

## ÖDÜNÇ ANNELİK SÖZLEŞMESİ (Der Leihmutterschaftsvertrag)

Leyla KESER\*

### A. FİİLİ GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

#### I

İnsanlardaki üreme kabiliyetsizliğinin ikame (yedek) bir anne vasıtasıyla giderilmesi sorunu ve bu sorunun çözümü çok yeni değildir. Esas itibarıyla modern hukuki ve ekonomik ihtiyaçlara bağlı olarak gelişen bilinen diğer isimsiz sözleşmelerle karşılaştırılacak olursa, ödünç annelik işinin tarihsel olarak sürekli önemli bir gelişim ve değişim gösterdiği görülecektir. Bunun klasik örneğine eski doğu toplumlarının evlilik hukukunda rastlamak mümkündür: Çocuk sahibi olmayan bir kadın kocasından, cariyelerinden<sup>1</sup> birisini kendisine ikinci bir eş olarak almasını isterdi. Bu birliktelikten doğan çocuk hukuken asıl eşin (sahibenin) de çocuğu sayılıyordu. Mezopotamya kökenli İbrahim ailesinde, İbrahim'in karısı Sâre'nin çocuğu olmuyordu. Sâre kocası İbrahim'den cariyeleri Hacer'i kendisine eş olarak almasını istedi ve İbrahim'in bu beraberlikten İsmail adında bir oğlu oldu<sup>2</sup>. Yakup Peygamber de dayısının büyük kızı Leya ile evlendi. İbrahim Peygamberin bildirdiği dinde iki kız kardeşle evlenmek caiz olduğundan ilk evliliğinden 7 sene sonra bu kez dayısının küçük kızı Râhil ile evlendi. Belhe ve Zülfâ adı iki cariyesi vardı. Belhe adlı cariyeden Dân ve Neftâle; Zülfâ adlı cariyeden de Câd ve Aşir adlı oğulları doğdu<sup>3</sup>.

#### II

Kur'an ve İncil'deki bu ifadelerden de anlaşılacağı üzere bu usul, ödünç annelik kurumunun iptidai şekli olarak nitelendirilebilir. Bu tür bir ilişkiden doğan

çocuk ise, istem sahibi babanın evlilik birliği içerisinde ve bugün artık yaygın bir şekilde kullanılan deyimle "in vivo" (yani canlı, yaşayan bir organizmada, anne karında) dünyaya gelmiş sayılır ve çocuğu doğuran kadında onun genetik annesi olarak kabul edilir<sup>4</sup>. Ancak bu olayın temelinde bir sözleşme ilişkisi değil, aksine eski evlilik ve -poligami'ye cevaz veren- aile hukuku, bunun gibi kölelik hukukunun kuralları yatmaktadır. Bu nedenle olayın geçmişteki hukuki boyutunu bugünkünden ayırmak gerekir.

Diğer esaslı bir fark da teknik alanda mevcuttur. Modern eşeyli üreme yöntemleri, istem sahibi babanın masturbasyon yoluyla elde edilen -ve gerektiğinde kullanılacağı uygun zamana kadar sperm bankalarında<sup>5</sup> muhafaza edilen- spermelerin ödünç annenin vücuduna teknik yollara yerleştirilmesi imkânını sunmaktadır<sup>6,6a</sup>. Bunun yanısıra yine yapay şekilde

4 İslâm Hukukuna göre yapay dölleme cinsel ilişki olmaksızın kadının rahmine meninin girmesini sağlamaktır. Eğer kocanın menisinin karısına verilmesi şeklinde olursa şer'an caizdir. Çünkü bunda bir mahzur yoktur. Hatta cinsi bakımdan ilişki kurmalarını engelleyen şer'i bir engel var ise, din bakımından da yapılması uygundur. Kadına yabancı ve aralarında evlilik bağı bulunmayan bir erkeğin menisinin konulması ise haramdır. Çünkü bu zina anlamında bir iştir. Yine bu uygulama insanlığa da yakışmayan bir durumdur (İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, s.364).

5 İlk olarak 1953 yılında bir sperm -790C'de dondurulup bir süre böyle saklandıktan sonra yeniden sulandırılarak kullanılabilmesi kısırlık tedavisine yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu yöntem giderek geliştirilmiş ve sonunda çeşitli özellikte spermelerin saklandığı sperm bankaları oluşturulmuştur. Kan grubu, Rh faktörü, boy uzunluğu, göz rengi, saç rengi gibi özelliklere göre farklı erkeklerin sağlıklı spermeleri alınarak -790C'de dondurulup saklanır, istendiği zaman istenilen özelliklerde sperm alınarak yapay dölleme için kullanılır. Kadının kendi kocasının spermeleri de sperm bankalarında saklanıp yapay dölleme için kullanılabilir (Görsel Sağlık Ansiklopedisi, C.2, s.389).

6 Yapay dölleme yumurtacığın tabii şartlar dışında döllemesi demektir. Yapay dölleme genel bir deyimdir, yapılan müdahalenin tarzını belirtmez. Aynı zamanda yapay döllemesiz üremeyi de içine alır. 1725'te Ludovic Jacobi, olgun bir dişi som balığının karnına bastırarak çıkarttığı yumurtalarla erkek som balığının tohumlarını karıştırarak balık yavruları elde etmiştir. Bu usul, yıllardan beri hayvan üretiminde kullanılmaktadır (Pears Medical Encyclopedia, s.447).

İsviçre'de Yapay Dölleme konusunda çalışmalar yapan Tıp Bilimi Akademisinin kabul ettiği yönergeye (İsviçre Tıp Etiği Yönergesi) göre; yapay dölleme işlemi sırasında uyulacak kurallar şu şekildedir:

1) Aşağıdaki tavsiyelere ek olarak Avrupa Konseyi'nin 29.12.1978 tarihli kararına da uyularak, bilinmeyen bir vericinin spermeleriyle gerçekleştirilen yapay dölleme, yalnızca operasyonu üstlenen doktorun nezareti altında

\* Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 İslâmiyet kölelik kurumunu hiç yok iken tesis etmemiştir. Ancak sosyal ve iktisadi sebeplerden dolayı aniden kaldırılması mümkün olmayan köleliği çok vahşi bir vaziyetten kurtarıp, mümkün olduğu kadar medeni bir hale getirmeye ve neticede kaldırmaya çalışmıştır. İslâm Hukukunun kölelerle ilgili vaz'ettiği şer'i hükümler bu kurumun zamanla ortadan kaldırılması gayesine yöneliktir. Bunlardan birisi de "istilat" müessesesidir. Efendi, başkası ile evli olmayan cariyesinden çocuk sahibi olmak istemesi halinde istilat söz konusudur. Bu durumdaki cariye "üm-m-i veled" denilir ve en geç efendisinin ölümüyle şer'an hürriyetine kavuşur (Bu duruma örnek olarak bkz. dn.2 ve 3) **Cin/Akgündüz**, s.21-22.

2 Bkz. Kur'an-ı Kerim, İbrahim Süresi, Cüz 13, Süre 13-14, Ayet 41; İncil, 1. Mose 16, 1-16 (Abraham-Sarai/Hagar) ve 30.

3 Yeni Rehber Ansiklopedisi, s.159; İncil, 3 (Jakop, Rahel/Bilha) ve 9 /Jakop-Lea/Silpa).

gerçekleştirilen ve modern tekniğin bir buluşu olan, bir taraftan organizma dışında gerçekleştirilen dölleme "In-vitro Fertilisation" ve bunu takip eden Embriyo Transferi (ET) yani IVF/ET<sup>7</sup> yöntemi, öte taraftan da

yapılır. Doktor sadece tıbbi mülahazaları (fikirleri) esas olarak almayacak, aksine imkân ölçüsünde ileride doğacak çocuğun sıhhatinin büyük ölçüde temin edilmiş olup olmadığı konusunda da kanaat edinmiş olacaktır.

