

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BABALIK DAVASI

Hazırlayan
Tuğba AKALIN
2501050250

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Gülçin Elçin GRASSINGER

İSTANBUL – 2008

BABALIK DAVASI

Tuğba AKALIN

ÖZET

Çalışmamızın konusu 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Medeni Kanunun'da düzenlenen babalık davasıdır. Babalık davasının amacı, evlilik dışı ilişkiden doğan ve hiç bir erkeğe soybağı ilişkisi yönünden bağlı bulunmayan çocukların, babaları yönünden hukuki olarak soybağı ilişkisinin, hâkim hükmü ile kurulmasını sağlamaktır. 4721 sayılı Medeni Kanunumuz, 2002 yılına kadar yürürlükte olan 743 sayılı Eski Medeni Kanunumuzun soybağı ile ilgili hükümlerinde köklü değişiklikler yapmıştır. Babalık davası da bu değişiklikten önemli derecede etkilenen kurumlardandır. Bu değişikliklerin temelinde ise son yıllarda gerek uluslararası hukukta gerekse ulusal hukuklarda çocuk haklarının gittikçe önem kazanması ve çocuk yararının üstünlüğü ilkesinin giderek evrensel bir hukuk ilkesi haline gelmesi yatmaktadır. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar da, genel olarak tüm çocuklar lehine oluşan hukuki gelişmelerden, en olumlu yönden etkilenen çocuk grubudur. Çalışmanın amacı babalık davası ile ilgili hukukumuzda yer alan düzenlemeleri doktrinin açıklamaları ve Yargıtay'ın bu konudaki içtihatları ışığında incelemektir. Bu incelemeler sırasında ise gerek görülen noktalarda Eski Medeni Kanunumuzun konu ile ilgili hükümlerine de karşılaştırmalı olarak yer verilmiş; ayrıca hukukumuzun konu ile ilgili düzenlemeleri yer yer eleştirel bir bakış açısı ile incelenerek, çocuk lehine yorum ve çocuk yararının üstünlüğü ilkesi gibi günümüzde evrensel hukuk kuralı haline gelen ilkelerin temelinde, çeşitli önerilerde bulunulmuştur.

PATERNITY CASE

Tuğba AKALIN

ABSTRACT

The topic of our study is the paternity case, arranged by civil code law no.:4721 which came into force in 2002. The aim of paternity case is establishing the blood line relation for the children who were born illegitimate and have no blood line relation to any other men, in terms of paternity by judgement of judge.

The Civil code law no: 4721 had significant alterations the civil code law no.: 743 which were in use until 2002 in terms of blood line relation. Paternity case is one of the topics affected by these alterations. Child's rights are becoming more and more important both in national and international law and also the supremacy of child's benefits is gaining a status of universal law principal. These are the fundamental needs for alterations made in civil code. The aim of our study is analysing the arrangements in our national law in light of explanations in jurisprudence and interpretation of Supreme Court of Appeals. Furthermore after criticising some judgements which were made according to our national law, some proposals are made in lights of universal law principals such as construction in favour of child or supremacy of child's benefits.

ÖNSÖZ

Evlilik dışı çocuklar, aralarında Medeni Kanunumuzda belirlenen(TMK m. 134 – 144) şartlara ve şekle uygun olarak nikâh yapılmamış olan erkek ve kadının cinsel ilişkisi sonucu doğan ve bir erkekle arasında hukukun öngördüğü şartlarda soybağı ilişkisi kurulmamış çocuklardır. Bu bağlamda ülkemizde yaygınlığı gün geçtikçe azalmakla birlikte halen varlığını sürdüren imam nikâhlı birlikteliklerden doğan çocuklar da, hukuk nazarında evlilik dışı çocuk grubu içerisinde yer almaktadır.

Çocuğun ana ve baba açısından hukukun kendisine tanıdığı haklara sahip olabilmesi, ana ve babası ile arasındaki soybağı ilişkisinin, hukuka uygun olarak kurulmasına bağlıdır. Bu nedenle evlilik dışı çocukların babalarına hukuken yabancı olmaları, onlar açısından babalarına ve babalarının akrabalarına mirasçı olamamaları, babalarından nafaka isteyememeleri gibi oldukça olumsuz pek çok hukuki sonuç yaratmaktadır. İşte tez konumuz olan babalık davası da, Medeni Kanunumuz’da düzenlenen ve evlilik dışı çocuklar ile genetik babaları arasında hukuki olarak soybağı ilişkisinin kurulmasına hizmet eden yollardan birisidir.

Evlilik dışı çocuklar ile babaları arasında soybağı ilişkisi kuran ve Medeni Kanunumuz’da yer alan diğer yollar ise ana ile sonradan evlilik ve tanımadır. Ayrıca yukarıda değindiğimiz imam nikâhlı birlikteliklerin halk arasında meşru görülmesi ve bu tür ilişkilerden doğan çocukları sayısının hayli fazla olması gibi nedenlerle; imam nikâhlı birlikteliklerden doğan çocuklar ile babaları arasında soybağı ilişkisinin kurulabilmesi için de zaman zaman af kanunları çıkartılmaktadır. Bunun neticesinde ise evlilik dışı çocuklar ile babaları arasındaki soybağı ilişkisi, idari yol olarak adlandırılan bu af kanunları ile de kurulabilmektedir. Ancak ana ile evlilik ve tanımada babanın iradesi ve isteğinin bulunması söz konusu olduğu için, soybağı ilişkisinin kurulabilmesi babanın insiyatifine bağlıdır. Af kanunlarında ise tamamen kanun koyucu söz sahibidir. Af kanununun çıkartılıp çıkartılmayacağı veya nezaman çıkartılacağı belli olmamaktadır. Nitekim 1991 yılından bu yana af kanunu çıkartılmamıştır. Bu nedenle dünyaya evlilik dışı olarak gelmede hiç bir kabahati

bulunmayan çocuğu, sırf evlilik dışı olduğu ve babası veya kanun koyucunun o yönde iradesi olmaması nedeni ile babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulamadığından, babaları ile aralarında soybağı ilişkisi kurulan çocukların tabi olduğu hukuki statüden farklı bir statüye tabi tutmak; çocuğa veya anasına başka bir hukuki yol tanımamak; ne adalet, ne hakkaniyet ne de insan hakları ile bağdaşır. İşte bu noktada tez konumuz olan babalık davasının önemi ortaya çıkmaktadır. Babalık davası; hukuk nazarında evlilik dışı olan ve baba yönünden soybağı ilişkisi diğer hukuki yollar ile kurulamayan çocuğun, soybağı yönünden babası olduğu iddia edilen erkeğe bağlanabilmesine hizmet eden; ana ve çocuk tarafından kullanılabilecek hukuki bir yoldur.

Babalık davası ismini taşıyan bu çalışmamızın amacı; hukuki önemini yukarıda izah etmeye çalıştığımız babalık davasını, tüm hukuki yönleri ile incelemektir. Çalışmada babalık davasının açılması, görülmesi ve bu davanın babalık hükmü ile sona ermesinin hukuki sonuçları gibi ana konuların incelenmesinden önce, babalık davası ile yakından ilgili olan soybağı ve evlilik dışı çocuk kavramları hakkında bilgiler verilmiştir. Daha sonra ise babalık davasının ayrıntılı olarak incelenmesine geçilmiştir. Bu inceleme sırasında doktrinin konu hakkındaki görüşlerinden ve Yargıtay'ın konu ile ilgili içtihatlarından yararlanılmış; ayrıca babalık davasına ilişkin hükümler gerek görülen yerlerde Eski ve Yeni Medeni Kanun açısından karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır. Son olarak ise, son yıllarda hızla yaygınlaşan yapay dölleme yöntemlerini uygulanması sonucunda dünyaya gelen çocukların, baba açısından soybağına ilişkin yaşayabilecekleri muhtemel problemler, mevcut hukukumuzdaki kurallar ışığında değerlendirilerek; bu konuda ülkemiz mevzuatında yer alan eksikliklere dikkat çekilmiştir. Çalışmanın bütününde ise tüm inceleme ve değerlendirmelerde, çocuk yararının üstünlüğü ilkesi ön planda tutulmuş, bu ilkeye aykırı görülen hukuki düzenlemeler hakkında ise eleştiri ve önerilerde bulunulmuştur.

Beni bu konuda çalışmaya yöneltten ve çalışmanın her aşamasında değerli görüş ve yardımları ile bana destek olan danışman hocam sayın Gülçin Elçin GRASSINGER'e sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Sadece bu tez çalışması nedeni ile

yaptığı katkılardan dolayı değil, benimle her konuda ilgilendiği ve her sıkıntıda yanımda olduğu için de Sayın Hocam'a ne kadar minnet duyduğumu; kendisine ne kadar şükran borçlu olduğumu, kelimeler ile ifade edemem.

Ayrıca tez çalışmam sırasında, bana iki yıl süre ile Yurt İçi Yüksek Lisans Burs Programından burs sağlayan, ülkemizde bilimin ve bilim adamlarının gelişmesinde en büyük katkıya sahip olan kuruluşlardan birisi olan TÜBİTAK'a da, sonsuz teşekkürlerimi bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	viii
KISALTMACETVELİ.....	xi
GİRİŞ.....	1

I.BÖLÜM

SOYBAĞI KAVRAMI, SOYBAĞININ TÜRLERİ VE SOYBAĞININ KURULMASI.....	7
A- SOYBAĞI KAVRAMI.....	7
B- SOYBAĞININ TÜRLERİ.....	8
1- DOĞAL SOYBAĞI – HUKUKİ SOYBAĞI.....	8
2- HAKİKİ SOYBAĞI – YAPAY SOYBAĞI.....	10
C- SOYBAĞININ KURULMASI.....	13
1- ANA AÇISINDAN SOYBAĞININ KURULMASI.....	13
2- BABA AÇISINDAN SOYBAĞININ KURULMASI.....	15

II. BÖLÜM

EVLİLİK DIŞI ÇOCUK KAVRAMI VE EVLİLİK DIŞI ÇOCUKLARIN TARİHSEL SÜRECİ.....	21
A- EVLİLİK DIŞI ÇOCUK KAVRAMI.....	21
B- EVLİLİK DIŞI ÇOCUKLAR ve TARİHSEL SÜREÇ.....	22

III. BÖLÜM

BABALIK DAVASI VE BABALIK HÜKMÜNÜN SONUÇLARI.....	43
A- GENEL OLARAK.....	43
B- BABALIK DAVASININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	43
C- BABALIK DAVASININ ŞARTLARI.....	45

D- BABALIK DAVASININ TARAFLARI.....	48
1-DAVACILAR.....	48
a-Ana.....	49
b-Çocuk.....	53
2- DAVALILAR.....	60
a- Baba Olduğu İddia Edilen Erkek.....	60
b- Baba Olduğu İddia Edilen Erkeğin Mirasçıları.....	62
E- BABALIK DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	63
F- BABALIK DAVASINDA YARGILAMA USULÜ.....	66
G- BABALIK DAVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRELER.....	67
H- BABALIK DAVASINDA İSPAT.....	78
1- BABALIK KARİNESİNE DAYANAN İSPAT.....	78
2-BİLİMSEL İNCELEME YÖNTEMLERİ YARDIMI İLE İSPAT.....	86
a- Konunun Hukuki Çerçevesi.....	86
b- Kullanılan Yöntemler.....	92
aa- Kan İncelemesi Yöntemleri.....	93
bb- Antropobiyolojik ve Kalıtsal İnceleme Yöntemi.....	95
cc- DNA Testleri.....	95
c- Bilimsel Yöntemlerin Hukuki Niteliği.....	102
d- Bilimsel İncelemelerin Hâkimce Değerlendirilmesi.....	104
I- BABALIK HÜKMÜNÜN SONUÇLARI.....	107
1- BABALIK HÜKMÜNÜN ANA AÇISINDAN SONUÇLARI.....	108
a- Ana Lehine Maddi Tazminat.....	108
aa-Doğum Giderleri.....	108
bb-Doğumdan Önceki ve Sonraki Altışar Haftalık Geçim Giderleri.....	109
cc- Gebelik ve Doğumun Gerekletirdiği Diğer Giderler.....	110
b- Ana Lehine Manevi Tazminat.....	114
2- BABALIK HÜKMÜNÜN ÇOCUK AÇISINDAN SONUÇLARI.....	117
a- Genel Olarak.....	117
b- Babalık Hükmünün Çocuğun Soyadına Etkisi.....	118
c- Babalık Hükmünün Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkına Etkisi.....	125
d- Babalık Hükmünün Çocuğun Nafaka Talep Hakkına Etkisi.....	128

e-Babalığın Velayete Etkisi.....	133
f-Babalık Hükümünün Çocuğun Mirasçılığına Etkisi.....	135
g- Babalığın Çocuğun Vatandaşlığına Etkisi.....	136
h-Babalık Hükümünün Çocuk Açısından Diğer Sonuçları.....	137

VI. BÖLÜM

YARDIMCI ÜREME YÖNTEMLERİNİN BABALIK AÇISINDAN YARATABİLECEĞİ HUKUKİ SORUNLAR	139
A- GENEL OLARAK.....	139
B- EVLİ ÇİFTLER AÇISINDAN YAPAY DÖLLENME.....	143
1- EVLİ ÇİFTLER AÇISINDAN HOMOLOG DÖLLENME.....	143
2- EVLİ ÇİFTLER AÇISINDAN HETEROLOG DÖLLENME.....	151
C- EVLİ OLMAYAN KADIN YÖNÜNDEN YAPAY DÖLLENME.....	154
SONUÇ.....	158
KAYNAKÇA.....	169

KISALTMA CETVELİ

AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.
AYM	: Anayasa Mahkemesi.
b.	: Bent.
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu.
bkz.	: Bakınız.
BMÇHS	: Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi.
C.	: Cilt.
c.	: Cümle.
dn.	: Dipnot.
E	: Esas.
EMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi.
f.	: Fıkra.
HD	: Hukuk Dairesi.
HUMK:	: 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu.
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu.
K.	: Karar.
m.	: Madde.
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu.
m.s.	: Milattan Sonra.
NHK	: 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu.
RG	: Resmi Gazete.

s.	: Sayfa.
S.K.	: Sayılı Kanun.
T.	: Tarih.
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu.
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu.
TVK	: 403 numaralı Türk Vatandaşlığı Kanunu.
ÜYTM	: Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği.
Y.	: Yargıtay.
Y.İBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı.
Y.HGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu.
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi.
YTL	: Yeni Türk Lirası
y.y.	: Yayınevi yok.
vd.	: Ve devamı.

GİRİŞ

Çocuklar, toplumun hem maddi anlamda, hem de manevi anlamda en güçsüz ve bakıma muhtaç kesimini oluşturmaktadır. Bu nedenle çocukların korunması; sosyal, hukuki her alanda çocuklara sahip çıkılması; çocukların hem psikolojik, hem de fiziksel olarak iyi yetişmiş bireyler olarak topluma kazandırılması; bir devletin en önemli görevlerindendir. Devlet bu amaçla çocukları koruyucu ve onların hak kayıplarına uğramasını önleyici her türlü hukuki düzenlemeyi yapmalıdır. Bu bağlamda devlet, evli olmayan erkek ve kadının cinsel ilişkisi sonucu doğan evlilik dışı çocukların da, evlilik içinde doğan çocukların sahip olduğu her türlü haktan yararlanmasını sağlamak, çocuklar arasındaki eşitsizlikleri kaldırmakla yükümlüdür.

Nitekim hukukumuz açısından 2002 yılında yürürlüğe giren 4721¹ sayılı Türk Medeni Kanunu ile, 2002 yılına kadar yürürlükte olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin evlilik dışında doğan çocuklarla, evlilik içinde doğan çocuklar arasında soybağı ilişkisi yönünden haksız ayrımlar barındıran hukuki düzenlemeleri terk edilmiş; bu iki çocuk grubunun mümkün olduğu ölçüde aynı düzenlemelere tabi olmaları sağlanmıştır. Bu bağlamda çocuklar arasında haksız ayrıma yol açan evlilik içi soybağı-evlilik dışı soybağı ayrımı kaldırılmış; evlilik içi ilişkiden doğan çocukların da, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların da, ana ve babalarına aynı tür soybağı ilişkisi ile bağlanacakları kabul edilmiştir. Çalışmamızın konusu olan babalık davası da, 2002 yılındaki kanun değişikliğinden önemli ölçüde etkilenen kurumlardandır. 2002 yılı değişikliği ile Eski Medeni Kanunda yer alan ve hukuki olarak farklı sonuçları olan şahsi sonuçlu-mali sonuçlu babalık davası ayrımı kaldırılarak; çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan tek bir babalık davası düzenlenmiştir. Ayrıca babalık davası ile çocuğun babasına bağlanabilmesi için Eski Kanun'un gerçekleşmesini aradığı ağır bir takım şartlara da Yeni Kanun'da yer verilmeyerek; babalık hükmü almak kolaylaştırılmıştır. Ancak

¹Kanun numarası 4721 olan Türk Medeni Kanunu, 22 Kasım 2001 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisinde Kabul edilerek, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Bkz. RG, 08.12.2001T. , 24607S.).

evlilik dışı çocukların hukuki statüsünün bu şekilde iyileşmesi hem ülkemiz, hem de dünya açısından oldukça uzun tarihi bir süreç gerektirmiştir.

Eski çağlardan bu yana coğrafi, ekonomik, sosyal farklılıklardan dolayı, aile yapılanmaları değişiklikler arz etse de², aile kurumu hep var olmuştur. Ailelerin yapısal farklılıkları ve buna ek olarak toplumsal inanış ve anlayışlar; ana, baba ve çocuk arasındaki ilişkilerde, özellikle de bu ilişkileri düzenleyen hukuk kuralları üzerinde, belirleyici faktör olmuştur. Ancak hemen hemen her toplumun, evlilik kurumunu aileyi oluşturan temel faktör sayarak, önemli ve kutsal bir kurum olarak kabul etmesi; evlilik dışı çocukların, ailesel, toplumsal ve hukuki statüleri konusunda, oldukça elverişsiz durumlar yaratmıştır.

Sanayileşme öncesi dönemlerde ekonomi, eğitim, din gibi toplum hayatının temeli olan pek çok konuda önemli fonksiyonlara sahip olması; aile kurumunu toplum hayatında çok önemli bir yere oturtmuştu. Özellikle üretimin aile içerisinde gerçekleştirilmesi ve üretimin büyük ölçüde toprağa bağlı olması; evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun, tüm ekonomik değerler üzerinde tek başına pay sahibi olan babaya mirasçı olup, ailenin ekonomik değerlerinden pay almasını, imkânsız hale getiriyordu. Çünkü üretimin toprağa bağlı olduğu bu devirlerde, genelde bir baba otoritesine tabi oldukça kalabalık ile yapılanmaları mevcuttu. Ayrıca dini inanışların etkisi ile hem evlilik dışı ilişkilere şiddetle karşı çıkılması, hem de bu ilişkiden doğan çocukların günah ürünü olarak kabul edilerek toplumca dışlanması da, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların her açıdan olumsuz bir statüde olmasını sonuçlıyordu.

Sanayi devriminin, gayrimenkule dayalı ekonomik değerleri ve aile üretimine dayalı ekonomik yapılanmayı tamamen değiştirmesi; toplumsal her türlü yapılanma ve değerlerin tamamen değişmesini sonuçlamıştır. Aile kurumu da bu süreçten en çok etkilenen kurumlar arasındadır³.

²Aile kurumunun tarihi gelişimi ve değişimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **EFEM**, Gül; **21. Yüzyılda Aile Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi**, Eurojuris Yayınları, İstanbul, 2004, s. 1-39.

³Sanayi devriminden sonra aile yapılanmalarında ortaya çıkan değişiklikler için bkz. **Efem**, s. 16-26; **Serozan**, s. 17-20.

Sanayileşme sonucunda fabrikaların en önemli üretim yerleri haline gelmesi; ailenin üretim fonksiyonunu kaybetmesine neden olmuştur. Üretimin yoğun işgücü ihtiyacı nedeni ile hem erkek, hem de kadının çalışma hayatına dâhil edilmesi ise, ailenin eğitim fonksiyonunun okullara; siyasi ve dini alandaki fonksiyonlarının ise devlet kurumlarına devredilmesine neden olmuştur. Ailenin üretim birimi olma özelliğini yitirip, tüketim birimi haline gelmesi de, kalabalık aile yapılanmasının terk edilip, ana, baba ve az sayıda çocuktan oluşan çekirdek aile modeline geçilmesine neden olmuştur. Ayrıca toplum açısından önemli fonksiyonlarını yitirmesi; ailenin toplum hayatındaki önemini azaltmıştır⁴. Buna ek olarak yoğun iş saatleri nedeniyle ailevi ve sosyal ilişkilerin önemini kaybetmesi, insanların hızla bireyselleşmesini sonuçlamıştır.

Sanayi devrimi sonrasında insanların her türlü haktan yoksun şekilde, insanlık dışı şartlarda çalıştırılıp, iş güçlerinin acımasızca sömürülmesi; dini otoritelerin insanlar üstündeki aşırı baskısı; yaşanan savaşlar nedeni ile milyonlarca insanın ölmesi gibi insanlık için kötü tecrübe dönemleri ise, bireyin toplum ve aileden bağımsız hukuki bir değer olarak kabul edilmesini; eşitlik, özgürlük gibi insan haklarının gelişmesini sonuçlamıştır.

Aile kurumunun, dünyada yaşanan bu gelişmeler karşısında hem fonksiyonel hem de yapısal olarak değişime uğraması; evlilik kurumunun da değer ve önemini giderek yitirmesine neden olmuştur. Bireyselleşme ve özgürleşme ekseninde toplum ve aileden hızla kopan modern zaman insanı, dini ve geleneksel değerlerin de özgürlüğünü kısıtladığını düşünerek; bu değerlerden de kendisini kurtarmaya çalışmaktadır⁵. Evlilik de kişinin özgürlüğünü kısıtlayan bir bağ olarak algılanmaya başlanmıştır. Bu durum özellikle 1960'lardan sonra zirveye ulaşmıştır⁶. Bu bağlamda insanlar artık evlenmek yerine evlilik dışı ilişkilere girmeyi tercih etmekte, boşanmalar hızla artmaktadır⁷. Bu nedenlerle evlilik dışı doğan veya parçalanmış

⁴ŞİŞMAN, Nazife; “Küresel Dinamikler Bağlamında Aile ve Kadın”, Günümüzde Aile (Uluslararası Aile Sempozyumu, 2-4 Aralık 2005), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2007, s. 587, 588.

⁵Şişman, s. 588.

⁶Şişman, s. 587.

⁷Efem, s. 37,38; Hatemi/Serozan, s. 373; Şişman, s. 587.

ailelerde yaşayan çocukların sayısı hızla artmakta; çekirdek aile yapısı da hızla bozulmakta ve tek ebeveynli aile yapısı giderek yayılmaktadır.

Evlilik kurumunun önemini kaybetmesi ve evlilik dışı çocuk sayısının hızla artması, evlilik dışı çocuklara bakış açısını değiştirmiş; önceleri toplum tarafından reddedilen ve her türlü haktan yoksun bırakılan bu çocukların, toplumsal ve hukuki statüleri giderek iyileşmiştir. Özellikle insan hakları konusunda önemli gelişmeler yaşanması ve bu gelişmelere paralel olarak çocuk hakları konusunda da önemli adımlar atılması, evlilik dışı çocuklar açısından yaşanan bu olumlu değişimleri desteklemiştir. Bu bağlamda artık tüm çocukların da, insan hakkı temeline dayalı, herkes tarafından tanınması ve saygı gösterilmesi gereken, bir takım haklara sahip olduğu; çocuklar arasında evlilik dışı-evlilik içi doğmak veya her hangi başka bir nedenle ayırım yapılamayacağı; hem ulusal hukuklar, hem de uluslararası hukuk tarafından kabul edilmektedir.

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklara bakış açısının değişmesi ve onlara tanınan haklar bakımından geline bu nokta son derece isabetlidir. Çünkü yüzyıllar boyunca ekonomik, sosyal, dini ve ahlaki gerekçelerle; evlilik dışı ilişkiden doğma konusunda hiçbir kusuru ve günahı bulunmayan çocuklar; toplumca horlanmış, aşağılanmış, her türlü haktan yoksun şekilde yaşamış; ana ve babalarının suçu bu çocuklara yüklenmiştir.

Ancak bizce evlilik kurumunun değerini kaybetmesi; ana, baba ve çocuk arasındaki sıcak ilişki ve sağlam bir bağa dayanması gereken aile yapılanmasının yozlaşması; evlilik dışı çocukların sayısının hızla artması, son derece sağlıklı bir durumdur. Çünkü kanımızca her çocuğun kendisini dünyaya getiren ana ve babası ile birlikte, düzgün bir aile yapısı içerisinde yetişmeye hakkı vardır ve bu çocuğun psikolojik olarak sağlıklı bir birey olarak yetişmesi açısından çok önemlidir⁸.

⁸Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın(AY) 41. maddesinin ilk fıkrası “ *Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” hükmünü içermekte ve aile kurumunun önemi, ülkemiz açısından anayasal olarak da ifadesini bulmaktadır. Toplumdaki bireylerin fiziki ve psikolojik olarak sağlıklı, yeterli eğitim görmüş, sorumluluk sahibi insanlar olarak yetişmesi; sağlıklı bir aile yapısı ve

Kimsenin, bireysel özgürlüğü olduğunu öne sürerek; evlilik dışı bir çocuğu dünyaya getirmeye hakkı yoktur. Bu nedenle bizce devletlere çocuk haklarını koruma noktasında düşen en büyük görev, çocukların haklarını daha doğmadan koruma altına almak; ileride doğup, büyüüp, toplum yaşamına katılacak bireylerin; evlilik birliği temeline dayanan, sağlıklı aile yapısı içerisinde doğmalarını temin edecek her türlü hukuki düzenlemeyi yapmaktır. Ancak bunu yaparken geçmiş dönemlerde olduğu gibi evlilik dışı doğumun faturası, bu şekilde doğma konusunda hiç bir kabahati olmayan çocuğa kesilmemeli; ana ve babanın kabahati çocuğa yüklenmemelidir. Aksine çocukların evlilik dışı ilişkiden doğmalarını engellemeye çalışılırken; buna rağmen evlilik dışında doğmuş bulunan çocuğun ana ve baba yönünden sahip olması gereken hiç bir hakkı kısıtlanmamalı; çocuğun genetik ana ve babasına bağlanma hakkı mutlak olarak tanınmalı; bu hak hiçbir gerekçe ile engellenmemelidir.

Çocukların kendisini dünyaya getiren ana ve babasını öğrenme ve onlar tarafından bakılma; bir soyada ve bir aileye sahip olma hakkı, yukarıda da belirttiğimiz gibi; çocuklara tanınması gereken en önemli haklardandır. Bu bağlamda çocuk kendisini dünyaya getiren babasını bilme, ona soybağı yönünden bağlanma ve bunun tüm hukuki sonuçlarından yararlanma hakkına da sahip olmalıdır. İşte tez konumuz olan babalık davası da, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların babalarına soybağı ilişkisi yönünden bir mahkeme kararı ile bağlanmalarını sağlayan ve Medeni Kanun'da düzenlenmiş, hukuki bir imkândır. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların soybağı yönünden bir erkeğe bağlanmasına imkân veren hukukumuzdaki diğer yollar, erkeğin inisiyatifine bağlıdır. Babalık davasında ise çocuk ve ana, baba olduğu iddia edilen erkeğin, çocuğun gerçek babası olduğunu mahkeme huzurunda ispat ederek; çocuğun bu erkeğe soybağı açısından bağlanmasını sağlama hakkına sahiptir ki, babalık davası bu yönü ile oldukça önemli bir hukuki yoldur.

Bu çalışmanın amacı babalık davasını tüm hukuki yönleri ile incelemektir. Bu inceleme sırasında ise hem doktrinin görüşlerinden, hem de Yargıtay'ın konu ile

sağlıklı bir toplum düzenini sonuçlar. Ancak bireyin bu tür olumlu özelliklere sahip olabilmesi, öncelikle sağlıklı bir aile ve sonra sağlıklı bir toplum yapısı içerisinde yetişmiş olmasına bağlıdır.

ilgili içtihatlarından yararlanılmıştır. Gerek görülen yerlerde Eski Medeni Kanunumuzun ilgili hükümlerine de karşılaştırmalı olarak yer verilmiştir.

Çalışmamız anlatım planı açısından başlıca dört bölümden oluşmaktadır. Babalık davasının amacı soybağı ilişkisini baba yönünden kurmak olduğu için, çalışmanın birinci bölümünde soybağı ile ilgili genel bilgiler verilmiştir. Babalık davası ile evlilik dışı çocukların babalarına bağlanması söz konusu olduğu için, ikinci bölümde evlilik dışı çocuklar hakkında bilgiler verilmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümünde ise babalık davasının hukukumuzda düzenlenişi, tüm yönleri ile ele alınmış ve çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinin, babalık davası ile kurulmasının hukuki sonuçları incelenmiştir. Son yıllarda üreme teknolojisinde yaşanan gelişmeler ise soybağı hukuku açısından çözülmesi güç bazı hukuki problemlere yol açmıştır. Çalışmamızın dördüncü bölümünde üreme teknikleri konusunda yaşanan bu gelişmelerin, babalık yönünden yarattığı soybağına ilişkin hukuki problemler incelenmiştir. Dördüncü bölümden sonra yer alan sonuç kısmında ise çalışmamızın kısa bir özeti ile çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar ve konu ile ilgili yorum, eleştiri ve önerilerimize yer verilmiştir.

I.BÖLÜM

SOYBAĞI KAVRAMI, SOYBAĞININ TÜRLERİ VE SOYBAĞININ KURULMASI

A- SOYBAĞI KAVRAMI

Soy sözcüğü, kelime anlamı olarak; aynı atadan gelen kimselerin oluşturduğu topluluğu, sülaleyi ifade eder⁹. Bu tanımdan yola çıkarak soybağı, bir kimse ile ataları yani üstsoyu (anne, baba, dede, nine vs.) arasında bulunan ve onu bir soya ait kılan doğal ve genetik bağlantı olarak tanımlanabilir. Medeni Kanunumuzda üstsoy-altsoy hısımlığı; “biri diğerinden gelen kişiler” arasındaki hısımlık ilişkisi olarak tanımlanmıştır(TMK m.17/f. 2). Medeni Kanun’un bu ifadesini dikkate alarak ise soybağı; biri diğerinden gelen kişiler arasındaki bağlantı olarak da ifade edilebilir. Ancak bu soybağının geniş anlamda ifadesidir¹⁰. Soybağı terimi hukuki alanda çok daha dar ve teknik bir anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda soybağı kavramı, bir kimse ile ana ve babası arasında bulunan bağlantıyı ifade eder¹¹. Medeni Kanunumuz

⁹ **Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük** , C. 2, 9. Bası, Ankara, 1998, s. 2016.

¹⁰ **ACABEY**, Beşir Mehmet; **Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002, s. 5; **ARSEBÜK**, Esat; **Medeni Hukuk**, C. 2, Recep Ulusoglu Basım Evi, Ankara, 1940, s. 370; **AKINTÜRK**, Turgut; **Türk Medeni Hukuku**, C.2, Aile Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul, 2006, s. 333, **DURAN**, Hümevra; “**Babalık Davası**”, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 4; **DOĞAN**, İzzet; “**Soybağı**” Legal Hukuk Dergisi, C.1, S. 12, 2003, s. 3038; **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin; **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986 (Bu basıyı hazırlayanlar: Cumhur **ÖZAKMAN**, Enis **SARIAL**), s. 411; **GENÇCAN**, Ömer Uğur; “**Soybağının Belirlenmesi**”, İzmir Barosu Dergisi, C. 66, S. 1, 2001, s. 41; **GÜLTEPE**, Hilal; “**Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler**” İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004, s. 497; **KIRKBEŞOĞLU**, Nagehan; **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 8; **KÖPRÜLÜ**, Bülent/**KANETİ**, Selim; **Aile Hukuku**, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1985/1986; s. 203, **SAYMEN**, Ferit/**ELBİR**, Halit; **Türk Medeni Hukuku**, C.3, **Aile Hukuku**, 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960, s. 290;**VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet; **Türk Medeni Hukuku**, C. 2, **Aile Hukuku**, 5.Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965, s. 312. Öztan ise sadece üstsoy altsoy hısımlığını değil, yan soy hısımlığını ve yapay soybağını da geniş anlamda soybağı kavramının içine almaktadır.(**ÖZTAN**, Bilge; **Aile Hukuku**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 519).

¹¹ **Acabey**, s. 5; **Arsebük**, s. 370, 371;**Akıntürk**, s. 333, 334; **Duran**, s. 4, 5; **Doğan**, s. 3038, **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 411; **Gençcan(Soybağının Belirlenmesi)**, s. 41; **GÖNENSAY**,

soybağını¹² bu dar anlamıyla düzenlemiştir(TMK m. 282–334)¹³. Biz de bu çalışma kapsamında, soybağını dar anlamıyla ele alıp inceleyeceğiz.

B- SOYBAĞININ TÜRLERİ

1- DOĞAL SOYBAĞI – HUKUKİ SOYBAĞI

Bir çocuk¹⁴ dünyaya geldiğinde, bu çocuğun doğmasına sebebiyet veren bir erkek ve bir de kadın mevcuttur. Bu kimseler ile doğan çocuk arasında, genetik bir bağlantı bulunur. Hatta anası ve babası bilinmeyen çocuklarda dahi durum bu şekildedir¹⁵. İşte bir çocuk ile genetik olarak bağlı bulunduğu; eski deyimle

Samim; **Medeni Hukuk, C.2, Aile Hukuku, Kısım 2, Nesep, Velayet, Vesayet**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1940, s. 7; **Gültepe**, s. 497, **Kırkbeşoğlu**, s. 8; **Köprülü/Kaneti**, s. 203, 204; **DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan / **GÜMÜŞ**, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku, **Aile Hukuku**, C. 3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 436; **Saymen/Elbir**, s. 290,291; **SEROZAN**, Rona; **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2005, s. 111(Ayrıca yazar eserinde soybağı ifadesi ile birlikte veya bunun yerine “çocukluk ilişkisi” terimini de kullanmaktadır, bkz. **Serozan**, s. 122vd.), **ÖĞÜZMAN**, Kemal/**DURAL**, Mustafa; **Aile Hukuku**, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 197; **ÖZTAN**, s.519; **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi; **Türk Aile Hukuku**, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 392, **Velidedeoğlu**, s. 312-313.

¹²Önceki Medeni Kanunumuz olan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde “soybağı” yerine “nesep” sözcüğü kullanılmaktaydı(EMK m. 241 vd.). (Türk Kanunu Medenisi, Eski Medeni Kanunumuz olması sebebi ile çalışmamızda, “EMK” olarak kısaltılarak kullanılacaktır). Nesep yerine soybağı sözcüğünün tercih edilmesinin nedeni, Yeni Medeni Kanunumuzun genel gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır: “...Nesep terimi çok eskimiş olduğu ve çoğu kez “mezhep” terimiyle karışıklığa sebep olduğu için, Tasarıda arı Türkçe bir sözcük olan “soybağı” şekline dönüştürülmüştür”. Bkz. **T.C. Adalet Bakanlığı Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri**, Ankara, 2002, s. 302.

¹³Anayasa Mahkemesi de(AYM), önceki Medeni Kanunumuz zamanında verdiği bir kararda, “ *Aile hukukunda düzenlenen nesep “ bir kimsenin sadece babasına ve anasına nispeti, yani ana, baba ile çocuk arasındaki hısımlık ilişkisi” olarak tanımlanabilen dar ve sınırlı bir anlam taşır*” diyerek, aile hukukunda düzenlenen nesep kavramının dar anlamda nesebi ifade ettiğini belirtmiştir. AYM T. 28. 02. 1991, E. 1990/15, K. 1991/5, RG, 27.03.1992 T. , 21184 S.

¹⁴Çocuk kelimesi genelde ergin olmamış, yaşı küçük kişileri ifade etmek için kullanılır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin (BMÇHS) 1. maddesinde de, on sekiz yaşını doldurmayan her insanın çocuk sayılması gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu çalışmada kullanılacak olan çocuk kelimesi, bu anlamda kullanılmayacaktır. Bu çalışmada kişi yaşına bakılmaksızın, anası ve babası ile olan soybağı ilişkisi açısından, çocuk olarak adlandırılacaktır.

¹⁵Bulunmuş çocukların nüfusa ne şekilde tescil edilecekleri, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun (RG, 29.04.2006T. , 2615S.) 19. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre yaşının küçüklüğü nedeniyle kendini ifade edemeyen bulunmuş çocuklar, kolluk görevlileri veya ilgili kurumların, bu durumu belirten tutanaklarına veya ilgililerin beyanlarına göre, bulundukları yer nüfus müdürlüklerince, nüfusa kaydedilirler. Bu kişilerin hakkında düzenlenen tutanaklarda, bulunan çocuğun adı, soyadı, ana ve baba adı belirtilmemişse, nüfus müdürlüğünce bu çocuklara ad, soyad, ana ve baba adı verilir. Doğum tarihi belirtilmemişse, doğum tarihinin resmi sağlık kuruluşlarınca belirlenmesi sağlanır. Anası veya babası belli olmayan çocuklar 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve

sulbünden veya sadrından geldiği¹⁶ erkek ve kadın arasındaki bağa, doğal(tabii) soybağı denir¹⁷. Görüldüğü üzere doğal soybağı, doğal bir gerçeğin kabulünden ibarettir.

Hukuk ise sadece bu doğal gerçeklikle hareket etmez / edemez. Bu nedenle hukuki alanda doğal soybağı kavramının yerine, hukuki soybağı kavramı karşımıza çıkar. Hukuki soybağı, hukukun aradığı birtakım koşulların gerçekleşmesi halinde, bir çocuğun soybağı yönünden bir kadın veya bir erkeğe bağlanmasını sağlayan ve hukuki alanda pek çok sonuç doğuran¹⁸ bağ olarak tanımlanabilir¹⁹.

Hukukumuzdaki soybağına ilişkin düzenlemelere bakıldığında, konunun analık ve babalık kavramları ile sıkı bir ilişki içerisinde olduğunu görürüz. Bir çocuğun hukuki olarak bir kadın veya erkeğe bağlanması ve hukuki açıdan soybağına sahip olduğunun kabul edilmesi; genelde genetik analık ve babalık ilişkisiyle uyum içerisinde. Nitekim çocuk ile kadın arasındaki soybağı ilişkisini kuran yollardan

Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu' nun (RG, 27.05.1983T. , 18059S.) 3. maddesinde belirtilen korunmaya muhtaç çocuklar kapsamındadır ve bu çocuklara bakma görevi devletindir.

¹⁶Köprülü/Kaneti, s. 203; Saymen/Elbir, s. 290.

