebileceğini; bu nedenle Bayan Blood'ın spermleri Belçika'ya götürebilmesi için kendisine ihraç izninin verilmesinin istenmeyen bir sonuç doğurmayacağını ifade etmiştir.

Belçika hukukunda, spermilerin kullanılması için donörden yazılı izin ile alınması şart değildir. Temyiz Mahkemesi'ne göre, kamu düzenine ilişkin haklı sebepler olmadıkça, spermilerin Belçika'ya ihracına izin verilmemesi Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın hizmetlerin serbest dolaşımına ilişkin 59. maddesine aykırıdır. Temyiz Mahkemesi, Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu'nun, Avrupa Toplulukları Antlaşması'nın 59. maddesini dikkate alarak spermilerin Belçika'ya ihraç edilip edilmeyeceğine karar vermesi gerektiğini ifade etmiştir.

Şubat 1997'de Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu, Bayan Blood'un spermeleri Belçika'ya götürmesine izin vermiştir. Bayan Blood, Belçika'daki bir klinikte ölüm sonrası (posthumous) döllenme yaptırmıştır. 11 Aralık 1998 tarihinde Diane Blood, kocasından alınan spermelerle gerçekleştirilen döllenme sonucunda Liam adlı çocuğu doğurmuştur⁴³.

B. İngiliz Aile Mahkemesinin Kanunda Aranılan Şartlar Gerçekleşmemesine Rağmen Sperm Saklama Süresinin AİHS'in 8. Maddesine İstinaden Uzatılabileceğine İlişkin 6 Mart 2014 Tarihli Kararı

İngiliz Aile Mahkemesi, 6 Mart 2014 tarihli kararında, 10 yıllık yasal saklama süresinin uzatılması için İngiliz mevzuatında aranılan şartları yerine getirmemesine rağmen, ilgilinin spermelerini verirken klinik tarafından yeterince aydınlatılmaması sebebiyle, AİHS'in 8. maddesi uyarınca sperm saklama süresinin 55 yıl olduğu sonucuna varmıştır⁴⁴.

7 Şubat 2012 tarihinde 32 yaşında ölen Warren Brewer'in karısı Elizabeth Warren, mahkemeye başvurarak 18 Nisan 2015 tarihinden 18 Nisan 2060 tarihine kadar 55 yıl süreyle kocasının spermelerinin saklanması yasal olduğunun tespitini talep etmiştir. Davalılar spermeleri saklayan kurum Care Fertility (Northampton) Ltd. ve Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu'dur (Human Fertilisation and Embryology Authority-HFEA). Elizabeth Warren, 28 yaşındadır. Kayak hocası olan Warren Brewer, Elizabeth Warren ile 2004 yılında tanıştığında 28 yaşındadır ve sağlıklıdır. 2005 yılında Warren

⁴³ Peter De CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, London, 2001, s. 189-190.

⁴⁴ Elizabeth Warren v. (1) Care Fertility (Northampton) Limited (2) Human Fertilisation and Embryology, Case No: FD13P02273, Date: 6.3.2014: [2014] EWHC 602 (Fam).

Brewer’da, beyin tümörü saptanmıştır. Radyo terapi almak zorundaydı ve radyo terapi neticesinde üremesinin riske gireceğini biliyordu. Bu nedenle Warren Brewer, radyo terapiye başlamadan önce Care Fertility (Northampton) Ltd. ile bir sözleşme imzalayarak kendisinden sperm alınması ve saklanması hususunda yetkilendirmiştir. Sözleşme uyarınca spermelerinin Nisan 2008 tarihine kadar saklanmasına izin vermiştir. Ayrıca ölmesi veya beyin ölümünün gerçekleşmesi halinde spermelerinin imha edilmesine de izin vermiştir. Ancak sözleşme yapılırken Warren Brewer’a danışma hizmeti verildiğine dair bir belge yoktur. 12 Nisan-6 Mayıs 2005 tarihleri arasında Warren Brewer’in spermeleri, Care Klinik tarafından alınmış, dondurulmuş ve saklanmıştır. Daha sonra Warren Brewer, radyo terapi almıştır. Warren Brewer ve karısı, Eylül ayında Leeds’e taşınmıştır. 4 Mayıs 2006 tarihinde Care Klinik, Warren Brewer’e bir mektup yazarak spermeleri saklamak istemiyorsa, imha edilmeleri için onay istemiştir. Warren Brewer, spermelerin 12 ay süreyle daha saklanmasını istemiştir. Bunun üzerine Care Klinik, Warren Brewer ile yeniden sözleşme imzalamış; Fertilizasyon ve Embriyoloji Kurumu tarafından hazırlanan standart sözleşmede, spermeleri saklama süresi 4 yıl olarak belirlenmiştir. Diğer bir formda ise spermeleri kullanacak kişi olarak Elizabeth Warren’i tayin etmiştir ve bu formda süre belirtilmemiştir. Warren Brewer, 20 Mart 2009 tarihinde Clare Klinik ile yeni bir sözleşme imzalayarak ölmesi veya beyin ölümünün gerçekleşmesi halinde spermelerin 6 yıl daha saklanmasını istemiştir. Standart sözleşmede, muhtelif alternatifler arasında yer alan spermelerin 55 yıla kadar saklanmasına ilişkin seçenek işaretlenmemiştir. Sözleşmeden anlaşıldığı kadarıyla, sözleşme, 18 Nisan 2015 tarihine kadar uzatılmıştır. 29 Aralık 2011 tarihinde Warren Brewer ile Elizabeth Warren hastanede evlenmişlerdir. 9 Şubat 2012 tarihinde Warren Brewer ölmüştür. Warren Brewer, spermelerin yasal saklama süresi olan 10 yıldan daha fazla saklanmaları için yetki vermemesine rağmen spermelerin karısı tarafından süresiz olarak kullanılmasına izin vermiştir. Mahkeme, Warren Brewer’in muhtelif tarihlerde sözleşmeleri imzalarken Care Klinik tarafından danışmanlık hizmeti verilmediğini ifade etmiştir. Elizabeth Warren, AİHS’in 8. maddesine istinaden ölen kocasından aile kurma hakkının olduğunu; kocasının iradesinin de bu yönde olduğunu öne sürmüştür. Elizabeth Warren, kocasından önce trafik kazasından ölen kardeşi ve ardından kocasının ölümü sebebiyle henüz çocuk yapmaya hazır olmadığını; ekonomik ve ruhsal yönden bir çocuğu kaldırarak durumda bulunmadığını; zamanı geldiğinde çocuk yapmak isterse Care Klinik’in

spermeleri saklama süresi sona ereceğinden spermeleri vermeyeceğini ve bu nedenle çocuk sahibi olamayacağını belirtmiştir.

Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu uyarınca spermeleri saklama süresi 10 yıldır. Bu sürenin uzatılması bazı şartlarla mümkündür. Ancak bu şartlar somut olayda gerçekleşmemiştir. Çünkü sürenin uzatılabilmesi için Warren Brewer'in yazılı izninin olması gerekirdi. Warren Brewer, muhtelif tarihlerde Care Klinik ile sözleşme yapmasına rağmen spermelerin 10 yıldan daha fazla süreyle saklanması konusunda açıkça yetki vermemiştir. İngiliz mahkemesi, Care Klinik tarafından Warren Brewer'e danışmanlık verilmemesi sebebiyle yasadaki öngörülen 10 yıllık sürenin uzatılması için yazılı izin şartından AİHS'in 8. maddesine istinaden vazgeçilebileceği sonucuna varmıştır. Böylece İngiliz mahkemesi, AİHS'in özel hayatın ve aile hayatının korunmasına ilişkin 8. maddesini Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu hükümlerinden üstün tutmuştur.

III. Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Mahkeme Kararları

A. Ticari Nitelik Taşıyan Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi Uyarınca Kaliforniya'da Düzenlenen Doğum Belgesine İstinaden Çocuğun Genetik Baba Adına Nüfusa İşlenebileceğine İlişkin Belçika Temyiz Mahkemesi'nin 6 Eylül 2010 Tarihli Kararı

Taşıyıcı anneliğin yasak olduğu bazı devletler sınıraşan taşıyıcı anneliğin özendirilmemesi için, yabancı ülkelerde taşıyıcı anne tarafından dünyaya getirilen çocuğa pasaport vermemekte ve böylece ülkeye girişine engel olmaktadır⁴⁵. Ayrıca bazı devletler, yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesini tanımamakta ve bu belgeye istinaden çocuğu nüfusa tescil etmemektedir. Ancak aşağıda incelenecek olan Belçika Temyiz Mahkemesi kararında olduğu üzere bazı devletlerin mahkemeleri taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğa ilişkin yabancı ülke makamlarınca düzenlenen doğum belgelerini, çocuğun yüksek yararı ilkesi uyarınca tanımaktadır. Ancak yabancı ülkelere düzenlenen doğum belgelerinin tanınması bazen birtakım ek şartlara bağlı olarak gerçekleştirilmektedir.

⁴⁵ ENGEL, s. 206.

1. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Para Karşılığında Yapılması Sebebiyle Kaliforniya’da Düzenlenen Doğum Belgesinin Nüfusa İşlenmeyeceğine İlişkin Belçika İlk Derece Mahkemesi Kararı

Belçika Mahkemesi, yabancı ülkede düzenlenen taşıyıcı annenin çocuğuna ilişkin doğum belgesinin taşıyıcı anneliğin para karşılığında yapılması sebebiyle, Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesi ve AİHS’in 3. maddesi uyarınca Belçika’da sonuç doğurmayacağına karar vermiştir. Karar, milletlerarası nitelikli taşıyıcı anneliğe (international surrogate motherhood) ilişkindir⁴⁶.

Karara konu olan olayda, iki erkek Belçika’da evlenmiştir. Kaliforniya’da yaşayan bir kadınla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmışlardır. Erkeklerden birinden alınan sperm kadının rahmine enjekte edilmiştir. Kaliforniyalı kadın 2008 yılında ikizleri doğurmuştur. Belçika vatandaşı erkeklerden biri ikizlerin biyolojik babasıdır. Kaliforniya hukuku uyarınca doğum kâğıdında evli iki erkek çocuğun babası olarak yazılmıştır. Eşler, ikizlerle birlikte Belçika’ya döndüğünde, Belçikalı yetkililer doğum belgesine istinaden herhangi bir işlem yapmamış ve bu belgeyle eşler arasında çocuk ebeveyn ilişkisi kurulmasını reddetmişlerdir. Eşler Huy mahkemesinde dava açmışlardır. Belçika mahkemesi, talebi reddetmiştir. Belçika mahkemesi, *Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu*’nun 22. maddesini uygulayarak kişisel statüye ilişkin yabancı işlemlerin Belçika’da tanınması için Belçika hukukunun aradığı şartlara sahip olması gerektiğini; somut olayda ise kanuna karşı hile (*fraus legis*) yapılması sebebiyle Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 27. maddesinde düzenlenen kamu düzeni nedeniyle doğum belgesinin Belçika’da sonuç doğurmayacağını ifade etmiştir. Eşler, Belçika hukukunda aynı cinsten eşlerin evlat edinebileceğini; dolayısıyla doğum belgesinin Belçika hukuk düzeninin temel prensipleriyle çatışmadığını öne sürmüşlerdir. Belçika Mahkemesi, eşlerin iddiasını kabul etmemiş; tek başına doğum belgesinin değil davanın arka planının da incelenmesi gerektiğini; eşlerin taşıyıcı annelik sözleşmesi yaptığını; taşıyıcı annelik sözleşmesinin Belçika hukukuna aykırı olduğunu; ancak bu aykırılığın yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesinin geçersizliği sonucunu doğurup doğurmayacağını belirsiz olduğunu; bu belirsizliğin Belçika’nın da taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesi ve AİHS hükümlerine göre giderilebileceğini; Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesi uyarınca

⁴⁶ Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy by Patrick Wautelet on November 2, 2010: <http://conflictoflaws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/> (9.7.2016).

her çocuğun anne ve babasının kim olduğunu bilme ve bunlar tarafından yetiştirilme hakkına sahip olduğunu; taşıyıcı anneye para verilmesi ve işlemin ticari boyut taşımamasının AIHS'in 3. maddesi uyarınca insan onuru ile bağdaşmadığını; taşıyıcı anneliği kabul eden devletlerde bile, bu işin ücret karşılığında yapılmaması şartının öngörüldüğünü belirterek Kaliforniya'da düzenlenen doğum belgesine sonuç tanınmanın Belçika hukukunun temel prensiplerine ve kamu düzenine aykırı olduğu neticesine varmıştır⁴⁷.

2. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi Para Karşılığında Yapılsa Bile Kaliforniya'da Düzenlenen Doğum Belgesine İstinaden Çocuğun Genetik Baba Adına Nüfusa İşlenebileceğine İlişkin Belçika Temyiz Mahkemesi'nin 6 Eylül 2010 Tarihli Kararı

Belçika Temyiz Mahkemesi, Huy mahkemesi kararını bozmuştur. Belçika Temyiz Mahkemesi, Belçika hukukuna göre, iki erkeğin evlenebileceğini; fakat bunların ancak evlat edinme yoluyla çocuk sahibi olabileceklerini; somut olayda, evli iki erkeğin durumlarının birbirinden farklı olduğunu; erkeklerden birinin biyolojik baba olduğunu; zaten biyolojik baba ile çocuk arasında ilişki kurulabileceğini belirterek çocuğun biyolojik babası olan erkek ile taşıyıcı anne arasındaki ilişkiyi evlilik dışı ilişki olarak vasıflandırmıştır. Belçika Temyiz Mahkemesi, Belçika hukukuna göre evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun baba tarafından tanınacağı; dolayısıyla biyolojik baba olan eşin taşıyıcı anneden doğan çocuğu tanıyabileceği; ikizlerle biyolojik babaları arasında ebeveyn ilişkisinin kurulmasının engellenmesinin çocuğun yüksek yararına aykırı olduğu ve Kaliforniya'da düzenlenen doğum belgesi ile biyolojik baba adına çocukların nüfusa tescil edilebileceği sonucuna varmıştır. Buna karşın biyolojik baba olmayan diğer eş ile çocuk arasında ebeveyn ilişkisi kurulmasının tek yolunun evlat edinme olduğunu ifade etmiştir⁴⁸. Kararı yorumlayan Wautelet, Belçika Temyiz Mahkemesi kararının bu davaya ilişkin son söz olmadığını; biyolojik ebeveyn olmayan erkeğin, büyük bir ihtimalle, çocuğu evlat edinmek için işlem başlatmış olacağını ifade etmiştir⁴⁹.

⁴⁷ Court of Appeal of Liège, 1st Chamber, ruling of 6 September 2010, docket No 2010/RQ/20.

⁴⁸ Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy by Patrick Wautelet on November 2, 2010: <http://conflictoflaws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/> (9.7.2016).

⁴⁹ Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy by Patrick Wautelet on November 2, 2010: <http://conflictoflaws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/> (9.7.2016).

B. Avrupa Birliği Adalet Divanının Taşiyıcı Annenin Doğum İzninden Yararlanamayacağına İlişkin 18 Mart 2014 Tarihli Kararı

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 18 Mart 2014 tarihli kararında, taşıyıcı annelik yoluyla anne olan kadının, 19 Ekim 1992 tarihli ve 92/85/EEC sayılı Yönerge uyarınca annelik izninden yararlanamayacağına karar vermiştir⁵⁰. Newcastle İş Mahkemesi (Employment Tribunal, Newcastle), Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşmanın 267. maddesi uyarınca ön sorun yoluyla ABAD'a başvurarak 92/85/EEC sayılı hamile veya yeni doğum yapmış ya da emzikli işçilerin iş güvenliği ve sağlığının düzeltilmesi için alınacak önlemlere ilişkin Yönerge'nin⁵¹ 1(1), 2(c), 8(1) ve 11(2)(b) maddelerinin; meslek ve işlerde kadın ve erkek işçilere eşit olanaklar sağlanmasına ilişkin 2006/54/EC sayılı Yönerge'nin⁵² 2(1)(a)(b)(c) maddesi ile 14. maddesinin taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan kadına uygulanıp uygulanmayacağı hakkında ABAD'dan yorum kararı vermesini istemiştir.

Karara konu olan olayda, Bayan D. taşıyıcı annelik sözleşmesi yoluyla çocuk sahibi (intended mother/a commissioning mother) olmuştur. Bayan D., taşıyıcı annenin çocuğu doğurmasından sonra ücretli izinli sayılması talebinin reddedilmesi sebebiyle işvereni S.T. ve Ulusal Sağlık Hizmetleri Kurumu'na (National Health Service Foundation Trust) karşı iş mahkemesinde dava açmıştır.

92/85/EEC sayılı Yönerge'nin 2. maddesine göre, "hamile işçi", ulusal mevzuat veya ulusal uygulama uyarınca işvereni hamile olduğu hakkında bilgilendiren hamile işçiyi ifade eder. Aynı maddeye göre, "yeni doğum yapmış işçi", yeni doğum yapan ve ulusal mevzuat veya ulusal uygulama uyarınca işvereni durumu hakkında bilgilendiren işçiyi; "emzikli işçi" (worker who is breastfeeding) ulusal mevzuat veya ulusal uygulamaya göre çocuğu emziren ve durumu hakkında işverene bilgi veren işçiyi ifade eder. Yönerge'nin 8. maddesinde, 2. maddede belirtilen işçilerin, doğum öncesi ve sonrası 14 haf-

⁵⁰ C. D. v. S. T., Case C-167/12 Judgment of the Court (Grand Chamber) 18 March 2014.

⁵¹ Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), OJ 28.11.1992 L 348, s. 1-7.

⁵² Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ 26.7.2006 L 204, s. 23-26.

talık zorunlu ve ücreti doğum izni hakkı olduğu; 10. maddesinde, bu durumda bulunan işçilerin işten çıkarılamayacağı ifade edilmiştir. 2006/54/EC sayılı Yönerge'nin kadın ve erkek işçiye eşit olanaklar sağlanacağı belirtilmiştir.

ABAD kararında İngiliz hukukunu da değerlendirmiştir. İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu'nun 54. maddesine göre, çocuk için iki kişinin başvuruda bulunduğu hallerde, mahkeme, (1) çocuk, embriyo, sperm veya yumurta veya suni dölleme (artificial insemination) yoluyla taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmiş, taşıyıcı anne çocuğu doğurmuşsa; (2) başvuranlardan en az birinin üreme hücreleri embriyonun oluşturulmasında kullanılmışsa; (3) başvuranların karı koca olması veya benzeri bir ilişki içinde bulunması gibi gerekli diğer şartlar yerine getirilmişse, başvuranların çocuğun ebeveyni olduğuna karar verebilir. 1996 İş Kanunu'nun 47C maddesinde kadının, hamilelik, doğum, loğusalık, ücretli veya ücretsiz doğum izni sebebiyle herhangi bir haktan yoksun bırakılamayacağı ifade edilmiştir. 1999 Doğum ve Ebeveyn İzni vs İlişkin Tüzükler, doğum iznini düzenlemiş ve bu süreç içinde işçinin işten çıkarılmasını yasaklamıştır. 2010 Eşitlik Kanunu'nda, cinsiyet, hamilelik ve doğum izni sebebiyle kadına karşı ayrımcılık yapılması öngörülmüştür. Bayan D, 7 Temmuz 2001 tarihinden itibaren işveren S.T. tarafından istihdam edilmektedir. Bayan D. çocuk sahibi olmak için taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmıştır. Sözleşme, İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu'na uygun şekilde yapılmıştır. Sperm, Bayan D.'nin partneri tarafından verilmiştir. Fakat yumurta Bayan D.'ye ait değildir. Bayan D., evlat edinme esasına göre ücretli izin istemiş, ancak işveren S.T., evlat edinme prosedürüne uygun olarak gerçekleşen bir evlatlık durumu olmadığından ücretli izin talebini reddetmiştir. D., 2010 Eşitlik Kanunu'na istinaden cinsiyet, hamilelik ve doğum sebebiyle ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla Newcastle İş Mahkemesi'nde dava açmıştır. Bayan D., aynı zamanda 1999 Doğum ve Ebeveyn İzni vs İlişkin Tüzükleri'nin ve İş Kanunu'nun da ihlal edildiğini öne sürmüştür. Bayan D., AİHS'in 8 ve 14. maddelerinin de ihlal edildiğini öne sürmüştür. İşveren S.T., loğusalık izninin çocuğu doğuran kadına ait olduğunu ve bu nedenle Bayan D.'nin doğum izni alamayacağını öne sürmüştür. Bayan D. ve partneri, İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu'na istinaden mahkemeye başvurmuş; mahkeme, daimi ve tam ebeveyn olduklarına karar vermiştir. Dolayısıyla, Bayan D. ve partneri, yasal olarak çocuğun ebeveyni olmuşlardır. Newcastle İş Mahkemesi, davayı bekletici mesele yaparak ABAD'a başvurmuş ve 92/85/EEC sayılı Yönerge ile 92/85/EEC sayılı Yönerge'nin taşıyıcı anne yoluyla çocuk sahibi olan işçiye

uygulanıp uygulanmayacağı konusunda yorum talep etmiştir. ABAD, doğum izninin, kadının, öncelikle doğum sonrası biyolojik durumunun korunması ve çocuk ile anne arasındaki ilişkinin iş yükü vb. gibi muhtelif sebeplerle aksamaması için öngörüldüğünü; doğum izninin, çocuk ve annenin hassas döneminde sağlıklarının korunması amacına hizmet ettiğini; doğum izninin, hamilelik ve doğum sonrasını kapsadığını; Bayan D.'nin hamile ve doğum yapan işçi kadın statüsünde olmadığını; taşıyıcı annelik sözleşmesiyle anne olan kadının 92/85/EEC sayılı Yönerge'nin 8. maddesinin kapsamına girmediğini; hatta söz konusu kadının çocuğu emzirse bile üye devletlerin söz konusu kadın işçiye doğum izni verme yükümlülüğünün bulunmadığını; ancak üye devletlerin, mevzuatlarında, taşıyıcı anneye yönelik olarak Yönerge hükümlerinden daha lehe hükümleri koymalarını engelleyen bir durumun olmadığını belirtmiştir. ABAD'a göre, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan baba da 92/85/EEC sayılı Yönerge'den yararlanamayacaktır. Dolayısıyla Bayan D.'nin doğrudan veya dolaylı cinsiyet ayrımı iddiasının yerinde olmadığına karar vermiştir. ABAD'a göre, taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olmak 2006/54/EC sayılı Yönerge'nin kapsamına giren bir husus değildir.

ABAD'a göre, üye devletlerin, hamile veya yeni doğum yapmış ya da emzikli işçilerin iş güvenliği ve sağlığının düzeltilmesi için alınacak önlemlere ilişkin 92/85/EEC sayılı ve 19 Ekim 1992 tarihli Konsey Yönergesi'ni, çocuğu emzirmiş olsa bile, taşıyıcı annelik sözleşmesi yoluyla çocuk sahibi olmuş işçiler hakkında uygulama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Meslek ve işlerde kadın ve erkeklere eşit olanaklar ve eşit muameleye ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC sayılı ve 5 Temmuz 20016 tarihli Yönergesi'nin 14. maddesi, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan kadına işvereni tarafından doğum izni verilmemesi halinde cinsiyete dayalı ayırım yapıldığı anlamına gelmeyeceği şeklinde yorumlanmalıdır.

C. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Taşıyıcı Annelik Yoluyla Çocuk Sahibi Olan Kadının Ücretli İzinden Yararlanamayacağına İlişkin 18 Mart 2014 Tarihli Kararı

ABAD, genetik anne olmasına rağmen taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan kadının, ücretli izinden yararlandırılmamasını, eşitlik esasına aykırı bulmamıştır⁵³.

⁵³ Case C-363/12: Judgment of the Court (Grand Chamber) of 18 March 2014 Z. v. A

Ön sorun yoluyla ABAD'a başvuruyu, İrlanda Eşitlik Mahkemesi (Equality Tribunal Ireland) yapmıştır. Z., taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmuştur. Ücretli izin talebi, çalıştığı okul yönetimi tarafından reddedilince okul yönetimine ve İrlanda Hükümeti'nin ilgili birimine karşı Eşitlik Mahkemesi'nde dava açmıştır. Bayan Z., devlete ait olan bir okulda çalışmaktadır ve sağlıklı yumurtaları ve üremesi olduğu halde uterusu olmadığından hamile kalamamaktadır. Bayan Z. ve kocası, Kaliforniya'daki bir kadınla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmıştır. Z., uterusu olmaması sebebiyle engelli olduğunu belirtmiştir.

ABAD, Avrupa Topluluğu adına Konsey'in 2010/48/EC sayılı 26 Kasım 2009 tarihli kararı ile onaylanan⁵⁴ Birleşmiş Milletler Engeli Kişilerin Hakları Konvansiyonu hükümlerini değerlendirmiştir. ABAD, ayrıca, 92/85/EEC sayılı Yönerge ile 2006/54/EC sayılı Yönerge hükümlerini; 1994 Anneliği Koruma Kanunu (Maternity Protection Act) hükümlerini incelemiştir. In vitro Fertilizasyon işlemi, İrlanda'da; taşıyıcı anneye yumurta nakli Kaliforniya'da yapılmıştır. Z., 7 Nisan 2010 tarihinde doğumda hazır bulunmak için Kaliforniya'ya gitmiş; 28 Nisan 2010 tarihinde çocuk doğmuştur. Çocuk genetik olarak Bayan Z. ve kocasının çocuğudur. Kaliforniya hukukuna göre Bayan Z. ve kocası çocuğun ebeveynleridir. Bu nedenle doğum belgesinde taşıyıcı annenin adı yazılmamaktadır. Z. ve kocası, çocuğun doğumundan itibaren ona bakmaktadırlar. 18 Mayıs 2010 tarihinde Bayan Z. ve kocası, çocuk ile birlikte İrlanda'ya dönmüşlerdir. İrlanda hukukunda taşıyıcı annelik düzenlenmemiştir. Bayan Z., hamile kalmadığı ve çocuğu doğurmadığı için 1995 Anneliği Koruma Kanunu uyarınca ücretli doğum izninden yararlandırılmamış; Hükümetin ilgili birimi kendisine ücretsiz izin verilebileceğini bildirmiştir. Hükümetin ilgili birimine ve okul yönetimine karşı dava açarak, engelli olduğundan çocuk doğurmadığını; ancak in vitro fertilizasyon yöntemi kullanılarak taşıyıcı annelik yoluyla çocuk

Government Department and the Board of Management of a Community School (Request for a preliminary ruling from the Equality Tribunal Ireland: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=149388&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=392892> (28.8.2015); Case C-363/12: Reference for a preliminary ruling from The Equality Tribunal (Ireland) made on 30 July 2012–Z v A Government Department and the Board of Management of a Community School, OJ 13.10.2012 C311 s. 5-6.

⁵⁴ Council Decision of 26 November 2009 concerning the conclusion, by the European Community, of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, OJ 27.1.2010 L23, s. 35-61.

sahibi olduğunu; kendisine ücretli doğum izni verilmediğini; bu nedenle ayrımcılık yapıldığını öne sürmüştür.

İrlanda Eşitlik Mahkemesi, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 3, 8 ve 157. maddeleri ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21, 23, 33 ve 34. maddeleri dikkate alınarak genetik olarak anne olan ancak çocuğa taşıyıcı anne vasıtasıyla sahip olan kadına ücretli izin verilmemesi sebebiyle 2006/54/EC sayılı Yönerge'nin 4 ve 14. maddeleri uyarınca cinsiyet ayırımına uğrayıp uğramadığı konusunda ABAD'dan ön sorun yoluyla görüş talep etmiştir. İrlanda Eşitlik Mahkemesi, bu soruya olumsuz yanıt verilmesi halinde, 2006/54/EC sayılı Yönerge'nin Avrupa Birliği'nin temel anlaşmalarıyla uyumlu olup olmadığı konusunda yorum kararı talep etmiştir. İrlanda Eşitlik Mahkemesi, ayrıca, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın 10. maddesi ile Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 21, 26 ve 34. maddeleri dikkate alındığında, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan ve kendisinin uterusu olmadığından doğal yolla çocuk edinemediğinden engelli olan kadının 2000/78 sayılı Yönerge kapsamında ayrımcılığa maruz kalıp kalmadığının da yorumlamasını istemiştir. İrlanda Eşitlik Mahkemesi, 2000/78 sayılı Yönerge'nin, Avrupa Birliği'nin temel anlaşmalarıyla uyumlu olup olmadığının yanı sıra Birleşmiş Milletler Engeli Kişilerin Hakları Konvansiyonu hükümleri karşısında 2000/78 sayılı Yönerge hükümlerinin geçerliliğinin değerlendirilmesini de talep etmiştir.

ABAD, iş ve mesleklerde kadına ve erkeğe eşit olanaklar ve eşit muamele yapılması prensibine ilişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 2006/54/EC sayılı ve 5 Temmuz 2006 tarihli Yönergesi'nin özellikle 4 ve 14. maddelerinin, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan kadına ücretli doğum izninin verilmemesi halinde söz konusu kadına karşı cinsiyet ayrımı yapıldığı anlamına gelmeyeceği şeklinde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir. ABAD, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmanın, Yönerge'nin kapsamına girmediğini belirtmiştir. ABAD, meslek ve işlerde eşit muamelenin genel çerçevesine ilişkin 2000/78/EC sayılı ve 27 Kasım 2000 tarihli Konsey Yönergesi hükümlerinin, engelli olması sebebiyle kendisi çocuk sahibi olmadığından taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan kadına ücretli doğum izninin verilmemesinin, engelli olduğundan ayrıma maruz kalma şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmiştir. ABAD, ayrıca, Yönerge'nin Birleşmiş Milletler Engeli Kişilerin Hakları Konvansiyonu karşısında geçerliliğinin değerlendirilemeyeceği; ancak Yönerge'nin Konvansiyon hükümleriyle uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiği sonucuna varmıştır.

**D. Kaliforniya Eyalet Mahkemesinin Çocuğun Ebeveyninin
Taşıyıcı Anne Değil Genetik Annenin Olduğuna İlişkin
20 Mayıs 1993 Tarihli Kararı**

Mark ve Crispina Calvert evlidirler ve bir çocuk sahibi olmak istemektedirler. Crispina, 1984 yılında histerokomi (hysterectomy) yaptırmak yani fetüsünü aldırarak zorunda kalmıştır, ancak yumurtalıkları, yumurta üretebilmektedir. Eşler, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmaya karar vermiştir. 1989 yılında Anna Johnson, taşıyıcı anne olmayı kabul etmiştir. 15 Ocak 1990 tarihinde Mark, Crispina ve Anna taşıyıcı annelik sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşme uyarınca Mark ve Crispina'nın sperm ve yumurtası, Anna'ya enjekte edilecektir. Çocuk doğduktan sonra Mark ve Crispina'ya verilecektir. Anna, çocuk üzerindeki bütün haklarından Mark ve Crispina lehine feragat etmiştir. Mark ve Crispina, Anna'ya tasitle 10.000 Dolar ödeyecektir. Son taksit çocuk doğduktan altı hafta sonra ödenecektir. Mark ve Crispina, ayrıca, Anna'yı 200.000 Dolar hayat sigortası yaptırmışlardır. Sözleşme yapıldığı sırada Anna'nın, Enrica adında bir kızı vardı. Zigot (zygote) 19 Ocak 1990 tarihinde Anna'ya enjekte edilmiştir. Bir ay sonra yapılan ultrason testinde Anna'nın hamile olduğu tespit edilmiştir. Ancak Mark ve Crispina, Anna'nın düşük ve ölü doğum yaptığını öğrenmişlerdir. Anna'nın, taşıyıcı anneliğin mali boyutuna ilişkin talebinin yerine getirilmemesi halinde hamileliği sonlandıracağını bildiren bir mektup göndermesi üzerine Mark ve Crispina mahkemeye başvurarak henüz doğmamış olan çocuğun ebeveyninin kendileri olduğunun tespitini talep etmişlerdir. 19 Eylül 1990 tarihinde çocuk doğmuştur. Anna ve çocuktan kan alınarak teste gönderilmiştir. Kan testi, Anna'nın genetik anne olmadığını göstermiştir. Taraflar geçici olarak çocuğun, Mark ve Crispina'da kalması ve Anna'nın çocuğu ziyaret etmesi hususunda anlaşmışlardır. Mahkeme, Mark ve Crispina'nın çocuğun genetik, biyolojik ve doğal ebeveyni olduğuna; Anna'nın ebeveyn hakkına sahip olmadığına; taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerli ve icra edilebilir olduğuna karar vermiş; Anna'nın ziyaret hakkını sona erdirmiştir. Bu karara karşı Anna, temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi, kararı onamıştır. Temyiz Mahkemesi kararına karşı, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, hem Crispina'nın hem de Anna'nın çocuğun doğal anneleri (natural mothers) olduğuna; Crispina'nın çocuğun genetik annesi (genetic mother), Anna'nın da gebelik annesi (gestational mother) olduğuna; her iki kadının da çocuk üzerinde ebeveyn hakkı bulunduğuna; ancak her iki kadının karşılıklı iddi-

alarından hangisinin tercih edileceğine, dölleme anında tarafların iradeleri dikkate alınarak karar verilmesi gerektiğine; Crispina'nın dölleme anında çocuğun annesi olmayı istememesine karşın Anna'nın çocuğun annesi olmak istememesini göz önünde bulundurarak çocuğun yasal annesinin Crispina olduğuna karar vermiştir⁵⁵.

Kaliforniya Yüksek Mahkemesi bu kararı verirken, Kaliforniya hukukunda taşıyıcı annelik düzenlenmemiştir. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, kararını verirken Yeknesak Ebeveyn Kanunu'nu (Uniform Parentage Act) dikkate almıştır.