2) Vericinin spermeleri ancak vericinin yazılı muvafakati ile yapay dölleme için kullanılabilir. Yapay bir dölleme sadece, kadının yazılı muvafakati ve eğer kadın evli ise, kocasının muvafakati veya, uzun süreli birlikteliklerde partnerin muvafakati ile gerçekleştirilir.

3) İnsanlardan elde edilen spermeleri yapay dölleme için muhafaza eden bir doktor veya bir tıp enstitüsü, bu spermeleri kullanmadan önce, gebe olacak kadına kalıtsal veya bulaşıcı hastalıkların sırayetinin ve anne ve çocuk için söz konusu olabilecek diğer tehlikelerin önlenmesi için gerekli olan tetkik ve muayeneleri verici bakımından yapmak zorundadırlar. Gerekirse bu konuda tıp fakültesinin genetik ile ilgili bölümlerinden istifade edilmelidir. Aynı vericinin spermeleri aynı mahalde çok kere kullanılmamalıdır (kan hısımlığından vs. kaçınmak için).

4) Sorumluluğu (nezareti) altında yapay dölleme işlemi gerçekleştirilen doktorun, imkân nispetinde çocuğu, isteme sahibi çiftin çocuğu olarak kabul edilecek olan sperm vericisini seçmek hakkı vardır.

5) Doktor ve spermi saklayan (muhafaza eden) tıp enstitüsü personeli ve yapay dölleme işlemini gerçekleştiren doktor, vericinin ve gebe kadının kimliği ve ayrıca yapay dölleme hakkındaki bilgileri gizli tutmak zorundadırlar. Kadın vericiyi ve verici de kadını ve onun kocasını veya her ikisini (beraber de) tanımamalıdır. Doktor, eğer gizliliğin korunması olası gözüküyorsa yapay dölleme işlemini yapmamalıdır.

6) Sperm ivazsız verilmiş olmalıdır. Ancak buna rağmen geçici (muvakkat) talepler, kazanç kaybı, yol masrafları ve diğer giderler vericiye ödenebilir. Yapay dölleme konusunda hizmet veren gerçek veya tüzel kişiler veya özel kuruluşlar, bu işi kazanç amacı gütmeyen yapmalıdırlar (Bernier Kommentar - Cyril Hegnauer, B. II, 2. Abteilung, 1. Teilband, s.715).

6a Türkiye'de yapay dölleme konusundaki çalışmalar yabancı ülkelerdeki uygulamanın hemen arkasından başlamış ise de, uzun yıllar dağınık ve ferdî uygulamalar halinde kalmıştır. İlk düzenli çalışma Ankara'da H.Ü.T.F. nin Jinekoloji bölümünde, Prof. Dr. Hüsnü Kişniçi'nin nezaretinde başlatılmıştır (1968 yılında). Ancak dölleme uygulamasında başka erkeklerden alınan spermelerin kullanılması hukuk ve örf yönünden bazı tartışmalara yol açıyorsa da hukukçular her iki hal için de Türk hukukunda önleyici bir hükmün bulunmadığı konusunda görüş birliğine vardılar. Hukukçulara göre başka bir erkeğin spermelerinden yararlanmak başkasının çocuğunu evlat edinmekten farklı bir şey değildir. Fakat sorunun ahlaki yönü hâlâ tartışmalıdır (Meydan-Larousse, C.3, s.856-857).

7 "İnsanlardaki Üreme Kabiliyetsizliğinin Tedavisinde Uygulanan In-vitro Fertilisation ve Embriyo Transferi Yöntemleri Konusunda Çalışmalar Yapan Tıp Bilimi Akademisi"nin benimsediği esaslar şunlardır:

1) IVF denince bir kültür kabı (deney tüpü) içerisinde ponksiyon yoluyla elde edilen bir yumurta hücresinin bir sperm hücresi ile birleştirilmesi anlaşılır. Uterus'a daha önceden hazırlanmış, gelişmiş zigotun vajinal yola yerleştirilmesi ise Embriyo Transferi (ET) olarak adlandırılır. IVF ve ET yöntemleriyle ayrıca, aslında sağlıklı olan çiftlere, eğer doğal bir dölleme örneğin; yumurtalık kanalının kapalı olması veya bu bölgede bir hastalık olması yüzünden, gerçekleştirilmiyorsa, böyle bir durumda dahi kendi çocuklarına sahip olmaları konusunda yardımcı olunur. IVF ve ET bilimsel ve etik olarak kabul edilebilir, ancak:

yumurtalık kanalı veya rahim içi Gamet (gen) Transferi (GIFT) olarak adlandırılan yöntemler de mevcuttur. İlk yöntemde öncelikle ödünç annenin yumurta hücresi ponksiyon yoluyla çıkarılır, daha sonra bu hücre bir deney tüpünde (kültür kabında) ilgili kimsenin spermeleriyle döllenir ve üçüncü aşamada ise, bu şekilde oluşturulan embriyo ödünç annenin rahmine yerleştirilir<sup>8</sup>. İkinci yöntemde ise, yumurta hücresi spermelerle birlikte ödünç annenin yumurtalık borusuna veya rahmine enjekte edilir; bu yöntemde döllenme süreci, doğal döllenme ile aynı niteliktedir<sup>9</sup>.

Bu yöntemlerden her ikisi de esas olarak "dölleme yetersizliği" olan bir kadına dikkat çektikleri için, ödünç annelik sözleşmesinin bu şekilde teorik değerlendirilmeler bir kenara bırakılacak olursa, ikâme anne olarak tabiatıyla ancak üreme fonksiyonlarını tam olarak yerine getiren kadınlar gözönünde bulundurulacaktır.

### III

IVF/ET ve GIFT yöntemleri ödünç annenin rolü-

- diğer tedavi metotları başarılı olamamış veya sonuçsuz kalmışsa

- efektif başarı şansının mevcut olması ve annenin ve çocuğun sağlığına zarar verebilecek olan muhtemel risklerin bertaraf edilmiş olması

- aşağıdaki tavsiyelere riayet edilmiş olması gerekmektedir.

2) IVF ve ET sorumlu bir doktorun nezaretinde ve yalnızca kliniklerde yapılmalıdır, bu işlem sırasında İsviçre Tıp Bilimi Akademisinin (SAMW) IVF ve ET yöntemlerinin yapılması için benimsediği esasların yerine getirilmesi ve ilgili yönergeye uyulması gerekir. Sorumlu doktor, çalışma grubunu SAMW tarafından kurulan komisyona kaydettirmek ve her sene IVF ve ET yöntemleri ile yapılan tedavi çalışmaları, elde edilen hamilelikler ve bunların sonuçları hakkında bilgi vermekle yükümlü kılınmıştır.

3) ET yalnızca evli olan kadınlara uygulanmalıdır. Kendi çocukları olmayan evli çiftler imkân ölçüsünde tercih edilmelidir. Ödünç annelere bu yöntem uygulanmamalıdır.

4) IVF için üçüncü bir kişinin isteyerek verdiği sperm hücreleri, sadece kocanın spermeleri dölleme yeteneğinden yoksun ise kullanılmalıdır.

5) IVF için organizma dışında döllenmiş ve evli çiftlere yabancı embriyoların kullanılmasından kaçınılmalıdır ve embriyoların kadından kadına nakli de yapılmamalıdır.

6) IVF ve ET yöntemlerinden ne önce ne de sonra üreme hücrelerinin irsi istidatı ve embriyo manipülasyonları yapılmalıdır.