¹⁷Acabey, s. 6; Akıntürk, s. 334; Duran, s. 5; Kırkbeşoğlu, s. 9; Saymen/Elbir, s. 291; Velidedeoğlu, s. 313. Bazı yazarlar ise, doğal soybağını sadece baba açısından ifade etmektedirler. Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1046; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 414. Feyzioğlu'na göre tabii nesep çocuklar; ana rahmine düşmeleri ve doğmaları evlilik dışında olan, babaları ile aralarındaki tabii nesep bağı hukukça tanınmamış, nesepsiz çocuklardır. Öğretide bazı yazarlar ise doğal soybağını, Eski Medeni Kanun'da yer alan mali sonuçlu babalık davası sonucunda, baba ile çocuk arasında kurulan bağ olarak tanımlamaktaydı. Bkz. Köprülü/Kaneti, s. 204; ÖZTAN, Bilge; Aile Hukuku, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 401, 402(Çalışmada genellikle kitabın 2004 basısı kullanılacak olup 2000 basısı kullanılırsa bu husus özel olarak belirtilecektir), GENÇCAN, Ömer Uğur, "Öğreti ve Uygulamada Soybağı Kavramı", Bursa Barosu Dergisi, S. 67, 2001, s. 28-29. Gençcan, bizim doğal soybağı olarak adlandırdığımız ilişkiyi ise, gerçek soybağı kavramı ile ifade etmektedir.Bkz. Gençcan(Soybağı Kavramı), s. 27. Bizce doğal soybağı kavramı; ana, baba ve çocuk arasındaki genetik bağı ifade etmekte olan bir kavramdır. Bu bağ ise, hukuk tarafından tanınmış olup olmadığı önem taşımaksızın, kendiliğinden oluşan ve varlığını sürdüren bir bağıdır. Ana, baba ve çocuk arasında bulunan doğal soybağı ilişkisi, objektif bir doğrudur. Objektif doğru ise gerçek kavramı ile ifade edilir. Gerçek, bilinçten bağımsız, somut ve nesnel olarak var olan şeklinde tanımlanmaktadır. (HANÇERLİOĞLU, Orhan; Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar, C. 2, (E – I), Remzi Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 214). Görüldüğü gibi gerçek; kişilerin, toplumun veya kanunların kabullerinden bağımsız olarak, doğal olarak var olanıdır. Bu nedenle bizce doğal soybağı kavramı ile gerçek soybağı aynı şeyi ifade etmektedir.

¹⁸Soybağı ilişkisinin hukuki olarak kurulması; nafaka, miras, çocukla kişisel ilişki kurulması gibi pek çok hukuki alanda sonuç doğurmaktadır. Bu sonuçlar ileride detaylı olarak incelenecektir. (Bkz. ileride s. 117-138).

¹⁹Acabey, s. 7; Duran, s. 5, 6; Doğan, s. 3038; Kırkbeşoğlu, s. 9, 10; ZEVLİLER, Aydın / ACABEY, M. Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre; Medeni Hukuk, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 1045, 1046.

biri olan ve bir çocuğu doğuran kadının onun anası olduğunu ifade eden Medeni Kanun'un 282. maddesi, doğal soybağı ile hukuki soybağının örtüşmesine örnektir. Ancak hukuki analık veya babalık, her zaman genetik analık ve babalık ile örtüşmez. Bu en çok da çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinde kendini gösterir. Örneğin bir kadın evliyken, kocası haricinde bir erkekle cinsel ilişkisi sonucu bir çocuk sahibi olsa, çocuk ile genetik babası arasında doğal bir soybağı ilişkisi vardır. Ancak bu çocuğun soybağı reddedilmediği sürece(TMK m. 286–281) hukuk, doğan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisi olduğunu kabul eder. Çünkü ana ile evli bulunan ve bu nedenle kocanın babalığı karinesine göre (TMK m. 285) baba sayılan; kocadır. Aynı şekilde evlat edinilen bir çocuğun anasının evlat edinen kadın, babasının ise evlat edinen erkek olarak kabul edilmesi ve aralarında hukuki soybağı ilişkisi kurulması da, doğal soybağı ile hukuki soybağının örtüşmemesine verilebilecek diğer bir örnektir. Bu iki örnekte hukuk soybağını, doğal-genetik bağa göre değil, sosyal-manevi bağa göre kurmaktadır²⁰.

2- HAKİKİ SOYBAĞI – YAPAY SOYBAĞI

Hukuki soybağı olarak adlandırdığımız, hukuk düzenince tanınan soybağı da, kuruluş temelinden hareketle ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, çocuk ile ana ve babası arasındaki genetik ilişkinin temel alındığı (ancak her zaman bu ilişki ile örtüşmeyen) soybağıdır ki, bu soybağı doktrinde genel olarak gerçek soybağı olarak adlandırılmaktadır²¹. Görüldüğü gibi doktrinde gerçek soybağı olarak ifade edilen soybağında da doğal soybağı gibi, genetik bağ temel alınmaktadır. Ancak bizce, hukuki soybağının bir alt kavramı olan ve genetik bağın temel alındığı soybağı ilişkisine, gerçek soybağı yerine hakiki soybağı denmesi daha uygun olacaktır.

²⁰ Acabey, s. 6 - 8; Serozan, s. 144.

²¹ Acabey, s. 11; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 436; Duran, s. 7; Kırkbeşoğlu, s. 11; Köprülü/Kaneti, s. 204; Oğuzman/Dural, s. 197; Öztan (2000), s. 400; Serozan, s. 143; Tekinay, s. 392; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1045. Bazı yazarlar gerçek soybağı yerine tabii soybağı(tabii nesep) kavramını kullanmışlardır. Bkz. Arsebük, s. 371; Akıntürk, s. 334; GÖKTÜRK, Hüseyin Avni; Türk Medeni Hukuku, İkinci Kitap, Aile Hukuku, 3.bası, Ankara, 1954, s. 411; Velidedeoğlu, s. 313.

Çünkü yukarıda da açıkladığımız üzere doğal soybağı, bir çocuk ile onu dünyaya getiren erkek ve kadın arasındaki doğal, genetik bağıdır. Bu bir objektif doğru, yani gerçektir²². Ne genetik ana babanın bilinmemesi; ne de bilinse bile hukuki açıdan tanınmaması; bu gerçeği değiştirmez.

Hakikat ise nesnel gerçekliğin zihnimizdeki öznel yansımasıdır²³. Bu yansıma ise kişiden kişiye göre değişebileceği için, hakikat görecelidir. İşte hakiki soybağı olarak adlandırdığımız soybağında da hukuk, genetik bağı temel almakla birlikte, bu bağıın doğal gerçeklik ile birebir uyuşup uyuşmadığını -özellikle baba açısından- her zaman bilemeyeceği için, birtakım karinelere dayanarak suretiyle ve çoğu kez de olması gerekeni varsayarak; hukuki olarak soybağı ilişkisini kurabilmektedir²⁴. Bu varsayım ise her zaman doğal gerçeklik ile uyum sağlamadığından, içinde göreceliği de barındıran hakiki soybağı kavramının, gerçek soybağına göre daha uygun bir kavram olduğunu düşünmekteyiz.

Hakiki soybağı²⁵ hukuk tarafından, yukarıda görüldüğü üzere genetik ilişkiye veya bu ilişkinin bulunduğu varsayımına dayanarak kurulmaktadır. Ancak soybağı ilişkisini hukuki anlamda kuran bir başka kaynak daha vardır bu da evlat edinmedir. Evlat edinme Medeni Kanunumuzun 305 ve 320. maddeleri arasında düzenlenen ve evlat edinme sonucunda evlat edinen ile evlat edinilen arasında soybağı ilişkisinin

²²Gerçek kavramı ile ilgili bkz. yukarıda s. 9, dn. 17.

²³**Hançerlioğlu**, s. 276.

²⁴Kocanın babalığı karinesinde olduğu gibi (TMK m. 285), hayatın doğal akışına uygun olarak çocuğun kocadan olması gerektiği için, hukuk ilk anda çocuk ile koca arasında varolması gereken genetik ilişkiye göre kocayı çocuğun babası varsayarak; ikisi arasında soybağı ilişkisini kurar. Bu durum ise her zaman, objektif doğru olan gerçek ile uyum göstermemektedir.

²⁵Eski Medeni Kanun'da hakiki soybağı, çocuğun evlilik içinde doğup doğmamasına göre, iki temel kategoriye ayrılmaktaydı. Bunun nedeni ise kanunda sahih nesep(EMK m. 241), gayrisahih nesep (EMK m. 290) ayırımı yapılmasıydı. Bu ayırım neticesinde, velayet, miras gibi pek çok konuda sahih nesepli ve gayrisahih nesepli çocuklar, farklı düzenlemelere tabi tutulmaktaydı. İnsan haklarının ve buna paralel çocuk haklarının gelişmesine bağlı olarak, önce yargı organlarının daha sonra da yasama organının müdahalesiyle, çocuklar açısından var olan bu haksız ayırım, artık hukukumuzda mevcut değildir. Bu konuya daha sonra babalık davasına ilişkin düzenlemelerin tarihi gelişimi konusunda detaylı olarak yer vereceğimiz için, şu anda sadece eski kanunumuz açısından çok önemli olan ve neredeyse soybağı hukukunun temelini teşkil eden bu ayırma işaret etmekle yetiniyoruz. Bu ayırma ilişkin bkz. **Acabey**, s. 12 - 15; **Akıntürk**, s. 334 - 335; **Arsebük**, s. 371 - 375; **BERKİ**, Şakir; **Medeni Hukuk**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1961, s. 197; **Duran**, s. 7-10; **Gönensay**, s. 7; **Göktürk**, s. 411; **Kırkbeşoğlu**, s. 12,14; **Saymen/Elbir**, s. 291, 294; **Tekinay**, s. 392,393; **Öztan(2000)**, s. 400, 401; **Oğuzman/Dural**, s.197, 198; **Velidedeoğlu**, s. 314, 315; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 1047, 1048.

kurulmasını sağlayan hukuki bir yoldur. Hukukumuz açısından evlat edinme yolu ile soybağı ilişkisi, mahkeme kararıyla kurulur(TMK m. 315). Evlat edinme sonucunda oluşan bu soybağı, yapay soybağı olarak adlandırılmaktadır²⁶. Bunun nedeni ise evlat edinenle evlat edinilen arasında genetik bir bağ olmasının evlat edinme için bir şart olarak aranmaması ve çoğunlukla evlat edinen ile evlat edinilen arasında da, böyle bir bağın bulunmamasıdır.

Evlat edinme ile oluşan yapay soybağı inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Ancak şunu söylemeliyiz ki yapay soybağı da evlat edinen kadın ve erkek ile evlat edinilen arasındaki ilişkiler açısından²⁷ birkaç husus hariç²⁸, gerçek soybağının doğurduğu tüm hukuki sonuçları doğurur(TMK m. 314/f. 1)²⁹.

Soybağı kavramını, soybağına ilişkin ayrımları bu şekilde açıkladıktan sonra belirtmeliyiz ki, tez konumuz açısından bizi ilgilendiren hukuki ve hakiki soybağıdır. Çünkü babalık davasının kabul edilmesi durumunda çocuk ile babası arasında kurulan soybağı, baba ile çocuk arasındaki genetik ilişkiye dayanmaktadır. Bu nedenle bundan sonraki kısımlarda soybağı sözcüğü ile hakiki soybağı kavramı ifade edilecek olup; diğer soybağı çeşitlerinden bahsedilir ise bu husus ayrıca belirtilecektir.

²⁶Acabey, s. 11, 12; Akıntürk, s. 334; Duran, s. 7; Kırkbeşoğlu, s. 11; Oğuzman/Dural, s. 197; Öztan, s. 567; Serozan, s. 143. Eski Kanun zamanındaki söyleniş şekli ile yapay nesep olarak adlandıran yazarlar: Köprülü/Kaneti, s. 205; Öztan(2000), s. 402. Eski Medeni Kanunumuz zamanında evlat edinme resmi bir senetle yapılmaktaydı (Bkz. EMK m. 256). Bu nedenle o dönemde yazılan eserlerde evlat edinme ile oluşan soybağı akdi (sözleşmeden doğan) nesep olarak da adlandırılmıştır. Bkz. Saymen/Elbir, s. 292; Tekinay, s. 392; Velidedeoğlu, s. 313; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1047. Evlat edinmeden Doğan soybağı için bunlar yerine veya bunlarla birlikte kullanılan diğer ifadeler şu şekildedir: Cali nesep (Saymen/Elbir, s. 292), farazi nesep(Gönensay, s. 7,8), izafî nesep(Berki, s. 197), suni nesep(Göktürk, s. 411; Berki, s. 197), Saymen/Elbir, s. 292), yapmacık nesep(Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1047).

²⁷Özellikle evlat edinen kadın, erkek ve evlat edinilen çocuk arasındaki ilişkiler olarak belirtmemizin nedeni, yapay soybağının evlat edinenin akrabaları açısından sonuç doğurmamasıdır. Örneğin hakiki soybağı ile babasına bağlı bir çocuk, hem babasının, hem de babasının akrabalarının mirasçısı olabilmekteyken; babası ile arasında yapay soybağı bulunan bir çocuk, sadece babasına mirasçı olur; babasının diğer akrabalarına mirasçı olamaz (MK. m. 314/f. 2; m. 500/f. 1).

²⁸Örneğin evlat edinilen, evlat edinene mirasçı olurken; evlat edinen, evlat edinilenin mirasçısı olamaz (MK m. 500/f. 2). Oysa ki, hakiki soybağında ana ve baba çocuklarının, çocuklar da ana ve babalarının mirasçısı olabilirler.

²⁹Örneğin hakiki soybağında olduğu gibi evlat edinme yolu ile kurulan soybağı da, evlat edinen ile evlat edinilen arasında evlenme yasağı oluşturur; ergin olmayan evlat edinilen, evlat edinenin velayeti altına girer. Akıntürk, s. 398.

C- SOYBAĞININ KURULMASI

Soybağının ana ve baba açısından kurulması farklı esaslara tabidir. Bu nedenle konumuz olan babalık davası ile doğrudan ilgili olmamakla beraber, önce ana açısından soybağının kurulması hususunda kısaca bilgi verilecek olup; daha sonra tez konumuz olan babalık davasının da bir çeşidini oluşturduğu, baba açısından soybağını kuran hukuki yollar ele alınacaktır.

1- ANA AÇISINDAN SOYBAĞININ KURULMASI

Medeni Kanun'un ana ile çocuk arasındaki soybağının kurulmasına ilişkin hükmü şu şekildedir: “ *Çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur.*” (TMK m. 282/f. 2). Ayrıca 282. maddenin üçüncü fıkrası ana ve baba açısından ortak bir düzenleme getirerek; soybağının evlat edinme yoluyla da kurulabileceğini ifade etmektedir. Bu düzenlemelere bakarak diyebiliriz ki, bir kadın açısından soybağı ya doğumla ya da evlat edinme yoluyla kurulur.

Hukuki olarak kadın açısından soybağının kurulmasının doğum olayına bağlanması, çok doğal bir durumdur. Çünkü bir çocuğu doğuran kadın, onun anasıdır ve çocuğunu terk etmemişse³⁰ her zaman bellidir³¹. Bu durum Roma Hukukundan gelen “ana her zaman bellidir”(Mater Semper Certa Es) prensibinin de temelinde yatan sebeptir³². Çocuğu doğuran kadının onun anası olduğuna ilişkin kuralın, aksi ispat

³⁰Terkedilen ya da herhangi bir nedenle kim tarafından doğurulduğu tespit edilemeyen çocuklar bile, mutlaka bir kadın tarafından doğurulduğundan, doğumla beraber doğuran kadın ile çocuk arasında hukuki olarak soybağı ilişkisi kurulmuştur. Sadece soybağının kim ile kurulduğu belli değildir. **Arsebük**, s. 410, 411; **Gençcan(Soybağının Belirlenmesi)**, s. 42; **Kırkbeşoğlu**, s. 15; **Oğuzman/Dural**, s. 324.

³¹**Acabey**, s. 197; **Arsebük**, s. 375; **Akıntürk**, s. 339, 340; **Gençcan(Soybağının Belirlenmesi)**, s. 42; **Doğan**, s. 3039; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 412; **Kırkbeşoğlu**, s. 4, 15; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 437, 438; **Oğuzman/Dural**, s. 324; **Serozan**, s. 147, 165.

³²Eski Medeni Kanunumuz zamanında da ana ile çocuk arasında soybağının kurulması, doğum esasına bağlanmıştı. Çocuğun evlilik içinde veya evlilik dışında doğmuş olması da bu esası etkilemiyordu. Çocuğu doğuran kadın ile doğurduğu çocuk arasında soybağı, doğumla kuruluyordu. Ancak evlilik dışı doğan çocuk ile anası arasındaki soybağının, gayrisahih soybağı olduğu kabul ediliyordu(EMK m. 290). Bunun sonucu olarak sahih nesep ile anasına bağlı çocuklar ile gayrisahih nesep ile anasına bağlı çocuklar arasında, bazı noktalarda fark oluşuyordu. Örneğin sahih nesep ile anasına bağlı çocuğun, anası ile velayet ilişkisi doğumla birlikte kendiliğinden kurulmaktayken; gayrisahih nesep ile anasına

edilemeyen bir kanuni faraziye(kesin karine) olduğu da doktrinde ifade edilmektedir³³.

Bir çocuğu dünyaya getiren kadının, doğurduğu çocuk ile arasında genetik bağa dayanan doğal soybağı zaten mevcuttur. Hukukumuzdaki bu düzenleme ile bu doğal bağ hukukileştirilmiş ve doğal soybağı ile hukuki soybağı burada örtüşmüştür. Hukukumuz açısından ana ile doğurduğu çocuk arasındaki hukuki soybağı doğumla birlikte kendiliğinden kurulur³⁴. Soybağının kurulması için başka bir ek işleme (tanıma gibi) veya babalık davasında olduğu gibi bir mahkeme kararına ³⁵ ihtiyaç yoktur³⁶.

Çocuğu doğuran kadının ana sayılmasına ilişkin temel kural son yıllarda çocuk sahibi olmak konusunda yaşanan gelişmelerle tartışmalı hale gelmiştir. Bunun nedeni yumurta sahibi kadın ile çocuğu doğuran kadının ayrılması sonucunu doğuran, yumurta bağıışı ve taşıyıcı annelik gibi yöntemlerin uygulanır hale gelmesidir³⁷. Bu gibi durumlarda yumurta sahibi kadın mı(genetik ana olarak adlandırılmaktadır),

bağlı olan çocuk ile anası arasındaki velayet ilişkisi, doğumla kendiliğinden kurulmuyor; bu konuda mahkeme kararı gerekiyordu(EMK m. 311/f. 2, ayrıca bkz. EMK m. 314). Türk Medeni Kanunu'nda artık sahih ve gayrisahi nesep ayırımına yer verilmediği için, ister evlilik içi ilişkiden ister evlilik dışı ilişkiden doğmuş olsun, ana ile çocuk arasında aynı tür ve aynı hukuki sonuçları doğuran soybağı ilişkisi kurulmaktadır.

³³Örnek olarak bkz. **Akıntürk**, s. 340; **Gençcan(Soybağının Belirlenmesi)**, s.42; **Serozan**, s. 147. Kanuni faraziye kavramı için bkz. aşağıda s. 16, dn. 44.

³⁴**Acabey**, s. 197; **Serozan**, s. 147, 165.

³⁵Analık ile ilgili ihtilaflarda açılan davalar, nitelik olarak birer tespit davasıdır. Bu durum, ana ile çocuk arasındaki soybağının doğumla kendiliğinden kurulduğunun, hukukça benimsenmesinin bir sonucudur. Bu nedenle hem ananın kim olduğunun bilinmediği durumlarda analığın tespiti için açılan davalar, hem de nüfusa ana olarak kaydedilen kişinin gerçekte ana olmadığı iddiasıyla açılan, nüfus kütüğündeki yanlışlığın düzeltilmesine ilişkin davalar (TMK m. 39, m. 42, m. 46; Nüfus Hizmetleri Kanunu m. 40), birer tespit davası niteliğini taşırlar. Çünkü bu davalarda doğumla beraber kendiliğinden kurulmuş olan soybağı ilişkisinin tespiti söz konusu olmaktadır. Analık ile ilgili davalar herhangi bir süre sınırlaması olmadan açılabilir. Bu konuda bkz. **Acabey**, s. 224, 225; **Duran**, s. 11; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 413; **Gençcan(Soybağının Belirlenmesi)**, s. 42, 43; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M.; **Medeni Kanun'umuzun Aile- Miras ve Eşya Hukuku'nda Getirdiği Yenilikler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 98; **Kırkbeşoğlu**, s. 15; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 437, 438; **Öztan(2000)**, s. 403; **Serozan**, s. 147. Babalık davasında ise verilen karar, ileride görüleceği üzere, baba ile çocuk arasındaki soybağı açısından kurucu nitelik taşımaktadır. Mahkeme kararından önce çocuk ile baba arasında, hukuki bir soybağı ilişkisi mevcut değildir.

³⁶Değişik bir düzenleme şekli olarak Fransız hukukunda, ana açısından soybağının kurulması için doğum olayının tespiti yetmemekte, ananın ayrıca doğurduğu çocuğu tanıması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 197, 198.

³⁷ **Acabey**, s. 200; **Doğan**, s. 3039, 3040; **Kırkbeşoğlu**, s. 16; **Serozan**, s. 165.

doğuran kadın mı(biyolojik ana olarak adlandırılmaktadır)³⁸ ana sayılacaktır? Bu konuda doktrinde farklı görüşler mevcuttur³⁹.

Medeni Kanun'un düzenlemesine bakılırsa, doğuran kadın cevabı doğru gibi görünmektedir. Ancak bu kuralın öngörüldüğü yıllarda, bu tür gelişmeler mevcut değildi. Çocuk ile genetik ve biyolojik olarak bağlantısı bulunan bir kadın vardı; o da çocuğu doğuran kadındı. Yaşanan gelişmeler ile beraber, bu hükmün tartışmalı hale geleceği muhakkaktır. Ancak şunu da belirtmeliyiz ki, başkasının yumurtasını kullanmak veya taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmak; dünyada bu konuda yaşanan gelişmelere karşın, mevcut hukukumuz açısından hala yasaktır⁴⁰. Ancak bu yasağa ülkemizde uymayan veya yasak yöntemlerin serbest olduğu ülkelere gidip; bu yöntemlerle çocuk sahibi olanlar için, mevcut düzenlemelerin yetersiz kalacağı da ortadadır. Bu konular başlı başına birer inceleme konusu teşkil ettiği için, biz bu hususlara sadece işaret etmekle yetiniyoruz⁴¹.

Ana açısından soybağını kuran diğer bir yol da evlat edinmedir. Bu yolla kurulan soybağının yapay soybağı olarak adlandırıldığı, daha önce ifade edilmişti.

2- BABA AÇISINDAN SOYBAĞININ KURULMASI

Bir çocuğu doğuran kadının onun anası sayılması; doğum olayının da dışarıdan gözlenebilen ve tespiti genelde kolayca mümkün bir olay olması nedeniyle, ana açısından soybağının kurulmasında bir zorluk yoktur. Ancak aynı şey baba açısından söylenemez. Çünkü ananın hangi erkek ile cinsel ilişkisi sonucu hamile kaldığı; yani

³⁸ Acabey, s. 200; Kırkbeşoğlu, s. 16; Serozan, s. 147, ve s. 165-168.

³⁹Doktrinde Acabey(s. 221) ve Serozan(s. 147, 165), çocuğu doğuran kadının ana sayılması gerektiğini savunurken, Nomer ise yumurta sahibi kadının ana sayılması gerektiğini savunmaktadır. (NOMER, Haluk Nami; “Sunı Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 563-567).

⁴⁰Bu yasak, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği’nin (RG, 19.11.2006T. , 22822S.) Ek 2. maddesinde düzenlenmiştir.

⁴¹Ana açısından tıpta yaşanan gelişmeler sonucu orataya çıkan yeni kavramlar, bu kavramların yarattığı yeni durumların, hem Türk hem yabancı hukuk sistemleri açısından değerlendirilmeleriyle ilgili detaylı bilgi için bkz. Acabey, s. 200 - 222; Duran, s. 27 - 35; Kırkbeşoğlu, s. 16, 56 -60; Nomer, s. 544 - 594; Serozan, s. 165 - 168.

genetik babanın kim olduğu genelde bir sırdır⁴². Yani doğum olayının analık açısından sağladığı aleniyet, babalık açısından geçerli değildir.

Bir erkek ile doğmasına sebep olduğu çocuk arasında doğal bir soybağı ilişkisi olduğu söylenebilir; ama bu, hukuki soybağının kurulması için yeterli değildir. Aralarında hukuki olarak soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece, genetik baba ile çocuk hukuki açıdan birbirine yabancısıdır⁴³. Bu nedenle hukuki olarak bir erkek ile bir çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulması, kanunda öngörülen hallerin birisinin gerçekleşmesiyle mümkün olur ve hukuki olarak soybağı kurulan kişi, her zaman genetik baba da olmayabilir. Çünkü baba açısından soybağının kurulması genelde kanuni karinelere⁴⁴ istinaden mümkün olur⁴⁵.

Baba açısından soybağının kurulması Medeni Kanunumuzun 282. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. 282. maddenin ikinci fıkrası şu şekildedir: “Çocuk ile baba arasındaki soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur.” Bu fıkra uyarınca baba ile çocuk arasında soybağını kuran üç yol vardır. Baba açısından soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur(TMK m. 282/f. 3). Baba açısından soybağını kuran bir yol olarak, zaman zaman kanun koyucu tarafından çıkartılan af kanunlarını da sayabiliriz. Bu kanunların özellikle yurdumuzda halen varlığını sürdüren ve imam nikâhı olarak adlandırılan ilişkiye dayanan serbest birleşmelerden doğan çocukların, hukuken mağdur olmamaları amacıyla çıkartıldıklarını söyleyebiliriz. Bu kanunlara bağlı olarak baba ile çocuk

⁴²Acabey, s. 8, 9; Arsebük, s. 371; Akıntürk, s. 340; Doğan, s. 3040; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, s. 413; Gençcan(Soybağının Belirlenmesi), s. 44; Serozan, s. 168.

⁴³Acabey, s. 9,10; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, s. 568; Oğuzman/Dural, s. 325; Velidedeoğlu, s. 315, 316; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1045. Aynı yönde bkz. Y. 2HD, T. 26.04.1993, E. 1993/603, K. 1993/4179, YKD, Haziran 1993, C. 19, S. 6, s. 850- 853.

⁴⁴“Kanuni karineden maksat, kanunun ispat edilen bir olguyu, -aksi sabit oluncaya kadar- ispatı gerekli bir hususun delili saymış olmasıdır. Karineye dayanan taraf, o konuda iddiasını ispat yükünden kurtulur”. OĞUZMAN, M.Kemal/BARLAS, Nami; Medeni Hukuk Giriş – Kaynaklar - Temel Kavramlar, 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 241. Kanuni karinelerin aksi ispat edilebilir olduğundan bunlara adi karine de denilmektedir. Örneğin babalık karinesi, aksi ispatlanabildiği için, adi karine olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Akıntürk, s. 376, 377; Oğuzman/Dural, s. 345. Kanunun belli bir olaya kesin sonuç bağladığı bazı haller vardır ki, bunların aksi ispat olunamaz. Bu haller “kanuni faraziye” veya “kesin karine” olarak adlandırılmaktadır. Oğuzman/Barlas, s. 245.

⁴⁵Arsebük, s. 371; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, s. 413, 414; Gençcan(Soybağının Belirlenmesi), s. 45; Serozan, s. 169, 170.

arasındaki soybağı kurulması, doktrinde “idari (yönetmel) yol” olarak adlandırılmaktadır⁴⁶. Af kanunlarına dayanarak soybağının kurulması yolu Medeni Kanun’da yer almaması ve de istisnai bir yol olması nedeni ile çalışmamızda incelenmeyecektir. Biz baba ile soybağı kurulmasını sağlayan bu hukuki yollardan ana ile evlilik, tanıma ve evlat edinmeyi bu kısımda kısaca izah edecek olup, hâkim hükmü ile kurulma tez konumuz olduğu için onu çalışmamızın devamında detaylı olarak inceleyeceğiz.

Evlilik iki halde baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisine vücut verir. Bu hallerden ilki doğum yapan kadının, yani ananın evli olması durumudur. Bu durumda hukuken “kocanın babalığı karinesi”⁴⁷ işlev kazanmaktadır. Bu karineye göre evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının, koca olduğu kabul edilir⁴⁸(TMK m. 285/f. 1). Bu nedenle bir çocuk evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden üç yüz gün içinde doğarsa, babası mevcut evlilikteki veya sona eren evlilikteki koca sayılmaktadır. Bu hallerde ise doğum olayı ile koca ve çocuk arasındaki soybağı kendiliğinden kurulmaktadır⁴⁹. Bu karine nedeni ile kanun tarafından baba sayılan ve çocuk ile arasında soybağı kurulan koca, çocuğun babası olmadığını iddia ederse başvuracağı hukuki yol, Medeni Kanun’un 286 ve 291. maddelerinde düzenlemiş bulunan soybağının reddi davasını açarak; bu karineyi çürütmektir.

⁴⁶Bkz. **Acabey**, s. 38 - 40; 160-165; **Arsebük**, s. 341; **Oğuzman/Dural**, s. 234; **Öztan(2000)**, s. 430-432. Ülkemizde en son 1991 yılında af kanunu çıkartılmıştır Bu konuda bkz. aşağıda s. 32, dn. 110.

⁴⁷**Kırkbeşoğlu**, s. 17. Doktrinde bu karineyi sadece babalık karinesi olarak ifade eden yazarlar vardır. Bkz. **Acabey**, s. 106, 107; **Akıntürk**, 341; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 438. Kanunumuzda babalık ile ilgili başka karineler de düzenlendiği için, (Örneğin TMK. m. 302) biz ayırt edici olması bakımından, kocanın babalığı karinesi demeyi uygun gördük.

⁴⁸Aynı karine Eski Medeni Kanun’da da mevcuttu (EMK m. 241). Eski Medeni Kanun çocuklar arasında sahih nesep gayri sahih nesep ayrımı yaptığı ve evlilik içinde doğan çocuklar sahih nesepi sayıldığı için, Eski Medeni Kanun döneminde bu karine “sahi nesep karinesi”(bkz. **Hatemi/Serozan**, s. 289 vd.; **Köprülü/Kaneti**, s. 288vd.; **Oğuzman/Dural**, s. 199vd; **Öztan(2000)**, s. 402vd.; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 1049vd., “nesebin sıhhatinde veya nesbin sıhhati hakkında karine”(bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 541vd. ; **Gönensay**, 8vd.; **Göktürk**, s. 414 vd.), “düzgün soybağı karinesi” (Bkz. **Gençcan(Soybağının Belirlenmesi)**, s. 44, 45) gibi isimlerle ifade edilmiştir.

⁴⁹Soybağının, kocanın babalığı karinesine istinden kurulmasının koşulları, bu konudaki Türk doktrinindeki tartışma ve görüşler, konunun diğer hukuklar açısından incelenmesi ve bu karinenin çürütülmesi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 106 - 153. Bu konuda ayrıca bkz. **Doğan**, s. 3040 - 3043; **Serozan**, s. 170 - 197.

Evliliğin baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasına vücut verdiği ikinci hal ise, ana ve babanın sonradan evlenmesidir⁵⁰. Kanunda anası ve babasının sonradan evlenmesi halinde evlilik dışında doğan çocuğun, kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacağını düzenlenmiştir (TMK m. 292). Bu hükme göre ana ve babanın sonradan evlenmesi halinde başka hiçbir işleme gerek kalmadan⁵¹; çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi, geriye etkili olarak kurulur⁵². Sonradan evlenme ile soybağı ilişkisinin kurulmasına bazı kişilerin itiraz edebileceği; itiraza hakkı olanların kocanın baba olmadığını ispat ile yükümlü olduğu; bu itiraza, tanınanın iptaline ilişkin hükümlerin uygulanacağı Medeni Kanun'un 294. maddesinde belirtilmiştir⁵³.

Baba açısından soybağı kuran bir diğer yol da tanımadır. Tanıma, bir erkeğin, herhangi bir erkekle soybağı bulunmayan bir çocuğun⁵⁴ babası olduğunu, kanunda öngörülen şekil şartlarına uyarak beyan etmesi üzerine, çocuk ile beyanda bulunan erkek arasında soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan, tek taraflı bir hukuki işlemidir. Tanıma işlemi ile tanınan çocuğun babasının hukuken belirlenmesi sağlanır. Bu nedenle tanıma, kurucu yenilik doğuran bir hukuki işlemidir⁵⁵.

⁵⁰Eski Medeni Kanunumuz'da, sahih nesepl- gayri sahih nesepl ayrımı mevcuttu. Bu nedenle evlilik içinde doğan çocuklar sahih nesepli sayılırken, evlilik dışında doğan çocukların sahih nesepli olabilmeleri için neseplerinin sonradan düzeltilmesi (tashihi) gerekiyordu. İşte Eski Medeni Kanun'da, ana ve babanın sonradan evlenmesi, nesebin sonradan düzeltilmesini sağlayan yollardan biri olarak düzenlenmişti. (EMK m. 247 - 248). Yeni kanunumuzda, çocuklar arasında soybağı yönünden bir ayırma yer verilmediği için, soybağının düzeltilmesi yoluna da gerek kalmamıştır. Çünkü, Türk Medeni Kanunu'nda evlilik içinde doğan, anası babası sonradan evlenen, veya babalık hükmü ya da tanıma yolu ile soybağı kurulan çocukların hepsi ile babaları arasında aynı tür soybağı kurulmaktadır.

⁵¹Her ne kadar Yeni Medeni Kanun'da eşlere, evlilik dışında doğan çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirme yükümlülüğü yüklenmiş ise de (TMK m. 291/f. 1), bu bildirimin yapılmamış olmasının, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olmasını engellemeyeceği, aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilmiştir (TMK m.291/f. 2).

⁵²**Acabey**, s. 154, 155; **Gültepe**, s. 498; **Kırkbeşoğlu**, s. 20; **Serozan**, s. 200.

⁵³Sonradan evlenme yolu ile soybağının kurulmasına ilişkin olarak bkz. **Acabey**, s. 153- 156; **Duran**, s. 20 - 23; **Kırkbeşoğlu**, s. 19 - 21; **Serozan**, s. 199 - 203.

⁵⁴Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı bulunmaması çocuğun evlilik dışında doğmasından kaynaklanabileceği gibi, evlilik içinde doğmakla birlikte soybağının reddi kurumu ile koca ile arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılmasından da kaynaklanabilir.

⁵⁵**Akıntürk**, s. 358; **Duran**, s. 23; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 462; **Oğuzman/Dural**, 326; **Serozan**, s. 204; **Tekinay**, s. 521.

Tanımanın hukukumuz açısından şekli ve koşulları Medeni Kanun'un 295. maddesinde düzenlenmiştir⁵⁶. Bu hükme göre baba, nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurarak, ya da resmi senette veya vasiyetnamede tanıma beyanında bulunarak, bir çocuğu tanıyabilir (TMK m. 295/f. 1). Tanıma beyanında bulunan kimse küçük veya kısıtlı ise, tanıma işlemi yapabilmesi için veli veya vasisinin de rızası gerekir (TMK m. 295/f. 2). Yukarıda ifade ettiğimiz gibi bir çocuğun tanınabilmesi için, başka bir erkek ile arasında soybağı ilişkisi olmaması gerekir. Bir erkekle arasında soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz (TMK m. 295/f. 3).

Tanıma işlemine karşı bazı kişilerin iptal davası açma hakkı vardır. Bu davayı açacak kişiler ve davaya ilişkin düzenlemeler Medeni Kanun'un 297 ila 300. maddeleri arasında düzenlenmiştir⁵⁷.

Kanunda öngörülen koşullara uyularak tanınan bir çocukla, tanıyan arasında soybağı ilişkisi geriye dönük olarak kurulur⁵⁸.

Baba ile çocuk arasında soybağının (yapay soybağı) kurulmasını sağlayan bir yol da evlat edinmedir. Evlat edinme Medeni Kanun'un 305 ve 320. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Evlat edinme sonucunda evlat edinen erkek ile evlat edinilen kişi arasında soybağı, mahkeme kararı ile birlikte kurulur⁵⁹ (TMK m. 315). Evlat edinme

⁵⁶Eski Medeni Kanun döneminde, tanıma işlemi sonucunda, tanıyan ile çocuk arasında gayrisahih nesep bağı kurulmaktaydı(EMK m. 290). Artık sahih ve gayrisahih nesep ayırımı söz konusu olmadığı için, tanıma sonucunda kurulan soybağı açısından da bu tür bir ayırım kalmamıştır. Ayrıca Eski Medeni Kanun'da bazı hallerde, çocuğun dedesine de çocuğu tanıma hakkı verilmişti (EMK m. 291/1) ve tanınamayacak bazı çocuklar vardı(EMK m. 292). Eski Medeni Kanun'da düzenlenen tanıma kurumu ile ilgili bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 326 - 336; **Tekinay**, s. 520 - 539). Tanıma kurumunda yapılan değişiklikler için bkz. **Acabey**, s. 279 - 281; **Kılıçoğlu**, s. 104 - 109; **Kırkbeşoğlu**, s. 21 - 23.

⁵⁷Tanıma yoluyla soybağı ilişkisinin kurulması ile ilgili bkz. **Akıntürk**, s. 358 - 369; **Duran**, s. 23 - 27; **Serozan**, s. 203-210.

⁵⁸Bazı yazarlar tanıma ile soybağının geriye dönük olarak, doğumdan itibaren kurulduğunu ifade ederken(bkz.**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 462; **Duran**, s. 23; **Kırkbeşoğlu**, s. 22); bazı yazarlar ise soybağının ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulduğunu belirtmektedirler (bkz. **Akıntürk**, s. 359; **Tekinay**, s. 521).

⁵⁹Eski Medeni Kanun döneminde ise evlat edinme işlemi, evlat edinenin oturduğu yer sulh hakiminin izni üzerine düzenlenen resmi bir senetle gerçekleşmekteydi(EMK m. 256/f. 1). Ayrıca Eski Medeni Kanun'da evlatlık kurumu, baba ile çocuk arasında sahih nesebe vücut veriyordu. Şu anda ise bu tür bir ayırım bulunmamaktadır. Medeni Kanun tarafından öngörülen aynı tür soybağı ilişkisinin

kararı ile birlikte babaya ait olan haklar ve yükümlölükler evlat edinene geçmektedir (TMK m. 314/f. 1)⁶⁰.

kurulması için, soybağının kanunun öngördüğü şekillerden biri ile kurulması yeterlidir. Evlat edinme de, baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kuran kanuni bir yoldur.

⁶⁰Evlat edinme yolu ile soybağının kurulmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 381 - 402; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 480 – 509; **Öztan**, s. 567 - 594; **Serozan**, s. 219 - 237.

II. BÖLÜM

EVİLİK DIŞI ÇOCUK KAVRAMI VE EVİLİK DIŞI ÇOCUKLARIN TARİHSEL SÜRECİ

A- EVİLİK DIŞI ÇOCUK KAVRAMI

Çalışmamızın konusu olan soybağının babalık davası yolu ile kurulması, evlilik dışı çocukların babalarına hukuki olarak bağlanmalarını sağlayan bir yoldur. Babalık davasının hukukumuzda düzenleniş biçimini detaylı olarak incelemeden önce, evlilik dışı çocukların hukuki durumunun ve buna bağlı olarak da babalık davasının, hem yurdumuz, hem de mukayeseli hukuk açısından tarihi seyrini incelemek; konuyu kavramak açısından faydalı olacaktır.

Evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımını ve bu ayrımın sonuçlarını her toplumda homojen olarak incelemek imkânsızdır. Bu konu özellikle yaşanan tarihi dönemle çok yakından ilgili olmakla birlikte, aynı zamanda her toplumun ekonomik, sosyal koşulları; dini ve ahlaki değerleriyle de yakından ilgili olarak değişmektedir. Ancak bu durum, konuyla ilgili kaynaklardan ulaşılan bilgiler doğrultusunda belirli tarihi dönemler açısından hemen hemen her toplum için geçerli olan bir takım genel değerlendirmelerde bulunmamıza da engel teşkil etmez⁶¹.

Evlilik ilişkisinin hemen hemen her toplumda, özellikle aile kurumuna verilen önemden dolayı saygın bir yere sahip olması; evlilik içi çocuk - evlilik dışı çocuk ayrımının yapılmasına neden olmuştur. Bu ayrım ise yakın tarihe kadar, evlilik dışı çocukların, evlilik içi çocuklardan farklı hukuki ve sosyal statüye sahip olmalarına yol açmıştır.

⁶¹Velidedeoğlu, s. 395.

Evlilik dışı çocuk en yalın anlamıyla, birbiriyle evli olmayan erkek ve kadının cinsi münasebeti sonucu doğan çocuk olarak tanımlanabilir⁶². Ancak şunu belirtmeliyiz ki, “evlilik dışı çocuk” ile “evlilik dışında doğan çocuk” birbirinden farklı kavramlardır. Çünkü bir kadının kocası haricindeki bir erkekle cinsel ilişkisi sonucu ve hala kocası ile evli iken doğurduğu çocuk da evlilik dışı ilişkiden fakat evlilik içerisinde doğmuştur. Evlilik dışı ilişkiden doğması nedeni ile aslında evlilik dışı olan bu çocuğun, soybağının reddi yoluyla hukuk nazarında da evlilik dışı çocuk haline gelmesi mümkündür. Bu nedenle evlilik dışı çocuğu mevcut hukukumuz açısından; evlilik dışı cinsel ilişki sonucu doğan ve herhangi bir erkek ile arasında kanunun öngördüğü şekillerde soybağı ilişkisi kurulmamış veya evlilik içinde doğmakla beraber, soybağının reddi yoluna gidilmekle, evlilik dışı çocuk statüsüne girmiş çocuk olarak tanımlamamız mümkündür⁶³.

B- EVLİLİK DIŞI ÇOCUKLAR ve TARİHSEL SÜREÇ

Evlilik dışı çocukların hukuki ve sosyal statülerinin geçmişten günümüze kadar izlediği tarihi sürece bakıldığında, meselenin birbirine zıt iki düşünce ekseninde şekillendiği ve gelişme kaydettiği görülür. Bu düşüncelerden ilki, evlilik dışı çocukların her türlü hak ve aynı zamanda şereften yoksun olduğunu savunan, temelinde meşru aileyi ve bu aile içerisinde doğan meşru çocukları koruma düşüncesinin yattığı görüştür.⁶⁴ Bu görüş, esasen en temelde mülkiyet ve miras haklarını koruma düşüncesine dayandığı ve eşitliğe aykırı, karanlık bir düşüncenin ürünü olduğu ifade edilerek; günümüzde eleştirilmektedir⁶⁵. İkinci görüş ise ana ve babalarının suçlarının, masum çocuklara yüklenilmesini adalete aykırı gören; evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocukların aynı haklara sahip olmasını öngören; temelinde

⁶²Tekinay, s. 510.

⁶³Evlilik dışı çocuk Eski Medeni Kanun dönemi açısından, “Evlilik içinde doğmamış ya da döllenmemiş, evlilik içinde doğmuş ya da döllenmiş olsa bile nesebi reddedilmiş, nesebi düzeltilmemiş ve evlat edinilmemiş çocukların tümü olarak” tanımlanabilir. HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 372’ den naklen.

⁶⁴Bu görüş hakkında bilgi almak için bkz. Akıntürk, s. 336; BURCUOĞLU, Haluk; “Medeni Yasanın Kabulünden Bugüne Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Statülerindeki Önemli Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyet’ in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s. 681; Göktürk, s. 444, 445; Köprülü/Kaneti, s. 266; Saymen/Elbir, s. 408; Tekinay, s. 510 - 511; Velidedeoğlu, s. 396.

⁶⁵Örnek olarak bkz. Akıntürk, s. 336; Hatemi/Serozan, s. 373; Tekinay, s. 511.

çocukları koruma düşüncesinin yer aldığı görüştür⁶⁶. Evlilik dışı çocuklar açısından eski devirlerde, ağırlıklı olarak birinci görüşün geçerli olduğu; zaman içerisinde bu görüşün yumuşatılmaya çalışıldığı ve son geline nokta artık modern hukuklarda, evlilik içi - evlilik dışı çocuk ayırımının tamamen ortadan kaldırılmaya çalışıldığı söylenebilir. Bu genel bilgilerden sonra evlilik dışı çocuklar ile ilgili tarihsel sürece biraz daha yakından bakalım.

Üretim ve ekonominin toprağa ve insan emeğine dayalı olduğu eski dönemlerde, buna bağlı olarak bir baba otoritesi altında yaşayan geniş aile tipleri oluşmuştu. Bu aile tiplerinde genelde babanın, aile üyeleri üzerinde öldürme yetkisine varacak kadar geniş yetkileri vardı⁶⁷. Evlilik içi çocukların bile oldukça elverişsiz koşullarda yaşadığı bu dönemlerde, evlilik dışı çocukların durumu ise çok daha kötüydü.

Roma’da aile(familia), aile babası(pater familia) olarak adlandırılan bir erkeğin egemenliği(patria potestas) altında bulunan kişilerin oluşturduğu bir topluluğu ifade etmekteydi⁶⁸. Bu kimseler arasında ise aynı kişinin egemenliği altında olma temeline dayanan ve “agnatio akrabalığı” olarak adlandırılan bir akrabalık ilişkisi olduğu kabul edilmekteydi⁶⁹. Roma hukuku için önemli olan akrabalık agnatio akrabalığıydı⁷⁰. Roma’da aile babası ‘sui iuris’(kendi hukukuna tabi), egemenliği altında bulunan kişiler ise ‘alieni iuris’(başkasının egemenliğine tabi) olarak adlandırılırdı⁷¹. Evlilik içinde doğan ve aile evladı(filius familias) olarak adlandırılan

⁶⁶Bu görüş hakkında bilgi için bkz. Akıntürk, s. 336; Göktürk, s. 445; Köprülü/Kaneti, s. 266, 267; Saymen/Elbir, s. 408 -409; Tekinay, s. 511; Velidedeoğlu, s. 397.

⁶⁷Babanın sahip olduğu bu geniş yetkiler konusunda, Roma için bkz. Acabey, s. 41, 42; GÜMÜŞDERE, Serpil; Roma Hukukunda Hak Ehliyeti ve Kölelik, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1985, s. 24, 25; KARADENİZ, Çelebicin Özcan, Roma Hukuku, Yetkin, Ankara, 2004, s. 151; Serozan, s. 16,17. İslamiyet öncesi Arap toplumlarında, özellikle kız çocuklarının diri diri toprağa gömülmesi ve bunun toplumca yadırganmaması, babaya tanınan sınırsız yetkinin bir örneğini oluşturur. Bu konu hakkında bkz. CİN, Halil; İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, 2. Bası, Konya, 1988, s. 29.

⁶⁸Acabey, s. 41, 42; CEYLAN, Seldağ Güneş; Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku, Yetkin, Ankara, 2004, s. 30; Gümüşdere, s. 23; Karadeniz, s. 154, 155.

⁶⁹Acabey, s. 43; Gümüşdere, s. 24; Karadeniz, s. 155.

⁷⁰Cognatio olarak adlandırılan, kan bağına dayalı akrabalığa ise, ilk devirlerde hiç bir hukuki sonuç bağlanmamaktaydı. Ancak zaman içinde baba egemenliğinin zayıflaması ve çeşitli sosyal nedenlerden dolayı cognatio akrabalığı önem kazanmış ve Iustinianus devrinde, kan bağına dayalı akrabalık tamamen benimsenmiştir. Acabey, s. 45,46; Ceylan, s. 32; Karadeniz, s. 155, 156.

⁷¹Acabey, s. 41; Ceylan, s. 33,34; Gümüşdere, s. 23; Karadeniz, s. 151; TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin; Roma Hukuku Meseleleri, Der Yayınları, 3.bası, İstanbul, 2003, s. 2.

çocuklar da, aile babasının egemenliğine tabi kişilerdendi⁷². Aile babasının, egemenliği altındaki kişiler üzerinde çok geniş yetkileri vardı⁷³.

Tek eşliliğin esas olduğu⁷⁴ Roma’ da, doğan çocukların soybağına ilişkin esaslar, baba açısından şu şekildeydi: Doğan bir çocuğun babası ile soybağının kurulması için, ana ve babanın hukuken geçerli bir biçimde evli olmaları gerekmektedir⁷⁵. Eğer çocuğu olan erkek, baba egemenliği altında ise, doğan çocuk kendi babasının değil, babasının hâkimiyetine tabi olduğu erkeğin(pater familias, aile babası) hâkimiyeti altına girerdi. Eğer baba hâkimiyet altında değilse, doğan çocuk kendi babasının egemenliği altına girerdi. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar ise sadece analarının tabi olduğu aile babasının hâkimiyeti altına girer ve sadece anasının akrabalarıyla akraba sayılırlardı. Babaları ve babalarının akrabaları ile akraba sayılmadıkları gibi, babaları ve babalarının akrabalarına mirasçı olamaz; babalarından nafaka da isteyemezlerdi⁷⁶.

⁷² **Acabey**, s. 42; **Gümüşdere**, s. 24; **Karadeniz**, s. 156; **Serozan**, s. 16.

⁷³ Örneğin aile babası, egemenliği altında olan kişileri evden atma, bu kişilere ölüm cezası verme gibi yetkilere sahipti. Ayrıca egemenlik altında olanlar tarafından iktisap edilen mallar, aile babasının olurdu. Aile babası, mal varlığı üzerinde mutlak yetkiliydi. **Acabey**, s. 41, 42; **Ceylan**, s. 39; **Gümüşdere**, s. 23,24; **Karadeniz**, s. 156; **Serozan**, s. 16.

⁷⁴ **Acabey**, s. 46; **Cin**, s. 14; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 216.

⁷⁵ **Acabey**, s. 53; **Ceylan**, s. 38; **Gümüşdere**, s. 26. Roma’da ise bir evliliğin geçerli sayılabilmesi için eşlerin esasen Roma vatandaşlarına tanınan bir imtiyaz olan conubium hakkına sahip olmaları gerekmektedir. Yabancılar açısından ise ancak kendilerine bu hakkın tanınması halinde, evlilikleri geçerli kabul ediliyordu. Ayrıca evlenebilmek için ergen olmak(erkek için 14, kadın için 12 yaş) ve patria protestas altında olanlar açısından, pater familiaslarının da evlenmeye rıza göstermesi gerekmektedir(Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 215-218). Roma Hukuku’nda Eski Hukuk olarak adlandırılan Klasik Dönem Öncesi Hukukta, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulması için, sadece evli olmak yetmiyordu. Babanın da, doğan çocuğu kabul etmesi gerekiyordu. Klasik devirde ise baba, belli bir süre içinde reddetmediği takdirde, doğan çocuğu kabul etmiş sayılıyordu. **Acabey**, s. 53; **Karadeniz**, s. 157, dn. 55.

⁷⁶ **Acabey**, s. 53, 54; **Ceylan**, s. 39; **Gümüşdere**, s. 26; **Karadeniz**, s. 157; **Velidedeoğlu**, s. 397. Roma’da evlilik olarak kabul edilmeyen daimi serbest birleşmelere “concubinat” adı verilmiştir. Concubinat kurumu zamanla çok yaygınlık kazanmış ve bu serbest birleşmeler, özellikle klasik dönem sonrası Roma Hukuku’nda yapılan düzenlemeler ile, evliliğe yakın bir statüye kavuşturulmuştur. (Concubinat ile ilgili bilgi için bkz. **Acabey**, s. 50 - 52; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 219 ve aynı sayfa dn. 32). Ayrıca yapılan hukuki düzenlemeler ile, bu birleşmeler sonucu doğan çocuklar (Liberi Naturales), diğer evlilik dışı çocukların sahip olmadığı birtakım haklara da sahip olmuşlardır. (**Acabey**, s. 54; **Tahiroğlu/Erdoğan**, s. 219, dn. 32; **Velidedeoğlu**, s. 397). Nafaka talep etme hakkı, evlilik içi çocuklarla mirasçı olup olmamalarına göre azalan veya artan oranlı miras hakkı ve belli koşullarda soybağlarının düzeltilmesi hakkı, bu haklara örnek olarak gösterilebilir. **Acabey**, s. 54.

Hristiyanlığın kabulü ise, evlilik dışı çocuklar açısından, daha da elverişsiz koşulların oluşmasını sonuçladı. Çünkü Hristiyanlıkta, evlilik dışı ilişki çok büyük bir günah olarak görülmekte ve bu ilişkilerden doğan çocuklar da, günah ürünü sayılmaktaydı. Kilisenin bu konuya yönelik sert müdahalelerinin de etkisiyle, Ortaçağ⁷⁷ Avrupa açısından, evlilik dışı çocuklar yönünden de, karanlık bir devir olmuştur⁷⁸. Ortaçağ hukukuna göre, ne analarının ne de babalarının ailesine mensup sayılmayan evlilik dışı çocuklar, her türlü haktan ve aynı zamanda şereften yoksundular⁷⁹. Ortaçağ'ın sonlarına doğru ise, dinde yaşanan reform hareketlerinin de etkisiyle, evlilik dışı çocukları durumunda bazı gelişmeler yaşandı. Bu gelişmeler neticesinde, evlilik dışı çocuklara ana tarafından akrabalık ve mirasçılık hakkı tanındı⁸⁰.

İslamiyet'ten önceki Arap topluluklarında ise, kadının sosyal konumu çok kötüydü. Kadın; babasının, kocasının veya oğullarının hâkimiyeti altında yaşayan, hak ehliyetine sahip olmayan, daha çok temellüke elverişli bir mal statüsündeydi⁸¹. Evlilik, aile ve kadın-erkek ilişkileri gibi konularda, Arap Yarımadası'nda tamamen düzensiz ve karmaşık bir düzen hâkimdi. Erkekler maddi güçlerinin elverdiği ölçüde, sınırsız sayıda kadın ile evlenebilmekteydi⁸². Başboşluğun ve erkek egemenliğinin bu kadar baskın olduğu bu devirde, çocukların durumunun ise iyi olması, doğal olarak beklenemezdi. Bu devir açısından evlilik içi - evlilik dışı çocuk ayrımı yapmak da pek anlamlı değildir. Çünkü bu dönemde, evlilik içinde doğan kız

⁷⁷Avrupa tarihinde geleneksel olarak, Roma İmparatorluğu' nun ikiye ayrılması(M.S. 395) ya da Batı Roma İmparatorluğu'nun yıkılması(M.S. 476) ile başladığı kabul edilen ve kimilerine göre Fatih Sultan Mehmet tarafından İstanbul' un alınması ile, kimilerine göre ise Kristof Kolomb tarafından Amerika kıtasının keşfedilmesi ile sona eren tarihi dönem, Ortaçağ olarak adlandırılmaktadır. **Büyük Lorraine Sözlük ve Ansiklopedisi**, C. 17, Milliyet Gazetecilik Anonim Şirketi, 1992, s. 8091; **Gelişim Hachette Alfabetik Genel Kültür Ansiklopedisi**, C. 8, (Mer - Ort), İnterpres Yayıncılık, 1993, s. 3067.

⁷⁸Dindeki aşırılıklar, insanlık dışı uygulamalar, yaşanan salgın hastalıklar gibi olumsuz koşulların var olduğu bir devir olması itibarı ile Ortaçağ, Avrupa açısından genellikle karanlık devir olarak adlandırılır. Bu konuda bkz, **Gelişim Hachette**, s. 3067.

⁷⁹**Acabey**, s. 58, 59; **Tekinay**, s. 510, 511; **Velidedeoğlu**, s. 398.

⁸⁰**Acabey**, s. 58, 59.

⁸¹Evlenmenin, ortak yaşam kurma amacından çok, bir alım satım akdi olması, kadının, kocasının mirasına, kocası ölünce ise, büyük oğlunun mirasına dahil olması, kocanın karısı üstünde mutlak hakimiyete sahip olması, gerektiğinde onu bir mal gibi satabilmesi, bu yargıyı kanıtlayıcı olgulardır. **Acabey**, s. 23, dn. 81; **Cin**, s. 29, 31, 32.

⁸²**Acabey**, s. 23 ve dn. 81; **Cin**, s. 32.

çocuklarının bile utanç vesilesi sayılıp, diri diri toprağa gömülerek öldürüldüğü düşünüldüğünde⁸³; genel anlamda çocukların ve özellikle de kız çocuklarının, sosyal ve hukuki statülerinin ne denli kötü olduğu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca kadın tarafından akraba olan kimseler aileden kabul edilmediği için, bir kadının doğurduğu çocuklar kız olsun erkek olsun, kadının ailesinden sayılmazdı⁸⁴. Bunlar gibi sosyal ve hukuki haksızlık, eziyet ve vahşetlerin hüküm sürmesi nedeniyle, İslamiyet öncesi Arap Yarımadası'nda yaşan dönem, karanlık devir veya cahiliye dönemi olarak adlandırılmaktadır⁸⁵.

İslamiyet'in gelmesi ve yayılması, Arap Yarımadası'nda her açıdan pek çok değişimi sonuçladı. İslamiyet, aile düzeni de dâhil olmak üzere, yaşamın her alanı ile ilgili kurallar koymuştur. İslamiyet'in gelmesiyle evlilik hayatı ve aile ilişkileri, kargaşa ve başıboşluktan kurtarılmış; bir düzene oturtulmuştur⁸⁶.

İslam hukukuna göre doğan bir çocuk ile babası arasındaki soybağını belirleyen temel unsur, evlilik ilişkisidir ve baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi, üç şekilde kurulur. Bunlardan ilki, ana ile baba arasında sahih bir evlilik⁸⁷ bulunmasıdır. Soybağını kuran diğer haller ise, fasid evlilik ve evlilik şüphesiyle birleşmedir⁸⁸. Bu

⁸³Cin, s. 29, 31.

⁸⁴Cin, s. 31 ve dn. 114.

⁸⁵Cin, s. 30, 33.

⁸⁶Örneğin sınırsız sayıda kadınla evlenmek yasaklanmış; tek eşlilik desteklenmiş ve tavsiye edilmiştir(Bu konuda bkz. Kur'an-ı Kerim, s. 76, Nisa Suresi, ayet no: 3, c. 2). Bununla birlikte toplumda yaşanabilecek olağanüstü bazı durumlar nazara alınarak, dört kadına kadar evliliğe izin verilmiş; ancak bunun için de birtakım şartlar öngörülmüştür. Ayrıca kadın bir obje olmaktan çıkıp, hak sujesi haline gelmiştir. Örneğin İslamiyetten önce kadınlar, kocalarının ölmesi durumunda, bir mal gibi oğullarının mirasına dahil olmakta iken İslam bu durumu yasaklamıştır(Bu konuda bkz. Kur'an-ı Kerim, Nisa Suresi, s. 79, ayet no :19, c. 1). Kız çocuklarının öldürülmesi ise kesin olarak yasaklanmıştır(Bkz. Kur'an-ı Kerim, En'am Suresi, s. 145, ayet no:140).

⁸⁷Sahihi bir evlilik için, eşler arasında kuruluş ve geçerlilik şartları tam olan bir nikah bulunması; kocanın baba olabilecek yaşta olması; çocuğun en az evlendikten altı ay sonra doğması gerekir. Acabey, s. 29, 30; CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmet; **Türk Hukuk Tarihi** 2.Cilt, Özel Hukuk, Konya, 1989, s. 105; HATEMİ, Hüseyin; **İslam Hukuku Dersleri**, 3.Bası, Birleşik Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 187; KARAMAN, Hayrettin; **Anahatlarıyla İslam Hukuku**, 2.Cilt, Hususi Hukuk, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1985, s. 137, 138. Gebeliğin alt sınırı altı ay kabul edildiği halde gebeliğin üst sınırı konusunda kesin bir kural yoktur. Bu hususta dokuz aydan yedi yıla kadar farklı süreler ileri sürülmüştür. Hanefi mezhebi bu süreyi iki yıl olarak kabul etmiştir. Acabey, s. 30; Cin/Akgündüz, s. 105; Karaman, s. 137, 138.

⁸⁸Fasid evlilik, sıhhat şartları eksik olan bir nikah sonucu oluşan evlilihtir. Birbirleri ile evlenme yasağı bulunan kişiler arasındaki evlilik, fasid evliliğe örnek verilebilir. Evlilik şüphesiyle birleşme ise nikahlı olmayan bir kadın ve erkeğin yanılarak; birbirini karı - koca zannederek birleşmesidir. Kör

hallerde, baba ile çocuk arasındaki soybağı doğumla birlikte kurulmuş olur. Baba ise kendine bağlanmış bu çocuğun, kendisinden olmadığını iddia ediyorsa, lian denilen bir yola başvurur. Lian kelime anlamı olarak lanetleşmek, uzaklaşmak gibi anlamlara gelir. Hukukumuzdaki soybağının reddi kurumuna benzeyen lianda, baba çocuğun kendinden olmadığını, zina mahsulü olduğunu, mahkeme huzurunda iddia eder ve bu hususta doğru söylediğine dair dört defa Allah adına yemin eder. Beşinci yeminde, doğru söylemiyorsa Allah'ın lanetinin kendi üzerinde olmasını diler. Kadın da kocasının yalan söylediğine dair dört defa yemin eder. Beşinci yeminde, eğer yalan söylüyorsa Allah'ın lanetinin kendi üzerine olmasını diler. Bu şekilde lian tamamlanınca, koca ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi sona erdiği gibi, eşler arasındaki evlilik ilişkisi de sona ermiş olur⁸⁹.

Evlilik dışı çocuklar açısından ise İslam hukukundaki prensipler şu şekildedir. İslam hukukunda her şeyden önce, kadın ve erkeğin evlilik dışı birleşmesi olarak adlandırılan zina, çok büyük bir günahdır ve kesinlikle yasaktır⁹⁰. Soybağı açısından temel kural ise, soybağının zina ile sabit olamayacağıdır⁹¹. Evlilik dışı çocuk ile baba arasında soybağının kuran yegâne yol, ikrar(diye) olarak adlandırılan ve günümüz hukukundaki tanıma kurumuna benzeyen kurumdur⁹². İkrarda bir erkek, bir çocuğun kendi çocuğu olduğunu beyan etmekte; o çocuğun babası olduğunu kabul etmektedir. İkrarın geçerli olabilmesi için ise ikrar edenle çocuk arasında uygun bir yaş farkı olması; çocuğun bir başkasına soybağı ile bağlı olmaması yani soybağının meçhul olması; zina günah olduğu ve zina ürünü çocukların ikrar yolu ile kabul edilmeleri mümkün olmadığı için, çocuğun zina ürünü bir çocuk olduğunun söylenmemiş

bir erkeğin, yatağına giren kadını eşi zannetmesi ve onunla birlikte olması, bu duruma örnek verilebilir. Bu iki halde, çocuğun babaya bağlanabilmesi için, fiili birleşme de bir şart olarak aranır. Ayrıca çocuğun birleşmeden itibaren en az altı ay sonra doğması, tarafların ayrılması halinde ise çocuğun, ayrılmadan itibaren en çok bir sene içinde doğması gerekir. **Acabey**, s. 30,31; **Cin/Akgündüz**, s. 105; **Karaman**, s. 139.

⁸⁹**Acabey**, s. 33; **Arsebük**, s. 407, 408; **Cin/Akgündüz**, s. 100, 101; **Hatemi**, s. 187; **Karaman**, s. 140.

⁹⁰**Acabey**, s. 29; **Arsebük**, s. 406; **Hatemi**, s. 188; **Velidedeoğlu**, s. 398.

⁹¹**Velidedeoğlu**, s. 398.

⁹²**Acabey**, s. 31; **Cin/Akgündüz**, s. 106; **Hatemi**, s. 187,188; **Karaman**, s. 139; **Velidedeoğlu**, s. 398.

olması ve çocuk mümeyyiz ise, ikrarın çocuk tarafından da kabul edilmesi gerekmektedir⁹³.

İkrar da, tanıma gibi ikrar edenin inisiyatifine kalmış bir kurum olduğu için, evlilik dışı çocukların babalarına bağlanabilmesi ve mağduriyetlerinin giderilmesi için, babalık davası gibi bir kuruma ihtiyaç olduğu ortadadır. Ancak günümüz hukukunda kabul edilen yenilik doğurucu nitelikteki bir babalık davası, İslam hukukunda yer almamaktadır⁹⁴. Bunun nedeni ise, yukarıda da izah edildiği gibi, İslam hukukunda zinanın çok büyük bir günah sayılması ve kesinlikle yasak olmasıdır. Yenilik doğurucu nitelikteki babalık davasında ise, mutlaka bir zina iddiası söz konusu olduğu için, İslam hukukunda yenilik doğurucu nitelikte bir babalık davasının kabul edilmemesi doğaldır⁹⁵. Bunun yanında doktrinde, bu konuda farklı fikirler de yer almaktadır. Örneğin Hatemi'ye göre İslam hukukunda şahsi sonuçlu babalık davası açılmazsa da mağduriyet yaşanmaması açısından mali sonuçlu babalık davasının açılması mümkündür⁹⁶.

Ayrıca yenilik doğurucu nitelikte babalık davası açılmamakla beraber, nikâh ilişkisine dayanan ve babalığın ihtilaflı olduğu bazı durumlarda, tespit niteliğinde davaların açılması da mümkündür⁹⁷. Çünkü bu tip davaların temeli nikâh ilişkisine dayandırıldığı için, İslam hukukunun temel bünyesine de aykırılık teşkil etmez. Örneğin boşanan bir kadının iddet müddeti içinde doğurup doğurmadığı hususu tartışmalı ise bu konuda bir tespit davası açılabilir; dava sonucuna göre de çocuğun soybağı kocaya bağlanabilir⁹⁸.

Şunu da önemle belirtmeliyiz ki İslam hukukunda, Eski Medeni Kanun'da yer alan sahih nesep ve gayri sahih nesep ayrımı mevcut değildir. Bir çocuk ister evlilik

⁹³Acabey, s. 31, 32; Cin/Akgündüz, s. 106; Karaman, s. 139, 140. Ayrıca bu konuda bkz. s. 30-31'de yer alan kararın üçüncü paragrafı.

⁹⁴Acabey, s. 33; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 542, dn.214; Tekinay, s. 515. Ayrıca bu konuda bkz. s. 30-31'de yer alan kararın beşinci paragrafı. Aynı yönde bkz. Y.2HD, T. 04.12.1980, E. 1980/8444, K. 1980/8887, İlmî ve Kazai İçtihatlar Dergisi, 1980, C. 20, s. 8061, 8062.

⁹⁵Bu konuda bkz. s.30-31'de yer alan kararın altıncı paragrafı.

⁹⁶Hatemi, s. 188.

⁹⁷Acabey, s. 33; Hatemi, s. 188. Ayrıca bu konuda bkz. s. 30-31'de yer alan kararın son paragrafı.

⁹⁸Acabey, s. 33.

neticesinde isterse ikrar yolu ile babasına bağlanmış olsun; İslam hukukuna göre aynı hükümlere tabi olur. Babasına bağlanamayan çocuğun soybağı ise baba yönünden meçhul kalır⁹⁹.

Konunun Türk hukuk tarihi açısından incelenmesine, İslamiyet'in kabulünden önceki Türk hukukunu inceleyerek başlayabiliriz. İslamiyet öncesi Türklerde aile, çok önem verilen bir kurumdu¹⁰⁰. Erkek ve kadın bir törenle evlenirdi ve bu evlilik sonucu doğan çocuk, babasının meşru çocuğu sayılırdı¹⁰¹. Eşler, birbirine mutlak sadakatle yükümlüydü. Evli bir erkeğin gayrimeşru ilişkisinin cezası, idamdı¹⁰². Evlilik birliğini korumaya yönelik bu sıkı kurallar ve Eski Türkçede evlilik dışı çocuğu ifade eden bir kelime bulunmaması da göz önüne alınarak; eski Türk toplumlarında, evlilik dışı çocukların pek fazla problem teşkil etmediği yargısına ulaşılmaktadır¹⁰³.

İslamiyet'in Türkler tarafından kabulü ile ise Türk hukuku İslam hukukundan çok fazla etkilenmiş ve Türkler eski hukuk kurallarını büyük ölçüde terk etmişlerdir¹⁰⁴. Türkiye Cumhuriyeti kurulana ve cumhuriyetle beraber yeni devlet sistemine uygun kanunlaştırma hareketleri başlayana kadar, yurdumuzda da Osmanlı Devleti'nin İslami karakterdeki hukuk kuralları uygulanmıştır¹⁰⁵. Bu nedenle aile hukuku alanında, yukarıda İslam hukuku ile ilgili belirttiğimiz kurallar geçerli olmuştur¹⁰⁶. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 1970 yılında verdiği bir karar, Osmanlı döneminde

⁹⁹Velidedeoğlu, s. 398. Ayrıca bu konuda bkz. s. 30-31'de yer alan kararın ikinci paragrafı.

¹⁰⁰Acabey, s. 21; ARSAL, Sadri Maksudi; **Türk Tarihi ve Hukuk**, İsmail Akgün Matbaası, 1947, s. 334; Cin, s. 272.

¹⁰¹Arsal, s. 334, 337,

¹⁰²Acabey, s. 22; Arsal, s. 337; Cin, s. 274.

¹⁰³Acabey, s. 22; Arsal, s. 334. Ayrıca Arsal evlilik dışı ilişkilerin ve buna bağlı olarak evlilik dışı çocukların eski Türk toplumlarında görülmemesinin temel nedeni olarak, Türk kadınlarının çok yüksek ahlak ve namus duygusuna sahip olmasını göstermekte ve bu durumun bütün komşu milletlerce de itiraf edildiğini belirtmektedir. Bkz. Arsal, s. 334, 337.

¹⁰⁴Cin, s. 271.

¹⁰⁵Acabey, s. 34.

¹⁰⁶Osmanlı Devleti'nde Tanzimata kadar, medeni hukuk alanında büyük bir kanunlaştırma hareketi görülmemişti. Medeni hukuk alanında tamamen İslam hukuku kuralları geçerliydi. Tanzimattan sonra, medeni hukuk ile ilgili bir kanunlaştırma hareketi sonucunda ortaya çıkan Mecelle'de ise, aile hukukuna ilişkin hükümler yer almamaktaydı. Acabey, s. 34; Cin, s. 286. Daha sonra aile hukuku alanında bazı kanuni düzenlemeler yapılmış olsa da, bu düzenlemelerde konumuz olan, gerek evlilik dışı çocuklar gerekse de babalık davası ile ilgili herhangi bir hüküm yer almadığı için, bu dönemi ayrıntılı olarak incelemeyerek; İslam hukuku bahsinde yaptığımız ayrıntılı açıklamalara atıf vermekle yetindik. Osmanlı aile hukuku ve bu alanda yaşanan gelişmelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Acabey, s. 34 - 38; Cin, s. 281- 305.

uygulanan ve konumuzu ilgilendiren kuralları güzel bir biçimde özetlemektedir. Bu kararın metni şu şekildedir: “ MK. nun yürürlüğe girmesini sağlayan 864 sayılı kanunun 14. maddesine göre (MK. nun yürürlüğe girmesinden evvel doğmuş olan nikâhsız bir çocuğun anası ve bizzat çocuk, babaya karşı sahih olmayan nesep hakkındaki hükümlere dayanarak ve eski kanun gereğince kendilerine tanınmış olan davaları açabilirler)

Şer’i hükümlerin cari olduğu devirde nesebi sahih ve gayri sahih çocuk ayrımı mevcut değildir. Bir kimsenin nesebi ya sahih olur, ya da meçhul kalır.

İslam Hukukunda zina mahsulü çocuk tanınamaz. Yani bu şekilde doğan çocuğun(zina mahsulü) olduğu işaret edilmek suretiyle nesebi sahih duruma sokulamaz. Buna karşılık doğuş sebebi zikredilmeden nesebi meçhul kabul edilerek tanınması mümkündür. Bunun dışında her ne şekilde olursa olsun nesebi meçhul kalmış bir çocuk ikrar yolu ile bir kimse tarafından nesebi sahih bir evlat olarak kabul edilebilir. İslam Hukukunda nesep için ikrara müessesesi kabul edilmiştir. İkrar eden kişi ehil ise ve zahiri hal ikrarın aksini göstermiyorsa kişi ikrarıyla bağlı olacağı gibi ölümünden sonra veresenin dahi bu konudaki ikrarı sırf kendilerini, yani ikrar edeni bağlar.

Nikâh ister sahih olsun ister fasid olsun nikâhtan itibaren 6 ay geçtikten sonra ve şayet boşanma vaki ise boşanmadan itibaren 2 sene bitmeden önce doğan çocuğun babası kocadır. Bu hüküm MK. Md. 241 de yazılı karinenin aynı olup sadece müddetler değişiktir. Ancak bu karinenin aksi, eski hukukta (Lian = lanetleme) yolu ile isbat edilebilirdi. Kadının başkasıyla zinası (Lian) yolu ile isbat edilirse çocuğun nesebi reddedilmiş olurdu. Ama, asıl babanın kim olduğu yolunda bir dava açılmayacağı gibi (Lianı) tesbit eden mahkemece de öyle bir karar verilemezdi.

Görülüyor ki İslami Hukukta nesebin reddi müessesesi mevcut olduğu halde, babalık davası yolu açık değildir. İkrar edilmeyen nesep hükmen bir kişiye izafe edilemez. Diğer bir ifadeyle babalığın hükmen tesbiti mümkün değildir; zira babalık davası açılmakla bir zina iddia edilmiş olur. Zina mahsulü çocukların ikrar yolu ile dahi

nesebi kabul edilemez. O halde mahkeme ilamıyla babalığa hükmün İslam Hukukunda yeri yoktur. A.Himmet Berki – İrs ve İntikal, 1948, sh.97, 98; Kamil Tepeci – Nesep Hukuku, 1942, sh. 21–25; Mehmet Zihni – Münakehat ve Müfarekat, 1324, sh.262–274; Fetvayı Ali Efendi - 1311, sh.102–107.

*Bu nedenlerle davacının açtığı davada, nikâhın sübuta ermesi, kendisinin de nikâhtan 6 ay sonra ve evlilik devam ederken doğmuş bulunduğunu isbat etmesi halinde nesebi sahih çocuk olduğunun kabulü mümkündür. Yahut babanın sağlığında usulünce davcının(çocuğun), nesebini ikrar etmiş olması ve son ihtimal olarak davalı veresenin nesep ikrarında bulunması lazımdır. Dosya mündeceratına göre bu şartlardan hiçbirisi gerçekleşmiş değildir. Bu itibarla davayı reddi gerekirken babalığa hükmedilmesi yolsuzdur”.*¹⁰⁷

Osmanlı Devleti yıkılıp; yerine 1923 yılında Türkiye Cumhuriyeti’nin kurulmasıyla, yurdumuz her alanda olduğu gibi hukuk alanında da çok büyük değişimlere sahne oldu. Yeni kurulan devletin, her alanda yeni ve çağa uygun düzenlemelere ihtiyacı vardı. İşte 4 Nisan 1926 tarihinde yayımlanan, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi de bu anlayış ve felsefeyle hazırlanmıştı. Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlüğe girmesiyle, medeni hukuk alanında eski hukukun din eksenli kuralları terk edilmiş oldu. Türk Kanunu Medenisi, dini temele dayanan kurallar yerine, o dönem İsviçre’de yürürlükte bulunan, İsviçre Medeni Kanunu’nun hükümleri kaynak alınarak hazırlanan bir kanundu.

Aşağıda Eski Medeni Kanun’un konumuzla ilgili olan hükümlerini, özellikle Yeni Medeni Kanunumuz’da yer verilmeyen veya değiştirilen hükümler açısından inceleyeceğiz.

Aile Hukuku, Eski Medeni Kanun’da ikinci kitap olarak düzenlenmişti. Aile Hukuku kitabının ikinci kısmı “Hısımlar” başlığını taşıyordu ve konumuzla ilgili düzenlemeler, bu kısımda yer alıyordu. Eski Medeni Kanun’da soybağı sözcüğü

¹⁰⁷Y.2. HD, T. 26.11.1970, E. 1970/2770, K. 1970/6327, Resmi Kararlar Dergisi, Şubat 1971, S. II/2, s. 13 – 16.

yerine nesep sözcüğü kullanılmaktaydı. Kanun çocukları “nesebi sahih çocuk” ve “nesebi sahih olmayan çocuk” olarak ayırmış ve buna göre düzenlemelerde bulunmuştu. Eski Medeni Kanun’a göre sahih nesepli¹⁰⁸ çocuklar, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklarla(EMK m. 241), evlilik dışında doğmakla beraber nesebi sonradan tashih edilmiş(düzeltilmiş)¹⁰⁹ çocuklardı. Nesebin düzelmesi ise üç halde mümkün olmaktaydı. Birinci hal Eski Medeni Kanun’un 247. maddesinde düzenlenen, evlilik dışında doğmuş çocuğun ana ve babasının sonradan evlenmesiydi. İkinci hal ise, Eski Medeni Kanun’un 249. maddesinde düzenlenen, soybağının hâkim hükmü ile düzeltilmesiydi. Bu halde birbirlerine evlenme vaadinde bulunan ancak, birinin ölümü veya evlenme ehliyetini kaybetmesi nedeniyle evlenemeyen kişilerden doğan çocukların soybağı, sağ kalan veya ehliyetini kaybetmeyen tarafça ya da çocuk tarafından yapılan başvuru üzerine, hâkim kararı ile düzeltilebiliyordu. Soybağını düzelten üçüncü yol ise imam nikâhı ile birlikte yaşayan çiftlerin çocuklarına yönelik olarak çıkartılan af kanunların dayanarak yapılan düzeltmelerdi¹¹⁰. Bu yol idari yol olarak da adlandırılmıştır¹¹¹. Ayrıca evlat edinme yolu ile de sahih nesep bağı oluşmaktaydı.

Sahihs olmayan nesep ise Eski Medeni Kanun’un 290. maddesinde düzenlenmekteydi. Bu madde hükmü şöyle idi: “ *Nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır. Babası, tanıma veya bir hüküm ile tahakkuk eder*”.

¹⁰⁸Sahihs nesep doktrinde evlilik içi nesep olarak da adlandırılmıştır. Örneğin bkz. **Acabey**, s. 12, **Oğuzman/Dural**, s. 199.

¹⁰⁹Eski Medeni Kanun açısından nesebin tashihi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 156 - 164; **Oğuzman/Dural**, s. 225 - 244; **Öztan(2000)**, s. 423 - 437.