Kaliforniya Taşıyıcı Annelik Kanunu (California Surrogacy Law Assembly Bill No. 1217), 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile, Aile Kanunu'nun 7960. maddesi değiştirilmiş ve 7962. madde Aile Kanunu'na eklenmiştir. Aile Kanunu'nun 7. Bölümünün 12. Kısımının başlığı "Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Aracılar ve Yardımlı Üreme Sözleşmeleri" (Surrogacy Facilitators and Assisted Reproduction Agreements for Gestational Carriers) olarak değiştirilmiştir. Taşıyıcı anneliğe ilişkin hükümler 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen Kaliforniya taşıyıcı anneliği kabul eden ve adete taşıyıcı annelik konusunda Kaliforniya'yı cennet haline getiren bir içtihada sahiptir. Kaliforniya Aile Kanunu'nun 7960. maddesi, taşıyıcı annelik müessesine ilişkin tanımlara ayrılmıştır. Kaliforniya Aile Kanunu'nun 7962. maddesine göre, taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapıldığı tarih; isim belirtilmeksizin yapılan bağışlar hariç yumurta ve spermelerin ait olduğu kişiler; taşıyıcı annelik sonucunda anne ve baba olacak şahısların kimliği belirtilmelidir. Ancak bu hususlar tahdidi değildir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinde diğer hususlara da yer verilebilir. Kaliforniya Aile Kanunu'nun 7962. maddesi uyarınca taşıyıcı annelik sözleşmesinin taraflarından her birinin kendileri tarafından seçilen birer avukatı olmalıdır. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin noterde onaylanması veya şahit huzurunda yapılması veya sözleşmenin yapıldığı yerin hukukunun öngördüğü diğer onay yöntemlerine uygun olarak yapılması gerekir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları, taşıyıcı anneliğe ilişkin sözleşmeyi nihai olarak yapıncaya kadar embriyo transferi veya embriyo transferine ilişkin başka yöntemler hususunda anlaşma yapamazlar. Kaliforniya Aile Kanunu'nun 7962. maddesi uyarınca taşıyıcı annelik yoluyla çocuk doğma-

⁵⁵ Supreme Court of California, Anna Johnson, Plaintiff and Appellant, v. Mark Calvert et al., Defendants and Respondents, No. S023721, May 20, 1993.

dan önce taraflar ebeveynlerin tespiti için dava açabilirler. Taşıyıcı anneliğe ilişkin sözleşmenin bir sureti mahkemeye ibraz edilecektir.

IV. Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Yabancı Mahkeme İlamlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Kararlar

A. Fransız Temyiz Mahkemesinin Taşıyıcı Annelik Yoluyla Doğan Çocuğun Ebeveynlerinin Fransız Karı Koca Olduğuna İlişkin Minnesota Mahkemesi Kararının Kamu Düzeni Sebebiyle Fransa’da Tanınmayacağına Dair 26 Şubat 2009 Tarihli Kararı

Fransız eşler, Minnesota Eyaleti’nde yaşayan bir kadınla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmıştır. Ben adındaki çocuk doğduktan sonra, taraflar, Minnesota mahkemesinden 4 Haziran 2001 tarihinde iki karar almışlardır. Birincisine göre, taşıyıcı anne çocuğu terk etmiştir ve ikincisine göre, Fransız eşler çocuğu evlat edinmiştir. Fransız eşler çocukla beraber Fransa’ya geldikten sonra çocuğu nüfusa kaydettirmeye çalışmışlardır. Ancak savcı, nüfusa yapılan tescilin iptali için dava açmıştır. Fransız ilk derece mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi, çocuğun nüfusa tescil edilemeyeceğine karar vermiştir. Minnesota Eyalet mahkemesi kararının Fransa’da tanınıp tanınmayacağı incelenmiş; Amerika ile Fransa arasında tanıma tenfize ilişkin milletlerarası antlaşma bulunmadığından Minnesota Eyalet Mahkemesi kararının Fransa’da tanınması için Fransız mahkeme içtihatlarıyla oluşturulan şartların yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Fransız hukukunda taşıyıcı annelik yasaklandığından ve bu kural müdahaleci norm olduğundan kamu düzenine aykırı olması sebebiyle Minnesota Eyalet Mahkemesi kararının Fransa’da tanınmayacağı sonucuna varmıştır. Fransız Medeni Kanunu’nun 16-7. maddesinde⁵⁶ başkası için yeniden üreme ve taşıyıcı annelik yapma yasaklanmıştır. Bu hüküm Fransız Medeni Kanunu’na 1994 yılında eklenmiştir⁵⁷. Fransız Medeni Kanunu’nun 16-9. maddesinde, 16-7. maddenin

⁵⁶ Art. 16-7- All agreements relating to procreation or gestation on account of a third party are void: www.legifrance.gouv.fr/content/download/1950/.../version/3/.../Code_22.pdf (19.7.2016).

⁵⁷ Fransız hukukunda yerli taşıyıcı anneliğe ilişkin Fransız Yargıtay’ının ilk kararı 1991 yılında verilmiştir. Fransız Yargıtayı insan vücudunun ve medeni durumunun özel sözleşmemelere konu olamayacağını; taşıyıcı anneliğin kamu düzenine aykırı olduğu; taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılması sebebiyle genetik anne olmasının kamu düzenine aykırılığı ortadan kaldırmayacağı sonucuna varmıştır (Lois PERREAU-SAUSSINE/Nicholas

yer aldığı bölüm hükümlerinin emredici olduğu ifade edilmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi, AİHS'in 8. maddesinin yanı sıra çocuğun yüksek yararı ilkesinden de farklı bir sonuca varılamayacağını belirtmiştir⁵⁸.

Fransız mahkemeleri, yabancı mahkemelerce verilen taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğun ebeveynlerinin taşıyıcı anneye sözleşme yapan kişiler olduğuna ilişkin kararları tanımamaktadırlar. Ancak Fransız mahkemelerinin verdiği bu kararlar, sadece yabancı mahkeme kararında anne baba olduğu varsayılan kişileri değil çocuğu da mağdur etmektedir. Çünkü çocuk nüfusa kaydedilemediğinden belirsiz bir durum içine sokulmaktadır. Taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn ve Fransız mahkeme kararlarından muzdarip olan Fransızlar, AİHM'e başvurmuşlardır.

B. Alman Federal Mahkemesinin Aynı Cinsten Kişilerin Taşıyıcı Anneden Edindikleri Çocuğun Ebeveynleri Olduğuna İlişkin Kaliforniya Mahkemesi Kararının Almanya'da Tanınmasına İlişkin 10 Aralık 2014 Tarihli Kararı

Federal Alman Mahkemesi (Bundesgerichtshof-BGH), 10 Aralık 2014 tarihli kararında⁵⁹ taşıyıcı annelik Alman hukukunda yasak olmasına rağmen taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğun, taşıyıcı annelik sözleşmesinin diğer tarafı olan anne babaya verilmesine ilişkin yabancı mahkeme kararının Almanya'da tanınıp tanınmayacağını değerlendirmiştir⁶⁰. Almanya Berlin'de yaşayan ve aynı cinsten olan tescil edilmiş eşler (registered partnership), Kaliforniya'daki bir kadınla 2010 yılında taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmıştır. Amerikan vatandaşı olan taşıyıcı annenin mutad meskeni Kaliforniya'dadır.

SAUVAGE, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Edited by Katarina Trimmings/Paul Beaumont, France, 2013, s. 120).

⁵⁸ Kararın özeti için bkz. French Court Denies Recognition to American Surrogacy Judgement by Gilles Cuniberti on June 30, 2009 [http://conflictoflaws.net/2009/french-court-denies-recognition-to-american-surrogacy-judgement/\(29.8.2015\)](http://conflictoflaws.net/2009/french-court-denies-recognition-to-american-surrogacy-judgement/(29.8.2015)).

⁵⁹ Bundesgerichtshof Beschluss XII ZB 463/13 vom 10 Dezember 2014: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&anz=193&pos=1&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> (25.8.2015).

⁶⁰ Kararın özeti ve yorumu için bkz. Jan von HEIN, *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015 By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany)*: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (16.7.2016).

niya'dadır ve taşıyıcı annelik sürecinde evli değildir. Sözleşme uyarınca çocuk, eşlerden birinden alınan sperm ile gerçekleştirilecek dölllenme suretiyle dünyaya gelecektir. Kaliforniyalı kadın yumurtasını vermeyecek; yumurta başka biri tarafından bağışlanacaktır. Çocuğun doğumundan önce sperm veren eş, San Francisco'daki Alman Konsolosluğu'na giderek taşıyıcı annenin iznini ve çocuğun ebeveynlerinin münhasıran eşler olduğuna ilişkin Kaliforniya Eyaleti Mahkemesi kararını ibraz etmiştir. Mayıs 2011'de, taşıyıcı anne Kaliforniya'da doğum yapmış; eşler çocukla beraber Berlin'e gelmiştir. Nüfus idaresi, tescil edilmiş birliktelikte, eşlerin, çocuğu kendi adlarına nüfusa tescil ettiremeyeceğine karar vermiş ve çocuğu eşler adına nüfusa kaydetmemiştir. Eşler, mahkemeye başvurarak, çocuğun kendi adlarına nüfusa tescil edilmesini talep etmişlerdir. Ancak bu talep mahkemece reddedilmiştir⁶¹.

BGH, Kaliforniya mahkemesi kararının tanınması için açılan davada Alman Aile Meseleleri Yargılama Usulü ve İhtilafsız İşlerde Yetki Kanunu'nun (German Act on the Procedure in Family Matters and Matters of Non-contentious Jurisdiction-FamFG), 108 ve 109. maddelerini uygulamıştır. BGH, *révision au fond* yasağı sebebiyle Kaliforniya mahkemesi kararının esastan incelenemeyeceğini; FamFG uyarınca tanıma isteminin reddedilebilmesi için, yabancı mahkeme kararının Alman hukukunun esaslı prensiplerine yani kamu düzenine aykırı olması gerektiğini; topal hukuki ilişkilerin doğmasını engellemek ve uluslararası standartlara uygun davranmak için kamu düzeni kavramının dar yorumlanması gerektiğini; bu nedenle yasal düzenlemeler arasındaki farkın kamu düzenine aykırılık sonucu doğurmayacağını belirtmiştir. BGH, *Menesson v. France* ve *Labassee v. France* davalarında AİHM tarafından verilen kararların yanı sıra büyüklerin yaptığı davranışların faturasının çocuklara çıkarılmaması ve çocuğun yüksek yararını dikkate alarak ilk derece mahkemesi kararından farklı bir sonuca varmıştır⁶². BGH, taraflar arasındaki taşıyıcı annelik sözleşmesi uyarınca taşıyıcı annenin biyolojik anne olmamasını,

⁶¹ Jan von HEIN, *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015 By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany)*: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (16.7.2016).

⁶² Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. 13.

çocuğu kendi rızasıyla vermesini, eşlerden birinin biyolojik baba olmasını da dikkate almıştır. BGH, Kaliforniya mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması isteminin, kamu düzeni sebebiyle reddedilemeyeceğine karar vermiş ve nüfus idaresinin, çocuğu, eşler adına tescil etmesine karar vermiştir.

Alman hukukunda ticari nitelikli olsun veya olmasın taşıyıcı annelik Alman Embriyo Koruma Kanunu'nun §1(1) ve Evlat Edinme Kanunu §14(b) uyarınca yasaklanmış; Ceza Kanunu §7 uyarınca, taşıyıcı anne ve bu yolla çocuk sahibi olmak isteyenler hariç, taşıyıcı annelik faaliyetinde bulunanların, eylemleri suç sayılmış ve cezalandırılmıştır. Ayrıca Alman Medeni Kanunu §1591 uyarınca çocuğu doğuran kadın onun anasıdır ve bu hüküm çocuğun genetik annesi olsa bile onu doğurmayan kadının çocuğun annesi olmasını engellemektedir⁶³. Bu hükümlere istinaden BGH'nın 10 Aralık 2014 tarihli kararından önce Alman mahkemeleri taşıyıcı annenin dünyaya getirdiği çocuğun anne ve babasının taşıyıcı annelik sözleşmesinin diğer tarafı olduğuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını genellikle kamu düzenine istinaden reddediyorlardı. Bu açıdan BGH'nın 10 Aralık 2014 tarihli kararı bir dönün noktası oluşturmaktadır. Ancak BGH'in 10 Aralık 2014 tarihli kararından hareketle eşlerin herhangi birinin biyolojik baba olmaması ya da taşıyıcı annenin yumurtasının döllemesi sebebiyle biyolojik anne olması halinde de aynı sonuca varılıp varılamayacağını anlamak mümkün gözükmemektedir⁶⁴.

