

Taşıyıcı Gebelik ve İnsan Hakları İlişkisindeki Güncel Soru ve Sorunlar: Global Bir Çerçeve^(*)

Current Questions and Issues in the Relationship between Surrogacy and Human Rights: A Global Framework

Elif ÇELİK^(**)

Öz:

İnsan hakları düşüncesi ve insan hakları hukukuyla ele alınacak olduğunda taşıyıcı gebelik, bu yönetime erişimi olan, bu yöntemi sunan, bu yöntemden faydalanan ve bu yöntem sonucunda dünyaya gelen kişiler adına uyandırdığı etik sorular ve doğurduğu pratik sorunlar bakımından problemlili bir konumda yer almaktadır. Bu çalışmada, taşıyıcı gebeliğin farklı boyutları hesaba katılarak, dünya genelindeki seyrinin ve konuya ilişkin yasal düzenlemelerin konu edinilmesinin ardından, taşıyıcı gebelik ve insan hakları tartışmalarında geline son noktayı ortaya koyan güncel bir çerçeve çizilmektedir. Çalışma, taşıyıcı gebelik uygulamasının farklı tarafları olan kadınlar, ebeveyn adayları ve çocuklar açısından konu olabilecek insan hakları soru ve başlıklarını ortaya koymakta ve böylelikle konunun insan hakları bakımından kaçınılmaz olarak ortaya çıkan çok boyutlu doğasını konu edinmektedir. Bu bakımdan çalışma, taşıyıcı gebelik pratiğini etik olarak doğrulamayı ya da yanlışlamayı hedeflemenin ötesinde, konuya ilişkin problem arz eden farklı noktalara, insan hakları argümanlarıyla yaklaşırken seçilebilecek olan yolların bir ön-izlemesini sunmayı amaçlamaktadır. Geride bıraktığımız yıllarda taşıyıcı gebelik konusunun belirli sayıda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararına da konu olabildiği olması gerçeğini hesaba katarak çalışma, bunlar arasından, taşıyıcı gebelik konusundan doğan sorunları ihtiva etmek bakımından görece komplike unsurlar barındırıyor olması nedeniyle, güncel tarihli olan bir kararı, eleştirel bir süzgeçten ele almaktadır.

Anahtar Kelimeler:

Taşıyıcı Annelik, Taşıyıcı Gebelik, İnsan Hakları, Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı, Üreme Hakları, Kadın Hakları, Çocuk Hakları.

^(*) Araştırma Makalesi / *Research Article*
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 26.06.2024
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 29.08.2024
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1545349>

Bu makaleye atf için: ÇELİK, Elif, “Taşıyıcı Gebelik ve İnsan Hakları İlişkisindeki Güncel Soru ve Sorunlar: Global Bir Çerçeve”, *İMHFD*, C. 9, S. 2, 2024, s. 395-433

^(**) Dr. Öğr. Üyesi, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir - Türkiye
E-posta: elif.celik@ogu.edu.tr
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4380-1767>

Abstract:

When considered from the perspective of human rights idea and law, surrogacy stands in a highly problematic position in terms of the ethical questions it arouses and the practical problems it creates for the people who access, offer, benefit this method and the people who are born as a result of it. This study, after analysing the course of surrogacy worldwide with its different dimensions and the legal regulations on the subject, draws an up-to-date framework that reveals the current point reached in the relationship between surrogacy and human rights. The study addresses the human rights questions and topics that may be of concern for the different parties to this practice, namely women, intended parents and children, and thus reveals the inevitably multidimensional nature of the issue in terms of human rights. In this regard, the study does not seek to validate or invalidate surrogacy from an ethical standpoint, but instead aims to present an overview of how human rights arguments can be applied to tackle different problematic aspects of the subject. Considering the fact that the issue of surrogacy has been the subject of a number of judgments of the European Court of Human Rights in the recent years, the study critically examines a relatively recent judgment, as it contains relatively complicated elements in terms of the problems arising from the issue of surrogacy.

Keywords:

Surrogate Motherhood, Surrogate Pregnancy, Human Rights, Right to Private Life and Family, Reproductive Rights, Women's Rights, Children's Rights.

GİRİŞ

Günümüz destekli üreme teknolojileri dahilinde taşıyıcı ‘annelik’/taşıyıcı gebelik¹: Bir kadının uterusunda, ya kendi genetik materyali (ovum) ve bir erkeğin genetik materyaliyle (sperm) ya da ‘en az’ iki farklı sağlayıcıdan (anne olmak niyetinde olan veya olmayan bir kadına ait ovum ve baba olmak niyetinde olan veya olmayan bir erkeğe ait sperm) elde edilen genetik materyalle oluşmuş bir fetüsün, taşıyıcının kendisi dışındaki bir kişinin çocuğu olması amacıyla (gönüllülük esaslı ya da ticari bir sözleşmeye bağlı olarak) taşınması eylemi olarak ifade edilebilir. Bu süreç taşıyıcının gebe kalmasını, gebelik sürecini ve doğumu aşamalarını içermektedir. Bu senaryoda taşıyıcının kendi genetik materyalinin (ovum) kullanıldığı ilk durum için “geleneksel taşıyıcılık” (traditional surrogacy) adlandırılması kullanılırken², taşıyıcıya ait bir genetik ma-

¹ Bedensel bir emek biçimi olarak özellikle ticari anlamda taşıyıcılık yapan kadınlar, duygusal ya da sosyal boyutuyla bir ‘annelik’ adlandırmasıyla ilişkilendirilmek istememektedirler. Annelik kavramının bu konudaki bir istek ve iradeyi de içeren sosyal ve psikolojik boyutu da gözeticiler, çalışma boyunca “taşıyıcı anne” sözcüğü değil “taşıyıcı gebe” sözcüğü kullanılacaktır. Öte yandan bu çalışma bakımından bu şekilde bir kullanım yalnızca gestasyonel gebeliği ifade etmekle sınırlı bir kullanıma işaret etmeyecektir. Gönüllü ya da ticari, fetüsle genetik bağa sahip olan ya da olmayan tüm taşıyıcıları ifade eden bir kapsamda ve bir alternatif yokluğu nedeniyle kullanılmıştır. Tercih edilen bu adlandırmada aslında ‘gebelik’ sözcüğü ‘annelik’ sözcüğünün yerine kullanım bulmaktadır.

² Literatürde farklı taşıyıcılık türlerinin adlandırılması konusunda bir birlik bulunmadığına işaret eden yazarlar, Türkçe yazın bakımından çocuk sahibi olmak isteyen ancak bu olanağa sahip olmayan bir kadının partneri ve taşıyıcı annenin yumurtasının döllenmesi durumunda taşıyıcıya “ikame anne” ya da “ye-

teryalin bulunmadığı ikinci durum için “gestasyonel taşıyıcılık” (gestational surrogacy) tanımı kullanılmaktadır³. Uygulama, bedensel bir emek biçimi olarak ticari bir sözleşme kapsamında gerçekleştirilebileceği gibi (commercial surrogacy) özgecil⁴ (altruistic) bir çerçevede de gerçekleştirilmektedir. Ancak literatürde, özellikle insan hakları bağlamında konu olan değerlendirmeler ve eleştiriler büyük oranda ticari taşıyıcı gebelik uygulaması ve sonuçları özelindedir.

Kişilerin, kendileri tarafından dünyaya getirilmemiş olan çocuklara ebeveynlik yapmaları olgusuysa aslında tarihin kendisi kadar eskidir. Öte yandan ‘bir başkası için çocuk doğurma’ olgusunun geçmişte ortaya çıkmamış yeni hukuki sorularla görünüm bulması konusu, insanlık tarihinin ancak son çeyreği ile ilişkilidir⁵. Bugün “geleneksel taşıyıcılık” olarak adlandırılan biçimiyle olan taşıyıcılık, aslında tarih boyunca, çocuk sahibi olamayan aileler için -genellikle toplumsal hiyerarşi zincirinde daha altlarda olan- bir başka kadının bedeninden, özgür bir rızaya dayalı olarak veya olmayarak destek alınması yoluyla uygulanmıştır. Bu bakımdan örneğin Eski Ahit, bu konuya ilişkin ilk anlatılardan birini de içinde barındırır⁶. Hint mitolojik anlatıları dahi benzer bir uygulamanın varlığından söz ederken, konuyu ele alan ilk yazılı kayıtlar Mezopotamya’dan gelmektedir. Hammurabi yasaları, erkeğin genetiğini devam ettirememeye yönündeki kaygısına çözüm olarak sunulmuş olan ‘başka bir kadından çocuk yapması’ uygulamasının aile içinde yaratacağı sorunları, ilk kez hukuki bir zeminde ele almış olan belge olarak anılmaktadır⁷. Eski Mısır, Yunan ve Roma’da da yine özellikle ataerkil soyun devamlılığı kaygısını gözetten bir saikle uygulamanın benzerlerinin var olduğu belirtilmektedir⁸.

dek anne” denilebildiğine işaret etmektedirler. METİN, Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 8.

³ Türkçe yazında bu türden taşıyıcılığın “ödünç” ya da “kiralık” taşıyıcılık olarak adlandırılabilirdiği belirtilmiştir. METİN, s. 9.

⁴ Türkçe literatürde sırf bir başkası yararına yapılan bir eylem olan özgecil taşıyıcı annelik için “ivazsız” adlandırılmasının kullanıldığı belirtilmektedir. KIRKBEŞOĞLU Nagehan, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 71.

⁵ ABD’de taşıyıcılık sözleşmesi yoluyla dünyaya gelen ilk örnek için 1980 yılı işaret edilir.

⁶ Eski Ahit, Yarattılış (16), (çevrimiçi) <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis%2016&version=NIV>, E.T. 01.06.2024.

⁷ Hammurabi Yasaları (144); (145) (çevrimiçi) <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, E.T. 01.06.2024.

⁸ HARDERS, Ann-Cathrin, “2 Roman Patchwork Families: Surrogate Parenting, Socialization, and the Shaping of Tradition”, **Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture** (ed.) DASEN, Véronique / SPATH, Thomas, Oxford, 2010, s. 50.

Bir kadının, kendi yumurtasının herhangi bir spermle birleşmesi ve kendi rahminde büyümesi durumu, geçmişte her anlamda ‘doğal’ bir gebelik sürecini ifade etmiştir. Bu doğal neden, Roma hukukundan gelen “anne her zaman bellidir” yönündeki karinenin de yakın zamana kadar sorunsuz bir biçimde iş görmesini sağlamıştır. 20. yüzyılın sonuna yaklaşıldığında yapay üreme teknolojilerinin bambaşka bir doğurganlık, annelik ve ebeveynlik bağlamı ortaya koymaya başlamasıyla, bu yönde yeni hukuki problemlerin de belirmeye başladığı gözlemlenmektedir. Yine de belirtmek gerekir ki, taşıyıcı gebelik pratiğinin ilk örnekleri bakımından ortaya çıkan sorunlar, günümüzdekilerden daha az çetrefilli görünmektedir. Zira erken dönem uygulamalarında, bu yöntemle dünyaya gelen çocukların, ebeveyn adaylarından en azından biriyle genetik bir bağı mevcut olabilmişken günümüzde bu ihtimalin de konu olmayabilmesi, konunun hukuki ilişkiler ayağının ele alınmasında yepyeni sorunlar yaratmaktadır.

Taşıyıcı gebelik sonucunda dünyaya gelecek olan çocukla, mevcut olan ya da olmayan biyolojik ve/veya genetik bağım gerek taşıyıcı kadını gerekse ebeveyn olmak niyetindeki kişi ya da kişileri anne ya da baba olarak adlandırmaya olanak sağlayıp sağlamayacağı sorusunun yanıtı, ulusal düzenlemelere göre değişkenlik göstermektedir. Bu yanıt günümüz sözleşme özgürlüğünün sınır tanımayan doğası bakımından bazı düzenlemelerde ebeveyn adayları lehine olumlu olabilse de bu adlandırmaların aynı zamanda hukuki bir güvenceye kavuşup kavuşmayacağı konusu, kişilerin vatandaşlık ilişkilerinin bağlı bulunduğu devletin hukuku çerçevesinde belirlenmektedir. Üstelik bu durum, uluslararası taşıyıcı gebelik düzenlemeleri aracılığıyla, ulusal yasaların buna olanak sağlayıp sağlamamasından bağımsız bir biçimde gerçekleşebilmekte ve uygulamanın tarafları ve sonuçları olan kişiler; yani taşıyıcı gebeler, ebeveyn adayları ya da sosyal ebeveynler⁹ ve dünyaya gelen çocuklar, kendilerini bir hukuk boşluğunda bulmaktadır¹⁰.

⁹ Bu çalışmada ebeveyn adayları olarak Türkçeleştirilen “Intended parents” kavramı “doğumdan sonra çocuğun velayetini almak ve çocuğu kendi çocuğu gibi yetiştirmek niyetiyle bir başkasından kendisi için çocuk doğurmasını talep eden kişi(ler)” olarak tanımlanmıştır. A Preliminary Report on the Issues From International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No 10, 2012, Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, E.T. 01.06.2024. Sosyal ebeveyn adlandırması ise bu çalışma bakımından taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocuklarla hukuki bir ebeveynlik ilişkisi kuramamış olsalar da halihazırda ebeveynlik yapan kişiler için kullanılmıştır.

¹⁰ Bu konudaki ulusal çalışmalar arasında milletlerarası özel hukuk ışığındaki bazı çalışmalar için bkzn: EKŞİ, Nuray, “Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Annelige İlişkin Hukuki Sorunlar”, **MHB**, Y. 2016, C. 36, S. 2, s. 15; GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Milletlerarası Taşıyıcı Annelige İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **GÜHFD**, Y. 2021, C. 0, S. 1, s. 856, 858; AĞAOĞLU Cahit, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınırşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu”, **MHB**, Y. 2020, C. 40, S. 1, s. 465, 466; MALKOÇ ŞENSÖZ, Ebru, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Y. 2015, C. 35, S. 2, s. 20.

En yalın tanımında bile farklı ihtimalleri muhteva eden bu biyoteknolojik olgu, kişiler arasındaki hukuki ve etik ilişkileri belirleyebilmek bakımından cevaplanması aciliyet arz eden komplike sorular ortaya koymaktadır. Bunların bir kısmı, geçtiğimiz yıllarda, özellikle de uluslararası özel hukuk bağlamında konu edinilmiş ve hatta bu yönde uluslararası bir sözleşmenin gerekliliği tartışmalarına konu olabilmıştır¹¹. Ne var ki olgunun ulusal hukuklar bakımından çok farklı düzenlemelere konu olması gerçeği, bu yönde uluslararası standartlar belirlemek bakımından bir engel olarak yer almaya devam etmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi Parlamenterler Asamblesi de 2016 yılında, bu konuda Avrupa ülkeleri için yol gösterici olabilecek bir yönerge teklifini ele almayı reddetmiştir¹². Konuya ilişkin son gelişmeler, devletlerarası ölçekte olmamakla birlikte, taşıyıcılığın tüm ülkelerde yasaklanması adına uluslararası bir sözleşmenin hayata geçmesi için yürütülen ‘sivil’ girişimler olarak görünmektedir¹³.

Günümüzde taşıyıcı gebelik ve konunun ilişkili olduğu bir üst başlık olan destekli üreme sistemleri konusundan doğan hukuki ve etik sorunlar, farklı disiplinlerce, bu disiplinlerin araç ve yaklaşımları elverdiği ölçüde ve spesifik sorular özelinde ele alınmaktadır. Yalnızca hukuk disiplini içinde dahi, ulusal ya da karşılaştırmalı hukuk boyutuyla, destekli üreme sistemleri ve taşıyıcı gebelikten doğan ya da doğabileceği düşünülen sorunlar; ceza hukuku¹⁴, kişiler ve aile hukuku¹⁵, milletlerarası özel hukuk¹⁶ gibi farklı disiplinlerce ve bu disiplinlerin dayandığı normatif çerçeve dahilinde, somut ve sınırlı başlıklar özelinde konu edinilmektedir. Bu çalışmanın problem edindiği sorular ve çalışmanın normatif çerçevesi ise uluslararası insan hakları hukuku ve tartışmaları ile sınırlıdır. Dolayısıyla anılan diğer disiplinlerde ve özellikle ulusal irdelemeler bağlamında konu olan, örnekse taşıyıcı gebelikte konu olan embriyo ya da fetüsün ne türden haklarla korunduğu, bu hakkın niteliği ve taraflarına ilişkin tartışmalar, embriyo ya da fetüse karşı

¹¹ 2022 yılı itibarıyla konunun özellikle politik boyutuna ilişkin bir çalışma grubu aracılığıyla ele alındığı görülmektedir. Bu konudaki en yakın tarihli raporu için: (çevrimiçi) <https://assets.hoch.net/docs/dc961452-c4d7-492b-8887-75456843560f.pdf>, E.T. 01.06.2024.