¹¹⁰Mevzuatımızda resmi nikah ile evlenmek mecburi olmasına rağmen(AY m. 174/b. 4; TMK m. 141, m. 143; TCK m. 230/b. 5)ülkemizde, özellikle kırsal kesimlerde yoğun olmak üzere, hala imam nikahı adı altında yapılan ve devletin resmi kayıtlarına geçmeyen fiili birleşmeler, yoğun olarak görülmektedir. Bu birleşmelerden doğan çocuklar, hukuk nazarında evlilik dışı çocuklardır. Ancak bu birleşmelerin toplumca da yadırganmaması ve meşru görülmesi; ayrıca bu birleşmelerden doğan ve hukuca evlilik dışı sayılan çocukların sayısının hayli fazla olması sonucu, devlet bir çare olarak bazı kanunlar çıkarak; bu birleşmelerden doğan çocukların nüfusa cezasız ve de evlenme olarak kaydedilmelerini sağlamaktadır. Bu kanunlardan ilki 1933 yılında çıkarılan 2330 sayılı kanundur. Daha sonra sırayla 1945’de 4727, 1950’de 5524, 1956’da 6652, 1965’de 554, 1974’de 1826, 1981’de 2526 ve 1991’de 3716 sayılı kanunlar çıkartılmıştır. **Oğuzman/Dural**, s. 7,dn. 7.

¹¹¹**Acabey**, s. 38 - 40; 160-165; **Arsebük**, s. 341; **Oğuzman/Dural**, s. 234; **Öztan(2000)**, s. 430-432.

Sahih olmayan nesep bağı, evlilik dışı çocuklar açısından söz konusu olmaktadır¹¹². Evlilik dışı çocuk ile anası arasındaki sahih olmayan nesep bağının kurulması için, doğum olayı yeterli idi. Yani evlilik dışı çocukların anaları ile sahih olmayan nesep bağı, doğumla birlikte kurulmaktaydı. Evlilik dışı çocukların babaları ile aralarında sahih olmayan nesep bağının kurulabilmesi için ise, bu çocukların ya babalarının tanınmaları gerekiyordu ya da bir hâkim hükmüne¹¹³ ihtiyaçları vardı. Bu şekilde babaları ile aralarında sahih olmayan nesep bağı kurulamayan çocuklar, babalarına karşı hukuken nesepsiz sayılmaktaydı¹¹⁴.

Sahih nesep – sahih olmayan nesep ayrımının, çocuklar arasında haksızlık yaratacak tarzda, önemli hukuki sonuçları vardı¹¹⁵. İki grup arasındaki en büyük haksızlık miras hukuku alanında yaratılmıştı¹¹⁶. Bu fark 1990 yılına kadar Eski Medeni Kanun’da yer alan ve sahih olmayan nesep bağına sahip çocukların, babalarının sahih nesepi çocukları ile birlikte mirasçı olmaları halinde, babalarının mirasından

¹¹²Ancak baba ile soybağı ilişkisi bakımından, “evlilik dışı çocuk” ile “sahih olmayan nesep bağına sahip çocuk” kavramları birbirinden farklı idi. Evlilik dışı her çocuk, baba açısından sahih olmayan nesep bağına sahip değildi. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar ile babaları arasında, sahih olmayan nesep bağının kurulabilmesi için, tanıma işlemine veya babalık davası sonucu verilen hakim hükmüne ihtiyaç vardı. Evlilik dışı çocuk kavramı, sahih olmayan nesep bağı ile babalarına bağlanmış çocukların yanı sıra, babalarına sahih veya sahih olmayan nesep bağı ile bağlanamamış bütün evlilik dışı ilişkiden doğan çocukları içine alan, daha geniş bir kavramdır. **Hatemi/Serozan**, s. 372.

¹¹³Eski Medeni Kanunumuz’da biri mali sonuçlu biri şahsi sonuçlu olmak üzere iki farklı babalık davası öngörülmüştü(bkz. aşağıda s. 34 vd.) Doktrinde büyük bir çoğunluk, baba ile evlilik dışı çocuk arasında gayri sahih nesep bağının kurulabilmesi için, hakim hükmünün kişisel sonuçlu babalık davasına ilişkin olması gerektiğini savunmaktaydı. **Acabey**, s. 226; **Akıntürk**, s. 370; **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 414; **Hatemi/Serozan**, s. 372; **Kırkbeşoğlu**, s. 13, dn. 42; **Köprülü/Kaneti**, s. 204; **Öztan(2000)**, s. 401; **Serozan**, s. 41; **Tekinay**, s. 515, 553, 554; **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s. 1093.

Diğer bir görüş ise, sadece şahsi sonuçlu babalık davası ile değil, mali sonuçlu babalık davasıyla da, evlilik dışı çocuk ile babası arasına gayrisahih nesep bağının kurulacağını savunmaktaydı. Bu görüş için bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 324, 325.

Yargıtay da 22.02.1997 tarihli bir İçtihatları Birleştirme Kararında mali sonuçlu babalık davası kararı ile de sahih olmayan nesep bağının oluşacağını kabul etmiştir.(Y.İBK. T.22.2.1997, E.1996/1, K.1997/1, YKD, Haziran 1997, C. 23, S. 6, s. 853 – 860). Aynı görüşte **Gençcan(Soybağı Kavramı)**, s. 32. Bu tartışma konusunda ayrıntılı bilgi ve kararı savunan görüş için bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 373 – 377. Kararın eleştirisi için bkz. anılan İçtihadı Birleştirme Kararı ile ilgili, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi üyesi Ali İhsan Özüğür’un karşı oy yazısı(YKD, Haziran 1997, C. 23, S. 6, s. 860 – 883); ayrıca bkz. **Acabey**, s. 16, 17, 226 - 246; **Kırkbeşoğlu**, s. 13, dn. 42.

¹¹⁴**Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 414; **Kırkbeşoğlu**, s. 13.

¹¹⁵Örneğin nesebi sahih çocuklarda velayet hakkı ana ve babaya doğrudan aitti. Ana ve babanın velayet hakkına sahip olabilmeleri için hakim hükmüne ihtiyaç yoktu(EMK m. 262). Oysa sahih olmayan nesep bağında, ana çocuğun velayetini doğrudan değil, mahkeme kararı ile kazanabiliyordu(EMK m. 311/f. 2).

¹¹⁶Evlilik dışı çocukların, Eski Medeni Kanun dönemindeki miras haklarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 251 - 275.

sahih nesepli çocukların miras paylarının yarısı oranında miras payı alabilmeleri¹¹⁷.

Eski Medeni Kanun'da, babalık davası iki farklı tür olarak düzenlenmişti. Bu davalardan bir tanesi, çocuk ile baba arasında soybağını kurmaya yönelik olan ve doktrinde şahsi sonuçlu babalık davası olarak adlandırılan¹¹⁸ babalık davasıydı. Ancak bu davanın açılması bir takım ağır şartlara bağlanmıştı. Bu nedenle bu davanın açılması, evlilik dışı her çocuk açısından mümkün olamamaktaydı. Şahsi sonuçlu babalık hükmü elde edilebilmesi için, baba olduğu iddia edilen kişinin anaya evlenme vaat etmiş olması veya cinsi münasebetin bir suç teşkil etmesi veyahut da baba olduğu iddia edilen şahsın, ana üzerinde sahip olduğu nüfuzu kötüye kullanmış olması gerekmektedir (EMK m. 310). Ayrıca 1981 yılına kadar baba olduğu iddia edilen şahsın evli olması halinde(evli erkeğin zinası), mahkemece babalığa hükmedilemiyordu. Şahsi sonuçlu babalık davası sonucunda babalığa hükmedilmesi halinde, çocuk ile baba arasında gayrisahih nesep bağı kuruluyordu. Bunun sonucu olarak çocuk babasının soyadını alıyor ve babasının vatandaşlığını kazanıyordu. Ayrıca bu dava sonucunda mahkeme çocuğun velayetinin ana veya babadan hangisine verileceği hakkında da karar veriyordu(EMK m. 312). Şahsi sonuçlu babalık davası sonucunda babasına bağlanan çocuk babasına mirasçı da olabilmekteydi. Ancak bu dava sonucunda çocuk ile baba arasında sahih olmayan nesep bağı kurulduğu için bu çocuklar 1990 yılına kadar, babalarının sahih nesepli çocukları ile birlikte mirasçı olmaları halinde, mirastan sahih nesepli çocukların yarısı kadar pay alma hakkına sahip olmuşlardır.

Kanunda yer alan ikinci tür babalık davası ise şahsi sonuçlu babalık hükmünü elde etmek için kanunda öngörülen şartların bulunmadığı veya bu şartların ispatlanamadığı babalık davasıydı. Bu dava sonucunda davalının baba olduğu ispatlansa bile, babalığın hükmedilen erkek, çocuğa karşı sadece nafaka ödemekten ibaret bir parasal yükümlülük altına girer(EMK m. 306); çocuk ile arasında sahih

¹¹⁷Bu konudaki gelişmeler için bkz. aşağıda s. 37.

¹¹⁸Örneğin, bkz. **Tekinay**, s. 540, **Oğuzman/Dural**, s. 336.

olmayan nesep bağı dahi kurulmazdı¹¹⁹. Bu nedenle mali sonuçlu babalık hükmü elde eden çocuk sahih olmayan nesep ile babaya bağlanmanın hukuki sonuçlarından hiçbirine sahip olamazdı. Örneğin babasının soyadını ve vatandaşlık haklarını kazanamaz; velayetinin babasına verilmesi söz konusu olamazdı. Aynı şekilde mali sonuçlu babalık hükmü ile babasına bağlanan çocuk babasına mirasçı da olamazdı. Ancak mali sonuçlu babalık hükmü ile babasına bağlanan çocukların, babaları yönünden mirasçı olup olamayacakları, Anayas Mahkemesi'nin 1987 tarihli bir iptal kararından sonra tartışmalı hale gelmişti¹²⁰.

Görüldüğü üzere Eski Medeni Kanun, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar açısından pek çok olumsuz hüküm içermekteydi¹²¹ ve 1926 tarihli Eski Medeni Kanun'un kaynak kanunu olan İsviçre Medeni Kanunu'nda da benzer hükümler yer almaktaydı. Yalnız İsviçre' de değil pek çok Avrupa ülkesinde de, yakın tarihe kadar evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar hakkındaki düzenlemeler aynı olumsuz paraleldeydi. Ancak özellikle ikinci dünya savaşı sonrası gerek ekonomi, gerek aile, gerek sosyal yaşam gerekse de insan hakları konularında yeni değerleriyle şekillenen dünyada, evlilik dışı çocuklarla ilgili olumlu gelişmeler görülmeye başlandı.

Fransa'da¹²² 1912 yılına kadar babalık davası açmak dahi yasaktı. 1912'de yapılan bir değişiklikle bazı istisnai hallerde babalık davasının açılması, mümkün hale getirildi. 1964 yılında Fransız hukukunda başlayan reform hareketleri ile 1972

¹¹⁹Baba ile çocuk arasında gayrishihi nesep bağı kurmadığı ve babayı sadece çocuğ nafaka ödemekle yükümlü kıldığı için bu dava doktrinde “alelade babalık davası”(Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 534); “mali babalık davası”(Tekinay, s. 540); “mali sonuçlu babalık davası”(Oğuzman/Dural, s. 375) gibi isimlerle ifade edilmiştir.

¹²⁰Bu konu hakkında bkz. aşağıda s. 37, dn.132.

¹²¹Evlilik dışı çocuklar ile ilgili bir olumsuz hüküm de 1991 yılına kadar Eski Medeni Kanun'da yer alan ve erkeğin zinası sonucu doğan çocuğun tanınmasını yasaklayan 292. maddeydi. Anayasa Mahkemesi 28.02.1991 tarihli ve 15/5 sayılı kararı ile evli erkeklerin zinasından doğan çocukların tanınamayacağına ilişkin kısmı iptal etmiş, bu kısım madde metninden çıkarılmıştır.(İptal kararı için bkz. RG, 27.03.1992T. , 21184S). Eski Medeni Kanun'un 292. maddesinde, tanınması yasak olan bir çocuk grubu daha vardı ki, bunlar birbirleri ile evlenmeleri yasak olan hısımların cinsel ilişkileri sonucunda dünyaya gelen ve fücür mahsulü olarak adlandırılan çocuklardı. Bu çocuklara ilişkin tanıma yasağı ise Yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği 2002 senesine kadar varlığını sürdürmüştür.

¹²²Fransız hukuku açısından ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey** s. 76-88 ve **Acabey** s. 76 ve aynı sayfa dn. 374'de anılan yazarlar.

yılında evlilik dışı çocukların kötü durumları büyük ölçüde düzeltildi¹²³. Ancak bu iyileştirmelere rağmen, babalık davası açılabilmesi için aranan istisnai şartlar, halen varlığını sürdürmekteydi. Nihayet 1993 yılında yapılan değişiklikle, babalık davası için aranan ön koşullar kaldırıldı. Ancak yapılan bu iyileştirilmelere karşın, evlilik içi soybağı - evlilik dışı soybağı ikiliği, Fransız hukuku açısından devam etmektedir¹²⁴.

Almanya’da¹²⁵ ise evlilik dışı çocukların hukuki durumlarının düzeltilmesine ilişkin ilk önemli adım, 1.7.1970 tarihinde yürürlüğe giren “Evlilik Dışı Çocuklar Yasası” ile atılmıştır. Bu kanun ile evlilik dışı çocukların durumu büyük ölçüde düzeltilmiş ve onlara pek çok alanda evlilik içi çocuklarla eşit haklar tanınmıştır¹²⁶. Bu kanuna rağmen evlilik dışı çocuklar ile evlilik içi çocuklar açısından tam bir eşitlik sağlanamamıştı. Evlilik dışı çocuklar, halen bazı haklardan yoksundular. Uluslararası sözleşmeler ve yargı kararlarının da etkisiyle Almanya’da 1.4.1998 tarihinde çıkarılan bir kanun ile, evlilik dışı çocuklar miras hakkı konusunda evlilik içi çocuklarla eşit duruma geldiler. Daha sonra, 1.7.1998 tarihinde yürürlüğe giren “Çocuk Hukuku Reformu Kanunu” ile de, Alman Hukukunda evlilik içi- evlilik dışı çocuk ayırımına son verildi¹²⁷.

Eski Medeni Kanun’un kaynağını oluşturan İsviçre hukuku da, evlilik dışı çocukların durumlarının düzeltilmesini sonuçlayan hukuki gelişmeleri yakından takip ederek; kanunlarında gecikmeksizin gerekli değişiklikleri yapmıştır. 01.01.1978 tarihinde yürürlüğe giren bir kanun ile İsviçre Medeni Kanunu’nda pek çok değişiklik yapılmış ve evlilik içi soybağı- evlilik dışı soybağı ayırımı tamamen kaldırılmıştır. Bu değişiklikle, evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocuklar eşit statüye kavuşmuş ve babalık davası için öngörülen ağır koşullar da kaldırılmıştır¹²⁸.

¹²³ Acabey, s. 78; Akıntürk, s. 336; Burcuoğlu, s. 678; Tekinay, s. 513; Velidedeoğlu, s. 399.

¹²⁴ Acabey, 78.

¹²⁵ Alman hukuku hakkında detaylı bilgi için bkz. Acabey, s. 99 - 104.

¹²⁶ Acabey, s. 99, 100; Akıntürk, s. 336; Oğuzman/Dural, s. 322, 323; Tekinay, s. 514.

¹²⁷ Acabey, s. 100, 101; Serozan, s. 25.

¹²⁸ Akıntürk, s. 336; Burcuoğlu, s. 680; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 416-418, dn. 3; Köprülü/Kaneti, s. 267; Oğuzman/Dural, s. 322; Serozan, s. 24; Tekinay, s. 515.

Avrupa ve özellikle kaynak İsviçre hukukunda görülen bu gelişmeler, maalesef Yeni Medeni Kanunumuzun yürürlüğe girdiği 2002 tarihine kadar kanun koyucu tarafından yeterince dikkate alınmamış; Türkiye evlilik dışı çocukların hukuki durumlarının düzeltilmesiyle ilgili reform hareketine çok geç katılabılmıştır¹²⁹. Kanun koyucunun hareketsizliği sonucu evlilik dışı çocukların hukuki durumlarındaki olumsuzluklar, Anayasa Mahkemesi tarafından, iptal kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu amaçla Anayasa Mahkemesi, evli erkeğin zinası sonucu doğan evlilik dışı çocuğun babasına şahsi sonuçlu babalık davası ile bağlanamayacağını öngören Eski Medeni Kanun’un 310. maddesinin 2. fıkrasını, 21.05.1981 yılında 67/23 sayılı kararı ile iptal etmiştir¹³⁰. Daha sonra ise Eski Medeni Kanun’un (iptal kararından önceki) 443. maddesinin sahih nesepli olmayan çocukların babalarına mirasçı olmaları ile ilgili düzenlemelerini, 11.09.1987 tarihinde verdiği 1/18 sayılı kararla iptal etmiştir¹³¹. Bu iptal kararından sonra ise, sözü geçen madde 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı kanun ile tekrar düzenlenmiş ve nesebi sahih olmayan hısımların da nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkına sahip olacağı hükme bağlanmıştı(EMK m. 443)¹³².

Anayasa Mahkemesi’nin evlilik dışı çocukların hukuki durumunu iyileştirmeye ilişkin bu çabalarına rağmen, hukukumuzda sahih - sahih olmayan nesep ayrımı devam etmekteydi. İki tür babalık davası ve şahsi sonuçlu babalık davası için aranan ağır koşullar da kanunda yer almaya devam etmekteydi. Modern hukuk sistemlerinin hayli gerisinde hükümler ihtiva eden ve bu nedenle doktrin tarafından da haklı olarak

¹²⁹Eski Medeni Kanun döneminde evlilik dışı çocuklara ilişkin gerçekleştirilen önemli değişiklikler ve Yeni Medeni Kanun’un temelini oluşturan kanun değişikliği çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 685 – 695.

¹³⁰RG, 24.08.1981T. , 17438S.

¹³¹RG, 29.03.1988T. , 10769S.

¹³²RG, 23.11.1990T. , 20704S. Ancak bu kanun değişikliği, Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının gerisinde kaldığı için doktrin tarafından eleştirilmiştir(Bkz. **Hatemi/Serozan**, s. 374, 375). Çünkü Anayasa Mahkemesi, evlilik dışı çocukların babalarına mirasçı olabilmeleri için aralarındaki soybağı ilişkisinin hakim hükmü ile kurulmasını yeterli görmüş; soybağı ilişkisinin şahsi veya mali sonuçlu babalık davaları ile kurulması arasında herhangi bir ayırım yapmamıştır. Böyle olunca da mali sonuçlu babalık hükmü elde eden çocukların da babaların mirasçı olabilmeleri mümkün hale gelmiştir. Kanun değişikliğinde ise “nesebi sahih olmayan” ibaresinin bulunması; kanun koyucunun, soybağının şahsi sonuçlu babalık davası ile kurulmasını aradığını göstermiştir. Bu nedenle hem Anayasa Mahkemesi kararının amacı ile bağdaşabilmesi hem de çocuklar açısından haksız bir ayırıma neden olunmaması için, düzenlemede geçen “nesebi sahih olmayan” deyiminin daha geniş yorumlanarak, “evlilik dışı” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. (**Hatemi/Serozan**, s. 375; **Oğuzman/Dural**, s. 373).

çok sık eleştirilen¹³³ Eski Medeni Kanun, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükten kalkmış oldu. Yeni kanunumuz sahih – sahih olmayan soybağı ayırımına son verdiği gibi, kişisel ve mali sonuçlu babalık davası ayırımına da son vererek; çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisini kuran bir tane babalık davasına yer vermiştir. Yeni kanunda yer alan bu babalık davasında ise, Eski Medeni Kanun zamanında çocuk ile baba arasındaki soybağının babalık davası ile kurulabilmesi içi öngörülen ağır şartlar da yer verilmemiş; babalık davası açmak kolaylaştırılmıştır. Sahih – sahih olmayan soybağı diğer adı ile düzgün - düzgün olmayan soybağı ayırımı da hukukumuzda artık yer almadığı için, Yeni Medeni Kanun’da soybağının düzeltilmesi diye bir kuruma da yer verilmemiştir¹³⁴.

Evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların hukuki durumlarının düzeltilmesi konusunda, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanununun¹³⁵(4722 Sayılı Kanun) ilgili hükümlerine de değinmeliyiz.

4722 Sayılı Kanun’un 12. maddesi, Yeni Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce sahih olmayan nesep bağı ile ana veya babasına bağlı olan evlilik dışı çocukların, Yeni Medeni Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihinden itibaren, bu kanunun soybağı konusunda öngördüğü hükümlerine tabi olacağını düzenlemiştir. 4722 Sayılı Kanun’un bu maddesi uyarınca, Eski Medeni Kanun zamanında babası ile arasında tanıma veya şahsi sonuçlu babalık davası sonucunda sahih olmayan nesep bağı kurulan çocuklar, Yeni Medeni Kanun’un yürürlük tarihi olan 1.12.2002 tarihinden itibaren, Yeni Medeni Kanun’un soybağına ilişkin hükümlerine tabi olmuşlardır. Bu kapsamda Yeni Medeni Kanun’da tek bir soybağı ilişkisi yer aldığı için, soybağının kuruluş şekli önem taşımaksızın babaları ile aralarında soybağı ilişkisi kurulmuş bulunan tüm çocuklar, babalarına aynı tür soy bağı ile bağlıdırlar.

¹³³Bu konuda bkz. **Burcuoğlu**, s. 680 – 685; **Feyzioğlu/Özakman**, s. 544, 545; **Hatemi/Serozan**, s. 373, 374 ve s. 385, 386; **Oğuzman/Dural**, s. 326; **Tekinay**, s. 511, 512; 540-541, dn. 4.

¹³⁴Yeni Medeni Kanununun soybağına ilişkin getirdiği yenilikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 97 - 119.

¹³⁵RG, 08.12.2001T. , 24607S.

4722 Sayılı Kanun'un 13. maddesi ise, Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce babasına karşı mali sonuçlu babalık davasını kazanmış çocuklar hakkında bir hüküm öngörmüştür. Bu hükme göre, haklarındaki mali sonuçlu babalık davaları olumlu hükme bağlanmış çocuklar ile babaları arasındaki soybağı, Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, bu kanunun soybağına ilişkin kuralları çerçevesinde kurulmuş olacaktır(4722 S.K. m.13/f. 2). Eski Medeni Kanun döneminde mali sonuçlu babalık davası sonucunda, evlilik dışı çocuk ile babası arasında sahil olmayan nesep bağı dahi kurulamamaktaydı. 4722 Sayılı Kanun'un 13. maddesi ile ise, babalarına karşı mali sonuçlu babalık davasını kazanan çocuklar ile babaları arasında, Medeni Kanun'da öngörülen soybağı ilişkisinin kurulacağı kabul edilmiştir¹³⁶.

4722 sayılı kanunun bu hükümleri sayesinde, Eski Medeni Kanun döneminde var olan ve çocuklar arasında haksız ayırımlara yol açan, sahil- sahil olmayan nesep ve mali sonuçlu – şahsi sonuçlu babalık davası ikiliklerinin yarattığı olumsuzluklar, sadece ileriye yönelik olarak değil, Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere, geçmişe yönelik olarak da ortadan kaldırılmış oldu. Bu hükümler de, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların hukuki durumunu olumlu etkileyen, önemli gelişmelerdendir.

Konumuz ile ilgili tarihçe kısmını, evlilik dışı çocuklar ile ilgili - ulusal hukuklarda yaşanan gelişmelerin de büyük ölçüde temelini teşkil eden – uluslararası başlıca düzenlemelere bir göz atarak bitirmek istiyoruz.

Çocuk hakları kavramının uluslararası hukuka taşınması ve bu konuda uluslararası alanda devletleri bağlayıcı düzenlemelerin yapılması, 20.yüzyılın ikinci yarısından sonra hız kazanmıştır. Özellikle çocukların evlilik dışı - evlilik içi ilişkiden doğmuş olup olmamalarına bakılmaksızın, insan olmaları nedeniyle bağımsız birer değer olarak ele alınmalarının gerektiğinin ve evlilik dışı doğmakta hiçbir kabahatleri

¹³⁶Y.2HD, T. 28.01.2002, E. 2001/17548, K. 2002/622, ÖZUĞUR, Ali İhsan; **Türk Medeni Kanunun Yeni Düzenlemeleri ile Açıklamalı – İçtihatlı Velayet – Vesayet – Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2003, s.236.

olmayan masum çocukların eşitsizliklere tabi tutulmasının haksız olduğunun kabul edilmesi sonucu, uluslararası belgelerde çocukları koruyucu ve eşitsizlikleri giderici pek çok hükme yer verilmiştir¹³⁷.

Çocuk haklarının korunması fikrinin yükselişinin en temelinde, sanayileşme sonucunda yeni ekonomik değerlerle şekillenen dünyada, çocukların da iş gücü olarak görülmesi ve bu konuda aşırı sömürüye uğramaları yatar. Savunmasız olan çocukların, sadece iş gücü olarak değil cinsellik gibi pek çok alanda sömürüye uğramaları da çocuk hakları fikrinin kuvvetlenmesinde etkili olmuştur¹³⁸. Özellikle ikinci dünya savaşı sırasında yaşanan büyük çocuk kıyımından sonra, çocukları koruma ihtiyacı ve çocuk haklarına verilen önem daha da artmıştır¹³⁹. Ayrıca bunlara ek olarak tüm dünyada insan hakları konusunda yaşanan gelişmeler sonucu hem uluslararası hukuk, hem de ulusal hukuklarda eşitlik, özgürlük, katılımcılık gibi kavramların gittikçe daha çok kabul görmesi de, çocuk hakları konusundaki gelişmeleri olumlu etkilemiştir¹⁴⁰.

Uluslararası alanda çocuk hakları ile ilgili olarak çıkartılan önemli belgelerden bazıları şunlardır:

- 26 Eylül 1924 tarihli Milletler Cemiyeti Genel Kurulu Çocuk Hakları Cenevre Bildirgesi
- 20 Kasım 1959 tarihli Birleşmiş milletler Genel Kurulu Çocuk Hakları Bildirgesi
- 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁴¹.

¹³⁷ Acabey, s. 66.

¹³⁸ Serozan, s. 23

¹³⁹ Acabey, s. 66; Serozan, s. 23.

¹⁴⁰ Çocuk haklarının tarihi seyri ve özellikle sanayi toplumunda değişenler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, s. 15-20.

¹⁴¹ Bu sözleşmenin yürürlüğe girmesi için 20 taraf ülke parlamentosunun onayı gerekmektedir. Bu sayı 2 Eylül 1990 tarihinde sağlanmış ve sözleşme uluslararası hukuk açısından bu tarihte yürürlüğe girmiştir. Türkiye tarafından ise 14.09.1990 tarihinde imzalanan sözleşme 27.01.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir.(RG, 27.01.1995T. , 22184S.). Acabey, s. 69; Serozan, 49. Sözleşmenin tam metni için bkz. RUHİ, Ahmet Cemal; **Türkiye Cumhuriyeti'nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, Yenilenmiş 2.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004, s. 148 - 165.

Bu önemli uluslararası belgelerden başka konu ile ilgili iki veya çok taraflı pek çok uluslararası sözleşme mevcuttur. Bu sözleşmelerden konumuzla ilgili ve Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmelerden bazıları şunlardır¹⁴².

- Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme¹⁴³.
- Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme¹⁴⁴.
- Küçüklerin korunması Konusunda Resmi Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanununa Dair Sözleşme¹⁴⁵.
- Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi¹⁴⁶.

Bu sözleşme ve belgelerden başka, insan haklarının korunması açısından çok önemli bir belge olan, 4 Kasım 1954 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin¹⁴⁷ aile ve

Bu sözleşme, önemine binaen çocuk haklarının doruk noktası(**Serozan**, s. 23), çocukların “Magna Cartası”(Acabey, s. 70) olarak da adlandırılmaktadır. Bu sözleşmeyi detaylı incelemek tezimizin kapsamını aşmaktadır; ancak konumuzla alakalı iki önemli maddeye burada değineceğiz. Bunlardan ilki, sözleşmede öngörülen hakların, devletlerce tüm çocuklara hiçbir fark gözetmeksizin tanınması gerektiğini belirten sözleşmenin 2. maddesinin 1. fıkrasıdır. Bu maddeye göre: “Taraflar Devletler, bu sözleşmede yazılı olan hakları kendi yetkileri altında bulunan her çocuğa, kendilerinin, anne babalarının veya yasal vasilerinin sahip oldukları ırk, renk, cinsiyet, dil, siyasi ya da başka düşünceler, ulusal, etnik ve sosyal köken, mülkiyet, sakatlık, doğuş ve diğer statüler nedeniyle hiçbir ayırım gözetmeksizin tanırlar ve taahhüt ederler”. (**Ruhi**, s. 149’dan naklen). Bu maddede yer alan “doğuş” ibaresi çocukların evlilik içi – evlilik dışı doğma nedeniyle de ayrıma tabi tutulmalarını yasaklamaktadır. Konumuzla ilgili ikinci madde ise sözleşmenin 7. maddesinin 1. fıkrasıdır. Bu maddeye göre: “Çocuk doğumdan hemen sonra nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana- babasını bilme hakkına ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır”. (**Ruhi**, s. 150’den naklen). Bu madde görüldüğü üzere, çocuğu ana - babasını yani kökenini öğrenme hakkını da içermektedir. Bu nedenle çocuğun genetik ana ve babasını öğrenmesini engelleyen(örneğin babalık davası açılmasının yasaklanması), veya güçleştiren(örneğin babalık davasının ağır koşullara bağlanması veya çocuğun bu hakkını kullanması bakımından kısa hak düşümü sürelerinin öngörülmesi) hükümler sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir. Sözleşmenin bu maddesine, babalık davası için Medeni Kanunda öngörülen hak düşürücü süre ile ilgili olarak tekrar döneceğiz. Bkz. ileride s. 73 vd.

¹⁴² Çocuk haklarına ilişkin diğer sözleşmeler için bkz. **Öztan**, s. 11-13; **Serozan** s. 56-58.

¹⁴³ Roma’da 14. 09.1961 tarihinde yapılmıştır. Türkiye açısından 21.07.1965 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (RG, 11.05.1964T. , 11700S.), **Biçkin**, İnci/**DİNÇ**, Hakkı/**AYCU**, Emrullah; Uygulamada **Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler**, 1.Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004, s. 259. Sözleşme metni için bkz. **Biçkin/Dinç/Aycu**, s. 259-262.

¹⁴⁴ Münih’te 05.09.1980 tarihinde yapılmıştır. (RG, 07.07.1987T. , 19510S.). **Biçkin/Dinç/Aycu**, s. 263. Sözleşme metni için bkz. aynı eser s. 263-268.

¹⁴⁵ La Haye’de 05.10.1961 tarihinde yapılmıştır. Türkiye açısından 24.10.1983’de yürürlüğe girmiştir. (RG, 21.02.1983T. .17966S.). **Öztan**, s. 11, dn.17; **Serozan** , s. 56.

¹⁴⁶ 2001 yılında Strasbourg’da yapılmıştır. Türkiye tarafından onaylanmıştır.(RG, 01.02.2001T. , 24305S.), **Serozan**, s.58.

özel hayatı korumayı hedefleyen 8. maddesinin 2. fıkrası ve ayrımcılığın önlenmesini amaçlayan 14. maddesi de çocuk haklarını koruyan önemli hükümlerdir¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türkiye tarafından 1954 tarihinde onaylanmıştır. Onay işlemine ilişkin 10 Mart 1954 tarih ve 6366 sayılı kanunun meclisçe kabulü, mecliste herhangi bir görüşme olmadan öncelikle ve ivedilikle gerçekleştirilmiştir. (RG, 19.03.1954T. , 8662S.). 18.05.1954’de onay belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterine verilmesiyle, sözleşme Türk iç hukuku açısından yürürlük kazanmıştır. **GÖZÜBÜYÜK**, Şeref/**GÖLCÜKLÜ**; Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 18.

¹⁴⁸1979 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında doğan çocuklar arasında ayırım yapılmasını, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8 ve 14. maddesine aykırı bularak, “Belçika’ya karşı Marckx davasında”, Belçika’yı mahkum etmiştir. **Acabey**, s. 68, 69; **Duran** , s. 11. Bu dava hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 71 -74.

III. BÖLÜM

BABALIK DAVASI VE BABALIK HÜKMÜNÜN SONUÇLARI

A- GENEL OLARAK

4721sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ikinci kitabı, Aile Hukukunu düzenlemektedir. Aile Hukuku kitabı üç ana kısımdan oluşmakta ve ikinci kısım “Hısımlar” başlığını taşımaktadır. Bu kısmın birinci bölümünde çekirdek aile olarak nitelendirebileceğimiz, ana, baba ve çocuklar arasındaki ilişkiler düzenlenmektedir. Soybağının kurulması ve sonuçları, ana ve babanın çocukları ile olan ilişkileri, bu bölümün konusunu teşkil etmektedir. İşte çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisinin kurulmasına yönelik hukuki bir yol olan ve tez çalışmamızın temelini oluşturan babalık davası da, bu bölümde yer almaktadır. Çalışmamızın bu bölümünde babalık davası ve bu davanın sonuçları, hukukumuzda konu ile ilgili yer alan düzenlemeler ışığında, ayrıntılı olarak incelenecektir.

B- BABALIK DAVASININ AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Evlilik dışı çocuk ile genetik babası arasında, hukukun aradığı bir takım şartlar gerçekleşmediği sürece, hukuki anlamda soybağı ilişkisinin kurulamayacağını yukarıda incelemiştik¹⁴⁹.

Bir erkek, evlilik dışı çocuğu ile arasındaki hukuki soybağının kurulmasını, çocuğun anası ile evlenerek veya çocuğu tanıyarak sağlayabilir. Ancak bu iki hukuki yol da erkeğin arzusuna, isteğine bağlıdır. Bir erkek, evlilik dışı çocuğu ile arasında kendi rızasıyla soybağı ilişkisi kurmuyorsa, hukuk ana ve çocuğa babalık davası açma hakkı tanıyarak; baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisini tesis ettirme imkânı

¹⁴⁹ Bkz. yukarıda soybağının baba açısından kurulması s. 15.

vermiştir. İşte tez konumuz olan ve Medeni Kanunumuzun 301 ve 304. maddeleri arasında, babalık hükmü başlığı altında düzenlenmiş bulunan babalık davasının amacı, evlilik dışı çocuğun babasını belirlemek ve çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisini, mahkeme hükmü ile kurmaktır.

Şunu önemle belirtmeliyiz ki, 4722 sayılı kanun¹⁵⁰, Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce açılan babalık davalarının da, Türk Medeni Kanunu'nda yer alan hükümlere göre karara bağlanacağını hükme bağlamıştır(4722 S.K. m.13/f. 1). Bu hüküm uyarınca, Medeni Kanun'un yürürlük tarihi olan 01. 12. 2002 tarihinden önce açılan ve bu tarihten önce sonuçlanmamış babalık davalarında da, Medeni Kanun'un konu ile ilgili hükümleri uygulanacaktır¹⁵¹. Bu nedenle babalık davası hakkında yapılan her açıklama, Eski Medeni Kanun döneminde veya Yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra açılmış ve şu anda görülmekte olan, tüm babalık davaları açısından geçerli olacaktır.

Medeni Kanun'da düzenlenmiş bulunan babalık davası sonucunda eğer davalının baba olduğu ispatlanırsa, mahkemece davalının evlilik dışı çocuğun babası olduğuna hükmedilecek(babalık hükmü); bu hükmün kesinleşmesi ile, çocuk ile baba arasında hükümden önce hukuki olarak var olmayan bir soybağı ilişkisi kurulacaktır. Babalık hükmü neticesinde daha önceden hukuk alanında var olmayan bir durum yaratıldığı için, babalık davası hukuki niteliği itibari ile, kurucu yenilik doğuran bir davadır¹⁵². Babalık davasında, davalının babalığına hükmedilmesi geriye etkili sonuç doğurur¹⁵³. Geriye etkili sonuç doğuran babalık hükmü ile çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi, çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulacak ve çocuk, babası ile

¹⁵⁰Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulma Şekli Hakkında Kanun.

¹⁵¹“... 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 301/son maddesinde ise, babalık davasının Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye ihbar edileceği hükmü getirilmiştir. Buna göre davanın ,daha önce de açılmış olsa , Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye ihbar edilmesi zorunludur. ...” Y.2HD, T. 28.05.2003, E. 2003/6313, K. 2003/7769, **KÖSEOĞLU**, Bilal; **Aile Mahkemelerinin İşleyişi**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005, s. 354. Bkz. aynı yönde, Y. 2HD, T.05.02.2002, E. 2002/278, K. 2002/1338, **Özügür(Velayet – Vesayet)** , s. 250, 251.

¹⁵²**Dural/Ögüz/Gümüş**, s. 471; **Serozan**, s.211; **Öztan(2000)**, s.551; **Tekinay**, s.560. Yeni bir hukuki durumun yaratılmasına veya var olan bir hukuki durumun değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına yönelik açılan davalar, inşai(yenilik doğuran) dava olarak adlandırılmaktadırlar.(**KURU**, Baki; **Hukuk Muhkameleri Usulü**, C. 2, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, s. 1468).

¹⁵³**Duran**, s.61; **Öztan**, s. 556; **Duran** s. 61; **Serozan**, s. 219; **Tekinay**, s.560.

arasında soybağı ilişkisi kurulmasına bağlı olan tüm kanuni hakları, ana rahmine düştüğü andan itibaren elde edecektir¹⁵⁴.

C- BABALIK DAVASININ ŞARTLARI

Babalık davasının şartları olarak aşağıda belirteceğimiz hususlar, davada yerine getirilmediği takdirde hükmün Yargıtay’ca bozulmasına neden olan; davanın görülebilme şartı olan hususlardır.

İlk şartımız, durumun doğasından kaynaklanan bir şarttır. Babalık davasının açılabilmesi için, çocuğu doğuran ananın belli olması gerekir. Anası belli olmayan bir çocuk hakkında babalık davası açılamaz¹⁵⁵.

İkinci şart ise çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi bulunmamasıdır¹⁵⁶. Baba olduğu iddia edilen erkekten başka bir erkekle arasında soybağı ilişkisi bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça; babalık davasında baba olduğu iddia edilen kişiye, babalık hükmü ile bağlanamaz. Çocuğun başka bir erkekle soybağı ilişkisi

¹⁵⁴ Serozan, s. 219. Bazı yazarlar ise, babalık hükmü neticesinde çocuk ile babası arasındaki soybağının geriye etkili olarak, doğumdan itibaren kurulduğunu belirtmektedirler (Duran, s.61; Öztan, s. 556). Yazarların bu ifade tarzından, babası ile arasında soybağı ilişkisi doğumdan itibaren kurulan çocuğun, kanunun bu soybağı ilişkisine bağladığı haklara da, doğumdan itibaren sahip olacağı anlaşılmamalıdır. Bu yorum tarzı, çocuk yararının üstünlüğü ilkesine aykırı olacaktır. Kişilik çocuğun sağ ve tam olarak doğması ile başladığı (TMK m. 28/f. 1) ve bundan önce ortada hukuken bir kişi bulunmadığı için, babalık hükmü çocuk doğmadan önce soybağı ilişkisi yönünden bir anlam taşımaz. Bu nedenle çocuğun doğmasından önce açılan babalık davalarında, çocuğun doğumunun bekletici mesele yapılması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir (Özğür (Velayet-Vesayet), s. 231; Öztan (2000), s. 574). Kanımızca bu nedenden dolayı yazarlarca, soybağı ilişkisinin çocuğun bir kişi olarak hukuk sahnesine bir kişi olarak çıktığı andan itibaren kurulacağı ifade edilmiştir. Bizce babalık hükmü verilmesi için çocuğun sağ ve tam olarak doğması beklenenecek olsa bile, çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisi ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulacaktır. Ancak çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin ister doğum anından ister ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulduğu ifade edilsin; kişinin hak ehliyetini sağ ve tam olarak doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanacağını (TMK m. 28/f. 2) ve ceninin sağ doğmak koşulu ile mirasçı olabileceğini (TMK m. 582/f. 1) öngören hukuk kuralları da nazara alınarak çocuğun, babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmasına bağlı hakları, ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanacağı ilkesi kabul edilmelidir.

