

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA TAŞIYICI
ANNELİK**

DOKTORA TEZİ

Irmak ÜNSAL

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

OCAK 2024

ÖNSÖZ

Tez konusu seçiminde bana taşıyıcı annelik gibi önemli bir konuda çalışma ve kendimi geliştirme imkânı sunduğu için danışmanım ve kıymetli hocam Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal’a çok teşekkür ederim. Tez çalışması sırasında zorluklarla karşılaştığımda bu çalışmayı tamamlayabilmem için beni her zaman teşvik ettiğiniz, açık fikirliliğiniz ve sabrınız için ayrıca teşekkür ederim. Akademik hayatımda sizden ilham almak ve sizinle çalışmak benim için çok büyük bir ayrıcalıktı.

Prof. Dr. Sibel Özel’e tez izleme toplantılarındaki yapıcı geri bildirimleri ve yol göstericiliği için teşekkür ederim. Toplantılar dışında da çalışmamda tıkanıdığım noktalarda bana hep vakit ayırıp dinlediği ve beni farklı bir şekilde düşünmeye sevk ettiği için kendisine en içten teşekkürlerimi sunarım.

Çalışmanın özellikle maddi hukuka ilişkin kısımlarıyla ilgili katkıda bulunan Prof. Dr. Mehmet Erdem’e çok teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süheyla Balkar’a tezin daha nitelikli hale gelmesi için neler yapılması gerektiği konusunda ışık tuttuğu, konuma gösterdiği büyük ilgi ve değerli görüşleri için teşekkür etmek isterim.

Tez savunma jürisinde yer almayı kabul ettiği için Doç. Dr. Ebru Şensöz Malkoç’a değerlendirme ve yorumlarıyla önemli katkıları için çok teşekkür ederim.

Akademik hayatta birlikte çalışmaktan mutluluk duyduğum Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi’ndeki kürsü arkadaşlarım Dr. Öğr. Üyesi İbrahim Doğan Takavut’a ve Arş. Gör. Dr. Ömür Karaağaç’a çok teşekkür ederim.

Ailem, her zaman öğrenme merakımın kaynağı olmuştur. Hayatım boyunca olduğu gibi doktora sürecimde de yanımda olan, bana güç veren annem Remziye Sıkıcan’a ve abim Burak Dingec’e çok teşekkür ederim.

Eşim, Oğuzhan Ünsal’a sevgisi, doktora sürecimdeki nezaketi ve anlayışlılığı için teşekkür ederim. Sen olmasan belki de doktor olamazdım.

Irmak Ünsal
İstanbul/2024

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	X
RÉSUMÉ.....	xii
ABSTRACT	xxv
GİRİŞ	1
I. TIBBÎ YARDIMLI ÜREME.....	1
II. TAŞIYICI ANNELİK KAVRAMI.....	4

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİ

I. TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE GEÇERLİLİĞİ	12
A. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Hukukî Niteliği	12
B. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Geçerliliği	16
1. Genel Olarak.....	16
2. Emredici Düzenlemelere Aykırılık	16
3. Ahlâka Aykırılık.....	19
a. Genel Olarak	19
b. Bedensel Bütünlük Çerçevesinde Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi	20
c. Ücret Çerçevesinde Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi.....	21
i. Taşıyıcı Anne Açısından Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi	21
ii. Çocuk Açısından Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi	27
4. Kişilik Haklarına Aykırılık.....	31
C. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Şekil Bakımından Geçerliliği.....	35
II. TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	37
A. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Tarafları.....	37
1. Müstakbel Ebeveyn	37

2.	Taşıyıcı Anne	39
B.	Taşıyıcı Annenin Yükümlülükleri	41
1.	Doğru Beyanda Bulunma Yükümlülüğü	41
2.	Sır Saklama Yükümlülüğü	43
3.	Tıbbî Süreçlere Rıza Gösterme	45
a.	Genel Olarak	45
b.	Rıza	46
c.	Rızanın Şekli ve Rıza Gösterme Ehliyeti	49
d.	Değerlendirme ve Sonuç	50
4.	Davranışsal Yükümlülükler	52
5.	Doğuma Kadar Hamileliği Devam Ettirme Yükümlülüğü	54
6.	Çocuğu Teslim Etme Yükümlülüğü	58
C.	Müstakbel Ebeveynin Yükümlülükleri	59
1.	Taşıyıcı Annenin Masraflarını Karşılama Yükümlülüğü	60
2.	Ücret Ödeme Yükümlülüğü	61
3.	Çocuğu Teslim Alma Yükümlülüğü	63

TAŞIYICI ANNELİKTE SOYBAĞININ KURULMASI

I.	Genel Olarak	64
II.	Müstakbel Anne ve Babanın Üreme Hücrelerinin Kullanıldığı Hâllerde Soybağının Kurulması	69
A.	Baba ile Soybağının Kurulması	69
1.	Taşıyıcı Annenin Evli Olmaması Hâlinde Baba ile Soybağı	69
2.	Taşıyıcı Annenin Evli Olması Hâlinde Baba ile Soybağı	72
B.	Anne ile Soybağının Kurulması	76
1.	Genetik Anneliğe Üstünlük Tanıyan Görüş	77
2.	Biyolojik Anneliğe Üstünlük Tanıyan Görüş	79
3.	Hem Genetik Hem de Biyolojik Anne ile Soybağı Kurulması Gerekliğini İfade Eden Görüş	83
4.	Görüşlerin Değerlendirilmesi	84
III.	Müstakbel Anne ya da Babadan Yalnızca Birisinin Üreme Hücrelerinin Kullanıldığı Hâllerde Soybağı	86
A.	Yumurta Bağışı Durumunda Soybağı	87
B.	Sperm Bağışı Durumunda Soybağı	88

İKİNCİ BÖLÜM

SINIRAŞAN TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN İHTİLÂFLARA VE SOYBAĞINA UYGULANACAK HUKUK

I. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerinden Doğan İhtilâflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler	91
A. Aile Hukuku Sözleşmelerindeki Esasların Benimsenmesi Görüşü	92
B. Özel Sözleşme Tiplerindeki Esasların Benimsenmesi Görüşü	94
C. Görüşlerin Değerlendirilmesi	97
II. MÖHUK’a Göre Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk.....	100
A. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk.....	101
1. Uygulanacak Hukukun Sübjektif Bağlama Kuralına Göre Belirlenmesi	102
a. Genel Olarak	102
b. Hukuk seçiminin Yapılış Şekli	103
2. Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Kuralına Göre Tespiti	106
a. Genel Olarak	106
b. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinde Karakteristik Edimin Tespiti	109
3. Değerlendirme ve Sonuç	111
B. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Kapsamı	115
C. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Konular	118
1. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Şekli Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk	118
2. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinde Ehliyeteye Uygulanacak Hukuk	120
a. MÖHUK’a Göre Ehliyeteye Uygulanacak Hukuk	120
b. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesine Taraf Olma Ehliyeti	123
D. Uygulanacak Hukuka İlişkin Sınırlar	126
1. Kamu Düzeni.....	126
2. Doğrudan Uygulanan Kurallar	131
a. Genel Olarak	131
b. Hâkimin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	133
c. Sözleşme Statüsünün Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	135
d. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları.....	137

III. SINIRAŞAN TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİNDE SOYBAĞINA UYGULANACAK HUKUK..... 138

A.	Bağlama Konusunun Vasıflandırılması	139
B.	Soybağına Uygulanacak Hukuka İlişkin Kanunî Düzenlemenin Özellikleri 141	
C.	MÖHUK’a Göre Soybağının Kurulmasına Uygulanacak Hukuk	144
1.	Soybağının Kurulmasında Esas Alınan Bağlama Noktaları.....	144
2.	Değerlendirme	149
D.	Soybağına Uygulanacak Hukukta Atıf	150
E.	Soybağının İptali.....	153
F.	Soybağının Hükümlerine Uygulanacak Hukuk	156
1.	Genel Olarak.....	156
2.	MÖHUK Kapsamında Soybağının Hükümlerine Uygulanacak Hukuk..	157
3.	1996 Tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi.....	159
4.	Sınıraşan Taşıyıcı Annelikte Soybağının Hükümlerine İlişkin Olarak Karşılaşılabilecek Sorunlar.....	164
G.	Soybağına Uygulanacak Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi.....	172
1.	Genel Olarak.....	172
2.	Uygulanacak Hukuka Göre Sınıraşan Taşıyıcı Annelikle Doğan Çocuk ve Genetik/Müstakbel Ebeveyn Arasındaki Soybağının Kurulmasının Mümkün Olması	173
3.	Uygulanacak Hukuka Göre Sınıraşan Taşıyıcı Annelikle Doğan Çocuk ve Genetik/Müstakbel Ebeveyn Arasında Soybağının Kurulmasının Mümkün Olmaması.....	177
IV.	Soybağının Evlât Edinmeyle Kurulmasına Uygulanacak Hukuk	181
A.	Genel Olarak.....	181
B.	MÖHUK’a Göre Evlât Edinme	181
1.	Evlât Edinme Ehliyeti ve Şartlarına Uygulanacak Hukuk	182
2.	Eşlerin Rızasına Uygulanacak Hukuk	185
3.	Evlât Edinmenin Hükümlerine Uygulanacak Hukuk	187
C.	1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi	189

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YABANCI DOĞUM VE TANIMA BELGELERİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ ETKİLERİ İLE YABANCI ÜLKEDE VERİLEN SOYBAĞINA İLİŞKİN

KARARLARIN TANINMASI

I. Yabancı Resmî Belgelerinin ispat Gücü ve Kişisel Durumun Tescili.....	199
A. Türk Hukukunda Yabancı Resmî Belgelerin İspat Gücü	200
B. Türk Hukukunda Kişisel Durum ve Kişisel Durumun Tescili	204
1. Genel olarak	204
2. Doğum Bildirimi ve Tescil.....	206
a. Türk Vatandaşlarının Doğumu Bildirme Usulü.....	206
b. Yabancıların Doğumu Bildirme Usulü	210
C. Sınıraşan Taşıyıcı Annelikle Doğan Çocuğun Bildirimi, Tescili ve Karşılaşılabilecek Sorunlar	212
1. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Yöntemiyle Doğan Çocuğun Bildirimi.....	212
2. Taşıyıcı Annelikten Şüphe Duyulması.....	215
a. Doğum Belgesinde Taşıyıcı Anne ve Müstakbel Babanın İsmi'nin Yer Alması	216
b. Doğum belgesinde Müstakbel/Genetik Anne ve Babanın İsmi'nin Yer Alması	219
c. Doğum Belgesinde Gösterilen Müstakbel Anne ve Baba ile Çocuk Arasında Hiçbir Genetik Bağ Bulunmaması.....	224
D. Yabancı Makamlar Önünde Gerçekleşen Tanımanın Türk Hukukuna Etkisi	227
1. Yabancı Makamlar Önünde Gerçekleşen Tanıma Beyanı	227
2. Tanımanın Bildirimi ve Tescili	228
E. Nüfus Kaydının İptali	232
II. Yabancı Ülkede Verilen Soybağının Kurulmasına İlişkin Kararların Türk Hukukunda Tanınması.....	233
A. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması.....	233
1. Genel Olarak.....	233
2. Türk Hukukunda Tanıma	236
3. Tanıma Usulü	237
a. Görülmekte Olan Davada Tanıma	237
b. Ayrı Bir Dava ile Tanıma.....	238

c.	Doğrudan Tanıma Usulü	239
B.	MÖHUK'a Göre Tanıma Şartları	241
1.	Tanıma İçin Aranılan Ön Şartlar	243
a.	Kararın Yabancı Mahkemeden Verilmiş Olması	243
b.	Kararın Hukuk Davalarına İlişkin Olması	245
c.	Kararın Kesin Hüküm Niteliğinde Olması	246
aa.	Evlât Edinme Kararlarının Kesinleşmesi Şartı Kapsamında İncelenmesi 247	
bb.	Doğum Öncesi Ebeveynlik Kararlarının Kesinleşme Şartı Kapsamında İncelenmesi	250
2.	Tanıma İçin Aranılan Aslî Şartlar	252
a.	Kararı Veren Mahkemenin Yetkisine İlişkin Şart	252
b.	Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması	255
c.	Savunma Haklarına Aykırılık	267
C.	1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesine Göre Tanıma	268
III.	Sınırışan Taşıyıcı Annelik Sözleşmeleri Sonucu Doğan Çocukların Soybağının Tanınması Hakkında Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Çalışmaları	269
A.	Soybağı/Taşıyıcı Annelik Projesi	269
1.	Soybağı/Taşıyıcı Annelik Projesinin Arka Planı	271
2.	Soybağının Tanınmasına İlişkin Sözleşme ve Protokolün Uygulama Alanı 273	
a.	Ortak Uygulama Alanları	273
b.	Uygulama Alanı Bakımından Tartışmalı Hususlar	274
B.	Sınırışan Taşıyıcı Annelik Sözleşmeleri Sonucu Kurulan Soybağının Tanınmasına İlişkin Olası Protokol	278
1.	Genel Olarak	278
2.	Protokolün Amacı ve Kapsamı	279
3.	Soybağının Tanınmasına İlişkin Protokoldeki Olası Yaklaşımlar	281
C.	Protokol'deki A Posteriori Yaklaşımına Dahil Edilecek Unsurlar	284
1.	Dolaylı Milletlerarası Yetki Kuralı	284
2.	Güvence/Standartlar	286
a.	Rıza	286
b.	Taşıyıcı Anneliğe Uygunluk Şartları	288

c.	Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi	290
3.	Güvence/Standartların Düzenlenme Yöntemi	292
a.	Tanım ve Kapsam Olarak	293
b.	Tanıma Şartı Olarak	293
c.	Tanımanın Ret Sebebi Olarak	295
d.	Genel Yükümlülük Olarak	296
e.	Uygulama veya Uygulamama Beyanı Vasıtasıyla	297
4.	Protokol İlişkilerinin Kurulması	298
5.	Mahkeme Kararına Eklenecek Belgeler	300
6.	A Posteriori Modeller	302
a.	Yeknesak Güvence/Standartların Doğrudan Düzenlendiği Model	303
b.	Devlete Özgü Güvence/Standartların Kabul Edildiği Model	304
SONUÇ		317
KAYNAKÇA		322

KISALTMALAR

ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
a.g.e	: Adı geçen eser
ABTHŞ	: Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ART	: Yardımcı Üreme Teknikleri
AY.	: Anayasa
Bkz.	: Bakınız
CEDAW	: Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
ÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi
dn.	: Dipnot
EİHB	: Evrensel İnsan Hakları Bildirisi
f.	: Fıkra
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICMART	: Uluslararası Yardımcı Üreme Teknikleri İzleme Komitesi
IVF	: In-vitro fertilizasyon
İHBS	: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi	: 1996 tarihli Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi
Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi	: 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi
m.	: Madde
Mevzuat Açıklaması	: İçişleri Bakanlığı, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün 8.10.2021 tarihli Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklaması
MÖHUK	: 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NHK	: 5490 Sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu
NHK Uygulama Yönetmeliği	: Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik
NHUY	: Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği
ODNK	: 2238 Sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun
para.	: Paragraf
RG.	: Resmî Gazete
RTT	: Rahim Tahliyesi Tüzüğü
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 Türk Medenî Kanunu

ÜYTY

:Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri
Hakkındaki Yönetmelik

Yabancı Kayıt Yönetmeliği

:Türkiyede Oturan Yabancıların Nüfus
Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik

WHO

: Dünya Sağlık Örgütü



RÉSUMÉ

Dans la thèse intitulée "La Gestation pour Autrui en Droit International Privé", les questions des contrats de gestation pour autrui et de l'établissement de la filiation des enfants nés de tels contrats sont abordées dans le cadre du droit matériel et du droit international privé. De plus, les effets des documents de naissance ou de reconnaissance délivrés dans des pays étrangers concernant les enfants nés par gestation pour autrui sur le droit turc ont été examinés. L'étude comprend une introduction, trois parties principales et une conclusion.

La gestation pour autrui fait référence au concept global englobant diverses situations où une femme porte un enfant dans son ventre et accouche au nom de quelqu'un d'autre ou d'autres. Il existe différentes formes de gestation pour autrui.

La gestation pour autrui est divisée en deux catégories en fonction de la méthode de mise en œuvre: la gestation pour autrui traditionnelle et la gestation pour autrui gestationnelle. Dans la gestation pour autrui traditionnelle, il y a un lien génétique entre la mère porteuse et l'enfant puisque les propres ovules de la mère porteuse sont utilisés. Dans la gestation pour autrui gestationnelle, en revanche, les ovules de la mère porteuse ne sont pas utilisés; généralement, les embryons obtenus par fécondation des cellules reproductrices de la mère et du père intentionnels via la FIV sont transférés à la mère porteuse.

La gestation pour autrui est également classée en fonction de la rémunération reçue. Si la mère porteuse est rémunérée par les parents intentionnels pour ses services de gestation pour autrui, cela est considéré comme une gestation pour autrui commerciale ; si aucune rémunération n'est versée autre que pour couvrir ses dépenses raisonnables, cela est désigné comme une gestation pour autrui altruiste. Enfin, la gestation pour autrui est également classée en gestation pour autrui nationale lorsque les parties sont situées dans le même pays, et en gestation pour autrui internationale ou transfrontalière lorsque la mère porteuse et les parents intentionnels sont dans des pays différents.

Un contrat de gestation pour autrui est un contrat entre la mère porteuse et les parents intentionnels, conclu avant que la mère porteuse ne tombe enceinte, stipulant qu'à la naissance de l'enfant, celui-ci sera remis aux parents intentionnels, et que les parents intentionnels seront reconnus comme les parents légaux de l'enfant. Il n'y a pas de consensus sur le fait de savoir si les contrats de gestation pour autrui doivent être classés comme des contrats de droit de la famille ou des contrats relevant du droit des obligations. Cependant, considérer les contrats de gestation pour autrui comme des contrats *sui generis* imposant des obligations aux deux parties et entraînant des conséquences spécifiques au droit de la famille est l'approche la plus appropriée. Les litiges découlant des contrats de gestation pour autrui, à l'exception de ceux concernant la remise de l'enfant et la filiation, doivent être résolus dans le cadre des principes régissant l'achèvement des contrats *sui generis*. Cependant, les questions relatives à la filiation doivent être résolues dans le cadre des règles de droit de la famille. Les dispositions convenues par les parties dans leur contrat concernant la filiation et la remise de l'enfant seront considérées comme invalides.

La validité des contrats de gestation pour autrui en droit turc a été examinée sous les titres de contravention aux réglementations obligatoires, à la morale et aux droits de la personnalité. Dans ce contexte, dans notre système juridique, la gestation pour autrui a été explicitement interdite par la disposition ajoutée à l'article 15/2 de l'ODNK par la loi n° 7151. En Turquie, si un tel contrat est conclu, il entraînera la nullité conformément à l'article 27 du Code civil turc.

Lors de l'examen de la moralité des contrats de gestation pour autrui, il est nécessaire d'interpréter tout en équilibrant les intérêts des parties impliquées. Si les cellules reproductrices des parents intentionnels sont utilisées et s'il peut être prouvé par un rapport officiel d'un conseil de santé que ces individus sont infertiles, et s'il est évident que la grossesse et l'accouchement ne présentent aucun risque inhabituel pour la mère porteuse, alors il n'est pas possible de dire que la relation de gestation pour autrui est contraire à la morale. En revanche, si les cellules reproductrices des parents intentionnels ne sont pas utilisées, et si la mère intentionnelle est capable de porter des enfants mais que la gestation pour autrui est utilisée de manière arbitraire, alors on peut dire qu'une telle relation viole les normes morales générales.

Il est également nécessaire de déterminer les effets de la gestation pour autrui effectuée contre rémunération sur le plan de la moralité. La gestation pour autrui commerciale est considérée comme moralement répréhensible en raison de sa ressemblance avec la prostitution, de la réduction du corps féminin à une marchandise, du potentiel d'exploitation des femmes économiquement vulnérables et de la possibilité de contribuer au trafic d'êtres humains. À cet égard, en tenant compte de l'objectif de la gestation pour autrui et des parties au contrat, il est évident que la mère porteuse n'utilise pas son corps de manière similaire à la prostitution. En revanche, l'aspect qui marchandise la gestation pour autrui est le paiement d'une rémunération en échange de l'utilisation de l'utérus de la mère porteuse. Surtout lorsque des femmes des pays en développement s'engagent dans la gestation pour autrui pour des parents intentionnels des pays développés, cela expose les mères porteuses économiquement désavantagées à une exploitation potentielle ressemblant au trafic d'êtres humains. En conclusion, il serait approprié de reconnaître l'immoralité de la gestation pour autrui commerciale dans les cas où elle conduit à l'exploitation des femmes.

Les contrats de gestation pour autrui commerciale sont également considérés comme moralement répréhensibles car ils peuvent conduire à la traite des enfants. À ce stade, la CRC impose aux États une obligation de prévention de la traite des enfants. En examinant les dispositions du Protocole sur la vente d'enfants, on constate que toute action ou transaction dans laquelle un enfant est transféré par une personne contre paiement ou contrepartie est considérée comme de la traite d'enfants. La question de savoir si les relations de gestation pour autrui commerciale entrent dans cette définition de la traite des enfants est débattue. D'autre part, il serait approprié d'évaluer l'applicabilité de la disposition de la Convention de La Haye sur l'adoption, qui interdit l'établissement d'une relation d'adoption en échange de tout avantage matériel, aux relations de gestation pour autrui. L'adoption et la gestation pour autrui font toutes deux partie des méthodes permettant aux personnes dépourvues de capacité reproductive d'avoir des enfants. L'un des objectifs fondamentaux de la Convention de La Haye sur l'adoption est de prévenir la vente et la traite des enfants. Dans ce contexte, on peut dire qu'il existe des intérêts tout aussi significatifs de l'enfant à protéger dans les contrats de gestation pour autrui. Par conséquent, en appliquant la règle selon laquelle une relation d'adoption ne peut être établie en échange de tout avantage

matériel aux relations de gestation pour autrui, on peut conclure que les contrats de gestation pour autrui commerciale sont moralement répréhensibles

On a affirmé que les contrats de gestation pour autrui seraient également nuls et non avenus en raison de violations des droits de la personnalité. Cependant, il est nécessaire de déterminer si la mère porteuse, malgré avoir rempli ses obligations découlant du contrat, peut éviter le paiement des frais en raison de la nullité du contrat par l'autre partie. Dans une telle situation, l'application de l'article 27 du Code turc des obligations et de l'article 23/f.2 du Code civil turc devrait être limitée à l'objectif et ne devrait pas entraîner de conséquences néfastes pour la mère porteuse, dans le but de protéger les droits de la personnalité de l'individu dont les droits ont été violés. En résolvant un litige, le juge peut avoir besoin d'ordonner le paiement de frais ou dépenses à la mère porteuse découlant du contrat de gestation pour autrui, en fonction des circonstances spécifiques de l'affaire.

Lors de l'examen de la validité formelle des contrats de gestation pour autrui, l'existence de la liberté de forme est reconnue dans notre système juridique, car il n'existe aucune réglementation concernant la forme de ces contrats. D'autre part, dans la plupart des systèmes juridiques qui autorisent la gestation pour autrui, une exigence de forme écrite est imposée. Il serait approprié d'introduire une disposition concernant l'exigence de forme qualifiée si la gestation pour autrui est autorisée dans notre système juridique également.

Dans un contrat de gestation pour autrui, les parties sont la mère porteuse et les parents intentionnels. Les obligations de la mère porteuse sont généralement remplies par des actions visant à préserver son intégrité physique. Les obligations principales de la mère porteuse comprennent le consentement aux procédures médicales et la remise de l'enfant né aux parents intentionnels. De plus, il existe quelques obligations accessoires telles que la fourniture d'informations précises et le maintien de la confidentialité.

La mère porteuse est tenue de fournir des informations exactes sur ses détails personnels. Dans ce contexte, la mère porteuse doit fournir des informations sincères et suffisantes concernant l'utilisation éventuelle d'alcool, de cigarettes ou de drogues à un moment quelconque de sa vie, si elle a déjà fait des fausses couches ou a eu des mort-nés dans le passé, et si elle possède une santé mentale capable de faire face aux changements hormonaux associés à la grossesse.

Le devoir de confidentialité de la mère porteuse peut découler non seulement des obligations explicitement prévisibles dans le contrat entre les parties, mais aussi de l'exécution d'autres obligations stipulées dans le contrat. En raison des éléments similaires aux contrats d'agence dans les contrats de gestation pour autrui, le devoir de loyauté, y compris le devoir de confidentialité, existe entre les parties. Dans les cas où le devoir de confidentialité n'est pas explicitement prévu dans le contrat, ce devoir devrait être considéré comme faisant partie du principe d'honnêteté conformément à l'article 2 du Code civil turc. La mère porteuse et les parents intentionnels ont tous deux accès aux informations personnelles de l'autre dans le cadre d'une relation de confiance. En cas de violation de cette obligation, une responsabilité pour dommages-intérêts peut être engagée.

L'une des obligations de la mère porteuse dans le cadre du contrat de gestation pour autrui est de consentir aux procédures médicales à effectuer. La mère porteuse a également certaines obligations comportementales visant à accroître la probabilité que l'enfant qu'elle porte soit en bonne santé. Celles-ci incluent des obligations passives telles que ne pas fumer, ne pas boire d'alcool ou ne pas utiliser de drogues, ainsi que des obligations actives sous forme d'actions telles que l'exercice physique et le suivi régulier des examens médicaux. Ces obligations restreignent l'autorité de la mère porteuse sur son propre corps. Par conséquent, lorsqu'on évalue les intérêts des parties impliquées, on peut dire que l'intérêt de la mère porteuse à exercer son autorité sur son propre corps l'emporte. D'autre part, il ne serait pas approprié de laisser le fœtus, qui acquerra une personnalité dès qu'il tombera dans l'utérus de la mère lors d'une naissance complète et saine, complètement sans défense contre les actes nuisibles de la mère. Dans la doctrine juridique, il a été noté que la mère a un devoir de diligence envers le fœtus dans son utérus, et la limite de ce devoir de diligence est celle d'une "personne raisonnable d'intelligence moyenne dans des conditions similaires". Par conséquent, des actes nuisibles s'écartant du comportement d'une mère moyenne dans des conditions similaires pour protéger la santé du fœtus par la mère porteuse devraient être considérés comme un comportement négligent, et il convient de reconnaître que la mère porteuse est responsable envers le fœtus pour ses actions.

Le concept de contrat avec des effets protecteurs pour les tiers peut également être envisagé en termes de compensation des dommages subis par le fœtus en raison des actions de la mère porteuse, à condition que le fœtus naisse plein et en bonne santé. Les contrats de gestation pour autrui concernent étroitement les valeurs personnelles du fœtus, qui se trouve dans la position d'un tiers non partie au contrat. Par conséquent, au lieu de recourir aux dispositions sur la responsabilité délictuelle en raison de la proximité des tiers avec l'exécution du contrat, ils peuvent bénéficier des principes de la responsabilité contractuelle, qui peuvent être assurés par le concept de contrat avec des effets protecteurs pour les tiers. S'il est accepté que le contrat de gestation pour autrui soit un contrat avec des effets protecteurs pour les tiers, alors en cas de non-respect des obligations comportementales de la mère porteuse, le fœtus pourrait réclamer les dommages subis, à condition que la condition d'une naissance pleine et saine soit remplie.

Une autre obligation de la mère porteuse est de maintenir la grossesse jusqu'à l'accouchement. En pratique, on observe que les parties prennent des dispositions concernant la manière de procéder dans certains cas tels que l'identification de grossesses multiples ou de maladies spécifiques chez l'enfant. Cela inclut la question de savoir si la mère porteuse peut mettre fin à la grossesse ou, en cas de grossesses multiples, si une réduction sélective peut être utilisée pour assurer la préservation du fœtus ayant le plus de chances de survie. Si une grossesse multiple représente un danger pour la santé ou la vie de la mère porteuse, mettre fin à la grossesse par avortement ou recourir à une réduction sélective ne constituerait pas une violation du contrat.

La situation peut se présenter où les parents intentionnels insistent pour que la mère porteuse accouche malgré l'identification de problèmes de santé ou de grossesses multiples pour des raisons personnelles ou religieuses. Le droit à la reproduction et sa manifestation inverse, le droit à ne pas se reproduire, sont protégés par de nombreuses réglementations internationales. Le désir des parents intentionnels d'avoir un enfant par gestation pour autrui devrait également être considéré dans le cadre du droit à la

reproduction. Surtout dans les cas où les cellules reproductrices des futurs parents sont utilisées, il existe un conflit entre le droit à la reproduction des parents intentionnels et le droit à l'intégrité corporelle de la mère porteuse. À ce stade, étant donné que les grossesses multiples posent souvent un risque pour la mère porteuse, l'intérêt de celle-ci pour le droit à la vie devrait être priorisé, et sa décision de subir un avortement ne devrait pas être considérée comme une violation du contrat.

La principale obligation de la mère porteuse est de remettre l'enfant né aux parents intentionnels après l'accouchement. Les systèmes juridiques autorisant la gestation pour autrui accordent aux mères porteuses une période de réflexion après la naissance. Pendant cette période, la mère porteuse peut choisir de ne pas remettre l'enfant. Il n'existe aucune réglementation obligeant la mère porteuse à remettre l'enfant.

Dans le contrat de gestation pour autrui, il existe également certaines obligations pour les parents intentionnels. Celles-ci incluent la prise en charge des dépenses, le paiement des frais et la prise en charge de l'enfant. Les parents intentionnels sont responsables de couvrir les dépenses de la mère porteuse. Cela comprend les frais d'intervention médicale nécessaires à l'insémination artificielle, ainsi que les dépenses liées aux vêtements, aux vitamines, aux suppléments, etc., engagées par la mère porteuse pendant la grossesse, et les dépenses découlant de complications pendant la grossesse. Le paiement de ces dépenses à la mère porteuse ne commercialise pas le contrat de gestation pour autrui.

La plus importante obligation des parents intentionnels est de prendre la garde de l'enfant après sa naissance. Parfois, ils peuvent refuser de prendre la garde de l'enfant en raison de problèmes de santé de l'enfant ou d'un changement dans leur propre désir d'avoir un enfant. En Israël, où les contrats de gestation pour autrui sont réglementés par l'État, les parents intentionnels ne peuvent pas éviter de prendre la garde de l'enfant. Cependant, dans des systèmes juridiques tels que ceux des États-Unis ou du Royaume-Uni, il est incertain de savoir ce qu'il adviendra si les parents intentionnels refusent de prendre la garde de l'enfant. Il n'est pas acceptable que les parents intentionnels, qui ont facilité la naissance d'un enfant en trouvant et en contractant avec une mère porteuse, évitent de prendre la garde de l'enfant en évitant les conséquences de leurs propres actions.

Même si les contrats de gestation pour autrui sont jugés invalides de quelque manière que ce soit, l'établissement de la filiation d'un enfant doit être considéré séparément des questions contractuelles. Dans les contrats de gestation pour autrui, en fonction des cellules reproductrices des parties utilisées, la question de l'établissement de la filiation doit être évaluée séparément. Ce faisant, les dispositions de la CRC seront instructives. Veiller aux intérêts supérieurs de l'enfant dans la gestation pour autrui, notamment pour prévenir l'apatridie en raison de motifs tels que la discrimination découlant des conditions de naissance et l'incapacité d'établir la filiation, les réglementations visant à prévenir l'apatridie sont cruciales.

En ce qui concerne l'établissement de la filiation, si les cellules reproductrices des deux parents intentionnels sont utilisées dans le contrat de gestation pour autrui et que la mère porteuse est célibataire, la filiation entre le père intentionnel et l'enfant peut être établie par une reconnaissance. En revanche, si le père intentionnel ne

reconnaît pas l'enfant, la filiation peut également être établie par le biais d'une action en paternité.

Si la mère porteuse est mariée, selon l'article 285 du Code civil turc, qui établit la présomption que le mari est le père d'un enfant né dans le mariage, le mari de la mère porteuse sera le père légal de l'enfant. Dans ce cas, la filiation entre le père intentionnel et l'enfant ne peut être établie que si le mari de la mère porteuse nie sa paternité. Si le mari de la mère porteuse ne dépose pas de plainte en contestation de paternité, le père intentionnel ne peut déposer une telle plainte qu'en tant que personne revendiquant la paternité sous l'exception reconnue à l'article 291 du Code civil turc, avant l'expiration du délai de prescription, au cas où le mari décède, est déclaré disparu ou perd définitivement sa capacité mentale.

Dans la gestation pour autrui, où plusieurs mères peuvent être impliquées, il serait approprié de donner la priorité à la mère génétique pour établir la filiation entre la mère et l'enfant. Dans ce contexte, selon l'article 282/1 du Code civil turc, puisque la femme qui accouche est considérée comme la mère de l'enfant, la mère porteuse sera considérée comme la mère de l'enfant en tant que femme ayant accouché. D'autre part, il faut accepter que cette filiation entre la mère porteuse et l'enfant repose sur une présomption réfutable, similaire à la présomption de paternité. Bien qu'il n'existe aucune disposition pour intenter une action en contestation de filiation en ce qui concerne la mère dans notre loi, il serait approprié de combler le vide juridique en appliquant de manière analogue les dispositions concernant le déni de paternité.

Si les parties à l'accord de gestation pour autrui se trouvent dans des États différents, un accord de gestation pour autrui transnational se produit, et de tels accords relèvent du domaine du droit international privé. Il y a deux opinions concernant la loi applicable aux litiges découlant des accords de gestation pour autrui transfrontaliers. Ceux qui considèrent les accords de gestation pour autrui comme des contrats de droit de la famille soutiennent que ces accords partagent des caractéristiques similaires avec les accords de régime matrimonial. Dans ce contexte, il a été proposé d'introduire des dispositions dans les accords de gestation pour autrui afin de permettre aux parties de choisir la loi applicable, sauf pour les questions en dehors de l'établissement du statut de filiation. D'autre part, ceux qui considèrent les accords de gestation pour autrui comme des contrats relevant du droit des obligations soutiennent que ces accords sont très différents des contrats commerciaux et que, en raison du déséquilibre de pouvoir entre les parties, des réglementations devraient être établies sur la base du principe d'identification de la partie la plus faible et de sa protection, similaire aux contrats de travail et de consommation.

Lorsqu'un litige découlant d'un contrat de gestation pour autrui transfrontalier est porté devant un tribunal turc, il serait approprié que le juge classe les accords de gestation pour autrui comme un contrat sui generis relevant du droit des obligations, entraînant des conséquences spécifiques au droit de la famille, telles que discutées dans la première partie de cette étude. Ainsi, les questions autres que la filiation et la remise de l'enfant seraient résolues dans le cadre des règles de conflit de lois applicables aux contrats en général en vertu de la Loi turque sur le droit international privé (MÖHUK). Par conséquent, les accords de gestation pour autrui transfrontaliers devraient être considérés en vertu de l'article 24 du MÖHUK, et la loi applicable devrait être déterminée conformément à cette disposition.

Les lois applicables aux litiges découlant de contrats de gestation pour autrui transfrontaliers seront régies par le choix de loi fait par les parties conformément à l'article 24 de la Loi de droit international privé (MÖHUK). En ce qui concerne la forme du choix de loi, en vertu de l'article 24/f.1/c.1-2 du MÖHUK, il est possible pour les parties de faire un choix de loi explicite ou implicite qui ne laisse aucune place au doute.

Cependant, divers critères sont acceptés pour discuter d'un choix de loi implicite. Par exemple, la référence aux dispositions juridiques substantielles d'une loi spécifique dans le contrat entre les parties, l'utilisation de contrats types relevant du droit d'un pays particulier et les références à d'autres contrats où le choix de loi est effectué, doivent tous être évalués ensemble. L'existence d'accords antérieurs entre les parties dans les contrats de gestation pour autrui transfrontaliers contenant des dispositions concernant le choix de loi ne devrait pas être considérée comme une preuve qu'un choix de loi implicite a été fait dans les contrats de gestation pour autrui transfrontaliers ultérieurs. Même si plusieurs contrats de gestation pour autrui ont été conclus entre les parties, ces contrats sont indépendants les uns des autres et l'objet des contrats concerne des enfants différents.

Dans les contrats de gestation pour autrui transfrontaliers, si les parties n'ont pas fait de choix de loi, la loi applicable sera déterminée selon le principe de la connexion la plus étroite. La loi étroitement liée au contrat est déterminée en fonction de la performance caractéristique. À cet égard, l'obligation des parents d'intention consiste généralement à payer les frais ou à couvrir les dépenses de la mère porteuse. Les obligations de la mère porteuse, telles que la grossesse et l'accouchement, sont des performances caractéristiques du contrat, suggérant que la performance caractéristique est la performance de la mère porteuse. Cependant, étant donné qu'il est courant que la mère porteuse remplisse ses obligations dans plusieurs pays dans les contrats de gestation pour autrui, on peut dire que la théorie de la performance caractéristique est insuffisante.

Les formes des transactions juridiques et la capacité des parties figurent parmi les sujets exclus du champ d'application du statut contractuel. Selon l'article 7 du Droit International Privé turc, les contrats de gestation pour autrui doivent être conclus en conformité avec les exigences formelles recherchées par la loi substantielle du lieu de leur exécution ou la loi applicable à la substance de la transaction juridique. Une question importante concernant les contrats de gestation pour autrui est l'exigence d'approbation des autorités compétentes dans certaines lois étatiques pour recourir à la gestation pour autrui. Compte tenu du fait que l'approbation de l'autorité compétente dans les contrats de gestation pour autrui concerne la forme, les conséquences juridiques de l'obtention ou non de cette approbation devraient être résolues conformément à l'article 7 du Droit International Privé turc.

Selon l'article 9 du Droit International Privé turc, la capacité des parties sera soumise à la loi nationale des parties. D'autre part, les exigences telles que le statut matrimonial, l'âge, l'état de santé, etc., nécessaires pour recourir à la gestation pour autrui dans les systèmes juridiques qui autorisent la gestation pour autrui, sont liées à des questions de capacité juridique spéciale. Par conséquent, la capacité à conclure un contrat de gestation pour autrui devrait être soumise à la loi du lieu où le contrat est conclu (*locus regit actum*).

La loi étrangère déterminée comme applicable aux litiges découlant des contrats de gestation pour autrui transfrontaliers sera appliquée à condition qu'elle ne contredise pas explicitement la politique publique turque, conformément à l'article 5 du Droit International Privé turc (MÖHUK). Dans ce contexte, le fait que la gestation pour autrui soit interdite en vertu de la loi turque alors que la loi étrangère à appliquer autorise la gestation pour autrui ne devrait pas être considéré seul comme une contradiction avec la politique publique turque. L'évaluation de la contradiction avec la politique publique doit prendre en compte les caractéristiques spécifiques de l'affaire. De même, le fait que les parties aient convenu d'une contrepartie financière dans leur contrat ne doit pas être directement considéré comme contradictoire avec la politique publique pour des raisons morales ; il convient plutôt d'examiner si cette rémunération dépasse les dépenses raisonnables de la mère porteuse. Les contrats de gestation pour autrui sont considérés comme contraires aux droits de la personnalité car ils restreignent l'autonomie de la mère porteuse sur son corps. Cependant, dans les cas où la mère porteuse, dont les droits de la personnalité sont violés, remplit ses obligations mais demande à la partie adverse de remplir son obligation, les contrats de gestation pour autrui ne devraient pas être considérés comme contraires à la politique publique.

L'un des circonstances qui restreignent l'application du droit étranger est la présence de dispositions obligatoires. Dans le contexte des contrats de gestation pour autrui transfrontaliers, en plus des dispositions obligatoires du droit turc en tant que *lex fori*, les règles obligatoires du statut contractuel ou d'un tiers État peuvent également être prises en compte. Dans ce contexte, il est évident que le législateur, par l'interdiction de la gestation pour autrui incluse dans l'ODNK, vise à empêcher à la fois les citoyens turcs et les étrangers en Turquie de recourir à la gestation pour autrui. D'autre part, il n'est pas possible d'empêcher les citoyens turcs ou les étrangers en Turquie de devenir parents en recourant à des pays qui autorisent la gestation pour autrui. Par conséquent, les réglementations dans l'ODNK et le Code civil turc ne doivent pas être considérées comme des dispositions obligatoires.

La détermination de la filiation d'un enfant né par gestation pour autrui transfrontalière relève également du domaine du droit international privé. À cet égard, si une question concernant l'établissement de la filiation entre l'enfant et la mère génétique/intentionnelle et/ou le père est portée devant un juge turc, le juge doit caractériser cette question comme l'établissement de la filiation par les liens du sang et appliquer les dispositions de l'article 16 de la loi turque sur le MÖHUK en conséquence.

L'analyse de l'article 16/1 du MÖHUK qui régit la loi applicable à la filiation, révèle que la loi applicable en premier lieu est la loi nationale de l'enfant. D'autre part, la détermination de la filiation par la loi nationale et la nécessité d'établir la filiation pour l'enfant né par gestation pour autrui montrent qu'il n'est pas très réalisable d'établir un point de rattachement en termes de loi nationale pour la filiation d'un enfant né par gestation pour autrui. De même, l'application de la loi sur la résidence habituelle de l'enfant est également difficile. Cela est dû au fait qu'un nouveau-né ne peut pas avoir une résidence habituelle distincte de celle de ses parents, ce qui soulève la question de savoir si la résidence habituelle de l'enfant doit être déterminée selon la mère porteuse ou les parents intentionnels. De plus, l'application de la loi nationale ou des lois sur la résidence habituelle de la mère et/ou du père, comme indiqué dans d'autres points de rattachement de l'article 16 du MÖHUK, crée

des difficultés en pratique car elle repose sur des hypothèses selon lesquelles les termes "mère" et "père" sont spécifiques dans les points de rattachement. En ce qui concerne l'établissement de la filiation d'un enfant né par gestation pour autrui, le point de rattachement le plus approprié est la loi du lieu de naissance de l'enfant, comme indiqué dans le dernier facteur de rattachement de l'article 16 du MÖHUK.

Il serait approprié d'interpréter de manière flexible les facteurs de rattachement définis à l'article 16 du MÖHUK afin d'assurer la protection de l'enfant et l'établissement de la filiation. À cet égard, par exemple, la loi sur la résidence habituelle de l'enfant devrait être déterminée à la fois selon la mère porteuse et les parents intentionnels dans la mesure où cela sert à établir la filiation de l'enfant.

Le droit applicable aux effets de la filiation dans les conflits impliquant un élément étranger sera déterminé selon les dispositions de l'article 17 du MÖHUK. En ce qui concerne la question de la garde dans le cadre des dispositions sur la filiation, la Convention de La Haye de 1996 sur la protection de l'enfant, à laquelle la Turquie est partie, est cruciale. La Convention ne couvre pas l'établissement de la filiation entre l'enfant et ses parents. Diverses questions concernant la responsabilité de la garde peuvent survenir dans le cadre des arrangements de gestation pour autrui transfrontaliers.

Selon la loi applicable à la filiation, si la filiation a été établie entre l'enfant et la mère porteuse et (le cas échéant) son mari, mais que l'enfant vit avec les parents intentionnels, le consentement de la mère porteuse et de son mari sera requis pour les soins, l'éducation, l'éducation de l'enfant, et en cas de problèmes de santé nécessitant une intervention médicale. Selon la Convention de 1996, les autorités de l'État où se trouve la résidence habituelle de l'enfant sont considérées comme compétentes pour prendre des mesures de protection concernant l'enfant. Dans ce contexte, si les parents intentionnels, dont la résidence habituelle est en Turquie, amènent l'enfant né par gestation pour autrui transfrontalière et sans lien de filiation entre eux en Turquie et vivent ensemble pendant une période, il peut être déterminé que la résidence habituelle de l'enfant est en Turquie. Dans ce cas, les autorités turques compétentes peuvent prendre des mesures de protection pour l'enfant conformément au droit substantiel turc. À ce stade, l'application de la mesure de révocation de l'autorité parentale en raison du non-respect par la mère porteuse et son mari de leurs devoirs parentaux, tel que prévu à l'article 348/f.2 du Code civil turc, peut être envisagée. La révocation de l'autorité parentale en raison du non-respect par la mère porteuse et son mari de leurs devoirs parentaux parce qu'ils résident dans un pays étranger, et la désignation d'un tuteur pour l'enfant dans l'intérêt supérieur de celui-ci, serait appropriée.

La loi étrangère déterminée comme applicable à la filiation doit être appliquée à condition qu'elle ne contredise pas explicitement la politique publique turque. À cet égard, si il y a une possibilité d'établir la filiation entre les parents génétiques/intentionnels et l'enfant selon la loi applicable, l'application de cette loi ne devrait pas être considérée comme contraire à la politique publique turque. De plus, il a été noté que l'immutabilité de la présomption selon laquelle la mère biologique est la mère légale peut rendre la gestation pour autrui contraire à la politique publique. Dans ce cas, il a été suggéré que la mère porteuse soit reconnue comme la mère légale de l'enfant après la naissance, et que la filiation entre la mère génétique/intentionnelle et l'enfant soit établie ultérieurement par adoption. Cependant, compte tenu de la longueur du processus d'adoption et des problèmes potentiels pouvant survenir

pendant celui-ci, on ne peut pas dire que le recours à la loi étrangère pour établir la filiation plus rapidement et efficacement servirait les meilleurs intérêts de l'enfant. Une autre question est l'incertitude entourant le statut de filiation de l'enfant. Même si la mère porteuse démontre qu'elle ne s'occupe plus de l'enfant en le remettant à la famille intentionnelle, il ne serait pas possible de la forcer à continuer à s'occuper de l'enfant en la reconnaissant comme la mère légale de l'enfant. Appliquer la loi qui permet l'établissement de la filiation entre la mère génétique/intentionnelle et le père et l'enfant est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. S'il n'y a aucune possibilité d'établir la filiation entre la mère génétique/intentionnelle et le père et l'enfant en vertu de la loi étrangère applicable à la filiation, une intervention de la politique publique turque peut être nécessaire.

En raison des différentes réglementations des États concernant la gestation pour autrui et le droit de la filiation, il serait approprié d'examiner si la filiation entre un enfant né par gestation pour autrui transfrontalière et le(s) parent(s) génétique(s)/intentionnel(s) peut être établie par adoption si la filiation ne peut être établie malgré l'application de toutes les lois spécifiées à l'article 16 du MÖHUK, dans le but d'atteindre l'objectif d'établir la filiation de l'enfant. Dans ce contexte, il convient de considérer qu'il est possible d'établir la filiation par adoption en remplissant les conditions spécifiées à l'article 18 du MÖHUK.

Dans notre étude, nous avons également examiné les effets des documents publics tels que les certificats de naissance ou les documents de reconnaissance délivrés dans un pays étranger sur le droit turc dans le cas d'un enfant né par gestation pour autrui. La valeur probante des documents publics étrangers est soumise au droit turc en tant que *lex fori*. La détermination de savoir si les documents publics étrangers possèdent également ce statut en Turquie, tout en étant soumise aux dispositions des conventions internationales auxquelles la Turquie est partie, est régie par l'article 224 du Code de procédure civile turc (HMK). De plus, les dispositions de la Convention de 1961 abolissant l'exigence de légalisation des actes publics étrangers sont particulièrement pertinentes à cet égard. Les certificats de naissance délivrés par les autorités étrangères acquerront le statut de document public en droit turc s'ils remplissent les conditions spécifiées par l'article 224 du HMK ou la Convention de 1961. Les citoyens turcs, les titulaires de carte bleue ou les étrangers résidant en Turquie sont tenus de déclarer l'événement de naissance dans leurs registres d'état civil en Turquie.

Un enfant né par gestation pour autrui transfrontalière peut être demandé à être enregistré dans le registre de l'état civil sur la base d'un certificat de naissance étranger. Dans ce cas, si le certificat de naissance étranger répond aux exigences d'être délivré par l'autorité compétente et de posséder le statut de document public en Turquie, l'officier d'état civil enregistrera la naissance de l'enfant, quel que soit le parent indiqué, tant qu'il n'est pas clairement évident sur le certificat de naissance que la gestation pour autrui était impliquée ou qu'il n'y a aucun soupçon clair, tel que les parents étant trop âgés. L'officier d'état civil ne pourra pas mener d'enquête ou d'interrogatoire supplémentaire.

Si des soupçons de gestation pour autrui sont fondés sur les informations figurant sur le certificat de naissance étranger, l'officier d'état civil peut, au lieu d'inscrire l'enfant sur le registre familial, demander une enquête sur l'exactitude de la déclaration sur ordre de l'autorité administrative civile. À la suite de l'enquête, si le certificat de

naissance étranger contient les noms de la mère porteuse en tant que mère et du père génétique en tant que père, l'inscription de l'enfant dans le registre civil devrait être basée sur le certificat de naissance étranger contenant les informations véridiques sur l'événement de la naissance. En revanche, si l'enquête révèle que les noms des parents génétiques/intentionnels figurent sur le certificat de naissance, cette déclaration peut être considérée comme fausse et, avec les documents pertinents, être transmise au bureau du procureur pour poursuites. Après l'inscription d'un enfant né par gestation pour autrui dans le registre civil sur la base d'un certificat de naissance étranger ou d'un document officiel reconnaissant la gestation pour autrui réalisée dans un pays étranger, l'annulation de l'inscription peut également être demandée. Cette situation peut survenir si le bureau du procureur de la République prend connaissance de la gestation pour autrui.

Si la filiation entre l'enfant né par gestation pour autrui et les parents génétiques/intentionnels est établie par une décision de justice étrangère, cette décision doit être reconnue pour avoir un effet juridique en Turquie. Lorsque l'inscription dans le registre civil concernant cette situation basée sur la décision de justice étrangère établissant la filiation est demandée, le bureau de l'état civil ne réalisera cette inscription que s'il existe une décision de reconnaissance émise par les tribunaux turcs. La filiation entre l'enfant né par gestation pour autrui et la famille génétique/intentionnelle peut également être établie par l'adoption. Dans ce cas, si l'adoption relève du champ d'application de la Convention de La Haye sur l'adoption, elle est directement reconnue en Turquie. Si l'adoption ne relève pas du champ d'application de la convention sur l'adoption, la décision d'adoption étrangère doit être reconnue par les tribunaux turcs.

La reconnaissance d'une décision de justice étrangère ou d'une ordonnance d'adoption dépend de l'accomplissement des conditions de reconnaissance spécifiées dans le MÖHUK. L'une des conditions préalables à la reconnaissance est que la décision étrangère doit être rendue par un tribunal. Cependant, selon l'article 30/f.2 du NHK, la reconnaissance des décisions émises par les autorités administratives dans le cadre des adoptions étrangères est également possible. Par conséquent, si la relation d'adoption entre l'enfant né par gestation pour autrui et les futurs parents est établie par une décision d'une autorité administrative étrangère et que les autres exigences spécifiées dans le MÖHUK sont remplies, cette décision peut être reconnue en Turquie.

Pour qu'une décision de tribunal étranger soit reconnue en Turquie, elle doit également être définitive selon la loi du pays où elle a été rendue. Les décisions étrangères en matière d'adoption conserveront leur caractère définitif dans les conditions où elles ont été rendues, et en raison de leur caractère innovant, elles ont un effet similaire aux jugements définitifs en substance, ce qui les rend reconnaissables par les tribunaux turcs. Dans certains systèmes juridiques permettant la gestation pour autrui, des ordonnances de parenté pré-natale ne sont émises que dans les cas où seules les cellules reproductrices des parents potentiels sont utilisées. Lorsque ces ordonnances sont examinées dans le contexte des exigences de caractère définitif, elles ont un effet innovant similaire aux décisions d'adoption. Par conséquent, il ne devrait pas y avoir de problème concernant les exigences de caractère définitif si une demande de reconnaissance est faite après la naissance de l'enfant.

Dans une demande de reconnaissance d'une décision étrangère concernant l'établissement de la filiation d'un enfant né par gestation pour autrui, il est important d'examiner si le jugement étranger ne contredit pas explicitement la politique publique turque, ce qui est l'un des critères essentiels pour la reconnaissance. À cet égard, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) et d'autres tribunaux nationaux ont été prises en compte. Si la décision étrangère établit la filiation entre l'enfant et les parents génétiques ou intentionnels, elle ne devrait pas être considérée comme contraire à la politique publique en Turquie, car la gestation pour autrui est interdite en vertu de la loi turque. Il est évident que l'intérêt supérieur de l'enfant est servi en établissant la filiation entre l'enfant et les parents génétiques. La reconnaissance des décisions de filiation pré-natales ne devrait pas non plus être rejetée en raison de la politique publique, car elles ont suivi un processus judiciaire et établissent un lien génétique entre l'enfant et les parents intentionnels. De plus, étant donné que ces décisions contiennent des informations sur la mère porteuse et les parents intentionnels, elles servent également au droit de l'enfant de connaître ses origines. Les demandes de reconnaissance des décisions de filiation post-natales émises dans certains pays, qui entraînent le transfert de la parentalité, ne devraient pas non plus être rejetées uniquement pour des motifs de politique publique.

Si la filiation d'un enfant né par gestation pour autrui est établie par le biais de l'adoption internationale dans le cadre de la Convention de La Haye de 1993 sur l'adoption, une décision d'adoption prise par l'un des États contractants sera directement reconnue par les tribunaux turcs. Cependant, selon l'article 24 de la Convention, une demande de reconnaissance de la décision d'adoption peut être rejetée dans les cas où il existe une contradiction claire avec l'ordre public, en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Des dispositions telles que le paiement à la mère porteuse ou des situations où, par le biais d'un accord conclu avant la naissance de l'enfant, la mère porteuse renonce à ses droits parentaux sur l'enfant et donne son consentement peuvent constituer une contradiction avec l'ordre public dans les contrats de gestation pour autrui. Cependant, l'examen de l'ordre public doit être limité à l'intérêt supérieur de l'enfant. Par conséquent, la reconnaissance directe de la relation d'adoption ne doit pas être empêchée au motif d'une contradiction claire avec l'ordre public, en considérant les possibilités pour l'enfant de se retrouver sans parents ou sans nationalité lorsque aucun autre moyen d'établir la filiation entre l'enfant et les parents intentionnels n'est disponible.

La Conférence de La Haye de droit international privé a lancé le "Projet Parenté/Gestation pour autrui" afin de résoudre les différences dans les réglementations légales entre les États concernant la gestation pour autrui, en particulier en ce qui concerne la résolution des problèmes découlant de l'incapacité d'établir la filiation des enfants nés par gestation pour autrui ou de la non-reconnaissance de la filiation établie dans un pays par un autre. Un groupe d'experts nommé en 2015 a conclu ses travaux en 2022 en rédigeant des dispositions sous forme de deux projets d'instruments de droit international privé, l'un étant une convention internationale générale sur la filiation et l'autre un protocole traitant spécifiquement de la filiation établie à la suite d'accords de gestation pour autrui transfrontaliers.

Le groupe d'experts a décidé que la question de la reconnaissance de la filiation des enfants nés par gestation pour autrui transfrontalière ne devrait être incluse dans le champ d'application du Protocole que dans les cas où la filiation est établie uniquement par décision de justice, les autres méthodes d'établissement de la filiation étant exclues.

du champ d'application pour le moment. De plus, il a été jugé approprié que le Protocole adopte une approche *a posteriori* qui garantit uniquement la reconnaissance du statut de filiation de l'enfant sans nécessiter l'intervention de l'État dans la gestation pour autrui.

Le groupe d'experts a ensuite discuté de divers éléments qui pourraient être inclus dans un protocole adoptant une approche *a posteriori* pour la reconnaissance de la filiation. Dans ce contexte, il a d'abord été noté que le protocole devrait inclure une règle de compétence internationale indirecte. Ensuite, les garanties/normes qui devraient être incluses dans les accords de gestation pour autrui transfrontaliers ont été examinées. Des détails tels que le moment où le consentement des parties devrait être donné et la manière dont le consentement est obtenu ont été explorés en détail en tant que garanties fondamentales. Il a été conclu que les critères d'éligibilité de la mère porteuse devraient être évalués selon la loi de l'État d'origine, et les informations qui devraient être incluses dans l'accord entre les parties ont été examinées.



ABSTRACT

In the thesis titled "Surrogacy in Private International Law," the issues of surrogacy agreements and the establishment of parentage of children born as a result of such agreements are addressed within the scope of both substantive law and private international law. Additionally, the effects of birth or recognition documents issued in foreign countries regarding children born through surrogacy on Turkish law have been examined. The study comprises an introduction, three main sections, and a conclusion.

Surrogacy refers to the overarching concept encompassing various situations where a woman carries a child in her womb and gives birth on behalf of someone else or others. There are various forms of surrogacy.

Surrogacy is divided into two categories based on the method of implementation: traditional surrogacy and gestational surrogacy. In traditional surrogacy, there is a genetic connection between the surrogate mother and the child since the surrogate mother's own eggs are used. In gestational surrogacy, on the other hand, the surrogate mother's eggs are not used; typically, embryos obtained by fertilizing the intended mother and father's reproductive cells via IVF are transferred to the surrogate mother.

Surrogacy is also classified based on whether compensation is received. If the surrogate mother is paid by the intended parents for her surrogacy services, it is considered commercial surrogacy; if no compensation is paid other than covering her reasonable expenses, it is referred to as altruistic surrogacy. Finally, surrogacy is further categorized as domestic surrogacy when the parties are located in the same country, and as international or cross-border surrogacy when the surrogate mother and intended parents are in different countries.

A surrogacy agreement is a contract between the surrogate mother and the intended parents, made before the surrogate mother becomes pregnant, which stipulates that upon the child's birth, the child will be delivered to the intended parents, and the intended parents will be recognized as the child's legal parents. There is no consensus on whether surrogacy agreements should be classified as family law contracts or contracts under the law of obligations. However, considering surrogacy agreements as *sui generis* contracts that impose obligations on both parties and result in consequences specific to family law is the most appropriate approach. Disputes arising from surrogacy agreements, other than those regarding the delivery of the child and parentage, should be resolved within the framework of principles governing the completion of *sui generis* contracts. However, issues related to parentage should be resolved within the framework of family law rules. Provisions agreed upon by the parties in their contract regarding parentage and the delivery of the child will be considered invalid.

The validity of surrogacy contracts in Turkish law has been examined under the headings of contravention of mandatory regulations, morality, and personality rights. In this context, in our legal system, surrogacy has been explicitly prohibited by the provision added to Article 15/2 of the ODNK by Law No. 7151. In Turkey, if such a

contract is made, it will result in nullity according to Article 27 of the Turkish Civil Code.

When examining the morality of surrogacy contracts, it is necessary to interpret while balancing the interests of the parties involved. If the intended parents' reproductive cells are used and if it can be proven by an official health board report that these individuals are infertile, and if it is evident that pregnancy and childbirth do not pose any unusual risks for the surrogate mother, then it is not possible to say that the surrogacy relationship is contrary to morality. On the other hand, if the intended parents' reproductive cells are not used, and if the intended mother is capable of bearing children but surrogacy is arbitrarily resorted to, then it can be said that such a relationship violates general moral standards.

It is also necessary to determine the effects of surrogacy being carried out for compensation on the point of morality. Commercial surrogacy is considered morally objectionable due to its resemblance to prostitution, the reduction of the female body to a commodity, the potential for exploitation of economically vulnerable women, and the possibility of contributing to human trafficking. In this regard, considering the purpose of surrogacy and the parties to the contract, it is evident that the surrogate mother does not use her body in a manner similar to prostitution. On the other hand, the aspect that commodifies surrogacy is the payment of compensation in exchange for the use of the surrogate mother's womb. Especially when women from developing countries engage in surrogacy for intended parents from developed countries, it exposes economically disadvantaged surrogate mothers to potential exploitation resembling human trafficking. In conclusion, it would be appropriate to acknowledge the immorality of commercial surrogacy in cases where it leads to the exploitation of women.

Commercial surrogacy contracts are also considered morally objectionable because they can lead to child trafficking. At this point, the CRC imposes an obligation on states to prevent child trafficking. When examining the provisions of the Protocol on the Sale of Children, it is seen that any action or transaction in which a child is transferred by any person for payment or consideration is considered as child trafficking. The question of whether commercial surrogacy relationships fall within this definition of child trafficking is debatable. On the other hand, it would be appropriate to assess the applicability of the provision of the Hague Adoption Convention, which prohibits the establishment of an adoption relationship in exchange for any material benefit, to surrogacy relationships. Both adoption and surrogacy are among the methods for individuals lacking reproductive ability to have children. One of the fundamental purposes of the Hague Adoption Convention is to prevent the sale and trafficking of children. In this context, it can be said that there are similarly significant interests of the child to be protected in surrogacy contracts. Therefore, by applying the rule that an adoption relationship cannot be established in exchange for any material benefit to surrogacy relationships, it can be concluded that commercial surrogacy contracts are morally objectionable.

It has been stated that surrogacy contracts will also be null and void due to violations of personality rights. However, it is necessary to resolve whether the surrogate mother, despite having fulfilled her obligations arising from the contract, can avoid payment of fees due to the nullity of the contract by the other party. In such a situation, the application of Article 27 of the Turkish Code of Obligations and Article

23/f.2 of the Turkish Civil Code should be limited to the purpose and should not result in adverse consequences against the surrogate mother, with the aim of protecting the personality rights of the individual whose rights have been violated. In resolving a dispute, the judge may need to order the payment of fees or expenses to the surrogate mother arising from the surrogate motherhood contract, depending on the specific circumstances of the case.

When examining the formal validity of surrogacy contracts, the existence of freedom of form is acknowledged in our legal system since there is no regulation regarding the form of such contracts. On the other hand, in most legal systems that permit surrogacy, a requirement for written form is imposed. It would be appropriate to introduce a provision regarding the requirement of qualified form if surrogacy is permitted in our legal system as well.

The parties to a surrogacy contract are the surrogate mother and the intended parents. In a surrogacy contract, the obligations of the surrogate mother are generally fulfilled through acts directed towards bodily integrity. The primary obligations of the surrogate mother include consenting to medical procedures and delivering the born child to the prospective parents. Additionally, there are some ancillary obligations such as providing accurate information and maintaining confidentiality.

The surrogate mother is obligated to provide accurate information about her personal details. In this context, the surrogate mother must provide truthful and sufficient information regarding whether she has used alcohol, cigarettes, or drugs at any point in her life, whether she has experienced miscarriages or stillbirths in the past, and whether she possesses mental health capable of coping with the hormonal changes associated with pregnancy.

The surrogate mother's duty of confidentiality may arise not only in terms of explicitly foreseeable obligations in the contract between the parties but also in fulfilling other obligations stipulated in the contract. Due to the elements similar to agency contracts in surrogacy contracts, the duty of loyalty, including the duty of confidentiality, exists between the parties. In cases where the duty of confidentiality is not explicitly provided for in the contract, this duty should be considered as part of the principle of honesty in accordance with Article 2 of the Turkish Civil Code. Both the surrogate mother and the intended parents have access to each other's personal information within the framework of a trust relationship. In case of breach of this obligation, liability for damages may arise.

One of the obligations of the surrogate mother within the scope of the surrogacy contract is to consent to the medical procedures to be performed. What makes medical intervention lawful is the consent of the individual to be intervened upon. Free and informed consent is the condition that ensures the validity of consent. Free consent is consent given without any pressure, and it is also possible to withdraw consent once given. The surrogate mother can also withdraw her consent for medical interventions. The requirement for the consenting individual to be informed necessitates that the surrogate mother be thoroughly informed in a manner she can understand about the risks and responsibilities associated with medical interventions. Particularly in commercial surrogacy relationships, where economically vulnerable women act as surrogate mothers, it is observed that the obligation to inform adequately about medical processes is not met.

The surrogate mother also has some behavioral obligations to increase the likelihood of the child she carries being healthy. These include passive obligations such as not smoking, drinking alcohol, or using drugs, as well as active obligations in the form of actions like exercising and attending regular check-ups. These obligations restrict the surrogate mother's authority over her body. Therefore, when weighing the interests of the parties involved, it can be said that the interest in the surrogate mother's authority over her body outweighs. On the other hand, it would not be appropriate to leave the fetus, which will gain personality from the moment it falls into the mother's womb along with a full and healthy birth, completely defenseless against harmful acts of the mother. In legal doctrine, it has been noted that the mother has a duty of care towards the fetus in her womb, and the limit of this duty of care is that of a "reasonable person of average intelligence under similar conditions." Therefore, harmful acts deviating from the behavior of an average mother under similar conditions in protecting the health of the fetus by the surrogate mother should be considered as negligent behavior, and it should be acknowledged that the surrogate mother has tort liability for her actions against the fetus.

The concept of a contract with protective effects for third parties can also be considered in terms of compensating for the damages suffered by the fetus due to the actions of the surrogate mother, provided that the fetus is born full and healthy. Surrogacy contracts closely concern the personal values of the fetus, who is in the position of a third party not party to the contract. Therefore, instead of resorting to tort provisions due to the proximity of third parties to the performance of the contract, they can benefit from the principles of contractual liability, which can be provided through the concept of a contract with protective effects for third parties. If it is accepted that the surrogacy contract is a contract with protective effects for third parties, then in case of breach of the behavioral obligations of the surrogate mother, the fetus could claim damages suffered, provided that the condition of full and healthy birth is met.

Another obligation of the surrogate mother is to maintain the pregnancy until childbirth. In practice, it is observed that the parties make arrangements regarding how to proceed in certain cases such as the identification of multiple pregnancies or specific diseases in the child. These include whether the surrogate mother can terminate the pregnancy or, in the case of multiple pregnancies, whether selective reduction can be used to ensure the preservation of the fetus with the highest chance of survival. If a multiple pregnancy poses a danger to the surrogate mother's health or life, terminating the pregnancy through abortion or resorting to selective reduction would not constitute a breach of the contract.

The situation may arise where the intended parents insist on the surrogate mother giving birth despite the identification of health issues or multiple pregnancies due to personal or religious reasons. The right to reproduction and its other manifestation, the right to not reproduce are protected by many international regulations. The desire of intended parents to have a child through surrogacy should also be considered within the scope of the right to reproduction. Especially in cases where the reproductive cells of the prospective parents are used, there is a conflict between the right to reproduction of the intended parents and the surrogate mother's right to bodily integrity. At this point, since multiple pregnancies often pose a risk to the surrogate mother, the surrogate mother's interest in the right to life should be prioritized, and her decision to undergo abortion should not be considered a violation of the contract.

The surrogate mother's most important obligation is to deliver the born child to the intended parents after childbirth. Legal systems that allow surrogacy provide surrogate mothers with a cooling-off period after birth. During this period, the surrogate mother may choose to refrain from delivering the child. There are no regulations forcing the surrogate mother to surrender the child.

In the surrogacy contract, there are also some obligations for the intended parents. These include covering expenses, paying fees, and taking custody of the child. The intended parents are responsible for covering the surrogate mother's expenses. This includes medical intervention expenses required for artificial insemination, as well as expenses for clothing, vitamins, supplements, etc., incurred by the surrogate mother during pregnancy, and expenses arising from complications during pregnancy. Payment of these expenses to the surrogate mother does not commercialize the surrogacy contract.

The most important obligation of the intended parents is to take custody of the child after birth. Sometimes, they may refuse to take custody of the child due to health issues with the child or a change in their own desire to have a child. In Israel, where surrogacy contracts are regulated by the state, the intended parents cannot avoid taking custody of the child. However, in legal systems such as those in the United States or the United Kingdom, it is uncertain what will happen if the intended parents refuse to take custody of the child. It is not acceptable for the intended parents, who have facilitated the birth of a child by finding and contracting with a surrogate mother, to avoid taking custody of the child by avoiding the consequences of their own actions.

Even if surrogacy contracts are deemed invalid in any way, the establishment of a child's parentage should be considered separately from contractual matters. In surrogacy contracts, depending on which parties' reproductive cells are used, the issue of establishing parentage should be evaluated separately. In doing so, the provisions of the CRC will be instructive. Ensuring the best interests of the child in surrogacy, especially to prevent statelessness due to reasons such as discrimination arising from birth conditions and inability to establish parentage, regulations on preventing statelessness are crucial.

Regarding the establishment of filiation, if the reproductive cells of both intended parents are used in the surrogacy contract and the surrogate mother is single, filiation between the intended father and the child can be established through a recognition. On the other hand, if the intended father does not acknowledge the child, parentage can also be established through a paternity lawsuit.

If the surrogate mother is married, according to Article 285 of the Turkish Civil Code, which establishes the presumption that the husband is the father of a child born within the marriage, the surrogate mother's husband will be the legal father of the child. In this case, filiation between the intended father and the child cannot be established unless the surrogate mother's husband denies his paternity. If the surrogate mother's husband does not file a paternity denial lawsuit, the intended father can only file such a lawsuit as the person claiming to be the father under the exception recognized in Article 291 of the Turkish Civil Code, before the expiration of the statute of limitations, in case the husband dies, is declared missing, or permanently loses his mental capacity.

In surrogate motherhood, where multiple mothers may be involved, it would be appropriate to give precedence to the genetic mother in establishing filiation between the mother and the child. In this context, according to Article 282/1 of the Turkish Civil Code, since the woman who gives birth is considered the mother of the child, the surrogate mother will be regarded as the mother of the child as the woman who gave birth. On the other hand, it must be accepted that this filiation between the surrogate mother and the child is based on a presumption that can be rebutted, similar to the presumption of paternity. Although there is no provision for filing a lawsuit for denial of filiation in terms of the mother in our law, it would be appropriate to fill the gap in the law by analogously applying the provisions regarding denial of paternity.

If the parties to the surrogacy agreement are in different states, a transnational surrogacy agreement arises, and such agreements fall within the scope of private international law. There are two opinions regarding the applicable law to disputes arising from transnational surrogacy agreements. Those who consider surrogacy agreements as family law contracts argue that surrogacy agreements share similar characteristics with marital property regime agreements. Within this context, it has been proposed that provisions should be introduced in surrogacy agreements to allow parties the opportunity to choose the applicable law, except for matters outside the establishment of filiation status. On the other hand, those who consider surrogacy agreements as contracts under the law of obligations argue that surrogacy agreements are quite different from commercial contracts and that due to the imbalance of power between the parties, regulations should be made based on the principle of identifying the weaker party and protecting them, similar to employment and consumer contracts.

When a dispute arising from a cross-border surrogacy contract is brought before a Turkish court, it would be appropriate for the judge to classify surrogacy agreements as a *sui generis* contract under the law of obligations, resulting in consequences specific to family law, as discussed in the first part of this study. Thus, matters other than filiation and delivery of the child would be resolved within the framework of conflict of law rules applying the contracts in general under the Turkish Private International Law Act (MÖHUK). Accordingly, cross-border surrogacy agreements should be considered under Article 24 of the MÖHUK, and the applicable law should be determined according to this provision.

The law applicable to disputes arising from cross-border surrogacy contracts will be governed by the choice of law made by the parties in accordance with Article 24 of the Private International Law Act (MÖHUK). Regarding the form of choice of law, under Article 24/f.1/c.1-2 of MÖHUK, it is possible for the parties to make an explicit or implied choice of law that leaves no room for doubt.

However, various criteria are accepted to discuss an implied choice of law. For example, the reference to substantive legal provisions of a specific law in the contract between the parties, the use of standard contracts belonging to a particular country's law, and references to other contracts where the choice of law is made, all need to be evaluated together. The existence of previous agreements between the parties in cross-border surrogacy contracts containing provisions regarding the choice of law should not be considered as evidence that an implied choice of law has been made in subsequent cross-border surrogacy contracts. Even if multiple surrogacy contracts

have been entered into between the parties, these contracts are independent of each other, and the subject matter of the contracts is different children.

In cross-border surrogacy contracts, if the parties have not made a choice of law, the applicable law will be determined according to the principle of closest connection. The law closely connected to the contract is determined based on the characteristic performance. In this regard, the obligation of the intended parents is typically payment of fees or covering the surrogate mother's expenses. The obligations of the surrogate mother, such as pregnancy and childbirth, are characteristic performances of the contract, suggesting that the characteristic performance is the surrogate mother's performance. However, since it is common for the surrogate mother to fulfill her obligations in multiple countries in surrogacy contracts, it can be said that the characteristic performance theory is inadequate.

Form of legal transactions and capacity of parties are among the matters excluded from the scope of contractual status. According to Article 7 of the Turkish Private International Law, surrogacy contracts must be concluded in compliance with the formal requirements sought by the substantial law of the place of their execution or the law applicable to the substance of the legal transaction. An important issue concerning surrogacy contracts is the requirement for approval from competent authorities in some state laws to resort to surrogacy. Considering that the approval of the competent authority in surrogacy contracts pertains to form, the legal consequences of obtaining or not obtaining this approval should be resolved in accordance with Article 7 of the Turkish Private International Law.

According to Article 9 of the Turkish Private International Law, the capacity of the parties will be subject to the national law of the parties. On the other hand, the requirements such as marital status, age, health status, etc., required to resort to surrogacy in legal systems that allow surrogacy, are related to special legal capacity matters. Therefore, the capacity to enter into a surrogacy contract should be subject to the law of the place where the contract is concluded (*locus regit actum*).

The foreign law determined to be applicable to disputes arising from cross-border surrogacy contracts will be applied under the condition that it does not explicitly contradict Turkish public policy, in accordance with Article 5 of the Turkish Private International Law (MÖHUK). In this context, the fact that surrogacy is prohibited under Turkish law while the foreign law to be applied allows surrogacy should not be considered alone as a contradiction to Turkish public policy. The evaluation of public policy contradiction should take into account the specific characteristics of the case. Similarly, the fact that the parties have agreed on a monetary consideration in their contract should not be directly considered as contradicting public policy due to moral reasons; rather, it should be examined whether this fee exceeds the surrogate mother's reasonable expenses. Surrogacy contracts are considered contrary to personality rights as they restrict the surrogate mother's autonomy over her body. However, in cases where the surrogate mother, whose personality rights are violated, fulfills her obligations but demands the counterparty to fulfill their obligation, the surrogacy contracts should not be considered contrary to public policy.

One of the circumstances that restrict the application of foreign law is the presence of mandatory provisions. In the context of cross-border surrogacy contracts, in addition to the mandatory provisions of Turkish law as *lex fori*, mandatory rules of

the contractual status or a third state may also be considered. In this context, it is evident that the legislator by the prohibition on surrogacy included in the ODNK aims to prevent both Turkish citizens and foreigners in Turkey from resorting to surrogacy. On the other hand, it is not possible to prevent Turkish citizens or foreigners in Turkey from becoming parents by resorting to countries that allow surrogacy. Therefore, the regulations in the ODNK and the Turkish Civil Code should not be considered as mandatory provisions.

The establishment of parentage of a child born through cross-border surrogacy also falls within the scope of private international law. In this regard, if a matter regarding the establishment of parentage between the child and the genetic/intended mother and/or father is brought before a Turkish judge, the judge must characterize this matter as the establishment of parentage through blood ties and apply the provisions of Article 16 of the MÖHUK accordingly.

When examining Article 16/1 of the MÖHUK which regulates the law applicable to parentage, it is observed that the law applicable primarily is the national law of the child. On the other hand, the determination of parentage by the national law and the necessity of establishing parentage for the child born through surrogacy demonstrate that it is not very feasible to establish a connecting factor in terms of national law for the establishment of parentage of a child born through surrogacy. Similarly, the application of the habitual residence law of the child is also difficult. This is because a newborn child cannot have a habitual residence separate from their parents, which raises the question of whether the habitual residence of the child should be determined according to the surrogate mother or the intended parents. Furthermore, the application of the national law or habitual residence laws of the mother and/or father, as stated in other connecting factors points in Article 16 of the MÖHUK, creates difficulties in practice as it is based on assumptions that the terms "mother" and "father" are specific in the connection points. In terms of establishing the parentage of a child born through surrogacy, the most appropriate connection point is the law of the place of birth of the child, as stated in the final connecting factor of Article 16 of the MÖHUK.

It would be appropriate to interpret the connecting factors outlined in Article 16 of the MÖHUK in a flexible manner to ensure the protection of the child and the establishment of parentage. In this regard, for example, the habitual residence law of the child should be determined both according to the surrogate mother and the intended parents to the extent that it serves the purpose of establishing the child's parentage.

The law applicable to the effects of parentage in conflicts involving a foreign element will be determined according to the provisions of Article 17 of the MÖHUK. Regarding the issue of custody within the provisions of parentage, the 1996 Hague Convention on Child Protection, to which Turkey is a party, is crucial. The Convention does not cover the establishment of parentage between the child and its parents. Various issues regarding custody responsibility may arise in cross-border surrogacy arrangements.

According to the law applicable to parentage, if parentage has been established between the child and the surrogate mother and (if any) her husband, but the child is living with the intended parents, the consent of the surrogate mother and her husband will be required for the child's care, education, upbringing, and in the presence of health issues requiring medical intervention. According to the 1996 Convention, the

authorities of the state where the child's habitual residence is located are considered competent for taking protective measures regarding the child. In this context, if the intended parents, whose habitual residence is in Turkey, bring the child born through cross-border surrogacy and without parentage relation between them to Turkey and live together for a period, it can be determined that the child's habitual residence is in Turkey. In this case, the competent Turkish authorities may take protective measures for the child according to Turkish substantive law. At this point, the application of the measure of revoking parental authority due to the failure of the surrogate mother and her husband to properly fulfill their parental duties, as stated in Article 348/f.2 of the Turkish Civil Code, may be considered. Revoking parental authority due to the failure of the surrogate mother and her husband to properly fulfill their parental duties because they are residing in a foreign country, and appointing a guardian to the child for the best interests of the child, would be appropriate.

The foreign law determined to be applicable to parentage shall be applied provided that it does not explicitly contradict Turkish public policy. In this regard, if there is a possibility of establishing parentage between the genetic/intended parents and the child according to the applicable law, the application of this law should not be considered contrary to Turkish public policy. Additionally, it has been noted that the immutability of the presumption that the birth mother is the legal mother may render surrogacy contrary to public policy. In this case, it has been suggested that the surrogate mother should be recognized as the child's legal mother after birth, and parentage between the genetic/intended mother and the child should be established later through adoption. However, considering the lengthy adoption process and potential issues that may arise during the process, it cannot be said that resorting to foreign law to establish parentage more quickly and efficiently would serve the best interests of the child. Another issue is the uncertainty surrounding the child's parentage status. Even if the surrogate mother demonstrates that she no longer cares for the child by handing them over to the intended family, forcing her to continue caring for the child by recognizing her as the child's legal mother would not be possible. Applying the law that allows for the establishment of parentage between the genetic/intended mother and father and the child is necessary in the best interests of the child. If there is no possibility of establishing parentage between the genetic/intended mother and father and the child under the foreign law applicable to parentage, intervention of Turkish public policy may be required.

Due to the different regulations of states regarding surrogacy and parentage law, it would be appropriate to examine whether parentage between a child born through cross-border surrogacy and the genetic/intended parent(s) can be established through adoption if parentage cannot be established despite the application of all laws specified in Article 16 of the MÖHUK, in order to achieve the objective of establishing the child's parentage. In this context, it should be considered possible to establish parentage through adoption by fulfilling the conditions specified in Article 18 of the MÖHUK.

In our study, we also examined the effects of public documents such as birth certificates or recognition documents issued in a foreign country on Turkish law in the case of a child born through surrogacy. The probative value of foreign public documents is subject to Turkish law as the *lex fori*. The determination of whether foreign public documents also possess this status in Turkey, while subject to the provisions of international conventions to which Turkey is a party, is governed by

Article 224 of the Turkish Code of Civil Procedure (HMK). Additionally, the provisions of the 1961 Convention Abolishing the Requirement of Legalisation for Foreign Public Documents are highly relevant in this regard. Birth certificates issued by foreign authorities will acquire public document status in Turkish law if they meet the requirements specified by Article 224 of the HMK or the 1961 Convention. Turkish citizens, blue card holders, or foreigners residing in Turkey are required to report the birth event to their personal status records in Turkey.

A child born through cross-border surrogacy can be requested to register in the civil status record based on a foreign birth certificate. In this case, if the foreign birth certificate meets the requirements of being issued by the competent authority and possessing the status of a public document in Turkey, the registrar will register the child's birth regardless of who is listed as the parents, as long as it is not clearly evident from the birth certificate that surrogacy was involved or there is no clear suspicion, such as the parents being too old. The registrar will not be able to conduct further investigation or inquiry.

If there is suspicion about surrogacy based on the information in the foreign birth certificate, the registrar may, instead of registering the child in the family register, request an investigation into the accuracy of the declaration upon the order of the civil administration authority. Following the investigation, if the foreign birth certificate contains the names of the surrogate mother as the mother and the genetic father as the father, the registration of the child in the civil registry should be based on the foreign birth certificate containing the true information about the birth event. On the other hand, if it is determined through the investigation that the names of the genetic/intended parents are listed on the birth certificate, this declaration may be considered false and, along with the relevant documents, forwarded to the public prosecutor's office for prosecution. After the registration of a child born through surrogacy in the civil registry based on a foreign birth certificate or an official document recognizing the surrogacy performed in a foreign country, the cancellation of the registration can also be requested. This situation may arise if the Public Prosecutor's Office becomes aware of the surrogacy.

If the parentage between the child born through surrogacy and the genetic/intended parents is established by a foreign court decision, this decision must be recognized in order to have legal effect in Turkey. When the registration in the civil registry concerning this situation based on the foreign court decision establishing parentage is requested, the civil registry office will only perform this registration if there is a recognition decision issued by Turkish courts. The parentage between the child born through surrogacy and the genetic/intended family can also be established through adoption. In this case, if adoption falls within the scope of the Hague Adoption Convention, it is directly recognized in Turkey. If adoption does not fall within the scope of the adoption convention, the foreign adoption decision must be recognized by Turkish courts.

The recognition of a foreign court decision or adoption order depends on the fulfillment of the recognition requirements specified in the MÖHUK. One of the prerequisites for recognition is that the foreign decision must be rendered by a court. However, according to Article 30/f.2 of the NHK, recognition of decisions issued by administrative authorities in foreign adoptions is also possible. Therefore, if the relationship of adoption between the child born through surrogacy and the prospective

parents is established by a decision of a foreign administrative authority and other requirements specified in the MÖHUK are met, this decision can be recognized in Turkey.

For a foreign court decision to be recognized in Turkey, it must also be final according to the law of the country where it was issued. Foreign adoption decisions will retain their finality within the conditions they were issued, and because of their innovative nature, they have a similar effect to final judgments in substance, making them recognizable by Turkish courts. In some legal systems that allow surrogacy, pre-birth parentage orders are issued only in cases where only the prospective parents' reproductive cells are used. When these orders are examined within the context of finality requirements, they have a similar innovative effect as adoption decisions. Therefore, there should be no issue regarding finality requirements if recognition is requested after the child's birth.

In a request for the recognition of a foreign decision regarding the establishment of parentage of a child born through surrogacy, it is important to examine whether the foreign judgment does not explicitly contradict Turkish public policy, which is among the essential requirements for recognition. In this regard, decisions of the European Court of Human Rights (ECtHR) and other state courts have been considered. If the foreign decision establishes parentage between the child and the genetic/intended parents, it should not be considered contrary to public policy in Turkey, as surrogacy is prohibited under Turkish law. It is evident that the best interests of the child are served in establishing parentage between the child and the genetic parents. Recognition of pre-birth parentage orders should also not be rejected due to public policy, as they have gone through a judicial process and establish a genetic link between the child and the intended parents. Moreover, since these orders contain information about the surrogate mother and the intended parents, they also serve the child's right to know their origins. Requests for the recognition of post-birth parentage orders issued in some countries, which result in the transfer of parenthood, should also not be rejected solely on the grounds of public policy.

If the parentage of a child born through surrogacy is established through intercountry adoption under the 1993 Hague Adoption Convention, a adoption order issued by one of the contracting states will be directly recognized by Turkish courts. However, according to Article 24 of the Convention, a request for recognition of the adoption order may be rejected in cases where there is a clear contradiction with public policy, taking into account the best interests of the child. Provisions such as the surrogate mother receiving payment or situations where, through an agreement made before the child is born, the surrogate mother waives parental rights over the child and gives consent may constitute a contradiction with public policy in surrogacy contracts. However, the examination of public policy should be limited to the best interests of the child. Therefore, the direct recognition of the adoption relationship should not be prevented on the grounds of a clear contradiction with public policy, considering the possibilities of the child being left parentless or stateless when no other means of establishing parentage between the child and the intended parents are available.

The Hague Conference on Private International Law has initiated work under the "Parentage/Surrogacy Project" to address the differences in legal regulations among states regarding surrogacy, particularly concerning the resolution of issues arising from the inability to establish parentage of children born through surrogacy or the non-recognition of parentage established in one country in another. A group of experts

appointed in 2015 concluded their work in 2022 by drafting provisions in the form of two draft international private law instruments, one being a general international convention on parentage and the other a protocol specifically addressing parentage established as a result of cross-border surrogacy agreements.

The Expert Group has decided that the issue of recognizing the parentage of children born through cross-border surrogacy should be included within the scope of the Protocol only in cases where parentage is established solely by court decision, with other methods of establishing parentage being excluded from the scope for the time being. Additionally, it was deemed appropriate for the Protocol to adopt a posteriori approach that only ensures the recognition of the child's parentage status without requiring state intervention in surrogacy.

The Expert Group then discussed various elements that could be included in a Protocol adopting an *a posteriori* approach to the recognition of parentage. In this context, it was first noted that the Protocol should include an indirect international jurisdiction rule. Subsequently, safeguards/standards that should be included in cross-border surrogacy agreements were examined. Details such as when the consent of the parties should be given and the manner in which consent is obtained were thoroughly explored as fundamental assurances. It was concluded that the eligibility criteria for the surrogate mother should be evaluated according to the law of the originating state, and the information that should be included in the agreement between the parties was examined.

ÖZET

“Milletlerarası Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik” konulu tez çalışmasında, taşıyıcı annelik sözleşmesi ve bu sözleşme sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının tesisi konuları hem maddi hukuk hem de milletlerarası özel hukuk kapsamında ele alınmıştır. Ayrıca taşıyıcı annelikte dünyaya gelen çocuk hakkında yabancı ülkelerde düzenlenen doğum veya tanımaya ilişkin belgelerin Türk hukukundaki etkileri de incelenmiştir. Çalışma giriş, üç ana bölüm ve sonuç kısımlarından oluşmaktadır.

Taşıyıcı annelik, bir kadının, başka birisi ya da birileri adına rahminde çocuk taşıdığı ve doğumu gerçekleştirdiği çeşitli durumları içeren bir üst kavramı ifade etmektedir. Taşıyıcı anneliğin çeşitli görünümleri bulunmaktadır.

Taşıyıcı annelik gerçekleştirme biçimine göre, geleneksel taşıyıcı annelik ve tam taşıyıcı annelik olarak ikiye ayrılır. Geleneksel taşıyıcı annelik yönteminde, taşıyıcı annenin üreme hücreleri kullanıldığından taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bir bağ bulunmaktadır. Tam taşıyıcı annelik yönteminde ise taşıyıcı annenin yumurta hücreleri kullanılmamakta, genellikle müstakbel anne ve babanın üreme hücreleri IVF yöntemiyle döllendirilerek elde edilen embriyo taşıyıcı anneye aktarılmaktadır. Müstakbel anne ya da babadan birinin ya da her ikisinin de üreme yeteneğinden yoksun olması durumunda sperm ve/veya yumurta bağıışı ile elde edilen üreme hücreleri de bu yöntemde kullanılabilir. Tam taşıyıcı annelikte, çocukla taşıyıcı anne arasında genetik bir bağ bulunmaz.

Taşıyıcı annelik ücret alınıp alınmamasına göre de sınıflandırılmaktadır. Eğer taşıyıcı anneye, taşıyıcı annelik yapması için müstakbel ebeveyn tarafından bir ücret ödeniyorsa ticarî taşıyıcı annelik, makul masrafların karşılanması dışında herhangi bir ücret ödenmiyorsa özgecil taşıyıcı annelik söz konusudur. Son olarak taşıyıcı annelik, tarafların aynı ülkede bulunduğu durumlarda ülkesel ya da ülke içi taşıyıcı annelik, taşıyıcı anne ve müstakbel ebeveynin farklı ülkelerde bulunduğu durumlarda sınıraşan taşıyıcı annelik olarak ayrılmaktadır.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi ise taşıyıcı anne ile müstakbel ebeveyn arasında taşıyıcı annenin çocuğa hamile kalmasından önce yapılan ve çocuğun, doğumdan sonra müstakbel ebeveyne teslim edilerek müstakbel ebeveynin, çocuğun hukuki ebeveyni olacağına kararlaştırıldığı bir sözleşmedir. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin bir aile hukuku sözleşmesi mi yoksa borçlar hukuku sözleşmesi mi olduğu konusunda görüş birliği yoktur. Bununla birlikte, taşıyıcı annelik sözleşmesini iki tarafa borç yükleyen, aile hukukuna özgü sonuçlar doğuran, *sui generis* bir sözleşme olarak değerlendirmek en uygun yaklaşımdır. Taşıyıcı annelik sözleşmesinden kaynaklanan çocuğun teslimi ve soybağı dışındaki uyumsuzlukların *sui generis* sözleşmelerin tamamlanmasına dair ilkeler çerçevesinde çözüme kavuşturulması, soybağı hususunun ise aile hukuku kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Soybağı ve çocuğun teslimi hakkında tarafların aralarındaki sözleşmede kararlaştırmış oldukları hükümler geçersiz olacaktır.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliği emredici düzenlemelere, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık başlıkları altında incelenmiştir. Bu kapsamda hukukumuzda, 7151 sayılı kanunla ODNK’nin 15. maddesine eklenen Ek Madde 1/f.2 hükmüyle taşıyıcı annelik yapılması açıkça yasaklanmıştır. Türkiye’de böyle bir sözleşme yapılması durumunda TBK m. 27 hükmü gereğince kesin hükümsüzlük sonucunu doğacaktır.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlâka aykırılığı incelenirken taraf menfaatlerini dengeleyerek yorum yapmak gerekir. Eğer müstakbel anne ve babanın üreme hücreleri kullanılmışsa ayrıca bu kişilerin, çocuk doğurma yeteneğinden yoksun olduğu resmî bir sağlık kurulu raporu ile ispat edilebiliyorsa ve hamilelik ve doğumun taşıyıcı anne bakımından alışılmışın dışında bir tehlike taşımadığı ortadaysa taşıyıcı annelik ilişkisinin ahlâka aykırı olduğunu söylemek mümkün değildir. Buna karşılık, müstakbel ebeveynin üreme hücrelerinin kullanılmadığı, müstakbel annenin çocuk doğurması mümkün olmasına rağmen taşıyıcı anneliğe keyfi olarak başvurulduğunda söz konusu ilişkinin genel ahlâk kurallarına aykırılık teşkil ettiği söylenebilir.

Taşıyıcı anneliğin ücret karşılığı yapılmasının ahlâka aykırılık noktasındaki etkilerinin de tespit edilmesi gerekmektedir. Ticarî taşıyıcı annelik, fuhuşa benzerliği, kadın bedeninin ticarî bir metaya indirgenmesi, ekonomik açıdan güçsüz kadınların istismarına yol açabileceği ve insan ticaretine sebep olabileceği sebepleriyle ahlâka aykırı olarak nitelendirilmektedir. Bu noktada, taşıyıcı anneliğin amacı ve sözleşmenin tarafları dikkate alındığında taşıyıcı annenin kendi bedenini fuhuşa benzer bir şekilde kullanmadığı açıktır. Diğer yandan, taşıyıcı annenin rahminin kullanılmasına karşılık bir ücret ödenmesi taşıyıcı anneliği metalaştıran husustur. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde bulunan kadınların gelişmiş ülkelerdeki müstakbel ebeveyne taşıyıcı annelik yapması, ekonomik açıdan güçsüz konumda bulunan taşıyıcı anneleri kadın ticaretine varacak sonuçlarla karşı karşıya bırakmaktadır. Bu değerlendirmeler sonucunda, ticarî taşıyıcı anneliğin kadın istismarına yol açtığı durumlarda ahlâka aykırı olduğunu kabul etmek yerinde bir tutum olur.

Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmeleri, çocuk satışına sebep olabileceği için de ahlâka aykırı olarak görülmektedir. Bu noktada ÇHS, çocuk satışının önlenmesi için devletlere bir yükümlülük getirmektedir. Çocuk satışı tanımının yer aldığı Çocuk Satış Protokol'ü hükümleri incelendiğinde, çocuğun herhangi bir kişi tarafından ücret veya bir karşılık öngörülerek devredildiği herhangi bir eylem veya işlemin çocuk satışı olarak nitelendirildiği görülmektedir. Ticarî taşıyıcı annelik ilişkilerinin bu tanım kapsamında çocuk satışı teşkil edip etmediği hususu tartışmalıdır. Diğer yandan, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nin herhangi bir maddî menfaat karşılığında evlât edinme ilişkisi tesis edilemeyeceğine ilişkin hükmünün, taşıyıcı annelik ilişkilerine uygulanabilirliğini değerlendirerek bir yorumda bulunmak isabetli olur. Hem evlât edinme hem de taşıyıcı annelik, üreme yeteneğinden yoksun kişilerin çocuk sahibi olabilme yöntemleri arasında yer almaktadır. Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nin temel amaçlarından biri, çocuğun satımı ve ticaretinin önlenmesidir. Bu kapsamda, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de çocuğun korunmaya değer benzer menfaatlerinin olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, herhangi bir maddî menfaat karşılığında evlâtlık ilişkisinin kurulamayacağına ilişkin kuralın, taşıyıcı annelik ilişkilerine de uygulanması suretiyle, ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlâka aykırı olduğu sonucuna varılabilir.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kişilik haklarına aykırılık nedeniyle de kesin hükümsüz olacağı belirtmiştir. Bununla birlikte, taşıyıcı annenin, sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini ifa etmiş olmasına rağmen diğer tarafın sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü sebebiyle ücret ödemekten kaçınıp kaçınamayacağı çözüme kavuşturulması gereken bir husustur. Böyle bir durumda, TBK m.27 ve TMK m.23/f.2 hükmünün amaca uygun sınırlanması suretiyle uygulanması ve kişilik hakları ihlâl edilen kişinin korunması amacıyla öngörülmüş olan söz konusu hükümlerin taşıyıcı annenin aleyhine sonuçlar doğurmaması gerekir. Hakîmin, somut olayın özelliklerine göre bir uyuşmazlıkta taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan ücret veya masrafın taşıyıcı anneye ödenmesine hükmetmesi gerekebilir.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin şekli bakımından herhangi bir düzenleme bulunmadığından şekil serbestisinin varlığı kabul edilmektedir. Öte yandan, taşıyıcı anneliğe izin veren hukuk sistemlerinin çoğunda yazılı şekil şartı bulunmaktadır. Hukukumuzda da taşıyıcı anneliğe izin verilmesi durumunda nitelikli şekil şartına ilişkin bir düzenleme getirilmesi yerinde olur.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları, taşıyıcı anne ve müstakbel ebeveynidir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı annenin edimleri genel olarak vücut bütünlüğüne yönelmiş fiiller vasıtasıyla ifa edilebilen edimlerdir. Taşıyıcı annenin asli edimleri, tıbbi süreçlere rıza gösterme ve doğan çocuğu müstakbel aileye teslim etme yükümlülüğüdür. Bununla birlikte, doğru beyanda bulunmak ve sır saklamak gibi bazı yan yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Taşıyıcı anne, kişisel bilgileri hakkında doğru beyanda bulunmakla yükümlüdür. Bu kapsamda, taşıyıcı annenin hayatının herhangi bir döneminde alkol, sigara veya uyuşturucu madde kullanıp kullanmadığı, daha önce düşük veya ölü doğum yapıp yapmadığı, hamileliğin getirdiği hormonal değişimlere baş edebilecek bir ruh sağlığına sahip olup olmadığı gibi konularda doğru ve yeterli bilgi vermesi gerekir.

Taşıyıcı annenin sır saklama yükümlülüğü, taraflar arasındaki sözleşmede açıkça öngörülebileceği gibi sözleşmede yer alan diğer yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında da gündeme gelebilir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesine benzer unsurları nedeniyle tarafların birbirlerine karşı sahip olduğu sadakat yükümlülüğü kapsamında sır saklama yükümlülüğü de bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğünün sözleşmede açıkça öngörülmediği hallerde bu yükümlülüğün, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının bir parçası olarak kabul edilmesi gerekir. Zira hem taşıyıcı anne hem de müstakbel ebeveyn güven ilişkisi çerçevesinde karşı tarafın kişisel bilgilerine vakıf olmaktadır. Bu yükümlülüğe aykırılık hâlinde tazminat sorumluluğu gündeme gelir.

Taşıyıcı annenin, taşıyıcı annelik sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinden biri de gerçekleştirilecek tıbbi süreçlere izin vermesidir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren şey müdahalede bulunulacak kişinin tıbbi müdahaleye rızasının olmasıdır. Rızanın özgürce verilmesi ve rıza verecek kişinin bilgilendirilmiş olması, rızanın geçerliliğini sağlayan şartlardır. Özgür rıza, hiç kimsenin baskısı olmadan verilen rızadır ve verilen rızanın geri alınması da mümkündür. Taşıyıcı anne de tıbbi müdahaleler için vermiş olduğu rızayı geri alabilir. Rıza verenin bilgilendirilmiş olması gerekliliği, taşıyıcı annenin, tıbbi müdahalenin taşıdığı riskler ve getireceği sorumluluklar hakkında anlayabileceği bir şekilde ayrıntılı olarak bilgilendirilmesini gerektirir. Özellikle ticarî taşıyıcı annelik ilişkilerinde, ekonomik olarak güçsüz kadınlar taşıyıcı anne olduğundan tıbbi süreçler bakımından aydınlatma yükümlülüğünün uygun bir şekilde yerine getirilmediği görülmektedir.

Taşıyıcı annenin, karnında taşıdığı çocuğun sağlıklı olma ihtimalini artırmak için bazı davranışsal yükümlülükleri de bulunmaktadır. Bunlar, sigara, alkol, uyuşturucu kullanmamak gibi pasif yükümlülükler veya egzersiz yapmak, belirli aralıklarla muayene gitmek gibi aktif fiiller şeklindeki yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükler, taşıyıcı annenin vücudu üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlar niteliktedir. Dolayısıyla, taraf menfaatleri arasında bir değerlendirme yapıldığında taşıyıcı annenin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin menfaatin ağır bastığı söylenebilir. Öte yandan, tam ve sağ doğumla birlikte ana rahmine düştüğü andan itibaren kişilik kazanacak cenini, annenin zarar verici fiillerine karşı tamamen savunmasız bırakmak da uygun olmaz. Öğretide, annenin, karnındaki cenine karşı bir özen yükümlülüğünün olduğu

ve özen yükümlülüğünün sınırının da “benzer şartlar altındaki normal, orta zekadaki makul insan” olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, taşıyıcı annenin, ceninin sağlığının korunmasında benzer şartlar altında olan ortalama bir annenin davranışlarından sapan zarar verici fiilleri, kusurlu davranış kabul edilerek taşıyıcı annenin cenine karşı haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmelidir.

Cenin, tam ve sağ doğması koşuluyla taşıyıcı annenin fiillerinden dolayı uğramış olduğu zararların tazmini bakımından üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı da değerlendirilebilir. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki ceninin şahıs varlığı değerlerini yakından ilgilendirir. İşte üçüncü kişilerin sözleşmesinin ifasına dönük faaliyetlere yakınlıkları sebebiyle haksız fiil hükümlerine gitmeleri yerine sözleşmesel sorumluluk ilkelerinden faydalanabilmeleri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramıyla sağlanabilmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin, üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme olduğunun kabulü hâlinde ceninin, tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi şartıyla taşıyıcı annenin davranışsal yükümlülüklerine aykırılığı nedeniyle uğradığı zararı talep edebilmesi mümkün olur.

Taşıyıcı annenin bir diğer yükümlülüğü doğuma kadar hamileliği devam ettirmektir. Uygulamaya bakıldığında tarafların, çoğul gebelik veya çocukta belirli hastalıkların olacağının tespit edilmesi gibi bazı hâllerde nasıl hareket edileceğine ilişkin düzenlemeler yaptığı görülmektedir. Bunlar, taşıyıcı annenin gebeliği sona erdirip erdiremeyeceği veya çoğul gebelik hâlinde, fetüs sayısının azaltılarak yaşama şansı en yüksek fetüsün korunmasını sağlamak için selektif redüksiyona başvurup başvuramayacağına ilişkindir. Çoğul gebelik, taşıyıcı annenin sağlığı veya hayatı bakımından tehlike oluşturuyorsa taşıyıcı annenin hamileliği sonlandırarak kürtaj olması veya selektif redüksiyona başvurması sözleşmeye aykırılık oluşturmayacaktır.

Müstakbel anne ve babanın, kişisel veya dinî sebeplerle çocuğun sağlık sorunlarıyla doğacağı veya çoğul gebelik tespit edilmesine rağmen taşıyıcı annenin doğumu gerçekleştirmesini istediği durumlar da gündeme gelebilir. Üreme hakkı ve bunun diğer görünümü olan ürememe hakkı pek çok uluslararası düzenleme ile koruma altına alınmıştır. Müstakbel ebeveynin, taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmak istemesi de üreme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Özellikle müstakbel ebeveynin üreme hücrelerinin kullanıldığı durumlarda müstakbel ebeveynin üreme hakkı ile taşıyıcı annenin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkının çatıştığı görülmektedir. Bu noktada, çoğul gebelik çoğu zaman taşıyıcı anne için risk teşkil ettiğinden, taşıyıcı annenin yaşam hakkına dönük menfaatine üstünlük tanınarak taşıyıcı annenin kürtaj olması sözleşmenin ihlâli kapsamında değerlendirilmemelidir.

Taşıyıcı annenin en önemli yükümlülüğü, doğumun gerçekleşmesinin ardından doğan çocuğu, müstakbel anne ve babaya teslim etmektir. Taşıyıcı anneliğe izin veren hukuk sistemlerinde taşıyıcı annelere doğumdan sonra bir serinleme süresi (*cooling period*) verilmektedir. Bu süre içinde, taşıyıcı annenin çocuğu teslim etmekten vazgeçmesi mümkündür. Taşıyıcı anneyi çocuğu teslim etmeye zorlayacak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde, müstakbel ebeveyn için de bazı yükümlülükler vardır. Bunlar, masrafların karşılanması, ücret ödenmesi ve çocuğun teslim alınmasıdır. Müstakbel ebeveyn taşıyıcı annenin masraflarını karşılamakla yükümlüdür. Bu kapsama yapay döllemenin gerçekleşmesi için gereken tıbbî müdahale masrafları, taşıyıcı annenin hamilelik süresince yapmış olduğu kıyafet,

vitamin ve takviye gıda vb. masrafları ve hamilelik nedeniyle ortaya çıkan komplikasyonlardan kaynaklı masraflar girmektedir. Taşıyıcı anneye bu masrafların ödenmesi, taşıyıcı annelik sözleşmesini ticarî bir hâle getirmemektedir.

Müstakbel anne ve babanın en önemli yükümlülüğü doğumun ardından çocuğu teslim alma yükümlülüğüdür. Bazen çocuktaki sağlık sorunları nedeniyle bazen de müstakbel ebeveynin çocuk sahibi olma konusundaki fikirlerini değiştirmeleri nedeniyle çocuğu teslim almamaları söz konusu olmaktadır. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin devlet kontrolünde yapıldığı İsrail’de müstakbel ebeveynin çocuğu teslim almaktan kaçınması mümkün değildir. Bununla birlikte ABD ya da Birleşik Krallık gibi hukuk sistemlerinde müstakbel ebeveyn çocuğu teslim almazsa ne olacağı hususu belirsizdir. Bir taşıyıcı anne bulup anlaşılarak sözleşmenin sonunda bir çocuğun dünyaya gelmesine neden olan müstakbel ebeveynin kendi eylemlerinin sonuçlarından kaçınarak çocuğu teslim almaması kabul edilebilir bir durum değildir.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri herhangi bir şekilde geçersiz kabul edilse dahi dünyaya gelen bir çocuğun soybağının kurulması sözleşmesel meselelerden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taraflardan hangilerinin üreme hücrelerinin kullanıldığına bağlı olarak soybağının kurulması meselesinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bunu yaparken de ÇHS’de yer alan hükümler yol gösterici olacaktır. Taşıyıcı annelik bakımından çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi, özellikle doğum koşullarından kaynaklı olarak ayrımcılığa uğramaması ve soybağının kurulamaması gibi nedenlerle vatansız kalma tehlikesi bulunması ihtimaline karşı vatansızlığın önlenmesi konularındaki düzenlemeler oldukça önemlidir.

Soybağının kurulması noktasında, taşıyıcı annelik sözleşmesinde müstakbel anne ve babanın her ikisinin de üreme hücreleri kullanılmış ve taşıyıcı anne bekârsa, müstakbel baba ile çocuk arasında soybağı, tanıma beyanıyla kurulabilir. Öte yandan müstakbel baba, çocuğu tanımazsa soybağının babalık davasıyla kurulması da mümkün olur.

Taşıyıcı anne evliyse, evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun babasının koca olduğu karinesine ilişkin TMK m. 285 gereği, taşıyıcı annenin kocası çocuğun hukuken babası olacaktır. Bu durumda, taşıyıcı annenin kocası çocukla arasındaki soybağını reddetmedikçe müstakbel babayla çocuk arasında soybağı kurulamaz. Taşıyıcı annenin kocası soybağının reddi davası açmazsa müstakbel baba ancak TMK m. 291 hükmünde tanınan istisna gereği, dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi, gaipliğine karar verilmesi veya ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmesi hâlinde baba olduğunu iddia eden kişi olarak bu davayı açabilecektir.

Birden fazla annenin söz konusu olabileceği taşıyıcı annelik yönteminde anne ile çocuk arasında soybağının kurulması noktasında genetik anneye üstünlük tanınması uygun olacaktır. Bu kapsamda, TMK m. 282/f.1 hükmü gereği doğuran kadın çocuğun annesi kabul edildiğinden taşıyıcı anne, doğuran kadın olarak çocuğun annesi olacaktır. Diğer yandan, taşıyıcı anne ile çocuk arasındaki bu soybağı ilişkisinin babalık karinesinde olduğu gibi aksi ispat edilebilir bir karineye dayandığının kabulü gerekir. Hukukumuzda anne bakımından soybağının reddi davası açma imkânı düzenlenmemiş olsa da babalığın reddine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanarak kanundaki boşluğun doldurulması yerinde olur.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin taraflarının, farklı devletlerde bulunması durumunda sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi söz konusu olur ve bu nitelikteki sözleşmeler milletlerarası özel hukukun kapsamına girer. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk konusunda iki görüş

belirtilmiştir. Taşıyıcı annelik sözleşmesini aile hukuku sözleşmesi olarak kabul edenler, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin evlilik mal rejimi sözleşmelerine benzer özellikler gösterdiğini, bu kapsamda taşıyıcı annelik sözleşmelerinde soybağı statüsünün tesisi dışında kalan konularda taraflara hukuk seçimi imkanının tanındığı bir düzenleme getirilmesi gerektiğini öne sürmüştür.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan bir ihtilâf Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde hâkimin, *lex fori* vasıflandırmayı ele alarak taşıyıcı annelik sözleşmelerini çalışmanın birinci bölümünde ele alındığı üzere aile hukukuna özgü sonuçlar doğuran *sui generis* bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak değerlendirmesi uygun olur. Böylece çocuğun soybağı ve teslimi dışında kalan hususlar MÖHUK'ta yer alan sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralları çerçevesinde çözümlenecektir. Buna göre sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri MÖHUK m. 24 kapsamında ele alınmalı ve uygulanacak hukuk bu hükme göre tespit edilmelidir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 gereği öncelikle taraflarca seçilen hukuka tâbi olacaktır. Hukuk seçiminin şekli bakımından MÖHUK m. 24/f.1/c.1-2'ye göre, tarafların açıkça veya tereddüde yer vermeyecek şekilde zımnî olarak hukuk seçimi yapması mümkündür.

Bununla birlikte zımnî hukuk seçiminden bahsedebilmek için çeşitli ölçütler kabul edilmektedir. Örneğin, taraflar arasındaki sözleşmede belirli bir hukukta yer alan maddî hukuk hükümlerine atıfta bulunulması, belli bir ülke hukukuna ait standart sözleşmelerin kullanılması, hukuk seçiminin yapıldığı başka sözleşmeye atıf yapılması gibi hususların hepsinin birlikte değerlendirilmesi gerekir. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taraflar arasında daha önceden yapılan ve hukuk seçimine ilişkin düzenlemeler içeren sözleşmelerin varlığı, sonraki sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinde zımnî hukuk seçiminde bulunulduğu konusunda bir emare olarak değerlendirilmemelidir. Taraflar arasında birden fazla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılmış olsa da bu sözleşmeler birbirinden bağımsızdır ve sözleşmelerin konusu da birbirinden farklı çocuklardır.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde uygulanacak hukuk, objektif bağlama kuralına göre sıkı ilişkili hukuk olacaktır. Sıkı ilişkili hukuk ise karakteristik edimi esas alan karineye belirlenmektedir. Bu noktada, müstakbel ebeveynin yükümlülüğü ücret ödeme veya taşıyıcı annenin masraflarını karşılama şeklindedir. Taşıyıcı annenin yükümlülükleri ise gebelik ve doğum gibi ise sözleşmeyi karakterize eden edimler olduğundan karakteristik edimin taşıyıcı annenin edimi olduğu söylenebilir. Bununla birlikte, taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı annenin edimlerini birden fazla ülkede yerine getirmesi sık rastlanan bir durum olduğundan karakteristik edim teorisinin yetersiz kaldığını söylemek mümkündür.

Şekil ve ehliyet konuları akit statüsü kapsamı dışında kalan konulardandır. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, MÖHUK m.7 hükmüne göre ya sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun ya da sözleşmenin esası hakkında uygulanacak hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olarak yapılmalıdır. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından önem arz eden bir husus, bazı devlet hukuklarında yer alan taşıyıcı anneliğe başvurabilmek için o devlet yetkili makamlarının onayının alınması konusudur. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde yetkili makamın onayı meselesinin şekle ilişkin olduğu kabul edilerek, bu onayın alınması ve alınmamasının hukukî sonuçlarının MÖHUK m. 7 hükmüne göre çözümlenmesi gerekir.

Tarafların ehliyeti MÖHUK m. 9 gereği tarafların millî hukukuna tâbi olacaktır. Diğer yandan, taşıyıcı anneliğe izin veren hukuk sistemlerinde taşıyıcı anneliğe başvurabilmek için aranan medeni durum, yaş, sağlık durumu vb. koşullar özel hak ehliyetine ilişkin konulardır. Bu nedenle, taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olabilme ehliyetinin sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna (locus regit actum) tâbi tutulması gerekir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk, MÖHUK m. 5 hükmü gereği Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmamak şartıyla uygulanacaktır. Bu kapsamda, Türk hukukunda taşıyıcı anneliğin yasaklanmış olması ve uygulanacak yabancı hukukun taşıyıcı anneliğe izin vermesi tek başında Türk kamu düzenine aykırılık olarak nitelendirilmemelidir. Kamu düzenine aykırılık değerlendirmesinde somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Aynı doğrultuda, tarafların aralarındaki sözleşmede ücret kararlaştırmış olması doğrudan ahlâka aykırılık nedeniyle kamu düzenine açıkça aykırılık olarak nitelendirilmemeli bu ücretin, taşıyıcı annenin makul masraflarını aşıp aşmadığı incelenmelidir. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, taşıyıcı annenin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtladığından kişilik haklarına aykırı kabul edilmektedir. Ancak kişilik hakları ihlâl edilen taşıyıcı annenin üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirdiği fakat karşı taraftan edimini yerine getirmesini talep ettiği hâllerde taşıyıcı annelik sözleşmeleri kamu düzenine aykırı kabul edilmemelidir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının kurulması hususu da milletlerarası özel hukuk kapsamına girmektedir. Bu kapsamda çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya babası arasında soybağının kurulmasına ilişkin bir mesele Türk hâkiminin önüne gelirse hâkim, bu meseleyi soybağının kan bağı yoluyla kurulması olarak vasıflandırılması ve buna ilişkin MÖHUK m. 16 hükümlerinin uygulaması gerekir.

Soybağına uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 16/f.1 hükmü incelendiğinde uygulanacak hukuk öncelikle çocuğun millî hukukudur. Öte yandan soybağının kurulması için millî hukukun tespiti, millî hukukun tespiti için ise soybağının kurulması gerekliliği taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının kurulması noktasında millî hukuk bağlama noktasının çok da mümkün olmadığını göstermektedir. Aynı doğrultuda çocuğun mutad mesken hukuku bağlama noktasının uygulanması da zordur. Zira yeni doğmuş bir çocuğun anne ve babasından ayrı bir mutad meskeni bulunamayacağından çocuğun mutad meskeninin taşıyıcı anneye göre mi yoksa müstakbel ebeveyne göre mi tespit edileceği sorunu ortaya çıkar. Yine MÖHUK m. 16'daki diğer bağlama noktalarında yer alan anne ve/veya babanın millî hukuku ya da mutad mesken hukukları, bağlama noktasında yer alan anne ve baba terimlerinin belirli olduğu varsayımlarına dayandığından uygulamada zorluklar yaratır. Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının kurulması bakımından en uygun bağlama noktası MÖHUK m. 16'da son basamakta yer alan çocuğun doğum yeri hukukudur.

MÖHUK m. 16'da yer alan bağlama noktalarının çocuğun korunması ve soybağının kurulması amacıyla esnetilmesi uygun olacaktır. Bu kapsamda örneğin çocuğun mutad meskeni hukuku çocuğun soybağını kurma amacına uygun düştüğü ölçüde hem taşıyıcı anneye hem de müstakbel ebeveyne göre tespit edilebilmelidir. Benzer şekilde atıf teorisinin de çocuğun soybağının kurulmasına hizmet ettiği ölçüde kabul edilmesi uygun olacaktır.

Yabancılık unsuru içeren ihtilâflarda soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk ise MÖHUK m. 17 hükümlerine göre belirlenecektir. Soybağının hükümlerinden velâyet konusunda, Türkiye'nin taraf olduğu 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi oldukça önemlidir. Sözleşme, çocukla ebeveyni arasında soybağının tesisini kapsamamaktadır. Sınıraşan taşıyıcı annelik yönteminde velâyet sorumluluğuna ilişkin çeşitli sorunlar gündeme gelebilir.

Soybağına uygulanacak hukuka göre, çocukla taşıyıcı anne ve (varsa) kocası arasında soybağı kurulmuş ancak çocuk müstakbel aileyle yaşıyorsa çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi ve tıbbî müdahale gerektiren sağlık sorunlarının varlığı hâlinde taşıyıcı anne ve kocasının rızasının alınması gerekecektir. 1996 tarihli Sözleşme'ye göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet adlî veya idarî makamları, çocuk hakkında koruma tedbiri alma bakımından yetkili kabul edilmektedir. Bu kapsamda mutad meskeni Türkiye'de bulunan müstakbel ebeveynin, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan ve aralarında soybağı ilişkisi bulunmayan çocuğu Türkiye'ye getirmeleri ve bir süre birlikte yaşamaları durumunda çocuğun mutad meskeninin Türkiye'de olduğu tespit edilebilir. Bu durumda, yetkili Türk makamları Türk maddî hukuk hükümlerine göre çocuğu koruyucu tedbir kararı alabilecektir. Bu noktada, TMK m. 348/f.2'de yer alan, anne veya babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması vb. sebeplerle velâyet görevini gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle velâyetin kaldırılması tedbirinin uygulanması düşünülebilir. Taşıyıcı anne ve (varsa) kocasının, yabancı bir ülkede bulunmasından dolayı velâyet görevini gereği gibi yerine getirmediği gerekçesiyle velâyetin kaldırılması ve çocuğun üstün menfaati gereği müstakbel ebeveynin çocuğa vasi tayin edilmesi uygun olacaktır.

Soybağına uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk, Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemek şartıyla uygulanacaktır. Bu noktada, uygulanacak hukuka göre genetik/müstakbel anne ve babayla çocuk arasında soybağı kurulmasının imkânı varsa bu hukukun uygulanması Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemelidir. Bunun yanında, doğuran kadının çocuğun annesi olduğu karinesinin değişmezliği nedeniyle de taşıyıcı anneliğin kamu düzenine aykırı olabileceği belirtilmiştir. Bu durumda taşıyıcı annenin doğumdan sonra çocuğun hukukî annesi kabul edilmesi, genetik/müstakbel anneyle çocuk arasındaki soybağının ise daha sonra evlât edinmeyle kurulması gerektiği belirtilmiştir. Öte yandan, evlât edinme sürecinin uzun sürmesi ve süreçte yaşanabilecek sorunlar göz önüne alındığında yabancı hukukun uygulanarak soybağının daha hızlı ve çabuk kurulması imkânı varken bu yola başvurulmasının çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceğini söylemek mümkün değildir. Bir diğer problem çocuğun soybağı statüsünün belirsiz kalmasıdır. Uygulanacak yabancı hukuka göre çocuğun hukukî annesi, genetik/müstakbel anne kabul edildiğinden taşıyıcı annenin çocuğu müstakbel aileye teslim ederek çocukla artık ilgilenmediğini göstermesine rağmen yine de taşıyıcı anneyi çocuğun hukukî annesi kabul ederek çocuğa bakmaya zorlamak mümkün olmayacaktır. Çocukla genetik/müstakbel anne ve baba arasında soybağının kurulmasına imkân veren hukukun uygulanması çocuğun üstün menfaatinin bir gereği olacaktır. Soybağının tesisine uygulanacak yabancı hukukta herhangi bir şekilde genetik/müstakbel anne ve babayla çocuk arasında soybağının kurulması imkânı tanınmaması hâlinde Türk kamu düzeni müdahalesi gerekebilir.

Devletlerin taşıyıcı annelik ve soybağı hukuku konusundaki farklı düzenlemeleri nedeniyle sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuk ve genetik/müstakbel anne veya babası arasındaki soybağının, MÖHUK m. 16'da yer alan tüm hukukların uygulanmasına rağmen kurulamaması hâlinde soybağının evlât edinmeyle kurulup kurulamayacağının da incelenmesi çocuğun soybağının kurulması amacına uygun

olacaktır. Bu kapsamda, MÖHUK m. 18’de yer alan şartların sağlanmasıyla soybağının evlât edinmeyle kurulması mümkün kabul edilmelidir.

Çalışmamızda taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan bir çocuğun yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesinde yer alan kayıtların veya tanıma senetleri gibi resmî belgelerin Türk hukukundaki etkileri de incelenmiştir. Yabancı belgelerin ispat gücü lex fori olarak Türk hukukuna tâbidir. Yabancı resmî belgelerin Türkiye’de de bu vasfı taşıması, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla HMK m. 224’e göre belirlenir. Bu konuda ayrıca 1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi hükümleri oldukça önemlidir. Yabancı ülke resmî makamlarında düzenlenen doğum belgeleri HMK m. 224 veya 1961 tarihleri Sözleşmenin aradığı şartları sağlaması durumunda Türk hukukunda da resmî belge gücünü kazanacaktır. Türkiye’de Türk vatandaşlarının, mavi kartlıların ya da Türkiye’de oturan yabancıların, doğum olayını kişisel durum sicillerine bildirmesi gerekir.

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, yabancı doğum belgesine dayanarak nüfus kütüğüne tescili talep edilebilir. Bu durumda yabancı doğum belgesi, yetkili makam tarafından verilmiş ve Türkiye’de resmî belge vasfı taşıma şartlarına haizse nüfus memuru, doğum belgesinden açıkça taşıyıcı annelik yapıldığı anlaşılmıyorsa veya anne babanın çok yaşlı olması gibi açıkça şüpheyne düşülecek bir durum tespit edemiyorsa çocuğun anne ve babası olarak kimin gösterildiği fark etmeksizin doğumu, nüfus kütüğüne tescil edecektir. Nüfus memuru, daha derin bir araştırma veya soruşturma yapamayacaktır.

Yabancı doğum belgesinde yer alan bilgilerden taşıyıcı annelikten şüphe duyulursa nüfus memuru, çocuğu aile kütüğüne tescil etmeyip mülkî idare amirinin emri ile beyanın doğruluğu hakkında soruşturulma yapılmasını isteyebilecektir. Yapılan soruşturma sonunda çocuğun doğum belgesinde, taşıyıcı annenin anne ve genetik babanın da baba olarak isminin yer alması durumunda çocuğun doğum olayına ilişkin gerçek bilgileri içeren yabancı doğum belgesi esas alınarak çocuğun nüfus kütüğüne tescili yapılmalıdır. Diğer yandan, araştırma sonucunda çocuğun doğum belgesinde genetik/müstakbel anne ve babanın isminin yer aldığı tespit edilirse bu beyan, gerçek dışı kabul edilerek ilgililer hakkında kovuşturma yapılmak üzere durum belgelerle birlikte Cumhuriyet savcılığına intikal ettirilebilir. Yabancı doğum belgesi veya yabancı ülkede yapılan tanımaya dair resmî belgeye dayanarak taşıyıcı annelikle doğan çocuğun nüfus kütüğüne tescil edilmesinden sonra tescilin iptali de talep edebilir. Bu durum, Cumhuriyet Savcılığının taşıyıcı anneliği öğrenmesi durumunda gündeme gelebilir.

Taşıyıcı annelikle doğan çocuk ve genetik/müstakbel anne ve baba arasındaki soybağının, yabancı mahkeme kararıyla kurulması durumunda bu kararın Türkiye’de hukukî etki doğurabilmesi için tanınması gerekir. Soybağının kurulmasına ilişkin yabancı mahkeme kararına dayanarak kişi hâllerine ilişkin bu durumun nüfus siciline tescili talep edildiğinde nüfus memurluğu bu tescili ancak Türk mahkemelerinden verilmiş bir tanıma kararı varsa yerine getirir. Taşıyıcı annelikle doğan çocuk ve genetik/müstakbel aile arasındaki soybağı, evlât edinmeyle de kurulabilir. Bu durumda evlât edinme, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi kapsamına giriyorsa Türkiye’de doğrudan tanınır. Evlât edinme sözleşme kapsamına girmiyorsa yabancı evlât edinme kararının, Türk mahkemelerinde tanınması gerekir.

Yabancı mahkeme veya evlât edinme kararının tanınması MÖHUK’ta yer alan tanıma şartlarının yerine getirilmesine bağlıdır. Yabancı kararın mahkeme tarafından

verilmiş olması tanınmanın ön şartlarından. Ancak NHK m. 30/f.2 hükmüyle, yabancı evlât edinmelerde yabancı adlî makamlar yanında idarî makamlar tarafından verilen kararların tanınması da mümkündür. Bu nedenle taşıyıcı annelikle doğan çocuk ve müstakbel ebeveyni arasındaki evlât edinme ilişkisi yabancı idarî makam kararıyla kurulmuşsa MÖHUK'un aradığı diğer şartların da mevcut olması durumunda bu karar Türkiye'de tanınabilecektir.

Yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tanınması için verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması da gerekir. Yabancı evlât edinme kararları verildiği şartlar içinde kesinliği koruyacağından ve yenilik doğurucu niteliği nedeniyle maddî anlamda kesin hüküm etkisine eş veya benzer bir etkiye sahip olduğundan Türk mahkemelerinde tanınabilir. Taşıyıcı annelik yöntemine izin veren bazı hukuk sistemlerinde, sadece müstakbel anne ve babanın üreme hücrelerinin kullanıldığı hâllerde çocuğun doğumundan sonra hüküm ifade etmek üzere doğum öncesi ebeveynlik kararları verildiği görülmektedir. Bu kararlar kesinleşme şartı kapsamında incelendiğinde evlât edinme kararlarında olduğu gibi yenilik doğurucu bir etkiye sahiptir. Dolayısıyla çocuğun doğumundan sonra tanınmasının talep edilmesi hâlinde kesinleşme şartı bakımından bir sorun teşkil etmemelidir.

Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının tesisine ilişkin bir yabancı kararın tanınması talebinde, tanınmanın aslî şartları arasında yer alan yabancı hükmün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması hususunun incelenmesi önemlidir. Bu noktada AİHM'in kararları ile diğer devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar incelenmiştir. Yabancı karar, çocukla genetik/müstakbel anne ve baba arasında soybağının tesis eden bir kararsa bu karar, Türk hukukunda taşıyıcı annelik yasak olduğundan kamu düzenine aykırı kabul edilmemelidir. Çocukla genetik ebeveyni arasında soybağının kurulmasında çocuğun üstün menfaatinin bulunduğu açıktır. Doğum öncesi ebeveynlik kararlarının tanınması da bir devlet yargısından geçtiğinden ve çocukla müstakbel anne ve baba arasında genetik bağ bulunduğunu ortaya koyduğundan kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmemelidir. Hatta bu kararlarda taşıyıcı anne ve müstakbel ebeveyne ilişkin bilgiler bulunduğundan çocuğun kökenini öğrenme hakkına da hizmet etmektedir. Bazı ülkelerde çocuğun doğumundan sonra verilen ve ebeveynliğin transferi sonucu doğuran ebeveynlik kararlarının tanınması talebi de doğrudan kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmemelidir.

Taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağı, 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi kapsamında ülkelerarası evlât edinmeyle kurulmuşsa âkit devletlerden birinde verilen evlât edinme kararı Türk mahkemelerinde doğrudan tanınacaktır. Diğer yandan Sözleşme'nin 24. maddesine göre evlât edinme kararının tanınması talebi çocuğun yüksek yararı da dikkate alınarak kamu düzenine açıkça aykırılık bulunan hâllerde reddedilebilir. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, taşıyıcı annenin ücret alması, çocuk henüz dünyaya gelmeden yapılan bir anlaşmayla çocuk üzerindeki ebeveynlik haklarından feragat ederek rıza göstermesi gibi hâller, kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek hususlardır. Öte yandan kamu düzenine aykırılık incelemesinin çocuğun yüksek menfaati ile sınırlı olarak uygulanması gerekir. Bu nedenle çocukla müstakbel anne ve baba arasındaki soybağının başka hiçbir şekilde kurulamaması, çocuğun ebeveynsiz kalma veya vatansız kalma ihtimalleri düşünüldüğünde evlât edinme ilişkisinin doğrudan tanınması kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle engellenmemelidir.

Taşıyıcı annelik hakkında devletlerin hukukî düzenlemelerindeki farklılıklar ve özellikle taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağının kurulamaması veya bir

Ülkede kurulan soybağının başka bir ülkede tanınmamasından kaynaklanan sorunların çözüme kavuşturulması amacıyla Lahey Milletlerarası zel Hukuk Konferansı Daimi Bürosu ‘‘Soybağı/Taşıyıcı Annelik Projesi’’ kapsamında çalışmalar yapmaya başlamıştır. 2015 yılında görevlendirilen Uzmanlar Grubu, 2022 yılında yaptıkları çalışmaları neticelendirerek biri genel olarak soybağına ilişkin bir milletlerarası sözleşme (Sözleşme) ve diğeri özellikle sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucunda tesis edilen soybağı konusunda protokol (Protokol) olmak üzere iki tane bağlayıcı milletlerarası özel hukuk enstrümanı hakkında taslak niteliğinde hükümler oluşturmuşlardır.

Uzmanlar Gurubu, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının sadece mahkeme kararıyla kurulduğu durumlarda tanınması meselesinin Protokol kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini soybağının kurulmasına ilişkin diğer yöntemlerin şimdilik kapsam dışı bırakılmasına karar vermiştir. Ayrıca Protokol’de taşıyıcı anneliğe devletin müdahalesinin gerekmediği sadece çocuğun soybağı statüsünün tanınmasını sağlama amacına hizmet eden bir *a posteriori* yaklaşımın benimsenmesi uygun bulunmuştur.

Uzmanlar Grubu daha sonra, soybağının tanınması hususunda *a posteriori* yaklaşımı benimseyen bir Protokol’e dâhil edilebilecek çeşitli unsurları tartışılmıştır. Bu kapsamda öncelikle, Protokol’e bir dolaylı milletlerarası yetki kuralı dahil edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Daha sonra sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde yer alması gereken güvence/standartlar (safeguards/standards) incelenmiştir. Temel bir güvence olarak taraflarının rızasının ne zaman verilmesi gerektiği, rızamın alınma şekli gibi hususlar ayrıntıyla incelenmiştir. Taşıyıcı anneye uygunluk şartlarının, menşe devlet hukukuna göre değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılmış ve taraflar arasındaki sözleşmede hangi bilgilerin yer alması gerektiği incelenmiştir.

GİRİŞ

Tıptaki son araştırma ve gelişmeler, çocuk sahibi olamayan kişiler için çeşitli tedavi yöntemlerine başvurma imkânı tanımıştır. Genel olarak tıbbî yardımlı üreme (*Medically Assisted Reproduction*) kavramı altında tanımlanan bu yöntemlerin amacı doğal yöntemlerle çocuk sahibi olamayan kişilerin çocuk sahibi olma arzularının karşılanmasıdır. Bu tedavi yöntemlerinden en çok bilineni ve uygulananı ise tüp bebek (in vitro fertilizasyon) ile tedavi yöntemidir.

Tıbbî yardımlı üreme yöntemleri ile tedaviye başvuran kişilerin sayısı her yıl artmakla birlikte teknolojik gelişmelere paralel olarak yeni yöntemler de ortaya çıkmaktadır. Uygulamaya geçen bu yeni üreme yöntemlerinden bazıları birçok hukukî, ahlaki ve etik sorunu beraberinde getirmektedir. Bu sorunların en çok tartışıldığı yöntem ise taşıyıcı anneliktir. Çalışmamızın giriş bölümünde; tıbbî yardımlı üreme kavramı ile taşıyıcı annelik ve taşıyıcı anneliğin çeşitli görünüm şekilleri anlatılacaktır.

I. TIBBÎ YARDIMLI ÜREME

Üreme işlemi, en basit tanımıyla kadın üreme hücresi olan yumurta ve erkek üreme hücresi olan spermin, bir kadının vücudunda yani dâhili olarak döllenmesidir¹. Döllen bu yumurta, kadının rahim zarına yapışarak büyümeye devam ettiğinde dokuz ay sonra bir bebek doğar. Bu sürece “doğal (yardımsız) döllenme veya ilkah” denir².

¹ Mustafa Ateş, “Nesep Hukuku Yönünden Sun’i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 20, Sayı 3, 1994, s. 328; Yasemin Erol, **Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 33.

² Ateş M., **a.g.e.**, s. 328; Erol, **a.g.e.**, s. 33. Ayrıca bkz. Tıp Sözlüğü, <https://medlineplus.gov/ency/article/007279.htm> (ET. 20.08.2019). Hamileliğin doğal yolla meydana gelebilmesi için bir çiftte bulunması gereken beş özellik (veya nitelik) vardır. Bunlar; (1) olgun ve sağlıklı bir yumurtanın (veya yumurtaların), doğru zamanda ve uygun bir hormonal ortamda yumurtlanması, (2) yumurtlama döneminde kadının servikal kanalına ya da onun bitişiğine bırakılan güçlü, sağlıklı ve olgun sperm üretiminin gerçekleşmesi, (3) Spermilerin dişi üreme kanalından geçerken sperm kapasitasyonuna yardım edecek fiziko-kimyasal bir ortamın bulunması, (4) kadında, yumurta ve spermilerin geçişini destekleyecek sağlıklı bir fallop tüpünün olması, (5) embriyonun implantasyonunu engelleyebilecek anormallikleri bulunmayan, sağlıklı bir rahim boşluğunun olmasıdır. Bkz.

Doğal döllenme için bir arada bulunması gereken koşullardan bazılarında sorun olması hâlinde hamileliğin doğal yolla gerçekleşmesi mümkün olmayacaktır. İşte doğal yöntemle çocuk sahibi olamayan kişilerin bu amaçlarına ulaşabilmesi için başvurulan yöntemlerin tamamı, tıbbî yardımlı üreme kavramı ile ifade edilmektedir³.

Tıbbî yardımlı üreme kavramı ile ne anlaşılması gerektiği ve kavramın içeriğindeki uygulamaların neler olduğu hususundaki yerel ve uluslararası düzenlemelerdeki terminolojik farklılıklar, bu yöntemlerin uygulanmasında da çeşitli problemlere neden olmaktadır. İşte dünya genelindeki bu terminolojik farklılıkların ortadan kaldırılması ve bu konuda sağlık personelleri, klinikler ve hastalar arasındaki karışıklıkların önlenmesi amacıyla Dünya Sağlık Örgütü (WHO)⁴, 2017 yılında, ICMART⁵'in da desteğiyle "Uluslararası İnfertilite ve Doğurganlık Bakımı Sözlüğünü"⁶ hazırlamıştır. Sözlüğe göre tıbbî yardımlı üreme (*Medically Assisted Reproduction-MAR*); doğurganlık problemlerinin farklı çeşitlerini ve kısırlığı tedavi etmek için uygulanan çeşitli prosedürler, ameliyatlar ve teknolojiler aracılığıyla gerçekleşen üremedir⁷. Dolayısıyla tıbbî yardımlı üreme kavramı, doğal yöntemlerle üremenin meydana gelmemesi halinde hamileliğin sağlanması için başvurulan bütün tedavi yöntemlerini ihtiva eden geniş bir kavramdır.

Yardımcı üreme teknikleri (ART) ise tıbbî yardımlı üreme kavramı içerisinde yer alan, ancak erkek ve kadın üreme hücrelerinin doğal döllenmedeki gibi in vivo⁸ olarak

Geoffrey Sher, Virginia Marriage Davis, Jean Stoess, **In Vitro Fertilization the A.R.T. of Making Babies**, 3. Baskı, New York A.B.D, Facts On File, Inc., 2005, s. 32-33.

³ Erol, **a.g.e.**, s. 35, Nagehan Kırkbeşoğlu, **Soybağı Alanında BİYOETİK ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, s. 42. Bu tanımlama ile yapay döllenme geniş anlamıyla kullanılmaktadır. Bir de yardımcı üreme tekniklerinin bir çeşidi olan ve dar anlamda kullanılan yöntemle de yapay döllenme (artificial insemination) veya aşılama denilmekte ve yapay döllenme esas olarak bu anlamıyla kullanılmaktadır. Bkz. Erol, **a.g.e.**, s. 35.

⁴ Türkiye, 9 Haziran 1949 tarih ve 5062 sayılı Kanunla Dünya Sağlık Örgütü Anayasasını onaylayarak, Örgüte üye olmuştur.

⁵ Uluslararası Yardımcı Üreme Teknikleri İzleme Komitesi (ICMART); yardımcı üreme teknolojisine (ART) ilişkin dünya çapındaki verilerin geliştirilmesi, toplanması ve yayılmasında önemli rol oynayan bağımsız ve uluslararası kâr amacı gütmeyen bir organizasyondur. Bkz. <http://www.icmartivf.org/>

⁶ Fernando Zegers-Hochschild, David Adamson, Silke Dyer, Catherine Racowsky, Jacques de Mouzon, Rebecca Sokol, Laura Rienzi, Arne Sunde, Lone Schmidt, Ian D. Cooke, Joe Leigh Simpson, Sheryl van der Poel, "The International Glossary on Infertility and Fertility Care, 2017", **Fertility and Sterility**, 2017, Cilt 108, Sayı 3. Sözlüğün tamamı için bkz. [https://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(17\)30429-6/fulltext](https://www.fertstert.org/article/S0015-0282(17)30429-6/fulltext). (ET. 5.10.2021)

⁷ Bu teknikler; ovulasyon indüksiyonu, yumurtalık uyarılması (ovulation stimulation), yumurtalık trigger yöntemi, tüm yardımcı üreme teknikleri (Assisted Reproductive Technology- ART), rahim nakli, eşten veya donörden alınan sperm ile intrauterine, intraservikal ve intravajinal döllenme yöntemlerini içerir. Bkz. Zegers-Hochschild, Adamson, Dyer, Racowsky, Mouzon, Sokol, Reinzi, Sunde, Schmidt, Cooke, Simpson, van der Poel, **a.g.e.**, s. 402.

⁸ In vivo, canlı bir organizma içinde gerçekleşen anlamına gelmektedir. (<https://www.tipterimlerisozlugu.com/invivo.html>)

değil, *in vitro*⁹ olarak döllendirilmesi amacıyla gerçekleştirilen müdahalelerdir. WHO-ICMART Sözlüğü de yardımcı üreme tekniklerini, üreme amacı ile insan spermi, yumurtası ve embriyosunun *in vitro* kullanımını içeren tüm müdahaleler olarak tanımlamaktadır¹⁰.

In-vitro fertilizasyon (IVF), bir kadının hamile kalmasını temin etmek için uygulanan yardımcı bir üreme tekniğidir¹¹. Bu yöntemde öncelikle, bir kadından olgun yumurta hücreleri alınır ve bu yumurtalar, daha sonra erkekten alınan sperm ile bir laboratuvar ortamında genellikle bir petri kapı veya tüp içerisinde döllendirilir. Döllenme sonucu elde edilen embriyo ise kadının rahmine nakledilir. Bu işlemlerin tümünü kapsayan yönteme *in vitro fertilizasyon* yöntemi denir¹². IVF yöntemine tüp bebek yöntemi de denilmektedir¹³.

IVF yöntemi birçok çifte, anne ve baba olma fırsatını sunmakla beraber bu yöntemle doğan bebeklerde bazı sağlık problemlerinin olduğu bilinmektedir¹⁴. Özellikle IVF'ye başvuran kadınlara da uygulanabilen doğurganlık ilaçları çoğul gebelik riskini artırmaktadır. Çocuk sahibi olma kabiliyeti olmayan çiftler için ikizlere

⁹ In vitro, canlı bir organizmanın dışında, test tüpü veya petri kabı gibi laboratuvar ortamında ve yapay koşullarda gerçekleştirilen anlamında gelmektedir. (<https://www.tipterimlerisozlugu.com/invitro.html>)

¹⁰ Bu tanım kapsamında; in-vitro fertilizasyon ve embriyo nakli, intrasitoplazmik sperm enjeksiyonu (mikroenjeksiyon), embriyo biyopsisi, preimplantasyon ve genetik tanı işlemleri, assisted hatching yöntemi, gamet intrafallopian transferi (GIFT), zigot intrafallopian transferi (ZIFT), gamet ve embriyonun dondurularak saklanması yöntemi, sperm, oosit ve embriyo bağıışı ve gestasyonel taşıyıcı annelik yöntemleri de ART içinde yer almakla birlikte, ART sayılan bu yöntemlerle sınırlı değildir. Bir kadının eşi ya da sperm donöründen alınan sperm ile yapılan yardımcı döllenme işlemleri ise ART kapsamı dışında bırakılmaktadır. Bkz. <https://www.icmartivf.org/glossary/a-d/>.

¹¹ Zegers-Hochschild, Adamson, Dyer, Racowsky, Mouzon, Sokol, Reinzi, Sunde, Schmidt, Cooke, Simpson, van der Poel, **a.g.e.**, s. 4.

¹² Sher/Davis/Stoess, **a.g.e.**, s. 42; Erol, **a.g.e.**, s. 56; Cemile Turgut, **Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, İstanbul, On İki Levha, 2016, s. 64.

¹³ Erol, **a.g.e.**, s. 56; Turgut, **a.g.e.**, s. 64. IVF tedavisine başlayan bir kadına, kadının yumurtlama zamanını kontrol edebilmek ve tam gelişmiş yumurta sayısını olabildiğince artırmak için doğurganlık ilaçları da verilebilir. Doğurganlık ilaçlarının kullanılmasıyla birden fazla yumurtanın yumurtlanması işleminde *superovulation* denir. Olgunlaşan yumurtalar, kadının yumurtlama döneminden önce ultrason altında kadından alınır. İşlemden hemen sonra kadın ve eşi, alınan yumurtaların sayısı ve kalitesi hakkında bilgilendirilir¹³. Döllenme için, kadından yumurta alınması işleminden 4 ile 6 saat sonrasında erkek sperm hücresinin hazır olması gerekir. Kadın ve erkekten üreme hücreleri alındıktan sonra IVF laboratuvarı, bu üreme hücreleri için geçici bir rahim işlevini yerine getirir ve yeni oluşturulan embriyolar, kadının rahmine nakledilinceye kadar bu laboratuvarında bakım altına alınır. IVF'nin en önemli ve son aşaması ise embriyo nakli işlemidir. Kadının rahim boşluğuna embriyoların doğru bir şekilde nakledilmesini sağlamak için nakil işlemi de yine ultrason altında yapılır. IVF ile gebeliğin gerçekleşme şansı; kullanılan embriyoların kalitesine, kaç gün önce oluşturulduğuna, kadının yaşına vb. birçok hususa bağlı olmakla birlikte en iyi ihtimalle %40 olduğu belirtilmiştir. Bkz. Sher/Davis/Stoess, **a.g.e.**, s. 81-84.

¹⁴ Steve P. Calandrillo/Chryssa V. Deliganis, "In Vitro Fertilization and the Law: How Legal and Regulatory Neglect Compromised a Medical Breakthrough", **Arizona Law Review**, Vol. 57:2, 2015, s. 320.

veya üçüzlere sahip olmak problem yaratmayacak olsa da asıl problem çoğul gebeliğin kendisinden kaynaklanmaktadır. Çoğul gebeliklerde erken ve ölü doğum oranlarının tekil gebeliklere göre oldukça yüksek olduğu, ayrıca çoğul gebelik sonucu doğan çocuklarda nörolojik bozuklukların daha fazla yaşandığı belirtilmektedir¹⁵. IVF ile doğan çocuklar bakımından bir diğer sağlık problemi ise bu çocuklarda doğum kusurlarına rastlanma ihtimalinin, normal hamilelik sonucu dünyaya gelen çocuklardan daha fazla olmasıdır¹⁶.

Günümüzde kısırlık tedavisinde çok sık uygulanan bir yöntem olan IVF, taşıyıcı annelik uygulamasında, taşıyıcı annenin hamile kalması için genellikle başvurulacak bir yöntemdir. IVF, her ne kadar kolay uygulanan bir yöntem gibi görünse de başarı şansı, birçok faktöre bağlı olmakla beraber, %40'tan daha azdır¹⁷.

II. TAŞIYICI ANNELİK KAVRAMI

Taşıyıcı annelik kavramı, ortaya çıkışı itibariyle Amerikan Hukukuna ait kabul edilen bir kavramdır¹⁸. İngilizce “*surrogacy*”¹⁹ kelimesi, vekil veya taşıyıcı annelik anlamlarına gelmekte ve *surrogacy* kelimesinin de köken itibariyle Latince “bir başkası yerine hareket etmek üzere atanan kişi” anlamına gelen “*surrogatus*”²⁰ kelimesinden geldiği belirtilmektedir²¹. Bu kapsamda üremeye yardımcı bir tedavi yöntemi olarak taşıyıcı annelik bir kadının, başka birisi ya da birileri adına rahminde çocuk taşıdığı ve doğumu gerçekleştirdiği çeşitli durumları içeren bir üst kavram olarak kullanılmaktadır²². Taşıyıcı annelik sözleşmesi ise çocuk sahibi olmak isteyen kişi veya kişiler (müstakbel ebeveyn) ile taşıyıcı anne (ve taşıyıcı anne evliyse kocası) arasında yapılan ve taşıyıcı annenin dünyaya gelen çocuğu müstakbel ebeveyne teslim etmeyi taahhüt ettiği bir hukukî ilişkiyi ifade etmektedir²³. Taşıyıcı annelik;

¹⁵ Calandrillo/Deliganis, **a.g.e.**, s. 321; Sher/Davis/Stoess, **a.g.e.**, s. 53.

¹⁶ Calandrillo/Deliganis, **a.g.e.**, s. 324.

¹⁷ Sher/Davis/Stoess, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁸ Erol, **a.g.e.**, s. 60.

¹⁹ Almandada da “taşıyıcı annelik” anlamında gelen “*tragemutterschaft*” terimi kullanılmaktadır. Fransızca taşıyıcı annelik, “başkaları için gebelik” anlamına gelen “*La gestation pour autrui*” kavramıyla, İtalyancada ise “yedek annelik”, anlamına gelen “*maternità di sostituzione*” kavramıyla ifade edilmektedir.

²⁰ Kavramın İngilizce etimolojik tanımı için bkz. <https://www.etymonline.com/word/surrogate> (ET. 10.10.2021)

²¹ Michael Wells-Greco, **The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements**, Eleven International Publishing, Hollanda, 2016, s. 41.

²² Erol, **a.g.e.**, s. 64; Wells- Greco, **a.g.e.**, s. 41.

²³ Barbara Stark, “Transnational Surrogacy and International Human Rights Law”, **ILSA Journal of International and Comparative Law**, Vol:18, No: 2, 2011, s. 369; Daniela Dana, **Contract Children Questioning Surrogacy**, Stuttgart, İbidem-Verlag, 2015, s. 19; Ebru Şensöz-Malkoç, “Uluslararası Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **Milletlerarası Hukuk ve**

gerçekleştirilme biçimine, ücret karşılığı yapılıp yapılmamasına ve tarafların aynı ülkede bulunup bulunmamasına göre üç temel kategoriye ayrılmaktadır.

Taşıyıcı anneliğin gerçekleştirilme biçimine göre yapılan ayrımında, taşıyıcı annenin hamile kalmasında kullanılan yöntem önem arz etmektedir. Kullanılan yönteme göre taşıyıcı annelik sözleşmeleri; geleneksel taşıyıcı annelik (*traditional surrogacy*- düşük teknoloji ile gerçekleştirilen taşıyıcı annelik)²⁴ ve gestasyonel veya tam taşıyıcı annelik (*gestational surrogacy-full surrogacy*-ileri teknoloji kullanılarak gerçekleştirilen taşıyıcı annelik) olarak sınıflandırılmaktadır.

Geleneksel taşıyıcı annelik yönteminde taşıyıcı annenin kendi yumurta hücreleri kullanılmaktadır. Bu tür taşıyıcı anneliğin temeli çok eskilere dayanmaktadır²⁵ ve hamilelik, doğal yöntemlerle yani taşıyıcı anne ile müstakbel babanın cinsel birleşmesi sonucu gerçekleşmekteydi. Günümüzde başvurulan yöntemde ise çoğu zaman taşıyıcı annenin yumurta hücrelerinin, müstakbel babanın sperm hücreleri ile aşılama²⁶ veya IVF yöntemi uygulanarak dış ortamda döllenmesi ve bu şekilde meydana gelen

Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 35, Sayı 2, 2015, s. 21; Erol, **a.g.e.**, 61; Kırkbeşlioğlu, **a.g.e.**, s. 68; Metin Sevtap, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İkinci Baskı, İstanbul, Betim Yayınevi, 2019, s. 159; Neşe Baran Çelik, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 41; Öztürk Aydın, **Üremeye Yardımcı Tedavi Yöntemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2014, s. 38; Süheyla Ahsen Türkmen, “Milletlerarası Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik”, **Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler**, Editörler: Günseli Öztekin Gelgel /Faruk Kerem Giray, İstanbul, Beta, 2017, s. 139; Şafak Parlak Börü, “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 39, S.1, 2019, s. 99; Turgut, **a.g.e.**, s. 107.