7) İlgili çiftler öngörülen tüm cerrahi operasyonlardan, bunların risklerinden, başarı şanslarından ve maliyetlerinden haberdar edilmek gerekir (aksine hareket doktorun sorumluluğunu gerektirmektedir, bkz. ayrıntılı olarak aşa. E, V). Anne ve babaya ve üreme hücrelerine (embriyoya) ilişkin bütün tedbirler yalnızca ilgili kimselerin sarıh muvafakati ile alınabilir. Yetkili doktor üreme hücresini gönderenin ve alıcının birbirlerinden haberdar olmalarını sağlamak zorundadır.

8) IVF ve ET yapan klinikler için; yukarıda değinilen esasları, bu kliniklerin araştırma ihtiyaçlarını da nazarı dikkate alarak yeniden hazırlanan yönergeler geçerlidir (Bernier Kommentar - Cyril Hegnauer, B. II, 2. Abteilung, 1. Teilband, s.716).

8 Brückner, s.381-390.

9 Jäggi/Widmer, s.62; Schneider, s.511 vd.

nün sadece "taşıyıcı annelik" sınırlandırılmış olduğu durumlarda daha da güncel hale gelecektir. Bu ihtimalde ödünç anne dölleme için kendi yumurta hücrelerini vermeksizin yalnızca hamileliği üstlenmiş durumdadır<sup>10</sup>. Burada şu olasılıklar üzerinde düşünmek gerekir:

- Yumurta ve sperm hücrelerinin istem sahibi anne ve babadan alındığı durumlarda "**Homolog Dölleme**" den<sup>11</sup> bahsedilir. Bu durumda istem sahibi annenin gerçi dölleme yeteneği mevcuttur, ancak o çocuğu taşımak ve doğurmak yeteneğinden yoksun olduğu için, ödünç anneye başvurulmaktadır. İstem sahibi anne ve baba aynı zamanda çocuğun genetik ve sosyal ana-babasıdır. Ödünç anne burada biyolojik bir ara fonksiyonu yerine getirmektedir.

- Eğer bu tür bir ilişkide erkek partner dölleme yeteneğinden<sup>12</sup>, kadın partner ise doğurganlık yeteneğinden yoksun ise (dölleme yeteneği mevcut olmasına rağmen) bu durumda üçüncü bir kişinin sperm hücreleri alınır ve bu hücreler kadının yumurta hücrelerini döllemekte kullanılır; burada artık "**Heterolog Dölleme**"<sup>13</sup> söz

konusudur. Genetik ve sosyal babalık bu ihtimalde birbirinden ayrıldığı halde, çocuğun istem sahibi annesi ve gelecekteki (müstakbel) sosyal annesi, aynı zamanda onun genetik annesidir.

- Ve son olarak istem sahibi ana<sup>14</sup> ve babanın her ikisinin de çocuk yapma yeteneklerinin olmadığı ve ayrıca istem sahibi annenin çocuğu taşıyacak ve doğuracak durumda olmadığı bir ihtimal de düşünülebilir. Bu ihtimalde yabancı spermilerin veya yabancı yumurta hücrelerinin veya daha önceden hazırlanmış yabancı embriyoların ödünç anneye aşılınması yoluna gidilebilir. Bu şekilde doğan çocuk 5, hatta bazı durumlarda 3 anne ve 3 baba olmak üzere 6 ana ve babaya sahip olacaktır. Şöyle ki, yumurta hücrelerini veren, **genetik anne**; biyolojik anne olarak, **ödünç anne**; istem sahibi olan **sosyal anne**; sperm hücrelerini veren<sup>15</sup> **genetik baba**; istem sahibi bir **sosyal baba**; ve nihayet eğer ödünç anne evli ise, onun kocası olan **hukuki baba**.

#### IV

Az önce değinilen, ödünç annelik kurumu vasıtasıyla aşılmaya çalışılan istem sahibi ana ve babadaki dölleme ve doğurganlık yeteneğindeki rahatsızlıklara ve ayrıca bu işlem sırasında kullanılan yumurta ve sperm hücrelerinin menşesine ilişkin akla gelen olasılıklar, ödünç annelik sözleşmesinin karşılaşılabileceğimiz bütün görünüş biçimlerini açıklamaya yetmemektedir. Ödünç annenin yükümlülüklerine ilişkin olarak esas itibariyle şu iki varyasyonu birbirinden ayırt etmek gerekir:

- A varyasyonunda ödünç annenin kendi yumurta hücresi istem sahibi babanın (veya üçüncü bir kişinin) sperm hücresiyle döllenmektedir; ödünç anne bu durumda çocuğun aynı zamanda genetik annesidir ve ona miras payı verir. Buna göre o, çocuğun hukuki ve gerçek anlamda annesidir.

- Buna karşın B varyasyonunda, ödünç anne tamamen kendisine yabancı bir embriyoyu taşımaktadır. Burada hamilelik ve doğuma ilişkin olarak istem sahibi

10 Jäggi/Widmer, s.64.

11 Bir başka deyişle homolog dölleme denince bundan kadının, kocasının spermasıyla yapay olarak döllemesi anlaşılır. Bu metodun tatbik edilebilmesi için ailede kadın ve erkeğin beraberce çocuk yapma kabiliyetine sahip olması, fakat normal kohabitasyon kabiliyetinin bulunmaması lazımdır. Pek nadir vakılarda kohabitasyon imkânsızlığı kadında mevcut anatomik bir kusur ile ilgili olabilir. Bu gibi durumlar operasyonla giderilemiyorsa, burada da yapay dölleme için indikasyon var demektir (Çanga/Önder, s.611-612).

12 Erkeklerde infertilite nedenleri: Spermatozoa yapımının azalması ile ilgili durumlar; Duktal tıkanıklığa neden olabilecek durumlar; Vajene boşalım yetersizliğine neden olabilecek durumlar ve Ejekulat anormalliklerinden kaynaklanan durumlardır (Davajan, s.21 vd.; Speroff, s.130-132; Winston, s.59-61).

13 Burada kadının kocasından başka bir erkeğin sperması ile olarak döllemesi söz konusudur (Artificial) Insemination by Donor = AID). Böyle bir dölleme birçok otörler tarafından kanuni, dini ve ahlaki sebeplerle reddedilmektedir. Fakat eğer çocuksuz bir karı koca, heterolog dölleme istiyorlarsa, doktorun bunu tatbikten kaçınmasına gerek yoktur. Çünkü doktor hastasına yardım arzusunda olan bir insandır. Heterolog dölleme için erkekte impotentia generandi'nin mevcudiyeti icab eder. yani ya sperma mayı'nin ejakülasyonu mevcut değildir veya ejakulat spermatozoit ihtiva etmez. Sperma masturbasyon ile elde edilir. yapay döllemenin kadının ovülasyon zamanında yapılması gerekir. Bir injektör içine çekilen spermanın bir kısmı kadının cervix'ine enjekte edilir, diğer kısmı ise vajinaya depo edilir. Heterolog döllemede donör (verici) erkeğin, karı-kocayı tanımaması, istikbalde aileden herhangi bir hukuki talepte bulunmamasını temin edici tedbirlerin alınması, şahsın psişik ve fiziki bakımından sıhhatli olması lazımdır. Wassermann reaksiyonunun yapılmaması unutulmamalıdır. Keza alıcı ve vericinin Rh bakımından aynı olmaları gerekir. Sperma vericinin mümkün olduğu kadar genç olmasına ve kocanın ırkından olmasına mutlaka dikkat etmek gerekir (Çanga/Önder, s.612-613; Berner Kommentar - Art. 256, N.119). Heterolog yapay dölleme kocanın onayı olmaksızın yapılırsa, koca iptal davası açabilir ve davanın kabulüne göre dokordan OR 41 ff. ve 49'a göre zararın tazmini veya tarziye (Genugtuung) talep edebilir (Berner Kommentar - Art. 256, N.119; Art. 255, N.45).