⁶³ Jan von HEIN, German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015 By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany): <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (16.7.2016).

⁶⁴ Jan von HEIN, German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015 By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany): <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (16.7.2016).

V. Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A. Eşler Evliyken Dondurulan Embriyonun Eşler Ayrıldıktan Sonra Birinin Talebiyle İmhasının Yaşama Hakkına ve Özel Hayatın Korunması Hakkına Aykırı Olmadığına İlişkin *Evans v. Birleşik Krallık* Davasında Verilen 1 Nisan 2007 Tarihli Karar

Evans v. Birleşik Krallık davasında verilen AİHM kararına⁶⁵ konu olan olayda, Bayan Evans 1971 yılında doğmuştur ve İngiltere Wiltshire’da yaşamaktadır. Partneri 1976 doğumlu J. ile birlikte çocuk sahibi olmak için Bath Assisted Conception Clinic’de tedaviye başlamışlardır. Bayan Evans önceki evliliği sırasında zaten aynı klinikte beş yıl süreyle tedavi görmüş; ancak evliliğinin sona ermesi sebebiyle tedaviyi bırakmıştır. Tedavi sırasında, Klinik, Bayan Evans’ın rahim kanseri olduğunu ve rahmin alınması gerektiğini belirtmiştir. Klinik ayrıca in vitro fertilization (IVF) yapımları için eşlere öneride bulunmuştur. İnsan Fertilizasyon ve Embriyo Kanunu uyarınca, dölllenmiş yumurtanın enjekte edilmesinden önce tarafların IVF için verdikleri rızayı geri alabilecekleri Klinik tarafından kendilerine bildirilmiştir. Evans, sadece kendi yumurtalarının alınması ve saklanması mümkün olup olmadığı hakkında bilgi almış; kliniğin bu işlemi yapmadığı ve sadece yumurta alınması halinde çocuk yapma ihtimalinin çok zayıf olduğu belirtilmiştir. J.’nin, Evans’ı ayrılmayacakları konusunda ikna etmesi üzerine Bayan Evans ve J., İnsan Fertilizasyon ve Embriyo Kanunu’nu uyarınca doldurulması gereken formları imzalamıştır. Formda, in vitro fertilizasyon yoluyla spermilerin kullanılmasına ilişkin kısım J. tarafından işaretlenmiştir. Ayrıca spermilerin 10 yıl süreyle saklanması; ölümü veya beyinsel ölümü halinde spermilerin saklanmaya devam edilmesine ilişkin olan kutucuğu da işaretlemiştir. Bayan Evans’dan alınan yumurta ve J.’den alınan spermelerle oluşan altı embriyo dondurulmuş ve saklanmıştır. Daha sonra Bayan Evans’ın yumurtalıkları (ovaries) ameliyatla alınmıştır. Bayan Evans’ın rahmine dölllenmiş yumurtaların enjekte edilmesi için en az iki yıl beklemesi gerekiyordu. Ancak eşler ayrılmış ve J. dölllenmiş yumurtaların imha edilmesi için Kliniğe başvurmuştur. Bayan Evans, mahkemeye başvurarak dölllenmiş yumurtaların

⁶⁵ European Court of Human Rights Grand Chamber Case of *Evans v. The United Kingdom* (Application no. 6339/05) Judgment Strasbourg 10 April 2007.

imha edilmesini engellemeye çalışmıştır. Bayan Evans, 1998 İngiliz İnsan Hakları Kanunu'nun yaşama hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ve ayrımcılık yasağına ilişkin AİHS'in 2, 8 ve 14. maddelerine dayanmıştır. Mahkeme, İnsan Fertilizasyon ve Embriyoloji Kanunu uyarınca eşlerin karşılıklı rızasını aradığından ve karşılıklı rıza olmadan saklama işlemi yapılamayacağından Evans'ın başvurusunu reddetmiştir. Evans, kararı temyiz etmiş ancak sonuç değişmemiştir.

Bayan Evans AİHM'e başvurarak, AİHS'in yaşama hakkına ilişkin 2; özel ve aile hayatına ilişkin 8. ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddelerinin ihlal edildiğini öne sürmüştür. AİHM, dava sonuçlanıncaya kadar embriyoların imha edilmemesi için gerekli tedbirleri alması için İngiliz Hükümeti'ne bildirimde bulunmuştur. AİHM, Bayan Evans'ın AİHS'in 8. maddesinden kaynaklanan özel ve aile hayatına saygı hakkının, J.'nin aile ve özel hayatına saygı hakkı ile çakıştığını; yaşamın ne zaman başlayacağına göre belirlenen bir kavran olduğunu; embriyonun yaşama hakkının olup olmadığına AİHS'e taraf devletlerin karar vereceğini belirterek embriyoların imha edilmesi halinde AİHS'in 2. maddesi ile güvence altına alınan yaşama hakkının ihlal edileceğine ilişkin iddiayı yerinde bulmamıştır. AİHM, oyçokluğuyla aldığı kararıyla AİHS'in 2, 8 ve 14. maddelerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bayan Evans, Büyük Daire'ye başvurarak kararı temyiz etmiştir. Büyük Daire, Daire kararını onamıştır.

B. Yumurta Naklini Yasaklayan Avusturya Kanunu'nun Aile Hayatının Korunmasına ve Evlilik Hakkına Aykırı Olmadığına İlişkin S.H. ve Diğerleri v. Avusturya Davasında Verilen 3 Kasım 2011 Tarihli Karar

AİHM kararına konu olan olayda, Avusturya vatandaşı olan iki çiftin birincisinin eşinde yumurtanın döllenmesi; ikincisinin ise kocasının sperm üretmesinde sorun vardı. Birinci çiftin kocası, ikinci çiftin karısına sperm; ikinci çiftin karısı ise birinci çiftin karısına yumurta vermek istemektedir. Ancak sperm ve yumurtaların verilmesine Suni Üreme Kanunu'nun (Artificial Procreation Act) 3(1) ve 3(2). madde hükümlerinin engeldir. İki çift, söz konusu maddelerin Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Suni Üreme Kanunu'nun 3(1) ve

3(2). madde hükümlerinin, AİHS'in, özel ve aile hayatına saygıya ilişkin 8. maddesi ile evlenme hakkına ilişkin 12. maddesine aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir. Avusturya Anayasa Mahkemesi, başvurunun, AİHS'in 8. maddesi kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Ancak Avusturya Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlerin, AİHS'in 8 ve 12. maddelerine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Çiftler, AİHS'in 8 ve 14. maddelerine istinaden AİHM'e başvurmuşlardır. Çiftler, Suni Üreme Kanunu'nun 3(1). maddesinde, üçüncü kişi donörden sperm alınmasına izin verilmesine rağmen üçüncü kişiden yumurta alınmasına izin verilmemesinin AİHS'in 14. maddesine aykırı olduğunu öne sürmüşlerdir.

AİHM, Suni Üreme Kanunu'nun 3(1). maddesinin evli çiftlerin veya evli olmamakla beraber evlilik birliği içinde yaşayanların sperm ve yumurtasının in vitro fertilizasyonuna izin verdiğini; erkeğin sperm üretememesi halinde donörden alınan sperm ile in vitro fertilizasyon yapılabileceğini; buna karşın Suni Üreme Kanunu'nun 3(3). maddesinin yumurtanın kimden alınmışsa sadece o kişide kullanılmasını öngördüğünü; 3(1) ve 3(2). madde hükümlerinin, biyolojik anne ve genetik annenin ortaya çıkmasını; aynı çocuğun biyolojik ve genetik anneler arasında kalmasını ve taşıyıcı annelik yoluyla kadının sömürülmesini önlemek amacıyla ihdas edildiğini; söz konusu hükümlerin sperm ve yumurta naklini tamamen yasaklamadığını belirterek AİHS'in 8. ve 14. maddelerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır⁶⁶. Ancak AİHM, bu davada vardığı sonucun, başvuru sırasında uygulanan tıbbi teknikler açısından geçerli olduğunu; teknolojiadaki gelişmeler dikkate alınarak benzer olaylarda varılacak sonuçların değişebileceğini; nitekim Avusturya'nın teknolojik gelişmeler doğrultusunda Suni Üreme Kanunu'nda değişiklik yapılması için çalışmalar başlattığını vurgulamıştır.

⁶⁶ Grand Chamber Case of S.H. and Others v. Austria (Application no. 57813/00) Judgment Strasbourg 3 November 2011.

C. Çocuğun Ebeveynlerinin Taşıyıcı Annelik Yoluyla Çocuk Sahibi Olan Eşler Olduğuna İlişkin Yabancı Mahkeme Kararının Tanınmamasının Ebeveynler Açısından Değil Çocuk Açısından Aile Hayatına Saygı Hakkının İhlali Sonucunu Doğurduğuna İlişkin *Menesson v. Fransa* ve *Labassee v. Fransa* Davalarında Verilen 26 Eylül 2014 Tarihli Kararlar

AİHM, 2014 yılında *Menesson v. France*⁶⁷ ve *Labassee v. France*⁶⁸ davalarında verdiği kararlarında, taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olmalarına rağmen yabancı mahkeme kararı tanınmadığından çocuğu nüfusa kendi adlarına tescil ettiremeyen Fransız vatandaşlarının AİHS'in 8. maddesiyle güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı haklarının ihlal edildiğine ilişkin iddiaları kabul edilebilir bulmamıştır. AİHM kararlarına konu olan olaylarda ebeveynler, çocuğun genetik anne ve babasıdır. Ancak AİHM, Fransız nüfus idaresinin çocuğu nüfusa tescil etmemesi neticesinde çocuğun özel ve aile hayatına saygı hakkının ve dolayısıyla AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir⁶⁹. Diğer bir ifadeyle, AİHM, her iki başvuruya ilişkin kararlarında, AİHS'in 8. maddesinin, ebeveynler açısından değil, çocuk açısından ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

D. Çocuğu Belçika'ya Getirecek Eşlerle Olan Bağlantısının Tespitinin ve Taşıyıcı Anneden Doğan Çocuğa Seyahat Belgesinin Düzenlenmesinin Uzun Sürmesi Sebebiyle Aile Hayatına Saygı ve Adil Yargılanma Hakkının İhlal Edilmediğine İlişkin Olarak *D. ve Diğerleri v. Belçika* Davasında Verilen 11 Eylül 2014 Tarihli Karar

AİHM, *D. ve Diğerleri v. Belçika*⁷⁰ davasına ilişkin kararında Belçika makamlarının, Ukrayna'da taşıyıcı anneden doğan A. isimli çocuğa, çocuğu

⁶⁷ Affaire Mennesson C. France (Requête No 65192/11) Arrêt Strasbourg 26 Juin 2014 Définitif 26.09.2014.

⁶⁸ Affaire Labassee c. France (Requête no 65941/11) Arrêt Strasbourg 26 Juin 2014 Définitif 26.09.2014.

⁶⁹ Her iki kararın yorumu ve AİHM'in diğer kararları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Paul BEAUMONT/Katarina TRIMMINGS, *Working Paper No 2015/2: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, s. 1-5: <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php> (31.6.2016).

⁷⁰ Karar, Fransızcadır. Kararın metni için bkz. Deuxième Section Décision Requête no 29176/13 D. et autres contre la Belgique: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420#>{« itemid »:[« 001-146420 »]}. Kararın özeti, AİHM'in İngilizce basın bülteni esas alınarak yapılmıştır. Press Release issued by the Registrar of the Court ECHR 252 (2014) 11.09.2014 (23.7.2016).