²⁴ Geleneksel taşıyıcı anneliğe, doğal taşıyıcı annelik veya kısmî taşıyıcı annelik de denilmektedir. Bkz. Eric Scott Sills, **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

²⁵ Tevrat ve İncil gibi dini kaynaklarda da bu yönteme başvurulduğuna dair bilgiler mevcuttur. Örneğin Hz. İbrahim’in eşi Sare’nin yaşlılığı nedeniyle çocuk sahibi olmasının mümkün olmadığı ve Hz. İbrahim’e bir cariyeye hediye ettiği ve Hz. İbrahim’in bu cariyeden çocuk yaptığı belirtilmektedir. Bkz. Nuray Ekşi, “Mahkeme Kararlarında Sınıraşan Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 36, Sayı 2, 2016, s. 4; Metin Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik”, **İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II**, İstanbul Barosu Yayınları, 2012, s. 7; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 42. Benzer şekilde, Hz. Yakup’un eşinin, Hz. Yakup’a bir köle hediye ettiği ve kendisi çocuk sahibi olamadığından Hz. Yakup’un bu köleden çocuk yaptığı ifade edilmiştir. Doğan çocuk ise kölenin çocuğu olarak değil Hz. Yakup’un eşinin çocuğu olarak kabul edildiğinden köle, taşıyıcı anne olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Erol, **a.g.e.**, s. 60. Yine sosyo-kültürel olarak çocuk sahibi olamayan evli kadının kocasının, evlilik birliği içinde kuma getirerek bir başka kadınla cinsel ilişkiye girmesi sonucu dünyaya gelen çocuğun, evlilik içi çocuk olarak kabul edilmesi durumu da geleneksel taşıyıcı annelik yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. Kalkan-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 198.

²⁶ Aşılama (*intrauterin insemination*) yöntemi *in vivo* döllenme yöntemlerinden biridir. Erkeğe ait sperm hücreleri bazı işlemlerden geçirildikten sonra kadının döl yatağına ya da yumurta kanalına enjekte edilmekte ve döllenme bu şekilde gerçekleşmektedir. Bkz. Mahmut Kamacı, “Embriyo Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Sorunları”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 97; Arif Barış, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011, s. 227.

embriyonun tekrar yumurta sahibi taşıyıcı anneye nakledilmesi söz konusu olmaktadır²⁷. Burada, taşıyıcı anne hem yumurta bağışında bulunan hem de embriyoyu doğuma kadar karnında taşıyan konumundadır²⁸. Öte yandan istisnai de olsa hâlâ tıbbî müdahaleye gerek olmaksızın müstakbel baba ile taşıyıcı annenin cinsel ilişkiye girdiği durumlara da rastlanmaktadır²⁹. Böyle bir durumda tarafların, doğal yollarla taşıyıcı annenin hamile kalacağı fakat doğan çocuğun müstakbel anne ve babaya teslim edileceği konusunda anlaşmaları yeterli kabul edilmektedir³⁰.

Müstakbel babanın kısır olması durumunda da geleneksel taşıyıcı annelik yöntemine başvurulabilmektedir. Bu ihtimalde döllenmede kullanılan sperm hücreleri, sperm bağışı ile elde edilmekte³¹ hatta tarafların anlaşması durumunda taşıyıcı annenin kocasına ait sperm hücreleri de kullanılabilir³². Geleneksel taşıyıcı annelik yönteminde taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bağ bulunduğundan taşıyıcı anne, çocuğun hem genetik hem de biyolojik annesidir. Bu sebeplerle öğretilde taşıyıcı anneliğin bu çeşidi “yedek annelik³³”, “ikame annelik³⁴”, “kısmî veya genetik taşıyıcı annelik³⁵” gibi farklı şekillerde adlandırılmaktadır. Öte yandan, taşıyıcı annenin hem genetik hem biyolojik anne olduğu geleneksel taşıyıcı annelik yönteminin aslında “taşıyıcı annelik” olarak nitelendirilmesinin yanlış olduğu da ifade edilmiştir. Zira bir

²⁷ Amy M. Larkey, “Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements,” **51 Drake Law Review**, Vol: 18:85, 2003, s. 609; Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 41; Cahit Ağaoğlu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşıyıcı Annelik ile Taşıyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılması Sorunu”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 40, S.1, 2020, s. 441; Deborah Mazer, “Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts”, **Yale Journal of Law & Feminism**, Vol: 28:211, 2017, s. 217-218; Ekşi, **Taşıyıcı Annelik**, s. 8-9; Erol, **a.g.e.**, s. 61; Esra Savaş, **Tıp Hukukunda Taşıyıcı Annelik**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalı, yayımlanmamış ylt., İstanbul, 2019, s. 9; James M. Gift, “Breach Baby: An Argument for Equal Enforcement of Traditional and Gestational Surrogacy Contracts”, **University of Arkansas at Little Rock Law Review**, Vol. 43:1, 2020, s. 130; Kalkan-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 198. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 76; Shelun Tsai et al.: “Surrogacy Laws in The United States”, **Obstetrics & Gynecology**, C. 135, S. 3, 2020, s. 717; Strasser, **a.g.e.**, s. 87; Turgut, **a.g.e.**, s. 108; Türkmen, **a.g.e.**, s. 141-142.

²⁸ Kalkan-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 197.

²⁹ Acabey, **a.g.e.**, s. 179; Ekşi, **Taşıyıcı Annelik**, s. 9; Savaş, **a.g.e.**, s. 10.

³⁰ Ekşi, **Taşıyıcı Annelik**, s. 4.

³¹ Erol, **a.g.e.**, s. 61. Bu tür bir kombinasyonla gerçekleşen taşıyıcı annelik uygulamasına ilişkin herhangi bir içtihadın bulunmadığı belirtilmiştir. Bkz. Gift, **a.g.e.**, s. 131.

³² Acabey, **a.g.e.**, s. 179; Haluk Nami Nomer, “Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 560; Seda Ergüneş, “Yapay Döllenme”, **İstanbul Barosu Yayınları**, İstanbul, 2012, s. 169.

³³ Acabey, **a.g.e.**, s. 179; Ergüneş, **a.g.e.**, s. 169; Erol, **a.g.e.**, s. 65 vd.; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 76.

³⁴ Acabey, **a.g.e.**, s. 179; Ergüneş, **a.g.e.**, s. 169.

³⁵ Acabey, **a.g.e.**, s. 179; Bianka Dörr, “Taşıyıcı Annelik ve Embriyo Bağışı”, Çev. Merve Ürem, **Tıp Hukuku Dergisi**, s.8, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2015, s. 194; Erdem Aydın, “Taşıyıcı Annelikle İlgili Etik Sorunlar”, **Uzmanlık Sonrası Eğitim ve Güncel Gelişmeler Dergisi**, Cilt 3, S.1, 2006, s. 20.

kadının kendi genetik çocuğuna hamile kalması durumunda başkasının çocuğuna taşıyıcılık yapması söz konusu olmamaktadır³⁶.

Tam taşıyıcı annelik yönteminde ise geleneksel yöntemin aksine taşıyıcı annenin yumurta hücreleri kullanılmamaktadır. Bu yöntemde de farklı alt gruplardan bahsetmek mümkündür. Genellikle, müstakbel annenin yumurta hücresi ile müstakbel babanın sperm hücresi IVF yöntemiyle döllendirilmekte ve elde edilen embriyo taşıyıcı anneye nakledilmektedir³⁷. Bu yöntemle dünyaya gelen çocukla müstakbel anne ve babanın her ikisi arasında da genetik bağ mevcuttur.

Tam taşıyıcı anneliğin diğer bir çeşidinde ise müstakbel anne ya da babadan bir tanesinin çocuk yapma yeteneğinden yoksun olması söz konusudur. Bu durumda taşıyıcı anneye nakledilecek embriyo, üreme yeteneği (*fertilite*) olan ebeveynden alınan üreme hücresi ile duruma göre sperm veya yumurta bağıışı ile alınan üreme hücresinin IVF ile döllendirilmesiyle elde edilir³⁸. Doğan çocuk, müstakbel anne ya da babadan en azından biriyle genetik bağa sahip olmaktadır.

Tam taşıyıcı anneliğin değinilmesi gereken son çeşidi ise her iki müstakbel ebeveynin de çocuk yapma yeteneğinden yoksun olduğu hâldir. Bu durumda üreme hücreleri, yumurta ve sperm bağıışı ile elde edilir ve dış ortamda döllen embriyo taşıyıcı anneye nakledilir³⁹. Bu yöntemle doğan çocuk ile taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları arasında herhangi genetik bir bağ yoktur.

Görüldüğü üzere tam taşıyıcı annelik yönteminde embriyonun *in vitro* ortamda elde edilmesi ve daha sonra taşıyıcı annenin rahmine nakledilmesi gibi ileri teknolojinin kullanıldığı birden fazla prosedür vardır⁴⁰. Müstakbel anne ve babaya ait ya da yumurta ve sperm bağıışı ile elde edilen üreme hücreleri kullanıldığı için dünyaya gelen çocuk ile taşıyıcı anne arasında herhangi bir genetik bağ bulunmamaktadır⁴¹.

³⁶ Sharyn Roach Anleu, "SURROGACY: For Love But Not for Money", **Gender & Society**, Vol:6, No:1, Avustralya, 1992, s. 33.

³⁷ Acabey, **a.g.e.**, s. 179; Ağaoğlu, **a.g.e.**, s. 441; Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 42; Erol, **a.g.e.**, s. 66 vd; Gift, **a.g.e.**, s. 129; Kalkan-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 198; Margalit, **a.g.e.**, s. 426; Mazer, **a.g.e.**, s. 218; Morrissey **a.g.e.**, s. 471; Ryznar, **a.g.e.**, s. 1010; Richard Blauwhoff / Lisette Frohn, "International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interest of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law", **Fundamental Rights in International and European Law**, Editör: Paulussen C., Takacs T., Lazić V., Van Rompuy B., T.M.C. Asser Press, The Hague, 2016, s. 215; Savaş, **a.g.e.**, s. 10; Spivack, **a.g.e.**, s. 98-99; Tsai et al., **a.g.e.**, s. 117; Turgut, **a.g.e.**, s. 109.

³⁸ Dörr, **a.g.e.**, s. 194; Erol, **a.g.e.**, s. 61-62.

³⁹ Gift, **a.g.e.**, s. 130; Savaş, **a.g.e.**, s. 10.

⁴⁰ Ekşi, **Taşıyıcı Annelik**, s. 9-10; Strasser, **a.g.e.**, s. 87.

⁴¹ Blauwhoff/Frohn, **a.g.e.**, s. 216. Taşıyıcı anneliğe izin veren Ukrayna'da sadece tam taşıyıcı annelik yöntemi kabul edilmiş, taşıyıcı annenin genetik anne olduğu geleneksel yöntem ise kapsam dışı

Gerçekleştirilme biçimine göre taşıyıcı annelik yöntemleri kıyaslandığında geleneksel taşıyıcı annelik yönteminin, tam taşıyıcı annelik yöntemine göre daha ekonomik ve tıbbî açıdan daha az karmaşık olduğu söylenebilir. Bununla birlikte geleneksel yöntemde taşıyıcı anne ile çocuk arasında bulunan genetik bağ nedeniyle taşıyıcı annenin, çocuğa bağlanma olasılığının daha yüksek olduğu hatta doğan çocuk, taşıyıcı annenin (varsa) diğer çocuklarına benzeyebileceğinden çocuğun teslim edilmesinin taşıyıcı anne açısından oldukça zor olabileceği belirtilmektedir⁴². Tam taşıyıcı annelik yönteminde ise taşıyıcı anne ile çocuk arasında genetik bir bağın bulunmaması ve doğan çocuğun taşıyıcı annenin diğer çocuklarına benzemeyecek olması taşıyıcı annenin hamilelik sürecinde çocuğa bağlanması ve çocuğu teslim ederken zorlanması ihtimallerini azaltacaktır⁴³. Bütün bu nedenler, çocuk sahibi olmak isteyen müstakbel anne ve babanın, tam taşıyıcı annelik yöntemini daha fazla tercih etmesine neden olmaktadır⁴⁴.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri ücret karşılığı yapıp yapılmamasına göre de ayrılmaktadır. Ticarî olmayan (*altruistic-özgecil*) taşıyıcı annelik sözleşmelerinde müstakbel anne ve baba, taşıyıcı annenin sadece masraflarını karşılamakta, bu masraflar dışında herhangi bir ücret ödememektedir⁴⁵. Bu nitelikteki taşıyıcı anneler, çoğu zaman müstakbel ebeveynin yakın bir akrabası veya arkadaşı olmaktadır⁴⁶.

bırakılmıştır. Bkz. Shany Noy Kirshner, "Selling a Miracle: Surrogacy through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy," **Journal of International Business and Law**, Vol. 14, No. 1, 2015, s. 85.

⁴² Larkey, **a.g.e.**, s. 610; Strasser, **a.g.e.**, s. 88.

⁴³ Strasser, **a.g.e.**, s. 88. Aynı doğrultuda, taraflar arasında ortaya çıkabilecek velâyet uyuşmazlıklarının, müstakbel ebeveyn lehine sonuçlanmama ihtimali de artmaktadır. 1987 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde gündeme gelen *In Re Baby M.* davası, "20. yy'ın velayet davası" olarak ifade edilmektedir. Söz konusu davada, müstakbel babanın spermi ve taşıyıcı annenin yumurta hücrelerinin kullanıldığı geleneksel taşıyıcı annelik yöntemine başvurulmuştur. Taşıyıcı anne, doğumun ardından tarafların anlaştığı şekilde çocuğu müstakbel anne ve babaya teslim etmiştir. Bununla birlikte doğumdan sonra ciddi bir bunalıma girmiş ve müstakbel anne ve babaya durumunu anlatarak çocuğu bir haftalığına kendisine bırakmalarını talep etmiş, çift de bu talebi kabul etmiştir. Taşıyıcı anne, daha sonra çocuğu da yanına alarak başka bir eyalete kaçmıştır. Müstakbel anne ve babanın, çocuğun velâyetinin kendilerine verilmesi talebiyle açtıkları davada mahkeme, çocuğun üstün yararı ilkesine dayanarak çocuğun velâyetini müstakbel babaya vermiş ancak taşıyıcı anne ile çocuk arasında da kişisel ilişki kurulması yönünde karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Carol Sanger, 'Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M.', **Harvard Journal of Law and Gender**, Vol: 30(1), 2007, s. 67 vd.; Mazer, **a.g.e.**, s. 220; Turgut, **a.g.e.**, s. 115-118. Kararın İngilizce metni için bkz. <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1987/217-n-j-super-313-0.html>. (ET. 10.10.2021).

⁴⁴ Morrissey, **a.g.e.**, s. 471.

⁴⁵ Ağaoğlu, **a.g.e.**, s. 442; Ekşi, **Taşıyıcı Annelik**, s. 8; Sonia Allen, "The Surrogate in Commercial Surrogacy: Legal and Ethical Considerations", in **Surrogacy, Law and Human Rights**, Editörler: Paula Gerber, Katie O'Byrne, New York, Roudledge, 2016, s. 113; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 44.

⁴⁶ Allen, **a.g.e.**, s. 44; Devon Quinn, "Her Belly, Their Baby: A Contract Solution for Surrogacy Agreements", **Journal of Law and Policy**, Vol: 26, Issue: 2, 2018, s. 834; Jessica M. Caamano, "International, Commercial, Gestational Surrogacy Through the Eyes of Children Born to Surrogates in Thailand: A Cry for Legal Attention", **Boston University Law Review**, Vol. 96:571, 2016, s. 575;

Özgecil taşıyıcı annelik ilişkilerinde taşıyıcı anneye, çocuğu karnında taşıması karşılığında bir ivaz verilmediğinden “ödünç anne”⁴⁷ de denilmektedir. Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinde ise taşıyıcı anneye masraflar yanında ayrıca bir ücret ödenmesi kararlaştırılmaktadır⁴⁸. Bu yöntemde taşıyıcı anneye bir ivaz verildiği için “kiralık anne”⁴⁹ de denilmektedir.

Ücret karşılığı yapıp yapılmamasına göre taşıyıcı annelik sözleşmeleri kıyaslandığında, özgecil taşıyıcı annelik sözleşmeleri, üremeye yardımcı bir tedavi yöntemi olarak daha çok destek görmektedir⁵⁰. Gerçekten de özgeci taşıyıcı annenin amacının sadece çocuk sahibi olmak isteyen çifte yardım etmek olduğu söylenebilir. Buna karşılık özgecil taşıyıcı annelikte, genellikle taraflar arasında belli bir akrabalık ya da arkadaşlık ilişkisinin bulunduğu dikkate alındığında, müstakbel ebeveyn açısından özgeci taşıyıcı anneler bulmak her zaman kolay değildir. Ticarî nitelikteki taşıyıcı anneliğe başvurulmasının en önemli sebeplerinden biri de belirli bir ücret verilmesi durumunda müstakbel ebeveynin daha kolay taşıyıcı anne bulabilmesinden kaynaklanmaktadır⁵¹.

Son olarak taşıyıcı annelik sözleşmeleri taşıyıcı anne ile müstakbel anne ve babanın aynı ülkede bulunup bulunmamasına göre de sınıflandırılmaktadır. Yapılan bu ayırımı taşıyıcı anne ile müstakbel ebeveyn aynı ülkede bulunuyorsa ülkesel ya da ülke içi taşıyıcı annelik (*domestic surrogacy*), taraflar farklı ülkedeyse sınıraşan taşıyıcı annelik (*cross border surrogacy*) söz konusudur⁵².

Birçok hukuk sisteminde taşıyıcı annelik yasaklanmış olmakla birlikte son yıllarda taşıyıcı anneliğe izin veren devletlerin sayısı artış göstermektedir⁵³. Tıbben mümkün olan uygulamaların, bir devletin hukuk sistemi içerisinde yasaklanması, bireylerin

Matthew M. Tieu, "Altruistic Surrogacy: the Necessary Objectification of Surrogate Mothers", **Journal of Medical Ethics**, Vol: 35, 2009, s. 171; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 44.

⁴⁷ Acabey, **a.g.e.**, s.180; Erol, **a.g.e.**, s. 67.

⁴⁸ Caamano, **a.g.e.**, s. 575; Savaş, **a.g.e.**, s.12; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 44. Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, tarafları bir araya getiren taşıyıcı annelik acenteleri (*surrogacy agents*) de hem taşıyıcı anneden hem de müstakbel çiftten belirli bir miktar ücret almaktadır. Bkz. Larkey, **a.g.e.**, s. 608.

⁴⁹ Acabey, **a.g.e.**, s.180; Erol, **a.g.e.**, s. 67.

⁵⁰ Birleşik Krallık, Hollanda, Belçika gibi ülkelerde sadece özgecil nitelikli taşıyıcı anneliğe izin verilmiştir. Bkz. Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 223.

⁵¹ Allen, **a.g.e.**, s. 135.

⁵² Blauwhoff/Frohn, **a.g.e.**, s. 216; Nila Bala, "The Hidden Costs of the European Court of Human Rights' Surrogacy Decision", **The Yale Journal of International Law Online**, C. 40, Sonbahar 2014, s. 12.

⁵³ Börü, **a.g.e.**, s. 89.

başka ülkelere giderek bu hizmetlerden yararlanması engellememektedir⁵⁴. Taşıyıcı anneliği yasaklayan ülkelerde bulunan kişilerin de taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere gitmesi ya da kendi ülkelerinde bu yönteme izin verilse de farklı sebeplerle taşıyıcı anneliğe izin veren bir başka ülkeye seyahat ederek o ülkede taşıyıcı anneliğe başvurması şeklinde gerçekleşen faaliyetler “medikal turizm⁵⁵” veya “üreme turizmi⁵⁶” olarak adlandırılmakta ve bu şekilde gerçekleşen taşıyıcı annelik ilişkileri sınıraşan bir nitelik kazanmaktadır⁵⁷.

Taşıyıcı anneliğin çeşitli görünüm biçimleri olsa da tez konumuzu sınırlandırmak adına üremeye yardımcı bir tedavi yöntemi olarak kabul ettiğimiz taşıyıcı annelik, taşıyıcı annenin üreme hücrelerinin kullanılmadığı ve çocukla müstakbel anne ve babadan en az birisi arasında genetik bağın bulunduğu durumları kapsamaktadır. Konu itibariyle özellik arz eden durumların olması hâlinde diğer taşıyıcı annelik yöntemlerine de değinilecektir.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın giriş bölümünden sonraki birinci bölümünde, taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukukî niteliği ve geçerliliği ele alınarak taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukuka, ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık sonucunu oluşturup oluşturmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bilgilerden sonra taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları ve tarafların yükümlülükleri ile taşıyıcı annelik sözleşmesinin sona erme hâlleri incelenecektir. Birinci bölümün ikinci kısmında, taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen çocukla müstakbel anne ve baba arasında soybağının nasıl tesis edileceği taşıyıcı anneliğe özgü sorunlar üzerinden değerlendirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin sınıraşan nitelikte olduğu durumlarda sözleşmelerden doğabilecek ihtilâflara uygulanacak hukuk meselesi, öncelikle öğretilde ileri sürülen görüşler çerçevesinde tartışılacaktır.

⁵⁴ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 49; Fulya İlçin Gönenç, “Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Cevdet Yavuz’a Armağan**, C. 22, S. 3, 2016, s. 1177; Şensöz-Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 19. Taşıyıcı annelik Türk hukukunda yasaklanmış olmasına rağmen, 2007 yılında Birleşik Krallıkta görülen *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* davası, Türk bir çiftin, Birleşik Krallığa giderek İngiliz bir taşıyıcı anne yardımıyla dünyaya gelen çocukları hakkında ebeveynlik kararı (*parentage order*) verilmesi talebine ilişkindir. Karar metni için bkz. <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984>.

⁵⁵ Gönenç, **a.g.e.**, s. 1174.

⁵⁶ Şensöz-Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 18; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 14.

⁵⁷ Ekşi, **Taşıyıcı Annelik**, s. 5. Hindistan’da 2012 yılında yapılan düzenlemeyle, sadece taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmak amacıyla Hindistan’a gelecek kişilerin, turist vizesi yerine medikal vize alması zorunluluğu getirilmiştir. Söz konusu düzenleme metni için bkz. https://www.mha.gov.in/PDF_Other/surrogacy03112015.pdf. (ET 15.10.2021)

Daha sonra mevcut kanunlar ihtilâfî kurallarımıza göre uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılacak ve mevcut düzenlemelerin yeterli olup olmadığı incelenecektir. İkinci bölümün son kısmında, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuk, soybağının kan bağı yoluyla kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren kurallardan hareketle tespit edilmeye çalışılacaktır. Çocuğun üstün menfaatinin korunması ve soybağının bir şekilde tesisini sağlamak amacıyla sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuklar bakımından soybağının evlât edinme yoluyla kurulması ihtimali de evlât edinmeye ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralları ve milletlerarası sözleşme hükümlerine göre incelenerek tespit edilmeye çalışılacaktır. Son kısımda ise soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuklar bakımından karşılaşılabilecek problemlere değinilerek tespit edilecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen bir çocuk hakkında yabancı ülkede düzenlenen doğum veya tanıma belgelerinin Türk hukukundaki etkileri incelenecektir. Daha sonra yabancı ülke mahkemelerinden verilen çocuk ve müstakbel ebeveyn arasındaki soybağının kurulmasına ilişkin kararların Türkiye’de tanınmasının mümkün olup olmadığı tanımaya ilişkin şartlar kapsamında tespit edilmeye çalışılacaktır. Bu bölümde, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, milletlerarası derdestlik gibi milletlerarası usul hukukuna ilişkin muhtelif hususlar çalışmamız bakımından üzerinde durulması gereken konular olmadığından incelenmemiş uygulamada daha çok sorun yaratan konulara değinilmiştir. Üçüncü bölümün son kısmında Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı’nın sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocukların bir devlette tesis edilen soybağı statülerinin diğer devletlerde de tanınması sağlamak amacıyla oluşturulmasına karar verdiği milletlerarası protokolün taslak niteliğindeki hükümleri incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM TÜRK HUKUKUNDA ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİ

I. TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE GEÇERLİLİĞİ

A. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, taşıyıcı anneyle müstakbel ebeveyn arasında taşıyıcı annenin çocuğa hamile kalmasından önce yapılan ve çocuğun doğumdan sonra müstakbel ebeveyne teslim edilerek müstakbel ebeveynin, çocuğun hukukî ebeveyni olacağı konusunda yapılan bir sözleşmedir⁵⁸.

Taşıyıcı annelik konusunda hukuk sistemlerindeki yaklaşımları üç kategoride değerlendirmek mümkündür. Bazı ülkeler taşıyıcı anneliği açıkça yasaklarken⁵⁹ bazıları taşıyıcı anneliğe izin vererek yasal düzenleme getirmektedir⁶⁰. Diğer bazı devletler ise taşıyıcı annelik konusunda herhangi bir düzenleme getirmeyerek sessiz kalmaktadır⁶¹. Taşıyıcı anneliğe izin veren devletler arasında da hukukî düzenlemelerin birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Bu farklılıklar temel olarak ticarî taşıyıcı anneliğe izin verilmesi veya bunun yasaklanması, çocukla müstakbel

⁵⁸ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 41; Erol, **a.g.e.**, s. 120; Şensöz-Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 21.

⁵⁹ Fransa, İsviçre, Almanya, İspanya bu ülkelerdendir. Bkz. Börü, **a.g.e.**, s. 76; Erol, **a.g.e.**, s. 121; Şensöz-Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 16. Ayrıca Meksika (Queretaro), Çin Anakarası, İsveç, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin Arizona, District of Columbia eyaletleri. Bkz. A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, (Preliminary Document No. 10) s. 9, dn. 40.

⁶⁰ ABD'nin Florida, Kaliforniya, Nevada eyaletleri, Avustralya (the Australian Capital Territory, Queensland, New South Wales, South Australia, Victoria, Western Australia), Kanada (Alberta, British Columbia), Hindistan, Ukrayna, İsrail, Birleşik Krallık, Yunanistan gibi devlet bu devletler arasında sayılabilir. Bkz. Börü, **a.g.e.**, s. 89; Şensöz-Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 17; Preliminary Document No. 10, s. 12, dn. 59.

⁶¹ Belçika, Hollanda, Finlandiya bu ülkeler arasındadır. Bkz. Şensöz-Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 17. Ayrıca Çekya, İrlanda, Japonya, Meksika (Mexico City), Venezuela, ABD'nin Michigan, New York eyaletleri de taşıyıcı annelik konusunda düzenleme getirmemiştir. Bkz. Preliminary Document No. 10, s. 10, dn. 51.

ebeveyn arasında genetik bağın aranıp aranmaması, bekâr veya aynı cinsiyetten birliktelik yaşayan kişilerin bu yönteme başvurup başvuramayacağına ilişkindir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukukî niteliğinin tespit edilmesi oldukça önemlidir. Zira tarafların, aralarında yapmış oldukları sözleşmede her hususu öngörüp düzenleyebilmeleri mümkün değildir. Tarafların öngörmedikleri hususlarda uyumsuzluk çıkması ihtimalinde sözleşmenin tamamlanması meselesi gündeme gelir⁶². Bu noktada, hâkimin izleyeceği yol sözleşmesinin hukukî niteliğine göre değişiklik arz etmektedir.

Türk Hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılması açıkça yasaklanmıştır. Öğretide taşıyıcı annelik sözleşmesinin olumlu ve olumsuz edimler içeren ve bu nedenle birden fazla sözleşme tipinin unsurlarını taşıyan aile hukukunda sonuçlar doğuran *sui generis* bir sözleşme olduğu belirtilmektedir⁶³. Taşıyıcı annelik sözleşmesini bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak kabul eden bu yaklaşımda, taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâfların, nitelikleri elverdiği ölçüde borçlar kanununda düzenlenen diğer sözleşme tiplerine uygulanan kurallar yardımıyla çözülmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁴. Bu noktada taşıyıcı annelik sözleşmesinin satım⁶⁵, bağışlama, ödünç, istisna ve vekâlet sözleşme tiplerine benzer özellikleri üzerinde durulmaktadır.

Öğretideki diğer bir görüş ise taşıyıcı annelik sözleşmelerinin vekâlet sözleşmesini de içinde barındıran aile hukukuna özgü isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir⁶⁶. Söz konusu görüş, taşıyıcı annelik sözleşmelerini bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak doğrudan nitelendirmemekte, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin esasen aile hukukuna ilişkin bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Bunun yanında, bir başkası için çocuk dünyaya getirilecek olması vekâlet sözleşmesi özellikleri göstermektedir.

⁶² Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 496; Oğuzman/ Öz, **Cilt 1**, s. 494-495; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 340.

⁶³ Leyla Keser, Ödünç Annelik Sözleşmesi, **Argumentum**, Yıl: 7, S. 52, 1997, s. 310; Sinan Yılmaz, **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim “Surrogate Motherhood”**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, yüksek lisans tezi, İstanbul, 2002, s. 147; Şensöz-Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 25.

⁶⁴ Keser, **a.g.e.**, s. 310; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 147.;

⁶⁵ Üreme hücreleri satıma konu olmayacağından satım sözleşmesi olarak değerlendirilemeyeceği görüşü için bkz. Erol, **a.g.e.**, s. 118; Turgut, **a.g.e.**, s. 112.

⁶⁶ Erol, **a.g.e.**, s. 118; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 147; Keser, **a.g.e.**, s. 310.

Kanaatimizce taşıyıcı annelik sözleşmesini iki tarafa borç yükleyen, aile hukukuna özgü sonuçlar doğuran, *sui generis* bir sözleşme olarak değerlendirmek en makul yaklaşımdır. Taşıyıcı annelik sözleşmesinden kaynaklanan çocuğun teslimi ve soybağı dışındaki uyumsuzlukların *sui generis* sözleşmelerin tamamlanmasına dair ilkeler çerçevesinde çözüme kavuşturulması, soybağı hususunun ise aile hukuku kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerekir. Bu hususlar hakkında tarafların taşıyıcı annelik sözleşmesinde kararlaştırmış oldukları hükümler geçersiz olacaktır.

Sui generis bir sözleşme yapabilmenin hukukî dayanağı, sözleşmeler hukukunda kabul edilen sözleşme özgürlüğü prensibidir⁶⁷. Kanun koyucu, aynı prensibi aile hukuku bakımından benimsememiştir. Aile hukukunda sonuç doğuracak sözleşmeler bakımından *numerus clausus* (sınırlı sayı) ilkesi geçerli olduğundan taraflar sözleşme özgürlüğü prensibinden hareketle kanunda öngörülenden farklı tipte sözleşme yapamazlar⁶⁸. Dolayısıyla taraflar, taşıyıcı annelik sözleşmesinde soybağı ve çocuğun teslimi hususlarını düzenlemiş olsalar da bu hükümlerin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan bir uyumsuzlukla karşılaşıldığında ilk olarak tarafların söz konusu uyumsuzluğa ilişkin daha önceden açık ve örtülü bir anlaşmaya varıp varmadıkları irade beyanlarının yorumu suretiyle tespit edilmelidir. Taraflar eğer uyumsuzluğa konu husus hakkında herhangi bir anlaşmaya varamamışlarsa sözleşmede boşluk olduğu kabul edilmelidir. Sözleşme boşluğunun doldurulması sürecinde de taşıyıcı annelik sözleşmesinin *sui generis* niteliği göz önünde bulundurularak tarafların farazi iradesi ve TBK'nin genel hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁶⁹.

Öğretide genel itibariyle *sui generis* sözleşmeler kitlesel veya bireysel niteliklerine göre ayrı değerlendirmelere tâbi tutulmaktadır⁷⁰. Kitlesel *sui generis* sözleşmeler, uygulamada kabul görmüş ticarî hayatta benimsenmiş ve sık uygulama alanı bulan sözleşmelerdir. Bireysel nitelikteki *sui generis* sözleşmeler ise uygulamada sık

⁶⁷ Fikren Eren, "İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar", Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, Beta Yayınları, Ed: Ateş Derya/Bulur Alper, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s. 87; Eren, **Borçlar Genel**, s. 317; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 8. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 20; Saibe Oktay, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt 55, Sayı 2, s. 267.

⁶⁸ Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 89; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 32.

⁶⁹ Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 89; Kuntalp, **a.g.e.**, s. 32; Oktay, **a.g.e.**, s. 276.

⁷⁰ Eren, **İsimsiz Sözleşmeler**, s. 100. Öte yandan bu ayrım için tipik, atipik nitelendirilmesi de yapılmaktadır. Bkz. Kuntalp, **a.g.e.**, s. 294.

rastlanmayan, tarafların sözleşmeye ilişkin kişisel beklentileri çerçevesinde özel nitelikte hükümler içeren sözleşmelerdir. Söz konusu ayırım, *sui generis* bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, sözleşmenin tamamlanması hususunda takip edilmesi gereken yöntemi değiştirmektedir. Bu sebeple ilk tespit edilmesi gereken husus, taşıyıcı annelik sözleşmesinin kitlesel mi yoksa bireysel mi olduğunun tespiti.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin yasaklanmamış olduğu hukuk sistemlerindeki uygulamalara bakıldığında, söz konusu sözleşmelerin büyük ölçüde benzerlik gösterdiği, aslî edimlerin aynı olduğu görülmektedir. Bu çerçevede, taşıyıcı annelik sözleşmesi müstakbel ebeveyn ile taşıyıcı anne arasında yapılan, müstakbel anne ve babanın belli bir ücret ödemeyi üstelendiği bunun karşılığında taşıyıcı annenin çocuğu karnında taşımayı ve teslim etmeyi kabul ettiği bir sözleşmedir. Bu durumda kural olarak taşıyıcı annelik sözleşmesinin kitlesel nitelikli bir *sui generis* sözleşme olduğunun kabulü gerekir. Bu kabulün en önemli sonucu olarak hâkim, taşıyıcı annelik sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta öncelikle taraf iradelerini yorumlayarak tarafların, sözleşmede söz konusu uyuşmazlık için bir çözüm getirip getirmediğini tespit edecektir. Taraflar sözleşmede herhangi bir çözüm yolu öngörmemişlerse hâkimin sözleşmeyi tamamlaması gerekir.

Sözleşmenin tamamlanması noktasında hâkim, ilk olarak tarafların farazi iradelerini tespit etmeye çalışır. Taraflar, sözleşmeyi kurdukları sırada böyle bir sorunu öngörmüş olsalardı içinde bulundukları koşullar altında makul ve dürüst sözleşenler olarak nasıl bir hüküm öngörecekları güven ilkesine göre tespit edilir. Tarafların farazi iradelerinin tespit edilememesi de mümkündür. Böyle hâllerde hâkimin, somut olayın gereklerine göre *sui generis* sözleşmede yer alan bazı edimlerin kanundaki tipik sözleşmelere çok yaklaşması hâlinde özel hükümleri kıyasen uygulaması mümkündür⁷¹. Buna karşın özel hükümlerde kıyasen uygulanmaya elverişli hüküm bulunmaması durumunda yapılması gereken TBK'nin genel hükümlerine başvurmadır. TBK'nin genel hükümlerinde de bir çözüm bulunamazsa TMK m. 1/f.2 çerçevesinde örf ve âdet hukukuna başvurulur. Örf ve âdet hukukunda

⁷¹ Kuntalp, **a.g.e.**, s. 295. *Sui generis* nitelikteki lisans sözleşmeleri için de özel hükümlerin uygulanması gerektiği hakkındaki benzer görüş için bkz. Şirin Aydınçık, **Fikri Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri**, İstanbul, Arıkan Yayınevi, 2006, s. 73. Öte yandan isimsiz sözleşmelere borçlar hukukunun özel hükümlerinin uygulanamayacağı yönündeki görüş için bkz. Oktay, **a.g.e.**, s. 291.

da bir çözüm bulunamazsa hâkim, kendi yasa koyucu olsaydı nasıl bir kural getirecek idiyse ona göre genel ve soyut nitelikte bir hükümle uyumsuzluğu çözümler.

Öte yandan, uygulamada sık rastlanmamakla birlikte tarafların farklı nitelikteki aslî edim yükümlülüklerini ekleyerek bireysel nitelikte bir taşıyıcı annelik sözleşmesi⁷² yaptığı durumlarda, sözleşmenin tamamlanması noktasında son basamak olarak hâkimin TMK m. 1/f.2'ye göre genel ve soyut nitelikte bir kural koyması beklenemez. Zira bireysel nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinde hâkim sadece söz konusu somut olaya uygulanacak bir çözüm getirecektir. Bunu yaparken de TMK m. 4⁷³ uygulama alanı bulacak ve hâkim, kazuistik yöntemle hakkaniyete uygun bir çözüm getirecektir⁷⁴.

B. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Geçerliliği

1. Genel Olarak

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapılmasına izin veren devletlerde, kanunun aradığı şartların yerine getirilmesi hâlinde bu sözleşmelere bazı hukukî sonuçlar tanınmaktadır. Diğer yandan taşıyıcı anneliği yasaklayan devletlerde böyle bir sözleşmenin akdedilmesi durumunda hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık nedeniyle sözleşmenin geçersizliği söz konusu olabilmektedir⁷⁵.

Bu bölümde taşıyıcı annelik sözleşmesinin Türk hukuku bakımından geçerlilik koşulları emredici düzenlemelere, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık başlıkları altında incelenecektir.

2. Emredici Düzenlemelere Aykırılık

Türk hukukunda uzun bir süre üremeye yardımcı tedavi teknikleri ile çocuk sahibi olunması hakkında usul ve esaslar yönetmeliklerle düzenlenmiştir⁷⁶. Konu hakkındaki

⁷² Örnek olarak müstakbel anne ve babanın ücret ödeme borcu yerine taşıyıcı annenin eşine sahip oldukları bir işletmeyi devir borcunu üstlenebilir veya taşıyıcı anne, çocuk doğduktan sonra belli bir süre çocuğa bakma yükümlülüğü altına girebilir.

⁷³ TMK m.4 hükmü şu şekildedir: “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*”

⁷⁴ Eren, **Borçlar Özel**, s. 963.

⁷⁵ Erol, **a.g.e.**, s. 120.

⁷⁶ Bununla birlikte öğretilde, Türk Medenî Kanunu ile 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanunun (ODNK), yapay döllenme ile çocuk sahibi olunmasının kanunî dayanağı olabileceği belirtilmişti. Bkz. Ateş M., **a.g.e.**, s. 329. Öte yandan üreme hücrelerinin, insan kökenli biyolojik madde kavramı altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu gündeme gelerek; her ne kadar sperm ve yumurta hücreleri, tek başlarına insan kökenli biyolojik madde olarak tanımlansa da sperm ve yumurtanın döllendirilmesiyle elde edilen embriyonun, insan kökenli biyolojik madde olarak

ilk düzenleme 1987 yılında İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği⁷⁷ ile yapılmıştır. Daha sonra 2010 yılında Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkındaki Yönetmelik⁷⁸ yürürlüğe girmiş ve 1987 tarihli yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır. 2010 tarihli Yönetmelik de 2014 yılında aynı isimle çıkarılan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkındaki Yönetmelik (ÜYTY)⁷⁹ ile yürürlükten kaldırılmıştır. 2014 tarihli yönetmelik çeşitli değişikliklere uğramasına rağmen hâlâ yürürlüktedir⁸⁰. Konuya ilişkin ilk kanunî düzenleme ise 2018 yılında yürürlüğe giren “Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair 7151 sayılı Kanun”⁸¹ ile ODNK’ye eklenen 15. madde ve maddenin “Üremeye yardımcı tedavi uygulamaları” başlıklı EK-Madde 1 hükümleridir.

Hukukumuzda gerek ÜYTY⁸² gerekse ODNK⁸³’deki üremeye yardımcı tedaviler hakkındaki düzenlemeler dikkate alındığında sadece evli çiftlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılarak bu tedavilerden yararlanabilmesini ifade eden homolog döllemeye izin verildiği görülmektedir⁸⁴. Heterolog dölleme⁸⁵ olarak ifade edilen evli

kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Özbilen, **a.g.e.**, s. 35-37. 7151 sayılı kanunla ODNK’de yapılan değişiklik sonucu bu değerlendirmelerin pratik bir önemi kalmamıştır.

⁷⁷ RG. 21.08.1987-19551, Bu Yönetmelikte 1996, 1998 ve 2005 yıllarında değişiklikler yapılmıştır.

⁷⁸ RG. 06.03.2010-27513.

⁷⁹ RG. 30.09.2014-29135. Yönetmelik kısaca “ÜYTY” olarak kullanılacaktır.

⁸⁰ Yönetmelik 2016 ve 2018 yıllarında bazı değişikliklere uğramakla birlikte hala yürürlüktedir. ÜYTE Yönetmeliği’nde genel olarak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinin kapsamı, hasta seçiminin nasıl yapılacağı, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerini uygulayacak merkezlerin özellikleri, faaliyetleri ve faaliyetlerinin denetlenmesi hususları yer almaktadır.

⁸¹ RG. 5.12.2018-30616.

⁸² ÜYTY’nin 1. maddesine göre, “*çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları mümkündür*”. Yine ÜYTY’nin 28. maddesinin atfıyla Yönetmeliğin 17 No’lu ekinde yer alan düzenlemeyle “*ÜYTY uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılmak üzere cumhuriyet savcılığına bildirilir.*”

⁸³ ODNK Ek madde 1/f.1 hükmü şu şekildedir, “*Doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllemeye elverişli hâle getirilmek ve vücut içinde veya dışında döllemesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir.*”

⁸⁴ Acabey, **a.g.e.**, s.174; Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 39; Ergüneş, **a.g.e.**, s. 171; Erol, **a.g.e.**, s. 37; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 47; Turgut, **a.g.e.**, s. 28.

⁸⁵ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 39; Ergüneş, **a.g.e.**, s. 173; Erol, **a.g.e.**, s. 37; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 55-56; Turgut, **a.g.e.**, s. 37.

olmayan kişilere ait üreme hücreleri kullanılarak üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanılmasına ise izin verilmemiştir.

Taşıyıcı anneliğe ilişkin ilk düzenleme ise 7151 sayılı kanunla ODNK'nin 15. maddesine eklenen Ek Madde 1/f.2 hükmünde yer almaktadır. Bu hükmüne göre, *“Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.”* Dolayısıyla taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olunması hukukumuzda açıkça yasaklanmıştır.

7151 sayılı kanunla ODNK'de yapılan diğer bir değişiklik ise cezaî ve idarî müeyyideler başlıklı 15. madde ile taşıyıcı annelik uygulaması bakımından cezaî yaptırımların öngörülmesidir. ODNK m. 15/f.1'e göre; *“Hukuka aykırı olarak organ ve doku alan, satan, satın alan, satılmasına aracılık eden, saklayan, nakleden veya aşıl原因, organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)⁸⁶'nın 91. maddesi hükümleri uygulanır.”*

ODNK m. 15/f.2'de ise hem kimlerin ve hangi işlemlerin bu cezaî yaptırıma tâbi tutulacağı hem de cezaların ne olduğu açıklanmıştır⁸⁷. İlgili maddeye göre; *“Bu Kanuna aykırı şekilde embriyo ve üreme hücresi bağışlayan, aşıl原因, bulunduran, kullanan, saklayan ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya komisyonculuğunu yapanlar veya bu fiilleri özendiren, bunlara yönlendiren veya bunlara yönelik ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişiler hakkında, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde üç yıldan beş yıla kadar hapis ve bin günden iki bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”* Görüldüğü gibi maddede, açıkça taşıyıcı anneden söz edilmemiştir. Ceza kanunlarının şüpheye yer vermeyecek derecede açık olması gerekliliği ve ceza hukukunun temel bir ilkesi olan “suçta ve cezada kanunilik” ilkesi gereği ODNK'ye aykırı olarak taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılması durumunda taşıyıcı anneye ceza verilemeyeceği belirtilmektedir⁸⁸.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin açık bir şekilde hukuka aykırı bir nitelikte olduğu görülmektedir. Bu yönü itibarıyla söz

⁸⁶ RG. 12.10.2004-25611.

⁸⁷ Esra Savaş, Tıp Hukukunda Taşıyıcı Annelik, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalı, yayımlanmamış ylt., İstanbul, 2019, s. 19.

⁸⁸ Metin, **a.g.e.**, s.435-436.

konusu sözleşmelerin Türkiye’de yapılması durumunda Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK)⁸⁹ 27. maddesi gereği kesin hükümsüz olacağı anlaşılmaktadır. Ancak taşıyıcı annelik sözleşmelerinin TBK m. 27 çerçevesinde değerlendirilmesine sebep olan tek unsur hukuka aykırılık değildir. Bu noktada taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kişilik haklarına ve ahlâka aykırı nitelikte olup olmadığının tespiti önemlidir. Bir sonraki başlıkta söz konusu unsurlar ele alınacaktır.

3. Ahlâka Aykırılık

a. Genel Olarak

Sözleşmeler hukuku alanında esas olan ilke Anayasa (AY) m. 48⁹⁰ ile teminat altına alınan sözleşme özgürlüğü ilkesidir⁹¹. Bu ilke, kişilerin sözleşme yapıp yapmama⁹², sözleşmenin karşı tarafını, tipini, içeriğini, şeklini belirleme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi çeşitli konularda özgürce hareket edebilmeleri anlamına gelir. Görüldüğü üzere sözleşme özgürlüğü, muhtevasında pek çok imkânı barındırmaktadır. Ancak söz konusu imkânlardan en önemlisi kuşkusuz ki sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüdür. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü TBK m. 26’da “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilir*” denilerek açıkça düzenleme altına alınmıştır. Ancak yine aynı hükümde, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün kanun koyucunun koyduğu sınırlara tâbi olduğu da ifade edilmiştir.

Bu kapsamda sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü sınırlama hususunda, TBK m. 27/f.1 hükmü önemlidir. Söz konusu hükme göre, “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri de sözleşme konusu ve yöneldiği amaç bakımından ahlâka aykırılık tartışmalarının en çok

⁸⁹ RG. 4.2.2011-27836.

⁹⁰ AY m. 48/f.1. hükmü şu şekildedir: “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.*”

⁹¹ Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021, s.142; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*, Ankara, 2007, s. 1; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017, s. 338; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 16. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 23; Selahattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman /Haluk Burcuoğlu /Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 362.

⁹² Sözleşme yapma özgürlüğünün istisnası olarak kanundan ya da hukukî işleminden doğan bazı durumlarda sözleşme yapma mecburiyeti bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Borçlar Genel*, s. 319-331.

gündeme geldiği sözleşmelerden biri hâline gelmiştir⁹³. Bu sebeple taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliğini ahlâka aykırılık kapsamında değerlendirmek gerekir.

Kanun koyucunun TBK m. 27/f.1⁹⁴ hükmünde düzenlediği ahlâka aykırılık ile kastedilen genel ahlâk kurallarına aykırılık durumudur. Ahlâk kurallarının tanımını ve sınırlarının tespitini yapmak oldukça zordur. Bu zorluk, ahlâk kurallarının zamana ve mekâna göre farklılık göstermesinden ve muğlak olmasından kaynaklıdır⁹⁵. Hukukî işlemlerin genel ahlâka aykırılığında; kişilerin yaşadıkları toplum içindeki genel kurallar ile ahlâk kurallarının temel alındığı, dürüst, akli başında ve ortalama zekaya sahip insanlara ait kamusal vicdanı rahatsız etmeyen ahlâk kurallarının esas alınması gerektiği kabul edilir⁹⁶. Bir ahlâk kuralının, genel ahlâk kuralı olup olmadığı belirlenirken o kuralın içinde yer alan hukukî menfaatlerin değerlendirilmesi gerekir⁹⁷. Genel ahlâk kuralları ile korunmak istenen menfaatler tespit edildiğinde ancak zamana uygun bir yorum yapmak mümkün hâle gelmektedir. Bu noktada taşıyıcı annelik sözleşmelerini genel ahlâka aykırı olarak nitelendirmenin temelinde iki husus yer almaktadır. Bunlardan ilki, söz konusu sözleşmenin taşıyıcı annenin vücut bütünlüğüne yönelik edimler içermesi⁹⁸ diğeri ise taşıyıcı annenin bu edimleri karşılığında ücret öngörülmesi⁹⁹ yatmaktadır. Bu bölümde taşıyıcı anneliğin ahlâka aykırı olup olmadığı bu iki husus çerçevesinde incelenecektir.

b. Bedensel Bütünlük Çerçevesinde Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi

Bir kişinin maddî varlığı, onun bedensel bütünlüğünü ifade etmektedir. Bedensel bütünlüğün hem hukuk kuralları hem de genel ahlâk kuralları ile teminat altına alınmasının temel nedeni, AY m. 17 ve Türk Medenî Kanunu (TMK)¹⁰⁰ m. 23 ile düzenlenen yaşam hakkıdır. Bu düzenlenmeler ışığında taşıyıcı annelik sözleşmesini organ ve doku nakline ilişkin hükümlerle birlikte değerlendirmek yerinde olur.

⁹³ Erol, **a.g.e.**, s.120; Özbilen, **a.g.e.**, s. 245; Turgut, **a.g.e.**, s. 111.

⁹⁴ TBK m. 27/f.1 hükmü şu şekildedir: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.”

⁹⁵ Ateş D., **a.g.e.**, s. 83; Eren, **Borçlar Genel**, s. 339.

⁹⁶ Ateş D., **a.g.e.**, s. 87; Eren, **Borçlar Genel**, s. 338.

⁹⁷ Ateş D., **a.g.e.**, s. 92.

⁹⁸ Ateş D., **a.g.e.**, s. 122-123.

⁹⁹ Cemile Turgut/Göksu Işık, “Türk Medenî Kanunu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Kapsamında Taşıyıcı Annelik”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S.8, Ankara, 2019, s. 224; Savaş, **a.g.e.**, s. 47.

¹⁰⁰ RG. 8.12.2001-24607.

ODNK'ye göre nakli hayati bir tehlike yaratmayan organların bir başkasına verilmesi mümkündür¹⁰¹. Bu noktada kanun koyucu, yaşamı söz konusu organa bağlı olan kişinin menfaati ile organ bağışında bulunacak kişinin menfaatlerini dengelemeye çalışmıştır. Benzer bir yaklaşımın kıyasen taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de benimsenmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekir. Buna göre, evlilik birliği içerisinde kadının çocuk doğurma yeteneğinden yoksun olması ve çocuk sahibi olabilmesinin yegâne yolunun taşıyıcı annelik olması hâlinde, taşıyıcı anne ile müstakbel ailenin menfaatlerini dengeleyecek bir yorum yapılması gerekir. Böyle durumlarda müstakbel anne ve babanın üreme hücreleri kullanılıyorsa bu kişilerin çocuk doğurma yeteneğinden yoksun olduğu resmî bir sağlık kurulu raporu ile belgelenmişse ve hamilelik ve doğumun taşıyıcı anne bakımından alışılmışın dışında bir tehlike arz etmediği ortadaysa taşıyıcı annelik ilişkisinin genel ahlâka aykırı olduğu yönünde peşin hükümlü olmamak gerekir¹⁰². Öte yandan müstakbel anne veya babanın üreme hücrelerinin kullanılmadığı, müstakbel annenin çocuk doğurmasının mümkün olduğu ya da taşıyıcı anneliğe keyfi olarak başvurulmak istendiği hâllerde söz konusu ilişkinin genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunu söylemek mümkündür.

c. Ücret Çerçevesinde Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ücret karşılığı yapılması yani ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmeleri birçok etik problemi de beraberinde getirmiştir. Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmeleri, fuhuşa benzerliği, kadın vücudunu ticarî bir meta hâline getirdiği, çocuk satışı kapsamına girdiği ve insan ticaretine neden olduğu gibi sebeplerle eleştirilmektedir. Bu kapsamda söz konusu eleştirilerin sebepleri ile bu gerekçelerin geçerli olup olmadığı taşıyıcı anne ve çocuğa ilişkin ayrı başlıklar altında incelenerek ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlâka aykırı olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

i. Taşıyıcı Anne Açısından Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi

Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı annenin, belirli bir ücret karşılığında vücudunun kullanımına izin vermesi, taşıyıcı anneliğin hayat kadınlığına benzetilmesinin en temel gerekçelerindendir: Taşıyıcı anne rahmini satmakta ve

¹⁰¹ ODNK m. 8 hükmü şu şekildedir: “*Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.*” Bu noktada öğretide, embiyonun organ olarak kabul edilmeyeceği ifade edilmektedir.

¹⁰² Nomer H., **a.g.e.**, s. 569.

vücudunun kontrolünü üçüncü bir kişiye bırakmaktadır¹⁰³. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı annenin hassas konumu nedeniyle fuhuş benzetmesi yapılsa da aralarında büyük bir amaç farkı olduğu belirtilmiştir. Buna göre, fuhuş, cinsel tatmin amacıyla kadın bedeninin satılmasını ifade ederken, taşıyıcı annelikte amaç bir çocuğu dünyaya getirmektir¹⁰⁴. Taşıyıcı annelik sözleşmelerini fuhuşla kıyaslamak, taşıyıcı annelik ilişkilerinde üçüncü kişilere sağlanan yararları göz ardı etmekte ve taşıyıcı anneliği küçültmektedir¹⁰⁵. Buna rağmen örneğin Hindistan’da taşıyıcı annelik toplum tarafından kirli bir iş (*dirty work*) olarak algılanmakta ve taşıyıcı anneler, seks işçisi olarak görülmektedir. Bu nedenle taşıyıcı anneler, hamileliğin belirli bir aşamasından sonra ailelerinin yanından ayrılarak bir taşıyıcı annelik kliniğinde yaşamaya devam etmekte ve taşıyıcı anne olduklarını herkesten saklamaktadır¹⁰⁶.

Taşıyıcı annelik ile fuhuş benzetmesinin bir diğer nedeni ise her ikisinde de kadın bedeni üzerindeki erkek kontrolünün ağır basması ve kadın vücudunun ücret karşılığında erkekler tarafından kullanılması analojisidir¹⁰⁷. Bu benzetme de bir kadını sunduğu hizmetlere karşılık tazmin etmekle, bir kadına vücudunun kullanımı karşılığında ödeme yapmak arasında önemli bir fark olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Müstakbel ebeveyn, hamileliği süresinde taşıyıcı annenin bedeni üzerinde her istediğini yapma hakkını elde etmemekte, sadece sağlıklı bir hamileliğin temin edilmesi bakımından sözleşmeyle taahhüt altına girdiği yükümlülüklerini yerine getirmesini talep edebilmektedir¹⁰⁸. Dolayısıyla taşıyıcı annenin vücudunun fuhuşa benzer nitelikte kullanıldığını söylemek mümkün değildir.

¹⁰³ Jean M. Sera, “Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis”, **Journal of Gender & The Law**, Vol. 5:315, 1997, s. 318; Jennifer Damelio / Kelly Sorensen, “Enhancing Autonomy in Paid Surrogacy”, **Bioethics**, Vol. 22, Issue 5, 2008, s. 270; Kristiana Brugger, “International Law in the Gestational Surrogacy Debate”, **Fordham International Law Journal**, Vol. 35:3, 2012, s. 670; Sara Ann Ketchum, “Selling Babies and Selling Bodies”, **Hypatia**, Vol. 3, No. 3, 1989, s. 122; Tatiana Patrone, “Is Paid Surrogacy a Form of Reproductive Prostitution?”, **Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics**, Vol. 27, 2018, s. 112. Amerika Birleşik Devletleri’nde taşıyıcı annelik konusunda gündeme gelen ilk davalardan biri olan 1987 tarihli *Baby M.* Davasında, New Jersey Yüksek Mahkemesi de taşıyıcı anneye ücret ödenmesinin yasadışı ve kadınları aşağılayıcı olduğunu belirtmiştir. Bkz. Patrone, **a.g.e.**, s. 112. Karar için bkz. <https://law.justia.com/cases/new-jersey/appellate-division-published/1987/217-n-j-super-313-0.html>. (ET. 21.10.2021)

¹⁰⁴ Damelio- Sorensen, **a.g.e.**, s. 270; Patrone, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁰⁵ Sera, **a.g.e.**, s. 325; Patrone, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁰⁶ Amrita Pande, “Not an “Angel”, not a “Whore”: Surrogates as “Dirty” Workers in India, **Indian Journal of Gender Studies**, Vol. 16:2, 2009, s. 154.

¹⁰⁷ Catharine A. MacKinnon, **Towards a Feminist Theory of the State**, Cambridge-Massachusetts, Harvard University Press, 1991, s. 246; Sera, **a.g.e.**, 320; John Tobin, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?”, **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 63, Issue 2, 2014, s. 347; Elizabeth S. Scott, “Surrogacy and the Politics of Commodification”, **Law and Contemporary Problems**, Vol. 72, No. 3, 2009, s. 131.

¹⁰⁸ Damelio- Sorensen, **a.g.e.**, s. 271; Patrone, **a.g.e.**, s. 113.

Kadın bedeni üzerindeki erkek kontrolünün mevcudiyeti bakımından da bu benzetmeyi ancak taşıyıcı annelik ilişkilerinin yeni ortaya çıktığı ve teknolojinin henüz ilerlemediği dönemler açısından kabul etmek mümkün olabilir. Zira geleneksel taşıyıcı annelik yönteminde her zaman olmasa da bazen taşıyıcı anne, müstakbel baba ile cinsel birliktelik sonucu gebe kalmaktaydı. Bununla beraber özellikle ileri teknoloji kullanılarak gerçekleştirilen taşıyıcı annelik ilişkilerinde, taşıyıcı annenin hamile kalmasını temin edebilmek için bir erkekle cinsel ilişkiye girmesi gerekmemektedir. Yine özellikle tam taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı annenin karşısında her zaman bir erkek taraf bulunmamakta; genellikle müstakbel ebeveyn olarak bir kadın ve bir erkek bulunmaktadır.¹⁰⁹ Dolayısıyla, taşıyıcı anneliğin fuhuşa benzerliği noktasında ileri sürülen kadın bedeni üzerindeki erkek kontrolünün bir uzantısı olduğuna ilişkin bu görüşün, günümüzde geçerli olmadığı açıktır.

Ticarî taşıyıcı annelik, kadın bedenini metalaştırdığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Kadınlar taşıyıcı anne olduklarında, kadın vücudu için “kiralık rahim”¹¹⁰, “üreme süpermarketi” gibi terimler kullanılmakta ve kadınların piyasadaki talebi karşılayan metalara dönüştüğü ifade edilmektedir¹¹¹. Bu yöntemle insanlar, alınıp satılabilen nesnelere indirgenmekte ve kadınların birey olarak saygınlığı azalmaktadır¹¹². Taşıyıcı anneliği metalaştıran, sözleşmenin tarafları arasındaki satış işlemi ve taşıyıcı annenin rahmine karşılık belirli bir ücret ödenmesidir¹¹³. Taşıyıcı anneler, üreme makineleri (*breeding machine*) hâline gelmekte¹¹⁴ ve insani değerleri düşürülerek başkalarının çocuklarını doğuran boş kaplara dönüşmektedir¹¹⁵.

Ticarî taşıyıcı anneliğe getirilen eleştirilerden bir diğeri ise sosyo-ekonomik bakımdan zayıf konumda bulunan kadınların taşıyıcı anne olmasıyla istismara

¹⁰⁹ Sera, **a.g.e.**, s. 331.

¹¹⁰ Anita L. Allen, “Surrogacy, Slavery, and the Ownership of Life”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol. 13, 1997, s. 141; Michael J. Meyer, “The Idea of Selling in Surrogate Motherhood”, **Public Affairs Quarterly**, Vol. 4, No. 2, 1990, s. 176; Dana, **a.g.e.**, s. 22; Iris Leibowitz-Dori, “Womb for Rent: The Future of International Trade in Surrogacy”, **Minnesota Journal of International Law**, Vol. 6:329, 1997, s. 329.

¹¹¹ Allen, **a.g.e.**, s. 146.

¹¹² Allen, **a.g.e.**, s. 146; Pamela Laufer-Ukeles, ‘Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy’, **Indiana Law Journal**, Vol. 88:4, 2013, s. 1238; Sera, **a.g.e.**, 316; Kristine Schanbacher, “India’s Gestational Surrogacy Market: An Exploitation of Poor, Uneducated Women”, **Hastings Women’s Journal**, Vol. 25:2, 2014, s. 209; Claire Fenton-Glynn, “Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangement”, **Medical Law Review**, Vol. 24, No. 1, s. 67.

¹¹³ Chatterjee, **a.g.e.**, s. 1837; Nomer H., **a.g.e.**, s. 570.

¹¹⁴ Chatterjee, **a.g.e.**, s. 1837; Metin, **a.g.e.**, s. 161. Hindistan’da görüşüne başvurulmuş müstakbel anne ve baba, kullanılan üreme hücreleri kendilerine ait olduğundan, aslında çocuğun kendilerine ait olduğu ve bu amaca ulaşmak için birinin rahmini kiralayarak bunun karşılığında da ücret ödediklerini ifade etmiştir. Bkz. Schanbacher, **a.g.e.**, s. 209.

¹¹⁵ Schanbacher, **a.g.e.**, s. 209.

uğrayabilecekleri endişesidir. Ekonomik açıdan zayıf konumda bulunan kadınlar, ancak yaşadıkları ekonomik sıkıntılardan kurtulmak ya da çevrelerinden gelen baskı ve zorlamalarla böyle bir mesleği tercih etmektedir¹¹⁶. Özellikle gelişmekte olan ülkelerde bulunan ve başka yoldan gelir elde etme seçenekleri az olan kadınların taşıyıcı anne olmayı tercih etmesi, bu kadınların istismara açık hâle gelebileceği kaygılarına yol açmaktadır. Taşıyıcı annelik ilişkilerindeki hızlı büyüme, özellikle Hindistan ve Tayland gibi gelişmekte olan ülkelerde görülmektedir. Gelişmiş ülkelerdeki müstakbel anne ve/veya baba, daha ucuz olduğu için gelişmekte olan bu ülkelere giderek oradaki taşıyıcı annelerle, taşıyıcı annelik acenteleri veya klinikler aracılığıyla anlaşmaktadır¹¹⁷. Dolayısıyla yoksul kadınların üreme işlevlerinin ekonomik kazanç elde edebilmek için istismar edilme potansiyelinin bulunduğu açıktır¹¹⁸.

Gerçekten de gelişmekte olan ülkelerdeki yoksul kadınlar, gelişmiş ülkelerdeki müstakbel anne ve/veya babaların taleplerini karşılamak için taşıyıcı anneliği seçmekte ve yaşadıkları ekonomik çaresizlik bu kadınların istismar edilmesine neden olmaktadır. Benzer sonuca ABD’de bakımından da ulaşmak mümkündür. Tam taşıyıcı annelik ilişkilerinde taşıyıcı annenin kendi yumurtası kullanılmadığından, ABD’de gerçekleştirilen taşıyıcı annelik ilişkilerinde de müstakbel anne ve/veya babaların,

¹¹⁶ Adeline A. Allen, “Surrogacy and Limitations to Freedom of Contract: Toward Being More Fully Human”, **Harvard Journal of Law & Public Policy**, Vol.41:3, s. 784; Brugger, **a.g.e.**, s. 673; Leibowitz-Dori, **a.g.e.**, s. 331; Martin Hevia, “Surrogacy, Privacy, and the American Convention on Human Rights”, **Journal of Law and the Biosciences**, Vol:5:2, 2018, s. 385; Sera, **a.g.e.**, s. 319; Schanbacher, **a.g.e.**, s. 206; Scott, **a.g.e.**, s. 144; Tobin, **a.g.e.**, s. 345.

¹¹⁷ Allen, **a.g.e.**, s. 786; Amrita Pande, “Commercial Surrogacy in India: Manufacturing a Perfect Mother-Worker”, **Signs: Journal of Women in Culture and Society**, Vol. 35:4, 2010, s. 973; Angie Godwin McEwen, “So You're Having Another Women's Baby: Economics and Exploitation in Gestational Surrogacy”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol. 32:1, 1999, s. 295; Ayesha Chatterjee / Sally Whelan, “Frequently Unasked Questions: Understanding and Responding to Gaps in Public of International Surrogacy Practices Worldwide”, **Babies For Sale Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction**, Editör: Miranda Davies, London, Zed Books, 2017, s. 221; Emily Stehr, “International Surrogacy Contract Regulation: National Governments' and International Bodies' Misguided Quests to Prevent Exploitation”, **Hastings International and Comparative Law Review**, Vol.35:1, 2012, s. 267; Françoise Baylis “Transnational Commercial Contract Pregnancy in India”, **Family-Making: Contemporary Ethical Challenges**, Editör: Françoise Baylis, Carolyn Mcleod, Oxford, Oxford University Press, 2014, s. 266; Tobin, **a.g.e.**, s. 345; Pande, **Not an Angel**, s. 150; Stephen Wilkonson, “Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements”, **Journal of Applied Philosophy**, Vol. 33, No. 2, 2016, s. 129.

¹¹⁸ Leibowitz-Dori, **a.g.e.**, s. 331; Metin, **a.g.e.**, s. 162; Ruby L. Lee, “New Trends in Global Outsourcing of Commercial Surrogacy: A Call for Regulation”, **Hastings Women’s Law Journal**, Vol. 20, No. 2, 2009, s. 281; Ryznar, **a.g.e.**, s. 1029; Schanbacher, **a.g.e.**, s. 207. Hindistan’da Ahmedabad Yüksek Mahkemesi’nde görülen *Balaz v. Anand Municipality* (11 November 2009) davasında mahkeme, taşıyıcı annelik yoluyla kadınların istismar edilmesinin endişe verici bir faktör olduğunu ve bu sorunun kanun yoluyla giderilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Karar için Bkz. <https://www.legitquest.com/case/jan-balaz-v-anand-municipality-and-6-ors/15D7E9> (Erişim Tarihi: 10.03.2020)

ekonomik sebeplerle taşıyıcı anne olmayı daha çok isteyen beyaz olmayan kadınlarla taşıyıcı annelik sözleşmesi yaptığı belirtilmiştir¹¹⁹.

Buna karşılık taşıyıcı annelik sözleşmelerinin yoksul kadınlara ekonomik kazanç sağladığı gerekçesiyle aslında olumlu bir gelişme olduğu da ifade edilmektedir¹²⁰. Ancak ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinin genellikle taşıyıcı annelik acenteleri veya klinikler vasıtasıyla yerine getirildiği göz önünde bulundurulduğunda taşıyıcı annelerin gerçek kazançlarının bu aracılık işlemleri karşısında oldukça düşük kaldığı unutulmamalıdır¹²¹.

Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmeleri sınıraşan nitelikte meydana geldiğinde, kadın bedeninin metalaşmasına ve ekonomik olarak güçsüz konumda bulunan kadınların istismar edilerek kadın ticaretine yol açabileceği belirtilmiştir. Bu noktada, insan ve özellikle kadın ticaretinin önlenmesinin uluslararası anlaşmalarla sağlanmaya çalışılan bir amaç olduğunu vurgulamak gerekir¹²². Bu kapsamda, gelişmekte olan ülkelerdeki

¹¹⁹ Barbara Katz Rothman, "Comments on Harrison: The Commodification of Motherhood", **Gender & Society**, Vol. 1, No. 3, 1987, s. 313; Stehr, **a.g.e.**, s. 258; McEwen, **a.g.e.**, s. 295. Nitekim 1993 tarihinde Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nde görülen *Johnson v. Calvert* davasında taşıyıcı anne Afrikalı-Amerikalı; 1983 yılında San Diego Yüksek Mahkemesi tarafından görülen *Mufioz v. Haro* (No. 572834) davasında ise taşıyıcı anne Meksikalıdır. Bkz. Godwin McEwen, **a.g.e.**, s. 295-296.

¹²⁰ Brugger, **a.g.e.**, s. 673; Schanbacher, **a.g.e.**, s. 211.

¹²¹ Pyali Chatterjee, "Human Trafficking and Commercialization of Surrogacy in India", **European Researcher**, Vol. 85, No. 10-2, 2014, s. 1837. Ayrıca Hindistan'daki taşıyıcı anneler arasında bile ücret bakımından bir ayrımcılık yapıldığı; taşıyıcı annelik acenteleri veya kliniklerin, açık tenli, eğitilmiş, Brahman ve İngilizce konuşabilen kadınlara daha yüksek ücret ödediği ifade edilmektedir Bkz. Schanbacher, **a.g.e.**, s. 208.

¹²² Bu noktada, insan ve özellikle kadın ticaretinin önlenmesinin uluslararası anlaşmalarla sağlanmaya çalışılan bir amaç olduğunu vurgulamak gerekir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 18.12.1979 tarihli ve 34/180 sayılı kararı ile kabul edilen CEDAW (*Convention of Eliminate all form of Discrimination Against Women*), Türkiye tarafından 24.07.1985 tarih 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylamıştır. (RG. 14.10.1985-18898) CEDAW m. 6 hükmüne göre, "*Taraf Devletler, kadın ticareti ve fahişeliğin istismarının her şekliyle önlenmesi için yasama dahil gerekli bütün önlemleri alacaklardır.*" CEDAW haricinde Birleşmiş Milletler tarafından örgütlü suçlarla mücadele kapsamında hazırlanan "Sınıraşan Örgütlü Suçlarla Mücadele Sözleşmesi" (RG. 4.02.2003-25014) ve bu Sözleşme'ye ek olarak oluşturulan "İnsan Ticaretinin, Özellikle Kadın ve Çocuk Ticaretinin Önlenmesine, Durdurulmasına ve Cezalandırılmasına İlişkin Protokol (Palermo Protokolü) hükümleri bu noktada oldukça önemlidir. Palermo Protokolü m.3/(a)'da insan ticaretinin ne anlama geldiği ifade edilmiştir. İlgili hükme göre "*İnsan ticareti*", kuvvet kullanarak veya kuvvet kullanma tehdidi ile veya diğer bir biçimde zorlama, kaçırma, hile, aldatma, nüfuzu kötüye kullanma kişinin çaresizliğinden yararlanma veya başkası üzerinde denetim yetkisi olan kişilerin rızasını kazanmak için o kişiye veya başkalarına kazanç veya çıkar sağlama yoluyla kişilerin istismar amaçlı temini, bir yerden bir yere taşınması, devredilmesi, barındırılması veya teslim alınması anlamına gelir. İstismar terimi, asgari olarak, başkalarının fuhuşunun istismar edilmesini veya cinsel istismarın başka biçimlerini, zorla çalıştırmayı veya hizmet ettirmeyi, esareti veya esaret benzeri uygulamaları, kulluğu veya organların alınmasını içerecektir." Protokolde insan ticaretini oluşturabilecek yöntemler, hareketler ve amaçlar ayrıntılı olarak belirtilmiştir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 80. maddesinde de benzer bir düzenleme yapılmıştır. 5237 sayılı TCK, 765 sayılı TCK'de düzenlenen insan ticareti suçunu unsurları bakımından korumuş, bununla birlikte hapis cezası 8 yıldan 12 yıla çıkarılmış ve insan ticareti suçundan dolayı tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunmasına ilişkin düzenleme eklenmiştir.

kadınların, gelişmiş ülkelerdeki müstakbel ebeveyn için taşıyıcı anne olarak kullanılmak istenmesinin insan ticaretine neden olabileceği endişeleri bulunmaktadır. Ayrıca İnsan Ticaretine Karşı Model Kanun¹²³, kadınların taşıyıcı anne olarak kullanılmasının âkit devletler tarafından “istismar” kapsamına alınmasını önermiştir. Bunun üzerine bazı devletlerin iç hukuklarında bu yönde düzenleme yapılmış ve örneğin, Moldova’da, bir kişinin istismarı tanımına “bir kadını, taşıyıcı anne olarak veya üreme amacıyla kullanmak” hükmü eklenmiştir¹²⁴.

Taşıyıcı anneliğin insan ticaretine neden olacağı kaygıları bazı uluslararası operasyonlarla daha da somutlaşmıştır. 1995 yılında Hollanda’da, genç Polonyalı kadınları çeşitli Avrupa ülkelerinde bulunan kısır çiftlere taşıyıcı annelik yapmaya zorlayan bir çete ortaya çıkarılmıştır. Çoğu 25 yaşın altında olan kadınlar, iyi bir ücret verileceği vaatleriyle Polonya gazetelerinde verilen ilanlar sonucu işe alınmıştır. Polonyalı taşıyıcı anneler, taşıyıcı annelik yapmak üzere kısır çiftlerin bulunduğu ülkelere giderek hamilelik süreçleri boyunca müstakbel aileyle birlikte yaşamış ve çocuk doğduktan sonra Polonya’ya geri dönmüşlerdir¹²⁵. 2011 yılında yapılan benzer bir operasyonda, yarısı hamile olan 14 Vietnamlı kadının Tayland’dan kurtarıldığı ve BABY 101 adlı bir şirket tarafından kaçırılıp ticarî taşıyıcı anne olmaya zorlandığı ortaya çıkmıştır¹²⁶.

Yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde, taşıyıcı anneliğe olan talepleri karşılamak için kadınların insan ticaretine maruz kalma ve emeklerinin sömürülmesine yol açma ihtimalinin olduğu açıkça görülmektedir. Özellikle, gelişmekte olan ülkeler ile gelişmiş ülkeler arasındaki uçurum ile neo-liberal politikaların bir sonucu olarak

¹²³ Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi (*United Nations Office of Drugs and Crime*) tarafından düzenlenen İnsan Ticaretine Karşı Model Kanun (*Model Law against Trafficking in Persons*) Palermo Protokolünde yer alan hükümlerin uygulanmasında taraf devletlere yardımcı olmak için geliştirilmiştir. Model Kanun’un metni için bkz. https://ec.europa.eu/anti-trafficking/model-law-against-trafficking-persons_en. (ET. 20.10.2021)

¹²⁴ Moldova’nın 421-XIV sayılı “İnsan Ticaretinin Önlenmesi ve Bununla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” (*Law on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings No. 241-XVI of 20 October 2005*)’un m.2/f.3/€ hükmü şu şekildedir: “...3) *exploitation of a person – abuse of a person in order to obtain profit, namely: (...) (e) using a woman as a surrogate mother or for reproductive purposes*”. İlgili kanunun resmî olmayan çevirisi için bkz. <https://www.legislationline.org/download/id/980/file/4d9647d04900766dbf7a3a42b568.pdf>. (Erişim Tarihi: 5.02.2021).

¹²⁵ Suçlular, ticarî kazanç karşılığı taşıyıcı anneliği organize etmekten ve/veya kadın ticaretinden hapis cezasına çarptırılmıştır. Haber için bkz. <https://www.independent.co.uk/news/world/poles-hired-as-surrogate-mums-in-illegal-trade-1584960.html>. (ET. 20.11.2022)

¹²⁶ Achmad, **a.g.e.**, s. 71; Chatterjee, **a.g.e.**, s. 1838. Haber için bkz. <http://poundpuplegacy.org/node/46816>. (Erişim Tarihi: 5.02.2021) Benzer şekilde Romanya’da reşit olmayan kızlardan alınan yumurtaların yurt dışına kaçırıldığı tespit edilmiş; diğer yandan, 16 yaşında bir kız çocuğu, yumurtası alındıktan sonra terk edilmiş ve oldukça kötü bir hâlde bulunmuştur. Bkz. Chatterjee, **a.g.e.**, s. 1839.

son yirmi yılda belirgin hâle gelen gelir dağılımındaki eşitsizlikler, ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik ilişkilerinin sömürü aracı olma niteliğini öne çıkarmaktadır. İlk bakışta taşıyıcı annelerin ücret almasının onların yararına olduğu söylenebilirse de her durum için bunu söylemek mümkün değildir. Ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik ilişkilerine izin verilen ülkelerde, kadınların ticarî faaliyetin metası hâline geldiği gözlemlenmektedir. Bu sebeple, ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kadının istismarına yol açtığı durumlarda ahlâka aykırı olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla birlikte, ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilmek isteniyorsa, taşıyıcı annelik ilişkisinde yer alan aracı kurumların görevleri ile elde edebilecekleri maddî menfaatlerin ve taşıyıcı anneye ödenmesi gereken ücrete ilişkin bir asgarî ücret tarifesinin düzenlenmesi, aynı zamanda sözleşmenin yerine getirildiği koşullar ile sözleşmeye ilişkin süreçlerin resmî kurumlar tarafından denetlenmesi ahlâka aykırılığa ilişkin çekinceleri giderebilir.

ii. Çocuk Açısından Ahlâka Aykırılığın İncelenmesi

Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmeleri, çocuk satışına neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmekte ve yasaklanması gerektiği savunulmaktadır¹²⁷. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucu dünyaya gelen çocuk, alınıp satılabilir bir meta hâline gelmektedir. Çocuk Hakları Sözleşmesi¹²⁸ (ÇHS) m. 35 hükmüne göre, “*Taraf Devletler, her ne nedenle ve hangi biçimde olursa olsun, çocukların kaçırılmaları, satılmaları veya fuhuşa konu olmalarını önlemek için ulusal düzeyde ve ikili ve çok yanlı ilişkilerde gereken her türlü önlemleri alırlar.*” ÇHS ile taraf devletlere, çocuk satışını önleme konusunda önemli bir yükümlülük getirilmiştir. Bu noktada hangi eylem ya da olguların çocuk satışını oluşturduğunun ve taşıyıcı annelik sözleşmeleriyle ÇHS kapsamında korunması gereken bir çocuk satışının söz konusu olup olmadığının tespiti gerekir.

¹²⁷ Allen, **a.g.e.**, s. 141; Hevia, **a.g.e.**, s. 382; Jason K.M. Hanna, “Revisiting Child-Based Objections to Commercial Surrogacy”, **Bioethics**, Vol. 24, No. 7, 2010, s. 341; Laufer-Ukeles, **a.g.e.**, s. 1238; Leibowitz-Dori, **a.g.e.**, s. 331; Metin, **a.g.e.**, s. 164; Richard J. Arneson, “Commodification and Commercial Surrogacy”, **Philosophy & Public Affairs**, Vol. 21, No. 2, 1992, s. 148; Rothman, **a.g.e.**, s. 313; Wilkonson, **a.g.e.**, s. 131.

¹²⁸ Türkiye, 14.09.1990 tarihinde Sözleşmeyi imzalamıştır ve 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun”u çıkarmıştır. (RG. 11.12.1994, S. 22138). Bakanlar Kurulunun 23.12.1994 tarih ve 94/6423 sayılı kararı ile sözleşme onaylanmıştır.

Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol¹²⁹ (Çocuk Satış Protokolü) m. 2/(a) hükmüne göre; “Çocukların satışı, bir çocuğun herhangi bir kişi ya da kişiler grubu tarafından, ücret ya da herhangi bir şey karşılığında başka birine devredildiği herhangi bir eylem yahut işlem anlamına gelir.” Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmeleriyle de bir çocuğun, bir kişi (taşıyıcı anne) tarafından doğuma kadar karnında taşınması ve doğumun ardından ücret karşılığında başka birine (müstakbel ebeveyne) verilmesi (devredilmesi) söz konusudur. Böyle bir yorumla ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinin Çocuk Satış Protokolü kapsamında yasaklanan çocuk satışının tanımına girdiği söylenebilir¹³⁰.

Bununla birlikte taşıyıcı annelik sözleşmelerinin çocuk satışı olmadığını ileri sürenler temel olarak dört noktaya değinmiştir. Öncelikle, Çocuk Satış Protokolü’nde çocuğun sömürülmesi ve aşağılanması neden olacak her türlü eylem ve fiille çocuğun devrinin yasaklandığı¹³¹; buna karşılık taşıyıcı annelik sözleşmelerinde müstakbel ebeveynin amacının çocuğu istismar etmek değil, ona her türlü bakımı ve desteği sağlayarak çocuğun ebeveyni olmak olduğu, bu nedenle sözleşme kapsamında bir çocuk satışının söz konusu olmadığı belirtilmiştir¹³². Öte yandan, Çocuk Satış Protokolü’nde çocuğun hangi amaçla devredildiğine yönelik bir sınırlama getirilmeyerek bilinçli bir şekilde genel ifadeler kullanılmış ve ileride ortaya çıkabilecek ve çocuk satışı teşkil edebilecek her durum yasaklanmaya çalışılmıştır. Protokol, çocuğun “herhangi bir eylem yahut işlemle” devrini yasaklamıştır. Dolayısıyla tarafların amacının ne olduğu önem arz etmemektedir¹³³. Bu sebeple, ticarî

¹²⁹ Bu Protokol, Türkiye tarafından 08.09.2000 tarihinde imzalanmış ve 09.05.2002 tarih ve 4755 sayılı “Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun” çıkarılmıştır. (RG, 14.05.2002, S. 24755)

¹³⁰ Tobin, **a.g.e.**, s. 335.

¹³¹ Çocuk Satış Protokolü m. 3 hükmü şu şekildedir: “1. Her Taraf Devlet asgari olarak aşağıdaki fiil ve faaliyetlerin ülke içinde veya ülke dışında veya ferdi veya örgütlü bir biçimde işlenmiş olup olmamalarına bakılmaksızın, kendi suç veya ceza yasalarının tam anlamıyla kapsamı içine girdiğini garanti edecektir.

(a) 2 nci maddede tanımlandığı üzere, çocuk satışı çerçevesinde:

(i) Hangi yolla olursa olsun, çocuğun,

a. Cinsel istismarı,

b. Organlarının kâr sağlama amacıyla nakli,

c. Zorla çalıştırılması amaçlarıyla teklifi, teslimi ya da kabulü”

Bununla birlikte Çocuk Satış Protokolünde yasaklanan bu eylemler sınırlı sayı ilkesiyle belirlenmemiştir. Dolayısıyla Protokolde sayılmayan eylem ya da işlemlerle de çocuk satışının gerçekleşmesi mümkündür.

¹³² Hevia, **a.g.e.**, s. 383; Metin, **a.g.e.**, s. 164; Tobin, **a.g.e.**, s. 336.

¹³³ Tobin, **a.g.e.**, s. 336.

nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinin çocuk satışı niteliğinde olmadığına ilişkin görüşün ilk dayanağına katılmak mümkün değildir.

Çocuk satışı fikrine karşı olanlar ikinci olarak, taşıyıcı annenin çocuğu genetik babasına vermesinin çocuk satışı teşkil etmeyeceğini ileri sürmüşlerdir¹³⁴. Buna karşılık Çocuk Satış Protokolü, çocuk satışı bakımından genetik materyalin bir fark yarattığından bahsetmemiştir. Dolayısıyla, çocuğun devri karşılığında bir ücret alınmışsa, devreden ya da devralanın çocukla genetik bağa sahip olması önemli değildir¹³⁵.

Üçüncü olarak, ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinde kişi varlığı değerleri üzerinde aynî hak kurulamamasının doğal bir sonucu olarak¹³⁶ çocuk üzerinde bir mülkiyet hakkı ve bu mülkiyetin devri söz konusu olmadığından, bunun bir çocuk satışı oluşturmadığı ifade edilmiştir. Müstakbel anne ve baba, çocuğun sahibi değildir hatta çocuk üzerindeki ebeveynlik hakları gereği çocuğa bakmak ve onun menfaatlerini korumakla yükümlüdürler¹³⁷. Burada, ülkelerarası evlât edinmede olduğu gibi sadece çocuk üzerindeki velâyet haklarının devredildiği ve bu hak, çocuk üzerinde bir mülkiyet hakkı sağlamadığından çocuğun satışının söz konusu olmadığı ileri sürülmüştür¹³⁸. Buna karşın, söz konusu görüşün dayanağını teşkil eden Çocukların Korunması ve Uluslararası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair La Haye Sözleşmesi (Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi)¹³⁹ para veya herhangi bir bedel karşılığında evlât edinmeyi de yasaklamaktadır¹⁴⁰. Dolayısıyla, evlât edinmeye ilişkin uluslararası sözleşmedeki esasların taşıyıcı annelik ilişkisi bakımından benimsenmesi

¹³⁴ Metin, **a.g.e.**, s. 164; Tobin, **a.g.e.**, s. 338; Wilkonson, **a.g.e.**, 132.

¹³⁵ Tobin, **a.g.e.**, s. 338. Bununla birlikte İsrail Yüksek Mahkemesi 1.4.2015 tarihli “*Anonymous v. Ministry of Welfare and Social Services*” kararında hem yumurta hem sperm bağıışı ile taşıyıcı anneden dünyaya gelen çocuğun müstakbel anne ve babaya teslimini, müstakbel anne ve babadan herhangi biriyle genetik bağı olmadığı için Lahey Evlât Edinme Sözleşmesine de aykırı olarak çocuk ticareti anlamına geldiği gerekçesiyle reddetmiştir. Bkz. Carmel Shalev /Hedva Eyal /Etti Samama, “Transnational Surrogacy and the Earthquake in Nepal: A Case Study From Israel”, **Babies For Sale Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction**, Editör: Miranda Davies, London, Zed Books, 2017, s. 60.

¹³⁶ Kişi varlığı değerlerinin eşya olmadığı ve dolayısıyla aynî hakka konu olamayacağı hakkında bkz. Sanem Aksoy-Dursun, **Eşya Kavramı**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 29 vd.

¹³⁷ Arneson, **a.g.e.**, s. 148; Hanna, **a.g.e.**, s. 342; Hevia, **a.g.e.**, s. 383; Wilkonson, **a.g.e.**, 132.

¹³⁸ Arneson, **a.g.e.**, s. 149; Metin, **a.g.e.**, s. 164.

¹³⁹ RG. 19.04.2004-25438.

¹⁴⁰ Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi m.4/(c)/3 hükmü şöyledir: “Bu muvafakatlerin para veya herhangi bedel mukabili elde edilmemiş...olması.”

durumunda, ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kurulamayacağı sonucuna varmak gerekeceğinden bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir¹⁴¹.

Son olarak, ticarî taşıyıcı annelikte, taşıyıcı anneye ödenen ücretin çocuk için değil fakat taşıyıcı annenin sunduğu üreme hizmeti karşılığında ödendiği bu nedenle çocuk satışı olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmiştir¹⁴². Taşıyıcı anne, rahmini kiralama hizmeti karşılığında ve hamileliğin gerçekleşmesinden sonra belirli aralıklarla ücret almakta ücret, ürün (çocuk) karşılığında verilmemektedir¹⁴³. Bu görüş de sadece kadınların üreme işlevlerini metalaştırmakla kalmayıp hamileliğin doğasına da aykırı olduğu gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Taşıyıcı anne, bir işçi gibi düzenli mesai saatlerinden, hafta sonlarından, fazla mesai ücretinden veya izinlerden yararlanmamakta, hatta hamileliğin meydana getirdiği sağlık sorunları yanında hamilelik süresince yaşam tarzı üzerinde ciddi kısıtlamalara maruz kalmaktadır. Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, çocuğun müstakbel ebeveyne verilmesi, sözleşmenin temel amacıdır¹⁴⁴. Taşıyıcı annelikte ödenen ücretin, taşıyıcı annenin üreme hizmeti karşılığında verildiği kabul edilse dahi bu sözleşmeler, çocuğun müstakbel ebeveyne teslimi ile sona erdiğinden çocuğu ticarî bir meta hâline getirme potansiyeli olduğu gözden kaçmamalıdır.

Sonuç olarak ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinin Çocuk Satışı Protokolü kapsamında çocuk satışı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği konusu hâlâ tartışmalıdır. Bu noktada, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nin herhangi bir maddî menfaat karşılığında evlât edinme ilişkisi tesis edilemeyeceğine ilişkin hükmünün, taşıyıcı annelik ilişkilerine uygulanabilirliğini değerlendirerek bir çözüm getirilmesi yerinde olur. Bu çerçevede, evlât edinme ve taşıyıcı annelik, üreme yeteneğinden yoksun kişilerin çocuk sahibi olabilmek için seçenekleri arasında yer aldığı ve söz konusu uluslararası sözleşmenin temel amacının çocuğun satımı ve ticaretinin önlenmesi

¹⁴¹ Tobin, **a.g.e.**, s. 339; Ergas, **a.g.e.**, s. 182; Carolyn McLeod / Andrew Botterell, "A Hague Convention on Contract Pregnancy (or "surrogacy"): Avoiding Ethical Inconsistencies with the Convention on Adoption", **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, C. 7, S. 2, 2014, s. 228. Ayrıca, La Haye Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosu, Uluslararası Taşıyıcı Annelik İlişkilerinden Doğan Sorunlara ilişkin 2012 tarihli ön raporunda, 1993 tarihli Evlât Edinme Sözleşmesinde kullanılan bazı tekniklerin uluslararası taşıyıcı annelik ilişkilerini ilgilendirebileceğini belirtmiştir. Ön rapor için Bkz. <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf> (Erişim Tarihi: 13.04.2021).

¹⁴² Hanna, **a.g.e.**, s. 345; Meyer, **a.g.e.**, s. 183; Tobin, **a.g.e.**, s. 340.

¹⁴³ Hanna, **a.g.e.**, s. 345; Tobin, **a.g.e.**, s. 340.

¹⁴⁴ Tobin, **a.g.e.**, s. 340. Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinin çocuk satışı olarak değerlendirilmemesi için, taşıyıcı annenin sadece sağlıklı çocuk doğurduğunda ücrete hak kazanması değil çocuğun, sağlıklı veya ölü doğmuş olmasına bakılmaksızın taşıyıcı annenin ücrete hak kazanması gerektiği görüşü için bkz. McLeod/ Botterell, **a.g.e.**, s. 229.

olduğu göz önüne alınırsa, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de çocuğun korunmaya değer benzer menfaatlerinin olduğu söylenebilir. Bu sebeple, herhangi bir maddî menfaat karşılığında evlâtlık ilişkisinin kurulamayacağına ilişkin kuralın, taşıyıcı annelik ilişkilerine de uygulanması suretiyle, ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlâka aykırı olduğu sonucuna varılabilir.

4. Kişilik Haklarına Aykırılık

Türk hukukunda, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kanunun açık hükmü gereği hukuka aykırı olduğu ortaya koyulmuştur. Ayrıca, özellikle ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlâka aykırılık sonucu doğurabileceği hâller de tespit edilmiştir. Bunların yanında, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kişilik haklarına aykırı olması nedeniyle de kesin hükümsüz olduğu ileri sürülmüştür. Bu bölümde taşıyıcı annelik sözleşmelerinin her durumda kişilik haklarına aykırılık oluşturup oluşturmayacağı incelenecektir.

Kişilik hakkı, kişinin para ile değerlendirilemeyen, devredilemeyen ve mirasçılara geçmeyen hakları olarak ifade edilmektedir. Herkese karşı ileri sürülebildiğinden mutlak haklardandır¹⁴⁵. Kişilik, bir kimsenin kişi olması nedeniyle sahip olduğu değerleri kapsar. Bu değerler, kişiliğin devamı ve gelişmesi bakımından oldukça önemlidir¹⁴⁶. Kişilik haklarının neler olduğu kanunda belirtilmemiş ancak kanun koyucu buna ilişkin bir çerçeve getirmiştir. Genel olarak, bir kimsenin yaşamı ve sağlığı gibi maddî varlıklar ile şeref, haysiyet, özgürlük, resim, sır, özel hayat gibi manevî varlıklar ve mesleki ve ekonomik değerler bu kapsamdadır¹⁴⁷.

Kişilik haklarının korunması noktasında kanun koyucu iki temel düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemelerden ilki TMK m. 23 hükmü diğeri de TBK m. 27/f.1 hükmüdür. TBK m. 27/f.1'e göre, "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*" TBK m. 27/f.1 hükmünde kişilik haklarına aykırı olan işlemlerin geçersiz olacağına ilişkin düzenleme esasında TMK m. 23 vd. yer alan kişilik haklarına aykırılık hâllerini düzenleyen hükümlere gönderme yapmaktadır. Bu noktada, TMK

¹⁴⁵ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 103; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 154.

¹⁴⁶ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 101; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 157.

¹⁴⁷ Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 100; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 159 vd.

m. 23 vd. hükümleri kişilik haklarına aykırılık kavramının somutlaşması bakımından önemlidir.

TMK m. 23/f.1'e göre, "*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez*". Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere kanun koyucu, kişilerin hak ve fiil ehliyetini kısmen de olsa sınırlamaya dönük her türlü işlemin kişilik haklarına ve hukuka aykırı olduğunu düzenlemektedir. Bu aykırılığın yaptırımını ise TBK m. 27/f.1 hükmüne göre kesin hükümsüzlüktür.

TMK m. 23/f.2'ye göre, "*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.*" İlgili hüküm bakımından belirtilmesi gereken ilk husus, "hukuka aykırı" ibaresinin ayrıca belirtilmesinin maddeye herhangi bir şey katmayan açıklayıcı bir nitelik arz etmesidir. Zira kanunda kişilik haklarına yönelen belirli müdahalelerin yasaklanmış olduğu hâllerde, TMK m. 23/f.2 hükmüne gitmeye gerek kalmaksızın müdahaleyi yasaklayan ilgili hüküm uyarınca hukuka aykırılık sonucuna ulaşılmaktadır¹⁴⁸.

TMK m. 23/f.2 hükmüyle kişiliğe bağlı tüm değerler koruma altına alınmaktadır¹⁴⁹. Bu kapsamda, taraflar kişiliğe bağlı değerlerin tamamından vazgeçileceğini kararlaştıramamakta fakat belirli değerlerin hukuka uygun bir şekilde sınırlandırılabilmesi mümkün olabilmektedir. TMK m. 23/f.2 hükmünde bahsi geçen ahlâka aykırılık ise gerçekleştirilen sınırlamanın hukuka aykırılık ölçütü olacaktır¹⁵⁰. Burada bir hüküm içi boşluk söz konusudur. TMK m. 23/f.2'de yer alan ahlâka aykırılık kavramının ne anlama geleceği hâkim tarafından TMK m. 4'te öngörülmüş olan takdir yetkisi çerçevesinde tespit edilecektir. Hâkimin, TMK m. 23/f.2 hükmündeki ahlâka aykırılığı belirlerken TBK m. 27/f.1 hükmünde düzenlenmiş olan genel ahlâka aykırılık hususunu ayrıca incelemesine gerek yoktur. Bu noktada hâkim, yalnızca kişilik değerleri ihlâl edilen kişi bakımından bir değerlendirme yapmakla yetinecektir¹⁵¹.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı anne, hamile kalabilmek için gerçekleşecek tıbbî müdahalelere rıza göstermekle, hamile kaldıktan sonra da hamilelik süresince vücut bütünlüğünü konu edinen pek çok davranışsal yükümlere

¹⁴⁸ Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, Cilt 1, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2017, s. 567.

¹⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 567; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay- Özdemir, **Kişiler Hukuku**, s. 187.

¹⁵⁰ Pakize Ezgi Akbulut, **Borçlar Hukukunda Kesin Hükümsüzlük Yaptırımının Amaca Uygun Sınırlama Yöntemi ile Daraltılması**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 211.

¹⁵¹ Karabağ Bulut, s. 131.

(sigara, alkol, uyuşturucu kullanmama, spor yapma, yurt dışına çıkmama, adres değiştirmeme vb.) uymakla yükümlüdür¹⁵². Taşıyıcı annenin bu yükümlülüklerine uymaması hâlinde dava açılarak bu edimlerin yerine getirilmesi talep edilirse taşıyıcı annelik sözleşmesi, taşıyıcı annenin kişilik haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle kesinlik hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır.

Öte yandan taşıyıcı annenin, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirdiği, sözleşmeyle bağlı kalmayı kabul ettiği hâllerde kendisine taahhüt edilen edimi talep etmesi durumunda, niteliği gereği hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulması gereken kesin hükümsüzlük yaptırımının sözleşme bakımından uygulanması, kişilik değerleri ihlâl edilen kişinin korunması amacıyla düzenlenmiş olan TBK m. 27 hükmünün amacına uymayan sonuçlar doğurabilir. İşte böyle durumlarda nasıl bir hukukî yol izlenmesi gerektiği önem arz eder.

TBK m. 27 hükmünde, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılmasının temel amacı, kişilik değerleri korunmak istenen kişinin menfaatidir. Taşıyıcı annenin, taşıyıcı annelik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirdiği hâllerde, ücret veya masraf alacağını elde etmek için dava yoluna başvurması durumunda gerçekleştirilen sözleşmenin TBK m. 27 hükmü sebebiyle kesin hükümsüz olduğunu öne sürerek talebin reddedilmesi, kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz. Dolayısıyla burada, teleolojik redüksiyon (hükmün amaca göre sınırlandırılması)¹⁵³ yoluna gidilmeli ve kişilik hakları ihlâl edilen kişinin sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmesi durumunda, karşı edimini talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵⁴.

¹⁵² Taşıyıcı annenin hak ve yükümlülükleri hakkında açıklamalarımız için bkz. Bölüm I/Başlık II/B.

¹⁵³ “Amaca uygun sınırlama, kanunun amacı ile kıyaslandığında kapsamı geniş olan ve farklılaştırılmamış kelime anlamının, kanun hükmünün yorumlanması suretiyle elde edilen düzenleme amacının gerektirdiği uygulama alanına indirgenmesi ve indirgenen bu alanla sınırlandırılması olarak ifade edilmektedir”. Bkz. Çiğdem Kırcı, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 50, Sayı 1, 2001, s. 98. Amaca uygun sınırlama kavramı hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s. 79 vd.

¹⁵⁴ Kişilik haklarına aykırılık sebebiyle doğacak olan kesin hükümsüzlük yaptırımının, kişilik hakları korunmak istenen kişinin aleyhine uygulanmaması gerektiğine ilişkin benzer görüş için bkz. Eren, **Borçlar Genel**, s. 353. Kesin hükümsüzlük yaptırımının, amaca uygun sınırlamaya tâbi tutulması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s.143 vd.

Teleolojik redüksiyon, esasında örtülü boşluk¹⁵⁵ hâlinde başvurulabilen hukukî bir vasıta¹⁵⁶. Bu kapsamda, hükmün lafzi yorumundan çıkan geniş anlamının, hükmün yorumu ile elde edilmiş olan düzenleme amacına indirgenmesi ve sınırlandırılmasını ifade etmektedir¹⁵⁷. Örtülü boşlukta teleolojik redüksiyon, kanun koyucunun amacına aykırılık teşkil eden hükmün tamamlanması ya da söz konusu hükme istisnai nitelikte bir düzenlemenin eklenmesiyle yapılır¹⁵⁸. Burada hâkim, aşırı ölçüde geniş tutulmuş hükmü, somut ve atipik olaya özgü bir istisna hükmü ile sınırlayacaktır¹⁵⁹. Belirtmek gerekir ki örtülü boşluk, kanunun lafzı ile amacının birbiriyle uyuşmadığı hâllerde söz konusu olur. Bir hükmün amacı ile lafzı arasında böyle bir uygunsuzluk olmamasına rağmen hükmün uygulanması, hakkaniyete aykırı neticelerin doğmasına sebebiyet veriyorsa gerçek olmayan boşluk söz konusu olur. Gerçek olmayan boşluk teşkil eden hükmün sebep olduğu hakkaniyete aykırı sonuçları gidermek, kanun koyucunun vazifesidir¹⁶⁰. Öğretide, örtülü boşluğun da esas itibarıyla bir gerçek olmayan boşluk olduğu ve bu sebeple söz konusu hükmün uygulanmasından doğan sorunların çözümünün de kanun koyucunun vazifesi olduğunu öne süren görüşler vardır¹⁶¹. Ancak Türk hukukunda hâkim görüş¹⁶², örtülü boşluğun bir gerçek boşluk olduğu ve bu boşluğun da TMK m. 1/f.2 çerçevesinde hâkim tarafından doldurulması gerektiği yönündedir¹⁶³.

Bu açıklamalardan sonra kanaatimizce, taşıyıcı annenin üzerine düşen yükümlülükleri ifa etmesinin ardından hak kazanmış olduğu ödemeyi talep ettiği hâllerde TBK m. 27 ve TMK m. 23/f.2 hükmünün amaca uygun sınırlanması suretiyle uygulanması ve kişilik hakları ihlâl edilen kişinin korunması amacıyla öngörülmüş olan söz konusu hükümlerin taşıyıcı annenin aleyhine sonuçlar doğurmasının önüne geçilmesi gerekir. Bu çerçevede, hâkimin, somut olay özelinde önüne gelen bir

¹⁵⁵ Örtülü boşluk, kanunda düzenlenmiş olan hükmün uygulanması durumunda kanunda bulunması gereken istisna hükmünün yer almaması sebebiyle kanun koyucunun amacına aykırı sonuçlar doğduğu hâllerde söz konusu olur. Açık boşluktan farklı olarak örtülü boşlukta, bir kanun hükmü bulunmaktadır ancak kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi dikkate alındığında var olması gereken bir sınırlamanın eksikliğinden kaynaklanan boşluk bulunmaktadır. Bkz. Akbulut, **a.g.e.**, s. 84-85; Kırca, **a.g.e.**, s. 96.

¹⁵⁶ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 158.

¹⁵⁷ Akbulut, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁵⁸ Akbulut, **a.g.e.**, s. 101.

¹⁵⁹ Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 158.

¹⁶⁰ Kırca, **a.g.e.**, s. 113.

¹⁶¹ Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, **Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 23. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 105-106.

¹⁶² Dural/Sarı, **a.g.e.**, s. 138; Serozan, **Medeni Hukuk**, s. 158.

¹⁶³ Akbulut, **a.g.e.**, s. 101.

uyuşmazlıkta taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan ücret veya masrafın taşıyıcı anneye ödenmesine hükmetmesi gerekebilir.

C. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Şekil Bakımından Geçerliliği

Hukukumuzda sözleşmelerin geçerliliği konusunda şekil serbestisi esası benimsenmiştir¹⁶⁴. Bu durum TBK m. 12'nin doğal bir sonucudur¹⁶⁵. Hukukumuzda taşıyıcı annelik sözleşmeleri yasaklandığından sözleşmelerin şekli konusunda da herhangi bir düzenleme yoktur. ODNK'de yer alan ve hayati tehlike arz etmemesi şartıyla organ ve doku naklinde bulunacak kişinin iradesini açıklaması bakımından ise nitelikli şekil şartı aranmaktadır. Bu hüküm, şekil serbestisi ilkesinin bir istisnası niteliğindedir. Genel ilkelere istisna getiren bu tür hükümlerin dar yorumlanması gerektiğinden söz konusu şekil şartının kıyasen taşıyıcı annelik sözleşmelerine uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu sonucun, taşıyıcı annelik sözleşmesinin taşıyıcı anne bakımından öngörmüş olduğu yükümlülükler düşünüldüğünde, makul olmadığı da ortadadır. Ancak taşıyıcı annelik sözleşmesine dair pek çok yükümlülüğün yerine getirilmesi bir tıbbî müdahale gerektirdiği için ve tıbbî müdahalelerde bulunulmadan önce de kural olarak ilgilinin yazılı olarak rızasının alınması gerektiğinden taşıyıcı annenin yazılı rızasının alınması gerektiği sonucuna varılabilir ve bu şekilde bu olumsuzluk giderilebilir. Bu noktada yapılması gereken, hukukumuzda taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilmesi durumunda nitelikli şekil şartının da öngörülmesidir.

Nitekim Avrupa 1987 tarihli İnsanlarda Yapay Döllenme Hakkında Tavsiye Kararında yapay döllenme ile ilgili yapılacak tüm sözleşmelerin, katılanların yazılı rızasıyla mümkün olabileceği belirtilmiştir¹⁶⁶.

Bu noktada taşıyıcı annelik sözleşmesine resmî makamların onay vermesi hususunu da bir şekil şartı olarak değerlendirmek gerekir. İsrail'de taşıyıcı annelik sözleşmesinin kurulmasından sonra sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için devlet tarafından atanan Onay Komitesinin (*Approvals Committee*)¹⁶⁷ sözleşmeye onay

¹⁶⁴ Eren, **Borçlar Genel**, s. 332; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 61; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 25.

¹⁶⁵ TBK m. 12 hükmü şu şekildedir “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.”

¹⁶⁶ Erol, **a.g.e.**, s. 118; Keser, **a.g.e.**, s. 311; Savaş, **a.g.e.**, s. 17.

¹⁶⁷ Onay Komitesi, İsrail Sağlık Bakanlığı tarafından atanan yedi üyeden oluşur. Üç komite üyesi, ikisi kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olan biri de iç hastalıkları uzmanı olan doktorlardan meydana gelmektedir. Kalan dört üye ise bir klinik psikolog, bir sosyal hizmet uzmanı, bir hukuk eğitimi almış kamu temsilcisi ve son olarak taraflarla aynı dine sahip bir din görevlisinden oluşmaktadır. Komitede

vermesi gerekmektedir¹⁶⁸. Komite, tarafların akdetmiş olduğu sözleşmenin kanunda öngörülmüş olan emredici düzenlemelere uygun olup olmadığını denetlemektedir¹⁶⁹. Komitenin onayı olmadan taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılması yasaklanmıştır¹⁷⁰.

Yunan hukukunda da taşıyıcı anneliğe başvuru için mahkeme izni (*court authorization*) gerekmektedir. Yunan Medeni Kanunu'na göre, döllenmiş yumurtanın başka bir kadına nakli ve kadının hamile kalması, taraflar arasında yazılı ve herhangi bir maddî çıkar gözetmeyen anlaşma olması kaydıyla, nakilden önce verilen bir mahkeme izni (*court authorization*) ile mümkündür¹⁷¹. Mahkeme izni, çocuk sahibi olmak isteyen müstakbel annenin başvurusu üzerine, yalnızca kendisinin tıbbî olarak hamile kalamayacağını değil, taşıyıcı annenin de sağlıklı olduğunun ve hamile kalabileceğinin kanıtlanması şartlarıyla verilir¹⁷². Mahkeme izni ile taraflar arasında yazılı bir sözleşmenin mevcut olup olmadığı ve tarafların, taşıyıcı anneliğe başvurabilmek için kanunun aradığı tıbbî koşulları taşıyıp taşımadıkları tespit edilerek taşıyıcı annelik yöntemine başvuru işlemleri onaylanmaktadır.

Türk hukukunda da taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilmesi durumunda tarafların menfaatini korumak ve sözleşmenin ahlâk ve etik değerler içerisinde kalmasını sağlamak için kanun koyucunun taşıyıcı anneliğe ilişkin kazuistik düzenlemeler yapması ve gerçekleştirilen sözleşmelerin bu düzenlemelere uygunluğunu denetleyecek merciiler tayin etmesi yerinde olur.

en az üç kadın, en az üç erkek üye bulunmalıdır. Komitenin karar verme yeter sayısı ise beştir. Bkz. Schenker, **a.g.e.**, s. 255; Shalev, **a.g.e.**, s. 61.

¹⁶⁸ Alisa, Von Hagel /Daniela Mansbach, "The Regulation of Exploitation", **International Feminist Journal of Politics**, Vol. 18:2, 2016, s. 195; Ruth Zafran, "More than One Mother: Determining Maternity for the Biological Child of a Female Same-Sex Couple-The Israeli View", **Georgetown Journal of Gender and the Law**, 115:9, 2003, s. 12; Schenker, **a.g.e.**, s. 255.

¹⁶⁹ Margalit, **a.g.e.**, s. 458.

¹⁷⁰ Schenker, **a.g.e.**, s. 255. Benzer şekilde ABD'nin Virginia ve New Hampshire eyaletleri, Avustralya'nın Batı Avustralya ve Victoria eyaletleri, Güney Afrika ve Yeni Zelanda'da da taşıyıcı annelik sözleşmelerinde onay şartı aranmaktadır bkz. Ağaoğlu, **a.g.e.**, s. 449.

¹⁷¹ Yunan Medeni Kanunu (GCC) m. 1458/f.1 hükmünün İngilizce çevirisi şu şekildedir: "*The transfer of fertilized ova to another woman and pregnancy by her is allowed by a court authorization issued before the transfer, given that there is a written and, without any financial benefit, agreement between involved parties*, Kanun metni için bkz. <http://images.policy.mofcom.gov.cn/flaw/200904/28fb9603-75e9-4691-a960-36b0d9a2c624.pdf>. (ET. 21.3.2022)

¹⁷² Yunan GCC m. 1458/f.2 hükmünün İngilizce çevirisi şu şekildedir: "*The court authorization is issued following an application of the woman who wants to have a child...*"

II. TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, çocuk sahibi olmak isteyen müstakbel anne ve/veya baba ile taşıyıcı anne arasında, taşıyıcı anne henüz hamile kalmadan önce yapılan bir sözleşmeyi ifade etmektedir. Bu sözleşmeyle çocuk sahibi olmak isteyen kadının, bu kadının üreme yeteneğinden yoksun olması durumunda ise taşıyıcı annenin veya yumurta bağışında bulunan üçüncü bir kişinin üreme hücreleri ile çocuk sahibi olmak isteyen müstakbel babanın ya da sperm bağışında bulunan üçüncü kişinin üreme hücreleri kullanılarak oluşturulan embriyo, taşıyıcı anneye nakledilir. Gebeliğin başarılı bir şekilde gerçekleşmesinden sonra taşıyıcı anne, çocuğu doğurmak ve doğan çocuğu müstakbel anne ve babaya teslim etmek yükümlülüğü altına girer. Buna karşılık, müstakbel anne ve baba ise çocuğu teslim alma borcu altına girmektedir. Aşağıda taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları incelenecek ve daha sonra sözleşmenin hukukî niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır.

A. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Tarafları

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin taraflarını ve tarafları böyle bir sözleşme akdetmeye iten farklı ve çoğu zaman kişisel nedenleri açıklamak bu noktada oldukça önemlidir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafları temel olarak taşıyıcı anne ile müstakbel ebeveynidir. Bunun yanında taşıyıcı annenin evli olması durumunda kocasının da sözleşmenin tarafı olması bazı durumlarda mümkündür¹⁷³. Taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilen ülkelerde kimlerin böyle bir sözleşme yapabileceğine ilişkin bazı kısıtlamalar da getirilmiştir.

1. Müstakbel Ebeveyn

Müstakbel ebeveyn, taşıyıcı annelik ilişkisini başlatan ve aracı bir kurum olmaksızın veya bir sağlık kliniği ya da aracı kurum vasıtasıyla taşıyıcı anne bulunmasını, sonuç olarak da bir çocuğun dünyaya gelmesini isteyen kişi ya da kişilerdir¹⁷⁴. Taşıyıcı annelik yöntemi, üremeye yardımcı bir tedavi yöntemi olarak

¹⁷³ Lascarides, **a.g.e.**, s. 1245. *Baby M.* davasında, taşıyıcı annenin kocası da taşıyıcı annelik sözleşmesine tarafı olmuş, dünyaya gelecek çocuk evlilik birliği içerisinde doğacağından babalık karinesinin çürütülmesi için New Jersey Ebeveynlik Kanunu'nda belirtilen davaları açacağını taahhüt etmiştir. Bkz. https://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/baby_m.htm. (ET 21.10.2021)

¹⁷⁴ Ryznar, **a.g.e.**, s. 1023; Claire Achmad, *Children's Rights in International Commercial Surrogacy: Exploring the challenges from a child rights, Public International Law Perspective*, Universiteit Leiden, Meijers Research Institute and Graduate School, Leiden, s. 37.

kullanıldığından bu yönteme genellikle başka bir şekilde çocuk sahibi olamayan çiftler başvurmaktadır. Ancak doğal yöntemlerle çocuk sahibi olamama kriteri farklı kişileri de taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmaya itebilir. Özellikle kişinin bir partnere sahip olmaması veya eşcinsel olması gibi durumlarda da çocuk sahibi olabilmek için taşıyıcı annelik yöntemi cazip hâle gelmektedir. Dolayısıyla taşıyıcı annelik sözleşmesinin tarafı olan müstakbel ebeveyn kavramı ile taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuğa bakıp büyütmeyi arzulayan kişi ya da kişiler anlaşılmalıdır. Başka bir ifadeyle müstakbel ebeveyn kavramı, müstakbel anne ve/veya babayı ifade eder¹⁷⁵.

Taşıyıcı annelik ilişkilerine izin verilmesi durumunda kişilerin sözleşmeye müstakbel ebeveyn olarak taraf olması için bazı özel durumların incelenmesi gerekir. Taşıyıcı anneliğe izin verilen İsrail¹⁷⁶, Ukrayna¹⁷⁷ gibi ülkelerde taşıyıcı anneliğe başvurma imkânı sadece evli çiftlere tanınmıştır. Öte yandan, örneğin Rusya¹⁷⁸ ve Yunanistan'da¹⁷⁹ evlilik şartı aranmamakla birlikte sadece heteroseksüel çiftlere bu imkân tanınmakta¹⁸⁰; bazı ülkelerde ise evlilik ilişkisi aranmayarak kayıtlı yaşam ortaklıklarında ya da sadece birlikte yaşama durumunda, homoseksüel ilişkileri de kapsayacak şekilde kişilerin taşıyıcı annelik yoluyla çocuk sahibi olması imkânı bulunmaktadır¹⁸¹.

Müstakbel ebeveynin taşıyıcı anneliğe başvurabilmesi için aranan bir diğer şart da tıbben çocuk sahibi olma imkânının bulunmadığının kanıtlanmasıdır. Örneğin,

¹⁷⁵ Hazal Ungan Çalışkan, "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırma Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, 2016, s. 492.

¹⁷⁶ Joseph G. Schenker, "Legal Aspects of ART Practice in Israel", **Journal of Assisted Reproduction and Genetics**, Vol. 20, No. 7, 2003, s. 255

¹⁷⁷ Ukrayna Aile Kanunu (*Family Code*) m. 123'te yer alan taşıyıcı annelik durumunda soybağının kuruluşuna ilişkin düzenlemede karı (*wife*) ve koca (*husband*) ifadeleri kullanıldığından sadece evli çiftlerin bu yönteme başvurması mümkündür. Bkz. http://www.familylaw.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=68. Ukrayna Aile Kanunu'nun İngilizce metni için bkz. http://jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY_CODE_OF_UKRAINE.pdf.

¹⁷⁸ Konstantin Svitnev, Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia, **Reproductive BioMedicine**, Vol. 20, 2010, s. 893.

¹⁷⁹ Yunan hukukunda bekâr kadınlara da taşıyıcı anneliğe başvurma imkânı tanınmıştır. Rokas, **Greece**, s. 145.

¹⁸⁰ Konstantin Svitnev, Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia, **Reproductive BioMedicine**, Vol. 20, 2010, s. 893.

¹⁸¹ ABD'nin Kaliforniya eyaletinde müstakbel ebeveyn olacak kişiler bakımından herhangi bir sınır getirilmemiştir. Bu kapsamda Kaliforniya Aile Kanunu m. 7960/(c) hükmüne göre, müstakbel ebeveyn, yardımcı üreme teknikleri sonucu dünyaya gelen bir çocuğun yasal olarak ebeveyni olma niyetini gösteren bekar veya evli kişi ya da kişilerdir. "Intended parent" means an individual, married or unmarried, who manifests the intent to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction". Kanunun İngilizce metni için bkz. https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=FAM&division=12.&title=&part=7.&chapter=&article=. (ET 23.12.2021)

İsrail’de müstakbel ebeveyn olmak isteyen evli çiftlerin, taşıyıcı anneliğe başvurmadan önce çocuk sahibi olmak için IVF gibi diğer üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvurduklarının ve bu denemelerin başarısızlıkla sonuçlandığının ya da müstakbel annenin çocuk sahibi olmasının sağlığı açısından büyük bir risk teşkil ettiğinin ispatlanması gerekmektedir¹⁸². Ayrıca, taşıyıcı anneye nakledilecek embriyoyu oluşturan sperm hücresinin, müstakbel babaya ait olması gerekmektedir¹⁸³. Aynı doğrultuda Yunan hukukunda da taşıyıcı annelik imkânı, yalnızca çocuk sahibi olmasını engelleyen tıbbî bir sorunu olan veya kalıtsal bir hastalığı çocuğa taşımak istemeyen kişiler için tanınmıştır.¹⁸⁴

Müstakbel ebeveyn, genel olarak normal yolla çocuk sahibi olmaları mümkün olmayan çiftlerden oluşmaktadır¹⁸⁵. Söz konusu çiftler doğal yolla çocuk sahibi olamadıkları için IVF başta olmak üzere birçok yardımcı üreme tekniğiyle tedavi olmayı denemelerine rağmen başarılı bir hamilelik gerçekleşmediğinde, taşıyıcı annelik yöntemini tercih etmektedir. Bu noktada ülke içi veya ülkelerarası evlât edinme seçeneği olmasına rağmen gerek ülkelerarası evlât edinmenin zorluğu gerekse çiftlerin kendileriyle genetik bağı bulunan bir çocuk sahibi olmak istemeleri taşıyıcı anneliği cazip hâle getirmiştir¹⁸⁶. Özellikle, çiftlerin hâlihazırdaki hasta çocuklarını tedavi etmek için, başta kemik iliği olmak üzere, organ ya da dokulara ihtiyaç duyulması durumunda genetik olarak kendilerinden olan bir çocuğa sahip olmak çok daha büyük bir önem arz etmektedir¹⁸⁷. Bununla beraber, bazen çiftler, kişisel nedenlerle veya kariyerleri için hamilelikten kaçınmakta ve çocuk sahibi olmak için taşıyıcı annelik yöntemine başvurmaktadır¹⁸⁸.

2. Taşıyıcı Anne

Taşıyıcı anne, hamilelik dönemi boyunca sözleşme konusu çocuğu karnında taşıyan kişidir. Taşıyıcı anne, tam taşıyıcı annelik sözleşmesinde olduğu gibi çocuğu sadece karnında taşıyorsa; yani çocukla arasında herhangi bir genetik bağ yoksa bu durumda çocuğun sadece biyolojik olarak annesi kabul edilir. Eğer geleneksel taşıyıcı

¹⁸² Carmel Shalev, “Halakha and Patriarchal Motherhood-An Anatomy of the New Israeli Surrogacy Law”, *Israel Law Review*, Vol. 32, 1998, s. 62.

¹⁸³ Shalev, *a.g.e.*, s. 61; Turgut, *a.g.e.*, 124-125. Dolayısıyla İsrail’de, üreme yeteneği bulunmayan kişi müstakbel babaysa taşıyıcı anneliğe başvurmak mümkün değildir.

¹⁸⁴ Rokas, *Greece*, s. 145.

¹⁸⁵ Bazen çiftin her ikisi de kısır olmakla beraber çoğu zaman kısır olan taraf, kadındır.

¹⁸⁶ Leibowitz-Dori, *a.g.e.*, s. 330.

¹⁸⁷ Claire Achmad, *a.g.e.*, s. 38.

¹⁸⁸ Ryznar, *a.g.e.*, s. 1027.

annelik yönteminde olduğu gibi taşıyıcı annenin rahmi veya üreme hücreleri kullanılmışsa bu durumda taşıyıcı anne, çocuğun hem biyolojik hem de genetik annesi olmaktadır¹⁸⁹.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilen ülkelerde kadınların, sözleşmeye taşıyıcı anne olarak taraf olabilmeleri için bazı şartlar arandığı görülmektedir. Bu şartlar, genellikle hamilelik ve doğumun sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olarak taşıyıcı annenin sağlık durumuna¹⁹⁰ ilişkin olmakta, bazen de çocuğun soybağının tesisinde yaşanacak problemleri engellemek adına taşıyıcı annenin bekâr olması gibi koşullar öngörülmektedir¹⁹¹. Bazı durumlarda da taşıyıcı annenin çocuğu doğumdan sonra teslim etmeme ihtimalini azaltmak için daha önce en az bir kere çocuk sahibi olması şartı aranmaktadır¹⁹².

Bir taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı annenin en önemli yükümlülüğü, doğumu müteakip çocuğu müstakbel anne ve babaya teslim etmektir. Bunun nedeni ise doğan çocuğun sorumluluğunu üstlenecek ve çocuğu büyütecek kişilerin, müstakbel anne ve baba olmasıdır¹⁹³.

Taşıyıcı annenin, taşıyıcı anne olmayı kabul etmesinin çeşitli sebepleri olabilir. Bazı taşıyıcı anneler, tamamen çocuk sahibi olmak isteyen çifte yardım etme gayesiyle bazıları ise finansal kazançları için taşıyıcı anne olmayı kabul etmektedirler. Ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, taşıyıcı anneye sağlık masrafları dışında ayrıca bir

¹⁸⁹ Acabey, **a.g.e.**, s. 179; Achmad, **a.g.e.**, s. 40; Erol, **a.g.e.**, s. 61; Özbilen, **a.g.e.**, s. 246.

¹⁹⁰ Örneğin ABD'nin Kaliforniya eyaletinde taşıyıcı anne olmak isteyen kişilerin; 21 yaşından büyük 41 yaşından küçük, cinsel yolla bulaşan bir hastalığa veya kansere sahip olmayan, zararlı bir madde kullanımı gibi alışkanlıkları olmayan ayrıca ekonomik kaygıları bulunmayan ve hamileliğin fiziksel ve duygusal sıkıntılarıyla başa çıkabilecek bir psikolojik yapıda olması gibi şartlara sahip olması aranmaktadır. Bkz. June Carbone, / Jody Lyneé Madeira, "The Role of Agency: Compensated Surrogacy and the Institutionalization of Assisted Reproduction Practices", **Washington Law Review Online**, Vol. 90:7, s. 26. İsrail'de de taşıyıcı annenin yaşı ve sağlığı bakımından benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Bkz. Shalev, **a.g.e.**, s. 57. Yunan hukukunda da taşıyıcı anne olma yaş sınırı 50 olarak belirlenmiş ve taşıyıcı annelerin fiziksel ve psikolojik durumlarının tespiti için ayrıntılı bir tıbbi taramadan geçmeleri öngörülmüştür. Bkz. Rokas, **Greece**, s. 146.

¹⁹¹ İsrail'de taşıyıcı annenin bekâr olması şartı aranmaktadır. Bkz. Schenker, **a.g.e.**, s. 255.

¹⁹² Carbone/Maderia, **a.g.e.**, s. 26; Mhairi Galbraith, Hugh V. McLachlan, J. Kim Swales, "Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach", **Health Care Analysis**, Vol. 13, No. 1, 2005, s. 23. Avustralya/Victoria Yardımlı Üreme Tedavisi Kanunu 2008 (*Assisted Reproductive Treatment Act*), m. 40/1/(ac) hükmüne göre, taşıyıcı annenin daha önce bir gebelik gerçekleştirmesi ve canlı çocuk doğurması gerekir. Hükmün İngilizcesi şu şekildedir: "that the surrogate mother has previously carried a pregnancy and given birth to a live child"

¹⁹³ Ryznar, **a.g.e.**, s. 1028.

ücret de ödendiği için yoksulluk çeken kadınlar açısından taşıyıcı annelik yapmak oldukça cazip hale gelmiştir¹⁹⁴.

Taşıyıcı annenin evli olması durumunda kocasının durumunun ne olacağı önem arz etmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmesi hükümleri çerçevesinde, doğumun gerçekleştiği ülke hukukuna göre eğer babalık karinesi kabul edilmişse bu durumda taşıyıcı annenin kocasının da taşıyıcı annelik sözleşmesinden etkileneceği ortadadır. Bu konuda, kocanın sözleşmeden etkilenen bir taraf olması nedeniyle taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olması ya da en azından sözleşmeye onay vermesi gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁵. Bu görüşe göre, koca bakımından değerlendirildiğinde karısı, evlilik birliği içerisinde başkasına ait bir çocuğu karnında taşıyacak ve doğumun ardından çocuğu müstakbel anne ve babaya verecektir. Dolayısıyla, taşıyıcı annenin kocasının da bu işleme rıza göstermesi gerekir¹⁹⁶.

B. Taşıyıcı Annenin Yükümlülükleri

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı annenin edimleri esas itibariyle, vücut bütünlüğüne yönelmiş fiiller vasıtasıyla ifa edilebilen edimlerdir. Taşıyıcı annenin aslı edimleri tıbbi süreçlere rıza gösterme ve doğan çocuğu müstakbel aileye teslim etme yükümlülüğü olmakla birlikte bazı yan yükümlülükleri de bulunmaktadır¹⁹⁷. Aşağıda taşıyıcı annenin yükümlülükleri ayrıntılı olarak incelenecektir.

1. Doğru Beyanda Bulunma Yükümlülüğü

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde tarafların yükümlülüklerini belirlemek için kararlaştırılan sözleşme koşullarından daha önemli bir şey varsa o da kiminle taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılacağıdır¹⁹⁸. Gerek müstakbel anne ve baba gerekse doğacak çocuk için taşıyıcı annenin sağlığı ve ekonomik durumu büyük önem arz etmektedir. Taşıyıcı annenin, daha önce düşük veya ölü doğum yapıp yapmadığı, hayatının herhangi bir döneminde madde bağımlısı olup olmadığı, hamilelik sürecindeki hormonal değişimin sebep olabileceği duygusal çalkantılarla baş edebilecek bir ruhsal

¹⁹⁴ Abigail Lauren Perdue, "For Love or Money: An Analysis of the Contractual Regulation of Reproductive Surrogacy", *The Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Vol. 27, No. 2, 2011, s. 185.

¹⁹⁵ Lascarides, *a.g.e.*, s. 1245.

¹⁹⁶ Lascarides, *a.g.e.*, s. 1245.

¹⁹⁷ Erol, *a.g.e.*, s. 123.

¹⁹⁸ Denise E. Lascarides, "A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contract", *Hofstra Law Review*, Vol. 25, Issue: 4, 1997, s. 1246; Richard A. Epstein, "Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement", *Virginia Law Review*, Vol. 81:2305, 1995, s. 2317.

bütünlüğe sahip olup olmadığı, hamilelik sürecinde veya doğumun ardından çocuğu kullanarak müstakbel anne ve/veya babadan haksız kazanç elde etme ihtimalinin olup olmadığı gibi hususların tespit edilebilmesi için gereken bilgileri doğru ve yeterli bir şekilde vermesi gerekmektedir¹⁹⁹.

Taşıyıcı annenin, daha sözleşme görüşmeleri esnasında karşı tarafı yanıltacak şekilde yanlış beyanda bulunması ve bu sebeple sözleşmenin kurulamaması durumunda *culpa in contrahendo*²⁰⁰ sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu durumda taşıyıcı anne, diğer tarafın olumsuz zararını gidermekle yükümlü tutulabilir²⁰¹.

Sözleşmenin kurulmasından sonra taşıyıcı annenin doğru beyanda bulunma yükümlülüğünü ihlâl ettiğinin tespit edilmesi hâlinde farklı ihtimaller çerçevesinde değerlendirme yapmak gerekir. Eğer sözleşme kurulmuş ve fakat embriyo nakli henüz gerçekleşmemişse TBK m.36'da düzenlenen aldatma hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılabilir. Aldatma, bir kişiyi belirli bir yönde irade beyanında bulunmaya sevk etmek için o kişide doğru olmayan bir fikrin oluşmasına veya var olan yanlış fikrin devamının sağlanmasına dönük faaliyetleri ifade etmektedir²⁰². Aldatma, aktif bir hareketle veya pasif bir davranış ile gerçekleştirilebilir²⁰³. Aldatmanın gerçekleşebilmesi için aldatmaya sebep olan davranışın kasten gerçekleştirilmesi gerekir. Bunun yanında olası kast ile gerçekleştirilen fiillerin de aldatmaya sebebiyet vereceği kabul edilmektedir. Fakat, gerçekleştirilen fiilin aldatmaya sebebiyet vereceğinin bilinmesinin gerekmesi, TBK kapsamında aldatmaya sebep olmaz. Böyle hâllerde, şartlar yerine gelmişse yanıltma hükümlerinden istifade edilebilir. Bir sözleşme yapılırken aldatmaya maruz kalan kişinin, o sözleşme ile bağlı olmadığı TBK m. 36 hükmünde belirtilmiştir. TBK m. 39 hükmünde ise aldatmaya maruz kalan kişinin aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirebileceği düzenlenmiştir²⁰⁴. Eğer aldatılan, kendisine tanınan bu süre içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını aldatana bildirmezse sözleşme geçerli bir şekilde hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlar. Bu özelliği nedeniyle, aldatma

¹⁹⁹ Lascarides, **a.g.e.**, s. 1246; Epstein **a.g.e.**, s. 2317.

²⁰⁰ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 37-38; Ümit Gezder, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 29 vd.

²⁰¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 151.

²⁰² Özcan Günergök/ Şaban Kayıhan, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Umutepe Hukuk, İstanbul, 2020, s. 136; Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 109; Eren, Borçlar Genel, s. 415.

²⁰³ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 109; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 444; Eren, **Borçlar Genel**, s. 414.

²⁰⁴ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 110; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 446; Eren, **Borçlar Genel**, s. 416.

neticesinde meydana gelen sözleşmelerin düzelebilir hükümsüzlüğe tabi olduğu kabul görmektedir²⁰⁵.

Taşıyıcı annenin gizlediği hususlar, müstakbel aile bakımından sözleşmenin yapılması hususunda önem arz ediyor ve taşıyıcı annenin bu önemli hususlar hakkında gerçek olmayan beyanlarda bulunması ya da müstakbel ebeveynde mevcut olan yanlış kanaati gidermemesi kasta yahut olası kasta dayanıyorsa aldatmanın varlığı gündeme gelecektir. Müstakbel ebeveyn aldatmayı öğrendiği tarihten itibaren 1 yıl içerisinde sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürebilir (TBK m. 36). Bu durumda taşıyıcı anne, karşı tarafın uğramış olduğu menfi zararı gidermekle yükümlü olabilir.

Bir diğer ihtimal ise embriyonun başarılı bir şekilde taşıyıcı anneye nakledilmesinden sonra doğru beyanda bulunma yükümlülüğünün ihlâl edildiğinin fark edilmesidir. Böyle bir durumda aldatma sebebiyle sözleşmenin geçersiz kılınması, taşıyıcı annelik sözleşmesinin mahiyetine uygun düşmez. Bu durumda TBK m. 39/f.2²⁰⁶ hükmüne göre, müstakbel ebeveyn sözleşme geçerli bir şekilde devam etse bile doğru beyanda bulunma yükümlülüğünün ihlâli sebebiyle uğradıkları zararın tazminini isteyebilir. Bu noktada meydana gelebilecek zararlar, taşıyıcı annenin var olan olguları gizlemesi sebebiyle çocuktaki (varsa) tıbbî sorunların sebep olduğu masraflar ve çocuktaki anomalinin ebeveynde yarattığı acı ve ıstırapın karşılığı olan manevi zarardır.

Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen hususlar hakkında doğru beyanda bulunma yükümlülüğünün ihlâli ise TBK m. 112 çerçevesinde ele alınmalıdır. Böyle hâllerde, doğru beyanda bulunma yükümlülüğünün ihlâli çocukta sağlık sorunlarına sebep olursa söz konusu problemlerden kaynaklanan masraflar sebebiyle doğan zararın tazmini, TBK m. 112 vd. hükümlerindeki sözleşmeye aykırılığa ilişkin düzenlemeler çerçevesinde talep edilebilir.

2. Sır Saklama Yükümlülüğü

Tarafların, taşıyıcı annelik ilişkisinin gizliliği hususunda bazı talepleri olabilmektedir. Sır saklama yükümlülüğü, taraflarca sözleşmede açıkça düzenlenmek

²⁰⁵ Oğuzman/Öz, Cilt I, s. 110; Tekinay/Akman/Burcoğlu/Altıp, **a.g.e.**, s. 455; Eren, **Borçlar Genel**, s. 432.

²⁰⁶ TBK m. 39/f.2 hükmü şu şekildedir: “*Aldatma veya korkutmadan dolayı bağlayıcılığı olmayan bir sözleşmenin onanmış sayılması, tazminat hakkını ortadan kaldırmaz.*”

suretiyle öngörölmüş olabileceği gibi sözleşmede yer alan diğer yükümlölüklerin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında da fonksiyon gösterebilir²⁰⁷.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, bünyesinde vekâlet sözleşmesine ilişkin unsurlar da barındıran bir nitelik arz etmektedir. Bu çerçevede, tarafların birbirlerine karşı vekâlete ilişkin düzenlemelerden kaynaklanan bir sadakat yükümlölüğü vardır. Söz konusu sadakat yükümlölüğü de bünyesinde sır saklama yükümlölüğünü barındırmaktadır²⁰⁸. Örneğin; müstakbel anne ve baba, taşıyıcı annelik ilişkisini bu ilişkiden doğan çocuğuyla veya diğer çocuklarıyla paylaşp paylaşmayacakları veya ne zaman paylaşacakları konusunda söz sahibi olmak isteyebilirler. Yine, müstakbel anne ve baba, bu ilişkinin üçüncü kişiler nezdinde bilinmesini istemeyebilir²⁰⁹. Sır saklama yükümlölüğünün sözleşmede öngöröldüğü durumlarda, müstakbel anne ve babanın gizlilik hususundaki hassasiyetlerine uygun davranılmaması, sözleşmenin ihlâli olarak değerdendirilebilir ve taşıyıcı anne bakımından tazminat sorumluluğunun doğmasına sebep olabilir.

Sözleşmede sır saklama yükümlölüğüne ayrıca yer verilmediği durumlarda ise bu yükümlölüğün, TMK m. 2'deki dürüstlük kuralının bir parçası olarak görölmesi gerekir. Zira taşıyıcı anne, güven ilişkisi çerçevesinde müstakbel anne ve babanın üçüncü kişiler tarafından bilinmesi mümkün olmayan kişisel bilgilerine vakıf olmaktadır. Bu sebeple, taşıyıcı annenin elde etmiş olduğu bu bilgileri söz konusu hukukî ilişki ile alakasız üçüncü kişilere açıklaması sözleşmeye aykırılık teşkil edebilir.

Sır saklama yükümlölüğü müstakbel ebeveyn bakımından da geçerlidir. Zira sözleşmenin karşı tarafı olan taşıyıcı annenin seçimi sürecinde müstakbel ebeveyn, taşıyıcı anne adayının mahrem bilgilerini öğrenmektedirler. Dolayısıyla müstakbel ebeveyn, sözleşme görüşmeleri esnasında ya da sözleşme ilişkisi kurulduktan sonraki dönemde edinmiş olduğu bu bilgiler açısından sır saklama yükümlölüğü altındadır. Bu yükümlölüğe aykırılık hâlinde tazminat sorumluluğu gündeme gelir. Sır saklama yükümlölüğünün ihlâli durumunda uğranılan zararın ispatı oldukça güç olacaktır. Bu yüzden sır saklama yükümlölüğünün ihlâli bakımından tarafların, ceza koşulu öngörmesi düşünölebilir.

²⁰⁷ Morrissey, **a.g.e.**, s. 544.

²⁰⁸ Eren, **Borçlar Özel**, s. 742; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.408.

²⁰⁹ Morrissey, **a.g.e.**, s. 544.

3. Tıbbî Süreçlere Rıza Gösterme

a. Genel Olarak

Taşıyıcı annenin, taşıyıcı annelik sözleşmesi kapsamındaki yükümlülüklerinden biri de gerçekleştirilecek tıbbî süreçlere izin vermesidir²¹⁰. Söz konusu rıza, taşıyıcı annelik yöntemine göre değişiklik gösterecektir. Geleneksel taşıyıcı annelik yönteminde taşıyıcı anne, müstakbel babadan (veya sperm donöründen) alınan spermin enjekte edilmesine; tam taşıyıcı annelikte ise müstakbel anne ve babadan (veya yumurta veya sperm donörlerinden) alınan üreme hücrelerinin IVF ile döllendirilmesiyle elde edilen embriyonun rahmine nakline izin vermelidir²¹¹. Taşıyıcı annelik sözleşmesi taşıyıcı annenin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisine²¹² ilişkin bir sözleşme olduğundan, taşıyıcı annenin bedeni üzerinde yapılacak her türlü tıbbî müdahale için rızasının bulunması gerekir.

Tıbbî müdahale, tıp mesleğini icra etmeye yetkin bir kimse tarafından doğrudan ya da dolaylı tedavi amacıyla gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder²¹³. Tedavi ise, bir kimsede meydana gelmiş fiziksel ya da psikolojik rahatsızlığın giderilmesi, etkilerinin azaltılması veya bir rahatsızlığın meydana gelmesinin engellenmesi amacıyla yürütülen faaliyetlerdir²¹⁴. Tedavi amacıyla tıbbî müdahalenin yöneleceği kişi de hasta olarak nitelendirilmektedir.

Üremeye yardımcı bir tedavi niteliği gösteren taşıyıcı annelik ilişkilerinde, çocuk sahibi olma yeteneğinden yoksun olan kişi ya da kişiler müstakbel ebeveyn olduğundan onların hasta olarak kabul edilebileceği, ancak tıbbî müdahalede bulunulacak kişi taşıyıcı anne olduğundan taşıyıcı annenin hasta kabul edilmesinin

²¹⁰ Erol, **a.g.e.**, s. 123.

²¹¹ Erol, **a.g.e.**, s. 123.

²¹² Vücut bütünlüğü üzerinde tasarruf yetkisi, kişinin bedeni üzerinde ne yapacağına karar verme özgürlüğünü ifade eder. Kişinin maddî ve manevî bütünlüğü üzerindeki mutlak bir haktır. Organ, doku, hücre, kemik gibi bedeni oluşturan iç ve dış yapılar, maddî varlık olarak değerlendirilmektedir. Manevi varlık ise kişinin irade, zekâ ve duygu gibi genel itibarıyla ruhsal nitelikteki değerlerini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Korkut Kanadoğlu, "Türk Anayasa Hukukunda Sağlık Alanında Temel Haklar", **TBB Dergisi**, Sayı: 119, 2015, s. 23.

²¹³ Berna Özpinar, **Tıbbî Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2007, s. 2; Filiz İpekyüz Yavuz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayınları, 2006, s. 22; Mehmet Ayan, **Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991, s. 5; Aydın E., **a.g.e.**, s. 41.

²¹⁴ Aydın E., **a.g.e.**, s. 42; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 25. Bu noktada bir sağlık problemi olmadığı hâllerde gerçekleştirilen estetik müdahaleleri bahsi geçen tedavi çerçevesinde ele almak gerekir. Estetik müdahalelerde öncelik tedavi olmasa dahi hastayı ruhsal olarak rahatsız eden fiziksel görüntünün güzelleştirilmesi suretiyle yürütülen dolaylı bir tedavi süreci söz konusudur. Bkz. Ayan, **a.g.e.**, s. 32.

daha uygun olacağı belirtilmiştir²¹⁵. Hasta Hakları Yönetmeliği²¹⁶’nin (HHY) 4. maddesinde sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı olan kimse hasta olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda taşıyıcı annelik ilişkilerinde, müstakbel ebeveynlerden sadece üreme hücreleri alınmakta bunun ötesinde başka bir tıbbî müdahale yapılmamaktadır. Hatta müstakbel anne ve babadan birinin üreme yeteneğinden yoksun olması hâlinde sadece diğer eşin üreme hücresi alınmaktadır. Bu durumda, müstakbel anne ve babanın her ikisini de hasta kabul edip taşıyıcı anneyi hasta olarak nitelendirmemek taşıyıcı anne üzerinde gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin nasıl değerlendirileceği konusunda daha büyük zorluklar doğuracaktır²¹⁷. Diğer yandan, tıbbî müdahalenin yöneldiği kişi olarak taşıyıcı annenin hasta olarak kabul edilmesi daha doğru olur.

Bu bölümde taşıyıcı annenin vereceği rızanın geçerliliği için aranan şartlar, rızanın şekli ve rıza verenin ehliyeti konuları anlatılacak daha sonra taşıyıcı annenin rıza vermemesi durumunda ortaya çıkacak hukukî sorunun çözümü yapılmaya çalışılacaktır.

b. Rıza

Yapılacak bir tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hâle getiren husus, müdahalede bulunulacak kişinin tıbbî müdahaleye rızasının olmasıdır (AY m. 17/f.2, TMK m. 24). İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi (İHBS)²¹⁸ hükümleri bu noktada önemlidir. İHBS m. 5/f.1 hükmüne göre; “Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir.” Bu düzenlemeyle tıbbî müdahaleye verilecek rıza konusunda iki önemli şartın yerine getirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bunlar, rızanın özgürce verilmesi ve rıza verecek kişinin bilgilendirilmiş olması gerekliliğidir.

²¹⁵ Erol, **a.g.e.**, s. 119.

²¹⁶ RG. 01.08.1998-23420.

²¹⁷ Turgut, **a.g.e.**, s. 114. Ayrıca, başkasının yumurta veya sperm hücrelerinin kullanılması hâlinde eşlerin üreme hücrelerine yönelik herhangi bir tedavi amacı bulunmadığından sadece çocuk sahibi olma amacının güdüldüğü belirtilmiştir. Bkz. Aydın E., **a.g.e.**, s. 50.

²¹⁸İlgili Sözleşmeyi, Türkiye Cumhuriyeti 4.4.1997 tarihinde imzalamış; 3.12.2003 tarihinde de onaylanarak 5013 sayılı “Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” adıyla 9.12.2003 tarihli ve 25311 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Özgür rıza, hiç kimsenin baskısı olmadan verilen rızayı ifade etmektedir²¹⁹. Bu özgürlüğün bir sonucu olarak tıbbî müdahaleye rıza gösteren kişi, daha sonra bu rızasını geri alabilme hakkına da sahiptir²²⁰. Bu kapsamda taşıyıcı annenin de hamileliğin gerçekleşmesi için gerekli tıbbî müdahalenin yapılması konusunda vermiş olduğu rızayı, daha sonra geri alması mümkün olacaktır. Tıbbî müdahaleye başladıktan sonra rızanın geri alınması durumunda ise mesleki standartlar ve yükümlülükler gereği hekimin, hastanın sağlığını ciddi şekilde tehlikeye atmamak için operasyona devam etmesi gerekebilir²²¹. Dolayısıyla, kişinin sağlığı bakımından ciddi bir tehlike varsa tıbbî müdahale esnasında rızanın geri alınmasına geçerlilik tanınmayabilir. Tıbbî müdahale esnasında rıza geri alınmışsa ve hastanın sağlığı bakımından ciddi bir tehlike yoksa hekimin tıbbî müdahaleye devam etmesi hukuka aykırılık teşkil eder.

Tıbbî müdahaleye verilecek rızanın geçerli olmasının bir diğer koşulu ise rıza verecek kişinin bilgilendirilmiş/aydınlanmış olması koşuludur. İHBS de hastanın, tıbbî müdahaleden önce bilgilendirmesi gerektiği hususunu düzenlenmiştir²²². Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğü, rızanın bir ön koşulu olarak kabul edilmektedir²²³. Aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde hasta, yapılması planlanan tıbbî müdahalenin veya alternatiflerinin niteliği ve olası sonuçları konusunda bilgilendirilmelidir. Bu bilgilerin, tıbbî müdahalenin amacı, niteliği, sonuçları ve taşıdığı riskler gibi hususları içermesi gerekmektedir. Ayrıca sadece yapılması planlanan tıbbî müdahaleye özgü bilgiler konusunda değil, her hastanın yaşı veya diğer patolojik hastalıklarının varlığı gibi bireysel özellikleriyle ilgili riskler konusunda da bilgilendirme yapılması gerekmektedir. Hastanın ek bilgi talep etmesi hâlinde de hastanın talebine cevap verecek şekilde bilgilendirilme yapılması gerekir²²⁴. En önemlisi de bilgilendirmenin hasta için yeterince açık ve anlaşılabilir olması gerekliliğidir²²⁵.

²¹⁹ İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 35:” *The patient's consent is considered to be free ... in the absence of any pressure from anyone.*)

²²⁰ İHBS m. 5/f.3 hükmüne göre; “İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.” Bununla birlikte kişinin rızasını geri almak istemesi hâlinde, öncelikle bunun sonuçları hakkında bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirmeden sonra kişinin isteğine uyulması gerekmektedir. Bkz. İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 38.

²²¹ İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 38.

²²² İHBS m. 5/f.2 hükmüne göre; “*Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir.*”

²²³ Aydın E., **a.g.e.**, s. 51.

²²⁴ İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 35.

²²⁵ İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 36.

Taşıyıcı annelik ilişkileri kapsamında da taşıyıcı anne, müstakbel anne ve babanın üreme hücreleriyle oluşturulan embriyonun nakli için gereken tıbbî müdahale konusunda, bu müdahalenin taşıdığı riskler ve getireceği sorumluluklar hakkında anlayabileceği bir şekilde detaylı olarak bilgilendirilmelidir. Ticarî nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilen ülkelerde ekonomik olarak zayıf konumda bulunan ve eğitim düzeyi düşük kişilerin, taşıyıcı anne olmayı tercih ettiği görülmektedir. Böyle durumlarda taşıyıcı annenin, yürütülecek tıbbî süreçler hususunda gereği gibi aydınlatılmaması da sık rastlanan bir durumdur. Bu bağlamda Hindistan'da taşıyıcı annelere ilişkin yapılan bir araştırmada pek çok taşıyıcı annenin, tıbbî süreçler konusunda yetersiz düzeyde bilgi sahibi olduğu tespit edilmiştir²²⁶. Taşıyıcı annelik ilişkisine izin verilmesi durumunda bu tür olumsuz sonuçlarla karşılaşmamak adına aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin daha katı şekil esaslarının benimsenmesi yerinde olur. Bazı hukuk sistemlerinde taşıyıcı annelik sözleşmesinde taraflar, sözleşmenin tüm aşamalarında bağımsız avukatlarla temsil edilmektedir. Türk hukukunda da taşıyıcı anneliğe izin verilmesi durumunda tarafların avukatla temsil edilmesi mümkündür. Böyle hâllerde avukatın aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirmesini sağlama noktasında faaliyette bulunması özen yükümlülüğün bir gereği olarak değerlendirilebilir.

Aydınlatma yükümlülüğü, tıbbî müdahaleye ilişkin süreçleri yönetecek hekim tarafından yerine getirilmelidir. Hekimin bu yükümlülüğünü bir başkasına devretmesi, o kişinin de hekim olması durumunda mümkündür²²⁷. Hekimin aydınlatmayı tıbbî müdahaleden önce yerine getirmiş olması gerekir. Aydınlatmaya ilişkin herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Dolayısıyla bir şekil serbestisinin olduğu söylenebilir²²⁸. Hastaların, gerçekleştirilecek tıbbî müdahale hakkında aydınlatmadan vazgeçmeleri de mümkündür. Fakat bu husus, tıbbî müdahale için hastanın rızasının alınması gerektiği kuralını bertaraf etmeyecektir²²⁹.

Hukukumuzda da üremeye yardımcı tedavi metotlarına başvuran eşlerin, aydınlatmadan vazgeçebilecekleri kabul edilmektedir²³⁰. Aydınlatmadan vazgeçmenin

²²⁶ Malene Tanderup, Sunita Reddy, Tulsi Patel, Birgitte Bruun Nielsen, "Informed consent in medical decision-making in commercial gestational surrogacy: a mixed methods study in New Delhi, India", **Nordic Federation of Societies of Obstetrics and Gynecology, Acta Obstetrica et Gynecologica Scandinavica**, S. 94, 2015, s. 468; Pande, **Commercial**, s. 976.

²²⁷ Aydın E., **a.g.e.**, s. 54; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 85.

²²⁸ Aydın E., **a.g.e.**, s. 55.

²²⁹ İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 40.