¹⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 471, 472 ; Öztan, s. 557.

¹⁵⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 471; Oğuzman/Dural, s. 337; Serozan, s. 211. Bir erkek ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmasının; bir çocuğun soybağı ilişkisi yönünden başka bir erkeğe bağlanmasına engel oluşturması, hukukumuz açısından genel bir kuraldır. Nitekim tanıma kurumu ile ilgili olarak bu husus bir şart olarak, açıkça kanunda da yer almıştır. (“Başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınmaz”. TMK m. 295/f. 3).

bulunması ananın hamile kaldığı sırada başka bir erkekle evli olması ve soybağının reddi yoluna gidilmemesi nedeniyle, doğan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisinin bulunmasından kaynaklanabileceği gibi; tanıma yolu ile çocuk ile bir erkek arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olmasından veya evlat edinilmiş olmasından da kaynaklanabilir. Hakkında babalık davası açılan çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi bulunması durumunda ise, davalı bu hususu bir itiraz olarak her zaman mahkemede ileri sürerek; babalık davasının reddini sağlayabilir. Hâkim de bu hususu re'sen nazara almak durumundadır. Bu husus gözetilmeyerek babalık davasının sonuçlandırılması; Yargıtay tarafından da bozma nedeni olarak kabul edilmektedir¹⁵⁷.

Üçüncü olarak belirteceğimiz şart, babalık davasında kanun tarafından getirilen birtakım ihbar yükümlülüklerinin yerine getirilmesidir. Babalık davasının taraflarını düzenleyen 301. maddenin üçüncü fıkrasında, babalık davasının Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye¹⁵⁸ ihbar edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Ayrıca aynı fıkra da davanın, dava ana tarafından açılmış ise kayyım, kayyım tarafından açılmış ise anaya da ihbar edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Kanun koyucu tarafından getirilen bu ihbar zorunlulukları değişik nedenlere dayanmaktadır¹⁵⁹. Babalık davalarında kanun tarafından öngörülen bu ihbar zorunluluklarına uyulmaması da

¹⁵⁷“Davacı; 1995 doğumlu Hasan’ın babasının Mustafa olduğunun tespitini istemiştir. Ayşe ile Veysel 05.12.1995 tarihinde boşanmış, yabancı mahkemede verilen bu karar 2.4.1998’de tenfiz edilmiştir. Hasan evlilik içerisinde doğmuştur. Soybağı nüfusta baba olarak görülen Veysel tarafından reddedilmediği sürece babalık davası dinlenemez. İsteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır.” Y. 2HD, T. 26.02.2003, E. 2003/1284, K. 2003/2456, GENÇCAN, Ömer Uğur; **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama İçtihatlar – İlgili Mevzuat, Madde(1 - 351)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s. 1386. Aynı yönde bkz. Y. 2HD, T. 09.06.2003, E.2003/7330, K. 8545, Köseoğlu, s. 355; Y.2HD, T. 10.03.2004, E. 2004/2185, K. 2004/3013, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁵⁸Babalık davasının Cumhuriyet Savcısına ihbar edilmesi Yeni Medeni Kanun ile getirilen yeni bir hüküm olmasına karşılık, davanın hazineye ihbar edilmesi Eski Medeni Kanun 299. Maddesinin son cümlesinde de düzenlenmiş bir hükümdü.

¹⁵⁹İhbar zorunluluğu öngören Medeni Kanun’un 301.maddesinin gerekçesinde; davanın hazineye ihbar edilmesinin nedeni olarak, babalık davasının dokunduğu çıkarların korunması, Cumhuriyet Savcısına ihbar edilmesinin nedeni olarak ise, davanın kamu düzenine ilişkin olması, gösterilmiştir (Gereke, s. 425). Ayrıca bir Yargıtay kararında da bu husus “ ... 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 301/son maddesi ise babalık davasında davanın babaya, baba ölmüşse mirasçılara açılacağı öngörülmüş, işin kamu düzenini de ilgilendirdiği dikkate alınarak Cumhuriyet Savcısı ile Hazineye’de ihbar edileceği kuralı getirilmiştir...” demek sureti ile ifade edilmiştir.Y.2HD, T. 15.01.2002, E. 2001/16705, K. 2002/26, YKD, Mayıs 2002, C.28, S. 5, s. 697, 698. Aynı yönde bkz. Y.2HD, T. 16.02.2004, E. 2004/887, K. 2004/1716, RG, 09.03.2004T. , 25397S.

Yargıtay'ca bozma nedeni sayılmaktadır¹⁶⁰. Ana ve kayyımın babalık davasındaki konumlarına, hak ve yükümlülüklerine aşağıda detaylı olarak değineceğiz¹⁶¹. Kendilerine ihbar zorunluluğu getirilen Hazine ve Cumhuriyet Savcısının dava açısından konumlarına bakacak olursak:

Hazine ve Cumhuriyet Savcısı'nın, babalık davası açma hakları yoktur¹⁶². Kanun, babalık davasının davacıları tarafından(ana ve çocuk) açılan davanın, bu iki makama ihbar edilmesi gerektiğini düzenlemiştir.

Hazine ve Cumhuriyet Savcısı'nın, babalık davası sonucunda verilen kararı temyiz edebilmeleri için, davanın kendilerine ihbar edilmesi üzerine, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ilgili hükümlerine uygun şekilde, davaya müdahil olarak¹⁶³ katılmaları gerekmektedir¹⁶⁴.

¹⁶⁰Bunun gerekçesi ise babalık davasında öngörülen ihbar yükümlülüğünün kanuni bir zorunluluk olması ve bu ihbar yükümlülükleri yerine getirilip, davanın ihbar edilmesi gereken kişilerin davaya katılmalarına imkan sağlanmadan hüküm kurulmasının, hukuka aykırı olmasıdır.(Bu konuda oldukça fazla Yargıtay Kararı bulunmaktadır. Örnek olarak bkz.Y.2HD, T. 12.12.2002, E. 2002/ 12488, K. 2002/13883, **Özügür(Velyet-Vesyet)**, s.245; Y.2HD, T. 30.04.2002, E. 2002/167, K. 2002/5676, Kazancı İçtihat Bankası.). Bu itibar ile babalık davasının Medeni Kanun'un 301. maddesinin 3. fıkrasında yer alan kişi ve kurumlara ihbarı ile ihbar edilenlerin davaya katılmalarına imkan sağlanması, babalık davası açısından davanın görülebilme şartıdır. Bu bağlamda Medeni Kanun'un 301.maddesinde yer alan babalık davasının ihbarı kurumu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 49. maddesinde düzenlenen davanın ihbarı kurumundan oldukça farklı hukuki niteliktedir. Çünkü Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre davanın üçüncü kişiye ihbarı şartları oluştuğunda, davanın ilgili tarafça bu kimseye ihbar edilmemesi dava açısından bozmayı gerektiren, hukuka aykırı bir eksiklik yaratmaz.(Davanın ihbarı kurumu ile ilgili bkz. **Ercan**, s. 263-269).

¹⁶¹Bkz. aşağıda s.48 vd.

¹⁶²"...2- Babalık davasının anne veya çocuk tarafından açılacağı Cumhuriyet Savcısının babalık davası açmaya hakkı olmadığı gözetilmeksizin Cumhuriyet Savcısının açtığı davanın da kabulü doğru değildir..." Y.2HD, T. 29. 04. 2002, E. 42002/236, K. 2002/5592, **Gençcan(TMK)**, s. 1382.

¹⁶³Fer'i müdahale Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 53 ve 58. maddeleri arasında düzenlenen ve dava sonucunda, taraflar hakkında verilecek hükümden etkilenebilecek üçüncü kişilerin, davaya katılarak müdahale etmelerini sağlayan bir kurumdur. Üçüncü kişilerin davaya katılmaları, ihbar üzerine olabileceği gibi, kendi başvuruları üzerine de olabilir.(**ERCAN**, İsmail; **Medeni Usul Hukuku**, İkinci Sayfa Yayinevi, Ankara, 2006, s. 243). Fer'i müdahalede, müdahalede bulunan kişi taraf sıfatını kazanmaz, fer'i müdahil hakkında hüküm kurulmaz. (**Ercan**, s. 244). Fer'i müdahil hükmü tek başına temyiz edebilir.(**Ercan**, s. 247). Bu açıklamalar uyarınca, Cumhuriyet Savcısı ve Hazinesinin babalık davalarındaki konumu, davaya fer'i müdahil olarak katılan kişinin konumuna benzemektedir. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'da düzenlenen fer'i müdahalede, fer'i müdahale şartlarını taşıyan üçüncü kişi davaya katılmak zorunda olmadığı, davaya müdahale etmemesi sadece ileride kendi açısından bazı hak kayıplarına neden olabilme açısından önem taşıdığı halde; davanın C. Savcısı ve Hazineye ihbar edilmesi; Medeni Kanunda davanın görülebilmesi açısından zorunlu bir şart olarak öngörülmüştür. Kanunun bu hükmüne aykırılık ise, Yargıtayca mutlak olarak bozma nedeni yapılmaktadır. Bu unsur ise Cumhuriyet Savcısı ve Hazine'nin babalık

D- BABALIK DAVASININ TARAFLARI

1- DAVACILAR

Babalık davasını açabilecek kişiler, Medeni Kanun'un 301. maddesinde; "*Çocuk ile babası arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler*" şeklinde ifade edilmek suretiyle düzenlenmiştir(TMK m. 301/f. 1). Bu hüküm uyarınca babalık davasını açabilecek kişiler, ana ve çocuktur. Ana ve çocuk, dava açma hakkına, birbirlerinden bağımsız olarak sahiptirler¹⁶⁵. Bu nedenle birinin kaybettiği dava, diğeri için kesin hüküm teşkil etmez; birinin davadan feragati diğeri etkilemez¹⁶⁶. Ana ve çocuk ayrı ayrı babalık davası açabilecekleri gibi¹⁶⁷, davayı birlikte de açabilirler¹⁶⁸. Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğu için, babalık davası açma hakkından önceden vazgeçmek de mümkün değildir¹⁶⁹.

Babalık davasını açabilecek olanlar, yukarıda belirtildiği gibi sadece ana ve çocuktur. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun babası olduğunu iddia eden erkeğin ise babalık davası açma hakkı yoktur. Çünkü kanunda baba olduğunu iddia eden kişiye dava hakkı tanımadığı gibi babalık davası açmak yerine tanıma işlemine başvurarak

davalarındaki konumunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen fer'i müdahilin davalarda sahip olduğu konumdan farklılaştırmaktadır.

¹⁶⁴**ŞİMŞEK**, Mustafa; "**Soybağının Kurulması**", Yargıtay Dergisi, C. 29, S. 3, 2003, s. 259. Yargıtay da bu yönde karar vermektedir. " ... Hazine ihbar üzerine (TMK.m.301) müdahale isteğinde bulunup davaya katılmadığına ve davada taraf durumuna gelmediğine göre hükmü temyizde hukuki yararı bulunmamaktadır. Bu sebeple de temyiz dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekmiştir..." Y.2HD, T. 24.12.2002, E. 2002/13775, K. 2002/14658, **Gençcan(TMK)**, s. 1384; Aynı yönde, Y.2HD, T. 24.04.2003, E. 2003/4199, K. 2003/6014, **Köseoğlu**, s. 240.

¹⁶⁵**Akıntürk**, s. 370; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 472; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 545; **Göktürk**, s. 453; **Köprülü/Kaneti**, s. 273; **Oğuzman/Dural**, s. 337; **Saymen/Elbir**, s. 429; **Tekinay**, s. 573. Ayrıca bkz. . Y.2HD, T. 03. 12. 2003, E. 2003/14902, K. 2003/16232, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁶⁶**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 472, **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 545, **Hatemi/Serozan**, s. 389; **Oğuzman/Dural**, s. 337; **Öztan**, s. 558, **Tekinay**, s. 573, 574. Ayrıca bu konuda bkz. aşağıda s. 52, dn. 184'de yer alan Yargıtay Kararı.

¹⁶⁷**Gerekçe**, s. 425.

¹⁶⁸**Akıntürk**, s. 370; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 545; **Köprülü/Kaneti**, s. 273; **Oğuzman/Dural**, s. 337; **Öztan**, s. 558; **Tekinay**, s. 572. Bu halde ise bu davaların birleştirilebileceği hususunda bkz. ileride s. 64.

¹⁶⁹**Öztan**, s. 559.

istediği sonuca çok daha kolay ve hızlı bir şekilde ulaşabilecek olan baba olduğunu iddia eden erkeğin, babalık davası açmakta hukuki bir menfaati de yoktur¹⁷⁰.

Aşağıda babalık davasının davacılarını ve davada ileri sürebilecekleri talepleri, detaylı olarak incelemeye çalışacağız.

a- Ana

Ana, çocuktan bağımsız olarak sahip olduğu babalık davası açma hakkını, çocuk adına değil bizzat kendi adına kullanır¹⁷¹. Babalık davası açma hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğu için, ananın babalık davasını açmak için tam fiil ehliyetine sahip olması gerekmez, ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Ayırt etme gücüne sahip olan ana, sınırlı ehliyetsiz olsa dahi, babalık davasını kanuni temsilcisinin iznine tabi olmadan bizzat açabilir¹⁷². Ana ayırt etme gücünden yoksun ise davayı onun adına kanuni temsilcisi açar¹⁷³.

¹⁷⁰ **Akintürk**, s. 373; **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 549; **Oğuzman/Dural**, s. 339; **Serozan**, s. 214. Eski Medeni Kanun'da da, babalık davası açma hakkının ana ve çocuğa ait olduğu hükme bağlanmıştı (EMK, m. 295). Ancak Eski Medeni Kanun döneminde Yargıtay, babalık davasını açabilecekler arasında babanın sayılmamasını, bir kanun boşluğu olarak görmüş ve bu boşluğun Eski Medeni Kanun'un 1.maddesi uyarınca doldurulmasının mümkün olduğunu, dolayısıyla baba olduğunu iddia eden erkeğin de babalık davası açabileceğini içtihat etmiştir.Y.2HD, T.17.03.1972, E. 1972/1637, K. 1972/1606, Resmi Kararlar Dergisi, Haziran 1972, S. II/2, s. 232, 233. Aynı yönde, Y.2HD, T. 08.01.1973, E. 1973/7988, K. 1973/59, İstanbul Barosu Dergisi, C. 47, S. 3 – 4, s. 414. Yargıtay'ın bu görüşü, Eski Medeni Kanun döneminde, doktrin tarafından eleştirilmiştir. Örnek olarak bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 549 - 551. Yargıtay'ın bu kararına rağmen, Yeni Kanunda da babalık davası açma hakkının sadece ana ve çocuğa tanınması karşısında, artık Yeni Kanunumuz açısından baba olduğunu iddia eden erkeğin babalık davası açmaya hakkı olmadığı söylenebilir. Nitekim Yargıtay da yeni kararlarında, baba olduğunu iddia eden erkeğin, babalık davası açmaya hakkı olmadığına, kanunda da bu konuda bir boşluk bulunmadığına karar vermektedir. Bu konuda bkz. Y.2HD, T. 09.06.2003, E. 2003/7275, K. 2003/8520, **Köseoğlu**, s. 354, 355; Y.2HD, T. 27.05.2003, E. 2003/6477, K. 2003/7734, **Köseoğlu**, s. 356. Ayrıca bkz. Y.2HD, T.05.07.2002, 8021/8978; **İNAL**, Nihat; **Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2004, s. 1369. Ancak Öztan kanunda dava açma hakkının ana ve çocuğa verilmesinin, babanın dava açma hakkını kısıtlamadığını; tanıma hakkını kullanmadığı durumlarda, babalığın tespit edilmesini isteme hakkının, babaya da tanınması gerektiğini ifade etmektedir. **Öztan**, s. 556.

¹⁷¹ **Akintürk**, s. 371; **Tekinay**, s. 573; **Velidedeoğlu**, s. 423.

¹⁷² **Dural/Ögüz/Gümüş**, s. 472; **Hatemi/Serozan**, s. 389; **Öztan**, s. 557. Karşı görüş ise ananın sınırlı ehliyetsiz halinde, davanın ana adına kanuni temsilcisi tarafından açılacağını belirtmektedir. Bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 337. Tekinay ise maddi tazminat talebi bakımından davanın kanuni temsilci tarafından, kişiye sıkı surette bağlı olan babalığa hüküm verilmesi ve manevi tazminat talebi açısından ise ana tarafından bizzat açılması gerektiğini, ancak aynı davada bazı taleplerin ana, bazı taleplerin ise kanuni temsilci tarafından ileri sürülmesinin zorluk yaratacağını belirtmekte; tüm taleplerin ana

Babalık davasında ana, çocuğunun babasının davalı erkek olduğunun hükmen belirlenmesini ve davalı ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasını talep edecektir.

Bu talebine ek olarak ana ayrıca, kanun tarafından 304. maddede öngörülen mali hakları da talep edebilecektir. Ananın doğum nedeniyle yaptığı ve yapacağı giderlerin bir kısmı, bu mali taleplerin konusunu teşkil etmektedir¹⁷⁴. Madde 304 kapsamında kanun, ananın doğum nedeniyle uğradığı maddi kayıpların tazminini hedeflemiştir. Ana 304. madde kapsamındaki taleplerini babalık davasında ileri sürebileceği gibi ayrı bir dava açarak da ileri sürebilir.

Ananın doğum nedeniyle manevi tazminat talep edebilme hakkına ise Medeni Kanun'da babalık davasına ilişkin hükümlerde yer verilmemiştir. Ancak ana koşulları olduğu takdirde, genel hükümlere dayanarak(TMK 24 ve BK 49); babalık davasında manevi tazminat talebini de ileri sürebilir¹⁷⁵.

Ana, babalık davası ile birlikte çocuk adına nafaka talebinde de bulunabilir¹⁷⁶. Babalık davasında ana lehine nafakaya hükmedilemez¹⁷⁷.

Ananın ölmesi halinde yukarıda sayılan taleplerin, ananın mirasçıları ile olan ilişkisine bakacak olursak;

adına kanuni temsilci tarafından açılan davada ileri sürülmesi gerektiğini ifade etmektedir. **Tekinay**, s. 575.

¹⁷³**Akıntürk**, s. 371; **Duran**, s. 65; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 472; **Oğuzman/Dural**, s. 337; **Öztan**, s. 557,558; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 1106.

¹⁷⁴Ananın doğum nedeniyle talep edebileceği mali haklar, babalık davasının sonuçları kısmında ayrıntılı olarak incelenecektir. Bkz. ileride s. 108 vd.

¹⁷⁵**Akıntürk**, s. 371; **Duran**, s. 64; **Öztan**, s. 564; **Şimşek(Soybağının Kuurlması)**, s. 260. Eski Medeni Kanun döneminde, kanunun öngördüğü bazı hallerin gerçekleşmesi koşulu ile, babalık davasını kazanan ana lehine, manevi tazminata hükmedilebileceği düzenlenmişti(EMK m. 305). Ananın manevi tazminat talep hakkı ile ilgili bkz. ileride s. 114 vd.

¹⁷⁶**BULUT**, Harun; **Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları**, Beta, İstanbul, 2007, s. 95; **Öztan**, s. 558.

¹⁷⁷Y.2HD, T. 01.06.2005, E. 2005/6198, K. 2005/8511, **Bulut**, s. 95, dn. 50, Y.2HD, T. 24.03.2000, E. 2000/3167, K. 2000/3540, **ÖZUĞUR**, Ali İhsan; **Nafaka Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s. 279.

Babalık davasının temelini oluşturan, çocuk ile baba olduğu iddia edilen erkek arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasını talep hakkı, anaya sıkı surette bağlı bir hak olduğu için, ananın ölümüyle sona erer. Babalık davası açma hakkının, ananın mirasçılarına geçmesi mümkün değildir¹⁷⁸.

Doğum nedeniyle ananın sahip olduğu maddi tazminat isteme hakkı ise ananın mirasçılarına geçer¹⁷⁹. Ancak ananın doğum nedeni ile gerek Medeni Kanun'un 304.maddesi, gerekse koşulları olduğu takdirde genel hükümler uyarınca maddi tazminat talep edebilmesi için, baba olduğu iddia edilen erkeğin baba olduğunun, babalık davasında ispatlanmış olması gerekmektedir. Ananın mirasçılarının ise, bu hususun ispatlanacağı bir babalık davası açmaya hakları yoktur. Bu nedenle açılan bir babalık davasında ana, maddi tazminata ilişkin taleplerini ileri sürmemişse ve dava sonucunda davalının baba olduğuna hükmedilmişse; ananın mirasçıları, ananın maddi tazminata ilişkin haklarını dava edebileceklerdir. Ya da bir babalık davasında, ana lehine maddi tazminata hükmedilir ve anaya bu hakkı ödenmeden ana ölürse, mahkeme hükmü ile kesinleşen tazminat alacağının, ananın mirasçılarına geçmesi söz konusu olur. Aksi takdirde mirasçılar, ananın maddi tazminata ilişkin haklarını talep edemez.

Manevi tazminat talep etme hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması nedeni ile kural olarak mirasçılara geçmez. Ancak Medeni Kanun'da, miras bırakan tarafından sağlığında ileri sürülmüş olma şartı ile, miras bırakanın manevi tazminat talebinin, mirasçılara geçeceği hükme bağlanmıştır(TMK m. 25/f. 4). Bu nedenle ana ölmeden önce Medeni Kanun'un 24. ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca manevi tazminat talebinde bulunmuş ise, Medeni Kanun'un 25. maddesinde(TMK m. 25/f. 4) yer alan düzenleme uyarınca, ananın manevi tazminata ilişkin hakkının, mirasçılarına geçeceğinin kabul edilmesi gerekir¹⁸⁰. Manevi tazminat talebinin miras bırakan tarafından ileri sürülmüş sayılması için, miras bırakanın bu hakkını mutlaka

¹⁷⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 473; Öztan, s. 558; Tekinay, s. 576.

¹⁷⁹ Akıntürk, s. 371; Duran, s. 64; Hatemi/Serozan, s. 390; Oğuzman/Dural, s. 338; Öztan, s. 565; Tekinay, s. 576.

¹⁸⁰ Akıntürk, s. 371; Duran, s. 64. Eski Medeni Kanun açısından ananın manevi tazminat talebinin mirasçılara geçeceğine dair bkz. Oğuzman/Dural, s. 338; Tekinay, s. 576; Feyzioğlu/Sarıal/Özakman, s. 546.

dava konusu yapmış olması aranmayacaktır¹⁸¹. Bu nedenle örneğin manevi tazminat talep etme hakkı olan ananın, bunu talep edeceğini bir arkadaşına söylemiş olması da, ananın manevi tazminat talep etme hakkının mirasçılara geçmesini sonuçlayacaktır¹⁸².

Ana tarafından açılan babalık davasının, çocuğa daha önce bir kayyım atanmışsa bu kayyıma ihbar edilmesi gereklidir(TMK m. 301). Eğer çocuğun bir kayyımı yoksa, çocuğun davada temsil edilebilmesi için çocuğa mutlaka bir kayyım atanması gerekir¹⁸³. Yapılan ihbar üzerine kayyımın babalık davasına katılması halinde; aynı dosya üzerinden yürütülen ana ve çocuk tarafından açılmış iki ayrı babalık davası olduğu Yargıtay’ca kabul edilmektedir¹⁸⁴. Bu nedenle biz, ananın kayyıma veya kayyımın anaya babalık davasını ihbar etmesi üzerine, ihbar edilen tarafın davaya katılmasının hukuki niteliğinin, Medeni Usul Hukukunda kabul edilen asli müdahale¹⁸⁵ kurumu ile benzerlik gösterdiğini düşünüyoruz¹⁸⁶.

¹⁸¹Medeni Kanun’un 25. maddesine ilişkin gerekçede, “...İleri sürmenin mutlaka dava yolu ile gerçekleşmesi şart olmayıp saldırıya uğrayan kişinin bunu ortaya koyan ve kanıtlanabilen hür iradesi yeterli görülmüştür. Madde bu konuda kaynak Kanundan ayrılmıştır” denilerek (**Gerekçe**, s. 338’den naklen), bu prensip açık bir biçimde ifade edilmiştir.

¹⁸²**DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan; **Kişiler Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 152.

¹⁸³“... Davacı annenin her zaman çocuğun yararına hareket edemeyeceği olasılığından hareket ederek küçük için kayyım tayin edilmesi ve böylece çocuğun yararının korunması için babalık davasında kayyımın bulunması zorunludur. Bu nedenle Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 20.01.1998 gün ve 473/42 sayılı kararında da açıklandığı gibi, küçük için kayyım tayin ettirilmesi, davaya katılmasına imkan hazırlanması, katıldığı ve gösterildiği takdirde onun da delillerinin toplanması, bütün delillerin birlikte tartışılıp sonucuna göre hüküm tesis olunması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve kanununa aykırıdır...”. Y.2HD, T. 03.11.2003, E. 2003/13681, K.2003/14706, Kazancı İçtihat Bankası. Ayrıca bkz. Y.2HD, T. 27.01.2003, E. 2002/15605, K. 2003/954, **Özügür(Velayet-Vesayet)**, s. 241, 242.

¹⁸⁴“...Davacı ananın açtığı babalık davasına, babalığa söz konusu olan küçüğün, kayyımı (B) nin de iştiraki ile devam ediliş hüküm verilmiş olduğuna göre, ana ve küçüğün ayrı ayrı babalık davasının bulunduğu anlaşılmaktadır. Hüküm davacı anaya tebliğ edilmiş, ana hükmü temyiz etmemiş, davalı süresinde temyiz etmiştir. Yargıtay incelemesi sırasında ise evvela davacı anne davasından, sonra da davalı, temyiz itirazlarından vazgeçmiştir. Bu durumda, ananın babalık davasının reddine karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir. Babalık hükmünün kayyıma tebliği üzerine, kayyım yönünden karar kesinleşmeden, kayyım 3. 7. 1987 günlü dilekçe ile davadan feragat ettiğini bildirmiş ise de, kayyımın davadan feragat yetkisi bulunmadığı gibi, kararı öğrendiğinden itibaren hükmü temyiz etmemiş bulunmakla mahkemece verilen babalık kararı, küçük açısından kesinleşmiştir. Öyle ise, mahkemece yapılacak iş sadece, ana yönünden vazgeçme nedeni ile davanın reddine karar verilmesinden ibarettir...”. Y.2HD, T. 25.09.1987, E. 1987/6736, K. 1987/6938, **ÖZMEN**, İsmail; **Açıklamalı İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları**, Kartal Yayınevi, Ankara, 2004, s. 391.

¹⁸⁵Asli müdahale kurumu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmemiş, ancak doktrin ve Yargıtay tarafından kabul edilmiş bir kurumdur. (**Ercan**, s. 249). Asli müdahale, dava konusu olan şey veya hak üzerinde kısmen veya tamamen hak sahibi olduğunu iddia eden üçüncü kişi tarafından, davanın taraflarına karşı açılan bağımsız bir davadır. Asli müdahalenin amacı, taraflar ve asli

b-Çocuk

Babalık davasının davacısı olabilecek ikinci kişi, evlilik dışı ilişkiden doğmuş olan çocuktur. Çocuğun babalık davasının davacısı olabileceği, “Çocuk ile baba arasındaki soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler” denilmek sureti ile kanunda açıkça ifade edilmiştir(TMK m. 301/ f. 1). Ancak çocuğun babalık davasını açma hakkını ergin olmadan bizzat kullanıp kullanamayacağı konusunda, doktrinde fikir birliği yoktur.

Bir görüşe göre çocuğun babalık davasını bizzat açabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması yetmez; çocuğun aynı zamanda ergin olması da gereklidir¹⁸⁷. Ergin olmayan çocuğun babalık davası açma ehliyeti bulunmadığından, ergin olmayan çocuk adına babalık davası, çocuğa atanacak kayyım tarafından açılacaktır¹⁸⁸.

Babalık davası açma hakkının kişiye sıkı surette bağlı bir hak olmasından hareket eden diğer bir görüş ise ayırt etme gücüne sahip çocuğun ergin olmasa dahi, babalık davasını kanuni temsilcisinin iznine tabi olmadan bizzat açabileceğini ve davayı bizzat yürütebileceğini ifade etmektedirler¹⁸⁹. Bu görüş uyarınca babalık davasının çocuk adına kanuni temsilcisi tarafından açılması; ancak çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde mümkündür. Çocuğun kanuni temsilcisinin ana olması durumunda ise, babalık davası açısından çocuk ile ana arasında menfaat çatışması ihtimali bulunması nedeni ile ananın çocuk adına babalık davası açamayacağı;

müdahale ile davada taraf haline gelen kişinin, dava konusu ile ilgili iddialarının, aynı yargılama içerisinde hükme bağlanmasıdır.(**Ercan**, s. 249). Asli müdahalede iki bağımsız dava olduğu kabul edildiği için, iki dava ve bu davanın tarafları hakkında ayrı ayrı karar verilir.

¹⁸⁶ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 49 ve 52. maddeleri arasında düzenlenen davanın ihbarı kurumu ile esas olarak, üçüncü kişilerin davaya fer’i müdahil olarak katılması amaçlanmakta ve kanunun düzenlemesi de bu yönde ise de, davaya asli müdahil olarak katılma şartlarını taşıyan üçüncü kişinin, yapılan ihbar üzerine davaya asli müdahil olarak katılabileceği kabul edilmektedir. Bu nedenle bizce ana tarafından açılan davanın kayyıma, kayyım tarafından açılan davanın anaya ihbar edilmesi üzerine davaya katılmaları, asli müdahale olarak değerlendirilebilir.

¹⁸⁷ **Akıntürk**, s. 371. Eski Kanun döneminde bu görüşte; **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 548; **Oğuzman/Dural**, s. 338.

¹⁸⁸ **Akıntürk**, s. 372.

¹⁸⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 472; **Öztan** , s. 559; **Serozan**, s. 213.

babalık davasını çocuk adına açılabilmesi için Medeni Kanun'un 426. maddesinin 2. bendi uyarınca, çocuğa bir kayyım tayin edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁹⁰.

Bizce Medeni Kanun'un konuya ilişkin düzenlemelerinden çıkan sonuç(TMK m. 301/f. 3; m. 303/f. 2; m. 426/b.2); ergin olmayan çocuk adına babalık davasının kayyım tarafından açılacağı benimsendiğidir. Çünkü Medeni Kanun'da çocuğa babalık davası açma hakkı verilmiş(TMK m. 301/ f. 1); ancak ana tarafından açılan davanın kayyıma, kayyım tarafından açılan davanın ise anaya ihbar edileceği belirtilmiştir(TMK m.301/ f. 3)¹⁹¹. Görüldüğü gibi burada ana tarafından açılan davanın çocuğa ya da çocuk tarafından açılan davanın anaya ihbarından bahsedilmemektedir. Bu durum ise ergin olmayan çocuk adına babalık davasının, mutlaka kayyım tarafından açılacağına işaret etmektedir.

Medeni Kanun'un babalık davasındaki hak düşürücü süreleri düzenleyen 303. maddesi de görüşümüzü destekler niteliktedir. Çünkü 303. maddenin ikinci fıkrasında çocuğun babalık davası açma hakkına ilişkin hak düşürücü süre, kendisine kayyım atanmış olup olmamasına göre düzenlenmiştir. Buna göre eğer doğumdan sonra çocuğa kayyım atanmışsa çocuğun babalık davası açma hakkına ilişkin hak düşürücü süre, atama kararının kayyıma tebliği ile başlamaktadır(TMK m. 303/f. 2).

¹⁹⁰ Dural/Öğüz/Gümü, s. 472; Serozan, s. 213

¹⁹¹ Medeni Kanun'un 301. maddesi kanımızca son derece kötü bir şekilde kaleme alınmıştır. Maddenin birinci fıkrasında babalık davası açma hakkına sahip olan kişilerden birisinin "çocuk" olduğu ifade edilmiştir. Şüphesiz burada çocuk kelimesi ile kastedilen, ergin olmamış, yaşı on sekizden küçük kişi değil, yaşı önem taşımayan evlilik dışı ilişkiden doğan kişidir. Buna göre ergin olsun veya olmasın her çocuğa, kanunda yer alan hak düşürücü süreler içerisinde kullanabileceği, babalık davası açma hakkı tanınmıştır. Ancak özellikle maddenin üçüncü fıkrasında düzenlen ana tarafından açılan davanın kayyıma, kayyım tarafından açılan davanın anaya ihbar edileceğini düzenleyen üçüncü maddesi kafa karıştırıcı mahiyettedir. Çünkü bu düzenlemede ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından bizzat açılacak babalık davalarından hiç söz edilmemiştir. Kanımızca üçüncü fıkranın ana ve kayyıma ihbar yükümü yükleyen bölümü, ergin olmayan ve ergin olmakla beraber ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar hakkında açılan babalık davaları düşünülerek ve bu tür çocukların hakkının korunması için düzenlenmiştir. Çünkü evlilik dışı çocuğa kayyım atanması ve babalık davasının çocuk adına kayyım tarafından açılması, ancak bu hallerde mümkündür.. Ergin olmayan çocuğun ise babalık davasını bizzat açabilmesi kanun koyucu tarafından kabul edilseydi; çocuk tarafından açılan babalık davasının anaya, ana tarafından açılan babalık davasının ayırt etme gücüne sahip çocuğa da ihbar edilmesini öngören bir ifade yer alması gerekirdi. Ergin olan çocuk tarafından bizzat açılan babalık davalarının ise anaya veya ana tarafından açılan babalık davalarının ise ergin çocuğa ihbar edilmesi ile ilgili kanunda bir düzenleme yer almamasının ise; ya bir unutmadan ya da bu halde çocuğun menfaatini korumaya gerek duyulmamasından kaynaklanmış olabileceğini düşünüyoruz.

Eğer ergin olmayan çocuğun da bizzat dava açmaya hakkı olduğu kanunca kabul edilseydi, ergin olmayan çocuğun dava hakkına ilişkin hak düşürücü süre, kayyımın atanması ile bağlantılı düzenlenmez; çocuğa ilişkin hak düşürücü süre, atama kararının kayyım tebliğinden itibaren başlatılmazdı.

Çocuğa hiç kayyım atanmaması durumunda ise kanun, çocuğun babalık davası açma hakkını ergin olmasından itibaren bir yıl içinde kullanması gerektiğini öngörmüştür(TMK m. 303/ f. 2). Görüldüğü gibi bu hükümle, kendisine kayyım atanmaması nedeni ile ergin olmadan önce babalık davası açma hakkını kullanamayan çocuğun, ergin olduktan sonra babalık davasını bizzat açabileceği ve bu hakkını bir yıl içerisinde kullanması gerektiği ifade edilmiştir. Yargıtay uygulamaları da bu anlayış doğrultusundadır¹⁹².

Kanımızca ergin olmayan çocuğa babalık davası açma konusunda bizzat yetki vermeyen, çocuğun bu hakkına atanacak kayyım tarafından kullanılacağını öngören kanun maddeleri ile, çocuğun babalık davası konusunda her türlü baskı ve etkiden uzak kalması ve kendisinden daha bilgili, daha tecrübeli bir kayyım yardımı ile haklarının en iyi şekilde korunmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Ergin olmayan çocuk ise babalık davası konusunda, gerek anasının gerekse pek çok dış faktörün etkisine açık olacağı için, kanunun da çocuğu koruma yönündeki düşüncesi de gözetilerek; ergin olmayan çocuk adına babalık davasının kayyım tarafından açılacağı ve ergin olmayan çocuğun ana tarafından açılan babalık davalarında da mutlaka bir kayyım tarafından temsil edilmesi gerektiği kabul edilmelidir¹⁹³. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'da bir kararında; "...Ancak velayet hakkı mahkemece

¹⁹²Babalık davasının açılması için öngörülen süre hak düşürücü süre olup, ana için çocuğun doğum tarihinden, çocuk için ise kayyımın atanma tarihinden itibaren başlar. (02.05.1960 tarih ve 5/8 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı)Çocuk için kayyım tayin edilmemişse, çocuk resit olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde babalık davasını kendisi açabilir...", Y.2HD, T. 03.12.2003, E. 2003/14902, K. 2003/16232, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁹³ "...Türk Medeni Kanununun 337. maddesi uyarınca evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayeti Anaya ait ise de Kanun koyucu, babalık davasında ananın her zaman çocuğun yararına davranamayacağı ilkesinden hareket ederek küçük için hemen kayyım tayin edilmesini(MK m. 426/1) ve davanın Cumhuriyet Savcısına, Hazineye; ana tarafından açılmışsa kayyım, kayyım tarafından açılmışsa Anaya ihbarını(TMK.md.301/3) ve böylece çocuğun yararının korunmasını öngörmüştür...". Y.2HD, T. 29.01.2002, E. 2001/17671, K. 2002/781, YKD, Haziran 2002, C. 28, S. 6, s. 851. Aynı yönde bkz. Y.2HD, T. 28.05.2003, E.2003/6313, K.2003/7769, **Gençcan(TMK)**, s. 1380; Y.2HD, T.03.11.2003, E.2003/13681, K.2003/14706, Kazancı İçtihat Bankası.

*anaya verilmiş olsa dahi ananın her zaman çocuk yararına hareket edebileceği söylenemez. Bu nedenle kanun koyucu, çocuğun yararını gözeterek babalık davasında kayyımın bulunmasını ilke olarak kabul etmiş, böylece şu veya bu düşünceyle ana-babanın çocuk aleyhine birleşmelerini, ona zarar verecek her türlü hareketi önlemek istemiştir...*¹⁹⁴ demek sureti ile, çocuğa kayyım atanmasını temel felsefesinin; çocuğun aleyhine olabilecek her türlü etkiden uzak tutularak, menfaatinin en üst düzeyde sağlanması olduğunu, ifade etmiştir. Bu yönler düşünüldüğünde, ergin olmayan çocuğun babalık davasını bizzat açması ve özellikle de davayı bizzat yürütmesinin; çocuk lehine değil aleyhine bir durum oluşturacağı görülecektir. Ancak bizce, kanunda her ne kadar ergin olmayan çocuk adına babalık davasının kayyım tarafından açılmasını kabul eder şekilde düzenlemeler bulunmaktaysa da, uygulamada ayırt etme gücüne sahip bir çocuk tarafından açılacak babalık davası, kayyım tarafından açılmadığı gerekçesi ile reddedilmemeli; ancak babalık davası açılan mahkemece çocuğa derhal bir kayyım atanması için gerekli işlemler yapılmalı; babalık davası çocuk adına kayyım tarafından yürütülmelidir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına da babalık davası, kayyım tarafından açılacaktır.