¹² (çevrimiçi) <https://www.alliancevita.org/en/2016/10/council-of-europe-rejects-surrogacy-recommendations-alliance-vitas-reaction/>, E.T. 01.06.2024.

¹³ Kazablanka Deklarasyonu (çevrimiçi) <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/>, E.T. 01.06.2024.

¹⁴ ERBAŞ Rahime, ERKAYIRAN Didem, CANGİL Sabah Mina. “Karşılaştırmalı Hukuktaki Örnekleriyle Türk Ceza Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik.” Demirel/Erbaş, **İstanbul Tıp Hukuku Kitabı**, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 181-208; İLTAŞ, Yiğit, “Taşıyıcı Annelikte Küretaj Hakkı”, **BUHFD**, Y. 2023, C. 18, S. 215, s. 1028.

¹⁵ AYDIN, Melike Belkıs, “Yapay Döllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013, s. 2. (çevrimiçi) tez.yok.gov.tr, E.T. 01.06.2014.

¹⁶ EKŞİ, s. 15; GÖLCÜKLÜ, s. 856; AGAOĞLU, s. 465; MALKOÇ, s. 20.

işlenen suçlar ve bu yöndeki yaptırımlar, ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinden doğan borç yükümlülüklerinin neler olduğu yönündeki soru ve tartışmalar, bu çalışmanın amaç ve kapsamının hayli ötesindedir. Bu nedenle, bu çalışmada konunun insan hakları boyutu ele alınırken, uluslararası insan hakları ve sosyal bilimler literatüründeki tartışmalar esas alınarak, temel evrensel ve bölgesel insan hakları sözleşmeleri, standartları ve mevcut içtihatlar yol gösterici olacaktır. Çalışmanın kapsamıysa, taşıyıcı gebelik uygulamasının farklı tarafları olan kadınlar, ebeveyn adayları ve çocuklar açısından konu olabilecek insan hakları soru ve başlıklarını konu edinmekle ve böylelikle konunun aslında insan hakları bakımından kaçınılmaz olarak beliren çok boyutlu doğasını ve bazı açmazlarını ortaya koymakla sınırlıdır. Bu bakımdan çalışma, taşıyıcı gebeliği ahlâken doğrulamak ya da yanlışlamanın ötesinde, konuya ilişkin problem arz eden farklı noktalara, insan hakları argümanlarıyla yaklaşırken seçilebilecek olan yolların bir önizlemesini sunmayı amaçlamaktadır. Son olarak, konuya görece temkinli yaklaşan ve taşıyıcı gebelik konusunda giderek daha sınırlandırıcı bir çizgide duran Avrupa¹⁷ bölgesinde bulunan insan hakları yargısal koruma mekanizması dahilinde beliren güncel tarihli davalardan biri, çalışma boyunca ele alınan bazı açmazları ve problemleri noktaları yansıtıyor olması bakımından konu edinilmektedir.

I. TAŞIYICI GEBELİKLE İLGİLİ GÜNCEL DÜZENLEMELER

Taşıyıcı gebelik konusunda dünya genelindeki yasal düzenleme ve kısıtların her geçen gün değişime uğradığı görülmektedir¹⁸. Yalnızca belirli bir ülke özelinde dahi konuya ilişkin stabil bir yasal çerçeve ve tutum ortaya koymak -şayet uygulama olası her biçimiyle mutlak olarak yasak değilse- son derece zordur¹⁹. Destekli üreme yöntemlerine yönelik yasal düzenlemelere sahip olan ülkelerden bazılarında, farklı eyaletler bakımından değişiklik göstermekle birlikte, taşıyıcılığın yalnızca özgecili biçimleri yasal sayılabilmektedir²⁰. Bazı

¹⁷ Örneğin Avrupa Birliği bünyesindeki güncel gelişmeler, taşıyıcı gebelik ve insan ticareti arasındaki ilişkiyi odağına almış görünmektedir. (çevrimiçi) <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240419IPR20580/trafficking-in-human-beings-meps-adopt-more-extensive-law-to-protect-victims>, E.T. 15.08.2024.

¹⁸ Çalışmada bu konuda yol gösterici bir kaynak olarak Avrupa Konseyi Biyo Etik Komitesince, Konsey üye ülkelerince yapılan ve 2021 yılında güncellenen geniş kapsamlı bir ankete dayanan raporda yer alan veriler kullanılacaktır. Belirtmek gerekir ki bu belgenin kendisi dahi son birkaç yıla ilişkin değişiklikleri yansıtmayabilmektedir. Council of Europe, **DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum** (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>, E.T. 15.08.2024.

¹⁹ Bu konuda güncel düzenlemeleri konu edinebilmiş bir çalışma için bkz. HORSEY, Kirsty, "The Future of Surrogacy: A Review of Current Global Trends and National Landscapes", **RBMO**, Y. 2024, C. 48, S. 5, s. 5.

²⁰ Örneğin Avustralya, DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum, s. 27.

ülkeler bakımından, uygulama yasak olduğu kadar, uygulama sonucunda çocuğun soybağına yönelik yapılabilecek olası değişiklikler de bir suç olarak düzenlenmiştir²¹. Konuya ilişkin spesifik bir hukuk düzenlemesine sahip olmasa da uygulamayı ne yasaklayan ne de hukuken belirli kılan ülkelere de²² rastlanır. Yine, bazı ülkeler bakımından taşıyıcı gebelik uygulamaları yasak olmamakla birlikte, taşıyıcı gebelik sözleşmeleri ve bu sözleşmelerde yer alan şartlar, taraflar üzerinde hukuki bir bağlayıcılıktan yoksun olmaktadır²³. Taşıyıcılığın ticari ya da özgecil biçimlerinin yasal olduğu ülkelerdeyse, bu düzenlemelerin belirli sınırları ile karşılaşılır. Yalnızca ülke vatandaşlarının ve/veya evli ve heteroseksüel çiftlerin ya da ülkede yasal oturma iznine sahip olanların kullanabileceği yönde sınırlamalara rastlanıldığı gibi²⁴, sayıca az da olsa, uygulamayı herkese açık olarak düzenlemiş ülke örneklerine rastlamak mümkündür²⁵.

Taşıyıcı gebelik uygulamalarının yaygınlaşmaya başladığı ilk dönemlerden bugüne uygulamanın yasak olduğu ülkeler olan Almanya, Fransa, İspanya, İtalya gibi ülkeler²⁶, aralarında genetik bir bağ olup olmamasına bakılmaksızın çocuk ve onu dünyaya getiren kadın arasındaki ilişkiyi hukuken annelik olarak tanınmaktadır. Örneğin Fransa'nın, 1994 yılından itibaren taşıyıcı gebeliği bütün olasılıklarıyla (gönüllü-ticari/geleneksel-gestasyonel) yasaklaması ve bu yolla kurulabilecek yasal bir ebeveynlik ilişkisini olanaksız kılması bir yana, aynı zamanda bir suç olarak da düzenlemiş olduğu bilinmektedir²⁷. Bu bakımdan bu ülkede 2013 yılında yürürlüğe giren 'evlilik eşitliği' yasası, aile ve aile ilişkilerine dair yeni düzenlemelere olanak sağlamaktaysa da²⁸ taşıyıcı gebelik ilişkili ortaya çıkabilecek olan soybağı değişikliklerine ilişkin yasak devam etmektedir²⁹. Fransada'ki kamusal tartışmalar çerçevesinde taşıyıcı gebelik ko-

²¹ Fransız Ceza Kanunu (227-13) (çevrimiçi) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006418045, E.T. 15.08.2024.

²² Örneğin Belçika, DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum, s. 5.

²³ İngiltere bu yönde örnek olarak gösterilmektedir. BEAUMONT, Paul., TRIMMINGS, Katarina, **International Surrogacy Agreements**, Oxford: Hart Publishing, 2013, s. 376.

²⁴ Ukrayna ve Gürcistan bu konuda gösterilen güncel örnekler arasındadır (çevrimiçi) <https://www.ivfconceptions.com/countries-where-surrogacy-is-legal/>, E.T. 15.08.2024.

²⁵ Bu konuda güncel olarak ABD'nin bazı eyaletleri, Kolombiya, Meksika ve Arjantin örnek gösterilir. (çevrimiçi) <https://www.ivfconceptions.com/countries-where-surrogacy-is-legal/>, E.T. 15.08.2024.

²⁶ DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum.

²⁷ Fransız Medeni Kanunu 16-17 (çevrimiçi) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006419302, Fransız Ceza Kanunu 227-13 (çevrimiçi) https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000006418043, E.T. 15.08.2024.

²⁸ (çevrimiçi) <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000027414540/>, E.T. 15.08.2024.

²⁹ (çevrimiçi) <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000027414540/>, E.T. 01.06.2024.

nusunun, “aşılmaması gereken bir kırmızı çizgi”³⁰ olarak kabul gördüğü ifade edilmektedir.

Taşıyıcı gebelik uygulamalarından doğan sorunları bir ölçüye kadar bertaraf eden uygulamalar Birleşik Krallık, Yeni Zelanda, Portekiz, Avustralya, Kanada, Yunanistan, Güney Afrika gibi ülkelerde görülmektedir³¹. Buradaki düzenlemelerde konu olan şey, taşıyıcı gebeliğin ticari bir amaçla yapılmasının yasak olması ve yalnızca özgecil taşıyıcılık uygulamalarına (bazen dolaylı yoldan da olsa) izin verilmesidir. Bazı ülkelerdeki uygulamalar bakımından işaret edilen bir noktaysa, aslında ‘özgecil’ bir taşıyıcı gebelik uygulamasına izin veriliyor olduğu görüntüsü altında, bu gönüllülük yorumunun çok geniş tutulması ve salt gebelik masraflarının çok ötesine geçen ve ticari bir boyuta varan ödemelerin konu olabilmesidir³². Yine de konunun son derece değişken doğası nedeniyle gerek Avrupa ülkeleri gerekse dünyanın geri kalanı için mutlak ve stabil yasak ya da yasallıklardan söz edebilmek güçtür. Zira dünya genelinde de devletlerin kendi ulusal sınırları içinde gerçekleşecek taşıyıcılığa olanak sağlayıp sağlamamaları başka, ulus aşırı taşıyıcılık uygulamalarına göz yumup yummamaları başka konulardır. Bu bakımdan örneğin Çin, uygulamayı yasak kılrsa da bu konuda faaliyet gösteren kliniklerin en fazla sayıda olduğu ülkelerden biri olarak anılmaktadır³³.

Geçmişte taşıyıcı gebelik yöntemine olanak tanımış olan ülkelerinse son yıllarda geri adımlar atmaya başladıkları görülmektedir³⁴. 2000’li yılların başından itibaren taşıyıcı gebelik konusunda on binlerce bebeğin dünyaya gelmesine olanak sağlayan Doğu Asya ülkelerinin, geçtiğimiz yıllarda bu pazarlarını ortadan kaldırmak ya da kısıtlamak yönünde önlemler aldığı bilinmektedir. Örneğin Hindistan, 2012 yılında, önce yeni düzenlemelere tabi tuttuğu uygulamayı 2016

³⁰ MALMANCHE, Hélène, “Relational surrogacies excluded from the French bioethics model: a euro-american perspective in the light of Marcel Mauss and Louis Dumont” **Reproductive biomedicine & society online**, Y. 2020, C. 11, s. 24.

³¹ HORSEY, s. 5.

³² DAVAKI, Konstantina, “Surrogacy Arrangements in Austerity Greece: Policy Considerations in a Permissive Regime, **Babies for Sale: Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction**, Ed. Miranda DAVIES, Londra, Zed Books, 2017, s. 142-159.

³³ SHI, Lei, Suurogacy in China, **Eastern and Western Perspectives on Surrogacy**, Ed. SCHERPE Jens GLYNN, Claire Fenton, KAAN, Terry, Cambridge, Intersentia, 2019, s. 360.

³⁴ “As Demand for Surrogacy Soars More Countries are Trying to ban it” *The Economist*, 2017 (çevrimiçi) [İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi \(İMİHFD\) • Cilt: 9 - Sayı: 2 - Eylül 2024](https://www.google.com/aclk?sa=l&ai=DChcSEwj11fbsi_SHAxXhqWgJHZELfwYABABGgJ3Zg&co=1&case=2&gclid=Cj0KcQjwq_G1BhCSARIsACc7Nx03hRoTSUdH365WLpi271b8i0Uj5fVxjuf5mS9M91xvRvB2mjYMid4aAvyvEALw_wcB&sig=AOD64_0NUe1No20Zzmfih77F1Wau5DTMw&q&nis=4&adurl&ved=2ahUKewiVye3si_SHAxXgQvEDHafqKHwQ0Qx6BAgSEAE, E.T. 15.08.2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

yılında tamamen yasaklamıştır³⁵. Bu kısıtlamalar ve yasaklardaki motivasyonlardan bazıları geçmiş skandalların yarattığı hukuki sorunlar olmuşken, bazı durumlarda bunların ardındaki saikin, taşıyıcılık uygulamalarına başvuran bekâr ya da eşcinsel ebeveynlerin önüne geçmek olduğu belirtilmektedir³⁶. Bir süre öncesine kadar “dünyanın rahmi³⁷” yakıştırması ile anılan bu ülkelerden biri olan Tayland da yakın zamanda yaptığı bir değişiklikle, uygulamayı yalnızca kendi vatandaşları için ve bu kişilerin heteroseksüel ve evli olmaları şartına bağlı olarak sınırlandırma yoluna gitmiştir³⁸. Bu değişimler sonrası, taşıyıcılık pazarının Kamboçya’ya kaymış olduğu, ancak bir süre önce bu ülkede de yasaklanmış olduğu yine yaşanan gelişmeler arasındadır³⁹.

Güncel veriler ışığında halihazırda uygulamaya ticari boyutuyla olanak tanıyan ülkeler: ABD’nin bazı eyaletleri⁴⁰, Meksika’nın bazı eyaletleri, Kolombiya, Ermenistan, Ukrayna ve Gürcistan olarak listelenmektedir⁴¹. Bu noktada, yakın zamana kadar ticari taşıyıcı gebeliğe olanak sağlayan ülkeler arasında listelenmekte olan Rusya’nın, taşıyıcılık yöntemini 1993 yılında bir infertilite tedavi seçeneği olarak devlet destekli yasal bir zeminde ele almış olduğu ancak bunun yakın yıllardaki konservatif devlet politikaları çerçevesinde bir değişikliğe uğradığı da belirtilebilir. 2022 yılı itibarıyla Rusya kendi vatandaşları dışındakiler için uygulamaya başvurmayı yasaklamıştır⁴². Taşyıcılık düzenlemeleri bakımından ilginç bir örnek de İsrail’dir. İsrail, özellikle nüfus politikası konusundaki motivasyonuna da dayanarak, uzun süredir taşıyıcı gebelik konusunu

³⁵ (çevrimiçi) https://prsindia.org/files/bills_acts/bills_parliament/2016/Surrogacy%20bill%20as%20passed%20by%20LS.pdf, E.T. 15.08.2024.

³⁶ SENGUPTA, Ananya, Bigoted Nationalism Enters Womb, **Telegraph India**, 25.08.2016. (çevrimiçi) <https://www.telegraphindia.com/india/bigoted-nationalism-enters-womb/cid/1494660>, E.T. 01.06.2024.

³⁷ (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/article/world/thailand-bans-surrogacy-for-foreigners-in-bid-to-end-rent-a-womb-tourism-idUSKBN0LO078/>, E.T. 15.08.2024.

³⁸ FLORES, Claudia, “Accounting for the Selfish State: Human Rights, Reproductive Equality, and Global Regulation of Gestational Surrogacy”, **Chicago Journal of International Law**, Y. 2023, C. 23, S. 2, s. 413.

³⁹ Surrogacy Ban Lacks Force of Law, **Phom Penh Post**, 04.11.2016 (çevrimiçi) <https://www.phnompenhpost.com/national/surrogacy-ban-lacks-force-law>, E.T. 01.06.2024.

⁴⁰ ABD özelinde uygulamanın yasal olduğu eyaletler konu olabilirken, uygulamayı yasak addeden örneklerde gözetilen hususlardan biri de geleneksel taşıyıcılık yönteminde çocukla biyolojik bağı olan taşıyıcının doğduğu çocuğu ebeveyn adaylarına vermeye zorlanamayacağından hareketlidir. Böylece bazı eyaletler taşıyıcılık sözleşmelerinin yürürlüğe koyulamayacağını düzenlemiştir. Ne var ki bu konuda örnek olarak gösterilen Michigan Eyaleti de yakın zamanda bir değişikliğe gitmiş ve taşıyıcılığı cezai bir konu olmaktan çıkarmıştır. (çevrimiçi) <https://edition.cnn.com/2024/04/01/us/michigan-family-protection-act-paid-surrogacy/index.html>, E.T. 01.06.2024.