²³⁰ Aydın E., **a.g.e.**, s. 58; İpekyüz Yavuz, **a.g.e.**, s. 88.

söz konusu olabilmesi için buna ilişkin iradenin, açık ve hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıklanması gerekir²³¹. Bu kabulün taşıyıcı anne bakımından da geçerli olması gerektiği düşünülebilir. Bununla birlikte taşıyıcı anneye gerçekleştirilecek tıbbî müdahalede bir tedavi amacı söz konusu olmadığından aydınlatmadan vazgeçmenin mümkün olmayacağının kabulü daha uygun olur. Aynı zamanda tedavi amacıyla yürütülen bir tıbbî müdahale söz konusu olmadığından, aydınlatma yükümlülüğünün çok daha geniş olduğunun kabulü gerekir. Zira burada ivedi olmayan nitelikte bir tıbbî müdahale söz konusudur²³².

c. Rızanın Şekli ve Rıza Gösterme Ehliyeti

Genel olarak tıbbî müdahalelerde açık veya zımnî rızanın verilmesi mümkündür. Rutin tıbbî müdahaleler için zımnî rızanın varlığı yeterli görülmekteyken, bazı tıbbî müdahalelerde rızanın açıkça gösterilmesi gerekebilir. Tıbbî deneyler ve organ nakli gibi tıbbî müdahalelerde ise, kişinin hem açık hem de spesifik rızasının bulunması gerekir²³³. Rıza beyanına ilişkin kısıtlamalar üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuran kişiler bakımından da söz konusudur. ÜYTY m. 19/f.2 hükmüne göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine başvuracak kişilerin bilgilendirilmiş muvafakat formunu doldurarak birlikte işlem yapmaları gerekmektedir. Taşıyıcı anneliğe izin verilmesi hâlinde taşıyıcı annenin rıza beyanının da yazılı olması koşulu aranmalıdır.

Tıbbî müdahaleye rıza gösterme ehliyeti bakımından rıza beyanında bulunan kişinin, fiil ehliyetine sahip olması şarttır. Hasta, küçük veya kısıtlı ise tıbbî müdahale için veli ya da vasisinin izni gerekmektedir²³⁴. Hukukumuzda üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden faydalanmak için evli olma şartı arandığı göz önünde bulundurulduğunda söz konusu yönteme başvuran müstakbel ebeveynin erginliği bir sorun teşkil etmeyecektir. Bu noktada müstakbel anne ve babanın kısıtlanması üzerinde durmak gerekir. Müstakbel ebeveyninden biri kısıtlanmışsa HHY m. 24 ve

²³¹ Aydın E., **a.g.e.**, s. 58; Ayan, **a.g.e.**, s. 79.

²³² Aydın E., **a.g.e.**, s. 57.

²³³ İnsan Hakları ve Biyotip Sözleşmesi Açıklayıcı Raporu, para. 37.

²³⁴ İHBS m. 6 hükmü şöyledir: “1. Aşağıda, 17 ve 20. maddelere tâbi olmak koşuluyla, muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbî müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. 2. Kanuna göre bir müdahaleye muvafakatini verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır. 3. Kanuna göre, akıl hastalığı, bir hastalık veya benzer nedenlerden dolayı, müdahaleye muvafakat etme yeteneği bulunmayan bir yetiškine, ancak temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen kişi veya makamın izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır.”

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun m. 70²³⁵ gereğince vasinin izni gerekmektedir.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik yasaklanmış olduğundan taşıyıcı annenin vereceği rıza ehliyeti bakımından da bir düzenleme bulunmamaktadır. Taşıyıcı annelik yöntemine hukukumuzda müsaade edilmesi durumunda küçükler bakımından sözleşmenin yapılmasının yasaklanması yerinde olacaktır. Taşıyıcı annelerin, en azından ergin, kısıtlanmamış ve ayırt etme gücüne sahip olması şartı aranmalıdır. Taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelerde de taşıyıcı annelerin yaşına ilişkin sınırlamalar getirilmektedir. Örneğin İsrail'de taşıyıcı annelerin en az 22²³⁶, ABD'de en az 21²³⁷, Rusya'da en az 20²³⁸, Ukrayna'da 18²³⁹ yaşında olması gerektiği gibi yaş şartları aranmaktadır.

d. Değerlendirme ve Sonuç

Taşıyıcı anne, yapay döllemeye ilişkin tıbbî süreçlere rıza göstermezse karşılaşılabilecek sorunun hukukî nitelendirilmesinin dikkatle yapılması gerekmektedir. Taşıyıcı annenin tıbbî süreçlere rıza gösterme yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde, söz konusu yükümlülüğün cebri icra ile yerine getirilmesini sağlamak mümkün değildir. Bu durumda bir görüşe göre, kusurlu ifa imkansızlığı doğacaktır ve bu sebeple taşıyıcı anne tazminat yükümlülüğü altına girecektir²⁴⁰. Bu görüşe göre, edimin imkânsızlığı alacaklıya göre değerlendirilerek alacaklı bakımından edimin temini herhangi bir sebeple mümkün değilse ifa imkânsızlığının kabulü gerekmektedir²⁴¹. Ancak kusurlu ifa imkansızlığının şartlarını incelediğimizde bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira edimin ifasının imkânsız olabilmesi için imkânsızlığın, sürekli ve kesin nitelikte olması gerekir. Fakat burada taşıyıcı anne objektif olarak ifa edilebilir bir edimi, kendi iradesi ile ifa etmekten kaçınmaktadır.

Bu noktada TMK m. 23/f.3 hükmünün uygulanabilirliğinin incelenmesi gerekir. Söz konusu hükme göre, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olan kişiden edimini yerine getirmesi istenemez; yine söz konusu kişiden maddî ve manevî

²³⁵ RG 14.04.1928-863.

²³⁶ Von Hagel / Mansbach, **a.g.e.**, s. 199.

²³⁷ Tsai et al., **a.g.e.**, s. 118.

²³⁸ A. D. Dushina, Yu.D. Kersha, T.Yu. Larkina & D.D. Provorova, "The Legitimation of Commercial Surrogacy in Russia", **Russian Social Science Review**, Vol. 59, No. 2, 2018, s. 167.

²³⁹ Kirshner, **a.g.e.**, s. 86.

²⁴⁰ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 152.

²⁴¹ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 16. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018, s. 448.

tazminat talebinde bulunulamaz²⁴². Eğer geleneksel taşıyıcı annelik sözleşmesi söz konusuysa TMK m. 23 hükmünün uygulanacağı konusunda tereddüt yoktur; zira bu yöntemde taşıyıcı annenin kendi yumurta hücresi kullanılmaktadır. Dolayısıyla biyolojik madde verme borcunun varlığı kabul edilebilir. Tam taşıyıcı annelik yönteminde ise taşıyıcı anne, bir biyolojik madde verme borcu altında değildir. Bu noktada TMK m. 23/f.3 hükmünün amacını göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Söz konusu hükümle kişiler, doğrudan tedavi amacı taşımayan tedavilerden korunmak istenmiştir²⁴³. Taşıyıcı anne bakımından da korunması gereken menfaatin aynı olduğu ortadadır. Dolayısıyla bu hükmün tam taşıyıcı annelik ilişkilerinde de uygulanacağının kabulü gerekir. Bu çerçevede taşıyıcı anne, yapay döllemeye ilişkin tıbbî süreçlere rıza göstermekten kaçınabilir. Müstakbel ebeveyn, bunun karşılığında herhangi bir maddî ya da manevi tazminat talebinde bulunamazlar.

Tarafların taşıyıcı annelik sözleşmesinde kararlaştırması gereken bir diğer husus da taşıyıcı anneye kaç tane embriyo nakledileceğidir²⁴⁴. Zira her embriyo naklinden önce taşıyıcı annenin yeni bir rıza beyanında bulunması gerekir. Uygulamada da en fazla kaç embriyonun tek seferde taşıyıcı anneye nakledileceğinin sözleşmede kararlaştırıldığı görülmektedir. Embriyo nakli sonucu başarılı bir hamileliğin gerçekleşmediği durumlarda ise tekrar embriyo nakli işleminin yapılıp yapılmayacağı veya bu işlemin en fazla kaç defa daha tekrarlanacağı hususlarının da taraflarca sözleşmede kararlaştırılması muhtemel ihtilâfları önleyecektir. Taraflar sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde embriyo nakli için öngördükleri maksimum denemeden sonra hâlâ hamileliğin gerçekleşmediği durumlarda, dilerlerse mevcut sözleşmeye devam ederek ya da yeni bir sözleşme kurarak embriyo nakli işleminin sayısını artırabilirler²⁴⁵. Ancak tarafların yapmış oldukları sözleşmede, embriyo naklinin başarısızlığına ilişkin herhangi bir düzenleme yoksa ve makul sayıda²⁴⁶ denemeye rağmen hamilelik gerçekleşmemişse veya embriyonun taşıyıcı annenin rahmine

²⁴² Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/ Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 199; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 117.

²⁴³ Aydın E., **a.g.e.**, s. 50.

²⁴⁴ Morrissey, **a.g.e.**, s. 528.

²⁴⁵ Morrissey, **a.g.e.**, s. 530.

²⁴⁶ Burada makul sayı ile kastedilen, taşıyıcı annenin sağlığına zarar vermeyecek bir sayıdır.

tutunamaması gibi hâllerde kusursuz ifa imkansızlığı hükümleri kapsamında, tarafların borç ve yükümlülüklerinin sona erdiğinin kabulü gerekir²⁴⁷.

4. Davranışsal Yükümlülükler

Taşıyıcı anneliğe izin verilen hukuk sistemlerinde taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı anne için birtakım davranış yükümlülükleri öngörüldüğü görülmektedir. Bu davranışsal yükümlülüklerin bazıları pasif nitelikteyken bazıları aktif fiiller şeklindedir. Bu yükümlülükler, doğan çocuğun sağlıklı olma ihtimalini en yüksek seviyeye çıkarmak amacını taşımaktadır²⁴⁸. Taşıyıcı anne, genel olarak çocuğa zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak şeklinde pasif yükümlülüğe tâbidir²⁴⁹. Örneğin, sigara içmemek, alkol ve uyuşturucu madde kullanmamak gibi²⁵⁰. Bunlara ek olarak, doğumun yaklaştığı durumlarda taşıyıcı anneye seyahat kısıtlamaları da getirilebilmektedir²⁵¹. Davranışsal yükümlülüklerin bir kısmı bazı aktif fiiller şeklinde olabilir²⁵². Taşıyıcı anne çocuğun sağlığı bakımından gerekli görülürse egzersiz yapmak; ayrıca doktorların yazdığı ilaçları almak ve belirli aralıklarla muayenelere katılmakla yükümlü olabilir.

Taşıyıcı anne için öngörülmüş olan bu davranış yükümlülükleri onun bedensel bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlar niteliktedir. Dolayısıyla sözleşmede öngörülen bu davranışsal yükümlülüklerle aykırı davranılması hâlinde ortaya çıkacak sonuçların, taraflar menfaatleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Taşıyıcı anne ile müstakbel ebeveyn arasındaki menfaat ilişkisinde, taşıyıcı annenin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisinden doğan menfaatinin, müstakbel ebeveynin sözleşmeye ilişkin menfaatleri karşısında her zaman üstün geleceği açıktır. Bu nedenle, taşıyıcı anne ile çocuğun menfaatlerini karşılaştırarak bir çözüme gitmek daha yerinde olacaktır. Zira taşıyıcı annenin hamilelik süresindeki davranışsal yükümlülüklerine aykırılığı nedeniyle çocuğun sağlığı ya da gelişiminde sorunlar ortaya çıkabilir.

²⁴⁷ Erol, **a.g.e.**, s. 124; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 151.

²⁴⁸ Morrissey, **a.g.e.**, s. 529.

²⁴⁹ Erol **a.g.e.**, s. 124; Keser, **a.g.e.**, s. 311.

²⁵⁰ Erol **a.g.e.**, s. 125; Keser, **a.g.e.**, s. 311; Pamela Laufer-Ukeles, 'Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy', **Indiana Law Journal**, Vol. 88:4, 2013, s. 1237.

²⁵¹ Morrissey, **a.g.e.**, s. 530; Laufer-Ukeles, **a.g.e.**, s. 1237.

²⁵² Erol **a.g.e.**, s. 125.

Tam ve sağ doğum gerçekleşinceye kadar cenin, annenin kişiliğinin bir parçası olarak kabul edilmektedir²⁵³. Dolayısıyla annenin, cenine vermiş olduğu zararlardan ötürü sorumlu olacağını kabul etmek, kişinin bedeni üzerindeki tasarruf yetkisini öngörülmez şekilde sınırlayabilir. Öte yandan, tam ve sağ doğumla birlikte ana rahmine düştüğü andan itibaren kişilik kazanacak cenini, annenin zarar verici fiillerine karşı tamamen savunmasız bırakmak da makul bir çözüm değildir. Belirli şartlarda, tam ve sağ doğum koşuluyla çocuğun, annenin fiillerinden kaynaklı zararlarının tazminini talep edebileceğini kabul etmek gerekir. Nitekim ğretide annenin, karnındaki cenine karşı bir zen ykmllğnn olduğu belirtilmektedir²⁵⁴. zen ykmllğnn sınırları ise “benzer şartlar altındaki normal, orta zekadaki makul insan” kriterinden hareketle tespit edilmelidir²⁵⁵. Buna göre taşıyıcı annenin, ceninin sağlığının korunması noktasında benzer şartlar altında olan ortalama bir annenin davranışlarından sapan zarar verici fiilleri, kusurlu davranış olarak nitelendirilerek taşıyıcı annenin cenine karşı haksız fiil sorumluluğu söz konusu olabilir.

Cenin, tam ve sağ doğması koşuluyla taşıyıcı annenin fiillerinden dolayı uğramış olduğu zararların tazmini noktasında fonksiyon gösterecek bir diğer kavram ise üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramıdır. Sözleşmeler hukukunda hâkim olan nisbilik ilkesi²⁵⁶ uyarınca, sözleşme, sadece sözleşmenin tarafları bakımından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Bu çerçevede sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerin ifası ve sözleşmeye ilişkin yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan tazminat talepleri yalnızca sözleşmenin taraflarınca istenebilir²⁵⁷. Nisbilik ilkesi gereğince üçüncü kişiler, sözleşmenin ifasına ilişkin süreçler sebebiyle uğradıkları zararları, kural olarak yalnızca haksız fiil hükümlerine dayanarak talep edebilirler.

Bununla birlikte, bazı durumlarda üçüncü kişiler, edime dönük faaliyetlere yakınlıkları sebebiyle açık bir tehlikeye maruz kalabilmektedirler. Böyle durumlarda üçüncü kişilerin, sözleşmenin ifasına dönük süreçlerde uğramış oldukları zararların tazmini için haksız fiil hükümlerine gitmesinin hakkaniyete aykırı olması sebebiyle sözleşmesel sorumluluk ilkelerinden yararlanmalarının sağlanabilmesi amacıyla

²⁵³ Dilşat Keskin, “Doğum ncesi Gerçekleşen Fiil Sebebiyle Tazminat: Ceninin Tazminat Talebi”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.17, S.1-2, 2013, s. 752.

²⁵⁴ Keskin, **a.g.e.**, s. 753.

²⁵⁵ Keskin, **a.g.e.**, s. 754.

²⁵⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 18; Oğuzman/z, **Cilt 1**, s. 22; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 60.

²⁵⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 18; Oğuzman/z, **Cilt 1**, s. 22; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 60.

üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı ortaya atılmıştır²⁵⁸. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmenin varlığının kabul edilebilmesi için yalnızca sözleşmenin tarafı değil aynı zamanda üçüncü kişinin de şahıs veya malvarlığı değerlerinin korunmasının dürüstlük kuralı gereğince zorunlu olması gerekmektedir²⁵⁹.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri de ceninin şahıs varlığı değerlerini yakından ilgilendiren bir nitelik gösterdiğinden taşıyıcı annenin, yalnızca sözleşmenin tarafı olan müstakbel ebeveyne karşı değil, aynı zamanda cenine karşı da bir koruma yükümlülüğünün olduğu düşünülebilir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme olduğunun kabulü hâlinde, cenin sözleşmenin tarafı olmamakta yalnızca sözleşme sebebiyle uğramış olduğu zararları, tam ve sağ doğumun gerçekleşmesi şartıyla talep edebilme imkânı elde etmektedir. Bu noktada, taşıyıcı annenin cenine karşı koruma yükümlülüğü, taşıyıcı annelik sözleşmesindeki hükümlerden değil dürüstlük kuralından kaynaklanmakta ve sorumluluk, müstakbel ebeveyne karşı değil bizzat ceninin kendisine karşı üstlenilmektedir. Bu çerçevede taşıyıcı annenin olumlu ya da olumsuz fiilleriyle şahıs varlığı ihlâl edilmiş olan ceninin, taşıyıcı anneden tazminat talep edebileceğini kabul etmek gerekir.

5. Doğuma Kadar Hamileliği Devam Ettirme Yükümlülüğü

Taşıyıcı anne, doğum gerçekleşinceye kadar sağlığını veya hayatını tehlikeye atan herhangi bir durum olmadığı sürece, tıbbî personelin tavsiyeleri ve sözleşmede yükümlenmiş olduğu fiiller çerçevesinde hamileliği devam ettirmekle yükümlüdür.

Uygulamada taraflar, aralarındaki sözleşmede bazı beklenmedik olaylarla karşılaşıldığında nasıl hareket edileceğine ilişkin hükümler öngörmektedirler. Bu beklenmedik durumlar, genel olarak çoğul gebeliğin gerçekleşmesi veya çocukta kalıcı rahatsızlıkların olacağı tespit edilmesi hâlleridir²⁶⁰. Taraflar ya sözleşmelerinde öngördükleri beklenmedik durumlar gerçekleşirse taşıyıcı annenin selektif

²⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 22.

²⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 24.

²⁶⁰ Deborah L. Foreman, "Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insight from a Case Study", **Family Law Quarterly**, Vol. 49, No:1, 2015, s. 33-34; Vanessa Nahigian, "Procreative Autonomy in Gestational Surrogacy Contracts", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Vol. 53, No. 1, 2019, s. 245.

redüksiyon²⁶¹ (*selective reduction*) veya kürtaj²⁶² olması gerektiğini ya da gebelik gerçekleşikten sonra ne olursa olsun taşıyıcı annenin bu yöntemlere başvuramayacağını kararlaştırmaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan bu hükümlerin uygulanabilirliğini emredici hükümler ve taraf menfaatleri çerçevesinde değerlendirmek gerekir.

IVF ve embriyo naklî sürecinde taşıyıcı annenin gebe kalma ihtimalini arttırmak için çoğu zaman taşıyıcı anneye birden fazla embriyo nakli yoluna gidilmektedir. Bu yöntem, müstakbel ebeveynin arzuladığı çocuğa bir an önce kavuşmasını kolaylaştırdığı için tercih edilmekle birlikte çoğul gebelik gibi istenmeyen sonuçları da meydana getirmektedir²⁶³. Bazı durumlarda tek embriyo naklinde dahi embriyonun bölünerek çoğul gebeliğe neden olması mümkündür²⁶⁴. Çoğul gebelik, taşıyıcı anne bakımından sağlık sorunlarına neden olabileceği gibi çocuklar açısından da erken doğum ve erken doğuma bağlı sağlık riskleri taşımaktadır²⁶⁵. Bazen fetüslerdeki anomalilik gereği yaşama şansı en düşük olan fetüsün selektif redüksiyonla alınması, kalan fetüs veya fetüslerin yaşama şansını yükselteceği için tavsiye edilmektedir. Müstakbel ebeveyn de çeşitli sebeplerle belirli sayıdan fazla çocuk sahibi olmak istemeyebilirler. Tarafların aralarındaki sözleşmede hangi olasılıkların gerçekleşmesi hâlinde selektif redüksiyona gidileceğine ilişkin ayrıntılı hükümler öngörmesi

²⁶¹ Çoğul gebeliğin gerçekleşmesi hâlinde, fetüs sayısının azaltılmasına yönelik yapılan tıbbî müdahaleye selektif redüksiyon denilmektedir. Bkz. Faith, Merino, **Adoption and Surrogate Pregnancy**, New York, Facts on File, Inc., 2010, s. 319. Hukukumuzda da 2014 yılında yürürlükten kaldırılan eski yönetmelik olan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkındaki Yönetmelik'te çoğul gebeliğin önlenmesi hedeflenmiştir. Merkezlerde nakledilecek embriyo sayısına ilişkin katı sınırlar içeren Yönetmeliğin m. 18/f.8 hükmü şu şekildedir; “İstenmeyen durum olan, anne ve çocuk sağlığını riske eden çoğul gebeliklerin önlenmesi esastır. Bu kapsamda; a) ÜYTE yöntemlerinden biri olan klasik ovulasyon indüksiyonu ile 2 (iki) den fazla folikül gelişmemesi hedeflenmelidir. Çoğul gebeliklerin önlenmesi için üç veya daha fazla folikül gelişmesi halinde artifisyonel inseminasyon işlemi yapılması yasaktır. b) Merkezlerde ÜYTE uygulamasında birden fazla embriyo transfer edilmemesi esastır. Ancak, 35 yaşa kadar birinci ve ikinci uygulamada tek embriyo, üçüncü ve sonraki uygulamalarda iki embriyo, 35 yaş ve üzerinde tüm uygulamalarda en fazla iki embriyo transfer edilebilir.”

²⁶² İstenmeyen gebeliğin önlenmesi amacıyla rahim içinde yapılan tıbbî müdahaleye “kürtaj” denilmektedir. Bkz. Aydın E., **a.g.e.**, s. 74; Recep Doğan, “Kadın Üreme Hakkı, Kürtaj, Çocuk Düşürme ve Düşürtme Suçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 127, 2016, s. 77.

²⁶³ Diane Beeson / Abby Lippman, “Gestational Surrogacy: How Safe?”, **Babies For Sale Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction**, Editör: Miranda Davies, London, Zed Books, 2017, s. 92.

²⁶⁴ Morissey, **a.g.e.**, s. 533.

²⁶⁵ Nahigian, **a.g.e.**, s. 240-241; Morissey, **a.g.e.**, s. 533.

mümkündür²⁶⁶. Bunun yanında taraflar, çocukta belirli anomaliliklerin varlığının tespiti hâlinde de taşıyıcı annenin kürtaj olacağı hususunda da anlaşabilirler.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hamileliğin devamı ya da çoğul gebelik, taşıyıcı annenin sağlığı veya hayatı bakımından risk teşkil ediyorsa, taşıyıcı annenin yaşam hakkına dönük menfaatine üstünlük tanınması ve taşıyıcı annenin selektif redüksiyona başvurması veya kürtaj olmasının sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilmemesi gerekir. Uygulamada da selektif redüksiyona veya kürtaja gidilmeyeceğine ilişkin düzenlemelerde, taşıyıcı annenin hayatı tehlikesi bulunması durumu hariç tutulmaktadır. Hukukumuzda da Rahim Tahliyesi Tüzüğüne²⁶⁷ göre; on haftayı geçen gebeliklerde kural olarak rahim tahliyesi yapılmazken istisnaî olarak gebeliğin anne adayını bakımından risk teşkil ettiğinin hekim raporuyla tespit edildiği hâllerde doğuma kadar rahim tahliyesi yapılması mümkündür²⁶⁸. Böyle durumlarda taşıyıcı annenin kürtaj olması, kusursuz ifa imkansızlığı kapsamında değerlendirilmelidir. Diğer yandan taşıyıcı anne, durumu gecikmeksizin müstakbel anne ve/veya babaya bildirerek zararın daha fazla artmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Sadece bu bildirim yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle doğacak zararlardan taşıyıcı anne sorumlu tutulabilir. Öte yandan taşıyıcı annenin sağlık riskleri sebebiyle selektif redüksiyona başvurması hâlinde gebelik sona ermediğinden taraflar arasındaki hukukî ilişkinin devam ettiğini kabul etmek gerekir.

Müstakbel ebeveyn sözleşmenin başında dinî inançları veya kişisel sebeplerle bazen gebelik gerçekleşikten sonra taşıyıcı annenin hamileliği doğuma kadar devam ettirmesini arzularak selektif redüksiyona veya kürtaja başvurulmayacağını kararlaştırmaktadır. Böyle bir hükmün varlığına rağmen taşıyıcı annenin, selektif redüksiyona veya kürtaja başvurması durumunu incelemek gerekir. Özellikle müstakbel anne ve babaya ait üreme hücrelerinin kullanıldığı durumlarda, müstakbel anne ve babanın üreme hakkı ile taşıyıcı annenin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkı çatışmaktadır.

²⁶⁶ Yaşama şansı az olan embriyonun selektif redüksiyonla alınması dışında üçüz gebelikte iki çocuğa düşürüleceği veya ikiz gebelikte tek gebeliğe düşürüleceği, cinsiyet seçici nitelikte selektif redüksiyona başvurulamayacağı gibi hususları kararlaştırılabilirler.

²⁶⁷ RG. 18.12.1983-18255.

²⁶⁸ RTT m. 5'e göre, "Gebelik süresi on haftayı geçen kadınlarda, rahim tahliyesi yapılamaz. Bu durumdaki kadınlarda, ancak, Tüzük'e ekli (2) sayılı listede sayılan hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesi yapılabilir."

Üremenin bir insan hakkı olarak kabul edilmesi ilk kez 1968 yılında Tahran'da toplanan Uluslararası İnsan Hakları Konferansı sonucunda kararlaştırılan Tahran Bildirisi ile olmuş; daha sonra 1994 yılında Kahire'de düzenlenen Nüfus ve Kalkınma Uluslararası Konferansı ile üreme hakları tanımlanmıştır²⁶⁹. Üreme hakkı, üremeye karar verme hakkını, kaç tane çocuk sahibi olunacağı veya çocuk sahibi olma zamanını belirleme konusunda özgürce karar verebilme haklarını içerir. Üreme hakkının bir diğer sonucu ise çocuk sahibi olmamayı seçme şeklindeki ürememe hakkını da kapsamaktadır. Bu hak, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB) m. 16'da düzenlenen aile kurma hakkı²⁷⁰; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı (ABTHŞ) m. 9'da düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8'de düzenlenen özel yaşama ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında korunmaktadır.

AİHM de çeşitli kararlarında, üreme hakkı ve bu hakkın kullanımı kapsamında üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanılmasının AİHS m. 8'de düzenlenen özel hayata saygı hakkı kapsamında korunduğunu belirtmiştir²⁷¹. Dolayısıyla müstakbel ebeveynin, taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmayı ya da taşıyıcı annelik ilişkisi esnasında gebeliğin sona erdirilmesini istemesi AİHS m. 8 kapsamında üreme ve/veya ürememe hakkının bir uzantısı olarak değerlendirilebilir. Bununla birlikte çoğul gebeliğin, çoğu zaman taşıyıcı anne bakımından risk teşkil ettiği göz önünde bulundurulursa taşıyıcı annenin, yaşam hakkına dönük menfaatine üstünlük tanınarak müstakbel ebeveynin onayı olmaksızın kanunî süreler içerisinde²⁷² bu yola başvurabileceğinin ve bu durumun sözleşmenin ihlâli olarak nitelendirilemeyeceğinin kabulü gerekir.

²⁶⁹ Stark, **a.g.e.**, s. 377.

²⁷⁰ İlgili madde şöyledir: "1. Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, ırk, uyrukluk ya da din bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın, evlenme bir aile kurma hakkına sahiptir. Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, evlenmede, evlilik sürecinde ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptir. 2. Evlilik (akdi), ancak evlenmeye istekli olan eşlerin serbest ve tam rızasıyla yapılır. 3. Aile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve Devlet tarafından korunma hakkında sahiptir."

²⁷¹ AİHM, *S.H. ve Diğerleri v. Avusturya* kararında ebeveynlerin üremeye yardımcı tıbbi yöntemlere başvurma hakkını üreme hakkı çerçevesinde değerlendirmiş ve bu hakkın AİHS m.8 kapsamın girdiğinden bahsetmiştir. (AİHM, No. 57813/00, 3.11.2011 tarihli para. 82.).

²⁷² Hukukumuzda heterolog döllenmeye izin verilmemesine rağmen bir şekilde müstakbel anne ve babanın üreme hücreleri ile oluşturulan embriyonun taşıyıcı anneye nakledilmesi hâlinde taşıyıcı annenin, kanunî kürtaj süresi olan on haftalık yasal süreden yararlanabileceği açıktır. TCK m. 99/f.6'da düzenlenen ve tecavüz mağdurlarına yirmi haftalık kürtaj süresi tanıyan hükmün, tecavüz mağdurlarının ruhsal durumları açısından getirilmiş özel bir düzenleme olması nedeniyle taşıyıcı anne bakımından uygulanmaması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Aydın E., **a.g.e.**, s. 125.

6. Çocuğu Teslim Etme Yükümlülüğü

Taşıyıcı annelik sözleşmesi kapsamında taşıyıcı annenin en önemli yükümlülüğü, doğumun gerçekleşmesinin ardından doğan çocuğu, müstakbel anne ve babaya teslim etmektir²⁷³. Bu noktada taşıyıcı annenin ve varsa kocasının, çocuğu kendilerinde tutmama ve çocuğu müstakbel anne ve baba adına nüfusa kaydettirme veya evlâtlık verme yükümlülüğü bulunmaktadır²⁷⁴.

Taşıyıcı anneliğe izin verilen hukuk sistemlerinde çocuğun teslimi konusuna ilişkin düzenlemeleri incelemek gerekmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nin New Hampshire ve Florida eyaletleri ile Birleşik Krallık'ta taşıyıcı anne için doğumdan sonra bir serinleme süresi (*cooling period*) öngörülmüştür²⁷⁵. Bu süre zarfında taşıyıcı anne dilerse çocuğu teslim etmekten kaçınabilmektedir. Söz konusu süre, Birleşik Krallık'ta doğumun gerçekleşmesinden sonra altı hafta olacak şekilde düzenlenmiştir²⁷⁶. Bu altı hafta içerisinde taşıyıcı annenin çocuğu teslim etmekten vazgeçmesi ve çocuğu kendi çocuğu olarak büyötmeye karar vermesi hâlinde taşıyıcı anneyi çocuğu teslim etmeye zorlayacak bir hukukî düzenleme bulunmamaktadır.

İsrail hukukuna göre çocuğun teslimi esas olmakla birlikte ancak sözleşmenin kurulduğu zamandaki koşullarda olağanüstü değişikliklerin meydana gelmesi hâlinde taşıyıcı annenin çocuğu teslim etmekten kaçınabileceği öngörülmektedir²⁷⁷. Taşıyıcı annenin çocuğu teslim etmekten kaçınması için yalnızca olağanüstü durumların gerçekleşmesi yeterli olmamakta, aynı zamanda mahkemenin de bu konuda karar vermesi gerekmektedir. Mahkeme, olağanüstü hâllerin varlığı konusunda bir sosyal hizmet görevlisinin bu olağanüstü durumu açıklayan ve bu durumun çocuğun menfaatini tehlikeye atmayacağını tespit eden bir rapor sunması hâlinde, çocuğun müstakbel ebeveyne teslim edilmemesine izin vermektedir²⁷⁸. Bu durumda taşıyıcı

²⁷³ Erol, **a.g.e.**, s.125. Öğretide, taşıyıcı annenin çocuğu teslim etme yükümlülüğünü eksik borç olarak nitelendirilen bir görüş vardır. Bu durumda çocuk müstakbel ebeveyne teslim edilirse ifa geçerli olacak, çocuk teslim edilmezse çocuğun teslimi için dava açılmayacaktır. Bu görüş için bkz. Acabey, **a.g.e.**, s. 208, dn. 34; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 398.

²⁷⁴ Morrissey, **a.g.e.**, s. 534.

²⁷⁵ Margalit, **a.g.e.**, s. 631. Bu sürece “*grace period*” da denilmektedir. Bkz. Perdue, **a.g.e.**, s. 297.

²⁷⁶ Altı haftadan önce taşıyıcı annenin verdiği rıza geçersiz olacaktır. İnsan Üremesi ve Embriyoloji Kanunu (*Human Fertilization and Embryology Act 2008 (HFEA)*) m.54/f.7 hükmü şöyledir. “... *the agreement of the woman who carried the child is ineffective for the purpose of that subsection if given by her less than six weeks after the child's birth*”. Kanun metni için Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/>.

²⁷⁷ Gruenbaum, **a.g.e.**, s. 485; Margalit, **a.g.e.**, s. 462-463; Schenker, **a.g.e.**, s. 257; Shalev, **a.g.e.**, s. 62-62; Zafran, **a.g.e.**, s. 14.

²⁷⁸ Shalev, **a.g.e.**, s. 62; Jane Stoll, *Surrogacy Agreements and Legal Parenthood*, Uppsala Universitat, 2013 (yayımlanmamış doktora tezi), s. 225.

anne, mahkeme kararıyla çocuğun annesi kabul edilmektedir²⁷⁹. Bununla birlikte mahkemenin olağanüstü koşulları uygun bulma kararında çocuğun müstakbel ebeveyniyle olan ilişkisi hakkında da karar verebileceği hususu düzenlenmiştir²⁸⁰. Sözleşmenin koşullarında meydana gelen olağanüstü değişikliğe en temel örnek müstakbel ebeveynin ayırt etme gücünü kaybetmesidir. Ancak somut olayın gereklerine göre müstakbel ebeveynin ayırt etme gücünü yitirmesi de olağanüstü hâl olarak nitelendirilmeyebilir²⁸¹.

Türk hukukunda taşıyıcı anneliğe izin verilmesi durumunda çocuğun teslimini soybağına ilişkin düzenlemeler çerçevesinde incelemek gerekmektedir. Müstakbel ebeveynle çocuk arasında soybağının kurulması durumunda taşıyıcı annenin, çocukla soybağı ilişkisine sahip olan kişilere çocuğu teslim etmekten kaçınması mümkün değildir.

Diğer yandan, aile hukukuna ilişkin mevcut düzenlemeler taşıyıcı annenin çocukla kurmuş olduğu duygusal bağı dikkate almaması nedeniyle işin tabiatına uygun değildir. Türk hukukunda da taşıyıcı anneye, belirli bir süre içinde (serinleme süresi) ve yetkili mercilerin çocuğun üstün yararını gözeterek vermiş olduğu karar çerçevesinde çocuğu teslimden kaçınma hakkı tanınabilir. Ayrıca taşıyıcı annenin çocuğu teslim etmesi ve yetkili merciin onay vermesi hâlinde çocuğun üstün menfaati çerçevesinde çocukla taşıyıcı anne arasında kişisel ilişki kurulması yönünde düzenleme yapılması da düşünülebilir.

C. Müstakbel Ebeveynin Yükümlülükleri

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı annenin yerine getirmesi gereken yükümlülükler karşısında müstakbel ebeveyn için de bazı yükümlülükler bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, masrafların karşılanması, ücret ödenmesi ve çocuğun teslim alınması başlıkları altında bu bölümde incelenecektir.

²⁷⁹ Böyle bir durumda, İsrail Taşıyıcı Annelik Kanunu'nun çocuğun müstakbel (genetik) annesinin de anne kabul edilmesini ve böylece iki ebeveynlik statüsünün kurulabilmesine izin verdiği görüşü için bkz. Zafran, **a.g.e.**, s. 14.

²⁸⁰ Zafran, **a.g.e.**, s. 14. Taşıyıcı Annelik İlişkileri Kanunu m. 13(a) hükmüne göre; "it may include in the order directives regarding the child's status and relations with the intended parents or with one of them".

²⁸¹ Zafran, **a.g.e.**, s. 14.

1. Taşıyıcı Annenin Masraflarını Karşılama Yükümlülüğü

Müstakbel ebeveyn, öncelikle taşıyıcı annenin yapmış olduğu masrafları karşılamakla yükümlüdür²⁸². Söz konusu masraflardan en önemlisi, taşıyıcı annenin hamile kalabilmesi için yapılan tıbbî müdahaleler için yapılan masraflardır²⁸³. Sözleşme gereğince edimlerini yerine getirebilmek yani hamile kalabilmek için IVF ve embriyo nakli gibi yöntemlere başvuran ve böyle bir sözleşme olmasaydı bu masrafları da hiç yapmayacak olan taşıyıcı anneden, bu masraflara katlanması beklenemez.

Müstakbel anne ve babanın, taşıyıcı annenin tıbbî masraflarını karşılaması bu sözleşmenin ücret karşılığı yapıldığı anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, bu edim, sözleşmeye ticarî bir nitelik kazandırmaz. Özgecil, bir başka ifadeyle ticarî olmayan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de müstakbel ebeveyn, taşıyıcı annenin bu masraflarını karşılamakla yükümlüdür²⁸⁴. Ticarî olmayan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı anne, çocuk sahibi olamayan müstakbel anne ve babaya yardım etme gayesiyle hareket etse de hamileliğin başarıyla sağlanması için yapılan tıbbî müdahale masraflarını müstakbel ebeveynin karşılaması gerekmektedir.

Taşıyıcı annenin hamilelik süresince alacağı hamile kıyafetleri, vitamin ve takviyeler ile hamilelikle ilgili yapmış olduğu diğer masrafların müstakbel ebeveyn tarafından karşılanıp karşılanmayacağı hususu da önemlidir. Bu noktada müstakbel ebeveynin bu tür hamilelikle ilgili masrafları karşılaması gerektiği belirtilirken, taşıyıcı annenin harcamalarının da makul olması beklenmektedir²⁸⁵. Müstakbel ebeveynin, taşıyıcı annelik sözleşmesinde bu tür harcamalara bir sınır getirerek yapılan harcamaların kontrollerinde olmasını sağlayabilir²⁸⁶ ya da yapılan harcamalara ilişkin fiş, fatura gibi belge sunulmasını talep edebilirler²⁸⁷.

Taşıyıcı annenin, taşıyıcı anne olması nedeniyle uğradığı kazanç kaybının da müstakbel ebeveyn tarafından ödenmesi gerekmektedir²⁸⁸. Nitekim taşıyıcı anneliğe izin verilen İsrail’de bu bölümdeki açıklamalara paralel düzenlemeler getirildiği

²⁸² Erol, **a.g.e.**, s.126; İsmail Aytaç, Yardımcı Üreme Tekniklerinin Hukuk ve Adli Tıp Açısından İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış ylt., İstanbul, 2002 s.45; Keser, **a.g.e.**, s. 311.

²⁸³ Perdue, **a.g.e.**, s. 289.

²⁸⁴ Quinn, **a.g.e.**, s. 834.

²⁸⁵ Perdue, **a.g.e.**, s. 290.

²⁸⁶ Morrissey, **a.g.e.**, s. 540.

²⁸⁷ Perdue, **a.g.e.**, s. 290.

²⁸⁸ Erol, **a.g.e.**, s. 127; Aytaç, **a.g.e.**, s. 45; Morrissey, **a.g.e.**, s. 540; Perdue, **a.g.e.**, s. 290

görülmektedir. İsrail hukukunda, taşıyıcı annenin sosyo-ekonomik yönden daha zayıf konumu nedeniyle her türlü ödemeyi kabul etmesini engellemek için taşıyıcı anneye belirli bir ödeme yapılması zorunluluğu getirilmiştir²⁸⁹. Diğer yandan taşıyıcı anneye yapılabilecek ödemeler aslında masraflara ilişkindir²⁹⁰. Bu çerçevede taraflar listede yer alan masraf kalemlerinden dilediklerini sözleşmelerine ekleyebilirler. Ancak listede yer almayan bir hususta ödeme yapılması yasal kabul edilmemektedir²⁹¹.

Taraflar, hamileliğe bağlı komplikasyonlardan doğan masraflardan sorumluluğu da sözleşmelerinde kararlaştırmalıdır. Bunlar arasında çoğul gebelik, düşük yapma, kürtaj veya doğumun sezaryen olması gibi hususlar vardır²⁹². Taşıyıcı annenin yapay dölleme yöntemleriyle hamile kalmasından veya hamilelikte genel olarak mevcut olan bu risklerden kaynaklanabilecek tıbbî müdahale masraflarının da müstakbel anne ve baba tarafından karşılanması gerekmektedir.

2. Ücret Ödeme Yükümlülüğü

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından en tartışmalı konulardan biri de taşıyıcı anneye ücret ödenip ödenmeyeceği meselesidir. Bir çocuk karşılığında ya da en azından çocuğun taşıyıcı annenin karnında taşınması karşılığında ödenecek makul ücretin ne olacağını belirlemek oldukça zordur²⁹³. Ücret karşılığında böyle bir sözleşmenin yapılması, çocuğu ticarî hayata konu olabilecek bir eşya niteliğine indirgemesi nedeniyle oldukça eleştirilmektedir. Ücret konusunda bir diğer görüş, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde öngörülmüş olan ücretin, çocuğun ticarî süreçlere konu edilmesinden ziyade taşıyıcı annenin hamilelik boyunca gerçekleştirmiş olduğu hizmet ve çekmiş olduğu acının karşılığını teşkil ettiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, taşıyıcı annelik sözleşmesinde ücret öngörülmesi etik veya ahlaki değerlere aykırılık teşkil etmez²⁹⁴.

²⁸⁹ Turgut, **a.g.e.**, s. 126.

²⁹⁰ Düzenlemede yer alan kalemler şunlardır: taşıyıcı annenin hamilelik nedeniyle çalışmamasından doğan kazanç kaybı, yatakta tedavisine karar verilmesi hâlinde ev halkı ve çocuk bakım masrafları, hayat sigortası ve taşıyıcı anneye yapılacak tüm tıbbî müdahale masrafları. Bkz. Von Hagel / Mansbach, **a.g.e.**, s. 201.

²⁹¹ Von Hagel / Mansbach, **a.g.e.**, s. 202.

²⁹² Morrissey, **a.g.e.**, s. 540.

²⁹³ Perdue, **a.g.e.**, s. 289.

²⁹⁴ Konuya ilişkin tartışmalar “Taşıyıcı Annelik ve Ahlâka Aykırılık” başlığı altında ayrıntıyla incelenmiştir. Bkz. s. 14 vd.

Taraflar arasındaki sözleşmede taşıyıcı anneye ücret ödeneceğinin kararlaştırılması durumunda ücretin ne zaman ödeneceği de önemli bir husustur²⁹⁵. Tarafların anlaşması hâlinde ücretin tek bir seferde ödenmesi mümkündür. Bununla birlikte, müstakbel ebeveyn hamilelik sağlanmadıkça veya doğum gerçekleşmedikçe kararlaştırılan ücretin tamamını ödemek istemeyebilir. Bu durumda, ilk aşamalarda daha küçük miktarlarda, hamileliğin gerçekleşmesinden sonra ise daha büyük miktarlarda ödeme yapılması gibi belirli zaman aralıklarında taksitler halinde ödeme yapılması yöntemine de gidilmektedir. Önemli olan tarafların müzakere ederek her iki taraf için de adil olan bir ödeme planı yapmasıdır²⁹⁶.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ücret karşılığında yapılmasına izin verilmesi durumunda mevcut düzenlemeler ışığında ortaya çıkabilecek olan hususların incelenmesi gerekir. Sözleşmede kararlaştırmış olan ücret ödeme borcu zamanında taşıyıcı anneye ödenmezse taşıyıcı annenin sözleşmeye aykırılık nedeniyle dava açma imkânı bulunabilir²⁹⁷.

Taraflar taşıyıcı annelik sözleşmesinde ücret ödeme yükümlülüğünü kararlaştırmışlar ancak bu yükümlülüğün ne zaman yerine getirileceğini belirlememişlerse, TBK m. 90²⁹⁸ hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre ücret ödeme borcu doğduğu andan itibaren muaccel olacaktır. Ancak böyle bir durumda muacceliyet, temerrüdün gerçekleşmesi için tek başına yeterli olmayacaktır. Bu sebeple taşıyıcı anne, temerrüt hükümlerine başvurabilmek için müstakbel ebeveyni ihtar çekmek zorundadır. Eğer ihtarda belirtilen sürede de borç yerine getirilmezse taşıyıcı anne TBK m. 125 hükmünde öngörülen seçimlik haklara başvurabilecektir; zira taşıyıcı annelik sözleşmesi, ticarî niteliği haiz olduğu hâllerde tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin mahiyeti gereği bu seçimlik haklardan dönme hükümlerine başvurulması mümkün değildir. Doğumdan sonra sözleşmenin feshi de taşıyıcı annelik ilişkisi bakımından bir anlam ifade etmez. Dolayısıyla TBK m.125 çerçevesinde başvurulması olanaklı tek yol, aynen ifa ve gecikme tazminatı olacaktır.

²⁹⁵ Morrissey, **a.g.e.**, s. 538.

²⁹⁶ Morrissey, **a.g.e.**, s. 539.

²⁹⁷ Erol, **a.g.e.**, s.126.

²⁹⁸ TBK m. 90 hükmü şu şekildedir: “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”

Türk hukukunda ücret karşılığı taşıyıcı annelik sözleşmelerinin yapılmasına izin verilmesi durumunda, sözleşmeler hukukuna ilişkin kurallar çoğu durumda sözleşmenin tabiatına uygun olmayacaktır. Bu sebeple sözleşmenin hükümleri ve aşamalarına bilhassa da ücrete ilişkin konularda sözleşmenin niteliğine uygun düzenlemeler yapılması önem arz eder. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde kararlaştırılacak ücrete ilişkin kanun koyucunun bir asgari ücret tarifesi öngörmesi, taşıyıcı annenin uğrayabileceği muhtemel suiistimalleri engellemesi bakımından yerinde olur. Taşıyıcı annenin öngörülmüş olan ücrete sözleşmenin hangi aşamalarında ve ne kadarına hak kazanacağını düzenlenmesi çıkabilecek uyuşmazlıkları önleme noktasında önemli olacaktır. Bu çerçevede kanun koyucunun, gebelik gerçekleşinceye kadar, hamileliğin belirli aşamalarında ve doğumun gerçekleşmesinden sonra ücretin ne kadarına hak kazanılacağını belirlemesi yerinde olur. Bu sayede gebeliğin taşıyıcı annenin kusuru olmaksızın gerçekleşmediği ya da sona erdirildiği hâllerde taşıyıcı annenin talep edebileceği ücret belirli olur.

3. Çocuğu Teslim Alma Yükümlülüğü

Müstakbel anne ve babanın en önemli yükümlülüğü doğumun ardından çocuğu teslim almaktır²⁹⁹. Doğumdan sonra müstakbel anne ve babanın, çocuk konusunda fikirlerini değiştirerek doğan çocuğu teslim almak istememeleri, taşıyıcı anne bakımından da endişe yaratan bir durumdur³⁰⁰. Bu nedenle müstakbel anne ve babanın doğan çocuk ya da çocukları taşıyıcı anneden alarak büyütme konusunda sözleşmenin başından sonuna kadar kararlı olmaları oldukça önemlidir. Bu aynı zamanda doğan çocuğun sağlık problemleri olması ihtimalinin de baştan düşünülmesini gerektirir.

İsrail hukukuna göre çocuk, doğum gerçekleştikten sonra mümkün olan en kısa sürede müstakbel ebeveyne teslim edilmelidir. Bu noktada çocuğun teslimini sağlamak üzere doğduktan sonra çocuğa bir sosyal hizmetler görevlisi vasi olarak atanmaktadır³⁰¹. Bu sosyal hizmetler görevlisi çocuğun taşıyıcı anneden, müstakbel ebeveyne fiziksel olarak teslimi esnasında da tarafların yanında bulunarak çocuğun tesliminde yaşanacak sıkıntıların engellenmesine yardımcı olur³⁰². Çocuğun doğar

²⁹⁹ Erol, **a.g.e.**, s.127.

³⁰⁰ Shalev, **a.g.e.**, s. 62; Morrissey, **a.g.e.**, s. 534.

³⁰¹ Schenker, **a.g.e.**, s. 256; Shalev, **a.g.e.**, s. 62.

³⁰² Schenker, **a.g.e.**, s. 256.

doğmaz müstakbel ebeveyne teslimi ile müstakbel ebeveyn, çocuğun velâyetini ve velâyete bağlı haklarını kazanırlar.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin baştan sonra devlet kontrolünde yapıldığı İsrail’de müstakbel ebeveynin çocuğu teslim almaktan kaçınma imkânı kanunla düzenlenmemiş ve böylece çocuğun teslimi noktasına geline bir taşıyıcı annelik sözleşmesinde, müstakbel ebeveynin çocuğu teslim almaktan vazgeçmesi önlenmek istenmiştir. Öte yandan, taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilen ABD, Birleşik Krallık gibi ülkelerde müstakbel ebeveynin çocuğu teslim almamaları durumunda nasıl bir yol izleneceği hususunda hukukî düzenlemeler eksiktir. Makul olan, müstakbel ebeveyn çocuğu teslim almazsa çocuğun taşıyıcı annede kalması, taşıyıcı annenin de çocuğu istememesi hâlinde devlet tarafından koruma altına alınmasıdır. Bu noktada soybağına ilişkin hükümler saklıdır.

Türk hukukunda da taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin verilmesi hâlinde müstakbel ebeveyne çocuğu teslim almaktan kaçınma hakkının tanınmaması yerinde olur. Zira müstakbel anne ve babanın kendi üreme hücreleri kullanılarak kendi iradeleriyle başlatmış oldukları ve nihayetinde bir çocuğun dünyaya geleceği böylesine bir hukukî ilişkinin sonuçlarından kaçınabilmelerine olanak vermek yerinde olmaz. Bu noktada, müstakbel anne ve babanın her ikisinin de ayırt etme gücünü yitirmeleri, vefat etmeleri ya da hapse girmeleri durumlarında taşıyıcı annenin iradesinin de o yönde olması koşuluyla çocuğun taşıyıcı annede kalması düşünülebilir. Taşıyıcı anne de çocuğu teslim almak istemezse makul olan çocuğun devlet koruması altına alınmasıdır.

TAŞIYICI ANNELİKTE SOYBAĞININ KURULMASI

I. Genel Olarak

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin hukuka veya ahlâka aykırı kabul edilmesi ya da konusunun imkânsız olması nedeniyle geçersiz kabul edilmesi hâlinde bu durum sözleşmenin tarafları bakımından sözleşmeler hukukuna ilişkin sonuçlar doğurur. Öte yandan böyle bir sözleşme ilişkisi sonucunda dünyaya gelen bir çocuk söz konusu olduğunda bu çocuğun soybağının kurulması meselesi sözleşmesel meselelerden bağımsız olarak değerlendirilmeli ve çocuğun soybağının kurulması esas olmalıdır.

Taşıyıcı annelik ile tarafların nihaî amacı, müstakbel anne ve baba ile çocuk arasında uygun bir şekilde soybağının kurulması ve çocuğun müstakbel anne ve/veya babaya teslimidir. Ancak bu isteğin kolayca gerçekleşebileceğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Taşıyıcı annelik ilişkisi kapsamında soybağı hususunda meydana gelebilecek ihtimalleri ayrı ayrı değerlendirmek ve sonuçlarını tespit etmek gerekmektedir. Bu çerçevede, müstakbel anne ve babanın üreme hücrelerinin kullanıldığı durumlar ile müstakbel anne ve babadan yalnızca birinin üreme hücresinin kullanıldığı taşıyıcı annelik ilişkilerinde soybağının tespiti farklı şekillerde gerçekleştirilir. Bunun yapılabilmesi için öncelikle anne ile çocuk arasındaki soybağının tespitine ilişkin yöntemi belirlemek gerekmektedir. Zira, taşıyıcı annenin yumurtasının kullanılmadığı durumlarda, çocuğu doğuran kişi ve çocukla genetik bağa sahip olan kişi birbirinden ayrılmaktadır. Bu noktada çocuğu doğuran kişi biyolojik anne olarak nitelendirilirken, yumurtasını veren kişi genetik anne olarak değerlendirilmektedir. Genetik annelik ile biyolojik anneliğin birbirinden ayrıldığı durumlarda ise hangi tür anneliğe üstünlük tanınacağı öğretide tartışma konusudur. Bu sebeple ilk olarak genetik anne ile biyolojik anneden hangisinin tercih edilmesi gerektiğine ilişkin görüşleri değerlendirerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Bu çerçevede çalışmamızın soybağı başlığı altında ilk olarak bu hususu değerlendirerek açıklığa kavuşturmaya çalışıp ardından tespit ettiğimiz ilkeler çerçevesinde taşıyıcı annelik ilişkisinde meydana gelebilecek ihtimalleri değerlendirerek soybağına ilişkin çözümler getirilmeye çalışılacaktır.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının kurulması hususu incelenirken ÇHS hükümlerinin de her zaman dikkate alınması gerekmektedir. Konumuz bakımından özellikle çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi, çocuğun ayrımcılığa uğramaması ve çocuğun vatansız kalma tehlikesi varsa vatansızlığın önlenmesi noktasında ÇHS'nin devletlere getirdiği yükümlülükler önemlidir.

Çocuklarla ilgili herhangi bir eylemde çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alınması yükümlülüğü, ÇHS'nin temel taşlarından biridir³⁰³. ÇHS m. 3/f.1 düzenlemesi devletleri, ÇHS'yi bir bütün olarak uygularken çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmaya zorunlu kıldığı için bütüncül bir yaklaşım öngörmektedir. Ayrıca, ÇHS m. 3/f.2 hükmü, çocuklarla ilgili herhangi bir eylemde,

³⁰³ Özdemir / Ruhi, **a.g.e.**, s. 16; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 65; Wade, **a.g.e.**, s. 2.

Sözleşmenin diğer hükümlerine bağlı kalınmaksızın çocuğun yüksek yararının gözetilmesini gerektirir. Bu noktada taşıyıcı annelik yöntemiyle dünyaya gelen bir çocuğun ebeveyninin tespiti de Sözleşme kapsamında çocuğu ilgilendiren bir eylem olduğundan devletlerin önceliği, ÇHS m. 3 hükmü gereği çocuğun yüksek menfaatinin korumaktır.

ÇHS hükümleri incelendiğinde, eşitlik prensibinin temel alındığı ve çocukları, sadece büyüklerle değil kendi aralarında da eşit tutmayı hedeflediği görülmektedir. Çocuklara karşı ayrımcılık yapma yasağı ÇHS m. 2/f.1 hükmünde şu şekilde düzenlenmiştir: *“Taraflar Devletler, bu Sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, ana babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları, ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasal ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanır ve taahhüt ederler.”* Bu düzenleme diğer insan hakları sözleşmelerindeki ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlere³⁰⁴ büyük ölçüde benzerlik gösterse de çocukların özel durumlarını dikkate aldığı için konumuz açısından oldukça önemlidir. ÇHS, yalnızca çocuğun kendisini ilgilendiren hususlarda ayrımcılığa uğramasını yasaklamakla kalmamış, bu yasağı çocukların ebeveynlerine, vasilerine ve diğer aile fertlerine de yayarak, ebeveyn-çocuk ilişkilerinin özellikleri ile çocukların genellikle içinde bulundukları bağımlılık durumunu kabul etmiştir. Sözleşme kapsamında çocuğun yasal ebeveynine atfedilen gerekçelerle ayrımcılığa tâbi tutulması da yasaklanmıştır³⁰⁵.

ÇHS’nın ayrımcılık yasağına ilişkin bu hükmü, Sözleşmeye taraf devletlerin ülkesinde bulunan bütün çocuklara, çocukların, vatansız, yabancı veya yasa dışı yollarla ülkede bulunmalarına bakılmazsın uygulanması gerekmektedir. Taşıyıcı annelik ilişkilerinden doğan problemlerde de devletlerin, genellikle kendi vatandaşı

³⁰⁴ Örneğin Türkiye’nin de 4.06.2003 tarih ve 4868 sayılı “Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun” (RG, 18.06.2003, S. 25142) ile çıkardığı ve 7.7.2003 tarih ve 2003/5851 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanmasını uygun bulunduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi m. 2 hükmüne göre; *“Bu Sözleşme’ye Taraf her Devlet kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.”*

³⁰⁵ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 60; Samantha Besson, “The Principle of Non-Discrimination in the Convention on the Rights of the Child”, **The International Journal of Children’s Rights**, Vol: 13, 2005, s. 446. Ayrıca ÇHS m.2/f.2 hükmü şekildedir: *“Taraflar Devletler, çocuğun ana-babasının, yasal vasilerinin veya ailesinin öteki üyelerinin durumları, faaliyetleri, açıklanan düşünceleri veya inançları nedeniyle her türlü ayırımı veya cezaya tabi tutulmasına karşı etkili biçimde korunması için gerekli tüm uygun önlemleri alırlar.”*

olmayan hatta henüz herhangi bir devlet vatandaşlığı bulunmayan çocuklarla ilgili karar alırken ÇHS hükümlerini dikkate alması gerekmektedir. ÇHS m. 2 hükmünde sayılan çocukların ayrımcılığa maruz kalabileceği hususlar örnekleyici sayım şekliyle belirlendiğinden, ilgili hükümde bulunmayan nedenlerle de çocuklara karşı ayrımcılık sonucunu doğurabilecek davranışlar bu yasak kapsamında değerlendirilebilir³⁰⁶.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından, çocuğun “doğuş” şeklinden kaynaklı olarak ayrımcılığa uğraması söz konusu olabilir³⁰⁷. Bir çocuğun, dünyaya gelme şekline bakılarak çocukla ebeveyni arasındaki soybağını kurmak ya da kurmamak bu anlamda çocuğa karşı ayrımcılığa sebep olabilmektedir³⁰⁸. Tüm çocuklara, doğum koşullarına bakılmaksızın eşit davranılması gerekmektedir. Bu çerçevede, soybağının kurulması noktasında karşılaşılan güç durumlara çözüm getirilmeye çalışılırken ÇHS ile kabul edilmiş ilkelerin daima göz önünde bulundurulması ve taşıyıcı annelik ile dünyaya gelen çocuklar bakımından da geleneksel yollarla dünyaya gelen çocuklar için uygulanan ilkelerin tatbik edilebilmesi için gerekli hukukî yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir.

Taşıyıcı annelik ilişkileri bakımından çocuğun soybağının kurulması, soybağına bağlı olarak çocuğun vatandaşlık kazanması bakımından da oldukça önemlidir. Özellikle sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkilerinde hem çocuğun doğum yeri ülkesinde hem de çocuğun doğumdan sonra yaşamını devam ettirmek amacıyla götürüleceği müstakbel ebeveyninin yaşadıkları ülkede *ius sanguinis*³⁰⁹ ilkesinin kabul edildiği, fakat çocuğun yasal ebeveyninin kim olduğu konusunda her iki devletin de farklı sonuçlara ulaştığı durumlarda çocuğun vatansız kalması tehlikesi bulunmaktadır³¹⁰. Bu noktada ÇHS m. 7/f.1’e göre, “Çocuk doğumdan hemen sonra

³⁰⁶ Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, **Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 15; Katherine Wade, “The Regulation of Surrogacy: a Children’s Rights Perspective”, **Child and Family Law Quarterly**, Vol. 29:2, 2017, s. 3; Paula Gerber, Katie O’Byrne, “Souls in the House of Tomorrow; The Rights of the Children Born via Surrogacy”, **Surrogacy, Law and Human Rights**, Editörler: Paula Gerber, Katie O’Byrne, New York, Roudledge, 2016 s. 85.

³⁰⁷ Sözleşme “doğuş” esasına dayalı ayrımcılığı yasaklarken aslında evlilik dışı doğan çocuklar bakımından ayrımcılık yapılmasını önlemeyi hedeflese de Sözleşmenin kapsayıcı yapısı dikkate alınarak taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocukların da “doğuş” nedeniyle ayrımcılığa uğramasının yasaklandığı görüşü için bkz. Stark, **a.g.e.**, s. 386. Taşıyıcı annelikte doğan çocuk bakımından “doğuş” nedeniyle ayrımcılık meydana getirdiği kabul edilmese bile “diğer statüler” kapsamında çocuk bakımından ayrımcılık oluşturabilecektir. Bkz. Gerber, O’Byrne, **a.g.e.**, s. 386.

³⁰⁸ Stark, **a.g.e.**, s. 386; Tobin, **a.g.e.**, s. 334.

³⁰⁹ Kan bağı esasına dayalı vatandaşlığın kazanılması prensibidir.

³¹⁰ Çocuğun vatansız kalma ihtimalinin bulunduğu 2008 tarihli *Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr* davası bir çocuğun, iki ayrı hukuk düzenindeki farklı uygulamalar sonucu hukukî bir belirsizliğin içinde savunmasız kaldığını gösteren davalardan ilkidir. Söz konusu davaya göre 2007 yılında Japon bir çift, Hindistan’a giderek Hintli bir taşıyıcı anne ile taşıyıcı annelik sözleşmesi imzalamıştır. Sözleşmeye göre, müstakbel babanın spermli ile yumurta bağı yöntemi ile elde edilen yumurta

derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.” Çocuğun vatandaşlık kazanma hakkı Kişisel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 24/f.3³¹¹,’te de aynı şekilde ifade edilmiştir. Bu hak EİHB m. 15’te ifade edilen genel vatandaşlık hakkının daha zayıf bir görünümüdür³¹². Vatandaşlık kazanma hakkı ile taraf devletlerde doğan her çocuğa vatandaşlık verilmesi gerektiği kastedilmemektedir³¹³.

Vatansız çocukların tehlikeli durumunu dikkate alarak vatansızlığın ortadan kaldırılması gayesiyle ÇHS m. 7/f.2 hükmü taraf devletlere, vatansız çocuklar söz konusu olduğunda uluslararası hukuka uygun hareket etme yükümlülüğü yüklemiştir³¹⁴. ÇHS, çocuğun vatandaşlığının nasıl belirleneceğine dair açık ve yol gösterici düzenlemeler getirmeyerek vatandaşlığın kazanılması konusunu büyük ölçüde devletlerin iç hukukuna ait bir mesele olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla ÇHS m.7/f.2 hükmüyle taraf devletlerin, kendi topraklarında doğan her çocuğa otomatik olarak vatandaşlık vermek zorunda olduğu anlaşılmamalı fakat devletlerin, çocukları

kullanılarak oluşturulan embriyo, taşıyıcı anneye nakledilmiştir. 2008 yılının temmuz ayında taşıyıcı anne, Hindistan’da bir kız çocuğu olan Bebek Manji’yi dünyaya getirmiştir. Çocuğun doğumundan bir ay önce, Japon çift boşanmıştır. Müstakbel baba çocuğu istemesine rağmen müstakbel anne, kendisiyle herhangi bir genetik ya da biyolojik bağı olmayan Bebek Manji’yi istememiştir. Müstakbel baba, Hindistan’daki Japon Büyükelçiliği’ne başvurarak Bebek Manji adına pasaport çıkartmak ve çocuğu alıp Japonya’ya götürmek istemiştir. Buna karşılık Japon Büyükelçiliği, Japon Medeni Kanunu’na göre çocuğu doğuran kadın anne olarak kabul edildiği ve Japon vatandaşlığı anneye bağlı olarak verildiğinden Bebek Manji’yi doğuran taşıyıcı annenin Japon değil Hintli olmasını gerekçe göstererek Japon pasaportu vermeyi reddetmiştir. Japon müstakbel baba, çocuğu tanıma yolu ile tanısa bile doğumdan sonra tanınan gayrimeşru bir çocuk olarak Bebek Manji’nin Japon vatandaşlığını kazanması mümkün olmamıştır. Söz konusu tarihte Hindistan kanunlarında taşıyıcı anneliğe ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hindistan yetkili makamları tarafından Bebek Manji’nin doğum belgesinde Hintli taşıyıcı annenin ismine yer verilmeden sadece Japon müstakbel babanın adı yazılmıştır. Hindistan vatandaşlık kanununa göre ise, Hindistan vatandaşlığını kazanmak için çocuğun anne ya da babasından en az birinin Hindistan vatandaşı olması gerektiğinden ve Bebek Manji’nin doğum belgesinde sadece Japon müstakbel babanın ismi yer aldığından çocuk Hindistan vatandaşlığını da kazanamamıştır. Sonuç olarak ne Hindistan ne de Japon vatandaşlığı kazanan Bebek Manji, vatansız kalmıştır. Müstakbel babanın uğraşları sonucu Hindistan Yüksek Mahkemesi’nin kararıyla Bebek Manji adına bir kimlik belgesi düzenlenmiş ve bu belge ile Japonya Büyükelçiliği Bebek Manji’ye vize vermiştir. Söz konusu karar için bkz. *Baby Manji Yamada vs. Union of India and Another* (2008) 13 SCC 518. Kararın İngilizce metni için Bkz. <https://indiankanoon.org/doc/854968/>. (ET. 5.10.2021)

³¹¹ İlgili madde hükmü şu şekildedir: “... (3) *Her çocuk bir vatandaşlık kazanma hakkına sahiptir*”

³¹² Ineta Ziemele, “*The Right to Birth Registration, Name and Nationality and the Right to Know and be Cared for by Parents*”, **A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child**, Editörler: André Alen, Johan Vande Lanotte, Eugeen Verhellen, Fiona Ang, Eva Berghmans and Mieke Verheyde, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007, s. 12.

³¹³ ÇHS’nin hazırlanma sürecinde 7. madde hükmünün çocuğun, vatansız kalmasını engelleme noktasında daha etkili bir şekilde ifade edilmesi önerilmesine rağmen çoğunluğun görüşüyle KSHUS’deki aynı yaklaşım benimsenmiştir.

³¹⁴ ÇHS m.7/f.2 hükmüne göre “*Taraf Devletler, özellikle çocuğun tabiiyetsiz kalması söz konusu olduğunda kendi ulusal hukuklarına ve ilgili uluslararası belgeler çerçevesinde üstlendikleri yükümlülüklerine uygun olarak bu hakların işlerlik kazanmasını taahhüt ederler.*”

vatansızlıktan koruma ve ÇHS'de yer alan genel ilkelere uyma yükümlülüğü altında olduğu ifade edilmektedir.

Devletlerin vatandaşlık kanunlarındaki farklı yaklaşımlar nedeniyle, taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuklarının bir an önce soybağının kurulması oldukça önemlidir. Aşağıdaki bölümde taşıyıcı annelikte çocuğun müstakbel anne ve babayla soybağının tesisine ilişkin farklı ihtimaller ayrıntısıyla incelenecektir.

II. Müstakbel Anne ve Babanın Üreme Hücrelerinin Kullanıldığı Hâllerde Soybağının Kurulması

A. Baba ile Soybağının Kurulması

1. Taşıyıcı Annenin Evli Olmaması Hâlinde Baba ile Soybağı

Müstakbel anne ve babanın her ikisinin de üreme hücrelerinin kullanıldığı hâllerde, taşıyıcı anne evli değilse müstakbel baba ile çocuk arasında soybağının kurulması hukuken oldukça kolaydır. Müstakbel baba, tanıma beyanı ile çocukla arasında soybağının kurulmasını sağlayabilir. Tanıma, genetik babanın, kanunun aradığı şekil çerçevesinde kanunda öngörülmüş olan makamlara beyanda bulunmak suretiyle çocukla arasında soybağını kurmasını sağlayan, kurucu yenilik doğuran, tek taraflı bir hukukî işlemdir³¹⁵. Tanıma, geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bir diğer deyişle, çocuğun doğduğu tarih itibarıyla tanıma beyanında bulunan kişi ile çocuk arasında soybağı tesis edilir. Tanıma beyanı bir yenilik doğuran irade beyanı olduğu için geri alınamaz. Bununla birlikte tanıma beyanını sakatlayan ya da ortadan kaldıran durumların varlığı halinde tanımayı geçersiz kılmak mümkündür³¹⁶.

TMK m. 295/f.1 hükmüne göre, tanıma, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvuru ya da resmî senet yahut vasiyetname ile yapılabilir. Müstakbel baba ile çocuk arasında soybağının tesisi noktasında karşılaşılmaması en muhtemel tanıma hâlleri, nüfus memurluğuna ve mahkemeye yapılan yazılı tanıma beyanları olması sebebiyle çalışma kapsamında yalnızca bu hususlar hakkında bilgi verilmekle yetinilecektir.

³¹⁵ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 346; Mustafa Dural/Tufan Öğüz/ Mustafa Alper Gümüş, **Aile Hukuku**, 12. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016, s. 282; Mehmet Erdem/ Aslı Makaracı-Başak, **Aile Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayınları, 2022, s. 361.

³¹⁶ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 347; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 287-288; Erdem/Makaracı-Başak, **a.g.e.**, s. 364.

Doğumun ardından TMK m. 282/f.1 hükmünde öngörülen karine gereği çocuğu doğuran kadının anne olduğu kabul edilecektir. Yazılı tanıma beyanının yapılması gereken nüfus memurluğu, çocuğun nüfusa kayıtlı olduğu yerin, bir diğer deyişle annesinin yerleşim yerinin bulunduğu nüfus memurluğudur³¹⁷. Dolayısıyla müstakbel baba tanıma beyanını, taşıyıcı annenin yerleşim yerinin bulunduğu nüfus memurluğuna yapmak durumundadır. Kendisine yazılı bir şekilde tanıma beyanı yöneltmiş olan nüfus memuru tanımayı, babanın ve çocuğun kayıtlı bulunduğu yerin nüfus memurluklarına bildirir (TMK m. 296/f.1). Çocuğun kayıtlı bulunduğu nüfus memurluğu ise tanımayı çocuğa, anasına, çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirmek durumundadır (TMK m. 296/f.2)

TMK m. 295 hükmünde tanımanın mahkemeye de yapılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak mahkemeye yapılan tanıma beyanının özellik arz ettiği durumun tespitinin öğreti tarafından yapılması gerekmiştir. Zira, normal şartlarda mahkemeye yazılı bir tanıma beyanı yöneltmesi durumunda mahkemenin yapacağı şey, tanıma beyanını ilgili nüfus memurluğuna iletmekten ve herhangi bir işlem tesis etmemekten ibaret olacaktır. Bu çerçevede, mahkemeye yapılan tanıma beyanının hangi durumda kurucu nitelikte olacağı hususunun incelenmesi gerekmektedir. Öğretide ifade edilen görüşe göre, TMK m. 295/f.1 hükmünde bahsi geçen mahkeme, babalık davasının görülmekte olduğu mahkemeyi ifade etmektedir. Buna göre, yargılama esnasında mahkemeye yöneltilen yazılı bir tanıma beyanı, babalık davasının kabul edilmesi sonucunu doğurur. Söz konusu beyanla çocuk ve baba arasında soybağı kurulduğu için babalık davası, konusuz kalması sebebiyle sona erer³¹⁸.

Müstakbel babanın çocuğu tanıma yoluna gitmediği hâllerde, babalık davası yoluna başvurmak da mümkündür. Zira bir kimseyi, genetik bağ mevcut olsa bile bir çocuğu tanımaya zorlamak mümkün değildir. İşte böyle durumlarda, kanun koyucu soybağının tesisini sağlamak için dava açma imkânı tanımıştır. Bu çerçevede, babalık davasının konusu, çocukla baba arasında soybağının kurulmasını sağlamaktır³¹⁹.

Babalık davasının anne ve çocuk tarafından birlikte ya da ayrı ayrı açılabilmesi mümkündür. Taşıyıcı annelikte, genetik bağ haiz müstakbel anne ile çocuk arasında

³¹⁷ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 347; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 288-289; Erdem/Makaracı-Başak, **a.g.e.**, s. 362.

³¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 284-285.

³¹⁹ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 358; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 292; Erdem/Makaracı-Başak, **a.g.e.**, s. 369.

soybağının kurulması³²⁰ uzun ve zorlu bir süreç olduğu için babalık davasının çoğu durumda taşıyıcı anne tarafından açılması gerekecektir. Bununla birlikte, taşıyıcı anne tarafından hâlihazırda TMK m. 282 hükmündeki karineyi bertaraf etmek amacıyla soybağının reddi davası açabileceği kabul edilir ve böyle bir dava taşıyıcı anne tarafından açılırsa, taşıyıcı anne tarafından bir de babalık davası açılması mümkün değildir. Zira söz konusu davada, davacı olabilme imkânı kanunen anne olan kişiye tanınmıştır. Eğer bir kişinin anneliği çekişme konusuysa, karine sebebiyle anne kabul edilen kimsenin babalık davası açtığı hâllerde, mahkeme öncelikle annelik statüsünün tespitine ilişkin kararı beklemek durumundadır. Annelik statüsünün belirsizliği durumunda, çocuğun menfaati çerçevesinde baba ile soybağını bir an önce kurmak amacıyla çocuğa bir kayyım tayini yoluna gidilerek babalık davasının kayyım tarafından açılması sağlanabilir.

Çocuk da babalık davası açma yetkisini haizdir. Çocuk, ergin ise babalık davasını bizzat açabilir (TMK m. 301/f.1). Ergin oluncaya kadar çocuk, dava ehliyetine sahip olmayacağından babalık davasını bizzat açabilmesi mümkün değildir. Ancak babalık davasının açılabilmesi için çocuğun ergin olmasını beklemenin yaratabileceği sakıncaları gidermek amacıyla çocuğa bir kayyım tayin edilmesi suretiyle babalık davasının açılabilmesini belirtmiştir³²¹.

Eğer TMK m. 282/f.1 hükmündeki annelik karinesinin aksi ispat edilmemişse babalık davasının taşıyıcı anne tarafından açılabilmesi mümkündür. Öte yandan, annelik karinesi bertaraf edilmiş ve bunun akabinde genetik anne ile çocuk arasında tanıma ya da annelik davası ile soybağı kurulmuşsa, müstakbel baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasına ilişkin davanın, genetik anne tarafından açılması mümkündür.

Çocuk ile anne tarafından açılan davalar birbirlerinden bağımsızdır. Bu sebeple annenin açmış olduğu dava herhangi bir sebeple reddedilmiş olsa dahi çocuğun dava hakkı etkilenmez. Benzer şekilde anne, açık bir şekilde çocuğun menfaatine aykırı olarak davada sulh olmuş ya da dava açmaktan açıkça feragat etmiş olsa dahi çocuğun dava açma hakkı varlığını sürdürmektedir³²².

³²⁰ Müstakbel anne ile çocuk arasında soybağının kurulması hakkındaki açıklamalarımız için bkz. s. 76 vd.

³²¹ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 360; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 293; Erdem/Makaracı-Başak, **a.g.e.**, s. 370.

³²² Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 360; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 293.

Babalık davasında davalı, çocuk ile arasında genetik bağ bulunan kişidir. Müstakbel anne ve babanın üreme hücrelerinin kullanılması durumunda genetik bağ, çocuk ile müstakbel baba arasında söz konusu olduğundan davanın, müstakbel babaya yöneltilmesi gerekmektedir. Müstakbel baba ölmüşse dava, onun mirasçılarına karşı açılır (TMK m. 301/f.2).

Babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Anne, babalık davasını çocuğun doğum tarihinden itibaren bir yıl içerisinde açmak durumundadır. Eğer annelik sıfatı üzerinde bir çekişme meydana gelirse babalık davasının anne tarafından açılması mümkün değildir. Annelik statüsünün belirlenmesi için beklenmesi durumunda, babalık davası açmak için kanun koyucu tarafından tanınan bir yıllık sürenin aşılabilmesi ihtimal dahilindedir. İşte böyle durumlarda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları engellemek için TMK m. 303/f.4 hükmünün uygulanması gerekir. Söz konusu hükme göre, “*Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir*”. Kanaatimizce, annelik sıfatı üzerindeki çekişmeyi babalık davasının açılmasını geciktiren haklı bir sebep olarak kabul etmek gerekmektedir. Bu sebeple, annelik hususundaki çekişme son bulduktan sonra anneliği tespit edilmiş kişiye (müstakbel anne ve babaya ait üreme hücrelerinin kullanıldığı durumlarda bu kişi müstakbel anne olacaktır) babalık davası açabilmesi için bir aylık ek süre verilmesi uygun olur.

2. Taşıyıcı Annenin Evli Olması Hâlinde Baba ile Soybağı

Taşıyıcı annenin evli olması hâlinde doğan çocuk, TMK m. 285³²³ hükmündeki evlilik birliği içinde doğan veya ana rahmine düşen çocuğun babasının koca olduğu karinesinin bir sonucu olarak taşıyıcı annenin kocası ile soybağı ilişkisine sahip olur. Böyle durumlarda, müstakbel baba ile çocuk arasındaki soybağının kurulabilmesi için öncelikle TMK m. 285 hükmünden kaynaklanan babalık karinesinin çürütülmesi ve bu sayede taşıyıcı annenin eşinin, baba olmadığına ispat edilmesi gerekmektedir.

Sperm ya da embriyo bağışısı durumunda karine gereği baba olan kişinin, soybağının reddi davası açıp açamayacağı öğretide tartışmalı olan bir meseledir³²⁴.

³²³ TMK m. 285 hükmü şu şekildedir: “*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.*”

³²⁴ Sperm bağışısı durumunda kocanın soybağını reddetme hakkının olup olmadığı öğretide ciddi tartışmaların doğmasına sebebiyet vermiştir. Bu noktada bir görüşe göre, sperm bağışısına ilişkin rıza, ahlâka aykırı olması sebebiyle geçersiz olsa dahi kocanın, soybağını reddetme hakkı bulunmamaktadır.

Ancak taşıyıcı annenin kocası bakımından söz konusu tartışmanın pratik bir önemi bulunmamaktadır. Zira burada koca, en başından itibaren çocuğu sahiplenmeye dönük bir iradeden yoksundur. Kocanın, taşıyıcı annelik ilişkisine verdiği rıza çocuğu sahiplenme amacıyla olmadığını göstermektedir. Taşıyıcı annelikte temel amaç, çocuğu müstakbel ebeveyne teslim etmektir. Dolayısıyla, karine gereği baba olan kişinin soybağının reddi davası açması hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez³²⁵. Bu noktada, taşıyıcı anne çocuğu sahiplenmeye çalışsa dahi taşıyıcı annenin kocasının çocuğu reddetme hakkı olduğunu kabul etmek gerekmektedir³²⁶.

TMK m. 286 hükmü ile soybağının reddi davasında, davacının koca ve çocuğun açabileceği düzenlenmiştir. Annenin, babalığın reddi davasına ilişkin dava hakkı TMK m. 286 çerçevesinde bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, Anayasaya aykırılık iddiasıyla önüne gelen soyut norm denetimi talebinde anneye söz konusu dava hakkının tanınmamasını özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına aykırı bulmuş ve TMK m. 286/f.1 hükmünü iptal etmiştir³²⁷. Böylece anne de söz konusu kararın yürürlüğe girdiği tarih³²⁸ itibariyle babalığın reddi davası açma hakkında sahip olacaktır.

Söz konusu dava, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka dayanmaktadır. Bu sebeple dava hakkının bizzat koca tarafından kullanılması gerekmektedir³²⁹. Koca, ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte fiil ehliyetinden yoksun olsa dahi, davayı açabilmek için yasal temsilcisinin rızasına ihtiyaç duymaz³³⁰. Öte yandan koca, ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda soybağının reddi davası, kocanın temsilcisi ya da kocaya tayin edilecek bir kayyım tarafından açılmaz. İşte böyle hâllerde ortaya çıkabilecek sıkıntılı durumu engellemek isteyen kanun koyucu TMK m. 291/f.1 hükmünde, belirli

Zira hak arayan kişinin ellerinin temiz olması gerekmektedir. Bu görüşün esasında dürüstlük kuralına dayandığı da söylenebilir. Bkz. Acabey, **a.g.e.**, s. 195. Başka bir görüşe göre ise, kocanın sperm bağışına izin vermesi, çocuğu kabul etmeye dönük bir irade açıklaması niteliğindedir. Bu noktada, kanun koyucunun tanıma ve evlât edinmeye ilişkin irade beyanlarından dönülemeyeceğine ilişkin benimsemiş olduğu prensibin, sperm bağışına rıza verilmesi hâlinde de benimsenmesi gerekmektedir. Bu sebeple, sperm bağışına rıza göstererek bir anlamda çocuğu kabul etmiş babanın, soybağının reddetme hakkı bulunmamaktadır. Bkz. Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 183. Bir başka görüşe göre ise, babalığın reddi davası, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakka dayanmaktadır. Bu sebeple bu hakkın kullanılmasından önceden vazgeçilebilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, koca çocuğu sahiplenme iradesi ile sperm bağışına izin vermiş olsa dahi soybağının reddi davası açma hakkını haizdir. Bkz. Hatemi, **Aile**, s. 104.

³²⁵ Nomer H., **a.g.e.**, s. 589.

³²⁶ Nomer H., **a.g.e.**, s. 590.

³²⁷ RG. 20.10.2023-32345. Karar için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2023/10/20231020-4.pdf>. (ET. 25.11.2023)

³²⁸ 20.10.2023 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanmış olan karar Anayasa Mahkemesi tarafından belirtildiği üzere dokuz ay sonra 20.7.2023 tarihinde yürürlüğe girecektir.

³²⁹ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 339; Erdem/Makaracı-Başak, **a.g.e.**, s. 329.

³³⁰ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, 339; Erdem/Makaracı-Başak, **a.g.e.**, s. 341.

koşulların gerçekleşmesi hâlinde dava açma hakkını başka ilgililere de tanıma yoluna gitmiştir. İlgili hükme göre, “*Dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi ya da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hâllerinde kocanın altsoyu, anası, babası veya baba olduğunu iddia eden kişi, doğumu ve kocanın ölümünü, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybettiğini veya hakkında gaiplik kararı alındığını öğrenmelerinden başlayarak bir yıl içinde soybağının reddi davasını açabilir*”.

Burada önemli olan husus, müstakbel babanın dava açma hakkıdır. TMK m. 291/f.1 hükmünden anlaşılacağı üzere, müstakbel babanın dava açma hakkı ikincil bir nitelik arz etmektedir. Müstakbel baba, çocukla aralarında soybağına sahip olan kişinin soybağının reddi dava açması için kendisine tanınan kanunî süre sona ermeden önce ölmesi, gaipliğine karar verilmesi veya ayırt etme gücünü yitirmesi durumlarında ancak dava açabilmektedir. Dolayısıyla karine gereği baba olan kişinin, soybağının reddi davası açmadığı ve TMK m. 291/f.1 hükmünde belirlenen istisnai durumların da meydana gelmediği hâllerde, çocukla soybağı ilişkisi tesis etmek isteyen ve genetik bağa sahip olan müstakbel babanın yapabileceği bir şey yoktur. Böyle durumlarda, çocuk ile müstakbel baba arasında soybağının tesis etmenin yolu, TMK m. 291/f.2 hükmü çerçevesinde çocuğa kayyım tayin ederek soybağının reddi davasını bu yolla açmak olacaktır.

Dava taşıyıcı annenin kocası tarafından açılırsa davalılar, anne ve çocuk olur. Eğer TMK m. 282 hükmünde öngörülmüş annelik karinesi gereğince kurulan soybağı varlığını sürdürmekteyse, soybağının reddi davasının taşıyıcı anneye yöneltilmesi gerekir. Öte yandan, müstakbel (genetik) anne ile çocuk arasında soybağı kurulmuşsa davalı, müstakbel anne olur. Soybağının reddi davasının çocuk tarafından açıldığı durumlarda ise davalılar, anne ve baba olacaktır. Soybağının reddi davası taraflardan birinin dava veya doğum sırasındaki yerleşim yeri aile mahkemesinde açılmalıdır (TMK m. 283).

Soybağının reddi davası, yenilik doğuran bir hakka dayanması sebebiyle hak düşürücü sürelerle tabi kılınmıştır. TMK m. 289/f.1 hükmüne göre, “*Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl içinde açmak zorundadır*”. Söz konusu hükmü, taşıyıcı annelik ilişkisinin gereklerine uygun bir şekilde yorumlamak gerekmektedir. Çoğu durumda koca, taşıyıcı annelik ilişkisinin başından

itibaren süreç hakkında bilgi sahibi olmaktadır. Kocanın taşıyıcı annelik sözleşmesi hakkında bilgi sahibi olduğu ve sürece onay verdiği durumlarda, soybağının reddi davası için öngörülmüş hak düşürücü sürenin doğumdan itibaren işlemeye başlaması uygun olur. Zira bu durumda koca, daha doğmamışken çocuğun kendisine ait olmadığını bilmektedir. Öte yandan, gerçekleşme ihtimali oldukça düşük olmakla birlikte koca, taşıyıcı annelik ilişkisinden habersizse süre, kocanın taşıyıcı annelik hususunda bilgi sahibi olduğu andan itibaren işlemeye başlaması gerekir. Çocuk bakımından ise çocuğun ergin olduğu ve soybağı ile bağlı olduğu kişinin baba olmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde davayı açması mümkündür. Ayrıca çocuğa tayin edilen kayyım da atandığına ilişkin kararın kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içerisinde soybağının reddi davasını açmak durumundadır (TMK m. 291/f.1). Soybağının reddi davası açma noktasında yetkilendirilmiş ilgililer ise TMK m. 291/f.1 hükmünde sayılmış olan olguların gerçekleştiğini öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl içerisinde davayı açmalılardır. Soybağının reddi davası için öngörülmüş olan süreler, hak düşürücü nitelikte olduklarından sürenin aşılmış olması durumunda bu olgunun, hâkim tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekir.

Annenin açacağı babalığın reddi davasında babanın ve çocuğun dava hakkını düzenleyen hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Bu çerçevede, annenin açtığı babalığın reddi davasında davalılar, çocuk ve baba olacaktır. Anne bakımından da ilgililerin babalığın reddi davası açabileceğini kabul etmek taşıyıcı anneliğin niteliğine uygun düşer. Babanın dava açma hakkını kaybetmeden ayırt etme gücünü kaybetmesi, ölmesi ya da gaipliğine karar verilmesi durumunda kanunda belirtilmiş olan ilgililerin de dava açabileceğini düzenleyen TMK m. 291 hükmü bu noktada yol gösterebilir. Bu kapsamda TMK m. 291/f.1 hükümden soybağının reddi davası açma hakkında sahip annenin yanında bu davayı anneye tanınmış hak çerçevesinde açabilecek olan ilgililer tayin edilebilir. Burada söz konusu hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulamak yerinde olur. Buna göre, TMK m. 291/f.1’de aranan koşulların yerine gelmesi gerekmeksizin ilgili olarak kabul edilen genetik/müstakbel anne ile taşıyıcı annenin alt soyu ve ana ile babasının bu davayı açabilmesi gerekir³³¹. Bu sayede, taşıyıcı annenin doğurmuş olduğu çocuk ile hiçbir genetik bağı olmamasına rağmen babalık karinesi gereğince çocukla arasında soybağı

³³¹ Anneliğin reddi davası bakımından da TMK m. 291/f.1 hükmünden niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiğine ilişkin açıklamalarımız için bir sonraki bölümde “Görüşlerin Değerlendirilmesi” başlığına bakınız.

kurulan taşıyıcı annenin kocasına karşı bu davayı açabilecek olan kişilerin kapsamı genişletilmiş ve kanunun korumaya çalıştığı menfaatler güçlendirilmiş olur.

Annenin bu davayı hangi süre içerisinde açabileceği hususu da koca ve çocuğa ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla tespit edilir. Bu kapsamda anne soybağının reddi davasını, çocuğun doğumundan itibaren 1 yıl içerisinde açmalıdır. Ancak, anne ile çocuk arasında kurulmuş olan soybağının çekişme konusu olması durumunda TMK m. 289/f.3 hükmü gereğince haklı sebebin varlığı kabul edilerek anne ile çocuk arasında soybağı ilişkisi netleştirildikten sonra 1 yıllık süre bu davayı açabilir.

Soybağının reddi davasının kabul edilmesi hâlinde, babalık karinesi çerçevesinde tesis edilmiş olan soybağı sona erer. Soybağının reddine ilişkin karar geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Dolayısıyla taşıyıcı annenin eşi ile çocuk arasında hiç soybağı ilişkisi kurulmamış kabul edilir; hukukî sonuçlar da bu esasa göre tayin edilir³³².

Babalık karinesinin yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde bertaraf edilmesiyle birlikte, müstakbel baba ile çocuk arasında soybağı kurulması mümkün olmaktadır. Bu noktada müstakbel baba, tanıma yoluyla çocuk ile arasında soybağı kurulmasını sağlayabilir. Ancak müstakbel babanın tanımada bulunmaması durumunda tek çare babalık davasına başvurmaktır.

B. Anne ile Soybağının Kurulması

TMK m. 282 hükmüne göre, çocukla anne arasındaki soybağı doğumla kurulmaktadır. Söz konusu hüküm, evrensel bir hukuk normu niteliğinde olup kökleri Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Bu hükmün sonucu olarak taşıyıcı anne, aslında çocuk kendi yumurtasından meydana gelmemiş olsa dahi, çocuğun annesi olmaktadır. Öte yandan ortaya çıkan bu sonucu tatminkâr bulmayan birtakım yazarların öne sürdüğü görüşler ile TMK m. 282 hükmünün uygulanması ve sonuçları hususunda öğretide bir tartışma vuku bulmuştur. Söz konusu tartışma, biyolojik annelik ile genetik anneliğin hangisine üstünlük tanınacağı noktasında yoğunlaşmaktadır. Bu çerçevede ortaya atılan fikirleri, genetik anneliğe üstünlük

³³² Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 344; Erdem/Makaracı-Başak, **a.g.e.**, s. 338.

veren görüş, biyolojik anneliğe üstünlük veren görüş ve her iki kadının da anne sayılması gerektiğine ilişkin görüşler olmak üzere kategorize etmek mümkündür³³³.

1. Genetik Anneliğe Üstünlük Tanıyan Görüş

Bu görüşe göre, soybağının kurulmasında esas alınması gereken unsur, genetik bağıdır. Bu sebeple de genetik annenin hukuken de anne olarak değerlendirilmesi gerekmektedir³³⁴. Kanun koyucu TMK m. 282 hükmünü kaleme alırken, çocuğu doğuran kişinin aynı zamanda yumurtanın da sahibi olacağı gerçeğinden yola çıkmış ve doğuran kişinin çocukla genetik bir bağa sahip olmayabileceğini hesaba katmamıştır³³⁵. Dolayısıyla günümüzün değişen şartları çerçevesinde kanunun amacına göre bir değerlendirme yaparak genetik anneliğe üstünlük tanınması

³³³ Bu noktada, soybağının tespiti hususunda irade ve niyete sonuç bağlanması gerektiğini öne süren görüşe de değinmekte fayda vardır. Söz konusu görüşe göre, ebeveyn olma iradesi ile hareket eden kimseler ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması gerekmektedir. Buna göre, çocuğa ebeveynlik yapma iradesinde olan kişilerin genetik ya da biyolojik anne-baba olup olmadıkları önem arz etmemektedir. Önemli olan tek husus ebeveynlik arzusu ve iradesine sahip olup olmadıklarıdır. Bkz. Erol, **a.g.e.**, s. 68; Spivack, **a.g.e.**, s. 102-104; Trimmings/ Beaumont, **a.g.e.**, s. 631. İstek ve iradeye göre ebeveynliğin tespiti ABD’de 1998 yılında Kaliforniya Yüksek Mahkemesi tarafından *In Re Marriage of Buzzanca* davasında kabul edilmiş ve genetik materyali olmamasına rağmen çocuğun doğumunu ve onu büyütmeyi arzulayan müstakbel anne ve baba ile çocuk arasında soybağı kurulmasına karar verilmiştir. Karar için Bkz. <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1462278.html> (Erişim Tarihi: 09.05.2021) Ebeveynliğin irade veya istekle tespit edilmesi görüşüne katılmamız mümkün değildir. Zira, kişilerin arzu ve niyete sahip olmadıkları durumlarda da çocuk sahibi olabilmeleri mümkündür. Buna örnek olarak cinsel saldırı neticesinde çocuk sahibi olan kadının durumu gösterilebilir. Eğer bu görüşe üstünlük tanınırsa çocukla genetik bağa sahip olan kişinin, çocuğun soybağını reddetme hakkı olur ki bu da hukuken kabul edilebilir bir sonuç olmaz. Aynı zamanda, taşıyıcı annelik ilişkilerinde, taşıyıcı annenin en başından itibaren çocuğu sahiplenme iradesinin bulunduğu ve müstakbel ebeveynin de iradesinin bu yönde olduğu hallerde, hangi iradeye üstünlük tanınması gerektiği ciddi bir sorun teşkil edebilir. Bkz. Turgut, **a.g.e.**, s. 141-142.

³³⁴ Nomer H., **a.g.e.**, s. 563; Başak Baysal, “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, **Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan**, Cilt I, İstanbul, 2010, s. 516; Erol, **a.g.e.**, s. 188. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi’nde görülen 1993 tarihli *Johnson v Calvert*, davasında, mahkeme müstakbel anne ve babaya ait üreme hücrelerinin kullanıldığı bir taşıyıcı annelik ilişkisinde anneliğin tespiti noktasında genetik anneliğe üstünlük tanıyarak genetik materyalin müstakbel anneye ait olması nedeniyle müstakbel anne ile çocuk arasında soybağının tesisi yönünde karar vermiştir. Bkz. Trimmings/ Beaumont, **a.g.e.**, dipnot 20.

³³⁵ Nomer H., **a.g.e.**, s. 565. Gerçekten de Kanunun gerekçesine bakıldığında, kanun koyucunun genetik anne ile biyolojik anne kavramlarının ayrılabilirliğini hesaba katmadığı anlaşılmaktadır. İlgili hükmün gerekçesi şu şekildedir: “*Maddenin birinci fıkrası, aslında doğal ve hukuki bir gerçeği dile getirmekle birlikte, bir medeni kanunun soybağını düzenleyen hükümlerinde, çocuk ile baba arasında olduğu gibi, çocuk ile ana arasındaki soybağının da nasıl kurulduğunu açıklayan bir hükmün bulunması gerekliliğini yerine getirmektedir. Maddenin kenar başlığı da zaten “Genel Olarak Soybağının Kurulması”dır ve bu genel hükümde, çocuk ile baba arasındaki soybağının nasıl kurulduğu meselesinden önce, çocuk ile ana arasındaki soybağının nasıl kurulduğu meselesinin açıklanması uygun görülmüştür. Böylece birinci fıkra, “çocuğun anası onu doğuran kadındır” şeklindeki doğal hukuk ilkesinin Kanunun soybağına ilişkin hükümlerinin en başında açıkça ifade edilmesini sağlamaktadır. Bu ilke, yürürlükteki Kanunda, “sahih olmayan nesep” açısından 290 ıncı maddede zikredilmektedir*”. TMK m. 282 hükmünün, biyolojik ve genetik anne kavramlarının ayrı olabileceğini hesaba katmadığı ve bu kavramların birbirinden ayrılma ihtimaline karşı net bir çözüm öngörülmesi gerektiği yönündeki görüş için ayrıca bkz. Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı**, İzmir, Güncel Hukuk Yayınları, 2002, s. 222.

gerekmektedir³³⁶. Bu görüşe göre, yumurtanın sahibi olan kadını, söz konusu yumurta kendisinden habersiz bir şekilde döllendirilerek başkasına nakledilmiş olsa dahi, anne olarak değerlendirilmek gerekmektedir³³⁷.

İlgili görüşe göre, hamilelik döneminde çocuk ile taşıyıcı anne arasında meydana gelen bağ, kadını anne olarak nitelendirmek için yetersizdir. Söz konusu bağ, duygusal niteliği bir yana bırakılırsa rahim içindeki çocuğun yaşamsal varlığını sürdürmesi için besleyici sıvıların geçişinden ibarettir³³⁸. Tıbben bir kimseyi anne olarak kabul edebilmek için genetik bir bağa ihtiyaç vardır. Söz konusu bağ ise sperm ve yumurtalardaki kromozomlar ile meydana gelmektedir. Dolayısıyla çocuğu karnında taşıyan kimse ile çocuk arasındaki sıvı geçişi niteliğindeki ilişki, çocukla genetik bir bağ meydana getirmemektedir. Bunun sonucundaysa tıbben, yumurtası kullanılan kadın anne durumundadır ve bu tıbbî gerçeğin hukuk düzenince de kabulü gerekmektedir³³⁹.

Tıbbî gerçeğin, hukuk düzeni tarafından da tanınması, hukuken evlenme yasağı olan kişilerin evlenmelerinin önüne geçme noktasında da önem arz etmektedir. Eğer soybağı, genetik ilişkiye göre değil de çocuğu kimin doğurduğuna göre tespit edilecek olursa çocuk ile genetik anne veya çocuk ile genetik annenin diğer çocukları arasında evlilik ilişkisinin kurulması mümkün olabilecektir. Bu durumun da sonraki nesillerin sağlığı bakımından teşkil ettiği riskler ortadadır³⁴⁰.

Söz konusu görüşe üstünlük tanınması durumunda, genetik anne ile çocuk arasında soybağının kurulabilmesi için, çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasında TMK m. 282 hükmünün bir sonucu olarak meydana gelmiş soybağı ilişkisinin bertaraf edilmesi gerekmektedir. Söz konusu görüşü destekleyenlere göre, TMK m. 282 hükmü bir kesin karine değil, adi karinedir. Bu sebeple aksinin ispat edilebilmesi olanak dâhilindedir. Kanun koyucu, çocuğu doğuran kadının anne olduğunu düzenlerken, söz konusu kişinin genetik bağa sahip olmayabileceğini hesaba katmamıştır. Bu nedenle, burada bir bilinçsiz kanun boşluğu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Söz konusu boşluk ise babalığa ilişkin soybağı hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle çözüme

³³⁶ Nomer H., **a.g.e.**, s. 565.

³³⁷ Erol, **a.g.e.**, s. 189; Nomer H., **a.g.e.**, s. 565;

³³⁸ Baysal, **a.g.e.**, s. 516.

³³⁹ Baysal, **a.g.e.**, s. 517.

³⁴⁰ Nazlı Hilal Çelik, “Taşıyıcı Annelikte Çocuğun Soybağı Sorunu”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 21, 2017, s. 44.

kavuşturulmalıdır³⁴¹. Buna göre, annelik karinesinin çürütülmesi amacıyla soybağının tespiti mümkün olacak ve bunun ardından da açılacak bir annelik davası ya da tanıma ile genetik anne ile çocuk arasında soybağı kurulabilecektir³⁴². Ancak NOMER’e göre, mevcut anneliğin iptal edilebilmesi için gerçek annenin tespit edilebilir olması gerekmektedir. Bir diğer deyişle, genetik annenin kim olduğunun belirsiz olması hâlinde, biyolojik annenin anneliğin reddi yönünde bir dava açabilmesi mümkün değildir³⁴³.

Taşıyıcı anneliğe izin veren ve taşıyıcı annenin aynı zamanda genetik anne olamayacağını düzenleyen Ukrayna hukukunda yumurta sahibi müstakbel anne, taşıyıcı anne hamile kaldığı andan itibaren çocuğun annesi olarak kabul edilmektedir³⁴⁴. Taşıyıcı anneye, müstakbel anneye karşı annelik karinesinin çürütülmesine yönelik dava açma imkânı da tanınmamıştır³⁴⁵.

Sonuç olarak, genetik müstakbel annenin, anne olarak kabul edilmesi aslında tıbbî bir gerçeğin hukuken de kabul edilmesi anlamına gelmektedir. Müstakbel anne ile soybağı herhangi bir şekilde kurulamazsa ve ancak taşıyıcı annenin de bu yönde rıza göstermesi durumunda taşıyıcı anne, çocuğun hukukî annesi olarak kabul edilmelidir.

2. Biyolojik Anneliğe Üstünlük Tanıyan Görüş

Bu görüşe göre, çocuğu doğuran biyolojik anne ile yumurta sahibi genetik annenin birbirinden ayrıldığı durumlarda biyolojik anneye üstünlük tanımak gerekmektedir³⁴⁶. Zira çocuk ile anne arasındaki asıl bağı, göbek bağı oluşturmaktadır. Çocuk, yumurtanın sahibi olan kadınla değil hamilelik boyunca kendisini karnında taşıyan

³⁴¹ Nomer H., **a.g.e.**, s. 567.

³⁴² Nomer H., **a.g.e.**, s. 568.

³⁴³ Nomer H., **a.g.e.**, s. 563.

³⁴⁴ Kirshner, **a.g.e.**, s. 85.

³⁴⁵ Annelik karinesinin çürütülmesine ilişkin Ukrayna Aile Kanunu m.139 hükmü anne olduğunu iddia eden kişiye çocuğun nüfus kayıtlarında anne olan kişiye karşı dava açma imkânı veren hükmü maddenin devam eden fıkrasında taşıyıcı annelikte soybağının düzenleyen m.123 hükmündeki durumlarda uygulanamayacağını belirtmiştir. Kanunun İngilizce metni için bkz. http://jafbase.fr/docEstEurope/FAMILY_CODE_OF_UKRAINE.pdf. (ET. 21.10.2021)

³⁴⁶ Daniel Gruenbaum, “Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat”, **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 60, No. 2, Bahar 2012, s. 478; Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 166; Acabey, **a.g.e.**, s. 220; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 59. Altruistic taşıyıcı annelik sözleşmelerinin yapılmasına izin veren Birleşik Krallık’ta, soybağının tespitine ilişkin olarak biyolojik anneliğe üstünlük tanınmaktadır. HFEA m.33 hükmüne göre; embriyo, sperm ya da yumurtanın kendisine yerleştirilmesi sonucu bir çocuğu karnında taşıyan ya da taşımış olan kadın (ve bu kadın dışında hiçbir kadın) çocuğun annesi olarak kabul edilmemektedir. Dolayısıyla genetik anne ile çocuk arasındaki soybağı ancak evlât edinme ile mümkün olabilmektedir. Kanunun İngilizce metni için bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/section/33> (Erişim Tarihi: 11.05.2021)

biyolojik annesi ile bütünleşir³⁴⁷. Bu görüşe göre, genetik annenin saptanmasına ilişkin faaliyet uzun ve zorlu bir süreci ifade etmektedir. Çoğu durumda da bu faaliyetin başarıya ulaşabileceği şüphelidir. Buna karşın herkesçe bilinebilir bir olgu olan doğuma üstünlük tanımak ve biyolojik anne lehine bir tercihte bulunmak soybağı ilişkisinin sahip olması gereken kesinlik ve güvenlik noktasında çok daha isabetlidir³⁴⁸. Dolayısıyla çocuğu doğuran kadının anne olduğuna ilişkin TMK m. 282 hükmü kesin bir karine teşkil etmektedir ve bu sebeple aksinin ispatı mümkün değildir³⁴⁹.

Söz konusu görüşe göre, çocuğun yararı da biyolojik anneliğe üstünlük tanınması gerektiği gerçeğini ortaya koymaktadır³⁵⁰. Zira, biyolojik anneye üstünlük tanınması durumunda, çocuk daha en baştan bir anneye sahip olmakta ve annesiz kalmasının önüne geçilmektedir. Ayrıca, anneliğin reddedilmesine müsaade edilirse çocuk, hukukî çekişmenin ortasında kalır ve belirsiz bir hukukî duruma sürüklenir. Dolayısıyla, çocuğu “*hukuki çekişmenin ve davaların malzemesi*” olmaktan kurtarmanın yolu, biyolojik anneliğe üstünlük tanınmasından geçmektedir³⁵¹. Bunlara ek olarak, babalığın reddine hukukî imkân tanıyan hükümlerin annelik için kıyasen uygulanabilmesi de mümkün değildir³⁵². Zira kıyas ancak birbiriyle benzer durumlar bakımından söz konusu olabilir. Aldatılan koca ile başkasının yumurtası kullanılarak meydana getirilmiş embriyoyu karnında taşıyan kadının durumları ise birbirlerinden oldukça farklıdır³⁵³.

Biyolojik anneliğe üstünlük tanınması gerektiğini ifade eden görüşe göre, kanun koyucunun soybağının tesisinde her durumda genetik bağı esas aldığını söylemek mümkün değildir. Zira evlilik birliği içerisinde başka bir erkekten dünyaya gelen çocuğu, öngörülen süreler içerisinde reddetmeyen erkeğin bu hakkı sona ermektedir. Dolayısıyla kanun koyucu, çocuğun istikrarlı bir soybağına sahip olabilmesi için zaman zaman genetik bağdan ödün vermektedir. Biyolojik annelik ile genetik

³⁴⁷ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 166; Cem Baygın, **Soybağı Hukuku**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 18.

³⁴⁸ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 166.

³⁴⁹ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 166.

³⁵⁰ Acabey, **a.g.e.**, s. 221.

³⁵¹ Acabey, **a.g.e.**, s. 221.

³⁵² Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 59.

³⁵³ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 59.

anneliğin ayrıldığı durumlarda da çocuğu en kısa zamanda istikrarlı bir soybağına sahip kılmak için genetik bağdan ödün verilmesi yerinde olur³⁵⁴.

Biyolojik anneye üstünlük tanınması gerektiğine ilişkin görüş çerçevesinde, yumurtası kullanılan kadın ile çocuk arasında en azından mirasçılık ilişkisinin kurulması gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır³⁵⁵. Bu görüşe göre, çocuğun genetik anne ile hiçbir bağa sahip olamayacağını söylemek, çocuğun genetik kökenini bilme hakkına aykırılık teşkil etmektedir³⁵⁶. Bu noktada, evlât edinme ilişkisine benzer bir yapı kurulması öngörülmektedir. Evlât edinme durumunda, evlât edinilen, evlâtlık verenin ailesine hâlâ mirasçı olmaya devam etmektedir. Dolayısıyla benzer bir prensibin, genetik anne ile biyolojik annenin ayrıldığı hâllerde de uygulanması yerinde olur. Bu noktada, genetik anne ile çocuk arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı hususu özellik arz eder. Söz konusu görüşü öne süren yazarlara göre, çocuğun menfaatini ve ailenin bütüncül yapısını korumak için, yalnızca çocuğun talepte bulunması hâlinde genetik anne ile çocuk arasında hukukî bir bağın meydana gelebileceğini kabul etmek gerekmektedir. Burada çocuk, genetik annesi ile ilişki kurma ve miras hakkına sahip olma noktasında tespit davası niteliğinde bir yola başvuracaktır³⁵⁷.

Biyolojik anneliğe üstünlük tanıyan görüş çerçevesinde, her koşulda bu prensibin ödünsüz uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlara sebebiyet verebileceği gerekçesiyle belirli durumlarda biyolojik anneye, soybağını reddetme hakkının tanınması gerektiği de ifade edilmiştir. Buna göre, farklı bir kadının yumurtası kullanılarak meydana getirilen embriyonun biyolojik anneye iradesi dışında nakledilmiş olması durumunda biyolojik annenin, genetik annenin belirli olması ve çocuğu talep etmesi durumunda soybağının reddi yönünde dava açma imkânı olmalıdır³⁵⁸. Bu durum, özellikle üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde meydana gelebilecek karışıklıklar sebebiyle gündeme gelebilir³⁵⁹. İşte böyle durumlarda, aslında hiç arzu etmediği bir durumla karşılaşan biyolojik anneye soybağını reddetme

³⁵⁴ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 59.

³⁵⁵ Saibe Oktay Özdemir/ Gülen Sinem Tek, “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, İstanbul, 2013, s. 915.

³⁵⁶ Oktay-Özdemir/Tek, **a.g.e.**, s. 915; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 78.

³⁵⁷ Oktay-Özdemir/Tek, **a.g.e.**, s. 915; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 78.

³⁵⁸ Oktay-Özdemir/Tek, **a.g.e.**, s. 915; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 78.

³⁵⁹ Tüp bebek merkezinde yanlış embriyo transferi sebebiyle başkasının bebeğini doğuran kadına ilişkin haber için bkz. <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201903061038032508-yanlis-embriyo-transfer-edilen-kadin-baska-ciftin-bebegini-dogurdu-kusura-bakmayin-diyen-doktor-dolandirildi/> (ET 18.05.2021.)

imkânı vermek hakkaniyetin bir gereğidir. Biyolojik annenin bu davayı açabilmesinin koşulu ise genetik annenin belirli olmasıdır³⁶⁰.

Taşıyıcı annelik yöntemi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının tesisi bakımından biyolojik anneliğe üstünlük tanınması gerektiğini ileri süren görüşe katılmamaktayız. Öncelikle kanun koyucunun, TMK m. 282 hükmünü düzenlerken doğuran kadının, yumurta sahibi olmayabileceği ihtimalini hesaba katmadığı ortadayken, gelişen teknoloji ve tıbbî süreçler çerçevesinde karşımıza çıkan sorunlara ısrarla ve tavizsiz bir şekilde TMK m. 282 hükmünü uygulamaya çalışmak isabetli bir çözüm değildir³⁶¹. Dolayısıyla, TMK m. 282 hükmünü kesin bir karine değil de adi bir karine olarak değerlendirmek, sorunun çözülmesi noktasında daha doğru bir yaklaşım olur³⁶².

Çocuğun uzun süre boyunca hukukî çekişmenin merkezi hâline gelmesini engellemek ve annesiz kalmasının önüne geçmek amacıyla biyolojik anneye üstünlük tanımak da doğru bir yaklaşım değildir. Zira babalığın reddi durumunda da çocuk hukukî bir çekişmenin merkezi hâline gelmekte, hatta bazı durumlarda babasız kalabilmektedir. Buna rağmen kanun koyucu tarafından babalığın reddedilmesine müsaade edilmiştir. Çocuğun babasız kalmasına rağmen babalığın reddine izin verilmesi mümkünken kadın bakımından böyle bir çekince ortaya sürerek anneliğin reddine imkân vermemek tutarlı bir yaklaşım değildir³⁶³. Benzer sebeplerle, sadece genetik annenin tespitinin mümkün olduğu durumlarda biyolojik annenin, soybağının reddi yoluna başvurabileceğini ifade eden görüşlere de katılmamaktayız. Zira babalığın reddi noktasında kanun koyucu hâlihazırda bir babanın tespit edilebilir olması koşulunu aramamaktadır. Hâl böyleyken, çocuğun annesiz kalmasının önüne geçmek amacıyla bu tarz bir eşitsiz durum yaratılması uygun gözükmemektedir. Makul olan çözüm, bir annenin tespit edilebilir olmasını aramaksızın biyolojik anne tarafından soybağının reddi davası açılmasına müsaade etmektir.

Bu noktada, başkasının yumurtasının kullanılmasıyla meydana gelmiş çocuğu karnında taşıyan kadın ile bir başkasının çocuğuna soybağı ile bağlanan erkeğin durumlarının birbirinden çok farklı olduğu gerekçesiyle açılacak davaya, babalığın

³⁶⁰ Oktay-Özdemir/Tek, **a.g.e.**, s. 916.

³⁶¹ Çelik, **a.g.e.**, s. 45.

³⁶² Tülay Aydın Ünver/Şeyda Dursun, “Ana ile Çocuk Arasında Kurulan Soybağının Reddi”, **Toplumsal Cinsiyet ve Hukuk**, Cilt I, Ed. Zeynep Özlem Üskül Engin, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 325.

³⁶³ Aynı yöndeki görüş için bkz. Aydın-Ünver/ Dursun, **a.g.e.**, s. 326.

reddine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanamayacağını ifade eden görüş de isabetli değildir. Zira babalığın reddi için düzenlenmiş olan hukukî müessese aslında bir karinenin aksinin ispatı için yürütülen yargısal faaliyeti ifade etmektedir. Bir kadının, doğum sebebiyle anne olarak nitelendirilmesi durumunda da bir karine söz konusudur. Dolayısıyla, çocuğu doğuran kadının anne olmadığını ispat etmek için açılacak davaya, babalığın reddine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması işin niteliğine uygun düşmektedir.

Biyolojik anneliğe üstünlük tanınması, müstakbel anne ve baba arasında da eşitsiz bir durum meydana getirebilir. Zira erkek için tanınmış olan soybağının reddi ve tanıma imkânı sayesinde müstakbel baba, çocukla bir soybağı ilişkisi tesis edebilmektedir. Ancak biyolojik anneye üstünlük tanınması durumunda müstakbel anne genetik anne olmasına rağmen çocukla soybağını kurabilmesinin tek yolu evlât edinmedir. Bu durum ise müstakbel anne ve baba arasında hukuken bir eşitsizlik meydana getirilmektedir³⁶⁴.

3. Hem Genetik Hem de Biyolojik Anne ile Soybağı Kurulması Gerekliğini İfade Eden Görüş

Söz konusu görüşe göre, genetik annelik ile biyolojik anneliğin birbirinden ayrıldığı hâllerde iki kadınla da soybağının kurulması yani bir çift annelik statüsünün kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁶⁵. Bu görüşe göre, soybağı ilişkisi aslında biyolojik anne ile kurulmaktadır. Ancak daha sonra çocuğu doğuran kadın ile yumurtanın sahibi olan kadın arasında soybağı hususunda bir ihtilâf meydana gelirse her iki kadının da anne olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁶⁶. Bu kapsamda, mirasçılık olgusu ile evlenme yasakları her iki kadının da anne olduğu gerçeği göz önünde bulundurularak tespit edilmelidir³⁶⁷. Söz konusu tespitin ardından çocuğun kime verileceği hususu ise, çocuğun yararı ve esenliği ilkesi göz önünde bulundurularak hâkim tarafından tayin edilmelidir³⁶⁸.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, çifte annelik müessesesi kendi içerisinde pek çok belirsizliği içermekte ve çocuk ile ailenin mutluluğuna gölge düşürür niteliktedir³⁶⁹.

³⁶⁴ Çelik, **a.g.e.**, s. 39.

³⁶⁵ Hüseyin Hatemi, **Aile Hukuku (Sınava Hazırlık Kitabı)**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1999, s. 98.

³⁶⁶ Hatemi, **Aile**, s. 98.

³⁶⁷ Hatemi, **Aile**, s. 98.

³⁶⁸ Hatemi, **Aile**, s. 98.

³⁶⁹ Baygın, **a.g.e.**, s. 16; Nomer H., **a.g.e.**, s. 562.

Bir insanın hukuken bir annesi ve bir babası olmasına müsaade edilmektedir. Çifte anneliğe müsaade edilmesi durumunda, pek çok başka belirsizliğe de kapı aralanmaktadır. Her iki annenin de evli olması durumunda babalığın tespiti ve velâyetin kimde olacağı hususları çözümü kolay olmayan meselelerdir³⁷⁰. Çifte anneliğe izin verilmesi durumunda çocuk, çok daha belirsiz bir sürecin içine itilmekte ve ardı arkası kesilmeyecek hukukî uyuşmazlıkların merkezi hâline getirilmektedir. Dolayısıyla çifte annelik müessesesini, çocuğun üstün menfaati ile bağdaştırmanın mümkün olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Bu açıklamalar çerçevesinde çifte anneliği, taşıyıcı annelik ilişkilerinde soybağı sorununa bir çözüm olarak görmemekteyiz.

4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Anneliğin tespitine ilişkin açıklanan görüşler sonucunda genetik anneliğe üstünlük tanıyan görüşün kabulü en uygun çözüm olacaktır. Bu çerçevede doğum ile çocuk, TMK m. 282/f.1 hükmü gereği, doğuran kadın ile soybağı ilişkisine sahip olmaktadır. Taşıyıcı anne ile çocuk arasındaki soybağı da tıpkı babalık gibi bir karineye dayanmaktadır. Dolayısıyla karinenin aksinin ispat edilmesi suretiyle soybağı ilişkisinin bertaraf edilmesi mümkündür. Annelik karinesinin aksini ispat etmeye dönük yargısal süreç aslında bir soybağının reddi davasıdır. Anne bakımından soybağının reddi talebinde bulunma imkânı kanunda açıkça düzenlenmemiş olsa dâhi baba için düzenlenmiş olan hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle kanun boşluğunun doldurulması yerinde olur.

Buna göre, anne bakımından soybağının reddi davasının taşıyıcı anne, çocuk ve diğer ilgililer tarafından açılabilmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Bu noktada, genetik anne haricindeki ilgililerin dava hakkının ikincil nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, taşıyıcı annenin soybağının reddi davası açmadığı ve TMK m. 291/f.1 hükmündeki koşulların da meydana gelmediği hâllerde diğer ilgililerin, dava açma hakkı bulunmamaktadır. Böyle durumlarda, (genetik annenin herhangi bir yargısal süreç başlatmaması hâlinde) soybağının genetik anne ile kurulabilmesini sağlamak amacıyla çocuğa bir kayyım tayin edilerek çocuk adına soybağının reddi davası açılabilmesi mümkündür. Babalığın reddi davasında, baba olduğunu iddia eden

³⁷⁰ Baygın, **a.g.e.**, s. 17; Nomer H., **a.g.e.**, s. 562.

kişinin dava hakkının ikincil nitelikte olacağı hüküm altına alınmıştır (TMK m. 291/f.1).

Ancak öğretide haklı olarak, anneliğin reddine ilişkin davanın kendine has özelliklerinin olduğu ve bu sebeple babalığın reddine ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla doğrudan değil de niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği ifade edilmiştir³⁷¹. Bu çerçevede, müstakbel annenin, TMK m. 291/f.1 hükmündeki olguların gerçekleşmesini beklemeksizin dava açma hakkının olduğunu kabul etmek yerinde olur³⁷². Bu sayede anne ile çocuk arasındaki soybağının daha hızlı tesis edilmesi ve belirsiz durumun kısa sürede çözüme kavuşturulması mümkün olabilir. Eğer müstakbel anne ve baba arasında da evlilik ilişkisi mevcutsa, çocuk ile genetik anne arasında bu şekilde soybağının kurulması ile birlikte, müstakbel baba da çocuk artık evlilik içerisinde doğmuş kabul edileceğinden, karine gereği çocukla soybağına sahip olabilir. Bu sayede müstakbel baba için ayrı bir dava açmaya da gerek kalmayacaktır.

Anneliğin reddi davası için, babalığın reddi davasına ilişkin sürelerin kıyasen uygulanması mümkündür. Bu çerçevede taşıyıcı anne, doğumdan sonra çocuğun kendisinden olmadığını öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içerisinde anneliğin reddi davası açmak durumundadır. Bu noktada taşıyıcı anne, en başından itibaren çocuğun kendi genetik çocuğu olmadığını bildiği için bir yıllık süre doğumdan itibaren işlemeye başlar³⁷³. Çocuk bakımından ise bir yıllık süre, ergin olma tarihinden itibaren işlemeye başlar. Öte yandan çocuğa kayyım tayin etme yoluna gidilmişse kayyım için dava açma süresi, kayyım olarak atandığına ilişkin kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren bir yıldır. Diğer ilgililer bakımından ise süre, TMK m. 291/f.1 hükmünde sayılan olguların gerçekleştiği tarihten itibaren bir yıldır. Anneliğin reddi davası bakımından da söz konusu süreler hak düşürücü nitelikte olacaktır. Dolayısıyla sürelerin geçirilmesi durumunda bu olgunun mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Anneliğin reddi davasının kime karşı açılacağı da önem arz etmektedir. Babalığın reddi davasının baba tarafından açıldığı durumlarda, anne ve çocuğun davalı olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla taşıyıcı anne tarafından soybağının reddi davası açıldığı hâllerde davalının, çocuk ve baba olması gerektiği düşünülebilir. Ancak burada, işin

³⁷¹ Nomer H., **a.g.e.**, s. 567 vd.

³⁷² Nomer H., **a.g.e.**, s. 571; Kalkan-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 399.

³⁷³ Erol, **a.g.e.**, s. 194.

mahiyeti gereği babanın davalı olmasında herhangi bir gereklilik yoktur. Babalığın reddi davasında, annenin davalı olmasının sebebi, babanın esasında çocukla genetik bağa sahip olmamasına sebep olan olgulara annenin katkısının olduğu düşüncesidir. Ancak biyolojik annenin, genetik anne olmaması bakımından babanın herhangi bir katkısının olduğunu söylemek mümkün değildir.

Dolayısıyla anneliğin reddi davasının taşıyıcı anne tarafından açıldığı hâllerde, çocuğun davalı olması gerekmektedir³⁷⁴. Bu durumda, çocuğa bir kayyım tayin edilmeli ve mahkemede sağlıklı bir şekilde temsil edilebilmesi sağlanmalıdır. Öte yandan davanın çocuk tarafından açıldığı durumlarda ise davalının yalnızca taşıyıcı anne olacağını söylemek gerekir³⁷⁵. Diğer ilgililer bakımından açılan davalarda ise davalı yalnızca çocuk olacaktır.

Taşıyıcı anne tarafından açılan soybağının reddi davasının kabul edilmesi ile soybağı ilişkisi geçmişe etkili olarak sona erer. Artık bir soybağı ilişkisi kalmadığı için de müstakbel anne, tanıma yoluyla çocuk ile soybağı ilişkisi tesis etme imkânına sahip olur. Ancak müstakbel annenin tanıma yoluna başvurmaması durumunda, çocuk ile müstakbel anne arasında soybağı kurulması için annelik davası gündeme gelecektir.

Annelik davası bakımından da babalık davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması yerinde olur. Bu çerçevede babalık davasına ilişkin esasların büyük ölçüde annelik davası için de geçerli olacağı söylenebilir. Söz konusu davanın temel amacı, çocuk ile müstakbel anne arasındaki soybağının belirlenmesidir. Davada, babanın ya da çocuğun davacı olabilmesi mümkündür. Davalı ise müstakbel anne olacaktır.

III. Müstakbel Anne ya da Babadan Yalnızca Birisinin Üreme Hücresinin

Kullanıldığı Hâllerde Soybağı

Müstakbel anne ya da babadan birinin sağlıklı üreme hücrelerine sahip olmadığı veya tek bir kadının ya da bir erkeğin çocuk sahibi olmak istediği taşıyıcı annelik ilişkilerinde, yumurta yahut sperm bağıışı yoluna başvurulmaktadır Böyle durumlarda, çocuğun soybağının tespiti meselesi cevabı zor olan bir problemdir.

³⁷⁴ Erol, **a.g.e.**, s. 197.

³⁷⁵ Erol, **a.g.e.**, s. 197.

A. Yumurta Bağışı Durumunda Soybağı

Yumurta bağışı durumunda, çocuğun annesinin kim olacağının tespiti önemlidir. Yumurta bağışında, işin mahiyeti gereği yumurta bağışında bulunan kadın ile çocuk arasında soybağının kurulması makul bir çözüm değildir. Gerçekten de yumurta bağışına izin verilen ülkelerde, yumurta bağışından istifade ederek çocuk sahibi olan kişilerin soybağını tartışma konusu yapamayacakları kabul edilmekte ve yumurta bağışında bulunan kişinin kimliğinin gizli kalacağı hususunda bir ittifak bulunmaktadır³⁷⁶. Örneğin, yumurta bağışına izin verilen Fransa’da, yumurta bağışında bulunan kişinin anonimliği esastır ve istisnai olarak ancak tıbbî zorunluluklar bulunması durumunda bu kişinin kimlik bilgileri paylaşılmaktadır³⁷⁷.

Taşıyıcı anneliğe izin veren İsrail hukukunda, taşıyıcı anneye müstakbel annenin ya da yumurta bağışı ile elde edilen yumurtanın nakledilmesi mümkün olmakla birlikte sperm bağışında bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Yumurta bağışı durumunda soybağının kurulması için müstakbel anne ve babanın, çocuğun doğumundan itibaren yedi gün içerisinde mahkemeye başvuru yapması gerekir³⁷⁸. Belirtilen süre içerisinde bu başvuru yapılmazsa müstakbel ebeveynle çocuk arasında soybağının tesisi için gerekli başvuruyu, çocuğa atanan vasi yapmaktadır. Bu başvuru sonucunda mahkeme başka hiçbir şeye gerek duymaksızın çocukla müstakbel ebeveyn arasında soybağının kurulmasına yönelik ebeveynlik kararı (*parantage order*) verir³⁷⁹.

Öte yandan, yumurta bağışı durumunda çocuğun kökenini öğrenme hakkı ile yumurtasını bağışlayan kişinin anonim kalma hakkının çatışması söz konusudur. Hukukumuzda, yumurta bağışı kesin olarak yasaktır. Ülkemizde de yumurta bağışına izin veren yasal düzenlemelerin söz konusu olması hâlinde, üreme hücrelerini bağışlayan kişilerin kimliğinin, çocuğun soybağını öğrenme hakkı saklı kalmak üzere,

³⁷⁶ Üreme hücrelerini bağışlayan kişilerin kimliğinin gizli tutulması olgusu yalnızca çocuğun kökenini öğrenme hakkı söz konusu olduğunda tartışılmakta olup soybağı bakımından tartışmalı bir alan teşkil etmemektedir. Bkz. Baysal, s. **a.g.e.**, 496 vd.

³⁷⁷ Bu konuda AİHM *Odièvre v. France* kararı önemlidir. Terk edilmiş ve daha sonra evlât edinilmiş olan çocuğun, biyolojik ebeveynlerini öğrenmeye ilişkin talebinin Fransız yetkili makamlarınca reddedilmesi üzerine çocuk, AİHM’e başvurarak AİHS m. 8 kapsamında özel ve aile hayatının ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. AİHM ise çocuğun biyolojik ebeveynlerini öğrenmesi hakkı ve kökenin gizliliğinin yarattığı hassas durumu belirtmekle birlikte Fransa’nın takdir marjı sınırını aşmadığı ve taraf menfaatleri arasında gerekli dengeyi kurduğu gerekçeleriyle AİHS m.8’e aykırılık bulmamıştır. (AİHM, *Case of Odièvre v. France*, App. No:43326/98,13.02.2003, para. 47.)

³⁷⁸ Üreme hücrelerinin müstakbel anne ve babanın her ikisinden de gelmesi durumunda da soybağının kurulması aynı düzenlemeye tabidir. Bkz. Schenker, **a.g.e.**, s. 256; Zafran, **a.g.e.**, s. 14; Stoll, **a.g.e.**, s. 227.

³⁷⁹ Stoll, **a.g.e.**, s. 224.

gizli tutulacağının düzenlenmesi yerinde olur. Bu nedenle çocuğun kökenini öğrenme hakkı, yumurtayı bağışlayan kişinin kimliğinin korunmasına yönelik menfaati karşısında korunmalıdır³⁸⁰.

Dolayısıyla, taşıyıcı annelik ilişkisinde yumurta bağışının söz konusu olduğu hâllerde, çocuk ile yumurtasını bağışlayan genetik anne arasında soybağının kurulabileceğini kabul etmek gerekmektedir. Yumurta bağışı ile taşıyıcı annelik ilişkisi tesis edildiği durumlarda, taşıyıcı anne çocuğun soybağını reddetme hakkını haizdir. Eğer taşıyıcı anne böyle bir yola giderse genetik anne ile çocuk arasında soybağının kurulması noktasında annelik davası ya da tanıma düşünülebilir. Yumurta bağışı durumunda müstakbel anne ile çocuk arasında soybağının kurulması için evlâtlık ilişkisi dışında herhangi bir imkânı yoktur.

B. Sperm Bağışı Durumunda Soybağı

Müstakbel babanın üreme yeteneğinden yoksun olduğu ya da bir kadının tek başına çocuk sahibi olmak istediği hâllerde sperm bağışı yoluyla taşıyıcı annelik ilişkisine başvurulabilmesi mümkündür. Böyle durumlarda da çocuğun anne yönünden soybağı, müstakbel anne ve babanın her ikisinin de üreme hücrelerinin kullanıldığı taşıyıcı annelik ilişkilerindeki usuller çerçevesinde tespit edilmelidir.

Sperm bağışı hâlinde, yumurta bağışı için belirtmiş olduğumuz esaslar geçerli olacaktır. Sperm bağışına izin verilen ülkelerden İsviçre’de, çocuğun kökenini öğrenme hakkına üstünlük tanınmakta ve çocuk on sekiz yaşına geldiğinde bağışçısının kimliğini öğrenebilmektedir. Hatta çocuğun meşru bir menfaati olması durumunda bağışçısına ilişkin bilgilere ulaşması bakımından herhangi bir yaş sınırı da öngörülmemiştir³⁸¹.

Hukukumuzda sperm bağışı yasaklanmıştır. Buna rağmen sperm bağışı ile taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılmışsa çocuğun kökenini bilme hakkına üstünlük tanınmalı ve sperm bağışında bulunan kişi ile çocuk arasında soybağının kurulmasına imkân verilmelidir³⁸². Sperm bağışında bulunan kişi, kimliğinin gizli tutulması gerektiği iddiasında bulunamaz. Bu çerçevede, taşıyıcı anne evli değilse sperm bağışında bulunan kişi ile çocuk arasında soybağının kurulması noktasında tanıma ve babalık

³⁸⁰ Erol, **a.g.e.**, s. 190.

³⁸¹ Baysal, **a.g.e.**, s. 511.

³⁸² Erol, **a.g.e.**, s. 209.

davasına başvurulabilir. Ancak taşıyıcı annenin evli olması hâlinde, öncelikle koca ile çocuk arasında karine gereği kurulan soybağı ilişkisinin sona erdirilmesi gerekmektedir



İKİNCİ BÖLÜM

SINIRAŞAN TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN İHTİLAFLARA VE SOYBAĞINA UYGULANACAK HUKUK

Taşıyıcı annelik, tıbbî yardımlı üreme alanında yapılan araştırma ve geliştirmeler sonucu yeni bir üreme yöntemi olarak ortaya çıkmıştır. Çocuk sahibi olamayan kişiler veya çeşitli sebeplerle çocuk doğurmak istemeyen kadınlar için oldukça cazip hâle gelmiştir. Öte yandan taşıyıcı annelik ilişkilerinin çeşitli yönlerine dair hukuk sistemlerinin yaklaşımları oldukça farklı olduğundan uluslararası alanda bir türlü uzlaşma sağlanamayan konulardan biridir.

Taşıyıcı anneliğe izin vermeyen bir hukuk düzeninde mutad meskeni bulunan kişi veya kişiler, özellikle başarısızlıkla sonuçlanan çeşitli üreme tedavilerinden sonra büyük bir umutla taşıyıcı annelik yöntemini denemek üzere buna izin veren başka bir devlete gitmektedirler. Bu noktada taşıyıcı annelik ile çocuk sahibi olmayı yasaklayan yerel düzenlemelerin, çocuk sahibi olmak isteyen kişilerin taşıyıcı anneliğin serbest olduğu bir başka ülkeye giderek o ülkede taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmalarını engelleyemeyeceği açıktır. Böyle bir durumda da sınıraşan taşıyıcı annelik ya da sınıraşan etkisi bulunan taşıyıcı annelik ilişkileri söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi, mutad meskeni bir devlette bulunan taşıyıcı anne ile mutad meskeni başka bir devlette bulunan müstakbel ebeveyn arasında yapılan bir sözleşmedir.

Taşıyıcı anneliğe izin veren bir ülkeye giden müstakbel ebeveyn, bir aracı kurum vasıtasıyla veya aracı kurum olmaksızın anlaştıkları bir taşıyıcı anne ile taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmaktadır. Sözleşme kapsamında taşıyıcı anne, tıbbî müdahalelere izin vererek hamile kalmakta ve doğan çocuğu müstakbel ebeveyne teslim etmektedir. Öte yandan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin her zaman kusursuz bir şekilde sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Tarafların gerek sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ifası konusunda gerekse çocuk doğduktan sonra çocuğun teslimi ve soybağı noktasında ihtilâfa düşmesi mümkündür. İşte yabancılık unsuru ihtiva eden

sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâfların çözümü milletlerarası özel hukukun kapsamına girmektedir.

Bu kapsamda, öncelikle sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuk konusunda öğretideki görüşler değerlendirilerek bu görüşlerin sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerine uygun olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. Ardından sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuk mevcut düzenlemelerimiz kapsamında incelenecektir. Son olarak, sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle dünyaya gelen çocuğun soybağının tesisine uygulanacak hukuk kanunlar ihtilâfı kurallarımıza göre incelenecektir.

I. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerinden Doğan İhtilâflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan uyumsuzluklara uygulanacak hukuku tespit edebilmemize yardım edecek bir kanunlar ihtilâfı kuralı, herhangi bir hukuk sisteminde henüz kabul edilmemiştir. Bunun temel nedeni, taşıyıcı anneliğin birçok hukuk düzeninde yasaklanmasının yanı sıra taşıyıcı anneliğe izin veren hukuklarda da daha çok ülke içi taşıyıcı anneliğe ilişkin düzenlemelerin kabul edilmiş olması ve bu düzenlemelerin de sözleşmeden doğan uyumsuzlukların nasıl çözümleneceği hakkında değil kanunda aranan şartların yerine getirilmesi hâlinde taşıyıcı annenin dünyaya getirdiği çocukla müstakbel anne ve/veya baba arasında soybağının nasıl kurulabileceği hakkında olmasından kaynaklanmaktadır³⁸³.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin, tarafların, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile çeşitli taahhütlerini içerdiği dikkate alındığında sözleşmeler hukukunu ilgilendiren bazı kısımları olduğu şüphesizdir³⁸⁴. Öte yandan, bir çocuğun dünyaya gelmesi, çocuğun soybağının kuruluşu ve çocuk üzerindeki velâyet hakkının nakline ilişkin hükümler de ihtiva etmektedir. Bu noktada, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin,

³⁸³ Örneğin Birleşik Krallıkta, müstakbel ebeveynle çocuk arasında soybağının kurulabilmesini sağlayan ebeveynlik kararı verilebilmesi için HFEA m. 54/f.4/(b) hükmüne göre, başvuru sahiplerinden en az birinin Birleşik Krallık, Manş Adaları veya Man Adası'nda ikamet etmesi gerekir. Hükmün İngilizcesi şu şekildedir: "either or both of the applicants must be domiciled in the United Kingdom or in the Channel Islands or the Isle of Man."

³⁸⁴ Sharon Shakargy, "Choice of law for surrogacy agreements: in the in-between of status and contract", *Journal of Private International Law*, Vol. 16, No. 1, 2020, s. 157.

aile hukukuna mı yoksa sözleşmeler hukukuna mı tâbi olması gerektiği meselesi hâlâ tartışılmaktadır³⁸⁵.

Öğretide, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin temelinde, yeni bir aile hukuku ilişkisinin kurulması yattığından aile hukuku karakterinin ağır bastığı ve aile hukuku sözleşmelerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kurallarında kabul edilen esaslara benzer esasların kabul edilmesi önerilmiştir³⁸⁶.

Diğer yandan, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde borçlar hukuku karakterinin daha ağır bastığını ileri sürenler ise sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren genel nitelikteki düzenlemelerin, taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından yetersiz kaldığını belirtmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, ticarî sözleşmelerden oldukça farklıdır ve taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kendine has özelliklerinden dolayı özel sözleşme tiplerinde benimsenen esaslardan hareketle sözleşmenin zayıf tarafı konumunda bulunan tarafın belirlenerek zayıf tarafın korunması amacına hizmet eden bir düzenleme getirilmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁸⁷.

Bu başlıkta, öğretide ileri sürülen bu iki görüşün temel dayanağını oluşturan hususlar incelenerek sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan uyumsuzlıklara uygulanacak hukuk bakımından aile hukuku sözleşmelerindeki veya özel sözleşme tiplerinde esasların kabul edilmesinin uygun olup olmadığı değerlendirilecektir.

A. Aile Hukuku Sözleşmelerindeki Esasların Benimsenmesi Görüşü

Milletlerarası aile hukukunda irade serbestisi ilkesi genel olarak kabul edilmemektedir. Bu durumun nedeni, aile hukuku alanında yer alan düzenlemelerin emredici nitelikte olması sebebiyle tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeyle bu

³⁸⁵ Her ne kadar sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri hakkında inceleme yapılmamış olsa da taşıyıcı annelik sözleşmelerinin aile hukukuna tâbi olması gerektiği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. A.M. Capron/ M.J. Radin, "Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood", **Law, Medicine & Health Care**, Volume 16: 1-2, 1988, s. 34-43. Sözleşmeler hukukunun, taşıyıcı annelik sözleşmelerine uygulanmak üzere daha iyi bir model olduğu hakkında bkz. Catherine London, "Advancing A Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy Contracts", **Cardozo Journal Of Law & Gender**, Vol. 18: 2, 2012, s. 410; June Carbone, "The Role of Contract Principles in Determining the Validity of Surrogacy Contracts", **Santa Clara Law Review**, Volume 28, No 3, 1988, s. 581-583.

³⁸⁶ Shakargy, **a.g.e.**, s. 159.

³⁸⁷ Mary Keyes, "Cross-border surrogacy agreements", **Australian Journal of Family Law**, Vol: 26, 2012, s. 49.

alandaki temel hususları değiştirememeleridir³⁸⁸. Bu sebeple, taraf iradeleri, milletlerarası aile hukukunda genel olarak kabul edilmemiş ve bazı konularla sınırlı kalmıştır. Milletlerarası aile hukukunda irade serbestisinin sırasıyla evlilik malları³⁸⁹, boşanma ve ayrılık davaları³⁹⁰, nafaka³⁹¹ ve son olarak miras³⁹² konularında benimsendiği görülmektedir.

Bu bilgiler çerçevesinde, milletlerarası özel hukukun değişik alanlarında taraf iradesine verilen yer genişlemektedir. Özellikle, milletlerarası aile hukukunda “*statüden sözleşmeye*” doğru bir eğilim olduğu görülmektedir³⁹³. Bu eğilim, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin de aile hukuku karakterli olmasına rağmen taraflara, hukuk seçimi imkânının tanınması gerektiğinin gerekçesi olarak gösterilmektedir³⁹⁴. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin özünde bir ebeveynlik ilişkisinin kesilmesi ve yeni bir ilişkinin yaratılması gibi aile hukuku ilişkilerinin düzenlenmesi yatmaktadır. Bu nedenle aile hukukuna ilişkin sözleşmelerin, nitelikleri itibarıyla taşıyıcı annelik sözleşmeleriyle daha yakın ilişkili olduğu belirtilmiştir.

Bu kapsamda evlilik mal rejimi sözleşmeleri, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin statü dışı kısımlarına oldukça benzer niteliktedir. Evlilik mal rejimi sözleşmeleri, evlilik statüsü oluşturmaz ancak evliliği çevreleyen ve onu maddî açıdan etkileyen yönlerini

³⁸⁸ Çınar, **a.g.e.**, s. 190; Gizem Ersen-Perçin **Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri**, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s.69-70.

³⁸⁹ 1978 tarihli Mal Rejimlerine Uygulanacak Hukuka İlişkin La Haye Sözleşmesi hukuku seçimine ilişkin en erken örneklerden biridir. Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ersen Perçin, **Mal Rejimi**, s. 118-125.

³⁹⁰ Avrupa Birliği’nde ortak hukuk yaratma çalışmalarının sonucunda milletlerarası aile hukuku alanında 2010 tarihli Roma III Tüzüğü olarak bilinen “Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukuk Alanında Güçlendirilmiş İşbirliğinin Uygulanmasını İlişkin Konsey Tüzüğü” kabul edilmiştir. Taraflara tanınan hukuk seçimi Tüzükte öngörülen vetafların sıkı ilişki içinde oldukları hukuklardan birini seçmeleri şeklinde sınırlı bir hukuk seçimidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Avrupa Birliği’nde Aile Hukukunu Birleştirme Çabaları”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, S. 2011/1, s. 232-233; Gülüm Bayraktaroğlu-Özçelik, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, S. 2, 2012, s. 512; Katharina Boele-Woelki “For Better or For Worse: The Europeanization of International Divorce Law”, **Yearbook of Private International Law**, Volume 12, 2010, s. 8-9.

³⁹¹ Nafaka konusunda “Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin 4/2009 No’lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü” kabul edilmiştir. İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02009R0004-20150312&from=EN>. (ET. 18.2.2022). Nafaka Tüzüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aylin Aktürk, “Milletlerarası Aile Hukukunda Nafaka ve Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin 4/2009 No’lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl. 31, S. 2, 2011, s. 1-33.

³⁹² Miras konusunda 2012 tarihli “Avrupa Mirasçılık Belgesinin Oluşturulmasına ve Miras Meselelerinde Mahkemelerin Yetkisi, Uygulanacak Hukuk, Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Resmî Belgelerin Kabulü ve İcrasına İlişkin Tüzük” kabul edilmiştir. Tüzüğünün İngilizce metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R0650>. (ET. 20.2.2022).

³⁹³ Çınar, **a.g.e.**, s. 185; Shakargy, **a.g.e.**, s. 144.

³⁹⁴ Shakargy, **a.g.e.**, s. 144.

düzenler³⁹⁵. Başka bir ifadeyle evlilik malları hakkındaki kurallar, kişisel statüyle yakından bağlantılı ancak onun doğrudan bir parçası olmayan kurallardır. Dünya genelinde irade serbestisinin giderek yaygınlaşması ve paternalist normlardan uzaklaşma eğilimi, rıza gösteren erişkin bireylerin seçimlerine saygı gösterilmesini gerektirir. Evlilik malları hakkında taraflar, kendilerine imkân tanınan hukuklardan birini seçmezlerse sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu düşünülen hukuk uygulanmaktadır³⁹⁶. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin de aile hukuku karakteri taşıması nedeniyle soybağı statüsünün tesisi dışında kalan konularda taraflara bir hukuk seçimi imkânı tanınmalı ancak bu hukuk seçimi, sınırsız bir hukuk seçimi olmamalıdır. Taraflar, bu hukuklardan birini seçmezse sözleşmeyle sıkı irtibatlı hukukun uygulanması gerekir.

B. Özel Sözleşme Tiplerindeki Esasların Benimsenmesi Görüşü

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kendine has özellikleri nedeniyle ticarî nitelikteki sözleşmelerden oldukça farklı olması ve sözleşme tarafları arasındaki güç dengesizliği nedeniyle özel sözleşme tiplerinde benimsenen esaslardan hareketle bir düzenleme getirilmesi gerektiği önerilmiştir³⁹⁷.

Taraf iradeleri, özellikle tarafların müzakere güçlerinin dengeli olduğu durumlarda sözleşmeler hukukunda öne çıkan konularından biridir³⁹⁸. Bu bireysel sözleşme modeli³⁹⁹, taraflardan birinin diğerine göre daha güçlü konumda olduğu durumlarda güçlü tarafın, daha sonraki benzer ilişkilerde de kullanmak üzere hazırladığı standart sözleşmelere dönüşerek zayıf tarafın iradesinde bazı sakatlıklara neden olmuştur⁴⁰⁰. Sözleşme tarafları arasındaki *a priori* eşit olmayan sosyo-ekonomik güç, ekonomik, duygusal ve sosyal anlamda daha zayıf konumda olan tarafa karşı ayrımcı hükümlere yol açabilmektedir⁴⁰¹. Gerçekten de zayıf konumda bulunduğu düşünülen taraf

³⁹⁵ Shakargy, **a.g.e.**, s. 159.

³⁹⁶ Shakargy, **a.g.e.**, s. 160.

³⁹⁷ Keyes, **a.g.e.**, s. 49. Ayrıca özel sözleşme tiplerinin taşıyıcı annelik sözleşmelerine uygunluğuna ilişkin değerlendirme için bkz. Shakargy, **a.g.e.**, s. 159.

³⁹⁸ Demirkol, **a.g.e.**, s. 70.

³⁹⁹ Tarafların sözleşme hükümlerini aralarında eşit koşullarda müzakere edip etmediklerine göre sözleşmeler, bireysel sözleşme modeli ve standart sözleşme modeli olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Taraflardan birinin diğer tarafça önceden hazırlanmış olan bir sözleşmeye ilişkin hükümleri müzakere imkânı olmaksızın kabul ettiği durumlarda standart sözleşme söz konusudur. Diğer yandan, tarafların eşit koşullar altında benzer müzakere gücüne sahip olmaları sebebiyle birlikte kararlaştırmış oldukları hükümlerden meydana gelen sözleşmeye de bireysel sözleşme modeli denir. Bkz. Çınar, **a.g.e.**, s. 43.

⁴⁰⁰ Çınar, **a.g.e.**, s. 43.

⁴⁰¹ Margalit, **a.g.e.**, s. 431.

ekonomik veya diğer sebeplerle ileri sürülen sözleşme şartlarını, müzakere dâhi edemeden kabul etmek zorunda kalabilmektedir.

Kanunlar ihtilâfında, iç hukukta olduğu gibi zayıf tarafın bulunduğu sözleşmelerde zayıf tarafın korunması ilkesi ile tarafların hukuk seçimine bazı sınırlamalar getirilmektedir. Bu sınırlamalar ya zayıf tarafın bulunduğu sözleşmelerde hukuk seçimi imkânının tamamen ortadan kaldırılması ya da hukuk seçiminin zayıf taraf lehine sınırlandırılması şeklindedir⁴⁰². Hukuk seçiminin zayıf taraf lehine sınırlandırıldığı hâllerde, tarafların hukuk seçimi yapması mümkündür ancak zayıf tarafın kişisel hukukunun sağladığı asgarî koruma, hukuk seçimi ile bertaraf edilememektedir.

Hukuk seçimi imkânı birçok hukuk sisteminde, özellikle iş ve tüketici sözleşmeleri bakımından sınırlandırılmıştır⁴⁰³. İş ve tüketici sözleşmelerine ilişkin kurallar, devletin sosyal politikaları gereği çıkardığı kurallar olduğundan kamu menfaati öne çıkmaktadır⁴⁰⁴. Tarafların seçtikleri hukuk, işçi ve tüketicinin kişisel haklarında sahip olacağı asgarî korumadan daha fazla bir koruma sağlıyorsa bu hukuk, herhangi bir sınırlamaya tâbi olmaksızın sözleşmeye uygulanır. MÖHUK'ta da iş ve tüketici sözleşmeleri, özel sözleşmeler olarak farklı kanunlar ihtilâfı kurallarıyla düzenlenmiş ve tüketicinin mutad meskeni, işçininse mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri asgarî koruma olarak belirlenerek hukuk seçimi sınırlandırılmıştır⁴⁰⁵.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de özel sözleşme tiplerindeki esaslardan hareketle hukuk seçiminin sınırlandırılması gerektiğini ileri süren görüşe göre, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, ticarî sözleşmeler için esas alınan hukuk seçimi ilkesi yol gösterici olması bakımından oldukça önemlidir. Bununla birlikte taşıyıcı annelik

⁴⁰² Çınar, **a.g.e.**, s. 126-127.

⁴⁰³ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (PILA) m. 120 ile tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi imkânı kabul edilmemiştir. Kanunun İngilizce metni için bkz. https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en. (ET. 5.3.2022). AB hukukunda ise Roma I tüzüğü m. 6/f.2 ve m.8/f.1 hükümleri, iş ve tüketici sözleşmelerinde taraflara hukuk seçimi imkânı tanımakla birlikte seçilen hukuk, taraflar arasında herhangi bir hukuk seçimi olmaması durumunda (objektif esaslara göre tayin edilen) uygulanacak hukukun, emredici hükümlerini bertaraf edemez. Ayrıntılı bilgi için bkz. Mills, **Party Autonomy**, s. 336; Giesela Ruhl, "Consumer Protection in Choice of Law", **Cornell International Law Journal**, Vol. 44, Issue 3, 2011, s. 587-588. MÖHUK m. 26 ve 27'de de benzer esaslar kabul edilmiştir.

⁴⁰⁴ Nomer, **DHH**, s. 345.

⁴⁰⁵ Tüketici sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen MÖHUK m. 26/f.1 hükmü şu şekildedir. "*Meslekî veya ticarî olmayan amaçla mal veya hizmet ya da kredi sağlanmasına yönelik tüketici sözleşmeleri, tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*". İş sözleşmelerine ilişkin MÖHUK m. 27/f.1 hükmü şu şekildedir: "*İş sözleşmeleri, işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla, tarafların seçtikleri hukuka tâbidir.*"

sözleşmeleri maddî açıdan ticarî sözleşmelerden farklıdır. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, vücut bütünlüğüne ve kişi varlığına ilişkin düzenlemeler içermesi nedeniyle tarafların geniş bir irade serbestisine sahip olduğu ve üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri hakları konu alan ticarî sözleşmelerden ayrılmaktadır⁴⁰⁶. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde bazı hâllerde tarafların kişi varlığı değerlerinin, kendi iradelerinden dâhi korunması gerekmektedir. Bu nedenle taşıyıcı annelik sözleşmelerinden kaynaklanabilecek uyuşmazlıklarda tarafların sınırsız bir hukuk seçimi imkânına sahip olduğu kabul edilmemeli ve böylece, tarafların şahıs varlığı değerleri bakımından kabul edilemez ihlâllere sebep olabilecek nitelikteki liberal hukuk düzenlerini seçmeleri önlenmelidir⁴⁰⁷.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde hukuk seçiminin sınırlandırılmasının diğer bir gerekçesi ise tarafların müzakere güçleri arasında büyük bir dengesizlik olduğu ve hukuk seçiminin sınırlandırılmaması durumunda, zayıf taraf için adaletli olmayan sonuçların ortaya çıkabileceğidir⁴⁰⁸. İş ve tüketici sözleşmelerinde kabul edilen işçinin ve tüketicinin bulunduğu ülkenin emredici hükümlerinin, tarafların hukuk seçimiyle bertaraf edilemeyeceğine ilişkin ilkenin taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de kabul edilmesi gerekir. Zira bu tür kurallar, devletin siyasi, sosyal ve ekonomik yapılanması gibi kamu menfaatlerinin korunması bakımından önemlidir. Benzer çıkarların, taşıyıcı annelik sözleşmelerini de yakından ilgilendirdiği belirtilmiştir⁴⁰⁹. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de iş ve tüketici sözleşmelerinde esas alınan “asgarî koruma ilkesi” kabul edilmelidir.