Kanun koyucu görüldüğü gibi yukarıda sayılan hallerde çocuğun velisi olması itibarı ile kanuni temsilcisi de olan anaya, çocuk ile arasında menfaat çatışması olabileceği ihtimaline karşılık, çocuk adına babalık davası açma yetkisini vermemiştir(TMK m. 426/b. 2). Ananın çocuk adına babalık davası açabilmesi mümkün olmadığı gibi, çocuğun kayyımı olarak atanması da mümkün değildir¹⁹⁵. Ayrıca çıkar çatışması ihtimali nedeniyle ana ve çocuğun aynı avukat tarafından temsil edilmesi de mümkün değildir¹⁹⁶.

¹⁹⁴Y.HGK, T. 13. 04. 1988, E. 1988/2- 871, K. 1988/300, **Özmen**, s. 363

¹⁹⁵**Gümüş**, s. 157; **Özügür**, s. 229. “...Mahkemece; küçüklerin annesinin dışında, küçüklerle yarar çatışması ihtimali bulunmayan bir kişinin kayyım tayini sağlanarak davanın kayyımına ihbarı(H.U.M.K.),katıldığı ve gösterdiği takdirde onun da kanıtlarının toplanması ve oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir”. Y.2.H.D., T.21.06.2004, E:2004/7309/K.2004/8071, **Köseoğlu**, s. 358. Aynı yönde bkz. Y.2HD, T.12.02.2004, E.2004/517, K.2004/1467, Kazancı İçtihat Bankası.

¹⁹⁶**Şimşek(Soybağının Kurulması)**, s. 258; **Serozan**, s. 213. “...1- Davada anne ile çocuğun yararı çatışmaktadır. Bu nedenle ana ve çocuğun aynı vekil tarafından temsili kanununa aykırıdır. Vekilin hangi tarafın vekili olduğunu açıklaması anneyi temsil ediyorsa çocuğun kayyım veya tayin edeceği

Kayyım, vesayet makamı tarafından atanacaktır. Hukukumuzda ise, kayyım atamaya yetkili vesayet makamı, sulh hukuk mahkemeleridir(TMK m. 397/f. 2). Babalık davası doğumdan önce veya sonra açılabileceği için, cenine doğumdan önce de bir kayyım atanması gerekebilir. Bu halde cenine kayyım atanması için ana, sulh mahkemesine başvuracaktır¹⁹⁷. Doğumdan sonra ise çocuk için kayyım atanması ana tarafından talep edilebileceği gibi vesayet makamı da, evlilik dışı ilişki sonucu doğduğu öğrenilen bir çocuk hakkında, re'sen ve zorunlu olarak kayyım görevlendirir¹⁹⁸.

Evlilik dışı ilişki sonucu doğan çocuğa atanan kayyımın görevi; çocuk ile genetik babası arasında soybağı kurulması için, babalık davasını açmaktır. Bu bağlamda kayyım, babalık davasını açabilmek amacıyla, genetik babanın kim olduğunu araştıracaktır. Kayyım bu amaçla anadan, genetik babanın kim olduğunu kendisine söylemesini isteyebilir. Evli olmayan ananın, bu konuda bilgi vermek zorunda olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁹.

Babalık davasında evlilik dışı çocuğa kayyım atanmasının amacı, çocuğun menfaatinin korunmasıdır. Bu kapsamda düşünüldüğünde, kayyımın genetik babanın kim olduğunu öğrendiği her durumda, babalık davası açmak zorunda olmadığı kabul edilmelidir²⁰⁰. Eğer babalık davası neticesinde genetik babasına bağlanması, çocuk için faydadan çok zarar doğuracak; çocuğun maddi ve manevi olarak sağlıklı gelişimi açısından ciddi bir tehlike oluşturacaksa, kayyım babalık davasını açmamalı; vesayet

vekil tarafından temsili gerekir. Bu yön gözetilmeden davaya devamla hüküm kurulması doğru değildir...", Y.2HD, T. 29.04.2002, E. 2002/4849, K. 2002/5638, **Gençcan(TMK)**, s. 1383. Bu konuda ayrıca bkz. Y.2HD, T. 24.12.2002, E. 2002/13770, K. 2002/14683, **GÜRSOY, Serkan/BULUT, Harun; AileMahkmeleriUygulaması**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 603.

¹⁹⁷**Gümüş**, s. 161. Hukuk Usulü Muhakeleri Kanunu'nun soybağı işlerinde yargılama usulüne ilişkin 492. maddesi, kocasından boşanmış veya dul kalmış veya hiç evlenmemiş her kadının, sulh mahkemesine müracaat edip, gebe olduğunu bildirerek; çocuğuna kayyım tayin edilmesini talep edebileceğini düzenlemiştir.

¹⁹⁸**Gümüş**, s. 161.

¹⁹⁹**Gümüş**, s. 162. Çocuğun babalık davası açabilmesi için önce davalı erkeğin kimliğini öğrenmesi gerektiğini ifade eden Serozan ise, babanın kimliğinin tespiti konusunda gerekirse çocuğa İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan tazyik hükümlerinden faydalanma fırsatı verilmesi gerektiğini; çocuğun genetik babasını öğrenme hakkının, ananın özel hayatının gizliliği ve huzurunun korunmasına ilişkin çıkarlarına nazaran daha önemli olduğunu ifade etmektedir. **Serozan**, s. 213.

²⁰⁰**BELGESAY, M. Reşit; Türk Kanunu Medenisi Şerhi**, Aile Hukuku, C. 2, 3. Bası, Şaka Matbaası, İstanbul, 1952, s. 276; **Gümüş**, s. 162.

makamına babanın kim olduğunu ve babalık davasını açmamasının gerekçelerini bildirmelidir. Bu halde vesayet makamı, davanın açılması yönünde talimat verirse kayyım davayı açmak zorundadır²⁰¹. Kayyımın, açmış olduğu babalık davasının çocuk aleyhine sonuçlar doğuracağına kanaat getirmesi halinde, davadan feragat etmesi mümkündür. Ancak bu halde kayyımın davadan feragat edebilmesi için, vesayet makamından izin alması şarttır²⁰².

Türk hukukunda vesayet makamınca atanan kayyımlar, Medeni Kanun 462. maddesinin 8. bendi uyarınca dava açmak için vesayet makamından izin almak zorundadırlar. Ancak evlilik dışı çocuğa atanan kayyımın, babalık davası açmasına ilişkin yetkisi, atama kararında açıkça belirtilmişse, kayyımın babalık davası açmak için Medeni Kanun'un 462. maddesinin 8. bendi uyarınca, vesayet makamından izin almasına gerek olmadığı ifade edilmektedir²⁰³.

Ergin olan ve ayırt etme yeteneğine sahip olan çocuk ise babalık davasını bizzat açabilecek ve yürütebilecektir²⁰⁴.

Kayyım veya ergin olduktan sonra çocuk tarafından açılan babalık davasında, davalının çocuğun babası olduğunun hükmen belirlenmesi ve davalı ile çocuk arasında soybağı kurulması talep edilecektir.

Ayrıca çocuk adına açılan babalık davasında, babalık davası ile birlikte çocuk lehine nafakaya hükmedilmesi de talep edilebilir²⁰⁵. Çünkü çocuğun babalık davasını

²⁰¹ **Gümüş**, s. 162.

²⁰² **Öztan**, s. 559, **Özüğür(Velayet – Vesayet)**, s. 231.

²⁰³ **Gümüş**, s. 163. Bu konuda aynı düzenlemeye sahip Eski Medeni Kanun döneminde bazı yazarlar ise, babalık davası açmak için atanmış olsa bile, kayyımın dava açmak için sulh mahkemesinden izin alması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bu görüşte bkz. **Belgesay**, s. 276, 277; **Gönensay**, s. 101.

²⁰⁴ Çocuğun ergin olma şekli ise önem taşımamaktadır. Gerek 18 yaşını doldurmakla gerekse mahkeme hükmü veya evlenme ile ergin olan çocuk, babalık davasını bizzat açabileceği gibi, babalık davası sırasında bu yollardan biriyle ergin olmuş çocuk da davayı bizzat takip edebilecektir. "... Kayyım tarafından temsil edilen F. 13. 12. 2000 tarihinde evlenmekle kayyımlık kararı kendiliğinden kalkmıştır. B sebeple mahkeme mahkeme kararının F'ye tebliği ile tebellüğ belgesi dosyaya konulduktan sonra gönderilmesi için dosyanın mahalline GERİ ÇEVİRİLMESİNE oybirliği ile karar verildi", Y. 2HD, T. 23.03.2001, E. 2001/2468, K. 2001/4404, **Özmen**, s. 375, 376.

²⁰⁵ Evlilik dışı çocuklar için atanan kayyımların görev ve yetkileri kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle kayyımın babalık davasındaki yetkileri de açık değildir. Ancak kayyımın babalık davasına

kazanması halinde, babalığına hükmedilen kişi, ergin olana kadar çocuğun bakım ve eğitim giderlerine, katılmakla yükümlü olacaktır(TMK m. 327/f. 1, m. 328/f. 1)²⁰⁶.

Çocuk adına açılan babalık davasında, anaya doğum nedeniyle herhangi bir parasal ödeme yapılması talep edilemez. Doğum nedeniyle anaya tanınan mali haklar, ancak ana tarafından talep edilebilir²⁰⁷.

Çocuğun ölü doğması halinde hak ehliyetini hiç kazanamamış ve hukuk sahnesine bir kişi olarak çıkmamış sayılacağından(TMK m.28), babalık davası açma konusunda da hak sahibi olamaz ve mirasçılarının olmasından da bahsedilemez. Çocuğun sağ olarak doğduktan sonra dava açmadan veya dava sırasında ölmesi halinde ise, çocuğun mirasçılarının babalık davası açıp açamayacağı veya açılmış bulunan davaya devam edip edemeyecekleri soruları cevaplanmalıdır. Bu konuda doktrinde, gerek maddi gerekse manevi menfaatleri²⁰⁸ göz önünde bulundurularak; babalık davası açma ve davayı takip etme hakkının, çocuğun mirasçılara geçeceği kabul edilmektedir²⁰⁹. Ancak mirasçıların çocuk lehine nafaka talep edebilmeleri için,

ilişkin görev ve yetkileri açısından, özellikle Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesi yol gösterici olabilir. Bu madde her çocuğun, doğumdan sonra, mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlarca **bakılma** hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir(BMÇHS m.7/1). Sözleşme hükmünde, çocuğun ana ve babası tarafından bakılmasının gerekliliği vurgulanmaktadır. Ayrıca çocuğun bakım giderlerinin, ana ve baba tarafından karşılanacağı Medeni Kanun'un 327.maddesinin 1. fıkrasında da düzenlenmiştir. Bu nedenle, çocuk ile genetik baba arasındaki soybağının kurulmasını talep edebilen kayyımın, gerekli ise babalık davasında çocuk adına nafaka talebinde bulunma ve çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması için ayrı bir nafaka davası açma yetkisinin de olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.(**Gümüş**, s. 163).

²⁰⁶Çocuğun babalık davası ile birlikte talep edebileceği nafaka hukuki niteliği itibari ile iştirak nafakasıdır. İştirak nafakası velayet hakkına sahip olmayan ana veya babanın, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine ilişkin olarak, çocuğun ergin olmasına kadar yaptığı parasal ödemedir. **Özüğür(Nafaka)**, s.186; **ŞİMŞEK**, Mustafa; **Açıklamalı ve İctihatlı Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 48. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz aşağıda s. 128 vd.

²⁰⁷**Akıntürk**, s. 371; **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 546; **Oğuzman/Dural**, s. 338; **Tekinay**, s. 573; **Velidedeoğlu**, s. 422; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 1106.

²⁰⁸Mirasçıların çocuğun mirasına ilişkin menfaatleri veya çocuğun babasının tespit edilmesi ile soyadı ve vatandaşlık gibi konularda elde edilecek menfaatler, örnek olarak sayılabilir. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 548.

²⁰⁹**Akıntürk**, s. 372; **Duran**, s. 66; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 473; **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 548, 549; **Hatemi/Serozan**, s. 390; **Oğuzman/Dural**, s. 338; **Serozan**, s. 213.Yargıtay ise Eski Medeni Kanun döneminde, çocuğun ölmesi halinde, mirasçıların şahsi sonuçlu babalık davası açamayacaklarını içtihat etmiştir. Örnek olarak bkz. Y.2HD, T. 29.01.1973, E. 1973/345, K. 1973/395, İstanbul Barosu Dergisi, 1973, C. 47, S. 3 – 4, s. 417.

nafaka davasının çocuğun sağılığında açılmış olması gerektiğı; aksi takdirde mirasçılarının nafaka davası açamayacakları kabul edilmektedir²¹⁰.

2- DAVALILAR

Babalık davasında davalı olabilecek kişiler, Medeni Kanun'un 301. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca babalık davasının esas davalısı baba olduğu iddia edilen erkektir. Baba olduğu iddia edilen erkeğin ölmesi halinde ise babalık davası, ölen erkeğin mirasçılarına karşı açılacaktır²¹¹. Aşağıda, babalık davasında davalı olabilecek kişilerin, dava ile ilgili konumları, daha yakından incelenecektir.

a- Baba Olduğu İddia Edilen Erkek

Babalık davasında davalı olacak esas kişi, doğal olarak baba olduğu iddia edilen erkektir. Baba olduğu iddia edilen erkek tam ehliyetsiz, yani ayırt etme gücünden yoksun ise dava, davalı erkeğin kanuni temsilcisi tarafından yürütülecektir²¹². Erkeğin sınırlı ehliyetsiz olması durumunda ise bir görüşe göre erkek davayı kanuni temsilcisinin katılımına gerek olmadan, bizzat yürütebilecektir. Bu görüşün gerekçesi, babalık davasının kişilik hakları ile yakından ilgili bir kurum olmasıdır²¹³. Diğer görüş ise, babalık davası sonucunda davalı açısından birtakım maddi sonuçlar

²¹⁰ Akıntürk, s. 372; Duran, s. 66; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 473; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 548, 549; Hatemi/Serozan, s. 390; Oğuzman/Dural, s. 338, Tekinay, s. 577. Bunun nedeni ise nafakaya, dava tarihinden itibaren hükmedilecek olmasıdır. Tekinay, s. 577.

²¹¹ Baba olduğu iddia edilen erkek, ancak babalık davası sonucunda davayı kaybetmesi halinde “baba” sıfatını kazanacağından; kanun metninde “dava babaya, baba ölmüşse mirasçılarının karşı açılır” demek suretiyle davanın daha açılma aşamasında davalının “baba” olarak nitelendirilmesi kanaatimizce isabetli olmamıştır. Eski Medeni Kanun’da da “*Evlilik haricinde doğan çocuğun anası, babanın hükmen tayini için ikamei dava edebilir(...)*Dava, baba veya mirasçıları aleyhine ikame olunur”(EMK m. 295), demek sureti ile aynı şekilde yanlış bir ifade tarzı kullanılmıştır.

²¹² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 473; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 552; Oğuzman/Dural, s. 340; Öztan, s. 559.

²¹³ Bu görüşte Dural/Öğüz/Gümüş, s. 473; Öztan, s. 559; Tekinay, s. 578.

da doğabileceğinden, ayırt etme gücüne sahip sınırlı ehliyetsizin davalı olduğu babalık davasında, kanuni temsilcinin de yer alması gerektiğini savunmaktadır²¹⁴.

Eski Medeni Kanun döneminde şahsi sonuçlu babalığa, babalığına hükmedilmesi gereken erkeğin anayı evlenme vaadi ile kandırdığı veya ana üzerindeki nüfuzunu kötüye kullandığı veya ana ile arasındaki ilişkisinin bir suç teşkil ettiği hallerde hükmedilebildiği için(EMK m. 310), babanın cinsel ilişki sırasında ayırt etme yeteneğine sahip olup olmadığı, babalık davaları açısından önem taşımaktaydı. Genel kabul, mali sonuçlu babalık davalarında, baba olduğu iddia edilen şahsın cinsel ilişki sırasında ayırt etme yeteneğine sahip olmamasının önem taşımadığıydı²¹⁵.

Şahsi sonuçlu babalık davalarında ise, baba olduğu iddia edilen şahsın cinsel ilişki sırasında ayırt etme gücüne sahip olup olmamasının önem taşımadığı; bu konuda, ananın cinsel ilişkiye, evlenme vaadinin ya da nüfuzu suiistimal veya suç teşkil eden hareketin etkisi altında girip girmediği konusunda bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmekteydi²¹⁶. Yeni kanunumuzda ise tek çeşit babalık davası düzenlendiğinden ve babalık hükmü verilmesi için çocuğun baba olduğu iddia edilen şahıstan olmasının ispatı yeterli görüldüğünden, yeni sistemde baba olduğu iddia edilen erkeğin cinsel ilişki sırasında ayırt etme gücüne sahip olup olmadığı hususunun bir önemi kalmadığını söyleyebiliriz.

²¹⁴**Oğuzman/Dural**, s. 340. Eski Medeni Kanun açısından bazı yazarlar ise, mali sonuçlu babalık davası veya hem mali sonuçlu hem şahsi sonuçlu babalık davası söz konusu olduğu zaman kanuni temsilcinin davayı yürütmesi gerektiğini, sadece şahsi sonuçlu babalık davasında ise sınırlı ehliyetsizin bizzat davayı yürütebileceğini savunmaktaydı. Bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 552; **Saymen/Elbir**, s. 431.

²¹⁵Bu görüş için bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 552; **Tekinay**, s. 578.

²¹⁶Bu görüş için bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 552; **Öztan(2000)**, s.559; **Tekinay**, s. 578; **Velidedeoğlu**, s. 434, 435. Aksi görüşte olan Oğuzman/Dural ise, baba olduğu iddia edilen erkek hakkında şahsi sonuçlu babalık hükmü kurulabilmesi için, erkeğin evlenme vaadinde bulunduğu ya da anayı zorlayıcı hareketlerde bulunduğu sırada temyiz kudretine sahip olması gerektiğini ifade etmekteydi. **Oğuzman/Dural**, s. 359.

b- Baba Olduğu İddia Edilen Erkeğin Mirasçıları

Baba olduğu iddia edilen erkeğin ölmesi halinde babalık davası, ölen kişinin mirasçılarına karşı açılacaktır. Kanunumuz ölen kişinin mirasçıları arasında bir ayırım yapmadığı için, babalık davası, mirasta hak sahibi olan tüm mirasçılara karşı açılmalıdır. Bu nedenle tek mirasçı varsa dava bu kişiye karşı, birden çok mirasçı var ise dava, bütün mirasçılara karşı açılacaktır. Mirasçılar arasında, babalık davasının davalısı olmaları bakımından, zorunlu dava arkadaşlığı vardır²¹⁷. Ölen kişinin mirasçısı bulunmaması halinde kanuni mirasçı Devlet olduğundan, bu halde babalık davasının hazineye karşı açılması gerektiği ifade edilmektedir²¹⁸.

Mirasçılara karşı açılan babalık davalarında çocuk lehine iştirak nafakası değil, koşulları varsa yardım nafakası talep edilebilir²¹⁹.

Mirasçıların mirası reddetmeleri durumunda dahi babalık hükmü alınması için kendilerine karşı dava açılabilir; ancak babalığa hükmedilmesine bağlı mali taleplerin, bunlara karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir²²⁰.

²¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 473. Maddi hukuk tarafından bir hakkın, birden fazla kişi tarafından veya birden fazla kişiye karşı kullanılmasını zorunlu kıldığı hallerde, bu hak dava konusu yapıldığı zaman, o hakla ilgili olan birden fazla kişi zorunlu(mecburi) dava arkadaşı durumundadırlar.(KURU, Baki; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 3, 6. Bası, Demir Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 3286). Miras ortaklığı(tereke) ile ilgili davalarda da zorunlu dava arkadaşlığı öngörülmüştür. Bu nedenle miras ortaklığı ile ilgili davalarda, tüm mirasçılar beraberce davacı veya davalı olmak durumundadırlar(Kuru(C. 3), s. 328) Mirasçıların terekedeki hak ve borçlara elbirliği mülkiyeti ilişkisi ile sahip bulunmaları(TMK. m. 640-641), mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmasının kanuni dayanağıdır.

²¹⁸ Akıntürk, s. 373; Arsebük, s. 471; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 552; Gönensay, s. 98; Köprülü/Kaneti, s. 274; Velidedeoğlu, s. 423; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1107. Aksi görüşte olan Belgesay'a göre, bu halde Devlete karşı babalık davası açılmaz. Belgesay, s. 273.

²¹⁹ Öztan, s. 560. Yardım nafakası Medeni Kanun'un 364 ve 366.maddelerinde düzenlenmiştir. Babalık davasını, babası olan erkeğin mirasçılarına karşı kazanan çocuk, kendisine yardım edilmediği takdirde yoksulluğa düşeceğini ispat etmek koşulu ile, babasının mirasçılarından yardım nafakası talep edebilecektir(TMK m. 364/f. 1).

²²⁰ Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 552; Gönensay, s. 98.

E- BABALIK DAVASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev Yargılama Usullerine Dair Kanun'un(4787 S.K.)²²¹ dördüncü maddesi uyarınca, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabında düzenlenen konular(ikinci kitabın üçüncü kısmı hariç), aile mahkemelerinin görev alanına girmektedir. Soybağının kurulması, soybağını kuran yollardan biri olan ve temel konumuzu teşkil eden babalık davası ve soybağının kurulmasının sonuçları, Medeni Kanun'un ikinci kitabının ikinci kısmında düzenlenmiştir. Bu nedenle babalık davası, aile mahkemelerinin görev alanına girmektedir(4787 S. K.).

Müstakil aile mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde ise aile mahkemesinin görev alanına giren dava ve işlere bakma görevi, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesine verilmiştir(4787 S.K. m. 2/f. 2). Bu nedenle aile mahkemesi olmayan yerlerde babalık davalarına, 4787 Sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca görevlendirilen Asliye Hukuk Mahkemesince bakılacaktır.

4787 Sayılı Kanun'a göre, aile mahkemelerinin kurulup faaliyete geçtiği yerlerde, aile mahkemesinin yargı çevresine ve görevine giren, daha önce sonuçlanmamış dava ve işler, görevli aile mahkemesine devredilecektir(4787 S.K. geçici m.1). Görev kuralları kamu düzenine ilişkindir. Bu nedenle, mahkemenin görevsiz olduğu taraflarca ileri sürülme bile, bu husus hâkim tarafından davanın her aşamasında re'sen nazara alınmalı ve dosya görevsizlik kararı ile görevli mahkemeye gönderilmelidir(HUMK m. 7).

Soybağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum tarihindeki yerleşim yeri mahkemesinde açılacağından(TMK m. 283); babalık davalarında da yetkili mahkeme, taraflardan birinin dava veya doğum tarihindeki yerleşim yeri mahkemesidir. Babalık davasının davacı tarafında ana veya çocuk, davalı tarafında

²²¹RG 18. 01. 2003T. , 24997S.

ise baba olduğu iddia edilen erkek veya bu erkeğin mirasçıları²²² bulunabilir. Dava ise tarafların dava veya doğum tarihindeki yerleşim yeri mahkemelerinden birinde açılabileceğinden, her babalık davasında birden fazla mahkemenin yetkili olması söz konusu olacaktır. Bu halde yetkili mahkemeyi seçme hakkı, davayı açan davacıya aittir²²³. Örneğin ana tarafından açılacak bir babalık davasında ana, kendisinin çocuğu doğurduğu sıradaki veya dava tarihindeki yerleşim yerlerinden birini seçip, babalık davasını burada açabileceği gibi, davalı erkeğin çocuğun doğumundaki veya dava tarihindeki yerleşim yerlerinden birini seçerek; babalık davasını bu seçtiği mahkemede de açabilir.

Ana ve çocuğun dava hakları da birbirinden bağımsız ve babalık davalarında birden fazla yer mahkemesi yetkili olduğu için ana ve çocuk tarafından, yetkili iki farklı mahkemede, iki ayrı babalık davası açılması ihtimal dâhilindedir. Bu halde davalar bağlantılı olduğu için iki davanın, davalara bakan mahkemelerin birinde, birleştirilerek görülmesi gerekir²²⁴(HUMK m. 43/f. 2). Bu hem usul ekonomi ilkesine uygun olacak hem de bu şekilde, farklı kararların verilmesi ihtimali de ortadan kalkacaktır.

²²²Mirasçılara karşı, miras ile ilgili açılacak bazı davalarda, mirasbırakanın son yerleşim yeri kesin olarak yetkili kılınmıştır.(TMK. 576 ve HUMK m.1). **KURU**, Baki; **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 1, 6. Bası, Demir Kitabevi, İstanbul, 2001, s. 493. Mirasbırakanın son yerleşim yerinin kesin yetkili olduğu bu davalar ise Medeni Kanun'un 576.maddesi ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 11. maddesinde sayılmıştır. Bu sayılan davalar dışında, mirasçılara karşı açılacak davalarda kesin yetki söz konusu değildir(**Kuru(C. 1)**, s. 491). Verasetin ispatı, evlat edinmenin iptali, mirastan ıskat gibi direk tereke ile ilgili olmayıp da, mirasçılık sıfatının kazanılması veya kaybedilmesine yönelik olarak açılan davalar da, Medeni Kanun'un 576. maddesi ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 11. maddesinde öngörülen ve kesin yetki kuralına tabi olan davaların içerisine girmemektedir(**Kuru(C. 1)**, s. 496, 497). Babalık davası sonucunda da, soybağının kurulup kurulmamasına göre çocuğun babasına mirasçı olup olmayacağı belli olduğuna göre, babalık davasının mirasçılar aleyhine açılacağı hallerde de, mirasbırakanın son ikametgahı mahkemesi, mirasçılar açısından ortak yetkili mahkeme olmayacaktır. Bu nedenle genel yetkili mahkeme olan, davalının ikametgahı mahkemesi(HUMK m. 9); babalık davasının mirasçılar aleyhine açıldığı hallerde de yetkili olacaktır. Davalı tarafında birden fazla mirasçı bulunduğu durumlarda, bu kişilerin farklı yerleşim yerlerinde oturmaları halinde ise mirasçılardan herhangi birisinin yerleşim yeri mahkemesi, yetkili mahkeme olabilecek ve babalık davası, bu mahkemelerden herhangi birinde açılabilecektir. Çünkü davalı tarafında birden fazla kişi bulunduğu hallerde, davanın sebebine göre bunlar hakkında kanun tarafından ortak yetkili mahkeme gösterilmediği sürce, dava davalılardan birinin ikametgahı mahkemesinde açılabilir (HUMK. m. 9/3). Y. 10HD, T. 08.04.2002, E. 2764/3129, Kazancı İçtihat Bankası.

²²³Y.2HD, T. 17.09.2003, E. 2003/10736, K. 2003/11477, Kazancı İçtihat Bankası.

²²⁴**Saymen/Elbir**, s. 434.

Taraflardan hiçbirinin Türkiye’de yerleşim yeri bulunmaması halinde, Milletlerarası Özel Hukuk Usulü Kanunu’nun (MÖHUK) 28. maddesi uygulanacaktır²²⁵. Bu maddede, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalarda, tarafların Türkiye’de yerleşim yerleri yoksa ve dava da yabancı ülkede açılmadığı ya da açılmadığı takdirde, ilgilinin Türkiye’de sakin olduğu yer mahkemesinin; ilgili Türkiye’de sakin değilse, Türkiye’deki son yerleşim yeri mahkemesinin; böyle bir yer de yoksa Ankara, İstanbul veya İzmir mahkemelerinin yetkili olacağını hükme bağlamıştır.

Yetkiye ilişkin kanunda yer alan düzenlemeler, kural olarak kamu düzenine ilişkin değildir. Davanın kamu düzenine ilişkin olması ile o davaya ilişkin yetki kurallarının kamu düzenine ilişkin olması ise farklı hususlardır²²⁶. Nitekim soybağına ilişkin kanuni düzenlemelerin geneli, aile hukukunun konusunu teşkil etmeleri itibari ile kamu düzenini ilgilendirdikleri halde²²⁷; soybağına ilişkin davalar için öngörülen yetki kuralları usul hukuku esaslarına bağlıdır ve kamu düzenine ilişkin değildir. Yetkinin kamu düzeni ile ilgili olmadığı davalarda ise yetki itirazının davalı tarafından ilk itiraz olarak ileri sürülmediği hallerde, davanın açıldığı mahkeme de yetkili hale gelir(HUMK m. 23/c. 1). Bu nedenle davacının babalık davasını yetkisiz bir mahkemede açması halinde, davalı yetki itirazında bulunmazsa, artık bu mahkeme de babalık davası açısından yetkili hale gelecektir.

²²⁵ Akıntürk, s. 375; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 478; Duran, s.75.

²²⁶ Kamu düzenini ilgilendiren bazı davalarda, kanun tarafından zorunlu yetkili mahkeme veya mahkemeler belirlenmiştir. Tek bir mahkemenin zorunlu olarak yetkili kılındığı hallerde kesin yetki kuralı(Örneğin, HUMK. m.13/1, TMK. m. 576), birden fazla mahkemenin zorunlu olarak yetkili kılındığı hallerde kamu düzenine ilişkin yetki kuralından bahsedilir(Örneğin, İş Mahkemeleri Kanunu m. 5). Bu hallerde, dava mutlaka kanunun yetkili kıldığı mahkeme veya mahkemelerden birinde açılmalıdır. Aksi takdirde mahkemenin yetkisiz olduğunu taraflar her aşamada ileri sürebileceği gibi, yetkisiz olduğuna mahkemede re’sen her aşamada karar verebilir. Ancak davanın kamu düzenini ilgilendiren bir dava olması, o davanın görüleceği yer mahkemesini belirtilen kanun hükmünün, mutlaka kamu düzenine ilişkin bir yetki kuralı koyduğu anlamına gelmez. Asıl olan yetkinin kamu düzenine ilişkin olmamasıdır. Babalık davaları da kamu düzenini ilgilendirmekle beraber, babalık davalarında öngörülen yetki kuralları, kamu düzenine ilişkin yetki kuralı değildirler. Aynı şekilde boşanma davaları da kamu düzenini ilgilendirdikleri halde, taraflar Medeni Kanun’un 169. maddesinde belirtilen yetki kuralı ile bağlı değildirler. Davacı tarafından başka yer mahkemesinde açılan davaya, davalı yetki bakımından süresinde itiraz etmez ise, davanın açıldığı yer mahkemesi yetkili hale gelir.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında, “ ... Tüm açıklananların ışığında, boşanma davalarındaki, yetki kurallarının kamu düzeni ile ilgili olmadığı, diğer bir anlatımla kamu düzeni esasına dayalı olarak konulmadığı, o nedenle ilk (iptidai) itiraz yolu ile, yetkisizlik ileri sürülmedikçe, mahkemenin kendiliğinden yetkisiz olduğunu beyan edip yetkisizlik kararı veremeyeceği sonucunun kabulü gerekir...”. (Y. HGK T. 22. 04. 1998, E. 1998/2- 276, K.1998/297; Kazancı İçtihat Bankası) şeklinde hüküm kurarak, aynı düşünceyi ifade etmiştir.

²²⁷ Bu konuda bkz. Oğuzman/Dural, s. 4.

F- BABALIK DAVASINDA YARGILAMA USULÜ

Hukuk mahkemelerinde yapılan yargılamalarda, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kuralları uygulanır. Soybağına ilişkin davalarda da, esasen usul aynıdır ve yargılama, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan yargılama kuralları çerçevesinde yürütülür. Ancak soybağı davaları kamu düzeni ile yakından ilgili olduğundan, hukuk yargılamasına egemen olan dava malzemesinin taraflarca hazırlanması, hâkimin tarafların yemin ve ikrarları ile bağlı olması gibi bir takım usul kuralları, soybağına ilişkin davaların kamusal niteliği ile bağdaşmaz. Bu nedenle kanun koyucu soybağına ilişkin olan davalarda uygulanacak bir takım özel usul kuralları öngörmüş ve bu kurallar dışında yargılamanın, genel kanun olan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu kurallarına göre yürütüleceğini hükme bağlamıştır(TMK m. 284)²²⁸.

Medeni Kanun'da düzenlenen bu özel yargılama kurallarının amacı, soybağına ilişkin konularda maddi gerçeğin her türlü şüpheden uzak biçimde, hukuk tarafından tespit edilmesidir. Bu amaçla soybağına ilişkin davalarda hâkimin maddi olguları re'sen araştıracağı ve kanıtları serbestçe takdir edeceği hükme bağlanmıştır(TMK m. 284/b.1).

Ayrıca günümüzde tıbbi inceleme ve araştırmaların, soybağına ilişkin davalarda maddi gerçeğin ortaya çıkması açısından oldukça önem taşımaları nedeni ile kanun koyucu, bireylerin bu inceleme ve araştırmalara rıza göstermemesinin önüne geçmek için de kanunda özel bir hükme yer vermiştir (TMK m. 284/b. 2). Bu hüküm uyarınca taraflar ve üçüncü kişiler, sağlıkları yönünden bir tehlike oluşturmeyen ve davanın sonuçlanması için hâkim tarafından yapılması zorunlu görülen araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler²²⁹. Rıza gösterme yükümlülüğünün ihlal edildiği durumlarda ise hâkim, durum ve koşulları da dikkate alarak; araştırma

²²⁸ Soybağına ilişkin davalar açısından özel yargılama kuralları öngören Medeni Kanun'un 284. maddesi, Eski Medeni Kanun'da yer almayan, Yeni Medeni Kanun ile öngörülen bir hükümdür.

²²⁹ Kişilerin inceleme ve araştırmalara rıza gösterme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün hukuki çerçevesi için bkz. aşağıda s. 86 vd.

ve inceleme sonucunda ortaya çıkması beklenen durumun, buna rıza göstermeyen kişinin aleyhine sonuçlanmış olduğunu kabul edebilecektir.

Medeni Kanun'un 284. maddesi, babalık davalarında da uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle babalık davalarında hâkim, tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olmayacak; gerek duyduğu her konuda, re'sen her türlü araştırmayı yapabilecek; iddiaları ispata yarayan her türlü delili, sınırlama olmadan toplayabilecektir. Ayrıca 284. madde, hâkime ulaşılan delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi de verdiğiinden, hukuk yargılamasında kabul edilen senetle ispat zorunluluğu, kesin delil-takdiri delil ayrımı veya hâkimin kesin delillerle bağlı olması gibi kurallar, babalık davalarında uygulanmayacaktır. Hâkim, olguların gerçekleştiğine veya gerçekleşmediğine vicdanen kanaat getirerek; kararını verecektir.

DNA testi, kan testi gibi tıbbi araştırmalar ve incelemeler²³⁰, soybağına ilişkin bütün davalarda olduğu gibi, babalık davalarında da çok önem taşır. Bu nedenle babalık davalarında da, hâkim tarafından yapılmasına karar verilen bu tip incelemeler açısından gerekli işlemlere, ilgililerce rıza gösterilmemesi halinde hâkim, olayın özelliklerine göre bu incelemelerin yapıldığını ve rıza göstermeyen kişi aleyhine sonuçlandığını kabul ederek, karar verebilecektir(TMK m. 284/b. 2).

Bu başlık altında incelediğimiz özel yargılama kurallarının ilgili olduğu hususlar haricinde babalık davasının yargılaması, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan genel kurallara göre sürdürülür. Örneğin babalık davası bir dilekçeyle açılır(HUMK m.178–180). Aile mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve bu nedenle esasa cevap süresi 10 gündür(HUMK m.195).

G- BABALIK DAVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRELER

Medeni Kanunumuz babalık davası açabilme hakkını, babalık davasının yenilik doğurucu bir dava olması nedeni ile hak düşürücü birtakım sürelerle bağlamıştır. Bu

²³⁰Babalık davalarında, babalığın olumlu veya olumsuz ispatı için kullanılan bilimsel araştırma ve inceleme yöntemleri için bkz. aşağıda s. 92 vd.

süreler içinde dava hakkının kullanılmaması halinde, dava açma hakkı ortadan kalkacaktır²³¹.

Babalık davası açılmasına ilişkin süreler Medeni Kanun'un. 303. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükümde babalık davasının, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabileceği öngörülmüş(MK. m. 303/f. 1, c. 1); çocuğun doğmasından sonra ise davacıların babalık davası açmaya ilişkin haklar, hak düşürücü bazı sürelerle bağlanmıştır.

Ana, babalık davasını çocuğun doğmasından itibaren bir yıl içinde açmalıdır. Sürenin başlangıç tarihi hesaplanırken, nüfus sicilinde yazılı olan doğum tarihi esas alınacaksa da(TMK m. 7/f. 1), eğer bu tarih bazı nedenlerden dolayı gerçeği yansıtmıyor ise, çocuğun gerçek doğum tarihi hastane kayıtları, kişisel deliller gibi çeşitli olgularla ispat edilebilir(TMK m. 7/f. 2). Ananın öngörülen bir yıllık dava açma süresini geçirmesi halinde ise ananın dava açma hakkı sona erecektir(TMK m. 303/f. 1, c. 2)²³².

Çocuğun doğumundan önce ve doğumundan sonra ergin oluncaya kadar, çocuk adına babalık davasının, çocuğa atanacak kayyım tarafından açılacağını daha önce belirtmiştik. Bu nedenle kanunda çocuğun dava hakkına ilişkin hak düşürücü süre, çocuğa ergin olana kadar kayyım atanıp atanmamasına göre farklı şekillerde düzenlenmiştir.

Doğumdan sonra çocuğa kayyım atanmışsa, çocuğun babalık davası açma hakkı, atamanın kayyıma tebliğinden itibaren bir yıl geçmekle düşer(TMK m. 303/f. 2)²³³.

²³¹Bu konuda bkz. Y.HGK, T. 28.03.2001, E. 2001/2 – 239, K. 2001/300, **Özüğür(Velayet – Vesayet)**, s. 258, 259. Aynı yönde bkz. Y.2HD, T. 03.12.2003, E. 2003/14902, K. 2003/16232, Kazancı İçtihat Bankası

²³² Ancak ananın, öngörülen bu bir yıllık süre içerisinde dava açamaması haklı sebeplere dayanıyorsa, ana Medeni Kanun'da öngörülen bir aylık ek dava açma süresinden faydalanabilecektir(TMK m. 303/f. 4). Kanunda öngörülen bu ek süre ileride incelenecektir.(Bkz. aşağıda s. 71 vd.).

²³³“...Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkındaki bir yıllık dava açma süresi, atamanın kayyıma tebliği tarihinde başlar. (4721, S. TMK. md.303/2). *Küçük Figensu'ya kayyım 5.9.2002 tarihinde atanmış, temyize konu babalık davası yasal bir yıllık hak düşürücü süresi içinde 4.4.2003 tarihinde kayyım tarafından açılmıştır...*”, Y.2HD, T. 27.12.2004, E. 2004/15.440, K.

Babalık davası çocuğun doğmasından önce de açılabilmesi²³⁴ için(TMK m. 303/f. 1), çocuğa doğumdan önce ananın talebi ile kayyım atanabileceğini belirtmişti²³⁵. Ayrıca davaya bakan mahkeme de, ananın doğumdan önce açtığı babalık davasında, ceninin menfaatlerinin korunması amacıyla sulh mahkemesine başvurarak, cenine bir kayyım tayin ettirmek zorundadır. Kayyımın doğumdan önce atandığı bu hallerde ise kayyımın çocuk adına açacağı babalık davasına ilişkin bir yıllık hak düşürücü süre, atama kararının kayyıma tebliği tarihinden itibaren değil, ananın süresi gibi, doğumdan itibaren işlemeye başlar²³⁶. Çünkü çocuğun dava hakkına ilişkin bir yıllık hak düşürücü sürenin atama kararının tebliğinden itibaren başlayacağını öngören Medeni Kanun düzenlemesi(TMK m.303/f. 2), çocuğa doğumdan sonra atanan kayyımlara ilişkindir²³⁷.