⁴¹ (çevrimiçi) <https://surrogacy360.org/considering-surrogacy/current-law/>, E.T. 01.06.2026.

⁴² FLORES, s. 415.

vatandaşları için yasal ve erişilebilir kılmaktadır⁴³. Yakın geçmişte ülkenin Anayasa Mahkemesi, uygulamanın yalnızca heteroseksüel çiftlere ve bekâr kadınlara tanınırken eşcinsel erkeklere tanınmıyor olmasını, eşitlik ilkesine aykırı bularak, parlamentodan bu yönde bir düzenleme yapmasını istemiş ve nihayet 2022 yılı itibarıyla konuya ilişkin olan yasa bekâr erkekleri ve eşcinsel çiftleri de taşıyıcılık uygulamasının faydalanıcıları arasında listelemiştir⁴⁴.

II. TAŞIYICI GEBELİK VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİNDEN DOĞAN SORULAR

Taşıyıcı gebelik olgusunun yalnızca soyut ve kavramsal problemleri değil aynı zamanda uygulamanın taraflarının yaşamlarına etki eden pratik problemleri de ortaya koyuyor oluşu, bu konuda başvurulabilecek insan hakları argümanlarının da çeşitliliği sonucunu doğurmaktadır. Bir başka ifadeyle, bu uygulamanın farklı taraflarının bulunması, söz konusu taraflar bakımından, sürecin farklı aşamalarında, farklı insan haklarının ileri sürülebilmesine neden olmaktadır. Bu noktada, gerek literatürde taşıyıcı gebelik tartışmaları çerçevesinde konu edinilen konu ve olaylar göz önüne alındığında gerekse sınırlı sayıdaki bölgesel yargı organlarının içtihatları değerlendirildiğinde akla ilk gelenler: Özel ve aile hayatına saygı hakkı, evlilik ve aile kurma hakkı, işkence ve kötü muamele yasağı, üreme sağlığı ve beden bütünlüğü hakkı ve ayrımcılık yasağı gibi haklar olmaktadır. Şüphesiz bu başlıklardan her biri ve bunların barındırdığı teorik tartışmalar başlı başına birer irdeleme konusu olmaya müsaittir. Bu çalışmada daha yalın bir sınıflandırmayla yol alınarak, taşıyıcı gebelik sözleşmesinin taraflarından hareketle ileri sürülebilecek haklar açısından bir değerlendirme yapılacaktır.

Öte yandan belirtmek gerekir ki salt bireysel haklar yaklaşımına dayalı olan insan hakları düşüncesi ve hukukunun, birden fazla bireyin bir araya gelmesiyle ortaya çıkan ve komplike bir olgu olan taşıyıcı gebelik pratiğine istikrarlı, yalın ve mutlak olarak çözüm getiren bir tutum ortaya koyabilmesini ummak güçtür. Mevcut insan hakları argümanları, taşıyıcı gebelik konusundan doğan sorunlar karşısında, tüm taraflar açısından bir denge gözetebilecek olmakla birlikte, nihayetinde ancak uygulamanın taraflarından birinin menfaatinden yana olumlu ya da olumsuz bir yanıt verebilecektir. Bu konudaki argümantasyonu sınırlı

⁴³ TEMAN Elly, "Surrogacy in Israel: State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control" **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**, ed. E. Scott Sills, Cambridge University Press, 2016, s. 165-167.

⁴⁴ (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/world/middle-east/israels-supreme-court-rules-favour-same-sex-couplesurrogacy-rights-2021-07-11/>, E.T. 15.08.2024.

kılan bir diğer nokta da taşıyıcı gebelik pratiğinden doğan sorunların insan hakları organlarının gündeminde yerini almasının görece yakın tarihli oluşudur⁴⁵. Zira Birleşmiş Milletler (BM) düzeyindeki insan hakları koruma mekanizmaları bakımından konunun yakın tarihlerde gündeme gelmeye başladığı ancak bu konuda henüz net bir tutum ve yaklaşımın bulunmadığı gözlemlenmektedir. Uluslararası insan hakları metinlerinde taşıyıcılık konusunu doğrudan ve açıkça ele alan bir sözleşme maddesinden söz etmek mümkün değilse de⁴⁶, konunun doğal olarak çocuk hakları ve kadın hakları koruma mekanizmalarına bağlı organlar dahilindeki faaliyet ve raporlarda ele alındığı belirtilebilir. Bu konudaki ilk işaretler on yıl kadar önce Çocuk Hakları Komitesi'nin ülke izleme raporlarında, özellikle ABD, Meksika ve Hindistan'daki taşıyıcılık uygulamalarına ilişkin vurguyla başlamış görünmektedir⁴⁷. 2018 yılında, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, BM Nüfus Fonu ve Dünya Sağlık Örgütü gibi çeşitli kurumlar tarafından Bangkok'ta gerçekleşen taşıyıcı annelik ve insan hakları konulu toplantı bu yöndeki somut adımlar için bir başka başlangıç noktası olarak işaret edilebilir. Konunun daha açık ve tarafgir bir tutumla BM nezdinde görünür olmasıysa, çocuk ticaretinin önlenmesi konusundaki BM Özel Raportörü'nün 2018 ve 2019 yıllarındaki raporlarıyla gündeme gelmiştir⁴⁸.

A. Taşıyıcı Gebelik Yapan Kadınlar Bakımından Konu Olabilecek İnsan Hakları Argümanları

Günümüzde gelişen farklı teknikler sayesinde, fetüsün genetik olarak kendisiyle hiçbir bağı bulunmayan kişilerin rahimlerinde taşınabilmesi olgusu, konuya ilişkin feminist yaklaşımlar bakımından da farklı bakış açılarının doğmasına neden olmuştur. Zira 20. yüzyılın ikinci yarısı itibarıyla bu yöndeki bazı yaklaşımlar, annelik olgusuna ilişkin pratiklerden bazılarının kadınların toplumsal hayata katılımı ve özgülleşmesinin önünde bir engel olduğuna işaret eder-

⁴⁵ Bu husus destekli üreme sistemleri çerçevesinde taşıyıcı annelik konusunun arizi olarak daha önce bölgesel ve uluslararası örgütlerin politika ve tavsiye kararlarında belirmediği anlamına gelmez. Burada ifade edilen nokta taşıyıcı gebelik konusunun bizzat uluslararası insan hakları hukukunun araçları olan sözleşme ve yumuşak hukuk belgeleri tarafından yakın zamanda gündeme gelmiş olmasıdır.

⁴⁶ Avrupa Konseyi araçları açısından da taşıyıcı gebeliği yeknesak bir biçimde ele alan tek bir tanımdan söz etmek mümkün değildir. Konuyu dolaylı olarak ele alan farklı rapor ve tavsiye kararlarda bir tanım birliğine rastlanıldığı da söylenemez. Nitekim Konsey kapsamında biyoetik ve insan hakları ilişkisini konu edinen, bağlayıcı bir sözleşme olan ve Oviedo Sözleşmesi olarak bilinen sözleşme taşıyıcı gebelik konusuna ilişkin bir düzenlemeye sahip değildir.

⁴⁷ CRC/C/OPSC/USA/CO/2, para. 29; CRC/C/IND/CO/3-4, para. 57; CRC/C/MEX/CO/4-5, para. 69; CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, para. 24; CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, para. 28.

⁴⁸ Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, 15.01.2018, A/HRC/37/60; A/74/162.

ken⁴⁹; gebelik, doğum yapma, emzirme gibi faaliyetlerin kaçınılmaz olarak kadınsal birer eylem olduğuna, ancak doğumun akabindeki süreçte konu olan bakım ve ‘annelik emeği’nin farklı bir sürece işaret ettiğine vurgu yapmıştır⁵⁰. Bununla birlikte, her ne kadar infertil kadınların ve biyolojik yollarla çocuk sahibi olamayan diğer çiftlerin ebeveyn olma istekleri bakımından olumlu bir seçenek olarak belirse de bu yöntem, halihazırda, ancak yine bir başka kadının bedeni ve dokunulmazlığı üzerinden gerçekleştirilen bir uygulama olarak var olmaktadır⁵¹. Bu doğrultuda, bu pratiğin kadın bedenini araçsallaştırdığı⁵², kadının otonomisine ve insan onuruna yönelik bir tehdit olduğu⁵³, bir tür kölelik biçimi olduğu⁵⁴ yönünde argümanlar olduğu kadar; bu yöntemin kadınları (gerçekten özgür iradeleri ile olduğu varsayımında) kendi bedenleri üzerinde tercihlerde bulunabilme imkânı tanımak yoluyla özgürleştirdiği⁵⁵ ya da bir tür cinsiyet dayanışması örneği⁵⁶ olduğu yönünde argümanlar da yer bulmaktadır. Bu çalışmanın kapsam ve sınırları bakımından bu tartışmaları derinlemesine serimlemek mümkün olmasa da feminist yazın bakımından konunun ağırlıklı kadınlar açısından yarattığı dezavantajlar ve hak ihlallerine odaklandığı söylemek yanlış olmayacaktır.

1. Taşıyıcı Gebelik Sözleşmelerinin Niteliği ve Bunların Tarafı Olmak Bakımından Doğan Sorular

Taşıyıcı gebelik ve kadının insan hakları ilişkisi, şüphesiz yukarıda işaret edilen farklı yaklaşımlar çerçevesinde, farklı sorunsallaştırmalara konu olabilecektir. Olgunun insan hakları bakımından uyandırdığı soru işaretlerinden ilki, bir kadının, ticari bir taşıyıcı gebelik sözleşmesinde yer almak yönündeki giri-

⁴⁹ FIRESTONE, Shulamith, **The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution**, William, Morrow and Co., 1970, s. 72.

⁵⁰ RUDDICK, Sarah, **Maternal Thinking: Towards a Politics of Peace**, Beacon Press, 1989, s. 42.

⁵¹ CORRADI, Consuelo, “Motherhood and the Contradictions of Feminism: Appraising Claims Towards Emancipation in the Perspective of Surrogacy”, **Current Sociology**, Y. 2021, C. 69, S. 2, s. 159, 165.

⁵² Hindistan’da yapılan taşıyıcılık sözleşmelerinin büyük çoğunluğunda taşıyıcının hayati tehlike arz eden bir hastalığa yakalanması durumunda, yaşam destek ünitelerine bağlanarak çocuk doğana kadar hayatta tutulacak olması şartının yer aldığı belirtilir. UKELES, Laufer Pamela, “Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy”, **Ind LJ**, Y. 2013, C. 88, s. 1268.

⁵³ BANDELLI, Daniela, “Feminism and Gestational Surrogacy: Theoretical Reconsiderations in the Name of the Child and the Woman”, **Italian Sociological Review**, Y. 2019, C. 9, S. 3, s. 348, 353.

⁵⁴ ALLEN, “Anita L., Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Y. 1990, C. 13, s. 140.

⁵⁵ PANDE, Amrita, **Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India**, New York, Columbia University Press, 2014, s. 203, 205.

⁵⁶ JACOBSON, Heather, “The Labor of Love: Gestational Surrogacy and the Work of Making Babies”, New Jersey, **Rutgers University Press**, 2016, s. 91, 92, 113.

şiminin yasalarca engellenmesinin, herhangi bir insan hakkı normuyla korunup korunamayacak oluşudur. Bir başka ifadeyle, kadınların taşıyıcı gebelik yapmalarının yasalarla engellenmesi karşısında, onlara bu güvenceyi sağlayabilecek bir insan hakkının varlığından söz edilebilecek midir? Bu noktada, insan haklarını, içinden elverişli olanın seçip beğenilebileceği renkli bir katalog olarak düşünmekten öte, bu hakların temelinde yatan ve onlara meşruiyet sağlayan değer ve kavramlarla birlikte ele almak gerekeceği aşikârdır⁵⁷. Dolayısıyla bu soruyu yanıtlarken iki farklı temel argümanın değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu argümanlardan ilki, taşıyıcı gebelik pratiğinin kadınların halihazırdaki eşitsiz konumunu pekiştirerek, kadın bedenini metalaştırdığı ve bu pratiğin -büyük oranda belirli toplumsal ekonomik şartların yokluğu halinde başvurulmuş bir seçenek olması itibarıyla- taşıyıcı kadının bu yöndeki rızasının hiçbir zaman tam olarak ‘özgür bir rıza’ olarak kabul edilemeyeceği⁵⁸ yönündeki argümandır. Gözetilebilecek bir diğer argüman ise, ticari taşıyıcı gebelik uygulamasının, bazı kadınların hem bireysel ekonomik durumlarını hem de kendi aralarındaki dayanışmayı artırdığı ve böylelikle onları özgürleştiren bir uygulama olduğu iddiasıdır⁵⁹. Benzer biçimde, ticari taşıyıcı gebelik anlaşmaları çerçevesinde kadınlara yapılan ödemelerin niteliği değerlendirilirken, bu ödemelerin kadınları metalaştırdığı ve insanlık onurlarını ihlâl ettiği yönündeki argümanlar dikkate alınabileceği kadar, bu yönde bir ödemedir mahrum bırakılmalarının ya da yeteri kadar ödeme almamalarının da yine bir emek sömürsü nesnesine dönüşmelerine neden olacağı argümanları gözetilebilecektir⁶⁰. Öte yandan bu teorik argümanlar, hâlihazırda pratiğin uygulanışının önünde bir engel olarak yer almadığı gibi, ticari taşıyıcı gebelik sözleşmesinin taraflarının reel sorunlarında başvurulabilecek insan haklarının neler olacağı konusunda da tek başına yol gösterici olamayacaktır. Bir başka ifadeyle, günümüzde ticari taşıyıcı gebelik pratiğiyle ilişkili insan hakları sorunları, aynı zamanda, pratiğin ahlâken doğruluğu ya da yanlışlığı konusunun ötesindeki bir gerçeklik alanıyla da ilintilidir.

Nitekim mevcut paradigmada da bu soruların yanıtları, aslında kadınlar tarafından değil, düzenlemeyi olanaklı kılan ya da yasaklayan devletler tarafından

⁵⁷ Bu konuda bir argüman için bkz. ERGAS, Yasmine, “Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy”, *Emory International Law Review*, Y. 2013, C. 27, S. 1, s. 151.

⁵⁸ SATZ, Debra, *Why Some Things Should not be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Oxford Uni. Press, 2010, s. 96, 130.

⁵⁹ JACOBSON, s. 91.

⁶⁰ WILKINSON Stephen, “The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy” *Bioethics*, Y. 2003, C. 17, S. 2, s. 172.

verilmektedir. Yakın geçmişte bazı devletler taşıyıcı gebelik yapan kadınları insan kaçakçılığıyla suçlayabilmiş, cezalandırabilmiş ve kimi durumlarda dünyaya gelen çocukları büyütmeyle zorlayabilmiştir⁶¹. Bu bakımdan uygulamaya yönelik var olan düzenleme ya da yasakların, kişilerin haklarını gözetmekten öte, devletlerin biyo-politik ajandaları, nüfus ve milliyetçilik politikaları gibi motivasyonlarla ya da sağlık turizmi ekonomisi gibi kaygılarla kaleme alındığı düşünülmektedir⁶². Bu noktada akla gelen bir diğer soru da taşıyıcılık düzenlemesini yasak adedenden devletlerin bu yönde bir devlet ahlâkını savunurken ne noktada piyasanın işleyişine göz yummayı seçtikleridir. Örneğin Türkiye 2010 yılında üçüncü taraflardan üreme desteği almak yönünde seyahat etmeyi yasaklayan ilk yasal düzenlemeye imza atmıştır⁶³. Öte yandan bugün online arama motoruna ‘taşıyıcı annelik’ yazıldığında onlarca seçenekle karşılaşılması bu politika dahilinde bazı soru işaretleri uyandırmaktadır. Devletlerin ideal ve pratik arasındaki bu gibi iki yönlü politikaları nedeniyle, taşıyıcı gebelik bağlamında konu olabilecek hakların korunmasında ve bu haklardan yararlanmada küresel bir eşitliğin sağlanabilmesi için, insan hakları ışığında global düzenlemelere ve iş birliğine ihtiyaç duyulduğu yönündeki argümanlar giderek görünüm bulmaktadır⁶⁴.