Bu noktada, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde hangi devletin emredici hükümlerinin asgarî koruma olarak esas alınması gerektiği incelenmelidir. Bu hukukun belirlenebilmesi ise taşıyıcı annelik sözleşmelerinde zayıf tarafın tespiti ile mümkün olur. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, ekonomik ve duygusal nedenlerden dolayı taşıyıcı annenin, sözleşmenin zayıf tarafı olduğu ileri sürülmüştür. Müstakbel ebeveyn, ekonomik anlamda daha güçlüdür ve özellikle gelişmekte olan ülkelerde bulunan taşıyıcı anneler, çoğu zaman başka bir iş olanağının bulunmaması, yoksulluk gibi nedenlerle başka türlü yapmayacakları seçimleri yaparak taşıyıcı anne olmayı

⁴⁰⁶ Sonia M. Suter, “Giving in to Baby Markets: Regulation Without Prohibition”, **Michigan Journal of Gender & Law**, Vol. 16: 21, 2009, s. 22.

⁴⁰⁷ Struycken, **a.g.e.**, s. 369.

⁴⁰⁸ Margalit, **a.g.e.**, s. 431-432.

⁴⁰⁹ Keyes, **a.g.e.**, s. 48, dn. 122.

kabul etmektedirler. Bu nedenle, taşıyıcı anne, sözleşmenin zayıf tarafıdır⁴¹⁰. Buradaki endişe, metalaştırmanın insanları başka türlü yapamayacakları, özellikle de kendi çıkarlarına uygun olmayan seçimler yapmaya yönlendirebilmesidir. Dolayısıyla, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümleri hukuk seçimiyle bertaraf edilememelidir.

Öte yandan, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde müstakbel ebeveynin sözleşmenin zayıf tarafı olduğu da ileri sürülmüştür. Özellikle tıbbî bakımdan çocuk sahibi olması mümkün olmayan müstakbel ebeveynin çocuk arzusu, onları sözleşmenin zayıf tarafı yapmaktadır. Sadece duygusal olarak değil müstakbel ebeveyn, çocuk sahibi olmak için her şeyi göze alarak büyük meblağlarda ödeme yapmaya da hazır olduğundan ekonomik anlamda da taşıyıcı annenin istismarlarına açıktır ve bu nedenle sözleşmenin zayıf tarafıdır⁴¹¹. Bu durumda, müstakbel ebeveynin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku asgarî koruma olarak esas alınmalıdır.

Görüldüğü üzere taşıyıcı annelik sözleşmelerinde zayıf tarafın tespit edilmesi kolay değildir. Taşıyıcı annenin mutad meskeni, taşıyıcı annenin uzun vadeli tıbbî, duygusal ve ekonomik refahı ile yakından ilgilidir. Diğer taraftan, müstakbel ebeveynin mutad meskeni özellikle doğan çocuk üzerindeki soybağı ve ebeveynlik hakları ile çocuğun menfaati bakımından önemlidir. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde bu menfaatler sözleşme boyunca iç içe geçmiş durumdadır⁴¹². Diğer yandan, tezimizin birinci bölümünde de ele aldığımız üzere taşıyıcı anneler, ekonomik açıdan güçsüz konumda bulunmaları, sırf taşıyıcı annelik yapmak için rızaları olmaksızın bir ülkeden başka bir ülkeye zorla götürülmeleri, insanî değerlerinin hiçe sayılması gibi birçok sebeple taşıyıcı annelik sözleşmesinin zayıf tarafı kabul edilebilir.

C. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Taşıyıcı annelik sözleşmelerini aile hukuku sözleşmesi olarak kabul eden görüş esas itibarıyla, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin soybağı statüsünün tesisi dışında kalan

⁴¹⁰ Margalit, **a.g.e.**, s. 430-431.

⁴¹¹ Debora Spar/ Anna M. Harrington, "Building a Better Baby Business", **Minnesota Journal of Law, Science & Technology**, Vol. 10:1, 2009, s. 44; Maria Jose Pietrini Sanchez, "A Case for the Asymmetric Enforceability of Surrogacy Contracts", **The Journal of Political Philosophy**, Volume 28, Number 4, 2020, s. 439; London, **a.g.e.**, s. 415; Suter, **a.g.e.**, s. 238.

⁴¹² Shakargy, **a.g.e.**, s. 159.

özellikle masraf veya ücret gibi maddî konularda öncelikle taraflara sınırlı bir hukuk seçimi imkânı tanınması gerektiğini ifade etmektedir⁴¹³.

Evlilik mal rejimine ilişkin hukuk seçimi sözleşmelerindeki esasların, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde kabul edilebilirliği değerlendirildiğinde aslında bu iki sözleşmenin koruduğu menfaatler ve taraflar arasındaki güç dengeleri bakımından birbirine benzediğini söylemek mümkün değildir. Evlilik mal rejimi sözleşmeleri, evliliğin kadın ve erkeğin malları üzerindeki etkisini düzenlemektedir⁴¹⁴. Evlilik mal rejimi sözleşmelerine uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilâfı kuralları, eşlerin evlilikteki menfaatlerinin eşit olduğunun kabulüyle eşlerden birinin daha çok yararına olacak bir hukuk seçimine izin vermemektedir⁴¹⁵. Zaten bu sebeple tarafların seçebilecekleri hukuklar tamamen serbest bırakılmamış, seçilebilecek hukuklar çoğu ulusal veya uluslararası düzenlemelerde eşlerin müşterek hukuklarıyla sınırlandırılmıştır⁴¹⁶.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde ise öncelikle tarafların sözleşmeye dönük menfaatlerinin eşit olduğunu söylemek mümkün değildir. Müstakbel ebeveynin bu sözleşmedeki en büyük menfaati, günün sonunda bir çocuk sahibi olabilmektir. Taşıyıcı annenin menfaati ise ticarî bir sözleşme akdedilmişse ücretini almak veya özgecil bir sözleşmeysen diğer tarafın çocuk sahibi olma beklentisine hizmet edebilmenin yaşattığı tatmin duygusunu yaşamaktır. Dolayısıyla taraf menfaatlerinin eşit olduğunu kabul etmek mümkün değildir.

Buna ek olarak, evlilik mal rejimi sözleşmeleri eşit taraflar (eşler) arasında yapılmaktadır. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri ise taraflar arasındaki güç dengesizliğinin öne çıktığı sözleşmelerden biridir. Bu güç dengesizliği göz ardı edilerek evlilik mal rejimi sözleşmelerine ilişkin esaslardan hareketle taraflara, sınırlı olarak müşterek hukuklarını seçebilme imkânının tanınması ise taşıyıcı annelik sözleşmelerinin niteliğine uygun düşmeyecektir. Nitekim sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde çoğu zaman, tarafların müşterek bir hukukları bulunmamaktadır. Tarafların müşterek hukuklarının bulunduğu hâllerde ise genellikle taşıyıcı annelik sözleşmeleri ülke içi taşıyıcı annelik şeklinde gerçekleşmekte veya müşterek hukukta taşıyıcı annelik yasaklandığından taraflar başka bir ülkeye giderek sınıraşan taşıyıcı annelik

⁴¹³ Keyes, **a.g.e.**, s. 49; Shakargy, **a.g.e.**, s. 160.

⁴¹⁴ Ersen Perçin, **Mal Rejimi**, s. 7.

⁴¹⁵ Ersen Perçin, **Mal Rejimi**, s. 10.

⁴¹⁶ Ersen Perçin, **Mal Rejimi**, s. 75.

sözleşmesi akdetmektedir. Bu sebeplerle, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde evlilik mal rejimi sözleşmelerinde benimsenen esasların kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız.

Bu noktada iş ve tüketici sözleşmeleri gibi özel sözleşmeler için benimsenen esasların taşıyıcı annelik sözleşmelerine uygun olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin milletlerarası ticarî akitlerden oldukça farklı yapısı ve iş ve tüketici sözleşmelerine benzer nitelikleri nedeniyle sözleşmenin zayıf tarafının bulunduğu ülkenin emredici düzenlemelerinin asgarî koruma olarak kabul edilerek taraflara hukuk seçimi imkânının tanınması gerektiği belirtilmiştir. Bu kapsamda, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı annenin sözleşmenin zayıf tarafı olduğunun kabulü gerekir⁴¹⁷.

Gerçekten de taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taraflara sınırsız bir hukuk seçimi imkânının tanınması hâlinde taşıyıcı annenin şahıs varlığı değerlerini korumayan, taşıyıcı annenin özellikle tıbbî süreçlere rızası konusunda aydınlatma yükümlülüğünü tam olarak yerine getirmeyen ya da aydınlatma yükümlülüğünün hiç öngörülmediği veya taşıyıcı anneye daha az koruma sağlayan liberal hukuk düzenlerinin seçilerek taşıyıcı annenin tamamen korunmasız kalması söz konusu olabilir. Diğer yandan, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun emredici hükümlerinin asgarî koruma olarak esas alınması durumunda taşıyıcı anneye gerçekten bir koruma sağlanacağı şüphelidir.

İş ve tüketici sözleşmelerinde hukuk seçiminin sınırlandırılmasında kamu menfaati ön plandadır. İş ve tüketici sözleşmelerinde, işçinin mutad iş yeri ya da tüketicinin mutad meskeni hukuklarının asgarî koruma olarak dikkate alınması aslında bu hukuklarda, işçiyi ya da tüketiciyi koruyan bazı düzenlemelerin mevcut olduğu ön kabulüne dayanmaktadır. Oysa taşıyıcı annenin mutad meskeni hukukunda taşıyıcı anneliğin yasaklaması hâlinde, bu hukukun taşıyıcı anneye herhangi bir koruma sağlayamayacağı açıktır⁴¹⁸. Bununla birlikte taşıyıcı annenin mutad mesken hukuku çoğu zaman müstakbel ebeveynin taşıyıcı anneliğe başvurmak için gittiği, taşıyıcı anneliğe izin veren bir devlet hukuku olacaktır. Bu hukuktaki taşıyıcı anneliğe ilişkin

⁴¹⁷ Aynı doğrultuda bkz. Blauwhoff/ Frohn, **a.g.e.**, s. 237; Margalit, **a.g.e.**, s. 432; Shakargy, **a.g.e.**, s. 159.

⁴¹⁸ Sözleşmenin zayıf tarafı olarak müstakbel ebeveynin kabul edilmesi hâlinde de durum aynıdır.

düzenlemelerin asgarî koruma olarak esas alınması ve tarafların daha iyi bir koruma sağlayan hukuku seçebilmelerine imkân tanınması uygun olacaktır.

II. MÖHUK’a Göre Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

Mevcut düzenlemelerimiz kapsamında sınıraşan taşıyıcı annelikten doğan bir ihtilâf Türk hâkiminin önüne geldiğinde hâkimin yapacağı ilk şey, söz konusu hukukî olay veya ilişkiyi vasıflandırmaktır. Kanunlar ihtilâfı kuralları gereği, yabancı unsurlu hukukî olay ve ilişkiye uygulanacak hukuk tespit edilirken çeşitli kavramlardan yararlanılmaktadır⁴¹⁹. Bağlama konusunu ifade eden bu kavramlar, söz konusu hayat ilişkisini temsil etmektedir⁴²⁰. Her hukuk sisteminde bu kavramların ifade ettiği anlam aynı olmadığından, ilgili hukuk düzenlerindeki farklı nitelendirmelerden hangisine etki tanınacağı problemi gündeme gelir. Bu problemin çözümü için hâkim tarafından yapılan yoruma ise vasıflandırma denilmektedir. Vasıflandırma yapılmadan, yabancı unsur içeren uyumsuzlığa, hangi kanunlar ihtilâfı kuralının uygulanacağı tespit edilemez⁴²¹.

Bağlama konusunun vasıflandırılmasının nasıl yapılacağı konusunda öğretide çeşitli fikirler⁴²² öne sürülse de Türk milletlerarası özel hukuk sisteminde *lex fori*’nin nitelendirmesinin esas alınarak çözümlenmesi tercih edilmektedir⁴²³. Bir başka ifadeyle hâkim, önüne gelen uyumsuzluğun vasıflandırmasını Türk hukukuna göre yapacaktır.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesine ilişkin bir uyumsuzluğun çözümü için Türk hâkimi, vasıflandırmayı *lex fori* olarak Türk hukukuna göre yapacağından taşıyıcı

⁴¹⁹ Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020, s. 218; Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2021, s. 74; Sibel Özel/Mustafa Erkan/Hatice Selin Pürselim/Hüseyin Akif Karaca, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 85; Nomer, **DHH.**, s. 96; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 36.

⁴²⁰ Örneğin söz konusu yabancılık unsuru taşıyan hukukî olay ya da ilişki; iç hukukta da yer alan ehliyet, şekle, soybağına vs. ilişkindir. Doğan, **a.g.e.**, s. 218; Nomer, **DHH.**, s. 97; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 36.

⁴²¹ Doğan, **a.g.e.**, s. 222; Nomer, **DHH.**, s. 98; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 36.

⁴²² Vasıflandırma probleminin çözümü bakımından ileri sürülen görüşler şunlardır: hâkimin hukukuna göre vasıflandırma (*lex fori*), hüküm statüsüne göre vasıflandırma (*lex causae*) bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 79-83; Doğan, **a.g.e.**, s. 219-220; Nomer, **DHH.**, s. 100-101, Tekinalp, **a.g.e.**, s. 37-38. Ayrıca mukayeseli hukuka göre vasıflandırma, kademeli vasıflandırma gibi görüşler mevcuttur. Bkz. Doğan, **a.g.e.**, s. 220.

⁴²³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 79; Doğan, **a.g.e.**, s. 222, Nomer, **DHH.**, s. 100; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 87; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 37. Ayrıca, özellikle sözleşmeler hukuku alanında vasıflandırma yapılırken *lex fori*’nin tercih edilmesinin daha faydalı olacağı hususundaki görüş için bkz. Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 367.

annelik sözleşmeleri, tezimizin birinci bölümünde incelediğimiz ve bizim de katıldığımız görüş olarak aile hukukuna özgü sonuçlar doğuran *sui generis* bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Dolayısıyla, taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan soybağına ilişkin hususlar dışında kalan sözleşmenin geçerliliği, ifası ve sona ermesi gibi hususların, MÖHUK'ta düzenlenen sözleşmelere uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralları çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir.

Bu bölümde yabancılık unsuru taşıyan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan hukukî sorunların MÖHUK çerçevesinde nasıl yorumlanıp değerlendirileceği incelenecektir.

A. Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk hakkında genel kanunlar ihtilâfı kural niteliğindeki MÖHUK m. 24 uygulanır. Öte yandan bazı sözleşme tipleri bakımından MÖHUK m. 26-29⁴²⁴ arasında özel düzenlemeler getirilmiştir. Bu kapsamda, bir sözleşme MÖHUK m. 25-29 arasında yer alan özel düzenlemelerin kapsamına giriyorsa ilgili özel kânunlar ihtilafı kuralı olaya uygulanır, bu düzenlemelerin kapsamında girmeyen sözleşmeler hakkında MÖHUK m. 24'teki genel kanunlar ihtilâfı kuralına ilişkin kural uygulanır. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri MÖHUK m. 25-29 arasında yer alan özel düzenlemelerin kapsamına girmediğinden uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 hükmüne göre tespit edilecektir.

Yabancılık unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka ilişkin MÖHUK m. 24 düzenlemesi öncelikle taraf iradelerini dikkate alan sübjektif bir bağlama kuralı kabul edilmiştir. Taraflar, hukuk seçimi ile aralarındaki sözleşmeden doğan uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçebilirler. Taraflarca hukuk seçiminin yapılmaması hâlinde, taraf menfaatleri dikkate alınarak kanun koyucunun, önceden belirlediği objektif bağlama kurallarından hareketle uygulanacak hukuk belirlenecektir.

⁴²⁴ MÖHUK m. 25 taşınmazlara ilişkin sözleşmelere, m. 26 tüketici sözleşmelerine, m. 27 iş sözleşmelerine, m. 28 fikrî mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmelere ve m. 29 eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkindir.

1. Uygulanacak Hukukun Sübjektif Bağlama Kuralına Göre Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Yabancılık unsuru içeren sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK m. 24 hükmü öncelikle taraflara bu hukuku seçme imkânı tanımıştır. MÖHUK’da yer alan bu düzenlemeye göre, hukuk seçiminin kapsamı ve yapılış şekli belirtilerek sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde hukuk seçiminin mümkün olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır.

İrade serbestisi ilkesi, günümüzde milletlerarası özel hukukun temel prensiplerinden biri olarak kabul edilmekte ve milletlerarası özel hukukta özellikle sözleşmeler hukuku alanında hukuk seçimi olarak ortaya çıkmaktadır⁴²⁵. Kanunlar ihtilâfı kuralları ile yabancı unsurlu bir hukukî olay ve ilişkiye hangi hukuk düzeninin maddî hukuk kurallarının uygulanacağı tespit edilirken milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti temin edilmeye çalışılır. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, taraflarla veya hukukî işlem ya da ilişki ile en sıkı ilişki içinde bulunan hukukun uygulanması ile yerine getirilmiş olur⁴²⁶. En sıkı bağlantıya sahip bu hukuku tespit etmemize yarayan bağlama kuralları, çeşitli menfaatleri dikkate almaktadır⁴²⁷. Sözleşmeler hukuku bakımından en ağır basan menfaat, taraf menfaati olarak kabul edildiğinden tarafların, aralarındaki sözleşmeye kendi seçtikleri hukukun uygulanması ile taraf menfaati hayata geçirilmiş olmaktadır⁴²⁸.

Taraflara hukuk seçimi imkânının tanınması ile tarafların, aralarındaki hukukî ilişkiye kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyacağına inandıkları ve önceden bilebilecekleri bir hukukun uygulanması amaçlanmaktadır⁴²⁹. Bu noktada taraflarca seçilen hukuk, sözleşmeye uygulanacak hukuku düzenleyen kanunlar ihtilâfı kurallarındaki bağlama noktasını oluşturur. Başka bir ifadeyle *lex fori*’nin kanunlar ihtilâfı kuralları, taraflara hukuk seçimi yapabilme yetkisi vermektedir⁴³⁰.

⁴²⁵ Mills, **Party Autonomy**, s. 315; Kazım Çınar, Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2021, s. 271.

⁴²⁶ Nomer, **DHH.**, s. 6.

⁴²⁷ Milletlerarası özel hukukta dikkate alınan menfaatler: taraf menfaati, düzen menfaati, işlem menfaati, maddî hukuk menfaati ve devlet menfaati olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 28.

⁴²⁸ Çınar, **a.g.e.**, s. 48; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 404; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 321.

⁴²⁹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 279.

⁴³⁰ Demirkol, **a.g.e.**, s. 75.

Bu kapsamda sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda MÖHUK m. 24/f.1⁴³¹ hükmü, öncelikle tarafların seçtiği hukukun yetkili olacağını düzenlemektedir. Sözleşmelere uygulanacak hukukta öncelikle taraflarca seçilen hukukun uygulanması Avrupa Birliği hukukunda Roma I Tüzüğü⁴³², Amerikan hukukunda *Restatement (Second)*⁴³³ gibi düzenlemeler başta olmak üzere pek çok hukuk düzeni tarafından kabul edilmiştir⁴³⁴.

MÖHUK m. 24/f.1 ile kabul edilen hukuk seçimi imkânı, isimli sözleşmeler yanında isimsiz sözleşmeleri de kapsamaktadır⁴³⁵. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri de aile hukukuna özgü sonuçlar doğuran *sui generis* bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğundan tarafların, aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku seçebilecekleri söylenebilir.

b. Hukuk seçiminin Yapılış Şekli

Hukuk seçimi ile tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda karşılıklı irade beyanlarının uyduğu anlaşılmaktadır⁴³⁶. MÖHUK m. 24/f.1/c.1'e göre, “sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir”⁴³⁷. Bu kapsamda açık hukuk seçimi, taraflarca seçilen hukukun herhangi bir yorum gerektirmeyecek ve tereddüde yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmasını ifade eder⁴³⁸. Tarafların bir devlet hukukunu seçmeleri, her zaman açık hukuk seçimi yapıldığını belirtmez, tarafların seçtikleri bu hukukun, taraflar arasındaki

⁴³¹ MÖHUK m. 24/f.1 hükmü şu şekildedir: “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.”

⁴³² Regulation EC No. 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the Law Applicable to Contractual Obligations (Rome I), O.J. L 177, 4.7.2008. Roma I Tüzüğü m. 3/f.1'de sözleşmenin taraflarca seçilen hukuka tâbi olacağı belirtilmiştir.

⁴³³ 1971 tarihli *Restatement Second of Conflict of Laws* düzenlemesinin İngilizce metni için bkz. <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest186.html>. (ET. 15.02.2022)

⁴³⁴ Örneğin, 1978 tarihli Avusturya Kanunu m. 35 bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 280. 1986 tarihli Alman Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 27 bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s.281. 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuka Dair Federal Kanun (IPRG) m.1167 bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 381; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 281.

⁴³⁵ Cemile Demir-Gökyayla, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 293.

⁴³⁶ İlyas Arslan, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, c. 33, sayı. 2, 2016, s.6.

⁴³⁷ Mülga 2675 sayılı MÖHUK m. 24/f.1 hükmünde de sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde açık hukuk seçiminin yapılabileceği kabul edilmiştir.

⁴³⁸ Arslan, **Zımnî**, s. 7; Çınar, **a.g.e.**, s. 78; Demirkol, **a.g.e.**, s. 179-180; Hatice Özdemir Kocasakal, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl 30, Sayı 1-2, 2010, s. 29; Nomer, **DHH.**, s. 322; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 413; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 325.

sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuk olarak seçildiğinin açıkça anlaşılması gerekir⁴³⁹.

Açık hukuk seçimi, taraflar arasındaki sözleşmede uygulanacak hukuka ilişkin bir hüküm konularak yapılabileceği gibi, sözleşme metni dışında ayrı bir sözleşmeyle de yapılabilir. Benzer şekilde, taraflar arasındaki sözleşme daha önce yapılan bir çerçeve sözleşme kapsamında yapılıyorsa veya taraflar arasındaki sözleşmede hukuk seçimine ilişkin hükümler getiren bir düzenlemeye atıf yapılıyorsa yine açık hukuk seçiminden söz edilir⁴⁴⁰. Hukuk seçimi yapılan durumlarda, seçilen hukukun maddî hukuk kurallarının sözleşmeye uygulanacağı kabul edilir, o hukukun kanunlar ihtilâfî kuralları dikkate alınmaz⁴⁴¹.

Bu bilgiler ışığında sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de taraflar uygulanacak hukuku açık olarak seçebilirler. Bu sözleşmelerde tarafların taahhütleri çok karışık ve çeşitli olduğundan taraflar arasındaki açık ve rızaya dayalı bir hukuk seçimi, tarafların gerçek niyet ve arzularının ortaya koyulması bakımından oldukça önemlidir⁴⁴². Hukuk seçimi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı çözmek durumunda olan hâkim açısından da taraf beklentilerinin daha net anlaşılmasına imkân verir. Zira taraflar arasında, açık bir hukuk seçimi yoksa sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanacak hukuku tespit etme görevi hâkime kalacaktır.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinde taraflar açık hukuk seçimi yapabileceği gibi zımnî hukuk seçimi de yapabilirler. Bu husus, MÖHUK m. 24/f.1/c.2’de “Sözleşmenin hükümlerinden veya halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde yapılan hukuk seçimi de geçerlidir.” ifadesiyle hüküm altına alınmıştır⁴⁴³. Ayrıca Amerikan hukukunda Restatement (Second) m. 187/f.2⁴⁴⁴ ile AB hukukunda

⁴³⁹ Demirkol, **a.g.e.**, s. 180.

⁴⁴⁰ Demirkol, **a.g.e.**, s. 180-181; Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 29. Aksi yönde görüş için bkz. Zeynep Derya Tarman, “5718 Sayılı Milletlerarası özel Hukuk ve usul Hukuku hakkında kanun (MÖHUK) uyarınca yabancılık unsuru taşıyan akdi borç ilişkilerinde Hukuk seçimi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 26, S. 1, Yıl 2010, s. 149.

⁴⁴¹ Demirkol, **a.g.e.**, s. 142; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 327. Bu husus MÖHUK m. 2/f.4’te şu şekilde düzenlenmiştir. “Uygulanacak hukuku seçme imkânı verilen hâllerde, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmadıkça seçilen hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.”

⁴⁴² O’Hara / Ribstein, **a.g.e.**, s. 178; Shakargy, **a.g.e.**, s. 157.

⁴⁴³ Mülga 2675 sayılı MÖHUK’ta hukuk seçiminin sadece açıkça yapılabileceği belirtilmiş, zımnî hukuk seçimi imkânı taraflara tanınmamıştır. Eski MÖHUK’un zımnî iradeyi kabul etmemesi, uluslararası sözleşmelerle bağdaşmadığı için eleştirilmiştir. Bkz. Çelikel /Erdem, **a.g.e.**, s. 350.

⁴⁴⁴ Restatement (Second) m. 187/f. 2 hükmü şu şekildedir: “The law of the state chosen by the parties to govern their contractual rights and duties will be applied, even if the particular issue is one which the parties could not have resolved by an explicit provision in their agreement directed to that issue...” Madde metni için bkz. <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest187.html>. (ET. 10.3.2022)

ise Roma I Tüzüğü m. 3/f.1, c.2 ile zımnî hukuk seçimi benzer şekilde kabul edilmektedir⁴⁴⁵. Zımnî hukuk seçiminde, tarafların iradesi açık olmamakla birlikte bu irade, gerçektir ve hukuk seçimine yöneliktir⁴⁴⁶.

Zımnî bir hukuk seçiminin varlığını tespit etmek her zaman kolay değildir. Hâkim, zımnî hukuk seçimini değerlendirirken tarafların farazî iradelerini esas alarak bir değerlendirme yapamaz. Başka bir ifadeyle hâkim, kendisini sözleşmenin taraflarının yerine koyarak taraflar sözleşmeyi akdederken kendi menfaatlerine uygun olarak bir hukuku seçselerdi bu hukuk hangi hukuk olurdu şeklinde bir inceleme yapmaz⁴⁴⁷.

Öğretide zımnî hukuk seçiminden bahsedebilmek için taraflar arasındaki sözleşmede belirli bir hukukta yer alan maddî hukuk hükümlerine atıf yapılması, belirli bir ülke hukukuna göre gerçekleştirilmiş standart sözleşme şartlarının kullanılması, taraflar arasında hukuk seçiminin mevcut olduğu başka bir sözleşmeye referans yapılması, taraflar arasındaki tüm uyumsuzluklarda aynı devlet mahkemelerinin yetkili olması gibi birçok emarenin hâkim tarafından değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁴⁸.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de tarafların zımnî hukuk seçiminde bulunabileceği kabul edilebilir⁴⁴⁹. Burada taşıyıcı annenin ve müstakbel ebeveynin iradelerinin objektif esaslarla tespit edilmesi ve belirli işaretlerin sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak bir devlet hukukunu seçtiklerine ilişkin tarafların gerçek iradesini ortaya koyduğunun hâkim tarafından tespiti gerekir. Öte yandan taşıyıcı annelik sözleşmeleri, çeşitli tıbbî müdahaleleri içeren, sözleşme konusu esas itibariyle bir çocuğun dünyaya gelmesi olan bir sözleşmedir ve bu nitelikleri itibariyle ticarî sözleşmelerden oldukça farklıdır. Bu nedenle taraflar açık hukuk seçimi

⁴⁴⁵ Roma I Tüzüğü m.3/f.1 hükmü şu şekildedir: “A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case.”. Tüzük’de düzenlenen madde 3 hükmü için bkz. https://lexpency.org/eu/32008R0593/ART_3/. (ET. 10.3.2022). Roma I Tüzüğü ile düzenlenen zımnî hukuk seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aslı Bayata Canyaş, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.1, S.1, 2011, s. 114-115.

⁴⁴⁶ Arslan, *Zımnî*, s. 9; Demirkol, *a.g.e.*, s. 192; Nomer, *DHH*, s. 323; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, *a.g.e.*, s. 413; Özdemir Kocasakal, *MÖHUK m. 24*, s. 44; Tekinalp, *a.g.e.*, s.283.

⁴⁴⁷ Arslan, *Zımnî*, s. 18; Nomer, *DHH*, s. 323; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, *a.g.e.*, s. 413; Şanlı/Eslen/Ataman-Figanmeşe, *a.g.e.*, s. 326; Tekinalp, *a.g.e.*, s. 284-286.

⁴⁴⁸ Arslan, *Zımnî*, s. 12-13; Özdemir Kocasakal, *MÖHUK m. 24*, s. 45; Nomer, *DHH*, s. 324. Benzer görüş için bkz. Tekinalp, *a.g.e.*, s. 284.

⁴⁴⁹ Shakargy, *a.g.e.*, s. 157.

yapmamışlarsa tarafların zımnî iradelerinin şüpheyeye yer vermeyecek şekilde tespiti kolay değildir.

Kanaatimizce, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taraflar arasında daha önceden yapılan bir veya daha fazla sözleşmenin hukuk seçimi yapılarak aynı hukuka tâbi tutulmasının, daha sonra yapılan ve açık hukuk seçimine ilişkin bir düzenleme içermeyen taşıyıcı annelik sözleşmesinde zımnî hukuk seçiminde bulunulduğuna ilişkin bir emare olarak dikkate alınmaması gerekir. Müstakbel anne ve baba, aynı taşıyıcı anne ile birden fazla sözleşme yapmış olsa da bu sözleşmeler ticarî nitelikli sözleşmeler gibi taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğurmamaktadır. Aynı taraflar arasında birden fazla sözleşme yapılmış olsa da bu sözleşmeler birbirinden bağımsız olduğu gibi sözleşmenin konusu da esas itibariyle birbirinden ayrı çocuklardır. Ayrıca, taşıyıcı anneliğe izin veren hukuklarda, taşıyıcı annenin, kaç kere taşıyıcı annelik yapabileceğine ilişkin sınırlar da bulunduğundan aynı taraflar arasında birden fazla taşıyıcı annelik sözleşmesi yapılması, önceki sözleşmedeki açık hukuk seçimine ilişkin hükümlerin ikinci sözleşmede de zımnî bir hukukun seçildiğine ilişkin emare olarak kabul edilmemesi gerekir.

Bazı durumlarda müstakbel ebeveynin seyahat ederek ve taşıyıcı anneliğe erişebilecekleri yabancı bir hukuk sitemine fiziksel olarak yerleşerek taşıyıcı annelik sözleşmesinin bazı yönlerine uygulanacak hukuku zımnî olarak seçebildiğini kabul etmek gerekir⁴⁵⁰. Bu özellikle tıbbî müdahalelere rıza konusunda böyledir. Tıbbî müdahalenin gerçekleştiği yer hukukunun zımnî seçildiği kabul edilebilse de sözleşmede yer alan diğer yükümlülükler bakımından da o yer hukukunun zımnî seçildiğinin tespit edilebilmesi için taraflar arasındaki ilişkiye dair diğer emarelerden de yararlanılmalı, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde zımnî hukuk seçiminin varlığına ilişkin inceleme titizlikle yapılmalıdır.

2. Uygulanacak Hukukun Objektif Bağlama Kuralına Göre Tespiti

a. Genel Olarak

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan borç ilişkileri için taraflarca bir hukuk seçimi yapılmamışsa veya taraflar arasındaki hukuk seçimi anlaşması geçerli değilse uygulanacak hukuk, objektif esaslara göre tayin edilecektir.

⁴⁵⁰ Keyes, **a.g.e.**, s. 47.

Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında hukuk seçimi yapılmamışsa objektif bağlama kuralı olarak uygulanacak hukuk, sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuktur. Bu husus MÖHUK m. 24/f.4'te "*Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır.*" hükmüyle düzenlenmiştir. Bu kuralın ardından en sıkı ilişkili hukukun, sözleşmenin karakteristik edimini temel alan bazı karinelere göre belirleneceği düzenlenmiştir⁴⁵¹. MÖHUK m. 24/f.4/c.2'ye göre, "*Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir.*" Hâkim, her somut olayın özelliklerine göre en sıkı ilişkili hukuku tespit ederken sözleşmede yer alan unsurları ve tarafların beklentilerini dikkate alır⁴⁵². Bu tespiti yaparken hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır⁴⁵³. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun tespit edilebilmesi için öncelikle sözleşmedeki karakteristik edimin belirlenmesi gerekmektedir.

En sıkı ilişkili hukukun uygulanması ilkesi devletler özel hukukunun en temel ilkelerindendir ve devlet özel hukuku hakkaniyeti ancak en sıkı irtibatlı hukukun olaya uygulanmasıyla temin edilmiş olur⁴⁵⁴. Hukuk seçiminin bulunmaması durumunda sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanması Amerikan hukukunda Restatement (Second) m. 188/f.1⁴⁵⁵ ve Roma I Tüzüğü m. 4 ile de kabul edilmiştir. Amerikan hukukunda sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, hâkimler tarafından Restatement (Second) m. 188/f.2⁴⁵⁶ de belirtilen çeşitli bağlama noktalarının değerlendirilmesiyle

⁴⁵¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 289; Zeynep Derya Tarman, "Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü", **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 25, Sayı 2, 2009, s. 315.

⁴⁵² Demirkol, **a.g.e.**, s. 245; Nomer, **DHH**, s. 330; Tarman, **Roma I**, s. 315.

⁴⁵³ Tarman, **Roma I**, s. 315.

⁴⁵⁴ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 29.

⁴⁵⁵ Restatement m. 188/f.1 hükmü şu şekildedir: "(1) *The rights and duties of the parties with respect to an issue in contract are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the transaction and the parties under the principles stated in s 6.*"

⁴⁵⁶ Restatement m. 188/f.2 hükmü şu şekildedir: "*In the absence of an effective choice of law by the parties (see s 187), the contacts to be taken into account in applying the principles of s. 6 to determine the law applicable to an issue include:*

(a) *the place of contracting,*

(b) *the place of negotiation of the contract,*

(c) *the place of performance,*

(d) *the location of the subject matter of the contract, and*

(e) *the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties.*

These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue." İlgili düzenleme için bkz. <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html>. (ET. 17.03.2022).

tespit edilmektedir⁴⁵⁷. Roma I Tüzüğü m. 4/f.1 ise belirli sözleşme tipleri⁴⁵⁸ bakımından uygulanacak hukuku belirttikten sonra, m. 4/f.1 kapsamı dışında kalan veya karma nitelikli sözleşmeler bakımından uygulanacak hukukun m. 4/f.2’de düzenlenen karakteristik edimin belirlenmesiyle tespit edileceğini düzenlemektedir⁴⁵⁹.

Hukukî güvenliğin ve öngörülebilirliğin temin edilmesi bakımından kabul edilen karakteristik edim teorisine göre uygulanacak hukukun tespiti, her zaman en sıkı ilişkili hukukun uygulanması amacına hizmet etmediğinden, sözleşmenin başka bir hukukla “daha sıkı ilişkide” bulunması durumunda, bu hukuk uygulanacaktır⁴⁶⁰. Bu husus, Roma I Tüzüğü m. 4/f.3⁴⁶¹ ile somut olayın tüm şartlarına göre sözleşmenin en sıkı ilişkili olduğu hukuk m. 4/f.1 ve 2 ile belirlenen hukuktan başka bir hukukla açıkça daha sıkı ilişkide ise bu hukuk uygulanır şeklinde hüküm altında alınmıştır⁴⁶².

Daha sıkı ilişkili hukuk incelemesi MÖHUK m. 24/f.4/c.4’te şu şekilde düzenlenmiştir, “*Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.*” Daha sıkı ilişkili bir

⁴⁵⁷ Özel, **a.g.e.**, s. 581.

⁴⁵⁸ Roma I Tüzüğü m.4/f.1 hükmü: “1. To the extent that the law applicable to the contract has not been chosen in accordance with Article 3 and without prejudice to Articles 5 to 8, the law governing the contract shall be determined as follows: (a) a contract for the sale of goods shall be governed by the law of the country where the seller has his habitual residence; (b) a contract for the provision of services shall be governed by the law of the country where the service provider has his habitual residence; (c) a contract relating to a right in rem in immovable property or to a tenancy of immovable property shall be governed by the law of the country where the property is situated; (d) notwithstanding point (c), a tenancy of immovable property concluded for temporary private use for a period of no more than six consecutive months shall be governed by the law of the country where the landlord has his habitual residence, provided that the tenant is a natural person and has his habitual residence in the same country; (e) a franchise contract shall be governed by the law of the country where the franchisee has his habitual residence; (f) a distribution contract shall be governed by the law of the country where the distributor has his habitual residence; (g) a contract for the sale of goods by auction shall be governed by the law of the country where the auction takes place, if such a place can be determined; (h) a contract concluded within a multilateral system which brings together or facilitates the bringing together of multiple third-party buying and selling interests in financial instruments, as defined by Article 4(1), point (17) of Directive 2004/39/EC, in accordance with non-discretionary rules and governed by a single law, shall be governed by that law.” Roma I Tüzüğü’nün İngilizce orijinal metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF#:~:text=goods%2C%20no%20change%20in%20substance,for%20the%20carriage%20of%20goods>. (ET. 17.3.2022)

⁴⁵⁹ Roma I Tüzüğü m.4/f.2 hükmü şu şekildedir: “Where the contract is not covered by paragraph 1 or where the elements of the contract would be covered by more than one of points (a) to (h) of paragraph 1, the contract shall be governed by the law of the country where the party required to effect the characteristic performance of the contract has his habitual residence.” bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF#:~:text=goods%2C%20no%20change%20in%20substance,for%20the%20carriage%20of%20goods>. (ET. 17.3.2022)

⁴⁶⁰ Demirkol, **a.g.e.**, s. 249.

⁴⁶¹ Roma I Tüzüğü m. 4/f.3 hükmü şu şekildedir: “Where it is clear from all the circumstances of the case that the contract is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply.”

⁴⁶² Demirkol, **a.g.e.**, s. 297-298; Tarman, **a.g.e.**, s. 313.

hukukun mevcut olup olmadığı incelenirken, sözleşmenin kuruluş yeri, sözleşmenin ifa yeri, tarafların vatandaşlıkları veya iş yerlerinin bulunduğu yer gibi sözleşmeyle ilişkili bütün unsurların incelenmesi gerekebilir⁴⁶³.

Türk kanunlar ihtilâfı hukuku kurallarına göre sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan borç ilişkileri hakkında uygulanacak hukukun objektif esaslara göre tayininde, öncelikle sözleşmede bir karakteristik edimin mevcut olup olmadığı incelenmelidir. Karakteristik edimin tespitinden sonra sözleşme ticarî ve meslekî amaçlar dışında yapılıyorsa uygulanacak hukuk “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni hukuku”, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği yapılıyorsa “karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukuku”, MÖHUK m. 24/f.4’te yer alan karineler gereği sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanacaktır. Diğer yandan hâlin şartlarından sözleşmeyle başka bir hukukun daha sıkı ilişki içinde olması durumunda bu hukukun ihtilâfa uygulanması gerekmektedir. Aşağıdaki bölümde sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde karakteristik edimin hangi edim olduğu tespit edilerek objektif esaslara göre uyumsuzluğa uygulanacak hukuk belirlenmeye çalışılacaktır.

b. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinde Karakteristik Edimin Tespiti

Karakteristik edim ile ne anlaşılması gerektiği hususunda 5718 sayılı MÖHUK’ta bir düzenleme bulunmamaktadır. Karakteristik edimin en önemli özelliği, doğrudan doğruya sözleşmenin niteliği ve yapısı ile ilgili olmasıdır⁴⁶⁴. Öğretide, karakteristik edimin sözleşmeye hukukî özelliğini ve adını veren, o sözleşmeyi karakterize eden ve borç ilişkisinin ağırlık noktasını oluşturan edim olduğu belirtilmiştir⁴⁶⁵.

Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku ortaya koyan karakteristik edim teorisi tek taraflı sözleşmeler bakımından problem yaratmazken iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların edimleri aynı değerde bir değiş tokuş ilişkisine dayandığından, para verme ediminin karşısındaki edim karakteristik edimi

⁴⁶³ Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 60; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 348; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 291.

⁴⁶⁴ Demirkol, **a.g.e.**, s. 250.

⁴⁶⁵ Nomer, **DHH**, s. 331; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 344; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 289.

oluşturmaktadır⁴⁶⁶. Yine iki taraflı sözleşmelerde, borç ilişkisini karakterize eden ve rizikolu olduğu kabul edilen edim, karakteristik edimdir⁴⁶⁷.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, hangi tarafın karakteristik bir edimi yerine getirdiğinin belirlenmesi için, öncelikle tarafların karşılıklı yükümlülükleri incelenerek sözleşmenin ağırlık merkezinin tespit edilmesi gerekir. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olduğu için, sözleşmenin sosyo-ekonomik yönden ağırlığını teşkil eden edim, sözleşmenin karakteristik edimidir.

Çalışmamızın birinci bölümünde incelendiği üzere taşıyıcı annenin sözleşmeden doğan yükümlülükleri; doğru beyanda bulunma, sır saklama, tıbbî süreçlere rıza gösterme ve doğuma kadar hamileliği devam ettirme şeklindedir⁴⁶⁸. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde müstakbel ebeveyn ile taşıyıcı annenin, aralarındaki sözleşmeye farklı nitelikte aslî veya yan edimler ekleyerek birbirinden farklı nitelikte bireysel taşıyıcı annelik sözleşmesi yapması mümkündür⁴⁶⁹. Öte yandan her bir taşıyıcı annelik sözleşmesinde, taşıyıcı annenin aslî edimlerinin aynı olduğu görülmektedir⁴⁷⁰. Taşıyıcı annelik sözleşmesinde müstakbel ebeveynin yükümlülüğü ise ücret ödeme veya taşıyıcı annenin doğum veya hamilelikle ilgili masraflarını karşılama şeklindedir.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde tarafların yükümlülükleri incelendiğinde müstakbel ebeveynin edimi para ödeme şeklinde olduğundan ve para ödeme edimi karakteristik edimi oluşturmayacağından⁴⁷¹, ayrıca sözleşmeyi karakterize eden edimin, taşıyıcı annenin gebelik ve doğum edimleri olduğu anlaşıldığından taşıyıcı annenin ediminin karakteristik edim olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁷². Bu durumda sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan bir ihtilafa uygulanacak hukuk,

⁴⁶⁶ Nomer, **DHH**, s. 331; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 426; Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 52, dn.89; Özel, **a.g.e.**, s. 583; Sargın, **a.g.e.**, s. 47; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 344; Ziya Akıncı, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Ankara, 1992, s. 31.

⁴⁶⁷ Nomer, **DHH**, s. 331; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 427; Özdemir Kocasakal, **a.g.e.**, s. 52, dn.89; Özel, **a.g.e.**, s. 583; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 344; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 289.

⁴⁶⁸ Taşıyıcı annenin, çocuğu müstakbel ebeveyne teslim etme yükümlülüğü sözleşmeler hukuku kapsamı dışında ele alınacağından bu bölümde incelenmeyecektir. Öte yandan öğretilde taşıyıcı annenin, çocuğu teslim etme yükümlülüğü eksik borç olarak da nitelendirilmektedir bkz. Acabey, **a.g.e.**, s. 208, dn. 34; Kalkan Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 398.

⁴⁶⁹ Piotr Rodziewicz, "International Surrogacy-Conflict-of-laws and Procedural Issues of Judicial Cooperation in Civil Matters", in **Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective**, Editör: Piotr Mostowik, Varşova, Prawo Prywatne, 2019, s. 911.

⁴⁷⁰ Rodziewicz, **a.g.e.**, s. 911.

⁴⁷¹ Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 31; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 344

⁴⁷² Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 846; Rodziewicz, **a.g.e.**, s. 911; Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 29.

taşıyıcı annenin sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukudur. Yine de her somut olayın özelliklerinin ayrıca değerlendirilmesi ve tarafların sözleşmede müstakbel ebeveynin para vermesi dışında başka bir edim öngörmesi gibi durumlarda sözleşmenin karakteristik edimini değiştirebileceği unutulmamalıdır⁴⁷³.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, gerçek kişi olan müstakbel ebeveyn ve taşıyıcı anne arasında akdedilen bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmeleri ticarî veya meslekî bir faaliyet kapsamında gerçekleştirilen sözleşmeler arasında değerlendirmek mümkün değildir⁴⁷⁴. Bu sebeple, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, MÖHUK m. 24/f.4 hükmünün devamında yer alan karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukukunun uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Son olarak, MÖHUK m. 24/f.4/c.4'te öngörülen istisna kuralının uygulanabilirliği de her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşmeyle ilgili bütün unsurlar incelendiğinde, başka bir ülke hukukunun sözleşmeyle daha sıkı bir ilişki içinde bulunması durumunda sözleşmeden doğan ihtilafa bu ülke hukuku uygulanacaktır⁴⁷⁵. Örneğin müstakbel anne ve babanın her ikisi de Türk vatandaşıysa, hâkim, taşıyıcı annelik sözleşmesinin Türk vatandaşı olan müstakbel ebeveynin kişisel statüsü olarak Türk hukukuyla daha sıkı ilişkili olduğunu değerlendirerek Türk hukukunu uygulayabilir⁴⁷⁶.

3. Değerlendirme ve Sonuç

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflar hakkında özel bir düzenleme bulunmadığından MÖHUK m. 24 hükmüne göre uygulanacak hukuk tespit edilmeye çalışılmıştır. Öte yandan, MÖHUK m. 24 hükmünün taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından yeterli bir düzenleme olup olmadığı incelenmelidir.

MÖHUK m. 24/f.1 hükmüyle, taraflar sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku açık veya zımnî olarak seçebilmektedirler. Milletlerarası ticarî akitler alanında taraf menfaatlerinin ön planda olduğu sözleşmeler bakımından getirilen bu düzenleme taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından birkaç nedenle yetersiz kalmaktadır.

⁴⁷³ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 846.

⁴⁷⁴ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 846.

⁴⁷⁵ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 846; Rodziewicz, **a.g.e.**, s. 911; Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 29.

⁴⁷⁶ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 29.

Öncelikle taşıyıcı annelik sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülükleri incelendiğinde, taşıyıcı annenin tıbbî müdahalelere rıza gösterme⁴⁷⁷, çocuğun soybağından vazgeçme ve çocuğu teslim etme yükümlülükleri⁴⁷⁸ hakkında hukuk seçimi imkânları olmadığı ortadır. Bu durumda, diğer yükümlülükler bakımından hukuk seçiminin yapılabileceğinin kabulü gerekir.

Diğer yandan, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde tarafların sınırsız bir hukuk seçimi imkânı olduğunun kabulü, taşıyıcı annenin sosyo-ekonomik durumu ve pazarlık gücünün yetersizliği gibi nedenlerle istisnaî hâller dışında sözleşmenin zayıf tarafı olduğu⁴⁷⁹ gerçeği karşısında sözleşmenin mahiyetine uygun düşmemektedir. Bu noktada, hukuk seçiminin belirli bağlantılara sahip devletler hukukları ile sınırlandırılması düşünülebilir⁴⁸⁰. Zira taraflar arasındaki hukukî ilişkiyle seçilen hukuk arasında hiçbir bağlantının olmaması taşıyıcı anneliğe izin vermeyen ve sözleşmeyi geçersiz kılan bir hukukun⁴⁸¹ da seçilebileceği anlamına gelmektedir. Hangi hukukların seçimine imkân tanınacağı ise kanun koyucu tarafından açıkça ortaya koyulmalıdır. Bu kapsamda, sözleşmeyle belirli bir bağlantıya sahip ülke hukuku olarak; tarafların kişisel hukukları, taşıyıcı annelik için gereken tıbbî müdahalelerin gerçekleştiği yer hukuku veya doğumun gerçekleştiği yer hukuklarının seçilebilmesi mümkün olmalıdır.

Tarafların mutad mesken hukukları sözleşmeyle belirli bağlantıya sahip olacaktır. Özellikle taşıyıcı annenin mutad mesken hukuku, çoğu zaman taşıyıcı annelik sözleşmesinin akdedildiği yer, taşıyıcı annenin hamilelik sürecini geçirdiği yer ve doğumun gerçekleştiği yer olarak birden fazla bağlantıyı aynı anda sağlamaktadır. Öte yandan, müstakbel ebeveynin mutad meskeni hukuku çoğu zaman taşıyıcı anneliğe izin vermeyen bir ülke olacaktır. Müstakbel ebeveyni en başta sınıraşan taşıyıcı anneliğe başvurmaya iten sebep de budur. Bu durumda müstakbel ebeveynin mutad

⁴⁷⁷ Tıbbî müdahaleye rıza, rızanın kapsamı ve geri alınması konularında tıbbî müdahalenin gerçekleştiği yer hukuku doğrudan uygulanan kural olarak uygulanacaktır.

⁴⁷⁸ Çocuğun teslimi, soybağının tesisinden sonra aile hukuku kurallarına göre gerçekleşecektir.

⁴⁷⁹ Bala, **a.g.e.**, s. 16; Blauwhoff/ Frohn, **a.g.e.**, s. 237; Margalit, **a.g.e.**, s. 432; Shakargy, **a.g.e.**, s. 159.

⁴⁸⁰ Arzu Alibaba, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, s. 158; Doğan, **Zayıf Taraf**, s. 27; Hasan Hüseyin Alparlan, Milletlerarası Özel Hukukta Hukuk Seçimi, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 37 vd.

⁴⁸¹ Hukuk seçimi ilkesinin, sözleşmenin geçerliliğine üstünlük tanınması amacıyla sınırlandırılması hakkında bilgi için bkz. Alibaba, **a.g.e.**, s. 176 vd.

meskeni hukukunun seçilebilmesi, taşıyıcı anneliğe izin veren bir devlet hukuku olması şartıyla kabul edilmelidir.

Tıbbî müdahalenin gerçekleştiği yer hukuku, taşıyıcı annelik yöntemine ve bu kapsamda gereken üremeye yardımcı tedavilerine izin veren bir hukuk olduğundan ve taşıyıcı annenin hamileliğinin gerçekleşmesi için gereken tıbbî müdahaleler bu ülkede yapıldığından taşıyıcı annelik sözleşmesiyle belirli bir bağlantıya sahip hukuk olarak taraflarca seçilebilecek hukuklar arasında düşünülebilir. Yine doğumun gerçekleştiği yer hukuku, doğum ve taşıyıcı annede doğumdan kaynaklı komplikasyonlar gereği ortaya çıkabilecek sağlık masraflarının müstakbel ebeveyn tarafından karşılanması bakımından belirli bir bağlantıya sahip ülke hukuku olarak kabul edilmelidir.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan borç ilişkilerine MÖHUK m. 24/f.4'e göre sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk da MÖHUK m. 24/f.4'te belirtilen karinelerden hareketle karakteristik edim borçlusuna göre tespit edilmektedir. MÖHUK m. 24/f.4'e ilişkin bir önceki başlıkta yaptığımız incelemeyle taşıyıcı annelik sözleşmelerinde karakteristik edimin taşıyıcı annenin edimi olduğu ve böylece sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun taşıyıcı annenin mutad meskeni hukuku olduğu tespit edilmiştir. Öte yandan, karakteristik edim teorisiyle, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde her zaman sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku bulduğumuzu söylemek mümkün değildir. Özellikle taşıyıcı annenin edimlerini farklı ülkelerde gerçekleştirmesi hâlinde durum daha karmaşıktır. Örneğin, Rus taşıyıcı anneye Fransız müstakbel ebeveyn arasında akdedilen taşıyıcı annelik sözleşmesi kapsamında, Fransız çiftin taşıyıcı annelik yöntemine başvurabilmek için ABD'ye gittiği, sözleşmenin ABD'de akdedildiği, taşıyıcı annenin hamile kalabilmesi için gereken tıbbî müdahalelerin de burada gerçekleştiği, hamileliğin gerçekleşmesinden sonra taşıyıcı annenin mutad meskeni devleti olan Rusya'ya dönerek hamilelik sürecini burada geçirdiği, doğumu ise Ukrayna'da gerçekleştirdiği bir durumda, karakteristik edimi doğrudan taşıyıcı annenin mutad meskeni olarak nitelendirmek yetersiz kalmaktadır.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde karakteristik edim teorisi her zaman sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku tespit edebilmemize olanak sağlamadığından somut olayın özelliklerine göre sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun hâkim tarafından tespiti yapılmalıdır. Bu kapsamda, taşıyıcı annelik faaliyetlerinin ağırlıklı olarak yürütüldüğü

yer hukuku, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanmalıdır. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, müstakbel ebeveynin taşıyıcı anneliğe başvurmak için seyahat ettiği yer, taşıyıcı annelik sözleşmenin akdedildiği yer (*lex loci contractus*), tıbbî müdahalelerin gerçekleştiği yer, taşıyıcı annenin hamileliğin sağlandığı veya doğumun gerçekleştiği yer (*lex loci actus prevod*), kümülatif olarak değerlendirilerek taşıyıcı annelik faaliyetlerinin ağırlıklı olarak yerine getirildiği devlet hukuku sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanmalıdır. Yukarıda verdiğimiz örnekte, Fransız müstakbel ebeveyn taşıyıcı annelik yöntemine başvurabilmek amacıyla ABD'ye seyahat etmiş, taşıyıcı annelik sözleşmesi bu ülkede akdedilmiş ve taşıyıcı annenin hamile kalması için gereken tıbbî müdahaleler bu ülkede gerçekleşmiştir. Bu nedenle uygulanacak hukuk en sıkı ilişkili hukuk olarak ABD hukuku olarak tespit edilmelidir.

Diğer taraftan MÖHUK m. 24/f.4/c.4'te de yer alan istisna hükmü uygulanarak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeye daha sıkı ilişkili bir hukukun mevcut olup olmadığının araştırılması ve böyle bir hukukun varlığı hâlinde sözleşmeden doğan ihtilâfın bu ülke hukukuna göre çözümlenmesi gerekir. Daha sıkı ilişkili hukuk incelemesi, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde de her zaman değerlendirmelidir. Yukarıda verdiğimiz örnekten hareketle, taşıyıcı annenin doğumdan kaynaklı masraflarını talep ettiği bir uyuşmazlıkta doğumun gerçekleştiği ülke olan Ukrayna'da taşıyıcı anne lehine bir doğum sigortası yapılmış olmasına rağmen sigorta primlerinin ödenmemesi nedeniyle taşıyıcı annenin doğumdan kaynaklı masraflarını talep ettiği bir uyuşmazlıkta Ukrayna hukukunun sözleşmeyle daha sıkı ilişkili hukuk olduğu sonucuna varılabilir düşünülebilir⁴⁸².

Sonuç olarak, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflara uygulanacak hukuku tespit ederken MÖHUK m. 24 hükmünün sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerine çok uygun olmadığı sonucuna varılmıştır. Bunun en önemli nedeni, taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taraflar arasında bulunan *a priori* güç dengesizliğidir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflar bakımından tarafların hukuk seçimi yapabileceği konular oldukça sınırlıdır. Bu konularda taraflara aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme imkânı, bu seçimin açık ve seçilen hukukun da sözleşmeyle belirli bir bağlantıya sahip olması şartıyla kabul

⁴⁸² Öte yandan böyle bir durumda, taşıyıcı annelik nedeniyle sağlık sigortasının yapıldığı ülkenin taşıyıcı anneliğe izin veren bir ülke olması gerekir.

edilmelidir. Bu kapsamda tıbbî müdahalelerin gerçekleştiği yer hukuku, doğumun gerçekleştiği yer hukuku veya tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu yer hukukları sözleşmeyle belirli bağlantılara sahip hukuklar olarak tespit edilmiştir. Dolayısıyla taraflara bu hukuklardan birini seçme imkânı tanınmalıdır.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması veya hukuk seçiminin geçersiz olması durumunda sözleşmeye en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. Sınıraşan nitelikteki taşıyıcı annelik sözleşmelerinde en sıkı ilişkili hukukun tespitinde MÖHUK m. 24/f.4'te yer alan karakteristik edim teorisi yetersiz kalmaktadır. Zira sözleşmeyi karakterize eden edimin, taşıyıcı annenin edimi olduğu sonucuna varılabilse de taşıyıcı annenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini birden fazla ülkede yerine getirmesi durumunda taşıyıcı annenin mutad meskeni hukukunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Bu nedenle en sıkı ilişkili hukuk, her bir somut olayda taşıyıcı anneliğe yönelik faaliyetlerin ağırlıklı olarak gerçekleştirildiği yere göre tespit edilmelidir. Son olarak taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından, somut olayın özelliklerine göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun tespiti hâlinde uyuşmazlığa bu hukukun uygulanması imkânının kabul edilmesi gerekir.

B. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukun Kapsamı

Yabancı unsurlu bir sözleşmeye uygulanmak üzere taraflarca hukuk seçimi yapılmışsa veya hukuk seçiminin yokluğu veya geçersizliği nedeniyle objektif bağlama kuralına göre sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenmişse bu hukuk, akit statüsü olarak sözleşmeden doğan borç ilişkisiyle ilgili bütün uyuşmazlıklara uygulanır⁴⁸³. Bu kapsamda sözleşmenin kuruluşu, geçerliliği, hüküm ve sonuçları, ifası ve sona ermesine ilişkin hususlar akit statüsüne tâbidir⁴⁸⁴.

⁴⁸³ Doğan, **MÖH**, s. 412; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 367.

⁴⁸⁴ Nomer, **DHH**, s. 336; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 475-476; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 367; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 293-294; Ziya Akıncı, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 50. Bu husus Roma I Tüzüğü'nde de benzer şekilde düzenlenmiştir. Roma I Tüzüğü m. 12'de yer alan tahdidi olmayan listeye göre, sözleşmenin yorumlanması, ifası, sözleşmeye aykırılığın sonuçları, sözleşmenin geçerliliği ve borcun sona ermesi gibi hususlar sözleşme statüsüne tâbidir. Roma I Tüzüğü m.12/f.1 hükmü şu şekildedir: “*The law applicable to a contract by virtue of this Regulation shall govern in particular: (a) interpretation; (b) performance; (c) within the limits of the powers conferred on the court by its procedural law, the consequences of a total or partial breach of obligations, including the assessment of damages in so far as it is governed by rules of law; (d) the various ways of extinguishing obligations, and prescription and limitation of actions; (e) the consequences of nullity of the contract.*”

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından, sübjektif veya objektif esaslara göre tayin edilen hukukun sözleşmenin tamamına uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, çocuğun teslimi ve soybağının müstakbel ebeveyne devriyle sona ermektedir. Ancak, soybağının tarafların anlaşmalarıyla değiştirilebilmesi mümkün olmadığından bu hususta ortaya çıkabilecek ihtilâflar sözleşme statüsüne tâbi olmayacaktır. Soybağının tesisi dışında kalan sözleşmenin geçerliliği, içeriği ve sona ermesine ilişkin hususlarda sözleşme statüsü olarak tespit edilen hukukun uygulama alanı bulacağı söylenebilir⁴⁸⁵.

Kanunlar ihtilâfı hukukumuzda MÖHUK m. 32 hükmüyle, sözleşmenin meydana gelişi veya maddî geçerliliğinin sözleşme statüsüne tâbi olduğu düzenlenmiştir⁴⁸⁶. Sözleşmenin kuruluşuna veya geçerliliğine akit statüsünün uygulanabilmesi, öncelikle sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu varsayımından hareketle sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun tespitini daha sonra bu hukukun, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulup kurulmadığına uygulanmasını gerektirir⁴⁸⁷. Bu kapsamda, sözleşmelerinin kurulup kurulmadığı, irade sakatlığı nedeniyle geçerliliği, sözleşmedeki hükümlerin mevcudiyeti ve geçersizliğinin hüküm ve sonuçları akit statüsüne tâbi olacaktır.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri de tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Taşıyıcı annenin, sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerinin neler olduğunu tam anlayarak özgür iradesiyle taşıyıcı anne olmayı kabul etmesi gerekir. Buna ilişkin irade beyanlarındaki bozukluklar nedeniyle sözleşmenin geçersizliği ileri sürülürse irade sakatlıkları ve bunların hukukî sonuçları, akit statüsü olarak tespit edilen hukuka göre belirlenecektir.

Tarafların sözleşme akdetmeye dönük irade beyanları yani icap ve kabul beyanlarının uyumu, hazırlar arasındaki sözleşmelerde çoğunlukla sorun yaratmamaktadır. Ancak tarafların farklı devletlerde olması gibi hazır olmayanlar arasında akdedilen sözleşmelerde, taraf davranışlarının irade beyanı oluşturup oluşturmadığının örneğin, susmanın kabul anlamına gelip gelmediğinin tespiti önem

⁴⁸⁵ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 25.

⁴⁸⁶ MÖHUK m. 32/f.1 hükmü şu şekildedir: “Sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddî geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir.” Bu husus Roma I Tüzüğü m. 10 hükmünde benzer şekilde düzenlenmiştir.

⁴⁸⁷ Gizem Ersen Perçin, 5718 sayılı MÖHUK madde 32 Kapsamında Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği”, **MHB**, Yıl 28, Sayı /1-2, 2008, s. 32.

arz eder⁴⁸⁸. Bu noktada, irade beyanının oluşup oluşmadığı kural olarak akit statüsüne tâbi olacaktır. Bununla birlikte, MÖHUK m. 32/f.2⁴⁸⁹ ile getirilen istisna gereği, taraflardan birinin davranışının hukukî sonuçlarının akit statüsünü tâbi tutulmasının adil olmayacağı anlaşılırsa, irade beyanının olmadığı konusunda sözleşmenin kuruluşuna itiraz eden tarafın mutad meskeni hukuku uygulanacaktır.

MÖHUK m. 32/f.2 hükmünün uygulanabilmesi için sözleşme tarafının⁴⁹⁰ sergilediği tutum ve davranışların, sözleşmeye uygulanacak hukuka göre sözleşmenin kurulması anlamına geldiğini bilmemesi veya bilebilecek durumda olmamasından kaynaklanması gerektiği belirtilmiştir⁴⁹¹. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taraflar çoğu zaman farklı devletlerde bulunmaktadır. Bu noktada müstakbel ebeveyn taşıyıcı anneliğe izin veren bir ülkeye seyahat etmeden önce internet üzerindeki çeşitli sosyal medya gruplarında⁴⁹² veya taşıyıcı anne ilanlarının olduğu web sitelerinde⁴⁹³ taşıyıcı anne arayışına girmektedir. Taşıyıcı anne olmak isteyenlerin, kişisel bilgileriyle ilgili bir formu doldurarak verdikleri bu ilanlar icaba davet olacağından, bu ilanlara cevap veren müstakbel ebeveynin icapta bulunması hâlinde, taşıyıcı annenin herhangi bir cevap vermemesi durumunda susmanın kabul anlamına gelip gelmediğine istisna kuralının uygulanarak taşıyıcı annenin mutad meskeni hukukunun uygulanabilir.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri tarafların birbirlerine karşı güven ilişkisinin önemli olduğu sözleşmelerdendir ve tarafların sözleşme müzakereleri sırasında birbirlerine karşı dürüst davranması beklenir. Bu kapsamda, sözleşme görüşmeleri sırasında taşıyıcı annenin daha önce çocuk sahibi olup olmadığı, medenî durumu, yaşı, sağlığı ile ilgili bilgilerde yanlış beyanda bulunması veya müstakbel ebeveynin kendi ekonomik veya medenî durumları hakkında doğru söylememesinden doğan *culpa in contrahendo*⁴⁹⁴ sorumluluğu da akit statüsü tâbidir.

⁴⁸⁸ Doğan, **MÖH**, s. 413; Nomer, **DHH**, s. 341-342; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 294.

⁴⁸⁹ İlgili hüküm şu şekildedir: “Taraflardan birinin davranışına hüküm tanınmanın, uygulanacak hukuka tâbi kılınmasının hakkaniyete uygun olmayacağı hâlin şartlarından anlaşılırsa, irade beyanının varlığına, rızası olmadığı iddia eden tarafın mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku uygulanır.”

⁴⁹⁰ Tarafın bu korumadan yararlanabilmesi için sözleşmenin zayıf konumunda bulunmasını şartının daha uygun olacağı görüşü için bkz. Ersen Perçin, **Sözleşmelerin Kuruluşu ve Maddi Geçerliliği**, s. 60.

⁴⁹¹ Nomer, **DHH**, s. 342; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 371.

⁴⁹² Aracı kurum olmaksızın taşıyıcı annelik yapabilmek için facebook gibi sosyal medya platformlarında çeşitli gruplar vardır. Örneğin, <https://www.facebook.com/groups/IndependentSurrogacyNetwork/>.

⁴⁹³ Taşıyıcı annelik ilanlarının bulunduğu web sitelerine örnek olarak, “SurroMomsOnline.com”, “MySurrogateMom.com” verilebilir.

⁴⁹⁴ Milletlerarası özel hukukta *culpa in contrahendo* sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kazım Sedat Sirmen, **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

C. Uygulanacak Hukukun Kapsamı Dışında Kalan Konular

Taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin hususlar, kural olarak sözleşme statüsü olarak tespit edilen yetkili hukukun uygulama altına girmektedir. Bununla birlikte tarafların ehliyeti ve sözleşmenin şekli geçerliliği gibi bazı konular sözleşme statüsünün kapsamı dışında bırakılmıştır⁴⁹⁵.

Bir hukukî ilişkinin geçerli olabilmesi için tarafların, o hukukî ilişkiyi akdetme ehliyetlerinin olması gerekir. Ayrıca sözleşmenin esas bakımından geçerli olması yeterli olmayıp şekli bakımdan da geçerli olması gerekmektedir. Bu bölümde sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuk ile tarafların ehliyetine uygulanacak hukuk incelenecektir.

1. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinin Şekli Geçerliliğine Uygulanacak Hukuk

Yabancılik unsuru içeren sözleşmelerin şekli geçerliliği hususu MÖHUK'ta genel hükümler arasında yer alan, "hukukî işlemlerde şekil" başlıklı 7. madde hükmüne göre belirlenecektir. MÖHUK m. 7'ye göre, "*Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir*" Dolayısıyla, yabancı unsurlu bir sözleşmenin şekli geçerliliği tespit edilirken ya işlemin esasına uygulanan akit statüsü olarak belirlenen hukukun (*lex causae*⁴⁹⁶) ya da sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun (*locus regit actum*) maddî hukukta yer alan şekle ilişkin düzenlemeleri esas alınır. MÖHUK m. 7'ye göre şekle uygulanmak üzere tespit edilen hukuk ya da hukukların maddî hükümleri dikkate alınacağından atıf (*renvoi*) kabul edilmemiştir⁴⁹⁷.

MÖHUK m. 7'de belirtilen, esasa uygulanacak hukuk ve hukukî işlemin yapıldığı yer hukuku birbirine alternatif olarak uygulanır⁴⁹⁸. Bunun sebebi aslında hukukî işlemin geçerliliği ilkesine (*favor negotii*) uygun olarak işlemi ayakta tutmaktır⁴⁹⁹. Bu sebeple, bir hukukî işlem, yapıldığı yer hukukuna göre geçerliyse hukukî işlemin

⁴⁹⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 406 vd.; Doğan, **MÖH**, s. 418 vd.; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 477; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 370 vd.; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 298. Roma I Tüzüğü de şekil (m. 11) ve ehliyet (m. 13) konularının akit statüsü kapsamı dışında tutmaktadır.

⁴⁹⁶ Esasa uygulanacak hukuku ifade eden *lex causae*, borçlar hukuku bakımından *lex obligationis*, borç statüsü olur.

⁴⁹⁷ Bahar Küpe, **Milletlerarası Özel Hukukta Şekil**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 62.

⁴⁹⁸ Öğretide alternatif yerine fakültatif teriminin kullanılması önerilmiştir. Bkz. Küpe, **a.g.e.**, s. 47; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 93.

⁴⁹⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 189, dn. 4; Küpe, **a.g.e.**, s. 47; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 117; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 93.

esasına uygulanan hukuka göre geçersiz olsa bile Türk hukuku açısından şeklen geçerli kabul edilmektedir. Tam aksi bir durumda da yani hukukî işlem yapıldığı ülke hukukuna göre şeklen geçersiz olsa bile o hukukî işlemin esasına uygulanacak hukuk bakımından geçerli ise Türk hukuku bakımından da şeklen geçerli kabul edilmektedir⁵⁰⁰.

Roma I Tüzüğü m. 11 hükmü de sözleşmenin şekli geçerliliğine uygulanacak hukuku düzenlemektedir. Tüzük, sözleşme taraflarının aynı veya farklı ülkede bulunmasına göre bir ayırım yaparak tarafların aralarında sözleşmenin şekli bakımından geçersiz olmasını engellemek için ayrıntılı bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, sözleşme, aynı ülkede bulunan taraflar arasında akdediliyorsa, yapıldığı ülke hukukunun veya o sözleşmenin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir⁵⁰¹. Sözleşmenin tarafları farklı ülkede bulunuyorsa, sözleşmenin esasına uygulanacak ülke hukukunun veya tarafların sözleşme akdedildiği sırada bulunduğu veya mutad meskenlerinin bulunduğu ülkelerden birinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir⁵⁰². MÖHUK m. 7 hükmünde Roma I Tüzüğünden farklı olarak tarafların bulundukları ülkeye ilişkin bir ayırma gidilmemiş ve şekle uygulanacak hukuk bakımından tarafların mutad meskenlerinin bulunduğu ülke hukukuna yer vermemiştir⁵⁰³.

Bu açıklamalarla sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri MÖHUK m. 7 gereği ya sözleşmenin yapıldığı yer hukuku (LRA) ya da MÖHUK m. 24 hükümleri gereği subjektif veya objektif yöntemle göre sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olarak tespit edilen hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olarak meydana gelmişse Türk hukuku bakımından da şeklen geçerli kabul edilecektir⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ Küpe, **a.g.e.**, s. 47; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 117.

⁵⁰¹ Roma I Tüzüğü m. 11/f.1 hükmünün İngilizcesi şu şekildedir: “A contract concluded between persons who, or whose agents, are in the same country at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation or of the law of the country where it is concluded.”

⁵⁰² Roma I Tüzüğü m. 11/f.2. hükmünün İngilizcesi şu şekildedir: “A contract concluded between persons who, or whose agents, are in different countries at the time of its conclusion is formally valid if it satisfies the formal requirements of the law which governs it in substance under this Regulation, or of the law of either of the countries where either of the parties or their agent is present at the time of conclusion, or of the law of the country where either of the parties had his habitual residence at that time.”

⁵⁰³ Tarman, **Roma I**, s. 329.

⁵⁰⁴ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 26.

Sınıraşan taşıyıcı sözleşmeleri bakımından önemli olan konulardan biri de bazı ülke hukuklarında⁵⁰⁵ yer alan, taşıyıcı anneye embriyo transferi yapılmadan önce taraflar arasındaki sözleşmenin yetkili bir makam tarafından onaylanması gerekliliğidir⁵⁰⁶. Bu onayın amacı, taşıyıcı annelik sözleşmesine ilişkin devletin iç hukukunda yer alan sınırlamalara uyulduğunun tespiti ve tarafların sözleşmeden doğan menfaatlerinin korunmasının sağlanmasıdır⁵⁰⁷.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinde yetkili makamın onayının bulunup bulunmadığına ilişkin bir mesele Türk hâkiminin önüne gelirse hâkim, bu onayın, şekle mi yoksa esasa mı ilişkin olduğu konusunda bir vasıflandırma yapacaktır. Hukukî işlemlerin şeklini düzenleyen MÖHUK m. 7 hükmüne bakıldığında, “*şekil*” hususu bağlama konusunu, “*hukukî işlemin yapıldığı yer*” ve “*esasa uygulanacak hukuk*” bağlama noktalarını oluşturmaktadır⁵⁰⁸. Bağlama konusu olarak şekil meselesinin vasıflandırılmasında genel kabul edilen çözüm olan *lex fori*’yi⁵⁰⁹ esas aldığımızda Türk hukukuna göre, yetkili makamın taşıyıcı annelik sözleşmesine onay vermesi meselesinin şekle ilişkin bir mesele olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla, yetkili makamın onayının mevcudiyeti veya bu onay olmadan yapılan sözleşmenin hukukî sonuçlarının MÖHUK m. 7 hükmüne göre çözümlenmesi gerekmektedir.

2. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesinde Ehliyeteye Uygulanacak Hukuk

a. MÖHUK’a Göre Ehliyeteye Uygulanacak Hukuk

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin geçerliliğini etkileyen hususlardan biri de tarafların sözleşme yapma ehliyetinin bulunmasıdır. Tarafların ehliyeti, sözleşme statüsü kapsamı dışında kalan konulardan biri kabul edildiğinden ehliyet hususu, ehliyeteye ilişkin genel kânunlar ihtilâfı kuralına tâbi olacaktır⁵¹⁰.

Fiil ehliyeti, bir kişinin kendi fiilleriyle hak tesis edebilme ve borç altına girebilme ehliyeti olarak tanımlanır⁵¹¹. Fiil ehliyeti, taraf menfaatinin korunmasının esas alındığı

⁵⁰⁵ Örneğin Yunanistan, İsrail ve Yeni Zelanda hukuklarına göre taşıyıcı annelik sözleşmelerinin yetkili makam tarafından onaylanması gerekir.

⁵⁰⁶ Bu konudaki açıklamalarımız hakkında bkz. Bölüm I, Başlık II/C/2.

⁵⁰⁷ Ağaoğlu, **a.g.e.**, s. 449.

⁵⁰⁸ Küpe, **a.g.e.**, s. 54.

⁵⁰⁹ Nomer, **DHH**, s. 208; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 117.

⁵¹⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 406; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 477; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 370.

⁵¹¹ Ayşegül Kübra Gök, **Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsü**, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek

bir konu olduğundan şahsî statüye tâbi tutulmuştur⁵¹². Fiil ehliyetini şahsi statüye tâbi tutan devletler, bağlama noktası olarak millî hukuku⁵¹³, yerleşim yeri hukukunu⁵¹⁴ veya mutad mesken hukukunu tercih etmektedirler. Türk hukukunda fiil ehliyeti, kişinin millî hukukuna tâbi kılınmıştır (MÖHUK m. 9)⁵¹⁵.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin de taraflar bakımından hak ve borç doğurabilmesi için tarafların, millî hukuklarına göre fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Başka bir ifadeyle, taşıyıcı annelik sözleşmesinin her bir tarafı vatandaşı olduğu devlet hukukuna göre fiil ehliyetine sahipse taşıyıcı annelik sözleşmesiyle bağlı olur⁵¹⁶. Ehliyet bakımından MÖHUK m. 2/f.3⁵¹⁷ uyarınca atıf dikkate alınacaktır.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde ehliyet bakımından değerlendirilmesi gereken konulardan biri işlem güvenliği prensibinin uygulanıp uygulanmayacağı hususudur⁵¹⁸. Milletlerarası ilişkilerin yürütülebilmesi bakımından, bir ülkede yapılan işlemin diğer bir ülkede de geçerli kabul edilmesi oldukça önemlidir⁵¹⁹. Fiil ehliyeti şahsi statüye tâbi olduğundan, ülkelerin şahıs hukuku kurallarına göre fiil ehliyeti için farklı kurallar öngörmeleri mümkündür. Hukukî işlemin taraflarının millî hukuklarında yer alan bu farklı düzenlemelerin, işlem güvenliğine zarar verebileceği düşüncesiyle ehliyetin kişinin millî hukukuna tâbi olacağı kuralına MÖHUK m. 9/f.2 ile bir istisna getirilmiştir⁵²⁰. MÖHUK m. 9/f.2'ye göre, "*Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır*". Roma I Tüzüğü de ehliyet konusunda sadece işlem güvenliği bakımından m. 13'te bir düzenleme getirmiştir. Bu hükme göre, aynı ülkede bulunan kişiler arasında akdedilen bir sözleşmede, başka bir ülke hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi⁵²¹, sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise, yaptığı hukukî işlemle bağlı olmayacağını ancak

lisans tezi, Gaziantep, 2019, s. 73; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 204; Nomer, **DHH**, s. 221; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 130; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 130.

⁵¹² Gök, **a.g.e.**, s. 73; Nomer, **DHH**, s. 216.

⁵¹³ Almanya, Avusturya ve Japonya hukuklarında fiil ehliyeti kişinin millî hukuka tabidir. Bkz. Gök, **a.g.e.**, s. 74.

⁵¹⁴ İsviçre hukukunda ve İngiltere'de fiil ehliyeti kişinin yerleşim yeri hukukuna tâbidir. Bkz. Gök, **a.g.e.**, s. 74.

⁵¹⁵ MÖHUK m. 9/f.1 hükmüne göre, "*hak ve fiil ehliyeti kişinin millî hukukuna tâbidir.*"

⁵¹⁶ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 27.

⁵¹⁷ MÖHUK m. 2/f.3 hükmü şu şekildedir: "*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır*".

⁵¹⁸ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 27.

⁵¹⁹ Gök, **a.g.e.**, s. 83.

⁵²⁰ Nomer, **DHH**, s. 224; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 67.

⁵²¹ Başka ülke hukuku ile kişinin millî hukukunun ifade edildiği belirtilmektedir. Gök, **a.g.e.**, s. 87; Tarman, **a.g.e.**, s. 329, dn. 99.

sözleşmenin akdedildiği sırada karşı taraf, bu ehliyetsizliği biliyor ya da ihmali nedeniyle bilmiyorsa ileri sürebilir⁵²².

İşlem güvenliği ilkesi çok yanlı bir bağlama kuralıdır. Bir diğer ifadeyle, sadece Türkiye’de gerçekleşen işlemler için değil işlem hangi ülkede yapılmış olursa olsun bütün işlemler için işlem güvenliğinin sağlanması amaçlanmıştır⁵²³. Diğer yandan işlem güvenliği ilkesinin uygulaması sınırsız değildir. MÖHUK m. 9/f.2/c.2’ye göre, “*Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır*”. Bu düzenlemenin getirilmesiyle amaçlanan aslında aile ve miras hukuku işlemlerinde taraf menfaatinin ön planda olması ve işlemin yapıldığı yerin menfaatinin korunmaya ihtiyaç duymamasıdır⁵²⁴. Bu sebeple işlem güvenliğinin ön plana çıktığı özellikle borçlar hukuku ve ticaret hukuku alanında bu ilkenin yaygın olarak kabul edildiği söylenebilir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi Türk hukukunda aile hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak değerlendirilirse⁵²⁵, işlem güvenliği ilkesi aile hukuku ile ilgili meselelere uygulanmayacağından taşıyıcı annelik sözleşmesi bakımından da kabul edilmeyecektir⁵²⁶. Öte yandan, taşıyıcı annelik sözleşmesi borçlar hukukuna ilişkin bir sözleşme olarak kabul edilirse işlem güvenliği ilkesi uygulama imkânı bulacak ve millî hukukuna göre ehliyetsiz olan kişi, işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise sözleşmeyle bağlı kabul edilecektir⁵²⁷.

İşlem güvenliği ilkesi, yapılan hukukî işlemin geçerli ve bağlayıcı olduğuna dair üçüncü kişilerin sahip olduğu güvenin muhafaza edilmesi amacına hizmet eder. İşlem güvenliği ilkesinin kabul edilmesinin esas nedeni ticarî hayatın etkin şekilde işlemlerini sağlamaktır⁵²⁸. Her ne kadar taşıyıcı annelik sözleşmelerini aile hukukuna özgü

⁵²² Tarman, **a.g.e.**, s. 329, dn. 99. Roma I Tüzüğü m. 13 hükmü şu şekildedir: “*In a contract concluded between persons who are in the same country, a natural person who would have capacity under the law of that country may invoke his incapacity resulting from the law of another country, only if the other party to the contract was aware of that incapacity at the time of the conclusion of the contract or was not aware thereof as a result of negligence.*” <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF>. (RT. 21.3.2022)

⁵²³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 212; Gök, **a.g.e.**, s. 90; Nomer, **DHH**, s. 224; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 219; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 134; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 60.

⁵²⁴ Gök, **a.g.e.**, s. 91; Nomer, **DHH**, s. 226; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 69.

⁵²⁵ Türk hukukunda nişanlanma ve evlenme sözleşmeleri aile hukukuna ilişkin sözleşmeler olarak değerlendirilmektedir. Bu noktada, evlenmenin hukukî niteliği bakımından tartışmalar mevcuttur. Hâkim görüşe göre, evlenme, bir aile hukuku sözleşmesidir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, **Aile**, s. 48; Hatemi, **Aile**, s. 30; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 60; Hatemi/Serozan, **a.g.e.**, s. 72-75.

⁵²⁶ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 27.

⁵²⁷ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 27.

⁵²⁸ Kemal Atasoy, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, İstanbul, On İki Levha, İstanbul, 2020, s. 117.

sonuçlar doğuran *sui generis* bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirsek de kanaatimizce, tarafların şahıs varlığı değerlerini konu edinen taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, üçüncü kişilerin sözleşmenin geçerliliğine duydukları güvenin korunması ve ticarî hayatın etkin bir şekilde işlemeye devam etmesinden daha önemli menfaatler bulunmaktadır. Dolayısıyla taşıyıcı annelik sözleşmelerinde işlem güvenliği ilkesinin kabulü yerinde olmayacaktır.

b. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesine Taraf Olma Ehliyeti

Taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin veren hukuk sistemlerine bakıldığında, kişilerin taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olabilmesi için bazı özel koşulların arandığı görülmektedir⁵²⁹. Bunlar müstakbel ebeveyn bakımından örneğin, çocuk sahibi olmalarının tıbbî olarak mümkün olmaması veya taşıyıcı anneliğe sadece evli ya da heteroseksüel çiftlerin başvurabileceği şeklindeki düzenlemelerdir. Aynı doğrultuda taşıyıcı annenin medenî durumu, yaşı, cinsel yolla bulaşan bir hastalığının olmaması ya da daha önce bir çocuk sahibi olması gibi bazı özel şartlar aranmaktadır. Müstakbel ebeveynin ya da taşıyıcı annenin, bu özel şartları taşınamaması nedeniyle sözleşmenin geçersiz olduğu ileri sürülürse bu hususların *lex fori* olarak Türk hukukuna göre vasıflandırılması ve ehliyeteye ilişkin olduğu sonucuna varılması gerekir.

Taşıyıcı anneliğe başvuru koşullarının ehliyeteye ilişkin olduğu sonucuna varılsa da bu şartların yerine getirilmemesi hâlinde MÖHUK m. 9'a gidilerek tarafların millî hukuklarının uygulanması yetersiz olacaktır. Nitekim tarafların millî hukuklarında taşıyıcı annelik yasaklanmışsa tarafların bu yönetime başvurabilmesi bakımından da özel başvuru koşulları düzenlenmemiş olacaktır. Başka bir ifadeyle, kişinin millî hukukuna göre ehil olması, taşıyıcı anneliğin yapıldığı yer hukukuna göre taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olma ehliyetine sahip olmaması durumunda hiçbir anlam ifade etmeyecektir.

İşte taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olma ehliyeti olarak nitelendirdiğimiz bu şartlar aslında özel hak ehliyetine ilişkindir. Bu husus, hukukumuzda kişilerin yaş⁵³⁰,

⁵²⁹ Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. Bölüm I/Başlık II/A/1-2.

⁵³⁰ Hukukumuzda evlenme, evlât edinme veya vasiyet yapma ehliyetleri yaşa bağlı olarak sınırlandırılmıştır. Evlenme yaşına ilişkin TMK m. 124/f.1'e göre; "*Erkek veya kadın onyediyi doldurmadıkça evlenemez.*". Evlât edinme yaşına ilişkin TMK m. 307/f.1'e göre, "*Evli olmayan kişi otuz yaşını doldurmuş ise tek başına evlât edinebilir*". Vasiyet yapma yaşı bakımından TMK m. 502'ye göre; "*Vasiyet yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip ve onbeş yaşını doldurmuş olmak gerekir.*".

cinsiyet⁵³¹ ve yabancılık⁵³² gibi belirli bir kategoride olmaları nedeniyle bazı haklardan yararlanamaması şeklinde düzenlenmiştir⁵³³. Hak ehliyeti sınırlanan kişinin, belirli haklara sahip olması mümkün olamaz ve belirli borçları bulunamaz⁵³⁴. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda, hak ehliyetine getirilen bu sınırlandırmalar da kural olarak MÖHUK m. 9 hükmü gereği, kişinin millî hukukuna tâbidir⁵³⁵. Bununla birlikte, bir hakkı kullanmayı değil fakat o haktan istifade etmeyi öngören özel ehliyet hâllerinin, ehliyetle ilişkin genel düzenleme dışında tutulması gerektiği belirtilmiştir⁵³⁶. Bu nedenle özel ehliyet koşullarının, ilişkinin niteliği gereği *lex causae*'ya tâbi tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁵³⁷.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, taşıyıcı anne bakımından aranan belirli bir yaşta olma, bekâr veya sağlıklı olma şartları da özel ehliyet şartlarındandır. Bu şartları taşımayan bir kadın, taşıyıcı anne olamayacaktır. Örneğin, taşıyıcı annelerin 21-45 yaş aralığında olmasına ilişkin düzenleme getirilen bir ülke hukukunda 50 yaşında bir kadın taşıyıcı annelik sözleşmesine taşıyıcı anne olarak taraf olamayacaktır. Aynı doğrultuda, müstakbel ebeveyn bakımından tıbbî olarak çocuk sahibi olamayacak kişilerin başvurabileceği şartı getirilmişse üreme yeteneği bulunan kişiler, müstakbel ebeveyn olarak sözleşmeye taraf olamayacaktır.

Bütün bu açıklamalardan hareketle, özel bir hak ehliyeti olan taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olma ehliyetinin *lex causae*'ya tâbi tutulması yerine⁵³⁸, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin niteliğine uygun olarak taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapıldığı yer (*locus regit actum*) hukukuna tâbi tutulması uygun olacaktır. Bu durumda, millî hukukuna göre hak ehliyetine sahip olan bir kişi, taşıyıcı annelik

⁵³¹ TMK bazı durumlarda, cinsiyetin hak ehliyetini sınırlandırmasını düzenler. Örneğin iddet müddeti geçmeden kadının evlenemez (TMK m. 132), evli kadın kocasının soyadını alır (TMK m. 187).

⁵³² 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 35 ve 36 ile yabancı gerçek ve tüzel kişiler ile yabancı yatırımcıların Türkiye'de taşınmaz edinmelerine yer ve miktar yönünden sınırlamalar getirilmiştir.

⁵³³ Hak ehliyetinin sınırlandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 273-279; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 40-46; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 44-48.

⁵³⁴ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 274.

⁵³⁵ Doğan, **MÖH**, s. 288; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 128; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 61.

⁵³⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 206.

⁵³⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 206; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 61. Bu kapsamda, yabancılık unsuru ihtiva eden taşınmaz üzerindeki aynı hak edinme ehliyeti *lex causae*'ya tâbidir. Aynı doğrultuda, kişinin mirasçı olabilme ehliyeti *lex causae*'nın da onu mirasçılar arasında saymasına bağlıdır. Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 61-62.

⁵³⁸ Zira hüküm statüsü olarak tespit edilen hukuk, tarafların hukuk seçimi yapması hâlinde sözleşmeyle hiçbir bağı olmayan bir ülke hukuku olabilecektir. Hukuk seçimi yapılmayan hâllerde karakteristik edim borçlusu olarak taşıyıcı annenin mutad meskeni hukukunun uygulanması da eğer taşıyıcı annelik sözleşmesi orada akdedilmemişse bir anlam ifade etmeyecektir.

sözleşmesinin yapıldığı yer hukukuna göre de özel ehliyet koşullarına sahipse taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olabilme ehliyetine sahip olacaktır.

Bu noktada, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin aile hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmesi hâlinde, MÖHUK'taki diğer aile hukuku sözleşmelerinde kabul edilen ehliyeteye ilişkin özel düzenlemelerin benzerlerinin taşıyıcı annelik sözleşmelerine uygun olup olmayacağının değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda, örneğin nişanlanma veya evlenme gibi aile hukuku sözleşmelerinde, ehliyet ve şartlar, taraflardan her birinin nişanlanma/evlenme anındaki millî hukuklarına tâbi tutulmuştur⁵³⁹. Bu düzenlemelerle, tarafların hem genel hem de özel hak ehliyeti hâllerinin şahsi statüye tâbi tutulduğu görülmektedir⁵⁴⁰. Taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olma ehliyetinin de taraflardan her birinin taşıyıcı anneliğe başvurduğu anındaki millî hukukuna tâbi olması düşünülebilir. Böyle bir durumda, örneğin taşıyıcı annenin cinsel yolla bulaşan bir hastalığı olmamasına ilişkin şart, taşıyıcı anneliğe başvurulduğu ana göre değerlendirilmeli sonradan bu durumun değişmesi sözleşmenin ehliyetsizlik nedeniyle geçersizliğine neden olmamalıdır⁵⁴¹. Aynı doğrultuda, müstakbel ebeveynin doğal yolla çocuk sahibi olamayacağına ilişkin sağlık raporu bulunmasına rağmen taşıyıcı annelik yöntemine başvurulduktan sonra müstakbel annenin hamile kalması durumunda, sözleşmenin ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülemez.

Öte yandan taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olma ehliyetinin, başvuru anındaki şahsi statüye tâbi kılınması her şart bakımından uygun bir çözüm sağlamayacaktır. Örneğin taşıyıcı annenin belirli bir yaş aralığında olmasına ilişkin bir şart, taşıyıcı annenin, taşıyıcı anneliğe başvurduğu andaki millî hukukuna göre değerlendirilirse bu hukukta herhangi bir düzenleme olmaması veya başka bir yaş şartının mevcut olması taşıyıcı annenin, taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapıldığı yerde taşıyıcı anne olabilme ehliyetine sahip olduğu anlamına gelmeyecektir. Dolayısıyla, aile hukuku sözleşmeleri

⁵³⁹ Nişanlanma ehliyeti MÖHUK m. 12/f.1'e göre, "Nişanlanma ehliyeti ve şartları taraflardan her birinin nişanlanma anındaki millî hukukuna tâbidir." Evlenme ehliyeti MÖHUK m. 13/f.1'e göre, "Evlenme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbidir."

⁵⁴⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 206.

⁵⁴¹ Bu noktada ehliyeteye uygulanacak hukuk taşıyıcı annenin bekâr olmasına ilişkin özel bir şart getirmiş ve taşıyıcı anne, taşıyıcı anne olmayı kabul ettiği sırada bekâr olmasına rağmen taşıyıcı annelik yöntemiyle hamile kaldıktan sonra evlenirse sözleşme, kanaatimizce yine ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olmamalıdır. Öte yandan, medenî duruma ilişkin aranan bu şartın temel amacı çocuğun soybağında yaşanacak karışıkları önlemek olduğundan medenî durumun doğum gerçekleşene kadar değişmemesi gerektiğinin kabulü gerekir. Kanaatimizce bu şart, çocuğun babasının belirlenmesinde ortaya çıkacak karışıklıkların engellenmesi amacıyla kabul edilen boşanan kadının tekrar evlenebilmesi için gereken iddet müddeti süresinin beklenmesi gibi değerlendirilebilir.

bakımından kabul edilen ehliyetin işlemin yapıldığı ana sabitlenmesi çözümü taşıyıcı annelik sözleşmelerine uygun olmayacaktır. Ayrıca yukarıda anlatıldığı gibi taşıyıcı annelik sözleşmesine taraf olma ehliyeti özel ehliyet şartıdır. Dolayısıyla, taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapıldığı yer hukukunun uygulanması en uygun çözümdür.

D. Uygulanacak Hukuka İlişkin Sınırlar

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara uygulanmak üzere MÖHUK m. 24 hükmü gereği subjektif veya objektif yöntemle göre belirlenen hukuk, kural olarak sözleşmenin kuruluşundan sona ermesine kadar ortaya çıkan tüm ihtilâflara uygulanır. Bununla birlikte uygulanacak hukukun kapsamının, kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kurallar ile sınırlandırıldığı kabul edilmektedir. Bu bölümde taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflar bakımından kamu düzeni ve doğrudan uygulanan kuralların anlamı ve etkileri incelenecektir.

1. Kamu Düzeni

Kanunlar ihtilâfı kurallarımız gereğince yabancı unsurlu bir hukukî olay veya ilişkiye, yabancı bir hukukun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşıldığında esas olan, o yabancı hukukun uyuşmazlığa uygulanmasıdır⁵⁴². Bu husus, “*hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re’sen uygular*” şeklinde düzenlenen MÖHUK m. 2/f.1 hükmünün bir sonucudur. Öte yandan uygulanacak yabancı hukukun içeriği, hâkim için çoğu zaman belirsiz olduğundan yabancı hukukun uygulanması mutlak değildir⁵⁴³. Hâkimin, uygulanacak yabancı hukuku, kendi hukukundaki kamu düzeni süzgecinden geçirmesi gerekir. Yabancı hukukun uygulanması ile ortaya çıkan sonuç, hâkimin kendi hukukuna göre tahammül edilemez nitelikteyse yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçilir⁵⁴⁴. Bu kapsamda kamu düzeni, sözleşmenin tâbi olduğu yetkili hukukun uygulanmasını sınırlandırmaktadır.

⁵⁴² Ahmet Cemal Ruhi, **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 36; Tuğçe Nimet Yaşar, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Cilt 33, Sayı 2, İstanbul, 2013, s. 83; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 170; Nomer, **DHH**, s. 190; Şansı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 67; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 48.

⁵⁴³ Uygulanacak yabancı hukuk, hâkimin hukukundan çok daha gelişmiş bir hukuk olabileceği gibi hâkimin hukukunda yer alan temel ilkeleri ihlâl eden bir hukuk sistemi de olabilir. Bkz. Şansı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 83; Ruhi, **a.g.e.**, s. 36.

⁵⁴⁴ Doğan, **MÖH**, s. 261; Nomer, **DHH**, s. 162.

Türk kanunlar ihtilâfı kurallarında kamu düzeni müdahalesi MÖHUK m. 5'te şu şekilde düzenlemiştir: “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*” Kamu düzeni ile yabancı hukukun uygulanmasının engellenmesi, kamu düzeninin istisnâî olarak başvurulması gereken bir müessese olduğunu göstermektedir⁵⁴⁵. Bu husus, m. 5'te yer alan yabancı hukukun Türk kamu düzenine “açıkça” aykırı olması gerektiği ifadesinden anlaşılmaktadır.

Belirtmek gerekir ki sözleşmeye uygulanacak yabancı hukuk hükmünün Türk hukukunda yer alan hükümlerden farklı olması kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmaz. Milletlerarası özel hukukun mevcut olma sebebi hukuk sistemleri arasındaki farklı düzenlemelerdir⁵⁴⁶. Hatta yabancı hukuk kurallarının, Türk hukukundaki emredici hükümlere aykırı olması, yabancı hukukun kamu düzenine aykırılık nedeniyle uygulanmasına engel değildir⁵⁴⁷.

Diğer yandan, uyumsuzlukla ülke arasındaki bağlantı ne kadar artarsa kamu düzeninin müdahale etme ihtimalinin de o kadar artabileceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle ülke ile uyumsuzluk arasındaki irtibat azaldıkça kamu düzeni bu işlem veya ilişkilerden daha az etkilenecektir⁵⁴⁸. Bu kapsamda, yabancı ülkede gerçekleşen, hukukî etki ve sonuçlarını yabancı ülkede gösteren konularda Türk kamu düzeni müdahalesine başvurulmaması gerekir⁵⁴⁹. Böyle hâllerde, Türk hukukunun iç karar ahengi, açık ve ağır bir şekilde ihlâl edilmeyecekse yabancı hukukun uygulanması gerekir⁵⁵⁰.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflar MÖHUK m. 24 hükmüne göre tespit edilen hukuka tâbi olacaktır. Bununla birlikte, yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmesi durumunda bu hukukun uygulanmasından vazgeçilecektir. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, Türk hukukunda yasak olduğu gibi kişilik haklarına ve ahlâka da aykırı

⁵⁴⁵ Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 55; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 145; Nomer, **DHH**, s. 162; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 119; Ruhi, **a.g.e.**, s. 16; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 87; Michael Wells-Greco/Henry Dawson, “Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons From The European Court of Human Rights”, **Yearbook of Private International Law**, Volume 16, 2014/2015, s. 321.

⁵⁴⁶ Akıncı, **MÖH**, s. 20; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 147; Nomer, **DHH**, s. 162-163; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe **a.g.e.**, s. 86-87; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 325.

⁵⁴⁷ Akıncı, **MÖH**, s. 20; Nomer, **DHH**, s. 170; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 124.

⁵⁴⁸ Doğan, **MÖH**, s. 265; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 88-89; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 325.

⁵⁴⁹ Akıncı, **MÖH**, s. 21; Doğan, **MÖH**, s. 266.

⁵⁵⁰ Doğan, **MÖH**, s. 266.

kabul edildiğinden sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan ihtilâflarda yetkili yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirebilir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, özellikle taşıyıcı annenin yükümlülükleri, kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayıcı nitelikte olduğundan Türk hukuku bakımından kişilik haklarına aykırı kabul edilmektedir⁵⁵¹. Taşıyıcı annenin bu yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanması örneğin, taşıyıcı anneyi kürtaj olmaya zorlamak uygulanacak hukuk bakımından mümkün kabul edilse dâhi Türk hukuku bakımından kişilik haklarına doğrudan saldırı olarak nitelendirilerek MÖHUK m. 5 hükmü gereği Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturacaktır⁵⁵².

Diğer yandan, taşıyıcı annenin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen müstakbel ebeveynin kararlaştırılan ücreti ödemediği veya taşıyıcı annenin masraflarını karşılamadığı durumlarda taşıyıcı annenin dava açması hâlinde, taşıyıcı annelik sözleşmesinin kişilik haklarına aykırı olması nedeniyle kamu düzeni müdahalesini gerektirdiğini söylemek mümkün değildir. Kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kesin hükümsüz sayılmasına ilişkin düzenleme ile korunmak istenen menfaat, kişilik değerleri korunmak istenen tarafın menfaatidir⁵⁵³. Taşıyıcı annelik sözleşmesinde kişilik değerlerinin korunduğu kişi taşıyıcı anne olduğundan taşıyıcı anne, her ne kadar vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayan bir sözleşme akdetmişse de sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmesi durumunda karşı tarafın edimini yerine getirmesini talep ederse bu talep, sözleşmenin kişilik hakkına aykırı olması nedeniyle tek başına Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmemelidir.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri, başkalarına ait yumurta veya sperm hücrelerinin kullanılması ve sözleşme karşılığında ücret alınması gibi sebeplerle ahlâka aykırı kabul edilmektedir⁵⁵⁴. Bununla beraber, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlâka aykırı olduğu konusunda peşin hükümlü olmamak, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapmak daha doğru olacaktır. Müstakbel anne veya babadan birinin çocuk sahibi olma yeteneğinden yoksun olması ve çeşitli üreme tedavilerine rağmen çocuk sahibi olunamadığının resmî sağlık kurumu raporlarıyla belgelendirilmesi ve

⁵⁵¹ Kalkan-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 396; Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 70-74.

⁵⁵² Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 43.

⁵⁵³ Eren, **Borçlar Genel**, s. 353; Akbulut, **a.g.e.**, s. 143 vd. Taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kişilik haklarına aykırılık oluşturup oluşturmadığı hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Bölüm I/Başlık I/.

⁵⁵⁴ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 36.

kendilerine ait üreme hücreleri kullanılarak son çare olarak taşıyıcı anneliğe başvurulduğu durumlarda taşıyıcı annelik ahlâka aykırı kabul edilmemelidir⁵⁵⁵. Diğer yandan, tarafların genetik hücrelerinin kullanılmadığı, müstakbel annenin hamileliği devam ettirerek doğumu gerçekleştirebilecek kadar sağlıklı olduğunun ancak kişisel veya keyfi nedenlerle taşıyıcı annelik yöntemine başvurulduğunun anlaşıldığı durumlarda, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ahlâka aykırılık nedeniyle Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşması mümkündür.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerini ahlâka aykırı olarak nitelendirmenin bir diğer gerekçesi ise taraflar arasındaki sözleşmede ücret kararlaştırılmış olmasıdır. Taşıyıcı annenin herhangi bir ücret almaksızın, tamamen özgecil nedenlerle çocuk sahibi olmak isteyen taraflara yardımcı olma amacıyla hareket ettiği durumlarda, taşıyıcı annelik sözleşmeleri ahlâka aykırılık sonucunu doğurmamalı ve Türk kamu düzeni müdahalesine de uğramamalıdır.

Buna ek olarak, ücret konusunda kanaatimizce, tarafların aralarındaki sözleşmede ücret adı altında belirli bir miktar paranın ödenmesini kararlaştırmış olmaları doğrudan taşıyıcı annelik sözleşmesinin ticarî bir nitelikte olduğu ve kamu düzeni müdahalesini gerektirdiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Taraflar ücret kararlaştırmış olsalar da somut olayda bu ücretin, taşıyıcı annenin makul masraflarını aşıp aşmadığı tespit edilmelidir. Taraflar arasında akdedilen sözleşmede ücret olarak kararlaştırılan miktar, taşıyıcı annenin makul masraflarını aşmıyorsa, taşıyıcı annenin bu masrafları istemesi hâlinde sırf taşıyıcı annelik sözleşmesinde ücret kararlaştırılmış olması kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmamalıdır. Nitekim özgecil (ticarî olmayan) taşıyıcı anneliğe izin veren Birleşik Krallık'ta, Kaliforniya'da ticarî nitelikte gerçekleşen taşıyıcı annelik sözleşmesinde tarafların kararlaştırdıkları ücret miktarının taşıyıcı annenin makul masrafları ile orantılı olduğu tespit edilerek kamu düzenine aykırılık sonucunu doğurmadığını belirtmiştir⁵⁵⁶.

Son olarak 7151 sayılı Kanunla ODNK'nin 15. maddesine eklenen Ek Madde 1/f.2⁵⁵⁷ hükmüyle Türk hukukunda taşıyıcı annelik yapmak yasaklandığından hukuka aykırılık sonucu ortaya çıkabilecektir. Bununla birlikte ODNK'deki bu düzenleme

⁵⁵⁵ Nomer H., **a.g.e.**, s. 569-570.

⁵⁵⁶ J v. G., EWCH 1432 (Fam), 2013. Toplam 56,750 Amerikan doları ücret kararlaştırılmıştır. Karar için bkz. <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed114054>. (ET. 17.08.2022)

⁵⁵⁷ ODNK'nin 15. maddesine eklenen Ek Madde 1/f.2 hükmü şu şekildedir: “Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.”

aslında coğrafi bir sınır getirmekte ve Türkiye’de hem Türk vatandaşlarının hem de yabancıların taşıyıcı annelik yapmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla Türk vatandaşı taşıyıcı anneyle Türk vatandaşı müstakbel ebeveynin, taşıyıcı anneliğe izin veren Yunanistan’da taşıyıcı annelik sözleşmesi yapması mümkündür. Aynı doğrultuda, mutad meskeni Türkiye’de bulunan yabancılar da taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelerde bu yönetime başvurabilirler. Dolayısıyla, Türk vatandaşlarının veya mutad meskeni Türkiye’de bulunan yabancıların, başka bir devlette taşıyıcı annelik yöntemine başvurması ODNK’nin uygulama alanı dışında kalacaktır. ODNK’de yer alan bu yasağın, başka bir devlette gerçekleşen taşıyıcı annelik ilişkilerine genişleyerek uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Kamu düzeni müdahalesi bakımından uyumsuzlukla ülke arasındaki bağlantının önemli olduğu yukarıda da ifade edilmiştir. Bu kapsamda, taşıyıcı annenin ve müstakbel ebeveynin yabancı olduğu, taşıyıcı annelik yönteminin buna izin veren yabancı bir ülkede o ülke hukukuna uygun olarak gerçekleştirildiği ve etkisini de yabancı ülkede gösterdiği taşıyıcı annelik sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda, Türk kamu düzeni müdahalesinin azaltılmış etkisi söz konusu olur ve sözleşmeden doğan talepler Türk kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmayabilir. Bu noktada önemli olan, yabancı hukukun uygulanmasıyla Türk hukukunun iç karar ahenginin açık ve ağır bir şekilde ihlâl edilmemiş olmasıdır. Örneğin, tüm etki ve sonuçlarını yabancı ülkede gösterecek taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan, taşıyıcı annenin masraf alacağına ilişkin açtığı bir dava Türk kamu düzeni müdahalesine uğramamalıdır.

Bununla birlikte, taşıyıcı annenin hamileliği devam ederken çocuğun ve kendi sağlığının korunması bakımından bazı davranışsal yükümlülükleri bulunmaktadır⁵⁵⁸. Bu yükümlülüklerin ihlâli gerekçesiyle müstakbel ebeveyn tarafından Türk mahkemelerinde sözleşmede öngörülen ceza koşulunun ödenmesi talebiyle açılan bir davada, ceza koşulunun öngörülmüş olduğu davranışsal yükümlülüklerin kişilik değerlerini ihlâl ettiği sonucuna varılırsa Türk kamu düzeni müdahalesi gerekebilir. Benzer şekilde, taşıyıcı annenin tıbbî müdahalelere rıza gösterme yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan yabancı hukuk hükmü Türk kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşacaktır. Taşıyıcı annenin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini bu

⁵⁵⁸Taşıyıcı annenin davranışsal yükümlülükleri, hamileliği boyunca sigara içmemek, alkol ve uyuşturucu madde kullanmamak gibi pasif yükümlülükler veya spor yapmak, düzenli muayene gitmek gibi aktif yükümlülükler olabilmektedir.

şekilde kısıtlamasına izin veren yabancı hukuk hükümleri uygulanabilir nitelikte değildir.

Taşıyıcı annenin çocuğu teslim etme yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda çocuğun teslimi talebiyle açılan bir dava, Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirir. Taraflar, aralarındaki sözleşmede çocuğun teslimi veya soybağının tesisi noktalarında anlaşmış olsalar veya sözleşmeye uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk, taşıyıcı anneyi çocuğu teslim etmeye zorlasa da bu hükümlerin uygulanması Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edecektir. Nitekim, taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun teslimi, soybağı ve velâyet hakkının tespitine ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralının uygulanmasıyla çözüme kavuşturulmalıdır.

Sonuç olarak MÖHUK m. 24 hükümleri uyarınca sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan borç ilişkilerine uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk, MÖHUK m. 5'te yer alan düzenleme gereği Türk kamu düzenine açıkça aykırılık sonucunu doğuracaksa uygulanmayacaktır. Yetkili yabancı hukukun taşıyıcı anneliğe izin vermesi tek başına Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyecektir. Kamu düzenine aykırılık incelemesi yapılırken her somut olay özelinde bir değerlendirmesi yapılması gerekir. Bu kapsamda taşıyıcı anneliğin kişilik haklarına ve ahlaka aykırılığı ya da sözleşmede ücret kararlaştırılmış olması her durumda Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmemektedir.

2. Doğrudan Uygulanan Kurallar

a. Genel Olarak

Uygulanacak yabancı hukuku sınırlayan konulardan biri de müdahaleci kurallar olarak da ifade edilen doğrudan uygulanan kurallardır⁵⁵⁹. Bu kurallar, devletin sosyal, ekonomik ve siyasî alanda izlediği politikaların bir sonucu olarak uygulama alanına giren her türlü uyuşmazlığa uygulanmaktadır⁵⁶⁰. Hukukî işlem veya ihtilâfin yabancılık unsuru içerip içermediği doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen konular bakımından önem taşımaz ve bu kurallar, ilgili hukukî olay ve ilişkiye

⁵⁵⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155; Hatice Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 2001, s. 1; Nomer, **DHH**, s. 184; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 131; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 49.

⁵⁶⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155; Nomer, **DHH**, s. 185; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 8; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 70-71; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 153; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 8.

doğrudan uygulanırlar⁵⁶¹. Bu kurallar daha çok kamu hukuku karakterli olmakla birlikte kamu hukuku veya özel hukuk karakterli olması fark etmeksizin devlet menfaatine hizmet ederler⁵⁶².

MÖHUK hükümlerinde, doğrudan uygulanan kuralların tanımı veya hangi kuralların doğrudan uygulanan kural olduğu açıkça belirtilmemiştir. Bir kuralın doğrudan uygulanan kural olup olmadığının tespiti, kuralın hizmet ettiği menfaat veya getiriliş sebebi gözetilerek yapılabilir. Öğretide, dış ticaret hukukunda yer alan gümrük rejimine ilişkin ithalat ve ihracat yasakları, döviz transferine ilişkin kambiyo yasaları⁵⁶³, kültür varlıklarının korunması⁵⁶⁴, hava ve çevre temizliği alanları⁵⁶⁵, Biyogüvenlik mevzuatı düzenlemeleri⁵⁶⁶ gibi alanlardaki kuralların getiriliş amacı gözetildiğinde doğrudan uygulanan kurallara örnek teşkil ettiği belirtilmiştir.

Öte yandan AB hukukunda Roma I Tüzüğü m. 9/f.1 hükmü doğrudan uygulanan kuralların tanımına yer vermiştir. Bu tanıma göre, doğrudan uygulanan kurallar, bir devletin siyasî, sosyal ve ekonomik organizasyonu gibi kamu menfaatlerinin korunması amacını güden ve uygulanacak hukuktan bağımsız olarak uygulama alanına giren tüm konularda doğrudan uygulanan kurallardır⁵⁶⁷.

Doğrudan uygulanan kurallar, sözleşmeler hukuku alanında önem arz eder⁵⁶⁸. Bu kurallar, yabancılık unsuru içeren bir sözleşme ile belirli bağlantıların mevcut olması durumunda, doğrudan uygulanan kuralların ait olduğu hukuk düzeni taraflarca hukuk seçimi yoluyla sözleşmeye uygulanmak üzere seçilmemiş olsa dâhi doğrudan uygulanır⁵⁶⁹. Görüldüğü üzere tarafların irade serbestisi tamamen sınırlanmasa da

⁵⁶¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 156; Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Akıncı, **MÖH**, s. 23; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 154; Nomer, **DHH**, s. 185; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 11.

⁵⁶² Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 153; Mustafa Erkan, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, 2011, s. 84; Nomer, **DHH**, s. 187.

⁵⁶³ Akıncı, **Uygulanacak Hukuk**, s. 56; Akıncı, **MÖH**, s. 23; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 153; Nomer, **DHH**, s. 187; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 9.

⁵⁶⁴ Nomer, **DHH**, s. 187; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 10;

⁵⁶⁵ Nomer, **DHH**, s. 187.

⁵⁶⁶ Akıncı, **MÖH**, s. 23.

⁵⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tarman, **Roma I**, s. 325. Roma I Tüzüğü m.9/f.1 hükmü şöyledir: “*Overriding mandatory provisions are provisions the respect for which is regarded as crucial by a country for safeguarding its public interests, such as its political, social or economic organisation, to such an extent that they are applicable to any situation falling within their scope, irrespective of the law otherwise applicable to the contract under this Regulation*” <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF>. (ET. 5.4.2022)

⁵⁶⁸ Doğrudan uygulanan kurallar sözleşmeler hukuku alanında, ya zayıf tarafın korunması gereken sözleşmeler bakımından ya da devletin sosyal ve ekonomik politikalarının gerçekleştirilmesi amacıyla kendilerini gösterirler. Bkz. Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 100.

⁵⁶⁹ Erkan, **a.g.e.**, s. 82; Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 100.

doğrudan uygulanan kurallarla düzenlenen konular açısından bir sınırlama söz konusudur ve bu kurallarla öngörülen amaçların gerçekleştirilmesi sağlanmaya çalışılır⁵⁷⁰.

Sözleşmeler hukuku alanında hâkimin hukukunda (*lex fori*) yer alan doğrudan uygulanan kuralların yanında, sözleşme statüsünün (*lex causae*) ve bazı durumlarda üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması gerekebilir.

Aşağıda, hâkimin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar ile esasa uygulanacak hukukta bulunan ve üçüncü devletin hukukundaki doğrudan uygulanan kurallara ilişkin genel bilgi verildikten sonra taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından değerlendirme yapılacaktır.

b. Hâkimin Hukukunun Doğrudan Uygulanan Kuralları

Doğrudan uygulanan kurallar, ait olduğu hukuk sistemi bakımından büyük bir öneme sahiptir ve belirli bağlantılara sahip uyuşmazlıklar hakkında kanunlar ihtilâfi kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak yetkili hukuk araştırılmaksızın öncelikli olarak uygulanarak uyuşmazlığı maddî çözüme kavuştururlar⁵⁷¹.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan kurallara ilişkin olan ve sadece sözleşmeler hukuku alanında değil tüm kanunlar ihtilâfi kuralları açısından geçerli olan düzenleme, MÖHUK'un genel hükümleri kapsamında yer alan 6. maddede hükme kavuşmuştur. MÖHUK m. 6 düzenlemesine göre, “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır”⁵⁷². Bu düzenlemeyle Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulama alanına giren konularla sınırlı olmak üzere yabancı hukukun uygulanması engellenmekte, yabancı hukukun uygulanması tamamıyla reddedilmemektedir⁵⁷³. *Lex fori*'nin doğrudan uygulanan kurallarına ilişkin Roma I tüzüğü m. 9/f.2 hükmü de Tüzük'te yer

⁵⁷⁰ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 100.

⁵⁷¹ Özdemir Kocasakal, **Doğrudan Uygulanan Kurallar**, s. 28; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 71.

⁵⁷² Türk hukukunda yer alan bir doğrudan uygulanan kural, yabancılık unsuru taşısın veya taşınmasın bütün uyuşmazlıklar bakımından uygulanmak zorunda olduğundan aslında MÖHUK m.6 hükmüyle hâkimin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallara ilişkin düzenleme getirilmesine gerek olmadığı görüşü hakkında bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 155.

⁵⁷³ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 12.

alan hiçbir kuralın, hâkimin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallarının uygulanmasına engel olamayacağını belirtmektedir⁵⁷⁴.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan ihtilâflara uygulanmak üzere MÖHUK m. 24'e göre tespit edilen hukuk, yabancı bir hukuk olsa da Türk hukukunda yer alan bir doğrudan uygulanan kural mevcutsa bu durumda bu kural doğrudan uygulanacaktır. Bu noktada, hukukumuzda ODNK ve ÜYTY'de yer alan düzenlemelerin taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi önem arz eder.

Öncelikle ÜYTY m. 1'e göre, "*çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk sahibi olmaları mümkündür.*" Dolayısıyla üremeye yardımcı tedavilerden yararlanma imkânı sadece evli çiftlere tanınmıştır⁵⁷⁵. Ayrıca 7151 sayılı kanunun 16. maddesi ile ODNK'nin 15. maddesine eklenen Ek Madde 1/f.2 hükmüne göre, "*Eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaktır.*" Bu düzenlemelerle taşıyıcı annelik yöntemi, yani müstakbel ebeveynden alınan ya da yumurta ve sperm bağışı yöntemiyle elde edilen, yumurta ve sperm hücrelerinin kullanılmasıyla elde edilen embriyonun başka kişilerde kullanılması ve taşıyıcı annelik yapılması açıkça yasaklanmıştır. Türk hukukunda yer alan bu düzenlemelerin getirilme amacını anlamak için kanunun gerekçesi de yol gösterici olabilir.

7151 sayılı Kanun'un 16. maddesi ile ODNK'ye EK Madde-1 ve Ek Madde-2 hükümleri eklenmiştir. Bu maddenin gerekçesi şu şekildedir: "*Halkımızın inançları, değer yargıları ve sosyo kültürü muvacehesinde üremeye yardımcı tedavi işlemleri kapsamında uygulanabilen donasyon, üreme hücreleri ve embriyonun başkalarında*

⁵⁷⁴ Tarman, **a.g.e.**, s. 325. Roma I Tüzüğü m.9/f.2 hükmü şöyledir: "Nothing in this Regulation shall restrict the application of the overriding mandatory provisions of the law of the forum." <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:En:PDF>. (ET. 5.4.2022)

⁵⁷⁵ Ayrıca, ÜYTE m./28'in atfıyla Yönetmeliğin 17 No'lu ekinde yer alan düzenlemeye göre, "*ÜYTE uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanır. Herhangi bir şekilde donör kullanılması, donör kullanılarak embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaktır. Bu yasaklara aykırı olarak elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, merkezin ruhsatı/faaliyet izni ve bu işlemi yapan kişilerin sertifikaları iptal edilir. Ayrıca bu kişilerin bir daha merkezlerde çalışmasına izin verilmez ve adli yönden işlem yapılmak üzere cumhuriyet savcılığına bildirilir.*" Benzer şekilde ODNK m.15 Ek Madde 1/f.1 hükmüne göre, "*Doğal yollarla çocuk sahibi olunmadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getiril mek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlamak suretiyle üreme hücreleri veya embriyo anne adayına uygulanabilir. Bu yöntem sadece evli olan eşler arasında gerçekleştirilir.*"

*kullanılması, taşıyıcı annelik gibi işlemlere izin verilmemekteydi. Ancak son yıllarda bu alanda kamuoyuna yansıyan ihlaller, meselenin mahiyeti ve ehemmiyeti, bu konuda kanuni düzenleme yapılması zarureti ortaya çıkarmıştır (...)*⁵⁷⁶.

Kanunun gerekçesi incelendiğinde, devletin sosyal politikası ve genel ahlâk anlayışı çerçevesinde taşıyıcı anneliğe daha önce de izin verilmediği ancak bu konuda yaşanan ihlaller ve konunun önemine binaen taşıyıcı anneliğin açıkça yasaklanması ihtiyacı doğduğundan söz edilmektedir. Bu nedenle ODNK’de yer alan düzenlemelerin Türk hukuku bakımından doğrudan uygulanan kural olarak nitelendirilerek MÖHUK m. 6 kapsamında doğrudan uygulanacağı belirtilmiştir⁵⁷⁷. Gerçekten de ODNK’de yer alan taşıyıcı anneliğe ilişkin yasağın devletin sosyal politikasının bir gereği olduğu açıktır ve bu sosyal amacın gerçekleştirilmesindeki kamu menfaati gereği doğrudan uygulanan kural niteliğini haizdir. Bununla birlikte, ODNK’deki taşıyıcı annelik yasağı, Türkiye’de taşıyıcı anneliğe dönük işlemlerin gerçekleştirilmesi bakımından getirilmiş bir yasaktır. Türkiye’de hem Türk vatandaşlarının hem de yabancıların taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmak istemesi durumunda doğrudan uygulanacaktır. Diğer yandan, çocuk sahibi olamayan Türk vatandaşlarının ya da Türkiye’de yaşayan yabancıların taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere giderek taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmesi hâlinde ODNK hükümlerinin uygulanmayacağı açıktır.

c. Sözleşme Statüsünün Doğrudan Uygulanan Kuralları

Yabancılik unsuru taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkileri hakkında MÖHUK m. 24 uyarınca sübjektif veya objektif yönleme göre belirlenen hukuk, sözleşme statüsü olarak sözleşmenin esası hakkında uygulanmaktadır. Sözleşme statüsü olarak tespit edilen yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınması gerektiği hususu hakkında MÖHUK’ta bir düzenleme bulunmamakla birlikte böyle bir düzenlemeye de gerek yoktur⁵⁷⁸. Zira MÖHUK m. 2 hükmüne göre, Türk hâkimi,

⁵⁷⁶Madde gerekçesi için bkz.

<https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/madedetaylari?psira=133367>. (ET. 8.4.2022)

⁵⁷⁷ Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 43, 45. Öte yandan, üreme tıbbındaki gelişmelerin sosyal, toplumsal ve aile hayatında meydana getireceği değişiklikler tümüyle değerlendirilmeden Türk hukukunda yer alan bu hükümlerin doğrudan uygulanan kural olarak kabul edilmemesi en azından, kamu düzeni kapsamında değerlendirilerek bazı hukukî sonuçlar bağlanabilmesi gerektiği değerlendirilmesi için bkz. Şensöz Malkoç, **Taşıyıcı Annelik**, s. 31.

⁵⁷⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 157; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 141.

yetkili olan yabancı hukuku ve bu hukuka ait kuralları re'sen uygulamakla yükümlüdür.

Sözleşmenin esasına uygulanacak yabancı hukuk, emredici ve tamamlayıcı kurallarıyla bir bütün olarak olaya uygulanacağından, bu hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallar da *lex contractus*'un bir parçası olarak dikkate alınacaktır⁵⁷⁹. Öte yandan, sözleşme statüsünün doğrudan uygulanan kuralları ile hâkimin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kurallar arasında çelişki varsa bu durumda, hâkimin hukukunda yer alan doğrudan uygulanan kuralların uygulanması gerekir⁵⁸⁰. Aynı doğrultuda, yabancı hukukun doğrudan uygulanan kurallarının bir olaya uygulanması ile ortaya çıkan sonuç, hâkimin hukuku bakımından tahammül edilemez nitelikte sonuçlar ortaya çıkarırsa Türk kamu düzeninin müdahalesi gerekir ve yabancı hukukta yer alan doğrudan uygulanan kurallar bu niteliğine rağmen uygulanmaz⁵⁸¹.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri bakımından tarafların, genellikle taşıyıcı anneliğe izin veren ve düzenlemeler getiren hukuk sistemlerini seçtiği görülmektedir. Diğer yandan taşıyıcı anneliğe izin veren devletler arasındaki düzenlemeler birbirinden oldukça farklıdır. Bu noktada tarafların aralarındaki taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanmak üzere ücret karşılığı taşıyıcı anneliğe izin vermeyen bir devlet hukukunu örneğin, Birleşik Krallık hukukunu seçmiş olmalarına rağmen sözleşmede ücret kararlaştırılması hâlinde Birleşik Krallık hukukunda yer alan ve taşıyıcı annenin haksız kazanç elde etmesi ve böylece sözleşmenin çocuk satışı teşkil etmemesi amacının güdüldüğü kuralların doğrudan uygulanan kural olarak uygulanması gerektiği düşünülebilir.

Sözleşme statüsü olarak uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk, aynı zamanda tıbbî süreçlerin yürütüleceği devlet hukukuysa bu devlet hukukunda yer alan sperm bağıışı veya yumurta bağıışına ilişkin yasaklar da doğrudan uygulanan kural olarak dikkate alınacaktır. Zira bu yasaklara rağmen tarafların o devlette yumurta veya sperm bağıışıyla elde edilen üreme hücrelerini taşıyıcı anneye naklederek kullanmaları mümkün olmayacaktır.

⁵⁷⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 157; Özdemir Kocasakal, **MÖHUK m. 24**, s. 73; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 299;

⁵⁸⁰ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 302.

⁵⁸¹ Nomer, **DHH**, s. 339.

d. Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları

Üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları da bazı şartların varlığı hâlinde uygulanabilir. MÖHUK m. 31 hükmü uyarınca üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilmesi için bu kuralların, ihtilâf konusu sözleşmeye doğrudan uygulanma mahiyetinin bulunması gerekir. Bu kuralların mahiyeti, kuralın ait olduğu hukuk sistemine göre belirlenir⁵⁸². Ayrıca, üçüncü ülke hukuku ile sözleşmeden doğan borç ilişkisi arasında sıkı bir ilişkinin bulunması gerekir⁵⁸³. Burada sıkı ilişkiyi tespit etmek hâkimin takdirindedir. Başka bir ifadeyle, hâkim, takdir yetkisini kullanarak üçüncü ülke ile sözleşmeden doğan ihtilâf arasında bulunan sıkı ilişkiyi tespit edecektir⁵⁸⁴. Son olarak, hâkim, yine takdir yetkisini kullanarak üçüncü devletin korunmaya değer üstün bir menfaati olduğunu belirlemelidir. Bu tespiti yaparken hâkim, üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçlarını dikkate alarak söz konusu kurallara etki tanıyıp tanımamaya karar verir⁵⁸⁵. Üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınabilmesi Roma I Tüzüğü'nde⁵⁸⁶ ancak üçüncü ülkenin ifa yeri ülkesi olması durumunda kabul edilmiştir.

MÖHUK m. 31 hükmü üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması bakımından bir zorunluluk getirmemekte hâkime bu kurallara etki tanıma konusunda takdir yetkisi vererek bu kuralların uygulanmaması ile ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların önlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır⁵⁸⁷.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının dikkate alınmasında tıbbî süreçlerin gerçekleştiği ülke hukuku, sözleşmesiyle sıkı ilişki içinde bulunan bir ülke hukuku olduğundan dikkate alınır. Tıbbî müdahalenin gerçekleştirildiği ülke hukuku, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinin konusu olan çocuğa hamile kalınabilmesi için müstakbel ebeveynin üreme hücrelerinin alınması, oluşturulan embriyonun taşıyıcı anneye nakli gibi tıbbî

⁵⁸² Özdemir-Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 77.

⁵⁸³ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 462; Erkan, a.g.e., s. 105; Nomer, DHH, s. 345; Özdemir-Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 77; Tekinalp, a.g.e., s. 374.

⁵⁸⁴ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 462; Nomer, DHH, s. 345; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, a.g.e., s.

⁵⁸⁵ Akıncı, a.g.e., s. 52; Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 462; Erkan, a.g.e., s. 109; Nomer, DHH, s. 345; Tekinalp, a.g.e., s. 375.

⁵⁸⁶ Roma I Tüzüğü m. 9/f.3 hükmüne göre; “Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ifa edileceği veya ifa edilmesi gerektiği ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına, sözleşmenin ifasını hukuka aykırı kıldığı ölçüde etki tanınabilir. Söz konusu kuralların muhtevası, niteliği ve amacı ile uygulanmaları veya uygulanmamaları halinde meydana gelecek sonuçlar dikkate alınır”.

⁵⁸⁷ Çelikel/Erdem, a.g.e., s. 462-463.

süreçlerin yürütüldüğü devlet hukukudur. Bu devlet hukukunda yer alan düzenlemeler, taşıyıcı annelik sözleşmesinin konusu ve tarafların yükümlülükleriyle yakından ilgili olduğundan Türk hâkimi bu düzenlemelere etki tanıyacaktır.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde sözleşmenin akdedildiği ülkenin, taraflardan birinin kişisel hukuku olması durumunda sözleşmeyle olan sıkı ilişkisi nedeniyle etki tanınması gerekebilir. Örneğin, mutad meskeni Türkiye’de bulunan müstakbel ebeveynle mutad meskeni İsrail’de bulunan taşıyıcı anne arasında İsrail’de akdedilen taşıyıcı annelik sözleşmesine uygulanmak üzere Birleşik Krallık hukukunun seçildiği sözleşmeden doğan bir uyuşmazlık hakkında Türk mahkemelerinde dava açıldığı varsayımında, İsrail hukukunda yer alan ve taşıyıcı annelerin finansal yönden korunması amacıyla getirilen düzenlemelere üçüncü devletin doğrudan uygulanan kuralı olarak etki tanınabilir. Taşıyıcı annenin kişisel hukuku ve bu hukukta yer alan taşıyıcı annenin, ekonomik olarak zayıf konumda bulunması nedeniyle her türlü sözleşme şartını kabul etmesini engellemeye yönelik taşıyıcı annenin talep edebileceği masraf kalemlerini düzenleyen hükümlere Türk hâkimi tarafından etki tanınarak masrafların buna göre tespit edilmesi gerekebilir.

III. SINIRAŞAN TAŞIYICI ANNELİK SÖZLEŞMELERİNDE SOYBAĞINA UYGULANACAK HUKUK

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının nasıl kurulacağı hususu oldukça önemli bir konudur. Taraflar, aralarındaki sözleşmede çocuğun soybağına ilişkin hükümler öngörmüş olsalar da çocuğun soybağının kurulması meselesi sözleşmesel meselelerden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Türkiye’de taşıyıcı annelik yasaklanmasına rağmen Türk vatandaşlarının taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelere giderek bu yöntemle çocuk sahibi olması durumunda, çocuğun soybağının kurulması milletlerarası özel hukuk kapsamında çözümlenmesi gereken meselelerden biridir.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri çoğu zaman sınıraşan bir nitelik gösterdiğinden çocuğun hukuken ebeveyninin kim ya da kimler olduğunun belirlenmesinde uygulanması söz konusu olan birden fazla devlet hukuku olabilir. Bununla beraber bu devletlerin soybağına ilişkin yasal düzenlemeleri arasındaki farklılıklar, bir devlette kabul edilen ebeveynlik ilişkisinin başka bir devlette kabul edilmemesi veya başka bir

kişinin ebeveyn olarak kabul edilmesi gibi belirsiz veya total soybağı ilişkilerinin tesis edilmesine neden olmaktadır.

Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nda sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan başta çocuğun soybağı ve vatansız kalmasının engellenmesi gibi meseleler hakkında çalışmalar yapılmıştır. Öte yandan bu çalışmalar sonunda özellikle sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucu dünyaya gelen çocuğun bir devlette kurulan soybağının diğer devletlerde tanınması hakkında olası bir milletlerarası özel hukuk enstrümanının geliştirilmesine karar verilmiştir. Bu kapsamda, çocuğun soybağının kurulmasına ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının birleştirilmesi amacı güdülmediği ve sadece çocuğun soybağı statüsünün öngörülebilirliğini, kesinliğini ve sürekliliğini sağlamak amacıyla soybağının tanınmasına ilişkin kurallar getirilmeye çalışıldığı görülmektedir⁵⁸⁸. Ayrıca taşıyıcı annelik konusunda devletlerin yaklaşımları birbirinden oldukça farklı olduğundan sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının kurulmasına ilişkin yeknesak kurallar içeren bir milletlerarası sözleşmeye taraf olma konusunda devletlerin çekincelerinin bulunması muhtemeldir. Günümüz itibarıyla sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocukla müstakbel ebeveyn arasında soybağı ilişkisini düzenleyen uluslararası bir sözleşme bulunmadığından sınıraşan taşıyıcı annelikle ilgili soybağı meselelerinin nasıl çözümlenmesi gerektiği devletlerin millî hukuklarında yer alan düzenlemelere bırakılmıştır.

Bu bölümde sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının kuruluşuna ilişkin bir uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin önüne gelmesi durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği Türk milletlerarası özel hukuk metodolojisi çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu kapsamda öncelikle söz konusu hayat ilişkisinin vasıflandırılması ardından bu vasıflandırma esas alınarak uygulanacak kanunlar ihtilâfı kuralı ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

A. Bağlama Konusunun Vasıflandırılması

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesiyle doğan bir çocuğun soybağının kurulmasına ilişkin bir ihtilâf Türk mahkemelerinin önüne geldiğinde Türk hâkimi, öncelikle söz konusu uyuşmazlığı vasıflandıracaktır. Bağlama konusunu oluşturan

⁵⁸⁸ Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın 2023 yılına kadar yapmış olduğu çalışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm III, Başlık III.

hayat ilişkisinin vasıflandırılmasında zorunluluk olmamakla birlikte genel olarak *lex fori* vasıflandırma esas alındığından uyumsuzluk, Türk hukukuna göre vasıflandırılacaktır.

Soybağı, çocukla anne ve babası arasındaki biyolojik ve genetik bağı ifade eder. Çocuk ile genetik olarak türediği kişiler arasındaki bu genetik, doğal bağı hukuk düzeni tarafından da kabul edilmesi durumunda hukukî soybağı kurulmuş olur⁵⁸⁹. Evlât edinme ise aralarında kan bağı olmayan kişiler arasında bir hukukî işlemle soybağının kurulabilmesidir. Evlât edinmeyle kurulan soybağı, kan bağına dayanmadığından yapay soybağı olarak ifade edilmektedir⁵⁹⁰.

Bu noktada sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya babası arasında soybağının kurulması meselesinin soybağının kan bağına göre kurulması olarak vasıflandırılması ve MÖHUK m. 16 kapsamında çözümlenmesi gerekir⁵⁹¹. Taşıyıcı annelik yönteminde, müstakbel anne ve babanın üreme hücreleri kullanıldığında çocukla müstakbel anne ve baba arasında genetik bağ olduğu açıktır. Bu genetik gerçeğin, hukukî gerçeğe dönüşmesi ise soybağının kan bağı yoluyla kurulmasına ilişkin esasların kabul edilmesini gerektirir. Dolayısıyla, çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya baba arasında soybağının kurulması, soybağının kan bağı yoluyla kurulması olarak vasıflandırılması ve herhangi bir ayırım yapılmadan MÖHUK m. 16 kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

Diğer yandan, taşıyıcı annelik sözleşmelerine ilişkin devletlerin birbirinden farklı yaklaşımları, bu yöntemle dünyaya gelen çocuğun soybağının tesisinde de problemlere neden olmaktadır. Çocuğun, genetik/müstakbel anne ve babasıyla arasında soybağının tesisi noktasında MÖHUK m. 16'da yer alan hükümlerden bir çözüme ulaşılamaması hâlinde çocuğun üstün menfaati dikkate alınarak soybağının, evlât edinme hükümlerine göre kurulup kurulamayacağının da incelenmesi gerekebilir.

Bu bölümde sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun soybağının kurulmasına hangi hukukun uygulanacağı MÖHUK m. 16 hükümlerine göre değerlendirilecektir. Bu hükümde yer alan kurallara göre soybağının kurulamaması

⁵⁸⁹ Acabey, **a.g.e.**, s. 6-7; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 322.

⁵⁹⁰ Acabey, **a.g.e.**, s. 11; Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 322.

⁵⁹¹ Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 553. Öğretide, genetik/müstakbel babayla soybağının MÖHUK m. 16 hükümlerine, genetik/müstakbel anneye çocuk arasındaki soybağının ise MÖHUK m. 18'de yer alan evlât edinme hükümlerine göre çözümlenmesi gerektiği görüşü için bkz. Kübra Nur Dindar, "Taşıyıcı Annelik Yoluyla Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzeni Etkisi", **Fasikül**, Cilt 12, Sayı 132, 2020, s. 21-23.

hâlinde, soybağının evlât edinmeyle kurulmasının mümkün olup olmadığı MÖHUK m. 18 hükümleri ile uluslararası sözleşmelerde yer alan düzenlemelere göre değerlendirilecektir.

B. Soybağına Uygulanacak Hukuka İlişkin Kanunî Düzenlemenin Özellikleri

Yabancılik unsuru içeren soybağı ilişkilerinin kurulmasına hangi ülke hukukunun uygulanacağı konusunda öncelikle gerek AY m. 90/f.4 ve gerekse MÖHUK m. 1/f.2 gereği Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerin uygulama alanına giren bir konu söz konusuysa ilgili uluslararası sözleşmenin uygulanacağı açıktır. Uluslararası bir sözleşmenin uygulama alanı bulmaması durumunda yabancılik unsuru taşıyan soybağı ilişkilerinin kurulmasına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 16 ile tespit edilecektir.

5718 sayılı MÖHUK'un "soybağının kurulması" başlıklı 16. maddesi, Mülga 2675 sayılı kanundan⁵⁹² farklı olarak 2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK ile uyumlu olarak evlilik içi ve evlilik dışı soybağı ayrımı olmaksızın bir düzenleme getirmiştir⁵⁹³. MÖHUK m. 16/f.1 hükmüne göre, "*Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki millî hukukuna, kurulamaması hâlinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki millî hukuklarına, bunlara göre kurulamaması hâlinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tâbi olarak kurulur.*"

Soybağının kurulmasına ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralımızı incelediğimizde, çocuğun menfaatine üstünlük tanınarak çocuğun soybağının kurulmasının hedeflendiği açıktır⁵⁹⁴. Bu bağlamda MÖHUK m. 16 düzenlemesiyle klasik kanunlar

⁵⁹² Mülga 2675 sayılı MÖHUK m.15 evlilik içi nesep ilişkilerine uygulanacak hukuku, m.16 nesebin düzeltilmesinde uygulanacak hukuku, m.17 ise evlilik dışı nesep ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenlemekteydi bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 259-260.

⁵⁹³ MÖHUK'un gerekçesinde bu husus şu şekilde belirtilmiştir: "*Türk Medenî Kanunuyla uyumlu olarak evlilik içi nesep (madde 15), nesebin düzeltilmesi (madde 16) ve evlilik dışı nesep (madde 17) kavramları kaldırılarak sadece soybağının kurulması hakkında 15 inci madde ve hükümleri hakkında 16 ncı maddeyle yetinilmiştir*". MÖHUK Gerekçesi için Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm>. (ET. 25.5.2022). Öte yandan, günümüzde hâlâ bazı ülke hukuklarında evlilik içi/evlilik dışı nesep ayrımının devam ettiği dikkate alındığında, 5718 sayılı MÖHUK'la iç hukuka paralel olarak getirilen soybağına ilişkin düzenlemenin milletlerarası özel hukuka uygun olmadığı da ileri sürülmektedir bkz. Doğan, **MÖH**, s. 352, dn. 368.

⁵⁹⁴ MÖHUK'un gerekçesinde çocuğun menfaatine verilen önem şu şekilde belirtilmiştir: "*soybağı konusunda milletlerarası yaklaşım çocuğun üstün menfaatinin ve buna bağlı olarak da hukukunun esas*

ihtilâfı hukuku metodolojisiinde esas alınan ve maddî hukuk bakımından sonuç adil olsa da olmasa da söz konusu hukukî olay veya ilişkiyle “en sıkı ilişki” içinde bulunan devlet hukukunun uygulanması anlayışı ile bağdaşmayan bir düzenleme getirildiği görülmektedir⁵⁹⁵. Bu düzenlemeyle çocuk ile anne ve babası arasındaki soybağının kurulması için buna imkân tanıyabilecek bütün hukuklar belirli şartlarla ve sıralı olarak yetkilendirilerek maddî hukuka dair bir sonucun elde edilmesi, yani çocuğun soybağının kurulması sağlanmaya çalışılmıştır⁵⁹⁶.

MÖHUK m. 16/f.1 hükmü soybağının kurulması bakımından basamaklı bir sistem öngörmüştür. Çocuğun soybağının kurulabilmesi için bir basamakta yer alan soybağına ilişkin kural tüketilmeden bir sonraki basamağa geçilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, sıralı olarak birinci basamaktaki bağlama noktası ile yetkili kılınan hukuk, çocuğun anne/babası ile soybağının kurulmasına imkân tanımıyorsa bir sonraki basamağa göre yetkili yabancı hukuka bakılacak, bu hukuk uyarınca soybağı ilişkisi kuruluyorsa sonraki basamaklarda yer alan hukuklar incelenmeyecektir⁵⁹⁷.

Basamaklı bağlama kuralında yer alan yetkili hukuka göre “soybağının kurulamaması” ifadesiyle hak düşürücü sürelerin dolması, zina ürünü çocukların babayla soybağının kurulamaması, taşıyıcı annelik veya çocuk sahibi olmak isteyen kişilerin üçüncü kişilere ait yumurta ve sperm hücrelerinin kullanılması sonucu dünyaya gelen çocukla aralarında soybağının kurulmasının mümkün olmadığı hâlleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği belirtilmiştir⁵⁹⁸.

Diğer yandan bizim de katıldığımız görüşe göre, kanunun gayesi dikkate alındığında çocuk lehine en uygun hukukun seçimine imkân veren alternatifli bir sistemin (*favor legitimitatis*) amaçlandığı görülmektedir⁵⁹⁹. Alternatif bağlama kuralı sistemi, çocuğun menfaatlerini koruma amacına daha uygundur⁶⁰⁰. Çocuğun menfaati

alınmasından yanadır.” Bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm>. (ET. 25.5.2022).

⁵⁹⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 172, dn. 108.

⁵⁹⁶ Akıncı, **MÖH**, s. 91; Ziya Akıncı, Cemile Demir-Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 122; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 275; Doğan, **a.g.e.**, s. 353; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 171-172; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 178-179.

⁵⁹⁷ Akıncı, **MÖH**, s. 91; Doğan, **a.g.e.**, s. 353-354; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 172; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 178.

⁵⁹⁸ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 124.

⁵⁹⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 175; Nomer, **DHH**, s. 271-272.

⁶⁰⁰ Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 545; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 276; Hatice Selin Pürselim-Arning, “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 27, Sayı 1, 2021, s. 533; Nomer, **DHH**, s. 271-272; Zeynep Özgenç, “Velâyete Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni

ilkesi çocuğun, “mümkün olan en iyi kanun” kapsamında korunmasını da kapsar⁶⁰¹. Bu noktada çocuğun menfaatini en iyi koruyan kanunun tespitini yapmak kolay olmasa da çocuğun ana-babasıyla soybağı ilişkisini kuran ya da soybağını evlilik içi soybağı hükümlerine göre kuran maddî hukukun, çocuğun menfaatlerini daha iyi koruduğu belirtilmektedir⁶⁰².

Ayrıca alternatif bağlama kuralı sisteminin benimsenmesiyle çocuğun hem anne hem babası bakımından soybağını kuran tek bir hukukun bulunması hâlinde her iki soybağı ilişkisine de aynı hukukunun uygulanmasının mümkün olabileceği⁶⁰³ ve ihtilâfa uygulanacağı tespit edilen yabancı hukukun içeriğine ulaşma noktasında da süre problemlerinin önüne geçilebileceği⁶⁰⁴ belirtilmiştir.

Soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuk, bir çocuğun anne ve babasının kimler olduğunu, çocuğun anne ve babasıyla arasındaki soybağının kurulup kurulamayacağını veya nasıl kurulacağını belirler. Hukuk sistemleri soybağının kurulması bakımından Türk hukukundakine benzer yöntemler kabul etmişlerdir. Genel olarak soybağı; kanun gereği kendiliğinden, tanıma gibi bir hukukî işlemle veya mahkeme kararıyla kurulabilmektedir. Sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle bir çocuk doğduğunda çocuğun soybağının kurulup kurulamayacağı, soybağı kanun gereği kuruluyorsa annelik ya da babalık karineleri ve bunların nitelikleri, tanıma yoluyla anne ya da babayla soybağının kurulmasının mümkün olup olmadığı, mahkeme kararıyla soybağı kurulabiliyorsa davanın tarafları, dava açma süreleri MÖHUK m. 16 uyarınca uygulanacak hukuk tarafından belirlenir.

Bir sonraki başlıkta soybağının kurulmasına uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilâfı kuralında yer alan bağlama noktaları incelenecek ve özellik arz eden hususlar taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuklar bakımından değerlendirilecektir.

Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXII, Sayı 1, 2018, s. 15;

⁶⁰¹ Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 543.

⁶⁰² Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 73; Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 544.

⁶⁰³ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 175.

⁶⁰⁴ Pürselim-Arning, **a.g.e.**, s. 533.

C. MÖHUK'a Göre Soybağının Kurulmasına Uygulanacak Hukuk

1. Soybağının Kurulmasında Esas Alınan Bağlama Noktaları

MÖHUK m. 16/f.1 hükmünün ilk basamağı, soybağının kuruluşuna uygulanacak hukukun, çocuğun doğum anındaki millî hukuku olduğunu belirtmektedir. Kişisel menfaatlerin öne çıktığı soybağının kuruluşu meselesinde ilk basamakta çocuğun millî hukuku esas alınmıştır⁶⁰⁵. Aynı doğrultuda Fransa⁶⁰⁶, Polonya⁶⁰⁷ ve Çekya⁶⁰⁸ hukuklarında da çocuğun millî hukuku ilk bağlama noktası olarak düzenlenmiştir.

Soybağının kuruluşunda ilk basamakta çocuğun millî hukukuna yer verilmesi öğretide eleştirilmiştir. Birçok hukuk siteminde vatandaşlığın kazanılması kan bağı (*ius sanguinis*) esasına dayandığından çocuğun millî hukukunun tespit edilebilmesi, onun anne/babasıyla soybağının kurulmuş olmasını gerektirmektedir. Soybağının kuruluşunun vatandaşlığa, vatandaşlığının kazanılmasının ise çocuğun soybağının kurulmasına bağlı olması ise bir kısır döngüye sebep olmaktadır⁶⁰⁹. Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, toprak esasına göre kazandığı bir vatandaşlık varsa soybağının tesisine bu hukuk uygulanacaktır. Diğer yandan soybağının kan esasına göre kurulduğu durumlarda çocuğun millî hukukunu belirleyebilmek için soybağının kurulması, soybağının kurulması için millî hukukun tespit edilecek olması öğretideki eleştirilere paralel olarak çocuğun soybağının tesis edilememesine neden olabilecektir.

⁶⁰⁵ Doğan, **a.g.e.**, s. 353.

⁶⁰⁶ Fransız hukukunda soybağının kuruluşuna öncelikle annenin, çocuğun doğum anındaki millî hukuku uygulanır. Eğer anne bilinmiyorsa çocuğun millî hukuku esas alınır. Fransız Medenî Kanunu madde 311-14 hükmü şu şekildedir: “*Parentage is governed by the personal law of the mother on the day of birth of the child; where the mother is unknown, by the child's personal law.*” Kanunun İngilizce çeviri metni için bkz. David Gruning/ Alain R. Levasseur/John Randy Trahan/Estelle Roy, Traduction Du Code Civil Français En Anglais Version Bilingue, 2016. Bkz. <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01385107/document>. (ET. 26.5.2022)

⁶⁰⁷ Polonya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 55/f.1'e göre soybağının kurulması çocuğun doğum anındaki millî hukukuna tâbidir. Bu hukuka göre soybağı kurulamazsa soybağı, çocuğun soybağının kuruluşu anındaki millî hukukuna tâbidir. (m.55/f.2) Ayrıntılı bilgi için bkz. Rodziewicz, **a.g.e.**, s. 917.

⁶⁰⁸ Çekya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (PIL) m. 65'e göre, soybağının kurulması ve iptali, çocuğun doğum anında vatandaşı olduğu devlet hukukuna tâbidir. Çocuk doğumla birden fazla vatandaşlık kazanmışsa, Çek hukuku uygulanır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Monika Pauknerová, “Czech Republic”, **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013 s. 115.

⁶⁰⁹ Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 545-546; Nomer, **DHH**, s. 277; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 276; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 173.

Çocuğun soybağı, ilk basamağa göre kurulamıyorsa ikinci basamağa geçilerek çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır⁶¹⁰. Mutad meskenin tanımı⁶¹¹ ve çocuğun hangi andaki mutad meskeninin esas alınacağı noktasında kanunda açıklık olmaması farklı tartışmalara⁶¹² neden olmuştur. Mutad mesken kavramı, şartları kanunla düzenlenen yerleşim yeri gibi hukukî bir kavram değildir. Kişinin hayat ilişkisinin merkezini oluşturan gerçek ve fiilî durumu ortaya koyan bir kavramdır⁶¹³. Bununla birlikte henüz yeni doğmuş bir çocuğun anne ve babasından bağımsız bir mutad meskeni olamayacağı gerekçesiyle soybağının tesisinde bu bağlama noktasının uygulanabilirliği de eleştirilmiştir⁶¹⁴.

Taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun soybağının kuruluşuna çocuğun mutad meskeni hukukunun uygulanması soybağının bir şekilde kurulması amacına daha uygun görülmektedir⁶¹⁵. Öte yandan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun mutad meskenini anne/babaya bağlı olarak dâhi tespit etmek kolay değildir. Bazı durumlarda çocuk, toprak esasına ve soybağına bağlı olarak vatandaşlık kazanamadığından müstakbel ebeveyninin mutad meskeni ülkesine de gidememektedir. Müstakbel anne ve babasıyla aynı mutad meskende bulunmayan çocuğun, müstakbel ebeveynden ayrı bir mutad meskeni olabileceği kabul edilirse taşıyıcı anneye bağlı olarak başka bir ülkede mutad meskene sahip olduğu kabul edilebilir⁶¹⁶. Taşıyıcı anne, taşıyıcı anneliğin gerçekleştiği ülkede o ülke hukukuna göre doğumun ardından hemen çocuğu

⁶¹⁰ MÖHUK'ta çocuğun mutad meskeni hukukunun bir bağlama noktası olarak düzenlenmesi, çocuğun gerçekten içinde yaşadığı çevrenin dikkate alınması sebebiyle çocuğun menfaatinin gerçekleştirilmesidir. Bkz. Ayfer Uyanık-Çavuşoğlu, "Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2, s. 317.

⁶¹¹ Mutad mesken kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İlyas Arslan, *Millîterarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, 2014; Işıl Özkan, *Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi*, Naturel Yayınları, 2003, s. 29 vd.

⁶¹² MÖHUK m.16/f.1/c.1'de yer alan çocuğun "doğum anı" ifadesinin, mutad mesken hukukuna da sirayet edeceği görüşü için bkz. Tekinalp, *a.g.e.*, s. 178. Diğer yandan, MÖHUK m. 16/f.1'deki diğer bağlama noktaları incelendiğinde çocuğun mutad meskeni dışındaki tüm bağlama noktalarında çocuğun doğum anının esas alınacağı açıkça ifade edildiğinden kanun koyucunun, çocuğun mutad meskeni bakımından doğum anını kastetmediği ve MÖHUK m. 3'e uygun olarak çocuğun dava tarihindeki mutad meskeninin esas alınması gerektiği görüşü için bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, *a.g.e.*, s. 174. Aynı yönde bkz. Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, *a.g.e.*, s. 278. Ayrıca, çocuğun mutad mesken hukukunun doğum anına göre belirleneceği kabul edilirse farklı sorunlar gündeme gelecektir.. Henüz yeni doğmuş bir çocuğun kendine ait bir mutad meskeni olamayacağı, mutad meskeninin ancak ana veya babaya bağlı olarak edinileceği dikkate alındığında günün sonunda, çocuğun doğum anındaki mutad mesken hukuku olarak ana veya babanın millî hukuku veya mutad mesken hukukunun uygulanması gerekecektir. Bkz. Nomer, *DHH*, s. 270-271; Uyanık-Çavuşoğlu, *Soybağı*, s. 317, dn. 9.

⁶¹³ Arslan, *Mutad*, s. 38.

⁶¹⁴ Nomer, *DHH*, s. 271.

⁶¹⁵ Dardağan-Kibar, *a.g.e.*, s. 553.

⁶¹⁶ Stefanie Sucker, "To Recognize or Not to Recognize? That is the Question", *European Journal of Law Reform*, Vol. 17, No. 2, 2015, s. 265.

müstakbel anne ve babaya teslim etmişse çocuğun mutad meskeninin tespit edilememesi de söz konusu olabilir. Bu noktada, çocuğun mutad meskeni kavramının çocuğun korunması amacıyla esnetilerek taşıyıcı annenin mutad meskeninin ve hatta çocuğun doğum yeri ülkesinin çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilmesi çocuğun menfaatine daha uygun bir çözüm olacaktır.

Çocuğun mutad meskeni hukukuna göre soybağı kurulamazsa üçüncü basamağa geçilerek soybağının kuruluşuna, annenin veya babanın çocuğun doğumu anındaki millî hukuku uygulanacaktır. Daha önceki basamaklarda çocuk esas alınmasına rağmen bu basamakta anne ve baba esas alınmıştır⁶¹⁷. Anne veya babanın millî hukuku bağlama noktası, başka hukuk sistemlerinde de kabul edilen bir bağlama noktasıdır⁶¹⁸. Kanunda hangi ebeveynin millî hukukunun öncelikli olarak uygulanacağı açıkça düzenlenmemiştir. Bu noktada, anne veya babanın millî hukukları alternatif bağlama kuralı şeklinde düzenlenerek eşitlik gerekçesiyle tercih hakkının ileri sürene bırakıldığı belirtilmiştir⁶¹⁹.

Taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun soybağına uygulanacak hukukun, annenin veya babanın millî hukukuna göre tespiti de oldukça zor görünmektedir. Zira soybağına uygulanacak hukuk, öncelikle çocuğun ebeveyninin kim olduğunu belirleyecektir. Çocuğu doğuran taşıyıcı annenin mi yoksa genetik/müstakbel annenin mi çocuğun annesi olacağı, benzer şekilde, spermi kullanılan genetik/müstakbel babanın mı yoksa taşıyıcı anne evliyse taşıyıcı annenin kocasının mı çocuğun babası olacağı sorularının cevabı bu hukuka göre tespit edilecektir. Öte yandan amacı tam olarak “anne” veya “baba” kimdir sorusuna cevap vermek olan bir kanunlar ihtilâfi kuralında “anne” veya “baba” teriminin kullanılmasının kısır döngüye sebep olacağı belirtilmiştir⁶²⁰. Bağlama kuralında “anne” veya “baba” teriminin kullanılması, annenin veya babanın belirli olduğu varsayımına dayanmaktadır⁶²¹. Taşıyıcı annelik

⁶¹⁷ Böylece, anne ve babanın farklı millî hukukları varsa soybağının kurulmasında iki bağlama noktası daha öngörülmüş olmaktadır. Bkz. Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 123.

⁶¹⁸ Örneğin Alman EGBGB m. 19/f.2, hangi ebeveynle soybağı ilişkisi kurulmak isteniyorsa o ebeveynin millî hukukunun esas alınacağını düzenlemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gössl, **a.g.e.**, s. 139.

⁶¹⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Figaneşe, **a.g.e.**, s. 173; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 178. Karşı görüşe göre ise soybağının kuruluşu için öncelikle ananın millî hukukuna bakılmasını bu hukuka göre soybağı kurulamazsa babanın millî hukukunun uygulanması gerekir. Bkz. Begüm Alpat, **Ulusal Alanda ve Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Soybağının Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler**, İstanbul, Platon Hukuk, 2022, s. 66. Ayrıca soybağına uygulanacak hukukta çelişkili uygulamalardan kaçınılması için örneğin, çocuğun baba ile arasındaki soybağı, babanın millî hukukuna göre kurulabiliyorsa bu hukuk soybağını kurmaya elverişli hukuk olarak uygulanmalı, diğer alternatif olan annenin millî hukuku dikkate alınmamalıdır. Bkz. Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 545; Uyanık-Çavuşoğlu, **Soybağı**, s. 317.

⁶²⁰ Sucker, **a.g.e.**, s. 266.

⁶²¹ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 76.

durumunda ise her zaman böyle bir belirlilikten bahsetmek mümkün değildir. Anne ya da babanın belirsizliği, soybağına uygulanacak hukukun tespitinde de belirsizliğe neden olacaktır⁶²². Bu kapsamda, bağlama noktasındaki anne veya baba terimlerinin nasıl vasıflandırılması gerektiği noktasında iki görüş ileri sürülmüştür.

Birinci görüşe göre bağlama noktasında yer alan kavramlar, kanunlar ihtilâfi kuralını koyan hukuka göre yorumlanmalıdır⁶²³. Dolayısıyla Türk kanunlar ihtilâfi kuralları içerisinde yer alan “anne” ve “baba” terimleri, kavramın ait olduğu ülke hukuku olan Türk hukukundaki anlam ve niteliklerine göre uygulama alanı bulacaktır⁶²⁴. Bu durumda, Türk hukukuna göre doğuran kadın anne kabul edildiğinden taşıyıcı anne, anne kabul edilmelidir. Bağlama noktasının *lex fori*’ye göre yorumlanması genel kabul edilen görüş olarak soybağına uygulanacak hukuka ulaşmayı mümkün hâle getirmektedir⁶²⁵.

Öte yandan kanunlar ihtilâfi kuralında, iç hukukta esas alınan “anne” kavramının kullanılması bazı durumlarda yapay bir nitelendirme teşkil edebilir. Örneğin, anne terimi ile taşıyıcı annenin anlaşılması ve taşıyıcı annenin millî hukukunun soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuk olarak uygulanmasıyla, çocuğun hukukî annesinin genetik/müstakbel anne olduğu sonucuna varılabilir. Başta anne olarak kabul edilen taşıyıcı annenin, günün sonunda çocuğun hukukî annesi kabul edilmemesi baştaki anne terimine ilişkin nitelendirmenin sunî bir nitelendirme olduğunu ortaya koymaktadır. Başka bir ifadeyle iç hukuka göre yapılan vasıflandırma nihayetinde gerçek durumu yansıtmadığından yapay bir terimi ifade edebilecektir⁶²⁶.

Bu görüşe göre, “anne” kavramı ile çocuğun annesi olduğunu iddia eden veya olduğu iddia edilen kadın anlaşılmalıdır⁶²⁷. Taşıyıcı annenin çocuğun hukukî annesi olup olmadığı taşıyıcı annenin millî hukukuna, genetik/müstakbel annenin hukuken anne olup olmadığı sorusu ise genetik/müstakbel annenin millî hukukuna göre belirlenmelidir. Diğer yandan anne olduğunu ileri süren birden fazla kadına, kendi millî hukuklarının uygulanması sonucu bu hukuk sistemlerinin farklı kadınları anne olarak tayin etmesi topal statülere neden olabilecektir⁶²⁸.

⁶²² Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 76; Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 553.

⁶²³ Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 555; Nomer, **DHH**, s. 107.

⁶²⁴ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 77; Şanlı/Esen/Ataman-Figanemeşe, **a.g.e.**, s. 51; Nomer, **DHH**, s. 107.

⁶²⁵ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 77.

⁶²⁶ Saarloos, **a.g.e.**, s. 130.

⁶²⁷ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 77; Saarloos, **a.g.e.**, s. 130.

⁶²⁸ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 77; Saarloos, **a.g.e.**, s. 130.

Taşıyıcı annelik yönteminde birden fazla kişinin hukuken çocuğun anne ya da baba kabul edilmesi ihtimali olduğundan çocuğun menfaatine göre bir değerlendirme yapılması gerekir. Kanaatimizce, çocuğun soybağının gerçek durumu yansıtmasındaki menfaatten önce çocuğun bir şekilde soybağı statüsünün tespit edilmesi, soybağının belirsiz kalması önlenmelidir. Bu kapsamda, anne ya da baba terimleri kavramların ait olduğu Türk hukukuna göre vasıflandırılmalıdır. Bu durumda bir varsayım olarak taşıyıcı annenin, anne kabul edilmesi ve bu hukukun uygulanması gerekir. Taşıyıcı annenin millî hukuku, annenin kim olduğu sorusuna cevap vereceğinden bu hukuka göre müstakbel annenin çocuğun annesi olduğu sonucuna ulaşırsa çocuğun hukukî annesi müstakbel anne kabul edilmelidir.

Anne terimiyle anne olduğunu iddia eden kişinin anlaşılması görüşüne ise hem taşıyıcı annenin hem müstakbel annenin, annelik iddiasıyla dava açması durumunda kimin anne olarak dikkate alınacağı noktasında yaşanacak problemlerden dolayı katılmamız mümkün değildir. Öte yandan, anneliğin çekişmeli olmadığı ve taşıyıcı annelinin çocuğu, genetik/müstakbel aileye teslim ettiği ve genetik/müstakbel annenin dava açtığı hâllerde anne olduğunu iddia eden kişinin bağlama noktasında yer alan “anne” terimi anlamında anne kabul edilmesi düşünülebilir.

Bu hukuklara göre soybağının kurulamaması hâlinde uygulanacak hukuk, anne ve babanın çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukudur. Burada sabit statü kabul edilmiştir. Anne ve babanın çocuğun doğumu anında müşterek bir mutad meskenleri varsa bu ülke hukuku uygulanır. Çocuğun doğumundan sonra müşterek mutad mesken edinmeleri hâlinde ise bu hukuk uygulanmayacaktır⁶²⁹. Bu bağlama noktasında yer alan anne ve baba terimleriyle kimin anlaşılması gerektiği hususunda yukarıda açıklanan nedenlerle anne ve baba terimlerinin Türk hukukundaki anlamlarıyla dikkate alınması uygun olur.

Soybağı hâlâ tesis edilemiyorsa son basamağa göre yetkili hukuk çocuğun doğum yeri hukukudur. Kanun koyucu, çocuğun soybağının bir şekilde kurulması gayesiyle son basamakta yine çocuğu esas alarak doğum yeri hukukunu yetkili kılmıştır⁶³⁰.

⁶²⁹ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 123.

⁶³⁰ Çocuğun doğum yeri hukuku yerine, *common law* hukuk sistemlerinde olduğu gibi *lex fori*'nin yetkili kılınmasının teklif edilebileceği ancak, önceki basamaklarda yer alan hukuklardan birinin *lex fori* olma ihtimali yüksek olduğundan bu basamakta, çocuğun doğum yeri hukukuyla ek bir bağlama noktasının öngörülmesi olduğu belirtilmiştir. Bkz. Uyanık-Çavuşoğlu, **Soybağı**, s. 318.

Çocuğun doğum yeri hukuku tamamen tesadüfi bir yer hukuku olabileceği için eleştirilmiştir⁶³¹.

Taşıyıcı annelik ile doğan çocukların soybağının kuruluşuna uygulanacak hukukun tespitinde, çocuğun doğum yeri hukukunun uygulanması daha az belirsizlik yaratacağından çocuğun menfaatine uygun bir çözüm yoludur⁶³². Bu bağlama noktası hem çocuğa hem müstakbel aileye yakın olması nedeniyle (bu devlet genellikle müstakbel anne ve babanın mutad meskeninin bulunduğu ya da müstakbel aile ve/veya çocuğun vatandaşı olduğu devlet olduğu için) desteklenmektedir⁶³³. Bu hukuk açık, kesin ve değişmez niteliktedir. Aynı zamanda, ÇHS m. 7’de düzenlenen çocuğun, doğumdan sonra hemen nüfus kütüğüne kaydedilmesi hakkı kapsamında kayıt yeri hukuku ile çocuğun doğum yeri hukukunun örtüşmesi, soybağının kurulması için avantajlı görünmektedir⁶³⁴. Diğer yandan çocuğun doğum yeri ülkesi, taşıyıcı annenin seyahat amacıyla gittiği bir devletteyken veya başka bir sebeple tarafların önceden öngördüğü devletten başka bir devlette doğumun gerçekleşmesi gibi hâllerde tamamen tesadüfi bir yer olabilecektir.

2. Değerlendirme

Birden fazla kişinin çocuğun ebeveyni olarak kabul edilebilmesi ihtimali olan taşıyıcı annelik yönteminde MÖHUK m. 16/f.1’deki bağlama noktalarının uygulanması noktasında çeşitli problemler olduğu ortadadır. Bağlama noktalarının, taşıyıcı annelik ile doğan çocuğun soybağını tesis etme gayesiyle bazı hâllerde esnetilmesi gerekmektedir.

Özellikle çocuğun mutad meskeni tespit edilirken yeni doğmuş bir çocuğun ebeveyninden ayrı bir mutad meskeni olamayacağı görüşünden hareketle somut olaya göre çocuğun mutad meskeni hem müstakbel ebeveyne hem de taşıyıcı anneye bağlı olarak tespit edilebilmelidir. Bu iki hukuka göre de çocuğun mutad meskeni tespit edilemezse, doğum yeri devletin çocuğun mutad meskeni devleti olduğunun kabulüyle bu hukukun uygulanması yerinde olacaktır.

Aynı doğrultuda, bağlama kuralında yer alan özellikle anne terimi soybağına uygulanacak hukukun tespitinde sorun yaratmaktadır. Taşıyıcı annenin veya anne

⁶³¹ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 123.

⁶³² Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 555.

⁶³³ Preliminary Report, No. 2A, s. 5.

⁶³⁴ Preliminary Report, No. 2A, s. 5; Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 79.

olduğunu iddia eden yalnızca bir kadının olması hâlinde bu kadının, anne olduğu bir varsayım olarak kabul edilmeli ve bu hukukun uygulanmasıyla çocuğun hukukî annesinin kim olduğu tespit edilmeye çalışılmalıdır.

Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun millî hukuku ve mutad mesken hukukunun tespit edilememesi veya anne ve babaya bağlı olarak getirilen hükümlerin esnetilmemesi hâlinde uygulanacak hukuk, çocuğun doğum yeri hukuku olacaktır. Çocuğun doğum yeri devletin de tesadüfî bir yer olması veya soybağı alanında katı yaklaşımlar benimseyen bir devlet olması hâlinde çocuğun soybağı tesis edilememesi mümkündür. Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağını kurmak adına MÖHUK m. 16/f.1'deki bağlama noktalarına ek olarak, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın taşıyıcı annelik ve soybağı alanında yaptığı çalışmalarda önerdiği soybağına uygulanacak hukuk olarak çocuğun gerçek ve önemli bağlantısının (*real and substantial connection*) bulunduğu devlet hukuku bağlama noktasının kullanılması da düşünülebilir⁶³⁵. Bu bağlama noktası, özellikle taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, mutad meskeninin veya doğum yerinin bilinmemesi veya tespit edilememesi ya da çocuğun doğum yerinin tamamen tesadüfî bir yer olması hâlinde kullanışlı olacaktır⁶³⁶. Bu noktada, çocuğun gerçek ve önemli bağlantısının bulunduğu devlet hukuku olarak çocuğa ve çocuğun doğuş yöntemine yakınlıkları nedeniyle taşıyıcı anne ve müstakbel ebeveynin müşterek millî hukukları veya müşterek mutad mesken hukuklarının uygulanması düşünülebilir. Tarafların müşterek hukuklarına göre de soybağı tesis edilemezse, davanın açıldığı tarihte çocuğun Türkiye'de bulunması şartıyla Türk hukukunun uygulanmasıyla çocuğun soybağının tesis edilmeye çalışılması uygun olacaktır.

D. Soybağına Uygulanacak Hukukta Atıf

Türk kanunlar ihtilâfı hukukunda atıf, MÖHUK m. 2/f.3'te düzenlenmiştir. Buna göre; “*Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır.*” Kanunda yer alan bu

⁶³⁵ Çocuğun gerçek ve önemli bağlantısının olduğu devlet hukuku, Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın taşıyıcı annelik konusunda yaptığı çalışmalar kapsamında gerçekleşen toplantılardan birinde önerilmiştir. Bkz. Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018), Preliminary Document No. 2A, s. 6.

<https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf>. (ET. 17.08.2022)

⁶³⁶ Bazı uzmanlar çocuğun gerçek ve önemli bağlantısının olduğu devlet hukukunun öngörülemezlik riski taşıdığından eleştirmiştir. Bkz. Preliminary Document No. 2A, s. 6.

düzenleme emredici niteliktedir⁶³⁷. Dolayısıyla kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin bir ihtilâfta yabancı hukukun uygulanması sonucuna varılırsa bu hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları, Türk hâkimi tarafından re'sen uygulanır⁶³⁸.

Soybağının kurulması, niteliği itibariyle aile hukuku kapsamında olduğundan MÖHUK m. 16/f.1 hükmü uygulanırken atfin dikkate alınması gerekir. Öte yandan, MÖHUK m. 16'nın amacı daha önce de belirtildiği üzere çocuğun soybağını tesis edecek bir hukuk sistemi bulmaktır. Öğretide genel kabul edilen görüşe göre, eğer yetkili yabancı hukukun iç maddî hukuk hükümlerine göre çocuğun soybağının kurulması mümkünse artık o hukukun kanunlar ihtilâfı kurallarına gidilmemesi MÖHUK m. 16/f.1 hükmünün amacına daha uygundur⁶³⁹. Başka bir ifadeyle uygulanacak yabancı hukukun, maddî hukuk kurallarına göre çocuğun soybağının kurulması amacına ulaşılmışsa bu hukukun başka bir hukuka yaptığı atfin zımnen reddedilmesi gerekir.

Bu noktada atfin dikkate alınmasıyla soybağının kurulması amacına ulaşıyorsa atıftan yararlanılması gerektiği de belirtilmiştir⁶⁴⁰. Soybağının kuruluşu için MÖHUK m. 16/f.1'de yer alan bir bağlama noktası aracılığıyla yetkili kılınan yabancı hukukun iç maddî hukuk hükümlerine göre soybağı kurulamıyor fakat bu hukukun, kanunlar ihtilâfı kurallarının yaptığı atıf sonucu yetkili olan ülke hukukunun maddî hükümlerine göre soybağı kurulabiliyorsa atfin kabul edilmesi gerekir. Soybağını kurma amacından uzaklaşıldıkça atfin reddedilmesi kabul edilebilir⁶⁴¹.

Aynı doğrultuda, alternatifli bağlama kuralı şeklinde düzenlenen MÖHUK m. 16/f.1 hükmünde yer alan bütün alternatiflerin uygulanması sonucu yine de amaçlanan maddî menfaate ulaşılamaması yani çocuğun soybağının kurulamaması durumunda, atfin işletilmesiyle söz konusu menfaate ulaşılması mümkünse atfin dikkate alınması gerektiği şeklindedir⁶⁴².

⁶³⁷ Süheyla Balkar-Bozkurt, "Uluslararası Özel Hukuk'ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulanması ve Değerlendirmesi", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner'in Anısına Armağan, S. 2, C. 2, 2014, s. 817; Doğan, **a.g.e.**, s. 236.

⁶³⁸ MÖHUK m.2/f.1/c.1 şu şekildedir: "*Hâkim, Türk kanunlar ihtilâfı kurallarını ve bu kurallara göre yetkili olan yabancı hukuku re'sen uygular*".

⁶³⁹ Balkar-Bozkurt, **a.g.e.**, s. 830; Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 550; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 65; Nomer, **DHH**, s. 156; Uyanık-Çavuşoğlu, **Soybağı**, s. 319.

⁶⁴⁰ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 80.

⁶⁴¹ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 81.

⁶⁴² Balkar-Bozkurt, **a.g.e.**, s. 830.

Fransız kanunlar ihtilâfı hukukunda genel olarak atıf kabul edilmektedir⁶⁴³. Bununla beraber, soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuk bakımından atıf reddedilmiştir⁶⁴⁴. Fransız hukukuna göre soybağı, annenin çocuğun doğumu anındaki millî hukukuna tâbidir⁶⁴⁵. Atfın kabul edilmesi durumunda soybağına, annenin millî hukuku dışında başka bir hukukun uygulanması gerekecek bu da kanun koyucunun annenin millî hukukunu bir bağlama noktası olarak öngörmesinin ardındaki amaca⁶⁴⁶ da aykırı olacaktır. Alman hukukunda atfın kabulü, soybağına uygulanacak hukuku gösteren EGBGB m. 19'daki bağlama noktalarının alternatif olarak uygulanmasına imkân tanıdığı ölçüde mümkündür. Alman kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili kabul edilen hukukun maddî hukuk hükümlerine göre soybağı kurulmazsa atıf işletilmelidir⁶⁴⁷.

Kanaatimizce sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocukların soybağı meselelerinde atıfla soybağının kurulması amacına ulaşılıyorsa atfın kabul edilmesi gerekir. Çocuğun soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuku gösteren bağlama noktalarını incelediğimizde, çocuğun millî hukukunun tespit edilememesi veya anne ya da baba terimlerini içeren bağlama noktalarındaki anne ve baba kavramlarının belirsizliği nedeniyle taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının kurulmasında bu bağlama noktalarının uygulanamaması dahi söz konusu olabilir. Bu nedenle, yetkili hukukun maddî hukuk hükümleri ile kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin birbirine alternatif teşkil etmesi soybağının kuruluşu amacını gerçekleştirmek için daha uygun bir çözümdür. Başka bir ifadeyle, soybağının kuruluşuna uygulanacak yabancı hukukun maddî hükümleri uygulanarak soybağı tesisi edilebiliyorsa kanunlar ihtilâfı kurallarına bakılmaması, soybağı kurulamıyorsa

⁶⁴³ Saarloos, **a.g.e.**, s. 182. Milletlerarası özel hukukta atıf teorisinin menşe ülkesi Fransa kabul edilir ve özellikle *Forgo* kararı atfın ilk kez uygulandığı bir karar olması nedeniyle önemlidir. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Balkar-Bozkurt, **a.g.e.**, s. 800 vd., s. 832; Nomer, **DHH**, s. 146-147; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 60, dn. 105.

⁶⁴⁴ Saarloos, **a.g.e.**, s. 182. Öte yandan Fransız Yüksek Mahkemesi 2020 tarihli bir kararında soybağının kurulmasında atfın uygulanabileceğini belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 62-63.

⁶⁴⁵ Fransız Medenî Kanun'u m. 311-14.

⁶⁴⁶ 1972 yılında yürürlüğe Fransız Medeni Kanunu'ndan önce soybağının kuruluşu bakımından evlilik içi- evlilik dışı soybağı ayrımı yapılmaktaydı. Bu ayrımın ortadan kalkmasıyla soybağının kuruluşunun, kişisel statüyle ilgili konularda millî hukukun bağlama noktası olarak tercih edilmesi nedeniyle millî hukuka tabi olması gerektiği kabul edilmiştir. Annenin, çocuğun doğal koruyucusu olduğunun kabulüyle çocuğun millî hukuku yerine annenin millî hukuku tercih edilmiştir. Ayrıca *mater certa semper est* kuralı gereği anne belli ve annenin millî hukuku istikrarlı bir bağlama noktası olarak görülmüştür. Öte yandan maddenin devamında anne belli değilse soybağının çocuğun millî hukukuna tâbi olacağının düzenlenmesi annenin millî hukuku bağlama noktasının çok da istikrarlı olmadığını ortaya koymaktadır. Bkz. Saarloos, **a.g.e.**, s. 156.

⁶⁴⁷ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 66; Saarloos, **a.g.e.**, s. 183.

kanunlar ihtilafı kurallarına gidilerek o hukuka göre soybağının kurulma imkânının değerlendirilmesi daha uygun olur.

E. Soybağının İptali

Soybağının iptali, çocuk ile anne veya babası arasında kanun gereği kendiliğinden, tanımayla veya mahkeme kararıyla kurulmuş olan hukukî soybağı ilişkinin ortadan kaldırılmasını ifade eder⁶⁴⁸. Soybağının iptali, soybağının kuruluşundaki yöntemlere göre farklılık gösterebilmektedir.

Soybağının kanun gereği kendiliğinden kurulduğu hukuk sistemlerinde soybağının iptali hususu düzenlenmemiş olabilir. Özellikle doğuran kadının kanun gereği otomatik olarak anne kabul edildiği devletlerde anneliğin iptali düzenlenmemiştir⁶⁴⁹. Bu hukuklarda, çocuğun doğum belgesinde doğuran kadından başka bir kadının anne olarak gösterilmesi veya nüfus siciline kaydedilmesi durumunda bu kayıtların düzeltilmesine yönelik idarî süreçler bulunmakla birlikte bunlar, soybağının iptali sonucu doğurmamaktadır⁶⁵⁰. İngiliz hukukunda hem anneyle hem de babayla çocuk arasındaki soybağı kanun gereği *ex lege* kurulduğundan, soybağının iptaline ilişkin ayrı bir prosedür öngörülmemiştir⁶⁵¹.

Taşıyıcı annelik bakımından da genetik/müstakbel anneyle çocuk arasındaki soybağının kanun gereği kendiliğinden kurulduğu hukuk sistemlerinin⁶⁵² bazılarında soybağının iptal edilemeyeceğine ilişkin düzenlemeler bulunduğu görülmektedir. Örneğin, Yunan hukukunda müstakbel anne, doğumdan itibaren çocuğun annesi kabul edildiğinden buna itiraz edilemez⁶⁵³.

⁶⁴⁸ Forder-Saarloos, **a.g.e.**, s. 35; Saarloos, **a.g.e.**, s. 68.

⁶⁴⁹ Saarloos, **a.g.e.**, s. 69.

⁶⁵⁰ Forder-Saarloos, **a.g.e.**, s. 36.

⁶⁵¹ Saarloos, **a.g.e.**, s. 69.

⁶⁵² Örneğin, Ukrayna Aile Kanunu m. 123/f.2'ye göre müstakbel anne ve babanın üreme hücreleriyle elde edilen embriyo, taşıyıcı anneye nakledilmişse müstakbel anne ve baba, hamileliğin gerçekleştiği andan itibaren kanun gereği kendiliğinden çocuğun hukukî anne ve babası olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gennadiy Druzenko, "Ukraine", **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 359; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 75. Benzer şekilde, Güney Afrika Cumhuriyeti Çocuk Kanunu (*Children's Act 38 of 2005*) m. 1297/f.1(a)'ya göre, taşıyıcı annelik sözleşmesine göre doğan bir çocuk, doğumdan itibaren müstakbel anne ve babanın çocuğu kabul edilir. Bunun için evlât edinme veya mahkeme kararı gerekmez. Yine ABD'nin Illinois eyaletinin, Gestasyonel Taşıyıcı Annelik Kanunu 750 ILCS (*Gestational Surrogacy Act*) m. 47/15(b)(1) ve (2) düzenlemelerine göre çocuğun doğumdan itibaren müstakbel anne ve baba, her türlü işlem için çocuğun anne ve babası kabul edilecektir. Kanunun İngilizce metni için bkz. <https://ilga.gov/legislation/ilcs/documents/075000470K15.htm>. (ET. 11.06.2022)

⁶⁵³ Bu kuralın tek istisnası, taşıyıcı anneye ait yumurta hücrelerinin kullanıldığı geleneksel taşıyıcı annelik durumudur. Bu durumda, çocuğun doğumundan itibaren altı ay içinde hem müstakbel anne hem

Babalık karinesi gereği kurulan soybağı, babanın biyolojik baba olmaması⁶⁵⁴ veya yapay döllemeye rıza göstermemesi gibi sebeplerle reddedilebilmektedir. Yapay döllemeye gösterilen rıza bazı hukuklarda, kocanın rızasının bulunmaması durumunda babalık karinesinin uygulanamamasına⁶⁵⁵ neden olurken bazı hukuklarda rızanın bulunmadığının ispat edilmesi, babalık karinesinin çürütülebilmesini sağlayarak babalığın reddi için gerekçe olarak kabul edilmektedir⁶⁵⁶.

Soybağının, tanıma⁶⁵⁷ veya dava yoluyla kurulduğu hâllerde genel olarak soybağının iptal edilebileceği kabul edilmiştir. Örneğin, Fransız hukukunda anne ile çocuk arasındaki soybağı doğumla değil annenin, anneliğini tanınmasıyla gerçekleşir. Bu nedenle anne ile kurulan soybağının iptal edilebileceği düzenlenmiştir⁶⁵⁸. İtalya, Belçika, Sırbistan ve Hırvatistan gibi ülkelerde de anneliğin reddi imkânının hukuken mümkün olduğu belirtilmiştir⁶⁵⁹.

Bu noktada bazı hukuklarda mahkeme kararıyla soybağının kurulması durumunda bunun iptali imkânının kabul edilmediğini de belirtmek gerekir. Örneğin, İspanya ve Hırvatistan hukuklarında, annelik ya da babalık mahkeme kararıyla kurulmuşsa, bu soybağının iptali imkânı bulunmamaktadır⁶⁶⁰. İrlanda hukukunda da eğer soybağının kurulması davasına Cumhuriyet savcısı iştirak etmişse soybağı iptal edilemez⁶⁶¹.

Soybağının kuruluş yöntemine göre soybağının iptaline ilişkin hukukî düzenlemelerdeki farklılıklar yanında bu davayı, kimlerin açabileceği hususunda da hukuk sistemlerinde farklılıklar bulunmaktadır. Soybağının iptali davasını açma hakkı

taşıyıcı anne, soybağına itiraz edebilir. Yunan Medenî Kanunu m. 1464/f.2. Bilgi için bkz. Rokas, **Greece**, s. 148.

⁶⁵⁴ Alman BGB m. 1599/f.1, Fransız Medeni Kanun'u m. 334, Hollanda Medeni Kanun'u m.1:200/f.1 ve m. 205/f.1. Bununla birlikte, Hollanda hukukuna göre, eğer erkek evlenmeden önce kadının hamile olduğunu biliyorsa veya erkek, çocuğun doğmasıyla sonuçlanabilecek eyleme rıza göstermişse, evlilikle doğan kocanın babalığı karinesi gereği kurulan soybağı iptal edilemez. Forder-Saarloos, **a.g.e.**, s. 37. Ayrıca İspanya ve Hırvatistan hukuklarında, annelik ya da babalık mahkeme kararıyla kurulmuşsa, bu soybağının iptali imkânı bulunmamaktadır. İrlanda hukukunda da eğer soybağının kurulması davasına Cumhuriyet savcısı da iştirak etmişse bu soybağı iptal edilemez.

⁶⁵⁵ Norveç Biyoteknoloji Kanunu, kocanın yapay döllemeye rızasının babalık karinesinin uygulanabilmesi için gerekli olduğunu düzenlemiştir. Rıza, babalık karinesinin uygulanabilmesi için bir ön koşul gibi uygulanmaktadır. Norveç hukukunda rızaya ilişkin bilgi için bkz. Preliminary Document No. 3C, s. 13, dn. 94.

⁶⁵⁶ İsveç Çocuk ve Ebeveyn Kanunu m. 1:6'ya göre karısının yapay döllemesine rıza gösteren koca çocuğun babası kabul edilir. Rızasının bulunmadığını kanıtlarsa babalık karinesinin çürütülmesi mümkündür.

⁶⁵⁷ Tanımayla kurulan soybağının iptali, tanıyanın tanıma iradesinin hata, hile veya korkutma ile sakatlanması gibi sebeplerle kabul edilmiştir. Örneğin Hollanda Medenî Kanunu m. 1:205/f.1(b) ve (c). Bkz. Bkz. Saarloos, **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁵⁸ Forder-Saarloos, **a.g.e.**, s. 36; Saarloos, **a.g.e.**, s. 69.

⁶⁵⁹ Keskin, **a.g.e.**, s. 21, dn. 63.

⁶⁶⁰ Preliminary Document No. 3C, s. 21.

⁶⁶¹ Preliminary Document No. 3C, s. 22, dn. 174.

bazı hukuklarda sadece çocuğa⁶⁶² ve/veya çocuğun hukukî ebeveynine, bazılarında anne veya baba olduğunu iddia eden kişiye⁶⁶³ tanınmıştır. Diğer yandan, bazı hukuklarda soybağının iptalinde yeterli menfaati (*sufficient interest*) olan herkes⁶⁶⁴ bu davayı açabilmektedir.

Yabancılık unsuru içeren soybağının iptaline ilişkin uyuşmazlıklarda yetkili hukuk MÖHUK m. 16/f.2'ye göre soybağının kurulmasına uygulanacak hukuktur. Dolayısıyla MÖHUK m. 16/f.1 hükmüne göre soybağının kuruluşu bakımından yetkili tayin edilen hukuk soybağının iptaline de uygulanır. Bu hükümle sonradan gerçekleşmesi muhtemel değişikliklerle, örneğin, anne ve babanın müşterek mutad mesken hukukunun sonradan değişmesi gibi hâllerle soybağının iptaline uygulanacak hukukun da değişmesi engellenmek istenmiştir⁶⁶⁵. Soybağının kuruluşu ve iptalinin aynı hukuka tâbi kılınması hukukî bütünlük bakımından önemlidir. Zira bir hukuka göre kurulan soybağının, başka hukuka göre iptal edilmesiyle hukukî güvenin sarsılacağı açıktır⁶⁶⁶.

MÖHUK m. 16/f.2 gereğince soybağının iptaline uygulanacak hukuk, bu davanın kim ya da kimler tarafından, kime karşı açılabileceğini, ispat yükünün hangi tarafa ait olduğunu, hak düşürücü süreleri belirler⁶⁶⁷.

Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağı, MÖHUK m.16/f.1 uyarınca yetkili olan yabancı hukuka göre tesis edilecektir. Bu noktada, genetik/müstakbel anneyle çocuk arasındaki soybağı, uygulanacak hukuka göre kanun gereği kendiliğinden kuruluyor ve o hukukta soybağının iptali imkânı bulunmuyorsa genetik/müstakbel anne, anneliğin reddi davası açamayacaktır. Diğer yandan, yetkili yabancı hukuka göre çocukla doğuran kadın olarak taşıyıcı anne arasında soybağı kanun gereği kuruluyor ve taşıyıcı anneye anneliğin reddi imkânı tanınmıyorsa genetik anneyle çocuk arasında soybağının kurulabilmesi amacıyla Türk kamu düzeni müdahalesi gerekebilir⁶⁶⁸.

⁶⁶² Brezilya, Danimarka, Hollanda. Bkz. Preliminary Document No. 3C, s. 19, dn. 151. Çocuğun küçük olması durumunda vasinin de dava açması mümkündür. Ayrıca çocuk tarafından açılmayan davalara ÇHS m. 12 gereği çocuğun katılımının gerekli olduğu da belirtilmiştir.

⁶⁶³ Çekya, Kanada (Alberta), Portekiz, Romanya, Rusya. Bkz. Preliminary Document No. 3C, s. 19, dn. 152. Hırvatistan hukukuna göre, çocuğun ebeveyni olduğunu iddia eden bir kişinin, bu davayı açabilmesi için çocukla kendisi arasında soybağının kurulmasını istemesi gerekir. Bkz. Preliminary Document No. 3C, s. 19, dn. 153.

⁶⁶⁴ İrlanda, Romanya, Japonya, Yeni Zelanda. Bkz. Preliminary Document No. 3C, s. 20 para. 33.

⁶⁶⁵ Nomer, **DHH**, s. 280; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 182.

⁶⁶⁶ Günseli Gelgel, **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler-Ders Notları**, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 11.

⁶⁶⁷ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 124; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 182.

⁶⁶⁸ Bu husustaki açıklamalarımız için bkz. Bölüm II, Başlık II/G.

Uygulanacak hukuka göre soybağı, genetik/müstakbel anne ve babayla tanımayla kurulmuşsa buna izin veren hukuk sistemlerinde tanımanın, irade sakatlıkları nedeniyle iptali imkânının kabul edildiği görülmektedir. Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun genetik/müstakbel anne ve babasıyla soybağı tanımayla kurulmuşsa soybağını kuran hukuka göre tanımanın iptaline ilişkin hükümler uygulanacaktır.

Soybağının tesisine uygulanacak hukuka göre çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya baba arasındaki soybağının davayla kurulması imkânı, üremeye yardımcı tedavi yöntemi olarak taşıyıcı annelikte genetik/müstakbel anne ve/veya babaya özgü olarak tanınmışsa birçok hukuk sisteminde taşıyıcı anneliğe başvuran müstakbel ebeveyne soybağının iptali imkânı tanınmamaktadır. Bu durumda genetik/müstakbel anne ve baba, soybağını iptal edemeyecektir.

F. Soybağının Hükümlerine Uygulanacak Hukuk

1. Genel Olarak

Soybağının hükümlerinden en önemlisi velâyettir. Türk hukukuna göre velâyet, kural olarak küçüklerin, istisnaî hallerde ise kısıtlıların bakımı, kişi varlığının⁶⁶⁹ ve mallarının⁶⁷⁰ korunması ve temsil edilmeleri⁶⁷¹ konularında anne ve babanın sahip olduğu hak ve yükümlülükler olarak tanımlanmaktadır⁶⁷². Velâyet anne ve babaya, çocuğun şahıs varlığı ve malları üzerinde sadece haklar tanımayıp onlara birtakım yükümlülükler de yüklediğinden çift yönlüdür⁶⁷³. Velâyet hakkı, kişiye sıkı sıkıya

⁶⁶⁹ Çocuğun kişi varlığının korunmasıyla ilgili konular ve TMK'deki düzenlemeler şu şekildedir: çocuğa ad koyma (TMK m. 339/f.5: “Çocuğun adını ana ve babası koyar.”), çocukla birlikte yaşama (TMK m. 339/f.4: “Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terkedemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz.”), çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi (TMK m. 340/f.1: “Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar.”), çocuğun eğitimi (TMK m. 340/f.2: “Ana ve baba çocuğa, özellikle bedensel ve zihinsel engelli olanlara, yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar”), çocuğun yerleşim yerini belirleme (TMK m. 21/f.1: “Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana ve babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hâllerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır.”).

⁶⁷⁰ TMK'de “Çocuk malları” başlığı altında m. 352-363 arasında ayrıntılı düzenlenmiştir.

⁶⁷¹ TMK m. 342'ye göre, “Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır.”

⁶⁷² Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 406; Baygın, **a.g.e.**, s. 259; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 343-344; Özdemir/Ruhi, **a.g.e.**, s. 983; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 250.

⁶⁷³ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 407; Baygın, **a.g.e.**, s. 259.

bağlı mutlak bir hak olduğundan devredilemez, hukukî işlemle sınırlandırılmaz ve velâyet hakkından feragat edilemez⁶⁷⁴.

Velâyet hakkı kural olarak çocuğun erginliğine kadar devam ettiğinden geçici niteliktedir⁶⁷⁵. Öte yandan soybağının, anne ve babanın çocuğun velâyet hakkına sahip olup olmadığına bakılmaksızın geçerli olan velâyete bağlı olmayan hükümleri de bulunmaktadır. Bunlar, çocuğun soyadı⁶⁷⁶, vatandaşlığı⁶⁷⁷, mirasçılık ilişkisi⁶⁷⁸ ve çocukla kişisel ilişki kurma⁶⁷⁹ gibi konuları kapsar.

Bu bölümde taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk üzerindeki başta velâyet hakkı olmak üzere soybağının hükümlerine uygulanacak hukukun MÖHUK ve milletlerarası sözleşme hükümlerine göre nasıl tespit edileceği incelenecek ve taşıyıcı anneliğe özgü sorunlar üzerinde durulacaktır.

2. MÖHUK Kapsamında Soybağının Hükümlerine Uygulanacak Hukuk

Yabancılik unsuru taşıyan soybağının hükümlerine ilişkin bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukuk MÖHUK m. 17'ye göre tespit edilecektir. Bu hükme göre, *“Soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tâbidir. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır”*.

Kanunî düzenlemeye bakıldığında soybağını kuran hukukun öncelikli uygulanacağı düşünülse de aslında ana, baba ve çocuğun müşterek millî hukuku varsa bu hukukun⁶⁸⁰, bu hukuk bulunamazsa ana, baba ve çocuğun mutad mesken

⁶⁷⁴ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 408; Baygın, **a.g.e.**, s. 277; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, 345.

⁶⁷⁵ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 409; Baygın, **a.g.e.**, s. 277; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, 345.

⁶⁷⁶ TMK m. 321'e göre; *“Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”*

⁶⁷⁷ TVK m. 7 hükmü soybağına bağlı vatandaşlığın kazanılması hallerini düzenler. Buna göre, *“(1) Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliği içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır. (2) Türk vatandaşı ana ve yabancı babadan evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşıdır. (3) Türk vatandaşı baba ve yabancı anadan evlilik birliği dışında doğan çocuk ise soy bağı kurulmasını sağlayan usul ve esasların yerine getirilmesi halinde Türk vatandaşlığını kazanır.”*

⁶⁷⁸ TMK m. 495/f.1 hükmüne göre, *“Mirasbırakanın birinci derece mirasçıları, onun altsoyudur.”*

⁶⁷⁹ TMK m. 323'e göre, *“Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.”* Ayrıca TMK m. 325 üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurulmasını düzenler. Hükme göre, *“Olağanüstü hâller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir.”* Bu hak ÇHS'de de düzenlenmiştir. ÇHS m. 9/f.3'e göre, *“Taraflar Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler.”*

⁶⁸⁰ Soybağının kurulmasından sonra, ana ve babanın evlenmesi ile ana, baba ve çocuğunun aynı devlet vatandaşlığını kazanmaları mümkünse veya daha sonra bu durum sağlanmışsa tarafların müşterek millî

hukuklarının aynı devlette olması hâlinde müşterek mutad mesken hukukunun öncelikli olarak uygulanması gerekir. Tarafların müşterek bir hukukları yoksa ancak o zaman ve en son seçenek olarak soybağının hükümleri, soybağının kuran hukuka tâbi olacaktır⁶⁸¹. Bu düzenlemeyle aile içi ilişkilerde uygulanacak hukuktaki bölünmeler engellenerek hepsinin bir bütün hâlinde aynı hukuka tâbi kılınması amaçlanmıştır⁶⁸².

Bu noktada, örneğin, evlenme ile anne, baba ve çocuğun aynı devlet vatandaşlığını kazanması söz konusuysa müşterek millî hukukun uygulanmasının tercih edilmesi olumludur. Zira bu durumda, evlenmenin hükümlerine uygulanacak hukuk, soybağının hükümlerine de uygulanacağından aile içi ilişkilere uygulanacak hukukta bütünlük sağlanmış olur⁶⁸³. Diğer yandan, soybağı evlenme olmaksızın tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuşsa evlilik dışı çocuk ile anne ve babası arasında herhangi bir “aile” ilişkisi söz konusu olmadığından aile içi ilişkilerde bütünlüğün korunmasına yönelik bir menfaatin bulunduğu şüpheli hâle gelecektir⁶⁸⁴. Böyle bir durumda yine de anne, baba ve çocuğun müşterek bir hukukları varsa soybağının hükümlerine bu hukukun uygulanmasının yararlı olacağı belirtilmiştir⁶⁸⁵.

Soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk MÖHUK m. 16’da yer alan kademeli birçok bağlama kuralıyla düzenlenmiş ve bazı durumlarda çocuğun doğum anı esas alınarak sabit bağlama kuralı getirilmiştir. Soybağının kuruluşuna uygulanacak hukukta son basamakta yer alan çocuğun doğum yeri hukukunun soybağının hükümlerine de uygulanması, tamamen tesadüfi bir yer hukukunun uygulanmasına neden olabileceğinden ve ayrıca soybağının hükümlerinin uzun yıllarca sürebilecek bir aile ilişkisini düzenlediği dikkate alındığında tarafların, daha sonradan müşterek bir hukukları olması hâlinde bu hukukun uygulanmasının taraf menfaatine daha uygun bir çözüm olacağı ifade edilmiştir⁶⁸⁶.

Soybağının hükümlerini düzenleyen MÖHUK m. 17 uyarınca uygulanacağı tespit edilen hukuk, velâyet hakkının anne babadan kime ait olacağına, kimlerin velâyet altında bulunduğu, velâyet hakkının nasıl kullanılacağına, velâyet hakkından doğan

hukukları bulunabilir. Bu durumda, evlenmenin genel hükümleri, soybağının hükümlerine de uygulanacağından aynı hukuka bağlanma amacı gerçekleşmiş olur. Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 179.

⁶⁸¹ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 288; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 183; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 179.

⁶⁸² Bu husus MÖHUK’un gerekçesinde ifade edilmiştir. Gerekçe için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0337.pdf>. (ET. 15.06.2022)

⁶⁸³ Nomer, **DHH**, s. 280; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 179.

⁶⁸⁴ Dardağan-Kibar, **a.g.e.**, s. 547.

⁶⁸⁵ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 179.

⁶⁸⁶ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 125; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 179-180.

yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin sonuçlarına, çocuğa ad ve soyad konulmasına, çocuğun temsiline, anne veya babanın çocuğun şahsı ve malları üzerindeki hak ve sorumluluklarına, çocuk üzerindeki tıbbî müdahalelere izin verilmesine⁶⁸⁷, çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanmasına, velâyetin kaldırılmasına, çocukla kişisel ilişki kurulmasına, taşıyıcı annelikten doğan sorunlara⁶⁸⁸, çocuğun fiil ehliyetine⁶⁸⁹ ilişkin hususlara uygulanır⁶⁹⁰.

Bakım nafakası⁶⁹¹ ve çocuğun mirasçılığı⁶⁹², hüküm statüsünün kapsama alanı dışındadır. Ayrıca, çocuğun korunması için acilen alınması gereken tedbirlere *lex fori* 'nin uygulanması çocuğun menfaati için en hızlı ve uygun çözüm olacaktır⁶⁹³. Son olarak boşanmanın velâyet üzerindeki sonuçları⁶⁹⁴ ve evlât edinmenin velâyet üzerindeki sonuçları⁶⁹⁵ MÖHUK m. 17'nin uygulama alanı dışındadır.

Soybağının hükümleri konusunda çocuğun yüksek menfaatinin temin edilmesi amacıyla çeşitli milletlerarası sözleşmeler kabul edilmiştir. Milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanına giren konularda milletlerarası sözleşme hükümleri öncelikli olarak uygulanacağından bir sonraki bölümde soybağının hükümlerine uygulanacak milletlerarası sözleşmeler incelenecektir.

3. 1996 Tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi

1996 tarihli “Velâyet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair La Haye

⁶⁸⁷ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 149.

⁶⁸⁸ Akıncı, **MÖH**, s. 92, dn. 152.

⁶⁸⁹ Özgenç, **a.g.e.**, s. 18.

⁶⁹⁰ Hüküm statüsünün kapsamı hakkında bilgi için bkz. Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 149; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 278; Nomer, **DHH**, s. 280; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 184-185; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 180.

⁶⁹¹ Bakım nafakası soybağının hüküm ve sonuçlarına ilişkin olmakla birlikte hüküm statüsünün uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Bakım nafakası, nafakaya ilişkin MÖHUK m. 19'da düzenlenen hükme tâbidir. Zira nafakaya ilişkin kural, soybağının hükümlerine ilişkin kurala göre özel hüküm niteliğindedir. Ayrıca Türkiye'nin taraf olduğu *Nafaka Yükümlülüğüne Dair La Haye* sözleşmesi *erga omnes* nitelikte olduğundan bakım nafakası hakkında uygulama imkânı bulur. Bkz. Akıncı, **MÖH**, s. 92; Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 129; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 185; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 180.

⁶⁹² Gülçin Çam, Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s. 87.

⁶⁹³ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 149; Özgenç, **a.g.e.**, s. 17.

⁶⁹⁴ MÖHUK m. 14/f.3'e göre, “Boşanmada velâyet ve velâyete ilişkin sorunlar da birinci fıkra hükmüne tâbidir.”

⁶⁹⁵ MÖHUK m. 18/f.3'e göre, “Evlât edinmenin hükümleri evlât edinmenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.

Sözleşmesi⁶⁹⁶ (1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi)” kapsama alanına girdiği konularda MÖHUK m. 17 hükmüne göre öncelikli uygulanma imkânı bulacaktır.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, genel bir anlatımla çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığının korunmasına yönelik alınacak tedbirlere ilişkindir. Sözleşme, çocukların korunmasına ilişkin alınacak tedbirler bakımından maddî hükümler getirmemekte, çocuğun korunması için gereken tedbirlerin alınmasında âkit devlet makamlarının milletlerarası yetkisi⁶⁹⁷, uygulanacak hukuk⁶⁹⁸ ve tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi⁶⁹⁹ ile adlî iş birliğine⁷⁰⁰ ilişkin düzenlemeler getirmektedir⁷⁰¹. Sözleşmenin önsözünde, ÇHS’den genel bir atıfla⁷⁰² bahsedilmekle birlikte çocukların korunması için uluslararası iş birliğinin önemi ve çocuğun korunmasıyla ilgili konularda “çocuğun yüksek yararının” birincil düşünce olarak esas alınması gerektiğine ilişkin özel düzenlemelere de sözleşme metninde yer verilmektedir⁷⁰³.

Sözleşme uygulama alanı bakımından coğrafi bir sınırlama getirmemiştir. Bu nedenle Sözleşme’nin uygulanabilmesi için çocuğun âkit bir devlet vatandaşı olması gerekmediği gibi mutad meskeninin de âkit bir devlette bulunması gerekmez⁷⁰⁴. Sözleşme, ihtilâfın öznesi çocuklara doğdukları andan 18 yaşını bitirene kadar uygulanma alanı bulur (m. 2). Bu hükümle açıkça çocuğun doğduğu anın esas alındığı belirtildiğinden henüz ana rahmindeki ceninin korunması bakımından alınacak

⁶⁹⁶ 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi, 6707 sayılı Kanun (RG. 05.05.2016-29703) ile onaylanması uygun bulunmuş, 09.05.2016 tarihli ve 2016/8848 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile onaylanarak Sözleşme metni (RG. 22.05.2016-29719) yayımlanmıştır. Sözleşme 2016/9638 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (RG. 03.01.2017-29937) Türkiye açısından 01.02.2017 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/f16ebd3d-f398-4891-bf47-110866e171d4.pdf>. (ET. 16.06.2022)

⁶⁹⁷ Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi m. 5’e göre esas olarak çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet adlî veya idarî makamları çocuk hakkında koruma tedbiri alma bakımından milletlerarası yetkiyi haizdir. Yetkiye ilişkin diğer hükümler m. 5-14 arasında yer alır.

⁶⁹⁸ 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi m. 15-22 arasındaki hükümler uygulanacak hukuku düzenler.

⁶⁹⁹ 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi m. 23-28 arasındaki hükümler.

⁷⁰⁰ 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi m. 29-39 arası hükümler.

⁷⁰¹ Sözleşmenin Türk milletlerarası özel hukukuna etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ayşe Elif Ulusu Karataş, “Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz, İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi”, **MHB, Prof. Dr. Yücel SAYMAN’a ARMAĞAN**, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s. 1073 vd.

⁷⁰² Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, the Hauge, Netherlands 2014, para. 2.3, s. 17. <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf>. (ET. 16.06.2022)

⁷⁰³ Sözleşmede çocuğun yüksek yararının özel olarak düzenlendiği hükümler m. 8, 9, 10, 22, 23, 28 ve 33’tür.

⁷⁰⁴ Practical Handbook, para. 3.11; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 188; Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1080.

tedbirler Sözleşme kapsamı dışındadır⁷⁰⁵. Ayrıca Sözleşme'nin çocuk 18 yaşına gelene kadar uygulama alanı bulacağına ilişkin düzenleme, tüm âkit devletlerde erginlik yaşının maddî bir kuralla 18 olarak belirlendiği anlamına gelmez. Sadece 19 yaşından gün almamış fakat ehliyetine uygulanacak hukuka göre mahkeme kararı veya evlenmeyle ergin kılınan kimselerin de Sözleşme'ye göre “çocuk” kabul edilerek Sözleşme'nin uygulama alanı bulacağını ifade etmektedir⁷⁰⁶.

Sözleşme, velâyet sorumluluğu kavramını, ebeveyn otoritesi veya çocuğun şahıs veya malvarlığına ilişkin olarak ebeveyn, vasi veya diğer yasal temsilcilerin hak, yetki ve sorumluluklarını belirleyen benzer otorite ilişkilerini de içerecek şekilde tanımlar (m.1/f.2). Sözleşme kapsamında yer alan koruma tedbirlerinin kapsamı ise örnekleyici şekilde sayılmıştır. Bu nedenle Sözleşme'de yer almayan farklı koruma tedbirlerinin de yetkili makamlar tarafından alınması mümkündür. Koruma tedbirleri kapsamında genel olarak velâyet sorumluluğunun tesisi, kullanılması, sona ermesi, sınırlandırılması veya başkasına tevdiine ilişkin hususlar ile çocuğun bakım ve gözetimiyle ilgili konular yer almaktadır (m.3)⁷⁰⁷.

Velâyet sorumluluğu (*parental responsibility*) bütün devletlerde aynı şekilde anlaşılmadığından Sözleşme, velâyet sorumluluğunun tanımını geniş tutmuştur⁷⁰⁸. Bu kapsamda, sadece anne ve babanın sahip olduğu hak, yetki ve sorumluluklar değil çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığı değerlerinin korunması ile hukukî temsiline ilişkin bütün konular velâyet sorumluluğunun kapsamındadır⁷⁰⁹. Önemli olan çocuk üzerinde kimin otorite sahibi olduğu yani çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığı değerlerini

⁷⁰⁵Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde 1997, para. 15, s. 545. <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf>. (ET. 16.06.2022). Uluşu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1079.

⁷⁰⁶ Explanatory Report, para. 16, s. 545; Uluşu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1080. 18 yaşından önce ergin kılınan kişilerin Sözleşme kapsamında çocuk olarak değerlendirilemeyeceği görüşü için bkz. Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonulan Çocukların İadesi**, Beta, İstanbul, 2010, s. 250-251.

⁷⁰⁷ 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi m.3'e göre koruma tedbirleri şu şekilde tahdidi olmaksızın belirtilmiştir: “(a) *Velâyet sorumluluğunun tesisi, kullanılması, sona ermesi, sınırlandırılması veya başkasına tevdiine ilişkin hususlar*, (b) *çocuğun ikamet yerini belirleme hakkı da dahil çocuğun bakım ve gözetimi ile çocuğun, mutad meskeninden başka bir yere sınırlı süre için götürülmesi de dahil çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı*, (c) *vesayet, kayımlık ve buna benzer kurumlara*, (d) *çocuğun şahıs varlığı ve malvarlığından sorumlu olan, çocuğu temsil eden veya çocuğa yardım eden kişi veya kurumların belirlenmesi ile bunların işlevlerine*, (e) *çocuğun koruyucu aile yanına veya bir bakım kurumuna yerleştirilmesi ya da bakımının kafalah veya benzer bir kurum tarafından sağlanması*, (f) *çocuğun koruması altında bulunduğu kişinin yerine getirdiği bakımından yetkili kamu kurumunda denetlenmesi*, (g) *çocuğun mallarının yönetimi, korunması veya elden çıkarılması*.” Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 189-190; Uluşu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1084-1085;

⁷⁰⁸ Explanatory Report, para. 14, s. 543; Practical Handbook, para. 3.16, s. 27.

⁷⁰⁹ Explanatory Report, para. 14, s. 545; Practical Handbook, para. 3.17-3.18, s. 27.

koruma hak, yetki ve sorumluluğunun kime ait olduğudur. Bu kişi, anne ve baba olabileceği gibi üçüncü kişiler ya da kurumlar da olabilir⁷¹⁰.

Sözleşme, hangi konuların uygulama alanı dışında kaldığını açıkça düzenlemiştir. Buna göre, ebeveyn-çocuk ilişkisi kurulması veya buna itiraz edilmesi, evlât edinme kararları, evlât edinmeye hazırlık tedbirleri veya evlât edinmenin iptali veya feshi, çocuğun adı-soyadı, çocuğun velâyet altında olmaktan çıkarılması (*emancipation*), nafaka yükümlülüğü, *trust* ve miras, sosyal güvenlik, eğitim ve sağlık konularındaki genel nitelikli kamu tedbirleri, çocukların işlediği suçlar sonucu alınan cezaî tedbirler ile göç ve sığınmaya ilişkin kararlar Sözleşmenin kapsamı dışındadır (m.4).

Sözleşmeye göre yetkili bulunan âkit devlet makamları, çocuğun korunması için gereken tedbir kararlarını alırken kural olarak, kendi maddî hukuk hükümlerini⁷¹¹ uygulayacaktır (m.15/f.1). Bu şekilde, yetkili âkit devlet makamları, en iyi bildikleri hukuku en hızlı ve etkin şekilde uygulayarak çocuğun menfaatinin korunması amacını sağlayacaktır⁷¹². Bununla birlikte yetkili âkit devlet makamlarının, istisnaî hâllerde çocuğun şahıs varlığı veya malvarlığının korunmasının gerektirdiği ölçüde, olayla esaslı bağlantısı (*substantial connecion*) bulunan üçüncü bir devlet hukukunu da uygulanabileceği veya dikkate alabileceği düzenlenmiştir (m.15/f.2). Bu hükümle, çocuğa yönelik tedbir kararı alınırken veya kararın icrası için olayla sıkı ilişkisi bulunan üçüncü devlet hukukunda bulunan uyulması zorunlu veya emredici nitelikteki hükümlerin uygulanması veya dikkate alınması gerektiği düzenlenmiştir. Böyle bir istisna getirilmesinin nedeni üçüncü devlet hukukunun, yakınlık ilkesi gereği olayla “en sıkı ilişkili hukuk” olması değil çocuğun yüksek yararının korunması gayesidir⁷¹³.

Sözleşme adlî veya idarî makam müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya anlaşma⁷¹⁴ ya da tek taraflı bir hukukî işlemle⁷¹⁵ velâyet sorumluluğunun tesisi ve sona

⁷¹⁰ Özgenç, **a.g.e.**, s. 11; Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1083.

⁷¹¹ 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi m. 21/f.1 hükmüyle uygulanacağı tespit edilen yetkili hukukun, kanunlar ihtilâfi kurallarının dikkate alınmayacağını açıkça düzenlemiştir. Hükmün İngilizcesi şu şekildedir: “*In this Chapter the term "law" means the law in force in a State other than its choice of law rules.*”

⁷¹² Explanatory Report, para. 86, s. 573; Practical Handbook, para. 9.1, s. 91.

⁷¹³ Explanatory Report, para. 89, s. 575; Practical Handbook, para. 9.2, s. 91. Bu düzenlemeyle üçüncü devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının uygulanması veya dikkate alınmasının mümkün olduğu görüşü için bkz. Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1134.

⁷¹⁴ Velâyet sorumluluğun anlaşma ile tesisine örnek olarak çocuğun ebeveyni olan kişiler arasında çocuğun bakım ve gözetimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin yapılan anlaşma örnek olarak verilebilir. Bkz. Explanatory Report, para. 103, s. 579.

⁷¹⁵ Tek taraflı hukukî işlemle velayet sorumluluğun kaldırılmasına ilişkin olarak çocuğun hayatta kalan son ebeveyninin, vasi tayin edilmesine yönelik bir iradesi veya vasiyetnamesi işlemi örnek gösterebilir. Bkz. Explanatory Report, para. 103, s. 579; Practical Handbook, para. 9.10, s. 94.

ermesine uygulanacak hukuku da düzenlemiştir. Buna göre, velâyet sorumluluğun kanun gereği kurulması veya kaldırılmasına çocuğun mutad mesken hukuku (m.16/f.1), anlaşma yoluyla veya tek taraflı hukukî işlemle tesisi veya kaldırılmasına, anlaşma veya tek taraflı işlemin yapıldığı andaki çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanır (m.16/f.2). Bu maddede yer alan “müdahale” kavramıyla anlaşılması gereken, adlî veya idarî makam tarafından esasa yönelik yapılan inceleme sonucu karar alınması gibi aktif bir müdahaledir⁷¹⁶.

Sözleşme, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre kanun gereği veya anlaşma ya da tek taraflı hukukî işlemle kurulan velâyet sorumluluğunun, çocuğun mutad mesken hukukunun değişmesi hâlinde akıbetinin ne olacağına dair bir statü değişikliği (*conflict mobile*) kuralı getirme gereksinimi duymuştur⁷¹⁷. Buna göre, çocuğun mutad mesken hukuku uyarınca kurulan velâyet sorumluluğu, mutad meskenin değişmesi hâlinde de varlığını sürdürmeye devam edecektir (m.16/f.3). Çocuğun mutad meskeninin değişmesi durumunda velâyet sorumluluğunun, kanun gereği bu sorumluluğu daha önce taşımayan başka bir şahsa verilmesi, yeni mutad mesken hukukuna tâbi olur (m.16/f.4).

Ayrıca, adlî veya idarî bir makam müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya anlaşma ya da tek taraflı hukukî işlemle tesis edilen velâyet sorumluluğu, Sözleşme kapsamında alınan tedbir kararları ile sona erdirilebilir veya bu sorumluluğun kullanım koşulları değiştirilebilir (m.18).

Velâyet sorumluluğunun kullanılması hususu da Sözleşmeye göre çocuğun mutad meskeni hukukuna tâbidir. Çocuğun mutad meskeninin sonradan değişmesi hâlinde velâyet sorumluluğun kullanılması, çocuğun yeni mutad meskeni hukukuna tâbi olur (m.17)⁷¹⁸.

Sözleşme âkit devletlere mahsus tedbirlerin diğer devletlerde de tanınması bakımından kamu düzeni istisnasını getirmiştir. Bununla birlikte, böyle bir tanıma

⁷¹⁶ Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1138. Müşterek velâyetin kanun gereği tesisi için örneğin vergi dairesine tescil ve bildirim yapılması gerekliliği karar alındığı anlamına gelmediğinden Sözleşme kapsamında “müdahale” olarak nitelendirilmez ve m. 16-18 arası hükümler uygulama imkânı bulur. Bkz. Explanatory Report, para. 98, s. 577; Practical Handbook, para. 9.11, s. 95; Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1137.

⁷¹⁷ Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1139.

⁷¹⁸ Sözleşme’nin m. 16/f.3 ve m. 17 birlikte değerlendirildiğinde, çocuğun mutad meskeni hukukuna göre velayet sorumluluğuna sahip olan kişi, çocuğun mutad meskeninin değişmesi halinde de velayet sorumluluğunu muhafaza edecektir. Ancak, velayet sorumluluğunun “kullanılmasına ilişkin şartlar”, mutad meskenin değiştiği andan itibaren yeni mutad mesken hukukuna göre tespit edilir. Bkz. Explanatory Report, para. 109, s. 581; Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1141.

çocuğun yüksek yararı dikkate alınarak talepte bulunulan devletin kamu düzenini ihlâl ediyorsa reddedilebilir.

4. Sınıraşan Taşıyıcı Annelikte Soybağının Hükümlerine İlişkin Olarak Karşılaşılabilecek Sorunlar

Sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuklar üzerindeki velâyet hak ve sorumluluğunun tesisi ve kullanımıyla ilgili çeşitli problemler gündeme gelmektedir. Bunun en büyük nedeni, çocuk ve ebeveyni arasındaki hukukî ilişki ile çocuk üzerindeki velâyet hakkının tesisi arasında net bir ayrım yapılamamasıdır⁷¹⁹. Velâyet sorumluluğunun tesisi, çoğu hukuk sisteminde çocuk ile ebeveyn arasındaki soybağı ilişkisini takip eder. Başka bir ifadeyle, çocukla arasında soybağı statüsü bulunan bir kişi, otomatik olarak velâyet sorumluluğundan kaynaklı hak, yetki ve sorumluluklara sahip olmaktadır.

Bununla birlikte, her çocuğun, genetik anne ve babasının yanında yaşadığı genetik aile yaşamı modeli⁷²⁰, üreme tıbbi alanındaki gelişmeler ve yeni aile yaşam modellerinin gelişmesiyle yerini çoklu ebeveynlik ilişkilerine (*multiple parenthood relations*) bırakmaya başlamıştır⁷²¹. Ebeveynliğin, sosyal ve genetik yönlerinin birbirinden ayrılması aslında yeni bir kavram değildir⁷²². Babalık karinesi gereği evlilik birliği içinde doğan çocuğun babasının, aralarında genetik bağ bulunmasa da koca kabul edilmesi genetik ve sosyal babalığın birbirinden ayrılmasının en klasik örneğidir. Burada çocuğun hukukî babası, aynı zamanda onun sosyal babasıdır. Genetik baba ise, çocukla arasında herhangi bir hukukî bağ bulunmasa da onun gerçek babasıdır.

Böyle çoklu ebeveynlik durumlarında çocuğun velâyet sorumluluğunun sadece hukukî anne ve babada olmasının tarafların korunmaya değer menfaatleri dikkate alındığında yetersiz kalması sebebiyle hukuk sistemlerinde çoklu ebeveynliğe ilişkin kanunî düzenlemeler getirilmeye başlanmıştır. Örneğin, Alman hukukunda genetik, ancak hukukî olmayan babanın çocukla temasa geçebilmesine imkân veren kanunî

⁷¹⁹ Wells- Greco, **a.g.e.**, s. 332.

⁷²⁰ Emily Jackson ‘What is a Parent?’ in **Feminist Perspectives on Family Law**, Editörler: Alison Diduck/ Katherine O’Donovan, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007, s. 69.

⁷²¹ Jackson, **a.g.e.**, s. 69.

⁷²² Anne Sander, ‘Multiple Parenthood: Towards a New Concept of Parenthood in German Family Law’, in **Motherhood and the Law**, Editörler: Harry Willekens, Kirsten Scheiwe, Theresa Richarz, Eva Schumann, University of Göttingen, Göttingen, 2019, s. 120.

düzenlemeler getirilerek kısmen çoklu ebeveynliğin ve velâyet sorumluluğun ikiden fazla kişi tarafından paylaşılabileceğinin kabul edildiği belirtilmiştir⁷²³.

Üreme tıbbındaki gelişmelerle genetik ve sosyal ebeveynliğin ayrılması ve velâyet sorumluluğunun sosyal ebeveyne ait olması gerektiğine ilişkin daha açık düzenlemeler de getirilmiştir. Örneğin, sperm bağışına izin verilen hukuk sistemlerine bakıldığında sperm bağışçısı, çocuğun genetik babası olmakla birlikte sosyal baba olarak çocuğu büyütmeyi istemediğinden yazılı rızasıyla çocuk üzerindeki velâyet hak ve sorumluluklarından vazgeçmeyi, tedavi gören kişi ya da kişiler ise çocuğun velâyet sorumluluğunu üstlenmeyi kabul eder⁷²⁴. Sperm bağışçısı, çocuğun dünyaya gelmesine genetik olarak katkıda bulunan kişidir ancak çocuk üzerinde velâyet hak, yetki ve sorumluluğu bulunmamaktadır. Benzer bir durum yumurta bağışı durumunda da kabul edilmektedir⁷²⁵.

Çoklu ebeveynliğin en çok karşımıza çıktığı ve karmaşıklaştığı durum ise taşıyıcı anneliktir⁷²⁶. Genel olarak taşıyıcı annelik sözleşmelerine baktığımızda bir tarafta, çocuğa bakma ve onu büyütme arzusu olmadan çocuğa hamile kalmayı ve onu doğurmayı kabul eden taşıyıcı anne, diğer tarafta ise çocuğa bakmak ve onu en iyi şekilde yetiştirmek isteyen ve çoğu zaman aralarında genetik bağ bulunan müstakbel anne ve baba bulunmaktadır⁷²⁷.

⁷²³ AİHM'nin *Case of Anayo v. Germany* kararına göre Bay Anayo'nun evli bir kadınla olan birlikteliği sonucu kadın ikiz çocuklara hamile kalmış ve çocukları kocasıyla birlikte büyütme kararı vermiştir. Çocukların doğumundan sonra koca, babalık karinesi gereği ikizlerin hukukî babası kabul edilmiştir. Çiftin, Bay Anayo'nun çocuklarla herhangi bir temas kurmasını istememesi üzerine Bay Anayo'nun yapabileceği bir şey kalmamıştır. AİHM'e yapılan başvuru sonucunda AİHM, genetik baba, hukukî baba olmasa da çocuğun yaşamında rol oynamasının tamamen yasaklanmaması gerektiğini ve genetik babanın bu hakkının AİHS m.8 kapsamına girdiğini belirtmiştir. (AİHM, No. 20578/07, 21.3.2011 tarihli kararı). Bu karardan sonra Alman BGB m. 1686a eklenerek, biyolojik ancak hukukî olmayan babanın haklarını düzenleme gereği duymuştur. Bu hükme göre, genetik baba, eğer bu tür bilgilerin verilmesi çocuğun zararına değilse çocuğun hayatı hakkında bilgi isteyebilir. Ayrıca çocukla temasa geçmesi çocuğun yararına olacaksa çocukla temasa geçmeyi talep edebilir. Bkz. Alman BGB 1686a/1 hükmü İngilizce çevirisi şu şekildedir: "As long as the paternity of another man exists, the biological father who has demonstrated a serious interest in the child has, a right of access to the child if such access is in the best interests of the child, and, a right to be provided with information from each parent regarding the personal circumstances of the child where he has a justified interest and this is not inconsistent with the best interests of the child."

⁷²⁴ Jackson **a.g.e.**, s. 71. Alman BGB m.1600d/4'e göre, sperm bağışçısı çocuğun hukukî babası olamaz. Öte yandan, Almanya'da çocuğun kökenini öğrenme hakkının korunması için sperm bağışında bulunan kişilere ait bilgileri içeren kayıtlar tutularak gerektiğinde bu kayıtlara çocuk tarafından ulaşılma imkânı tanınmaktadır.

⁷²⁵ Preliminary Document No. 10, para. 20, s. 14.

⁷²⁶ Taşıyıcı annelikte bir çocuğa bağlı olarak dört farklı şekilde ebeveynlik söz konusu olabilir. Bunlar, genetik ebeveyn (sperm veya yumurta bağışı), doğum annesi (taşıyıcı anne), müstakbel ebeveyn (çocuğu büyütme arzusuyla süreci başlatan kişi ya da kişiler) ve sosyal ebeveyn (çocuğun doğumundan sonra onu büyüten kişi ya da kişiler).

⁷²⁷ Sander, **a.g.e.**, s. 126.

Taşıyıcı annelik sözleşmeleri başarılı bir şekilde sonlandırıldığında taşıyıcı anne, çocuğu müstakbel anne ve babaya teslim ederek çocuk üzerindeki velâyet hakkından feragat eder. Müstakbel/genetik anne ve babayla çocuk arasında soybağının doğumdan itibaren kendiliğinden kurulması hâlinde hem genetik hem de sosyal ebeveynlik, müstakbel ebeveyne ait olacağından çocuk üzerinde velâyet hakkının kullanılması sorun teşkil etmeyecektir.

Esas problem, müstakbel ebeveynin çocuğu alıp kendi ülkesine dönmesi durumunda çıkar⁷²⁸. Çoğu zaman müstakbel ebeveyn, kendi ülkelerinde bulunan yasaklar dolayısıyla sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemine başvurdıklarından, müstakbel ebeveynin menşe ülkesinde (*country of origin*)⁷²⁹, çocukla müstakbel anne ve baba arasında soybağının tesis edilememesi veya çocuğun doğduğu ülkede müstakbel ebeveynle çocuk arasında kurulan soybağının tanınmaması hâlinde, bir ülkede tanınan soybağı ve velâyet sorumluluğunun diğer bir ülkede tanınmaması gibi belirsiz veya topal ebeveynlik⁷³⁰ ilişkileri söz konusu olmaktadır.

Müstakbel ebeveynin menşe ülke hukukuna göre, taşıyıcı annenin çocuğun hukukî annesi olarak kabul edilmesi durumunda taşıyıcı annenin çocuk üzerinde velâyet hakkından doğan bazı hak ve yükümlülüklerinin bulunduğunun kabulü gerekir. Öte yandan, taşıyıcı anne hukuken anne kabul edilse bile taşıyıcı annenin, çocuğa nafaka ödemek dışında gerçekten çocuğa bakmaya ya da onu büyütmeye zorlanamayacağı açıktır⁷³¹. Diğer tarafta ise çocuğun sosyal, aynı zamanda çoğu zaman genetik annesi konumunda bulunan müstakbel anne, çocuğa karşı hukuken yabancı konumundadır⁷³². Bu durumda, genetik/müstakbel baba ile çocuk arasında uygulanacak hukuka göre soybağı kurulabiliyor⁷³³ ve yine uygulanacak hukuka göre genetik/müstakbel baba, çocuğun velâyet sorumluluğuna tek başına sahip olabiliyorsa kendi menşe ülkesinde çocuğun yetiştirilmesiyle ilgili kararları alırken pratik olarak zorlukla karşılaşmaz.

⁷²⁸ Buradan sonraki problemler, çocuğun uygun bir pasaport ve vize alarak müstakbel ebeveynin menşe ülkesine gelmesi ihtimalinde velâyet sorumluluğunun kullanılmasına ilişkin meseleleri kapsamaktadır.

⁷²⁹ Brunet/Carruthers/Davaki/King/Marzo/McCandless, **a.g.e.**, s. 149.

⁷³⁰ Preliminary Document No. 10, para. 33, s. 20.

⁷³¹ Sander, **a.g.e.**, s. 140.

⁷³² Jackson, **a.g.e.**, s. 68.

⁷³³ Velâyet ve velâyete ilişkin bir konuda karar verilmeden önce velâyet hakkının doğumuna neden olan olayların öncelikli olarak karara bağlanması milletlerarası özel hukukta ön sorun teşkil edecektir. Soybağının ön sorun olarak çözümlenmesi gerektiğinde *lex fori* veya *lex causae* çözümlerden hangisi çocuğun yararına en uygun çözüm getiriyorsa o hukukun uygulanması gerekir. Bkz. Burak Huysal, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal, 2005, s. 148.

Taşıyıcı anne evliyse taşıyıcı annenin kocasının, evlilik içi nesep karinesi gereği çocuğun babası kabul edilmesi hâlinde durum biraz daha karmaşıklar. Taşıyıcı annenin kocası, çocuğun hukukî babası olarak çocuk üzerinde velâyet hakkına sahip olur. Çocuk, müstakbel ebeveyne teslim edilse bile taşıyıcı anne ve kocası, çocuğun hukukî ebeveyni olmaya devam edecektir. Müstakbel ebeveynin ülkesinde, çocukla aralarında soybağının kurulamaması hâlinde veya soybağının kurulması için gereken adlî veya idarî işlemler sona erene kadar çocuğun bakımı, eğitimi, yetiştirilmesi ve daha önemlisi acil tıbbî müdahale gerektiren sağlık sorunlarının yaşanması durumunda taşıyıcı annenin kocasının da rızası gerekebilecektir. Bu durumda, taşıyıcı annenin kocası, çocukla genetik bağı bulunmamasına ve çocuğun hayatında herhangi bir rol alma niyeti olmamasına rağmen çocuğun sağlığı veya yetiştirilmesiyle ilgili kararları almak ve çocuğu korumakla yükümlü kılınmaktadır. Diğer yandan çocuğu yetiştiren sosyal ve genetik baba, hukukî kendi çocuğuna karşı yabancısıdır ve çocuk üzerinde herhangi bir velâyet sorumluluğu bulunmamaktadır⁷³⁴.

Bir diğer problem ise müstakbel ebeveynin taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen çocuğu herhangi bir sebeple teslim almaması durumudur. Bu durumda, taşıyıcı anne çocuk üzerinde tek başına velâyet hakkına sahip olabilir, ancak aralarında hukukî soybağı bulunmayan genetik/müstakbel ebeveynin herhangi bir velâyet sorumluluğunun bulunmayacağını kabulünün, çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceği şüphelidir. Zira müstakbel ebeveyn, taşıyıcı annelik sözleşmesinin akdedilmesi, taşıyıcı anneye irtibata geçilmesi, çocuğa hamile kalınması için gerekli üreme tedavisinin başlatılması, tedavi kapsamında kendi üreme hücrelerinin kullanılması gibi çocuğun dünyaya gelmesine sebep olabilecek birçok hususta etkili olmuş kişi ya da kişilerdir. Çocuğun dünyaya gelmesinden sorumlu olan kişilerin, çocuk üzerinde velâyet sorumluluğundan da kaçamaması gerekir⁷³⁵.

⁷³⁴ Jackson, **a.g.e.**, s. 64.

⁷³⁵ Alman mahkemelerinde görülen bir davada, homoseksüel bir çiftten sadece birine ait sperm hücrelerinin kullanılmasıyla gerçekleştirilen taşıyıcı annelik sonucu Kaliforniya’da dünyaya gelen çocukla genetik bağı bulunmayan diğer müstakbel ebeveyni arasında hukukî ilişkisinin tesis edilemeyeceği incelenmiştir. Alman Yüksek mahkemesi, çocuğun dünyaya gelme sürecini başlatma bağlantısını (*initiative link*) müstakbel çiftin her ikisiyle çocuk arasında velâyet sorumluluğunun tesisi için yeterli görmüştür. (Supreme Court of Germany Decision, XII ZB 463/13) Kararın İngilizce metni için bkz. <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/supreme-court-germany-decision-xii-zb-463/13-bundesgerichtshof-beschluss-xii.html>. (ET. 20.6.2022)

Taşıyıcı annenin çocuğu teslim ettikten sonra fikrini değiştirerek çocuğu büyütme gayesiyle velâyetini almak⁷³⁶ veya çocukla kişisel ilişki⁷³⁷ kurmak istemesi durumu da gündeme gelebilecek problemlerden biridir. Taşıyıcı anne çocuğu teslim ettikten ve çocuk, müstakbel ebeveyni ile aile hayatı sürmeye başladıktan sonra taşıyıcı anne ile çocuk arasında kurulabilecek temasların çocuğun üstün menfaati gereği titizlikle incelenmesiyle çözümlenmesi gerekir.

Mukayeseli hukukta, özgecil taşıyıcı anneliğin yasal olduğu Birleşik Krallıkta taşıyıcı anne, çocuğu müstakbel ebeveyne teslim etmeye zorlanamaz, fakat çocuğu teslim ederse müstakbel ebeveyn, çocuğun velâyet sorumluluğunu kabul etmekle yükümlüdür⁷³⁸. Bu sorumluluk, müstakbel ebeveynin çocuğun doğumundan itibaren altı ay içerisinde mahkemeye yapacağı başvuru sonrası verilen ebeveynlik kararı (*parantel order*) ile tesis edilmektedir⁷³⁹. Diğer yandan müstakbel ebeveynin çocuğu herhangi bir sebeple almak istememesi olasılığının önlenmesi için velâyet sorumluluğunun mahkemeye başvuru şartı olmadan doğumdan itibaren doğrudan müstakbel ebeveyne verilmesinin daha doğru olacağı ifade edilmiştir⁷⁴⁰. Brazier Raporu da müstakbel anne ve babaların büyük çoğunluğunun ebeveynlik kararı almak için mahkemeye başvurmadığını ortaya koymuştur⁷⁴¹.

⁷³⁶ Kanada’da erken dönemlerde ortaya çıkan geleneksel taşıyıcı annelik yöntemine ilişkin *H.L.W. a.n.d T.H.W. v. J.C.T. and J.T.*, davasında Bay T., genetik/müstakbel babadır ve bayan T.H.W. ile taşıyıcı annelik sözleşmesi yapar. Sözleşmeye göre bay T.’nin sperm hücreleri ile bayan T.H.W.’nin yumurtası kullanılarak döllenmiş yumurta, bayan T.H.W.’ye nakledilir. Çocuk doğumdan sonra hastaneden taburcu edildiği andan itibaren bay T. ve eşi bayan T. ile yaşamaya başlar. Bay T., genetik/taşıyıcı anne T.H.W. ile çocuğun doğum belgesinde ebeveyn olarak kaydedilmiştir. Bir süre sonra genetik/taşıyıcı anne T.H.W., bayan T.’nin çocuğu evlat edinmesine rıza göstermediği gibi, çocuğu ortaklaşa veya öncelikli olarak kendisi ve kocasının yetiştirmek istediğini belirtmiştir. Mahkeme ön duruşma kararında (*preliminary pretrial decision*), H.L.W.’nin çocuğun doğum belgesinde anne olarak gözükmeye rağmen H.L.W. ve kocasının duruşmaya kadar çocuğu görme taleplerini reddetmiştir. Mahkemenin temel gerekçesi, çocuğun o noktaya kadar (üç aylık olana kadar) müstakbel anne ve babası tarafından büyütülmüş olması ve çocuğun yüksek yararı gereğince bu durumun devam etmesi gerekliliğidir. Ayrıca velâyet sorumluluğunun kimin üstleneceğine ilişkin doğum öncesindeki niyet esas alınarak genetik/müstakbel babanın, çocuk sahibi olarak ailesini tamamlama isteği ve genetik/taşıyıcı annenin ve kocasının zaten dört çocuğu olduğuna dikkat çekilmiştir. Bkz. Dave Snow, **Assisted Reproduction Policy in Canada Framing, Federalism and Failure**, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London, 2018, s. 85; Susan B. Boyd, “Gendering Legal Parenthood: Bio-Genetic Ties, Intentionality and Responsibility”, **Windsor Yearbook of Access to Justice**, 2007, s. 15.

⁷³⁷ *In Re Baby M.* davasında, ABD’de gerçekleşen taşıyıcı annelikte müstakbel babanın spermi ve taşıyıcı annenin yumurta hücreleri kullanılmış doğumdan sonra çocuk müstakbel babaya teslim edilmiştir. Fakat taşıyıcı anne, doğumdan sonra bunalıma girdiğini ve çocuğu görmek istediğini belirttikten sonra açılan velâyet davasında mahkeme, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği velâyeti müstakbel babaya vermekle birlikte taşıyıcı anne ile çocuk arasında da kişisel ilişki kurulması yönünde karar vermiştir. Bkz. Sanger, **a.g.e.**, s. 67 vd.; Mazer, **a.g.e.**, s. 220; Turgut, **a.g.e.**, s. 115-118.

⁷³⁸ Sanders, **a.g.e.**, s. 147.

⁷³⁹ Jackson, **a.g.e.**, s. 66.

⁷⁴⁰ Sanders, **a.g.e.**, s. 147.

⁷⁴¹ Brazier Raporu, para. 5.7, s. 44; Jackson, **a.g.e.**, s. 64.

Kanada (Ontario)'da taşıyıcı anne, çocuğun doğumundan itibaren yedi gün içinde rıza gösterirse müstakbel ebeveynle çocuk arasında soybağı tesis edilerek velâyet sorumluluğu da müstakbel ebeveyne ait olur. Bu yedi günlük süre boyunca taşıyıcı anne ve müstakbel ebeveyn, çocuğun velâyet sorumluluğunu birlikte üstlenmektedir⁷⁴².

Avustralya hukukunda⁷⁴³, taşıyıcı annelikle doğan çocuklar, müstakbel ebeveyniyle yaşamaya başladıktan sonra ebeveynin gündelik hayatta yaşayacağı sıkıntılar, mahkemeler tarafından verilen “velâyet sorumluluğu kararı⁷⁴⁴” (*parental responsibility order*) ile önlenmeye çalışılmaktadır⁷⁴⁵. Bu kararlar, çocukla müstakbel ebeveyn arasında soybağı tesis etmeyen fakat müstakbel ebeveynin çocuğun eğitimi ve sağlığı ile ilgili kararlar alabilmesi ve çocuk adına pasaport başvurusu yapabilmesi gibi hususlarda müstakbel ebeveyne velâyet sorumluluğu veren kararlardır ve çocuk 18 yaşına geldiğinde kendiliğinden sona erer⁷⁴⁶. Velâyet sorumluluğu kararlarının tanıdığı bu esneklik ile birden çok genetik ve sosyal ebeveynin bulunduğu yapay dölleme ve taşıyıcı annelik durumlarında ortaya çıkan karışıklığın çözülmesi olumlu bir gelişme olarak nitelendirilmiştir⁷⁴⁷.

Taşıyıcı anneliğin düzenlenmediği hukuklarda velâyet sorumluluğunun taşıyıcı anneden müstakbel ebeveyne nakline ilişkin düzenlemeler de bulunmamaktadır. Hollanda hukukuna göre, taşıyıcı anne ve varsa kocası hukuken çocuğun ebeveyni kabul edildiğinden çocuk üzerindeki velâyet sorumluluğu da onlara aittir. Çocuğun bakımı, sağlığı ve eğitimi konusunda müstakbel anne ve babanın yaşadığı sorunlar Hollanda mahkemeleri tarafından, taşıyıcı anne ve kocasının üzerindeki velâyet sorumluluğunun kaldırılması ve müstakbel anne ve babanın çocuğun müşterek vasisi

⁷⁴² Snow, **a.g.e.**, s. 104-105.

⁷⁴³ Avustralya'nın bazı eyaletlerinde taşıyıcı anneliğe izin verilmekle birlikte taşıyıcı anneliğe başvuru şartları oldukça sıkı şartlara tâbi olduğundan bu şartları sağlayamayan birçok müstakbel ebeveyn sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemini tercih etmektedir. Bu durumda da soybağının ve velâyetin taşıyıcı anneden müstakbel ebeveyne nakline ilişkin hükümler uygulanamamaktadır.

⁷⁴⁴ Velâyet sorumluluğu kararları, velâyet kararı (*parenting order*) altında verilen kararlardandır. Bkz. Avustralya Aile Hukuku Kanunu 1975 (Cth) S. 64B/2A/c. Bir çocuğun bakımı, refahı ve gelişimi ile ilgilenen herkes velâyet kararı için başvuru yapabilir. Bkz. Avustralya Aile Hukuku Kanunu 1975 (Cth) s 65C(c).

⁷⁴⁵ Alexandra Harland/Cressida Limon, “Recognition of Parentage in Surrogacy Arrangements in Australia”, in **Surrogacy, Law and Human Rights**, Editörler: Paula Gerber, Katie O’Byrne, New York, Roudledge, 2016, s. 151; Jenni Millbank, “the New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or ‘25 Brick Walls’?”, **Melbourne University Law Review**, Vol. 35:1, 2011, s. 174.

⁷⁴⁶ Preliminary Document No. 3C, s. 67; Harland/Limon, **a.g.e.**, s. 152; Millbank, **a.g.e.**, s. 174-175.

⁷⁴⁷ Millbank, **a.g.e.**, s. 175.

olması yönünde verilen kararlarla aşılmaya çalışılmaktadır⁷⁴⁸. Velâyet sorumluluğun kaldırılması, ebeveynin velâyet sorumluluğunu gerektiği gibi yerine getirememesi, çocuğa iyi bakamaması veya bakmaya uygun olmaması gerekçesiyle verilen tedbir niteliğinde bir koruma kararıdır⁷⁴⁹. Öte yandan mahkemeler, taşıyıcı annelik bakımından daha uygun bir çözüm bulunmadığından, çocuğun içinde bulunduğu özel durumları da dikkate alarak çocuğa bakma ve büyütme niyeti olmayan taşıyıcı anne ve kocasının velâyet sorumluluğunun kaldırılması yönünde karar vermektedir⁷⁵⁰. Böyle bir dava açma hakkı, sadece Çocuk Bakım ve Koruma Kurulu (*the Child Care and Protection Board*) ile Cumhuriyet Savcılığına⁷⁵¹ tanındığından müstakbel anne ve baba, bu davayı açamamaktadır. Velâyetin kaldırılması kararından sonra çocuğun üstün menfaati gerekçesiyle müstakbel anne ve baba, çocuğa ortak vasi olarak tayin edilmektedir⁷⁵².

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen bir çocuk, Türk vatandaşı müstakbel anne ve/veya babaya teslim edildikten sonra Türk vatandaşı müstakbel anne ve/veya babanın, çocuk üzerinde velâyet sorumluluğunun tesisinin mümkün olup olmadığına ilişkin bir mesele Türk hâkiminin önüne geldiğinde mahkeme öncelikle uygulanacak hukuku tespit edecektir. Soybağının hükümlerinden olan velâyet hakkı MÖHUK m. 17'nin kapsamına girmekle birlikte MÖHUK m.1/f.2 gereği uluslararası sözleşmeler uygulama alanına girdikleri konularda öncelikle uygulanır. Dolayısıyla, 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir. Velâyet sorumluluğunun tesisinde müstakbel anne ve babayla çocuk arasında soybağının mevcut olmadığının tespiti bir ön sorun olarak öncelikle çözümlenecektir. 1996 tarihli Sözleşme, çocukla ebeveyni arasındaki hukukî ilişkisinin tesisini kapsamadığından (m.4/a) çocukla müstakbel ebeveyni arasında soybağının kurulup kurulmadığı *lex fori* olarak MÖHUK m. 16 hükmüne göre belirlenir.

⁷⁴⁸ Daha sonra müstakbel anne ve babayla çocuk arasında evlât edinme yoluyla soybağının kurulması, evlât edinmeye ilişkin diğer şartların da yerine getirilmiş olması hâlinde mümkün hale gelmektedir. Bkz. Brunet/Carruthers/Davaki/King/Marzo/McCandless, **a.g.e.**, s. 318; Machteld J. Vonk/ Françoise Monéger, “Maternity for another: a Double Dutch approach”, in **Collection Colloques Société de législation comparée**, Société de législation comparée, Paris, 2011, s. 7.

⁷⁴⁹ Brunet/Carruthers/Davaki/King/Marzo/McCandless, **a.g.e.**, s. 318; Vonk/Monéger, **a.g.e.**, s. 7.

⁷⁵⁰ Brunet/Carruthers/Davaki/King/Marzo/McCandless, **a.g.e.**, s. 319; Vonk/Monéger, **a.g.e.**, s. 7.

⁷⁵¹ Hollanda DCC m.1:267/f.1 İngilizcesi şu şekildedir: “A removal of parental authority may be ordered only upon the request of the Child Protection Board or of the Public Prosecution Service.”

⁷⁵² Normal şartlar altında velâyet sorumluluğunun kaldırılmasından sonra çocuğun sorumluluğu aile vasiliği kurumuna aittir (Hollanda DCC m1:275). Ancak mahkemeler, taşıyıcı annelikte çocuk için en uygun çözümün müstakbel ebeveynin vasi olarak atanması olduğu yönünde karar vermektedir. Bkz. Vonk/Monéger, **a.g.e.**, s. 7.

1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesine göre, adlî veya idarî bir makam müdahalesi olmaksızın kanun gereği veya anlaşma ya da tek taraflı hukukî işlemle velâyet sorumluluğunun tesisi veya sona ermesine çocuğun mutad meskeni hukuku uygulanacaktır (m.16/f.1-2). Çocuğun mutad mesken hukukuna göre, müstakbel anne ve babanın çocuk üzerinde velâyet sorumluluğunun mevcut olması durumunda, çocuğun mutad meskeninin değişmesi hâlinde daha önceki velâyet sorumluluğunun devam edeceğine ilişkin düzenlemenin (m. 16/f.3) uygulanması düşünülebilir. Böyle bir durumda Türk vatandaşı müstakbel anne ve babanın çocuğun eski mutad meskenine göre sahip olduğu velâyet sorumluluğunun, çocuğun mutad meskeninin Türkiye olarak değişmesi hâlinde daha önceki velâyet sorumluluğunun devam etmesi mümkün olmalıdır.

Çocuğun daha önceki mutad mesken hukukuna göre müstakbel anne ve babanın çocuk üzerinde velâyet sorumluluğu yoksa bu husus, Sözleşme'ye göre uygulanacak hukuka göre tespit edilir. Çocuğun mutad meskeninin Türkiye olarak tespit edilmesi durumunda uygulanacak hukuk, Türk hukukudur. Türk hukukuna göre sadece çocuğun hukukî anne ve babası çocuk üzerinde velâyet hakkında sahip olabileceğinden soybağına uygulanacak hukuka göre, taşıyıcı anne ve kocası çocuğun hukukî ebeveyni ise, çocuk üzerinde velâyet hakkına da sahip olacaktır.

Öte yandan Sözleşme'ye göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin adlî veya idarî makamları çocuk hakkında koruma tedbiri alma bakımından yetkili kabul edildiğinden, yetkili Türk makamları kendi maddî hukuk hükümlerine göre çocuğu koruyucu tedbir kararı alabilir. Bu durumda, TMK m. 348'de öngörülen velâyetin kaldırılmasına ilişkin tedbirin uygulanması düşünülebilir. Velâyetin kaldırılması nedenleri anne veya babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması vb. sebeplerle velâyet görevini gereği gibi yerine getirilmemesi şeklinde TMK m. 348/f.2'de belirtilmiştir. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taşıyıcı anne ve kocası başka bir ülkede yaşıyorsa çocuk üzerindeki velâyet hakkının gereği gibi kullanılmadığı gerekçesiyle velâyetin kaldırılması ve çocuğa bir vasi atanması uygun bir çözüm olacaktır. Çocuğun üstün menfaati gerektiriyorsa genetik/müstakbel anne ve/veya babanın, çocuğa vasi tayin edilmesi de düşünülebilir.

G. Soybağına Uygulanacak Hukukta Kamu Düzeni Müdahalesi

1. Genel Olarak

Sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan bir çocuğun soybağının kurulmasına uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olması durumunda, bu yabancı hukukun uygulanması esas olmakla birlikte mutlak değildir. Yabancı hukukun uygulanması, bu hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmaması şartına bağlıdır⁷⁵³. Bu nedenle kamu düzeni müdahalesi yabancı hukukun sonuçları açısından forum ülkesinin sınırını ortaya koymaktadır⁷⁵⁴.

Yabancı hukukun veya yabancı hukuk hükmünün bir olaya uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun, Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmesi için Türk hukukunun temel ilke ve değerlerinin tahammül edilemez şekilde ihlâl edilmiş olması gerekmektedir. Böyle bir değerlendirme yapılırken hukukî olay veya ilişkinin tarafları ile ülke arasındaki bağlantı da dikkate alınmaktadır⁷⁵⁵. Tek başına yabancı hukuk hükmünün Türk hukukundan farklı düzenlemeler getirmesi Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirmez⁷⁵⁶. Kamu düzeni kavramı niteliği itibariyle değişkenlik gösteren bir kavram olduğundan tüm zamanlar için geçerli bir tanım yapmak mümkün olmadığı gibi içeriği ancak öğreti veya mahkeme içtihatlarıyla doldurulabilir⁷⁵⁷. Konumuz açısından özel bir önemi olan diğer bir husus ise çocuk doğduktan sonra, çocuğa ilişkin her konuda olduğu gibi soybağının kurulmasında da çocuğun yüksek yararı ilkesinin, kamu düzeni müdahalesinde bir üst norm olarak dikkate alınması gerekliliğidir⁷⁵⁸.

Kamu düzenine ilişkin bu kısa açıklamalardan sonra bu bölümde, sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocukların soybağının kuruluşuna uygulanacak yabancı hukukta yer alan hükümlerin uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmediği tespit edilmeye çalışılacaktır. Türk hukukunda

⁷⁵³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 147; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 83. Kamu düzeni müdahalesi MÖHUK m.5'te şu şekilde düzenlenmiştir: “*Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hâllerde, Türk hukuku uygulanır.*”

⁷⁵⁴ Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 320.

⁷⁵⁵ Nomer, **DHH**, s. 178; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 121; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 88.

⁷⁵⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 149; Nomer, **DHH**, s. 171; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 91.

⁷⁵⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 149; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 120; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 92.

⁷⁵⁸ Huysal, **Velâyet**, s. 153-158; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 65-67; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 91.

sadece evli kişilerin belirli şartlar altında üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden yararlanabilmesine izin verilmiş ve heterolog yapay döllenme ile taşıyıcı annelik yapılması yasaklanmıştır. Türkiye’de sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağına ilişkin bir mesele, henüz herhangi bir yargı kararına konu olmamıştır. Bununla birlikte Türk vatandaşlarının yabancı ülkelere giderek bu yöntemle başvurmaları engellenemeyeceğinden Türk mahkemelerinin önüne gelebilecek uyuşmazlıklarda, uygulanacağı tespit edilen yabancı hukuk hükümlerinin ihtilâfa uygulanmasıyla Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eden bir sonucun ortaya çıkıp çıkmadığı incelenecektir.

2. Uygulanacak Hukuka Göre Sınıraşan Taşıyıcı Annelikle Doğan Çocuk ve Genetik/Müstakbel Ebeveyn Arasındaki Soybağının Kurulmasının Mümkün Olması

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının kuruluşuna MÖHUK m.16 uyarınca tespit edilen hukuk uygulanacaktır. Uygulanacak hukukun yabancı hukuk olması ve bu hukukun taşıyıcı annelik yöntemine izin vererek bu yöntemle dünyaya gelen çocukla müstakbel anne ve babası⁷⁵⁹ arasında soybağının kurulmasına imkân tanımış olması mümkündür. Örneğin, uygulanacak hukukun Ukrayna, Yunanistan⁷⁶⁰, Güney Afrika ve ABD’nin bazı eyalet hukukları olması durumunda, genetik/müstakbel anne ve/veya baba ile çocuk arasında soybağının kurulması imkânı bulunmaktadır.

Öğretide, yabancı hukukun taşıyıcı annelik yöntemi de dâhil olmak üzere heterolog yapay döllenme ile doğan çocukların, genetik/müstakbel anne ve babalarıyla soybağının kurulmasına izin veren hükümlerinin Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirebileceği belirtilmiştir⁷⁶¹. Öte yandan böyle bir gerekliliğin kabulü için

⁷⁵⁹ Taşıyıcı annenin bekâr olması durumunda aslında genetik/müstakbel babayla çocuk arasında soybağının kurulmasına imkân veren yabancı hukuk hükmünün uygulanmasının, kamu düzeni müdahalesini gerektirmeyeceği belirtilmiştir. Öte yandan, taşıyıcı annenin evli olması ve o hukukta babalık karinesinin de mevcut olması durumunda, kamu düzeni müdahalesiyle taşıyıcı annenin hukukî anne kabul edilmesi kocasının da hukukî baba kabul edilmesi anlamına geleceğinden açıklamalarımızda genetik/müstakbel baba da değerlendirilmiştir. Ancak genel olarak kamu düzeni müdahalesinin gerekliliği genetik/müstakbel anneyle çocuk arasında soybağının kurulması hususunda tartışmalara neden olmaktadır.

⁷⁶⁰ Yunan Hukukunda, taşıyıcı annelik durumunda, müstakbel annenin çocuğun doğumundan itibaren annesi olduğuna dair bir karine bulunmaktadır (GCC m. 1464/f.1.)

⁷⁶¹ Ağaoğlu, **a.g.e.**, s. 469; Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 92; Dindar, **a.g.e.**, s. 24.

yabancı hukukun uygulanmasının Türk hukuku bakımından tahammül edilemez nitelikteki sonuçlarının açıkça ortaya koyulması oldukça önemlidir.

Öncelikle taşıyıcı anneliği yasaklayan hukuk sistemleri iç hukuklarında yer alan bu yasaklardan kaçmak amacıyla başka ülkelere gidilmesinin kanunlarına karşı hile teşkil ettiğini belirtmiştir⁷⁶². Özellikle Fransız mahkeme içtihatlarında, kanuna karşı hile kavramı (*fraude à la loi*)⁷⁶³ sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuğun soybağı meselelerinde, soybağının müstakbel anne ve babayla kurulmasını engelleyen hukukî bir gerekçe olarak kullanılmaktadır⁷⁶⁴.

Bu noktada Türk kamu düzeni kavramı, AİHS ve Sözleşme hükümleri temelinde AİHM içtihatlarını da içeren “milletlerarası kamu düzeni”ni de kapsayacak şekilde dikkate alınmalıdır⁷⁶⁵. AİHM’nin 2014 tarihli *Mennesson v. France*⁷⁶⁶ ve *Labassee v. France*⁷⁶⁷ davaları sonunda verdiği kararlarda, devletler taşıyıcı anneliği yasaklasa da müstakbel ebeveynin sınıraşan taşıyıcı anneliğe başvurmaya yönelik eylemlerinin sorumluluğunun çocuğa yüklenemeyeceği belirtmiştir⁷⁶⁸. Dolayısıyla, taşıyıcı annelik yönteminin bir üreme metodu olarak Türk kamu düzenine aykırı olup olmaması bir yana, bu yöntemle ortaya çıkan somut sonucun yani soybağının kurulması veya çocuğun mirasçılığı gibi hususların Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediği önemlidir⁷⁶⁹. Bu nedenle taşıyıcı annelik iç hukukta yasaklansa bile müstakbel ebeveynin sınıraşan taşıyıcı anneliğe başvurulması, çocuğun soybağının genetik anne ve/veya babasıyla kurulmasına engel olmamalıdır.

Kanaatimizce de sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının, genetik/müstakbel anne ve/veya babasıyla kurulmasına izin veren yabancı hukukun uygulanması, sırf taşıyıcı annelik Türk hukukunda yasak olduğundan kamu düzeni

⁷⁶² Rodziewicz, **a.g.e.**, s. 927-928.

⁷⁶³ Fransız hukukundaki taşıyıcı annelik yasağına rağmen sınıraşan taşıyıcı anneliğe başvurulması müstakbel ebeveynin eylemlerinin sadece kanuna karşı hileye neden olmadığı esasen çocuğa karşı hile (*fraude à l'enfant*) teşkil ettiği için kamu düzeninden kabul edilmektedir. Bkz. Thomale, **a.g.e.**, s. 470.

⁷⁶⁴ Thomale, **a.g.e.**, s. 469; Perreau-Saussine/Sauvage, **a.g.e.**, s. 124; Nathalie Baillon-Wirtz, “Surrogate Motherhood in France: Ethical and Legal Issues”, in **Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective**, Editör: Piotr Mostowik, Varşova, Prawo Prywatne, 2019, s. 119; Caroline Kleiner, “Surrogate motherhood in France: the need for a change Considerations of French Private International Law”, **Kansai University Review of Law and Politics**, Vol. 38, 2017, s. 59, Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 87.

⁷⁶⁵ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 83, dn. 143.

⁷⁶⁶ AİHM, *Mennesson v. France*, No. 65192/11, 26.06.2014.

⁷⁶⁷ AİHM, *Labassee v. France*, No. 65941/11, 26.06.2014.

⁷⁶⁸ Ayrıca Mahkeme, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesini vurgulayarak çocuk bakımından AİHS’nin 8. maddesinin (özel hayata ve aile hayatına saygı hakkının) ihlâl edildiğine karar vermiştir.

⁷⁶⁹ Yasan-Tepetaş, **a.g.e.**, s. 1250.

müdahalesini gerektirmemelidir. Her ne kadar kanun koyucunun, Türk vatandaşlarının taşıyıcı annelik yöntemine başvurmasını istemediği açık olsa da bu yasağın temel nedeninin, nesebin korunması ile halkın “*inançları, değer yargıları ve sosyo kültürü*”⁷⁷⁰ olduğu belirtilmiştir. Öte yandan toplumun bir kesiminin, çocuk sahibi olma arzusuyla başka ülkelerde bu yönteme başvurması hâlinde toplumun inançları, değer yargıları ve sosyo kültürel tutumlarının korunması anlayışı, çocuk dünyaya geldiği andan itibaren yerini çocuğun yüksek yararının korunması ilkesine bırakmalıdır. Yabancı hukukun kamu düzeni müdahalesiyle uygulanmaması, müstakbel ebeveyni cezalandırılmaktan çok çocuğun vatansız veya kimsesiz kalmasıyla sonuçlanabileceğinden çocuğun cezalandırılması anlamına gelecektir ki bu sonucun çocuğun yüksek yararına hizmet etmeyeceği açıktır.

Kamu düzeni müdahalesinin gerekliliğine ilişkin bir diğer gerekçe ise çocuğu doğuran kadının anne olduğuna ilişkin ilkenin değişmezliğidir. Bu nedenle çocukla onu dünyaya getirmeyen genetik/müstakbel anne arasında soybağının kurulmasına izin veren yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenini ihlâl edeceği belirtilmiştir⁷⁷¹. Aslında burada kamu düzenini ihlâl eden husus, taşıyıcı annenin çocuk doğduğu anda ilk başta hukukî anne olarak kabul edilmemesidir⁷⁷². Başka bir ifadeyle, doğuran kadının çocuğun hukukî annesi olması, kamu düzenini ilgilendiren bir husus olarak görülmektedir.

Bu durumda taşıyıcı anne ilk başta doğuran kadın olarak çocuğun hukukî annesi olacak daha sonra müstakbel anne, ancak evlât edinme ile çocukla arasında soybağını tesis edebilecektir⁷⁷³. Ancak evlât edinme sürecinin çok uzun sürmesi, bu sürecin evlât edinmeyle sonuçlanıp sonuçlanmayacağının belirsizliği, bu süreçte müstakbel anne ve babanın ölmesi, boşanması veya çocuğu artık istememeleri ya da evlât edinme için aranan şartların sağlanamaması nedeniyle evlât edinme başvurusunun yapılamaması hususları dikkate alındığında evlât edinmeyle soybağının kurulması sürecinin çocuğun üstün yararına hizmet edeceğini söylemek mümkün değildir⁷⁷⁴. Diğer taraftan, yabancı hukukun uygulanması çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya baba arasındaki soybağının en hızlı ve güvenli şekilde kurulmasını temin etmektedir. Çocuk, genetik

⁷⁷⁰ 7151 sayılı Kanun’un 16. maddesiyle ODNK’ye eklenen EK Madde-1 ve Ek Madde-2’nin gerekçesi için bkz. <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/maddedetaylari?psira=133367>. (ET. 22.06.2022)

⁷⁷¹ Preliminary Document No 3C, para. 100, s. 46.

⁷⁷² Preliminary Document No 3C, para. 100, s. 46.

⁷⁷³ Ağaoğlu, **a.g.e.**, s. 468; Dindar, **a.g.e.**, s. 22; Kalkan-Oğuztürk, **a.g.e.**, s. 394; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 167; Baygın, **a.g.e.**, s. 15; Preliminary Document No 3C, s. 70.

⁷⁷⁴ Sucker, **a.g.e.**, s. 262.

anne ve babasıyla bir aile hayatı⁷⁷⁵ yaşamaya başladığında, bir an önce genetik anne ve babasıyla arasında soybağının kurulması çocuğun üstün menfaatinin bir gereğidir.

Bir diğer problem ise çocuğun soybağı statüsünün belirsiz kalabilmesi ihtimalidir. Uygulanacak yabancı hukukta yer alan düzenlemelere göre, çocuğun hukukî annesinin taşıyıcı anne değil genetik anne olduğu ve çocukla genetik/müstakbel anne arasında soybağının kurulması imkânı bulunmasına rağmen bu durumun kamu düzenini ihlâl ettiği kabul edilirse çocuğun hukukî annesi taşıyıcı anne olacaktır⁷⁷⁶. Taşıyıcı anneyi çocuğun hukukî annesi kabul etmek çocuğun, aralarında soybağı ilişkisi bulunmayan genetik/müstakbel ebeveyni tarafından yetiştirilmesi ya da birlikte yaşadığı müstakbel ebeveyninin elinden alınarak taşıyıcı anneye teslim edilip taşıyıcı anneyi çocuğa bakmaya zorlamak anlamına gelecektir. Taşıyıcı anne ise zaten çocuğu müstakbel ebeveyne teslim ederek çocukla artık ilgilenmediğini ve kendi ülkesinde hukuken çocuğun annesi olmaması nedeniyle çocuğa bakmakla yükümlü olmadığını düşünecektir⁷⁷⁷. Ayrıca müstakbel ebeveyn, çocuğun hukukî anne ve/veya babası olarak kabul edilmediğinden muhtemelen velâyet hakkına da sahip olamayacak ve çocuğun sağlığı, bakımı, eğitimi gibi konularda karar almakta problem yaşayabilecektir.

Bu noktada kamu düzeni ve çocuğun üstün yararı ilkesi arasındaki dengenin titizlikle değerlendirilmesi gerekir. Bir tarafta çocuk sahibi olmak ve ona en iyi şekilde bakmak isteyen çocuğa genetik bağla bağlı müstakbel ebeveyn, diğer tarafta ise çocukla herhangi bir ilişki kurmak istemeyen, kendi hukukuna göre çocukla arasında soybağı ilişkisi bulunmayan ve başka bir devlette yaşayan taşıyıcı anne vardır. Kanaatimizce, yabancı hukukun genetik/müstakbel anneye çocuk arasında soybağının kurulmasına imkân tanınması hâlinde bu hukukun uygulanması çocuğun menfaatine olan çözümdür. Çocuğun genetik anne ve babasıyla arasında soybağının kurulması sonucunun Türk kamu düzenine “açıkça” aykırılık teşkil edeceğini söylemek ise zaten mümkün değildir.

⁷⁷⁵ Çocukla evli olmayan kişiler arasında somut olayın özelliklerine göre, taraflar arasındaki fiili ilişki, birlikte olmaktan zevk almak, çocuğa gösterilen duygusal bağ ile babanın çocuğu tanıması gibi unsurlar aile hayatının mevcut olabileceğini gösteren olgular olarak dikkate alınıp AİHS m.8 kapsamına girmektedir. Bkz. Yasan, **a.g.e.**, s. 1229.

⁷⁷⁶ Anastasia Grammaticaki-Aexiou, “Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach”, **Louisiana Law Review**, Volume 6:4, 2000, s. 1117; Sucker, **a.g.e.**, s. 264.

⁷⁷⁷ Sucker, **a.g.e.**, s. 264.

3. Uygulanacak Hukuka Göre Sınıraşan Taşıyıcı Annelikle Doğan Çocuk ve Genetik/Müstakbel Ebeveyn Arasında Soybağının Kurulmasının Mümkün Olmaması

Soybağına uygulanacağı tespit edilen yabancı hukukta, çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya baba arasında soybağının kurulmasına imkân tanınamaması da söz konusu olabilir. Bu durum, özellikle taşıyıcı anneliği yasaklayan bir hukukun uygulanması gerektiği hâllerde gündeme gelmektedir. Buna ek olarak taşıyıcı anneliği yasaklamamakla birlikte bu yöntemle doğan çocukların soybağının kurulması konusunda özel hükümler getirmeyen bir hukukun⁷⁷⁸ uygulanması durumunda da söz konusu olabilir.

Birçok hukuk sisteminde doğuran kadının anne olduğu ilkesi günümüzde de ağırlıklı olarak geçerlidir ve anneliğin doğum dışında başka bir şekilde tesis edilmesi kabul edilmemektedir. Hatta taşıyıcı anneliğin yasaklandığı hukuklarda, genetik annenin mi yoksa taşıyıcı annenin mi anne olması gerektiğine ilişkin tartışmalar, anneliğin bölünmezliğinin kabulüyle engellenmeye çalışılmıştır⁷⁷⁹. Dolayısıyla, bir çocuk ister doğal dölleme yoluyla ister taşıyıcı annelikle dünyaya gelsin çocukla anne ve babası arasındaki soybağı, o devletin maddî hukukunda yer alan hükümlerin aynı şekilde uygulanmasıyla kurulabilecektir. Bu durumda, çocukla genetik/müstakbel annesi arasında soybağının kurulmasının ancak evlât edinme ile mümkün olabileceği belirtilmiştir⁷⁸⁰. Evlât edinme sürecinde yaşanabilecek aksaklıklar ve belirsizliklere ilişkin çalışmamızın bir önceki başlığında yaptığımız eleştiriler burada da geçerlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bazı hukuk sistemleri taşıyıcı annelik iç hukuklarında yasak olduğundan genetik/müstakbel annenin, çocuğu evlât edinmesine dahi müsaade etmemektedir⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ Belçika, Hollanda, Brezilya, Çekya, Arjantin, İspanya gibi ülkeler taşıyıcı annelik konusunda düzenleme getirmeyen ülkelere örnek olarak gösterilebilir. Bkz. Ağaoğlu, **a.g.e.**, s. 449.

⁷⁷⁹ Alman Hukukunda yardımcı üreme tekniklerindeki gelişmelerden sonra ancak 1998 yılında hukukî annenin tanımı yapılarak doğuran kadının anne olduğu kanunî bir zemine kavuşturulmuştur. (Alman BGB m. 1591). Bu düzenlemeyle anneliğin bölünmesi engellenmek istenmiş, bununla birlikte doğuran kadına, iradesi dışında başka birine ait embriyo nakli durumunda dahi anneliği reddetme imkânı tanınmamıştır. Bu düzenlemenin getirilişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gössl, **ag.e.**, s. 136; Gruenbaum, **a.g.e.**, s. 478; Saarloos, **a.g.e.**, s. 16.

⁷⁸⁰ Preliminary Document No 3C, para. 26, s. 17.

⁷⁸¹ Örneğin, Finlandiya hukukunda ticarî taşıyıcı annelik yapılması durumunda müstakbel ebeveynin çocuğu evlât edinmesine izin verilmemektedir. Belçika mahkemeleri de ticarî ve geleneksel taşıyıcı annelik yapılan bir davada, müstakbel annenin çocuğu evlât edinmesini talebini reddetmiştir. Bkz. Preliminary Document No 3C, s. 17, dn. 134. Benzer şekilde İrlanda hukukunda da ticarî taşıyıcı annelik söz konusuysa müstakbel anne ve babanın çocuğu evlât edinmesine izin verilmemektedir. Bkz. Maebh Harding, "Ireland", **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International**

Bu noktada belirtmek gerekir ki AİHM, çocuğun özel hayatına saygı hakkının, çocuğun anne ve babasıyla soybağı ilişkisini de kapsayacak şekilde kendi kişisel ve sosyal kimliğinin özünü belirleyebilme yetkisi şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir⁷⁸². Çocuğun, anne ve babasıyla soybağı ilişkisinin kurulmaması durumunda çocuğun vatandaşlık veya miras hakkı gibi kimliğinin diğer parçalarını oluşturan hususların da tehlikeye girmesi söz konusu olabilecektir⁷⁸³. Taşıyıcı anneliğin yasaklanmasına ilişkin toplumsal menfaatin, çocuğun menfaatleri ile dengelenmesinin önemli olduğuna dikkat çekilmiştir⁷⁸⁴.

Çocuğun kişilik ve kimlik hakkının bir diğer görünümü ise “*çocuğun soyunu sopunu öğrenme ve gerçek anasını babasını tanıma hakkı*”⁷⁸⁵ şeklinde ifade edilen çocuğun kökenini öğrenme hakkıdır. Çocuğun anne ve babasının kimliğini bilmesi sadece kişiliğinin en önemli kısmını oluşturmamakta aynı zamanda çocuğun, fiziksel ve zihinsel sağlığı konusunda genetik haritasını öğrenmede büyük bir menfaati bulunmaktadır⁷⁸⁶.

Çocuğun doğumundan itibaren genetik anne ve babasıyla ilgili bilgi edinebilmesi ve onlarla ebeveyn-çocuk ilişkisi geliştirme imkânına sahibi olması, AİHS m.7⁷⁸⁷, de çocuğun mümkün olduğunca anne ve babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkı ve AİHS m.8⁷⁸⁸, de yer alan Devletlerin çocuğun kimliğini koruma yükümlülüğünün bir sonucudur.

Bu açıklamalarla çocuğun genetik anne ve/veya babasıyla soybağının kurulabilmesi imkânının bulunması, çocuğun menfaatlerinin gözetilmesi bakımından önem arz eder. Çalışmamızın Birinci Bölümünde incelediğimiz üzere, doğuran kadının anne olduğu ilkesi aslında yumurta sahibi kadının, aynı zamanda çocuğu

Level, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 228. Fransız hukukunda taşıyıcı annelik kamu düzenine aykırı olduğundan, *Cour de Cassation* birçok kararında müstakbel annenin çocuğu evlât edinemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Saarloos, **a.g.e.**, s. 17.

⁷⁸² AİHM, *Mennesson v. France*, para. 46 ve 99 ve AİHM *Labassee v. France*, para. 75-79.

⁷⁸³ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 98.

⁷⁸⁴ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 84.

⁷⁸⁵ Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 163.

⁷⁸⁶ Baysal, **a.g.e.**, s. 494; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 163.

⁷⁸⁷ AİHS m.7 hükmü şu şekildedir: “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır”

⁷⁸⁸ AİHS m.8 hükmü şu şekildedir: “Taraf Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler.”

doğuran kadın olduğu anlayışından gelmektedir⁷⁸⁹. Bununla birlikte, anneliğin sadece doğum olayıyla kurulduğunu söylemek, tüp bebek yöntemiyle başlayan yardımcı üreme teknikleri öncesi dönemdeki kadar kolay değildir. Zira artık anneliğin belirlenmesinde gebeliğin ve genetiğin rolünün ayrılması mümkün hâle gelmiştir ve genetik bağ da doğum kadar eski ve güçlü bir bağıdır. Bu nedenle eğer yumurta sahibi kadın ile doğuran kadın birbirinden ayrılıyorsa bizim de katıldığımız görüşe göre, genetik bağa üstünlük tanınması gerekmektedir⁷⁹⁰.

Genetik bağın dikkate alınması gerekliliğinin bir diğer nedeni de kan hısımlığında esas alınan bağın, genetik bağ olmasıdır. Bu kapsamda, gelecek nesillerin sağlıklı olması için getirilen evlenme yasakları, aralarında genetik bağ bulunan hısımlar bakımından söz konusu olur. Taşıyıcı annenin hukuken anne kabul edilmesi durumunda, çocuk kendisine hiçbir genetik bağı bulunmayan bir kadına bağlanacak ve hısımlar arası evlenme yasağı da taşıyıcı anne ile çocuk arasındaki ilişkiye göre tespit edilecektir⁷⁹¹. Böyle bir sonucun çocuğun üstün menfaati yanında devletin menfaatlerine de uygun olmayacağı açıktır.

Genetik/müstakbel baba ile çocuk arasında soybağı, taşıyıcı annenin bekâr olması durumunda uygulanacak hukuka göre çoğu zaman tanıma veya babalık hükmüyle kurulabilmektedir. Öte yandan taşıyıcı annenin evli olması hâlinde, öncelikle taşıyıcı annenin kocasıyla çocuk arasında babalık karinesi gereği kurulan soybağının reddedilmesi gerekmektedir. Ancak üreme tekniklerindeki gelişmelerle soybağı alanında kabul edilen düzenlemelerden biri de yapay döllemeye rıza gösteren kocanın, babalığı reddedemeyeceğine ilişkin hükümlerdir⁷⁹². Taşıyıcı annenin kocası, taşıyıcı annelik yöntemine rıza göstermişse soybağını reddedemeyecektir. Böyle bir durumda, çocukla genetik babası arasında soybağının kurulması mümkün olmayabilir.

Uygulanacak yabancı hukukta, doğumla olmasa bile sonradan tanımayla veya mahkeme kararıyla genetik/müstakbel anne ve/veya baba ile çocuk arasında

⁷⁸⁹ Nomer H., **a.g.e.**, s. 563-565.

⁷⁹⁰ Taşıyıcı annelikte anneliğin tespitine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I, Başlık V/C.

⁷⁹¹ Çelik, **a.g.e.**, s. 44; Keskin, **a.g.e.**, s. 21-22.

⁷⁹² Çekya, Belçika, İspanya gibi hukuklarda koca yapay döllemeye rıza göstermişse çocukla genetik bağın bulunmaması, babalığın reddi sebebi olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Preliminary Document No. 3C, s. 14. Ayrıca Hollanda (DCC) m. 1:200(3)'e göre, erkek, çocuğun gebe kalmasıyla sonuçlanabilecek bir eyleme rıza göstermişse, babalığını reddedemez.

soybağının kurulması imkânının bulunmaması⁷⁹³ kanaatimizce Türk kamu düzenini ilgilendiren bir meseledir. Özellikle tarafların Türk vatandaşı olması veya Türkiye’de mutad meskenleri bulunması gibi Türkiye’yle yakın bağlantıları varsa çocuğun genetik anne ve babasıyla soybağının kurulması Türk kamu düzeninin bir gereğidir. Tıbbî açıdan yumurtası kullanılan kadın, anne ve sperm hücreleri kullanılan erkek babadır. Çocuğun genetik anne ve babasıyla arasında soybağının kurulması bu tıbbî gerçeğin hukukî gerçeğe dönüşerek hukuk düzeni tarafından korunmasını ifade eder⁷⁹⁴. Evlenme yasakları ile sağlıklı gelecek kuşakların yetişmesinde devlet menfaatinin bulunduğu da açıktır. Bütün bu nedenlerle yabancı hukukun genetik anne ve/veya babayla soybağı kurulmasına izin vermemesi kanaatimizce Türk hukukunun temel değerlerini ihlâl eder niteliktedir ve Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil eder.

Yabancı hukukun uygulanmasıyla ortaya çıkan sonucun Türk kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle uygulanmaması gerektiği kanaatine varıldıktan sonra genetik/müstakbel anne ve/veya babayla çocuk arasında soybağının kuruluşuna doğrudan Türk hukukunu uygulamak yerine MÖHUK m. 16/f.1’de yer alan bir sonraki bağlama noktasına gidilerek bu hukuka göre soybağının kurulmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir⁷⁹⁵. Bağlama noktalarına göre sırayla yetkili kılınan hukuklardan hiçbirisi çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya baba arasında soybağının kurulmasını tesis edemiyorsa bu durumda son çare olarak Türk hukuku uygulanmalıdır.

Türk hukukunun uygulanması durumunda doğuran kadının anne olduğu karinesinin kesin bir karine değil, adi bir karine olarak kabul edilerek aksinin ispat edilmesi hâlinde soybağının reddi mümkün olmalıdır. Taşıyıcı anne, ilk başta çocuğun hukukî annesi olarak kabul edilse bile anneliğin reddinden sonra çocukla genetik anne arasında soybağının tanıma veya annelik hükmüyle kurulması sağlanmalıdır. Bu noktada babalığın reddi davasına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna varılmıştır⁷⁹⁶.

⁷⁹³ Bu kapsamda, babalık karinesi gereği çocuğun hukukî babası olan taşıyıcı annenin kocasının soybağını reddetme hakkı bulunmaması da genetik/müstakbel baba ile çocuk arasında soybağının kurulamaması anlamına gelir.

⁷⁹⁴ Baysal, **a.g.e.**, s. 517.

⁷⁹⁵ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 124.

⁷⁹⁶ Bkz. Bölüm I, Başlık VI/B-2.

IV. Soybağının Evlât Edinmeyle Kurulmasına Uygulanacak Hukuk

A. Genel Olarak

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuk ile genetik/müstakbel anne ve babası arasındaki soybağı konusunun *lex fori*'ye göre vasıflandırılması esastan hareketle çocukla hem genetik/müstakbel anne hem de genetik/müstakbel baba açısından soybağının kan bağı esastyla kurulmasına ilişkin MÖHUK m. 16 hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

MÖHUK m. 16/f.1 hükmünün uygulanması sonucunda taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının kurulması amacına ulaşılammışsa müstakbel ebeveynle çocuk arasındaki soybağının evlât edinmeyle kurulmasının mümkün olup olmadığının da incelenmesi gerektiği kanaatinizdeyiz. Yabancılık unsuru içeren evlât edinme işlemlerine MÖHUK'un "Evlât Edinme" başlıklı 18. maddesinde yer alan hükümler uygulanacaktır. Ayrıca MÖHUK m.1/f.2 gereği, milletlerarası sözleşmeler kapsamında girdikleri konularda MÖHUK hükümlerine göre öncelikli olarak uygulanacaktır.

Çalışmamızın bu bölümünde, öncelikle çocukla genetik/müstakbel anne ve/veya baba arasındaki soybağının evlât edinmeyle kurulmasına uygulanacak hukuk ve bu hukukun kapsamı tespit edilerek sınıraşan taşıyıcı annelik yönteminde soybağının evlât edinmeyle kurulmasının kendine özgü sonuçları değerlendirilecektir. Daha sonra sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, genetik/müstakbel anne ve/veya babası tarafından evlât edinilmesi, ülkelerarası evlât edinmeye konu olabileceğinden bu konunun hassasiyeti dikkate alınarak milletlerarası sözleşmeler ve milletlerarası sözleşmelerde benimsenen ilkeler incelenecektir.

B. MÖHUK'a Göre Evlât Edinme

Evlât edinme, belirli şartlar altında ve belirli bir usule göre gerçekleşen ve evlât edinen ile evlâtlık arasında yapay bir soybağı tesis eden aile hukuku kurumu olarak tanımlanmaktadır⁷⁹⁷. Yabancılık unsuru içeren evlât edinme ilişkilerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 18 hükmüne göre tespit edilecektir. Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocukla müstakbel ebeveyn arasındaki soybağının evlât edinmeyle kurulup kurulamayacağı MÖHUK m. 18'deki şartlara göre incelenecektir.

⁷⁹⁷ Baygın, a.g.e., s. 137.

1. Evlât Edinme Ehliyeti ve Şartlarına Uygulanacak Hukuk

Evlât edinme ilişkisinin kurulabilmesi için öncelikle tarafların evlât edinme ve edinilme ehliyetlerinin bulunması gerekir. Ayrıca evlât edinenin veya edinilenin yaşına ilişkin sınırlar ve aralarındaki yaş farkı, evlât edinenin çocuğunun bulunup bulunmaması gibi kişisel özellikleri, hâkimin, evlât edinmenin çocuğun yararına olduğuna kanaat getirmesi, çocuğun veya kanunî temsilcisinin rızası gibi maddî olgular da evlât edinmenin gerçekleşmesi için aranabilir⁷⁹⁸.

Türk hukukunda esas olan küçüklerin evlât edinilmesidir. Küçükleri evlât edinebilmek için evlât edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması (TMK m. 305/f.1), evlât edinmenin küçüğün yararına olması (TMK m. 305/f.2/c.1), evlât edinenin diğer çocuklarının yararının hakkaniyete aykırı biçimde zedelenmemesi (TMK m. 305/f.2/c.2) gibi koşulların yanında evlât edinenin, evlât edinilen çocuktan en az on sekiz yaş büyük olması gibi (TMK m. 308/f.1)⁷⁹⁹ evlât edinene özgü şartlar da bulunmaktadır.

Çocuğun daha önce başkası tarafından evlât edinilmemiş olması ve evlât edinilen ayırt etme gücüne sahipse rızasının alınmış olması (TMK m. 308/f.2) evlât edinmede, çocuğa özgü şartlar arasında yer almaktadır. Ayrıca, kural olarak evlât edinilenin, anne ve babasının rızasının alınmış olması da gerekir (TMK m. 309/f.1).

Çocuğun menfaati bakımından evli çiftler, kural olarak çocuğu ancak birlikte evlât edinebilirler. Evli olmayanlar ise birlikte evlât edinemezler (TMK m. 306/f.1). Evlât edinmek isteyen eşlerin, en az beş yıldır evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş olmaları gerekir (TMK m. 306/f.2)

⁷⁹⁸ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 137-138; Beste Gemici Filiz, Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016, s. 35-36; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 286; Nomer, **DHH**, s. 282; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 217; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 182; Zeynep Derya Tarman/Işık Önay, “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, **AUHFD**, C. 60, S.2 2011, s. 335.

⁷⁹⁹ Bu noktada Anayasa Mahkemesinin 17.10.2023 tarihli Resmî Gazetede yayımlanan 32342 sayılı kararındaki esaslara değinmek gerekir. Bu kararda mahkeme, TMK m. 308/f.1 hükmündeki 18 yaş kuralına istisna getiren bir hüküm olmaması nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğine hükmetmiştir. Gerçekten de evlât edinilenin üstün menfaatinin gerektirdiği hâllerde 18 yaş farkı kuralında ısrar etmek kanun koyucunun evlat edinilecek kişiye dönük koruma amacını ihlâl edebilir. Dolayısıyla kanun koyucunun söz konusu hükmün uygulanışı için bir istisna öngörmesine kadar hukuk uygulamasında burada bir örtülü kanun boşluğu olduğunu kabul etmek ve bu suretle TMK m. 2/f.2 hükmünden hareketle söz konusu kuralı amaca göre sınırlamak ve evlât edinilecek kişiyle evlât edinen arasında sağlıklı bir ebeveyn çocuk ilişkisinin tesis edilmiş olduğu hâllerde evlât edinen ile evlat edinilecek kişi arasında 18 yaş fark bulunmasa bile evlatlık ilişkisinin kurulmasına hükmedilmesi gerekir.

Eşlerin birlikte evlât edinme kuralının istisnaları da bulunmaktadır. Bunun ilk istisnası, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu tek başına evlât edinebileceğine ilişkin düzenlemedir. Buna göre, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş olması koşuluyla eşlerden biri, diğerinin çocuğunu tek başına evlât edinebilecektir (TMK m. 306/f.3)⁸⁰⁰. Kuralın ikinci istisnası ise, otuz yaşını dolduran eşin, eşlerin birlikte evlât edinmesinin hukuken veya fiilen olanaksız olduğunu ispat etmesi hâlinde tek başına evlât edinebileceğine ilişkin düzenlemedir (TMK m. 307/f.2)⁸⁰¹.

Yabancılik unsuru ihtiva eden evlât edinmelerde, evlât edinme ilişkisinin geçerli olması için gereken şartların hangi hukuka göre tespit edileceğini MÖHUK m. 18/f.1 ve f.2 hükümleri göstermektedir. MÖHUK m. 18/f.1'e göre, "*Evlât edinme ehliyeti ve şartları, taraflardan her birinin evlât edinme anındaki millî hukukuna tâbidir.*" Bu düzenlemeyle, evlât edinmenin şartlarından olan diğer eşin rızası⁸⁰² hariç, evlât edinmenin maddî şartları 1. fıkra hükmüne tâbi kılınmıştır.

Öğretide, evlât edinmenin maddî şartları incelenirken "taraflardan her birinin evlât edinme anındaki millî hukuku" ifadesiyle, her bir tarafa, sadece kendi millî hukukunun uygulanması gerektiğinin anlaşıldığı görüşü⁸⁰³ ile her iki tarafın millî hukukunun birlikte uygulanması gerektiğinin anlaşıldığını ileri süren görüş⁸⁰⁴ bulunmaktadır. Yargıtay uygulamalarına bakıldığında, her iki tarafın millî hukuklarının birlikte uygulandığı görülmektedir⁸⁰⁵.

Kanun koyucu evlât edinme ehliyeti ve şartları konusunda, tarafların hangi andaki millî hukuklarının dikkate alınacağı konusunda sabit bir kural getirerek evlât edinme

⁸⁰⁰ Üvey çocuğun evlât edinilmesinde velâyete ilişkin sorunlar çıkması mümkündür. Zira üvey çocuğun evlât edinilmesiyle çocuğun velâyeti, TMK m. 314/f.1'e göre evlât edinen eşe geçecek ve öz anne ve babasının çocuk üzerindeki velâyet hakkı ortadan kalkacaktır. Medenî Kanun'da bu duruma özel bir düzenleme getirilmesi gerektiği görüşü için bkz. Baygın, **a.g.e.**, s. 164; Serozan, **Çocuk Hukuku**, s. 227.

⁸⁰¹ TMK m. 307/f.2 hükmüne göre, "*Otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden beri eşinden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlât edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi hâlinde, tek başına evlât edinebilir.*"

⁸⁰² Eşlerin rızasına uygulanacak hukuk bir sonraki başlıkta incelenecektir.

⁸⁰³ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 307; Tarman/Önay, **a.g.e.**, s. 337; Tekinalp, **a.g.e.**, s. 184.

⁸⁰⁴ Bu görüşe göre, evlâtlığın menfaati ve topal evlât edinmelerin önlenmesi için her iki tarafın millî hukukunun birlikte dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla, bu iki hukuktan hangisi daha ağır şartlar öngörüyorsa o hukukun aradığı şartlara uyulmalıdır. Bkz. Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 138, Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 287; Gemici Filiz, **a.g.e.**, s. 38-39; Nomer, **DHH**, s. 282-283; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 219-220.

⁸⁰⁵ Y.2.HD., E.1982/3640, K.1982/4124, T.6.5.1982. Bkz. Tekinalp, **a.g.e.**, s. 183, dn. 22.

anını esas almıştır⁸⁰⁶. Bunun nedeni, tarafların evlât edinme anında sahip oldukları vatandaşlıkları esas alınarak kurulmuş evlât edinme ilişkisinin geçerliliğinin, tarafların vatandaşlıklarının sonradan değişmesi hâlinde etkilenmesine engel olma gayesidir⁸⁰⁷.

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, Türkiye’de genetik/müstakbel anne ve/veya babası tarafından evlât edinmek istenmesi durumunda evlât edinme ehliyet ve şartları, her bir evlât edinen bakımından ayrı ayrı incelenecektir. Dolayısıyla, genetik anne ve çocuk arasındaki şartlara anne ve çocuğun millî hukukları, genetik baba ile çocuk arasındaki aşamaya ise baba ve çocuğun millî hukukları uygulanacaktır⁸⁰⁸. Evlât edinilen çocuğun millî hukukuna göre evlât edinme şartları açısından Türk hukukunda aranan şartlardan⁸⁰⁹ daha ağır şartlar öngörülmüşse bu şartların yerine getirilmiş olması gerekir.

Çocukların, öncelikle kendi ülkelerinde evlât edindirilmesi ilkesi, milletlerarası sözleşmelere paralel olarak Küçüklerin Evlât Edinilmesinde Aracılık Faaliyetlerinin Yürütülmesine İlişkin Tüzük⁸¹⁰ (Evlât Edinme Tüzüğü) m.1(b) hükmünde de kabul edilmiştir. Dolayısıyla, Türkiye’de yabancılık unsuru içeren evlât edinmelere ancak Türkiye’de evlât edindirilemeyen çocuklarla⁸¹¹ sınırlı olarak imkân tanındığı söylenebilir⁸¹². Evlât Edinme Tüzüğüne göre evlât edinilen, “*Hakkında mahkemece korunma kararı alınan veya ailesi tarafından evlât edinilmesine rıza gösterilen küçüğü*” ifade etmektedir (m. 2(b)). Korunmaya muhtaç küçük⁸¹³ kapsamına ise anne

⁸⁰⁶ Bu kapsamda MÖHUK m. 18/f.1 hükmü, MÖHUK m. 3 hükmünde düzenlenen dava anının esas alınacağına ilişkin düzenlemenin istisnasını oluşturmaktadır.

⁸⁰⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 221.

⁸⁰⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 219, dn. 215.

⁸⁰⁹ Türk hukukunda evli çiftlerin evlât edinilmesinde aranan şartlar küçüğün bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması ayrıca evli kişilerin otuz yaşını doldurmuş olması şartıdır. Ancak, çift, en az beş yıldan beri evliyse otuz yaş şartı aranmayacaktır. Ayrıca evlat edinen ile edinilen arasında en az on sekiz yaş farkı bulunması ve evlat edinilenin anne ve babasının rızasının alınması gerekir.

⁸¹⁰ RG. 15.03.2009-27170. Evlât Edinme Tüzüğü m. 1/(b) hükmü şu şekildedir: “*Küçüğün; yüksek yararının gözetilmesine, temel haklarının güvence altına alınmasına, kaçırılmasının, satılmasının veya ticaretinin önlenmesine, öncelikle kendi ülkesi içinde evlât edindirilmesine, ülkesinde evlât edinecek veya yanına yerleştirilecek kişi veya eşler bulunmadığı takdirde ülkelerarası evlât edindirilmesine... ilişkin hükümleri kapsar,*”

⁸¹¹ Türkiye’de evlât edindirilemeyen çocuklar; çeşitli doğum kusurları olan, devamlı bir tedavi gerektiren sağlık sorunları yaşayan veya çeşitli engelleri olan çocuklar ile yaşı büyük olduğu veya kardeşi olduğu için evlât edinilmeyen çocuklardır. Bkz. Özel, **Evlât Edinme**, s. 616.

⁸¹² Özel, **Evlât Edinme**, s. 616; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 215. Ayrıca Mülga Evlat Edinme Yönergesinde, Türk vatandaşı çocukların, yabancılar veya mutad meskeni Türkiye dışında bulunan Türk vatandaşları tarafından evlât edinilmesinde, çocuğun üç yaşından büyük olması hâlinde evlât edinecek eşlerden en az birinin Türkçe konuşabilmesi şeklinde ek bir şart da bulunmaktaydı. (Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 19.01.2018 Tarihli ve 7742 Sayılı Olur’u ile 1.08.2002 tarihli Evlât Edinme Yönergesi yürürlükten kaldırılmıştır.)

⁸¹³ Korunmaya muhtaç küçük, Evlât Edinme Tüzüğü m. 2(g) hükmünün yaptığı atıf gereği 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu m. 3(b) hükmüne göre tespit edilir. Bu hükme göre; “*Korunmaya ihtiyacı olan çocuk; beden, ruh ve ahlak gelişimleri veya şahsi güvenlikleri tehlikede*

veya babasız, anne ve babasız ya da anne ve babasından biri veya her ikisi de belli olmayan çocuklar da girmektedir. Sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk da anne ve/veya babasının belli olmaması gibi bir nedenle koruma altına alınmış olabilir. Bu durumda çocuğun, öncelikle Türkiye’de ülke içi evlât edinilme imkânı araştırılmadan müstakbel ebeveynin çocuğu evlât edinmesi mümkün gözükmemektedir⁸¹⁴.

Öte yandan, modern kanunlarda ve uluslararası sözleşmelerde de kabul edilen evlât edinmenin, evlât edinilenin yararına olması koşulunun dikkate alınması gerekmektedir⁸¹⁵. Kanaatimizce, çocuğun genetik/müstakbel anne ve babası tarafından evlât edinilmesinde menfaatinin bulunduğu açıktır. Bu nedenle, MÖHUK m. 18/f.1 hükmünde aranan diğer koşulların da yerine getirilmiş olması şartıyla çocuğun, genetik anne ve babası tarafından evlât edinilmesine izin verilmelidir.

2. Eşlerin Rızasına Uygulanacak Hukuk

Türk hukukunda istisnâî hâller dışında evli kişilerin birlikte evlât edinmesi esas olduğundan, evlât edinenin eşinin rızası söz konusu olmaz. Diğer yandan, ergin veya kısıtlıların evlât edinilmesi hâlinde evli bir kişinin ancak diğer eşin rızasıyla evlât edinebileceği düzenlenmiştir (TMK m. 313/f.2)

Yabancılik unsuru içeren evlât edinmelerde, evli bir kişinin tek başına evlât edinmesinin mümkün olduğu MÖHUK m.18/f.1 hükmüne göre tarafların millî hukuklarının birlikte uygulanmasıyla tespit edildikten sonra, diğer eşin bu evlât edinme işlemine rızasının gerekip gerekmediği MÖHUK m. 18/f.2 hükmüne göre belirlenecektir. Aynı doğrultuda, evlât edinilenin evli olması hâlinde MÖHUK m. 18/f.1’in uygulanması sonucunda evli birinin evlât edinilmesi mümkünse MÖHUK m.

olup; 1. Ana veya babasız, ana ve babasız, 2. Ana veya babası veya her ikisi de belli olmayan, 3. Ana ve babası veya her ikisi tarafından terk edilen, 4. Ana veya babası tarafından ihmal edilip; fuhuş, dilencilik, alkollü içkileri veya uyuşturucu maddeleri kullanma gibi her türlü sosyal tehlikelere ve kötü alışkanlıklara karşı savunmasız bırakılan ve başıboşluğa sürüklenen çocuktur.”

⁸¹⁴ Genetik/müstakbel anne ve babanın mutad meskenlerinin 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi kapsamında, başka bir âkit devlette bulunması durumunda evlât edinme işlemi Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi hükümlerine göre yürütülecektir.

⁸¹⁵ TMK m. 305/f.2. Ayrıca, Alman (BGB) m. 1745, İsviçre Medenî Kanunu m. 264 ve Avusturya Medenî Kanunu m. 180a hükümleri, evlât edinmede çocuğun yararının gözetilmesi gerektiğini düzenler. Çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi hakkında bilgi için bkz. Tarman/Önay, **a.g.e.**, s. 346, dn. 37.

18/f.2 hükmü uygulanır. MÖHUK m. 18/f.2'ye göre, “Evlât edinmeye ve edinilmeye diğer eşin rızası konusunda eşlerin millî hukukları birlikte uygulanır”⁸¹⁶.

Bu hükme göre, evlât edinenin eşinin rızası hususunda sadece evlât edinen ve eşinin millî hukukları birlikte uygulanacak olup evlâtlığın millî hukuku dikkate alınmaz. Aynı doğrultuda, evlat edinilenin eşinin rızası konusunda da sadece evlât edinilen ve eşinin millî hukukları dikkate alınacak evlât edinenin millî hukuku dikkate alınmayacaktır⁸¹⁷.

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocukla, genetik/müstakbel baba arasındaki soybağı MÖHUK m.16/f.1'e göre yetkili kılınan hukuka göre tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuşsa, genetik/müstakbel annenin çocuğu tek başında evlât edinmesi gerekmektedir. Bu durumda, genetik/müstakbel annenin çocuğu tek başına evlât edinebilmesinin mümkün olduğu MÖHUK m.18/f.1'e göre yetkili olan hukuka göre tespit edildikten sonra, diğer eşin rızasının gerekip gerekmediği, eşlerin millî hukuklarının birlikte uygulanmasıyla belirlenecektir.

Bu noktada, genetik baba ile çocuk arasındaki soybağı MÖHUK m. 16/f.1'e göre tespit edilen hukuka göre tanıma veya mahkeme kararıyla kurulduğunda soybağı, çocuğun doğum anından itibaren hüküm ifade edecektir. Genetik/müstakbel annenin çocuğu tek başına evlât edinmesine karar verilirse, karar tarihinden itibaren çocukla genetik anne arasında soybağı kurulacaktır. Soybağının genetik babayla doğumdan itibaren, genetik anneye evlât edinme tarihinden itibaren sonuç doğuracak olmasının anne ve baba açısından eşitsizliğe neden olacağı belirtilmiştir⁸¹⁸.

Bazı hukuk sistemleri, babanın sırf ülkelerarası evlât edinme prosedüründen kaçınmak amacıyla yabancı çocuğu tanımamasının kanuna karşı hile teşkil edeceğini belirterek buna izin vermemektedir⁸¹⁹. Babalığın tanınması, çoğu hukuk sisteminde sadece bir tanıma beyanıyla yapıldığından, ayrıca biyolojik bir bağın bulunduğu

⁸¹⁶ 2675 sayılı Mülga MÖHUK'ta sadece evlât edinme bakımından eşlerin rızası aranmaktayken, 5718 sayılı MÖHUK'la evlât edinme yanında evlât edinilme hâli de madde kapsamına dahil edilmiştir. 5718 sayılı MÖHUK gerekçesi için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1324m.htm>. (ET. 29.06.2022)

⁸¹⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 223.

⁸¹⁸ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 489.

⁸¹⁹ Örneğin, Hollanda hukukuna göre çocuğu tanıma yetkisi olmayan Hollanda vatandaşı erkeğin çocuğu tanınması kamu düzeni ihlâl eder (WCA m.10/2). Hollanda (DCC) m. 1:204 (1)'e göre, çocuğun annesinden başka bir kadınla evli olan erkeğin, çocuğu tanımamasına izin verilmemektedir. Ancak mahkeme, erkekle çocuğun annesi veya çocuk arasında yakın bir ilişkinin bulunduğu kanaat getirirse baba çocuğu tanıyabilir. WCA m. 10/ 2'nin amacı, bir Hollanda vatandaşının yurtdışındaki bir çocuğun babalığını tanıyarak ülkelerarası evlât edinme kurallarını aşmasını önlemektir. Bkz. Saarloos, **a.g.e.**, s. 234.

ilişkin kanıt istenmediğinden ülkelerarası evlât edinme sürecinin bir tanıma beyanıyla atlatılması engellenmek istenmiştir. Hukukumuzda, genetik/müstakbel anne ve babanın Türk vatandaşı olması durumunda, yabancı çocuğun baba tarafından tanınması ile Türk vatandaşlığını da kazanması sonucu, genetik anne ile çocuk arasındaki evlât edinme işlemlerinin Türk hukukuna göre gerçekleşmesini önleyecek bir düzenleme bulunmamaktadır⁸²⁰. Hatta sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, ülke içi evlât edinilme hükümlerine tâbi olması, ülkelerarası evlât edinme sürecinden daha kolay olduğu için kanaatimizce çocuğun menfaatine olur.

3. Evlât Edinmenin Hükümlerine Uygulanacak Hukuk

Evlât edinme kararıyla evlât edinen ve evlât edinilen arasında yapay bir soybağı ilişkisi kurulmuş olur⁸²¹. Evlât edinmenin, evlâtlığın kişisel durumuna, anne ve babaya ait hak ve yükümlere ve mirasçılığa ilişkin çeşitli hükümleri vardır.