Belçika'ya götürecektir kişilerle bağlantısı tespit edilmeden seyahat belgesi vermemesini AİHS'in ihlali olarak görmemiştir. Karara konu olan olayda iki Belçika vatandaşı eşler Bay D. ve Bayan R., Ukrayna'ya giderek taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmışlardır. A., Ukrayna'da 26.2.2013 tarihinde taşıyıcı anneden doğmuştur. D. ve R. çocuğu Ukraynalı makamlara bildirerek doğum belgesi almışlardır. Doğum belgesinde, D., baba olarak ve R. ise anne olarak belirtilmiştir. Ancak doğum belgesinde taşıyıcı anneden söz edilmemiştir. D. ve R., Ukrayna'daki Belçika konsolosluğundan çocuk için Belçika pasaportu düzenlenmesini talep etmiştir. Ancak D. ve R.'nin çocukla olan ebeveyn ilişkisini ortaya koyan belgeleri ibraz edememeleri sebebiyle talepleri reddedilmiştir. D. ve R., 19.3.2013 tarihinde, acil durumlar mahkemesi sıfatıyla hareket eden, Belçika ilk derece mahkemesine başvurarak Belçikalı makamların çocuğun Belçika'ya getirilebilmesi için çocuğa seyahat belgesi düzenlemelerine karar verilmesini istemişlerdir. Ayrıca Belçika ilk derece mahkemesinde açtıkları diğer bir davada Ukraynalı makamlar tarafından verilen doğum belgesinin tanınmasını istemişlerdir. AİHM'de dava görülürken, doğum belgesinin tanınmasına ilişkin olarak Belçika mahkemesinde açılan dava derdesttir. Acil durumlar mahkemesi sıfatıyla davaya bakan Belçika ilk derece mahkemesi, dosyada özellikle taşıyıcı anneliğe ilişkin olarak cevaplandırılmayan sorular olduğu; D. ve R. ile çocuk arasında biyolojik bağlantının bulunduğu dair yeterli delil ibraz edilemediği gerekçesiyle çocuğa seyahat belgesi düzenlenmesine ilişkin talebi reddetmiştir. Karara karşı, D. ve R. temyiz yoluna başvurmuştur.

Ukrayna'daki ikamet izinleri süresinin sona ermesi sebebiyle D. ve R. Belçika'ya geri dönmek zorunda kalmışlardır. Çocuğa bir dadı bulmuşlardır ve mümkün olduğunca sık Ukrayna'ya giderek çocuğu ziyaret etmişlerdir. Belçika Temyiz Mahkemesi, D. ve R.'nin çocukla olan biyolojik bağlantılarına özellikle D.'nin baba olduğuna ilişkin yeterli delil ibraz edildiği sonucuna vararak çocuğa laissez-passer ya da Belçika'ya giriş yapması için yeterli olacak başka bir belgenin düzenlenmesine karar vermiştir. Eşler Ukrayna'ya giderek çocuğu Belçika'ya getirmişlerdir.

D. ve R., AİHS'in 3. maddesiyle güvence altına alınan insan onuruna saygı ve AİHS'in 8. maddesiyle güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hükümlerinin Belçikalı makamlar tarafından ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'de dava açmışlardır. Seyahat belgesinin düzenlenmemesi sebebiyle çocuktan ayrı kalmaları sebebiyle çocuğun yüksek yararının yanı sıra aile

hayatına saygı kuralının ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. Ayrıca iç hukuk yollarının tüketilmesinin zaman alması sebebiyle adil yargılanma ve etkin başvuru haklarına ilişkin AİHS'in 6. ve 13. maddelerinin de ihlal edildiğini öne sürmüşlerdir. AİHM, çocuk ile D. ve R.'nin belirli bir süre ayrı kalması sebebiyle 8. maddenin uygulanabileceğini, ancak Belçika makamlarının suçların özellikle insan ticareti önlenmesi, çocukla ilgili olan diğer şahısların ve bu bağlamda taşıyıcı annenin haklarının ve çocuğun korunması amacıyla hareket ettiklerini; Belçika makamlarının, çocukla olan bağlantılarını ispatlamak için bazı belgeler talep ettiklerini, bu nedenle dört ay oniki gün süren yargılamanın uzun olmadığını belirtmiştir. Çocuk ile ayrı kalmaları sebebiyle AİHS'in 3. maddesi anlamında kötü muamele teşkil eden bir durumun olmadığı sonucuna varmıştır.

E. Rusya'da Düzenlenen Doğum Belgesinde Çocuğun Taşıyıcı Anneden Doğduğunun Belirtilmemesi Sebebiyle İtalya'da Nüfusa Tescil Edilmemesinin Aile Hayatına Saygı Hakkına Aykırı Olduğu İddiasının İç Hukuk Yollarının Tüketilmemesi Sebebiyle Reddine İlişkin Olarak *Paradiso Et Campanelli v. İtalya* Davasında Verilen 1 Haziran 2015 Tarihli Karar

Taşıyıcı anneliğe ilişkin diğer bir AİHM kararı 2015 yılında *Paradiso Et Campanelli v. İtalya* davasında verilmiştir⁷¹. AİHM'e yapılan başvuruya konu olan olayda, İtalyan vatandaşı Donatina Paradiso ve Giovanni Campanelli adlı karı kocanın, 50,000 Euro karşılığında Rus vatandaşı ile taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmışlardır. Rusya'da bulunan İtalyan konsolosluğu çocuğun İtalyan eşlerle seyahat etmesini teminen seyahat belgesi düzenlemiştir. Rusya mahkemesi, İtalyan eşlerin çocuğun ebeveyni olduğuna karar vermiştir. İtalyan eşler, genetik olarak çocuğun anne ve babası değildir. Donatina Paradiso ve Giovanni Campanelli, Rus vatandaşı taşıyıcı anneden olan çocuklarını İtalya'da nüfusa tescil ettirmek istemiştir. Ancak Rusya'da düzenlenen doğum belgesinde çocuğun taşıyıcı anneden doğduğunun belirtilmemiş olması sebebiyle yanılıcı beyanda buldukları gerekçesiyle bu istemleri reddedilmiştir. Daha sonra çocuğun İtalyan vatandaşlarından alınmasına karar verilmiş ve çocuk esirgeme kurumuna yerleştirilmiştir. İtalyan makamları, meseleyi, taşıyıcı annelik olarak değil evlat edinme kapsamında

⁷¹ Affaire Paradiso Et Campanelli c. Italie (Requête No 25358/12) Arrêt Strasbourg 27 Janvier 2015 Renvoi Devant La Grande Chambre 01.06.2015.

değerlendirmiştir. Çoğun eşlerden alınmasının gerekçesi, resmi makamları yanılmak istemeleri sebebiyle eşlerin çocuk yetiştirmelerinin uygun olmasıydı. İtalyan vatandaşları, Rus mahkemesi kararının İtalya’da tanınması için dava açmamış ve iç hukuk yollarını tüketmemişlerdir. İtalyan eşler, AİHS’in 8. maddesinin ihlal edildiği gerekçesiyle, AİHM’e başvurmuşlardır. AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmemesi ve evlatlığa ilişkin ilk derece mahkemesi kararına karşı temyiz yoluna başvurulması sebebiyle başvuruyu reddetmiştir. Bununla beraber AİHM, iç hukuktaki evlat edinme hükümlerine uygun olmadığından İtalyan eşlerin çocuğu evlat edinemeyeceği gerekçesiyle çoğun İtalyan eşlerden alınmasını ve daha sonra iki yıl süreyle nüfusa tescil edilmemesini Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. maddesine aykırı bulmuştur⁷².

VI. In vitro Fertilizasyon ve Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Değerlendirilmesi

Taşıyıcı annelik, milletlerarası özel hukuk alanında muhtelif sorunlar ortaya çıkarmaktadır. Vatandaşlık hukuku, yabancılar hukuku, kanunlar ihtilafı hukuku ve milletlerarası usul hukuku alanında taşıyıcı anneliğin ortaya çıkardığı hukuki sorunlara çözüm getiren bir milletlerarası antlaşma henüz yürürlükte değildir. O halde taşıyıcı anneliğe ilişkin sınıraşan hukuki sorunlar, devletlerin kendi milletlerarası özel hukuk mevzuatı çerçevesinde çözümlenecektir. Ancak Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından bu konuda çalışma başlatılmıştır.

Milletlerarası özel hukuk alanında taşıyıcı anneliğe ilişkin sorunlar esas olarak yedi başlık altında toplanabilir.

(1) Taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun vatandaşlığı, taşıyıcı anne mi yoksa taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olan kişiler esas alınarak belirlenecektir? Taşıyıcı anne ile taşıyıcı anneye sözleşme yapan kişilerin farklı ülkelerde bulunması, taşıyıcı annenin bulunduğu devletin vatandaşlık hukukunda toprak esasının, ülkesellik esasının kabul edilmesi halinde, çocuğun biyolojik ebeveynlerine bakılmaksızın taşıyıcı annenin vatandaşlığını kazanması mümkün olabilecektir. Eğer taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olanların vatandaşlık hukukunda da toprak esasını benimsenmişse o zaman çocuk bu ülkede doğmadığından sadece taşıyıcı annenin bulunduğu devletin

⁷² Kararın özeti ve yorumu için bkz. BEAUMONT/TRIMMINGS, s. 5-15.

vatandaşlığını alacaktır. Taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olanlar, çocuğu alıp kendi ülkelerine götürdüklerinde, bu defa çocuk “yabancı” statüsünde olacağından çocuk için ikamet izninin alınması gerekecektir. Milletlerarası taşıyıcı annelik meseleleri (international surrogacy arrangements–ISAs), Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından 2014 yılın çalışma konuları arasına dahil edilen bir konudur. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından 2015 yılında hazırlanan raporda, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi’nin de taşıyıcı annelik konusunu ele aldığı; Komite’nin üzerinde durduğu konulardan birinin taşıyıcı annenin doğurduğu çocuğun vatansız kalmaması için gerekli tedbirlerin alınması olduğu ifade edilmiştir⁷³.

(2) Taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olanlar, çocuğu, doğduğu devletin dışına çıkarıp kendi ülkelerine götürebilmeleri için, çocuğun, pasaport veya pasaport yerine geçen belgesinin olması; çocukla birlikte seyahat edecek kişilerle olan bağlantısının resmi bir belgeyle ortaya konulması gerekmektedir. Taşıyıcı annelik müessesesinde, taşıyıcı anneliğe izin veren mevzuatı olan devletlerdeki kadınlar taşıyıcı anne olarak seçilmektedir. Bu devletlerden bir kısmında ticari nitelik taşıyan taşıyıcı anneliğe dahi izin verilmiştir. Bazı devletlerde ise taşıyıcı anneliğin para ve menfaat karşılığında yapılması yasaklanmıştır. Taşıyıcı anneliği kabul eden devletlerin mevzuatı uyarınca çocuğun ebeveynlerinin taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olan kişiler olduğuna ilişkin mahkeme kararı alınması mümkündür. Söz konusu mahkeme kararının yanı sıra taşıyıcı annenin de çocuğun yurt dışına çıkarılmasına muvafakat ettiği ve çocuğa ilişkin ebeveynlik haklarının tamamından feragat ettiğine ilişkin bir beyanname alınmaktadır. Mahkeme kararı ve muvafakatname ile çocuğun götürüleceği devletin konsolosluğuna başvurulmakta ve konsolosluk çocuk için seyahat belgesi düzenlemektedir.