14 Kadında infertilite nedenleri ve yüzdeleri şöyle sıralanabilir: Ovülasyon (yumurtlama faktörleri (%20-%40); Tubal ve Pelvik faktörler (%20-30); Servikal ve Uterin faktör (%10); Vajinal faktörler; İmmünolojik faktörler (<%5); Beslenme ve metabolizma ile ilgili etkenler (%5); diğer etkenler (strek, depresyon, şok vb.) (Warren, s.79 vd.; Davajan, s.52-68; Speroff, s.40 vd.; bkz. ayrıca: Arısan, K., Kadın Hastalıkları, Celtüt Matbaası Koll. Şti., İstanbul 1983; Hassa, K., Jinekolojide Laparoskopisi, A.Ü. - ESBA Vakfı Yayın No.54, Eskişehir 1987; Jacobs, S. H., Infertilite sorularımız cevaplandı (çev. Gülekli, B.), Medikomat Basın-Yayın, Ankara 1992; Üstay, K., Infertilite, Hacettepe Üniversitesi Yayını, 5. bası, Ankara 1973).

15 Yapay dölleme işlemi için doktor sperm veren kimsenin açık rızasını almakla yükümlüdür. Zımnı muvafakat yeterli değildir (Berner Kommentar - Art. 261, N.68).

anneye nispetle gerçek bir ikâme (substitution) söz konusudur.

Her iki görünüm şeklinde de ödünç annenin mutlak yükümlülükleri aynıdır: Doğum ve doğumdan sonra çocuğu istem sahibi anne ve babaya teslim etmektedir<sup>16</sup>.

## V

İstem sahibi anne ve babanın yükümlülükleri bakımından da eğer, çocuğu kabul etme yükümlülüğü bir kenara bırakılacak olursa, farklı olasılıklar söz konusu olabilir:

- Ödünç annenin istem sahibi anne ve babaya karşı, bu konuda en ufak bir ücret talep etmeksizin bir lütufta bulunduğu saf bir görünüm şekli de mümkündür. Ancak herşeyden önce yakın bir akrabanın veya tanıdığı istem sahibi anne ve babaya yönelik yardım edimi şeklinde düşünülebilecek olan bu istisnai durum, ödünç anneliğin geçerliliği konusundaki tartışmada birçok kez bu konudaki toptan bir yasaklamaya karşı gerekçe olarak ileri sürülmektedir (Burada bir sözleşmenin söz konusu olup olamayacağı sorusu akla gelebilir).

- Ortalama ve aynı zamanda daha gerçekçi diğer bir varyasyon ise, ödünç annenin yaptığı işten maddi bakımdan hiçbir çıkar sağlamadığı, ancak buna rağmen masraflarını ve kaza kaybının tazminini talep edebileceği durumdur. Taraflar arasındaki bu uzlaşmanın akit niteliğinde olduğu şüphesizdir<sup>17</sup>.

- Nihayet; istem sahibi anne ve babanın ödünç anneye karşı, kararlaştırılan ücret dışında, miktarı tarafların iradesine göre belirlenecek olan, masraflarını ve kazanç kaybını tazminle yükümlü oldukları tamamen ivazlı bir şekil de düşünülebilir<sup>18</sup>.

## B. EKONOMİK FONKSİYONLARI

Ödünç annelik sözleşmesinin ekonomik fonksiyonlarından bahsetmek, belli bir sıkıntıyı da beraberinde getirmektedir. Burada yeri geldiği için şu gerçeğe değinilmelidir: Ticari amaçlı ödünç annelik sözleşmeleri ABD’de, İngiltere’de, Fransa’da ve son zamanlarda Almanya’da da yayılmaya başlamıştır. Bu konuda Marsilya’da bir doktor tarafından kurulan ve hayırsever bir kurum olarak tanınan ve “kiralık rahim” propogandası yapan bir merkez örnek olarak gösterilebilir<sup>19</sup>. Kurumun konsepti “approche non lucrative”e dayanmaktadır; bununla ödünç annenin alabileceği genel (brüt) tazminat miktarı kastedilmektedir (ki bu

miktar 50.000 FF.dır), bu miktar aldatma (hile), riziko primi ve isteme sahibi anne ve babanın ödünç anneye verdikleri para ile değerlendirilemeyen hediyeler ile tahdit edilmiştir. İngiltere’de de ödünç annelik komisyonculuğu yapan özel kurumlar yaygınlaşmıştır. Amerika’da da avukatlar bu işle uğraşmaktadır.

Bir an için ticari amaçlı ödünç annelik sözleşmelerinin sosyal ve hukuki açıdan kabul edilebileceğini düşünecek olursak, bu işlemin gerçekten büyük bir iktisadi önemi haiz olacağını tasavvur etmenin kabul edilmez bir yanı olmadığı görülecektir. Ödünç annelik sözleşmeleri ekonomik gelişmeye pratik bir yardımda bulunmaktadır ve ekonomik, kuzey ve güney açığının kapatılmasında ve ayrıca kuzey ve güney yarı kürede farklı seyreden nüfus probleminin çözümünde işe yaramaktadır. Gelişmiş endüstri ve hizmet toplumlarında kadınlar hamileliğin ve doğumun tıbbi endikasyonlarından bağımsız olarak mesleki ve sosyal aktivitelerini devam ettirebilmek ve formlarını koruyabilmek için, üçüncü dünya ülkelerinden gelen kadınlar vasıtasıyla, bunlara belli bir kullanma karşılığı ödeyerek çocuklarını taşıtmakta ve dünyaya getirtmektedirler<sup>20</sup>. Ayrıca ürünlerin ihracatı da nüfus yoğunluğu üzerinde azaltıcı bir etkiye sahip olabilecektir<sup>20a</sup>, ancak buna rağmen ödünç anneler yine de asli sosyal fonksiyonlarını yerine getirmeyi tercih etmekte ve bu yolla elde edilen dövizler dış ülkelerden içeriye akmaktadır.

## C. TERMİNOLOJİ

Bu makalede “ödünç anne” kavramı ve bunun görünüş şekilleri üzerinde durduk. Özellikle Borçlar Hukuku (Kapsamı)’nda birbirine akraba sözleşme tipleri için kullanılan terimlere, sadece ödünç annelik sözleşmesinin görünüm şekli olarak nitelendirilen B varyasyonu uymaktadır ki bu varyasyonda sadece rahim ödünç olarak verilmektedir, yoksa ödünç anne kendi yumurta hücrelerini bu sözleşmeye konu etmemektedir<sup>21</sup>. Aynı şey, rahimin temlikinin<sup>22</sup> ivazlı olarak kararlaştırıldığı “kiralık anne” diye ifade olunan durum içinde geçerlidir; bu deyim B varyasyonunun bütün çeşitleri hatta “taşıyıcı anne” tabirini de kapsamaktadır. Ödünç annenin aynı zamanda genetik anne de olduğu, A varyasyonu için “Ammenmutter” deyiminin kullanılması daha uygundur; “Yedek Annelik” deyimini ise, istem sahibi anne doğumdan sonra öz anne konumuna geçeceği

16 Jäggi/Widmer, s.65.

17 Jäggi/Widmer, s.65-66.

18 Jäggi/Widmer, s.66.

19 Jäggi/Widmer, s.66.

20 Jäggi/Widmer, s.66-67.

20a Jäggi/Widmer, s.67; aksi fikirde: Zantmann, s.71-86 (Yazar, demografik azalmayı ülkenin kalkınmasına bağlamaktadır. Ancak ürünlerin ihracatı ile kalkınma arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını savunmaktadır).