Türk hukukuna göre, çocuğun soyadı konusunda evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını almasını esastır (TMK m. 314/f.3). Birlikte evlât edinme hâlinde çocuk, ailenin soyadını alırken evli bir kişinin istisnaî olarak tek başına evlât edinmesi durumunda çocuk, ailenin değil evlât edinenin soyadını alır⁸²². Bu noktada evli kişi, diğer eşin çocuğunu tek başına evlât edindiğinde çocuk, evlât edinenin soyadını alacaktır. Çocuğun ön adı konusunda, evlât edinenin dilerse çocuğa yeni bir ad koyabilmesi mümkündür (TMK m. 214/f.3/c.2).

Evlât edinmenin, çocuğun vatandaşlığı bakımından da sonuçları var. Bir Türk vatandaşı tarafından evlât edinilen küçük, evlât edinme karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanır⁸²³.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüğün, eşler tarafından birlikte evlât edinilmesinde nüfus kaydına anne ve baba adı olarak evlât edinen eşlerin isimleri

⁸²⁰ Bu durumda, eşlerden birinin diğerinin çocuğunu tek başına evlât edinebilmesi, evli çiftlerin birlikte evlât edinmesi zorunluluğunun istisnalarından biridir. Buna göre, genetik annenin, eşinin çocuğunu evlât edinmesi en az iki yıldan beri evli olmaları ve kendisinin otuz yaşını doldurmuş olması koşuluyla mümkündür (TMK m. 306/f.3).

⁸²¹ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 369; Baygın, **a.g.e.**, s. 211.

⁸²² Baygın, **a.g.e.**, s. 214.

⁸²³ TVK m. 17 hükmüne göre, “Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, millî güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir”.

yazılır (TMK m. 314/f.4)⁸²⁴. Bu hükümle, evlât edinen çift ve evlâtlık arasında kurulan yapay soybağı, doğal bir soybağı ilişkisine benzetilemeye çalışılmıştır⁸²⁵.

Evlât edinmeyle sadece evlât edinen ve evlâtlık arasında hısımlık doğar. Bu hısımlık kan bağına dayanmadığından evlâtlık ile evlât edinenin kan ve kayın hısımları arasında hısımlık ilişkisi meydana gelmez⁸²⁶. Ayrıca evlât edinme kararının verilmesiyle evlât edinen ve evlâtlık ya da onlardan biri ile diğerinin altsoyu arasında kesin evlenme yasağı söz konusu olur (TMK m. 129/b.3).

Velâyet ve bakım yükümlülüğü bakımından, evlât edinmeyle anne ve babaya ait olan hak ve yükümlülükler, evlât edinene geçmektedir (TMK m. 314/f.1/c.1). Evli kişinin tek başına evlât edinmesinin mümkün olduğu diğer eşin çocuğunun evlât edinilmesi durumunda, velâyet hakkının evlât edinene ait olacağı anlaşılmakla beraber evlât edinen ile asıl anne ya da babanın velâyet hakkına birlikte sahip olacağını kabul etmek gerekir⁸²⁷.

Son olarak evlât edinmeyle evlât edinen ve evlâtlık arasında nafaka yükümlülüğü doğar (TMK m.364) ve evlâtlık, evlât edinene mirasçı olur (TMK m.314/f.2).

Yabancılik unsuru içeren evlât edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 18/f.3 gereği tespit edilir. İlgili hükme göre, “*Evlât edinmenin hükümleri evlât edinenin millî hukukuna, eşlerin birlikte evlât edinmesi hâlinde ise evlenmenin genel hükümlerini düzenleyen hukuka tâbidir.*” Evli kişilerin birlikte evlât edinmesi durumunda, evlât edinmenin hükümlerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 13/f.3⁸²⁸ hükmüne göre belirlenecektir.

MÖHUK m. 18/f.3’te yer alan evlât edinmenin hükümleri kapsamına, evlât edinmenin sınırlı mı tam evlât edinme mi olduğu ve bunun hukukî sonuçlarına dair meseleler⁸²⁹, ada uygulanacak hukuk, evlât edinme ilişkisinin sona ermesi hâlinde

⁸²⁴ Ayırt etme gücüne sahip küçük veya erginlerin de evlat edinme anında istemeleri hâlinde bu haktan yararlanabilmesi gerekmektedir. Bkz. Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 52.

⁸²⁵ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 385. Hukukumuzda sınırlı veya basit evlat edinme sistemi benimsenerek evlat edinmeyle çocuk ile asıl aile arasındaki soybağı ortadan kalkmadığından, gerçek anne ve babanın gizlenmesinin bir çelişki olacağı belirtilmiştir. Baygın, **a.g.e.**, s. 219.

⁸²⁶ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 384-385; Baygın, **a.g.e.**, s. 222.

⁸²⁷ Baygın, **a.g.e.**, s. 229.

⁸²⁸ MÖHUK m. 13/f.3 hükmü şu şekildedir: “*Evliliğin genel hükümleri, eşlerin müşterek millî hukukuna tâbidir. Tarafların ayrı vatandaşlıkta olmaları hâlinde müşterek mutad mesken hukuku, bulunmadığı takdirde Türk hukuku uygulanır.*”

⁸²⁹ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 309.

soyadına ilişkin meseleler,⁸³⁰ üvey çocuğun evlât edinilmesinde velâyet hakkı ve kapsamı, çocuğun yerleşim yeri, öz anne ve babasıyla arasındaki ilişkiler girmektedir⁸³¹.

Yabancılık unsuru içeren evlât edinmelerde nafaka⁸³² konusu hüküm statüsü dışında kalmaktadır. Evlât edinilenin mirasçılığı konusunda ise hem MÖHUK m. 18/f.3 hem de mirasa ilişkin MÖHUK m. 20/f.1 hükmünün birlikte uygulanarak her iki hukukun da ilgililerin birbirlerine mirasçı olabileceği sonucuna ulaşıldıysa, mirasçılık oranlarının miras statüsüne göre çözümleneceği belirtilmiştir⁸³³.

C. 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi

Ülkelerarası evlât edinme, milletlerarası aile hukukunun oldukça hassas bir konusudur. Konunun bu özel önemi, ülkelerarası evlât edinme sürecinde bazı ilkelerin önsel kabulünü zorunlu kılmaktadır⁸³⁴. Devletlerin evlât edinmeye ilişkin düzenlemelerindeki farklılıkların yarattığı sorunlar yanında insanî boyutu da dikkate alınarak 1960 yılında İsviçre'nin Leysin kentinde yapılan bir seminerde uluslararası evlât edinmenin temel ilkeleri kabul edilmiştir⁸³⁵. Bu ilkelere bazıları şu şekildedir:

“Evlât edinme, temel olarak çocuğun yararına olmak kaydı ile; ana, baba ve çocuğun yakın akrabalarının yerini doldurabilecek en iyi seçenektir (1.ilke).

*Bir çocuğun bir kültürden başka bir kültüre taşınmasının her zaman çeşitli risklerinin olabileceğinden bahisle, çocuğun ülkelerarası evlât edinme işlemine tâbi tutulmasına karar verilmeden önce, kendi ülkesinde çocuk için var olabilecek bütün seçeneklerin tam olarak değerlendirilmiş olması gerekir (2. İlke)*⁸³⁶.

Hukukî olarak evlât edinme işlemi tamamlanmadan önce, çocuk ile müstakbel anne babanın kültürel yapısını anlayabilecek ve konusunda uzman bir sosyal hizmet

⁸³⁰ Hatice Selin Pürselim Arning, **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad (Ada, Ad Değiştirme Davasına, Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014, s. 192.

⁸³¹ Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 312.

⁸³² Nafaka konusunda, 1973 tarihli Nafaka Yükümlülüğüne Dair La Haye sözleşmesi hükümleri uygulanır.

⁸³³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 290; Gemici Filiz, **a.g.e.**, s. 48; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 224; Tarman-Önay, **a.g.e.**, s. 349. Mirasa ilişkin bütün hususların miras statüsüne tabi olması gerektiği görüşü için bkz. Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 141; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, 312-313.

⁸³⁴ Sibel Özel, “Ülkelerarası Evlat Edinme”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, 2011/1, s. 609.

⁸³⁵ Ahmet Cemal Ruhi, **Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s. 187 vd.

⁸³⁶ Ruhi, **Evlat Edinme**, s. 187.

bürosuna bağlı bu büronun yönetiminde çalışan bir sosyal hizmet uzmanının denetiminde altı aydan az olmayan bir deneme süresi olmalı, daha yetişkin çocukların varlığı durumunda ise bu süre daha uzun olmalıdır (9. İlke).

Bu adımlar, evlât edinmenin her iki ülkede de hukukî geçerliliğe sahip olmasını temin etmeye yönelik olmalıdır (12. ilke) ”⁸³⁷.

Bu temel ilkelerin yanında, 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi⁸³⁸ ve 1993 tarihli Evlât Edinme Sözleşmesi’nde de ülkelerarası evlât edinmeye ilişkin hükümler bulunmaktadır. Bu ilkelerden konumuz açısından en önemlisi, çocuğun ülkelerarası evlât edinme işlemine tâbi tutulmasına karar verilmeden önce kendi ülkesinde çocuk için var olabilecek bütün seçeneklerin tam olarak değerlendirilmiş olması gerekliliğine ilişkin ilkedir. Bu esas, ÇHS m. 21/b hükmünde ve Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi başlangıç bölümünde⁸³⁹ de kabul edilmiştir.

1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi, ülkelerarası evlât edinme sürecinin sağlıklı bir şekilde işletilmesine ilişkindir. Bu nedenle, yabancılık unsuru içeren evlât edinmelerde uygulanacak hukuk, MÖHUK’un “Evlât Edinme” başlıklı 18. maddesine göre tespit edilecektir. Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi ise ülkelerarası evlât edinme sürecinde MÖHUK’un 18.maddesi ile birlikte uygulanacaktır⁸⁴⁰.

⁸³⁷ Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 188.

⁸³⁸ ÇHS m. 21’e göre, “Evlât edinme sistemini kabul eden ve/veya buna izin veren Taraf Devletler, çocuğun en yüksek yararlarının temel düşünce olduğunu kabul edecek ve aşağıdaki ilkeleri gerçekleştireceklerdir:

a) Bir çocuğun evlât edinilmesine ancak yetkili makam karar verir. Bu makam uygulanabilir yasa ve usullere göre ve güvenilir tüm bilgilerin ışığında; çocuğun, ana-babası, yakınları ve yasal vasisine göre durumunu göz önüne alarak ve gereken durumlarda tüm ilgililerle yapılacak görüşme sonucu onların da evlât edinme konusundaki onaylarını alma zorunluluğuna uyarak, kararını verir;

b) Çocuğun kendi ülkesinde elverişli biçimde bakılması mümkün olmadığı veya evlât edinecek veya yanına yerleştirilecek aile bulunmadığı taktirde, ülkelerarası evlât edinmenin çocuk bakımından uygun bir çözüm olduğunu kabul ederler;

c) Başka bir ülkede evlât edinilmesi düşünülen çocuğun, kendi ülkesinde mevcut evlât edinme durumuyla eşdeğer olan güvence ve ölçülerden yararlanmasını sağlarlar;

d) Ülkelerarası evlât edinmede, yerleştirmenin ilgililer bakımından yasadışı para kazanma konusu olmaması için gereken bütün önlemleri alırlar;

e) Bu maddedeki amaçları, uygun olduğu ölçüde, ikili ya da çok taraflı düzenleme veya anlaşmalarla teşvik ederler ve bu çerçevede, çocuğun başka bir ülkede yerleştirilmesinin yetkili makam veya organlar tarafından yürütülmesini güvenceye almak için çaba gösterirler.” Sözleşme metni için bkz. <https://www.unicef.org/turkiye/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>. (ET. 26.06.2022)

⁸³⁹ Her Devletin, çocuğun asıl ailesinde kalmasını sağlayacak uygun tedbirleri öncelikle alması, uygun bir ailenin menşee Devletinde bulunmadığı bir çocuğa, ülkelerarası evlât edinmeyle devamlı bir aile sağlanmasındaki yarar dikkate alınarak kabul edilmiştir. Bkz. Özel, **Evlât Edinme**, s. 611; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 302. Sözleşme metni için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020153745turkce_lah33.pdf. (ET. 27.06.2022)

⁸⁴⁰ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 216.

Evlât Edinme Sözleşmesinin amacı, ülkelerarası evlât edinmelerin, çocuğun yüksek yararına, uluslararası hukukun ona tanıdığı temel haklara uygun yapılması için koruyucu tedbirleri tesis etmek, bu önlemlere uyulmasını sağlayarak çocukların kaçırılması, satımı ve ticaretinin önlenmesi konularında iş birliği yapılmasını ve âkit devletlerde, Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilen evlât edinmelerin tanınmasını sağlamaktır (m.1)⁸⁴¹.

Sözleşme, çocuğun, mutad meskeni olan âkit bir devletten (menşe devlet), başka bir âkit devlette (kabul eden devlet) mutad meskeni bulunan bir kişi veya çift tarafından, menşe devlette evlât edinildikten sonra veya kabul eden devlette ya da menşe devlette gerçekleşecek evlât edinme işlemleri için kabul eden devlete götürülmüş olması, götürülmekte olması veya götürülecek olması durumunda (m.2(1)) ve ancak devamlı bir ebeveyn-çocuk ilişkisi kuran evlât edinmeler hakkında uygulama alanı bulmaktadır (m.2(2)). Ayrıca çocuğun 18 yaşını doldurmamış olması gerekir (m.3). Görüldüğü üzere, sözleşmenin uygulanabilmesi için evlât edinen ve evlâtlığın vatandaşlıkları önem arz etmemekte, sadece tarafların mutad meskenlerinin farklı âkit devletlerde bulunması gerekmektedir⁸⁴².

Evlât edinme, Sözleşmeye göre menşe devlette de kabul eden devlette de gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, menşe devlet veya kabul eden devlet yetkili makamları tarafından belirli şartların yerine getirilmiş olması gerekmektedir.

Menşe devlet yetkili makamlarınca ülkelerarası evlât edinme işlemi, Sözleşmenin, 4. maddesinde yer alan şartların yerine getirilmiş olmasıyla gerçekleştirilebilir. Buna göre öncelikle, menşe devlet yetkili makamlarınca, “a) Çocuğun evlât edinmeye uygun olduğunun tespiti; b) Çocuğun menşe Devletinde yerleştirilme imkânları gerekli şekilde incelendikten sonra, ülkelerarası bir evlât edinmenin, çocuğun yüksek yararlarına uygun olduğunun tespiti;” yapılmalıdır.

Buna ek olarak, menşe devlet yetkili makamlarınca gerçekleştirilecek evlât edinme işlemlerinde verilecek muvafakatler ve rıza konusunda m. 4/(c)’de özel olarak düzenlenen şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Buna göre, “(1) Evlât edinme için muvafakati zorunlu olan kişi, kurum ve makamlarla gerekli görülen hallerde istişarede bulunulmuş ve özellikle bir evlât edinmenin çocuğun asıl ailesi ile olan hukukî ilişkisini

⁸⁴¹ Nomer, **DHH**, s. 290; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 302; Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 118; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 226.

⁸⁴² Özel, **Evlât Edinme**, s. 612.

sona erdirip erdirmediği ve rızalarının sonuçları hakkında gereğince bilgi verilmiş olması; (2) Söz konusu kişi, kurum ve makamların rızalarının serbestçe ve yasal şekle uygun olarak beyan edilmiş ve açıkça veya yazılı olarak verilmiş olması; (3) Bu muvafakatlerin para veya herhangi bedel mukabili elde edilmemiş ve muvafakatlerden vazgeçilmemiş olması; ve (4) Ananın rızası gerekmekte ise, ancak çocuğun doğumundan sonra verilmiş olması” şartları, geçerli bir rızanın varlığı için aranmaktadır. Sözleşme ayrıca, çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alınarak evlât edinme işleminde rızasının alınması gerektiği hâllerde, bu rızanın geçerliliği hakkında da bazı hususların dikkate alınması gerektiğini düzenlemiştir⁸⁴³.

Çocuğun evlât edinilmeye uygunluğu, menşe devletinin vereceği karara bağlıdır⁸⁴⁴. Bu konuda, Sözleşme herhangi bir kriter belirtmediğinden, menşe devletinin kanunlar ihtilâfı kuralları da dâhil olmak üzere kendi hukuku uygulanacaktır. Menşe devletinin kanunlar ihtilâfı kuralları, çocuğun evlât edinilmesi şartlarını millî hukukuna tâbi kılmışsa çocuğun vatandaşlığı dikkate alınabilecektir⁸⁴⁵.

Kabul eden devlet yetkili makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken bazı şartlar öngörülmüştür. Buna göre, kabul eden devlet yetkili makamlarınca, “a) Evlât edinecek olan ebeveynin, evlât edinme vasıflarına sahip ve uygun olduğunun tespit edilmesi, b) Gerekli görüldüğü takdirde evlât edinecek ebeveyn ile istişarede bulunulmasının sağlanmış olması, c) Çocuğun bu Devlete girmesine ve orada sürekli ikametine izin verilmiş veya verilecek olmasının tespit edilmesi” durumunda, ülkelerarası evlât edinme gerçekleştirilebilir.

⁸⁴³ Evlât Edinme Sözleşmesi m.4/(d)’ye göre, “Çocuğun yaşına ve olgunluğuna ilişkin şu hususların sağlanmış olması: (1) Çocuğun evlât edinmenin sonuçları ve gerekli ise buna rızası hakkında yeterince bilgilendirilmiş ve kendisiyle istişarede bulunulmuş olması; (2) Çocuğun arzu ve görüşlerinin nazara alınmış olması; (3) Çocuğun evlât edinmeye muvafakati gerekli ise bunun serbestçe ve aranan yasal şekillere uygun olarak verilmiş bulunduğu ve muvafakatin açıkça veya yazılı olarak verildiği hususunun tespit edilmiş olması; ve (4) Bu muvafakatin para ya da herhangi bedel mukabili elde edilmemiş olması.” gerekir.

⁸⁴⁴ Sözleşme m.16’ya göre, “(1) Menşe Devleti Merkezi Makamı çocuğun evlât edinilmeye müsait bulunduğuna kanaat getirirse; a) Çocuğun kimliği, evlât edinilmeye uygunluğu, geçmişi, sosyal çevresi, ailevi geçmişi, kendisinin ve ailesinin sağlık geçmişi ve çocuğun özel herhangi bir ihtiyacı hakkında bilgileri içeren bir rapor düzenler, b) Raporda, çocuğun yetişme koşulları ile etnik, dinî ve kültürel geçmişi göz önünde bulundurulur, c) 4. maddede öngörülen muvafakatların alınmasını sağlar, ve d) Özellikle çocuk ve evlât edinecek olanlar hakkındaki raporlara dayanarak, öngörülen yerleştirmenin çocuğun yüksek yararlarına uygun olup olmadığını belirler. (2) Merkezi Makam, menşe Devletinde ana babanın kimliğinin açıklanmaması gerekiyorsa bu hususu da dikkate alarak çocuk hakkındaki gerekli muvafakatların alındığının tevsiki ve çocuğun yerleştirilmesinin sebepleri hakkındaki raporunu, kabul eden Devletin Merkezi makamına yollar.”

⁸⁴⁵ Özel, **Evlât Edinme**, s. 613.

Sözleşme, ülkelerarası evlât edinme işlemlerinde aracılık faaliyetlerinin yürütülebilmesi için her bir âkit devlette bir merkezî makam tayin edilmesini öngörmektedir (m.6(1)). Türkiye’de, Sözleşme’nin uygulanmasıyla ilgili olarak Evlât Edinme Tüzüğü çıkarılmıştır. Tüzük m. 2/(i)’ye göre Türkiye’de, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü Çocuk Hizmetleri Dairesi Başkanlığı⁸⁴⁶ merkezi makam olarak kabul edilmiştir. Âkit devletlerde gerçekleştirilecek evlât edinme işlemleri bu merkezi makamlar aracılığıyla ve onların gözetimi altında gerçekleştirilecektir⁸⁴⁷.

Bu açıklamalardan sonra, genetik/müstakbel anne ve/veya baba, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğu, doğduğu ülkeden alıp kendi ülkelerine getirmek istediklerinde Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinin uygulanıp uygulanmayacağını tespiti gerekir. Sözleşmenin uygulama alanı bakımından iki tane önemli sorunun cevaplanması gerekir.

Birinci mesele, taşıyıcı annenin doğum yaptığı ülkenin, Sözleşmenin uygulanabilmesi bakımından çocuğun mutad meskeni olarak kabul edilip edilemeyeceğidir. Daha önce de ifade edildiği üzere, Sözleşmenin uygulanabilmesi için evlât edinenler ile evlâtlığın mutad meskenlerinin farklı âkit devletlerde bulunması gerekir (m.2(1)). Mutad meskenleri kabul eden devlette bulunan müstakbel ebeveyn, çocuğun doğum yeri ülkesine giderek çocuğu teslim almış ve çocuğun taşıyıcı anneye herhangi bir bağı olmadığı gibi doğum yeri ülkesinde kalması da planlanmıyorsa çocuğun mutad meskenin tespiti problem yaratır hatta çocuğun mutad meskeni tespit edilemeyebilir⁸⁴⁸.

İkinci sorun, müstakbel ebeveynin, çocuğu Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi anlamında evlât edinip edinemeyeceklerinin tespiti meselesidir. Sözleşme, evlât edinmenin tanımını yapmamakla birlikte, giriş bölümünün üçüncü paragrafında ülkelerarası evlât edinme, çocuğun menşe ülkesinde uygun bir aile bulunmaması durumunda çocuğa kalıcı bir aile sağlamanın yolu olarak tanımlanmıştır. Çocuğun öncelikle menşe ülkesinde evlât edinme imkânı bulunup bulunmadığı araştırılmadan

⁸⁴⁶ Öte yandan 3.6.2011 tarihli 633 sayılı KHK ile kurumun yerini, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü almıştır. Bkz. Gemici-Filiz, **a.g.e.**, s. 56.

⁸⁴⁷ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 227; Sözleşmede yer alan evlat edinme usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gemici-Filiz, **a.g.e.**, s. 54-57; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 304-306.

⁸⁴⁸ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 335.

genetik/müstakbel anne ve baba tarafından evlât edinilmesi kanaatimizce çocuğun üstün menfaati gereği mümkün olabilmelidir.

Devletlerin, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocukların soybağına ilişkin meselelerde uzun vadeli çözümler üretme çabaları, müstakbel anne ve babayla çocuk arasındaki soybağının evlât edinmeyle tesis edilebileceğini desteklemektedir. Örneğin, İngiliz hukukunda taşıyıcı annelik sonrası genetik anne ve babayla çocuk arasında soybağının tesisini sağlayan ebeveynlik kararı (*parentage order*) alma koşulları karşılanmadığında, evlât edinme veya özel vasilik kararları ebeveynlik kararına alternatif olarak verilebilmektedir⁸⁴⁹.

Bu konuda *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*⁸⁵⁰ davasında, Türk vatandaşı genetik/müstakbel anne ve baba, uzun süredir çocuk sahibi olamadıkları için Birleşik Krallığa giderek bir taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmişlerdir. Çocuğun dünyaya gelmesinden sonra, müstakbel anne ve babadan herhangi birinin yerleşim yeri Birleşik Krallıkta bulunmadığından, soybağının müstakbel anne ve babaya transferini sağlayan ebeveynlik kararı (*parentage order*) alamamışlardır⁸⁵¹. Mahkeme, bu durumda öncelikle 2002 tarihli Evlât Edinme ve Çocuk Kanunu bölüm 84/1⁸⁵²'e göre çocuğun velâyet sorumluluğunun müstakbel anne ve babaya verilmesine karar vermiştir⁸⁵³. Daha sonra mahkeme, Türk hukukunda uzman bir bilirkişiden bilgi alarak velâyet sorumluluğuna ilişkin bu kararın Türkiye’de tanınabileceği ve çiftin, Türkiye’de evlât edinme kararı alabilmesinin muhtemel olduğunu doğrulayan bir rapor almıştır⁸⁵⁴. Mahkeme, velâyet sorumluluğu kararı ile çocuğun Türkiye’de müstakbel anne ve baba tarafından evlât edinilmesini kolaylaştırmayı amaçladığını belirtmiştir⁸⁵⁵.

Birleşik Krallık mahkemesi, bu davada evlât edinme kararı vermemekle birlikte çocukla müstakbel anne ve babası arasında soybağının ebeveynlik kararı ile kurulamayacağını tespit ettikten sonra, çocuğun yüksek yararının, Türk vatandaşı

⁸⁴⁹ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 336.

⁸⁵⁰ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* [2007] EWHC 2814 (Fam). Kararın İngilizce tam metni için bkz. <https://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed984>. (ET. 03.07.2022)

⁸⁵¹ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*, para. 15.

⁸⁵² Çocuk ve Ebeveynlik Kanunu 84’e göre, Yüksek Mahkeme, Britanya Adaları dışındaki bir ülke veya bölgenin kanununa göre bir çocuğu evlat edinme niyetinde olduğuna karar verdiği kişilerin başvurusu üzerine, çocuk için velâyet sorumluluğunun kendilerine verilmesine karar verebilir. Maddenin İngilizce metni şu şekildedir: “*The High Court may, on an application by persons who the court is satisfied intend to adopt a child under the law of a country or territory outside the British Islands, make an order giving parental responsibility for the child to them.*” Bkz. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/section/84>. (ET. 03.07.2022)

⁸⁵³ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*, para. 46.

⁸⁵⁴ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*, para. 49.

⁸⁵⁵ *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)*, para. 50.

genetik anne ve babası tarafından bakılması olduğunu tespit ederek velâyet sorumluluğunun müstakbel anne ve babaya verilmesine karar vermiş ve çocuğun Türkiye’de evlât edinilme imkânının bulunup bulunulmadığını araştırmıştır.

Lahey Milletlerarası Hukuk Konferansı Daimî Bürosu, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi kapsamında ülkelerarası evlât edinilmeye konu olup olamayacağının değerlendirilmesinden önce, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devlet tarafından çocuğun statüsüne ilişkin çözülmesi gereken bir ön sorun olduğunu belirtmiştir. Buna göre, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu devletin (menşe devlet) hukukuna göre, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocukla doğrudan genetik/müstakbel anne ve baba arasında soybağı kurulabiliyorsa o ülke yetkili makamlarınca evlât edinilmeye uygun bir çocuk bulunmayacaktır⁸⁵⁶. Zira müstakbel anne ve baba, o ülke hukukuna göre zaten çocuğun hukukî anne ve babasıdır, çocuğu evlât edinmelerine gerek yoktur. Dolayısıyla, evlât edinme talebi Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi kapsamına girmeyecektir. Çocuğun mutad meskeni yetkili makamlarınca yapılacak inceleme sonucu, çocuğun evlât edinilmeye uygun olduğu sonucuna varılırsa ancak bu evlât edinme Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinin kapsamına girebilecektir⁸⁵⁷.

Lahey Konvansiyonu Daimî bürosu ayrıca taşıyıcı annelikle ilgili aşağıdaki endişelerini ifade etmiştir:

-Ülkelerarası evlât edinmenin ticarî bir işleme dönüşmesi fikrine açıkça karşı çıkan Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinin, ticarî nitelikteki bir taşıyıcı anneliğin tamamlanmasına yardımcı olmak için kullanılmasının en azından ironik olduğu belirtilmiştir⁸⁵⁸.

-Sözleşmenin izin ve muvafakatlere ilişkin düzenlemesi, taşıyıcı annelik bakımından zorlu bir engel teşkil eder. Sözleşmeye göre, çocuğun evlât edindirilebilmesi için alınması gereken muvafakatlerin herhangi bir bedel karşılığı alınmamış olması (m. 4/c/3) ve annenin rızası gerekiyorsa rızanın, çocuğun doğumundan sonra verilmiş olması gerekir (m. 4/c/4). Buna karşılık, ticarî taşıyıcı

⁸⁵⁶ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 338.

⁸⁵⁷ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 338.

⁸⁵⁸ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 339.

annelikte rıza, ticarî işlemin bir parçası olarak ve çocuğun doğumundan önce verilebilmektedir⁸⁵⁹.

-Sözleşmenin 4/(b) maddesine göre, çocuğun menşe devletinde yerleştirilme imkânları tamamen araştırıldıktan sonra ülkelerarası evlât edinme, çocuğun üstün yararınaysa mümkündür. Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, müstakbel anne ve babası tarafından evlât edinilmesi gerektiğinde ülkelerarası evlât edindirmenin ikincil niteliğine ilişkin bu incelemenin nasıl yapılacağı şüphelidir⁸⁶⁰.

-Sözleşmenin 17. maddesine göre⁸⁶¹, çocuğun müstakbel evlât edinenlere tesliminden önce bir dizi prosedürün tamamlanmış olması ve her iki devletin merkezi makamlarının evlât edinme işinin yürütülebileceği konusunda anlaşmaya varmış olması gerekir. Merkezî makamlar böyle bir anlaşmaya ancak gerekli şartların sağlandığı ve evlât edinmenin önünde hiçbir yasal engel bulunmadığını tespit ettikten varırlar. Öte yandan, taşıyıcı annelikte çoğu zaman, çocuğun önceden herhangi bir formalite veya güvence olmaksızın müstakbel ebeveyne teslimi söz konusu olmaktadır⁸⁶².

-Sözleşmede yer alan birçok şartın yanında Sözleşmenin 29. maddesindeki⁸⁶³ (aile içi evlât edinme hariç) kurala göre, müstakbel evlât edinenler ile çocuğun ebeveyni arasında bir dizi temel koşul yerine getirilene kadar hiçbir temas olmaması gerekir. Taşıyıcı annelikte ise taraflar en başından beri birbirini tanıdığından yakın bir temas hâlindeyler. Taşıyıcı anneliğin bu ilkeye de açıkça aykırı olduğu görülmektedir⁸⁶⁴.

Daimî Büro, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinde yer alan bu hükümlerden dolayı, ülkelerarası evlât edinmeye ilişkin düzenlemelerin sınıraşan taşıyıcı anneliğe uygun

⁸⁵⁹ Preliminary Document No. 11, para. 43, s. 21.

⁸⁶⁰ Preliminary Document No. 11, para. 43, s. 21.

⁸⁶¹ Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi m. 17 hükmü şu şekildedir: “Bir çocuğun menşe Devletinde evlât edinecek olan ebeveyne teslimine, ancak aşağıdaki şartlarda karar verilebilecektir: a) Söz konusu Devletin Merkezî Makamı evlât edinecek olan ebeveynin muvafakatini almış ise, b) Menşe Devleti Merkezî Makamı veya bu Devletin hukuku onaylamayı zorunlu kılıyorsa, kabul eden Devletin Merkezî Makamı tarafından da bu karar onaylanmış ise, c) Her iki devletin Merkezî Makamları, evlât edinme işinin yürütülebileceği konusunda anlaşmış ise, ve d) Sözleşmenin 5. maddesine uygun olarak, evlât edinecek olan ebeveynin, evlât edinme ehliyetine ve elverişliliğine sahip bulunduğu ve çocuğun kabul eden Devlete girmesine ve orada sürekli ikametine izin verilmiş olduğu veya verileceği hususları tespit edilmiş ise.”

⁸⁶² Preliminary Document No. 11, para. 43, s. 21-22.

⁸⁶³ Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi m. 29 hükmü şu şekildedir: “Evlât edinmenin aynı aileye mensup kişiler arasında gerçekleşmesi veya menşe Devletin yetkili makamı tarafından öngörülen şartlara riayet edilmiş olması halleri dışında, evlât edinecek olan ebeveyn ile çocuğun anne ve babası veya çocuğun bakımını üstlenmiş kişi arasında 4 üncü maddenin (a) ilâ (c) bentleri ile 5. maddenin (a) bendindeki şartlar yerine getirilinceye kadar bir ilişki kurulmayacaktır.”

⁸⁶⁴ Preliminary Document No. 11, para. 43, s. 22.

olmadığı sonucuna varmıştır. Bununla birlikte bu endişelerin, her durumda geçerli olmayabileceği de ortaya koyulmuştur. Örneğin, özgecil nitelikte bir taşıyıcı annelik söz konusuysa, rızanın herhangi bir bedel karşılığında alınmamış olması gerekliliğine ilişkin Sözleşmenin m. 4/c/3 düzenlemesi kapsamında bir sorun olmayacaktır⁸⁶⁵. Ayrıca müstakbel ebeveyn ve taşıyıcı anne arasında bir aile ilişkisi söz konusuysa 29. maddede yer alan müstakbel evlât edinenler ve çocuğun ebeveyni arasında herhangi bir temas olmamasına yönelik düzenleme açısından da problem ortaya çıkmayacaktır⁸⁶⁶.

Ülkelerarası evlât edinme sürecinin sağlıklı bir şekilde işletilmesi ve bu kapsamda çocukların korunması için gerekli tedbirler almayı hedefleyen Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinin, taşıyıcı annelikle doğan çocuklar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı tereddütler yaratmaktadır. Sözleşmenin 8. maddesi, âkit devletlere, çocuğun satılması, kaçırılması veya ticarete konu edilmesini önlemeye yönelik tedbirler alma konusunda yükümlülük yüklemiştir. Öte yandan genetik/müstakbel anne ve babanın, çocukla aralarında başka hiçbir türlü soybağı kuramamaları durumunda çocuğu evlât edinmeleri çocuğun yüksek yararının bir gereğidir. Ülkelerarası evlât edinme sürecinin sorunsuz yürütülebilmesi bakımından Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi, uygulama alanına girdiği sürece sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocukların evlât edinilmesinde de uygulanmalıdır.

⁸⁶⁵ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 340.

⁸⁶⁶ Bununla birlikte, Sözleşmenin 29. maddesi kapsamında çocukla genetik ebeveyn arasındaki genetik bağın, evlât edinmenin aile içinde gerçekleştiği anlamına gelip gelmediği sorusunun da cevaplandırılması gerekir. Bkz. Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 340.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
YABANCI DOĞUM ve TANIMA BELGELERİNİN TÜRK HUKUKUNDAKİ
ETKİLERİ ile YABANCI ÜLKEDE VERİLEN SOYBAĞINA İLİŞKİN
KARARLARIN TANINMASI

Sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan bir çocuğun soybağının kurulması meselesi kanunlar ihtilâfı hukukunun konusuna girmektedir. Bununla birlikte, yabancı ülkede çocuğun soybağı ilişkisinin kurulması durumunda bu ilişkinin niteliğine göre bulunduğu ülke dışında etki gösterebilmesi milletlerarası usul hukukunu ilgilendirmektedir.

Yabancı ülkede çocukla müstakbel ebeveyn arasındaki soybağı ilişkisinin yabancı doğum veya tanıma belgesine dayanması durumunda milletlerarası usul hukukumuz bakımından bu yabancı resmî belgelerde yer alan soybağı ilişkisi ispat gücü kapsamında incelenir. Soybağı ilişkisinin yabancı mahkeme kararına dayanması durumunda bu kararın Türkiye’de etki doğurabilmesi için Türk mahkemelerinden tanıma kararı alınması gerekmektedir.

Devletlerin taşıyıcı annelik ve soybağı hukuku alanlarındaki farklı düzenlemeleri nedeniyle sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle dünyaya gelen bir çocuğun bir devlette kurulan soybağı ilişkisinin diğer devletlerde etki doğurmaması total soybağı ilişkilerine neden olmaktadır. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı (*Hague Conference on Private International Law*) Daimî Bürosu (*the Permanent Bureau*) tarafından yapılan çalışmalarla bu yöntemle dünyaya gelen bir çocuğun bir devlette geçerli bir şekilde tesis edilen soybağının diğer devletlerde de tanınmasını sağlanmak amacıyla bir Protokol hazırlanmasına karar verilmiştir

Bu bölümde, sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan bir çocuk hakkında yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesi veya yabancı ülkede gerçekleşen tanımaya ilişkin belgelerin Türk hukukundaki etkileri, yabancı resmî belgelerin ispat gücü ve doğum olayının bildirilmesi ile sicile tescili hususları incelenecektir. Daha sonra yabancı devlet mahkemelerinden verilen çocuk ve müstakbel ebeveyn arasındaki soybağının kurulmasına ilişkin kararlar ile soybağının yabancı evlât edinme kararıyla

kurulması durumunda bu kararların Türkiye’de tanınmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilecektir. Son olarak sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun bir ülkede geçerli şekilde kurulan soybağının diğer devletlerde de etki doğurabilmesini temin etmek amacıyla Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Burosu tarafından hazırlanan taslak niteliğindeki Protokol hükümleri incelenecektir.

I. Yabancı Resmî Belgelerinin ispat Gücü ve Kişisel Durumun Tescili

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuk hakkında yabancı devlette düzenlenen doğum belgeleri, Türk hukukunda iki şekilde karşımıza çıkabilir. Birincisi, müstakbel anne ve baba yurt dışında düzenlenen doğum belgesini, çocukla aralarındaki soybağı ilişkisinin kurulduğunun kanıtı olarak Türk mahkemelerinde ileri sürebilirler. İkincisi, yabancı ülkede gerçekleşen doğumun Türk nüfus kütüğüne tescili için bildirimde bulunmak amacıyla kullanmak isteyebilirler.

Bazı hukuk sistemlerinde, yabancı ülkede verilen doğum belgesinde yer alan hukukî ilişkilerin, tanınması usulü söz konusu olabilmektedir. Böyle bir tanıma usulünün kabul edilmesinin sebebi, soybağı ilişkilerinin her devlette resmî makamlar tarafından veya onların huzurunda düzenlenen resmî belgelere dayandığı varsayımına dayanmaktadır⁸⁶⁷. Bu nedenle örneğin Hollanda hukukuna göre, yurt dışında aile bağlarını oluşturan hukukî vakıa veya işlemler, yerel hükümlere uygun olarak yetkili makam tarafından düzenlenen resmî bir belgeye kaydedilmesi durumunda tanınabilmektedir⁸⁶⁸.

Öte yandan, soybağının kurulması konusundaki kişisel statüye ilişkin yabancı belgeler, tipik olarak icra edilebilir nitelikte hükümler ihtiva etmezler. Bunlar daha çok, bir çocuğun doğumu veya babalığın tanınması gibi vakıaların ispatına yöneliktir. Dolayısıyla, Türk hukukunda olduğu gibi Almanya⁸⁶⁹, Fransa⁸⁷⁰, gibi birçok hukuk

⁸⁶⁷ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 173.

⁸⁶⁸ Hollanda WCA m. 10’a göre, yabancı devlette soybağı ilişkisi kuran hukukî vakıa veya işlemler, Hollanda yerel kanunlarına uygun olarak yetkili bir makam tarafından düzenlenen belgeye kaydedilirse tanınabilmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 173; Saarloos, **a.g.e.**, s. 210.

⁸⁶⁹ Alman hukukunda da yabancı doğum belgeleri veya tanımayı içeren belgeler, resmî belgelerin ispat gücü bakımından değerlendirilmektedir. Yabancı bir belge, kamu görevlisi tarafından düzenlenmişse, kamu görevlisinin bu tür bir belge düzenleme yetkisi varsa ve belge, kamu görevlisinin tâbi olduğu hukuka uygun olarak düzenlenmişse Alman hukuku bakımından da resmî belge olarak kabul edilmektedir. Bkz. Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 173; Saarloos, **a.g.e.**, s. 249.

⁸⁷⁰ Örneğin, Fransız hukukunda kişisel durum belgelerinin ispat gücü Fransız Medenî Kanunu m. 47/f.1’de düzenlenmiştir. Buna göre, Fransız vatandaşlarının veya yabancıların kişisel durumlarını gösteren belgeler, yabancı ülkede usulüne uygun olarak hazırlanmış ve diğer kayıtlardan, belgelerden, harici delillerden veya belgenin içinde yer alan unsurlardan, usulüne uygun düzenlenmediği, sahte

sisteminde bu belgelerin tanınması değil resmî belgelerin ispat gücü değerlendirilmektedir.

Bu bölümde yabancı resmî belgelerin Türk hukukundaki ispat gücünden bahsedilecek daha sonra Türkiye’deki kişisel durum sicillerinin ilkeleri anlatılarak Türk vatandaşlarının veya Türkiye’de oturan yabancıların yurt dışında meydana gelen doğum olaylarını bildirimini ve tesciline ilişkin usul ve esaslar incelenerek sınıraşan taşıyıcı annelikle yurt dışında doğan çocukların nüfus kütüğüne kaydı aşamasında karşılaşılabilecek sorunlar anlatılarak çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır.

A. Türk Hukukunda Yabancı Resmî Belgelerin İspat Gücü

Usul hukukuna ait konuların *lex fori*’ye tâbi olması ilkesi gereği, delillerin türü ve ispat gücü de *lex fori* olarak Türk hukukuna tâbidir. Türk hukukunda sadece, Türk hukukuna göre düzenlenmiş olan resmî belgeler hakikilik karinesi taşıy ve kesin delil teşkil eder⁸⁷¹. Bu resmiyet, kural olarak noterler tarafından verilmektedir⁸⁷².

Yabancı resmî belgeler ise yabancı devlete bağlı resmî makam, memur veya kendisine resmî belge düzenleme yetkisi verilen kişiler tarafından, bağlı oldukları devlet hukukuna uygun olarak kendilerine tanınan yetki kapsamında ve yine o devletin hukukunun öngördüğü şekle uygun olarak düzenlenen belgelerdir⁸⁷³. Yabancı resmî

olduğu veya içindeki bilgilerin gerçekte uyuşmadığı kanıtlanmadıkça geçerli ve bağlayıcı kabul edilir. Bkz. Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 172; Saarloos, **a.g.e.**, s. 246. Fransız (FCC) m. 47/f.1 hükmünün İngilizce çevirisi şu şekildedir: “Faith must be given to records of civil status of French persons and aliens made in a foreign country and drawn up in the forms in use in that country, unless other records or documents possessed, external data or elements drawn from the record itself establish that the record is irregular, forged or that the facts declared therein do not square with truth.”

⁸⁷¹ Kesin deliller HMK m. 204 ve m. 205/f.1 hükümlerinde düzenlenmiştir. HMK m. 204’e göre, “(1) İlamlar ile düzenleme şeklindeki noter senetleri, sahteliği ispat olunmadıkça kesin delil sayılırlar. (2) İlgililerin beyanına dayanılarak noterlerin tasdik ettikleri senetlerle diğer yetkili memurların görevleri içinde usulüne uygun olarak düzenledikleri belgeler, aksi ispatlanıncaya kadar kesin delil sayılırlar. (3) Mahkeme, yukarıdaki belgelerden biri hakkında şüphe uyandıran bir hâl görürse, ilgili daireden açıklama isteyebilir.” HMK m.205/f.1’e göre ise, “Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılırlar.”

⁸⁷² Noterlik Kanunu m. 60 noterlerin görevlerini belirtmektedir. Bu hükme göre, “Noterlerin görevleri: 1. Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek, 2. Kanunlarda resmi olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu kanun hükümlerine göre yapmak, 3. Taşınmaz satış sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak, 4. Bu kanuna uygun olarak dışarda yazılıp getirilen kağıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak, 5. Bu kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin dairede kalan asıl veya örneklerinden veya getirilen kağıtlardan örnek çıkarıp vermek, 6. Belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek, 7. Protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek, 8. Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek, 9. Bu ve diğer kanunlarla verilmiş sair işleri yapmak.” Ayrıca Noterlik Kanunu m. 82/f.1’e göre, “Bu kanun hükümlerine göre belgelendirilen işlemler resmi sayılır”

⁸⁷³ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 175; Küpe, **a.g.e.**, s. 260; Nomer, **DHH**, s. 410; Tan-Dehmen, **a.g.e.**, s. 16.

belgelerin Türk hukukunda ispat gücü incelenmeden önce, bu belgede yer alan hukukî işlemin LRA'ya veya *lex causae*'ya göre şeklen geçerli olması gerekir. Zira geçerli olmayan hukukî işleme ilişkin bir belge, Türk hukukunda delil olarak kullanılamayacaktır⁸⁷⁴.

Yabancı ülkede, yabancı resmî memur veya makamlarca düzenlenen resmî belgelerin, Türkiye'de de bu vasfı taşıması yani Türk mahkemelerinde kesin delil olarak kullanılabilmesi için gerekli şartlar HMK'de düzenlenmiştir. HMK m. 224'e göre, “*Yabancı devlet makamlarınca hazırlanan resmî belgelerin, Türkiye’de bu vasfı taşıması, belgenin verildiği devletin yetkili makamı veya ilgili Türk konsolosluk makamı tarafından onaylanmasına bağlıdır.*”⁸⁷⁵ Dolayısıyla yabancı devletin yetkili makamları veya Türk konsolosluk makamı tarafından gerçekleştirilecek onay işlemi, yabancı resmî belgenin hakikiliğinin ispatı için yeterlidir⁸⁷⁶. Bununla birlikte bu tasdik, belgede yer alan vakıaların doğruluğuna veya belgenin dayandığı işlemin geçerliliğine ilişkin değildir⁸⁷⁷. Bu onayı taşımayan belgelerin delil olarak kullanıp kullanılamayacağı mahkemenin takdirine bırakılmıştır⁸⁷⁸.

Diğer yandan, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin yabancı resmî belgelerin tasdikine ilişkin hükümleri HMK m. 224/f.2 gereği saklı tutulmuştur. Türkiye, “1961 Tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi”⁸⁷⁹’ne taraftır. Sözleşme, âkit devlet ülkesinde düzenlenen ve başka bir âkit devlet ülkesinde kullanılabilecek Sözleşme kapsamındaki resmî belgelerin⁸⁸⁰, Türk konsolosluk veya diplomasi memurlarınca onaylanması zorunluluğunu ortadan kaldırmıştır. Böylece yabancı devlette düzenlenen ve sözleşme kapsamına giren resmî belgelerin, âkit devletlerde resmî belge olarak

⁸⁷⁴ Küpe, **a.g.e.**, s. 255; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 570.

⁸⁷⁵ Benzer bir düzenleme Noterlik Kanunu m. 195'te de yer almaktadır. İlgili hükme göre, “*Yabancı memleketlerde usulü uyarınca yapılan noterlik işlemlerinin altındaki o memleketin yetkili merciinin imza ve mühürü, konsolos tarafından onanır. Özel kanun hükümleri saklıdır.*”

⁸⁷⁶ Nomer, **DHH**, s. 411; Tan-Dehmen, **a.g.e.**, s. 238.

⁸⁷⁷ Küpe, **a.g.e.**, s. 263.

⁸⁷⁸ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 523; Doğan, **a.g.e.**, s. 34; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 570.

⁸⁷⁹ RG. 16.9.1984-18517.

⁸⁸⁰ Sözleşme kapsamındaki resmî belgeler m.1'e göre şunlardır: “*a) Savcı, zabıt kâtibi veya adliye memuru tarafından verilmiş belgeler de dahil olmak üzere, Devletin bir yargı organına veya mahkemesine bağlı bir makam veya görevli memur tarafından düzenlenmiş olan belgeler, b) İdari belgeler, c) Noter senetleri, d) Kişilerce özel sıfatla imzalanmış belgeler üzerine konulmuş olup belgenin kaydının veya belirli bir tarihte mevcut olduğunun ve imzaların doğruluğunun resmi makam ve noterlerce tasdiki gibi resmi beyanlar.*” Öte yandan, yine Sözleşme; diplomasi veya konsolosluk memurları tarafından düzenlenmiş belgelerle, ticaret veya gümrük işlemleriyle doğrudan doğruya ilgili olan idari belgeleri kapsam dışında tutmaktadır (m. 1/f.3).

kullanılabilmesi için düzenlendiği ülkenin yetkili makamlarınca belge üzerine konulacak bir tasdik şerhi (*Apostile*) yeterli olmaktadır⁸⁸¹.

Sözleşmeye göre, her âkit devlet, tasdik şerhi vermek üzere bir yetkili makam belirleyecektir (m. 6)⁸⁸². Sözleşmenin öngördüğü bu tasdik işlemi, belge altında yer alan imzanın doğruluğunun, belgeyi imzalayan kişinin sıfatının ve gerektiğinde, bu belge üzerindeki mühür veya damganın aslı ile aynı olduğunun teyidi anlamına gelir (m. 5/f.2).

Sözleşmenin uygulama alanına giren belgeler arasında bulunan idarî belgeler bakımından, belgeyi düzenleyen makamın idarî makam olup olmadığının tespiti, belgenin düzenlendiği yer hukukuna göre yapılacaktır⁸⁸³.

Sözleşme, uygulama alanına giren resmî belgeler bakımından HMK m. 224 hükmünün uygulamasını ortadan kaldırmamakta, yalnızca ilgililer için alternatif teşkil etmektedir. Dolayısıyla, ilgililer dilerlerse Sözleşmede yer alan basit usule dilerlerse HMK'deki yönetime başvurabilirler⁸⁸⁴.

Türkiye'nin yabancı resmî belgelerin tasdiki mecburiyetinin kaldırması konusunda taraf olduğu bir diğer sözleşme, 1968 tarihli "Diplomasi ve Konsolosluk Memurlarınca Düzenlenen Belgelerde Onay İşleminin Kaldırılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi"⁸⁸⁵dir. Sözleşme, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde bulunan diplomasi ve konsolosluk memurlarınca düzenlenen yabancı belgelerin, yerel makamlarca düzenlenen belgeler gibi kullanılmasını amaçlamaktadır⁸⁸⁶.

Sözleşmeye göre, diplomatik ve konsolosluk memurları tarafından görevlerini ifa sırasında ve resmî sıfatlarına dayanarak düzenlendikleri resmî belgelerde ve imza tasdikleri şeklinde resmî beyanlarda onay zorunluluğu kaldırılmıştır (m. 2). Sözleşme, konusu bakımından diplomasi ve konsolosluk memurları tarafından düzenlenen belgeleri kapsadığından ve bu belgeler, 1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki

⁸⁸¹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 524; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 570-571.

⁸⁸² Türkiye için tasdik makamı, idari belgeler için Valilikler, adli belgeler için Ağır Ceza Mahkemesi olan merkezlerdeki Adalet Komisyonu Başkanlıklarıdır. Bkz. Adalet Bakanlığı, 1.3.2008 tarih ve 68/1 sayılı Genelge m. 4. <https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/genelgeler/68.1.pdf>. (ET. 10.07.2022)

⁸⁸³ Tan-Dehmen, **a.g.e.**, s. 382. Türkiye uygulamasında, bazı idari belgelere apostil şerhi verilmeden önce başka makamların vereceği tasdik şerhi aranmaktadır. Örneğin, üniversitelerce verilen belgeler için dekanlık veya rektörlük onayı, hastanelerden veya tıp kurumlarından alınan belgelerin ise ilçe sağlık grup başkanlığı ya da il sağlık müdürlüğü onayı gerekmektedir. Bkz. Tan-Dehmen, **a.g.e.**, s. 382.

⁸⁸⁴ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 525; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 572.

⁸⁸⁵ RG. 12.04.1987-19429.

⁸⁸⁶ Küpe, **a.g.e.**, s. 265.

Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesi kapsamı dışında bırakıldığından bu alandaki boşluğu doldurmaktadır⁸⁸⁷.

Türkiye'nin taraf olduğu 1977 tarihli “Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme⁸⁸⁸” ise şahsi statüye ilişkin âkit devletlerde düzenlenen bazı işlem veya belgelerin diğer âkit devletlerde kullanılmasını herhangi bir tasdik işleminden muaf tutmaktadır. Sözleşmeye göre âkit devlet yetkili makamı tarafından düzenlenen gerçek kişilerin şahsi statüleri, ehliyetleri, ailevi durumları, vatandaşlıkları, yerleşim yerleri ve meskenlerine ilişkin işlem ve belgeler tasdikten muaf tutulmuştur⁸⁸⁹.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun, yabancı ülke resmî makamları tarafından düzenlenen doğum belgesinin Türkiye’de de resmî belge niteliğini taşıması, HMK m. 224’e göre ilgili ülkenin yetkili makamı veya Türk konsolosu tarafından onaylanmasına bağlıdır. Doğum belgesinin düzenlendiği yabancı devletin 1961 tarihli Sözleşmeye taraf olması durumunda, doğum belgesinin düzenlendiği ülkenin yetkili makamlarınca belge üzerine bir tasdik şerhi konulması yeterli olacaktır. Belgenin düzenlendiği devlet, 1977 tarihli Bazı İşlem ve Belgelerin Tasdikten Muaf Tutulmasına Dair Sözleşme’ye taraf bir devletse yabancı doğum belgesinin Türkiye’de de resmî belge vasfını taşıması için herhangi bir tasdik işlemi gerekmeyecektir. Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun doğum olayının Türk kişisel durum siciline tescili talep edildiğinde de yabancı resmî makamlar tarafından düzenlenen doğum belgelerine dayanılmaktadır. Bir sonraki bölümde Türk hukukunda kişisel durumun tescili ve sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuklar bakımından özellik arz eden hususlar üzerinde durulacaktır.

⁸⁸⁷ Küpe, **a.g.e.**, s. 266.

⁸⁸⁸ RG. 16.01.1987-19343. Sözleşmeye, Avusturya, Fransa, Hollanda, İspanya, İtalya, Polonya, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan taraftır.

⁸⁸⁹ Sözleşmeye göre tasdikten muaf tutulan diğer belgeler, evlenme akdinin kurulması veya şahsi statüye dair başka bir işlemin yapılması için düzenlenen belgeler olarak belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Özdemir Kocasakal, “Uluslararası Kişi Halleri Komisyonu Tarafından Hazırlanan Türkiye Cumhuriyeti’nin Taraf Olduğu Aile Hukukuna İlişkin Anlaşmalar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, S. 2011/1, İstanbul, 2012, s. 588 vd.

B. Türk Hukukunda Kişisel Durum ve Kişisel Durumun Tescili

1. Genel olarak

Türk hukukuna göre kişisel durum sicili⁸⁹⁰, kişilerin doğum, ölüm, evlenme, boşanma, soybağı değişikliği, evlât edinme gibi doğal ve ailevi durumlarının kaydedildiği sicildir⁸⁹¹. TMK m. 36/f.1 hükmü kişisel durumun, bu amaçlarla tutulan resmî sicille belirleneceğini düzenlemiştir. Ayrıca sicilin tutulması ve zorunlu bildirimlerin yapılmasına ilişkin esaslar 5490 sayılı Nüfus hizmetleri Kanunu⁸⁹² (NHK) ile gösterilmektedir (TMK m. 36/f.2).

Görüldüğü üzere kişisel durum sicili, gerçek kişilerin hukukî durumunun belirli yönlerini yansıtmaktadır. Bu anlamda sicil, “*bildirici*” bir niteliğe sahiptir. Bireylerin fiilî olarak sahip oldukları kişisel durumlarını gösterir. Birey, yeni bir kişisel durumun oluşması veya değiştirilmesini gerektiren hukukî olay veya işlemle kişisel durumunu, tescilden önce kazanmaktadır⁸⁹³. Başka bir ifadeyle kişisel durum veya onlarla ilgili değişiklikler, henüz tescil edilmemiş olsalar da hukuken yine de hüküm ifade etmektedirler.

Sicil kayıtlarının bütünlüğü ilkesi gereği, kişisel durum sicillerinin ayrıntılı ve düzenli şekilde tutularak tüm ülke içindeki veya dışındaki vatandaşların kişisel durum ve değişikliklerinin tam ve toplu olarak belirtilmesi amaçlanmaktadır⁸⁹⁴.

Kişisel durum sicilleri devlet memurları tarafından tutulan resmî sicillerdendir. Resmî sicillerin içerdiği bilgilerin doğruluğu hakkında aksi ispat edilebilen adı karineden, kişisel durum sicilleri de yararlanır⁸⁹⁵. Ayrıca, Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin⁸⁹⁶ (NHK Uygulama Yönetmeliği) 11. maddesi, nüfus kütüklerindeki kayıtların resmî belge olduğunu belirtmektedir⁸⁹⁷.

⁸⁹⁰ TMK m. 36/f.1: “*Kişisel durum, bu amaçla tutulan resmî sicille belirlenir*”. Kişisel durum sicili, önceki kanunda ahvali şahsiye sicilleri olarak adlandırılmaktaydı. Bkz. Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 199; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 148, dn. 497.

⁸⁹¹ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 483; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s. 199.

⁸⁹² RG. 29/4/2006-5490.

⁸⁹³ Akipek/Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 484.

⁸⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, **a.g.e.**, s. 157-158.

⁸⁹⁵ TMK m. 7 hükmü şu şekildedir: “*Resmî sicil ve senetler, belgeledikleri olguların doğruluğuna kanıt oluşturur. Bunların içeriğinin doğru olmadığının ispatı, kanunlarda başka bir hüküm bulunmadıkça, herhangi bir şekle bağlı değildir.*”

⁸⁹⁶ RG. 23/11/2006-26355.

⁸⁹⁷ Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m. 11/f.1-2 şu şekildedir: “(1) *Nüfus kütükleri; kişilerin kimliklerinin, yerleşim yeri adreslerinin, aile bağlarının, vatandaşlık durumlarının ve şahsî hallerinin belirlenmesi amacıyla ilçe ve aile esasına göre nüfus ve vatandaşlık olaylarının tescil edildiği, daimi olarak saklanması gerekli resmî belgelerdir.* (2) *Aile kütüğü ve özel*

Dolayısıyla, kişisel durum sicilleri, resmî belgelerin ispat gücüne sahiptir. Bu nedenle kişisel durumlarla ilgili iddiaların ispatı bakımından en güvenilir kanıt oluşturlar. Buna ek olarak, doğum ve ölüm olayının ispatı bakımından kişisel durum sicillerinin yasal ve zorunlu bir kanıt mahiyeti bulunmaktadır⁸⁹⁸. Öte yandan, nüfus sicilinde herhangi bir kayıt yoksa veya nüfus sicilindeki kayıtların doğru olmadığı anlaşılırsa gerçek durum her türlü delille ispat edilebilir (TMK m. 30/f.2). Bu kural, Türk mahkemelerinde görülen ve esasına uygulanacak hukukun yabancı bir hukuk olduğu davalarda da delillerin kabul edilebilirliği bakımından uygulama alanı bulacaktır⁸⁹⁹.

Öte yandan resmî sicillerin özelliklerinden olan alenilik ilkesi⁹⁰⁰, kişisel durum sicilleri bakımından kabul edilmemiştir. Nüfus kayıtları ve buna dayanak olan belgelerin gizliliği esastır. Bunlar, yetkili ve sorumlu memurlar ile teftiş ve denetim yetkisi olanlar dışında kimse tarafından görülüp incelenememektedir. Mahkemeler bu hükmün dışında bırakılmıştır (NHK m. 9).

Son olarak kişisel durum sicilinde yapılan yanlışlıkların düzeltilmesi için hâkimden karar alınması gerekir (TMK m. 39). Ayrıca NHK m. 35'e göre, *“Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamı ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddi hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir”*

Türk vatandaşlarının ve NHK kapsamındaki belirli yabancıların, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu yurt içi veya yurt dışında çocuk sahibi olması, soybağını ilgilendiren bir mesele olduğundan şüphesiz kişisel bir durumu ilgilendirmekte ve kişisel durumların bildirilmesi ve tesciline ilişkin esaslara tâbi olmaktadır.

kütüklerde tutulan kayıtlar ile yedekleri ve bunlardan çıkarılan kayıt örnekleri aynı hukukî değere sahiptir. Kayıtlar arasında farklılık olduğu takdirde, aksi sabit oluncaya kadar kayda esas olan dayanak belgesi geçerlidir.”

⁸⁹⁸ Bu zorunluluk TMK m. 30/f.1 hükmünden kaynaklanmaktadır. İlgili hükme göre, *“Doğum ve ölüm, nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat olunur.”* Öte yandan Kanun bazı şartların gerçekleşmesi hâlinde doğum ve ölümün, başka kanıtlarla ispatlanması da mümkün kılınmıştır. TMK m.30/f.2'ye göre, *“Nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, gerçek durum her türlü kanıtla ispat edilebilir.”*

⁸⁹⁹ Tan-Dehmen, **a.g.e.**, s. 108.

⁹⁰⁰ Örneğin TMK m. 1020'ye göre, *“Tapu sicili herkese açıktır”*, TTK m.35/f.2'de ticaret sicilinin açıklığı düzenlenmiştir.

2. Doğum Bildirimi ve Tescil

Her hukuk sisteminde, yeni doğmuş bir çocuğun doğumunu kayıt altına alma zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk, ÇHS m. 7/f.1’de yer alan, “*çocuğun, doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilmesi*”⁹⁰¹ şeklindeki yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁹⁰². Bu nedenle birçok devlet, kendi topraklarında doğan çocuğu nüfus kütüğüne kaydetme/tescil etme yetkisine sahiptir. Bazı devletler ise buna ek olarak kendi vatandaşlarına veya kendi ülkesinde yerleşim yeri bulunan yabancılara, yurtdışında doğan çocuğun bildirilmesi imkânını veya yükümlülüğünü getirmektedir⁹⁰³. Bu tescil işlemi, yurt dışında diplomatik veya konsolosluk temsilcileri tarafından yapılabilir⁹⁰⁴ ve yerel yetkili makamlara bildirilebilir.

Türk hukukunda, yurt içinde veya yurt dışında her türlü nüfus olayının bildirilmesi hem Türk vatandaşları hem de yabancılara tanınmış bir yükümlülüktür. Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu bir çocuk dünyaya geldiğinde bu doğum olayının da bildirilmesi gerekir. Bildirimin ardından doğum olayı, ilgililerin kişisel durum siciline tescil edilir.

a. Türk Vatandaşlarının Doğumu Bildirme Usulü

Nüfus Hizmetleri Kanunu’na göre, sağ olarak dünyaya gelen her çocuğun, doğumdan itibaren Türkiye’de otuz gün içinde nüfus müdürlüğüne, yurt dışında ise altmış gün içinde dış temsilciliğe bildirilmesi zorunludur. Ayrıca doğum bildirimlerinin, doğumu gerçekleştiren sağlık kuruluşuna da yapılabilmesi mümkündür (m. 15/f.1).

Yurt dışındaki doğum bildirimlerinin dış temsilciliğe bizzat yapılması hâlinde, yabancı makamlardan alınan resmî belge veya raporun dış temsilciliğe verilmesi gerekir. Diğer yandan, doğumun herhangi bir nedenle dış temsilciliğe bizzat

⁹⁰¹ ÇHS m.7/f.1’in hükmünün tamamı şu şekildedir: “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.”

⁹⁰² Ayrıca Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi m. 24/f.2 hükmünde de kayıt yükümlülüğü bulunur. Bu hükme göre, “Her çocuk doğumundan hemen sonra nüfusa kaydedilir ve kendisine bir isim verilir.”

⁹⁰³ Preliminary Document No. 11, para. 15, s. 14.

⁹⁰⁴ Türkiye’nin de taraf olduğu, 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 5/(f) hükmünde konsolosluk görevlilerinin bu konuda yetkili olduğuna ilişkin bir düzenleme getirilmiştir. Sözleşmenin m.5 hükmüne göre “Konsolosluk görevleri aşağıdaki hususlardan oluşur; (f) noter ve kişi halleri memuru sıfatıyla hareket etmek ve benzeri görevleri ve kabul eden Devlet’in kanun ve düzenlemelerine aykırı olmadığı ölçüde bazı idarî mahiyetteki görevleri yapmak”

yapılamaması hâlinde bildirim, yabancı makamlardan alınan resmî belge veya raporun yanına çocuğa konulan adın belirtildiği dilekçe, anne ve babanın kimlik bilgilerini içeren belgeler eklenerek dış temsilciliğe gönderilmesi suretiyle yapılabilir (NHK m. 15/f.6).

Bu imkânlarla rağmen yurt dışında gerçekleşen doğum olayı herhangi bir nedenle dış temsilciliğe bildirilmezse Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği⁹⁰⁵ (NHUY) m. 13/f.3⁹⁰⁶'e göre, doğum bildirimi yurt içinde bulunan yer nüfus müdürlüğüne de yapılabilir. Bu bildirim usulünde, doğum belgesinin aslı ve Türkçeye tercüme edilmiş noter onaylı örneğinin de nüfus müdürlüğüne verilmesi gerekir (NHUY m. 16/f.1).

Doğumu bildirmekle yükümlü olan kişiler anne, baba, vasi veya kayyım, bunların bulunmaması durumunda çocuğun büyük anne, büyük baba veya ergin kardeşleri ya da çocuğu yanında bulunduran kişilerdir (NHUY m. 14/f.1). Evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocukların bildirimi ise anne, annenin küçük, kısıtlı, ölmüş veya velâyetin kendisinden alınmış olması durumunda çocuğa atanacak vasi veya kayyım veya velâyet babaya verilmişse baba tarafından yapılabilir (NHUY m. 14/f.2).

Bu noktada, İçişleri Bakanlığı, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün 8.10.2021 tarihli “Nüfus Mevzuatının Uygulanmasına İlişkin Açıklaması⁹⁰⁷” (Mevzuat Açıklaması) m. 4.3.1/f.2'ye göre, doğum bildirimi yapacak ana veya babadan birinin yabancı olması hâlinde bildirim, Türk vatandaşı olan ana veya baba tarafından yapılacaktır. Türk vatandaşı olan ana veya babanın ölü, gaip, kayıp olması veya bildirimde bulunmaktan kaçınması hâlinde, yabancı uyruklu ana veya babanın bildirimi üzerine de doğum olayı aile kütüklerine tescil edilebilir.

Yurt dışında gerçekleşen doğumların bildirimi usulü ise NHK Uygulama Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Buna göre, yurt dışında gerçekleşen doğumun, o yer mahallî kanunlarına göre bildirilmesi zorunluluğu varsa doğum olayı, öncelikle ilgililer tarafından o yer yetkili makamlarına bildirilir. Daha sonra yabancı yetkili

⁹⁰⁵ RG. 9/5/2020-31122.

⁹⁰⁶ Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği m. 13/f.3 hükmü şu şekildedir: “Yurt dışında sağ olarak doğan çocuğun doğum bildiriminin, altmış gün içinde dış temsilciliğe yapılması esastır. Ancak doğuma ilişkin bildirim yapılmamış olması halinde yurt içinde herhangi bir nüfus müdürlüğüne de yapılır”.

⁹⁰⁷ Mevzuat Açıklaması s. 14-15. İlgili Mevzuat Açıklaması için bkz. Mevzuat Açıklaması için bkz. <https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemleri/081021-tarihli-nufus-mevzuatinin-uygulanmasina-iliskin-aciklamalar.pdf>. (ET. 12.07.2022)

makamların veya kurumların, bu bildirim sonucu düzenlendiği resmî belgenin, en yakın dış temsilciliğimize verilmesi gerekir (m. 41/f.1). Dış temsilciliğimiz, doğum bildirim formuna, doğum bildiriminin yabancı makamlardan alınan belgeye dayalı olduğuna ilişkin açıklama yaparak tescil işlemini gerçekleştirir⁹⁰⁸.

Yurt dışında gerçekleşen doğumun, o yer hukukuna göre yetkili makamlara bildirilmesi zorunluluğu yoksa veya doğum bildirilse dâhi herhangi bir belge verilmiyorsa ya da resmî makamlardan bir belge alınamıyorsa, doğum bildiriminin dış temsilciliklere sözlü beyan yoluyla yapılması gerekir (NHK Uygulama Yönetmeliği m. 41/f.2). Öte yandan Mevzuat Açıklaması m. 7.1.2 artık sözlü doğum beyanlarının kabul edilmeyeceğini belirtmektedir. Buna göre, “*Yabancı ülkede gerçekleşen doğuma ilişkin doğum raporu veya resmî bir belgenin bulunmaması halinde dış temsilciliklerce, sözlü doğum bildirimleri kabul edilmez. Ancak çocuk ile ana veya babası arasında soybağını ispatlayan yetkili makamlardan alınmış ve usulüne göre onaylanmış veya tasdik edilmiş moleküler genetik raporu (tıbbi rapor) ibraz edilmesi halinde doğum bildirimini dış temsilciliklerce işleme alınır.*”⁹⁰⁹

Doğumun bildirilmesiyle, doğum olayı aile kütüklerine tescil edilir. Bu tescilin yapılması, çocuğa pek çok hakkın tanınmasında esas alınacağından çocuğun korunması bakımından oldukça önemlidir⁹¹⁰.

Bütün bu açıklamalardan hareketle, sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuğun yabancı ülkede doğması hâlinde, doğum olayının bildirimini yabancı ülke yetkili makamları tarafından düzenlenen resmî belgelerin, dış temsilciliklerimize bildirilmesi, herhangi bir sebeple dış temsilciliğe bildirim yapılamaması durumunda yurt içinde bulunan yer nüfus müdürlüğüne bildirim yapılması suretiyle gerçekleştirilecektir. Bu noktada önemli olan husus yabancı ülke yetkili makamlarınca verilen doğum raporu veya doğuma ilişkin belgelerin Türk hukuku bakımından da resmî belge olarak ispat gücüne sahip olmasıdır.

NHK Uygulama Yönetmeliği m. 167⁹¹¹, yabancı devletin yetkili makamları tarafından verilen belgelerin işleme alınış şekline ilişkin ayrıntılı bir düzenleme

⁹⁰⁸ Mevzuat Açıklaması m. 7.1.5.

⁹⁰⁹ Bilgi için bkz. Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 180.

⁹¹⁰ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 184.

⁹¹¹ NHK Uygulama Yönetmeliği m. 167 hükmü şu şekildedir: “(1) Yabancı resmî makamlarca verilmiş olan belgeler aşağıda belirtilen şekilde işleme alınır: a) Sözleşmiş ülkelerce mütekabiliyet esasına dayalı, belgeyi düzenleyen ülkelerin yetkili makamının imza ve mühürünü taşıması şartı ile kabul edilebilen ve ilgili sözleşmesi gereği formüle edilmiş olan belgeler herhangi bir tasdik işlemine tâbi

getirmiştir. Bu düzenlemeye göre yabancı resmî belgeler, Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere göre işleme alınacaktır. Buna göre, karşılıklılık esasına göre belgeyi düzenleyen yetkili makam imza ve mührünü taşıyan belgeler, tasdik işlemine tâbi tutulmaz. Bu belgeler, Türkiye'nin de taraf olduğu Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonunca (CIEC) hazırlanan ve uygulamaya konulan çok taraflı sözleşmelere uygun olan kişi hâllerine ilişkin belgeler ile 1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesine taraf devlet yetkili makamlarınca tasdik şerhi (Apostille) verilmiş belgelerdir.

NHK Uygulama Yönetmeliğinin bu hükmü, hangi belgelerin tasdik işlemine tâbi tutulacağını da açıkça düzenlemiştir. Bu kapsamda, yetkili kurum tarafından tesis edilecek işlem gereği, talep edilen ve düzenleyen yabancı resmî makamlara göre farklılık arz eden, belirli bir formüle tâbi olmayan ve ispat niteliği taşıyan belgeler tasdik işlemine tâbidir (m. 167/2-b).

tutulamaz. Bu belgeler; 1) Ülkemizin de üyesi bulunduğu Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonunca hazırlanarak uygulamaya konulan sözleşme gereği düzenlenen ve belirli bir formüle sahip, çok dilde düzenlenmiş olan kişi hâllerine ilişkin belgeler tasdike yönelik herhangi bir işlem görmeden doğrudan kabul edilerek işleme alınır. 2) LaHaye Devletler Özel Hukuk Konferansınca hazırlanan ve Devletimizin de taraf olduğu Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesine taraf devlet yetkili makamlarınca belge üzerine veya ek bir belge olarak, belgeye ilişkin tasdik şerhi (Apostille) düzenlenmiş ise belgenin aslı, noter tasdikli Türkçe tercümesi ile birlikte kabul edilerek işleme alınır. b) Yetkili kurum tarafından tesis edilecek işlem gereğince talep edilen ve düzenleyen yabancı resmî makamlara göre farklılık arz eden, belirli bir formüle tâbi olmayan ve ispat niteliği taşıyan belgeler ise tasdik işlemine tâbi tutulur. 1) Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılması Sözleşmesine taraf bir ülkenin, ülkemizdeki temsilciliğince düzenlenen ve verilen belgelere Sözleşmenin 1 inci maddesi gereği tasdik şerhi (Apostille) uygulanamaz. Bu tür belgeler yabancı ülke temsilciliğinin bulunduğu ilin valiliğince veya Dışişleri Bakanlığımızca (Yabancı temsilcilik Ankara'da ise Dışişleri Bakanlığımızca) "Belgedeki imza ve mühür Konsolosluğuna aittir." şeklinde tasdik edilmesinden sonra, belge yabancı dilde ise noter tasdikli Türkçe tercümesi ile birlikte işleme alınır. 2) Belge, yabancı ülkenin yerel makamlarınca düzenlenmiş ise düzenleyen ülkenin Türkiye'deki temsilciliğince tasdik edilmesinden sonra, Dışişleri Bakanlığımızca belgenin aslına "Belgedeki imza ve mühür Konsolosluğuna/ Büyükelçiliğine aittir." şeklinde şerh verilmesini takiben noter tasdikli Türkçe tercümesi ile birlikte işleme alınır. 5126 (2) Yabancı ülkenin yerel makamlarınca düzenlenen ve düzenlendiği ülkedeki konsolosluğumuz tarafından "İmza ve mühür makama aittir." şeklinde aslı tasdik edilen belgeler, konsolosluğumuz veya yeminli tercümanlar tarafından yapılmış çevirileriyle birlikte doğrudan işleme alınır. Tercümeleri yeminli tercümanlarca yapılmış belgelerde konsolosluğumuzun imza ve mühür tasdiki de bulunmalıdır. (3) Yabancı ülkenin Türkiye'deki temsilciliğince düzenlenmiş belgeler, yabancı temsilciliğin bulunduğu il valiliği veya Dışişleri Bakanlığımızca (Yabancı temsilcilik Ankara'da bulunuyorsa Dışişleri Bakanlığımızca) "Belgedeki imza ve mühür Konsolosluğuna/Büyükelçiliğine aittir." şeklinde tasdik edilmesinden sonra, belge yabancı dilde düzenlenmiş ise noter tasdikli Türkçe tercümesi ile birlikte işleme alınır. (4) Ülkemizde dış temsilciliği bulunmayan devlet makamlarınca veya adına akredite olmuş (ilgili devlet adına işlem yapmakla yetkili) devletin yetkili makamlarınca verilmiş belgeler, akredite devletin Türkiye'deki dış temsilciliğince belgenin onaylanmasının ardından, dış temsilciliğin bulunduğu il valiliği veya Dışişleri Bakanlığımızca "Belgedeki imza ve mühür Konsolosluğuna/ Büyükelçiliğine aittir." şeklinde şerh verilmesinden sonra, belgenin aslı noter tasdikli Türkçe tercümesi ile birlikte işleme alınır. (5) Dış temsilciliğimizin bulunmadığı devlet makamlarınca verilmiş belgeler, belgeyi veren devlete akredite olan dış temsilciliğimizce "Belgedeki imza ve mühür Dışişleri Bakanlığı'na aittir." şeklinde şerh verilmesinin ardından, belgenin aslı noter tasdikli tercümesi ile birlikte işleme alınır. (6) Fahri konsolosluklarca düzenlenen belgelere dayanılarak işlem tesis edilmez."

b. Yabancıların Doğumu Bildirme Usulü

Türk hukukuna göre Türkiye’de oturan yabancıların da kişisel durumlarıyla ilgili bildirimde bulunması gerekmektedir. Bu noktada hangi yabancıların bildirim yükümlüğünün bulunduğu tespitini gerekir.

NHK m. 8’e göre, 4/4/2013 tarih ve 6548 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu⁹¹² (YUKK) kapsamındaki yabancılara, kimlik numarası vermeye, bunları yabancılar kütüğüne kaydetmeye ve herhangi bir işlem sebebiyle Türkiye’de bir kamu kurumuna veya dış temsilciliklerimize müracaat eden yabancılara, talep etmeleri hâlinde yabancı kimlik numarası (YKN) vermeye Bakanlık⁹¹³ yetkilidir. Diplomatik misyon mensupları bu hükmün kapsamı dışındadır.

NHK’ye göre yabancılar kütüğü, kimlik numarası verilen yabancıların kayıtlarının elektronik ortamda tutulduğu kütüktür. Öte yandan, daha eski tarihli olan “Türkiyede Oturan Yabancıların Nüfus Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik⁹¹⁴ (Yabancı Kayıt Yönetmeliği) yabancılar kütüğünü, Türkiye’de herhangi bir amaçla en az altı ay süreli yabancılara ait ikamet tezkeresi verilen yabancıların kayıtlarının tutulduğu kütük olarak tanımlamıştır (m. 4/1/ğ). Kaydı tutulan yabancılara ilişkin bu ikamet şartı aslında NHK’de de yer almaktaydı⁹¹⁵. Ancak NHK’de yapılan 2017 ve 2018 yapılan değişikliklerle, Kanun maddesi kapsamında, kaydı tutulacak yabancıların ikamet süresine ilişkin herhangi bir şart belirtilmemiştir⁹¹⁶. Bu noktada yürütme organının düzenleyici işlemlerinden olan yönetmelikler⁹¹⁷ ile kanun hükümleri arasında bir çatışma bulunursa kanun hükümlerinin esas alınacağından hareketle Türkiye’de kaydı tutulan yabancılar bakımından ikamet şartının bulunmadığı söylenebilir.

Kayı tutulan yabancılar, kendileri ile ilgili nüfus olaylarını ve yerleşim yerleri adreslerini ve bunlarda meydana gelen değişiklikleri yerleşim yeri nüfus müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdür. Bu bildirimden sonra nüfus müdürlüklerince

⁹¹² RG- 11/4/2013-28615.

⁹¹³ YUKK m.3/1/ç’ye göre bakanlık, İçişleri Bakanlığıdır.

⁹¹⁴ RG. 20/10/2006-26325.

⁹¹⁵ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 182, dn. 763.

⁹¹⁶ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 183.

⁹¹⁷ AY m. 124’e göre, “Cumhurbaşkanı, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler.”

gerekli işlemlerin yapılmasının ardından ilgili değişiklikler yabancılar kütüğüne işlenmektedir (Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 9).

Yabancılar kütüğünde kayıtlı yabancıların, kişisel durumlarıyla ilgili olan doğum, ölüm, evlenme, boşanma, evliliğin iptali, evliliğin feshi, gaiplik, tanıma, mahkeme kararıyla babalığa hüküm ve evlât edinmeye ilişkin belgeler, nüfus müdürlüğünce kabul edilerek, ilgili veri giriş formu⁹¹⁸ kullanılmak suretiyle kayıtlarına işlenir (Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 10).

Doğum olayının bildirilmesi üzerine yabancılar kütüğünde kaydı bulunan kişinin imzası alınarak doğum olayı, yabancılar veri giriş formu ile kütüğe işlenir⁹¹⁹. Doğum bildiriminde bulunan anne veya baba ile çocuk arasında yabancı kimlik numarası aracılığıyla bağ kurulmuş olur (Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 14/f.1 ve m.14/f.2-c.1).

Yabancıların kayıtlarına işlenen nüfus olayları hakkında yetkili makam veya kurumlar tarafından bilgi talep edildiğinde doğum, ölüm, evlenme formu gibi formlar çok dilli bildirim formu şeklinde verilir. Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere göre doğum, ölüm ve evlenme olayı çok dilli bildirim ile yabancıların doğum yeri nüfus idaresine gönderilmektedir (Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 25/f.1-2)

Bu açıklamalardan sonra yabancıların soybağına ilişkin doğum, tanıma, mahkeme kararıyla babalığa hüküm gibi nüfus olaylarına dâhil her türlü resmî belge, yabancı resmî belgelerin işleme alınması usulüne uygun olarak işleme alınabilecektir. Bu kapsamda örneğin, Türkiye'de kısa dönem ikamet izniyle kalan bir yabancıların yurt dışında gerçekleştirdiği tanıma işlemi sonucu tanımaya ilişkin resmî belgelerin Yabancı Kayıt Yönetmeliğine uygun bir şekilde sunulmasıyla tanıma, yabancılar kütüğüne tescil edilecektir⁹²⁰.

NHK mavi kartlılar bakımından da nüfus olaylarının bildirilmesi yükümlülüğünü getirmiştir. NHM m. 8/A'ya göre; *“Doğumla Türk vatandaşı olup da çıkma izni almak suretiyle Türk vatandaşlığını kaybedenler ve bunların 5901 sayılı*

⁹¹⁸ Veriş giriş formu Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 4/1/h'ye göre, *“Yabancıların nüfus olaylarının kütüğe işlenmesine dayanak olan belgeyi, ifade eder.”*

⁹¹⁹ Doğum dışındaki diğer nüfus olaylarında Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 14/f.2/c.2'ye göre; *“Diğer nüfus olaylarında ise o olayın meydana geldiğini gösterir belgelerin asılları veya noter tasdikli Türkçe'ye çevrilmiş örnekleri veri giriş formuna eklenir. Yabancılar veri giriş formu, düzenleyen memur tarafından imza edilip, nüfus müdürünce onaylandıktan sonra özel kütüğe takılır.”*

⁹²⁰ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 183.

Kanunun 28 inci maddesinde belirtilen altsoyları, Genel Müdürlükçe elektronik ortamda tutulan Mavi Kartlılar Kütüğüne kaydedilir. Bu Kütüğe kaydedilenler, her türlü nüfus olaylarını yurt içinde nüfus müdürlüklerine, yurt dışında ise dış temsilciliklere beyan etmekle yükümlüdürler.”

Mavi kartlılar kütüğünde kaydı bulunan kişilerin, kişisel durumlarına dair sundukları her türlü form, tutanak, yazı, evrak ve belge, nüfus müdürlükleri veya dış temsilcilikler tarafından NHK Yönetmeliğinin 167. maddesi hükümlerine göre işleme alınır. Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonunca çok dilde düzenlenen kişi hâllerine ilişkin belgeler, herhangi bir tasdik işlemine tâbi olmadan doğrudan kabul edilerek işleme alınır. Ayrıca Mavi Kartlılar Kütüğünde kaydı bulunanların, uyruğunda oldukları devlet yetkili makamlarından aldıkları mahkeme kararı veya idarî belgeler usulüne göre tasdik edilip onaylanmışsa MÖHUK hükümleri uyarınca tanınması veya tenfizi istenemeyecektir⁹²¹.

C. Sınıraşan Taşıyıcı Annelikle Doğan Çocuğun Bildirimi, Tescili ve Karşılaşılabilecek Sorunlar

1. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Yöntemiyle Doğan Çocuğun Bildirimi

Sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle bir çocuk dünyaya geldiğinde, çocuğun anne ve babasının Türk vatandaşı, mavi kartlı veya Türkiye’de oturan yabancı olması hâlinde, doğum olayının kendileri hakkında tutulan kişisel durum sicillerine bildirmesi gerekmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, yabancı ülke yetkili makamlarınca düzenlenen resmî belgelerin Türk hukukundaki ispat gücü *lex fori* olarak Türk hukukuna göre tespit edilir. Bu kapsamda, yabancı resmî belgelerin Türk hukukunda da bu vasfı taşıyarak resmî belge ispat gücüne sahip olması için gerekli şartlar, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla HMK m. 224’e göre tespit edilecektir. Buna göre, yabancı resmî belge, HMK m. 224 veya Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere uygun olarak belgenin düzenlendiği ülkenin yetkili makamlarınca belge üzerine konulacak bir tasdik şerhi içeriyorsa veya tasdikten muaf tutulan belgeler arasındaysa, Türk hukukuna göre düzenlenen resmî belgelerle aynı vasfı haiz olacaktır. Bu tasdik işlemi, ispat hukukuna ilişkindir ve belgenin içerdiği

⁹²¹ Mavi Kartlılar Kütüğü ve Beyan Edilen Nüfus Olaylarının Tutulması Hakkında Yönerge m. 10/f.1-3.

işlemin geçerliliğine etki etmez. Tasdik, belgenin şeklen mevcut olduğuna ve altındaki imzaya şamildir⁹²². Ayrıca NHK Uygulama Yönetmeliği m. 167 hükmünde de yabancı ülkede verilen resmî belgelerin nasıl işleme alınacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yabancı yetkili makamlardan verilen resmî belge veya raporun, Türkiye’de de bu vasfı taşıması için gereken şartlara sahip olması durumunda, bu resmî belge esas alınarak çocuğun doğumu, ilgililerin kişisel durum siciline işlenecektir. Bu noktada, doğum olayı aile kütüğüne geçmeden önce NHK Uygulama Yönetmeliği m. 33’te yer alan bazı durumların varlığı hâlinde doğum olayına ilişkin inceleme yapılabilir.

Bu incelemede, aynı aile sıra numarası altındaki nüfus kayıtları karşılaştırılmaktadır. Örneğin, tutanağa geçirilecek çocuğun, doğum tarihiyle aynı anne ve babadan olan ve daha önce kütüğe geçirilmiş kardeşlerinden birinin doğum tarihi arasında yüz seksen günden daha az bir zaman olması durumunda, tescil işlemi gerçekleştirilmez ve mülkî idare amirinin emri ile bildirilen şekilde bir doğumun olup olmadığının gerekirse söz konusu çocuğun da görülerek sonucunun bildirilmesine ilişkin bir soruşturma yapılır. Soruşturma sonucu doğum olayı doğrulandığı takdirde doğum tutanağı aile kütüğüne işlenir. Bu durumda, çocuğun kendisinden daha önce doğan kardeşinin nüfus kaydının düzeltilmesi için dava açılması amacıyla Cumhuriyet savcılığına bildirimde bulunulur. Doğum olayı doğrulanmamışsa doğum tutanağı aile kütüğüne işlenmez ve ilgili Cumhuriyet savcılığına bildirilerek beyanda bulunan hakkında cezai kovuşturma yapılmasını istenir (NHK Uygulama Yönetmeliği m. 33/f.1-a).

Ayrıca, aynı aile sıra numarası altındaki kişiler bakımından yapılan inceleme sonucunda, çocuğun anne ve babasının birbiriyle veya başkalarıyla olan evliliklerinin tesciline ilişkin sorunlar varsa, öncelikle bu konuda araştırma yapılarak gerekirse onların kişisel durum tescilleri düzeltildikten sonra çocuğun nüfus kütüğüne kaydı yapılır⁹²³.

⁹²² Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 573.

⁹²³ Çocuğun anne ve babasının kişisel sicil durumlarındaki problemlere ilişkin NHK Uygulama Yönetmeliğin m.33/f.1/b/c/ç hükümleri şu şekildedir: “(1) Doğum tutanağı aile kütüğüne geçirilmeden önce aynı aile sıra numarası altındaki nüfus kayıtları ile karşılaştırılıp incelenir. Bu inceleme sonucunda nüfus memuru: b) Formda çocuğun babasının nüfusta kayıtlı olduğu yer gösterilmiş olduğu halde, aile kütüğünde çocuğun ana ve babasının evliliklerinin bulunmaması halinde Kanunun öngördüğü şekilde evliliğin olup, olmadığını araştırır. c) Ana ve babanın birbirleriyle evli olduğunun tespit edilmesi halinde evlenme bildirimine göre evliliği işler. Daha sonra çocuğu babası hanesine tescil eder. Evlilik yoksa çocuğun anası hanesine kaydı için gereğini yapar. ç) Ana veya babadan birinin başka birisi ile evli gözükmesi halinde; evli olarak görünen eşin önceki eşinden boşandığına ve yeni bir evlilik yaptığına ilişkin belgeleri araştırır. Boşanma ve yeni evlilik varsa, bu Yönetmeliğin ilgili

Yine anne ve baba arasında bariz bir yaş farkı olması ya da anne veya babanın çok yaşlı olması gibi hâller, çocuğun doğum bildiriminin doğruluğundan şüpheye düşülmesine neden olması veya bu konuda bir ihbar yapılması nüfus müdürlüğünün, doğum bildirimini tescil etmeyip mülkî idare amirinin emriyle durumun soruşturulmasını isteyebileceği hâller arasındadır. Mülkî idare amiri uygun görürse doğum bildirimi hakkında soruşturma yapılır ve tescil işlemi soruşturmanın sonuna bırakılır. Soruşturma sonunda beyanın doğruluğu anlaşılırsa tescil işlemi gerçekleştirilir, beyanın gerçek dışı olduğu tespit edilirse durum ilgililer hakkında kovuşturma yapılmak üzere belgelerle birlikte Cumhuriyet Savcılığına intikal ettirilir. (NHK Uygulama Yönetmeliği m. 33/f.2)

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun, yabancı doğum belgesine dayanarak nüfus kütüğüne kaydı talep edildiğinde nüfus memurunun tescil talebi karşısında nasıl hareket edeceği aslında taşıyıcı annelikle ilgili bilgisine bağlı olacaktır. Yabancı doğum belgesinden açıkça taşıyıcı annelik yapıldığı anlaşılmıyorsa çocuğun anne ve babası olarak kimin gösterildiği fark etmeksizin nüfus memuru, doğumu nüfus kütüğüne tescil edecektir. Nüfus memuru, yabancı doğum belgesi yetkili makam tarafından verilmiş ve Türkiye’de resmî belge vasfı taşıma şartlarına haizse, çocuğun doğumuna ilişkin bilgilerden anne veya babanın çok yaşlı olması gibi açıkça şüpheye düşülecek bir durum da yoksa tescil işlemini gerçekleştirecektir. Nüfus memurunun, daha derin bir araştırma veya soruşturma yapma yetkisi bulunmamaktadır.

Bu noktada, sınıraşan taşıyıcı anneliğe başvurulduktan ve taşıyıcı anne hamile kaldıktan belirli bir süre sonra genetik/müstakbel annenin kendisinin hamile kalması durumu değerlendirilebilir. Önce taşıyıcı anne çocuğu dünyaya getireceğinden taşıyıcı annelikle doğan çocuğun doğum belgesinde genetik/müstakbel anne ve babanın adı yazıyorsa ve yabancı yetkili makamlardan alınan doğum belgesi Türkiye’de de hakikilik karinesi taşıma şartlarına sahipse çocuk, nüfus kütüğüne kaydedilecektir. Daha sonra genetik annenin kendisinin doğurduğu çocuğun doğumu bildirilmek istendiğinde çocuğun doğum tarihinden yüz seksen günden daha az bir zaman önce taşıyıcı annelikle doğan çocuk nüfus kütüğüne kaydedildiğinden, genetik annenin kendisinin dünyaya getirdiği çocuk bakımından nüfus müdürlüğü soruşturma başlatabilir. Soruşturma sonucunda genetik annenin çocuğu doğurduğuna ilişkin

bölümlerinde belirtildiği şekilde boşanma ve evliliğe ilişkin işlemleri yaptıktan sonra çocuğu aile kütüğüne tescil eder. Boşanma ve yeni evlilik yoksa soybağına ilişkin hükümler uyarınca işlem yaparak çocuğu ait olduğu aile kütüğüne tescil eder.

bilgilerin doğruluğu anlaşılacağından çocuk nüfus kütüğüne tescil edilecektir. Bununla birlikte taşıyıcı annelikte doğan ilk çocuk bakımından nüfus kaydının düzeltilmesi davası açılabilir.

2. Taşıyıcı Annelikten Şüphe Duyulması

Yabancı doğum belgesi veya raporunda bir şekilde taşıyıcı annelikten bahsediliyorsa veya çocuğun müstakbel anne ve babasının isimlerinin doğum belgesine yazılmasına yönelik bir karar ve benzeri ek belgeler sunulmuşsa nüfus memuru, taşıyıcı annelikten haberdar olacaktır. Bu noktada örneğin, ABD'nin Kaliforniya eyaletinde ve Yunanistan hukukunda taşıyıcı anneliğe başvurulması hâlinde mahkemeler tarafından, çocukla genetik bağa sahip ebeveyni arasında soybağının tesis edilmesini sağlayan doğum öncesi ebeveynlik kararı (*pre-birth parentage order*) verilmektedir. Çocuğun doğumundan sonra doğumun gerçekleştiği sağlık kuruluşu, doğum belgesini mahkeme kararında yer alan bilgilere göre düzenlenmekte ve doğum belgesinde mahkeme kararına atıf yapılabilmektedir⁹²⁴. Dolayısıyla, bu nitelikteki bir yabancı doğum belgesine dayanarak doğumun tescili talep edilirse nüfus memuru taşıyıcı annelik yapıldığından şüphe duyacaktır.

NHK'ye göre, nüfus olayları ve adreslerle ilgili verilen beyanlarda şüpheye düşülmesi hâlinde mülki idare amirinin emriyle kolluk makamları tarafında gerekli soruşturma ve incelemeler yapılarak bu incelemelerin sonucunun nüfus müdürlüğüne bildirileceği düzenlenmiştir (NHK m. 60).

Nüfus müdürlüğü veya memuru, taşıyıcı annelik yapıldığından şüphe duyarsa daha önce de ifade edildiği üzere belgede yer alan bilgilerin doğruluğu hakkında kendisi araştırma yapamayacaktır. Bu nedenle, taşıyıcı annelik şüphesi bulunan çocuğun doğum bildirimini inceleyen nüfus memuru, çocuğu aile kütüğüne tescil etmeyip mülkî idare amirinin emri ile beyanın doğruluğu hakkında soruşturulma yapılmasını isteyebilir. Bu durumda tescil işlemi, soruşturmanın sonuna kadar ertelenecektir (NHK Uygulama Yönetmeliği m. 33/f.2-a).

Kolluk kuvvetlerince yapılacak araştırmada, çocuğun doğum belgesinde genetik/müstakbel anne ve babanın isminin yer alması veya taşıyıcı anne ile genetik/müstakbel babanın isminin yer alması fark edebilecektir.

⁹²⁴ Synder/Byrn, **a.g.e.**, s. 634; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 210.

a. Doğum Belgesinde Taşıyıcı Anne ve Müstakbel Babanın İsminin Yer Alması

Yabancı doğum belgesi, HMK m. 224 veya Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme usullerine göre onay ve tasdik içeriyorsa ve Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği m. 167 hükümleri uyarınca usulüne uygun olarak işleme alınmışsa ancak yine de taşıyıcı annelik şüphesi varsa bu konuda bir araştırma yapılması talep edilmelidir. Araştırma sonucunda çocuğun doğum belgesinde, anne olarak doğuran kadın olan taşıyıcı annenin ve baba olarak da genetik babanın isminin yer alması durumunda çocuğun doğum olayına ilişkin gerçek bilgileri içeren yabancı doğum belgesi esas alınarak çocuğun nüfus kütüğüne tescili yapılmalıdır.

Yabancı doğum belgesine dayanarak sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuğun nüfus kütüğüne tescili mukayeseli hukukta da mahkeme kararlarına konu olmuştur. Fransız mahkemelerinin önüne gelen 2009 tarihli bir davada⁹²⁵, taşıyıcı annelik sonucu Bombay'de dünyaya gelen ikiz çocuklar, daha sonra Fransız babaları tarafından tanınmıştır. Fransız baba, yabancı doğum belgesine dayanarak Fransız Başkonsoloslukuna çocukların doğumunu bildirmiş ve nüfus kütüğüne tescilini talep etmiştir. Fransız Başkonsolosluğu, Hindistan hukukunda annenin anonim olabileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamasına rağmen yabancı doğum belgesinde anne adının yer almadığını fark etmesi üzerine çocuğu, nüfus kütüğüne tescil etmemiştir. Bunun üzerine yabancı doğum belgesi değiştirilerek anne adı olarak taşıyıcı annenin ismi eklenmiştir. Çocuğun nüfus kütüğüne kaydı için yapılan bu ikinci başvuruda ise Cumhuriyet Savcılığı, taşıyıcı annelik yapıldığı şüphesiyle tescil talebini reddetmiştir. Ren İstinaf Mahkemesi (*The Court of Appeal of Rennes*), savcılığın, taşıyıcı annelik yapıldığına ilişkin şüphelerini kanıtlayamadığını belirterek çocuğun nüfus kütüğüne tesciline karar vermiştir. Mahkeme, taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliği sorunu ile bir çocuğun yabancı ülkede doğum belgesine dayanarak nüfus kütüğüne tesciline ilişkin meseleyi birbirinden ayrı tutmaya çalışmıştır. Mahkeme, kişisel durum belgelerinde anne bakımından hileli bir nesep ilişkisi bulunmadığını ve görülmekte olan davanın yabancı mahkeme kararının tanınmasına ilişkin bir dava olmadığına dikkat çekmiştir⁹²⁶.

⁹²⁵ CA Rennes, 29 Mart 2011, Karar No. 10/02646. Karar hakkında bilgi için bkz. Comparative Study, s. 118; Wells-Greco, *a.g.e.*, s. 92, dn. 77.

⁹²⁶ Wells-Greco, *a.g.e.*, s. 92.

Fransız mahkemelerinin önüne gelen başka bir davada⁹²⁷, Fransız genetik babanın üreme hücreleri kullanılarak Hindistan vatandaşı bir taşıyıcı anneden dünyaya gelen ikiz çocukların, Hindistan’da usulüne uygun olarak düzenlenen ve gerekli tasdikleri içeren doğum belgesine dayanılarak Fransız kişisel durum siciline kaydedilmesi talep edilmiş, Ren Mahkemesi, çocukların nüfus kütüğüne tescil edilmesine karar vermiştir. Bu karara karşı Cumhuriyet Savcılığı, Fransız Medenî Kanunu m. 16-7⁹²⁸ gereği taşıyıcı annelik sözleşmesi Fransız hukukuna aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir. Ren İstinaf Mahkemesi (*Court of Appeal*), ilk derece mahkemesinin kararını onaylayarak Fransız hukukuna uygun olarak düzenlenmiş yabancı kişisel durum belgesinin tanınması gerektiğine, öte yandan taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin talep daha önce ilk derece mahkemesinin önüne getirilmediğinden incelemeye yer olmadığına karar vermiştir.

Bu noktada AİHM’nin *Foulon and Bouvet v. France*⁹²⁹ kararlarına değinmek gerekir. Bu iki dava farklı davalar olmakla birlikte birbirine benzer özellikler taşımaktadır. AİHM, 2016 yılında verdiği bu kararlarda Bay Foulon ve Bay Bouvet, ayrı ayrı eşcinsel birliktelikleri olan Fransız vatandaşlarıdır. Her iki davada da bir yıl arayla Hindistan’da akdedilen taşıyıcı annelik sözleşmesine göre Bay Foulon ve Bay Bouvet’in üreme hücreleri kullanılmıştır. Hindistan’da doğan çocukların doğum belgelerinde Bay Foulon ve Bay Bouvet baba, taşıyıcı anne ise anne olarak yer almaktadır. Çocukların Fransız kişisel durum kütüğüne tescili talep edildiğinde Fransız yetkili makamları, Fransız Medeni Kanun’u m. 16-7 hükmüne göre yasaklanan taşıyıcı annelik yapıldığından şüphelenerek çocukların nüfus siciline tescili taleplerini reddetmiştir. Bu ret kararı üzerine açılan davada, ilk derece mahkemesi, babalığın yabancı doğum belgeleri esas alınarak kurulduğunu ve taşıyıcı annelik anlaşmalarına ilişkin yeterli kanıt bulunmadığını tespit ederek doğumun tescilini sağlamışlardır⁹³⁰.

İlk derece mahkemesinin kararlarına Fransız savcısı tarafından itiraz edilmiştir. Ren İstinaf Mahkemesi (*the Rennes Court of Appeal*), yaptığı inceleme sonucunda her iki dava bakımından da taşıyıcı annelik yöntemine başvurulduğuna dair yeterli kanıt

⁹²⁷ CA Rennes, 21 Şubat 2012, Karar No. 11/02758. Karar hakkında bilgi için bkz. 92; Comparative Study, s. 118-119; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 92.

⁹²⁸ Fransız Medenî Kanunu m.16-7 hükmü, üçüncü bir şahıs adına üreme veya gebelikle ilgili tüm sözleşmelerin geçersiz olduğunu düzenlemektedir. Hükmün İngilizcesi şu şekildedir: “All agreements relating to procreation or gestation on account of a third party are void.”

⁹²⁹ AİHM, *Foulon and Bouvet v. France*, No. 9063/14 ve 10410/14. Karar için bkz.

<https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164968%22%5D%7D>. (20.07.2022)

⁹³⁰ AİHM, *Foulon and Bouvet v. France*, para. 13-14.

olduğunu tespit etmiştir. Öte yandan bu tespitin sonuçları iki dava bakımından farklılık göstermektedir. Foulon davasında Mahkeme, taşıyıcı anneliği bir çocuğun satın alınması (*d'un achat d'enfant*) olarak nitelendirerek Bay Foulon'un babalığının tanınmasının kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğine karar vermiştir⁹³¹.

Diğer yandan Bouvet davasında, taşıyıcı annelik sözleşmesi Fransız hukukunda yasaklanmış olsa da yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesinin Bay Bouvet'nin babalığın kanıtı olduğu ve Fransız Medeni Kanunu'nun 47. maddesinde yer alan, yabancı yetkili makamlar tarafından usulüne uygun olarak düzenlenen kişisel duruma ilişkin belgelerin, geçerli ve bağlayıcı kabul edilmesi gerektiğine ilişkin hükmün uygulanması gerektiğini belirtmiştir⁹³². Bu kapsamda, Hindistan'da usulüne uygun düzenlenen doğum belgesi esas alınarak çocuğun nüfus siciline tescil edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır⁹³³.

Daha sonra her iki dava da Fransız Yüksek Mahkemesinin önüne gelmiştir. Bay Foulon, Ren İstinaf Mahkemesi kararının çocuğun yüksek yararına aykırı olduğunu ileri sürerek kararın ÇHS m. 3/f.1 ile AİHS m. 8'in ihlâl edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, Bay Foulon'nun, Fransız kanununa karşı hile (*fraude à la loi française*) yapması nedeniyle ilgili uluslararası sözleşme hükümlerine uygun bir talep ileri süremeyeceğini ve Fransız yetkili makamlarının yabancı doğum belgesini tanımayı reddedebileceğini belirterek iddiaları reddetmiştir. Bu gerekçeler Bouvet davasında da kabul edilerek Ren İstinaf Mahkemesi, kararının bozulmasına ve tescil işleminin iptaline karar vermiştir⁹³⁴.

AİHM, Hindistan'da düzenlenen doğum belgesinde ismi yer alan müstakbel babanın, aynı zamanda çocukların biyolojik babası olması nedeniyle doğum olayının Fransız kişisel durum siciline tescil edilmemesinin çocukların AİHS m. 8 kapsamında özel hayata saygı hakkını ihlâl ettiği sonucuna varmıştır⁹³⁵.

Bu açıklamalarla, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan bir çocuğun yabancı doğum belgesine dayanarak kişisel durum siciline tescili talep edildiğinde nüfus memuru yabancı doğum belgesinde yer alan bilgilerden taşıyıcı annelikten şüpheleniyorsa doğumu kişisel durum siciline tescil etmeden, mülki idare amirinin

⁹³¹ AİHM, *Foulon and Bouvet v. France*, para. 32.

⁹³² AİHM, *Foulon and Bouvet v. France*, para. 51.

⁹³³ AİHM, *Foulon and Bouvet v. France*, para. 53.

⁹³⁴ AİHM, *Foulon and Bouvet v. France*, para. 31-35.

⁹³⁵ AİHM, *Foulon and Bouvet v. France*, para. 58.

emriyle soruşturulma yapılmasını sağlayabilir. Nüfus memurunun, çocuğun anne ve babası olarak gösterilen kişilerin gerçekten anne ve babası olup olmadığını inceleme yetkisi bulunmadığı açıktır. Yapılan inceleme sonucunda doğuran kadın olarak taşıyıcı annenin isminin yer alması gerçekte de örtüşeceğinden yabancı doğum belgesi esas alınarak tescil işleminin gerçekleştirilmemesi çocuğun AİHS m. 8 kapsamında özel hayata saygı hakkını da ihlâl edeceğinden bu tescilin gerçekleştirilmesi çocuğun üstün menfaatinin bir gereğidir.

b. Doğum belgesinde Müstakbel/Genetik Anne ve Babanın İsmi'nin Yer Alması

Taşıyıcı annelik şüphesi sebebiyle yabancı doğum belgesine dayanarak çocuğun nüfusa tescili talebi reddedildikten sonra yapılan araştırma sonucunda çocuğun doğum belgesinde genetik/müstakbel anne ve babanın isminin yer aldığı anlaşılmışsa bu beyanın, gerçek dışı beyan olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti gerekir. Gerçek dışı beyan olduğu sonucuna varılırsa kovuşturma yapmak üzere durumun cumhuriyet savcılığına intikal ettirilmesi gerekir. (NHK Uygulama Yönetmeliği m. 33/f.2-b/c)

Bu konuda Avusturya Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu bir karara⁹³⁶ değinmek faydalı olacaktır. Avusturya hukukunda taşıyıcı annelik yapılması yasaklanmasına rağmen sınıraşan taşıyıcı annelikte doğan çocuğun, yabancı resmî belgeye dayanarak kişisel durum siciline kaydı, çocuğa pasaport verilmesi ve çocuğun vatandaşlık durumunun tespitine ilişkin Avusturya Anayasa Mahkemesinin verdiği bu karar dikkat çekicidir. Buna göre, Avusturya vatandaşı genetik/müstakbel anne ve baba, Ukrayna'da Ukraynalı bir taşıyıcı anneyle taşıyıcı annelik sözleşmesi yapmışlardır. 2010 yılında taşıyıcı anne, ikiz çocukları dünyaya getirmiştir. Çocuğun doğum belgesinde, Avusturyalı genetik/müstakbel anne ve babanın isimleri yazılmış ve yabancı doğum belgelerinin Almancaya çevrilmesinin ardından belgeler üzerine apostil şerhi konulmuştur⁹³⁷. Daha sonra, Kiev'deki Avusturya Büyükelçiliğinden çocuklar için pasaport çıkartılması amacıyla yapılan başvuruda yetkili Büyükelçilik görevlisi, çocukların taşıyıcı anneden doğduğundan şüphelenmiş ve İçişleri

⁹³⁶ Avusturya Anayasa Mahkemesi, 11.10.2012 – B 99/12 ve Diğerleri.

⁹³⁷ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 115.

Bakanlığınca, çocukların vatandaşlıklarının belirlenmesine ilişkin soruşturma başlatılmıştır.

Avusturyalı çift, taşıyıcı anneliğe başvurmadıklarını, genetik babanın spermiyle gerçekleştirilen IVF sonucu genetik annenin sezaryen doğum yaptığını belirtmiştir. Avusturya'nın Kiev Büyükelçiliği, taşıyıcı annelik ile ilgili şüpheleri gideremeyen çiftten, doğumun gerçekleştiğine dair kanıt talep etmiştir. Bu talebe rağmen çift, doğumun gerçekleştiği Ukrayna hastanesinin adını açıklamamış, IVF'yi gerçekleştiren doktorun adını söylememiş, genetik annenin elçilikte görevli bir doktor tarafından muayene edilmesi isteğini geri çevirmiş ve hamileliğe şahitlik yapabilecek herhangi bir tanık gösterememiştir⁹³⁸. 7 Aralık 2011 tarihli bir mektupla çocuklara Avusturya vatandaşlığı verilmesi talebi; taşıyıcı annelik şüphesi bertaraf edilmediğinden, Avusturya hukukuna göre sadece doğuran kadın anne olduğundan⁹³⁹ ve Avusturya Üreme Tıbbi Kanunu⁹⁴⁰'na göre taşıyıcı annelik yapılması yasak olduğundan kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir⁹⁴¹.

Avusturya Anayasa Mahkemesi'ne yapılan itiraz üzerine Mahkeme, AİHS m. 8 tarafından sağlanan korumanın bir çocuğun ebeveyniyle olan ilişkisini de kapsadığını ve idarenin Avusturya hukukundaki düzenlemeleri makul olmayan ve orantısız şekilde uyguladığına hükmederek, başvuranların özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlâl edildiğini belirtmiştir. Söz konusu olayda, çocuğun müstakbel anne ve baba ile genetik bağı olduğuna dair şüphe bulunmadığını, şüphenin taşıyıcı annenin kimliğine ilişkin olduğunu belirtmiştir⁹⁴². Mahkeme, bu şüphenin, idarenin genetik ebeveynliği göz ardı ederek yalnızca hukukî ebeveynliğe odaklanmasına yol açtığını, oysa çocuğun yüksek yararının birincil düşünce olması gerektiğini vurgulayarak çocuğun uzun vadeli yüksek yararının taşıyıcı anne tarafından değil genetik ebeveyn tarafından gözetileceğinin açık olduğunu belirtmiştir. Nitekim apostil taşıyan yabancı resmî belgenin tanınmaması hâlinde, taşıyıcı anneyi, çocuğun annesi olmak istememesine, anneliği üstlenmemesine ve çocukla bir aile ilişkisi kurmamasına

⁹³⁸ Comparative Study, s. 102.

⁹³⁹ Avusturya Medenî Kanun'u (*Allegemeines Bürgerliches Gesetzbuch*) m. 137/b'ye göre, çocuğu doğuran kadın annedir.

⁹⁴⁰ Avusturya Üreme Tıbbi Kanunu (*Reproductive Medicine Act*) m. I, §3'e göre, "(1) yapay üreme teknolojilerine yalnızca evli çiftin veya hayat arkadaşlarının sperm ve yumurtalarının kullanılması durumunda izin verilir. (2) bir kadının yapay döllemesi için, kocanın veya erkek partnerin kısır olması koşuluyla, üçüncü bir kişinin sperminin kullanılmasına izin verilir; (3) yumurtalar ve gelişme kabiliyetine sahip hücreler, yalnızca onları oluşturan kadın tarafından kullanılabilir." Bkz. Comparative Study, s. 100.

⁹⁴¹ Comparative Study, s. 103; Wells-Greco, *a.g.e.*, s. 116.

⁹⁴² Wells-Greco, *a.g.e.*, s. 116.

rağmen anne olmaya zorlamak anlamına gelir ki bu durum, çocuğun refahını tehlikeye atacaktır⁹⁴³.

Mahkeme son olarak, Avusturya kamu düzeninin kanunlar tarafından korunan temel değerlere ilişkin olduğunu ve bu temel değerlerden vazgeçilmeyeceğini ifade etmiştir. Bu kapsamda, anayasal hakların ve AİHS tarafından korunan hak ve özgürlüklerin kamu düzenini ilgilendirdiğini ancak Avusturya Üreme Tıbbi Kanunu'nda yer alan ve taşıyıcı anneliğe ilişkin yasağı da içeren düzenlemelerin, Avusturya hukukunun temel değerlerinin bir parçasını oluşturmadığı gerekçesiyle yabancı doğum belgesinin tanınmamasının çocuğun yüksek yararını tehlikeye atabileceğine dikkat çekmiştir⁹⁴⁴.

Yabancı ülkede düzenlenen doğum belgesinde taşıyıcı anneden hiç bahsedilmeyip anne olarak müstakbel annenin gösterildiği davalar AİHM'nin de önüne gelmiştir. Bu nokta AİHM'nin önüne gelen *Menesson v. France*⁹⁴⁵ ve *Labassee v. France*⁹⁴⁶ davalarına değinmek faydalı olacaktır. *Menesson v. France* ve *Labassee v. France* davalarının ikisi de benzer özelliklere sahiptir. Her iki olay da kadın eşlerin kısır olduğu evli bir Fransız çiftle ilişkindir. Çiftlerden ilki çocuk sahibi olabilmek amacıyla Amerika Birleşik Devletleri'nin Kaliforniya eyaletine, diğeri ise Minnesota eyaletine gitmiştir. Her iki çift de ilgili eyalet kanunlarına uygun olarak taşıyıcı anneye bir taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmişlerdir. Yine her iki davada da taşıyıcı anneye nakledilen embriyolar, müstakbel babanın spermi ve bağışlanan yumurta hücrelerinin in vitro döllendirilmesiyle oluşturulmuştur. Taşıyıcı anneler de çocuğu doğumdan sonra müstakbel anne ve babaya teslim etmeyi taahhüt etmiştir. İlgili eyalet mahkemeleri, çocuğun taşıyıcı annelik yöntemiyle doğduğuna veya taşıyıcı anneye atıfta bulunmaksızın Menesson çifti ile Labassee çiftinin çocuğun hukukî ebeveyni olduğunu ve doğum belgelerinin de bu karara göre düzenlenmesi gerektiğini belirtmiştir. Doğum gerçekleşikten sonra düzenlenen doğum belgeleri de mahkeme kararı doğrultusunda hazırlanmıştır.

⁹⁴³ Comparative Study, s. 103-104.

⁹⁴⁴ Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 117.

⁹⁴⁵ AİHM, *Menesson v. France*, No. 65192/11, 26.06.2014. Kararın resmî olmayan Türkçe çevirisi için <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22tabview%22%3A%22document%22%2C%22itemid%22%3A%22001-153629%22%7D>. (ET. 17.07.2022)

⁹⁴⁶ AİHM, *Labassee v. France*, No. 65941/11, 26.06.2014. Karar için bkz. <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-145180%22%7D>. (ET. 18.07.2022)

Yabancı doğum belgesine dayanılarak, çocukların doğumlarının Fransız kişisel durum siciline tescili ve çocuklara pasaport verilmesi talepleriyle Fransız Konsoloslukuna başvurulduğunda, bu iki yabancı doğum belgesinin hukukî sonuçları birbirinden farklı olmuştur.

Mennesson davasında, Kaliforniya’da düzenlenen yabancı doğum belgesi önce Fransız kişisel durum siciline tescil edilmiş ancak daha sonra Savcılık tarafından buna itiraz edilmiştir. *Labassee* davasında ise Savcılık, yabancı doğum belgesine dayanılarak doğum olayının bildirimi ve doğumun sicile tescili talebi aşamasında, tescili gerçekleştirilmeden taşıyıcı annelik şüphesiyle tescil talebini reddetmiştir. Her iki davada da kanun yoluna giden müstakbel anne ve baba, Fransız Yüksek Mahkemesinin (*Cour de Cassation*) katı yaklaşımıyla karşılaşmıştır. Yüksek Mahkeme, Fransız hukukunun açık hükümlerinden (Fransız Medeni Kanun’u m. 16–7⁹⁴⁷ ve m. 16–9⁹⁴⁸) kaynaklanan kamu düzenine aykırı olarak gerçekleştirilen taşıyıcı annelik düzenlemelerinin geçersiz olduğuna karar vermiştir. Ayrıca, yabancı mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olsa dahi kişisel durumların bir anlaşma ile ortadan kaldırılamayacağını belirtmiştir. Buna ek olarak, yabancı doğum belgesine dayanılarak doğum olayının tescil edilmemesinin çocukların müstakbel anne ve babasıyla Fransa’da yaşamasına engel olmadığı ve şüphesiz Kaliforniya hukukuna göre tanınan annelik ve babalık statüsünün değişmediğini belirtilmiştir.

AİHM, davaları incelerken AİHS m. 8’in özel hayata saygı ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında iki yönlü uygulanabilir olduğunu tespit etmiş ve bu iki hakkı birbirinden ayırarak bir inceleme yapmıştır. Öncelikle, çocuk ve müstakbel ebeveynin birlikte yaşamaları nedeniyle oluşan aile bağının hukuksal olarak tanınmasının reddedilmesinin, aile hayatına saygı hakkına müdahale teşkil edeceğini belirtmiştir⁹⁴⁹.

Bununla birlikte Mahkeme, Fransa’nın, yabancı ülkede gerçekleşen taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk ve müstakbel ebeveyni arasındaki soybağının tanınmasını reddetmesi hususunun, Fransız vatandaşlarının kendi kanunlarına göre yasaklanan taşıyıcı annelik yöntemine başvurmalarını engellemeyi amaçladığından haklı olduğunu tespit edilmiştir. Fransız yetkilileri taşıyıcı anneyi ve çocuğu korumak

⁹⁴⁷ Fransız Medenî Kanunu m.16-7 hükmüne göre, üçüncü bir şahıs adına üreme veya gebelikle ilgili tüm sözleşmelerin geçersizdir. Hükmün İngilizcesi şu şekildedir: “All agreements relating to procreation or gestation on account of a third party are void.”

⁹⁴⁸ Fransız Medenî Kanunu m.16-9 hükmü, bu düzenlemelerin emredici nitelikte olduğunu belirtmektedir. Hükmün İngilizce çevirisi şu şekildedir: “The provisions in this chapter are mandatory”

⁹⁴⁹ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 48-49.

amacıyla hareket etmiştir. Burada, aile hayatına saygı hakkına AİHS m. 8/f.2⁹⁵⁰’de öngörülen kamu makamı müdahalesinin yapılabileceği hâllerden olan “sağlığın korunması” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” meşru amaçlarına ulaşıldığı sonucuna varılmıştır⁹⁵¹.

Mahkeme, taşıyıcı annelik yönteminin etik düzene ilişkin hassasiyetlere sebebiyet verdiğini ve devletlerin, sadece bu üreme yöntemine izin verip vermemelerine ilişkin değil, aynı zamanda yabancı ülkede bu yöntemle yasal olarak dünyaya gelen çocuklar ile müstakbel ebeveyn arasındaki soybağının tanınması ile ilgili konularda da geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu belirtmiştir⁹⁵². Fransız makamlarının bu konuda sahip olduğu nispeten geniş takdir marjı dikkate alınarak Fransız Yüksek Mahkemesinin, başvuruların çıkarları ve Fransız devletinin çıkarları arasında adil bir denge kurduğuna sonucuna ulaşılmıştır⁹⁵³.

AİHM’in özel hayata saygı hakkı kapsamında yaptığı incelemenin sonucu ise daha farklıdır. Burada AİHS m. 8’in açık bir şekilde ihlâl edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme, çocukla müstakbel anne ve baba arasında kurulan *de facto* aile bağının tanınmamasından kaynaklanan hukukî belirsizlikler nedeniyle⁹⁵⁴ Fransa’nın taşıyıcı annelik konusunda devletlere tanınan geniş takdir marjını aştığını belirtmiştir⁹⁵⁵. Yabancı doğum belgelerinin tanınmasının reddi, hukukî ve sosyal gerçeklik arasında çelişkilere yol açarak çocukların Fransız toplumu içindeki kimliklerinin parçalarını oluşturan vatandaşlık, miras vb. konularda olumsuzluklarla karşılaşmalarına neden olacaktır⁹⁵⁶. AİHM, özel hayata saygı hakkının Fransız kanunlarına karşı gelen müstakbel ebeveyn için değil, yalnızca çocuklar açısından ihlâl edildiği sonucuna varmıştır⁹⁵⁷.

Bu açıklamalardan sonra kanaatimizce genetik/müstakbel anne ve babanın isimlerinin yer aldığı yabancı doğum belgesine dayanarak çocuğun nüfus kütüğüne tescili, hem çocuğun üstün menfaatinin bir gereğidir hem de çocuğun miras hakkı gibi

⁹⁵⁰ AİHS m.8/f.2’ye göre, “Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

⁹⁵¹ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 62.

⁹⁵² AİHM, *Mennesson v. France*, para. 79; AİHM, *Labassee v. France*, para. 78.

⁹⁵³ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 94.

⁹⁵⁴ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 97; AİHM, *Labassee v. France*, para. 76.

⁹⁵⁵ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 100.

⁹⁵⁶ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 97-98; AİHM, *Labassee v. France*, para. 76-77.

⁹⁵⁷ AİHM, *Mennesson v. France*, para. 102; AİHM, *Labassee v. France*, para. 80-81.

meşru hukukî çıkarlarını korumak bakımından da en uygun çözümdür. Öte yandan böyle bir değerlendirmeyi ancak mahkemeler yapabileceğinden, taşıyıcı annelik şüphesiyle yapılacak araştırma sonucunda çocuğun doğum belgesinde yer alan bilgilerin doğru olmadığı anlaşılırsa, belgenin içerdiği bilgilerin doğruluğunun tespiti amacıyla açılan davada, çocuğun anne ve babasının kim olduğu kanunlar ihtilâfi kurallarının uygulanmasıyla soybağına uygulanacak hukuka göre belirlenecektir.

c. Doğum Belgesinde Gösterilen Müstakbel Anne ve Baba ile Çocuk Arasında Hiçbir Genetik Bağ Bulunmaması

Taşıyıcı annelik şüphesiyle başlatılan araştırma sonucunda çocukla doğum belgesinde anne ve baba olarak gösterilen müstakbel anne ve baba arasında hiçbir genetik bağ bulunmaması durumunda bu beyan gerçek dışı kabul edilerek ilgililer hakkında kovuşturma yapılmak üzere durum belgelerle birlikte Cumhuriyet savcılığına intikal ettirilebilir (NHK Uygulama Yönetmeliği m. 33/f.2-b/c).

AİHM'nin önüne gelen, müstakbel anne ve baba ile çocuk arasında hiçbir genetik bağın bulunmadığı taşıyıcı anneliğe ilişkin tek dava *Paradiso and Campanelli v. Italy*⁹⁵⁸ davasıdır. Davada başvurular, birçok kez başarısızlıkla sonuçlanan tüp bebek tedavisinden sonra İtalya'da yabancı bir çocuğu evlât edinmek için başvuru yapan, başvuruları olumlu sonuçlanan İtalyan bir çifttir. Ancak çift, evlât edinilmeye uygun bir çocuğu boşuna beklediklerini anladıktan sonra⁹⁵⁹ tekrar yardımcı üreme tekniklerini denemeye ve Rusya'da taşıyıcı annelik yöntemine başvurmaya karar vermişlerdir.

Çift, Moskova'da bulunan bir taşıyıcı annelik kliniğiyle anlaşarak taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmişlerdir⁹⁶⁰. 2010 yılının haziran ayında, iki embriyo taşıyıcı anneye başarılı bir şekilde nakledilmiştir. 2011 yılının şubat ayında Rus Kliniği, müstakbel babanın sperm hücrelerinin taşıyıcı annenin rahmine nakledilen embriyolarda kullanıldığını teyit etmiştir⁹⁶¹. Çocuk, 27 Şubat 2011 tarihinde Moskova'da doğmuş ve aynı gün taşıyıcı anne, çocuğun başvuranların oğlu olarak

⁹⁵⁸ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, No. 25358/12, 24.01.2017. Kararın İngilizce metni için bkz.

<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22%3A%22ENG%22%2C%22appno%22%3A%2225358%2F12%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-170359%22%7D>. (ET. 20.07.2022)

⁹⁵⁹ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 10.

⁹⁶⁰ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 11.

⁹⁶¹ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 12.

kaydedilmesine rızası bulunduğu ilişkin yazılı muvafakat vermiştir⁹⁶². Bunun üzerine müstakbel anne ve babanın çocuğun ebeveyni olduğunu gösteren doğum belgesi esas alınarak doğum olayı, Moskova'daki Nüfus Müdürlüğü tarafından Rus kütüklerine tescil edilmiştir. Müstakbel anne ve babanın, çocuğun ebeveyni olduğunu gösteren Rus doğum belgesi, 1961 tarihli Yabancı Resmî Belgelerin Tasdiki Mecburiyetinin Kaldırılmasına İlişkin La Haye Sözleşmesi hükümlerine göre tasdik edilmiştir⁹⁶³.

Çift, çocukla birlikte İtalya'ya dönmek amacıyla Moskova'daki İtalyan Konsoloslukuna başvurmuşlar ve gerekli seyahat belgesi çocuk adına düzenlenmiş ve taraflar İtalya'ya dönebilmiştir. Öte yandan, Moskova'daki İtalyan Konsolosluğu, İtalya'daki yetkili makamları çocuğun doğum belgesinde yanlış bilgiler bulunduğu hususunda bilgilendirmiştir⁹⁶⁴. Çift, yabancı doğum belgesi esas alınarak çocuğun, İtalyan nüfus kütüğüne tescili için talepte bulunduklarında yetkili makamlar tescil talebini reddettikleri gibi Savcılık, çift hakkında, “kişisel durumun yanlış beyanı⁹⁶⁵”, “sahte belge kullanmak⁹⁶⁶” ve Evlât Edinme Kanunu'nda yer alan uluslararası evlât edinmeye ilişkin hükümlerde öngörülen usule⁹⁶⁷ aykırı davranmak gerekçeleriyle soruşturma başlatmıştır⁹⁶⁸.

Buna paralel olarak, Campobasso Küçükler Mahkemesi Savcılığı, taşıyıcı annelikle doğan çocuğun evlât edinmeye hazır hâle getirilmesi için müstakbel anne ve babanın elinden alınmasını talep etmiş ve terk edilmiş çocuk statüsünde bulunan çocuk hakkında, evlât edindirme işlemleri başlatılmıştır⁹⁶⁹.

2011 yılında Mahkeme, DNA testi gerçekleştirmiş ve müstakbel baba ile çocuk arasında herhangi bir genetik bağ bulunmadığını tespit etmiştir⁹⁷⁰. Bunun tespiti üzerine dava uluslararası evlât edinme davası olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirme sonucu mahkeme, çocuk ile İtalyan çift arasında herhangi bir genetik bağ bulunmadığı, çiftin İtalyan kanunlarına aykırı hareketleri nedeniyle ebeveyn olma yeterliliklerinden şüphe duyulduğunu belirterek, çocuğun çiftin elinden alınarak sosyal

⁹⁶² AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 14.

⁹⁶³ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 16.

⁹⁶⁴ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 19.

⁹⁶⁵ İtalyan Ceza Kanunu, m. 567. Hükmün İngilizcesi şu şekildedir: “Anyone who alters the marital status of a newborn is punished with imprisonment from three to ten years.”

⁹⁶⁶ İtalyan Ceza Kanunu, m. 489 senette sahteciliğe ilişkin düzenleme getirmektedir.

⁹⁶⁷ İtalyan Evlât Edinme Kanunu (*Adoption Act*) m. 72.

⁹⁶⁸ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 21.

⁹⁶⁹ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 22-23.

⁹⁷⁰ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 30.

hizmetler kurumuna verilmesine ve çiftin çocukla herhangi bir temasta bulunmaması gerektiğine karar vermiştir.

Çift, yabancı doğum belgesine dayanan doğum olayının kişisel durum siciline tescilinin İtalyan makamları tarafından reddedilmesi ve çocuğun kendilerinden alınmasının AİHS m. 8 kapsamında özel ve aile hayatına saygı hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. AİHM, yabancı doğum belgesinin içeriğinde yer alan bilgilerin doğruluğu bakımından devletlerin kendi hukuklarına göre bir inceleme yapabileceğini belirterek bu konuda iç hukuk yolları tüketilmediğinden başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁹⁷¹. Diğer yandan çocukla, İtalyan çift arasında *de facto* bir aile hayatı mevcut olduğundan çocuğun ailenin elinden alınmasının, AİHS m. 8'i ihlâl ettiğini tespit etmiştir. İtalyan makamlarının Devletin çıkarları ile müstakbel ebeveynin çıkarları arasında doğru dengeyi kuramadığına ve çocuğun üstün yararı ilkesinin göz ardı edildiğine karar vermiştir⁹⁷².

Hem İtalyan hükümetinin hem başvuruların itirazı üzerine Büyük Daire davayı yeniden değerlendirmiştir. Bu kapsamda, çocuğun İtalyan yetkililer tarafından müstakbel ailenin elinden alınmasının, başvuruların özel hayatına müdahale teşkil ettiği tespit etmiştir⁹⁷³. Ancak bu müdahalenin hukuka uygun olduğu, meşru bir amacı olduğu ve İtalya'nın aldığı tedbirlerin demokratik bir toplumda gerekli olduğu sonucuna varılmıştır⁹⁷⁴. Yerel kanunlarını uygulayan İtalyan yetkililer, çocuğu bilinmeyen biyolojik ebeveyninden koruma gayesiyle hareket etmiş ve çocuğun anne ve babasının belirsizliğinden ötürü çocuk hakkında yeni bir doğum belgesi düzenleyerek terk edilmiş çocuk olarak koruma altına almıştır. Taşıyıcı annelik yöntemi İtalyan hukukunda yasaklandığından çocuk ve müstakbel ebeveyn arasında herhangi bir genetik bağ da bulunmadığından İtalyan yetkili makamları tarafından alınan önlemlerin, kargaşayı önleme, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ve nihayetinde çocuğu koruma amacı taşıdığı tespit edilmiştir⁹⁷⁵. Mahkeme, İtalyan makamlarının, çocuğun müstakbel aileden ayrılırken ciddi veya onarılamaz bir zarar görmeyeceğine karar vererek, taraflar arasındaki farklı menfaatler arasında adil bir

⁹⁷¹ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 75.

⁹⁷² AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 86.

⁹⁷³ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 198.

⁹⁷⁴ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 200-210.

⁹⁷⁵ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 200-210.

denge kurulduğunu, İtalya'nın kendilerine tanınan geniş takdir marjı içinde kaldığını tespit etmiştir⁹⁷⁶.

AİHM kararı incelendiğinde çocukla müstakbel anne ve babanın her ikisi arasında da hiçbir genetik bağ bulunmadığı hâllerde yabancı doğum belgesine etki tanınmayarak devletin çocuğu, anne ve babanın belirsizliğinden ötürü kimsesiz çocuk olarak koruma altına almasında meşru bir amacı olduğu belirtilmiştir⁹⁷⁷. AİHM'in taşıyıcı anneliğe ilişkin diğer kararlarında da genetik bağın önemine dikkat çekildiği görülmektedir. Bu kapsamda, çocuğun yüksek menfaati ilkesi, taşıyıcı annelik yöntemiyle doğan çocuk ve müstakbel ebeveyn arasında herhangi bir genetik bağ bulunmadığında taşıyıcı annelikle dünyaya gelen diğer çocuklardan farklı şekilde değerlendirilmekte ve korunmaktadır⁹⁷⁸.

D. Yabancı Makamlar Önünde Gerçekleşen Tanımanın Türk Hukukuna Etkisi

1. Yabancı Makamlar Önünde Gerçekleşen Tanıma Beyanı

Tanıma çoğu hukuk sisteminde, çocuğu tanımak isteyen ebeveynin nüfus sicil memuru veya bir kamu görevlisi huzurunda bulunduğu resmî bir beyanla gerçekleşir⁹⁷⁹. Tanıma aslında bir irade açıklaması olduğundan tanıma beyanın yapılması için bir dava açılmasına gerek yoktur. Bu nedenle tanıma ile soybağının kurulması, soybağının mahkeme kararıyla kurulmasından farklıdır. Tanıma, istisnâî olarak görülmekte olan bir babalık davasında yapılmamışsa mahkeme kararında yer almayacaktır⁹⁸⁰.

Tanımanın hukukî sonuç doğurabilmesi için gereken şekil şartlarının yerine getirilip getirilmediği kanunlar ihtilâfî kurallarının konusunu oluşturur. Öte yandan, yabancı ülkede tanıma ile kurulan soybağı ilişkisinin, gerçekleştirildiği ülke dışında hukukî sonuç doğurup doğurmayacağı milletlerarası usul hukukunu ilgilendirir⁹⁸¹.

⁹⁷⁶ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 215.

⁹⁷⁷ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 215.

⁹⁷⁸ Lydia Bracken, "Assessing the Best Interests of the Child in Cases of Cross-border Surrogacy: Inconsistency in the Strasbourg Approach?", *Journal of Social Welfare and Family Law*, C. 39, S. 3, 2017, s. 11.

⁹⁷⁹ Preliminary Document No. 2A, s. 16.

⁹⁸⁰ Baran-Çelik, *a.g.e.*, s. 170.

⁹⁸¹ Baran-Çelik, *a.g.e.*, s. 170.

Türk hukukunda, yabancı ülkelerde gerçekleştirilen tanıma işlemi, kişisel durumu ilgilendirdiğinden Türk vatandaşlarının, mavi kartlıların⁹⁸² ve Türkiye’de oturan yabancıların⁹⁸³ tanımayı bildirme yükümlülüğü vardır.

Yabancı ülkelerde gerçekleştirilen tanıma beyanlarını içeren belgeler esas alınarak kişisel durum siciline tescil yapılmak istediğinde, yine yabancı belgelerin ispat gücüne ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır. Tanımanın geçerliliğinin hangi hukuka tâbi olduğuna ilişkin bir mesele ancak Türk mahkemeleri önünde tanımanın geçersizliğinin ileri sürülmesi hâlinde mümkün olacaktır. Bu durumda tanımanın geçerliliği Türk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre yetkili olan hukuka göre tespit edilecektir.

Bu bölümde, yabancı ülkede gerçekleştirilen tanımanın, Türk kişisel durum siciline bildirilmesi, tanıma beyanının doğruluğundan tereddüt edilmesi hâlinde yapılacak inceleme ve incelemesinin kapsamı ile tanımanın tescili hususu anlatılacaktır.

2. Tanımanın Bildirimi ve Tescili

Yabancı devlette gerçekleştirilen tanıma beyanına ilişkin olarak yapılacak bildirim hususu NHK m. 28/5’te düzenlenmiştir. Buna göre, “*Yurt dışında yapılan tanıma işlemlerine ait bildirimler dış temsilciliklere veya Türkçeye tercüme edilip, onaylanmış olmak kaydıyla yurt içinde nüfus müdürlüklerine yapılabilir.*”

Kanun’da bildirimin niteliğinden ve kapsamından bahsedilmese de NHK m. 12 hükmüne göre “*Nüfus kütüklerine düşülen kişisel durumla ilgili her kayıt ve açıklamanın bu Kanuna göre yetkili kılınmış görevlilerce, usûlüne ve örneğine uygun olarak düzenlenmiş belgelere dayandırılması zorunludur.*” düzenlemesi yer almaktadır. Kanun, aile kütüğüne işlenen nüfus olaylarının dayanak belgelerini; form, tutanak, mahkeme kararı, noter senedi, doğum veya ölüm raporu gibi resmî belgeler ile bunların yedekleri olarak tanımlamıştır (m. 3/1-ğ)⁹⁸⁴. Bu hüküm gereği, bildirimin resmî bir belge niteliği taşıması gerektiği belirtmiştir⁹⁸⁵.

⁹⁸² NHK m. 8/A’ya göre, mavi kartlılar kütüğüne kayıtlı olanların her türlü nüfus olaylarını, bu kapsamda tanımayı da bildirmeleri gerekir.

⁹⁸³ NHK m. 8’e göre yabancılar kütüğünde kaydı bulunan yabancılar, Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 9’a göre kendileri ile ilgili nüfus olaylarını bunlarda meydana gelen değişiklikleri yerleşim yeri nüfus müdürlüklerine bildirmekle yükümlüdür

⁹⁸⁴ Aynı hüküm NHK Uygulama Yönetmeliği m.3/f.1-ğ düzenlemesinde de yer almaktadır.

⁹⁸⁵ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 187.

Öğretide, mahkeme kararıyla tanıma gerçekleşmişse burada, mahkemenin işlevine göre tanımanın tescili veya tanıma kararının tanınmasının söz konusu olabileceği belirmiştir. Buna göre, mahkemede gerçekleşen tanıma Türk hukukunda olduğu gibi sadece tanıma beyanının alınmasından ibaretse ve karar niteliği taşımıyorsa NHK m. 25/f.5'e göre tescil edilebilecektir. Ancak açılmış bir dava içerisinde tanıma gerçekleşmiş ve tanıma mahkeme kararına bağlanmışsa veya tanımanın geçerliliğinin tâbi olduğu hukuka göre, annenin onayı gerekmesine rağmen annenin onay vermemesi nedeniyle tanıma çekişmeli bir hâl almış ve sonuç olarak mahkeme kararıyla kabul edilmişse bu kararın MÖHUK hükümlerine göre tanınması gerekmektedir⁹⁸⁶.

Yabancı resmî belgede yer alan tanımanın nüfus kütüğüne tescilinden önce nüfus müdürlüğünce, tanınan çocuğun Türk vatandaşı babanın çocuğu olup olmadığına dair tereddüt yaşanması durumunda tanıyan babanın, tanınacak çocukların ve çocukların yabancı uyruklu annesinin Türkiye'ye giriş ve çıkış tarihleri, yurt içinde ikamet yerleri ile süreleri ve diğer bilgiler karşılaştırılarak bir inceleme yapılır (Mevzuat Açıklaması m. 26.2/f.3).

Yapılan inceleme sonunda, tanıma beyanın doğruluğuna ve tanınacak çocukların tanıyan babanın çocuğu olduğuna dair kanaat oluşursa tanımanın tesciline ilişkin başvuru formunun uygun bir alanına “*Yapılan inceleme sonucunda; Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği hükümleri uyarınca belgelerin usulüne uygun olarak düzenlendiği, onay ve tasdik işlemlerinin yapıldığı ve beyanların doğruluğu anlaşıldığından, tanıma olayının aile kütüklerine tescil edilmesi uygundur.*” şerhi düşüldükten sonra tanıma olayı nüfus kayıtlarına tescil edilir (Mevzuat Açıklaması m. 26.2/f.3-a).

Tanıma beyanının doğruluğu ve tanınacak çocukların, tanıyan babanın çocuğu olmadığına dair kanaat oluşursa, ilgili mülkî idare amirinin emriyle kolluk kuvvetlerince araştırma yapılır (Mevzuat Açıklaması m. 26.2/f.3-b). Kolluk kuvvetlerince yapılacak inceleme sonucunda beyanın doğruluğu anlaşılırsa belge üzerine bu konuda bir şerh⁹⁸⁷ düşülerek tescil işlemi gerçekleştirilir. Beyanların

⁹⁸⁶ Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 188.

⁹⁸⁷ Kolluk kuvvetlerinde yapılacak inceleme sonrası beyanların doğru olduğu anlaşılırsa “*Yapılan inceleme/araştırma sonucunda; Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği hükümleri uyarınca belgelerin usulüne uygun olarak düzenlendiği, onay ve tasdik işlemlerinin yapıldığı ve beyanların doğruluğu anlaşıldığından, tanıma olayının aile kütüklerine tescil edilmesi uygundur.*” şeklinde bir şerh düşülecektir. Bkz. Mevzuat Açıklaması, m.26.2/f.4-a.

gerçeğe aykırı olduğu anlaşılırsa, durum Cumhuriyet Savcılığına intikal ettirilecektir (Mevzuat Açıklaması, m. 26.2/f.4-b).

Yabancı ülkede gerçekleşen tanıma olayına ilişkin beyanda şüphe duyulması hâlinde önce nüfus müdürlüğünce, daha sonra kolluk kuvvetlerince yapılacak araştırma aslında yabancı resmî belgenin, Nüfus Hizmetleri Uygulama Yönetmeliği m. 167 hükümleri uyarınca usulüne uygun olarak işleme alındığı ve resmî belgenin HMK m. 224 veya Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme usullerine göre onay ve tasdik işlemlerinin gerçekleştiğine ilişkindir. Tanıma bildiriminin, tescil işleminde esas alınabilmesi için işlemin, kanunlar ihtilâfı hukukuna göre geçerli bir işlem olup olmadığı dikkate alınmayacaktır

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuk bakımından da Türk vatandaşı genetik baba, çocuğu yabancı ülkenin yetkili makamları önünde tanımış ve bu tanımaya ilişkin yabancı resmî belge ile bildirimde bulunmuşsa nüfus müdürlüğü, sadece yabancı belgenin resmî bir belge olarak işleme alınması için gerekli şartları taşıyıp taşımadığını inceleyecektir. Bu inceleme, HMK m. 224 ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmeler çerçevesinde hazırlanan ve NHK Uygulama Yönetmeliği m. 167 kapsamında yapılacaktır.

Yabancı ülkede gerçekleştirilen tanıma işleminin Türkiye'deki hukukî etkileri bakımından Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin de incelenmesi gerekir. Bu konuda⁹⁸⁸, “Evlilik Dışı Çocukların Tanınmasını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme⁹⁸⁹” önem arz eder. Sözleşmenin amacı, âkit devlet vatandaşlarının evlilik dışı çocuklarını, kendi ülkelerinde kabul edilen tanıma usullerine göre diğer âkit devletlerde de tanımalarına izin vermekte ve bu konuda âkit devletler arasında kolaylık sağlamaktadır⁹⁹⁰. Ayrıca, babalığın şahsî ve malî sonuçlu tanınmasındaki usul hükümleri birleştirilerek bu

⁹⁸⁸ Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan Türkiye'nin taraf olduğu ancak henüz yürürlüğe girmemiş olan “Evlilik Dışı Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme” de vardır. Sözleşme'nin 10.maddesine göre, bir çocuğun tanınması işlemini yapan ve tescil eden makam, tanınanın nüfus kütüğüne tescil edilmesi için diğer bir taraf devletteki çocuğun doğum tutanağını düzenleyip tescil eden nüfus memuruna doğrudan veya diplomatik yolla bildirimde bulunacaktır. Bu bildirimler, Sözleşme'ye ekli olan forma göre düzenlenecektir ve devletler tarafından bu formlarda yapılacak her türlü değişiklik, Milletlerarası Ahvali Şahsiye Komisyonunun kabulüne bağlı olacaktır. Bu konuda bilgi için bkz.

⁹⁸⁹ RG. 11.5.1964-11700. Sözleşme Türkçe metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/CS_/t03/c019/cs_03019056ss0423.pdf. (ET. 15.07.2022). Sözleşmeye taraf devletler; Almanya, Belçika, Fransa, Hollanda, İspanya, İsviçre, İtalya, Portekiz, Türkiye ve Yunanıstandır.

⁹⁹⁰ Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 134.

konudaki ilgili makamların yetkisi genişletilmektedir⁹⁹¹. Sözleşme m. 1'e göre, *“Bu sözleşmeye göre, bir kişinin evlilik dışı bir çocuğun babası olduğunu beyan etmesine “nesepli tanıma” veya “nesepsiz tanıma” denir. Bunlardan birincisinde, tanıma beyanında bulunan kimse ile tanınan çocuk arasında hukuki bir neseplî bağ teessüs eder, ikincisinde ise böyle bir bağ teessüs etmez.”*

Sözleşmeye göre, tanıma beyanında bulunulan ülkede sadece nesepsiz tanıma kabul ediliyor, ancak tanıma beyanında bulunan kişinin millî hukuku nesepli tanımayaya izin veriyorsa, tanıma beyanında bulunulan ülkedeki tanıma işlemi, nesepli tanıma sonuçlarını doğuracaktır (m. 2). Aynı doğrultuda, tanımanın yapıldığı ülke sadece nesepli tanımayı kabul etmesine rağmen beyanda bulunanın millî hukukunda sadece nesepsiz tanıma varsa, beyanda bulunulan âkit devlette gerçekleştirilen tanıma, nesepsiz tanıma hüküm ve sonuçlarını doğurur (m. 3). Türk hukukunda sadece nesepli tanıma kabul edildiğinden, Türk vatandaşlarının yabancı ülkelerde gerçekleştirecekleri tanıma beyanları her zaman nesepli tanıma hüküm ve sonuçlarını doğuracaktır⁹⁹².

Sözleşme uyarınca, tanıma beyanı, tanımanın gerçekleştiği ülkenin resmî makamlarına, o ülke mahallî mevzuatının öngördüğü resmî şekil şartlarına uygun olarak yapılmışsa, beyanda bulunanın kendi memleketindeki yetkili makam önünde gerçekleşen bir tanıma beyanı gibi hüküm ve sonuç doğurur (m. 4).

Sözleşme kapsamında tanıma beyanlarını içeren ve bunları veren yetkili makamın mühür ve imzasını taşıyan belgelerin tasdikli örnek ve özetleri, taraf devletlerde her türlü tasdikten muaf tutulmuştur (m. 5).

Dolayısıyla, sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle âkit bir devlette dünyaya gelen çocuğun, yabancı yetkili makam önünde ve o ülkenin aradığı resmî şekil şartlarına uygun olarak tanınması, Türkiye’de gerçekleşen bir tanıma gibi hüküm ve sonuç doğuracaktır. Tanımaya ilişkin yabancı belge, her türlü tasdikten muaf tutulduğu için Türkiye’de bu belgeye dayanarak çocuğun nüfus kütüğüne doğrudan tescili talep edilebilir. Bu durumda nüfus müdürlüğü, tanımanın sözleşmeye âkit bir devlette ve o ülke usulüne uygun yapıldığını tespit ettikten sonra çocuğu nüfus kütüğüne tescil edecektir.

⁹⁹¹ Tekinalp, **a.g.e.**, s. 192. Mülga Medenî Kanunda, kişisel sonuçlu babalık davası ve malî sonuçları babalık davası kabul edilmekteyken tanıma bakımından böyle bir ayırım yapılmamıştı. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile malî sonuçlu babalık kurumu kaldırılmıştır. Bu nedenle babalık, sadece kişisel sonuçludur. Bkz. Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 135.

⁹⁹² Akıncı/Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 135.

E. Nüfus Kaydının İptali

Yabancı doğum belgesine veya yabancı ülkede gerçekleştiren tanıma işlemine ilişkin resmî belgeye dayanılarak sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuk, nüfus kütüğüne tescil ettirildikten sonra bu tescilin iptali istenebilir. Daha önce ifade edildiği üzere kişisel durum sicilleri resmî belgelerin ispat gücüne sahip olduğundan aksi sabit oluncaya kadar kesin delil niteliğini haizdir.

Nüfus kütüklerinde yer alan kayıtların değiştirilebilmesi, bu konuda mahkeme hükmü alınmış olmasına bağlıdır (NHK m. 35)⁹⁹³. Nitekim, NHK m. 39'a göre, *“Usûlüne göre düzenlenmemiş bir belgeye dayanılarak tesis edilmiş nüfus kayıtları Genel Müdürlüğün ya da nüfus müdürlüklerinin göstereceği lüzum üzerine mahkemece verilecek kararla iptal edilir.”* Çocuk, nüfus kütüğüne tescil edildikten sonra Cumhuriyet Savcısının taşıyıcı anneliği öğrenmiş olması hâlinde, nüfus kaydının iptali davası açılabilmesi mümkündür.

Böyle bir dava açılabilmesi mümkün olsa da kanaatimizce, çocuğun genetik anne ve babasının kişisel siciline tescil işlemi gerçekleştirildikten sonra nüfus kaydının iptali talebi reddedilmelidir. Bu noktada, çocuk, tescil işlemiyle genetik anne ve babasıyla daha çok zaman geçirerek onlarla güçlü duygusal bağlar geliştirecektir. Nüfus kaydının iptali, çocuğun *de facto* kurulmuş aile bağlarının koparılması, çocuğun yaşı ve anne ve babasıyla geçirdiği zaman dışında, duygusal ve zihinsel gelişimi de dikkate alındığında çocuk için zararlı sonuçlara sebep olabileceği anlamına gelecektir. Taşıyıcı anneliğe başvurma kararını veren çocuğun ebeveyni olan kişilerin eylemleri nedeniyle tescil edilen nüfus kaydının iptal edilmesi, sadece çocuğu cezalandırmak olacaktır. Her türlü hukukî işlemde olduğu gibi bu durumda da çocuğun yüksek menfaati en önemli değer olarak dikkate alınmalı ve nüfus kaydı iptal edilmemelidir.

Yapılacak yargılamada, mahkeme çok daha derin bir inceleme yapabilecektir. Bu noktada her davanın gereklerine göre çocuğun genetik anne ve babasıyla kurduğu aile hayatı göz önünde bulundurularak çocuk hakkında inceleme yapılırken sosyal hizmetler yetkilileri veya psikologların uzman görüşlerinden de faydalanılarak çocuğun üstün menfaatine göre karar verilmesi ve nüfus kaydının iptaline son çare olarak karar verilmesi gerekir.

⁹⁹³ Öte yandan, maddî hataların düzeltilmesi (NHK m. 38) ve din bilgisine ilişkin talepler (NHK Yönetmeliği m. 82) bakımından dava açılmasına gerek yoktur.

II. Yabancı Ülkede Verilen Soybağının Kurulmasına İlişkin Kararların Türk Hukukunda Tanınması

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuk ile müstakbel anne ve/veya babası arasındaki soybağının yabancı bir mahkeme kararıyla veya yabancı ülkede verilen bir evlât edinme kararıyla kurulması durumunda bu kararların, Türkiye’de hukukî etki ve sonuç doğurabilmesi Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklı kalmak kaydıyla MÖHUK hükümlerine göre tanınmasıyla mümkün olur.