Bu tartışmalar ışığında uluslararası insan hakları güvenceleri bakımından ticari anlamda taşıyıcı gebelik yapmak isteyen kadınlar açısından başvurulabilecek haklar arasında ilk akla gelenler kadınların üreme özerkliği ve özel hayata saygıyla ilgili olan haklardır. Taşıyıcı gebelik yapan kadınların, özellikle az gelişmiş ülkeler konu olduğunda, genellikle eğitimsiz ve yoksul kimseler olduğu⁶⁵ yönündeki verilere ek olarak aynı zamanda bazı ülkelerde de kendi sosyal çevrelerinden ve ailelerinden dışlanmaları ve bu tercihleri nedeniyle damgalan-

⁶¹ 2016 yılında Kamboçya’da yaşananlar bunun bir örneğidir. Bu konudaki anlatılara erişmek için bkz: (çevrimiçi) <https://newnaratif.com/a-surrogate-family-and-the-law-that-criminalised-them/>, E.T. 01.06.2024.

⁶² Örneğin Rusya yakın bir geçmişte uygulamayı kendi vatandaşları dışındakilere yasaklarken başka ülkelerin nüfus problemlerini çözmenin Rusya’nın sorunu olmadığını belirtmiştir. (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/world/russias-duma-passes-bill-banning-surrogacy-foreigners-2022-12-08/>, E.T. 01.06.2024.

⁶³ GURTİN, Zeynep B., “Banning Reproductive Travel: Turkey’s ART Legislation and Third-Party Assisted Reproduction”, **Reproductive BioMedicine Online**, Y. 2011, C. 23, s. 556.

⁶⁴ FLORES, s. 396.

⁶⁵ ELFERS, Isa, “Alienation, Commodification, and Commercialization: A Feminist Critique of Commercial Surrogacy Agreements Through the Lens of Labor Exploitation and U.S. Organ Donation Law”, **Hastings Journal on Gender and the Law**, Y. 2022, C. 33, S. 2, s. 171; PANDE Amrita, “Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker”, **WOMEN CULTURE & SOC’Y**, Y. 2010, C. 35, s. 971.

maya maruz kalıyor olmaları⁶⁶ gerçeği, taşıyıcı gebelik konusunun tıpkı diğer bedensel emeğe ilişkin işlerde olduğu üzere, yasal bir çalışma biçimi olarak ele alınması gerektiğini düşündürmektedir. Bu bakımdan şu ya da bu nedenden dolayı ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinin tarafı olan kadınlara yönelik var olan önyargı ve ayrımcılık pratiklerini bertaraf etmek adına, taşıyıcı gebeliğin meşru bir bedensel emek biçimi olarak ele alınması ve bu sözleşmelerden doğan borç ve ödeme ilişkilerinin çalışma hayatını güvence altına alması gereken haklarla desteklenmesini öneren yaklaşımlar bulunmaktadır⁶⁷. Ne var ki mevcut uluslararası hukuk standartları bu konuyu ele almak adına yeterli bir noktada değildir. Oysa taşıyıcı gebelik, ekonomik haklar söylemi içinde ‘üreme emeği’ yönünde bir emekle ilişkilendirilebilecek olduğunda, geleneksel iş ve işçi hakları bağlamında kategorize edilebilecektir. Bu sağlandığı takdirde bazı yazarlara göre konunun Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 183 sayılı Anneliğin Korunması Sözleşmesi de dahil olmak üzere farklı ekonomik insan haklarıyla desteklenebilmesi olasıdır⁶⁸. Şüphesiz bu öneri taşıyıcı gebelik uygulamasının barındırdığı etik problemlere rağmen var olduğu ve var olmaya devam edeceği gerçeği karşısında öne sürülen bir yaklaşımdır. Öte yandan konunun salt bir sözleşme özgürlüğü kapsamında ele alınmasının sakıncalarına işaret eden görüşler, bu özgürlüğün kapsamının bir ‘hizmet alışverişini’ konu edinirken aynı zamanda insan onuru ve kişinin gelişimi gibi toplumsal kaygıları da esas alması gerektiğine dikkat çekmeye devam etmektedir⁶⁹.

2. Taşıyıcı Gebelik Sözleşmeleri Bakımından Kadının Üreme Özerkliği Konusundan Doğan İnsan Hakları Soruları

Taşıyıcı gebelik yapan kadınlar açısından bu sözleşmelerin içinde yer aldıkları sonra karşılaşılan insan hakları sorunlarıysa, daha somut ve aciliyet arz eden konulara ilişkindir. Zira tüm bu konular, söz konusu ‘hizmetin’ bedensel bir zeminde sunuluyor olması nedeniyle, kadınların özerklik alanları ile ilgilidir. Örneğin taşıyıcı kadının gebeliği süresince yaşam biçiminin düzenlenmesi ve kısıtlı bir diyet tabii olması zorunluluğu, ebeveyn adayları tarafından fetüsü seçmeyi ve azaltmayı ya da olası gelişimsel bozukluklar nedeniyle gebeliğe son vermeyi ola-

⁶⁶ KHVOROSTYANOV Natalia., YESHUA-KATZ, Daphna, “Bad, Pathetic and Greedy Women: Expressions of Surrogate Motherhood Stigma in a Russian Online Forum”, *Sex Roles*, Y. 2020, C. 83, s. 475.

⁶⁷ DANIELOWSKI, Lauren, Reproduction as Work: Addressing a Gap in Current Economic Rights Discourses, *Health and Human Rights Journal*, Y. 2023, C. 25, S. 2, s. 35.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ ALLEN A. Adeline, “Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human” *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Y. 2018, C. 41, s. 774.

naklı kılan hükümler ve bazı durumlarda da taşıyıcı gebenin kürtaja erişiminin engellenmesi gibi şartların hayata geçirilmesi⁷⁰, insan hakları boyutuyla soru işaretleri uyandırmaktadır. Bu konuda insan hakları güvenceleri bağlamında ilk akla gelen haklar, taşıyıcının sağlık hakkı ve beden bütünlüğü, insanlık dışı ve kötü muameleye uğramama hakkı, özel ve aile hayatına saygı gibi haklar olacaktır⁷¹.

Öte yandan taşıyıcı gebeliğin, tanım itibarıyla, bir kadının başkası için çocuk dünyaya getirmek yönündeki irade ve eylemi olduğu kabulü, taşıyıcı gebenin fetüsle olan ilişkisindeki rolü ve belirleyiciliği konusunda etik ve hukuki soru işaretlerini uyandırmaktadır⁷². Bir başka ifadeyle, şayet taşıyıcı gebelik bir başkası için sunulan ve bir sözleşme çerçevesinde gerçekleşen biyolojik bir hizmetten ibaretse, bu takdirde bu hizmetin konusu olan fetüsün yaşam hakkı ve buna etki edecek etmenler üzerinde tasarrufta bulunabilecek olan tarafın da ebeveyn adayları olabileceği yönünde bir argüman belirmektedir⁷³. Söz konusu argüman, ebeveyn adaylarının bilhassa fetüsle genetik bir bağının bulunduğu gestasyonel gebeliklerde gündeme gelmektedir. Dolayısıyla bu savunu, ebeveyn adaylarının, taşıyıcı kadının fetüsle ilişkisinden doğan beden bütünlüğüne karar vermek yönünde bir hakka sahip olabilecekleri yönünde bir argümanı da gündeme getirmektedir⁷⁴. Ticari taşıyıcılık sözleşmelerinden bazıları, taşıyıcı gebelerin tek taraflı olarak kürtaja erişimini kısıtlarken, ebeveyn adaylarına fetüs seçimi ve azaltımı konusunda da haklar tanımaktadır⁷⁵. Nitekim, farklı ülke örneklerinde, doğacak çocuğun cinsiyetinin dahi gebeliği sonlandırmak yönünde bir gerekçe olarak hükme bağlandığı ve ebeveyn adaylarının bu nedenlerle sıklıkla kürtaja başvurulmasını istediği aktarılmaktadır⁷⁶.

Diğer yandan yazarlar, her ne kadar bu yöndeki hükümler sözleşmelerde yer alabilse de, mevcut anayasal güvenceler ışığında bunların uygulanabilir

⁷⁰ UKELES, s. 1268.

⁷¹ AİHM bakımından da üreme sağlığı, destekli üreme sistemlerine erişim, kişilerin ebeveyn olmak ya da olmamak yönündeki niyetleri, kürtaja erişim ve sterilizasyon gibi konular AİHS'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı maddesi çerçevesinde koruma bulmaktadır.

⁷² METİN, s. 34.

⁷³ WALKER Ruth, Van Zyl Liezl, "Surrogate Motherhood and Abortion for Fetal Abnormality" *Bioethics*, Y. 2015, C. 29, s. 532.

⁷⁴ NAHIGIAN, Vanessa, "Procreative Autonomy in Gestational Surrogacy Contracts", *Loyola of Los Angeles Law Review*, Y. 2019, C. 53, S. 1, s. 238.

⁷⁵ FORMAN, L. Deborah, "Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study", *Family Law Quarterly*, Y. 2015, C. 49, S. 1, s. 34.

⁷⁶ Bu konuda güncel örnekler Çin'deki sözleşmelerden gelmektedir. ZHAO, Yue, "Protection of rights and legal remedies for surrogate mothers in China" *Humanit Soc Sci Commun*, Y. 2023, C. 10, s. 824.

olmadığını belirtmektedir⁷⁷. Bu bakımdan bu hükümlerin varlığının olası etkisinin olsa olsa doğan zararların tazminiyle sınırlı olacağına işaret edilmektedir⁷⁸. Bu hükümler dünyanın farklı ülkelerindeki sözleşmelerde yer bulabilse ve pratikte kadınların özgür iradeleri olmaksızın icra ediliyor olsa da günümüz insan ve kadın hakları mücadelesinin kat ettiği yol, mevcut güvence ve standartlar akılda tutulduğunda açık birer insan hakkı ihlâli niteliğindedir. Zira kadınların kendi bedenlerini ve üreme fonksiyonlarını ilgilendiren konularda otonom tercihlerde bulunmaları eşitlik ilkesi, mahremiyet, fiziksel ve psikolojik bütünlük gibi hakların güvencesi kapsamında gözetilen temel bir kabuldür⁷⁹. O halde bu noktada konu, kürtajın, ister olağan isterse taşıyıcı bir gebelikte olsun, kadının “yabancılaşmadığı⁸⁰” ve kişilik hakkı ve otonomisi gereği bir sözleşmeyle vazgeçemeyeceği türden bir hak olması tartışmaları bağlamında ele alınacaktır.

Ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinden doğan bu türden sorunlara ilişkin örnekler, özellikle bu sözleşmelerin yaygın olduğu Kuzey Amerika özelinde yaşanmış olaylarda, yargı organları önünde konu olmaktadır⁸¹. Ne var ki bu olayların detayları ve buna bağlı tartışmaların ayrıntılarını burada konu edinmek olanaklı değildir⁸². Bu olaylarda konu olan şeylerden bazıları, kimi durumlarda fetüsün gelişimsel bir anomaliye sahip olması nedeniyle dünyaya gelmesinin önlenmek istenmesi ve böylece taşıyıcı kadının gebeliği sonlandırmaya zorlanması ve bunun sağlanmadığı hallerde dünyaya gelen çocuğun akıbeti ve hukuki ebeveynlik ilişkisinin belirlenmesi⁸³ kimi durumlardaysa ebeveyn adaylarının sırf çocuğa sahip

⁷⁷ ROSENBERG, Meryl B, “Critical Legal Considerations for All Parties to Surrogacy Arrangements”, **Fam. Adv.**, Y. 2011, C. 34, s. 23, 24.

⁷⁸ FORMAN, s. 35.

⁷⁹ “Women’s Autonomy, Equality and Reproductive Health in International Human Rights: Between Recognition, Backlash and Regressive Trends” **CEDAW Position Paper** by the Working Group on the issue of discrimination against women in law and in practice, 2017, s. 1, 5, 7 (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WG/WomensAutonomyEqualityReproductiveHealth.pdf>, E.T. 01.06.2024.

⁸⁰ Bu noktada kürtajın “yabancılaşılması mümkün olmayan” ve bu nedenden dolayı “kendisinden vazgeçilmesi mümkün olmayan” türden bir hak olduğunu belirten yazarlar, bunu taşıyıcı annenin kişilik hakkı ve otonomisi ile değerlendirmişlerdir. METİN, s. 34, 35.

⁸¹ Örneğin Kaliforniya Yüksek Mahkemesi 1993 yılında “gestasyonel” taşıyıcılık sözleşmelerinde yer alan hükümlerin bağlayıcı olduğu konusunu ve bunların kamu yararını tehdit etmediğini ilk kez Johnson v Calvert kararında ortaya koymuştur. SAKIMURA, Catherine, “Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (1993)”, **Feminist Judgments: Reproductive Justice Rewritten** (ed. Mutcherson, Kimberly M) Cambridge University Press, 2020. s. 124.

⁸² Bu olaylardan bazılarını ve konunun Türk Ceza Hukuku bakımından olası bir değerlendirmesini ele alan bir çalışma için bkz. İLTAŞ, s. 1011.

⁸³ (çevrimiçi) <https://edition.cnn.com/2013/03/04/health/surrogacy-kelley-legal-battle/index.html>, E.T. 15.08.2024.

olmaktan vazgeçmek yönündeki istemleri nedeniyle gebeliğe son vermek istemele-ri ya da dünyaya gelen çocuğu kabullenmek istemeyişleridir⁸⁴. Belirtildiği üzere kadının insan hakları bakımından taşıyıcı gebelik sözleşmelerinde yer alabilen kürtaja erişimi engelleyici ya da buna zorlayıcı hükümlerin niteliği aslında tartışmaya fazla yer bırakmayacak nitelikte açık birer insan hakkı ihlâli niteliğindedir. Nitekim bu yorumu destekleyen görüşler de kadının herhangi bir sözleşmeyle kendi bedenine ve sağlığına ilişkin kontrolü bir başkasına devredecek olması konusunun bir tür kölelik sözleşmesi olacağını ve böylesi bir sözleşmenin toplum değerleri bakımından korunmaya değer olmadığını belirtmektedir⁸⁵. Taşıyıcı gebelik sözleşmelerini yasal addeden eyaletler özelinde bu konuyu ele almış olan farklı yazarlarsa, kürtaj ve mahremiyet arasındaki ilişkinin gözetilmiş ve mahremiyet hakkının öncelenmiş olduğu yüksek mahkeme kararlarından hareketle, gebe kadın ve ebeveyn adayları arasında kürtaj konusunu gündeme getiren ve sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlık olacak olması halinde, sözleşmenin şartlarından bağımsız olarak, anayasal güvencelerin devreye gireceğine işaret etmektedir⁸⁶.

Kürtaja erişim önündeki genel engel ve yasaklarına, AİHM tarafından bu güne kadar gerek özel hayatı koruyan 8. madde gerekse işkence, insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağını konu edinen 3. madde bağlamında gözetildiği bilinmektedir⁸⁷. Mahkeme, ulusal yasaların olanak sağladığı durumlarda kürtaja erişim konusunun salt teorik değil somut bir hak olması gerektiğini özellikle vurgulamıştır⁸⁸. Yukarıda konu edilen soru taşıyıcı gebelik bağlamında ve ebeveyn adayları bakımından düşünülecek olduğundaysa, Mahkeme'nin geçmişte İtalyan yasalarının gebeliğin ilk 12 haftasında yalnızca annenin iradesiyle sona erdirebilmesinin aile kurma hakkı önünde bir engel olarak yer aldığını iddia eden bir başvuruyu kabul edilemez buluşu hatırlatılabilir⁸⁹. Bunun ötesinde kişilerin kendileriyle genetik bağa sahip bir çocuğa sahip olabilecek şekilde üremek istemeleri konusu, bugüne kadar AİHM'nin önüne embriyoyu konu edinen bir kaç dava aracılığıyla gelmişse de zaten sınırlı sayıda olan taşıyıcı gebeliğe iliş-

⁸⁴ (çevrimiçi) <https://www.theatlantic.com/health/archive/2016/02/surrogacy-contract-melissa-cook/463323/>, E.T. 15.08.2024.

⁸⁵ WALKER, s. 532.

⁸⁶ NAHIGIAN, s. 255.

⁸⁷ Örneğin Tysiac v Polonya, Başvuru No. 5410/03, 24.09.2007; A, B ve C v İrlanda, Başvuru No. 25579/05, 16.12.2010; RR v Polonya, Başvuru No. 27617/04, 28.11.2011.

⁸⁸ AİHM, RR v Polonya, Başvuru No. 27617/04, 28.11.2011 (çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-104911%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-104911%22]}) E.T. 15.08.2024.

⁸⁹ AİHM, Boso v İtalya, Başvuru No. 50490/99, 05.09.2002 (çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-23338%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-23338%22]}), E.T. 15.08.2024.

kin yakın tarihli başvurularında fetüs ve kürtaj konusu Mahkeme gündemine gelmemiştir. Konsey üye ülkeleri arasında ticari taşıyıcı gebelik uygulamasını olanaklı kılan az sayıda ülke olması, Mahkeme'nin kürtaj ve taşıyıcı gebelik ilişkisi konusunda olası bir davayla karşılaşmasını ve bu konuda potansiyel ebeveynlerden gelecek itirazları ele alabilmesi ihtimalini azaltmaktadır.