21 Jäggi/Widmer, s.67.

22 Buradaki “temlik” sözcüğü somut anlamda el değiştirme olarak anlaşılmalıdır.

için, tamamen doğru değildir<sup>23</sup>.

#### D. UYGULANIŞI

Ödünç annelik sözleşmesinin, hukuki uygulanabilirlik sorunu da -en azından İsviçre için- oldukça hayali gözükmektedir. Buna karşın, aşağıdaki ilk alt başlıkta bu sözleşmenin birbirine akraba isimli ve isimsiz akit tipleriyle karşılaştırılması yoluyla aralarında bir bağlantı kurulmaya çalışılacaktır. Daha sonra aile hukuku bakımından bir değerlendirme yapılacak, doktorun genetik tehlikeler hakkında açıklama yapma (aydınlatma) ödevinden doğan maddi hukuk yönünden sorumluluğu, nihayet ödünç annelik sözleşmesinin hukuki geçerlilik sorunu ve sözleşmenin yokluğunun sonuçları ile incelemeye son verilecektir.

#### I. Ödünç Annelik Sözleşmesinin Morfolojisi

##### 1. Genel Olarak

Avrupa Konseyinin, “İnsanlarda Yapay Dölllenme” hakkındaki Tavsiye Tasarısında<sup>24</sup> ödünç anne “... Başka bir kimsenin istemi üzerine, hamilelikten önce buna razı olarak çocuğu taşıyan ve doğumdan sonra çocuğu istem sahibi bu kimseye teslim eden (veren) kadındır...” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre ödünç anne yönünden söz konusu olan yükümlülükler; hamileliğin ve doğumun üstlenilmesi ve bunu müteakip doğan çocuğu sözleşmenin diğer tarafına teslim etmektir.

a) Kavramın karakteristik unsuru olan “ödünç anne” terimi açısından kanunda düzenlenmiş ariyet veya benzer diğer sözleşme tiplerinin karşılaştırılması yoluyla bir yakınlık kurulabilir mi? Bu husus “rahimin kiralınması (pret d’uterus)” tabirinden anlaşılmalıdır?

Eğer rahimin temlikinin ivazsız olarak kararlaştırıldığı şekilden yola çıkarsak -B varyasyonu anlamında- burada ariyet veren sözleşmenin karşı tarafına (ariyet alana) rahmini hamileliğin devamı süresince kullanma imkânı verdiği için, taraflar arasında bir ariyet ilişkisinin mevcut olduğu sonucuna varılabilir<sup>25</sup>. Bu kullanma, istem sahibi anne ve babanın embriyolarının ödünç annenin rahmine yerleştirmeleri -ta ki doğum sonucunda çocuk ödünç verilen organdan ayrılıncaya kadar- şeklinde gerçekleşmektedir. Bu tespitten hemen ödünç annenin önemli ek yükümlülüklerinin na-

zarı dikkate alınmadığının farkına varılabilir. Bunlar; hamileliğin devamı süresince çocuğun bakımı ve bu bakımla bağlantılı olan sınırlamalar, yükler ve rizikolar ve herşeyden önce doğumun zahmeti gelmektedir. Bu yükümlülükler, ayrıca, eğer mutata ariyet yerine, “Nutzleihe”nin bir türünü (yani hasılat kirasını ivazsız bir şekli anlamında) kabul edecek olursak, yine tamamen karşılanmayacaktır. Bu durum ödünç annenin A varyasyonu anlamında, yani sadece çıplak olarak rahmini kullandırmak şeklinde değil de, aksine kendi yumurta hücresi ile işleme katıldığı durumda da evleviyetle geçerli olacaktır<sup>26</sup>.

Ariyet sözleşmesine istinad etmek -bilhassa kira veya hasılat kirasının ivazlı olarak kararlaştırıldığı durumda- doğan çocuğun iadesi veya teslimi konusunda ortaya çıkabilecek zorluklar, deyim yerinde ise çok ustalıkla dolanılmış olacağı için, bu yüzden cazip gözükmemektedir. Ayrıca adi kirada veya hasılat kirasında kiralayanın hapis hakkı (Retentionsrecht) gözardı edilecek olursa, bu sözleşmelerin konusunu yalnızca taşınmaz mallar oluşturacaktır.

Ancak sonuç olarak şunu belirtmek gerekir ki; insan vücudu ve onun kısımları hukuki anlamda “eşya” sayılamaz. Bunlar temlik edilemez ve kullanma veya faydalanma karşılığı devredilemez. Bu nedenle ödünç annelik ilişkisini aynı edimli sözleşmelerden birine veya örneğe yoluyla emaneten tevdi kurumuna benzetmeye yönelik her çaba boşa çıkacaktır<sup>27</sup>.

b) Ancak hizmet edimi sözleşmeleri yönünden durum nedir? İlk akla gelen istisna sözleşmesidir. Burada bedensel bir işgörmeye sonucunun varlığı inkâr edilemez. Ancak bununla çocuğun yapısal nitelikleri temin edilmiş olacak mıdır? Çocuğun, sipariş veren (ısmarlayan) tarafından tedarik edilen maddenin işlenmesi sonucunda, ödünç anne tarafından meydana getirildiği söylenebilir mi? Bunlar yalnızca esaslı sorulardan birkaçıdır. Bu sorulara müspet cevap verilirse; garanti, müteahhidin ayıptan dolayı sorumluluğuna ve ısmarlayanın talep edebileceği haklara ilişkin hükümlerin her birinin tatbik kabiliyetine göre, sözleşmenin hukuki niteliği belirlenecektir<sup>28</sup>.

Kanaatimizce, ödünç annelik sözleşmesi hukuki niteliği itibarıyla ne aynı edimli bir sözleşme ne de hizmet edimini ihtiva eden bir sözleşme türüdür. Bu sözleşme, isimsiz sözleşmeler grubunda yer alan “suigeneris” bir sözleşmedir.

23 Jäggi/Widmer, s.68.

24 Conseil de l’Europe. Comité d’experts sur les progrès des sciences biomédicales, Projet de Recommandation du Comité des Ministres dux Etats membres relative à la procréation artificielle humaine. Strasbourg 1987.

25 Jäggi/Widmer, s.68-69.

26 Bkz. yuk. s.30 (A-IV).

27 Jäggi/Widmer, s.68-69.

28 Jäggi/Widmer, s.69.

## 2. Oluşumu

Sözleşme hukuku yönünden çeşitli nedenlerle gerekli olan şekil mecburiyetinin ödünç annelik sözleşmesi içinde geçerli olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Belki uygulamadan ve tıp mesleğine ilişkin kurallardan, örneğin; organ nakli konusunda<sup>29</sup> mevcut olduğu gibi, yazılılık şartı çıkarılabilir. AT. nun Tavsiye Tasarısına göre; sun'i döllenme ile ilgili olarak yapılacak her sözleşme katılanların tümünün yazılı muvafakatı ile olur.

## 3. İçeriği

a) **Ödünç Annenin Yükümlülükleri:** Ödünç anneye terettüp eden yükümlülükler esasen aktif bir eylem şeklinde değil de genellikle pasif yükümlülükler şeklindedir. Bunlar herşeyden önce, embriyonun kendi vücuduna yerleştirilmesi, daha sonra hamilelik ve nihayet doğumdur<sup>30</sup>. Bu asıl (aslı) yükümlülükler, öncelikle çocuğa karşı koruma ve muhafaza yükümlülükleri ve aynı zamanda istem sahibi anne ve babaya da ilişkin olmak üzere bir dizi yan yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Burada çocuğun gelişimini tehlikeye sokabilecek gıdaların veya alkollü içecekler, uyuşturucu gibi şeylerin kullanımından vazgeçme şeklindeki "kaçınma yükümlülüğü" ön planda gelmektedir. Yine çocuğun genetik menşeyini güvence altına almak için, embriyonun ödünç anneye enjekte edilmesi zamanında cinsel beraberliklerden kaçınılacağı da kararlaştırılabilir. İkinci asıl borç, doğan çocuğun istem sahibi ana ve babaya teslim edilmesidir<sup>31</sup>.

b) **İstem Sahibi Anne ve Babanın Yükümlülükleri:** Bu kimseler -sözleşmenin ivazsız olarak kararlaştırıldığı haller dışında- ister salt masraflar olsun (ki buna ödünç anne lehine yapılan hayat sigortası da dahildir) isterse bunun dışında verilecek ücret olsun, bir takım mali edimlerde bulunmakla yükümlüdürler<sup>32</sup>.