(3) Taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan kişilerin yaşadığı devlette, taşıyıcı annelik yasaklanmış olabilir. Bu durumda taşıyıcı anneden doğan çocuğu, bu yolla çocuk sahibi olan kişilerin nüfusa nasıl tescil ettirecekleri de ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Taşıyıcı annenin doğum yaptığı

⁷³ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. 3.

devletin resmî makamları, çocuk için bir doğum belgesi düzenlemektedir. Hiç şüphesiz, doğum belgesi resmî belgedir. Doğum belgesinin resmî belge olarak sonuç doğurabilmesi için apostille şerhi içermesi ya da kullanılacağı ülkenin konsolosluğu tarafından tasdik edilmesi gerekir. Bununla beraber, doğum belgesinin usulüne uygun olarak onaylanmış olması çocuğun mutlaka nüfusa tescil edilmesi sonucunu doğurmayabilir. Çünkü bazı devletler, yabancı ülkede yapılan bir işlemin nüfusa tescil edilebilmesi için söz konusu işlemin kendi hukuk düzenlerine aykırı olmamasını aramaktadırlar. Taşıyıcı anneliğin, çocuğun nüfusa tescil edileceği devletin yasalarında yasaklanması, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olanları ebeveyn olarak gösteren ve yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesine istinaden çocuğun nüfusa tescil edilmesini engelleyip engellemeyeceği de açıklığa kavuşturulması gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Çocuğun ebeveynlerinin, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olan kişiler olduğuna dair taşıyıcı annenin bulunduğu devletin mahkemesinden alınan kararın, çocuğun nüfusa tescil edileceği devlette tanınmasının mümkün olup olmadığı da ayrı bir sorun teşkil etmektedir.

(4) Aynı cinsten kişiler arasında evlilik (same sex marriages) ya da tescil edilmiş birliktelikler (registered partnership) bazı devletlerin mevzuatında kabul edilmiştir. Aynı cinsten olan evli kişilerin veya tescil edilmiş birlikteliklerde, aynı cinsten eşlerin, evlat edinmesine bazı devletlerin hukuklarında izin verilmiştir. Aynı cinsten kişilerin taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olup olamayacakları da üzerinde durulması gereken önemli sorunlardan biridir. Örneğin, Alman hukukunda aynı cinsten kişilerin evlenmesine izin verilmiş; buna karşın taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. Ancak daha önce üzerinde durulan 10 Aralık 2014 tarihli kararında Federal Alman Mahkemesi, iki Alman erkeğinin Kaliforniya’da taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olduklarına ilişkin Kaliforniya mahkemesi kararının Almanya’da tanınmasına karar vermiş; Alman kamu düzeninin, Kaliforniya mahkemesi kararının tanınmasını engellemediği sonucuna varmıştır. 10 Aralık 2014 tarihli karara konu olan olayda, sperm erkeklerden birine aitti; taşıyıcı annenin yumurtası kullanılmamıştı; taşıyıcı anne, çocuğa ilişkin haklarından feragat etmişti. Bu hususlar, BGH’nın, Kaliforniya mahkemesi kararının kamu düzene aykırı olmadığı sonucuna varmasında etkili olmuştur⁷⁴. Eğer evli erkeklerden

⁷⁴ German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015 *By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany)* [http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/\(24.9.2015\)](http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/(24.9.2015)).

herhangi biri sperm vermemiş ya da taşıyıcı annenin yumurtası kullanılmış olsaydı, BGH, yine de aynı sonuca varır mıydı sorusunun cevabını 10 Aralık 2014 tarihli karardan hareketle vermek mümkün gözükmemektedir⁷⁵. Ayrıca taşıyıcı anneden doğan çocuğun ebeveynlerinin kim olduğuna ilişkin yabancı mahkeme kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığı değerlendirilirken her bir yabancı mahkeme kararı açısından özel inceleme yapılarak sonuca varılacağından genel çıkarımlara varılması da işin doğasına aykırı olacaktır.

(5) Taşıyıcı anneliğe ilişkin sözleşmenin geçerliliğinin yanı sıra bu sözleşmede yer alan şartların geçerliliği; taşıyıcı annenin bulunmasında aracılık eden kişi ya da kurumların sorumluluğu; çocuk ticareti konularının milletlerarası işbirliği olmaksızın ulusal hukuklar düzeyinde çözümlenmesi yetersiz kalacaktır. Taşıyıcı annelik sözleşmesi, genellikle İngilizce olarak yapılmaktadır. Ancak İngilizce bilmeyen taşıyıcı anneler açısından imzaladıkları sözleşmeyi ve bu bağlamda çocuk üzerindeki bütün haklardan feragat ettiklerine ilişkin sözleşme şartlarını ne derece bilinçli olarak imzaladıklarını kestirmek zordur⁷⁶.

(6) Özellikle Tayland ve Hindistan'daki taşıyıcı annelerin doğurduğu çocukların, taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olmak isteyen kişiler tarafından terk edildiğine ilişkin haberlerin basında yer alması, söz konusu çocukların akıbetinin ne olacağı sorusunu da gündeme getirmiştir. Özellikle dawn sendromu başta olmak üzere doğuştan engeli olan çocuklar terk edilmektedir. Ayrıca çocuğun, genetik ve biyolojik orijini, taşıyıcı annesinin kim olduğunu öğrenme hakkının ve dolayısıyla etnik kimliğini olup olmadığı da çözüm bekleyen diğer sorundur⁷⁷.

⁷⁵ Jan von HEIN, *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015 By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany)*: <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (16.7.2016); Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. 10.

⁷⁶ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. ii.

⁷⁷ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by

(7) Sınıraşan taşyıcı annelik için aracılık eden acenteler ve kliniklerin yasal durumu da önem taşımaktadır. Bazı kliniklerin yetersiz olmasının yanı sıra bazılarında ulaşılammakta veya bazı klinikler bilgi vermemektedir. Ayrıca basında yer alan haberlere göre, Meksika’da bir Amerikan şirketi tarafından açılan kliniğin iflas etmiştir ve Amerikan federal araştırma bürosu tarafından incelenmektedir; taşyıcı anneleri uygun bir şekilde kontrol etmemiş ve sağlık yardımı yapmamıştır; hıleye taşyıcı annelik yoluyla ebeveyn olmak isteyenlerden para almıştır. Taşyıcı annelik yoluyla ebeveyn olmak isteyenlerin danışmanlık hizmetinin verilmesi de önem taşımaktadır⁷⁸.

Sınıraşan taşyıcı annelik, AİHM kararlarına da konu olmuş; AİHM, çocuğun yüksek yararını taşyıcı anne ve taşyıcı annelik yoluyla ebeveyn olmak isteyen kişilerin yararından üstün tutmuştur. Gerçekten de taşyıcı anneliğin korumasız durumda olan ve anne babasını seçme hakkı olmayan çocuk üzerinde doğuracağı travma tam olarak engellenemezse de hiç değilse olumsuz yasal sonuçlarının engellenmesi için devletlerin adım atmaları gerekir. Bu adımlar sadece ulusal hukuklarda değil bir milletlerarası antlaşmanın yapılması sonucunu doğuracak şekilde milletlerarası düzeyde atılmalıdır. Nitekim AİHM, verdiği kararlarla, öncü bir rol oynamış ve çocuğun korunması amacıyla, AİHM kararlarına uymak zorunda olan devletler iç hukuklarında bazı değişiklik veya düzenlemeler yapma yoluna gitmişlerdir. Hatta AİHM kararları, Almanya örneğinde olduğu gibi, milli mahkemelerin kararlarını da etkilemiş ve AİHM kararları verilene kadar olan süreçte yabancı ülkede taşyıcı annenin doğurduğu çocuğun ebeveynlerinin kim olduğuna ilişkin yabancı ilamlara ya da taşyıcı annenin doğurduğu çocuğa ilişkin doğum belgelerine istinaden nüfusta tescil yapılmasına sıcak bakmayan mahkemeler dahi farklı yönde kararlar vermeye başlamışlardır⁷⁹.

the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. i.

⁷⁸ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. ii.

⁷⁹ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. i-ii.

VII. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Konusunda Lahey Konferansı Tarafından Yapılan Çalışmalar

Sınıraşan taşıyıcı annelik, bazı ülkeler açısından önemli bir gelir kapsısı olmuştur. Hatta geliri artırmak için yasal engeller en aza indirilmiş veya tamamen kaldırılmıştır. Liberal yasal düzenlemeler yapılırken çocuk ticareti, etik değerler, taşıyıcı annenin sağlığı, çocuğa götürüleceği ülkede sahip çıkılıp çıkmayacağı başta olmak üzere birçok husus da göz ardı edilmiştir. Bazı ülkelerin taşıyıcı anneliği adeta bir ticari faaliyet olarak algılaması, üstelik bu yolla turizmelerini canlandırması, yoksul kadınların taşıyıcı annelikle geçimlerini sağlarken aracı şirketler veya klinikler tarafından mağdur edilmesi, sınıraşan taşıyıcı annelik konusunda ülkeler arasında işbirliğini de öngören bir milletlerarası antlaşmanın yapılmasını gerekli kılmaktadır. Taşıyıcı anne ve taşıyıcı anneden doğan çocuğun korunması başta olmak üzere çocuk sahibi olmak için kaçınılmaz bir yol olarak başvuru taşıyıcı annelikten doğan milletlerarası özel hukuk sorunlarına çare bulmak için Lahey Konferansı harekete geçmiştir.

Lahey Konferansı, 2012 yılında taşıyıcı annelik de dahil çocuğun statüsü konusunda çalışma başlatmıştır. 2012 yılından Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından başlatılan çalışmalar taşıyıcı anneliğe ilişkin bir projeye dönüştürülmüştür. Amaç, taşıyıcı anneliğe ilişkin çalışmaların bir milletlerarası antlaşmaya dönüştürmektir⁸⁰. Lahey Konferansı tarafından başlatılan çalışma sadece milletlerarası nitelikli ya da sınıraşan taşıyıcı anneliğe ilişkindir. Lahey Konferansı Genel İşler ve Politikalar Konseyi'nin (Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference) istemi üzerine Daimi Büro, çalışmalarını özellikle milletlerarası taşıyıcı annelik konusunda yoğunlaştırmıştır⁸¹ ve 2012 yılında konuya ilişkin bir rapor⁸²

⁸⁰ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. 2.

⁸¹ News from the Hague Conference on Private International Law, *Unif. L. Rev.*, 17(2012), s. 741; Bruce HALE, *Regulation of International Surrogacy Arrangements: Do We Regulate the Market, or Fix the Real Problems?*, *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 36(2013), s. 501.

⁸² Hague Conference on Private International Law, A Preliminary Report on the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference.

yayınlanmıştır⁸³. Raporun Konsey tarafından beğenilmesi üzerine Konsey, milletlerarası özel hukuk açısından taşıyıcı anneliğe ilişkin hususlar, taşıyıcı anneliğin velayet ve evlatlık üzerindeki etkileri konusunda ayrıntılı bilgi edinilmesi için sorulardan oluşan bir anketin hazırlanmasını ve dağıtılmasını istemiştir. Anket, Daimi Büro tarafından dağıtıma çıkarılmış ve anket sonuçları 2014 yılında bir rapor olarak yayınlanmıştır⁸⁴. Taşyıcı anneden olan çocuğun velayeti, vatandaşlığı ve ülkeye giriş ve ikamet izni, milli hukuklar arasındaki farklılıklar sebebiyle belirsiz olduğundan hazırlanacak olan düzenlemede özellikle bu konular üzerinde durulması vurgulanmıştır. Ayrıca taşıyıcı annenin sömürülmesi de üzerinde durulan önemli konular arasında yer almaktadır⁸⁵.