Taşıyıcı gebelik sözleşmeleri, ebeveyn adaylarının kendileriyle genetik bağına sahip olabilecek bir çocuğa sahip olabilmeleri yönündeki tek yöntem olsa dahi, bu nokta taşıyıcı gebe kadının sağlık ve bedensel özerkliğinden daha önemli bir argüman olarak yöneltilemeyecektir⁹⁰. Bu bakımdan üremek ve bu yolla bir aile kurmak söz konusu olduğunda, bunun bir ölçüde insan hakları bakımından güvence altına alınmış bir hak olduğundan söz edebilirken, kişilerin doğal olmayan yollardan ve mutlaka kendileriyle genetik bağına sahip bir çocuğa sahip olabilmeleri yönünde mutlak bir hakkın varlığından söz edilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki bu istemi gerçek kılabilmek adına bu yöndeki yardımcı üreme teknolojilerine erişim hakkı başkaca bir tartışma noktasıdır. AİHM her ne kadar *Evans v. Birleşik Krallık* kararında, kişinin geçmiş partneriyle oluşturduğu embriyoları kullanmak yönündeki istemini, genetik ebeveynlik istemine ilişkin arz ettiği önem nedeniyle özel hayata saygı bağlamında ele alabilmişse de söz konusu olan başkalarının özel hayat ve mahremiyete ilişkin haklarının gözetilmesi olduğunda, bu ilk menfaatin dengelenmesi ve ikincil planda olması gereğinden yana bir tutum ortaya koymuştur⁹¹.

Ticari taşıyıcı gebelik sözleşmesinin tarafı olan kadınlar açısından yukarıda anılan konular çerçevesinde dünyanın farklı ülkelerinde de yakın geçmişte bir dizi hak ihlâlinin yaşanmış olduğuyusa bilinmektedir. Örneğin Hindistan'a ilişkin çalışmalar, geçmişte taşıyıcıların bulunması için görev yapan simsarların, köylere giderek potansiyel adaylara ilgili klinikler konusunda bilgi verdiklerine ve okuma yazma oranı düşük olan bölgelerde yapılan sözleşmelerin içerikleri bakımından ciddi insan hakları sorunlarını barındırdığına işaret etmektedir⁹². Bu konuda ses getirmiş olan bir başka örnekte yine Hindistan'da yapılan bir taşıyıcılık sözleşmesinin tarafları olan Japon çift, hamileliğin sekizinci ayında boşanmaya karar vererek doğacak çocuğu istemediklerini belirtmişlerdir. Son derece komplike bir seyir

⁹⁰ ROSENBERG, s. 24; AİHM'in bu yöndeki yaklaşımı yaklaşımını *Boso v İtalya* kararında da görmek mümkündür.

⁹¹ AİHM, *Evans v. Birleşik Krallık*, Başvuru No. 6339/05, 10.04.2007 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-80046%22%5D%7D>, E.T. 15.08.2024.

⁹² CHOUDRY, Cyra Akila, "Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation", *Oxford Handbook Topics in Law*, 2016 (çevrimiçi) <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935352.013.38>, E.T. 01.06.2024.

izleyen olayların ve bir dizi davanın sonucunda Hindistan'da dünyaya gelen çocuğa ancak insani gerekçelerle bir vize sağlanabilmiş ve babalık bağı ancak Japonya'da aranma yoluna gidilebilmiştir⁹³. Uygulamanın yeterince iyi düzenlenmediği ve yasal boşlukların olduğu ülkelerde, taşıyıcılık sözleşmelerinden doğan yükün taşıyıcı annelere yüklendiği ve bu kişilerin cezalandırılarak dünyaya gelen çocukları büyütme zorlandığı trajik örnekler cereyan edebilmiştir⁹⁴. Tüm bu nedenler dolayısıyla bazı yazarlar ısrarla taşıyıcılığın yasaklanması yönündeki düzenlemelerin, aslında kadınları insan kaçakçılığı ve emek sömürüsü bakımından daha kırılğan pozisyonlara taşıdığına işaret edilmektedir⁹⁵.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Engellenmesi Sözleşmesi Komitesi'nin, konuyla ilgili doğrudan görüşlerini ise ancak 2019 yılında, Kamboçya'nın periyodik raporuna ilişkin sonuçlarında bulmak mümkündür⁹⁶. Uluslararası STÖ'lerin bu yöndeki girişimlerinin de etkisiyle raporda taşıyıcı gebelik yapan kadınlar bölümüne ayrı bir başlık ayıran Komite, ülkede 2016 yılında her türlü taşıyıcı anneliği suç sayan bir karar alınmasından bu yana, "taşıyıcı annelik yapan 60'tan fazla kadının tutuklanmasından" duyduğu endişeyi dile getirmiştir. Komite, ayrıca "bazı kadınların hamileliğe devam etmelerine zorlanmalarını ve taşıyıcı annelik yaptıkları çocukları 18 yaşına gelene kadar kendi çocukları gibi yetiştirmeleri şartıyla kefaletle serbest bırakılmalarını" konu edinecek, bu yönde bir yükümlülüğün bu kadınların daha en başında taşıyıcı annelik yapmalarına neden olan güvencesiz durumlarını pekiştirdiğine, bunun toplumsal bir ayrımcılık ve damgalanma durumu yarattığına işaret etmiştir⁹⁷.

B. Ebeveyn Adayları ve Sosyal Ebeveynler Açısından Konu Olabilecek İnsan Hakları Argümanları

Üreme haklarının insan hakları olarak tanınım kabul bulmasında, büyük oranda, bu yöndeki kısıtlayıcı politikaların rol oynadığı bilinmektedir. Zira devletlerin ekonomik kalkınma hedefleri ve ulus inşası adına olan kısıtlayıcı nüfus politikaları, geçmişte zorunlu kısırlaştırmalara ve kürtajlara yol açabildiği gibi

⁹³ (çevrimiçi) <https://www.independent.co.uk/news/world/asia/surrogate-baby-stranded-in-legal-limbo-886512.html>, E.T. 01.06.2024.

⁹⁴ (çevrimiçi) <https://www.reuters.com/article/world/surrogate-mothers-from-cambodia-given-suspended-jail-terms-in-landmark-case-idUSKBN2111NP/>, E.T. 01.06.2024.

⁹⁵ RUDRAPPA, "Sharmila, Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India, 2002-2015", *CRITICAL SOC.*, Y. 2017, C. 44, s. 7.

⁹⁶ CEDAW/C/KHM/CO/6, 12.11.2019 (çevrimiçi) <https://digitallibrary.un.org/record/3838743?v=pdf>, E.T. 15.08.2024.

⁹⁷ Ibid. para. 46.

bazı ülkeler bakımından tam tersi bir kaygıyla, doğum kontrolünü suç sayabilmiştir. Ancak son otuz yıldır, insan hakları normlarının devletlerin bu yöndeki zorlayıcı uygulamalarının önüne geçmek için -yeterince saygı duyulup duyulmamalarından bağımsız olarak- var olduğu bilinmektedir⁹⁸.

1. Ebeveyn Adaylarının Kendileriyle Genetik Bağa Sahip Bir Çocuğa Sahip Olma Hakkı?

Kişilerin doğal yollarla genetik aktarımlarını devamlı kılmak adına giriştikleri ‘üreme’ faaliyeti, insan olma tecrübesinin bir parçası olarak gözetilse de ‘ebeveynlik’, üreme faaliyetinin kendisinden bağımsız ve üreme olmaksızın da sosyal ve psikolojik boyutuyla konu olabilen bir olgudur. Bu bakımdan taşıyıcı gebelik uygulaması çerçevesinde ebeveyn olma niyetinde olan kişilerin haklarını ele alırken, bu kişilerin doğacak çocukla genetik bir bağlarının olup olmayacağına göre, soruların niteliği şekillenebilecektir. Beliren ilk soru: kişilerin genetik bir çocuğa sahip olmak yönünde bir insan hakkının varlığından söz edilip edilemeyeceğidir. Bu noktada konunun genel çerçevesinden kısaca söz edilebilir. İfade etmek gerekir ki geçmişte AİHM kararları, kişilerin üreme yoluyla aile kurmak yönündeki haklarını, AİHS’nin 12. maddesinde yer alan evlenme ve aile kurma hakkı bağlamında koruyan bir görünüm çizmiş olsa da⁹⁹ Mahkeme’nin ilerleyen dönemlerinde üreme konusu, daha ziyade aile kavramının ötesinde, genetik bir ebeveyn olabilmek hakkı bağlamında ve Sözleşme’nin özel ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesi çerçevesinde ele alınmıştır¹⁰⁰. Bu bağlamda kişilerin kendileriyle genetik bağları olan çocuklara sahip olabilmek adına destekli üreme sistemlerine erişiminin, evlilik dahilinde olduğu durumlarda Sözleşme’nin 12. maddesi bağlamında koruma bulabildiği ancak bu hakkın günümüzde çok daha fazla bir oranda 8. maddenin koruma alanı çerçevesinde güvence bulunduğu söylenebilir¹⁰¹. Bunlarla birlikte AİHS’nin 14. maddesindeki

⁹⁸ Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 14: The Right to the Highest Attainable Standard of Health (Art.12 ICESCR), 11.09.2000, UN Doc. E/C.12/2000/4; CESCR General Comment No. 22: The Right to Sexual and Reproductive Health (Art.12 ICESCR), 02.05. 2016, UN Doc. E/C.12/GC/22.

⁹⁹ AİHK, X v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 841678, 13.05.1980 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%7B%22ENG%22%7D,%22appno%22:%7B%227547/76%22%7D,%22documentcollectionid%22:%7B%22DECCOMMISSION%22%7D,%22itemid%22:%7B%22001-74380%22%7D%7D>, E.T. 15.08.2024.

¹⁰⁰ AİHM, Evans v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 6339/05, 10.04.2007 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-80046%22%7D%7D>, E.T. 15.08.2024.

¹⁰¹ AİHM, SH. ve Diğerleri v. Avusturya, Başvuru No. 57813/00, 03.11.2011 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-107325%22%7D%7D>; AİHM, Knecht v. Romanya, Başvuru No. 10048/10, 11.02.2013 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%7B%22001-113291%22%7D%7D>, E.T. 15.08.2024.

ve 12. Numaralı Ek Protokolü'ndeki ayrımcılık yasağı argümanının da kimi durumlarda başvuruçular tarafından ileri sürüldüğü görülmektedir¹⁰².

Öte yandan burada konu olan önemli bir nokta, ebeveyn olmak isteyen kişilerin destekli üreme sistemlerine erişiminin önündeki yasal engellerin Sözleşme'ye aykırılığı olup, söz konusu koruma, kişilerin bu hakka erişimin sonucundan mutlak olarak faydalanabilmeleri yönünde bir güvenceye varmamaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, genetik yollarla ebeveyn olmak konusunda destekli üreme sistemlerine erişim konusunu özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamı altında ele alabilse de bunun mutlak bir hakkı ifade etmediğine ve bu hakkın kullanımının diğer kişilerin de hak ve menfaatleriyle birlikte dengelenmesi gerektiğine işaret etmiştir. Zira 8. maddeden doğan koruma kapsamında kişilerin çocuk sahibi olmak 'istememek' yönündeki iradeleri de bir o kadar önemlidir¹⁰³.

Belirtildiği gibi, üreme hakkı ve sağlığına ilişkin tartışmalarda kişilerin üremek yönünde mutlak bir garantiye sahip olması gibi sonuç ön plana çıkmaz. Bu bakımdan örnekte IVF uygulaması, konuya uygulanabilir olan BM sözleşmelerinin genel yorumları bağlamında da genellikle, "ulaşılabilir en yüksek sağlık hakkı standardı" çerçevesinde konu edinilmektedir¹⁰⁴. Üreme konusunu bir anlamda medikal bir bakış açısıyla ele alan bu yaklaşım dahilinde, bu prosedürlere erişimin bir hak olarak sağlandığı ülkelerde, bu erişimin ancak medeni durum, cinsel yönelim, ekonomik statü ve benzeri temellerde ayrımcı uygulamalara konu olması durumunda insan hakları argümanları konu olabilecektir. O hâlde mevcut insan hakları normları dahilinde, kişilerin üreme desteği teknolojilerinden faydalanarak ebeveyn olabilmelerine yönelik mutlak bir hakkın varlığından söz edilemeyecektir¹⁰⁵. Bir başka ifadeyle kişilerin 'genetik bir çocuğa sahip olmak' şeklinde pozitif bir hakkından söz etmek mümkün değildir.

İlk bakışta görünüm bu olsa da konuyu geçtiğimiz on yılda beliren insan hakları güvenceleriyle ele aldığımızda, özellikle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık ya-

¹⁰² AİHM, Fjölfnisdóttir ve diğerleri v. İzlanda, Başvuru No. 71552/17, 18.08.2021, para 79. (çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-209992%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-209992%22]}), E.T. 15.08.2024.

¹⁰³ Evans v. Birleşik Krallık.

¹⁰⁴ ROSEMAN, Mindy Jane, "The Fruits of Someone Else's Labour: Gestational Surrogacy and Rights in the Twenty-First Century", **The Cambridge Handbook of New Human Rights**, Cambridge Uni. Press, 2020, Ed. Andreas von ARNAULD / Kerstin von der DECKEN / Susi MART, s. 315.

¹⁰⁵ Bununla birlikte Amerikalılar Arası İnsan Hakları Mahkemesi Artavia Murillo ve diğerleri v. Kosta Rika davasında, özel yaşam hakkının gerekli tıbbi teknolojilere erişim de dahil olmak üzere üreme özerkliği ve üreme sağlığı hizmetlerine erişimi kapsadığına ve üreme özerkliği ve aile kurma hakkından faydalanmak adına kişilerin bu yöndeki bilimsel ilerlemeye erişme hakkına, yardımcı üreme tekniklerine ve en iyi sağlık hizmetlerine erişim hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. AİHM, Başvuru No. C/257, 12.11, 2012, para. 146.150.

sağından hareketle bazı potansiyel güvencelere de rastlanabilecektir. Özellikle engelli kişilerin hakları bakımından düşünülecek olduğunda, mevcut yapısal ve biyolojik olanaksızlıklar dahilinde konu, üreme ve aile kurmaya ilişkin haklarla yakından ilişkili görünmektedir¹⁰⁶. Zira Engelli Kişilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin¹⁰⁷ 23. maddesinde yer alan haklar, engelli kişilerin üreme faaliyetleri de dahil olmak üzere özel hayat ve aile hayatına yönelik eşitsizlikleri ve ayrımcılıkları bertaraf etmek adına taraf devletlerce alınması gereken bir dizi önlemden söz etmektedir¹⁰⁸. Bu yönüyle ele alındığında, üreme desteği yöntemlerinden faydalanılırken gözetilmesi gereken ayrımcılık yasakları konusunda, devletler gerekli önlem ve düzenlemeleri yapmakla mükelleftir. Ancak bunun taşıyıcı gebelik uygulamasına erişime uzanıp uzanamayacağı şu an için tartışmalıdır. İnsan haklarının sürekli gelişip değişen insan ihtiyaçları ile evrildiği gerçeği, kimi zaman yeni ihtiyaçların başlı başına yeni bir hak olarak düzenlenmesi yoluyla değil, mevcut bir insan hakkının bu ihtiyacı da gözetilecek bir biçimde yorumlanması yoluyla, ilgili ihtiyacın hukuken gözetilebilmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu bakımdan nasıl ki destekli üreme sistemlerine erişim konusu insan hakları tartışmalarında yer bulabildiyse¹⁰⁹, gelecekte, diğer etik soruların ortadan kalkması ihtimaliyle birlikte (örneğin kadın bedeni yerine yapay rahimlerin kullanılabilir olması) olası yeni pratiklere erişimin de bir insan hakkı olarak ele alınabilecek olması, bazı yazarlara göre olasıdır¹¹⁰.

2. Ebeveyn Adaylarının Aile ve Özel Yaşamına Saygı Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı

Konunun insan haklarıyla olan ilişkisinin görünür olduğu diğer bazı durumlarsa taşıyıcı gebelik uygulamalarına erişim sonrasında ortaya çıkmaktadır. Nitekim AIHM önünde bu çerçevede konu olan davaların büyük oranda bu teknoloji-

¹⁰⁶ SABATELLO, Maya, "Who's got parental rights? the Intersection between Infertility, Reproductive Technologies, and Disability Rights Law", *Journal of Health and Biomedical Law*, Y. 2010, C. 6, S. 2, s. 230.

¹⁰⁷ UNCRPD, (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>, E.T. 15.08.2024.

¹⁰⁸ UNCRPD (23).