## 4. Sona Ermesi

Bir sözleşme ilişkisinin normal olarak ifa ile sona ermesi durumunda ortada herhangi bir problem yoktur, ancak aşağıda değinileceği üzere bunun doğru olmadığı gösterilecektir<sup>33</sup>.

Burada daha ziyade (sürekli borç ilişkilerine uygun düşüğü gibi) sözleşmenin feshi veya dönme yoluyla vaktinden önce sona erdirilmesi olasılığı konusunda

zorluklar ortaya çıkmaktadır. Çocuğu vermek istemeyen ödünç annenin fesih hakkı haklı olabilecektir. İstem sahibi anne ve baba ise, ödünç annenin ahlâki bakımdan yaşam tarzını, sıhhatini, ana-babadan birinin ölümünü gerekçe göstererek fesih haklarını kullanabileceklerdir. Ayrıca burada çocuğun sakatlığından dolayı da sözleşmeden mutlak surette dönülebileceği dikkatlerden kaçmamalıdır.

Sözleşme ilişkisi çocuğun veya ödünç annenin ölümü ile sona erer. İstem sahibi ana ve babanın ölümü durumu da kural olarak sözleşmenin sona ermesi sebeplerinden biri olarak görülmektedir<sup>34</sup>.

## II. Aile Hukuku Yönünden Sorunun Değerlendirilmesi

### 1. Ana ve Çocuk Arasındaki İlişki

Anne ve çocuk arasında kanunun öngördüğü ilk ilişki doğum yolu ile meydana gelir (Art. 252/Abs. 1)<sup>35</sup>. Bunun için ne anne tarafından çocuğun tanınması ne de çocuğun veya üçüncü bir kişinin bu yoldaki bir talebi gerekir değildir. Aynı şekilde annenin evli olup olmaması veya döllenmenin normal cinsel ilişki sonucu veya yapay döllenme şeklinde olmasının da bir önemi yoktur. Çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki ilişki, kadının sadece hamileliği üstlendiği ve doğumdan sonra çocuğu istem sahibi anne ve babaya teslim ettiği -yani ödünç annelik ilişkisi- durumunda da kurulacaktır. İstem sahibi baba, sadece tanıma (Art. 260) karısı ise yalnızca evlât edinme yolu ile yabancı bir kadının dünyaya getirdiği çocukla ilişki kurabilirler. Bu durumda ödünç anne, genetik anne ise -yani yapay döllenme için kendi yumurta hücrelerini vermişse- o aynı zamanda çocuğun hukuki annesi sayılacaktır (Art. 252 Abs. 1 ZGB)<sup>36</sup>. Ödünç anne kendisinde yabancı bir embriyoyu taşıyorsa, bu takdirde Art. 252 Abs. ZGB'nin buna rağmen -doğrudan doğruya veya yasa koyucunun boşluk doldurması şeklinde- tatbik olanağı olup olmadığı sorulabilir. Çocuk ile anne arasındaki ilişki, yumurta annenin rahmi dışında döllense (Retortenbaby) ve yumurta başka bir kadından alınsa bile, doğum yolu ile kurulacaktır. Şüphesiz, çocuğu doğuran kadın bu ihtimalde, genetik olarak anne değildir; ancak o döllenmiş yumurtayı rahmine aşılattığı ve hamileliği üstlenerek, çocuğu doğurarak bu işlemde aktif bir rol oynamakta ve doğum için mutlak olan şartı yerine getirmiş olmaktadır. Bu nedenle çocuk ile onu doğuran anne arasındaki hukuki ilişki mutlak<sup>37</sup>. Ço-

30 Jäggi/Widmer, s.70-71.

31 Jäggi/Widmer, s.71.

32 Jäggi/Widmer, s.71.

33 Bkz. aşa., II.

34 Jäggi/Widmer, s.71.

35 Berner Kommentar - Cyril Hegnauer, 2. Abt., 1. Teilband, s.49.

36 Berner Kommentar - Cyril Hegnauer, 2. Abt., 1. Teilband, s.49; Jäggi/Widmer, s.72.

37 Berner Kommentar - Cyril Hegnauer, 2. Abt., 1. Teilband, Art. 252, N.39.

cuk ile onu doğuran kadın arasındaki ilişki, yumurta hücrelerini veren kadın tarafından, eğer o kendisinden yumurtanın alınmasına ve başkasına aşılmasına muvafakat etmişse, iptal edilemez<sup>38</sup>. Genetik anne, böyle bir muvafakat vermemişse, o zaman ana ve çocuk arasındaki ilişkinin iptalini (Art. 256 ff. hükümlerine göre) isteyebilecektir. Bu ilişkiyi iptal ettirmeyi başarırca, ancak bu takdirde çocuk ile ilişkiyi Art. 260'ın amacına uygun olarak tanıma yoluyla veya Art. 261'e göre alacağı bir hüküm ile kuracaktır. İptal söz konusu değilse, bu durumda Art. 264 ff.'ye uygun olarak yalnızca evlât edinme yolu açıktır. Eğer yumurta hücrelerini veren kadın, döllenen yumurta, doğuran anneye aşılardan önce ölürse, çocuk ile herhangi bir ilişkisi kurulmayacaktır<sup>39</sup>.

## 2. Baba İle Çocuk Arasındaki İlişki

Çocuk ile baba arasındaki ilişki ise babalık karinesi (kocanın babalığının varsayılması) (Art. 255) ve tanıma yolu ile gerçekleşir (Art. 260)<sup>40</sup>. Art. 255'in karinesi büyük bir olasılıkla; kocanın ve yalnızca onun, anne ile cinsel ilişkide bulunması esasına dayanmaktadır. Benzer şey Art. 260'daki tanıma durumunda da söz konusudur. Ancak her zaman kocanın veya tanıyan kimsenin çocuğun babası olduğu da mutlak değildir; babalık karinesinin elektif şartlarından olan yapay döllenne de olduğu gibi. Yapay döllenne, sperm veren kimse ile cinsel ilişkide bulunulması durumu ile bir tutulmuştur<sup>41</sup>. Cinsel ilişki ise babalık karinesinin şartlarından birisidir. Ancak bu benzetme, yalnızca sperm veren kimse hayatta ise ve aynı anne ile cinsel ilişkide bulunmuşsa haklı olabilecektir. Çünkü babalık davası ile kazanılmaya çalışılan çocuk ile baba arasındaki ilişkisinin tespiti hususu, yalın olarak babanın çocukla olan genetik ilişkisine değil, aksine bir adım daha atılarak, onun çocuğu ürettiği vakiasında esasını bulur<sup>42</sup>. Cinsel ilişki ile üreme durumunda her iki unsur da birarada mevcuttur. Buna karşın, yapay döllenne durumunda, sperm vermenin yanı sıra sperm veren kimsenin de bu işlem sırasında spermlerinin kullanılmasına yönelik istemi-rızası gerekir. Bu rızanın sperm veren kimsenin sağlığında verildiği kabul edilir. Sperm kişiliğin bir parçası olduğu için, bu istemin (rızanın) de, sperm veren kimsenin ölümü ile birlikte nihai ve zorunlu olarak sona erdiğini kabul etmek gerekir. Bu nedenle ölümden sonra

gerçekleştirilen yapay döllenne durumunda babalık davasının reddi gerekir<sup>43</sup>.