Bu bölümde yabancı mahkeme kararlarının tanınması hakkında MÖHUK’da yer alan tanımaya ilişkin ön şartlar ile esas şartlar incelenerek taşıyıcı anneliğe özgü sorunlar kapsamında çözüm getirilmeye çalışılacaktır.

A. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması

1. Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararları, sadece verildiği ülke sınırları içinde doğrudan etki göstermekte, başka devlet topraklarında herhangi bir hüküm ifade etmemektedir. Buna karşılık devletler, kendi mahkeme kararlarının da başka devletlerde hüküm ifade edebilmesini temin etmek, kendi mahkemelerinin iş yükünü azaltmak, ilgililerin menfaatlerini korumak ve hukukî güvenliği temin etmek amacıyla yabancı mahkeme kararlarına kendi ülkesinde etki tanınmasına izin verebilmektedir⁹⁹⁴. Bu sebeple, yabancı mahkemelerce verilen kararlara, verildiği ülke dışındaki bir ülkede etki tanınıp tanınmayacağı veya hangi şartlar ve usule göre etki tanınacağı her devletin kendi iç hukukundaki veya bu konuda getirilen milletlerarası sözleşmelerdeki düzenlemelerle belirlenmiştir⁹⁹⁵.

⁹⁹⁴ Akıncı, **MÖH**, s. 185; Pelin Güven, **Tanıma-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013, s. 19-20; Nomer, **DHH**, s. 507; Nomer, **Usul**, s. 170-171; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 713; Şensöz-Malkoç, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, İstanbul, On İki Levha, 2017, s. 8.

⁹⁹⁵ B. Bahadır Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Brüksel II Tüzüğü”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları**, N. 18, İstanbul, 2006, s. 133; Güven, **a.g.e.**, s. 20; Nomer, **DHH**, s. 507; Nomer, **Usul**, s. 170; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 713; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 620; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 11-12.

Bu noktada yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizini hiç kabul etmeyen hukuk sistemleri⁹⁹⁶ olduğu gibi tanıma ve tenfizi kabul eden hukuk sistemleri arasında da farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Bazı devletler, yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizinde “*revision*” denilen, yabancı hükme konu olayın esastan incelenerek davanın yeniden görülmesini ifade eden sistemi kabul etmiştir⁹⁹⁷. Bunun yanında Türk hukukunda olduğu gibi Kıta Avrupası hukuk sistemlerinin çoğunda, yabancı mahkeme kararlarının belirli şartların varlığı hâlinde tanınması ve tenfizine imkân tanıyan “*exequatur*” sistemi kabul edilmiştir⁹⁹⁸. Buna göre, tanıma veya tenfiz talebiyle yetkili mahkemede açılan davada mahkeme sadece yabancı kararın kanunda yazılı tanıma veya tenfiz şartlarını taşıyıp taşımadığını tespit etmektedir⁹⁹⁹.

Yabancı mahkeme kararının, sadece kesin hüküm etkisinin bir başka ülkede kabul edilmesi milletlerarası usul hukukunda “tanıma¹⁰⁰⁰”, icra edilebilirlik kabiliyetinin başka bir ülkede kabul edilmesi ise “tenfiz¹⁰⁰¹” olarak ifade edilir. Yabancı mahkeme kararının haiz olduğu bu kesin hüküm ve icrai etki, tanıma ve tenfiz kavramları arasındaki temel farkı ortaya koymaktadır¹⁰⁰². Kesin hüküm kuvveti taşıyan fakat, icra kabiliyeti olmayan kararlar sadece tanınabilirken, kesin hüküm ve icra kabiliyetini birlikte taşıyan kararların hem tanınması hem de tenfizi mümkün olabilmektedir¹⁰⁰³.

⁹⁹⁶ Örneğin; İsveç, İsviçre’nin Glarus Kantonu, İzlanda, Finlandiya. Bkz. Nomer, **Usul**, s. 170, dn. 253; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 13, dn. 18.

⁹⁹⁷ Fransız ve Belçika hukuklarında geçmişte kabul edilen revizyon sistemi, Fransa’da 1964 yılında verilen *Munzer* kararı ile Belçika hukukunda ise 2004 tarihli Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile terk edilmiştir. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 653, dn. 427; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 724.

⁹⁹⁸ Bu sistemlerde, tanıma ve tenfiz şartları arasında bir ayırım yapılmamakta her iki dava bakımından da aynı şartların mevcut olup olmadığı incelenmektedir. Türk hukukunda, tanıma ve tenfiz şartları arasında bir bütünlük olmasa da “*exequatur*” sistemine daha çok benzediği belirtilmektedir. Bkz. Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 42, dn. 148, s. 43.

⁹⁹⁹ Ayhan Dolunay, **Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 50-52; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 723; Güven, **a.g.e.**, s. 20.

¹⁰⁰⁰ Akıncı, **MÖH**, s. 187; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 713; Doğan, **a.g.e.**, s. 114; İzzet Doğan, **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 203; Güven, **a.g.e.**, s. 19; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 714; Nomer, **DHH**, s. 508; Nomer, **Usul**, s. 171; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 623; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 36.

¹⁰⁰¹ Akıncı, **MÖH**, s. 186; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 713; Doğan İ., **a.g.e.**, s. 203; Güven, **a.g.e.**, s. 19; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 714; Nomer, **DHH**, s. 511; Nomer, **Usul**, s. 175; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 625; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 15.

¹⁰⁰² Yabancı mahkeme kararların etkileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 23-34.

¹⁰⁰³ İcra kabiliyeti olan kararların tanımaya konu olabilmesi için davacının hukukî yararının bulunması gerekir. Bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 715, 793-794; Doğan, **MÖH**, s. 116;

Türk hukukunda, bir yabancı mahkeme kararına tanıma veya tenfiz hükümlerinden hangisinin uygulanacağı yabancı mahkeme hükmünün niteliğine göre tespit edilmektedir¹⁰⁰⁴. Tanıma, yabancı mahkemelerden verilen yenilik doğurucu (inşai)¹⁰⁰⁵ nitelikteki kararlar ile tespit kararları¹⁰⁰⁶ bakımından talep edilirken tenfizin konusu, yabancı eda kararı¹⁰⁰⁷ niteliğindeki kararlardır. Tenfiz, yabancı kararı yerine getirmeyen tarafı, devletin icra organları vasıtasıyla kararın gereğini yerine getirmeye zorlamak için başvurulmuş usuldür. Ancak Türk mahkemelerinden verilen bir tenfiz kararıyla yabancı mahkeme hükmü Türkiye’de de icra kabiliyeti kazanabilmektedir¹⁰⁰⁸. Tanımadaki ise tenfizden farklı olarak beklenen amacın gerçekleştirilmesi için devletin icra organlarının harekete geçmesi gerekmemektedir¹⁰⁰⁹.

Bir çocuğun soybağına ilişkin yazgısını etkileyebilecek olan davalar, niteliği itibarıyla yenilik doğurucu bir karara dayanır¹⁰¹⁰. Bu nitelikteki yabancı mahkeme kararlarının cebri icra kabiliyeti bulunmadığından Türk mahkemelerinde tanımaya konu olabilirler. Bu nedenle sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sonucu dünyaya gelen çocukla genetik/müstakbel anne ve baba arasında soybağının kurulmasına yönelik olarak verilen yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de etki doğurabilmesi, yetkili Türk mahkemesinden tanıma kararı alınmasına bağlıdır. Aynı doğrultuda, sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocukla müstakbel anne ve babası arasında soybağının, yabancı evlât edinme kararıyla kurulması da yenilik doğurucu nitelikte bir yabancı karara dayandığından Türk mahkemelerinde tanıma davasına konu olacaktır. Çalışma

Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 715; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 625; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 17, s. 320.

¹⁰⁰⁴ Öte yandan Öğretide, yabancı mahkeme hükmünün niteliğine göre değil talep edilen etkiye göre tanıma veya tenfiz talep edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 15.

¹⁰⁰⁵ Yenilik doğurucu kararlar, taraf iradesiyle kurulması, değiştirilmesi veya bitirilmesi imkânı bulunmayan hukukî ilişkilerin kurulması, değiştirilmesi veya bitirilmesine ilişkin verilen mahkeme kararlarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar-Ayvaz/Emel Hanağası, **Medenî Usul Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 300-302; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 339-342; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Bariş Toraman/Mehmet Kodakoğlu, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 277-279; Serozan, **Medenî Hukuk**, s. 291.

¹⁰⁰⁶ Tespit kararları, bir hakkın veya hukukî ilişkin mevcut olup olmadığının saptanmasına ilişkin verilen kararlardır, icra kabiliyetleri bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 296-300; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 329-331; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 274-277; Serozan, **Medenî Hukuk**, s. 291.

¹⁰⁰⁷ Eda kararları, mahkemenin taraflardan birini bir şeyi vermeye, yapmaya veya yapmamaya mahkûm ettiği kararlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 289-296; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 328; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 273; Serozan, **Medenî Hukuk**, s. 290.

¹⁰⁰⁸ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 625.

¹⁰⁰⁹ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 624.

¹⁰¹⁰ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 302; Serozan, **Medenî Hukuk**, s. 291-292.

konumuz, yabancı kararların tanınmasına ilişkin olduğundan bundan sonraki açıklamalarımız sadece tanıma kavramını kapsayacaktır.

2. Türk Hukukunda Tanıma

Hukukumuzda yabancı mahkeme kararlarının tanınması, MÖHUK m. 1/f.2 gereği öncelikle Türkiye'nin taraf olduğu iki veya çok taraflı milletlerarası sözleşmelerde yer alan düzenlemelere tâbidir. Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı dışında kalan konularda verilen yabancı mahkeme kararları, MÖHUK m. 50-59 arasında yer alan usul ve şartlara tâbi olarak tanınabilmektedir. Bununla birlikte, Türkiye'nin taraf olduğu bir milletlerarası sözleşmenin, tanımaya ilişkin hükümlerinin MÖHUK'ta yer alan tanıma şartlarına atıf yapması durumunda milletlerarası sözleşme ile MÖHUK hükümleri birbirini tamamlayarak uygulanır¹⁰¹¹.

Yabancı devlet mahkeme kararının tanınması, o karara ülke yargısında etki tanınmasını ifade eder¹⁰¹². Tanımanın konusu, yabancı mahkeme kararının usul hukukundaki etkilerine, en önemlisi de kesin hüküm etkisine ilişkindir. Kesin hüküm, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kesin olarak sonuçlandığını ifade eder¹⁰¹³. Bir hükmün kesin hüküm niteliği kazanabilmesi, onun hem şeklî hem de maddî anlamda kesinleşmesine bağlıdır. Bu kapsamda, şeklî anlamda kesinlik, bir karara karşı olağan kanun yollarına başvurulamamasını ifade ederken maddî anlamda kesinlik, kararının içeriğinin bağlayıcılığını ve mutlak hakikat vasfını ifade eder¹⁰¹⁴.

Türk hukukunda tanıma, şeklî anlamda kesin hüküm kuvvetine sahip olan yabancı mahkeme kararının, kendi ülkesinde sahip olduğu maddî anlamda kesin hüküm etkisinin Türk hukukunda da kabul edilmesi anlamına gelir¹⁰¹⁵. Dolayısıyla tanıma ile devlet mahkemeleri, aynı taraflar arasında, aynı konuda ve aynı dava sebebine dayanarak verilen yabancı mahkeme kararının maddî kesin hüküm etkisi ile bağlı olacaktır¹⁰¹⁶. Aynı davanın tekrar açılması durumunda kesin hüküm itirazı

¹⁰¹¹ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 50, 65, 251.

¹⁰¹² Nomer, **DHH**, s. 508.

¹⁰¹³ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 638.

¹⁰¹⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 698-700; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 558-559; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 639-640;

¹⁰¹⁵ Nomer, **DHH**, s. 508; Nomer, **Usul**, s. 171; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 31, 33.

¹⁰¹⁶ Nomer, **Usul**, s. 171.

yapılır, aynı konuya ilişkin yeni davada, yabancı mahkeme kararının maddî kesin hüküm kuvveti, kesin delil oluşturur¹⁰¹⁷.

Yabancı kararın kesin hüküm kuvveti, kararın sadece hüküm fıkrasına ilişkindir. Bu nedenle tanınmanın konusu da yabancı mahkeme kararının tamamı değil, sadece kararın hüküm kısmıdır¹⁰¹⁸. Bununla birlikte, yabancı kararın kesin hüküm kuvveti, Türk mahkemelerinden verilen kararların sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinden daha geniş olamayacağı gibi yabancı kararın, kendi hukukunda sahip olduğu fakat Türk hukukunda tanınmayan hukukî sonuçları da Türk hukukunda tanınmaz¹⁰¹⁹.

3. Tanıma Usulü

Hukukumuzda yabancı mahkeme kararlarının tanınması, ayrı bir dava ile talep edilebileceği gibi ayrı bir dava açılmaksızın görülmekte olan bir dava içinde de talep edilebilir. Ayrıca milletlerarası sözleşmelerde ve kanunlarda öngörülen hâllerde yabancı kararların, doğrudan tanınması usulü de söz konusu olabilir.

a. Görülmekte Olan Davada Tanıma

Türk mahkemelerinde görülmekte olan bir davada, yabancı kararın kesin hüküm ve kesin delil olarak ileri sürülmesi mümkündür¹⁰²⁰. Bu durumda asıl davayı gören mahkeme, yabancı mahkeme kararının tanınması hususunu önsorun olarak dikkate alır¹⁰²¹. Tanınması talep edilen yabancı mahkeme kararının tanıma şartlarını taşıyıp taşımadığı mahkeme tarafından öncelikle incelenerek karara bağlanmaksızın asıl dava karara bağlanamaz¹⁰²². Yabancı kararın tanınması veya tanınmasının reddi, Türk mahkemesinde görülmekte olan davanın sonucunu da etkiler¹⁰²³.

Yabancı bir mahkeme ilâmının görülmekte olan davada tanınması, talep üzerine olur. Dosyaya ibraz edilen yabancı ilâm, kesin delil veya kesin hüküm itirazı

¹⁰¹⁷ Nomer, **DHH**, s. 508; Nomer, **Usul**, s. 171; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 26.

¹⁰¹⁸ Nomer, **DHH**, s. 509; Nomer, **Usul**, s. 171-172; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 35.

¹⁰¹⁹ Nomer, **DHH**, s. 509; Nomer, **Usul**, s. 172; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 31.

¹⁰²⁰ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 796; Doğan, **a.g.e.**, s. 142; Güven, **a.g.e.**, s. 176; Atâ Sakmar, **Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982, s. 178-180; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 726; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 105.

¹⁰²¹ Doğan İ., **a.g.e.**, s. 427; Nomer, **DHH**, s. 553; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 106, 111.

¹⁰²² Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 106, 111.

¹⁰²³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 796; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 112.

olarak ileri sürülmedikçe hâkim, yabancı ilâmın tanıma şartlarını taşıdığını tespit ederek re'sen tanıma yapamaz¹⁰²⁴.

Görülmekte olan davada tanımanın talep edilmesi hâlinde, böyle bir tanımadan rücu edilemeyeceği gibi iptalini istemek de mümkün değildir. Zira bu durumda tanıma, ayrı bir dava açılarak özel bir talep ve tasarrufla meydana gelmemiştir. Doğrudan doğruya hukuk nizamına dayanmaktadır¹⁰²⁵. Böyle bir durumda, davanın görüldüğü mahkeme, dosyaya sunulan yabancı mahkeme kararının tanıma şartlarını haiz olup olmadığını özel bir talep (ayrı bir tanıma davası) olmaksızın kendiliğinden araştıracaktır¹⁰²⁶.

b. Ayrı Bir Dava ile Tanıma

Yabancı mahkeme kararının maddî anlamda kesin hüküm etkisinin tanınması için Türk mahkemelerinde ayrı bir dava açılabilir. Ayrı bir dava ile tanıma talep edilmesi, yabancı mahkeme kararına dayanarak Türkiye’de idarî bir işlem yapılması gereken hâllerde söz konusu olur (MÖHUK m. 58/f.3). Bu durum, özellikle kişi hâllerine ilişkin hususlarda ve nüfus kütüğüne tescil gereken konularda gündeme gelir¹⁰²⁷.

Hukukumuzda, nüfus kayıtlarında herhangi bir değişiklik yapılması, o konuda Türk mahkemelerinden verilmiş bir kararının bulunmasına bağlıdır¹⁰²⁸. Yabancı mahkemelerden verilen kişi hâllerine ilişkin kararların, nüfus kayıtlarında değişikliğe sebep olabilmesi de yabancı ilâm hakkında Türk mahkemelerinden tanıma kararı verilmesi ile mümkün olur¹⁰²⁹. Zira, Türk idarî makamları ancak Türk mahkemelerinden verilen bir karara dayanarak hukukî işlem yapabilir¹⁰³⁰.

Nüfus kayıtlarında değişikliğe sebep olabilecek boşanma, ayrılık, evliliğin butlanı, evliliğin tespiti, soybağının düzeltilmesi, soybağının iptali, babalık, evlât

¹⁰²⁴ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 112-113.

¹⁰²⁵ Nomer, **DHH**, s. 518; Nomer, **Usul**, s. 184.

¹⁰²⁶ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 110.

¹⁰²⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 798; Doğan İ., **a.g.e.**, s. 428; Güven, **a.g.e.**, s. 176; Nomer, **DHH**, s. 553; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 79.

¹⁰²⁸ NHK m. 35/f.1’e göre, “Kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça nüfus kütüklerinin hiçbir kaydı düzeltilemez ve kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler konulamaz. Ancak olayların aile kütüklerine tescili esnasında yapılan maddî hatalar nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltilir.”

¹⁰²⁹ MÖHUK m. 58/f.3 hükmüne göre, “Yabancı mahkeme ilâmına dayanılarak Türkiye’de idarî bir işlemin yapılmasında da aynı usul uygulanır.”

¹⁰³⁰ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 79.

edinme, soyadı değişikliği gibi yabancı mahkeme kararlarının tanınması, istisnalar dışında¹⁰³¹, Türk mahkemelerinde ayrı bir tanıma davası açılmasını gerektirir¹⁰³².

Türk vatandaşları veya Türkiye’de yabancılar kütüğüne kayıtlı bulunan yabancılar¹⁰³³, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sonucu dünyaya gelen çocukla aralarında soybağının kurulmasına ilişkin yabancı bir mahkeme kararına dayanarak bu durumun, Türkiye’de nüfus siciline tescilini talep edebilirler. Nüfus memurluğunun, NHK m. 35/f.1 hükmüne göre böyle bir değişikliğin nüfus siciline tescil edebilmesi için Türk mahkemelerinden verilen bir tanıma kararı gerekir. Bunun için açılacak tanıma davası da MÖHUK m. 58/f.3 anlamında ayrı bir dava olarak açılacaktır. Açılan dava sonucunda yabancı mahkeme kararının tanıma şartlarını taşıdığı tespit edilerek tanınmasına karar verilirse yabancı kararda yer alan kişi hâllerine ilişkin değişiklikler nüfus idaresi tarafından ilgililerin nüfus kayıtlarına işlenir.

Çocukla müstakbel ebeveyni arasında soybağının, yabancı ülkede gerçekleşen evlât edinme kararıyla kurulması durumunda¹⁰³⁴, yabancı evlât edinme kararına dayanarak Türkiye’de nüfus kütüğüne tescil yapılabilmesi için yine ayrı bir tanıma davası açılması gerekir. Dava sonucunda, yabancı evlât edinme kararının tanınmasına karar verilirse bu karar üzerine nüfus müdürlükleri ilgili tescil işlemini gerçekleştirir.

c. Doğrudan Tanıma Usulü

Türk hukukunda, yabancı mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisi doğrudan kabul edilmemekte bu etki, Türk mahkemelerinin vereceği bir tanıma kararına bağlı kılınmaktadır. Bununla birlikte MÖHUK m. 1/f.2 hükmü, Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerini saklı tuttuğundan, milletlerarası sözleşmelerde kabul edilen hâllerde yabancı mahkeme kararı, Türkiye’de tanıma kararına gerek

¹⁰³¹ NHK m. 27/A hükmü, dava açılmaksızın doğrudan tanıma ve tescile ilişkin bir istisnasıdır. Bu hükme göre, “Yabancı ülke adli veya idarî makamlarınca boşanmaya, evliliğin butlanına, iptaline veya mevcut olup olmadığının tespitine ilişkin olarak verilen kararlar; (...) nüfus kütüğüne tescil edilir.”

¹⁰³² Doğan İ., a.g.e., s. 427; Güven, a.g.e., s. 175; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 80.

¹⁰³³ Türkiye’de yabancılar kütüğüne kayıtlı yabancıların, kişisel durumlarında değişiklik meydana getiren hususları bildirerek kayıtlı oldukları yabancılar kütüğüne işlenmesi gerekir. Yabancı Kayıt Yönetmeliği m. 10 hükmüne göre, “Yabancılar kütüğünde kayıtlı olanların kişisel durumlarına ilişkin olarak kişi veya ilgili kurumlarca nüfus müdürlüğüne intikal ettirilen doğum, ölüm, evlenme, boşanma, evliliğin iptali, evliliğin feshi, gaiplik, tanıma, mahkeme kararıyla babalığa hüküm ve evlat edinme olaylarına ilişkin belgeler nüfus müdürlüğüne kabul edilerek, ilgili veri giriş formu kullanılmak suretiyle kayıtlarına işlenir.” NHK m.8/f.1

¹⁰³⁴ Evlât edinme, 1993 tarihli Evlât Edinme Sözleşmesi kapsamına giriyorsa evlât edinme kararının tanınması için Sözleşmede öngörülen usul izlenir. Sözleşmenin uygulama alanı dışında kalan hallerde evlât edinme kararının tanınması için MÖHUK’taki usul izlenir.

olmaksızın *ipso iure* kendiliğinden sonuç doğurur. Bu usule, doğrudan tanıma usulü denir¹⁰³⁵.

Doğrudan tanıma usulünde, yabancı ilâmın kesin hüküm veya kesin delil etkisinin kabulü herhangi bir şarta bağlı değildir. Bu usulün öngörüldüğü milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanına giren yabancı kararlar, kendiliğinden kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olmakta, ülkede etkilerini doğrudan göstermektedir¹⁰³⁶.

Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümlerine göre doğrudan tanınan yabancı karara dayanarak Türkiye'de idarî bir işlem yapılması gerektiğinde, MÖHUK m. 58/f.3 anlamında ayrı bir tanıma davası açılmasına gerek yoktur. İlgili ve yetkili makamlar, doğrudan tanınan yabancı karara dayanarak idarî işlemi yerine getirir¹⁰³⁷. Görülmekte olan bir davada, milletlerarası sözleşme gereği doğrudan tanınan yabancı bir karar dosyaya ibraz edilmişse hâkim, tarafların tanıma talebine gerek olmaksızın yabancı ilâmı kesin hüküm veya kesin delil olarak dikkate alacaktır¹⁰³⁸.

Diğer yandan, doğrudan tanıma usulü kabul edilen milletlerarası sözleşmelerin bazılarında doğrudan tanıma engeli olarak bazı kontrol şartlarının kabul edildiği görülmektedir¹⁰³⁹. Bu durumda, ilgililerin itirazı üzerine yabancı mahkeme kararının Türk hukukunda doğrudan tanınıp tanınmayacağının kontrolü gerekir¹⁰⁴⁰.

Konumuz bakımından özellik arz eden 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nde, sözleşmeye uygun olarak âkit bir devlet ülkesinde gerçekleşen bir evlât edinme ilişkisinin diğer âkit devletlerde etki doğurabilmesi için doğrudan tanıma usulü öngörülmüştür (m. 23/f.1). Diğer yandan, Sözleşme'de evlât edinme ilişkisinin tanınmasını engelleyen doğrudan tanıma engelleri de özel olarak düzenlenmiştir (m. 24). Dolayısıyla, Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilen bir evlât edinme ilişkisi

¹⁰³⁵ Güven, **a.g.e.**, s. 178; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 127.

¹⁰³⁶ Güven, **a.g.e.**, s. 178; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 129.

¹⁰³⁷ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 129.

¹⁰³⁸ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 130.

¹⁰³⁹ Doğrudan tanıma engeli olarak bazı şartların öngörüldüğü milletlerarası sözleşmelere örnek olarak, Kişi Halleri İşlemlerinin Düzeltilmesi Kararıyla İlgili Sözleşme, Ülkelerarası Evlât Edinme Konusunda İşbirliğine Dair 1993 tarihli La Haye Sözleşmesi, Küçüklerin Korunmasına Dair Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair 1961 tarihli La Haye Sözleşmesi gösterilebilir. Bkz. Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 131, dn. 358.

¹⁰⁴⁰ Öğretide, milletlerarası sözleşmelere göre tayin edilen merkezî makamın, yabancı kararın doğrudan tanınmasına engel bir durumun bulunup bulunmadığının kontrolünü yapma yetkisinin bulunmadığı bu nedenle, tanıma engellerinin şartlarını denetleyecek makamın Türk mahkemesi olduğu belirtilmiştir. Bkz. Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 132.

sonucu verilen evlât edinme kararının, Türkiye’de doğrudan kesin hüküm ve kesin delil etkisine sahip olabilmesi, tanıma engellerinin bulunmamasına bağlıdır.

Görüldüğü üzere, sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuk ile müstakbel anne ve babası arasında soybağının yabancı devlette gerçekleşen bir evlât edinme kararıyla kurulması durumunda bu kararın tanınması bakımından iki durum ortaya çıkmaktadır. Eğer, evlât edinme ilişkisi Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi’nin uygulama alanına giriyorsa bu evlât edinmenin Türkiye’de hukukî sonuç doğurması, sözleşmede öngörülen doğrudan tanıma usulü ile gerçekleşir. Burada önemli olan, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinde öngörülen doğrudan tanıma engellerinin bulunmaması hâlidir. Evlât edinme, 1993 tarihli sözleşme kapsamına girmiyorsa yabancı devlette gerçekleşen evlât edinmenin Türkiye’de etki doğurabilmesi ayrı bir tanıma davası açılması ve tanıma şartlarının bulunduğu mahkeme tarafından tespitine bağlıdır.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu soybağının gerek yabancı mahkeme kararına dayanarak kurulması gerekse Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinin kapsamına girmeyen yabancı bir evlât edinme kararıyla kurulması durumunda bu kararların Türkiye’de tanınması MÖHUK’un tanımaya ilişkin hükümlerine tâbi olacaktır. Bir sonraki bölümde, MÖHUK’a göre tanıma şartları incelenecek daha sonra Lahey Evlât Edinme Sözleşmesinde yer alan doğrudan tanıma usulü ve tanıma engelleri çalışma konumuz kapsamında değerlendirilecektir.

B. MÖHUK’a Göre Tanıma Şartları

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması hususu, MÖHUK’un “tanıma” başlıklı 58. maddesinde düzenlenmiş ve tenfiz için aranan şartların tanıma için de aranacağı şeklinde tenfiz şartlarına göndermede bulunulmuştur. Öte yandan, tanıma ve tenfiz kavramlarının farklı nitelikleri gereği tenfiz şartlarından olan karşılıklılık şartının tanıma için aranmayacağı hususu da 58. maddede açıkça belirtilmiştir.

MÖHUK m. 58/f.1 hükmü, “*Yabancı mahkeme ilâmının kesin delil veya kesin hüküm olarak kabul edilebilmesi yabancı ilâmın tenfiz şartlarını taşıdığı mahkemece tespitine bağlıdır. Tanımada 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi uygulanmaz.*” şeklindedir. Görüldüğü üzere tanımada, tenfiz şartlarını düzenleyen

MÖHUK m. 54/f.1 hükmünün karşılıklılığa ilişkin (a) bendi¹⁰⁴¹ uygulanmamakta, diğer koşullar bakımından tanıma ve tenfiz arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Öğretide, karşılıklılık şartı siyasi bir nitelikte olduğundan yabancı mahkeme ilâmının sadece kesin hüküm ve kesin delil etkisinin Türkiye’de tanınmasının sağlanması noktasında bu şartın aranmamasının yerinde bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁴².

Tanımaya ilişkin MÖHUK m. 58 hükmü, tenfiz şartlarını düzenleyen MÖHUK m. 54 hükmüne atıf yapmakla birlikte MÖHUK’un “tenfiz kararı” başlıklı 50. madde hükmünde yer alan tenfizde aranan ön şartlara ilişkin herhangi bir atıfta bulunmamaktadır. Bunun temel nedeni, tenfiz kararının, tanımayı da içinde barındırması ve bir yabancı ilâmın tenfiziyle aynı zamanda tanıma da gerçekleşeceğinden tenfiz için gereken bu ön şartların, tanınması istenen yabancı kararda da doğal olarak bulunması gerekliliğindendir. Başka bir ifadeyle, yabancı bir ilâm, tanınmadan tenfiz edilemeyeceğinden tenfiz için aranan bu ön şartlar tanımada öncelikle aranmaktadır¹⁰⁴³.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocukla müstakbel ebeveyni arasında soybağının yabancı mahkeme veya evlât edinme kararlarıyla kurulması durumunda, bu kararın MÖHUK’a göre tanınması için, MÖHUK’un 50. maddesinde düzenlenen ön şartlar ile MÖHUK m. 58/f.1 atfıyla MÖHUK m. 54’te düzenlenen karşılıklılık şartı hariç diğer tüm şartların karşılanması gerekmektedir.

Yabancı bir mahkeme kararının tanınması amacıyla Türk mahkemesinde açılan bir davada mahkeme, tanıma şartlarının mevcut olup olmadığını kural olarak re’sen araştırma ilkesi gereğince incelemek zorundadır¹⁰⁴⁴. Açılan davada tanıma şartlarının mevcut olduğu tespit edilirse hâkim, tanıma kararı verecektir. Bu konuda herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴¹ MÖHUK m. 54/f.1-(a) bendi şu şekildedir: “Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiili uygulamanın bulunması.”

¹⁰⁴² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 794; Sakmar, **a.g.e.**, s. 88-90; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 256.

¹⁰⁴³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 793-794; Nomer, **Usul**, s. 170; Sakmar, **a.g.e.**, s. 54; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 259.

¹⁰⁴⁴ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 273.

¹⁰⁴⁵ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 272.

1. Tanıma İçin Aranılan Ön Şartlar

Yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ve dolayısıyla tanınması için aranan ön şartlar MÖHUK m. 50/f.1 hükmünde şu şekilde belirtilmiştir: “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.*”

Bu hükme göre, yabancı kararın Türkiye’de tanınması için yetkili mahkemede dava açılarak tanıma kararı alınması gerektiği ifade edilse de bu husus, yabancı ilâmın tanınması için aranan ön şartlar niteliğinde bir şart değil tanımanın nasıl yapılacağına ilişkin bir niteliklidir¹⁰⁴⁶. Bu husus dışında, yabancı mahkeme kararların tanınması için aranan nitelikler kararın, yabancı bir ülke mahkemesi tarafından verilmesi, hukuk davalarına ilişkin olması ve kesinleşmesidir.

a. Kararın Yabancı Mahkemeden Verilmiş Olması

Türkiye’de tanıma davasına konu olabilecek kararlar, yabancı bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararlardır. Kararı veren makamın, yabancı bir mahkeme olması ile ifade edilen mahkemenin, yabancı bir devlet hâkimiyeti adına yargılama yapması ve hüküm vermesidir¹⁰⁴⁷.

Kararı veren makamın, mahkeme niteliğini haiz olup olmadığı kararı veren makamın tâbi olduğu devlet hukukuna göre tespit edilecektir. Bununla birlikte, yabancı hukuka göre mahkeme kararı olarak kabul edilen bir kararın, Türk hukuku açısından da bir mahkeme kararı niteliğinde olması gerekir¹⁰⁴⁸. Zira, Türk hukuku bakımından mahkeme hükmü olarak kabul edilmeyen yabancı devlet tasarruf ve fiillerine Türkiye’de bir mahkeme hükmü sonuçlarını tanıma imkânı yoktur¹⁰⁴⁹.

Hukukumuzda tanıma için kural olarak kararın, yabancı bir yargı organı tarafından verilmesi gerektiği açıktır (MÖHUK m. 58/f.1). Bu nedenle, yabancı devlet idarî makam kararları ve yabancı devlet yetkili makamlarınca düzenlenen

¹⁰⁴⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 723.

¹⁰⁴⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 718; Doğan, **a.g.e.**, s. 119; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 718; Sakmar, **a.g.e.**, s. 16; Şensöz-Malkoç, **Tanım**, s. 276-277.

¹⁰⁴⁸ Doğan, **a.g.e.**, s. 119; Güven, **a.g.e.**, s. 29-30; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 634-635; Nomer, **DHH**, s. 421; Nomer, **Usul**, s. 46.

¹⁰⁴⁹ Burada bir çifte vasıflandırma bulunmaktadır. Bilgi için bkz. Nomer, **DHH**, s. 421; Nomer, **Usul**, s. 46.

belgelerin¹⁰⁵⁰ tanınması mümkün değildir¹⁰⁵¹. Diğer yandan, sadece yabancı adli makam kararların tanınmasına imkân veren MÖHUK düzenlemesine, NHK m. 30/f.2 hükmüyle evlât edinme konusunda önemli bir istisna getirilmiştir. Bu istisnai hükümle, yabancı evlât edinme işlemlerinde idarî makam karar ve belgelerinin de Türkiye’de tanıma usulüne tâbi olarak tanınması imkânı kabul edilmiştir¹⁰⁵².

NHK m. 30/f.2 hükmüne göre, “*Evlât edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idarî makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye’de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır.*” Bu düzenlemeyle, yabancı evlât edinme işlemlerinde adli makamlarca verilen kararlar yanında idarî makamlarca verilen kesinleşmiş ya da kesin hüküm gibi sonuç doğuran kararlar ile yabancı adli veya idarî makamlarca verilen yine kesinleşmiş ya da kesin hüküm gibi sonuç doğuran belgeler Türk mahkemesinde tanımaya konu olabilecektir. Bu kapsamda yabancı adli veya idarî makam kararı olmaksızın taraflar arasındaki sözleşmeyle kurulan bir evlât edinme ilişkisi Türk mahkemelerinde tanımaya konu olamaz¹⁰⁵³.

Yabancı ülkede gerçekleştirilen evlât edinme olaylarına ilişkin istisnai bu hüküm, MÖHUK’ta yer alan yabancı mahkeme kararlarının tanınmasına ilişkin düzenlemelerle birlikte uygulanacaktır. Dolayısıyla yabancı adli veya idarî makam karar veya belgeleriyle gerçekleşen evlât edinmeler, NHK m. 30/f.2 uyarınca Türk mahkemelerinde ancak MÖHUK’un aradığı tanıma şartlarını taşıması durumunda tanınacaktır¹⁰⁵⁴.

Uygulamada sorun yaratmamakla birlikte NHK m. 30/f.2 hükmü lafzi olarak yabancı ülkede gerçekleştirilen evlât edinme olaylarına ilişkin karar ve belgeler hakkında Türk mahkemesinde tenfiz veya tanıma kararı verilmesinden bahsetse de

¹⁰⁵⁰ Yabancı resmî belgeler, HMK m. 224’te yer alan şartları taşımaları durumunda Türk hukukunda da resmî belge niteliği kazanabilirler ancak tanımaya konu olamazlar.

¹⁰⁵¹ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 282.

¹⁰⁵² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 718; Doğan, **a.g.e.**, s. 119; Nomer, **DHH**, s. 547; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 719; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 636-637; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 283.

¹⁰⁵³ Nazlı Albayrak Ceylan, *Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2022, s. 485.

¹⁰⁵⁴ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 283; Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 486.

evlât edinme kararları, yenilik doğurucu karar niteliğinde olduğundan ve icra edilebilirlik özelliği taşımadığından tenfize değil tanımaya konu olacaktır¹⁰⁵⁵.

NHK m. 30/f.2’de yer alan bu düzenleme, sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuk ve müstakbel ebeveyni arasındaki evlât edinme ilişkisinin, yabancı adlî makam kararı dışında yabancı idarî makam kararıyla veya yabancı adlî veya idarî makamlardan verilen evlât edinmeye ilişkin belgelerle kurulması durumunda bu ilişkinin Türkiye’de tanınması, diğer şartların da sağlanması durumunda mümkün hâle geldiğinden oldukça önemlidir.

b. Kararın Hukuk Davalarına İlişkin Olması

Yabancı kararın Türk hukukunda tanımaya konu olabilmesi için MÖHUK m. 50/f.1 hükmünün aradığı bir diğer şart, kararın hukuk davalarına ilişkin olmasıdır. Bu ifadeyle yabancı mahkemelerin, özel hukuk ilişkilerden kaynaklı uyuşmazlıkları esastan çözmek için verdiği tüm kararlar anlaşılmaktadır¹⁰⁵⁶. Tarafların özel hukuk kişisi veya kamu kurumu olması fark etmeksizin uyuşmazlığın özel hukuk kaynaklı olması yeterlidir¹⁰⁵⁷.

Yabancı mahkeme ilâmının hukuk davalarına ilişkin olup olmadığının tespiti vasıflandırmayı gerektirir. Usul hukukuna ilişkin konularda yapılacak vasıflandırma *lex fori*’ye tâbi olduğundan yabancı kararın bu niteliği, Türk hukukuna göre tespit edilecektir¹⁰⁵⁸. Vergi, idare ve ceza hukukuna¹⁰⁵⁹ ilişkin kararlar kamu hukuku karakterli olup tamamen mülkî olmalarından dolayı tanımaya konu olamazlar¹⁰⁶⁰. Bununla birlikte kararı veren makamın hukuk veya ceza mahkemesi olması ya da idarî mahkeme olması gibi sıfatı önemli olmadığı gibi karara verilen isim de önemli

¹⁰⁵⁵ Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 488; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 636.

¹⁰⁵⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 717; Doğan, **a.g.e.**, s. 119; Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 85; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 639; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 306.

¹⁰⁵⁷ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 717; Sakmar, **a.g.e.**, s. 20; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 308.

¹⁰⁵⁸ Güven, **a.g.e.**, s. 39; Nomer, **Usul**, s. 38; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 639; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 308-309.

¹⁰⁵⁹ Bununla birlikte, ceza kararlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler sadece bu kısım itibariyle tanıma veya tenfize konu olabilir. Bu husus MÖHUK m. 50/f.2 hükmünde şu şekilde belirtilmiştir: “Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir.”

¹⁰⁶⁰ Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 86; Sakmar, **a.g.e.**, s. 20-21; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 307.

değildir. Önemli olan tanımaya konu olan hükmün özel hukuka ilişkin bir hüküm olmasıdır¹⁰⁶¹.

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuk ve müstakbel ebeveyni arasındaki soybağının yabancı mahkeme kararıyla veya yabancı evlât edinme kararıyla kurulmasına ilişkin kararlar aile hukukuna ilişkin olduğundan hukuk davalarına ilişkin olma şartını sağlamaktadır.

c. Kararın Kesin Hüküm Niteliğinde Olması

Tanımaya için MÖHUK m. 50/f.1 hükmünün aradığı son şart, yabancı mahkeme ilâmının, verildiği ülke kanunlarına göre kesinleşmiş olması şartıdır. Verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmemiş bir yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınması mümkün değildir. Yabancı karar, kesinleşmemesine rağmen icra edilebilir nitelikte olsa da Türk hukuku bakımından kesinleşme şartı sağlanmadığından tenfiz edilemez¹⁰⁶².

Kararın kesinleşip kesinleşmediği kararın verildiği ülke hukukuna göre tespit edilecektir. Bununla birlikte, “kesinleşme” kavramı ile ne anlaşılması gerektiği *lex fori* olarak Türk hukukuna göre yapılacak bir vasıflandırmayla belirlenir¹⁰⁶³. Türk usul hukukunda, kural olarak¹⁰⁶⁴ şekli kesinliği taşıyan mahkeme kararları, aynı zamanda maddî anlamda kesinliği de birlikte taşırlar.

Yabancı kararının tanınması için aranan kesinleşme şartı bakımından öğretide bir görüşe göre, yabancı kararın verildiği ülke kanunlarınca şekli anlamda kesinlik taşıması yeterlidir. Başka bir ifadeyle yabancı karara karşı olağan kanun yollarına başvurma imkânının tükenmesi yeterli kabul edilmektedir¹⁰⁶⁵. Öğretideki baskın görüşe göre ise kesinleşme şartı, yabancı kararın hem maddî hem de şekli anlamda

¹⁰⁶¹ Doğan, **a.g.e.**, s. 122; Güven, **a.g.e.**, s. 39; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 720; Sakmar, **a.g.e.**, s. 20; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 639; Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 86; Şensöz-Malkoç, **Tanımaya**, s. 308.

¹⁰⁶² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 721; Nomer, **DHH**, s. 513; Nomer, **Usul**, s. 177; Şensöz-Malkoç, **Tanımaya**, s. 346.

¹⁰⁶³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 720; Şensöz-Malkoç, **Tanımaya**, s. 347.

¹⁰⁶⁴ Çekişmesiz yargı kararları, şekli anlamda kesinlik taşısa da maddî anlamda kesinlik taşımadığından istisnai niteliktedir. Bkz. Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 753; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 594. Aynı doğrultuda, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları geçici nitelikte olduğundan maddî ve şekli anlamda kesinlik taşımazlar. Bkz. Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 692-693.

¹⁰⁶⁵ Banu Şit, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, 2011, s. 63; Doğan, **a.g.e.**, s. 123; Dolunay, **a.g.e.**, s. 70; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 723; Sakmar, **a.g.e.**, s. 57-58.

kesinleşmiş olmasını ifade eder. Yabancı karara karşı tüm itiraz ve kanun yollarının tüketilmesi ve karara konu olayın tekrar dava konusu yapılamamasıdır¹⁰⁶⁶. Kararın verildiği ülkede maddî anlamda kesinlik taşımayan bir karara, Türkiye’de tanıma yoluyla maddî anlamda kesin hüküm kuvveti bahşedilemez¹⁰⁶⁷. Dolayısıyla, MÖHUK’a göre, şeklî ve maddî anlamda kesinlik taşıyan yabancı çekişmeli yargı kararları tanınabilir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu doğan çocukla müstakbel ebeveyni arasındaki soybağının yabancı evlât edinme veya soybağının kurulmasına ilişkin verilen bir mahkeme kararıyla kurulması durumunda kesinleşme şartının sağlanıp sağlanmadığının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Özellikle taşıyıcı annelik ilişkilerinde bazı devletlerde verilen doğum öncesi ebeveynlik kararlarının kesinleşme şartını taşıyıp taşımadığı bu kararların tanınabilmesi bakımından önemli olduğundan aşağıda incelenecektir.

aa. Evlât Edinme Kararlarının Kesinleşmesi Şartı Kapsamında İncelenmesi

Hukukumuzda evlât edinme ilişkisi, kanunda yer alan emredici nitelikteki şartların mevcut olduğunun mahkemece tespitinden sonra verilen bir kararla kurulur¹⁰⁶⁸. Mahkeme tarafından yürütülen yargılama faaliyeti çekişmesiz yargı faaliyeti olarak kabul edilir¹⁰⁶⁹. Bu nedenle, evlât edinme ilişkisinde çekişmesiz yargıya ilişkin HMK’de yer alan hükümler uygulama alanı bulur.

¹⁰⁶⁶ Ergin Nomer, “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 911; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 720-721; Güven, **a.g.e.**, s. 51; Nomer, **DHH**, s. 508; Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 90; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 644; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 349.

¹⁰⁶⁷ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 364

¹⁰⁶⁸ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 380; Baygın, **a.g.e.**, s. 198; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 340.

¹⁰⁶⁹ Baygın, **a.g.e.**, s. 200; Dural/Öğüz/Gümüş, **a.g.e.**, s. 340.

HMK m. 382/f.2¹⁰⁷⁰'de çekişmesiz yargı işleri sınırlı sayıda olmamak üzere örnek niteliğinde sayılmıştır¹⁰⁷¹. Bu hükümde sayılmamakla birlikte maddede yer alan diğer kriterlere uygun işler de çekişmesiz yargı işi olarak değerlendirilir. Bunlar, özellikle taraflar arasında uyuşmazlık bulunmayan ve ilgililerin ileri sürebileceği subjektif bir hakkın bulunmadığı hâller olarak belirtilmiştir¹⁰⁷²(HMK m. 382/f.1). Bu kapsamda evlât edinmenin kurulmasına yönelik işlemler, HMK m. 382'de çekişmesiz yargı işi olarak sayılmamış olmakla birlikte evlât edinme başvurusunda bulunan kişi ile evlât edinen arasında bir ihtilâf bulunmaması nedeniyle çekişmesiz yargı faaliyeti olarak değerlendirilir¹⁰⁷³.

MÖHUK'ta tanıma şartları bakımından yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınması, çekişmeli yargı kararlarının tanınmasına ilişkin şartlara tâbi tutulmuştur¹⁰⁷⁴. Bununla birlikte, çekişmesiz yargı kararları şekli anlamda kesinlik taşımalarına

¹⁰⁷⁰ HMK m. 382/f.2 hükmüne göre aile hukukuna ait çekişmesiz yargı işleri şunlardır: “1) Henüz evlenme yaşında olmayanların evlenmesine izin verme. 2) Gaiplik nedeniyle evliliğin feshi. 3) Evlendirme memurunun, evlenme başvurusunu ret kararına karşı yapılan itiraz. 4) Yeniden evlenmede bekleme süresinin hâkim tarafından kaldırılması. 5) Terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi. 6) Eşlerden birinin, evlilik birliğini tek başına temsil etmek konusunda yetkili kılınması. 7) Aile konutu ile ilgili işlemler için diğer eşin rızasının sağlanamadığı hâllerde hâkimin müdahalesinin istenmesi. 8) Mevcut mal rejiminin eşlerden birinin veya alacaklıların talebiyle mal ayrılığına dönüştürülmesi ve sebeplerin ortadan kalkması hâlinde mal ayrılığından eski rejime geri dönülmesi. 9) Paylaşmalı mal ayrılığında boşanma veya evliliğin iptali hâlinde, aile konutu ve ev eşyasını hangi eşin kullanmaya devam edeceği hakkında karar verilmesi. 10) Sağ kalan eşe aile konutu üzerinde ve ev eşyası üzerinde mülkiyet veya intifa hakkı tanınması. 11) Mal ortaklığında eşlerden birinin mirası reddine izin verilmesi. 12) Ana babaya çocuğun mallarından bir kısmını çocuğun bakım ve eğitimi için sarf etme izninin verilmesi. 13) Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi. 14) Hâkimin çocuğun mallarının yönetimine müdahale etmesi ve çocuğun mallarının yönetiminin kayıma devri. 15) Evlilik sona erince velayet kendisinde kalan eşin, hâkime çocuğun malları hakkında defter sunması. 16) Aile yurdunun kurulmasına izin verilmesi, kuruluşun tebliğ ve ilanı, kapatılması hâlinde tapu sicilindeki şerhin silinmesine izin verilmesi, taşınmazın bizzat malik veya ailesi tarafından kullanılması şartına geçici olarak istisna tanınması. 17) 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanuna göre aile mahkemesi hâkimi tarafından karar verilecek tedbirler. 18) Çocuk hâkimi tarafından, çocuğun anası, babası, vasisi, bakım ve gözetiminden sorumlu kimse, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu ve Cumhuriyet savcısının istemi üzerine veya resen çocuklar hakkında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı alınması.”

¹⁰⁷¹ Arslan/Yılmaz/Taşpınar-Ayvaz/Hanağası, **a.g.e.**, s. 83; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **a.g.e.**, s. 593; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 65.

¹⁰⁷² HMK m. 382/f.1. hükmüne göre; “Çekişmesiz yargı, hukukun, mahkemelerce, aşağıdaki üç ölçütten birine veya birkaçına göre bu yargıya giren işlere uygulanmasıdır: a) İlgililer arasında uyuşmazlık olmayan hâller. b) İlgililerin, ileri sürülebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hâller. c) Hâkimin resen harekete geçtiği hâller.”

¹⁰⁷³ Evren Koç, “HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişisinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler”, **İÜHFİM**, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 375; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, **a.g.e.**, s. 72; Ruhî, **Evlat Edinme**, s. 88. Öte yandan uygulamada, evlât edinme talebi çekişmeli yargı davalarına ilişkin usule göre yapılmaktadır. Bkz. Baygın, **a.g.e.**, s. 200.

¹⁰⁷⁴ MÖHUK m. 58/f.2 şu şekildedir: “İhtilâfsız kaza kararlarının tanınması da aynı hükme tâbidir.”

rağmen maddî anlamda kesinlik taşımazlar¹⁰⁷⁵. Bu nedenle yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınmasında kesinleşme ile ne anlaşılması gerektiği önem arz eder.

Öğretide, yabancı kararların tanınmasında şeklî anlamda kesinleşmenin yeterli olduğunu ileri süren görüş, çekişmesiz yargı kararlarının da verildiği ülke hukukuna göre şeklî anlamda kesinleşmiş olması hâlinde MÖHUK m. 50 hükmü gereğince tanınabileceğini ifade etmektedir¹⁰⁷⁶. Diğer yandan, yabancı kararın kesinleşmesiyle hem şeklî hem de maddî anlamda kesinleşmenin anlaşılması gerektiğini ifade eden görüş, sadece şeklî anlamda kesinleşmiş yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınamayacağı ancak hem şeklî hem maddî anlamda kesinleşen yabancı çekişmesiz yargı kararlarının tanınabileceğini ileri sürmektedir¹⁰⁷⁷. Zira, kesin hükmün amacı hukukî istikrar ve güveni tesis etmektir ve bu hem maddî hem şeklî anlamda kesinliğin kabul edilmesiyle mümkündür¹⁰⁷⁸.

Çekişmesiz yargıya dâhil kararlardan, yenilik doğurucu kararların tanınmasında kesinleşme şartı taşıyıp taşımadıkları farklı bir değerlendirmeyi gerektirir. Yenilik doğurucu kararlar, sahip oldukları yenilik doğurucu etki gereği karara konu olayı, verildiği şartlar içinde tekrar dava konusu edilemeyecek şekilde kesin olarak karara bağlarlar. Yenilik doğurucu kararların bu niteliği, maddî anlamda kesin hüküm etkisiyle eş veya benzer bir sonuç ortaya çıkarır¹⁰⁷⁹. Çekişmesiz yargıdaki yenilik doğurucu kararların maddî anlamda kesin hüküm etkisine benzer bu etkisi, karara konu işler hakkında Türk mahkemelerinde yeni bir dava açılmasına engel olduğundan bu nitelikteki kararların tanınmaları mümkündür¹⁰⁸⁰. Evlât edinme kararları da çekişmesiz yargıya dâhil kurucu yenilik doğuran kararlardandır. Taraflar arasındaki evlâtlık ilişkisi, mahkemenin verdiği evlât edinme kararıyla kurulur¹⁰⁸¹.

Yabancı evlât edinme kararlarının, çekişmesiz yargı faaliyeti olarak yürütüldüğü ve sadece şeklî anlamda kesinlik taşıdıkları gerekçesiyle tanınmalarının mümkün olmadığını kabul etmek, kanun hükmünün dar yorumlanması anlamına

¹⁰⁷⁵ HMK m. 388'e göre, "Kanunda aksine hüküm bulunmayan hâllerde, çekişmesiz yargı kararları maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez."

¹⁰⁷⁶ Sakmar, **a.g.e.**, s. 175.

¹⁰⁷⁷ Nomer, **DHH**, s. 550; Nomer, **Kesinleşme**, s. 912; Ruhî, **Evlât Edinme**, s. 88.

¹⁰⁷⁸ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 363.

¹⁰⁷⁹ Nomer, **Kesinleşme**, s. 917-918.

¹⁰⁸⁰ Nomer, **Kesinleşme**, s. 917; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 347, dn. 819. Aynı yönde bkz. Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 801. Öte yandan, Tespit niteliğindeki çekişmesiz yargı kararları, tespit ettikleri konuyu nihâî olarak sona erdirmediklerinden tanınmaları mümkün değildir. Bkz. Nomer, **Kesinleşme**, s. 918.

¹⁰⁸¹ Akıntürk/Ateş, **a.g.e.**, s. 382; Baygın, **a.g.e.**, s. 198.

gelir¹⁰⁸². Zira evlât edinme kararları, yenilik doğuran kararlardandır. Taraflar arasında evlâtlık ilişkisinin kurulmasına sebep olan bir hukukî sonuç yarattığından maddî anlamda kesin hüküm etkisine benzer bir etki doğmaktadır. Bu nedenle, yabancı mahkemelerden çekişmesiz yargı işi olarak verilen evlât edinme kararlarının tanınması mümkün kabul edilmelidir¹⁰⁸³.

Sınıraşan taşıyıcı annelikle doğan çocuk ve genetik/müstakbel anne ya da baba arasındaki soybağının yabancı ülkede verilen bir evlât edinme kararıyla kurulması durumunda da bu karar, verildiği şartlar içerisinde kesinliği koruyacağından ve yenilik doğurucu niteliği nedeniyle kesin hüküm etkisine benzer bir etki yaratacağından Türk mahkemelerinde tanınabilir.

bb. Doğum Öncesi Ebeveynlik Kararlarının Kesinleşme Şartı Kapsamında İncelenmesi

Doğum öncesi ebeveynlik kararları taşıyıcı annelik sözleşmelerinde ebeveynliğin tespitinde kullanılan yasal prosedürlerden biridir. Bu prosedür, müstakbel anne ve/veya babanın, çocuğun doğumundan önce verilen bir kararla çocuğun ebeveyni olarak kabul edilmesine hizmet eder¹⁰⁸⁴. Doğum öncesi ebeveynlik kararları aynı zamanda müstakbel anne ve babanın isimlerinin, çocuğun doğumundan sonra hastane ve ilgili diğer sağlık kuruluşlarındaki orijinal doğum kayıtlarına geçmesi imkânı sağlar. Böylece, çocuğun doğum belgesinin sonradan değiştirilmesi gerekmez¹⁰⁸⁵.

Doğum öncesi ebeveynlik kararlarıyla, özellikle tam taşıyıcı annelik yönteminde müstakbel anne ve babanın her ikisinin de üreme hücreleri kullanıldığında müstakbel anne ve baba ile çocuk arasındaki soybağının tek bir analık/babalık kararıyla kurulmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Bu karar, çocuğun hukukî anne ve babasının, müstakbel/genetik anne ve baba olduğuna karine teşkil eder¹⁰⁸⁶. Dolayısıyla doğum öncesi ebeveynlik kararı alınabilmesinin en önemli şartı genetik bağıdır.

¹⁰⁸² Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 493-494.

¹⁰⁸³ Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 494; Nomer, **Kesinleşme**, s. 921-922; Ruhî, **Evlât Edinme**, s. 91.

¹⁰⁸⁴ Steven H. Synder / Mary P. Byrn, "The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings", **Family Law Quarterly**, S. 39, 2005, s. 634; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 210.

¹⁰⁸⁵ Synder/Byrn, **a.g.e.**, s. 634; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 210.

¹⁰⁸⁶ Synder/Byrn, **a.g.e.**, s. 642.

Doğum öncesi ebeveynlik kararı, yabancı adlî makamlar tarafından verilmekle birlikte uygulamada bu kararların tanınması değil daha çok bu karar esas alınarak düzenlenen yabancı doğum belgelerine dayanarak çocuğun doğumunun kişisel durum siciline tescili talep edilmektedir¹⁰⁸⁷. Diğer yandan, bu kararlar taşıyıcı anneliğe izin veren yabancı hukuk sisteminde soybağının tesisi amacına hizmet ettiğinden Türk mahkemelerinde tanıma talebiyle bir dava açılması da söz konusu olabilir.

Doğum öncesi ebeveynlik kararı verilmesini düzenleyen Yunan hukukuna göre doğum öncesi ebeveynlik kararı almak için mahkemeye başvuran müstakbel/genetik annenin, çocuğun hukukî annesi olduğu yönünde kanunî bir karine (*statutory presumption of maternity*) bulunmaktadır¹⁰⁸⁸. Ancak bu karinenin, çocuğun doğumundan itibaren altı ay içinde, anneliğe itiraz niteliğindeki bir yasal işlemle çürütülmesi mümkündür. Anneliğe itiraz, müstakbel anne veya taşıyıcı anne tarafından, çocuğun biyolojik olarak taşıyıcı annenin çocuğu olduğuna dair kanıt sunulmasıyla yapılabilmektedir¹⁰⁸⁹. Bu durumda Yunan hukukunda yer alan müstakbel annenin, çocuğun doğumdan itibaren hukukî annesi olacağına ilişkin karine adi bir karinedir ve aksi ispat edilebilir niteliktedir. Kanun yollarının tüketilmesinden önce böyle bir kararın tanınması talep edildiğinde, kararın kesinleşme şartı taşımadığı gerekçesiyle tanımaya konu olmayacağı söylenebilir. Diğer yandan, anneliğe itiraz için tanınan yasal süre geçtikten sonra doğum öncesi ebeveynlik kararının Türk hukukunda tanınması kesinlik şartı bakımından sorun teşkil etmemelidir.

ABD'nin Kaliforniya eyaletinde de sadece müstakbel anne ve babanın üreme hücrelerinin kullanıldığı hâllerde çocuğun doğumundan önce hâkim tarafından müstakbel ebeveyn lehine doğum öncesi ebeveynlik kararı verilebilmektedir¹⁰⁹⁰. Bu kararlar, çocuğun soybağı hakkında hem annelik hem de babalık konusunda geçerli karinelere sahip genetik olarak ilişkili ebeveyn lehine verilebilmektedir. Daha sonradan doğum öncesi ebeveynlik kararına karşı itiraz edilememektedir¹⁰⁹¹. Dolayısıyla bu kararlar verildikleri anda şekli kesinliği taşırlar. Doğum öncesi ebeveynlik kararları başvurularında mahkemelerin yaptığı iş, çekişmesiz yargı işine benzer. Mahkeme, başvuru belgelerini dosya üzerinde inceleyerek gerekli şartların mevcut olduğunu, taşıyıcı annelik yönteminde müstakbel anne ve babanın üreme

¹⁰⁸⁷ Bu konudaki açıklamalarımız için Bkz. Bölüm III/Başlık I/C/2.

¹⁰⁸⁸ Yunan Medenî Kanunu m. 1464/f.1.

¹⁰⁸⁹ Yunan Medenî Kanunu m. 1464/f.2.

¹⁰⁹⁰ Synder/Byrn, **a.g.e**, s. 644.

¹⁰⁹¹ Synder/Byrn, **a.g.e**, s. 645.

hücrelerinin kullanıldığını tespit ederse doğum öncesi ebeveynlik kararı verir¹⁰⁹². Bu kapsamda annelik ve babalığı tespit eden yenilik doğurucu karar niteliğinde olduğundan maddî anlamda kesin hüküm etkisine benzer bir etki bu kararlarda da görülmektedir. Bütün bu nedenlerle, Kaliforniya’da verilen doğum öncesi ebeveynlik kararlarının, çocuğun doğumundan sonra olmak kaydıyla Türkiye’de tanınması talep edildiğinde bu karara karşı itiraz edilememesi ve maddî anlamda kesin hüküm etkisine benzer etkisi nedeniyle kesinleşme şartını taşıdığını söylemek mümkündür.

2. Tanıma İçin Aranılan Asli Şartlar

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu yabancı mahkemelerden müstakbel ebeveynle çocuk arasındaki soybağının kurulmasına ilişkin bir karar verilmiş olması veya soybağının, evlât edinme kararıyla kurulması durumunda bu kararların, Türkiye’de tanınması için MÖHUK m. 50’de yer alan ön şartları taşıdıkları tespit edildikten sonra MÖHUK m. 54’te yer alan asli şartları taşıyıp taşımadıkları incelenecektir.

MÖHUK’a göre tanıma için aranan asli şartlar, yabancı ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş olmaması, hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması, o yer kanunları uyarınca kendisine karşı tanıma istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tanıma istemine karşı Türk mahkemelerinde itiraz etmemiş olması gerekir (MÖHUK m. 54/b/c/ç).

a. Kararı Veren Mahkemenin Yetkisine İlişkin Şart

Yabancı kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisi, kural olarak tanıma davasında denetlenmez¹⁰⁹³. Öte yandan, hukuk sistemlerinde tanıma kararı veren yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin bazı şartlar arandığı görülmektedir¹⁰⁹⁴.

¹⁰⁹² Synder/Byrn, **a.g.e.**, s. 634.

¹⁰⁹³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 748; Doğan, **a.g.e.**, s. 131; Sakmar, **a.g.e.**, s. 65-66; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 666.

¹⁰⁹⁴ Örneğin; Hollanda Medenî Kanunu (BW) m. 1:20b’ye göre, yabancı mahkeme kararının tanınması için kararı veren mahkemenin bağlı olduğu devlet kanunlarına göre karar verme yetkisine sahip olması

MÖHUK'ta yabancı mahkemenin yetkisi iki açıdan incelenmektedir. Bunlar, yabancı kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması ve yabancı mahkemenin aşırı yetki tesis etmemesine ilişkindir.

Yabancı kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması şartı MÖHUK m. 54/b'de düzenlenmiştir. Bu düzenleme gereği yapılan inceleme, yabancı mahkemenin yetkisinin denetlenmesi niteliğinde değildir. Sadece, Türk mahkemelerinin münhasır yetkili olduğu bir konuda verilen yabancı mahkeme kararının tanınmasının reddedileceğine ilişkin bir düzenlemedir¹⁰⁹⁵.

Milletlerarası usul hukukunda Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren konular, yetki kuralının amacından hareketle söz konusu uyuşmazlıkların mutlak şekilde Türk mahkemelerinde görülüp karara bağlanılmasının istendiği konular olarak ifade edilmektedir¹⁰⁹⁶. Maddî hukuktaki kesin yetki kuralları veya kamu düzenine ait yetki kuralları milletlerarası usul hukuku açısından münhasır yetki tesis etmeyebilir¹⁰⁹⁷. Hâkim, yabancı mahkeme kararının Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine giren bir konuda verilip verilmediğini re'sen inceleyecektir¹⁰⁹⁸.

Soybağı veya evlât edinme davalarında Türk mahkemelerinin yetkisi münhasır yetki niteliğinde değildir. Bu konularda sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu yabancı

gerekir. Fransız hukukunda yabancı mahkeme kararının tanınması için şartlar, *Cornelissen v Avianco Inc* kararıyla tespit edilmiştir. Buna göre, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin bulunması, yabancı kararın Fransız kamu düzenine açıkça aykırı olmaması ve kararın kanuna karşı hile teşkil etmemesi gerekir. Daha sonra verilen *Simitch* kararında ise yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin bulunması ile dava konusunda Fransız mahkemelerinin yargı yetkisinin münhasır olmaması, uyuşmazlığın yabancı mahkemenin bağlı olduğu ülke ile "karakteristik" bir bağlantıya sahip olması ve yabancı mahkemeye başvurunun kanuna karşı hile teşkil etmemesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Şensöz-Malkoç, **Tanım**, s. 489, dn. 1165; Wells-Greco, **a.g.e.**, s. 204. Aynı doğrultuda İsveç, Uluslararası Babalık Kanunu (1985:367) (*lagen om internationella faderskapsfrågor*) §7 (1) hükmüne göre, soybağının kurulması veya iptali hakkında verilen yabancı bir mahkeme kararı, tarafların yerleşim yeri veya vatandaşlığı ya da başka bir bağlantının bulunması gibi hâller nedeniyle kendisini yetkili kabul eden yabancı mahkeme tarafından verilmişse kararın yetkili yabancı mahkeme tarafından verildiğine dair yeterli nedenin (*sufficient reasons*) bulunduğu kabul edilir. Bunun yanında yabancı devlet mahkemesinin yetkili olup olmadığının tanıma devletin iç hukuk kurallarına tabi tutulduğu hukuk sistemleri de vardır. Örneğin, Alman Hukukunda, Aile ve Çekişmesiz Yargı İşlerinde Yetkiye ilişkin Usul Hakkında Kanun (*Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit-FamFG*) m. 109/f.1 hükmü, yabancı mahkemenin Alman milletlerarası yetki kurallarına göre yetkili olması gerektiğini belirtmektedir.

¹⁰⁹⁵ Şensöz-Malkoç, **Tanım**, s. 371.

¹⁰⁹⁶ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 750; Doğan, **a.g.e.**, s. 128; Güven, **a.g.e.**, s. 92; Nomer, **DHH**, s. 527; Ruhi, **Evlât Edinme**, s. 93; Sakmar, **a.g.e.**, s. 99; Şanlı/Esen/Ataman-Figameşe, **a.g.e.**, s. 660-661.

¹⁰⁹⁷ Doğan, **a.g.e.**, s. 73; Nomer, **DHH**, s. 525; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 730.

¹⁰⁹⁸ Sakmar, **a.g.e.**, s. 111. Hâkim bu incelemeyi yaparken MÖHUK'ta yer alan özel yetki kuralları (m. 41-47) ile MÖHUK'un genel yetki kuralının (m. 40) iç hukuka yaptığı atıf gereği HMK ve diğer kanunlarda düzenlenen münhasır yetki kurallarını dikkate alır. Bkz. Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 730-732; Şensöz-Malkoç, **Tanım**, s. 372.

mahkemelerden verilen kararlar, diğer şartların da sağlanması durumunda Türk mahkemelerinde tanınabilecektir.

Yabancı mahkemenin yetkisine ilişkin bir diğer husus da davalının itiraz etmesi koşuluyla yabancı mahkemenin aşırı yetki tesis edip etmediğine ilişkin yapılan incelemedir. Aşırı yetki kavramı, MÖHUK m. 54/(b) bendinde yabancı ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmaması şeklinde ifade edilmiştir¹⁰⁹⁹. Burada Türk mahkemesince yapılan tetkik, yabancı mahkemenin yetkisinin aşırı yetki oluşturup oluşturmadığına ilişkindir. Başka bir ifadeyle kararı veren yabancı mahkemenin dava konusu veya taraflarla hukukî ve fiilî anlamda gerçek bir ilişkisi bulunup bulunmadığı incelenir¹¹⁰⁰. Mahkemenin, dava konusu veya taraflarla arasındaki bağlantıyı zayıf, geçici veya tesadüfî esaslara göre sağlayan veya hiçbir bağlantı aramayan yetki kuralları aşırı yetki kurallarıdır¹¹⁰¹.

MÖHUK m. 54/(b) hükmüyle, kendisine karşı yabancı kararın tanınması talep edilen davalıya, aşırı yetki kurallarına göre verilen bir yabancı mahkeme kararının tanınmasını engelleme imkânı verilmiştir¹¹⁰². Dolayısıyla davalının itirazıyla ancak

¹⁰⁹⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 755. Aşırı yetki kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray Ekşi, “Yabancı Mahkemenin Aşırı Yetkisinin Tenfiz Mahkemesince Denetlenmesi (5718 sayılı MÖHUK m. 54/b)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 9, C. IX, S. 2, Haziran 2010, s. 27-32.

¹¹⁰⁰ 2675 sayılı MÖHUK’ta yabancı mahkemenin aşırı yetki tesis etmesi bir tanıma-tenfiz şartı olarak öngörülmemekteydi. 5718 sayılı MÖHUK’ta yabancı mahkemenin aşırı yetkili olmasının tanıma-tenfiz engeli olarak düzenlenmesinin gerekçesi şu şekildedir: “2675 sayılı Kanunun, yabancı mahkeme ilâmlarının tanınma ve tenfiz şartlarını düzenleyen 38 inci maddesinin (b) bendinde tanıma ve tenfiz için, ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması şartı aranmakta, buna mukabil yabancı mahkemenin yetkisi üzerinde durulmamaktaydı. Bu durumda, kendi hukukuna göre dahi yetkisiz olan veya hukuk devletlerinde kabul edilmiş genel yetki ilkelerine aykırılık taşıyan aşırı yetki kurallarına göre kendilerini yetkili kabul eden yabancı mahkemelerin verdikleri ilâmların da Türkiye’de tanınması ve tenfizi yolu açık kalmıştı. Böylece, yabancı mahkemelerin, ihtilâfla hiçbir hukukî ilişkisi olmamasına rağmen veya bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün olmayan yetersiz ilişkilere dayanan yetki kurallarından istifade edilerek verilen yabancı mahkeme ilâmları Türkiye’de tanınıp tenfiz edilebilirdi. Hukuken sakıncası bulunan bu durumu engellemek amacıyla ilâmın “dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması” şartının da bir tanıma ve tenfiz şartı olarak ilgili bende eklenmesi gerekli ve yararlı görülmüştür. Dava konusu ve taraflarla hukukî ve fiilî anlamda gerçek bir ilişkisi olmaksızın yabancı bir mahkemenin kendisini yetkili sayması milletlerarası yetki hukukunda kabul edilmeyen bir “aşırı yetki” olarak kabul edilmektedir. Ancak bu tanıma ve tenfiz şartının, tenfiz hâkimince incelenmesi davalının bu konuda itiraz etmesi şartına bağlanmıştır. Tanıma ve tenfiz hâkimi, “ilâmın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması” şartını resen inceleyecek, ancak (b) bendine eklenen yeni tanıma ve tenfiz şartını davalının itiraz etmesi şartına bağlı olarak inceleyebilecektir. 38 inci maddenin (b) bendine eklenen yeni tanıma ve tenfiz şartının benzerleri birçok Avrupa ülkesi kanunlarında da bulunmaktadır.”

¹¹⁰¹ Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 64.

¹¹⁰² Davalının aşırı yetkiye ilişkin böyle bir itirazı tanıma davasında ileri sürülebilmesi için bu itirazın yabancı mahkemede görülen dava sırasında da yapılmış olması gerektiği görüşü için bkz. Burak Huysal, “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **GÜHFD**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, C. 10, S. 1, 2011, s. 497-499; Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 26, Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 494.

yabancı mahkemenin aşırı yetkili olup olmadığı incelenecektir, bu durum Türk hâkimi tarafından re'sen dikkate alınmaz¹¹⁰³. Bununla birlikte, Öğretide, hasımsız olarak görülen çekişmesiz yargıya tâbi davalarda, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmayan yabancı mahkemeden verilen bir kararın tanınması talep edildiğinde aşırı yetki itirazında bulunabilecek davalı taraf bulunmadığından, bu hususun mahkemece re'sen incelenmemesi eleştirilmiştir¹¹⁰⁴.

Yabancı bir mahkemeden, hasımsız olarak görülen çekişmesiz yargı işi sonunda verilen bir evlât edinme kararının, Türkiye'de tanınması talebiyle açılan bir davada da davalı taraf bulunmadığından MÖHUK m. 54/b'de yer alan aşırı yetki hâlinin Türk mahkemesi tarafından denetlenmesi mümkün olmayacaktır¹¹⁰⁵. Evlât edinme kararının, NHK m. 30/f.2 düzenlemesi gereği yabancı idarî makamlar tarafından verilmesi durumunda da sonuç değişmeyecek ve davalı taraf bulunmadığından Türk mahkemesi aşırı yetki incelemesi yapamayacaktır¹¹⁰⁶.

Sınıraşan taşıyıcı annelik bakımından bazı devletlerde verilen doğum öncesi ebeveynlik kararları başvurularında mahkemelerin yaptığı iş, çekişmesiz yargı işine benzer. Mahkeme, başvuru belgelerini dosya üzerinde inceleyerek gerekli şartların mevcut olduğunu tespit ederse doğum öncesi ebeveynlik kararını verir¹¹⁰⁷. Böyle bir kararın tanınması talebiyle Türk mahkemelerinde bir dava açıldığında da davalı taraf bulunmadığından aşırı yetki itirazının ileri sürülmesi mümkün gözükmemektedir.

b. Kararın Türk Kamu Düzenine Açıkça Aykırı Olmaması

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması için birçok hukuk sisteminde, yabancı kararın tanıma devletinin kamu düzenini ihlâl etmemesi gerekliliği bir tanıma şartı olarak öngörülmüştür¹¹⁰⁸. Türk hukukunda da MÖHUK m. 54/c hükmüne göre

¹¹⁰³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 757; Doğan, **MÖH** s. 132.

¹¹⁰⁴ Ekşi, **Aşırı Yetki**, s. 66. Buna karşılık çekişmesiz yargıya tâbi ölmüş sayılma, hacir altına alınma, isim değiştirme, yaş düzeltme gibi şahsın hukukuna ilişkin davalar nüfus değişikliğine sebep olacağından bu tür davalar, NHK m. 36'ya göre Cumhuriyet Savcısı veya nüfus müdürü ya da görevlendireceği nüfus memuru önünde görüleceğinden, MÖHUK m. 54/b'de yer alan itirazı bu kişiler ileri sürebilecektir. Bkz. Huysal, **Bağlantı**, s. 495.

¹¹⁰⁵ Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 517.

¹¹⁰⁶ Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 518. Öte yandan yabancı adli veya idarî makamın, evlât edinme ilişkisi veya bu ilişkinin taraflarıyla gerçek bir bağlantısı bulunmaması Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirebilir. Bkz. Nomer, **DHH**, s. 530; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 669.

¹¹⁰⁷ Synder/Byrn, **a.g.e.**, s. 634.

¹¹⁰⁸ Alex Mills, "The Dimensions of Public Policy in Private International law", **Journal of Private International Law**, Vol. 4, No. 2, s. 201; Maria Caterina Baruffi, "International Surrogacy Arrangements Test The Public Policy Exception: An Italian Perspective", **Yearbook of Private International Law**, Volume 19, 2017/2018, s. 298; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 323.

yabancı kararın, Türkiye’de tanınması için Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil etmemesi gerekir.

Milletlerarası özel hukukta yabancı hukukun olaya uygulanmasını engelleyen kamu düzeni kavramı (m. 5) ile tanıma şartları arasında yer alan kamu düzenine aykırılık hâli Türk hâkimi tarafından farklı değerlendirmelere tâbi tutulacaktır. Şöyle ki tanıma hâkimi, yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanmasının ortaya çıkaracağı somut sonuçların değil, yabancı kararın hüküm fıkrasının tanınmasıyla Türkiye’de doğuracağı sonuçların Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edip etmediğini inceleyecektir¹¹⁰⁹.

Tanımada, kamu düzenine aykırılık incelemesi yabancı mahkeme kararının hüküm fıkrası ile sınırlandırılmıştır. Bu nedenle Türk hâkimine, yabancı kararın elde edilmesindeki hukukî olay veya ilişkiye uygulanan hukukun Türk kamu düzenine aykırılığını denetleme yetkisi verilmemiştir¹¹¹⁰. Zira, Türk hukukunda esasa girme yasağı (*revision au fond*) benimsenmiştir¹¹¹¹. Bu kapsamda, yabancı mahkemenin hukuk kurallarını doğru uygulayıp uygulamadığı, maddî vakıaları veya delilleri doğru değerlendirilip değerlendirmedeği veya doğru karar verip vermediği Türk hâkimi tarafından incelenemeyecektir¹¹¹². Yine yabancı mahkemede, Türk hukukunun emredici hükümlerinin uygulanmaması veya Türk hukukunun yanlış uygulanması tek başına yabancı kararın tanınması engellemeyecektir¹¹¹³. Hâkim, yabancı hükmün tanınmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırı neticeler doğurup doğurmayacağını inceleyecektir¹¹¹⁴.

Yabancı mahkemenin verdiği hüküm, Türk hukukunun vazgeçilmez kabul ettiği temel prensiplerini açıkça ihlâl ediyorsa kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle tanınmayacaktır¹¹¹⁵. Bu çerçevede, Anayasa ve Türkiye’nin taraf olduğu özellikle İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetlerini Korumaya Dair Sözleşme ile korunan

¹¹⁰⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 758; Nomer, **DHH**, s. 532-533; Nomer, **Usul**, s. 201-202; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 737; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 382.

¹¹¹⁰ Akıncı, **MÖH**, s. 207; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 758; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 737.

¹¹¹¹ Akıncı, **MÖH**, s. 194; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 761; Nomer, **DHH**, s. 520; Nomer, **Usul**, s. 185; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 737; Sakmar, **a.g.e.**, s. 60-62; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 682; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 384.

¹¹¹² Akıncı, **MÖH**, s. 195; Nomer, **DHH**, s. 520; Nomer, **Usul**, s. 185.

¹¹¹³ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 761-762; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 391.

¹¹¹⁴ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 389.

¹¹¹⁵ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 764; Nomer, **DHH**, s. 532; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 393.

temel hak ve özgürleri ihlâl eden yabancı mahkeme kararları Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirebilecektir¹¹¹⁶.

Yabancı mahkemenin uyguladığı usul hukuku kurallarının Türk usul hukuku kurallarından farklı olması tanımaya engel değildir¹¹¹⁷. Bununla birlikte yabancı mahkemenin takip ettiği usul, Türk usul hukukunun dayandığı temel prensiplere aykırıysa Türk kamu düzeni müdahalesine uğrayabilir¹¹¹⁸. Genel olarak yabancı usul hukuku kurallarının, adil yargılanma ilkelerine uygun olması bu kapsamda, yabancı ülkedeki yargılamada davalının savunma haklarının kısıtlanmamış olması özellikle hukukî dinlenilme hakkının yerine getirilmiş olması beklenir¹¹¹⁹.

Görüldüğü üzere MÖHUK m. 54/c’de düzenlenen kamu düzenine açıkça aykırılık incelemesi yabancı kararın hem esasına hem usulüne ilişkin konuları kapsamaktadır¹¹²⁰. Öte yandan, esasa ilişkin kamu düzenine aykırılık incelemesi kararın esastan incelenmesi için bir araç olarak kullanılamaz¹¹²¹. Hatta esasa ilişkin kamu düzenine aykırılıkla ilgili iddialar, mümkün olduğunca az dikkate alınmalı, dar yorumlanmalı ve istisnai olarak uygulanmalıdır¹¹²².

Kamu düzenine aykırılık incelemesinde, uyuşmazlığın hangi konudan doğduğu değil uyuşmazlık hakkında verilen hüküm dikkate alınmalıdır¹¹²³. Bu kapsamda Yargıtay pek çok kararında velâyet, evlât edinme vb. konular, kamu düzenine ilişkin olduğundan bu konularda verilen yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını doğrudan reddetmiştir¹¹²⁴. Oysa yabancı hüküm üzerinden yapılacak kamu düzenine aykırılık incelemesinde yabancı hükmün tanınmasıyla Türkiye’de ortaya çıkacak sonuçlar bakımından değerlendirme yapılmalıdır.

Yabancı kararda yer alan uyuşmazlığın konusunun veya taraflarının, tanıma devleti ile ilişkisi de önem arz eder. Bu ilişki zayıfladıkça kamu düzeni müdahalesinin etkinliği de zayıflar. Uyuşmazlık konusu veya taraflarla ülke arasındaki irtibat arttıkça

¹¹¹⁶ Nomer, **DHH**, s. 532; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 393-394.

¹¹¹⁷ Akıncı, **MÖH**, s. 195; Nomer, **DHH**, s. Nomer, **Usul**, s. 203; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 738.

¹¹¹⁸ Dolunay, **a.g.e.**, s. 95; Nomer, **DHH**, s. 534; Nomer, **Usul**, s. 203; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, **a.g.e.**, s. 738; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 395.

¹¹¹⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 765; Nomer, **DHH**, s. 533-534; Nomer, **Usul**, s. 203, Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 395, 406. Aynı doğrultuda Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 688.

¹¹²⁰ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 409-410.

¹¹²¹ Akıncı, **MÖH**, s. 207; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 410.

¹¹²² Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 410.

¹¹²³ Akıncı, **MÖH**, s. 207.

¹¹²⁴ Akıncı, **MÖH**, s. 207; Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 685-686.

kamu düzeni müdahalesi de artar¹¹²⁵. Karara konu olay, tamamen yabancı bir hukuk sistemi içinde yer alıyorsa kararda verilen sonuca katlanılması ve kamu düzeni müdahalesinde daha anlayışlı olunması gerekebilir. Bu durumda kamu düzeninin hafifletilmiş bir etkisi söz konusu olur¹¹²⁶.

Sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkileri sonucu dünyaya gelen çocuk ile müstakbel anne ve baba arasında soybağını tesis eden yabancı bir mahkeme kararının, Türkiye’de tanınması talep edildiğinde bu kararın tanınmasının önündeki en büyük engel, kararın Türk kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceği endişesidir¹¹²⁷. Kamu düzenine aykırılık, özellikle çocuğu doğuran kadın annedir ilkesi karşısında çocukla müstakbel anne arasında soybağının kurulması noktasındadır.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu çocukla müstakbel ebeveyni arasında soybağını kuran yabancı bir mahkeme kararının tanınması talebi, kamu düzenine aykırılık kapsamında incelenirken AİHS hükümleri de dikkate alınmalı ve her somut olayın özelliklerine göre ayrı değerlendirmeler yapılmalıdır. Ayrıca müstakbel ebeveyn ile çocuk arasındaki aile yaşamının olası varlığı veya gelişimi gözden çıkarılmamalıdır. Bu noktada bazı hukuk sistemlerinin sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu yabancı ülkede verilen soybağının kurulmasına ilişkin kararların tanınması taleplerinde kamu düzenine aykırılık incelemelerinde esas aldıkları hususlara değinmek faydalı olacaktır.

*Aki Mukai*¹¹²⁸ davasında Japonya Yüksek Mahkemesi bir Nevada Eyalet Mahkemesi tarafından verilen Japon müstakbel/genetik anne ve babanın taşıyıcı annelikle doğan çocuğun hukukî anne ve babası olduğuna yönelik kararın tanınması talebini Japon hukukunda yer alan kişisel statüye ilişkin kuralların temel ilkesi veya temel felsefesi ile bağdaşmadığı için kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmiştir¹¹²⁹.

¹¹²⁵Baruffi, **a.g.e.**, s. 300, dn. 18; Mills, **Public Policy**, s. 219; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 411-412; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 325.

¹¹²⁶ Fransız ve Belçika hukukunda kamu düzeni, uyumsuzluk ile forum devleti arasındaki bağlantı derecesini, ihtilafın "yakınlığını" yansıtmak için sınırlandırılır veya "zayıflatılır". Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda kamu düzeni, *Inlandsbeziehung* veya *Binnenbeziehung* olarak bilinen ve kamu düzeni uygulamasının forum devletindeki uyumsuzluğun ülke içindeki etkilerine bağlı olarak değişmesi gerektiğini öngören bir içtihatla sınırlandırılmıştır. Bkz. Mills, **Public Policy**, s. 227.

¹¹²⁷ Gölcüklü, **a.g.e.**, s. 856; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 326.

¹¹²⁸ Dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Marcelo de Alcantara, “Surrogacy in Japan: Legal Implications For Parentage and Citizenship”, **Family Court Review**, Vol. 48 No. 3, July 2010, s. 418-419.

¹¹²⁹ De Alcantara, **a.g.e.**, s. 422.

Fransa’da sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi yapan Fransız müstakbel anne ve babayı içeren üç önemli dava bulunmaktadır. Soybağına ilişkin yabancı mahkemede verilen kararların tanınması talep edildiğinde Fransız Yüksek Mahkemesi (*Cour de Cassation*) kamu düzenine aykırılık incelemesi yapmış ve üç kararda da aynı gerekçeleri kullanmıştır¹¹³⁰. Her üç olayda da ABD’de gerçekleşen bir taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu, ABD’nin Kaliforniya eyaletinde müstakbel ebeveyn adına verilen doğum öncesi ebeveynlik kararına dayanarak çocuğun doğum belgesinde müstakbel anne ve babanın isimleri, çocuğun hukukî anne ve babası olarak kaydedilmiştir. Daha sonra Fransız müstakbel ebeveyn, çocuğun doğum belgesinin Fransız kişisel durum siciline tescili talep etmiştir. Fransız yetkili makamlarının bu talebi reddetmesi üzerine dava açılmıştır¹¹³¹. Dava her ne kadar yabancı doğum belgesinin tesciline ilişkin olsa da Fransız mahkemesi, doğum belgesinin temelinin yabancı mahkemeden verilen karara dayandığını ve bu kararın Fransız kamu düzenine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Mahkeme kamu düzeni incelemesinde Fransız hukukunda yer alan kişisel statünün devredilmezliği ilkesi gereği, tarafların aralarında akdettikleri sözleşmeyle soybağını değiştiremeyeceklerini belirtilmiştir¹¹³². Ayrıca çocukların her halükârda bir babası (genetik babası) ve ABD kanunlarına göre bir annesi olduğundan çocuk, Fransa’da Fransız çiftle yaşayabilecektir. Bu nedenle AİHS’nin 8. maddesi ihlâl edilmediği sonucuna varmıştır. Son olarak bu sonucun, ÇHS’de yer alan çocuğun yüksek yararı kuralını ihlâl etmediği ifade edilmiştir. Mahkeme, Fransız Medenî Kanununda yer alan taşıyıcı anneliği yasaklayan hükmün kamu düzeninden olduğunu ve bu çözümün kabulüyle kamu düzeninin korunacağı sonucuna ulaşmıştır¹¹³³.

Görüldüğü üzere Fransız mahkemeleri taşıyıcı annelik yapılmasının Fransız hukukuna aykırı olması gerekçesiyle soybağını kuran yabancı mahkeme kararının tanınmayacağını belirtmiştir. Mahkeme, müstakbel ebeveynle çocuk arasındaki genetik bağa ilişkin hiçbir değerlendirme yapmadığı gibi çocuğun yüksek menfaati ilkesinin ihlâl edilmediğini ortaya koyacak gerekçeleri de açıklamamıştır. Ayrıca taşıyıcı annelik yapılmasını yasaklayan Fransız Medenî Kanunu’nda yer alan hükmün,

¹¹³⁰ Cass. Civ. 1e, 6/04/2011, n° 10-19.053. Kararların orijinal metni için bkz. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000023832078/>. (ET. 16.01.2023).

¹¹³¹ Wells-Greco, *a.g.e.*, s. 91-92.

¹¹³² Fransız CC m.16 (7), üçüncü şahısları adına üreme veya gebelik ile ilgili tüm anlaşmaların geçersiz olduğunu belirtmektedir. Ayrıca m.16(9)’a göre bu bölümdeki hükümler zorunludur. Bu hükmün İngilizce şu şekildedir: “*The provisions in this chapter are mandatory.*”

¹¹³³ Marion Meilhac-Perri, “Surrogacy Across State Lines: Challenges and Responses-National Regulation and Cross-Border Surrogacy in France”, *Yearbook of Private International Law*, Vol. 16, 2014/2015, s. 278; Wells-Greco/ Dawson, *a.g.e.*, s. 326.

sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkileri bakımından da uygulanması gereken bir doğrudan uygulanan kural niteliğinde olup olmadığı belirtilmemesine rağmen doğrudan uygulanan bir kural gibi yabancılik unsuru ihtiva eden uyuşmazlıklara da uygulamıştır. Bu kararlar daha sonra AİHM önüne de gitmiş ve AİHM bazı yönleriyle Fransız makamlarının kamu düzenine aykırılık incelemesinde hatalı olduğu ortaya koymuştur.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağının yabancı evlât edinme kararıyla kurulması durumunda da Fransız mahkemelerinin yaklaşımı benzer niteliktedir. Bu konuda verilen 26 Mart 2009 tarihli bir kararında Paris Temyiz Mahkemesi, sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu verilen evlât edinme kararının tanınması talebini Fransız kamu düzenine aykırılık gerekçesiyle reddetmiştir¹¹³⁴. Uyuşmazlık Fransız vatandaşı eşcinsel bir çiftin, ABD'nin Minnesota eyaletindeki bir taşıyıcı anneyle akdettiği taşıyıcı annelik sözleşmesine dayanmaktadır. Çocuk dünyaya geldikten sonra taraflar, Minnesota mahkemesinden öncelikle çocuğun taşıyıcı anne tarafından terk edildiğine daha sonra da Fransız çift tarafından evlât edinildiğine dair iki karar almıştır. Evlât edinme kararından sonra Minnesota yetkili makamları tarafından düzenlenen doğum belgesi Fransız çifte teslim edilmiştir. Çift, Fransa'ya döndükten sonra çocuğun Fransız kişisel durum siciline kendi çocukları olarak kaydettirmiş ancak Fransız Cumhuriyet Savcısı bu kaydın iptalini talep etmiştir. Bunun üzerine açılan davada Paris temyiz mahkemesi, yabancı doğum belgesinin tescil edilip edilemeyeceğini değil, Minnesota eyaletinden verilen kararın tanınıp tanınmayacağını, tanımaya ilişkin şartlardan sadece kamu düzenine aykırılık kapsamında incelemeye başlamıştır. Mahkeme, Fransız Medenî Kanunu'nda yer alan taşıyıcı anneliği yasaklayan hükmün (m. 16/7) kamu düzeninden olduğunu (m. 16/9) belirterek sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu verilen yabancı evlât edinme kararının tanınmasını kamu düzenine açıkça aykırılık teşkil edeceği gerekçesiyle reddetmiştir.

Öte yandan benzer bir uyuşmazlık hakkında Belçika mahkemeleri tamamen farklı bir değerlendirme yapmıştır. *M&M*¹¹³⁵ davasında, 2004 yılında Belçika'da evlenen eşcinsel bir çift, ABD'nin Kaliforniya eyaletinde ABD'li bir taşıyıcı anne ile taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmişlerdir. İkiz çocukların doğumundan önce Kaliforniya Yüksek Mahkemesi çift lehine her iki erkeğin de çocukların genetik ve

¹¹³⁴ Karar için bkz. [French Court Denies Recognition to American Surrogacy Judgement – Conflict of Laws](#), (ET. 18.01.2023)

¹¹³⁵ Liège, 6th of September 2010, reforming Civ. Huy, 22nd of March 2010 and Youth Court Huy (11th ch.), 22nd of December 2011. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Comparative Study, s. 221-222.

yasal ebeveyni olduğuna ilişkin doğum öncesi ebeveynlik kararı vermiştir. Bu karar, her iki erkeğin isimlerinin çocukların doğumundan sonra hastanede düzenlenen doğum belgelerinde yer almasını sağlamıştır. İkizlerin doğumundan bir süre sonra Belçika'ya dönen çift, çocukların doğum belgelerinin nüfus kayıtlarına geçirilmesini talep etmiş ancak Cumhuriyet savcısı buna itiraz etmiştir.

Çift daha sonra Kaliforniya mahkemesinin verdiği doğum öncesi ebeveynlik kararının tanınmasını talep etmiştir. Belçika mahkemesi söz konusu kararın, *mater semper certa est* ilkesini ihlâl etmediğini çünkü bu düzenlemenin amacına uygun olarak taşıyıcı annenin kimliğinin bilindiğini ve taşıyıcı annenin Belçika kamu düzenine aykırı olmayacak bir şekilde Kaliforniya'da yerel hukuka uygun olarak bu işleme rıza verdiğini belirtmiştir. Bu rızanın çocuğun doğumundan önce verilmesinin veya Belçika'da taşıyıcı annelikle ilgili bir düzenleme olmamasının yabancı mahkeme kararının tanınması talebinin reddedilmesini gerektirecek şekilde kamu düzenini ihlâl etmediği belirtilmiştir¹¹³⁶. Ayrıca mahkeme, çocuklarının soybağının bir an önce tesis edilmesinin çocukların yüksek menfaatinin bir gereği olduğunu ve doğum öncesi ebeveynlik kararının Belçika hukuk düzeni üzerindeki etkilerinin, aynı cinsten iki kişi tarafından çocukların evlât edinilmesiyle aynı olduğunu ifade etmiştir¹¹³⁷.

Alman mahkemelerinde görülen 2014 tarihli bir davada¹¹³⁸ Alman vatandaşı olan ve Almanya'da kayıtlı birliktelik içinde yaşayan eşcinsel bir çift, Kaliforniya'da taşıyıcı annelik sözleşmesi akdetmişlerdir. Müstakbel babalardan biri aynı zamanda çocuğun genetik babasıdır. Yumurta hücresi ise yumurta bağıışı ile anonim bir donörden elde edilmiştir. Çift Kaliforniya mahkemesine başvurarak doğum öncesi ebeveynlik kararı almış ve bu kararın gereği olarak çocuğun doğum belgesine müstakbel babaların isimleri kaydedilmiştir. Daha sonra Almanya'ya dönen çift, nüfus müdürlüğüne başvurarak çocuğun doğumunun kaydedilmesini talep etmiş, taleplerinin reddedilmesi üzerine dava açılmıştır¹¹³⁹. Alman Federal Mahkemesi yabancı mahkemeden verilen doğum öncesi ebeveynlik kararının tanınip tanınamayacağını değerlendirmeye almıştır¹¹⁴⁰.

¹¹³⁶ Verschelden/Verhellen, **a.g.e.**, s. 69; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 327.

¹¹³⁷ Verschelden/Verhellen, **a.g.e.**, s. 70; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 328.

¹¹³⁸ Karar hakkında bkz. Susanne Lilian Gössl, "The Recognition of a "Judgment of Paternity" in a Case of Cross-Border Surrogacy Under German Law, Commentary to Bgh, 10 December 2014, Az. XII Zb 463/13", **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Cilt 7, Sayı 2, Ekim 2015, s. 448-465.

¹¹³⁹ Gössl, **Recognition**, s. 449.

¹¹⁴⁰ Alman mahkemesi, yabancı doğum belgesine etki tanınmasıyla yabancı mahkeme kararının tanınması tanınmasının birbirinden farklı olduğunu, yabancı mahkeme kararının uyumsuzluğun

Mahkeme öncelikle yabancı bir mahkeme kararının Alman kamu düzenine aykırı olup olmadığının değerlendirmesinde AİHS tarafından güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Çocuğun soybağının Alman hukukunun öngördüğü şekilde taşıyıcı anne yerine müstakbel ebeveyne veren yabancı mahkeme kararının, müstakbel ebeveynden en az birinin çocukla genetik bağı olması durumunda doğrudan Alman kamu düzenini ihlâl etmeyeceğini belirtmiştir. Bu husus, çocukla genetik baba ve genetik babanın kayıtlı birliktelik yaşadığı eşi arasında soybağını kuran yabancı bir mahkeme kararı bulunduğu da aynı sonucu doğuracağını belirtmiştir¹¹⁴¹.

Alman yetkili makamlarının çocukla müstakbel ebeveynden yalnızca biri arasında kurulan soybağının tanınması hâlinde AİHS m. 8'in ihlâl edilmiş olacağı çünkü her çocuğun iki ebeveynle yasal bir ebeveyn-çocuk ilişkisi kurma hakkı olduğunu belirtilmiştir¹¹⁴². Mahkemeye göre, eşcinsel çiftin, çocuğun hukukî ebeveyni olduğuna karar veren Kaliforniya mahkemesi kararı, Alman hukukunun temel ilke ve değerlerine aykırı değildir. Zira hukuka uygun olarak kayıtlı birliktelik şeklinde kurulmuş aynı cinsten iki eş arasında paylaşılan ebeveynlik, karşı cinsten iki kişinin paylaştığı ebeveynlikle eşdeğerdir¹¹⁴³. Ayrıca bu davadaki taşıyıcı annelik düzenlemesi yurt dışında oradaki yasal düzenlemelere uygun olarak gerçekleştirildiğinden Alman mahkemesi, taşıyıcı annenin kendi rızasıyla taşıyıcı anne olmayı kabul etmesi ve doğumdan sonra çocuğu müstakbel ebeveyne teslim etmeye rıza göstermesi nedeniyle bu davanın evlât edinme davalarına benzediğini belirterek yabancı mahkeme kararının her iki baba hakkındaki hükümlerinin de tanınmasına karar vermiştir¹¹⁴⁴.

AİHM'nin önüne gelen *Paradiso*¹¹⁴⁵, *Labassee*¹¹⁴⁶ ve *Mennesson*¹¹⁴⁷ davalarına¹¹⁴⁸ ilişkin değerlendirmesi, taşıyıcı anneliğe ilişkin hukukî ve etik sorunların karmaşıklığını ortaya koyması bakımından önemlidir. *Labassee* ve *Mennesson* davalarının her ikisinde de taşıyıcı anneye nakledilen embriyolarda,

mahkeme tarafından çözüldüğüne ilişkin nihai bir karar olduğundan tanımaya tabi tutulacağını belirtmiştir. Bkz. Baran-Çelik, **a.g.e.**, s. 196; Gössl, **Recognition**, s. 454; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 328.

¹¹⁴¹ Gössl, **Recognition**, s. 459-460; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 328.

¹¹⁴² Gössl, **Recognition**, s. 453; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 328.

¹¹⁴³ Gössl, **Recognition**, s. 459-460; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 328.

¹¹⁴⁴ Gössl, **Recognition**, s. 461; Wells-Greco/Dawson, **a.g.e.**, s. 328.

¹¹⁴⁵ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, No. 25358/12, 24.01.2017.

¹¹⁴⁶ AİHM, *Labassee v. France*, No. 65941/11, 26.06.20114.

¹¹⁴⁷ AİHM, *Mennesson v. France*, No. 65192/11, 26.06.2014.

¹¹⁴⁸ Bu kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Bölüm III, Başlık I/D.

müstakbel babalara ait sperm ve bağışlanan yumurta hücresi kullanılmıştır. Öte yandan *Paradiso* davasında ne müstakbel annenin ne de müstakbel babanın üreme hücreleri kullanılmamasına rağmen çocuk, müstakbel ebeveynle yaşamaya başlamıştır.

Paradiso, *Labassee* ve *Menesson* davalarında AİHM, başvurular arasındaki ilişkinin AİHS m. 8 anlamında aile hayatı kapsamına girdiğini belirtmiştir. Bu kararlar, Sözleşme kapsamında güvence altına alınan aile hayatı hakkının kapsamının geleneksel ailelerin ötesine geçtiğini ve sosyal ve duygusal gerçeklere dayandığını ifade etmesi açısından oldukça önemlidir. Mahkeme ayrıca bir dizi ilişkinin (*a range of relationships*) çocuğun gelişimi açısından önemli olabileceğini belirtirken bunun sadece çocuğun genetik ebeveyniyle olan ilişkisini kapsamadığını belirtmiştir¹¹⁴⁹.

Ayrıca, Sözleşme'nin günümüz koşullarına uygun olarak yorumlanması gereken canlı bir belge olduğu göz önüne alındığında devletlerin, aileyi korumak ve 8. maddenin gereklerine uygun olarak aile yaşamını koruma ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına almak için tasarladığı araçları seçerken toplumsal gelişmeleri takip etmesi gerektiğini ve kişinin ailesini veya özel hayatını yönetme konusunda tek bir yol veya tek bir seçim olmadığı gerçeği de dâhil olmak üzere sosyal, medenî durum ve ilişki meselelerine ilişkin algısal değişiklikleri mutlaka dikkate alması gerektiğini vurgulanmıştır¹¹⁵⁰. AİHM, *Menesson* ve *Labassee* davalarında 8. maddenin ihlâl edildiğini tespit ederken Fransa'nın taşıyıcı anneliğin Fransa'da yasak olduğuna ilişkin düzenlemesine atıfta bulunulmamıştır. Zira Sözleşmeciler devletler, taşıyıcı annelik hakkındaki ulusal düzenlemelerinde geniş bir takdir marjına sahiptir¹¹⁵¹.

AİHM, Fransa'nın, Fransız hukukuna göre çocukların ABD'de tanınan statülerini yani *Menesson* ve *Labassee* çiftlerinin çocukları olma statülerini reddetmesi ve genetik baba ile sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuk arasında hukukî bir ilişki kurulmasını tamamen yasaklanması nedeniyle AİHS m.8 ihlâli olduğunu tespit etmiştir¹¹⁵². Ayrıca Mahkeme, *Paradiso* davasında AİHS'nin 8. maddesinin ne her koşulda aile kurma hakkını ne de evlât edinme hakkını güvence altına almadığını vurgulamıştır¹¹⁵³. Ancak taşıyıcı annelik yöntemiyle dünyaya gelen bir çocuğu, müstakbel anne ve babasından ayırma kararı veya yabancı bir mahkeme kararının kamu düzenine aykırı olup olmadığına ilişkin değerlendirmelerin ÇHS ve

¹¹⁴⁹ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 86.

¹¹⁵⁰ AİHM, *Menesson v. France*, para. 97-98; AİHM, *Labassee v. France*, para. 76-77.

¹¹⁵¹ AİHM, *Menesson v. France*, para. 79, AİHM, *Labassee v. France*, para. 78.

¹¹⁵² AİHM, *Menesson v. France*, para. 96.

¹¹⁵³ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 86.

AİHS ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler ışığında yapılması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca ikinci müstakbel ebeveyne, ebeveynlik statüsünün kazanılmasıyla ilgili olarak farklı davranılmasının objektif ve makul gerekçelere dayanması gerektiği belirtilmiştir. Bu durum, fiilen ebeveyn rolünü üstlenen kişilerin, hukuken ebeveyn olarak tanınmamasından dolayı çocuğun kimlik ve aile içindeki güven duygusunun etkileneceği temeline dayanmaktadır¹¹⁵⁴.

Mennesson davasında Mahkeme, Fransız Hükümeti tarafından sunulan meşru amaçları değerlendirerek somut olayın koşulları içinde kamu düzenini savunma amaçları ile ceza hukukunun ihlâli hususlarının yeterli olmadığını, bunun yerine, sağlık (taşıyıcı annenin ve çocuğun sağlığı) ve başkalarının hak ve özgürlüklerini (taşıyıcı annenin ve çocuğun haysiyetini ve taşıyıcı annenin aydınlanmış rızasını) koruma amaçlarının 8. madde uyarınca meşru amaçlar olabileceğini belirtmiştir. Son olarak çocukların doğdukları devletin, taşıyıcı annelik konusunda düzenlemelerinin de önemli olduğunu ve bu ilişkilerin yasa dışı ülkesel veya sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkilerinden ayırt edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹¹⁵⁵.

AİHM tarafından verilen kararlar incelendiğinde aile hayatı hakkının ve çocuğun üstün menfaatinin öneminden bahsedildiği görülmektedir. Bununla birlikte, bu kararlar yabancı doğum belgelerinin tanınmasına ilişkin olduğundan sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu verilen soybağına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınmasında kamu düzeni müdahalesi ve buna ilişkin devlet uygulamalarına doğrudan değinilmemiştir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu çocukla genetik/müstakbel ebeveyn arasında soybağını kuran yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tanınması bakımından da kamu düzenine aykırılık incelemesi yapılabilecektir. Türk hukukunda taşıyıcı annelik yapılmasının yasaklanmış olması tek başına yabancı mahkemeden verilen soybağının müstakbel ebeveynle kurulmasına ilişkin kararın tanınmasına kamu düzeni nedeniyle engel olmamalıdır. Zira kamu düzenine aykırılık incelemesi, yabancı mahkeme kararının hangi konuda verildiğine değil hüküm fıkrasında yer alan hususların tanınmasıyla Türkiye’de doğuracağı sonuçların kamu düzenine aykırılığının değerlendirilmesini gerektirir¹¹⁵⁶.

¹¹⁵⁴ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 215.

¹¹⁵⁵ AİHM, *Paradiso and Campanelli v. Italy*, para. 200-210.

¹¹⁵⁶ Akıncı, *MÖH*, s. 207.

Bu noktada yabancı mahkeme kararının ortaya çıkardığı sonuç ile Türkiye arasındaki bağlantı ne kadar güçlüyse kamu düzeni müdahalesi o kadar sıkı, bağlantı ne kadar zayıfsa müdahalenin de o kadar az olacağının unutulmaması gerekir. Tarafların ve uyuşmazlığın tamamen yabancı bir hukuk sistemi içinde yer alması durumunda kamu düzeni müdahalesinin de az olacağı söylenebilir.

Diğer yandan müstakbel ebeveynlerden en az birinin Türk vatandaşı olması durumunda da yabancı mahkeme kararı, doğrudan Türk kamu düzenine aykırı kabul edilmemelidir. Bu noktada taraflar arasındaki genetik bağ, çocukla müstakbel ebeveyni arasındaki muhtemel aile hayatının ve çocuğun üstün menfaati ilkesinin dikkate alınması gerekir. Yabancı kararda çocukla genetik bağı bulunan müstakbel ebeveyn arasında soybağının kurulmuş ve çocuk ile müstakbel aile arasında devam eden bir aile hayatı bulunmaktaysa yabancı kararın tanınması aynı zamanda çocuğun üstün menfaatinin bir gereği olduğundan Türk kamu düzenine aykırılık teşkil etmemelidir.

Özellikle ABD'nin Kaliforniya eyaletinde verilen doğum öncesi ebeveynlik kararları ve bu kararlara dayanarak verilen çocuğun doğum belgesinin varlığı hâlinde, yabancı doğum öncesi ebeveynlik kararının tanınması talep edildiğinde bu kararların tanınması ile ortaya çıkacak sonucun Türk kamu düzeni müdahalesini gerektirip gerektirmediğine bakılması gerekir. Bu kararlar, taraflar arasındaki taşıyıcı annelik sözleşmesinin Kaliforniya eyaletinde öngörülen şartlara uygun olduğunu ve müstakbel anne ile babanın çocuğun aynı zamanda genetik anne ve babası olması durumunda verilen ve çocuk doğduktan sonra hüküm ifade eden kararlardır. Başka bir devletin yargısından geçerek taşıyıcı anneliğe izin veren bir hukuk sisteminin aradığı şartların mevcudiyeti bir mahkeme tarafından tespit edilen ve çocukla müstakbel aile arasındaki genetik bağı da ortaya koyan bu kararların tanınması kanaatimizce kamu düzenine aykırılık nedeniyle reddedilmemelidir. Hatta bu kararlarda, taşıyıcı annenin ve müstakbel ailenin kimliğine ilişkin bilgiler de yer aldığından bu kararın tanınması çocuğun kökenini öğrenme hakkının yerine getirilmesi bakımından da uygun olacaktır.

Çocuğun doğumundan sonra verilen ve ebeveynliğin transferi sonucu doğuran ebeveynlik kararlarının (*parental order*) Türkiye'de tanınması talep edildiğinde yine kamu düzenine aykırılık hususu gündeme gelebilir. Ebeveynlik kararları özellikle taşıyıcı anneliğe izin veren Birleşik Krallık'ta verilmektedir. Taşıyıcı annelik sonucu

bir çocuk doğduğu anda çocuğun hukukî annesi, doğuran kadın olarak taşıyıcı anne kabul edilmektedir. Çocuğun doğumundan itibaren altı hafta içerisinde taşıyıcı annenin, çocuğu teslim etme konusunda fikrini değiştirebilmesi mümkündür. Bu altı haftadan sonra taşıyıcı anne çocuğu teslim etmeye karar vererek çocuk üzerindeki ebeveynlik haklarından feragat eder ve müstakbel ebeveyn de ebeveynlik kararı almak için mahkemeye başvurursa, müstakbel ebeveyn lehine ebeveynlik kararı verilebilmektedir. Bu kararla birlikte, çocuk bütün hukukî ilişkiler bakımından müstakbel anne ve babanın çocuğu olarak kabul edilmektedir. Bu kararın verilebilmesi için müstakbel ebeveynlerden en az birinin çocukla genetik bağı bulunması gerektiği gibi Birleşik Krallık'ta taşıyıcı annelik yapılabilmesi için gerekli şartların da sağlanmış olması gereklidir.

Bu kararlarda da doğum öncesi ebeveynlik kararlarında olduğu gibi taşıyıcı anneliğe izin veren bir hukuk sisteminin taşıyıcı annelik için aradığı şartların mevcut olduğu yabancı yargı organı tarafından tespit edilmektedir. Ayrıca müstakbel annenin, ebeveynlik kararı alabilmesi için taşıyıcı annenin buna rızası olması gerekmektedir. Günün sonunda çocuğa kendi çocuğu gibi bakıp büyütmek niyetinde olmayan bir taşıyıcı anne ve en az bir tanesi çocukla genetik bağa sahip olmak şartıyla çocuğu kendi çocuğu gibi büyütmek isteyen müstakbel ebeveyn bulunmaktadır. Kanaatimizce bu nitelikteki kararların tanınması da çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceğinden kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşmadan Türk mahkemeleri tarafından tanınabilmelidir.

Yabancı bir hukuk sistemi içerisinde gerçekleşse de eşcinsel birliktelik yaşayan çiftlerin başvurdukları taşıyıcı annelik sonucu müstakbel çift lehine verilen çocuğun hukukî ebeveyninin kendileri olduğuna ilişkin kararların tanınması ise eşcinsel birliktelikler Türk hukukunda yasaklandığından kamu düzeni müdahalesiyle karşılaşabilecektir. Öte yandan çiftten biri ile taşıyıcı annelikle doğan çocuk arasında genetik bağ olması durumunda çocukla genetik bağı bulunan ebeveyni arasında soybağını kuran yabancı kararın tanınması çocuğun üstün menfaatinin bir gereğidir ve kamu düzeni müdahalesine uğramamalıdır.

Son olarak çocukla aralarında herhangi bir genetik bağı olmayan müstakbel anne ve baba ile çocuk arasında soybağı kuran yabancı mahkeme kararlarının kamu düzenine aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin dikkatle incelenmesi gerekir. Burada, taşıyıcı annenin çocuğa bakmak istememesi ve müstakbel anne ile babanın

büyütmesine rıza göstermesi, çocuğun bir süredir müstakbel anne ve babası ile aile hayatı yaşıyor olması gibi hususlar ile her somut olayın özelliklerine göre çocuğun üstün menfaatine en uygun çözümün bulunması gerekir. Kanaatimizce çocukla aralarında herhangi bir genetik bağı bulunmayan müstakbel aile arasındaki soybağının, bir evlât edinme kararına dayanması durumunda sırf taşıyıcı annelik yapılması Türk hukukuna göre yasak olduğu için kamu düzenine aykırı kabul edilmemelidir.

c. Savunma Haklarına Aykırılık

Kendisine karşı yabancı kararın tanınması talep edilen kişi hakkında, yabancı ülkede MÖHUK m. 54/ç bendinde düzenlenen savunma haklarına aykırılık teşkil edecek şekilde yargılama yapıldığının anlaşılması durumunda yabancı kararın tanınması talebi reddedilebilir¹¹⁵⁷. MÖHUK m. 54/ç bendine göre, davalının yabancı mahkemeye o ülke hukukuna uygun bir şekilde çağırılması veya kendisini mahkemede temsil ettirme imkânının tanınmış olması veya o yer kanunlarına aykırı olarak gıyabında veya yokluğunda karar verilmemiş olması gerekir¹¹⁵⁸. Bu hususlardan birinin varlığı hâlinde yabancı kararın tanınması engellenmesi, davalının itiraz etmesi şartına bağlıdır¹¹⁵⁹.

Davalının savunma haklarının ihlâl edilip edilmediği yabancı mahkemenin usul hukuku kurallarına göre tespit edilecektir¹¹⁶⁰. Ancak yargılamada taraflara tanınan sürelerin yargılama hakkını ortadan kaldıracak şekilde çok kısa olması ve gerçekçi olmaması durumunda yine davalının savunma hakkı ihlâli söz konusu olacaktır¹¹⁶¹.

MÖHUK m. 54/ç bendinde sayılan hususlar dışında da davalının savunma haklarının ihlâl edilmesi mümkündür. Bu ihlâllerin, Türk usul hukukunun temel değerlerine aykırılık teşkil edecek nitelikte olması durumunda m. 54/c’de yer alan kamu düzenine aykırılık hâli kapsamında mahkeme tarafında re’sen dikkate alınarak yabancı kararın tanınması engellenebilir¹¹⁶².

¹¹⁵⁷ Akıncı, **MÖH**, s. 212; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 778; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 689.

¹¹⁵⁸ MÖHUK m. 54/ç hükmü şu şekildedir: “O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması”

¹¹⁵⁹ Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 778; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 689.

¹¹⁶⁰ Akıncı, **MÖH**, s. 212; Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 779; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 690.

¹¹⁶¹ Akıncı, **MÖH**, s. 212; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s.692.

¹¹⁶² Çelikel/Erdem, **a.g.e.**, s. 778, 781; Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, **a.g.e.**, s. 698-690.

Çekişmesiz yargı faaliyeti kapsamında hasımsız olarak görülen yabancı ülke mahkemesinden verilen bir evlât edinme kararının Türkiye’de tanınması talebinde, savunma haklarının ihlâl edildiğine itiraz edebilecek bir davalı taraf bulunmadığından böyle bir itirazın gündeme gelmesi söz konusu olmayacaktır¹¹⁶³. Diğer yandan, evlât edinilenin yaşı ve olgunluğu dikkate alınarak yabancı ülkedeki yargılamada dinlenilmemiş olması, evlât edinilenin ailesi veya yasal temsilcinin yargılamadan haberdar edilmemesi, evlât edinilenin anne ve babasının rızasının alınmamış olması gibi hâller kamu düzenine aykırılık teşkil edeceğinden mahkemece re’sen dikkate alınacaktır¹¹⁶⁴.

C. 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesine Göre Tanıma

1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşme kapsamında gerçekleşen evlât edinme ilişkilerinin¹¹⁶⁵ âkit devletlerde tanınmasına ilişkin hükümler Sözleşmenin 23 ile 27. maddeleri arasında yer almaktadır. Sözleşmenin 23. maddesine göre, âkit devletlerden birinde gerçekleştirilen ve Sözleşmeye uygunluğu bu devletin yetkili makamları tarafından onaylanmış her evlât edinme, diğer âkit devletlerde kanunen tanınacaktır. Görüldüğü üzere Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilen bir ülkelerarası evlât edinme ilişkisi, başka hiçbir usule tâbi olmaksızın tüm âkit devletlerde geçerli bir şekilde sonuç doğuracaktır. Dolayısıyla 1993 tarihli Sözleşme kapsamında geçerli bir şekilde kurulan evlât edinme ilişkilerin tanınmasında doğrudan tanıma usulünün kabul edildiği söylenebilir ve bu kararların âkit devletlerde etki doğurması için tanıma kararı alınmasına gerek yoktur¹¹⁶⁶.

Sözleşmeye taraf olmayan ülkeler arasında gerçekleştirilen evlât edinmeye ilişkin verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran adlî ve idarî karar ve belgeler, MÖHUK’da düzenlenen tanıma şartlarının mevcut olduğunun mahkeme tarafından tespit edilmesi şartıyla tanınabilecektir¹¹⁶⁷.

¹¹⁶³ Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 520.

¹¹⁶⁴ Albayrak-Ceylan, **a.g.e.**, s. 520.

¹¹⁶⁵ 1993 tarihli Evlât Edinme Sözleşmesi, mutad meskeni akit bir devlette bulunan çocuğun, mutad meskeni bir başka akit devlette bulunan kişi ya da kişiler tarafından evlat edinilmesi hâlinde uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca çocuğun evlât edinilmek amacıyla ya da evlât edinilmeden sonra mutad meskeninin bulunduğu akit devletten, diğer akit devlete götürülmesi gerekmektedir (m. 2/f.1).

¹¹⁶⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe, **a.g.e.**, s. 722; Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 160.

¹¹⁶⁷ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 162. Bu kapsamda basit evlât edinmelerin, tam evlât edinmeye dönüştürülmesine ilişkin evlât edinmeye dönüştürme kararları da doğrudan tanıma usulüne tâbi olarak akit devletlerde etki doğuracaktır. Bkz. Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 164.

Sözleşme'nin 24. maddesine göre, âkit devletler, evlât edinme ilişkisinin tanınmasını çocuğun yüksek yararı da dikkate alarak ancak kamu düzenine açıkça aykırılık bulunan bir durumda reddedebilecektir. Sözleşmede doğrudan tanıma engeli olarak düzenlenen kamu düzenine açıkça aykırılık hâli, çocuğun yüksek menfaati ile sınırlı olarak uygulanabilecektir. Dolayısıyla, Sözleşmeye uygunluğu yetkili makam tarafından onaylanmış bir evlât edinme ilişkisinin doğrudan tanınması, çocuğun yüksek menfaatine aykırı olmadıkça kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle engellenemeyecektir¹¹⁶⁸. Bu hâllere örnek olarak evlât edinmenin maddî bir menfaat karşılığında yapılması, çocuğun menfaatine aykırı olarak cebren gerçekleştirilmesi gibi durumlar gösterilebilir¹¹⁶⁹.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinde, taşıyıcı annenin sunduğu hizmet karşılığında ücret kararlaştırılmış olması, taşıyıcı annenin daha çocuk henüz dünyaya gelmeden yapılan bir anlaşmayla çocuk üzerindeki ebeveynlik haklarından feragat ederek çocuğun müstakbel ebeveyn tarafından evlât edinilmesine rıza göstermesi gibi hâller 1993 tarihli Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilen ülkelerarası evlât edinme işleminin doğrudan tanınması bakımından kamu düzenine aykırılık teşkil edebilecek hususlardır. Öte yandan kamu düzenine aykırılık incelemesinin çocuğun yüksek menfaati ile sınırlı olarak uygulanacağı dikkate alınmalıdır. Çocukla müstakbel anne ve baba arasındaki soybağının başka hiçbir şekilde kurulamaması, çocuğun ebeveynsiz kalma veya soybağının kurulamaması nedeniyle herhangi bir devletin vatandaşlığını da kazanamama tehlikelerine maruz kalma ihtimali düşünüldüğünde Sözleşmeye uygun olan bir evlât edinme ilişkisinin diğer âkit devletlerde de doğrudan tanınması kamu düzenine açıkça aykırılık nedeniyle engellenmemelidir.

III. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmeleri Sonucu Doğan Çocukların Soybağının Tanınması Hakkında Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Çalışmaları

A. Soybağı/Taşıyıcı Annelik Projesi

Bir çocuğun hukuken anne ve babasının kim olduğu sorusu birçok devlette düzenlemeye ve çözüme kavuşmuş bir konudur. Bununla birlikte, son yıllarda yeni aile biçimlerinin ortaya çıkması ve tıp alanındaki gelişmeler devletlerin, soybağı

¹¹⁶⁸ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 645.

¹¹⁶⁹ Şensöz-Malkoç, **Tanıma**, s. 646.

hukuku da dâhil olmak üzere birçok alanda yeni düzenlemeler getirme zorunluluğunu doğurmuştur. Devletler, kültürel, siyasî ve sosyal birçok etkene bağlı olarak DNA testi ile babalığın iptali, yardımcı üreme teknikleri ve taşıyıcı annelik gibi konularda farklı yaklaşımlar benimsemişlerdir. Bu yeni koşullarda soybağının nasıl tesis edileceği veya kurulan soybağının nasıl iptal edileceği konularında henüz milletlerarası bir konsensusun bulunduğu söylenemez.

Taşıyıcı annelik yöntemi hakkında da devletlerin hukukî düzenlemelerindeki farklılıklardan doğan sorunların azaltılması ve özellikle taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağının kurulamaması veya bir ülkede kurulan soybağının başka bir ülkede tanınmamasından kaynaklanan sorunların çözüme kavuşturulması amacıyla Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Burosu çok taraflı bir milletlerarası özel hukuk enstrümanının oluşturulması için çalışmalar yapmaktadır.

“Soybağı/Taşıyıcı Annelik Projesi” (*The parentage/Surrogacy Project*) olarak yürütülen bu çalışmalar sonucunda, genel olarak soybağı konusunda bir milletlerarası sözleşme hazırlanması (Sözleşme) ve sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden kaynaklanan soybağı meseleleri hakkında da bir protokol (Protokol) hazırlanması üzerinde anlaşma sağlanmıştır. Devletlerin, taşıyıcı annelik konusundaki farklı yaklaşımları ve endişeleri dikkate alınarak sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden kaynaklanan soybağı meselelerinin ayrı bir milletlerarası özel hukuk enstrümanı altında ele alınmasının daha uygun olduğu sonucuna varılmıştır. Soybağı konusunda hazırlanacak Sözleşme ise sınıraşan taşıyıcı annelik içermeyen yardımcı üreme teknikleri sonucunda doğan çocukların soybağı da dâhil olmak üzere soybağının kuruluşu ve iptali ile ilgili yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını amaçlamaktadır.

Soybağı alanında oluşturulacak herhangi bir yeni enstrümanın amacının, uluslararası durumlarda soybağının daha fazla öngörülebilirliğini, kesinliğini ve sürekliliğini sağlayarak tüm ilgililerin insan haklarının, özellikle çocukların, ÇHS’nde belirtilen hakları ve kendileriyle ilgili olarak gerçekleştirilen tüm işlemlerde çocuğun yüksek menfaatinin birincil düşünce olması gerekliliğinin dikkate alınarak korunması anlayışına dayandığı belirtilmiştir¹¹⁷⁰.

¹¹⁷⁰ Soybağı/Taşıyıcı Annelik Uzmanlar Grubu: Nihai Raporu "Soybağı konusunda bir veya daha fazla milletlerarası özel hukuk enstrümanının fizibilitesi" (*Parentage/Surrogacy Experts' Group: Final Report "The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage"*), (Prel. Doc. No 1 of November 2022), sonuç 1, s. 52. 2022 tarihli raporun orijinal metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>. (ET. 1.02.2023)

Bu bölümde, soybağı/taşıyıcı annelik projesi kapsamında Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı'nın Mart/2023 tarihine kadar yaptığı çalışmalardan kısaca bahsedilecektir. Ardından genel olarak soybağı ve özel olarak sınırışan taşıyıcı annelik düzenlemelerinden kaynaklanan soybağı meseleleri hakkında yapılması planlanan milletlerarası özel hukuk enstrümanlarının ortak özellikleri anlatılacak ve her iki enstrümanın da uygulama alanından kısaca bahsedilecektir. Son olarak sınırışan taşıyıcı annelik düzenlemelerinden kaynaklanan soybağına ilişkin meseleler hakkındaki olası Protokol'ün özellikleri ayrıntılarıyla ele alınacaktır.

1. Soybağı/Taşıyıcı Annelik Projesinin Arka Planı

2010 yılında Lahey Konferansı Genel İşler ve Politika Konseyi (*the Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference*) (Konsey), Daimî Büro'yu, çocukların statüsüne ilişkin (evlât edinme dışında kalan) milletlerarası özel hukuk sorunları ve özellikle ebeveyn-çocuk ilişkisinin (soybağının) tanınması hakkında kısa bir ön not sunmaya davet etmiştir. Daimî Büro, bu kapsamda üye devletlere çeşitli anketler dağıtmış¹¹⁷¹ ve bu anketlere verilen yanıtlara dayanarak 2011¹¹⁷² ve 2012¹¹⁷³ yıllarında ön araştırma çalışmalarını sonuçlandırmıştır. Bu sonuçlar üzerine Konsey, Daimî Büroyu “soybağı/taşıyıcı annelik” konusundaki çalışmalarını yoğunlaştırmak üzere görevlendirmiştir.

2014 yılında Daimî Büro, “soybağı/taşıyıcı annelik projesi hakkında daha fazla çalışmanın arzu edilirliliği ve uygulanabilirliği¹¹⁷⁴” hakkında bir belge yayınlamıştır. Bu belgeye “soybağı ve sınırışan taşıyıcı annelikten doğan sorunlar” hakkında kapsamlı bir çalışma¹¹⁷⁵ da eklenmiştir. 2014 tarihli bu çalışmada, taşıyıcı anneliğin,

¹¹⁷¹ Daimî büro tarafından üye devletlere dağıtılan anketler için bkz. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. (ET. 1.02.2023)

¹¹⁷² 2011 tarihli “çocukların statüsünü çevreleyen milletlerarası özel hukuk meselelerine ilişkin Ön Not (*Preliminary Note on the private international law issues surrounding the status of children*)” orijinal metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>. (ET. 1.02.2023)

¹¹⁷³ 2012 tarihli “sınırışan taşıyıcı annelik düzenlemelerine ilişkin Ön Rapor (*Preliminary Report on international surrogacy arrangements*)” orijinal metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>. (ET. 2.02.2023)

¹¹⁷⁴ 2014 tarihli “soybağı/taşıyıcı annelik projesi hakkında daha fazla çalışmanın arzu edilirliliği ve uygulanabilirliği” (*The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project*) (Prel. Doc. No 3 B of March 2014) hakkındaki çalışmanın orijinal metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>. (ET. 1.02.2023)

¹¹⁷⁵ 2014 tarihli “Soybağı ve Sınırışan Taşıyıcı Annelik Düzenlemelerinden kaynaklanan sorunlar (*Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements*)”, (Prel. Doc. No 3 C of March 2014) hakkındaki Çalışma metninin orijinal hâli için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>. (ET. 1.02.2023)

bir aile kurma yöntemi olarak giderek daha fazla tercih edildiği belirtilmiştir. Öte yandan, soybağı ve taşıyıcı annelik konusunda devletlerin farklı yaklaşımlarının bir sonucu olarak bu yöntemle dünyaya gelen çocukların, ya total soybağı statüsüne sahip olduğu ya da soybağı statülerinin belirsiz kaldığı ifade edilmiştir. Çalışma bazı devletlerde, taşıyıcı annelik uygulamaları ve soybağının tesisi ile ilgili hâlihazırda kurallar bulunduğu da dikkat çekmiştir. 2014 tarihli bu iki belgeyle soybağı/taşıyıcı annelik alanında daha fazla çalışma yapmanın bir gereklilik olduğu sonucuna varılmıştır.

2015 yılında¹¹⁷⁶ Konsey, sınıraşan taşıyıcı annelik düzenlemelerinin ortaya çıkardığı konular da dâhil olmak üzere, çocukların statüsü hakkındaki milletlerarası özel hukuk konularında fizibilite çalışması yapılması için bir Uzmanlar Grubu (*Experts Group*) kurmaya karar vermiştir. Uzmanlar Grubu, ilk toplantısını 2016 yılında yapmış ve 2022 yılında son raporunu sunana kadar toplam on iki kez toplanmıştır¹¹⁷⁷. 2022 yılının Ekim ayında, Uzmanlar Grubu, soybağı/taşıyıcı annelik projesi kapsamındaki çalışmalarını Konsey'e sunmuştur¹¹⁷⁸.

Uzmanlar Grubu nihaî raporunda, “soybağı/taşıyıcı annelik projesi” kapsamında biri genel olarak soybağına ilişkin ve diğeri özellikle sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucunda tesis edilen soybağı konusunda olmak üzere iki tane bağlayıcı milletlerarası özel hukuk enstrümanı hakkında taslak niteliğinde hükümler oluşturmuşlardır¹¹⁷⁹.

Mart 2023'te Konsey, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden kaynaklanan soybağı meseleleri de dâhil olmak üzere genel olarak soybağı ile ilgili milletlerarası özel hukuk konularında bir Çalışma Grubu (*Working Group*) kurulmasına karar vermiştir.

¹¹⁷⁶ 2015 tarihli “soybağı/taşıyıcı annelik projesi: Güncelleme Notu (*The Parentage / Surrogacy Project: an Updating Note*)” orijinal metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>. (ET. 1.02.2023)

¹¹⁷⁷ 2016 yılından itibaren gerçekleşen toplantılar hakkında raporların orijinal metinleri için bkz. <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. (ET. 5.2.2023)

¹¹⁷⁸ Uzmanlar grubunun 2022 yılındaki “Soybağı/Taşıyıcı Annelik Uzmanları Grubu: Nihai Rapor “Soybağı konusunda bir veya daha fazla milletlerarası özel hukuk enstrümanının fizibilitesi (*Parentage / Surrogacy Experts’ Group: Final Report “The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage*)”, (Prel. Doc. No 1 of November 2022) hakkındaki son raporunun orijinal metni için bkz. <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>. (ET. 2.3.2023)

¹¹⁷⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 10, s. 8.

2. Soybağının Tanınmasına İlişkin Sözleşme ve Protokolün Uygulama Alanı

a. Ortak Uygulama Alanları

Uzmanlar Grubu, genel olarak soybağı konusundaki Sözleşme'nin ve özel olarak sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası kurulan soybağının tanınmasına ilişkin Protokol'ün uygulama alanı bakımından üç ortak unsur belirlenmiştir.

Buna göre öncelikle, soybağı kişisel statüye ilişkin bir mesele olduğundan hem Sözleşme hem de Protokol, yaşı ne olursa olsun herkesin soybağına uygulanabilecektir¹¹⁸⁰. Uzmanlar Grubu soybağını, kanunla kurulan ebeveyn-çocuk ilişkisi olarak tanımlamıştır. Bir devlette geçerli olarak kurulan ancak diğer bir devlette tanınmayan soybağı ilişkisi ise total soybağı olarak ifade edilmektedir. Soybağına ilişkin milletlerarası özel hukuk kurallarının devletler arasında uyumlu hâle getirilmesiyle devletlerin iç hukuklarında yer alan maddî hukuk kurallarına saygı duyulması sağlanırken total soybağı riskinin de azaltılacağı belirtilmiştir¹¹⁸¹. Bu itibarla hem Sözleşme hem Protokol kişi bakımından herkesin soybağı ilişkisinin tanınmasına uygulanabilecektir.

Bir diğer ortak unsur hem Sözleşme'nin hem de Protokol'ün sadece soybağına ilişkin kurallar içerecek olması, soybağının velâyet ve velâyete bağlı olmayan hükümlerinin kapsam dışı bırakılması hususudur¹¹⁸². Bu nedenle, Sözleşme veya Protokol kapsamında soybağının tanınması, sadece kişisel statüyle yani ebeveyn-çocuk ilişkisiyle sınırlı olacaktır. Kişisel statünün tanınması, ebeveyn-çocuk ilişkisine bağlı herhangi bir hukukî etkinin tanınmasını ya da ebeveyn veya çocuğun, soybağından kaynaklanan hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesine dair soruları çözümlemeyecektir¹¹⁸³. Dolayısıyla hem Sözleşme hem de Protokol konu itibarıyla sadece soybağına ilişkin kişisel statünün tanınmasını kapsamaktadır.

Bu noktada, soybağının tanınmasının talep edildiği devlette çocuğun veya ebeveyninin, soybağından doğan herhangi bir hak veya yükümlülüğün yararlanacağına dair hiçbir güvence sağlamayan bir milletlerarası özel hukuk enstrümanına devletlerin ilgi duymayacağı konusunda endişeler dile getirilmiştir¹¹⁸⁴.

¹¹⁸⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 22, s. 11.

¹¹⁸¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 15, s. 9.

¹¹⁸² Prel. Doc. No 1 of November, para. 23, s. 11.

¹¹⁸³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 24, s. 11.

¹¹⁸⁴ Bu endişeler özellikle devletlerin, Sözleşme veya Protokol kapsamında soybağı tanınan çocuklara diğer çocuklardan farklı şekilde davranabileceğine ilişkindir. Öte yandan bazı uzmanlar, soybağına

Öte yandan uzmanlar, olası Sözleşme veya Protokol'ün uygulama alanının, soybağından doğan bazı hak ve yükümlülüklerin milletlerarası özel hukuk yönlerini ele alan velâyet sorumluluğuna ilişkin 1996 tarihli La Haye Çocuk Koruma Sözleşmesi¹¹⁸⁵ ve çocuk nafakasına ilişkin 2007 tarihli “Çocuk Nafakası ve Diğer Nafaka Türlerinin Uluslararası Tahsiline İlişkin La Haye Sözleşmesi¹¹⁸⁶”nin uygulama alanını zayıflatmaması gerektiğinin altını çizmiştir¹¹⁸⁷.

Son olarak hem Sözleşme hem de Protokol kurallarına göre soybağına ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanınması mümkün olmadığında devletlerin, kendi yerel milletlerarası özel hukuk kurallarına uygun olarak soybağını tanıyabilme imkânı olacaktır¹¹⁸⁸. Uzmanlar Grubu, böyle bir hükmün getirilmesinin amacının âkit devletler tarafından herhangi bir şüphe duyulmasının önüne geçmek ve bu konuyu netleştirmek olduğunu belirtmiştir¹¹⁸⁹.

Sonuç olarak soybağı konusunda hazırlanacak Sözleşme ve Protokolün, kişinin yaşına bakılmaksızın herkesin soybağına ilişkin yabancı mahkeme kararlarına uygulanacak olması, soybağının hükümlerinin kapsam dışı bırakılması ve Sözleşme veya Protokol hükümlerine göre soybağına ilişkin kararın tanınmasının mümkün olmaması hâlinde devletlerin, her zaman yerel milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tanımayı gerçekleştirebilme imkânlarının olması uygulama alanı bakımından ortak kabul edilen unsurlardır.

b. Uygulama Alanı Bakımından Tartışılmalı Hususlar

Genel olarak soybağının tanınması konusunda oluşturulacak Sözleşme'nin uygulama alanına, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkileri sonucu kurulan soybağı

ilişkin bir karar tanındıktan sonra devletlerin, uygulanacak hukuk kurallarına göre soybağıyla ilgili olarak diğer tüm çocuklara verilen hukukî etkilerin aynısının bu çocuklara da tanıyacağını belirtmişlerdir. Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 26, s. 11.

¹¹⁸⁵ 1996 tarihli Lahey Çocuk Koruma Sözleşmesi'nin uygulama alanı hakkında bilgi için bkz. Ulusu-Karataş, **a.g.e.**, s. 1078-1096.

¹¹⁸⁶ Türkiye Cumhuriyeti için 25.04.2016 tarih ve 6708 sayılı Kanunla 2007 tarihli La Haye Sözleşmesinin onaylanması uygun bulunmuştur. Sözleşme, 22.05.2016 tarihli ve 29719 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşmenin yürürlüğe giriş tarihi ise 3.1.2017 tarihli ve 29937 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Bakanlar Kurulu Kararıyla 1.2.2017 olarak belirlenmiştir.

¹¹⁸⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 26, s. 11-12.

¹¹⁸⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 27, s. 12.

¹¹⁸⁹ Ayrıca 2019 tarihli “*Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin Lahey Sözleşmesi*”nde de benzer bir hükmün bulunduğu belirtilmiştir. Prel. Doc. No 1 of November, s. 12, dn.22. 2019 tarihli Sözleşme'nin 15. maddesine göre; “6. madde hükmüne aykırı olmamak üzere, bu Sözleşme mahkeme kararlarının millî hukuk uyarınca tanıma veya tenfizlerinin yapılmasına engel teşkil etmez.” Hükmün İngilizcesi şu şekildedir: “Subject to Article 6, this Convention does not prevent the recognition or enforcement of judgments under national law.”

meselelerinin dâhil edilmeyeceği yukarıda da ifade edilmiştir. Bu ilişkiler sonucu kurulan soybağı meseleleri bir sonraki bölümde ayrıntıyla anlatılacağı üzere ayrı bir Protokol’de ele alınacaktır.

Benzer şekilde, ülkelerarası evlât edinme ilişkisi sonucu kurulan soybağının tanınması da olası Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun temel nedeni, ülkelerarası evlât edinme ilişkilerinin 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi’nde ele alınmasıdır. Ayrıca Konsey, ülkelerarası evlât edinme ilişkisi ister 1993 tarihli Sözleşme kapsamına girsin ister girmesin, ülkelerarası evlât edinme ile kurulan soybağı ilişkilerinin yeni bir milletlerarası özel hukuk enstrümanının kapsamı dışında bırakılması gerektiğini vurgulamıştır¹¹⁹⁰.

Ülke içi evlât edinme ilişkileri sonucu kurulan soybağı meselelerinin Sözleşme kapsamına dâhil edilip edilmeyeceği ise farklı tartışmalara sebep olmuştur. Uzmanlar Grubu ülke içi evlât edinme ilişkisini, bir devlette mutad meskeni bulunan çocuğun, aynı devlette mutad meskeni bulunan müstakbel evlât edinen ebeveyn tarafından evlât edinilmesi olarak tanımlamıştır¹¹⁹¹. Bu tanım, 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi’nde yer alan ülkelerarası evlât edinme kavramının tam zıttı olacak şekilde yapılmıştır¹¹⁹². Uzmanların çoğu, ülke içi evlât edinme ilişkisinin de soybağının kurulma yöntemlerden biri olması nedeniyle Sözleşme kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca ülke içi evlât edinmelerin olası Sözleşme kapsamından çıkarılması, birçok devlet tarafından çocuğun soybağının tesisi yöntemine göre farklı muameleye tâbi tutulması olarak değerlendirilebileceğinden Sözleşme’ye olan ilgiyi azaltabilecektir¹¹⁹³.

Bununla birlikte, uzmanların bazıları, evlât edinmenin özel doğası göz önüne alındığında ülke içi evlât edinme yöntemiyle kurulan soybağının tanınması konusunun, soybağına ilişkin genel bir Sözleşme aracılığıyla ele alınmasının uygun olmayacağını belirtilmiştir¹¹⁹⁴. Bunun nedeni, evlât edinme yönteminin soybağının

¹¹⁹⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 33, s. 14.

¹¹⁹¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 34, s. 14. Ülke içi evlât edinme tanımının İngilizcesi şu şekildedir: “*domestic adoption*” (...): “*adoption of a child habitually resident in one State by (a) prospective adoptive parent(s) habitually resident in that same State.*”

¹¹⁹² Prel. Doc. No 1 of November, s. 14, dn. 24. Evlât Edinme Sözleşmesi m.2/f.1’de düzenlenen, ülkelerarası evlât edinme tanımını da içeren uygulama alanına ilişkin hüküm şu şekildedir: “*Sözleşme, mutad meskeni bir Akit Devlette ("Menşe Devlet") bulunan bir çocuğun, mutad meskeni diğer bir Akit Devlette (Kabul Eden Devlet) bulunan bir kişi veya eşler tarafından, menşe Devlette evlât edinildikten sonra kabul eden Devlete götürülmüş olması, götürülmekte olması veya götürülmek üzere olması hallerinde uygulanır.*”

¹¹⁹³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 35, s. 14.

¹¹⁹⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 35, s. 15.

değiştirilmesi veya kurulması için kullanılan bir yöntem olması yanında birçok devlette, aynı zamanda bir çocuk koruma tedbiri olarak kabul edilmesidir¹¹⁹⁵. Buna ek olarak, ülke içi evlât edinmelerin Sözleşme'nin uygulama alanına girmesi, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucu kurulan soybağının tanınmasına ilişkin kuralların yer aldığı Protokol'ün ve Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nde yer alan düzenlemelerin uygulanmasından kaçınmak amacıyla ülke içi evlât edinme yoluna daha sık başvurulabileceği ihtimalini gündeme getirebilecektir¹¹⁹⁶. Uzmanların büyük çoğunluğu ülke içi evlât edinmelerin de Sözleşme kapsamına dâhil edilmesi gerektiğini belirtse de bu konuda net bir sonuca ulaşamamış ve daha fazla çalışma yapılması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁹⁷.

Uzmanlar Grubu, ülke içi taşıyıcı annelik sonucu kurulan soybağı ilişkisinin tanınmasının, Sözleşme kapsamına mı yoksa Protokol kapsamına mı alınması gerektiğini de değerlendirmiştir. Bazı uzmanlar, bu tür durumların da Sözleşme kapsamına girmesi gerektiğini aksi durumda, aynı ülkede mutad meskeni bulunan çocukların, doğum koşullarına bağlı olarak farklı muameleye tâbi olacağını belirtmiştir. Diğer uzmanlar ise, ülke içi taşıyıcı annelik ilişkilerinin de insan hakkı ihlâllerine sebep olma potansiyeli bulunduğundan diğer soybağı meselelerinden farklı muameleyi gerektirdiği ve bu nedenle Protokol kapsamına alınması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁹⁸. Ülke içi taşıyıcı annelik sonrası kurulan soybağı ilişkilerinin hem Sözleşme hem de Protokol kapsamında ele alınmasının mümkün olduğu belirtilse de herhangi bir sonuca ulaşamamıştır.

Son olarak hem taşıyıcı annelik hem de ülke içi evlât edinmeleri içeren soybağı meselelerinin hangi enstrümanda düzenlenmesi gerektiği konusunda çeşitli tartışmalar yapılmıştır. Bu noktada, ülke içi evlât edinmenin, ülke içi taşıyıcı annelik sonrası mı

¹¹⁹⁵ Prel. Doc. No 1 of November, s. 15, dn. 26.

¹¹⁹⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 35, s. 15.

¹¹⁹⁷ Uzmanlar Grubu, ülke içi evlât edinmelerin Sözleşme'ye dâhil edilip edilmemesi meselesi hakkında aşağıdaki hususlarda daha fazla çalışma yapılmasını önermiştir:

- Sözleşme'de öngörülen mahkeme kararlarının tanınması için getirilen kuralların, ülke içi evlât edinme ilişkilerinin tanınması için kullanılıp kullanılmayacağı veya örneğin, ülke içi evlât edinmelerin diğer soybağının kurulma yöntemlerinden farklı özellikleri, yetişkinlerin evlât edinilmesinin özel doğası ayrıca hukuka aykırı uygulamalar, suistimaller ve yasadışı evlât edinmelerle ilgili endişeler göz önünde bulundurularak farklı ve/veya ek kurallar veya hükümlerin gerekip gerekmediği,

- Ülke içi evlât edinmelerin tanınmasının, sadece bir kararla (adli veya idari) sonuçlanan evlât edinmeleri içerip içermemesi gerektiği konusunda özel kuralların gerekip gerekmediği,

- Basit ve tam evlât edinmelerin soybağına ilişkin farklı etkilerini ele almak için özel kuralların gerekip gerekmediği;

- 1993 tarihli Evlât Edinme Sözleşmesi'nin uygulama alanının zayıflatılmamasının nasıl temin edileceği. Konu hakkında bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 36, s. 15.

¹¹⁹⁸ Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 148-154, s. 44-45.

yoksa sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası mı gerçekleştiğine göre ikili bir değerlendirme yapılmıştır. Ülke içi taşıyıcı annelik sonrası soybağının ülke içi evlât edinmeyle kurulması, evlât edinme olarak nitelendirilirse Sözleşme kapsamına girebilecektir¹¹⁹⁹. Öte yandan bu ilişki taşıyıcı annelik olarak nitelendirilirse, yukarıda anlatıldığı üzere ülke içi taşıyıcı annelik ilişkileri, Sözleşme veya Protokol kapsamına girebilecektir. Sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası ülke içi evlât edinmeler ise genellikle çocuğun, menşe devlette kurulan soybağının müstakbel ebeveynin mutad meskeninin bulunduğu devlette tanınmaması ve soybağının yeniden tesisi ihtiyacı doğduğunda gündeme gelmektedir. Bu tür evlât edinmelerin gerçekleştiği çoğu devlet, bu evlât edinmeleri ülke içi evlât edinme olarak değerlendirmektedir. Uzmanların çoğu, sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası gerçekleşen ülke içi evlât edinmelerin, Protokol kapsamına gireceğini belirtmiştir. Öte yandan, sınıraşan taşıyıcı annelik durumlarında ülke içi evlât edinmeyle soybağının yeniden tesisine gerek kalmadan bir devlette kurulan soybağının Protokol hükümlerine göre tanınmasının hedeflendiği ifade edilmiştir¹²⁰⁰.

Sonuç olarak, sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası kurulan soybağı ve ülkelerarası evlât edinmeyle kurulan soybağının tanınması konuları Sözleşme kapsamına girmemektedir. Öte yandan, ülke içi evlât edinmeyle tesis edilen soybağının tanınmasının Sözleşme kapsamına girmesi gerektiği belirtilmiştir. Ülke içi taşıyıcı annelik sonrası kurulan soybağının tanınması konusunda ise hem Sözleşme hem de Protokol'ün uygulanabileceği ifade edilse de henüz sonuca ulaşılammıştır. Taşıyıcı annelik ihtiva eden ülke içi evlât edinmeler ayrı bir değerlendirmeye tâbi tutulmuştur. Ülke içi taşıyıcı annelik sonrası ülke içi evlât edinmeyle kurulan soybağının tanınması, bu ilişkinin taşıyıcı annelik mi yoksa evlât edinme olarak mı nitelendirildiğine bağlı olarak Sözleşme veya Protokol kapsamına girebilecektir. Sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası ülke içi evlât edinmeyle kurulan soybağının tanınmasının ise Protokol kapsamına gireceği belirtilmiştir.

¹¹⁹⁹ Ülke içi evlât edinme kararlarının tanınmasının Sözleşme kapsamına girip girmeyeceği tartışmalı olmakla birlikte uzmanların çoğu Sözleşme kapsamına alınması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

¹²⁰⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 157-160, s. 45-46.

B. Sınıraşan Taşıyıcı Annelik Sözleşmeleri Sonucu Kurulan Soybağının Tanınmasına İlişkin Olası Protokol

1. Genel Olarak

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonrası kurulan soybağının tanınmasını hedefleyen Protokol kapsamında Uzmanlar Grubu, öncelikle taşıyıcı annelik ve sınıraşan taşıyıcı annelik kavramlarının tanımlarına yer vermiştir. Buna göre taşıyıcı annelik sözleşmesi, müstakbel taşıyıcı anne¹²⁰¹ ile müstakbel ebeveyn arasında bir çocuğa hamile kalınmadan önce yapılan çocuğun doğumunu müteakip müstakbel ebeveynin, çocuğun hukukî ebeveyni olması ve çocuğun müstakbel ebeveynin bakımına verilmesi konusunda yapılan bir sözleşmedir¹²⁰². Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi ise mutad meskeni bir devlette bulunan taşıyıcı anne ile mutad meskeni farklı bir devlette bulunan müstakbel ebeveyn arasında yapılan sözleşme için kullanılmaktadır. Bu sözleşmeyle çocuğun, doğum yeri devletinden müstakbel ebeveynin mutad meskeninin bulunduğu devlete götürülmesi amaçlanmaktadır¹²⁰³.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden kaynaklı soybağının tanınması hususunun ayrı bir milletlerarası özel hukuk enstrümanı altında düzenlenmesinin en önemli nedeni, devletlerin taşıyıcı annelik konusundaki yerel yaklaşımlarının farklı olmasıdır. Buna ek olarak, devletlerin sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası soybağının kurulması ve tanınması konularında da farklı düzenlemeleri bulunmaktadır¹²⁰⁴.

Uzmanlar Grubu, özellikle uygun düzenleyici çerçevenin bulunmadığı durumlarda sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkilerinin suistimallere açık hâle gelebildiğine dikkat çekmiştir. Bazı devletlerde yer alan taşıyıcı annelik uygulaması ve soybağının kurulmasını düzenleyen kuralların, hukukun üstünlüğüne güveni teşvik edecek

¹²⁰¹ Uzmanlar Grubu burada “taşıyıcı/taşıyıcı anne” (*surrogate / surrogate mother*) terimini kullanmıştır. Bunun nedeni tüm taşıyıcı/taşıyıcı annelerin kendilerini kadın olarak tanımlamamalarından kaynaklanmaktadır. Ancak tezimiz kapsamında bu zamana kadar kullanıldığı gibi “taşıyıcı anne” teriminin kullanılmasıyla yetinilecektir.

¹²⁰² Prel. Doc. No 1 of November, para. 77, s. 25.

¹²⁰³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 77, s. 25.

¹²⁰⁴ Taşıyıcı anneliğe yönelik yerel yaklaşımlar incelendiğinde devletlerin, tamamen yasaklama, izin vererek açıkça düzenleme ne yasaklama ne de düzenleme getirme şeklinde farklı yaklaşımları bulunmaktadır. Taşıyıcı anneliğe izin veren devletler arasında da ücretli taşıyıcı anneliğe izin verilmesi veya bunun yasaklanması, müstakbel ebeveynlerden biriyle genetik bağın gerekli olması, bekâr veya aynı cinsiyetten müstakbel ebeveynine izin verilmesi veya yasaklanması, doğum öncesi zorunlu bağımsız danışmanlık ve bağımsız hukukî danışmanlık gerektirmesi gibi farklı yerel düzenlemeler bulunduğu belirtilmiştir. Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 77, s. 25. Ayrıca taşıyıcı annelik sözleşmelerinin türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm I, Başlık I/A.

nitelikte olduğu fakat diğer devletlerde bu tür kuralların mevcut olmamasının suistimallere neden olabileceği konusunda endişeler bulunduğu belirtilmiştir¹²⁰⁵.