¹⁰⁹ CESCR, General Comment No. 22, The Right to Sexual and Reproductive Health, E/C.12/GC/22, 02.05.2016, para. 45 (çevrimiçi) <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4sIQ6QSmIbEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1vlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TlM%2BP3HJPzjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg>; CRPD Committee, General Comment No. 3, Women and Girls with Disabilities, UN Doc. CRPD/C/GC/3, 25.11.2016, para. 40, 44. (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no3-article-6-women-and-girls>, E.T. 15.08.2024.

¹¹⁰ BREMS, Eva, "Birthing New Human Rights, Reflections around a Hypothetical Human Right of Access to Gestational Surrogacy", içinde *The Cambridge Handbook of New Human Rights*, s. 331.

lere erişim sonrasında dünyaya gelen çocuk ve ebeveyn ilişkilerini ele aldığı görülmektedir. Bu gerçekten hareketle, bu yolla dünyaya gelen çocuklarla yasal bir ebeveynlik ve soybağı kurma yolunda iş gören bir hak yine özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı olmaktadır¹¹¹. Konuya ilişkin sınırlı sayıdaki AİHM kararında¹¹² taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocuklarla sosyal ebeveynler arasındaki hukuki ilişkinin kurulabilmesinde genetik faktörün ısrarla bir belirteç olarak rol oynamasıysa başlı başına bir eleştiri konusudur. Yine belirtmek gerekir ki, bugüne kadar sonuçlanan ve her biri farklı özellikler taşıyan davalarda, özel hayata saygı argümanı, çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişki açısından kabul bulabilmişse de Mahkeme bu sonuca genellikle ebeveynlerin özel hayatına saygı argümanından hareketle değil, çocukların ilgili hakkını ve en yüksek yararını gözetmek bakımından varmıştır¹¹³. Özetle belirtilebilir ki, AİHM'nin taşıyıcılık yöntemiyle dünyaya gelen çocuklar ve ebeveynleri arasındaki ilişkinin hukuken tanınmıyor oluşuna ilişkin başvurularda, 8. madde kapsamında gözetmiş olduğu nokta; ne ebeveyn olma niyetindeki kişilerin üremeye ilişkin hakları ne aile yaşamına ilişkin hakları ne de bu yöndeki toplumsal cinsiyet kalıplarından doğan ayrımcılık yasağının ihlâlidir. Mahkeme, bu noktada çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişkiyi gözetirken daha ziyade çocuğun özel hayatı bağlamında değerlendirdiği kimlik konusunu vurgulamıştır. Öte yandan bu belirlemede genetik unsuru ön planda tuttuğunu yinelemek gerekir. Bir başka ifadeyle, çocuğun ebeveynleriyle kuracağı yasal bağ sonucu kazanacağı toplumsal, psikolojik ve ekonomik aidiyete bağlı kimliği, onun en yüksek menfaati ilkesi çerçevesinde ele alınırken, bu ele alış büyük oranda çocuğun genetik bağının bulunduğu ebeveyn bakımından ya da bu gerekçeden hareketle gözetilmektedir¹¹⁴.

¹¹¹ ECtHR, Advisory Opinion Concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship between a Child Born Through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother, Request no P16-2018-001 by the French Court of Cassation, 10. 04. 2019. para. 45.

¹¹² Bu konuda öne çıkan davalar: *Mennesson v. Fransa*, Başvuru No. 65192/11, 26.09. 2014 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-145389%22%7D>; *Paradiso ve Campanelli v. İtalya*, Başvuru No. 25358/12, 24.01. 2017 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-170359%22%7D>; *Labassee v. Fransa*, Başvuru No. 65941/11, 26.06. 2014 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-145180%22%7D>; *Valdis Fjölfnisdóttir ve Diğerleri v. İzlanda*, Başvuru No. 71552/17, 18. 05. 2021 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-209992%22%7D>; *A.M. v. Norveç*, Başvuru No. 30254/18, 24. 03. 2022 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-216348%22%7D>; *D.B. ve Diğerleri v. İsviçre*, Başvuru No. 58252/15 ve 58817/15, 22, 02, 2022 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-220955%22%7D>; *K.K. ve Diğerleri v. Danimarka*, Başvuru No. 25212/21, 06.12. 2022 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-221261%22%7D>; *C v. İtalya*, Başvuru No. 47196/21, 31.08. 2023 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%222001-226391%22%7D>; olarak sıralanabilir, E.T. 15.08.2024.

¹¹³ *Mennesson v. Fransa* para. 96; *K.K. ve Diğerleri v. Danimarka*; *D.B. ve Diğerleri v. İsviçre*.

¹¹⁴ *Mennesson v. Fransa* para. 96, 100; *Labassee v Fransa*, para. 81.

Mahkemenin sınırlı sayıda ve birbirinden farklı olayı konu edilen kararlarından genel bir eğilim çıkarımında bulunmak için erken olsa da, durumun ortaya koyduğu mevcut bir başka gerçeklik şudur: sınır ötesinde girilmiş ticari taşıyıcı gebelik sözleşmeleri sonucunda dünyaya gelmiş olan çocuklarla genetik bağları bulunsada dahi anneler, vatandaşlık bağlarının bulunduğu ulusal hukuk sistemlerinde bu çocukların hukuken tanınması için çok daha fazla bürokratik adımla karşı karşıya kalırken; çocukla genetik bağı olan babalar, yabancı doğum sertifikalarında yer alan genetik bilgi sonucunda daha kolay bir yoldan hukuki tanınmaya erişebilmektedirler¹¹⁵.

C. Çocuklar Bakımından Konu Olabilecek İnsan Hakları Argümanları

Her ne kadar yakın dönem çalışmalar taşıyıcı gebelik yoluyla dünyaya getirilen çocukların, bilinçli bir tercih ve emekle ve istenerek dünyaya gelmiş oldukları için daha mutlu bir aile hayatına sahip oldukları yönünde tespitler ortaya koysa da, bu yolla dünyaya gelen çocuklardan bazılarının, işkenceye, çocuk kaçakçılığına, cinsel istismara ve hatta ölüme varan sonuçlarla karşılaştığı da ortaya koyulmuştur¹¹⁶. Öte yandan sayılan bu olguların hiçbirisi salt taşıyıcı gebelik sonucu dünyaya gelmekle ilişkili görülemeyecektir. Zira bu olguların tamamı, çok daha büyük oranlarda, normatif aile tanımı çerçevelerinde de hayat bulabilmektedir. Bugün geline nokta uluslararası taşıyıcı gebelik sözleşmeleri bağlamında doğan hukuki sorunların kilit noktasında çocuğun en yüksek yararı ilkesi ve çocuk haklarının yer aldığını söylemek yanlış olmaz. Zira taşıyıcı gebelik sözleşmesinin sonucu olan ve konuya ilişkin hiçbir söz hakkı olmayan en kırılgan grubun çocuklar olduğu aşikârdır¹¹⁷. Yine, bu sözleşmeler sonucunda dünyaya gelmiş olmak bakımından içinde bulunulan duruma ilişkin bir irade seçeneğinden yoksun olmak, çocukları taşıyıcılık konusunda, diğer taraflara oranla daha da kırılgan kılmaktadır¹¹⁸. Çocuğun yüksek yararı ilkesi gereği gözetilmesi gereken asgari başlıklarsa çocuğun kimliğinin, hukuki statüsünün ve ebeveynlik ilişkilerinin belirli olması olarak sıralanabilir. Bu konuda yol gösterici olarak rol oynayabilen ilke ve prensiplerse hâlihazırda bağımsız giri-

¹¹⁵ Bu konuyu eleştiren bir çalışma BRACKEN, Lydia, "Cross Border Surrogacy Before the European Court of Human Rights, Analysis of Valdis Fjölfnisdóttir", *European Journal of Health Law*, Y. 2022, C. 29, s. 208-209.

¹¹⁶ PASCOE, John, "Sleepwalking Through the Minefield: Legal and Ethical Issues in Surrogacy", *Singapore Academy of Law Journal*, Y. 2018, C. 30, s. 468, 469.

¹¹⁷ BANDELLI, s. 357.

¹¹⁸ ADELIN, Allen, "Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Y. 2018, C. 41, S. 3, s. 739.

şimlerle ortaya çıkmış olup BM Çocuk Hakları Komitesince yol gösterici olarak addedilmektedir¹¹⁹

1. Çocuğun Kimliğini Bilme Hakkı

Günümüzde gerek evlat edinilmeyle gerek donör ve taşıyıcı gebelik sonucuyla dünyaya gelen çocukların bu konuda bilgilendirilmesi gereği konusu kimlik ve aidiyetleri bakımından giderek önem kazanan bir konudur¹²⁰. Taşıyıcı gebelik olgusunu özellikle dünyaya gelen çocukların hakları bağlamında ele alan görüşler, bu pratiğe olanak sağlayan ulusal düzenlemelerin, aynı zamanda kişinin kendi kimliğini bilmesi ya da ‘kimlik hakkı’ olarak adlandırılabilir bir çerçeveyi de hesaba katması gerektiğine işaret etmektedir¹²¹. Çocuğun genetik, biyolojik ve sosyal kökenleri ve aidiyeti konusu, sadece sağlık nedenleri ile sınırlı olmayıp hem gelecek nesillerle olan ilişkisinde hem de kimliği ve kültürel haklarını bilebilmesi adına önemli kabul edilmektedir¹²². Bu doğrultuda bazı yazarlara göre AİHS’nin özel hayata saygı ilkesi ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7 ve 8. maddeleri, çocuğun kimlik hakkı bağlamında kendisini dünyaya getiren taşıyıcı kadını tanıyabilmesine olanak sağlayacaktır. Bu bakımdan 1989 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 7. ve 8. maddesinin bu konudaki en açık norm olduğu söylenebilir. İlgili güvenceler, taraf devletlerin çocuğun adı ve aile ilişkilerini de kapsayacak şekilde kimliğine saygı duyması konusunu düzenlemektedir¹²³. Bu anlamda yine çocuğun “ebeveynleri tarafından bakılma ve ebeveynlerini bilme hakkı” yalnızca sosyal ya da hukuki ebeveynleri değil, aynı zamanda biyolojik ya da genetik ebeveynleri de içerecek şekilde ele alınmaktadır. BM Çocuk Hakları Komitesi çocuğun kimliğini bilme konusunu ele alan bazı genel yorumlarında, özellikle evlat edinilme durumlarında ve dijital dünyada bu haklara saygı gösterilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır¹²⁴.

¹¹⁹ **Verona Prensipleri** olarak da bilinen bu belge için bkz. (çevrimiçi) https://www.iss-ssi.org/wp-content/uploads/2023/03/VeronaPrinciples_25February2021-1.pdf, E.T. 15.08.2024.

¹²⁰ O’CALLAGAN, Elaine, “Surrogate Born Children’s Access to Information About Their Origins”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2021, C. 00, s. 3.

¹²¹ MULLIGAN, Andrea, “Protecting Identity in Collaborative Assisted Reproduction: The Right to Know One’s Gestational Surrogate”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2020, C. 34, s. 41.

¹²² Verona Prensipleri, para. 11.1.

¹²³ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi 7, 8 (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>, E.T. 15.08.2024.

¹²⁴ UN, CRC/C/GC/14, 29.05.2013 (çevrimiçi) <https://www.refworld.org/docid/51a84b5e4.html>, para. 55-57; UN, CRC/C/GC/25, 02.03.2021 (çevrimiçi) <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, E.T. 15.08.2024.

Kişinin bireysel kimliğini belirleyen genetik bağlarına ilişkin bilgi sahibi olabilmesi yönündeki geçmiş dönem AİHM başvurularından¹²⁵ çıkan olumlu sonuçların da bu yönde bir hakkın var olabilmesi için destekleyici olabileceği düşünülebilir. Bu bakımdan insan hakları sözleşmelerine referansla varlığı iddia edilen bir ‘kimlik hakkı/kimliğini bilme hakkı’, bazı yazarlara göre kişilerin kendilerini dünyaya getiren taşıyıcıları da bilmeleri hakkına kadar uzanabilmektedir¹²⁶. Öte yandan bu hakkın önündeki engeller yasallık ve orantılılık ilkeleri çerçevesinde değerlendirilebileceği ölçüde aynı zamanda donör ve taşıyıcıların sahip olduğu mahremiyet hakkıyla da çelişebilecektir¹²⁷. AİHM 1989’dan bu yana kişinin kendi kökenini bilme hakkını, özel hayata saygı hakkı bağlamında yorumlayabilmektedir. Yine de Fransa gibi ulusal eksende bir ‘anonim annelik’ düzenlemesi ve güvencesi bulunan ülkelerin, ilgili yasalarının 8. maddeyi ihlâl ettiği yönündeki iddiaları reddedilebilmiştir¹²⁸.

Çocukların kimliğini bilme hakkı çerçevesinde kendilerini dünyaya getiren taşıyıcıları da bilebilmeleri yönünde ileri sürülen görüşlerde, hem bu yöndeki fizyolojik ve medikal gereksinimler hem de deontolojik gerekçeler ortaya çıkmaktadır. Ampirik çalışmaların ortaya koyduğu şeylerden biri, genel olarak destekli üreme sistemleriyle dünyaya gelen çocukların, yaşları ilerledikçe kendi orijinleriyle ilgili daha fazla bilgi sahibi olmak istedikleri ve bu bilgiye sahip çocuklar ve ebeveynler arasında daha sağlıklı ilişkiler bulunduğuudur. Bu bakımdan çocuğun kendi kökenlerini erken bir dönemde öğrenmesinin çocukların psiko-sosyal iyiliği açısından önemine vurgu yapılmaktadır¹²⁹. Bu çerçevedeki diğer bazı görüşler de yine, çocuğun kimliğini bilmesi yönündeki bir hakkın önemi karşısında, donörler ve taşıyıcı gebeler gibi diğer tarafların mahremiyet haklarının ileri sürülmesinin kifayetsiz olabileceğini ve burada 8. madde koruma kapsamından yararlanılamayacağını ileri sürmektedir¹³⁰.

¹²⁵ AİHM, *Jaggi v. İsviçre*, Başvuru No. 58757/00, 13.07.2006 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22itemid%22:%5B%22002-3237%22%5D%7D>; *Mikulic v. Hırvatistan*, Başvuru No. 53176/99, 07/02/2002 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60035%22%5D%7D>, E.T. 15.08.2024.

¹²⁶ MULLIGAN, s. 23, 25.

¹²⁷ BESSON, Samantha, “Enforcing the Child’s Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2007, C. 21, s. 140, 147.

¹²⁸ AİHM, *Odièvre v. Fransa*, Başvuru No. 42326/98, 13.02.2003 (çevrimiçi) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-60935%22%5D%7D>, E.T. 15.08.2024.

¹²⁹ GOLOMBOK, Susan, “Love and Truth: What Really Matters for Children Born Through Third-Party Assisted Reproduction”, **Child Development Perspectives**, Y. 2021, C. 15, S. 2, s. 105.

¹³⁰ MULLIGAN, Andrea, “Anonymous Gamete Donation and Article 8 of the European Convention on Human Rights: The Case for Incompatibility”, **Medical Law International**, Y. 2022, C. 22, S. 2, s. 143.

Donör desteğiyle dünyaya gelen çocukların, geçmişlerini bilmelerinin kimlikleri açısından önemini hesaba katarak 1985 yılında donörler için anonimliği kaldıran ilk ülke İsveç olmuştur¹³¹. Bugün Avusturya, İsviçre, Hollanda, Norveç, Birleşik Krallık, Finlandiya ve Yeni Zelanda gibi ülkelerde de anonim bağış yasaktır¹³². Öte yandan bazı ülkeler, donör anonimliğini teşvik etmekte ve ‘süresiz anonim donörlüğünü’ yasalar çerçevesinde desteklemektedir. Bunlara bir örnek Danimarka’dır. Bu politikanın ardında yatan üreme turizmi kazancına ve yine “soru işaretli ebeveyn olma” istemine işaret eden yazarlar, anonim düzenlemelerin çocukların kimliğini bilme hakkı karşısında bir ihlâl yarattığını belirtmektedir¹³³. Bunların dışında, İngiltere, İrlanda ve Avustralya’da, destekli üreme sistemleri ve taşıyıcı gebelik yoluyla dünyaya gelen çocukların kimlik bilgilerine yönelik düzenlemeler konusunda gündemde olan reformlarda çeşitli önerilerin ön plana çıktığı görülmektedir. Bunlardan bazıları doğum sertifikası ve kimlik arasında bir ayırım yaparak doğum sertifikasında taşıyıcının bilgilerine yer verilmesini, bazıları doğum sertifikasına taşıyıcının bilgilerini dahil etmesizin çocuğun taşıyıcılık yoluyla dünyaya geldiği ibaresini koymayı değerlendirmektedir¹³⁴. BM Çocuk Hakları Komitesi bakımından ise konunun belirli ülke sonuç raporlarında ve kısmen ele alındığı gözlemlenmektedir¹³⁵.