Davacı döllennmeyi ve spermilerin menşeyini ispat etmelidir. Annenin yanı sıra çocuk da sır sahibidir. Döllenne işlemini gerçekleştiren doktor, bu yüzden, eğer anne veya çocuk (eğer temyiz kudretini haiz değilse, onun kanuni temsilcisi) doktoru sır saklama yükümlülüğünden muaf tutulmuşlarsa, vericiyi (kimliğini) ifşa etmelidir. Bu yükümlülük doktorun hesap verme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır (OR 400 Abs. 1). Bu yükümlülük çocuğa karşı da mevcuttur. Çünkü annenin muamele emri, doğan çocuk lehine bir emri de içermektedir. Bu nedenle anne bu haktan peşinen ve çocuk adına dahi açıkça vazgeçemez<sup>44</sup>.

Ödünç annenin kocasının babalığı da karinedir. Gerçi hâkim ona icabı halinde, Art. 256 Abs. 3 ZGB'nin lâfzı karşısında bu karineyi çürütme imkânını verebilir. İptal davasının kabulüne kadar o çocuğun babası sayılır ve evlât edinme için onun onayı gereklidir. Eğer o dava açmaktan kaçınırsa, istem sahibi baba bu durumda ancak evlât edinme yoluyla çocukla hukuki bir ilişki kurabilir. Buna karşılık, dava kabul edilirse, istem sahibi baba -genetik baba olduğu sürece- çocuğu tanıyabilir<sup>45</sup>.

Ödünç anne evli değilse, bu takdirde vesayet makamı çocuğa bir kayyım tayin etmek zorundadır, aynı şey, eğer ödünç annenin kocasının çocukla olan ilişkisi iptal sonucunda bertaraf edilmişse de söz konusu olacaktır (Art. 309 ZGB).

Evlât edinme ödünç annelik sözleşmesinin bünyesinin, ayırıcı bir özelliği olduğu için, ödünç annenin aracılığını, evlât edime aracılığı olarak kabul etmek gerekir. O bu yüzden Art. 269c Abs. 2 ZGB ve evlât edinme aracılığı konusundaki mevzuata<sup>46</sup> uygun olarak buna muvafakat etmekle yükümlüdür<sup>47</sup>.

## III. Hukuki Geçerliliği

Ödünç annelik sözleşmesinin yokluğu öncelikle, evlât edinmeye yönelik olan muvafakatin çocuğun doğumundan itibaren 6 haftalık süre geçtikten sonra verilmesi durumunda söz konusu olacaktır (Art. 265a Abs. 1 ZGB). Bu muvafakatin daha önce verilmesine yönelik bir yükümlülük, kanuna aykırıdır. Bu yükümlülük ödünç annelik sözleşmesinin esaslı bir unsurudur. Bu olmaksızın tarafların sözleşme ile varmak istedikleri

38 Berner Kommentar - Cyril Hegnauer, 2. Abt., 1. Teilband, Art. 252, N.39.

39 Berner Kommentar - Cyril Hegnauer, 2. Abt., 1. Teilband, Art. 252, N.40.

40 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 252, N.99.

41 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 262, N.23'de anılan Peter, Bernhard, Dölle ve Hug.

42 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 262, N.23a.

43 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 262, N.23a; Art. 261, N.78a.

44 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 262, N.24.

45 Jäggi/Widmer, s.72.

46 Verordnung über die Adoptionsvermittlung vom 28. März 1973 (oder Adoptionsvermittlungsverordnung - AdVV).

47 Jäggi/Widmer, s.72.

amaca ulaşılamayacaktır<sup>48</sup>.

Bundan başka hamileliği akdî bir yükümlülüğün konusu yapmak durumunda ödünç annenin kişisel özgürlüğünün caiz olmayan bir sınırlaması ve bu surette Art. 27 Abs. 2 ZGB'ye bir aykırılık hali söz konusudur. İstem sahibi anne ve babanın evlât edinme konusundaki yükümlülükleri dahi, ZGB Art. 27 Abs. 2'yi ihlâl etmektedir<sup>49</sup>. Her iki tarafın da özgürlüğü ihlâl edildiği için, yalnızca Art. 27 Abs. 2 ZGB ile korunan her bir tarafın, Federal Mahkemenin içtihatlarına uygun olarak, sözleşmenin yokluğunu ileri sürmesinin bir anlamı olmayacaktır.

Art. 27 abs. 2 ZGB'nin ihlâlinden maksat, aynı zamanda ahlâka aykırılık olarak da görülebilir. Bu anlamda ahlâk kurallarına<sup>50</sup> yönelik bir ihlâl herşeyden önce farklı gerekçelerle ortaya çıkmaktadır: Ödünç annenin edimi karşılığında bir ücret verilmesi konusunda yapılan anlaşma ödünç anneyi ve çocuğu bir eşya değerine indirmektedir. Ayrıca ücretsiz bir ödünç annelik sözleşmesi dahi, anne ve çocuğun insanlık şeref ve haysiyetini ihlâl etmektedir. Ancak yalnızca embriyonun istem sahibi annenin rahmine (hastalık, kaza veya istem sahibi annenin ölümü yüzünden) yerleştirilemediği, in vitro, organizma dışında çoğalma durumu, kabul edilebilir gözükmektedir. İvazsız ödünç annelik sözleşmesinin geçerli olduğu yolundaki düşünceler -ki liberal görüş bunu temsil etmektedir- yine de bu sözleşmenin geçerliliği için tek başına yeterli değildir. Çünkü bu sözleşmenin yokluğu önceden bilinen sebeplerle ortaya çıkmaktadır<sup>51</sup>.

İsviçreli yazarlar ödünç annelik sözleşmesini oybirliği ile "yok" telâkki etmektedirler. Aynı fikir yabanc yazarların büyük bir kısmınca ve mahkeme kararlarında da savunulmaktadır. Kanun koyucu pek çok devlette ticari amaçlı ödünç annelik konusuna ya bir yasaklama getirmiştir veya getirmeye uğraşmaktadır; yalnızca Kanada'daki (Ontario'da) bir tebliğde ödünç anneliğin geçerli olduğundan bahsedilmektedir; ancak bu tebliğde yine de sözleşme için kazaî bir makamın onayı talep edilmektedir. AT.nun Tavsiye Tasarısında, üye devletlerin sadece istisnai durumlarda ivazsız, hukuken icra edilemeyen (yaptırımı olmayan) bir ödünç anneliği kabul etmelerini öngörmüştür ki, bu durumda

ödünç annenin çocuğu muhafaza etmek konusunda, olması gereken (doğal) bir hakkı vardır. Yapay dölleme hakkındaki hükümleri veya yönergeyi çıkaran veya bu yönde hazırlıklar yapan İsviçre Kantonlarında, ödünç annelik konusunda getirilecek olan bir yasak ya açıkça öngörülmekte ve organizma dışında dölleme konusunda çalışmalar yapan İsviçre Tıp Bilimi Akademisinin Tıp Etiği Yönergesine<sup>52</sup> yapılan bir atıf ile gerçekleştirilmektedir.

Ödünç annelikte meslekî (profesyonel) arabuluculuk konusundaki yasaklama "Gen teknolojisinin ve yapay döllemenin insanlar üzerinde kötüye kullanılmasına" karşı halkın teşebbüsü sonucu getirilmiştir<sup>53</sup>.