Bu tespitler sonucunda Uzmanlar Grubu, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkilerinden kaynaklanan soybağının tanınmasına yönelik milletlerarası özel hukuk kurallarının ya ayrı bir enstrüman içinde ele alınması ya da genel olarak soybağına ilişkin Sözleşme kapsamında ancak özel bir bölüme¹²⁰⁶ dâhil edilmesi imkânını tartışmıştır¹²⁰⁷. Bununla birlikte, taşıyıcı anneliği yasaklayan devletlerin, sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu kurulan soybağı hususunu da içeren bir enstrümana katılmayı tercih etmeyeceği sonucuna varılarak farklı kurallar içeren farklı bir milletlerarası özel hukuk enstrümanı ile düzenleme yapılması uygun bulunmuştur.

Bu bölümde, Protokol'ün amacı ve kapsamı, soybağının tanınması konusunda Protokol'de tartışılan olası yaklaşımlar, bu yaklaşımda yer alması önerilen unsurlar, Protokol ilişkilerinin kurulması, mahkeme kararlarına eklenecek belgeler ve önerilen *a posteriori* modeller incelenecektir.

2. Protokolün Amacı ve Kapsamı

Uzmanlar Grubu, soybağı alanında oluşturulacak herhangi bir yeni enstrümanın amacının, tüm ilgililerin insan hakları, özellikle çocukların, ÇHS'nde belirtilen hakları ve kendileriyle ilgili olarak gerçekleştirilen tüm işlemlerde çocuğun yüksek menfaatinin birincil düşünce olması anlayışı dikkate alınarak uluslararası durumlarda soybağının daha fazla öngörülebilirliğini, kesinliğini ve sürekliliğini sağlamak olduğunu pek çok kez vurgulamıştır¹²⁰⁸.

Bu amaçlara ulaşmak için bir Protokol'de hangi unsurların yer alması gerektiği konusunda uzmanlar, farklı görüşler belirtmiştir. Uzmanların çoğu, bir milletlerarası özel hukuk enstrümanın, soybağının daha fazla öngörülebilirliği, kesinliği ve sürekliliğini sağlama amacına ulaşmak için insan haklarını pozitif bir şekilde ele alması gerektiğini belirtmiştir. Bunun için insan hakkı ihlallerini önleyici yeknesak güvence/standartlar (*safeguards/standarts*) belirlenerek Protokol'e dâhil edilmelidir.

¹²⁰⁵ Prel. Doc. No 1 of November, para. 78, s. 25.

¹²⁰⁶ Sınıraşan taşıyıcı annelikten kaynaklı soybağı meselelerinin, Soybağına ilişkin Sözleşme içinde yer alan özel bir bölümde düzenleme yapılması hâlinde, devletlere Sözleşme'ye katılma veya onay sırasında sunulacak bir uygulama (*opt-in*) veya uygulamama (*opt-out*) mekanizması kabul edilebilecektir. Prel. Doc. No 1 of November, para. 80, s. 26.

¹²⁰⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 79, s. 25-26.

¹²⁰⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 5, s. 1; Prel. Doc. No 1 of November 2022, Sonuç 1, s. 10; Prel. Doc. No 1 of November, para. 82, s. 26.

Ayrıca her bir somut olayda, bu güvence/standartlara uygunluğun doğrulanması gerekir. Bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisinde tarafların insan haklarının ihlâl edildiği tespit edilirse soybağı ilişkisi Protokol kapsamında tanınmamalı ancak devletler, kendi milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tanıma kararı verebilmelidir¹²⁰⁹.

Öte yandan uzmanların bazıları, özellikle bir devlette geçerli bir şekilde kurulan soybağının, çocuğun yüksek menfaatinin bir gereği olarak diğer devletlerde tanınması ve devamının sağlanmasının, insan hakkı ihlâllerini meşrulaştırılmayacağını belirtmiştir. Bu durum, kişisel statünün devamına ilişkin hakkı ve menfaati korumak ve çocuğu, hiçbir sorumluluğunun bulunmadığı eylemlerden dolayı cezalandırmaktan kaçınmak anlamına gelir. Bunun yanında, taşıyıcı annenin ve/veya müstakbel ebeveynin insan haklarına ilişkin bir ihlâl söz konusu olduğunda çocuğun soybağının tanınmaması, taşıyıcı anne ve/veya müstakbel ebeveyne gerçek bir yarar veya telafi sağlamayacaktır. Bu nedenle insan hakkı ihlâli durumlarında soybağının tanınmasını enstrüman kapsamında gerçekleştirmeyerek zor durumlarda iç hukuka başvurulacak olmasının, devletlerin bir Lahey enstrümanına olan ilgisini azaltabileceği belirtmiştir. Ayrıca devletlerin, bir insan hakkı ihlâlinin mevcut olması hâlinde soybağının tanınmasını reddetmek yerine soybağının tanıma konusunda bir esnekliğe sahip olmak isteyecekleri ifade edilmiştir¹²¹⁰.

Buna göre uzmanların çoğu, soybağının tanınması hakkındaki bir Protokol'de bazı yeknesak güvence/standartlar belirlenerek sadece bu yeknesak güvence/standartlara uygunluğu doğrulanan bir soybağı ilişkisinin Protokol kapsamında tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Diğer uzmanlar ise, bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi insan hakkı ihlâli içerse de çocuğun soybağı statüsünün tanınmasının yine de Protokol hükümlerine göre mümkün olması gerektiğini belirtmiştir¹²¹¹.

Protokol kapsamına yalnızca sınıraşan taşıyıcı annelik sonrası kurulan soybağının tanınması meselesi girmekle birlikte soybağının kuruluşu yöntemlerinden hangilerinin Protokol'e dâhil edilmesi gerektiği hususu da tartışılmıştır. Zira, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucunda dünyaya gelen çocukla müstakbel ebeveyn

¹²⁰⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 83, s. 27.

¹²¹⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 83, s. 27.

¹²¹¹ Uzmanlar, bu konudaki görüşlerine paralel olarak yeknesak güvence/standartların Protokol'de tanıma şartı veya tanımanın red sebebi olarak düzenlenmesi gerektiği konusunda farklı görüşlere sahiptir. Bu görüşler aşağıda Bölüm III, Başlık 3/b-c'de anlatılmıştır.

arasındaki soybağı farklı yöntemlerle kurulabilmektedir. Birçok devlette soybağı doğumla kanun gereği kendiliğinden kurulmaktayken bu devletlerin çoğunda, soybağına ilişkin mahkeme kararı talep edilmesi de mümkündür. Bazı devletlerde çocuğun soybağı sadece mahkeme kararıyla kurulabilmektedir¹²¹².

Bazı uzmanlar Protokol kapsamına sadece mahkeme kararıyla kurulan soybağının tanınmasının dâhil edilmesini önermişlerdir. Hâkimin müdahalesi, soybağının geçerli bir şekilde kurulduğuna ve güvence/standartların gözetildiğine dair güvence sağlayacaktır. Bununla birlikte diğer uzmanlar, Protokol'ün, soybağının sadece mahkeme kararıyla kurulduğu durumlarla sınırlanmaması ve soybağının tesisine ilişkin tüm yöntemleri kapsamı hâlinde devletler için daha ilgi çekici olacağına inanmaktadır. Bazı devletlerde mahkeme kararları, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sonucu doğan çocuğun soybağını tesis etmenin esas yöntemi değildir. Protokol'ün, soybağının sadece mahkeme kararıyla kurulduğu hâllerle sınırlı olması, soybağı diğer yöntemlerle kurulan çocukların soybağının tanınmasını kapsam dışında bırakacaktır¹²¹³. Ayrıca tüm soybağı kurma yöntemlerinin Protokol'e dâhil edilmesi, çocuklarının soybağının menşe devlette nasıl tesis edildiğine bakılmaksızın tüm çocukların soybağının tanınması hususunda Protokol'ün uygulanabileceği anlamına gelmektedir¹²¹⁴.

Bu tartışmalar sonucunda Uzmanlar Grubu, öncelikle soybağının mahkeme kararıyla kurulduğu durumlarda soybağının tanınması meselesinin Protokol kapsamına dâhil edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Konsey'in daha fazla çalışmayı onaylaması hâlinde soybağının kanun gereği kendiliğinden veya hukukî işlemle tesis edildiği hâlleri de içerecek şekilde Protokol'ün kapsamının genişletilebileceği belirtilmiştir¹²¹⁵.

3. Soybağının Tanınmasına İlişkin Protokoldeki Olası Yaklaşımlar

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının, Protokol kapsamında tanınması hususunda çeşitli yaklaşımlar önerilmiştir. Bu noktada öne sürülen ilk yaklaşım, 1993 tarihli Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'ne benzeyen bir *a priori* yaklaşımdır. Bu yaklaşım, taşıyıcı annenin ve

¹²¹² Prel. Doc. No 1 of November, para. 84, s. 27-28.

¹²¹³ Prel. Doc. No 1 of November, Conclusion No. 9, s. 28.

¹²¹⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 85, s. 28.

¹²¹⁵ Prel. Doc. No 1 of November, para. 86, s. 28.

müstakbel ebeveynin mutad meskenlerinin bulunduğu devlet yetkili makamlarının, bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sona ermeden önce ve soybağının tanınmasına kadar geçen dönemde sürece dâhil olmasını gerektirir. Bu yaklaşımla bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sonucu dünyaya gelen çocuğun menşe devlette kurulan soybağının, sonradan diğer âkit devletlerde tanınması için Protokol’de öngörülen yeknesak güvence/standartlara uygunluğun menşe devlet yetkili makamları tarafından doğrulanmasını gerektiren bir işbirliği mekanizması öngörülmektedir¹²¹⁶. Böylece Protokol’deki güvence/standartlara uygunluğu tevsik edilen bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sonucunda dünyaya gelen çocuğun soybağının tesisi ve diğer devletlerde tanınması konusunda âkit devletler arasında geniş bir anlaşma sağlanmış olacaktır¹²¹⁷.

A priori yaklaşımın öngördüğü sistemin avantajlarına rağmen bazı uygulama zorlukları yaratacağı da ifade edilmiştir. Bu sistemin kabulü halinde öncelikle birçok devlet, iç hukukunda önemli değişikliklere gitmek zorunda kalacaktır. Devletlerin taşıyıcı annelik konusunda farklı düzenlemeleri bulunduğu dikkate alındığında yeknesak güvence/standartların ne olacağı konusunda anlaşma sağlanmasının da zor olacağı belirtilmiştir. Ayrıca, sınır ötesi işbirliği mekanizmasının her bir somut olayda önemli devlet kaynağı ve müdahalesi gerektirmesinin hem taşıyıcı anneliğe izin veren hem de taşıyıcı anneliği yasaklayan devletler için Protokol’ü daha az cazip hâle getireceği belirtilmiştir. Son olarak taşıyıcı anneliği yasaklayan devletler için *a priori* bir yaklaşımın kabulü, bu devletlerin sadece taşıyıcı annelik uygulamasını kabul etmekle kalmayıp aynı zamanda vatandaşlarının yurtdışına giderek taşıyıcı anneliğe başvurmalarına izin verdiği anlamına gelebilecektir¹²¹⁸.

Bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının diğer devletlerde tanınması konusunda ileri sürülen bir diğer yaklaşım ise *a posteriori* (veya *ex post facto*) olarak ifade edilen yaklaşımdır. Bu yaklaşım, devletlerin yetkili makamlarının sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisinden önce veya bu ilişkinin bir parçası olarak sürece dâhil olmalarını gerektirmediği gibi milletlerarası ayrıntılı bir işbirliği veya iletişim mekanizmasına da ihtiyaç göstermez¹²¹⁹. Bir çocuğun, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisiyle dünyaya gelmesinden ve menşe devlette soybağının kurulmasından

¹²¹⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 87, s. 28.

¹²¹⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 87, s. 28-29.

¹²¹⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 89, s. 29.

¹²¹⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 90, s. 29.

sonra soybağı statüsünün diğer devletlerde de devamının sağlanması amaçlanmaktadır. Çoğu uzman, soybağının tanınması konusunda *a posteriori* bir yaklaşımın, *a priori* bir yaklaşıma göre daha uygun olduğunu belirtmiştir.

Son olarak soybağının tanınması konusunda karma yaklaşımın kabul edilebilirliği tartışılmıştır. Karma yaklaşım hem *a priori* hem de *a posteriori* yaklaşımın bir Protokol’de birleştirilmesini öngörmektedir. Bu kapsamda, örneğin Protokol, *a posteriori* bir yaklaşımı benimsemiş olsa da isteyen devletler, *a priori* bir yaklaşımı uygulamak için Protokol’ün ayrı bir bölümünü uygulama (*opt-in*) veya uygulamama (*opt-out*) mekanizmasıyla seçebilecek veya bu bölümü çıkarabilecektir. Bu durumda *a priori* yaklaşım ancak taşıyıcı annelik ilişkisine dâhil olan her iki devletin de *a priori* yaklaşımı kabul etmesi hâlinde izlenebilecektir¹²²⁰.

Bu tartışmalardan sonra Uzmanlar Grubu, soybağı statüsünün öngörülebilirliği, kesinliği ve sürekliliğini sağlama hedefindeki bir Protokol için *a posteriori* yaklaşımın kabul edilmesinin daha uygun olduğu sonucuna varmıştır. Böylece, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisine devlet müdahalesi gerekmeyeceği gibi çocuğun soybağı statüsünün tanınması konusunda taşıyıcı anneliği yasaklayan devletlerin de Protokol’e olan ilgisi artacaktır. Bunun üzerine uzmanlar, çalışmalarını *a posteriori* bir yaklaşımın kabulüyle Protokol’e dâhil edilebilecek olası unsurlar üzerine yoğunlaştırmış ve *a posteriori* yaklaşımın benimsendiği iki olası model ileri sürmüştür¹²²¹.

Kanaatimizce, Protokol’ün amacı sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemiyle dünyaya gelen çocuğun soybağı statüsünün devamını sağlamak yanında tüm ilgililerin insan haklarının da korunmasıdır. Bu amaca ulaşmak için Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi’ndekine benzer bir *a priori* yaklaşımın kabulü daha uygundur. *A priori* yaklaşımda, menşe devlet yetkili makamları tarafından Protokol’deki güvence/standartların gözetildiğini tespit eden bir denetim sistemi söz konusudur. Böyle bir denetimden geçen sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının, diğer âkit devletlerde tanınması daha kolay ve güvenilir olacaktır. Taşıyıcı annelik günümüzde pek çok ahlaki tartışmaya sebep olduğundan devletlerin sınıraşan taşıyıcı annelik konusunda *a priori* yaklaşımı benimseyen bir enstrümana ilgi duymayacakları ifade edilse de bir zamanlar ülkelerarası evlât edinmenin de ahlâken

¹²²⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 92, s. 29.

¹²²¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 91, s. 29. Bu modeller aşağıda “*A Posteriori Modeller*” başlığında anlatılmıştır.

oldukça hassas bir konu olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle Protokol’de *a priori* yaklaşımın kabulü veya en azından devletlerin *a priori* veya *a posteriori* yaklaşımlardan birini seçebilmelerine imkân tanıyan karma bir yaklaşımın kabul edilmesi daha uygun olur.

C. Protokol’deki A Posteriori Yaklaşımına Dahil Edilecek Unsurlar

Uzmanlar Grubu, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu bir devlette kurulan soybağının tanınması hususunda *a posteriori* yaklaşımı benimseyen bir Protokol’e dâhil edilebilecek farklı unsurları incelemiştir.

Öncelikle mahkeme kararıyla kurulan soybağının, milletlerarası özel hukukta benimsenen geleneksel tanımanın ret sebeplerine tâbi olarak kanunen, otomatik olarak tanınmasına ilişkin bir tanıma kuralının geliştirilebileceği belirtilmiştir¹²²². Bu kurallar arasında çocuğun yüksek menfaati göz önünde bulundurularak soybağına ilişkin kararın kamu düzenine aykırılığı, hile (*fraud*) veya davanın usulüne uygun şekilde bildirilmemesi, davalının ya da çocuğun hukukî dinlenilme hakkının ihlâli gibi usule aykırılık hâlleri bulunacaktır¹²²³.

Uzmanlar, geleneksel tanımanın ret sebepleri yanında bazı güvence/standartların belirlenerek Protokol’de tanıma şartı ve/veya tanımanın ret sebebi olarak yer alması konusunda farklı görüşlere sahiptir. Bu bölümde uzmanların *a posteriori* yaklaşımı kabul eden bir Protokol’de yer almasını önerdikleri dolaylı milletlerarası yetki kuralı, güvence/standartlar ve bunların düzenlenme şekli incelenecektir.

1. Dolaylı Milletlerarası Yetki Kuralı

Dava ile soybağının tesisi hakkında kararı veren devlet arasında bir yakınlık sağlamak ve *forum shoppingi* önlemek amacıyla, mahkeme kararıyla kurulan soybağının başka devletlerde tanınmasına ilişkin Protokol’ün milletlerarası yetkiye ilişkin bir kural içermesi gerektiği hususu değerlendirilmiştir.

Bu noktada, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkilerinin kendine özgü özellikleri dikkate alındığında, milletlerarası yetkiye ilişkin birden çok kural getirilmesi yerine

¹²²² Prel. Doc. No 1 of November, para. 94, s. 30.

¹²²³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 98, s. 31. Benzer sebepler soybağının tanınmasına ilişkin Sözleşme bakımından da değerlendirilmiştir. Konu hakkında bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 43, s. 17.

bir tane münhasır dolaylı milletlerarası yetki kuralının dâhil edilmesinin, Protokol'ü devletler için daha cazip hâle getireceği ifade edilmiştir¹²²⁴.

Dava ile kararın verildiği devlet arasındaki yakınlık değerlendirmesinde uzmanlar, mahkeme kararının menşe devleti olarak taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu devletin en uygun bağlantı noktası olacağına karar vermiştir. Zira bu devlet genellikle çocuğun doğum yeri devletine de karşılık gelmektedir¹²²⁵. Çoğu uzman bu bağlantı noktasının, taşıyıcı annenin, sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi kurulması amacıyla rızası hilâfına mutad meskeninin bulunduğu devletten başka bir devlete götürülmesini de önleyeceği görüşündedir¹²²⁶.

Diğer yandan bazı uzmanlar başka bağlantı noktalarının da değerlendirilmesi gerektiğini önermiştir. Bu uzmanlara göre, olası bir dolaylı milletlerarası yetki kuralının temeli, gerçek ve esaslı bir irtibata dayalı bir bağlantı noktası olmalıdır. Bu noktada gerçek ve esaslı bağlantı, taşıyıcı anne veya dava konusuyla bağlantılı bir ülke olabilecektir. Ayrıca, kuralın öngörülebilirliği ve kesinliğini sağlamak için faraziyelerle birleştirilebileceği de ifade edilmiştir. Örneğin, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu devlet, müstakbel ebeveynin mutad meskeninin bulunduğu devlet ve/veya çocuğun doğum yeri devletin konuyla gerçek ve esaslı bağlantısı bulunan devletler olduğu faraziyesi kabul edilebilir¹²²⁷. Bunun yanında, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu devletten başka bir devlette çocuğun soybağının kurulması durumunda taşıyıcı annenin, mutad meskeninin bulunduğu devletten doğum yeri devletine gitmesi, gönüllü olarak seyahat etmesi gibi herhangi bir insan hakkı ihlâli içermiyorsa veya somut olayın özelliklerine göre o devletle yeterli bağlantının bulunduğu durumlarda soybağının tanınmasına imkân tanınması gerektiği önerilmiştir. Son olarak, dava ile menşe devlet arasında gerçek ve esaslı bir bağ olmasına rağmen devletlere şüpheli gördükleri hâllerde Protokol aracılığıyla mahkeme kararını tanımama esnekliği vermek için gerçek ve esaslı bağlantının, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu devlette tanınmanın ret sebebi olarak birleştirilebileceği belirtilmiştir¹²²⁸.

¹²²⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 95, s. 30.

¹²²⁵ Prel. Doc. No 1 of November, para. 96, s. 30.

¹²²⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 96, s. 31.

¹²²⁷ Prel. Doc. No 1 of November, s. 31, dn. 55.

¹²²⁸ Ayrıca, bu görüşteki uzmanlar, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu devleti ve potansiyel olarak diğer bağlantı noktalarını, dolaylı milletlerarası yetki esası olarak çerçevelemek yerine, yalnızca tanıma talebinin reddi için bir gerekçe olarak kabul edilmesini önermiştir. Bu, bir Protokolün hem milletlerarası yetki filtresine sahip olmasını hem de devletlerin, çocuğun yüksek menfaatini dikkate

Uzmanlar Grubu, kararın verildiği devletle dava konusu arasında belirli bir bağlantının bulunması, başka bir ifadeyle kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisinin aşırı yetki tesis etmemesi gerekliliğine ilişkin bir düzenleme getirilmesini önerilmiştir. Kanaatimizce, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu devletin, çoğu zaman çocuğun doğum yeri devleti de olması nedeniyle menşe devlet olarak kabul edilmesi yerindedir. Ayrıca bu bağlantı noktası bir kadının, sırf taşıyıcı annelik yapması için taşıyıcı annelik dostu bir ülkeye götürülmesi ve rızası hilafına taşıyıcı anneliğe zorlanarak kadın ticaretine varabilecek sonuçların da önüne geçilecektir. Öte yandan soybağının tanınmasına ilişkin bir Protokol'de, taşıyıcı annenin mutad meskeninin bulunduğu devlet yanında müstakbel ebeveynin mutad meskeninin bulunduğu devlet veya çocuğun doğum yeri devletinin de gerçek ve esas bağlantıları olan devletler olarak kabul edilebileceği görüşündeyiz.

2. Güvence/Standartlar

Uzmanlar Grubu, soybağının kuruluşuna ilişkin bir mahkeme kararının tanınmasında göz önünde bulundurulacak güvence/standartların devletlerin Protokol'e olan ilgisini belirleyeceğini belirtmiştir. Öte yandan soybağının devamı ve diğer ilgililerin insan hakları arasında nasıl bir denge kurulacağı, ilgili tüm kişilerin insan hakları ihlâl edilmeden soybağının devamlılığının nasıl sağlanacağı, Protokol'e hangi güvence/standartların dâhil edileceği, bu güvence/standartların nasıl düzenleneceği konularında uzlaşma sağlanamamıştır¹²²⁹.

Bu konularda Konsey'in değerlendirmesine yardımcı olmak amacıyla Uzmanlar Grubu'nun incelediği güvence/standartlar; rıza, taşıyıcı anneliğe uygunluk şartları ve taşıyıcı annelik sözleşmesi olmak üzere üç başlık altında incelenecektir.

a. Rıza

Uzmanlar Grubu tarafından temel bir güvence/standart olarak kabul edilmesi önerilen ilk husus rızaya ilişkindir. Rızanın şartları hem taşıyıcı anne hem de müstakbel ebeveyn bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

olarak soybağını tanıma ve/veya bir bağlantı noktası bulunmasa da soybağının sürekliliğine ilişkin hakkı ve menfaati koruma esnekliğine sahip olmasını sağlayacaktır. Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 97, s. 31.

¹²²⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 99, s. 32.

Taşıyıcı annenin rızası hususunda rızanın kapsamı, verilme zamanı ve verilme şekli ayrıntıyla incelenmiştir. Öncelikle, taşıyıcı annenin hem taşıyıcı annelik düzenlemesine hem de çocuğun soybağından vazgeçmeye yönelik rızasının bulunması gerekir. Taşıyıcı annelik düzenlemesine verilecek rızanın, çocuğun ana rahmine düşmesinden önce verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Çocuğun soybağından vazgeçmeye yönelik rızanın ise doğumdan önce veya sonra verilebileceği belirtilmiştir¹²³⁰. Bu noktada uzmanlar, birçok devlette soybağından vazgeçme konusunda verilecek bir rızanın, çocuğun doğumundan sonra verilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir. Öte yandan doğum öncesi verilen rıza, çocuğun doğumundan sonra hüküm ifade edeceğinden ve doğumdan itibaren soybağı konusunda kesinlik sağlayacağından doğum öncesi verilen rızanın da geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²³¹.

Rızanın geçerliliği ise rızanın özgürce verilmesi ve rıza verenin bilgilendirilmiş olması gerekliliğinin yanı sıra rızanın geri alınmamış olmasına bağlıdır. Rızanın şekli konusunda rıza beyanının yazılı olması gerektiği vurgulanmıştır¹²³².

Taşıyıcı annenin eşi/partneri bakımından da rıza konusu değerlendirilmiştir. Bu kapsamda, çocuğun soybağının kuruluşuna uygulanacak hukuka göre, taşıyıcı annenin eşi/partneri doğumla birlikte çocuğun hukukî ebeveyni/babası olarak kabul ediliyorsa taşıyıcı annenin eşinin/partnerinin de rızasının alınması gerekir¹²³³. Dolayısıyla taşıyıcı annenin eşi/ partneri bakımından öngörülen rıza sadece çocuğun soybağından vazgeçmeye yöneliktir.

Müstakbel ebeveynin rızası da taşıyıcı annenin rızasına yönelik düzenlemeye paralel olacak şekilde düzenlenmiştir. Öncelikle, müstakbel ebeveynin taşıyıcı annelik sözleşmesine yönelik rızasının, çocuğun ana rahmine düşmesinden önce verilmesi gerekir. Ayrıca müstakbel ebeveynin, çocuğun doğumunda (*upon the child's birth*) çocuğun soybağını üstlenmeye yönelik rıza göstermesi gerekir. Rızanın geçerliliği; özgürce verilmesine, rıza verenin bilgilendirilmiş olmasına, rızanın geri alınmamış olmasına ve yazılı olmasına bağlıdır¹²³⁴.

¹²³⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 102, s. 32.

¹²³¹ Prel. Doc. No 1 of November, s. 32, dn. 61.

¹²³² Prel. Doc. No 1 of November, para. 102, s. 32.

¹²³³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 102, s. 32.

¹²³⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 103, s. 32.

Sınıraşan taşıyıcı annelik yöntemine başvurmadan önce tarafların bu yönteme başvurarak bir çocuğun dünyaya gelmesine sebep olabilecekleri kararlarının hüküm ve sonuçlarını tam olarak idrak edebilmeleri, taşıyıcı anneler açısından gerçekleştirilecek tıbbî süreçler hakkında ayrıntıyla bilgilendirilerek özgürce rızalarının alınması oldukça önemlidir¹²³⁵. Bu nedenle Uzmanlar Grubu'nun rızayı temel bir güvence/standart olarak ifade etmesi ve rızanın verilme zamanı, usulü, şekli gibi konularda açıklayıcı bir düzenleme getirmesi oldukça faydalıdır.

b. Taşıyıcı Anneliğe Uygunluk Şartları

Bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi kurulabilmesi için taraflar açısından asgarî uygunluk şartlarının sağlanması gerektiği belirtilmiştir. Öncelikle bir kişinin taşıyıcı anne olmaya uygunluğu/elverişliliği ile o kişinin menşe devlet¹²³⁶ hukukuna göre uygunluğu/elverişliliği anlaşılmalıdır. Bu noktada taşıyıcı anneliğe uygunluk/elverişlilik, taşıyıcı annenin en azından ergin ve tam ehliyetli olması, taşıyıcı anne olabilmek için zihinsel ve fiziksel olarak uygun olması gibi menşe devlet hukukunda yer alan şartların sağlanmış olmasını gerektirir¹²³⁷.

Müstakbel ebeveynin uygunluğu/elverişliliği de menşe devlet hukukuna göre değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, müstakbel ebeveynin elverişliliği/uygunluğu en azından ergin ve tam ehliyetli olma ve çocuklara karşı işlenen suçlardan hüküm giymemiş olma gibi kriterleri de içeren menşe devlet hukukundaki şartların yerine getirilmiş olmasını gerektirir¹²³⁸.

Günümüzde de taşıyıcı anneliğe izin veren birçok devlette hem taşıyıcı anne hem de müstakbel ebeveyn açısından çeşitli uygunluk şartları aranmaktadır¹²³⁹. Protokol'de getirilmesi önerilen düzenleme, taşıyıcı annelik ilişkisinin her iki tarafı bakımından da bu şartların menşe devlet hukukuna göre değerlendirilmesini gerektirir. Menşe devlet, sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının kurulması

¹²³⁵ Taşıyıcı annenin rızası hakkındaki açıklamalarımız için bkz. Bölüm I, Başlık III/3.

¹²³⁶ Menşe devlet olarak hangi devletin kabul edilmesi gerektiği konusundaki tartışmalar, yukarıda “Dolaylı Milletlerarası Yargı Yetkisi Kuralı” başlığında anlatılmıştır. Bu kapsamda, taşıyıcı annenin mutad meskeni devletin menşe devlet olarak kabul edilmesi gerektiği baskın görüştür.

¹²³⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 104, s. 33.

¹²³⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 105, s. 33.

¹²³⁹ Bkz. Bölüm I, Başlık II/B/1-2.

hakkında mahkeme kararını da verecek devlet olduğundan taşıyıcı anneliğe uygunluk şartlarının menşe devlette yer alan düzenlemelere göre tespit edilmesi yerindedir¹²⁴⁰.

Protokol’de önerilen bir diğer güvence/standart ise çocuğun soybağında yaşanabilecek karışıklıkları önlemek amacıyla çocukla müstakbel ebeveynden en az biri arasında genetik bağ bulunması ve/veya taşıyıcı annenin üreme hücresinin (gamet) kullanılmamış olmasıdır¹²⁴¹. Bu düzenleme, müstakbel ebeveynin kendileriyle hiçbir genetik bağı bulunmayan bir çocuğun ebeveyni olabilmesinin tek yolunun evlât edinme olduğunu vurgulaması açısından oldukça önemlidir¹²⁴². Bu noktada kanaatimizce, taşıyıcı annelik yönteminin çocuk sahibi olma yeteneğinden yoksun olan kişilerin son çare olarak başvurabileceği bir üremeye yardımcı tedavi yöntemi olduğuna ilişkin bir güvence/standart getirilerek müstakbel ebeveynden en az biriyle çocuk arasında genetik bağ bulunmasına ilişkin güvence/standartla birleştirilmesi daha uygun olurdu. Zira, hiçbir fiziksel sorunu bulunmadığı hâlde keyfi olarak taşıyıcı annelik yöntemine başvurulmasının önüne geçilmesi ahlâka aykırılık tartışmalarını da ortadan kaldıracak ve birçok devletin de Protokol’e olan ilgisini artırabilecektir. Taşıyıcı annenin üreme hücrelerinin kullanılamayacağına ilişkin güvence/standart ise taşıyıcı annenin aynı zamanda yumurta bağışçısı konumunda olmasını engelleyecektir. Böylece, taşıyıcı annenin kendi çocuğunu doğurarak ona bağlanması ve müstakbel ebeveyne teslim etmekten kaçınmasına yönelik hukukî zorluklar da azalacaktır.

Diğer bir güvence/standart ise taşıyıcı annenin çocuğa hamile kalmasında yardımcı üreme tekniklerinin kullanılmasına ilişkindir¹²⁴³. Bu şart, taşıyıcı annenin hamileliğinin tıbbî müdahaleyle gerçekleşmesini temin ederek taşıyıcı anne ve müstakbel babanın cinsel birleşmesi sonucu taşıyıcı annenin hamile kalmasının önüne geçmektedir. Günümüzde, taşıyıcı annelik yönteminde çoğu zaman yardımcı üreme teknikleri kullanılmakla birlikte bu konudaki tereddütlerin ortadan kaldırılması açısından böyle bir güvencenin düzenlenmesi önemlidir.

¹²⁴⁰ Öte yandan Protokol’de *a priori* bir yaklaşımın kabulü hâlinde taşıyıcı annenin mutad meskeni devletinin (menşe devlet) taşıyıcı anneliğe uygunluk şartlarını, müstakbel ebeveynin mutad meskeni devletinin (kabul eden devlet) de müstakbel ebeveynliğe uygunluk şartlarını değerlendirmesi daha uygun olur.

¹²⁴¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 106, s. 33.

¹²⁴² Aynı yönde bkz. Trimmings/Beaumont, **a.g.e.**, s. 641.

¹²⁴³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 107, s. 33.

c. Taşıyıcı Annelik Sözleşmesi

Protokol kapsamında soybağına ilişkin bir kararın tanınması için taşıyıcı annelik sözleşmesinin nasıl yapılması gerektiği hakkında bazı hususların güvence/standart olarak kabul edilebilirliği Uzmanlar Grubu tarafından incelenmiştir.

Öncelikle herhangi bir sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinin, menşe devlet hukukuna tâbi olması ve o devlet kanunlarına uygun olarak yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinin yapıldığı ve yerine getirildiği tarihte, sınıraşan taşıyıcı anneliğin yapıldığı devletin taşıyıcı anneliğe açıkça izin vermesi gerekir¹²⁴⁴. Bu düzenlemeler, taşıyıcı anneliğe izin verilmeyen veya taşıyıcı annelik konusunda herhangi bir düzenleme getirmeyen devletlerde sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinin yürütülmesinden kaynaklanan sorunların önüne geçme amacına hizmet edecektir. Taşıyıcı anneliği açıkça düzenleyen devletlerde tarafların korunmasına ilişkin çeşitli kurallar bulunduğundan sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkilerinin baştan sona belirli bir devlet hukukuna tâbi olması ve o hukuka göre yönetilmesi yerinde bir düzenlemedir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin şekli bakımından ise yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir¹²⁴⁵. Uygulamada taşıyıcı anneliğe izin veren devletlerin çoğunda taşıyıcı annelik sözleşmeleri yazılı olarak yapılmaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerektiğine ilişkin böyle bir açık düzenleme getirilmesi, taraf menfaatlerinin korunması ve özellikle taşıyıcı annenin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlayıcı nitelikteki yükümlülükleri dikkate alındığında oldukça önemlidir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, taşıyıcı annenin, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarına ilişkin tam ve özgür iradesini kısıtlamamalıdır¹²⁴⁶. Bu kapsamda taşıyıcı annenin, sözleşmenin kurulmasına yönelik iradesini açıklamadan önce sözleşmenin hukukî sonuçları hususunda tam ve eksiksiz şekilde bilgilendirilmesi ve sözleşme kurmaya dönük iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşması sağlanmalıdır.

¹²⁴⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33. Ayrıca sınıraşan taşıyıcı anneliğe bağlı olarak gerçekleştirilecek herhangi bir tıbbî müdahalenin menşe devlette gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 107, s. 33.

¹²⁴⁵ Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33.

¹²⁴⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde, taşıyıcı annenin sözleşme kapsamında verdiği rızayı geri alması hâlinde cezalandırılmaması gerekir¹²⁴⁷. Taşıyıcı annenin rızasını geri alması hâlinde herhangi bir cezai şart vs. öngörülerek bu iradesinin kısıtlanmaması gerekir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, soybağının kuruluşu veya devrine ilişkin kısımlar için uygulanabilir veya icraya zorlanabilir nitelikte olmayacaktır¹²⁴⁸. Bu şart, aslında tarafların aralarındaki sözleşmede soybağının kuruluşuna veya devrine ilişkin herhangi bir hüküm öngörse de bu hükümlerin geçersiz olacağı anlamına gelmektedir. Zira yine Protokol'de öngörülen güvence/standartlar kapsamında çocuğun soybağının, menşe devlet uygulanacak hukuk kurallarına göre geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekmektedir¹²⁴⁹. Dolayısıyla taraflar, aralarındaki sözleşmede ne kararlaştırmış olursa olsun çocuğun soybağının kuruluşu, uygulanacak hukuk kurallarına göre tespit edilecektir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde müstakbel ebeveynin, doğumdan sonra çocuğun bütün malî sorumluluğunu üstleneceğini belirtmesi gerekir¹²⁵⁰. Bu şart, çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan müstakbel ebeveynin çocuğun doğumundan sonra çocuk üzerindeki malî yükümlülüklerden kaçınarak taşıyıcı annenin zor durumda kalmasını önleyecektir.

Taşıyıcı annelik ilişkisinin aracı kurumlar vasıtasıyla gerçekleştirilmesi durumunda bu aracı kurumların taşıyıcı annelik sözleşmesinde belirtilmiş olması gerekmektedir¹²⁵¹. Özellikle ABD gibi ticarî taşıyıcı annelik sözleşmelerinin yapılabildiği ülkelerde taraflar, taşıyıcı annelik acenteleri vasıtasıyla bir araya gelmektedir. Bu acenteler daha sonra taraflar arasında sözleşmesinin yerine getirilmesi, tıbbî süreçlerin yürütülmesi ve ödemelerin düzenlenmesi gibi pek çok konuda rol oynamaktadır. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmede aracı kurumların belirtilmesi, bu kurumların sorumluluğu bakımından da önem arz eder.

¹²⁴⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33.

¹²⁴⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33.

¹²⁴⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 109, s. 33.

¹²⁵⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33.

¹²⁵¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33. Buna ek olarak Protokol'de yine güvence/standartlar kapsamında aracı kurumların faaliyetlerinin menşe devlet yetkili makamlarınca düzenlenmesi ve denetlenmesi öngörülmüştür. Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 111, s. 34.

Son olarak, taşıyıcı annelik sözleşmesinde tüm ücret ve maliyete ilişkin bilgilerin belirtilmiş olması gerekir¹²⁵². Öte yandan Uzmanlar Grubu taşıyıcı anneliğin, çocuk satışı, kaçakçılığı ve/veya diğer herhangi bir çocuk istismarı biçimi oluşturmaması veya buna yol açmaması gerektiği hususlarında hemfikirdir¹²⁵³. Taşıyıcı annenin, herhangi bir masrafın ödenmesine ek olarak ödeme alıp almadığı, taşıyıcı anneye yapılan tüm ödemelerin zamanı¹²⁵⁴, sınıraşan taşıyıcı annelik ile ilgili faaliyetlerden kaynaklı haksız kazanç olmaması ve araçlara ve/veya taşıyıcı anneye yapılan ödemelerin makul ve orantılı olması gerektiği konularına dikkat çekilmiştir¹²⁵⁵. Taşıyıcı annelik yönteminde ahlâka aykırılık tartışmalarının temeli, bir çocuk karşılığında taşıyıcı anneye ücret ödenerek çocuğun ticarî hayata konu edilmesidir. Öte yandan taşıyıcı anneye yapılan tüm ödemelerin, ödemelerin zamanının taraflar arasındaki sözleşmede açıkça belirtilmesiyle bu eleştiriler de önlenabilir.

Son olarak çocuğun kökeniyle ilgili olarak taşıyıcı anne, gamet bağışçıları, müstakbel anne ve babası, gebelik sürecine ilişkin geçmişi hakkında bilgilerin toplanması, saklanması ve erişilebilirliğinin sağlanmasına yönelik bir güvence/standart öngörülmüştür¹²⁵⁶.

3. Güvence/Standartların Düzenlenme Yöntemi

Uzmanlar Grubu, Protokol kapsamında soybağının tanınması için bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisinin taşınması gereken güvence/standartları belirledikten sonra bu güvence/standartların Protokol’de nasıl yer alması gerektiği konusunda farklı görüşleri değerlendirmiştir¹²⁵⁷.

Güvence/standartların Protokol’e tanımlar bölümünde tanım olarak, tanıma şartları olarak, tanımanın ret sebepleri olarak, genel yükümlülük olarak, uygulama/uygulamama (*opt-in/opt-out*) mekanizması vasıtasıyla veya bildirim usulü kapsamında eklenebileceği hususları incelenmiştir. Güvence/standartların Protokol’de nasıl yer alacağı Protokol’ün genel olarak uygulanabilirliğini etkileyeceğinden bu bölümde Uzmanlar Grubu’nun yaptığı çalışmalara değinilecektir.

¹²⁵² Prel. Doc. No 1 of November, para. 108, s. 33.

¹²⁵³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 110, s. 33.

¹²⁵⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 110, s. 33.

¹²⁵⁵ Prel. Doc. No 1 of November, para. 110, s. 34.

¹²⁵⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 112, s. 34.

¹²⁵⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 113, s. 34.

a. Tanım ve Kapsam Olarak

Uzmanlar Grubu, bazı güvence/standartların Protokol'ün tanımlar kısmına eklenerek ele alınabilmesi olasılığını tartışmıştır. Tanımlar kısmına eklenen bir güvence/standart aynı zamanda Protokol'ün kapsamını da belirleyecektir¹²⁵⁸.

Örneğin, taşıyıcı annelik sözleşmesinin tanımına, Uzmanlar Grubunca hâlihazırda dâhil edilen unsurlara ek olarak “yazılı anlaşma” şeklinde yapılması gerektiği unsuru eklenerek şekle ilişkin öngörülen bu güvence/standart, tanımlar kısmında ele alınmış olacaktır. Böylece, Protokol'ün kapsamı da yalnızca yazılı olan sözleşmeleri içerecek ve yazılı olmayan bir sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinden kaynaklanan soybağı, Protokol kapsamına girmeyerek tanınamayacaktır¹²⁵⁹.

Öte yandan Protokol'de öngörülen diğer güvence/standartların nitelikleri incelendiğinde her biri için bu tür bir düzenlemenin uygun olacağı konusunda şüpheler vardır. Ayrıca güvence/standartların sadece tanımlar kısmında yer alması durumunda, tanımda yer alan unsurların bir güvence/standart olup olmadığının yeterince açık ve net olmayabileceği belirtilmiştir¹²⁶⁰. Diğer yandan çocuğun soybağı statüsünün devamına ilişkin bir Protokol'de yer alan güvence/standartların, şüpheye yer vermeyecek derecede anlaşılabilir olması arzu edilmektedir.

b. Tanıma Şartı Olarak

Uzmanlar Grubu, bazı güvence/standartların Protokol'e tanıma şartı olarak dâhil edilmesi olasılığını incelemiştir. Grup bu konuda yaptığı çalışmalarda iki temel görüşün bulunduğu belirtmiştir. Bunlar, güvence/standartların önemine göre Protokol'e tanıma şartı olarak dâhil edilmesi veya bunların tanımanın isteğe bağlı ret sebebi (*optional grounds for refusal*)¹²⁶¹ olarak düzenlenmesi şeklindedir.

Uzmanların çoğu, bazı güvence/standartların özel önemi dikkate alınarak Protokol'e tanıma şartı olarak dâhil edilmesi yaklaşımının kabulü hâlinin her bir somut olayda, tüm ilgililerin insan haklarının gözetilmesi konusunda avantaj sağlayacağını belirtmiştir¹²⁶². Diğer yandan, çocuğun soybağının Protokol kapsamında doğrudan

¹²⁵⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 114, s. 34.

¹²⁵⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 114, s. 34.

¹²⁶⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 115, s. 34.

¹²⁶¹ Tanımının red sebepleri bir sonraki başlıkta incelenecektir.

¹²⁶² Prel. Doc. No 1 of November, para. 116, s. 34.

otomatik olarak tanınması ancak söz konusu güvence/standartların yerine getirilmiş olmasıyla mümkün olacaktır.

Ayrıca tanıma şartı olarak öngörülen güvence/standartlar yerine getirildiğinde çocuğun soybağının tanınması konusunda Protokol, daha güvenli bir yol sağlamış olacaktır. Aynı doğrultuda, güvence/standartlar yerine getirildiğinde en başından itibaren amaçlanan çocuğun soybağının tanınması konusunda belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanacaktır¹²⁶³.

Güvence/standartların yerine getirilmiş olması devletlerin kamu düzeni müdahalesi istisnasına başvurma ihtiyacını da azaltacaktır. Zira soybağının tanınması talebinin, çocuğun ve diğer tüm ilgililerin insan hakları dikkate alınarak hangi durumlarda kabul edileceği veya reddedileceği konularında daha ayrıntılı kurallar bulunacaktır¹²⁶⁴.

Diğer yandan bazı uzmanlar, güvence/standartların Protokol’de tanıma şartı olarak düzenlenmesinin bazı uygulanabilirlik zorlukları yaratacağını ifade etmiştir. Zira bazı devletlerin, çocuğun yüksek menfaatini (özellikle kişisel statünün sürekliliğine ilişkin hak ve menfaati koruma amacını) her bir somut olayın kendine özel koşullarına karşı dengeleyerek soybağının tanıma konusunda esnekliğe sahip olmak isteyebileceği belirtilmiştir. Böyle bir esnekliğin ise bazı güvence/standartların Protokol’de isteğe bağlı ret sebebi olarak ele alınmasıyla mümkün olabileceği ifade edilmiştir¹²⁶⁵.

Bu durum, örneğin bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisinde güvence/standartlara uyulmaması hâlinin asgari düzeyde (*de minimis*) veya tartışmalı olduğu veya soybağının kurulması koşullarını etkilemediği durumlarda geçerli olabilecektir. Bu görüşü savunan uzmanlar, güvence/standartların Protokol’e tanıma şartı olarak dâhil edilmesi hâlinde birçok çocuğun topal soybağı problemiyle karşı karşıya bırakılabileceğini ve bu durumun önlenmesinin Protokol’ün en temel hedeflerinden biri olduğunu belirtmiştir¹²⁶⁶.

¹²⁶³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 116, s. 34.

¹²⁶⁴ Ayrıca Protokol kapsamında soybağının tanınması için öngörülen güvence/standartlar yerine getirilmezse devletlerin hâlâ kendi milletlerarası özel hukuk kurallarına göre soybağının tanıyabilmesi imkânının da bulunması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 116, s. 34.

¹²⁶⁵ Prel. Doc. No 1 of November, para. 116, s. 35.

¹²⁶⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 116, s. 35.

Uzmanlar Grubu, güvence/standartların Protokol’de tanıma şartı veya isteğe bağlı ret sebebi olarak ele alınması yaklaşımlarının, taşıyıcı annenin çocuğun soybağının devrine yönelik vermesi gereken rıza hususunda nasıl uygulanabileceğini incelemiştir. Bazı uzmanlar, hukukî statünün tanınmasından önce rızanın varlığının incelenmesinin çok yaygın olduğunu (evlât edinmede olduğu gibi) ve bir sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu tesis edilen soybağı bakımından da bu durumun kabulünün devletlere yabancı olmayacağını vurgulamıştır. Bu nedenle uzmanların çoğu, taşıyıcı annenin rızasına ilişkin güvence/standardın, Protokol’e doğrudan bir tanıma şartı olarak dâhil edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böyle bir durumda taşıyıcı annenin rıza göstermesine ilişkin güvence/standardın yerine getirilmemesi hâlinde âkit devletler, soybağının tanınması talebini reddedecektir¹²⁶⁷.

Diğer yandan, taşıyıcı annenin rızasının soybağının müstakbel ebeveyne devri için kilit bir unsur olması, âkit devletlerin rızayı mutlaka tanıma şartı olarak ele almak isteyeceği anlamına gelmediği belirtilmiştir. Örneğin, taşıyıcı annenin rızasını makul olmayan bir şekilde geri almasına benzer durumlarda menşe devlet hâkiminin, soybağının müstakbel ebeveyne devrine izin vermesi gibi istisnai durumlar olabilir. Bu nedenle âkit devletlerin, rızayı tanımanın isteğe bağlı bir ret sebebi olarak düzenlenmesinin sağladığı esnekliği tercih edebileceği belirtilmiştir. Özellikle de soybağının devrinin hukukî olarak, istisnai durumlarda ve çocuğun yüksek menfaati göz önünde tutularak mümkün olduğu devletlerde, rızanın alınamadığı veya haksız bir şekilde geri alındığı durumlarda taşıyıcı annenin rızası olmaksızın soybağının devri gerçekleşebilir¹²⁶⁸.

Ayrıca bazı devletler, taşıyıcı annenin rızası da dâhil olmak üzere soybağının kurulması için gereken şartların, uygulanacak hukuka göre yerine getirildiğinin tespitinin menşe devlet hâkimin görevi olarak görebileceği ifade edilmiştir¹²⁶⁹.

c. Tanımanın Ret Sebebi Olarak

Öngörülen güvence/standartlardan bazılarının Protokol’de tanımanın ret sebepleri kapsamına dâhil edilmesi önerilmiştir. Böyle bir düzenleme hâlinde, çocuğun geçerli olarak kurulan soybağı diğer âkit devletlerde tanıma kararı alınmasına gerek olmaksızın doğrudan tanınacaktır. Bununla birlikte soybağının tanınması

¹²⁶⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 117, s. 35.

¹²⁶⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 117, s. 35.

¹²⁶⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 117, s. 35.

talebinde bulunulan devlet, bu güvence/standartlar yerine getirilmediği takdirde tanıma talebini reddedebilecektir¹²⁷⁰.

Uzmanların çoğu âkit devletler için, güvence/standartların tanınmanın ret sebebi olarak düzenlenmesinin tanıma şartı olarak düzenlenmesinden daha fazla esneklik sağlayacağı gerekçesiyle Protokol'e olan ilgiyi artıracaklarını belirtmiştir. Bu düzenleme şekliyle tanıma talebinde bulunulan devlet, her bir somut olayda güvence/standartların yerine getirilmemesini dikkate alarak Protokol'ün amacı çerçevesinde ve çocuğun yüksek menfaatinin birincil düşünce olması gerektiği ilkesi doğrultusunda soybağının tanınmasına karar verebilecektir¹²⁷¹.

Diğer yandan böyle bir düzenleme şeklinin yine her güvence/standart için mümkün olmayacağı dile getirilmiştir. Ayrıca, öngörülen güvence/standartlar yerine getirilmediğinde bile soybağının tanınmasına karar verilebilmesi bazı insan hakkı ihlâli içeren durumlara neden olabilecektir¹²⁷².

d. Genel Yükümlülük Olarak

Protokol'de bazı güvence/standartların, devletlerin genel yükümlülükleri kapsamında ele alınması olasılığı incelenmiştir. Bu düzenleme şekliyle devletler genel olarak güvence/standartlara uymayı taahhüt edecek ve tanıma talebinde bulunulan âkit devlet, menşe devlette bu güvence/standartların yerine getirildiğine güven duyacaktır. Böylece, soybağının tanınmasının talep edildiği her bir somut olayda bu güvence/standartların yerine getirildiğinin doğrulanması gerekmeyecektir¹²⁷³.

Örneğin, taşıyıcı anneye yapılan ödemelerin makul olması gerektiğini belirten bir güvence/standartın genel yükümlülük olarak Protokol'e eklenmesi durumunda, yapılan ödemelerin makul olup olmadığının tanınmanın talep edildiği devlette doğrulanması gerekli olmayacaktır. Öte yandan devletler, bir sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesiyle ilgili olarak yapılan herhangi bir ödemenin en azından makul olmasını sağlama taahhüdünde bulunacaktır¹²⁷⁴.

Genel yükümlülüklerin, soybağının tanınmasını etkilemeden tüm ilgililerin hangi insan haklarının korunacağına dair güçlü bir ortak mesaj iletmesi nedeniyle

¹²⁷⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 118, s. 35.

¹²⁷¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 119, s. 35-36.

¹²⁷² Prel. Doc. No 1 of November, para. 119, s. 36.

¹²⁷³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 120, s. 36.

¹²⁷⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 120, s. 36.

devletlerin Protokol'e olan ilgisini artırabileceği belirtilmiştir. Bazı güvence/standartların genel yükümlülük olarak bir Protokol'e dâhil edilmesinin uygulanabilirliği konusunda Uzmanlar, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nin 30. maddesini¹²⁷⁵ örnek olarak göstermiştir¹²⁷⁶. Evlât Edinme Sözleşmesi'ne benzer şekilde çocuğun kökenini öğrenme hakkı bakımından çocuğun kökenine ilişkin bilgilere erişimin sağlanmasına ilişkin güvence/standart için bu mekanizmanın kullanılabilirliği kısaca tartışılmıştır¹²⁷⁷. Bununla birlikte, bazı uzmanlar, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nin *a priori* yaklaşımı ile olası Protokolün *a posteriori* yaklaşımı arasındaki devlet müdahalesinin niteliği ve düzeyi açısından temel farklılıklar göz önüne alındığında, Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nin 30. maddesi ile karşılaştırma yapılmaması gerektiğini belirtmiştir¹²⁷⁸.

Bu tartışmalar sonucunda, bazıları tanıma şartı ve/veya tanımanın ret sebebi olarak ele alınan diğerleri ise soybağının sürekliliğiyle hiçbir ilgisi olmayan genel yükümlülük olarak öne çıkan güvence/standartlar hiyerarşisi üzerinde devletlerin anlaşma sağlayabilmesinin oldukça zor olduğu belirtilmiştir. Taşıyıcı anneliği yasaklayan devletler, ona uygulanacak kurallar getirerek taşıyıcı anneliği onaylıyormuş gibi görünmek isteyemeyebilir, taşıyıcı anneliğe izin veren devletler ise genel yükümlülükleri taşıyıcı anneliği daha fazla düzenlemenin bir biçimi olarak değerlendirebilirler¹²⁷⁹.

e. Uygulama veya Uygulamama Beyanı Vasıtasıyla

Güvence/standartlardan bazılarının devletler arasında uygulama (*opt-in*) veya uygulamama (*opt-out*) beyanı aracılığıyla ele alınmasının mümkün olup olmayacağı da Uzmanlar Grubu tarafından incelenmiştir.

Bu mekanizma, devletlerin, Protokol'ün kabulü veya onayı aşamasında, öngörülen güvence/standartların diğer devletlerle olan ilişkilerinde uygulanacağını

¹²⁷⁵ 1993 tarihli Sözleşme'nin 30. maddesi şu şekildedir: “(1) Bir Akit Devletin yetkili makamları çocuğun kökeni hakkında, özellikle anne, babasının kimliği ile geçmişteki sağlığına ilişkin bilgilerde dahil olmak üzere, elde ettikleri bilgilerin gizli tutulmasını sağlayacaklardır. (2) Yetkili makamlar, çocuğun veya temsilcisinin bu bilgilere, o devletin kanunlarının müsaade ettiği ölçüde gereken rehberliği yaparak erişmesini sağlayacaklardır.”

¹²⁷⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 121, s. 36.

¹²⁷⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 120, s. 36.

¹²⁷⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 121, s. 36.

¹²⁷⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 121, s. 36.

(*opt-in*) veya uygulanmayacağını (*opt-out*) beyan ederek belirlemelerine imkân tanıyacaktır. Güvence/standartların Protokol’de tanıma şartı, ret sebebi veya genel yükümlülük olarak ele alınması fark etmeksizin devletler, diğer devletlerle ilişkilerinde bunların uygulanıp uygulanmayacağına karar verebilecektir¹²⁸⁰.

Bu görüş, devletlerin güvence/standartlara ilişkin farklı yaklaşımlarını dikkate almak amacıyla Protokol’de asgarî düzeyde yeknesak güvence/standartın kabul edilmesi ihtimali üzerine tartışılmıştır. Ancak bazı uzmanlar, böyle bir yaklaşımın sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağının tanınması konusundaki bir Protokol’ün yeknesak güvence/standartlar üzerinde anlaşmaya varma amacını zayıflatacağını belirtmiştir. Diğer yandan, çok fazla güvence/standart için bu mekanizmanın kabulü hâlinde her bir devlette Protokol’ün gerekliliklerinin nasıl uygulanacağını belirlenmesi de oldukça zor olacaktır¹²⁸¹. Son olarak, hangi güvence/standart için uygulama veya uygulamama beyanı ileri sürme imkânının kabul edileceği konusunda da devletlerin anlaşma olasılığının zayıf olacağı ifade edilmiştir¹²⁸².

4. Protokol İlişkilerinin Kurulması

Uzmanlar Grubu, Protokol’ün uygulanabilirlik zorluklarını çözmek amacıyla güvence/standartlar da dâhil olmak üzere devletler arasındaki ilişkilerin kurulması ve düzenlenmesi konusunda nasıl bir yol izleneceğini konusunda iki olasılık üzerinde durmuş ve her iki yaklaşımın da prensip olarak uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır¹²⁸³.

Bunlardan ilki, Protokol’e katılan devletlerin diğer devletlerden hangileriyle ilişki kurmak istediklerini beyan ederek belirleyebilmesine imkân tanıyan bir ilişki kurma beyanı (*declaration to establish*) sunulması usulüdür. Devletlerin hangi diğer devletlerle ilişki kurmak istediklerine karar vermelerine yardımcı olmak amacıyla bu usulün, devletlerin taşıyıcı annelik ve soybağının tesisine ilişkin hukukî çerçeveleri hakkında ayrıntılı bilgiler içeren zorunlu bir ülke formunun (*mandatory country form*) kullanılmasıyla geliştirilebilir nitelikte olduğu belirtilmiştir¹²⁸⁴.

¹²⁸⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 122, s. 36.

¹²⁸¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 123, s. 36.

¹²⁸² Prel. Doc. No 1 of November, para. 123, s. 36-37.

¹²⁸³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 125, s. 37.

¹²⁸⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 124, s. 37.

Beyan mekanizmasıyla, devletler arası ilişkiler karşılıklı olabileceği gibi asimetrik ilişkiler de kurulabilir. Başka bir ifadeyle, bir sınırışan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucunda kurulan soybağının diğer bir devlette tanınması için devletler arasında karşılıklı beyanda bulunulmuş olması gerekmez. A devleti, B devleti ile Protokol hükümlerini uygulama yönünde karar vererek beyanda bulunmuşsa B devleti, A devleti ile Protokol hükümlerini uygulamak için herhangi bir beyanda bulunmamış olsa dahi Protokol hükümlerine göre tanıma gerçekleştirebilecektir. Bu noktada, öngörülen beyan mekanizmasının, 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmede öngörülen kabul mekanizmasının¹²⁸⁵ daha ötesine geçeceği vurgulanmıştır¹²⁸⁶. Zira hem asimetrik ilişkiler kurulması hem de 1980 tarihli Sözleşme'nin aksine sadece yeni katılan devletlerle değil herhangi bir devletle ilişkilerin kurulması da beyan yoluyla mümkün olacaktır¹²⁸⁷.

Bu beyanlar, bir yandan devletlere hangi devletle ve hangi temelde sözleşme ilişkisi kuracağını seçme imkânı tanıdığından bazı güvenceler sunmaktadır. Diğer yandan, beyanların karşılıklı olmadığı durumlarda, hangi devletlerin Protokol ilişkisine sahip olduğunu belirleme noktasında zorluklar yaşanabileceği belirtilmiştir¹²⁸⁸.

Devletler arası ilişkilerin kurulması veya düzenlenmesi bakımından Uzmanlar Grubu'nun önerdiği ikinci yol anlaşma ilişkisi kurulmasına itiraz beyanı (*Notification to object to establishment of treaty relations*) sunulması usulüdür. Bu usule göre, Protokol'e taraf olan tüm devletler arasındaki ilişkiler otomatik olarak kurulacaktır. Ancak bir âkit devlet, başka bir devletle ilişki kurmamaya karar verirse, ilişki kurmaya itiraz beyanı sunarak bunu yapabilecektir. Grup bu yaklaşımın, 2019 tarihli “Medenî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair Lahey Sözleşmesi”¹²⁸⁹,nin 29. maddesine benzer olabileceğini belirtmiştir. 2019 tarihli Sözleşme'nin 29. maddesi de âkit devletlere, imza veya onay aşamasında bu

¹²⁸⁵ 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşme'nin kabul mekanizmasına ilişkin 38/4. maddesine göre; “*Katılma sadece, katılan Devletle, bu katılmayı kabul etmiş olduğunu beyan eden Taraf Devletler arasındaki ilişkilerde geçerli olur.*” Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıncı/ Demir-Gökyayla, **a.g.e.**, s. 193 vd.

¹²⁸⁶ Prel. Doc. No 1 of November, dn. 66, s. 37.

¹²⁸⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 124, s. 37.

¹²⁸⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 124, s. 37.

¹²⁸⁹ 2019 tarihli bu Sözleşme imzaya açılmıştır ancak henüz yürürlüğe girmemiştir. 2019 tarihli Sözleşme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yusuf Çalışkan/Zeynep Çalışkan, “2 Temmuz 2019 Tarihli Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşmasının Değerlendirilmesi”, **Public and Private International Law Bulletin**, 40(1), 2020, s. 231–245.

Sözleşmenin diğer bir âkit devletle arasında sözleşme ilişkisi kurma etkisi bulunmadığını beyan etme imkânı tanımaktadır¹²⁹⁰.

Devletler, karşılıklı olarak birbirleriyle ilişki kurulmasına itiraz beyanı sunabileceği gibi bu durumun karşılıklı olması gerekmez. Bu usulün, ilişki kurma beyanında bulunma usulüyle benzer avantaj ve dezavantajlara sahip olabileceği belirtilmiştir. Bir yandan devletler, hangi diğer devletlerle ilişki kurmak istemediğini beyan ederek buna karar verebilecek, diğer yandan hangi devletlerin Protokol ilişkisine sahip olduğunun belirlenmesinde güçlükler yaşanabilecektir. Yine bu yaklaşım da devletin hukukî düzenlemelerini bildireceği zorunlu ülke formunun kullanılmasıyla geliştirilebilecektir¹²⁹¹.

5. Mahkeme Kararına Eklenecek Belgeler

Sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağını tesis eden mahkeme kararının Protokol kapsamında tanınmasını kolaylaştıracak bir belgenin eklenmesi olasılığı tartışılmıştır. Bu noktada uzmanlar, mahkeme kararına eklenecek belgeler bakımından ya çok dilli bir form (*multilingual form*) ya da onay belgesi (*certificate*) düzenlenmesi olasılığını incelemiştir.

Mahkeme kararının okunabilirliği ve anlaşılabilirliğini artırmak amacıyla mahkeme kararının tercümesine yardımcı olacak isteğe bağlı, çok dilli bir formun eşlik etmesi olasılığı değerlendirilmiştir. Bu form, mahkeme kararında yer alan tüm bilgileri bir sınıflandırma düzenine göre tanımlayacaktır. Böylece, mahkeme kararındaki bilgiler hakkında tercüme ihtiyacı ortadan kalkacak ve çok dilli forma belirli numara altında karardaki bilgiler girilecektir. Uzmanlar Grubu, isteğe bağlı bu çok dilli formun, talep edilen devlette soybağının tanınmasını kolaylaştıracağı konusunda

¹²⁹⁰ 2019 tarihli Sözleşme'nin 29. maddesi şu şekildedir: “(1) Bu Anlaşma, iki Devlet arasında bunlardan hiçbirinin diğer Devleti ikinci veya üçüncü paragraflarda yer alan şekilde tevdi ülkesine bildirimde bulunmadığı takdirde geçerli olacaktır. Bu türden bir bildirimin olmaması halinde Anlaşma, iki taraf Devlet arasında, bildirimin yapılabileceği sürenin bitimini takip eden ayın ilk günü yürürlüğe girmiş olacaktır.

(2) Bir taraf Devlet, Madde 32(a)'da belirtilen şekilde tevdi ülkesine yapılan bildirimden itibaren 12 ay içerisinde, diğer bir Devlet tarafından yapılan tasdik, kabul, onama veya katılımın bu Anlaşma uyarınca iki devlet arasında ilişki kurma etkisine sahip olmadığını tevdi ülkesine bildirebilir” 2019 Tarihli Sözleşme'nin Türkçe çevirisi için bkz. Ahmet Dülger/Merve Dülger, “2 Temmuz 2019 Tarihli Hukukî ve Ticarî Konularda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin Lahey Anlaşması Türkçe Metni”, **Public and Private International Law Bulletin**, 40(2), 2020, s. 1731–1746.

¹²⁹¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 124, s. 37.

hemfikiridir. Protokol’de prensip olarak böyle bir formun yer almasının mümkün olduğu sonucuna varılmıştır¹²⁹².

Öte yandan, Protokol kapsamına mahkeme kararıyla kurulan soybağının tanınması şartları veya ret gerekçeleri arasında yeknesak güvence/standartlara yer verilmesi durumunda bu koşullara uygunluğun, kararı veren menşe devlette doğrulanması gerekecektir. Bu uygunluğu doğrulamak için menşe devlet yetkililerince (kararı veren mahkeme veya başka yetkili bir makam tarafından) bir onay belgesi düzenlenmesi olasılığı da incelenmiştir. Bu belgenin, talep üzerine verilmesi veya zorunlu tutulması mümkündür. Onay belgesinin zorunlu kılınması hâlinde, bir mahkeme kararının, diğer âkit devletlerde doğrudan tanınması menşe devlet tarafından böyle bir belgenin düzenlenmesine bağlı olacaktır. Onay belgesi, güvence/standartlara uygunluğu doğrulayacağından tanıma kararının ne zaman verilip verilmeyeceğini açıkça ortaya koyacak ve böylece, kamu düzeni istisnasına başvurma ihtiyacını da sınırlandırılacaktır. Onay belgesinin anlaşılmasını kolaylaştırmak için çok dilli olarak düzenlenebileceği de belirtilmiştir¹²⁹³.

Uzmanlar Grubu, güvence/standartların Protokol’e tanıma şartı olarak dâhil edilip edilmemesi hakkındaki görüşlerine paralel olarak böyle bir onay mekanizmasının gerekliliği ve uygulanabilirliği konusunda farklı görüşlere sahiptir. Onay mekanizmasının getirilmesi gerektiğini savunan uzmanlar, bir devlette mahkeme kararıyla kurulan soybağının başka bir âkit devlette tanınmasından önce her bir somut olayda talep edilen devletin yetkili makamları tarafından güvence/standartlara uygunluğu doğrulayan bir belge düzenlenmesinin, devletlerin Protokol’e olan ilgisini artıracaklarını belirtmiştir. Öte yandan böyle bir mekanizmanın devletler için ek maliyetler getirebileceği de belirtilmiştir¹²⁹⁴.

Diğer uzmanlar, onay mekanizmasının çok dilli bir formdan daha az uygulanabilir olduğunu belirtmiştir. Öncelikle, devlete özgü güvence/standartların kabul edildiği¹²⁹⁵ bir *a posteriori* modelin benimsenmesi hâlinde onay belgesine ihtiyaç kalmayacaktır. Örneğin, talep edilen devletin, menşe devletle menşe devletin yürürlükte olan taşıyıcı annelik ve soybağı konularındaki hukukî çerçevesine dayanarak anlaşma ilişkisi kurmaya karar verdiği ve soybağının menşe devlet hâkimi

¹²⁹² Prel. Doc. No 1 of November, para. 132, s. 39.

¹²⁹³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 132, s. 39.

¹²⁹⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 132, s. 39.

¹²⁹⁵ Devlete özgü güvence/standartların kabul edildiği bu model, aşağıda “A Posteriori Modeller” başlığında anlatılmıştır.

tarafından bu hukukî çerçeve içinde tesis edildiği durumlarda, talep edilen devlet tarafından ayrıca güvence/standartlara uygunluğun doğrulanmasına gerek yoktur. İkinci olarak, bazı devletler onay belgesinin faydaları ile idarî yükü arasındaki dengeyi tarttığında idarî yükü daha fazla bulabilir. Zira bir devlette verilen mahkeme kararı, kendi başına güvence/standartlara uygunluğu doğrulama konusunda yeterli olacaktır. Başka bir ifadeyle, hâkimin müdahalesi güvence/standartlara uygunluk konusunda diğer devletler için yeterli güvenceyi sağlayacağından ayrıca bir onay belgesi düzenlenmesi idarî yükü artıracaktır¹²⁹⁶.

Uzmanlar Grubu, soybağını kuran mahkeme kararına nasıl bir belgenin ekleneceği konusunda bir uzlaşya varamasa da düzenlenecek çok dilli bir form veya güvence/standartlara uygunluğu doğrulayan onay belgesinin, kişinin kökenini öğrenme hakkı bakımından oldukça önemli olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme kararına eklenecek belge, kişinin kökenine ilişkin bilgilerin korunması ve bu bilgilere erişimin teminini sağlayacaktır¹²⁹⁷.

6. A Posteriori Modeller

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının Protokol kapsamında tanınması bakımından Uzmanlar Grubu, *a posteriori* bir yaklaşımın, devletlerin taşıyıcı annelik sürecine müdahil olduğu bir *a priori* yaklaşımdan daha uygun olduğunu tespit etmiştir. Bununla beraber, *a posteriori* yaklaşımı benimseyen bir Protokol için de iki olası model ileri sürmüşlerdir. Bu modellerden ilki, yeknesak güvence/standartların Protokol'de tanıma şartı, tanımanın ret sebebi veya genel yükümlülük olarak doğrudan düzenlendiği bir modeldir. İkinci model ise Protokol'de yeknesak güvence/standartların doğrudan düzenlenmediği ve devlete özgü güvence/standartların kabul edilerek tanımanın ret sebepleri arasında düzenlendiği dolaylı bir modeldir¹²⁹⁸.

Uzmanlar Grubu, iki modeldeki unsurların farklı şekillerde birleştirilmesiyle başka modeller de oluşturulabileceğini belirtmiştir¹²⁹⁹. Ayrıca her iki modelde yer alan tanımanın reddi sebepleri, geleneksel milletlerarası özel hukuk kuralları arasında kabul

¹²⁹⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 132, s. 39.

¹²⁹⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 133, s. 40.

¹²⁹⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 134, s. 40.

¹²⁹⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 134, s. 40.

edilen ret sebeplerine ek ret gerekçeleri olarak kabul edilecektir¹³⁰⁰. Bu bölümde Uzmanlar Grubu’nun tartıştığı iki *a posteriori* model incelenecektir.

a. Yeknesak Güvence/Standartların Doğrudan Düzenlendiği Model

İlk model, önceden kabul edilen bazı “çekirdek” yeknesak güvence/standartların doğrudan Protokol’de yer aldığı ve bu güvence/standartlara uyulması şartıyla sınıraşan taşıyıcı annelik sonucu dünyaya gelen çocuğun, bir devlette mahkeme kararıyla kurulan soybağının, diğer âkit devletlerde doğrudan tanınmasını sağlayacak bir yaklaşım sunar¹³⁰¹. Böylece devletlerin, soybağının tanınması talebini reddetmek için kamu düzeni istisnasına başvurma ihtiyaçları da azalacaktır¹³⁰².

Bu modeli benimseyen bir Protokol’ün en temel özelliği, çocuklar için ÇHS’de belirtilen haklar da dâhil olmak üzere tüm ilgililerin insan haklarını korumak için yeknesak güvence/standartların Protokol’de doğrudan yer almasıdır. Dolayısıyla her bir somut olayda tanımanın ne zaman verilmesi ve ne zaman reddedilmesi gerektiğinin belirlenmesinden önce, üzerinde mutabakata varılan yeknesak güvence/standartlara uygunluğun doğrulanması gerekir¹³⁰³.

Bu noktada uzmanlar, yapılması gerekenin hangi güvence/standartların yeknesak güvence/standartlar olarak kabul edilmesi gerektiği, bunların Protokol’de nasıl yer alması gerektiği ve güvence/standartların yerine getirildiğinin ne zaman ve nasıl doğrulanması gerektiği hususlarını tespit etmek olduğunu belirtmiştir¹³⁰⁴. Daha önce belirtildiği üzere yeknesak güvence/standartlar Protokol’e, tanım, tanıma şartı, tanımanın ret sebebi ve/veya genel yükümlülük olarak dâhil edebilecektir. Öte yandan güvence/standartların listesi ve kesin içeriği ve hangi güvencelerin tanıma koşulu veya ret sebebi olarak yer alacağı gibi konular nihaî müzakerelerin konusu olacaktır. Bu güvence/standartlardan bazılarının uygulama veya uygulamama mekanizması aracılığıyla ele alınabilmesinin de mümkün olduğu belirtilmiştir¹³⁰⁵.

Bir mahkeme kararıyla kurulan soybağının tanınmasını kolaylaştırmak amacıyla menşee devlet yetkili makamlarının, yeknesak güvence/standartlara uygunluğu doğrulayacağı bir belgelendirme mekanizmasının da bu modele dâhil

¹³⁰⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 135, s. 40.

¹³⁰¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 136, s. 40.

¹³⁰² Prel. Doc. No 1 of November, para. 126, s. 37; Prel. Doc. No 1 of November, para. 138, s. 41.

¹³⁰³ Prel. Doc. No 1 of November, para. 136, s. 40; Prel. Doc. No 1 of November, para. 138, s. 41.

¹³⁰⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 126, s. 37.

¹³⁰⁵ Prel. Doc. No 1 of November, para. 136, s. 40.

edilebileceği belirtilmiştir. Âkit devletler, belgelendirmeden sorumlu olan yetkili makamı kendileri tayin edeceklerdir. İdarî yükü azaltmak amacıyla bu yetkili makamın, soybağının kurulmasına yönelik kararı veren mahkeme olabileceği belirtilmiştir¹³⁰⁶.

Bunlara ek olarak böyle bir modelin kabul edilmesi, sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesinin taraflarını, Protokol’de yer alan yeknesak güvence/standartlara uymaya teşvik edecektir. Çocuğun soybağının sınır ötesi tanınması ve soybağı statüsünün sürekliliği konularında önemli bir güvence sağlayacaktır¹³⁰⁷.

Öte yandan bu modelin bazı zorlukları bulunduğu da ifade edilmiştir. Öncelikle, taşıyıcı annelik ve bu uygulamadan kaynaklanan soybağı konusunda devletler arasındaki temel görüş farklılıkları göz önüne alındığında devletlerin, taşıyıcı annelik ve soybağına ilişkin yeknesak güvence/standartlar üzerinde anlaşmaya varması oldukça zor gözükmektedir¹³⁰⁸.

İkinci olarak, bir sınıraşan taşıyıcı annelik ilişkisi Protokol’de yer alan yeknesak güvence/standartları karşılamadığında soybağının tanınması talebi Protokol hükümleri gereği reddedilecektir. Bununla birlikte böyle bir durumda devletler, yerel milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurarak tanıma kararı vermek veya soybağının yeniden kurulması imkânını değerlendirmek yerine, yine Protokol’ün bir parçası olarak somut olayın özel koşulları ve çocuğun yüksek menfaatini dikkate alarak tanıma kararı verebilme esnekliğine sahip olmak isteyeceklerdir¹³⁰⁹.

b. Devlete Özgü Güvence/Standartların Kabul Edildiği Model

A porteriori yaklaşımın benimsendiği ikinci model de bir devlette mahkeme kararıyla kurulan soybağının diğer devletlerde doğrudan, otomatik olarak tanınmasını sağlama gayesindedir.

Bu model, çocuğun ve diğer tüm ilgililerin insan haklarını koruma amacına devlete özgü güvence/standartların Protokol’e dâhil edilmesi ve bunların, Protokol’de tanıma şartı olarak değil tanımanın ret sebebi olarak dikkate alınmasıyla ulaşacaktır.

¹³⁰⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 137, s. 40.

¹³⁰⁷ Ayrıca Protokol hükümlerine göre çocuğun soybağını tesis eden mahkeme kararının tanınması mümkün olmazsa talep edilen devletlerin yerel milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tanıma kararı verilebilmesi ve soybağının yeniden tesisinin talep edilebilmesi de mümkündür. Bkz. Prel. Doc. No 1 of November, para. 138, s. 41.

¹³⁰⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 127, s. 37; Prel. Doc. No 1 of November, para. 139, s. 41.

¹³⁰⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 139, s. 41.

Böylece devletler, soybağının tesis edildiği devletin, uluslararası anlaşmalardaki yükümlülüklerini iç hukukunda ve uygulamalarında nasıl yerine getirdiği de dâhil olmak üzere o devlette geçerli olan güvence/standartları yeterli bulursa kişisel statünün devamlılığına ilişkin hakkı ve menfaati korumak için soybağını tanıma konusunda esnekliğe sahip olacaktır¹³¹⁰.

Bu model kapsamında taşıyıcı anneliğe izin veren devletler, Protokol'e katılma aşamasında taşıyıcı annelik uygulamasının hukukî çerçevesini ve taşıyıcı annelik sonucu doğan çocuğun soybağının nasıl tesis edildiğini açıklayan genişletilmiş bir bilgi formu doldurarak sunacaktır. Genişletilmiş bilgi formunun gereklilikleri, Protokol yükümlülüklerinin bir parçası olarak devletler arasında müzakere edilecektir¹³¹¹. Bu kapsamda örneğin, devletlerin, ÇHS gibi uluslararası hukuka ilişkin yükümlülüklerini nasıl yerine getirdikleri konusunda ayrıntılı bilgileri, taşıyıcı anne ve müstakbel ebeveynin rızalarına ilişkin iç hukuklarında yer alan düzenlemeleri ve taşıyıcı annelik sözleşmesi sonrası soybağının nasıl tesis edildiğine dair hukukî düzenlemeleri bu formda yer alacaktır¹³¹². Böylece tanınmanın talep edildiği devlet olabilecek âkit devletlerin, olası menşe devlette geçerli olan taşıyıcı annelik ve soybağının kurulması konularında istedikleri bilgilere erişebilmeleri ve olası menşe devletle Protokol ilişkileri kurup kurmama konusunda bilinçli karar verebilmeleri sağlanmış olacaktır¹³¹³.

Taşıyıcı anneliğe izin veren devletlerin sunduğu genişletilmiş bilgi formlarında yer alan bilgilere dayanarak diğer devletler, taşıyıcı anneliğe izin veren hangi devlet ya da devletlerle anlaşma ilişkisi kuracaklarını ve orada kurulan soybağı ilişkisini tanımayı kabul edeceklerini beyan edeceklerdir¹³¹⁴. Böyle bir beyan, Protokol'e katılma aşamasında veya daha sonra örneğin, taşıyıcı annelik uygulamasına izin veren yeni bir devlet Protokol'e katıldığında yapılabilecektir¹³¹⁵. Her devletin anlaşma ilişkisi kurma kararı, soybağının tanınması ve kendi kamu düzenleri için önemli gördükleri güvence/standartlar dikkate alınarak, seçilen menşe devlette sağlanan hukukî çerçeveye dayanacaktır¹³¹⁶.

¹³¹⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 127, s. 38; Prel. Doc. No 1 of November, para. 140, s. 41.

¹³¹¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 141, s. 41

¹³¹² Prel. Doc. No 1 of November, para. 141, s. 41-42.

¹³¹³ Prel. Doc. No 1 of November, s. 42, dn. 72,

¹³¹⁴ Prel. Doc. No 1 of November, para. 142, s. 42.

¹³¹⁵ Prel. Doc. No 1 of November, s. 42, dn. 73.

¹³¹⁶ Prel. Doc. No 1 of November, para. 142, s. 42.

Bu modelde, Protokol'ün çok taraflı çerçevesindeki anlaşma ilişkileri, bir menşe devletle o devlette geçerli olan taşıyıcı annelik ve soybağının kurulmasına ilişkin güvence/standartları yeterli bulan devlet arasında işleyecektir. Anlaşma ilişkilerinin karşılıklı olması gerekmediğinden asimetrik ilişkiler kurulması da mümkündür. Özellikle taşıyıcı anneliğin yasak olduğu bir devletin, sadece tanınmanın talep edildiği devlet konumunda olması ve taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu doğan çocuğun soybağının tesisine izin veren bir menşe devlet konumunda olmaması hâlinde, anlaşma ilişkisi asimetrik olacaktır. Devletlerin, genişletilmiş bilgi formlarını güncel tutması ve burada yer alan bilgilerde herhangi bir değişiklik olması durumunda bu değişikliği doğrudan veya bir tevdi makamı aracılığıyla âkit devletlere resmî olarak bildirmesi gerekecektir. Bu değişiklikler sonrası âkit devletler, menşe devletteki güvence/standartlardan artık memnun değillerse anlaşma ilişkisi kurma beyanlarını geri çekme imkânına da sahip olacaktır¹³¹⁷.

Menşe devletle Protokol hükümlerini uygulamayı kabul ettiğini beyan eden bir devlet, menşe devlette kurulan soybağını sınırlı ret sebeplerine tâbi olarak doğrudan tanıyacaktır. Tanınmanın reddi sebeplerinin neler olduğuna ilişkin bir liste, nihaî müzakerelerin konusu olacaktır. Öte yandan, taşıyıcı annenin aydınlatılmış rızasının alınmamış olmasının ret sebepleri arasında yer alabileceği belirtilmiştir. Soybağının tanınması bakımından doğrudan tanıma usulü öngörülse de menşe devletin, soybağının kuruluşu ve özellikle taşıyıcı annenin rızasına ilişkin hukukî düzenlemelerine uygunluğu doğrulayacak çok dilli bir form veya onay belgesinin dâhil edilebileceği ifade edilmiştir. Böyle bir belgenin eklenmesi, tanınmanın talep edildiği devletin tanınmanın reddi sebeplerini değerlendirmesine yardımcı olmakla birlikte tanıma talebinin reddini gerektirmeyecektir¹³¹⁸.

Bazı uzmanlar, devlete özgü güvence/standartların kabul edildiği bu modelin daha uygun olduğunu belirtmiştir. Zira bu modelde, uluslararası arenada devletlerin Protokol'de doğrudan yer alacak güvence/standartlar üzerinde uzlaşmaya varması gerekmeyecek, güvence/standartlar dolaylı olarak devletlere özgü güvence/standartlar olarak Protokol'de yer alacaktır. Ayrıca bu modelde, tanıma şartlarından ziyade tanınmanın ret sebeplerinin yer alacak olması tanınmanın talep edildiği devletlere, her bir somut olayın özel koşullarını ve çocuğun yüksek menfaati ilkesi de dâhil olmak üzere herkesin insan haklarını dikkate alarak soybağına ilişkin kararı tanıyıp tanımama

¹³¹⁷ Prel. Doc. No 1 of November, para. 143, s. 42.

¹³¹⁸ Prel. Doc. No 1 of November, para. 144, s. 42.

esnekliği sađlayacaktır¹³¹⁹. Başka bir ifadeyle, menşe devletle Protokol ilişkisi kurmayı kabul eden bir devlette, menşe devlet tarafından verilen soybağına ilişkin bir karar, otomatik olarak tanınacaktır. Diğer yandan, menşe devlet hukukunda yer alan bazı güvence/standartların yerine getirilmemesi doğrudan tanıma talebinin reddedilmesi sonucunu doğurmayacaktır. Devletler, özellikle çocuğun yüksek menfaatinin bir gereği olarak soybağına ilişkin kararın tanınmasına karar verebileceklerdir¹³²⁰.

Diğer yandan pek çok uzman, devlete özgü güvence/standartların kabul edildiği bu modelin çeşitli zorlukları olduğunu belirtilmiştir. Öncelikle bu model, bir devletin, hukuk kurallarını veya uygulamalarını değiştirdiğinde ortaya çıkabilecek belirsizlikle birlikte askıya alınabilecek ikili ilişkilere dayanmaktadır¹³²¹. İkinci olarak, taşıyıcı annelik ilişkisinde tüm ilgililerin insan haklarının gözetilmesi bakımından, Protokol’de doğrudan yeknesak güvence/standartların belirlenmesi, devletlerin sunduğu genişletilmiş bilgi formunda yer alan soyut bilgiler temelinde devlete özgü güvence/standartların kabul edilmesinden daha büyük bir güvence sağlayacaktır. Ayrıca, ocuğun yüksek menfaatinin ve uluslararası hukuktan doğan haklarının korunması için her bir somut olayda, devlete özgü güvence/standartlara uygunluğun bir belgelendirme süreciyle doğrulanması büyük önem arz eder. Son olarak, devletlerin genişletilmiş bilgi formunda yer alan bilgileri de sürekli güncel tutmak zorunda olması önemli zorluklara neden olacaktır. Uzmanlara göre bu model, sadece mevcut durumu (*status quo*) yansıtacak ve suistimal edici uygulamalar ile insan haklarıyla ilgili endişeleri ele almak için yeterli olmayacaktır¹³²².

¹³¹⁹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 145, s. 42.

¹³²⁰ Prel. Doc. No 1 of November, para. 145, s. 42.

¹³²¹ Prel. Doc. No 1 of November, para. 128, s. 38; Prel. Doc. No 1 of November, para. 146, s. 43.

¹³²² Prel. Doc. No 1 of November, para. 146, s. 43.

SONUÇ

Üremeye tıbbındaki gelişmeler, çocuk sahibi olamayan pek çok kişi için taşıyıcı anneliği oldukça cazip hâle getirmiştir. Taşıyıcı annelik farklı şekillerde yapılsa da üremeye yardımcı bir tedavi yöntemi olarak kabul ettiğimiz taşıyıcı annelik, taşıyıcı annenin üreme hücrelerinin kullanılmadığı ve müstakbel anne ya da babadan birinin üreme hücrelerinin kullanıldığı yöntemdir. Taşıyıcı annenin üreme hücreleri kullanıldığı hâllerde bir annenin kendisiyle genetik bağa sahip çocuğunu, başkaları adına taşıdığını kabul ederek bu ilişkiye taşıyıcı annelik demek mümkün değildir. Müstakbel anne ve babanın her ikisinin de üreme hücrelerinin kullanılmadığı, üreme hücrelerinin yumurta ve sperm bağışısıyla elde edildiği ve taşıyıcı anneye nakledildiği durumları ise bireylerin kendileriyle hiçbir genetik bağı bulunmayan bir çocuğa sahip olabilmemesinin tek yolunun evlât edinme olduğunun kabulüyle üremeye yardımcı bir tedavi yöntemi olarak görmemekteyiz.

Türk hukukunda taşıyıcı annelik açıkça yasaklanmıştır. Taşıyıcı annelik sözleşmeleri emredici hükümlere, ahlâka ve kişilik haklarına aykırılık nedenleriyle geçersiz kabul edilmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin ahlâka aykırı kabul edilmesinin en temel nedeni ücret karşılığı yapılması olduğundan ücret karşılığı yapılmayan taşıyıcı anneliğin ahlâka aykırı olduğu sonucuna varılmamalıdır. Taşıyıcı annelik sözleşmesi, taşıyıcı annenin vücut bütünlüğü üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtladığından kişilik haklarına aykırı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, taşıyıcı annenin üzerine düşen edimleri yerine getirmesine rağmen karşı taraftan edimini yerine getirmesini istediği hâllerde, kişilik hakkı korunmak istenen taraf lehine bir yorum yapılarak taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçersiz kabul edilmemesi gerekir.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, olumlu olumsuz edimler içeren aile hukukuna özgü sonuçlar doğuran *sui generis* ve atipik bir borçlar hukuku sözleşmesidir. Söz konusu sözleşmede, bilhassa taşıyıcı annenin yükümlenmiş olduğu edimler gerek hukukî nitelendirme bakımından gerekse de uyuşmazlık durumunda uygulanması gereken hükümlerin tespiti noktasında zorluk arz etmektedir. Hukukumuzda taşıyıcı anneliğe izin verilirse, meydana gelebilecek suistimallerin ve uyuşmazlıkların önüne geçebilmek için taşıyıcı annelik sözleşmesi kurmak amacıyla tarafların müzakerelere

başladığı andan çocuğun doğumu ve teslimine kadar geçecek olan süreç içerisinde tarafların yükümlülüklerine ve muhtemel çekişmeye konu olabilecek hususlara dair kanun koyucunun kazuistik bir düzenleme yapması yerinde olur.

Kimlerin bu sözleşmenin tarafı olabileceği konusunda kanun koyucunun genel ehliyet prensiplerinden ayrı taşıyıcı anneliğin özel niteliğine uygun detaylı düzenlemeler yapması gerekir. Bu kapsamda taşıyıcı annenin; evli olmaması, daha önce çocuk sahibi olması, belirli bir yaş aralığında olması şeklinde şartların aranması uygun olur. Müstakbel ebeveyn bakımından ise belirli bir süre evli olan çiftlerin, bu kapsamda eşlerin birlikte evlât edinmesinde olduğu gibi beş yıllık bir süre veya belirli bir yaştan üstünde olmaları, müstakbel annenin çocuk doğurma yeteneğinden yoksun olduğunun bir sağlık kurulu raporuyla ortaya konulması unsurlarının özel koşul olarak düzenlenmesi yerinde olur. Ayrıca taşıyıcı annelik sözleşmesinin şekli bakımından nitelikli şekil şartının aranması ve taşıyıcı anneliğe uygunluk şartlarının sağlandığının mahkeme ya da yetkili bir makam tarafından onaylanması gerekir.

Ücret karşılığı taşıyıcı annelik sözleşmesine izin veren ülkelerde meydana gelen suistimaller dikkate alındığında taşıyıcı anneliğin kadın ticaretine varacak sonuçlarının engellenmesi ve çocuk satışı teşkil etmemesi için doğru olan ücret karşılığı taşıyıcı annelik sözleşmelerine izin vermemek olacaktır. Bu kapsamda taraflar, yalnızca taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan masrafları kararlaştırabilirler. Söz konusu masraflar taşıyıcı anneliğin niteliği gereği doğacak masraflardır. Buna göre, tıbbî müdahale masrafları, taşıyıcı annenin hamilelik sürecindeki kıyafet, vitamin ve hamilelikten kaynaklı diğer masrafları sayılabilir.

Taşıyıcı annelikle doğan çocuğun soybağının tesisi noktasında, genetik hücreleri kullanılmış olan müstakbel ebeveyn ile çocuğun soybağının hızlı ve kolay bir şekilde kurulması çocuğun üstün menfaati ve aile hayatının kurulması noktasına büyük önem arz eder. Kanunların, çoğu zaman tıbbî gelişmelerinden gerisinden geldiği göz önüne alındığında doğuran kadının çocuğun annesi olduğu karinesi kanun koyucunun, çocukla anne arasındaki soybağının başka bir şekilde kurulabileceğini öngöremediği gerçeğini ortaya koymaktadır. Bununla birlikte, taşıyıcı annelik yönteminde olduğu gibi birden fazla annenin söz konusu olduğu hâllerde çocukla genetik bağa sahip anne arasında soybağının kurulması imkânının tanınarak, genetik gerçeğin hukukî gerçeğe dönüşmesi sağlanmalıdır. Bu noktada, doğuran kadının anne

olduğu karinesinin adî bir karine kabul edilerek anneliğin reddi ve genetik anneyle çocuk arasında soybağının tesisi imkânının tanınması gerekir.

Hukukumuzda taşıyıcı anneliğe izin verilirse kanun koyucunun mevcut soybağı hükümlerinde ciddi bir revizyona gitmesi ve taşıyıcı annelik yönteminde müstakbel ebeveynin genetik materyallerinin kullanılması suretiyle embriyonun meydana getirildiğini gösteren sağlık raporunun doğumdan önce sunulduğu mahkemenin vermiş olduğu kararlar, doğum anında müstakbel ebeveynle çocuk arasında soybağının kurulması sağlanmalıdır.

Çocuğun doğumdan sonra müstakbel ebeveyne teslimi için taşıyıcı anneye bir serinleme süresi öngörülmesi ve taşıyıcı annenin bu sürenin sonunda resmî görevlinin huzurunda çocuğu müstakbel ebeveyne teslim etmesi uygun olur.

Taşıyıcı anneliğe izin vermeyen bir ülkede mutad meskeni bulunan müstakbel ebeveynin taşıyıcı anneliğe izin veren bir ülkede mutad meskeni bulunan taşıyıcı anneye akdettiği sözleşmeye sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi denir. Sınıraşan bir taşıyıcı annelik sözleşmesinden doğan ihtilâfların çözümü milletlerarası özel hukukun kapsamına girmektedir. Bu noktada sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklara ilişkin bir dava Türk mahkemelerinin önüne gelirse, uyuşmazlık MÖHUK'ta yer alan özel düzenlemeler kapsamına girmediğinden, genel kural niteliğindeki MÖHUK m. 24'ün uygulanmasıyla çözülecektir. Bununla birlikte milletlerarası ticarî akitler bakımından kabul edilen MÖHUK m. 24 hükmünün uygulanması taşıyıcı annelik sözleşmelerinin kendine özgü özelliklerinden dolayı çok da uygun gözükmemektedir.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerinde taraflar arasında mevcut olan güç dengesizliği nedeniyle tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan ihtilaflara uygulanacak hukuk seçiminin sınırsız olduğunun kabulü uygun olmayacaktır. Bu noktada, kanun koyucunun tarafların seçebilecekleri sözleşmeyle belirli bağlantılara sahip ülke hukuklarını önceden belirlemesi ve hukuk seçiminin bu hukuklarla sınırlı olarak yapılabilmesi uygun olacaktır. Bu kapsamda tarafların kişisel hakları, tıbbî müdahalelerin veya doğumun gerçekleştiği yer hukukunun seçilmesi imkânı tanınabilir.

Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması hâlinde uygulanacak hukukun objektif bağlama esasından hareketle tespitine hizmet eden MÖHUK m. 24/f.4

hükmünde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk, karakteristik edime ilişkin karinelerle belirlenmektedir. Karakteristik edim kavramının da taşıyıcı annelik sözleşmelerine çok uygun olmadığı sonucuna varılmıştır. Özellikle taşıyıcı annenin edim yükümlülüklerini birden fazla ülkede yerine getirdiği hâllerde sözleşmedeki karakteristik edim olan taşıyıcı annenin edimi ve taşıyıcı annenin mutad mesken hukukunun uygulanması, sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlamayabilir. Bu nedenlerle, somut olayın özelliklerine göre taşıyıcı annelik faaliyetlerinin ağırlıklı olarak yerine getirildiği devletin sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olarak uygulanması daha uygun olacaktır.

Taşıyıcı annelik sözleşmelerine ilişkin bir kanunlar ihtilâfı kuralı getirilirse özel sözleşme tiplerindeki esaslardan hareketle sözleşmenin zayıf tarafı konumunda bulunan taşıyıcı annenin korunmasına ilişkin düzenlemeler getirilmesi yerinde olur. Öte yandan korumanın içeriği ve hukuk seçiminin sınırlandırılmasında farklı esaslardan hareket edebilir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının kurulması ise soybağına ilişkin kanunlar ihtilâfı kurallarının uygulanmasını gerektirir. Bu noktada, çocukla genetik/müstakbel anne ve babası arasında soybağının kurulmasının, soybağının kan bağı yoluyla kurulması olarak vasıflandırılması ve MÖHUK m. 16 hükmüne göre soybağının tesisi imkânının araştırılması gerekir. MÖHUK m. 16'da yer alan bağlama noktalarının çocuğun korunması ve soybağının tesisi amacıyla esnetilmesi, atıf teorisinin de çocuğun soybağının kurulmasına hizmet ettiği ölçüde uygulanması yerinde olacaktır.

Sınıraşan taşıyıcı annelikte doğan çocuğun soybağı, devletlerin taşıyıcı annelik ve soybağı hukuklarındaki farklı yaklaşımları nedeniyle MÖHUK m. 16'da yer alan bağlama noktalarının gösterdiği tüm hukuklar uygulanmasına rağmen tesis edilememişse soybağının evlât edinmeyle kurulması imkânının da araştırılması uygun olacaktır. Lahey Evlât Edinme Sözleşmesi'nin taşıyıcı annelikte doğan çocuklar bakımından uygulanması çok uygun olmasa da başka türlü soybağının kurulması mümkün değilse çocuğun üstün menfaati gereği soybağının evlât edinmeyle kurulması MÖHUK m. 18'deki şartların da sağlanmasıyla mümkün kabul edilmelidir.

Sınıraşan taşıyıcı annelikte doğan çocuğun yabancı doğum belgesine dayanarak Türkiye'de kişisel durum siciline tescili talep edildiğinde, yabancı doğum belgesi Türkiye'de de resmî belge vasfı taşıması için gereken şartlara sahipse sicile

tescil edilecektir. Nüfus memuru taşıyıcı annelikten şüphelenirse bu konuda yapılacak araştırma sonucunda AİHM kararları da dikkate alınarak doğum belgesinde taşıyıcı anne ve genetik/müstakbel babanın ismi yer alıyorsa, bu belge gerçek durumu da yansıttığından doğum olayı sicile tescil edilmelidir. Yabancı doğum belgesinde genetik/müstakbel annenin, anne olarak gösterilmesi durumunda taşıyıcı annelik şüphesiyle yapılacak araştırma sonucunda adli mahkemelerde genetik/müstakbel annenin çocuğun annesi olduğunun tespitiyle kişisel durum siciline tescil edilmelidir.

Sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmesi sonucu doğan çocukla müstakbel ebeveyni arasında soybağını kuran yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de tanınması talebiyle açılan davada tanıma şartları arasında yer alan kamu düzenine aykırılık incelemesi, AİHM kararları ve çocuğun total soybağı statüsüne sahip olmasını veya soybağı statüsünün belirsiz kalmasını önleme amacıyla dikkatle yapılmalıdır. Taşıyıcı annelik yöntemiyle bir çocuk dünyaya geldiğinde çocuğun üstün menfaati ve *de facto* kurulmuş aile hayatı dikkate alınarak çocuğun soybağı statüsünün devamlılığının sağlanması gerekir. Lahey Milletlerarası Özel Hukuk Konferansı Daimî Bürosunun soybağı/taşıyıcı annelik projesi kapsamında sınıraşan taşıyıcı annelik sözleşmeleri sonucu doğan ve bir devlette soybağı geçerli bir şekilde tesis edilen çocuğun soybağı statüsünün öngörülebilirliği, kesinliği ve devamlılığının sağlanmasının hedeflendiği bir protokol hazırlanmasına karar vermiştir. Söz konusu Protokol’de de devletlerin taşıyıcı annelik konusundaki yaklaşımları farklı olsa da bu yöntemle bir çocuk dünyaya geldiğinde çocuğun soybağı statüsünün devamının sağlanmasındaki menfaatin yerine getirilmesi hedeflenmektedir.

KAYNAKÇA

Ağaoğlu Cahit, “Karşılaştırmalı Hukukta Sınıraşan Taşiyıcı Annelik ile Taşiyıcı Anneden Doğan Çocukların Yasal Anne-Babalığının Kazanılma Sorunu”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 40, S. 1, 2020, s. 437-480.

Akıncı Ziya, Demir-Gökyayla, Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Akıncı Ziya, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020. (MÖH)

Akıncı Ziya, **Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, Dokuz Eylül Üniversitesi, Ankara, 1992. (Uygulanacak Hukuk)

Akıntürk Turgut, Ateş Derya, **Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku**, Cilt 2, 20. Baskı, İstanbul, Beta Kitabevi, 2017.

Aksoy-Dursun Sanem, **Eşya Kavramı**, İstanbul, On İki Levha, 2012.

Albayrak-Ceylan Nazlı, Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul, 2022.

Alibaba Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, (yayımlanmamış doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005.

Allen Sonia, “The Surrogate in Commercial Surrogacy: Legal and Ethical Considerations”, in **Surrogacy, Law and Human Rights**, Editörler: Paula Gerber, Katie O’Byrne, New York, Roudledge, 2016, s. 113-143.

Alpat Begüm, **Ulusal Alanda ve Milletlerarası Özel Hukuk Alanında Soybağının Kurulmasına İlişkin Düzenlemeler**, İstanbul, Platon Hukuk, 2022.

Anderson Elizabeth S., “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, **Health Care Analysis**, Vol. 8:2, Netherlands, 2000, s. 19-26.

Andrews Lori B., “Beyond Doctrinal Boundaries: A Legal Framework For Surrogate Motherhood”, **Virginia Law Review**, Vol. 81, No. 8, 1995, s. 2343-2375.

Anleu Sharyn Roach, “SURROGACY: For Love But Not for Money”, **Gender & Society**, Vol:6, No:1, Avustralya, 1992, s. 30-48.

Arsan İlyas, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, c. 33, sayı. 2, 2016, s. 1-41. (Zımnî)

Arsan İlyas, **Milletlerarası Özel Hukukta Mutad Mesken Kavramı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014. (Mutad)

Arsan Ramazan/Yılmaz Ejder/Taşpınar-Ayvaz Sema/Hanağası Emel, **Medenî Usul Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Atalı Murat/Ermenek İbrahim/Erdoğan Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Atasoy Kemal, **Sözleşme Özgürlüğünün Kamu Düzenine Aykırılık Sınırı**, İstanbul, On İki Levha, İstanbul, 2020.

Ateş Mustafa, “Nesep Hukuku Yönünden Sun’i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 20, Sayı 3, 1994, s. 325-344.

Aydın Erdem, “Taşıyıcı Annelikle İlgili Etik Sorunlar”, **Uzmanlık Sonrası Eğitim ve Güncel Gelişmeler Dergisi**, Cilt 3, S.1, 2006, s. 19-25.

Aydın Öztürk, “Homolog Döllenme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 22:3, 2016, s. 349-374.

Aylin Aktürk, “Milletlerarası Aile Hukukunda Nafaka ve Nafaka Borçlarında Milletlerarası Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine İlişkin 4/2009 No’lu Avrupa Birliği Konseyi Tüzüğü”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl. 31, S. 2, 2011, s. 1-33.

Aytaç İsmail, Yardımcı Üreme Tekniklerinin Hukuk ve Adli Tıp Açısından İncelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, ilt., İstanbul, 2002.

Baillon-Wirtz Nathalie, “Surrogate Motherhood in France: Ethical and Legal Issues”, in **Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective**, Editör: Piotr Mostowik, Varşova, Prawo Prywatne, 2019, s. 99-132.

Bala Nila, “The Hidden Costs of the European Court of Human Rights’ Surrogacy Decision”, **The Yale Journal of International Law Online**, Cilt 40, Sonbahar 2014, s. 11-19.

Balkar-Bozkurt, Süheyla, “Uluslararası Özel Hukuk’ta Bitmeyen Tartışma: Atıf (Renvoi) Teorisi, Uygulaması ve Değerlendirmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Doç. Dr. Melike Batur Yamaner’in Anısına Armağan, Sayı 2, Cilt 2, 2014, s. 795-863.

Baran-Çelik Neşe, **Milletlerarası Özel Hukukta Soybağının Kurulması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 41.

Barbieri Robert, “Female Infertility”, **Yen & Jaffe's Reproductive Endocrinology: Physiology, Pathophysiology, and Clinical Management**, Editör: Robert Barbieri, Jerome Strauss, Philadelphia: Elsevier, 2019.

Baruffi Maria Caterina, “International Surrogacy Arrangements Test The Public Policy Exception: An Italian Perspective”, **Yearbook of Private International Law**, Volume 19, 2017/2018, s. 295-312.

Bassan Sharon, “Different but Same: A Call for a Joint Pro-Active Regulation of Cross-Border Egg and Surrogacy Markets”, **Health Matrix**, Cilt 28, Sayı 1, 2018, s. 323-363.

Bayata-Canyaş Aslı, “Roma I Tüzüğü ile Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Örtülü Hukuk Seçimi”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y.1, S.1, 2011, s. 110-121.

Baygın Cem, **Soybağı Hukuku**, 1. Baskı, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2010.

Bayraktaroğlu-Özçelik Gülüm, “Roma III Tüzüğü Uyarınca Boşanma ve Ayrılığa Uygulanacak Hukukun Tayini ve Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 61, S. 2, 2012, s. 505-539.

Baysal Başak, “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, XII Levha Yayıncılık, Cilt 1, İstanbul, 2010, s. 494-533.

Blauwhoff Richard/ Frohn Lisette, “International Commercial Surrogacy Arrangements: The Interests of the Child as a Concern of Both Human Rights and Private International Law”, **Fundamental Rights in International and European Law**, Editör: Paulussen C., Takacs T., Lazić V., Van Rompuy B., T.M.C. Asser Press, The Hague, 2016, s. 211- 241.

Boele-Woelki Katharina, “For Better or For Worse: The Europeanization of International Divorce Law”, **Yearbook of Private International Law**, Volume 12, 2010, s. 1-26.

Boyd Susan B., “Gendering Legal Parenthood: Bio-Genetic Ties, Intentionality and Responsibility”, **Windsor Yearbook of Access to Justice**, 2007, s. 1-28.

Börü Şafak Parlak, “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Yıl: 39, S.1, 2019, s. 99.

Bracken Lydia, “Assessing the Best Interests of the Child in Cases of Cross-border Surrogacy: Inconsistency in the Strasbourg Approach?”, **Journal of Social Welfare and Family Law**, C. 39, S. 3, 2017, s. 1-12.

Brazier Margaret / Campbell Alastair / Golombok Susan, “Surrogacy: Review for Health Ministers of Current Arrangements for Payments and Regulation”, Report of the Review Team, Department of Health and Social Care, Cm 4068, 1998, s. 1-73. (Brazier Raporu)

Brugger Kristiana, “International Law in the Gestational Surrogacy Debate”, **Fordham International Law Journal**, Cilt 35, Sayı 3, 2012, s. 665-697.

Caamano Jessica, “International, Commercial, Gestational Surrogacy Through The Eyes of Children Born to Surrogates in Thailand: A Cry For Legal Attention”, **Boston University Law Review**, Cilt 96, Sayı 571, 2016.

Calandrillo Steve P., Deliganis Chryssa V., “In Vitro Fertilization and the Law: How Legal and Regulatory Neglect Compromised a Medical Breakthrough”, **Arizona Law Review**, Vol. 57:2, 2015.

Capron A.M. / Radin, M.J., ”Choosing Family Law over Contract Law as a Paradigm for Surrogate Motherhood”, **Law, Medicine & Health Care**, Volume 16: 1-2, 1988, s. 34-43.

Carbone June, “The Role of Contract Principles In Determining The Validity of Surrogacy Contracts”, **Santa Clara Law Review**, Volume 28, No 3, 1988, s. 581-610.

Carbone June/Madeira Jody Lyneé, “The Role of Agency: Compensated Surrogacy and The Institutionalization of Assisted Reproduction Practices”, **Washington Law Review Online**, Vol. 90:7, s. 7-30.

Coffey Lindsey, “A Rights-Based Claim to Surrogacy: Article 23 of The Convention on The Rights of Persons With Disabilities”, **Michigan State International Law Review**, Vol. 20:2, 2012, s. 262-291.

Cohen Barbara/Friend Teresa Lynn, “Legal and Ethical Implication of Surrogate Mother Contracts”, **Clinics in Perinatology**, Vol. 14, No.2, 1987, 281–292.

Çam Gülçin, Milletlerarası Özel Hukukta Soybağı İlişkisi, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.

Çelik Nazlı Hilal, “Taşıyıcı Anelikte Çocuğun Soybağı Sorunu”, **Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 21, 2017, s. 25 – 50.

Çelikel Aysel/Erdem Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 17. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2021.

Çınar Kazım, Milletlerarası Özel Hukukta İrade Serbestisi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış doktora tezi, İstanbul, 2021.

Çilingiroğlu Cüneyt, “Devletler Özel Hukukunda Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Subjektif Bir Bağlama Noktası Olarak Taraf İradeleri”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl 9, Sayı 2, 1989, s. 103-120.

Çobanoğlu Nesrin, “Tıp Etiğinden Tıp Hukukuna Hasta Hakları Olarak Aydınlatılmış Onam”, **Sağlık Hukuku Digestası**, Sayı: 1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2009, s. 70-86.

Dana Daniela, **Contract Children Questioning Surrogacy**, Stuttgart, İbidem-Verlag, 2015.

Dardağan-Kibar Esra, “Uluslararası Özel Hukukta Soybağı ve Velayete İlişkin Sorunlar”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, 2011, s. 541-560.

Datta Jessica, Palmer Melissa, Tanton Clare, Gibson Lorna, Jones Kyle, Macdowall Wendy, Glassier Anna, Sonnenberg Pam, Field Nigel, Mercer Catherine, Johnson Anne, Wellings Kaye, “Prevalence of Infertility and Help Seeking Among 15 000 Women and Men.”, **Human Reproduction**, Cilt 31, Sayı 9, 2016.

De Alcantara Marcelo, “Surrogacy in Japan: Legal Implications For Parentage and Citizenship”, **Family Court Review**, Vol. 48 No. 3, July 2010, s. 417–430.

Demir-Gökyayla Cemile, **Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013.

Demirkol Berk, **Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

Deomampo Daisy, Defining Parents, “Making Citizens: Nationality and Citizenship in Transnational Surrogacy”, **Medical Anthropology**, Cilt 34, Sayı 3, 2015, s. 167-188.

Dindar Kübra Nur, “Taşıyıcı Anelik Yoluyla Doğan Çocuğun Soybağına Uygulanacak Hukuk ve Kamu Düzeni Etkisi”, **Fasikül**, Cilt 12, Sayı 132, 2020, s. 13-32.

Ding Chunyan, “Surrogacy Litigation in China and Beyond”, **Journal of Law and the Biosciences**, Cilt 2, Sayı 1, 2015.

Doğan İzzet, **Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010.

Doğan Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6. Baskı, Ankara, Savaş Yayınevi, 2020.

Dolgin Janet L., “Status and Contract in Surrogate Motherhood: An Illumination of the Surrogacy Debate”, **Buffalo Law Review**, Vol. 38, 1990, s. 516-550.

Dolunay Ayhan, **Türk Hukukunda ve Kıbrıs Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi**, İstanbul, On İki Levha, 2015.

Dosouto Carlos, Haahr Thor, Humaidan Peter, “Advances in Ovulation Strategies”, **Panminerva Medica**, Cilt 61, Sayı 1, Torino, İtalya, 2019.

Douglas Gillian, “The Intention to be a Parent and the Making of Mothers”, **The Modern Law Review**, Cilt 57, Sayı 4, 1994.

Druzenko Gennadiy, “Ukraine”, **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 357-365.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan, **Türk Özel Hukuku Kişiler Hukuku**, Cilt 2, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mutafa Alper, **Türk Özel Hukuku Aile Hukuku**, Cilt 3, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.

Dushina A.D., Kersha Yu.D., Larkina T.Yu. & Provorova D.D., “The Legitimation of Commercial Surrogacy in Russia”, **Russian Social Science Review**, Vol. 59, No. 2, 2018, s. 153–175.

Dushina Anastasiya/Kersha Yuliya/Larkina Tatyana/Provorova Darya, “The Legitimation of Commercial Surrogacy in Russia”, **Russian Social Science Review**, Cilt 59, Sayı 2, 2018.

Ekşi Nuray, “Yabancı Mahkemenin Aşırı Yetkisinin Tenfiz Mahkemesince Denetlenmesi (5718 sayılı MÖHUK m. 54/b)”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 9, C. IX, S. 2, Haziran 2010, s. 25-70. (Aşırı Yetki)

Ekşi Nuray, “Mahkeme Kararlarında Sınırışan Taşyıcı Anneliğe İlişkin Hukuki Sorunlar”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 36, Sayı 2, 2016, s. 1-51. (Taşyıcı Annelik)

Epstein Richard A., “Surrogacy: The Case for Full Contractual Enforcement”, **Virginia Law Review**, Vol. 81:2305, 1995, s. 2305-2341.

Eren Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 22. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.(**Borçlar Genel**)

Erdem B. Bahadır, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi ile Avrupa Brüksel II Tüzüğü”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk ile İlgili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları**, N. 18, İstanbul, 2006, s. 133-168.

Erdem Mehmet/Makaracı-Başak Aslı, **Aile Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022.

Ergas Yasmine, “Babies without Borders: Human Rights, Human Dignity and the Regulation of International Commercial Surrogacy”, **Emory International Law Review**, Vol.27, 2013, s. 117-188.

Ergüneş Seda, “Yapay Dölllenme”, **İstanbul Barosu Dergisi**, 2012/10, s. 167-177.

Erkan Mustafa, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 15, Sayı 2, 2011, s. 81-121.

Erol Yasemin, **Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

Ersen-Perçin Gizem, **Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Mal Rejimleri**, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 69-70.

Fausser Bart, “Medical Approaches to Ovarian Stimulation for Infertility”, **Yen & Jaffe's Reproductive Endocrinology: Physiology, Pathophysiology, and Clinical Management**, Editör: Robert Barbieri, Jerome Strauss, Philadelphia: Elsevier, 2019.

Fenton-Glynn Claire, “Human Rights and Private International Law: Regulating International Surrogacy”, **Journal of Private International Law**, Cilt 10, Sayı 1, 2014.

Fenton-Glynn Claire, “International surrogacy Before the European Court of Human Rights”, **Journal of Private International Law**, Cilt 13, Sayı 3, 2017, s. 546-567.

Fenton-Glynn Claire, “Outsourcing Ethical Dilemmas: Regulating International Surrogacy Arrangements”, **Medical Law Review**, Cilt 24, Sayı 1, 2016, s. 59-75.

Fenton-Glynn Claire, “Review Article Human Rights And Private International Law: Regulating International Surrogacy”, **Journal of Private International Law**, Cilt 10, Sayı 1, Nisan 2014, s. 157-169.

Fenton-Glynn Claire, “The Difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations”, **The Cambridge Law Journal**, Cilt 74, Mart 2015.

Forder Caroline, Saarloos Kees Jan, “The Establishment of Parenthood: A Story of Successful Convergence?”, **Maastricht Faculty of Law Working Papers**, Vol. 2007, No. 1, 2007, s. 1-78.

Forman Deborah, “Abortion Clauses in Surrogacy Contracts: Insights from a Case Study”, **Family Law Quarterly**, Cilt 49, Sayı 1, 2015.

Galbraith Mhairi, McLachlan Hugh V., Swales J. Kim, “Commercial Agencies and Surrogate Motherhood: A Transaction Cost Approach”, **Health Care Analysis**, Vol. 13, No. 1, 2005, s. 11-31.

Gelgel Günseli, **Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler- Ders Notları**, 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2012.

Gemalmaz Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, 8. Bası, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2012.

Gemici Filiz Beste, *Milletlerarası Özel Hukukta Evlat Edinme*, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2016.

Gerber Paula, O'Byrne Katie, "Souls in the House of Tomorrow; The Rights of the Children Born via Surrogacy", **Surrogacy, Law and Human Rights**, Editörler: Paula Gerber, Katie O'Byrne, New York, Roudledge, 2016 s. 85.

Gezder Ümit, **Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu**, 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2009.

Giray Faruk Kerem, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alınan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta, 2010.

Goodwin Anne, "Determination of Legal Parentage in Egg Donation, Embryo Transplantation, and Gestational Surrogacy Arrangements", **Family Law Quarterly**, Cilt 26, Sayı 3, Sonbahar 1992, s. 275-291.

Gostin Larry, "A Civil Liberties Analysis of Surrogacy Arrangements", **Law, Medicine & Health Care**, Cilt 16, Sayı 1, 1988.

Gök Ayşegül Kübra, *Milletlerarası Özel Hukukta Gerçek Kişilerin Şahsi Statüsü*, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Gaziantep, 2019.

Gönenç Fulya İlçin, "Yardımcı Üreme Tekniklerinde Hukukî Sorunlar", **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 306, Ankara, 2015, s. 63-82.

Görgülü Ülfet, "Taşıyıcı Annelik: Fıkhi Bir Bakış", **İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi**, Sayı 15, 2010, s. 197-208.

Görgün L. Şanal/ Börü Levent/Toraman Barış/Kodakoğlu Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

Gössl Susanne Lilian, "The Recognition of a "Judgment of Paternity" in a Case of Cross-Border Surrogacy Under German Law, Commentary to Bgh, 10 December 2014, Az. XII Zb 463/13", **Cuadernos de Derecho Transnacional**, Cilt 7, Sayı 2, Ekim 2015. (Recognition)

Gössl Susanne L., "Germany", **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 131-142. (Germany)

Grammaticaki-Aexiou Anastasia, "Artificial Reproduction Technologies and Conflict of Laws: An Initial Approach", **Louisiana Law Review**, Volume 6:4, 2000, s. 1114-1121.

Gruenbaum Daniel, "Foreign Surrogate Motherhood: mater semper certa erat", **The American Journal of Comparative Law**, Vol. 60, No. 2, Bahar 2012, s. 475-505.

Grušić Uglješa, "The Difficulty of Enforcing Surrogacy Regulations", **The Cambridge Law Journal**, 2015, s. 34-37.

Güven Pelin, **Tanım-Tenfiz (Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Hakeri Hakan, “Taşıyıcı Annelik”, **Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 306, Ankara, 2015, s. 83-92.

Hakeri Hakan, **Tıp Hukuku**, 21. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2020.

Hall J.C., “Surrogacy And Adoption in Two Jurisdictions”, **The Cambridge Law Journal**, Cilt 51, Sayı 1, Mart 1992.

Hall Martha, “Rights and the Problem of Surrogate Parenting”, **The Philosophical Quarterly**, Cilt 35, Sayı 141, Ekim 1985, s. 414-424.

Harland Alexandra /Limon Cressida, “Recognition of Parentage in Surrogacy Arrangements in Australia”, in **Surrogacy, Law and Human Rights**, Editörler: Paula Gerber, Katie O’Byrne, New York, Roudledge, 2016, s. 145- 166.

Harris Jonathan, “Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation”, in **Rome I Regulation : The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe**, Editörler: Franco Ferrari, Stefan Leible, Sellier - European Law Publishers GmbH, Münih, 2009, s. 269-342.

Hatice Selin Pürselim Arning, **Türk, Alman ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuklarında Ad (Ada, Ad Değiştirme Davasına, Kayıt Düzeltme Davasına Uygulanacak Hukuk ve Tanıma Usulü)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

Hayırlı-Özyol Emine Nazlı, “Doğum Defektleri ve Prenatal Tanı”, **Sağlık&Bilim 2022: Genel Embriyoloji-II**, Editörler: Murat Akkuş, İstanbul, Efeakademi Yayınları, 2022, s. 101-116.

Hey Keith J, “Assisted Conception and Surrogacy - Unfinished Business”, **The John Marshall Law Review**, Vol. 26, Issue 4, s. 775-819.

Hostiuc Sorin, Iancu Cristian Bogdan, Naştaşel Valentina, Aluaş Maria, Rentea Irina, “Maternal Filiation in Surrogacy. Legal Consequences in Romanian Context and the Role of the Genetic Report for Establishing Kinship”, **Romanian Society of Legal Medicine**, Cilt XXIV, Sayı 1, 2016.

Huysal Burak, **Devletler Özel Hukukunda Velâyet**, İstanbul, Legal, 2005. (Velâyet)

Huysal Burak, “Yabancı Mahkemenin Dava ve Taraflar ile Gerçek Bağlantısının Tanıma ve Tenfiz Üzerindeki Etkisi”, **GÜHFD**, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan, C. 10, S. 1, 2011, s. 467-502. (Bağlantı)

İlçin-Gönenç Fulya, “Hukuki ve Etik Boyutuyla Medikal Turizm”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Cevdet Yavuz’a Armağan**, C. 22, S. 3, 2016, s. 1173-1184.

Jackson Emily ‘What is a Parent?’ in **Feminist Perspectives on Family Law**, Editörler: Alison Diduck/ Katherine O’Donovan, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007, s. 59-74.

Jacobson Heather, “Gestational Surrogacy and the Work of Making Babies”, **Rutgers University Press**, United States of America, 2016.

James Alyssa, “Gestational Surrogacy Agreements: Why Indiana Should Honor Them and What Physicians Should Know Until They Do”, **Indiana Health Law Review**, Vol. 10:1, 2013, s. 175-210.

James Summer/ Chilvers Rebecca/ Havemann Dara/ Phelps John, “Avoiding Legal Pitfalls in Surrogacy Arrangements”, **Reproductive BioMedicine Online**, Cilt 21, Sayı 7.

Jan Saarlos Kees, “European Private International Law on Legal Parentage? Thoughts on a Europeaninstrument Implementing the Principle of Mutual Recognition in Legal Parentage.”, 2010. Yayımlanmamış doktora tezi, Maastricht University. Océ Business Services. <https://cris.maastrichtuniversity.nl/ws/portalfiles/portal/887335/guid-172932e6-fb2d-4fde-a78e-64f131c0d803-ASSET1.0.pdf>. (ET. 28.5.2022)

Kalkan-Oğuztürk Burcu, **Türk Medeni Hukukunda Biyoetik Sorunlar**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Kamacı Mahmut, “Embriyo Nakillerinde Oluşan Nesep (Soybağı) Sorunları”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 93-111.

Kanics Jyothi, “Preventing and Addressing Statelessness *In the Context of International Surrogacy Arrangements*”, **Tilburg Law Review**, Cilt 19, 2014, s. 117-126.

Sirmen Kazım Sedat, **Milletlerarası Özel Hukukta Culpa in Contrahendo Sorumluluğuna Uygulanacak Hukukun Tayini**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Keser, Leyla, Ödünç Annelik Sözleşmesi, **Argumentum Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl: 7, S. 52, 1997, s. 306-314.

Keyes, Mary “Cross-border surrogacy agreements”, **Australian Journal of Family Law**, Vol: 26, 2012, s. 28-50.

Kılıçoğlu Ahmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Turhan Kitabevi, 2021.

Kırkbeşoğlu Nagehan, **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006.

Kirshner Shany Noy, "Selling a Miracle: Surrogacy through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy," **Journal of International Business and Law**, Vol. 14, No. 1, 2015, s. 77-98

Kirshner Shany Noy, “Selling A Miracle? Surrogacy Through International Borders: Exploration of Ukrainian Surrogacy”, **Journal of International Business and Law**, Cilt 14, Sayı 1, 2015, s. 77- 97.

Kleiner Caroline, “Surrogate motherhood in France: the need for a change Considerations of French Private International Law”, **Kansai University Review of Law and Politics**, Vol. 38, 2017, s. 49-62.

Koç Evren, “HMK ve TMK Çerçevesinde Evlat Edinme ve Evlatlık İlişkinin Kaldırılması Davasına İlişkin Bazı Tespitler”, **İÜHFİM**, C. LXXIII, S. 1, 2015, s. 363-388.

Rokas A. Konstantinos, “Greece”, **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 143-166. (Greece)

Küpe Bahar, **Milletlerarası Özel Hukukta Şekil**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

Larkey, Amy M., "Redefining Motherhood: Determining Legal Maternity in Gestational Surrogacy Arrangements", **Drake Law Review**, Vol. 51(3), 2003, s. 605-632.

Lascarides Denise E., "A Plea for the Enforceability of Gestational Surrogacy Contract", **Hofstra Law Review**, Vol. 25, Issue: 4, 1997, s. 1222-1259.

Laufer-Ukeles Pamela, "Mothering for Money: Regulating Commercial Intimacy, Surrogacy, Adoption", **Indiana Law Journal**, Vol:88, Issue: 4, Article 6, 2013, s. 1223-1279.

Leibowitz-Dori Iris, "Womb for Rent: The Future of International Trade in Surrogacy", **Minnesota Journal of International Law**, Vol. 6:329, 1997, s. 329-354.

Lescastereyres Isabelle Rein, "Recognition of the Parent-Child Relationship as a Result of Surrogacy and The Best Interest of the Child", **ERA Forum**, Cilt 16, Sayı 2, Ağustos 2015, s. 149–162.

London Catherine, "Advancing A Surrogate-Focused Model of Gestational Surrogacy Contracts", **Cardozo Journal Of Law & Gender**, Volume 18, No 2, 2012, s. 391-422.

Maebh Harding, "Ireland", **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 219-230.

Margalit Yehezkel, "In Defense of Surrogacy Agreements: A Modern Contract Law Perspective", **William & Mary Journal of Women and the Law**, Cilt 20 Sayı 2, 2014, s. 423-468.

Maria-Jose Pietrini-Sanchez, "A Case for the Asymmetric Enforceability of Surrogacy Contracts", **The Journal of Political Philosophy**, Volume 28, Number 4, 2020, s. 438–454.

Martínez de Aguirre Carlos, "Surrogate motherhood in Spanish and Latin American law: the law and the loophole", in **Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective**, Editör: Piotr Mostowik, Varşova, Prawo Prywatne, 2019, s. 367-398.

Mason J.K, **The Troubled Pregnancy: Legal Wrongs and Rights in Reproduction**, 1. Basım, New York, Cambridge University Press, 2007.

Mazer Deborah, "Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts", **Yale Journal of Law & Feminism**, Cilt 28, Sayı 1, 2017, s. 212-241.

Mazer Deborah, "Born Breach: The Challenge of Remedies in Surrogacy Contracts", **Yale Journal of Law & Feminism**, Vol: 28:211, 2017, s. 211-241.

McLeod Carolyn/Botterell Andrew, "A Hague Convention on Contract Pregnancy (or "surrogacy"): Avoiding Ethical Inconsistencies with the Convention on Adoption", **International Journal of Feminist Approaches to Bioethics**, Cilt 7, Sayı 2, Sonbahar 2014.

McMahan Aisling M., "Surrogacy, Law and Human Rights", **European Journal of Health Law**, Sayı 24, 2017.

Meilhac-Perri Marion, “Surrogacy Across State Lines: Challenges and Responses-National Regulation and Cross-Border Surrogacy in France”, **Yearbook of Private International Law**, Vol. 16, 2014/2015, s. 275-288.

Merino Faith, **Adoption and Surrogate Pregnancy**, New York, Infobase Publishing, 2010.

Metin Sevtap, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İkinci Edisyon, İstanbul, Betim Yayınevi, 2019.

Millbank Jenni, “the New Surrogacy Parentage Laws in Australia: Cautious Regulation or ‘25 Brick Walls’?”, **Melbourne University Law Review**, Vol. 35:1, 2011, s. 165-207

Mills Alex, **Party Autonomy in Private International Law**, Cambridge University Press, 2018. (Party Autonomy)

Mills Alex, “The Dimensions of Public Policy in Private International law”, **Journal of Private International Law**, Vol. 4, No. 2, s. 201-236. (Public Policy)

Mitwally Mohamed, Casper Robert, “Oral Agents for Ovarian Stimulation”, **Ovarian Stimulation**, Editör: Mohamed Aboulghar, Botros Rizk, New York: Cambridge University Press, 2011.

Mohapatra Seema, “Adopting an International Convention on Surrogacy”, **Loyola University Chicago International Law Review**, Cilt 13, Sayı 1, 2015.

Mohapatra Seema, “Stateless Babies & Adoption Scams: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy”, **Berkeley Journal of International Law**, Cilt 30, Sayı 2, 2012, s. 25-55.

Morgan Derek, “The Surrogacy Issue: Who is the Other Mother”, **International Journal of Law and the Family**, Cilt 8, Sayı 3, 1994, s. 386-412.

Morrissey Joseph F., “Surrogacy: the Process, the Law, and the Contracts”, **Willamette Law Review**, Vol. 51: 459, 2015.

Muaygil, Ruaim, “Reexamining the Prohibition of Gestational Surrogacy in Sunni Islam”, **Developing World Bioethics**, Cilt 17, Sayı 2, 2017.

Nichol, Brittany M., “A Child Without A Country: Dissolving the Statelessness of Children Born Through Surrogacy”, **Michigan State Law Review**, 2016, s. 907-945.

Nomer Ergin, **Devletler Hususî Hukuku**, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2017. (DHH)

Nomer Ergin, **Milletlerarası Usul Hukuku**, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2018. (Usul)

Nomer Ergin, “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, 2. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2001, s. 909-922. (Kesinleşme)

Nomer Haluk Nami, “Sunî Döllenne Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545-594.

O’Hara Erin A./Ribstein Larry E., **The Law Market**, Oxford University Press, New York, 2009.

Oğuzman Kemal / Barlas Nami, **Medenî Hukuk Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, 23. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.

Oğuzman Kemal / Öz Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Cilt 1, 16. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.

Oğuzman Kemal/ Seliçi Özer/ Oktay-Özdemir Saibe, “**Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**”, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2016.

Ohs Alayna, “Power of Pregnancy: Examining Constitutional Rights in a Gestational Surrogacy Contract”, **Hastings Constitutional Law Quarterly**, Cilt 29, Kış 2002.

Ömeroğlu Ekin, **Aynı Haklara Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Yargı Merciiinin Tayininde İrade Serbestisi Prensibi**, Ankara, 2017, s. 152-155.

Özbilen Arif Barış, **İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukukî İşlemler**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.

Özdemir Hayrünisa / Ruhi Ahmet Cemal, **Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Özdemir Hayrünisa, “Yapay Döllenne ve Soybağı”, **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013.

Özdemir Kocasakal Hatice, “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Möhuk m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl 30, Sayı 1-2, 2010, s. 27-88. (MÖHUK m. 24)

Özdemir Kocasakal, Hatice, **Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri**, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001. (Doğrudan Uygulanan Kurallar)

Özdemir Saibe Oktay, “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, **Filiz Kitabevi**, İstanbul, 2013, s. 909-931.

Özel Sibel / Erkan Mustafa, **Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Özel Sibel, “Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m.24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Sayı 2, Y.22, 2002, Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, s. 577-617. (Objektif)

Özel Sibel, “Ülkelerarası Evlat Edinme”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Ata Sakmar’a Armağan**, 2011/1, s. 609-618. (Evlat Edinme)

Özel Sibel/ Erkan Mustafa/Pürselim Hatice Selin/Karaca Hüseyin Akif, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.

Özgenç Zeynep, “Velâyet Uygulanacak Hukukun Tespitinde Kamu Düzeni Müdahalesine İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXII, Sayı 1, 2018, s. 3-47.

Özgür Çiçek, Milletlerarası Özel Hukukta Evlilik Birliğinin Kurulması ve Sona Ermesi, (yayımlanmamış doktora tezi), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2020.

Özkan Işıl, **Devletler Özel Hukukunda İkametgâh, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi**, Ankara, Naturel Yayınları, 2003.

Özsunay Ergun, “Üremeye Yardımcı Tedavi Tekniklerine İlişkin Hukuki Sorunlar”, **II. Sağlık Hukuku Kurultayı**, 7-8 Kasım 2008 Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2009, s. 57-82.

Pande Amrita, **Wombs in Labor: Transnational Surrogacy in India**, Columbia University Press, New York, 2014.

Panitch Vida, “Surrogate Tourism and Reproductive Rights”, **Hypatia**, Cilt 28, Sayı 2, Bahar 2013.

Pauknerová Monika, “Czech Republic”, **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 105- 117.

Perdue Abigail Lauren, “For Love or Money: An Analysis of the Contractual Regulation of Reproductive Surrogacy”, **The Journal of Contemporary Health Law and Policy**, Vol. 22:2, 2011, s. 279-313.

Perreau-Saussine Louis / Sauvage Nicolas, “France”, **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 119-130.

Piotr Rodziewicz, “International Surrogacy-Conflict-of-laws and Procedural Issues of Judicial Cooperation in Civil Matters”, in **Fundamental Legal Problems of Surrogate Motherhood Global Perspective**, Editör: Piotr Mostowik, Varşova, Prawo Prywatne, 2019, s. 899-932.

Pol Rutuja, “Proposing an International Instrument to Address Issues Arising out of International Surrogacy Arrangements”, **Georgetown Journal of International Law**, Cilt 48, 2017, s. 1309-1335.

Posner, Richard A., “The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood”, **Journal of Contemporary Health Law and Policy**, Vol. 5:21, 1989, s. 21-31.

Pürselim-Arning, Hatice Selin, “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 27, Sayı 1, 2021, s. 513-542.

Pyrce Caitlin, "Surrogacy and Citizenship: A Conjunctive Solution to a Global Problem", **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Sayı 23, 2016, s. 925-952.

Quinn Devon, “Her Belly, Their Baby: A Contract Solution for Surrogacy Agreements”, **Journal of Law and Policy**, Cilt 26, Sayı 2, 2018, s. 805-846.

Rimm Jennifer, “Booming Baby Business: Regulating Commercial Surrogacy in India”, **University of Pennsylvania Journal of International Law**, Sayı 30, Haziran 2009.

Rokas Konstantinos, “National Regulation and Cross-Border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations”, **Yearbook of Private International Law**, Volume 16 2014/2015, s. 289-314.(Surrogacy)

Rotabi Smith Karen/Bromfield Footen Nicole/Fronek Patricia, “International Private Law to Regulate Commercial Global Surrogacy Practices: Just What Are Social Work’s Practical Policy Recommendations?”, **International Social Work**, Cilt 58, Sayı 4, 2015, s. 575-581.

Ruhi Ahmet Cemal, **Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019. (Kamu Düzeni)

Ruhi Ahmet Cemal, **Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003. (Evlat Edinme)

Ruhl Giesela, “Consumer Protection in Choice of Law”, **Cornell International Law Journal**, Vol. 44, Issue 3, 2011, s. 570-600.

Ryznar Margaret, “International Commercial Surrogacy and Its Parties”, **The John Marshall Law Review** 1010, Vol. 43, Issue 4, 2010, s. 1009-1039.

Sakmar Atâ, **Yabancı İlâmların Türkiye’deki Sonuçları**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1982

Sakthivel Poongothai, Thangaraj Gopenath, Manonayaki Subbian, “Genetics of human male infertility”, **Singapore Medical Journal**, Singapur, Cilt 54, 2009.

Sander Anne, “Multiple Parenthood: Towards a New Concept of Parenthood in German Family Law”, in **Motherhood and the Law**, Editörler: Harry Willekens, Kirsten Scheiwe, Theresa Richarz, Eva Schumann, University of Göttingen, Göttingen, 2019, s. 119-154.

Sanger Carol, ‘Developing Markets in Baby-Making: In the Matter of Baby M.’, **Harvard Journal of Law and Gender**, Vol: 30(1), 2007, s. 67-97.

Sargın Fügen, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, **AÜHFD**, Sayı 2, Yıl 2001, s. 37-95.

Savaş Esra, **Tıp Hukukunda Taşıyıcı Annelik**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tıp Hukuku Anabilim Dalı, ilt., İstanbul, 2019.

Scott Elizabeth, “Surrogacy and the Politics of Commodification”, **Law and Contemporary Problems**, Cilt 72, Sayı 3, Summer 2009, s. 109-146.

Seaton Megan, “Proper Procedure For The Termination of Parental Rights in Traditional Surrogacy Agreements”, **American Journal of Trial Advocacy**, Sayı 40, 2017.

Serozan Rona, **Çocuk Hukuku**, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (Çocuk Hukuku)

Serozan Rona, **Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku**, 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017. (Medenî Hukuk)

Sevtap Metin, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik”, İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları, 2012

Shakargy Sharon, “Choice of law for surrogacy agreements: in the in-between of status and contract”, **Journal of Private International Law**, Vol. 16, No. 1, 2020, s. 138–162.

Shanley Mary, **Making Babies, Making Families**, Boston, Beacon Press, 2002.

Shapo Helene, “Matters of Life and Death: Inheritance Consequences of Reproductive Technologies”, **Hofstra Law Review**, Cilt 25, Sayı 4, 1997, s. 1093-1220.

Sher Geoffrey / Davis Virginia Marriage / Stoess Jean, **In Vitro Fertilization the A.R.T. of Making Babies**, 3. Baskı, New York A.B.D, Facts on File, Inc., 2005.

Sills Eric Scott, **Handbook of Gestational Surrogacy: International Clinical Practice and Policy Issues**, Cambridge, Cambridge University Press, 2016.

Synder Steven H. / Byrn Mary P., “The Use of Prebirth Parentage Orders in Surrogacy Proceedings”, **Family Law Quarterly**, S. 39, 2005, s. 633-662.

Snow Dave, **Assisted Reproduction Policy in Canada Framing, Federalism and Failure**, University of Toronto Press, Toronto, Buffalo, London, 2018.

Spar Debora L., “For Love and Money: The Political Economy of Commercial Surrogacy”, *Review of International Political Economy*, Vol. 12:2, May 2005, s. 287–309

Spar Debora, Harrington Anna M., “Building a Better Baby Business”, **Minnesota Journal of Law, Science & Technology**, Vol. 10:1, 2009, s. 41-69.

Stark Barbara, “Transnational Surrogacy and International Human Rights Law”, **ILSA Journal of International & Comparative Law**, Sayı 18, 2011, s. 369-386.

Stoll Jane, *Surrogacy Arrangements and Legal Parenthood Swedish Law in a Comparative Context*, (yayımlanmamış doktora tezi), Uppsala Universitet, Uppsala, 2013. <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:649875/FULLTEXT01.pdf>.

Straehle Christine, “Is There a Right to Surrogacy?”, **Journal of Applied Philosophy**, Cilt 33, Sayı 2, Mayıs 2016, s. 146-159.

Strasser Mark, “Traditional Surrogacy Contracts, Partial Enforcement, and the Challenge for Family Law”, **Journal of Health Care Law & Policy**, Vol:18:85, 2015, 85-113.

Struycken Teun, “Surrogacy, a New Way to Become a Mother? A New Private International Law Issue”, in **Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr**, Editörler: Boele-Woelki K., Einhorn T., Girsberger D., Symeonides S., Hollanda, Eleven International Publishing, 2010, s. 357-372.

Sucker Stefanie, “To Recognize or Not to Recognize? That Is the Question! Motherhood in Cross-Border Surrogacy Cases”, **European Journal of Law Reform**, Cilt 17, Sayı 2, 2015, s. 257-270.

Sucker Stefanie, “To Recognize or Not to Recognize? That is the question”, **European Journal of Law Reform**, Vol. 17, No. 2, 2015, s. 257-270.

Suter Sonia M., “Giving in to Baby Markets: Regulation Without Prohibition”, **Michigan Journal of Gender & Law**, Vol. 16: 21, 2009, s. 221.

Svitnev Konstantin, Legal regulation of assisted reproduction treatment in Russia, **Reproductive BioMedicine** Vol. 20, 2010, s. 892– 894.

Symeonides Symeon C., “Party Autonomy in Rome I and II from a Comparative Perspective”, in **Convergence and Divergence in Private International Law – Liber Amicorum Kurt Siehr**, Editörler: Boele-Woelki K., Einhorn T., Girsberger D., Symeonides S., Hollanda, Eleven International Publishing, 2010, 513-550.

Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman-Figanmeşe İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 8. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayım, 2020.

Şensöz-Malkoç Ebru, **Aile Hukukuna İlişkin Yabancı Kararların Tanınması**, İstanbul, On İki Levha, 2017. (Tanıma)

Şensöz-Malkoç Ebru, “Uluslararası Taşiyıcı Annelik Sözleşmesinden Doğan İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt 35, Sayı 2, 2015, s. 13-50. (Taşiyıcı Annelik)

Şit Banu, “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizinde Kesinleşme Şartı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 15, S. 1, 2011, s. 61-74.

Tan-Dehmen Mine, Milletlerarası Usul Hukukunda Yabancı Belgelerin İspat Gücü, (yayımlanmamış doktora tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2021.

Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.

Tanrıver Süha, “Yabancı Hakem Kararların Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeni”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Yıl 17-18, Sayı 1-2, 1997-1998, s. 467-491.

Tarman Zeynep Derya / Önay Işık, “Milletlerarası Evlât Edinme Hukukunda Kamu Düzeni Engeli”, **AUHFD**, C. 60, S.2 2011, s. 331-365

Tarman Zeynep Derya, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru taşıyan akdi borç ilişkilerinde Hukuk seçimi”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt 26, Sayı 1, 2010, s. 141-171. (Hukuk Seçimi)

Tarman Zeynep Derya, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, C. 25, Sayı 2, 2009, s. 299-334.(Roma I)

Tarman Zeynep Derya, “Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 193-221. (Roma II)

Tek Gülen Sinem, “Türk Hukukunda Kadının Vücudu Üzerindeki Tasarruf Hakkını Sınırlayan Düzenlemeler”, İstanbul Barosu Dergisi: Sağlık Hukuku Makaleleri II, **İstanbul Barosu Yayınları**, İstanbul, 2012, s. 103-130.

Tekinalp Gülören/ Uyanık-Çavuşoğlu Ayfer, **Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları**, 13. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2020.

Teman Elly, **Birthing a Mother: The Surrogate Body and the Pregnant Self**, California/London, University of California Press, Ltd., 2010.

Tieu Matthew M., "Altruistic Surrogacy: the Necessary Objectification of Surrogate Mothers", **Journal of Medical Ethics**, Vol: 35, 2009, s. 171–175.

Tobin John, "To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy?", **International and Comparative Law Quarterly**, Cilt 63, Sayı 2, 2014, s. 317- 352.

Trimmings Katarina/Beaumont Paul, "International Surrogacy Arrangements: An urgent Need for Legal Regulation at the International Level", **Journal of Private International Law**, Cilt 7, Sayı 3, 2011, s. 627-647.

Tsai Shelun et al.: "Surrogacy Laws in The United States", **Obstetrics & Gynecology**, C. 135, S. 3, 2020, s. 717-722.

Turek Paul, "Male Infertility", **Yen & Jaffe's Reproductive Endocrinology: Physiology, Pathophysiology, and Clinical Management**, Editör: Robert Barbieri, Jerome Strauss, Philadelphia: Elsevier, 2019.

Turgut Cemile, **Yapay Döllenme Taşıyıcı Annelik ve Soybağına İlişkin Hukuki Sorunlar**, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Tümay Murat, "The Margin of Appreciation Doctrine" Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights", **Ankara Law Review**, Vol. 5 No. 2, Winter 2008, s. 201-234.

Türkmen S. Ahsen, "Milletlerarası Özel Hukukta Taşıyıcı Annelik", **Milletlerarası Aile ve Çocuk Hukukuna İlişkin Seçilmiş Makaleler**, Editörler: Günseli Öztekin Gelgel /Faruk Kerem Giray, İstanbul, Beta, 2017, s. 137-190.

Tüzün Arpacıoğlu Işıl, "Yapay Döllenmenin Soybağına Etkileri", **Hukuk ve İktisat Araştırmaları Dergisi**, C. 5, S. 1, 2013, s.11-20.

Ulus-Karataş Ayşe Elif, "Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz, İşbirliğine Dair 1996 Tarihli Lahey Sözleşmesi ve Türk Milletlerarası Özel Hukukuna Etkisi", **MHB, Prof. Dr. Yücel SAYMAN'a ARMAĞAN**, Cilt 37, Sayı 2, 2017, s. 1073-1183.

Ungan Çalışkan Hazal, "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 22, Sayı 1, 2016, s. 489-509.

Uyanık-Çavuşoğlu Ayfer, "Avrupa Birliği'nde Aile Hukukunu Birleştirme Çabaları", **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Ata Sakmar'a Armağan, S. 2011/1. (Aile)

Uyanık-Çavuşoğlu, Ayfer, "Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişisine Uygulanacak Hukuk Sorunu", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 1997/1998-2007/2008 Üniversitemizin ve Fakültemizin 10. Yıl Kuruluş Armağanı, 2008/2, s. 315-322. (Soybağı)

Ünver Yener, “Türkiye’de Ceza Hukuku Açısından Sun’i Döllenme, **İlaç ve Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu**”, Yedi Tepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, İstanbul, 2008, s. 21-78.

Vander Borcht Mélodie, Wyns Christine, “Fertility and infertility: Definition and epidemiology”, **Clinical Biochemistry**, New York Cilt 62, 2018.

Verschelden Gerd / Verhellen Jinske, “Belgium”, **International Surrogacy Arrangements Legal Regulation at the International Level**, Editörler: Katarina Trimmings/Paul Beaumont, Oxford, Portland ve Oregon, Hart Publishing, 2013, s. 49-83.

Vonk Machteld J./Monéger Françoise, “Maternity for Another: a Double Dutch approach”, in **Collection Colloques Société de législation comparée**, Société de législation comparée, Paris, 2011, s. 1-15.

Wade Katherine, “The Regulation of Surrogacy: A Children’s Rights Perspective”, **Child Family Law Quarterly**, Cilt 29, Sayı 2, Haziran 2017.

Wagner William Joseph, “The Contractual Reallocation of Procreative Resources and Parental Rights: The Natural Endowment Critique”, **Case Western Reserve Law Review**, Vol. 41:1, 1990, s. 1-202.

Wells-Greco Michael, **The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements**, Hollanda, Eleven International Publishing, 2016.

Wells-Greco Michael/Dawson Henry, “Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons From The European Court of Human Rights”, **Yearbook of Private International Law**, Volume 16, 2014/2015, s. 315-343.

Wilkinson Stephan, “Exploitation in International Paid Surrogacy Arrangements”, **Journal of Applied Philosophy**, Cilt 33, Sayı 2, Mayıs 2016, s. 125-

Willekens Harry, “Motherhood as a Legal Institution: A Historical Sociological Introduction”, in **Motherhood and the Law**, Editörler: Harry Willekens, Kirsten Scheiwe, Theresa Richarz, Eva Schumann, University of Göttingen, Göttingen, 2019, s. 21-52.

Wilson Debra, “Avoiding the Public Policy and Human Rights Conflict in Regulating Surrogacy: The Potential Role of Ethics Committees in Determining Surrogacy Applications”, **University of California Irvine Law Review**, Cilt 7, Sayı 3, Aralık 2017.

Woliver Laura R., “The Influence of Technology on The Politics of Motherhood: An Overview of The United States”, **Women’s Studies IN. Forum**, Vol. 14, No. 5, 1991, s. 479-490.

Yasan Tepetaş Candan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Taşıyıcı Anneliğe İlişkin Kararlarının Türk Kamu Düzeni Bakımından Anlamı”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, S. 177-178, İstanbul, 2019, s. 1219-1262.

Yaşar Tuğçe Nimet, “Türk Mahkemelerinde Yabancı Hukukun Uygulanması”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni (MHB)**, Cilt 33, Sayı 2, İstanbul, 2013, s. 47-113.

Yılmaz Sinan, Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim “Surrogate Motherhood”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, ylt., İstanbul, 2002.

Zuckerman Jamie, “Extreme Makeover-Surrogacy Edition: Reassessing the Marriage Requirement in Gestational Surrogacy Contracts and the Right to Revoke Consent in Traditional Surrogacy Agreements”, **Nowa Law Review**, Cilt 32, Sayı 3, 2008, s. 661-683.

Zyl Liezl Van, Walker Ruth, “Beyond Altruistic and Commercial Contract Motherhood: The Professional Model”, **Bioethics**, 2012 (online), s. 1-9.

DİĞER KAYNAKLAR

https://www.nvi.gov.tr/kurumlar/nvi.gov.tr/mevzuat/nufusmevzuat/talimat/nufusislemeleri/081021-tarihli-nufus_mevzuatinin_uygulanmasina_iliskin_aciklamalar.pdf.

(Mevzuat Açıklama) (ET. 12.07.2022)

A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No. 10 of March 2012 for the attention of the Council of April 2012 on General Affairs and Policy of the Conference. (Preliminary Document No. 10) (ET. 02.09.2021)

A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No. 3C of March 2014. <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

(Preliminary Document No. 3C). (ET. 15.06.2022).

Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Preliminary Document No. 11. <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.

(Preliminary Document No. 11) (ET. 10.07.2022)

Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018), Preliminary Document No. 2A.
<https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf>.
 (Preliminary Document 2A) (ET. 17.08.2022)

Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention by Paul Lagarde 1997, s. 534-635. <https://assets.hcch.net/upload/expl34.pdf>. (Explanatory Report),
 (ET. 16.06.2022).

Practical Handbook on the Operation of the 1996 Hague Child Protection Convention, The Hague Conference on Private International Law Permanent Bureau, the Hauge, Netherlands 2014. <https://assets.hcch.net/docs/eca03d40-29c6-4cc4-ae52-edad337b6b86.pdf>. (Practical Handbook) (ET. 16.06.2022).

Laurence Brunet/ Janeen Carruthers/ Konstantina Davaki/ Derek King/ Claire Marzo/ Julie Mccandless, A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, European Parliament Publications, 2013.
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). (ET. 20.10.2021)

A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States, 2013,
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf). (Comparative Study) (ET. 22.11.2021)

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Irmak Ünsal
Tez Başlığı : Milletlerarası Özel Hukukta Taşırııcı Annelik
Savunma Tarihi : 11 / 01 / 2024
Danışman : Prof. Dr. Hatice Özdemir Kocasakal

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı	İmza
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL	
Prof. Dr. Sibel ÖZEL	
Prof. Dr. Süheyla BALKAR	
Prof. Dr. Mehmet ERDEM	
Doç. Dr. Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ	

Prof. Dr. Ulun AKTURAN
Enstitü Müdürü