2. Taşıyıcı Gebeliğin Çocuk Satışı Olup Olmadığı Konusu

Taşıyıcı gebelik ve çocuk hakları ilişkisi özellikle BM çocuk satışı ve cinsel istismarı konusunda görev yapan özel raportörün yakın tarihli raporlarıyla konu edinilmiştir. Bu raporlarda belirtilenlerden biri, dünya genelinde uluslararası ticari taşıyıcı gebelik düzenlemelerine ilişkin düzenleyici boşlukların, bu yönlemlerle doğan çocukları ciddi hak ihlallerine karşı savunmasız bıraktığı ve uygulamanın büyük oranda “çocuk satışı” anlamına geldiğidir¹³⁶. Bu yönlerdeki bir

¹³¹ Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, Report/Doc.14835/ 20 February 2019, COE, (çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439>, E.T. 15.08.2024.

¹³² Anonymous donation of sperm and oocytes: balancing the rights of parents, donors and children, Report/Doc.14835/ 20 February 2019, COE, (çevrimiçi) <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=25439>, E.T. 15.08.2024.

¹³³ PASCOE, s. 471.

¹³⁴ O’CALLAGAN, Elaine, “Surrogacy Reform and its Impact on the Child’s Right to Birth Registration”, **Reproductive BioMedicine and Society Online**, Y. 2021 C. 13, s. 47.

¹³⁵ Concluding Observations: Switzerland, CRC/C/15/Add 182, para 28-29. (çevrimiçi) <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g02/435/26/pdf/g0243526.pdf>, E.T. 15.08.2024.

¹³⁶ Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children, including child prostitution, child pornography and other child sexual abuse material, 15.01.2018, **A/HRC/37/60**, para. 8.

tespitin doğruluğunun zemini ise tartışmalıdır. Zira taşıyıcı gebelik sözleşmeleri sonucunda dünyaya gelen çocukların bir metaya indirildiği ve bu anlamda bir satış nesnesi olduğu yönündeki etik argümanlar, farklı yanıtlarla karşılık bulmaktadır. Bu yanıtlardan biri, şayet konu olan taşıyıcı gebelik türünde taşıyan kişi ve fetüs arasında genetik bir ilişki yoksa, dünyaya gelen çocuğun aslında “genetik olarak gerçek” ebeveynlerine kavuştuğu yönündedir¹³⁷. Bir diğer yanıtta, taşıyıcı gebelik sözleşmesinde ‘satış işlemi’ olarak adlandırılan eylemde konu olan ‘ödemenin’, bir nesne olarak çocuğun varlığına değil, taşıyıcının “gebelik servisine” yapıldığı yönündeki argümandır¹³⁸. Nitekim Özel Raportör tarafından kaleme alınmış olan raporda yer alan ve taşıyıcı gebeliğin çocuk satışı anlamına geldiği yönündeki tespit, çok geçmeden farklı insan hakları STÖ’leri tarafından da bir eleştiri konusu olmuştur¹³⁹. Bu doğrultuda bu yöntemle dünyaya gelen çocukların ve ilişkili oldukları kişilerin, bir genelleme ile doğrudan çocuk satışı ile ilişkilendirilmemesi gereği ve konunun bu sözleşmelerin tarafları olan diğer kişilerin haklarıyla beraber düşünülmesi yönünde geri bildirimlerle karşılaşıldığını söylemek mümkündür. Rapora ilişkin geri bildirimler; bu sözleşmelere başvuran ebeveyn olma niyetindeki kişiler de dahil olmak üzere, tüm tarafların üreme yönünde özgür seçimler yapabilmesini, taşıyıcıların sağlık hizmetlerine erişim ve kürtaj konusunda engellerle karşılaşmaması gereğini¹⁴⁰ taşıyıcılığa ilişkin düzenlemelerin cezai yaptırımlara başvurmaması gereğini, taşıyıcılığı cezalandırarak düzenlemenin bir çözüm olamayacağı konusunu, ceninin hukuki bir kişiliğe sahip olmadığı vurgusunu, çocuk sahibi olmak yoluyla aile kurma yönünde başvurulabilecek üreme seçeneklerinin belirli gruplar bakımından ayrımcı olmaması gereğini ve nihayet çocuğun yüksek menfaati ilkesinin sürekli evrilen karakterinin çocuk hakları lehine olacak yorumlarla dikkate alınması gereğini vurgulamıştır¹⁴¹.

Öte yandan konuya ilişkin diğer bazı argümanlarsa, her halükârda uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumlulukların ve özellikle Çocukların Satışı, Çocuk Fuhuşu ve Pornografisi Konusundaki İhtiyari Protokol’e taraf devletlerin ticari taşıyıcılık sözleşmelerine izin veremeyeceği görüşünü ortaya koymakta-

¹³⁷ KORNEGAY, R. Jo, “Is Commercial Surrogacy Baby-selling?” J. APPLIED PHIL., Y. 1990, C. 7, S. 1, s. 49.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Human Rights Watch, 03.06.2019 (çevrimiçi) <https://www.hrw.org/news/2019/06/03/submission-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>, E.T. 01.06.2024.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

dır¹⁴². Bu argüman karşısında farklı yazarlarsa gerek Protokol'ün kaleme alınmasındaki saikin gerekse Protokol'de yer alan maddelerin, ticari taşıyıcı gebelik sözleşmelerinin doğrudan yasak olmasını gerektirecek bir sonuca ulaşmaya yeterli olmadığını savunmaktadır¹⁴³.

D. Tarih ve 30254/18 Başvuru No.lu A. M v. Norveç Kararı Kapsamında Bir Değerlendirme

Taşıyıcı gebelik sonucu dünyaya gelen çocukların hukuken belirsiz statüsü hem uyruk hem de soybağının tanınması açısından farklı sorunlar yaratabilmektedir. Nitekim uygulamaya ulus ötesi sözleşmelerle başvurulduğu durumlarda, bu sorunlar henüz ebeveynlerin ikamet ettikleri ülkeye dönmeden evvel dahi ortaya çıkabilmektedir. Bu yöndeki öncelikli sorunlar, ebeveyn adaylarının vatandaşlıklarının bağlı bulunduğu ülke elçiliklerinin seyahat etmek için gerekli dokümanları sağlamamasıyla başlayabilmektedir¹⁴⁴. Yine, geçmişte yaşanan bazı örneklerde, dünyaya gelen çocuklarla genetik bağları olmasına rağmen bazı ebeveynler, çocukların dünyaya geldikleri ülkelere ait pasaportlar çıkartamamış ve kendi ülkelerine dönmek istediklerinde çocuk kaçakçılığı ile suçlanabilmiştir. Tüm bu durumlar dünyaya gelen bebeklerin uyruksuz olmalarının yanı sıra, muhtaç bir şekilde ortada kalabilmeleriyle de sonuçlanmıştır¹⁴⁵. Seyahat engelini aşan çocuk ve aileleri bekleyen ikinci bir problemse, ebeveynlerin tabi olduğu ulusal hukukun çocuk ve ebeveynler arasındaki soybağını tanınması yönündeki engellerdir¹⁴⁶. Nitekim AİHM önüne yansıyan yakın dönemli davaların neredeyse tamamı bu konu etrafında şekillenmiştir. Son on yıla ilişkin bu davalar burada ayrı bir irdeleme konusu olmayacaktır. Bu bakımdan burada yalnızca AİHM'nin çocuk ve ebeveynleri arasındaki hukuki ilişkinin sağlanması yönünde benimsediği genetik odaklı yaklaşımı yansıtan ve ticari taşıyıcı gebelik uygulamalarının sonucunda gelineen noktanın çetrefilli boyutunu ortaya koyan yakın tarihli bir dava konu edinilecektir.

¹⁴² SMOLIN, David M., "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.**, Y. 2016, C. 43, S. 2, s. 277.

¹⁴³ JOHNSON, Lily, "Commercial Surrogacy is the Sale of Children? An Argument That Commercial Surrogacy Does Not Violate International Treaties", **Wash. Int'l L.J.**, Y. 2019, C. 28, S. 3, s. 703.

¹⁴⁴ GONZALES, Noelia Igareda, "Legal and Ethical Issues in Cross-Border Gestational Surrogacy", **Fertility and Sterility**, Y. 2020, C. 113, S. 5, s. 917.

¹⁴⁵ MOHAPATRA, Seema, "Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy", **BERKELEY J. INT'L L.**, Y. 2012, C. 30, s. 421.

¹⁴⁶ GONZALES, s. 917.

AIHM'nin Norveç'e ilişkin verdiği yakın tarihli bir karar¹⁴⁷, taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocukla genetik bir bağa sahip olmayan bir sosyal annenin hukuki bağ kurma isteminin nasıl ve ne gerekçelerle göz ardı edildiğini ortaya koymaktadır. Bu karar, aynı zamanda davada gözetildiği ileri sürülen çocuğun yüksek menfaati ilkesine yaklaşırken Mahkeme'nin birkaç açıdan soru işareti uyandıran tutumunu da göz önüne sermek bakımından elverişli görünmektedir. Son olarak bu dava, taşıyıcı gebelik yöntemine başvuran çiftlerin, henüz hukuki ebeveynlik statüleri garanti altına alınmadan bir ayrılığa gitmeleri durumunda¹⁴⁸ yaşanan ve ulusal düzenlemelerin kısıtlılığı karşısında AIHM'nin üstesinden gelemeyeceği bazı mağduriyetleri ortaya koymak bakımından uygun bir örnektir. Özetle bu karar, taşıyıcı gebelik uygulamalarından kaynaklanan sorunları ısrarla mevcut ve ataerkil aile hukuku kalıplarıyla ele almanın ortaya çıkardığı eşitsizlikleri, özellikle sosyal anneler bakımından ortaya koymaktadır.

Davaya konu olan olayda her ikisi de Norveç vatandaşı olan kadın (A.M) ve erkek (E.B), partner oldukları dönemde farklı yollarla çocuk sahibi olmaya çalışmış ancak başarılı olamamışlardır. Çift, ilişkilerini sonlandırmış olmalarına rağmen çocuk sahibi olmak yönündeki iradeleriyle, ABD'de giriştikleri bir taşıyıcılık sözleşmesiyle 2014 yılında bu ülkede çocuk sahibi olmuştur. Çocuk (X), E.B'nin spermi ve anonim bir donörün yumurtasıyla ve bir üçüncü kişinin taşıyıcılığıyla dünyaya gelmiştir. Doğum sonrası çocukla genetik ilişkisi olan E.B hem doğum sertifikasında hem de Norveç makamları önünde yasal ebeveyn olarak kabul bulabilmişken, A.M yalnızca ABD'de düzenlenen doğum sertifikasında yasal anne olarak yer bulmuş ve Norveç yasaları taşıyıcı anneliği olanaklı kılmadığı için Norveç'te yasal bir ebeveyn tanımına kavuşamamıştır. Komplike bir seyir izleyen olaylar sonrasında çocuğun ebeveynlerden hangisiyle ve hangi sıklıkla görüşebileceğine ilişkin anlaşmazlıklar baş göstermişken, E.B bir başka ilişkiden de çocuk sahibi olmuştur. Bu tarihten sonra X, E.B, E.B'nin yeni partneri ve E.B'nin partnerinden doğan yeni çocuğu bir arada yaşamaya devam etmişlerdir.

Çocuğun genetik babası olan E.B'nin başvuru ve çocuk arasındaki ilişkiyi zaman içinde engellemesi üzerine A.M, medeni hukuktan kaynaklanan bir dizi prosedür başlatmış ve ABD yasalarına göre doğum sertifikasında tanınmış olan ebeveynlik statüsünün Norveç'te de tanınmasını istemiş ya da alternatif

¹⁴⁷ AIHM, A.M v. Norveç.

¹⁴⁸ Mahkeme'nin C. v. İtalya kararı, çocuğun üstün menfaatinin, mümkün olan en kısa sürede ebeveynleri ile olan ilişkisinin hukukten tanınmasını gerektirdiği yönündedir. Başvuru No. 47196/21, 30.11.2023, para. 68.

olarak çocuğu evlat edinebilmesi olanağını talep etmiştir. Ne var ki evlat edinme talebi çocuğun genetik babası olan E.M'nin onayına tabi olduğu için karşılık bulmamıştır. Öte yandan ülkede taşıyıcı gebelik yoluyla dünyaya gelen çocuklarla hukuki bir ilişki kurmayı sağlayan geçici tarihli bir yasal düzenlemenin son başvuru süresi, X'in doğum tarihi itibarıyla sona ermiş olduğu için, A.M tarafından bu yol da kaçırılmıştır. Tüm bunlar üzerine başvuran A.M, özel ve aile hayatına saygıya ilişkin 8. madde ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde çerçevesinde AİHM'ne yönelmiştir.

AİHM, Norveç'in A.M ve çocuk arasındaki ebeveynlik bağına hukuki olarak tanımamasını, başvuranın özel ve aile hayatına saygı ilkesine bir müdahale olarak değerlendirdiğini belirtmekle birlikte, konuyu buna ilişkin bir pozitif yükümlülük açısından değil, negatif bir yükümlülük yani müdahale etmeme yasağı bakımından ele almıştır¹⁴⁹. Bu bakımdan Mahkeme'ye göre 8 ve 14. maddelerin ihlâli söz konusu değildir. Başvurucu ulusal hukukta tam yedi yıl boyunca çocuğun yasal ebeveyni olarak kabul görmek için hukuki mücadele yürütmüş olmasına rağmen AİHM, başvuru ve çocuk arasında olan ilişkinin süresinin bir aile yaşamı oluşturmaya yetecek düzeyde olmadığı yönündeki iç hukuk kararını destekleyen bir sonuca ulaşmıştır. Bununla birlikte karara karşı görüş geliştiren yargıçların işaret ettiği noktalar irdelenmeye değer görünmektedir.

Bu görüşlerde dile getirilen noktalardan biri: Avrupa Konseyi üyesi devletlerin taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelen çocuk ve ebeveynler arasındaki ilişkileri hukukten tanıyıp tanımamak konusunda bir takdir marjı olsa da, söz konusu marjın, bir kimsenin 'bireysel kimliği' gibi önemli bir konu olduğunda çok daha dar olması gerektiğidir¹⁵⁰. Bu bakımdan özellikle Yargıç Jelić, çocuğun yüksek menfaatinin gözetildiği bu davada söz konusu marjın dar olmuş olması gerektiğine işaret etmiştir. Vurgulanan diğer bir nokta şudur: Norveç genelinde mevcut olan taşıyıcı gebelik yasağının gerekçeleri arasında "kadınların sömürüden korunması ve çocuk ticaretinin önüne geçilmesi" gibi geçerli sosyal menfaatler gözetilmektedir. Oysa bu dava bakımından bu argümanlar söz konusu değildir. Bu bakımdan bu gerekçelerle konulmuş olan genel bir yasağın başvurusunun durumunda meşru bir zemin olarak kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır¹⁵¹. Yargıç aynı zamanda çocuk ve ebeveynleri arasında hukuki bir tanınmanın ol-

¹⁴⁹ A.M v. Norveç, para. 120.

¹⁵⁰ Mahkeme bu konuyu 2019 tarihinde Fransa Yargıtay'ı tarafından istenilen danışma görüşünde ortaya koymuştur.

¹⁵¹ A.M v. Norveç Yargıç Jelić'in muhalif görüşü, para 28.

madığı durumlarda AİHM tarafından *de facto* aile bağlarının incelemeye alındığına işaret etmiş ve söz konusu bağın -bu ilişki E.B tarafından engellenene kadar- başvuru ve çocuk arasında mevcut olmuş olduğunu dile getirmiştir. Eleştirisi konusu olan bir diğer nokta da Norveç yasalarında yer alan şekilselliğin ve annelik tanımının günümüzdeki farklı annelik tanımlarıyla uyumlu olmayışıdır¹⁵².

Yargıç Jelić'in işaret ettiği önemli noktalardan bir diğeri, çocuk ve onu dünyaya getiren kişi arasında hiçbir zaman genetik ya da sosyal bir bağın olmamış ve olmayacak olduğudur. Bu bakımdan Yargıç, A.M'nin annelik talebinin çocuğun menfaati gereği tanınmaması yönündeki kararı, çocuğun kendisini dünyaya getiren biyolojik kişi ile olan ilişkisini zedeleyecek bir unsur olarak görmemektedir. Dahası Norveç yasalarına göre çocuğu dünyaya getiren kişi hukuken anne olarak kabul görüyor olsa da söz konusu olayda yumurtayı bağışlayan ve çocuğu dünyaya getiren iki farklı kadın söz konusudur. Mahkeme'nin benimsediği mantıkla mevcut şartlar altında çocuğun iki farklı biyolojik annesi olduğu iddia edilebilecektir. Oysa bunlardan her ikisinin de çocukla ne geçmişte ne de gelecekte bağ kurmak yönünde bir talepleri yoktur. Olup olabilecek tek annelik ilişkisi ve aile bağı yalnızca sosyal anne olan başvuruçyuladır. Böylece Yargıca göre gerek Norveç mahkemelerinin gerekse AİHM'nin başvuruçunun yasal anne olma yönündeki istemini reddetmesi haksız ve ayırmacıdır.