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu tarafından 2015 yılında hazırlanan raporda, taşıyıcı anneliğe ilişkin olarak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi tarafından (UN Committee on the Rights of the Child) yapılan toplantılar ve AİHM kararları özetlenmiştir⁸⁶. Raporda ayrıca, AİHM'in *Menesson v. France* ve *Labassee v. France* davalarında verdiği kararlardan sonra, taşıyıcı anneliği yasaklayan Avrupa ülkelerinde bile çocuğun yüksek yararı ve kamu düzeni gerekçesiyle taşıyıcı anneliğe ilişkin yabancı kararlarının tanınmasının veya çocuk ile taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olanlar arasında hukuki ilişkinin kurulmasını kolaylaştırılmaya başlandığı belirtilmiştir. Raporda, ayrıca, Avrupa dışındaki ülkelerde, örneğin, Avustralya'da bir aile mahkemesinin, daha önce verilen kararların

⁸³ News from the Hague Conference on Private International Law, 741.

⁸⁴ Hague Conference on Private International Law, A Study of Legal Parentage and the Issues Arising From International Surrogacy Arrangements Preliminary Document No 3 C of March 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference; Hague Conference on Private International Law the Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project Preliminary Document No 3 B of April 2014 for the attention of the Council of April 2014 on General Affairs and Policy of the Conference.

Ayrıca bkz. News from the Hague Conference on Private International Law, Unif. L. Rev., 17(2012), s. 742. Ayrıca taşıyıcı anneliğe ilişkin ulusal raporlar için bkz. *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Edited by Katarina Trimmings/Paul Beaumont, 2013, s. 5 vd.

⁸⁵ HALE, s. 501-502.

⁸⁶ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. 3-7.

aksine, kamu düzeni ve çocuğun yüksek yararı dikkate alınarak taşıyıcı anneden doğan çocuk ile biyolojik babası olan kişi arasında ebeveyn ilişki kurulmasına karar verdiğini; Brezilya’da, yabancılik unsuru taşımayan bir taşıyıcı annelik davasında, çocuğun yüksek yararı dikkate alınarak, taşıyıcı anneden doğan çocuğun doğum belgesinde aynı cinsten kişilerin çocuğun ebeveyni olarak yazılabileceği sonucuna vardığı ifade edilmiştir⁸⁷. Raporda, ulusal hukuklardaki gelişmelere rağmen, devletlerin hangi şartlarla ve ne ölçüde sınıraşan taşıyıcı annelik yoluyla doğan çocuğun ebeveynlerinin kim olduğuna ve vatandaşlığına karar vereceği; taşıyıcı anneliğe ilişkin insan hakları sorunlarının nasıl çözümleneceği konusunda uluslararası bir düzenlemeye ihtiyaç olduğu vurgulanmıştır.

Sonuç

Hukukun, teknolojik gelişmelerin bir adım gerisinde olduğunu gösteren alanlardan biri de IVF ve taşıyıcı anneliktir. Gen teknolojisinin, IVF ve taşıyıcı annelikte her geçen gün yeni buluşlarla karşımıza çıkması, hukukçuların kural koymada karşılaştıkları sorunların her zaman gündemde kalacağını göstermektedir. Çünkü mevcut durum, yasal düzenlemeye tabi kılınsa bile kısa süre sonra yeni buluşların olması, bu buluşların ortaya çıkardığı hukuki sorunlar açısından mevcut yasal düzenlemeleri yetersiz kılacaktır. Dolayısıyla hukuk ile teknoloji ilişkisi âdete bir kısır döngüye dönüşmüştür.

IVF ve taşıyıcı anneliğe ilişkin sorunlar, daha çok sınıraşan ilişkilerden kaynaklanmaktadır. Yukarıda incelenen kararlardan da anlaşılacağı üzere sınıraşan IVF ve taşıyıcı anneliğe ilişkin sorunlara ulusal mevzuatların getirdiği çözümler birbirinden farklıdır. Ayrıca mahkeme kararları arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Bu durum, bir ülkede geçerli olan hukuki ilişkinin diğer ülkede geçersiz olmasına neden olmaktadır. Böylece topal, aksak (limping) hukuki ilişkiler ortaya çıkmaktadır. Sınıraşan IVF ve taşıyıcı anneliğe ilişkin hukuki sorunlar, bir yandan çocuğun yararının, taşıyıcı annenin ve taşıyıcı annelik yoluyla ebeveyn olacakların korunması ve diğer yandan bu işlemlere aracılık eden acente ve kliniklerin denetim ve kontrol

⁸⁷ Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference, s. 9.

altına alınması, uluslararası alanda işbirliğini gerektirmektedir. Bu işbirliği, ancak geniş katılımın olabileceği bir milletlerarası antlaşmaya gerçekleşebilecektir. Nitekim Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı bu konuda kolları sıvamış ve bir milletlerarası antlaşmanın hazırlanması için gerekli ön adımları atmıştır. Lahey Konferansı tarafından taşıyıcı annelik ile ilgili olarak bir çalışma grubu (working groups) ihdas edilmesi planlanmaktadır. Umarız Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı tarafından atılan adımlar kısa sürede meyvelerini verir ve geniş katılımlı bir milletlerarası antlaşma uygulamaya konulur.

KAYNAKÇA

- Anita L. ALLEN, *Privacy, Surrogacy, and the Baby M. Case*, Geo. L.J., 76(1988).
- Paul BEAUMONT/Katarina TRIMMINGS, Working Paper No 2015/2: *Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights in the area of cross-border surrogacy: is there still a need for global regulation of surrogacy?*, s. 1-5: <http://www.abdn.ac.uk/law/research/working-papers-455.php> (31.6.2016).
- Belgian Court Recognizes Californian Surrogacy by Patrick Wautelet on November 2, 2010: <http://conflictoflaws.net/2010/belgian-court-recognizes-californian-surrogacy/>(9.7.2016).
- Richard BLAUWHOFF/Lisette FROHN, *Chapter 10 International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law, Fundamental Rights in International and European Law: Public and Private Law Perspectives*, Christophe Paulussen, Tamara Takács, Vesna Lazić, Ben Van Rompuy, Springer 2015.
- Kristiana BRUGGER, *International Law in the Gestational Surrogacy Debate*, Fordham Int'l L. J., 35(2011-2012).
- Laurence BRUNET/Janeen CARRUTHERS/Konstantina DAVAKI/Derek KING/Claire MARZO/Julie MCCANDLESS, *European Parliament Directorate General For Internal Polices Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs Legal Affairs A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Brussels 2013.
- Andrea BÜCLER/Luca MARANTA, *Surrogacy and International Private Law in Switzerland*, the International Survey of Family Law, Bristol 2015.
- Marilyn CRAWSHAW/Eric BLYTH/Olga van den AKKER, *The Changing Profile of Surrogacy in the UK-Implications for National and International Policy and Practice*, J. Soc. Wel. & Fam. L., 34(2012)3.
- Ian CURRY-SUMNER/Machteld VONK, *National and International Surrogacy: An Odyssey*, Int'Surv. Fam. L., 2011.
- Peter De CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, London, 2001.

- Martin ENGEL, *Cross-Border Surrogacy: Time for a Convention?*, Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities; Proceedings of the Fifth Conference of the Commission on European Family Law; Editors Boele-Woelki/Dethloff/Gephart, Intersentia, 2014.
- Claire FENTON-GLYNN, *Review Article Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy*, JPIL, 10(2014)1.
- Claire FENTON-GLYNN, *The Difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations*, CLJ, 74(2015)1.
- Martha A. FIELD, *Compensated Surrogacy*, Wash. L. Rev., 89(2014).
- Susan FRELICH APPLETON, *Surrogacy Arrangements and the Conflict of Laws*, Wis. L. Rev., 1990.
- French Court Denies Recognition to American Surrogacy Judgement by Gilles Cuniberti on June 30, 2009 <http://conflictoflaws.net/2009/french-court-denies-recognition-to-american-surrogacy-judgement/> (29.8.2015).
- German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015 *By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany)* <http://conflictoflaws.net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/> (24.9.2015).
- Victoria R. GUZMAN, *A Comparison of Surrogacy Laws of the U.S. to Other Countries: Should There be a Uniform Federal Law Permitting Commercial Surrogacy?*, Hous. J. Int'l L., 38(2016)2.
- Hague Conference on Private International Law General Affairs and Policy the Parentage/Surrogacy Project: an Updating Note Prel. Doc. No 3A February 2015 drawn up by the Permanent Bureau, Preliminary Document No 3A of February 2015 for the attention of the Council of March 2015 on General Affairs and Policy of the Conference.
- Bruce HALE, *Regulation of International Surrogacy Arrangements: Do We Regulate the Market, or Fix the Real Problems?*, Suffolk Transnat'l L. Rev., 36(2013).
- Jan von HEIN, *German Federal Court of Justice on Surrogacy and German Public Policy by Jan von Hein on March 4, 2015* *By Dina Reis, Albert-Ludwigs-University Freiburg (Germany):* <http://conflictoflaws.net>.

- net/2015/german-federal-court-of-justice-on-surrogacy-and-german-public-policy/ (16.7.2016).
- V. JADVA/L. BLAKE/P. CASEY/S. GOLOMBOK, *Surrogacy Families 10 Years on: Relationship with the Surrogate, Decisions over Disclosure and Children's Understanding of Their Surrogacy Origins*, Hum. Reprod., 27(2012)10.
- Shany Noy KIRSHNER, *Selling a Miracle? Surrogacy through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy*, 14(2015) J. Int'l Bus. & L.
- Fiona MACCALLUM/Emma LYCETT/Clare MURRAY/Vasanti JADVA/Susan GOLOMBOK, *Surrogacy: The Experience of Commissioning Couples*, Hum. Reprod., 18(2003)6.
- Anil MALHOTRA/Ranjit MALHOTRA, *Law and Surrogacy Arrangements in India*, Int'l Surv. Fam. L., 2013.
- Denise MEYERSON, *Surrogacy agreements*, Acta Juridica, 1994.
- Seema MOHAPATRA, *Adopting an International Convention on Surrogacy-A Lesson from Inter-country Adoption*, Loy. U. Chi. Int'l L. Rev., 13(2016)1.
- News from the Hague Conference on Private International Law, Unif. L. Rev., 17(2012).
- Lois PERREAU-SAUSSINE/Nicholas SAUVAGE, France, *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level Edited by Katarina Trimmings/Paul Beaumont*, 2013.
- Margaret RYZNAR, *International Commercial Surrogacy and Its Parties*, J. Marshall L. Rev., 43(2009-2010).
- David M. SMOLIN, *Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry's Global Marketing of Children*, Pepp. L. Rev., 43(2016).
- Viveca SÖDERSTRÖM-ANTTILA/Ulla-Britt WENNERHOLM/Anne LOFT/Anja PINBORG/Kristiina AITTOMÄK/Liv Bente ROMUNDSTAD/Christina BERGH, *Surrogacy: Outcomes for Surrogate Mothers, Children and the Resulting Families-a Systematic Review*, Hum. Reprod. Update, 22(2015)2.

- Barbara STARK, *Transnational Surrogacy and International Human Rights Law*, ILSA J. Int'l & Comp. L., 18(2011-2012).
- Richard F. STORROW, *Travel into the Future of Reproductive Technology*, UMKC L. Rev., 79(2010)2.
- Margaret E. SWAIN, *Assisted Reproductive Technology and the Family Law Practitioner*, Am. J. Fam. Law., 30(216)2.
- Xinran Cara TANG, *Setting Norms: Protections for Surrogates in International Commercial Surrogacy*, Minn. J. Int'l L., 25(2016)1.
- Caroline VINCENT/Alene D. AFTANDILIAN, *Liberation or Exploitation: Commercial Surrogacy and the Indian Surrogate*, Suffolk Transnat'l L. Rev., 36(2013)3.
- Mrinal VJAY, *Commercial Surrogacy Arrangements: The Unresolved Dilemmas*, U.C.L.J.L.J., 3(2014).
- Lindy WILLMOTT, *Surrogacy: Art's Forgotten Child*, U.N.S.W.L.J., 29(2006)2.