Çocuğa kayyım atanmamışsa, çocuk için öngörülen bir yıllık hak düşürücü süre, çocuğun ergin olma tarihinden itibaren başlayacaktır(TMK m. 303/f. 2)²³⁸. Bu nedenle normal olarak çocuk onsekiz yaşını doldurup(TMK m. 11/f. 1) ergin olduğunda, bir yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlayacaktır. Ancak kanun hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak 18 yaşını doldurmuş olmayı değil ergin olmayı

2004/15711, Kazancı İçtihat Bankası. Önceki Medeni Kanunumuzda, çocuğa atanacak kayyım için hak düşürücü süre, doğumdan itibaren bir yıldır. Ancak Yargıtay 02.05.1960 tarihinde verdiği bir içtihadı birleştirme kararı ile kayyımın hak düşürücü süresinin, kayyımın atandığı tarihte başlayacağına karar vermişti.(RG, 05.08.1960T. , 10570S.).Yeni Medeni Kanunumuz'da, Yargıtay'ın bu görüşü, kanun hükmü haline getirilmiştir.

²³⁴Babalık davasının doğumdan önce açılmasının pratik faydasının, ananın parasal hakları yönünden olduğundan bahisle; kayyımın çocuğun doğmasından önce atanması halinde, doğumdan önce babalık davasının sadece ana tarafından açılabilmesi; kayyımın ise babalık davasını açmak için doğumu beklemesi gerektiği; çünkü çocuğun şahsiyet kazanması için sağ olarak doğması gerektiği savunulmaktadır.(**Oğuzman/Dural**, s. 340; **Tekinay**, s. 580). Özüğür da, babalık hükmü verilmesi için, çocuğun sağ doğmasının önem arzettiğini; bu nedenle doğumdan önce ana tarafından açılan babalık davalarında, çocuğun doğumunun bekletici mesele yapılması gerektiğini belirtmektedir.(**Özüğür(Velayet- Vesayet)**, s. 231).

²³⁵ Bkz yukarıda s. 57 ve aynı sayfa dn. 197.

²³⁶ **Gümüş**, s. 161.

²³⁷ **Özüğür(Velayet – Vesayet)**, s. 253; Y.2HD, T. 26.02.2003, E. 2003/929, K. 2003/2493, **Köseoğlu**, s. 348.

²³⁸ Eski Medeni Kanun döneminde çocuğa kayyım atanmaması halinde ne olacağı, açıkça hükme bağlanmış değildi. Ancak hem doktrin hem de Yargıtay, çocuğa kayyım atanmaması halinde, çocuğun dava açma süresinin başlamasının veya dava açma hakkının düşmesinin mümkün olmayacağı görüşündeydi. Bu durumda çocuğun babalık davasını reşit olduktan sonra açabileceği, bir yıllık hak düşürücü sürenin de çocuğun reşit olduğu tarihten itibaren başlayacağı, öngörülüyordu. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 560, 561; **Köprülü/Kaneti**, s. 275; **Oğuzman/Dural**, s. 342; **Tekinay**, s. 582. Aynı yönde bkz. Y.2HD, T. 03.10.1988, E. 6768, K. 8741, YKD, Şubat 1989, C. 15, S. 2 s. 195, 196.

aradığı için, evlenme(TMK m. 11/f. 2) ve mahkemece ergin kılınma(TMK m. 12) ile elde edilen erginlikte de, bir yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlar. Çocuk ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde dava hakkını kullanmalıdır.

Acabey çocuğa kayyım atandığı, ancak atanan kayyımın süresi içerisinde dava hakkını kullanmadığı hallerde, çocuğun ergin olduktan sonra bir yıl içinde babalık davası açıp açamayacağının kanun hükmünden açıkça anlaşılmadığını belirtmektedir. Yazara göre kayyımın süresi içinde davayı açmadığı hallerde, çocuğun ergin olduktan sonra dava açamayacağını kabul etmek, görevini yerine getirmeyen kayyımın suçunu, masum çocuğa yüklemek olacaktır. Kayyım tarafından dava açılmadıysa, çocuk dava açabilir demek ise; kanunda kayyım için öngörülen bir yıllık süreyi anlamsızlaştıracaktır. Bu nedenle yazara göre kayyım için öngörülen hak düşürücü süre, kanundan çıkarılmalıdır²³⁹.

Bizce kanunun lafzına bakıldığında, düzenleme açıktır. Kanun “ *Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde... işlemeye başlar.(TMK m. 303/2)*” demek sureti ile, çocuğun dava hakkı açısından hak düşürücü süreyi düzenlemekte; bu nedenle kayyımın süresi içinde dava açmaması halinde, çocuğun dava hakkının sona ereceği, kanundaki mevcut ifadelerden anlaşılmaktadır²⁴⁰. Ancak biz de bu durumun çocuk açısından haksızlık meydana getireceğini, çocuk açısından çok önemli bir hak olan babalık davası açma hakkının, üçüncü bir kişinin görevini yerine getirmemesi sebebi ile ortadan kalkmasının kabul edilemez olduğunu düşünüyoruz²⁴¹. Kanımızca bu konuda, kanunda gerçek olmayan kanun boşluğu²⁴² olduğu kabul edilip; çocuk yararına yorumla, bu boşluğun doldurulması yoluna gidilebilir. Bu nedenle Acabey’in kanun değişikliği önerisine katılmakla beraber, mevcut uygulama açısından kanunda kayyım için getirilen hak düşürücü sürenin, münhasıran kayyımın çocuk adına dava

²³⁹ Acabey, s. 251. Aynı görüşte, Kırkbeşoğlu, s. 24; Serozan, s. 218.

²⁴⁰ Aynı yönde, Köseoğlu, s. 339.

²⁴¹ Aynı yönde, Köseoğlu, s.339, 340.

²⁴² Gerçek olmayan kanun boşluğu, eldeki bi olayla ilgili kanunda bir hüküm bulunmasına karşın, bu hükümde öngörülen çözümün tatminkar sayılmadığı; beğenilmediği ve ihtiyaçlara uygun görülmediği hallerde, kanunda olduğu kabul edilen boşluktur. Oğuzman/Barlas, s. 83. Kanun boşluğu kavramı ve çeşitleri için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 78-84.

açabilme hakkına yönelik yorumlanması gerektiğini düşünüyoruz. Süreyi geçiren kayyım, çocuk adına babalık davası açma hakkını kaybetse de çocuk, gerek kendisine atanacak yeni bir kayyım aracılığı ile gerekse ergin olduktan sonra bir yıl içinde bizzat kullanmak sureti ile babalık davası açma hakkını kullanabilmelidir. Bu yorum tarzı, çocuk hukukuna ilişkin konularda çocuk yararının üstün tutulması ilkesinin de bir gereğidir.

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, çocuğun babalık davasının davalısı olacak erkekten başka bir erkek ile soybağı ilişkisi varsa, babalık davası başarıya ulaşamaz. Bu nedenle çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisinin var olduğu hallerde kanun, gerek ana, gerek kayyım gerekse ergin çocuk tarafından açılacak babalık davalarında öngörülen bir yıllık hak düşürücü sürelerin, bu soybağı ilişkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlayacağını hükme bağlamıştır(TMK m. 303/f. 3). Çocuk ile başka bir erkek arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kalkması ise, soybağının reddi, tanımanın iptali gibi bir mahkeme kararına istinaden yapılacağı ve aile hukukuna ilişkin mahkeme kararlarının da hüküm doğurmaları için kesinleşmeleri gerekeceği için bir yıllık dava açma süresi, kural olarak soybağı ilişkisini ortadan kaldıran kararın kesinleşmesinden itibaren başlar²⁴³. Ancak eğer soybağı ilişkisini ortadan kaldıran dava, ana ve çocuk dışındaki üçüncü kişilerce açılmışsa²⁴⁴, bir yıllık hak düşürücü süre, ana veya çocuğun bu kararın kesinleştiğini öğrendikleri tarihten itibaren işlemeye başlar²⁴⁵.

Kanunumuzun 303. maddesinin son fıkrasında ise bir yıllık hak düşürücü sürenin haklı nedenlerle kaçırılması halinde babalık davasının açılacağı, bir aylık ek bir süre düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca bir yıllık hak düşürücü süreyi kaçıran davacılar, süreyi kaçırmalarını haklı kılan sebepleri ispatlamak şartıyla, bu sebeplerin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde dava haklarını kullanabileceklerdir. Çocuğun babasının kim olduğunun bilinmemesi veya babanın çocuğu tanıyacağını

²⁴³Y.2HD, T. 16.06.2003, E. 2003/8097, K. 2003/8913, **Özüğür(Velayet – Vesayet)**, s.238, **Serozan**, s.217.

²⁴⁴Tanımanın iptali davasının, Hazine veya ilgililerden biri tarafından açılması(TMK m. 298), soybağı ilişkisini ortadan kaldıracak bir davanın, üçüncü kişilerce açılmasına örnek gösterilebilir.

²⁴⁵**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 477, dn. 173.

veya anneye evleneceğini vaat etmesi gibi anayı kandırıcı nitelikli davranışları²⁴⁶ gecikmeyi haklı kılan sebeplere örnek verilebilir²⁴⁷. Bu gibi nedenlerden dolayı kanunda öngörülen bir yıllık süre geçirilmiş olsa bile, ek bir aylık sürede babalık davası açılabilir.

Doktrinde, zamanında açılan ancak yetkisizlik veya tamamlanabilir usul eksikliği gibi bir nedenle reddedilen ancak bu süre içerisinde hak düşürücü süresi dolan davalarda, davacılara ret kararından itibaren 60 günlük ek dava açma süresi hakkı veren Borçlar Kanunu'nun 137. maddesinin, babalık davalarında da kıyasen uygulanacağı ifade edilmektedir²⁴⁸. Bizce Türk Medeni Kanunu'nda getirilen yeni düzenleme sayesinde, Borçlar Kanunu'nun 137. maddesinde öngörülen hallerin, bir yıllık hak düşürücü sürenin kaçırılması bakımından haklı bir neden olarak değerlendirilmesi; babalık davasının ret kararından itibaren bir ay içinde(TMK m. 303/f. 4) açılabilmesi mümkün olmalıdır.

Medeni Kanun'da öngörülen babalık davası açma hakkı yukarıda incelendiği gibi birtakım hak düşürücü sürelerle bağlı iken, tespit davaları²⁴⁹, her hangi bir süre kısıtlaması olmaksızın açılabilir. Bu nedenle babalık davasındaki süreyi kaçıran tarafın, bir tespit davası açarak; babalığı hâkim hükmü ile tespit ettirmesinin, hukukumuz açısından mümkün olup olmadığı da incelenmelidir.

Tespit davası açılabilmesi için hukuki yararın bulunmasının şart olması ve tespit davasının konusunu hukuki ilişkilerin oluşturması, babalık konusunda tespit

²⁴⁶Eski Medeni Kanun zamanında babalık davası açısından, bu tarz bir ek süre öngörülmüş değildi. Ancak babanın anayı kandırarak, kendi kötü niyetli davranışları ile sürenin kaçmasını sağladığı durumlarda, baba tarafından sürenin geçirilmiş olduğunun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendiriliyordu. Bu durumda dürüstlük kuralının(EMK m. 2/ f. 1) ihlal edildiği kabul ediliyor ve sürenin geçmiş olduğu dikkate alınmıyordu. **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 561; **Köprülü/Kaneti**, s. 275; **Oğuzman/Dural**, s. 342; **Saymen/Elbir**, s. 432; **Tekinay**, s. 584. Ayrıca aynı yönde bkz. Y. HGK, T. 12.12.1980, E. 1980/2 - 2518, K. 1980/2762, Kazancı İçtihat Bankası. Yeni kanunumuzda yer alan açık hüküm sayesinde, bu konuda artık dürüstlük kuralından yararlanmaya gerek kalmamıştır. Aynı görüşte, **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 478.

²⁴⁷**Akintürk**, s. 374; **Oğuzman/Dural**, s. 478.

²⁴⁸**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 478; **Serozan**, s. 218. Eski Medeni Kanun açısından, **Saymen/Elbir**, s. 432; **Oğuzman/Dural**, s. 342; **Tekinay**, s. 585.

²⁴⁹Tespit davaları, açılmasında bir hukuki yarar olması şartı ile, hukuki bir ilişkinin varlığını veya yokluğunu tespit ettirmek amacıyla açılan davalardır. **Kuru(C. 2)**, s. 1409.

davasının açılıp açılmayacağını değerlendirilmesinde yararlanılacak önemli kıstaslardandır.

Babalığın tespiti davası açılabilse dahi sonuç olarak verilecek karar sadece babanın kim olduğunun belirlenmesine yönelik olacak; bu karar çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisini kuramayacağı gibi, Medeni Kanun'da düzenlenen babalık davasına bağlanan sonuçların hiçbirini de sağlamayacaktır. Bu noktada davacıların, babalığın tespiti davası açmakta hukuki menfaatleri olup olmadığı sorusu akla gelmektedir. Babalığın hükmen tespit edilmesinin hem manevi, hem de hukuki anlamda pek çok yarar sağlayacağını savunarak; babalığın tespiti için babalık davasının açılabilceğini savunmakta olan bir görüş mevcuttur²⁵⁰. Örneğin Tekinay'a göre usul kanunlarımızda yer alan tanıklıktan çekinme, hâkimin reddi gibi kurumlarda göz önüne alınan hısımlık ilişkileri açısından, doğal kan bağı önem taşır. Ayrıca evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk ile genetik babası ve babasının diğer çocukları arasında mevcut olan doğal kan bağı, bunlar arasında, evlenme engeli oluşturmaktadır. Bu nedenle yazara göre soybağının kurmaya yönelik bir dava açmak istemeyen ana ve çocuğun, babalığı bir tespit davasıyla tespit ettirmesinde hukuki yararları mevcuttur ve bu nedenle de tespit davasını açılabilmeleri gerekir²⁵¹.

Acabey ise, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin²⁵², çocuğun genetik ana ve babasını bilme hakkını da içerdiğini belirterek; çocuğun genetik kökenini bilmesinin mümkün olduğu durumlarda, çocuğun buna yönelik hakkının kısıtlanmasının sözleşmeye aykırı olacağını ifade etmektedir. Bu nedenle yazara göre, hukukumuzda Medeni Kanun'da düzenlenen babalık davası dışında ayrı bir babalığın tespiti davasının öngörülmemiş olmasına dayanılarak; hak düşürücü

²⁵⁰ **Tekinay**, s. 541; **Duran**, s. 72. Yargıtay da 1972 yılında verdiği bir kararda, babalığın tespiti için, baba olduğunu iddia eden erkek tarafından tespit davası açılabilceğini içtihat etmiştir. Y.2HD, T. 17.03.1972, E. 1972/1637, K. 1972/1606, Resmi Kararlar Dergisi, Haziran 1972, S. II/2, s. 232, 233. Kuru da bu Yargıtay kararına dayanarak Türk Hukukunda babalığın tespiti davasının açılabilceği görüşündedir. **Kuru(C. 2)**, s. 1453, dn. 100. Kararın eleştirisi için bkz. **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 549 - 551.

²⁵¹ **Tekinay**, s. 542.

²⁵² Bu madde hakkında bkz. yukarıda s. 40-41, dn. 141.

sürenin kaçırıldığı hallerde genetik babanın bir tespit davası ile saptanmasının mümkün olamayacağını kabul etmek, sözleşmeye aykırılık teşkil edecektir²⁵³.

Babalığın tespiti amacı ile dava açılabileceğini savunan diğer bir yazar olan Duran'a göre ise, babalığın tespiti davalarında da hukuki bir ilişkinin tespiti söz konusudur. Bu hukuki ilişki, aile hukukundan doğan ve çocuk ile genetik babası arasında bulunan, babalık ilişkisidir. Ayrıca babalığın tespiti ile, çocuğun babasının kimliğini bilme konusundaki hakkı gerçekleşecek ve çocuk babasının belli olmamasından dolayı manevi anlamda olumsuz etkilenmekten de kurtulacaktır. Bu nedenle tespit davasında bulunması gereken hukuki yarar şartı da babalığın tespiti davalarında bulunmaktadır²⁵⁴. Bu nedenle babalık davasına ilişkin hak düşürücü süreyi kaçıran taraflar, babalığın tespiti için genel hükümlere göre dava açabileceklerdir²⁵⁵.

Aksi görüş ise babalığın tespiti davasında, tespiti istenen hususun hukuki bir ilişki değil, maddi bir olgu olduğunu savunmakta; ayrıca babalık davası açma hakkı olan davacıların, tespit davası açmakta hukuki yararlarının da söz konusu olmadığını ifade etmektedirler²⁵⁶. Ayrıca babalığın tespitine ilişkin davanın sadece Medeni Kanun'da düzenlendiği; soybağı hukukuna egemen olan tip sınırlılığı ve istikrar ilkelerinin de babalığa yönelik tespit davası açılmasının önünde engel teşkil ettiği; bu nedenle süreyi kaçıran davacıların, tespit davası açamayacağı da savunulmaktadır²⁵⁷. Yargıtay da sonraki kararlarında, müstakilen babalığın tespiti için dava açılmayacağı yönünde karar vermektedir²⁵⁸.

²⁵³ Acabey, s. 70, 71.

²⁵⁴ Duran, s. 72.

²⁵⁵ Duran, s. 72.

²⁵⁶ Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 550,551.

²⁵⁷ Hatemi/Serozan, s. 394; Serozan, s. 214.

²⁵⁸ "...Dava babalığın tespitine ilişkindir. Mahkeme tabii babalığın tespitinde sürenin söz konusu olmadığını belirterek tabii babalığa karar vermiştir. Medeni Kanunun 296. maddesi iki türlü babalık davasını düzenlemiştir. Kanunun mali sonuçlu babalık olarak nitelediği babalığa öğretide "tabii-babalık biyolojik babalık, küçük babalık gibi" isimler verilmiştir. Belirtilen yasal kural mali sonuçlu "tabii" babalığı da 1 yıllık hak düşürücü süreye tabi tutmuştur. Gerek tabii gerekse tüm sonuçlarıyla babalık yenilik doğurucu davalardandır. Kanunlarımız yenilik doğurucu hakkın elde edilmesinin olası olduğu durumlarda tesbit davası dinlenmez. Kaldı ki kanun koyucu babalık konusunda tesbit davası açılabileceğine ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Hak düşürücü dava açma süresinin geçtiği düşünülmeden yazılı

Babalık davalarının hak düşürücü süreye bağlanmasının en temel nedeni, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi babalık davasının yenilik doğurucu bir dava olmasıdır²⁵⁹. Ancak babalık davasında hak düşürücü süre öngörülmesinin gerekliliği başka nedenlere de dayandırılmaktadır²⁶⁰. Bu nedenlerin ilki olarak, baba olduğu iddia edilen erkeğin, sürekli bir baskı ve şantaj altında tutulmasının önlenmesidir. Bir başka neden de, zaman geçtikçe, davanın ispat edilmesini sağlayacak delillerin yok olma ve ispat değerini yitirmesi gibi sonuçların ortaya çıkabilmesidir²⁶¹. Ayrıca çocuğun bir an önce babasına bağlanmasında ve soybağı ile ilgili noktalarda şüphelerin bir an önce giderilmesinde kamu yararı bulunması da, hak düşürücü sürenin kanunda yer alması lehine öne sürülen bir gerekçedir²⁶².

Doktrinde bazı yazarlar babalık davası ile tespit edilen hususun aile bağı ile ilgili olduğunu; aslında genetik soybağının doğumla beraber kurulduğunu; bu nedenle de babalık davasında bir süre öngörülmemesi gerektiğini ifade ederek, kanunda babalık davaları açısından hak düşürücü öngörülmesini eleştirmişlerdir²⁶³. Ayrıca babasız bir çocuk dünyaya getirmesi dolayısı ile çevresinden utanması veya yeni çocuk doğurmanın verdiği telaş ve yoğunluk nedeni ile, veyahut da babanın çocuğuna sahip çıkacağı yönündeki beklentileri ve daha sayılabilecek pek çok nedenden dolayı da, ananın dava açma süresini kaçırmış olabileceği; bu nedenle kanunda yer alan bir yıllık hak düşürücü sürenin çok kısa olduğu da belirtilerek; babalık davaları açısından öngörülen hak düşürücü süreler bu yönden de eleştiriye uğramıştır²⁶⁴.

gerekçelerle davanın kabulüne karar verilmesi doğru bulunmamıştır...”, Y.2HD, T. 27.10.1997, E. 1997/9675, K. 1997/11392, Yargıtay.gov.tr.

²⁵⁹Yenilik doğurucu davalar, dava yolu ile kullanılması gereken yenilik doğurucu haklara bağlı olarak açılan davalardır(**Oğuzman/Barlas**, s. 235). Yenilik doğurucu hakların hukukumuz açısından ortak özelliklerinden bir tanesi ise, hak düşürücü süreye tabi olmalarıdır(**Oğuzman/Barlas**, s. 128).

²⁶⁰Bu konuda bkz. **Belgesay**, s. 274; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 478; **Oğuzman/Dural**, s. 340,341.

²⁶¹**Belgesay**, s. 274; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 478; **Oğuzman/Dural**, s. 340,341.

²⁶²**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 478; **Oğuzman/Dural**, s. 341.

²⁶³**Acabey**, s.251;**Saymen/Elbir**, s. 431.

²⁶⁴**Acabey**, s. 250, 251; **Duran**, s. 69. Tekinay da, Eski Medeni Kanun döneminde babalık davası için öngörülen bir yıllık hak düşürücü süreyi kısa bularak, bu konuda eleştiride bulunmaktaydı.(**Tekinay**, s. 580). Ancak Eski Medeni Kanun’da, Yeni Medeni Kanun’daki gibi, haklı nedenlerin varlığı halinde, süreyi kaçıran tarafa dava açması için ek süre öngören bir düzenleme(TMK m. 303/f. 4) bulunmadığını da belirtmek isteriz.

Bizce, babalık davasındaki sürelerin yer almasına temel teşkil eden nedenlere katılmak; özellikle günümüzde mümkün değildir²⁶⁵. Bir kere, günümüzün modern tıp teknikleri sayesinde bir erkeğin, bir çocuğun babası olup olmadığı, doğumdan ne kadar zaman geçmiş olduğu önem taşımadan, kesine yakın oranlarda tespit edilebilmektedir. Bu nedenle zamanın geçmesi ile babalığa ilişkin delillerin ortadan kalktığı gerekçesi, günümüzde geçerliliğini yitirmiştir. Ayrıca baba olduğu iddia edilen kişinin sürekli dava tehdidi altında bulunmaması ve bu konunun bir şantaj unsuru olarak kullanılmaması için, babalık davasının süreye bağlanması gerektiği yönündeki nedene de iştirak etmek mümkün değildir. Evlilik dışı bir çocuğun dünyaya getiren erkek, pek tabii bunun sonuçlarına, sonuna kadar katlanmak zorundadır.

Babalık davalarında kısa hak düşürücü sürelerle yer verilmesi, erkeklerin evlilik dışı ilişkilere girmesini kolaylaştıran bir etkidir. Bu ilişki nedeniyle bir çocuk doğacak olursa, bu çocuğun süre sınırlaması olmaksızın dava yoluyla kendine bağlanabileceğini; bu nedenle kendisine mirasçı olacağını ve o çocuğa bakmakla yükümlü olacağını bilen erkek; evlilik dışı bir çocuğu dünyaya getirmekten çekinecek ve bunun olmaması için daha dikkatli davranacaktır. Sorumsuzluk yapıp, dünyaya gelecek çocuğu hiç düşünmeden hareket eden erkek de, bunun sonuçlarına katlanacaktır. Ayrıca bir çocuğun süratle babasına bağlanmasında kamu yararı olduğu savunulurken; bir çocuğun babasının kim olduğunu dava süresinin kaçırılması nedeniyle öğrenememesi ve babasına bağlanamaması durumunun da, kamu düzeni açısından büyük olumsuzluk yaratacağı, gözden kaçırılmamalıdır. Babalık davası açılabilmesi için ya hiç babaya bağlanmamış veya soybağının reddi ya da tanınmanın iptali yolu ile, herhangi bir erkekle arasında soybağı ilişkisi kalmamış bir çocuk bulunması gerektiğinden, gerçeği bilmenin aile bağlarına zarar vermesi, fiili durumların bozulması gibi tehlikeler de çocuk açısından geçerli değildir. Bu tehlikeler babanın kendi aile ilişkileri açısından söz konusu olabilecek ise de, evlilik dışı ilişki sonucu dünyaya bir çocuk getiren erkek, bunun her türlü sonucuna da katlanmak zorundadır.

²⁶⁵ Aynı görüşte, **Acabey**, s. 250; **Burcuoğlu**, s. 681 – 685.

Bu konuda Yeni Medeni Kanunumuz ile getirilen ve haklı sebeplerin varlığı halinde taraflara ek dava açma hakkı tanıyan düzenlemenin(TMK m. 303/f. 4); hem ana, hem de çocuğun babalık davasına ilişkin menfaatlerinin daha iyi korunmasını sağlayacağını ve pek çok halde kısa hak düşürücü sürelerin varılmasının yaratacağı bazı olumsuzlukları bertaraf edeceğini düşünmekteyiz. Ancak kanımızca haklı sebep kavramına hangi hallerin dâhil olup olmayacağı belirsiz olduğu ve bu nedenle hâkimlerin bu konuda değişik yorumlarda bulunabileceği göz önüne alındığında; kanunda yer alan bu düzenlemenin de evlilik dışı çocukları tam anlamı ile koruyamayacağı; evlilik dışı ilişkiden çocuk dünyaya getiren erkeklere kaçış olanağı sağlayabileceği anlaşılabacaktır. Ayrıca bizce, haklı sebebin ortadan kalkmasından itibaren davanın açılması gereken süre olan bir aylık süre de oldukça kısadır.

Bütün bu nedenlerle kanun koyucuya düşen görev, çocuk haklarına ilişkin konuların hepsinde olduğu gibi babalık davasında da, dünyaya gelme konusunda hiç günahı olmayan masum çocuğun yararını, her şeyin üstünde kabul ederek; buna uygun düzenlemeleri yapmaktır. Bunu yaparken de insan ve çocuk hakları konusundaki uluslararası düzenlemelerden, bu konuda evrensel normları yakalamış yabancı ülke hukuklarından ilham almakla beraber²⁶⁶; ülkemizin kendine özgü özelliklerini de gözden kaçırmaması gerektiği kanısındayız. Bu bağlamda, babalık davalarında hak düşürücü sürelerin tamamen kaldırılması²⁶⁷, bu yapılmadığı takdirde ise hak düşürücü sürelerin daha uzun şekilde düzenlenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Bu şekilde değişikliklere gidilene kadar ise evlilik dışı çocukların babalarına bağlanma konusundaki haklarının korunmasının, Medeni Kanun'un 303.maddesinde öngörülen ve hak düşürücü sürelerin haklı nedenle kaçırılması halinde, babalık davası açılabilmesi için ek süre tanıyan hükmü yardımı ile sağlanabileceğini düşünüyoruz(TMK m. 303/f. 4). Bunun sağlanabilmesi için ise hâkimlerin bu hükmü

²⁶⁶Örneğin İngiltere’de soybağına ilişkin davalar, hiç bir süre sınırlaması olmadan açılabilir. (Acabey, s. 94, 95). Belçika ve Fransa gibi bazı ülkeler ise babalık davası açılması konusunda 30 yıl gibi uzun ve zamanaşımı niteliği taşıyan süreler öngörülmüştür (Acabey, s. 73, s. 77). Ancak şunu belirtmeliyiz ki hukukumuz açısından yenilik doğurucu davalar hakkında ancak hak düşürücü nitelikteki süreler öngörülebilir; bu davalar zamanaşımı süresine bağlanamaz (Oğuzman/Barlas, s. 128). Bu nedenle biz, babalık davası için öngörülen hak düşürücü sürelerin kaldırılması; bu yapılmadığı takdirde ise, babalık davasının uzun hak düşürücü sürelere bağlanması gerektiğini düşünüyoruz.

²⁶⁷Aynı görüşte, Acabey, s. 251; Hatemi/Serozan, s. 394; Köseoğlu, s. 340.

uygularken; evlilik dışı çocuğun babasına bağlanması konusundaki menfaatinin üstünlüğü ilkesini akıllarından çıkartmayarak, çocuğun babasına bağlanmasını gereksiz yere engelleyici yorumlarda bulunmaktan kaçınmaları; haklı sebep kavramını mümkün olduğu kadar geniş yorumlayarak, hükmün uygulama alanını genişletmeleri gerekmektedir.

H- BABALIK DAVASINDA İSPAT

1- BABALIK KARİNESİNE DAYANAN İSPAT

Kanunda aksine bir hüküm bulunmaması halinde, taraflardan her birinin hakkını dayandırdığı olguları ispatlaması gerektiğini düzenleyen Medeni Kanun'un 6.maddesi, babalık davalarında da uygulanacak bir hükümdür. Bu nedenle babalık davasını açarak, babalık davasına konu olan çocuğun davalıdan olduğunu iddia eden ve babalık hükmü almak isteyen davacı, bu iddiasını öncelikle ispat etmekle yükümlüdür.

Günümüzde, yapılan tıbbi ve genetik birtakım incelemeler neticesinde, davalının baba olup olmadığı tespit edilebilir hale gelmiştir. Ancak bu tarz incelemelerin olmadığı veya bu denli gelişmediği zamanlarda bir erkeğin babalığını ispat etmek, davacı açısından oldukça zordu. Bu nedenle kanun koyucu “babalık karinesi” adı altında, baba olduğu iddia edilen kişinin, ana ile belli bir dönemde cinsel ilişkiye girdiğinin ispatlanması temeline dayanan bir karine öngörmüştü(EMK, m. 301/c.1). Medeni Kanun'da da bu karine aynen muhafaza edilmiştir(TMK m. 302/f. 1).

Aslında günümüzde artık bu karineye gerek kalmadığı, davacının birtakım inceleme ve testlerin yapılmasını istemek suretiyle, davasını ispat etme yoluna başvurmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak ilk olarak belirtmeliyiz ki, kişilerin vücut bütünlüğü anayasal boyutta dahi koruma altına alınmıştır(AY m. 17). Bu hakka yönelik her türlü müdahale ki, buna tıbbi ve genetik incelemeler de dâhildir; buna izin veren açık bir kanuni düzenleme olmadığı veya kişinin bu müdahaleye yönelik

rızası bulunmadığı sürece, hukuka aykırıdır(AY m. 17/f. 2). Bu nedenle bir kişinin vücut bütünlüğünü ihlal edecek inceleme ve araştırmalara, babalığın başkaca delillerle ispat edilemediği hallerde, son çare olarak başvurulmalıdır²⁶⁸. Bu bağlamda davacıların öncelikle babalık karinesi kapsamında iddialarını ispat etmeye çalışmaları, insan haklarının korunması anlamında daha yerinde olacaktır²⁶⁹. Zaten babalık davasında baba olduğunu iddia edilen erkeğin, baba olma ihtimalinin bulunduğunu gösteren ciddi ve inandırıcı delillerin, davacı tarafından öncelikle ortaya konması gerekmektedir. Yoksa sadece şüphe üzerine veya ortada hiç bir delil olmadan bir kimsenin mahkemeye başvurup, bir erkeğin bir çocuğun babası olduğu iddiasını ileri sürmesi ve bu hususu tıbbi ve genetik incelemeler ile kanıtlamak istemesi, hukuk tarafından kabul görmez²⁷⁰.

Karinelerin ispat yükü açısından hukuki fonksiyonları dikkate alındığında da, karinelere günümüzde ihtiyaç kalmadığı düşüncesinin, isabetli olmadığı görülecektir. Örneğin babalık davasının davacısı, babalık karinesinin(TMK m. 302/f. 1, 2) şartlarının gerçekleştiğini ispat etmesi durumunda kendine düşen ispat yükünü gerçekleştirmiş olacak ve ispat yükü yer değiştirecek; bu sefer davalı, bu karinenin aksini ispat etmeye çalışacaktır(TMK m. 302/f. 3). Davalının bu karinenin aksini ispat edememesi halinde ise hâkimin gerek re' sen gerek davacının talebi ile genetik inceleme yoluna başvurmasına gerek kalmadan²⁷¹; dava, davalının aleyhine sonuçlanacaktır²⁷².

Ayrıca önemle olarak belirtmeliyiz ki bazı hallerde babalık davalarında test ve incelemelerin yapılması olanaklı olmayabilir. Örneğin baba olduğu iddia edilen

²⁶⁸ Bu konuya ileriye daha detaylı olarak yer verilecektir.Bkz. aşağıda s. 86 vd.

²⁶⁹ Serozan, s. 215.

²⁷⁰ Aynı yönde bkz. Y.2HD, T. 22.03.1990, E. 1990/11584, K. 1990/3110, **Özüğür(Velayet – Vesayet)**, s. 281.

²⁷¹ Davalının, aleyhine oluşan babalık karinesini çürütmek adına tıbbi ve genetik inceleme yapılmasının talep etme hakkı elbette mevcuttur. Burada davacının babalık karinesini ispat ettikten sonra, davalının babalık karinesini başkaca savunma imkanları ile çürütemediği, tıbbi ve genetik incelemelere başvurulmasını talep etmediği hallerden bahsetmekteyiz. Bu ihtimallerde babalık karinesinin pratik önemi ortaya çıkmaktadır.

²⁷² “...Davalı davacının yararına oluşan babalık karinesini çürütmek kanıt getiremediğinden davanın kabulü gerekir...”, Y.2HD, T. 09.06.2003, E. 2003/7260, K. 2003/8444, **Özüğür(Velayet – Vesayet)**, s. 235.

şahsın bir uçak kazasında ölmesi ve genetik testlerde kullanılabilecek hiçbir genetik materyale ulaşılamaması mümkündür. Bu nedenlerden dolayı, kanunda yer alan babalık karinesine ilişkin düzenleme, genetik inceleme yaptırma imkânı olmayan veya bu yola başvurulmasını talep etmeyen taraflar açısından, bugün de işlevsel bir niteliğe sahiptir.

Biz babalık davasının ispatına ilişkin olarak önce kanunda öngörülen ve davacı tarafından ispat edilmesi gereken babalık karinesini(TMK m. 302/f. 1, f. 2), daha sonra bu karinenin davalı tarafından hangi hususların ispatlanmasıyla çürütülebileceğini inceleyeceğiz(TMK m. 302/f. 3). Babalık davalarında ispat açısından çok önemli bir yere sahip olan tıbbi ve genetik incelemelere ise ayrı bir başlık altında yer vereceğiz²⁷³.

Medeni Kanun'un 302. maddesinin ilk fıkrasında, babalık davasında davalı olan erkeğin, çocuğun doğmasından önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında, çocuğun anası ile cinsel ilişkide bulunmuş olmasının, babalığa karine sayılacağı ifade edilmiştir. Kanun, cinsel ilişkinin doğumdan önceki üç yüz gün ile yüz sekseninci gün arasında yer alan, yüz yirmi bir günlük süre içinde gerçekleşmiş olmasını aramaktadır²⁷⁴. Üç yüz gün(ortalama on ay) gebeliğin süreceği en uzun dönem, yüz seksen gün ise (ortalama altı ay) gebeliğin sürebileceği en kısa dönem olarak kabul edildiği için, kanunda bu sürelerle yer verilmiştir²⁷⁵. Öngörülen üç yüz gün ile yüz seksen gün arasındaki yüz yirmi bir günlük süre doktrinde “kritik devre”²⁷⁶, “ gebelik devresi”²⁷⁷, “kritik dönem”(ihtibal devresi, gebe kalma süresi)²⁷⁸ gibi adlarla adlandırılan dönemdir. Kritik dönem doğumdan geriye doğru hesaplanır. Hesaplama yapılırken ananın doğum yaptığı gün hesaba katılmaz; ancak doğumdan

²⁷³ Bkz ileride s. 86 vd.

²⁷⁴ Akıntürk, s.475; Duran, s. 76; Oğuzman/Dural, s. 345; Öztan, s. 562; Saymen/Elbir, s. 435; Tekinay, s. 541; Velidedeoğlu, s. 427.

²⁷⁵ Akıntürk, s. 475; Saymen/Elbir, s. 435

²⁷⁶ Velidedeoğlu, s. 435.

²⁷⁷ Tekinay, s. 543.

²⁷⁸ Akıntürk, s. 475; Oğuzman/Dural, s. 345.

önceki yüz sekseninci gün hesaba katılır. Bu hesaplama tarzı nedeni ile kritik dönem yüz yirmi gün değil yüz yirmi bir gün çıkmaktadır²⁷⁹.

Babalık karinesinin oluşması için davacının, ana ile davalının cinsel ilişkiye girmiş olduğunu ispat etmesi gerekir. Cinsel ilişkiye girildiği, her türlü delil ile ispat edilebilir²⁸⁰. Ancak hayatın olağan akışı gereği cinsel ilişkiye girildiğinin doğrudan ispat edilmesi çok güç olduğu için bu yolda kullanılacak olan deliller, genelde hâkimde cinsel ilişkiye girildiği kanaatinin oluşmasını sağlayacak, dolaylı deliller olacaktır. Cinsel ilişkiyi ima eden mektuplar²⁸¹, tanık anlatımları²⁸², cinsi münasebet olduğunu düşündürecek derecede sık ziyaretler²⁸³, davalının, ananın doğum masraflarını ödemesi gibi²⁸⁴ deliller, ispat için kullanılacak delillere örnek gösterilebilir²⁸⁵. Ancak öne sürülen delillerin, cinsel ilişkiye girildiği yönünde

²⁷⁹ Akıntürk, s. 475; Oğuzman/Dural, s. 345; Öztan, s. 563.

²⁸⁰ Akıntürk, s. 474; Feyzioğlu/Özakman/Sarial, s. 553; Oğuzman/Dural, 344; Öztan, s. 563; Özüğür(Velayet-Vesayet), s. 233; Saymen/Elbir, s. 436; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1109.

²⁸¹ Öztan, s. 563; Saymen/Elbir, s. 436; Velidedeoğlu, s. 426.

²⁸² Öztan, s. 563, Saymen/Elbir, s. 436; Velidedeoğlu, s. 426. “...1- Medeni Kanunun 302. maddesi; davalının, çocuğun doğumundan önceki üçyüzüncü gün ile yüzsekseninci gün arasında ana ile Cinsel ilişkide bulunmuş olmasının babalığa karine sayılacağını, bu sürenin dışında olsa bile fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile Cinsel ilişkide bulunduğunun tesbiti halinde de aynı karinenin geçerli olacağını, hükmüne bağlamıştır. Babalık davası kayyım tarafından açılmıştır. Tanıklar baba olduğu iddia edilen davalı Levent ile annenin bir ev tutarak karı koca şeklinde yaşadıklarını Seyhan’ın hamile kaldığını, hamileliğin altı veya yedinci ayında Levent’in anneyi terk ettiğini, annenin başka bir kişi ile ilişkisinin olmadığını ifade etmişlerdir. Bu durumda çocuğun davalıdan olduğuna dair karine oluşmuştur...” ,Y. 2HD, T. 23.10.2003, E. 2003/12787, K.2003/14153, YKD, Temmuz 2004, C. 30, S. 7, s. 1035, 1036.