Bu dava özelinde bir kez daha ortaya çıkan şey, AİHM'nin sosyal ebeveynlerle hukuki ilişkilerin kurulmasını önleyen ulusal yasalar karşısındaki ihlâl iddialarında, konuyu çocuk hakları ve çocuğun üstün yararı lehine gözetirken, genetik bağ ekseninden ve hukuki bir şekilcilikten çıkamayışıdır. Çocuğu dünyaya getiren kadının hukuken anne olarak kabul bulduğu yasal düzenlemeler karşısında ve yine çocuğu dünyaya getiren kişinin anne olmak yönünde bir istek ve iradesi olmaması karşısında, bu noktada ısrarcı olmanın çocuğun en yüksek yararı açısından nasıl bir amaca hizmet ettiği bir soru işareti olarak kalmaktadır.

SONUÇ

Taşıyıcı gebelik ve insan hakları arasındaki ilişkiden hareketle doğabilecek olan sorunlar, çok boyutlu ve karmaşık bir eksenle ilerlemeye devam edeceğe benzemektedir. Konuya ilişkin uluslararası standartlar konusunda uzlaşamıyor oluşu, devletlerin ve dolayısıyla ulusal hukuk düzenlemelerinin günümüzün değişen aile tanım ve ilişkilerini aile hukukuna uyarlamamak konusundaki di-

¹⁵² Jelić, para. 34.

rençleri, taşıyıcı gebelik uygulamasına ilişkin yasal düzenlemelerin yokluğu ya da eksiklikleri ve nihayet taşıyıcı gebeliğin yasak olduğu görüntüsü altında milyonlarca dolarlık bu pazara ulus ötesinde ulaşılmasına göz yumuluyor olması, olgunun yaratacağı hukuki sorunlar bakımından, uluslararası insan hakları hukukunu, üstesinden gelemeyeceği sorunlarla baş başa bırakmaktadır. Üstelik insan haklarını uluslararası ölçekte korumakla sorumlu birim ve merciler de yakın zamana kadar bu konuda net ve istikrarlı bir tutum sergilemekten uzak kalmıştır. Bu bakımdan kadın ve çocuk hakları komiteleri de doğal olarak konuya kendi misyon ve öncelikleri ve kendi araçları çerçevesinde yaklaşmaktadır.

Teknoloji ve serbest pazar birlikteliğinde ve dizginlenemeyen bir arzu ekonomisi karşısında, ticari taşıyıcı gebelik uygulaması için de ‘keşke hiç olmamış olsaydı’ denilebilecek bir nokta çoktan yitirilmiş görünmektedir. Bu anlamda olguyu gerekçelendirebilmek adına başvurulabilecek her etik argüman, günümüz gelişmeleri ışığında biraz eksik kalacağına benzemektedir. Uygulamaya dünya çapında bugün son verilecek olduğunda dahi, uygulamadan doğabilecek sayısız insan hakkı ihlali iddiası önümüzdeki yıllarda çözümlenmeyi bekleyecektir. Bunlar arasında son yıllarda görünüm kazanan tartışma ve yargı kararlarındaki vurgu, çocuk hakları ve çocuğun üstün yararı argümanı lehinedir. İnsan hakları perspektifi, ticari taşıyıcı gebelik uygulamalarının düzenlenmesinde tüm tarafların haklarının korunmasını gerektirmekteyse de kabul etmek gerekir ki bu uygulanabilir ve gerçekçi bir yaklaşım olmaktan öte bir ideale benzemektedir.

Mevcut tablo açısından bu uygulamanın en mağduru olan tarafı belirlemek de güç görünmektedir. Az gelişmiş ülkeler örneğinde taşıyıcı gebeler, görece özgürlükler ülkeleri olarak anılan örneklerde dünyaya gelen çocuklar ve yine bazı durumlarda da bilhassa çocukla genetik bir bağa sahip olmayan ebeveyn adayları, mağdur olan taraf olmaktadır. Öte yandan taşıyıcılık yoluyla dünyaya gelmiş olan bir çocuk ve sosyal ebeveynleri arasında hukuken kabul bulmamış olsa da *de facto* aile bağlarına dayanan ortak bir aile yaşamının olduğu gerçeğinden hareketle, bu iki taraf arasında sağlıklı ve sevgi dolu ilişkiler var olduğu sürece, yasal bir çatışma yaratılması ve çocuğun üstün yararı ilkesinin, onu isteyerek dünyaya getirtmiş kişilere karşı bir silaha dönüştürülmesi, tam tersine bu prensibe zarar verecek niteliktedir. Ulusal uygulamaların büyük bir kısmı bu yanlış hizmet ederken, AIHM de üzerinde bir konsensüs bulunmayan konu konusunda çekimser kalmaya devam ederek, aynı yanlış pekiştirmeye devam ediyor görünmektedir.

Hakem Değerlendirmesi : Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review : *Externally peer-reviewed.*

Conflict of Interest : *The author has no conflict of interest to declare.*

Grant Support : *The author declared that this study has received no financial support.*

KAYNAKÇA

ADELIN, Allen, “Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, 2018, C. 41, S. 3, s. 754-806.

ALLEN, Anita L., “Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, 1990, C. 13, s. 139-149.

AĞAOĞLU Cahit, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınırışan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu”, **MHB**, 2020, C. 40, S. 1, s. 437-480.

AYDIN, Melike Belkis, “Yapay Dölllenme Tekniklerinin Soybağı Hukuku ve Kişilik Hakkı Bakımından Sonuçları”, **Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, YÖK Tez, 2013.

A Preliminary Report on the Issues From International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No 10, 2012, **Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law** (çevrimiçi) <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>, E.T. 01.06.2024.

BANDELLI, Daniela, “Feminism and Gestational Surrogacy Theoretical Reconsiderations in the Name of the Child and the Woman”, **Italian Sociological Review**, 2019, C. 9, S. 3, s. 345-361.

BESSON, Samantha, “Enforcing the Child’s Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches Under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights”, **International Journal of Law, Policy and the Family**, 2007, C. 21, s. 137-159.

BRACKEN, Lydia, “Cross Border Surrogacy Before the European Court of Human Rights, Analysis of Valdis Fjölfnisdóttir”, **European Journal of Health Law**, 2022, C. 29, s. 194-216.

BREMS, Eva, “Birthing New Human Rights, Reflections around a Hypothetical Human Right of Access to Gestational Surrogacy”, **The Cambridge Handbook of New Human Rights**, Cambridge Uni. Press, Ed. ARNAULD Andreas / DECKEN Kerstin / SUSI Mart, 2020, s. 326-334.

- CHOUDRY, Cyra Akila, “Transnational Commercial Surrogacy: Contracts, Conflicts, and the Prospects of International Legal Regulation”, **Oxford Handbook Topics in Law**, Oxford Uni. Press, 2016.
- CORRADI, Consuelo, “Motherhood and the Contradictions of Feminism: Appraising Claims Towards Emancipation in the Perspective of Surrogacy”, **Current Sociology**, 2021, C. 69, S. 2, s. 158-175.
- Council of Europe, **DH-BIO/INF (2016) 4 Addendum** (çevrimiçi) <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>, E.T. 15.08.2024.
- DANIELOWSKI, Lauren, Reproduction as Work: Addressing a Gap in Current Economic Rights Discourses, **Health and Human Rights Journal**, 2023, C. 25, S. 2, s. 22-42.
- DAVAKI, Konstantina, “Surrogacy Arrangements in Austerity Greece: Policy Considerations in a Permissive Regime, Babies for Sale: Transnational Surrogacy”, **Human Rights and the Politics of Reproduction** Ed. Miranda DAVIES, Zed Books, 2017, s. 142-159.
- EKŞİ, Nurray, “Mahkeme Kararlarında Sınırşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”, **MHB**, 2016, C. 36, S. 2, s. 1-51.
- ELFERS, Isa, “Alienation, Commodification, and Commercialization: A Feminist Critique of Commercial Surrogacy Agreements Through the Lens of Labor Exploitation and U.S. Organ Donation Law”, **Hastings Journal on Gender and the Law**, Y. 2022, C. 33, S. 2, s. 151-186.
- ERBAŞ Rahime, ERKAYIRAN Didem, CANGİL Sabah Mina. “Karşılaştırmalı Hukuktaki Örnekleriyle Türk Ceza Hukuku Açısından Taşıyıcı Annelik.” **İstanbul Tıp Hukuku Kitabı**, (Ed. Demirel/Erbaş) Seçkin Yayıncılık, 2024.
- ERGAS, Yasmine, “Babies Without Borders: Human Rights, Human Dignity, and the Regulation of International Commercial Surrogacy”, **Emory International Law Review**, 2013, C. 27, S. 1, s. 117-188.
- Eski Ahit, Yarattılış (16), (çevrimiçi) <https://www.biblegateway.com/passage/?search=Genesis%2016&version=NIV>, E.T. 01.06.2024.
- FIRESTONE, Shulamith, **The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution**, William and Morrow Company, 1970.
- KHVOROSTYANOV Natalia., YESHUA-KATZ, Daphna, “Bad, Pathetic and Greedy Women: Expressions of Surrogate Motherhood Stigma in a Russian Online Forum”, **Sex Roles**, Y. 2020, C. 83, s. 474-484.
- FLORES, Claudia, “Accounting for the Selfish State: Human Rights, Reproductive Equality, and Global Regulation of Gestational Surrogacy”, **Chicago Journal of International Law**, 2023, C. 23, S. 2, s. 391-450.
- FORMAN, L. Deborah, “Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study”, **Family Law Quarterly**, Y. 2015, C. 49, S. 1, s. 29-53.

- GOLOMBOK, Susan, “Love and Truth: What Really Matters for Children Born Through Third-Party Assisted Reproduction”, **Child Development Perspectives**, 2021, C. 15, S. 2, s. 103-109.
- GONZALES, Noelia Igareda, “Legal and Ethical Issues in Cross-Border Gestational Surrogacy”, **Fertility and Sterility**, 2020, C. 113, S. 5., s. 916-919.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz, “Milletlerarası Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi”, **GÜHFD**, 2021, C. 0, S. 1, s. 835-865.
- GURTİN, Zeynep B., “Banning reproductive travel: Turkey’s ART legislation and third-party assisted reproduction”, **Reproductive BioMedicine Online**, 2011, C. 23, s. 555-564.
- HARDERS, Ann-Cathrin, “2 Roman Patchwork Families: Surrogate Parenting, Socialization, and the Shaping of Tradition”, **Children, Memory, and Family Identity in Roman Culture**, (ed.) DASEN, Véronique / SPATH, Thomas, Oxford, 2010, s. 49-72.
- Hammurabi Yasaları (çevrimiçi) <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>, E.T. 01.06.2024.
- HORSEY, Kirsty, “The Future of Surrogacy: A Review of Current Global Trends and National Landscapes”, **RBMO**, 2024, C. 48, S. 5, s. 5-11.
- İLTAŞ, Yiğit, “Taşıyıcı Annelikte Küretaj Hakkı”, **BUHFD**, 2023, C. 18, S. 215, s. 995-1045.
- JACOBSON, Heather, **The Labor of Love: Gestational Surrogacy and the Work of Making Babies**, Rutgers University Press, 2016.
- JOHNSON, Lily, “Commercial Surrogacy is the Sale of Children? An Argument That Commercial Surrogacy Does Not Violate International Treaties”, **Wash. Int’l L.J.**, 2019, C. 28, S. 3, s. 701-726.
- Kazablanka Deklarasyonu (çevrimiçi) <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/>, E.T. 01.06.2024.
- KIRKBEŞOĞLU Nagehan, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.
- KORNEGAY, R. Jo, “Is Commercial Surrogacy Baby-selling?”, **J. APPLIED PHIL.**, 1990, C. 7, S. 1, s. 45-50.
- MALKOÇ, ŞENSÖZ Ebru, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Dopan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **MHB**, Y. 2015, C. 35, S. 2, s. 13-49.
- METİN, Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik”, **Sağlık Hukuku Makaleleri II**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 7-55.
- MOHAPATRA, Seema, Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy, **BERKELEY J. INT’L L.**, 2012, C. 30, S. 2., s. 412-450.

- MULLIGAN, Andrea, "Protecting Identity in Collaborative Assisted Reproduction: The Right to Know One's Gestational Surrogate", **International Journal of Law, Policy and the Family**, 2020, C. 34, S. 1. s. 20-42.
- NAHIGIAN, Vanessa, "Procreative Autonomy in Gestational Surrogacy Contracts", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Y. 2019, C. 53, S. 1, s. 235-262.
- O'CALLAGAN, Elaine, "Surrogacy Reform and Its Impact on the Child's Right to Birth Registration", **Reproductive BioMedicine and Society Online**, 2021 C. 13, s. 46-50.
- O'CALLAGAN, Elaine, "Surrogate Born Children's Access to Information About Their Origins", **International Journal of Law, Policy and the Family**, Y. 2021, C. 00, s. 1-19.
- PANDE, Amrita, **Wombs in Labor: Transnational Commercial Surrogacy in India**, Columbia University Press, 2014.
- PASCOE, John, Sleepwalking Through the Minefield: Legal and Ethical Issues in Surrogacy, **Singapore Academy of Law Journal**, 2018, C. 30, s. 455-483.
- ROSEMAN, Mindy Jane, The Fruits of Someone Else's Labour: Gestational Surrogacy and Rights in the Twenty-First Century, **The Cambridge Handbook of New Human Rights**, Cambridge Uni. Press, Ed. Andreas ARNAULD / Kerstin DECKEN / Mart, SUSI, 2020.
- ROSENBERG, Meryl B, "Critical Legal Considerations for All Parties to Surrogacy Arrangements", **Fam. Adv.**, Y. 2011, C. 34, s. 23-27.
- RUDDICK, Sarah, **Maternal Thinking: Towards a Politics of Peace**, Beacon Press, 1989.
- RUDRAPPA, Sharmila, "Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India", 2002-2015, **CRITICAL SOC.**, 2017, C. 44. s. 1-15.
- SABATELLO, Maya, "Who's got parental rights? The Intersection between Infertility, Reproductive Technologies, and Disability Rights Law", **Journal of Health and Biomedical Law**, 2010, C. 6, S. 2, s. 227-260.
- SAKIMURA, Catherine, "Johnson v. Calvert, 5 Cal. 4th 84 (1993)", **Feminist Judgments: Reproductive Justice Rewritten** (ed. Mutcherson, Kimberly M) Cambridge University Press, 2020.
- SATZ, Debra, **Why Some Things Should not be for Sale: The Moral Limits of Markets**, Oxford University Press, 2010.
- SENGUPTA, Ananya, **Bigoted Nationalism Enters Womb**, Telegraph India, 2016.
- SHI, Lei, "Surrogacy in China", **Eastern and Western Perspectives on Surrogacy**, Ed. Jens, SCHERPE / Claire Fenton GLYNN / Terry KAN, Intersentia, 2019, s. 359-376.
- SMOLIN, David M, "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.**, 2016, C. 43, S. 2, s. 265-344.

- TEMAN Elly, “Surrogacy in Israel: State-Controlled Surrogacy as a Mechanism of Symbolic Control” **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**, ed. E. Scott Sills, Cambridge University Press, 2016.
- TOBIN, John, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?”, **The International and Comparative Law Quarterly**, 2014, C. 63, S. 2, s. 317-352.
- UKELES, Laufer Pamela, “Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy”, **Ind LJ**, 2013, C. 88, s. 1223-1278.
- WALKER Ruth, Van Zyl Liezl, “Surrogate Motherhood and Abortion for Fetal Abnormality” **Bioethics**, Y. 2015, C. 29, s. 529-535.
- WILKINSON Stephen, “The Exploitation Argument Against Commercial Surrogacy” **Bioethics**, Y. 2003, C. 17, S. 2, s. 169-187.
- Women’s Autonomy, Equality and Reproductive Health in International Human Rights: Between Recognition, Backlash and Regressive Trends” **CEDAW Position Paper** (çevrimiçi)
<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WG/WomensAutonomyEqualityReproductiveHealth.pdf>, E.T. 01.06.2024.
- ZHAO, Yue, “Protection of rights and legal remedies for surrogate mothers in China” **Humanity Soc Sci Commun**, Y. 2023, C. 10, s. 823-835.