#### IV. Yokluğun Hükümleri

Ödünç annelik sözleşmesinin yokluğu, ödünç anneye aşılama yapılmasına veya embriyonun nakline ilişkin olduğu sürece, söz konusu komisyoncu ve doktor ile yapılan sözleşmelerin de esas itibarıyla yokluğu sonucunu doğurur; hatta burada ödünç annenin hizmet ediminde bulunacağını üçüncü kişilere bildirmeye yönelik ilâna ilişkin sözleşmelerde yok sayılacaktır. Ancak, sadece ödünç annelik sözleşmesinin ivazsız olarak, yani ahlâki bir amaçla yapıldığının kabul edilebileceği nadir durumlarda, yapılan sözleşmeleri geçerli olarak kabul etmek mümkündür<sup>54</sup>.

Ödünç annelik sözleşmesinin ahlâka aykırılığı neticesinde, OR Art. 66 uygulama alanı bulacaktır ki, bu hükme göre ahlâka aykırı bir amaca ulaşmak niyetini taşıyan sözleşmelerin ifası talep edilmeyecektir<sup>55</sup>. Ödünç anneliğin yasaklanması ve bu sözleşme ile bağlantılı olan suistimallerin engellenmesi şeklindeki görüşe göre; ödünç anneye yönelik olarak yapılan edimlerin geri istenmesini kabul etmemek, haklı gözükmektedir; bu surette ödünç anne bakımından, çocuğun muhafazasına yönelik olan kararın verilmesi kolaylaştırılmış olacaktır. Bu çözüm ayrıca sözleşmenin ahlâka aykırılığının gerekçesini ödünç annenin kişilik haklarında görmektedir. Öte yandan organize ödünç annelik ve bundan ticari amaçla faydalanma ile savaşmak için komisyoncu, doktorlar, ilân veren kimseler gibi şahıslara yapılan edimlerin geri talep edilebilmesi ise yerinde bir husustur<sup>56</sup>.

Ödünç annelik sözleşmesinin yokluğuna rağmen ödünç anne - hamileliğin tespitinden sonra - istem sahibi anne ve baba ile geçerli bir muhafaza sözleşmesi

48 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 252, N.36; Jäggi/Widmer, s.73.

49 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 252, N.34; VON TUHR/PETER, I 258, § 31 V; Jäggi/Widmer, s.73.

50 Art. 27 Abs. 2 ZGB anlamındaki ahlâka aykırılık ile normal (bilinen) diğer ahlâka aykırılık arasındaki fark için bkz. VON TUHR/PETER, I 258, § 31 V.

51 Jäggi/Widmer, s.73-74.

52 Bkz. yuk. dn.7.

53 Jäggi/Widmer, s.75.

54 Jäggi/Widmer, s.75.

55 Bu hükmün yorumu konusunda bkz. Gauch/Sclueg/Jäggi, s.111 vd.

56 Jäggi/Widmer, s.75-76.



ktedebilir. Muhafaza sözleşmesi muvafakat yükümlülüğü (Bevolligungspflicht) kapsamındadır. Muvafakat şartları Evlâtlıkların Himayesi Hakkındaki yönetmeliğe uygun ise geçerlidir<sup>57</sup>. Çocuğun daha sonra istem sahibi anne ve baba tarafından evlât edinilmesi bakımından da genel kanuni şartlar geçerlidir (Art. 264 ff. ZGB). Evlât edinme hususu sadece ödünç annelik ilişkisinin mevcudiyeti realitesine istinaden reddedilemez. Ödünç annelik sözleşmesi vesayet makamlarının müdahalesi için tek başına bir sebep teşkil etmez. Çünkü bu meyanda çocuğun menfaatlerinin tehlikeye düşmesi (Art. 307 ZGB) veya Art. 309 ZGB'deki durum söz konusu olmaktadır<sup>58</sup>.

#### V. Doktorun Sorumluluğu

Doktor;

- Anneye karşı OR 398 vd. hükümlerine göre ve eğer dölleme işlemini annenin muvafakati olmadan gerçekleştirmişse OR 41 vd. hükümlerine göre sorumludur.

- Çocuğa karşı; eğer sperm verenin kim olduğunu bildirmemişse veya vericiye karşı babalık davasının açılmasını engellemek için, ölü veya kimliği bilinmeyen bir vericinin spermlerini kullanmışsa veya yine vericiye karşı, çocuğa ait olan taleplerin ileri sürülmesine engel olmak için, nerede ikâmet ettiği bilinmeyen bir vericiden faydalanmışsa, OR 41 vd. hükümlerine göre sorumludur. Çocuk ayrıca OR 398 vd. daki sözleşmeden doğan

talepleri de haizdir. Çünkü annenin doktora yönelik muamele (işlem) emri, burada aynı zamanda çocuk lehine verilmiş bir emir niteliğini de taşır.

- Vericiye karşı OR 398 vd. ve eğer vericiye karşı babalık davası açılmışsa, OR 41 vd. hükümlerine göre sorumludur<sup>59,59a</sup>.

#### E. SONUÇ

Ödünç anneliğin ilk şekillerine yeni bir güncellik kazandıran ve ona aynı zamanda nitel bakımdan da yeni boyutlar getiren yapay döllemeye ilişkin çağdaş teknikler modern tıp'ın günümüzde ulaştığı ileri seviyenin çocuk sahibi olamayan çiftlere sunduğu bir imkân olarak görülmelidir. En azından bu konudaki Palyatif tedavi sayesinde bu tür rahatsızlıklar artık "alın yazısı" olarak değil, aksine bir hastalık olarak ele alınmaktadır. Ancak, bu bakış açısından yola çıkarsak bu kez de; tek tarafı olarak istem sahibi ana ve babanın menfaatlerinin yönünün tayin edilmesi ve diğer ferdî ve toplumsal menfaatlerin özellikle çocuğun menfaatlerinin gözardı edilmiş olup olmayacağı sorusu ile karşılaşılacaktır<sup>60</sup>.

59 Berner Kommentar - Hegnauer, Art. 262, N.25, 26, 27; ayrıca Art. 261, N.20, 68; Art. 255, N.45; Art. 256, N.46, 119, 124.

59a Bundan başka doktorun genetik tehlikeler hakkında açıklama yapma ödevi de mevcuttur (Bkz. **Fuchs**, s.610 vd.). Bu ödevin ihlâli, doktorun anneye karşı hem akdi hem de haksız fiili yönünden sorumlu olmasını gerektirmektedir. Yine çocuğun talepleri de bu sorumluluğa dahildir (ayrıntılı olarak bkz. **Fuchs**, s.610-613).

60 Bkz. **Jäggi/Widmer**, s.76.

57 Bkz. yuk. dn.46.

58 **Jäggi/Widmer**, s.76.

## ARGUMENTUM

### Aylık Hukuk Dergisi

**Yayın Kurulu :** Prof. Dr. Emin Artuk, Ar.Gör. Rukiye Akkaya, Ar.Gör. Talat Canbolat, Dr. Fethi Gedikli, Yrd. Doç. Dr. Ahmet Gökçen, Ar.Gör. Nur Karaman, Ar.Gör. Özgür Kiraz, Prof.Dr. Ali Rıza Okur, Doç. Dr. Hayrettin Ökçesiz, Ar.Gör. Mustafa Şentop, Yrd. Doç. Dr. Mustafa Yıldız.

**Bu Sayıyı Yayına Hazırlayan :** Ar. Gör. Rukiye Akkaya

**Sahibi ve Yazı İşleri Sorumlusu :** Ar. Gör. Mustafa Şentop

**Haberleşme Adresi :** Argumentum Aylık Hukuk Dergisi, Ar. Gör. Mustafa Şentop, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 81041 Haydarpaşa/İstanbul

**SPONSOR :**