²⁸³ Saymen/Elbir, s. 436.

²⁸⁴ Öztan, s. 563.

²⁸⁵ Davalı erkeğin, cinsel ilişkiyi ikrar etmesinin de delil olarak değerlendirilebileceği(Akıntürk, s.377, Oğuzman/Dural, s. 344, Saymen/Elbir, s. 436), hatta bu halde başka bir delile de gerek kalmayacağı doktrinde bazı yazarlarca savunulmaktadır(Oğuzman/Dural, s. 344). Kanımızca, babalık davalarının kamu düzeni ile ilgili olması ve Medeni Kanun’un 284. maddesinin, hakime tanıdığı re’ sen araştırma ve delilleri serbestçe takdir etme yetkisi vermesi de göz önüne alınarak, davalı tarafından cinsel ilişkinin ikrar edilmesi veya davalının davayı kabul etmesinin hakimi bağlamasının söz konusu olmaması gerekir. Davalının cinsel ilişkiyi ikrarı veya babalık davasını kabul etmesi, soybağı ilişkisinin hertürlü şüpheden uzak şekilde ispatlanması ilkesini bertaraf etmez. Bu hallerde de babalık, kanunda öngörülen usul gereğince ispatlanmalıdır. Aynı görüşte, Duran, s. 87, Tekinay, s. 545. Eski Medeni Kanun döneminde Yargıtay da bir kararında, “...nesebin reddi ve babalık gibi konular, kamu düzenine ilişkin bulunduğu için, bu tür davalarda sırf karşı tarafın kabulüne dayanılarak isteğe uygun karar verilemez. İddianın usulüne uygun ispatlanması zorunludur...” demek suretiyle, aynı yönde karar vermiştir.(Y.2HD, T. 01.02.1983, E. 1983/535, K. 1983/584, YKD, Ağustos 1983, C. 9, S. 8, s. 1152, 1153). Yeni kanunumuz döneminde de Yargıtay bu görüşünü sürdürmektedir. “...Ayrıca babalık davası kamu düzeni ile ilgili olduğundan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95/2. maddesi hükmüne göre davalının davayı kabul etmesi hukuki sonuç doğurmamaktadır. Mahkemece taraflardan delillerinin sorulup toplanması, kan ve genetik bulgular yönünden kendiliğinden inceleme yapılması gerekirken bu hususun da gözardı edilmesi

hâkimde ciddi kanaat oluşturmaları gerekir. Cinsel ilişkiye girilme ihtimali bulunduğu ispatlanması, karinenin oluşması için yeterli değildir²⁸⁶. Karinenin oluşabilmesi için ana ile davalı arasında bir defa cinsel ilişki gerçekleşmiş olduğunun ispatı yeterlidir²⁸⁷. Cinsel ilişki sırasında doğum kontrol yöntemlerinin kullanılması veya cinsel ilişkinin yarıda kesilmesi, babalık karinesinin oluşmasına engel teşkil etmez²⁸⁸.

Babalık karinesinin doğması için davacının, davalı ile ana arasında cinsel ilişki gerçekleştiğini ispat etmesi tek başına yeterli değildir. Davacı aynı zamanda cinsel ilişkinin kritik dönem olarak adlandırılan yüz yirmi bir günlük süre içerisinde gerçekleştiğini de ispat etmelidir²⁸⁹.

Sadece cinsel ilişki sonucu değil, yapay dölleme²⁹⁰ sonucunda oluşan gebeliklerde de, yapay döllemenin kritik dönemde yapıldığının ispatlanması halinde, babalık karinesinin doğacağı ifade edilmektedir²⁹¹.

Hamileliğin dokuz aydan uzun veya altı aydan kısa sürebileceği, günümüzde tıbben ispatlanmış bir gerçektir. Bu nedenle kanun koyucu babalık davasının davacısı açısından, Eski Medeni Kanun döneminde mevcut olmayan²⁹² bir olanağı, Yeni Medeni Kanun'un 302.maddesinin 2. fıkrasında düzenlemiştir. Bu hüküm uyarınca davacının, kritik dönem olarak kabul edilen yüz yirmi bir günlük dönemin dışında olsa bile, hamileliğin üç yüz günden fazla veya yüz seksen günden az sürdüğünü ve

doğru bulunmamıştır... Y.2HD, T. 02.03.2006, E.2006/1223, K.2006/2652, Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde, Y.2HD, T. 10.2.2005, E. 2004/15804 K. 2005/1735, Kazancı İçtihat Bankası.

²⁸⁶ Akıntürk, s. 474; Oğuzman/Dural, s. 344.

²⁸⁷ Akıntürk, s. 474; Duran, s. 76.

²⁸⁸ Akıntürk, s. 474; Oğuzman/Dural, s. 344.

²⁸⁹ Akıntürk, s. 475; Duran, s. 76; Oğuzman/Dural, s. 345.

²⁹⁰Yapay dölleme kavramı için bkz. aşağıda s. 140, dn.484.

²⁹¹Öztan, s. 562; Serozan, s. 215.

²⁹²Eski Medeni Kanun'da bu konu hakkında bir hüküm bulunmamakla beraber, Yeni Medeni Kanunda düzenlenen bu olanak, doktrinle aynen benimseniyordu. Bu konuda bkz. Oğuzman/Dural, s. 345; Tekinay, 543-545; Köprülü/Kaneti, s. 277.

bu sürelerle ilişkin fiili gebe kalma döneminde, ana ile davalının cinsel ilişkiye girdiğini ispat etmesi halinde de babalık karinesi doğacaktır²⁹³.

Babalık karinesinin doğmasını sağlayacak hususları ispat edemeyen davacıların ise DNA testi gibi tıbbi ve bilimsel testlere başvurma imkânı vardır.

Davacı, yukarıdaki şekilde babalık karinesine dayanmış ve bu karinenin doğması için gerekli hususları ispat etmişse, babalık davasında ispat yükü yer değiştirecek; babalık karinesini çürütme yükümlülüğü davalıya geçecektir²⁹⁴. Babalık karinesinin, davalı tarafından hangi olgulara dayanılarak çürütülebileceği Medeni Kanun'un 301. maddesinin 3. fıkrasında belirtilmiştir.

Bu fıkra hükmüne göre davalı, çocuğun babası olma ihtimalinin bulunmadığını, ya da bir başka kişinin baba olma ihtimalinin kendisinden fazla olduğunu ispatlarsa²⁹⁵, artık babalık karinesi çürüyecek ve hâkim tarafından bu karineye itibar edilemeyecektir.

Babalık karinesi ile karşı karşıya kalan davalının elindeki ilk imkân, çocuğun babası olmasının imkânsız olduğunu ispatlamaktır. Bu imkân doktrinde, “babalığın imkânsız olduğu def’i ” olarak da adlandırılmaktadır²⁹⁶. Davalı erkeğin, ana ile cinsel

²⁹³ **Akıntürk**, s. 376; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 475. Bu konuda bkz. Y.2HD, T. 23.10.2003, E. 2003/12787, K. 2003/14153, YKD, Temmuz 2004, C. 30, S. 7, s. 1035, 1036.

²⁹⁴ Babalık karinesi, aksi ispat edilebilen adi karinelere dendir **Akıntürk**, s. 376, 377; **Öğüzman/Dural**, s. 345.

²⁹⁵ Eski Medeni Kanun’da, davalının baba olması yönünde ciddi şüpheler bulunduğu ispat ettiği takdirde, babalık karinesinin geçerliliğini yitireceği düzenlenmişti.(EMK m. 301/c. 2). Bu nedenle Eski Medeni Kanun döneminde davalı tarafından, ananın birden fazla erkek ile cinsel ilişkide bulunduğuna yönelik kanıtlar getirmesi(çokluk def’i) dahi, karinenin geçersiz kılınmasını sonuçluyordu. Bkz. **Öğüzman/Dural**, s. 347; **Tekinay**, s. 546-548. Yeni kanunda ise isabetli olarak bu hüküm değiştirilmiştir. Artık davalının, ananın başka erkeklerle de cinsel ilişkiye girdiğini kanıtlaması yeterli değildir; davalı ayrıca, başka bir erkeğin baba olma ihtimalinin kendisinden daha kuvvetli olduğunu da ispat etmek zorundadır. Ayrıca Eski Medeni Kanun’da davalının, ananın iffetsiz olduğu ispatlandığı takdirde, babalık davasının reddedileceği hükme bağlanmıştı. (EMK m. 302). Bu sebeple Eski Medeni Kanun’da, örneğin hayat kadını olduğu davalı tarafından ispatlanan bir kadının çocuğu hakkındaki babalık davasının, başarıyla sonuçlanması imkansızdı. Bu durumun ise gerek insan gerek çocuk hakları bakımından, gerekse vicdani açıdan ne kadar rahatsız edici bir hüküm olduğu, izahtan varestedir. Bu hükme yeni kanunumuzda yer verilmemesi, kanımızca çok isabetli olmuştur. Bu konuda bkz. **Serozan** s. 217.

²⁹⁶ **Akıntürk**, s. 377; **Duran**, s. 77.

ilişkiye girmiş bulunduğu, karine bağlamında kabul edildiği için davalı baba olma ihtimalinin imkânsız olduğunu, cinsel ilişki ile davaya konu olan çocuğun doğması arasında illiyet bağı bulunmadığını ispatlamak suretiyle ortaya koyabilir²⁹⁷.

Davalı, cinsel ilişki ile doğum arasında illiyet bağı bulunmadığını çeşitli delillerle ispat edebilir. Örneğin davalı erkek alacağı bir tıbbi rapor ile kısır olduğunu ve çocuk sahibi olma imkânının bulunmadığını veya ananın cinsel ilişki sırasında zaten hamile olduğunu veyahut da kendisinden olan çocuğun düşürülmüş olduğu gibi hususları ispat ederek karinenin çürümesini sağlayabilir²⁹⁸. Ayrıca çocuğun babası olmadığını iddia eden davalı erkek, bilimsel inceleme yöntemlerine başvurulmasını hâkimden talep ederek, baba olmadığını bu yöntemlerle doğrudan ispat etme hakkına da sahiptir²⁹⁹.

Davalı, illiyet bağı yokluğunu kesin olarak ispatlamalıdır. Davalının, baba olma ihtimalinin şüpheli olduğunu ispatlaması, babalık karinesinin çürümesi için yeterli değildir³⁰⁰.

İllyet bağı olmadığının kesin olarak ispatlanması halinde ise sadece babalık karinesi çürümüş olmaz; aynı zamanda babalık davası da reddedilir³⁰¹.

Davalının cinsel ilişki ile doğum arasında illiyet bağı olmadığını ispatlayamadığı durumlarda ise, babalık karinesini çürütmek için, bir başka erkeğin baba olma ihtimalinin kendisinden fazla olduğunu ispat etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda

²⁹⁷ Akıntürk, s. 377; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 475; Öztan, s. 563.

²⁹⁸ Akıntürk, s. 378; Feyzioğlu, s. 554; Tekinay, s. 546; Öztan, s. 563.

²⁹⁹ "... Tanıklar baba olduğu iddia edilen davalı Levent ile annenin bir ev tutarak karı koca şeklinde yaşadıklarını Seyhan'ın hamile kaldığını, hamileliğin altı veya yedinci ayında Levent'in anneyi terk ettiğini, annenin başka bir kişi ile ilişkisinin olmadığını ifade etmişlerdir. Bu durumda çocuğun davalıdan olduğuna dair karine oluşmuştur. Oluşan karinenin aksini isbat etmek davalıya düşmektedir. Mahkemce; baba olduğu iddia edilen Levent'e(davalıya) kan testleri ve DNA araştırılmasının yapılması bakımından gerekli giderlerin karşılanması için makul süre verilmesi, sonuçlarının anlatılması, deliller birlikte değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekir. Açıklanan husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve kanunya aykırıdır...", Y.2HD, T. 23.10.2003, E. 2003/12787, K. 2003/14153, YKD, Temmuz 2004, C. 30, S. 7, s. 1035, 1036.

³⁰⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 475,476, Öztan, s. 563.

³⁰¹ Akıntürk, s. 378; Oğuzman/Dural, s. 349; Öztan, s. 563.

davalı tarafından Eski Medeni Kanun’da olduğu gibi birden fazla erkek ile cinsel ilişkiye girdiğinin ispatı(çokluk def’i)³⁰² yeterli değildir³⁰³. Davalı ayrıca, diğer kişi veya kişilerin baba olma ihtimalinin kendisinden fazla olduğunu da ispat etmelidir³⁰⁴.

Doğan çocuk ile davalı arasında fiziki benzerlik olmamasına rağmen, ana ile sevgili olan bir erkekle çocuğun fiziki olarak açık bir benzeyişin bulunması hali; kan grubu incelemesinde davalının baba olma ihtimalinin, bir üçüncü erkeğe oranla daha zayıf görülmesi gibi hallerin ispatı, karineyi çürütecek hallere örnek verilebilir³⁰⁵. Belirtmek gerekir ki bir başka erkeğin baba olma ihtimalinin yüksek olduğunun ispatı, genellikle tıbbi deliller ile mümkün olacaktır³⁰⁶.

Eğer birden fazla kişinin baba olma olasılığı söz konusu ise, baba olma ihtimalinin değerlendirilmesi, davalı erkek ile diğer her erkek arasında tek tek mukayese yapılarak, ayrı ayrı incelenir³⁰⁷.

Bir başka erkeğin kendisinden daha fazla baba olma ihtimali olduğu ispatlanmak suretiyle davalı tarafından babalık karinesi çürütülmüşse; davacı, çocuğun davalıdan olduğunu, doğrudan ispatlamak suretiyle davayı kazanabilecek³⁰⁸; aksi takdirde davayı kaybedecektir. Önceki dönemlerde, davacı açısından yerine getirilmesi çok zor olan bu ispat yükü, günümüzde yapılan tıbbi ve genetik incelemeler sayesinde yerine getirilebilir olmuştur. Bu nedenle davacı, tıbbi ve genetik incelemelere başvurarak, davalının baba olduğunu ispatlamak imkânına sahiptir³⁰⁹.

³⁰²Bu konuda bkz. yukarıda s. 83, dn. 295.

³⁰³Akıntürk ise, ananın kritik devrede birden fazla erkek ile ilişkiye girmiş olduğunun ispatlanmasını, karinenin çürütmesi için yeterli görmektedir. Bkz. **Akıntürk**, s. 378. Oysa, Yeni Kanunumuz,Eski Medeni Kanun’da yer alan ciddi şüphe def’ine yer vermediği ve davalıya bir başka erkeğin baba olma ihtimalinin daha kuvvetli olduğunun kanıtlama yükümü yüklediği için, biz bu görüşe katılmıyoruz.

³⁰⁴**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 476.

³⁰⁵**Akıntürk**, s. 378.

³⁰⁶**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 477; **Öztan**, s. 564 .

³⁰⁷**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 476; **Öztan**, s. 564.

³⁰⁸**Akıntürk**, s. 378; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 477.

³⁰⁹Akıntürk babalık karinesinin, başka erkeğin daha yüksek ihtimalle baba olduğunu ispatlanması suretiyle davalı tarafından çürütülmesi durumunda; davacının, davalının baba olduğunu kesin olarak ispatlaması halinde, babalık karinesinin tekrar canlandığını ifade etmektedir. (Bkz. **Akıntürk**, s. 378). Eski Medeni Kanun’da ciddi şüphe def’i ne dayalı olarak babalık karinesinin çürütüldüğü durumlarda, ananın bu def’i yi bertaraf etmesi neticesinde, karinenin tekrar canlanmasının söz konusu olduğu kabul edilmekteydi. Karinenin canlanması hali, davacı tasrafından davalının baba olduğunun

2-BİLİMSEL İNCELEME YÖNTEMLERİ YARDIMI İLE İSPAT

Tıp ve genetik biliminde yaşanan gelişmeler, soybağı hukuku alanında oldukça etkili olmuştur. Bu gelişmelerin bazıları, soybağı alanında yeni bazı kavramları ve çözülmesi güç hukuki sorunları da beraberinde getirmiştir³¹⁰. Ancak bazı gelişmeler ise, soybağı hukuku alanında çözümü zor olan bazı problemleri aydınlatmıştır. Örneğin günümüzde DNA testleri sayesinde, eskiden ispatı oldukça güç olan, bir çocuğun hangi erkekten olduğunun tespit edilmesi, olanaklı hale gelmiştir. İşte bu nedenle babalık davalarında, davasını babalık karinesine dayanarak ispat edemeyen davacı veya baba olmadığını ispatlamak amacıyla davalı, tıbbi ve genetik birtakım incelemelerin yapılmasını talep edebileceği gibi, hâkim de gerek görürse re'sen bu araştırmaların yapılmasına karar verebilir³¹¹.

Bu kısımda babalık davalarının ispatına yönelik olarak, insan vücudu ve insan vücudu kaynaklı materyaller kullanılarak yapılan inceleme ve araştırmalar ile ilgili bilgi vermeye çalışacağız.

a- Konunun Hukuki Çerçevesi

Babalık davalarında bilimsel incelemelerin yapılması ile ilgili düzenleme, soybağı davalarında uygulanacak yargılama usulünü düzenleyen, Medeni Kanun'un 284. maddesinde öngörülmüştür(TMK m. 284/b. 2). Bu bent hükmünde tarafların ve

doğrudan ispatlandığı hallerde değil, sadece ciddi şüphe def'ini bertaraf edici olguları ispatlandığı hallerde mümkün olmaktadır. (Bu konuda bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 349) Dural/Öğüz/Gümüş ise Eski Medeni Kanun'dan farklı olarak Medeni Kanun'un babalık karinesinin çürütülmesine ilişkin sistemi içinde, karinenin tekrar canlanması kurumuna yer verilmediğini ifade etmektedir. (Bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 476, dn. 171). Biz de Eski Medeni Kanun döneminde ciddi şüphe def'ine bağlı olarak kabul edilen karinenin canlanması kurumunun, Yeni Medeni Kanun'da sözkonusu olmayacağını düşünüyoruz. Babalık karinesinin çürütüldüğü durumlarda, davacı babalığı doğrudan ve kesin olarak ispatlamak zorundadır. Bu durumda ise, babalığın karineye gerek kalmadan ispat edilmesi söz konusu olduğu için, karinenin canlanmasından bahsedilmesinin gereksiz olduğunu düşünüyoruz.

³¹⁰Üreme ile ilgili başvuru, birtakım tıbbi imkan ve tedaviler neticesinde ortaya çıkan sorunlar, babalık davası açısından aşağıda incelenecektir. Bkz.s. 139 vd.

³¹¹"... Diğer taraftan babalık davası kamu düzeni ile ilgili olduğundan Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95/2. maddesi hükmüne göre davalının davayı kabul etmesi hukuki sonuç doğurmamaktadır. Mahkemece taraflardan delillerin sorulup toplanması, kan ve genetik bulgular yönünden kendiliğinden inceleme yapılması gerekirken bu hususunda gözardı edilmesi doğru bulunmamıştır ..." Y.2HD, T. 10.2.2005 E. 2004/15804, K. 2005/1735, Kazancı İçtihat Bankası.

üçüncü kişilerin, soybağının belirlenmesi için zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan inceleme ve araştırmalara, rıza göstermekle yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

Babalık davası açısından hükümde belirtilen inceleme ve araştırmalar, babalığın tespitine yönelik tıbbi ve genetik verilerin elde edildiği, tıbbi ve genetik inceleme ve araştırmalardır. Bu incelemeler, insan vücudu ve sperm, tükürük, kan, kemik, kıl vs. gibi, insan vücudu kaynaklı materyaller üzerinde yapılmaktadır. Bu nedenle insanın vücudu üzerinde ne derece hak sahibi olduğunun, bu hakka üçüncü kişiler tarafından, hangi durumlarda, nasıl ve ne ölçüde müdahale edilebileceğinin ve özellikle babalığın tespiti için başvurulacak inceleme ve araştırmaların hukuki çerçevesinin hangi sınırlarla çizildiğinin, belirlenmesi gerekir.

Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki insanın vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı, çok önemli ve kutsal insan haklarından biridir. Nitekim bu hak Anayasa’da da güvence altına alınmıştır. Anayasa’nın 17. maddesinde herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra(AY m.17/f. 1), kişinin vücut bütünlüğünün dokunulmaz olduğu belirtilmiş; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca maddede kişinin, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı da ifade edilmiştir(AY m.17/f. 2).

En önemli kişilik haklarından olan vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı, Medeni Kanun kapsamında da korunmuştur. Kişiliğin korunması ile ilgili bir madde olan Medeni Kanun’un 23. maddesinde, insan kökenli biyolojik maddelerin yazılı rıza üzerine alınmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir(TMK m. 23/f. 3).

Medeni Kanun’un 24. maddesinde ise, kişilik hakkına müdahaleyi hukuka uygun hale getiren sebepler sayılmış ve bu maddede belirtilen nedenler haricinde, kişilik hakkına yapılan her müdahalenin hukuka aykırı olacağını hükme bağlamıştır. Kişilik hakkına müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenler ise, kişilik hakkı zedelenen kişinin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ve kanunun verdiği

yetkinin kullanılması olarak sayılmıştır(TMK m. 24/f. 2). Bu sayılanlar haricinde kişilik hakkına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır ve saldırıya uğrayan kişi hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir(TMK m. 24/f. 1).

Hukukumuzda yer alan bu düzenlemelerin topluca incelenmesi sonucunda, Medeni Kanun'un soybağına ilişkin davalarda başvurulacağını belirttiği(TMK m.284/b. 2), tıbbi ve genetik incelemelerin hukuki çerçevesi çizilebilmektedir.

Soybağına ilişkin davalar açısından taraflar ve üçüncü kişiler, hâkim tarafından bilimsel inceleme ve araştırmaların yapılmasına karar verilen hallerde, bu inceleme ve araştırmalara rıza göstermekle yükümlü kılınmışlardır(TMK m. 284/b. 2). Görüldüğü gibi bu hüküm uyarınca kişiler, vücut bütünlükleri ve dolayısıyla kişilik haklarını ilgilendiren bir konuda rıza göstermeye zorlanmaktadırlar. Aslında kişilik hakkına müdahale teşkil edeceğinden, kişilik hakkını ilgilendiren bir konuda kişinin zorlanmasının, hukuka aykırı bir durum oluşturması gerekir. Çünkü Yukarıda gördüğümüz gibi Medeni Kanun'a göre(TMK m. 24/f. 2), kişilik hakkına yapılan her müdahale, maddede öngörülen hukuka uygunluk nedenlerinden birine veya bir kaçına dayanmadığı takdirde, hukuka aykırıdır. Ancak burada taraf ve üçüncü kişileri bu araştırma ve incelemeye rıza göstermeye zorlayan hâkim, Medeni Kanun'un 284. maddesinin verdiği bir yetkiyi kullanmaktadır(TMK m. 284/b. 2). Kanuni bir yetkinin kullanılması ise Medeni Kanun'un 24. maddesi anlamında kişilik hakkına müdahaleyi hukuka uygun hale getiren bir nedendir(TMK m. 24/f. 2).

Babalık davalarının kamusal niteliği nedeniyle, gerek gerçeğin ortaya çıkmasına yönelik kamu yararının varlığı(üstün kamu yararı), gerekse babasının tespit edilmesi konusunda çocuğun yararının varlığı(üstün özel yarar) da, Medeni Kanun'un 24. maddesi anlamında, kişileri inceleme ve araştırmalar için rıza göstermeye zorlamayı hukuka uygun hale getiren diğer sebepler olarak değerlendirilebilir³¹². Ancak kişileri babalığın tespiti amacıyla yapılması öngörülen inceleme ve araştırmalara rıza

³¹² Acabey, s. 129, 130; Duran, s. 82.

göstermekle yükümlü tutmanın hukuka uygun olabilmesi için, birtakım şartların daha gerçekleşmesi gerekir.

Öncelikle, babalık davalarında inceleme ve araştırmalar başvurulabilmesi için, bu incelemelere başvurulmasının zorunlu olması gerekmektedir(TMK m. 284/b. 2). Bu bağlamda, bu incelemelere başvurabilmek için babalığın taraflarca, başka delillerle olumlu ya da olumsuz şekilde ispat edilememiş olması, bu incelemelere başvurmanın son çare olması³¹³ gereklidir.

İkinci olarak yapılacak, inceleme ve araştırmanın, bu araştırma ve incelemeye katlanmakla yükümlü kişinin sağlığı açısından herhangi bir tehlike yaratmaması gerekmektedir³¹⁴. Örneğin, hemofili hastası olan bir kişiden incelemeler ve araştırmalar için kan alınması gerekiyorsa ve bu da kişinin hayatını veya sağlığı açısından tehlike yaratacaksa, bu kişi açısından inceleme ve araştırmalara rıza göstermekle yükümlü değildir.

Davanın sonuçlanması açısından bu inceleme ve araştırmalara başvurunun zorunlu olduğu ve inceleme ve araştırmaların kişinin sağlığı açısından tehlike yaratmayacağı hallerde, bu yöntemlere başvurulabilmesi için aranacak son şart, davaya bakan hâkim tarafından bu hususta verilen bir kararın olmasıdır. Hâkim kararı olmadıkça, kişiler üzerinde babalığın tespiti amaçlı incelemeler yapılamaz.

Hâkimin yukarıda sayılan şartlara uygun olarak inceleme ve araştırmalara başvurulmasına ilişkin karar vermesi halinde, haklarında karar verilen kişiler bu inceleme ve araştırmalar için yapılması gerekenlere, rıza göstermek zorundadırlar.

Hâkimin kanuna uygun olarak bilimsel inceleme yöntemlerine başvurmaya karar verdiği durumlarda, kendilerinden materyal alınacak kişilerin fotoğraflarının da bulunduğu bir müzekkere yazılır. Ayrıca inceleme için materyal verecek kişilerin sol kolları mühürlenir. Daha sonra, kendilerinden materyal alınacak kişiler, müzekkerede

³¹³Acabey, s. 130; Duran, s. 82.

³¹⁴Acabey, s. 130; Serozan, s. 154.

yazılı tarihte ilgili kuruma giderler ve uzmanların gözetiminde kendilerinden örnekler alınır³¹⁵.

Hâkimin davanın sonuçlanması açısından zorunlu görmesi ve kişilerin sağlığı için tehlike yaratmaması koşullarına bağlı olarak, babalık davalarında bilimsel inceleme yöntemlerine başvurulmasına karar verebileceğini ve bu karar ile incelemeye konu olacak kişilerin bu kararın gereklerini yerine getirme yükümlülüğü altında olduğunu gördük. Ancak ilgili kişilerin, bu incelemelere rıza göstermemeleri, örneğin DNA testi için gerekli materyali vermeyi reddetmeleri mümkün olabilir. Bu durumda, hukukumuz açısından inceleme ve araştırmalara rıza göstermekle yükümlü olan kişilerin, bu yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda ne olacaktır?

Bu durumun yaptırımı, Medeni Kanun'da düzenlenmiştir(TMK m. 284/b. 2). Bu hükme göre; inceleme ve araştırmalara rıza göstermekle yükümlü olan kişinin bu yükümlülüğüne uymaması halinde, hâkim durum ve koşulları değerlendirecek; araştırma ve inceleme sonuçları, yükümlülüğü ihlal edenin aleyhine sonuçlanmış gibi hüküm verebilecektir.

Kanunun bu düzenlemesi gerek Anayasa'nın 17. maddesi, gerek Medeni Kanun'un 23. maddesine uygundur. Bilimsel inceleme ve araştırmalar için bir kişiden sperm, kan, kıl gibi materyaller alınması ve incelenmesi ya da kişinin vücudu üzerinde incelemeler yapılması, aslında kişinin vücut bütünlüğüne müdahale teşkil eder³¹⁶. Asıl olan kişinin vücut bütünlüğüne müdahalenin, ancak onun rızasıyla mümkün olabilmesidir. Bu nedenle babalık davalarında da, ancak inceleme ve araştırmaya rıza göstermekle yükümlü olan tarafın rızası varsa, onun vücudundan materyaller alınabilir veya vücudu muayene edilebilir. Bu hususlara rıza göstermeyen kişiye

³¹⁵DNA testleri konusunda kendileri ile görüştüğümüz Bakırköy Adliyesinde görevli Adli Tıp Kurumu doktorları, uygulamada babalık davası içi materyal alınacak kişilerin kolları mühürlü olarak gelseler bile, bu kimselerin kimliklerini tekrar detaylı bir şekilde tespit ettiklerini, müzekkerede yer alan fotoğrafla benzerlik gösterip göstermedilerini detaylıca araştırdıklarını ifade ettiler.

³¹⁶**Acabey**, s. 129; **Duran**, s. 82; **Serozan**, s. 154.

karşı, yükümlülüğünü yerine getirmesi için, fiziki bir güç uygulanamaz³¹⁷. Fiziki güç kullanılarak, örneğin kişiye zorla iğne saplayarak kan alınması, hukuka aykırıdır³¹⁸.

Ayrıca sadece kişinin rızası olmadan, zor kullanılarak alınan materyaller veya yapılan incelemeler değil; kişinin haberi olmaksızın, gizlice elde edilen materyallere dayanarak yapılan araştırma ve inceleme sonuçları da, hukuka aykırıdır. Bu gibi uygulamalara başvurulması, kişilik hakkının ağır bir biçimde ihlal edilmesi demektir³¹⁹. Kişinin rızası olmadan, zorlama veya gizleme yolu ile elde edilen materyallerin kullanıldığı incelemeler, hukuka aykırı olarak elde edilen materyallere dayandığı için, hâkim yargılamada bu inceleme sonuçlarını delil olarak kabul etmemelidir³²⁰.

İnceleme ve araştırmaya rıza gösterme yükümlülüğüne aykırı davranan kişinin, bu inceleme ve araştırmaları yaptırmaya fiili olarak zorlanamayacağını gördük. Ancak kanunun kendisine yüklediği bir yükümlülüğü yerine getirmeyen kişiye karşı, kanuni bir yaptırım uygulanması gerektiği de çok doğaldır. Aksi takdirde kanun tarafından kişiye bu yükümlülüğün yüklenmesi, anlamsızlaşacaktır. Bu nedenle kanunumuz, kişinin inceleme ve araştırmaya rıza gösterme yükümlülüğüne aykırı davranmasının

³¹⁷ **Acabey**, s. 132; **MEMİŞ**, Tekin/**YILDIRIM**, Mustafa Fadıl; “**Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar**”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S. 1-2, (s. 283-306) , s. 300; **Serozan**, s. 154.

³¹⁸ Eski Kanun zamanında kanunda tıbbi ve genetik materyallere dayalı testlerin yapılması gerekli olduğunda ve bu testler için gerekli olan materyali vermesi gereken kişinin, bu materyalleri vermeye rıza göstermediği halde ne olacağını düzeleyen MK.m.284/b.2 gibi bir hüküm mevcut değildi. Bu nedenle böyle bir durumda ne olacağı doktrinde tartışmalıydı. Doktrinde bir görüş bu materyalleri vermekten kaçınan kişiye karşı fiziki kuvvet kullanılabileceğini, örneğin kişiden zorla kan alınabileceğini savunmaktaydı. Bu görüşü savunanlardan bir kısmının gerekçesi soybağına ilişkin konuklarda gerçeğin ortaya çıkması, soybağının kesin olarak tespit edilmesinde kamu yararının bulunması idi. (EMK m. 24). Bu görüş için bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 210. Bir kısmının gerekçesi ise, o dönemde yürürlükte bulunan 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununun 20. maddesi uyarınca, materyal vermekten kaçınmanın kamu hukukundan doğan bir yetkinin kullanılmasının engellenmesi olarak görülmesi idi. (Bu görüş için bkz. **Tekinay**, s. 407). Buna karşın doktrindeki baskın görüş, materyal vermekten kaçınan kişiye karşı fiziki zor kullanmayı vücut bütünlüğünün ihlali olarak görmekte ve hukuka aykırı bulmaktaydı. Bkz. **Velidedeoğlu**, s. 325; **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 430. Bugün için ise Medeni Kanunumuz rıza göstermekten kaçınma halinde, bu durumun sadece kaçınan aleyhine bir karine oluşturduğunu açıkça öngördüğü için, kişiye karşı bu materyallerin alınması için zor kullanmak söz konusu olamaz. Aynı görüşte **Acabey**, s. 132, 134; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 445.

³¹⁹ **Memiş/Yıldırım**, s. 300.

³²⁰ Aynı görüş için bkz. **Serozan**, s. 155.

yaptırımı olarak, bu durumun kişi aleyhine bir fiili karine³²¹ teşkil etmesini benimsemiştir (TMK m. 284/b. 2). Bu hüküm gereğince babalık davasında, örneğin davalı erkek inceleme ve araştırmaya rıza göstermezse hâkim, araştırma ve testlerin erkeğin baba olduğunu ispat ettiğini varsayarak; davalının babalığın hükmedebilecektir. Ancak hâkim, rıza göstermeyen davalının baba olduğuna hükmetmek zorunda değildir. Hâkim burada bir takdir hakkına sahiptir. Ancak hâkim karinenin aksi yönünde karar vermesi halinde, gerekçe göstermelidir³²².

b- Kullanılan Yöntemler

Bir erkeğin bir çocuğun babası olup olmadığını ispat etmek, oldukça güç bir iştir. Bu nedenle kanunda bazı karinelere yer verildiğini daha önce belirtmiştik. Ancak bu karineleri temelini, çoğu zaman sadece iki kişi tarafından bilinen, diğer kimseler açısından ise bir sır olan cinsel ilişki oluşturmaktadır. Bu nedenle de gerek karinelerin tam anlamı ile ispat edilmesi, gerekse de ispatlanan karinenin çürütülmesi, oldukça sıkıntılı bir iştir. Bu nedenle babalık davalarında tıp ve genetik biliminin imkânlarına çok sık başvurulmaktadır. Günümüzde gelişen yöntemler sayesinde, bir erkeğin iddia edildiği gibi bir çocuğun babası olup olmadığı, yüzde yüze yakın bir gerçeklikle tespit edilebilmektedir³²³ Bu kısımda babalığın tespitinde günümüzde kullanılan bilimsel inceleme yöntemleri hakkında kısaca bilgi verilecektir.

³²¹ **Duran**, s. 83; **Serozan**, s. 154. Fiili karine, kanuni karineden farklıdır. (Kanuni karine kavramı için bkz. yukarıda s. 16.dn. 44). Fiili karine, kanun tarafından öngörülmüş olmamakla birlikte, ispat edilen bir olgudan, başka bir olgunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkarılması olarak tanımlanmaktadır. Örneğin sabah kalkıldığında, heryerin ıslak olmasının, gece yağmur yağdığına karine olması gibi. Fiili karinelerde, hakim ispat edilen olgunun, ispat edilecek hususa ilişkin fiili karine olup olmadığını, delillere ilişkin takdir yetkisini kullanarak dikkate alır ve karinenin oluştuğuna kanaat getirirse, karinenin ortaya koyduğu hususun, ayrıca ispatına gerek kalmaz. **Oğuzman/Barlas**, s. 247. Fiili karinenin, kanuni karineden en büyük farkı, kanuni karinede yer alan unsurların ispatı edilmesi halinde, karşı tarafça bu karinenin aksi isbat edilene kadar, hakim karineye uygun karar vermek zorundadır. Fiili karinelerde ise hakimin, karinenin oluşup oluşmadığına dair takdir yetkisi vardır.

³²² **Duran**, s. 83.

³²³ **Akıntürk**, s. 377; **Gültepe**, s. 500.

aa- Kan İncelemesi Yöntemleri

Kan incelemesi yöntemleri, soybağının tespitine ilişkin davalarda 1930'lu yıllardan³²⁴ 1990'lı yıllara kadar ülkemizde çok sık başvurulmuş, bilimsel inceleme yöntemleridir³²⁵. Klasik Kan Grupları Muayenesi³²⁶, Rhesus Metodu³²⁷ ve MN Faktörleri Metodu³²⁸ olmak üzere üç temel kan inceleme yöntemi bulunmaktadır³²⁹.

İnsan kanı, yapısında bulunan belirli biyolojik özelliklere göre çeşitli gruplara ayrılmaktadır. Doğan bir çocuğun kanı ise ya anasının, ya babasının ya da her ikisinin kanı ile yapısal benzerlik gösterir. Örneğin klasik kan grubu metodunda insan kanı; A grubu, B grubu, AB grubu ve 0 grubu olmak üzere başlıca dört gruba ayrılmaktadır. Anası 0, babası B grubu olan bir çocuk ya anasının grubu olan 0 grubu, ya da babasının grubu olan B grubu olabilir. Çocuk A grubu ise, bu çocuğun başka bir erkekten olduğu ortaya çıkar³³⁰.

Kan incelemesi yöntemlerinde hem ananın, hem çocuğun, hem de baba olduğu iddia edilen erkeğin kanı incelenerek bir sonuca ulaşılabilir. Eğer çocuğun kanında ana ve davalı erkeğin kanında bulunmayan bir yapısal özellik varsa, çocuğun başka bir erkekten olduğu ortaya çıkar. Ancak çocuğun kanı ile davalı erkeğin kan grubu aynı olsa bile, bu durum çocuğun davalı erkekten olduğunu kesin olarak göstermez. Çünkü aynı kan grubunu taşıyan pek çok insan bu nedenle de pek çok erkek vardır.

³²⁴“...Adli Tıp İşleri Meclisi tarafından raporda, davacı ve müddeialeyh ve çocuğun her üçünün kanlarının (A) grubuna mensup oldukları ve çocuk ile müddeialeyh arasında bilhassa kulak ve burun ve ağız şekillerinde kayda şayan bir benzerlik görüldüğü ve bu neticelere nazaran çocuğun müddeialeyhten olduğuna dair bulunan iddianın fennen reddedilmeyeceği beyan olunmuş ise de...”, Y.2HD, T. 31.03.1935, E. 1935/21, K. 1935/582, **TEPECİ**, Kamil; **Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi**, C. 1, Doğu Matbaası, Ankara, 1946, s. 260, 261. Ayrıca bkz. Y.2HD, T. 28.05.1940, E. 1940/309, K. 1940/2187, **Tepeci**, s. 261.

³²⁵ **Duran**, s. 85; **Gültepe**, s. 499.

³²⁶ Bu metod için bkz. **TUNALI**, İbrahim; **Adli Tıp**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2001, s. 201, 202.

³²⁷ Bu metod için bkz. **Tunalı**, s. 204, 205.

³²⁸ Bu metod için bkz. **Tunalı**, s. 203, 204.

³²⁹ **Acabey**, s. 127,128; **Duran**, s. 85, **Oğuzman/Dural**, s. 208; **Öztan**, s. 533. Bunların yanında, P kan grubu, Kell kan grubu, Lutheran kan grubu metodu ve Duffy(Fy) faktörü ve Kidd Faktörü adı ile anılana metodlarda mevcuttur. **Tunalı**, s. 207 – 211.

³³⁰ **Oğuzman/Dural**, s. 208, 209, dn. 391; **Tunalı**, s. 202.

Bu yüzden kan incelemesi yöntemleri babalık davaları açısından ancak davalı erkeğin, çocuğun babası olmadığına dair olumsuz kanıt teşkil etmektedirler³³¹.

Günümüzde kan incelemesi yöntemlerinin tek tek veya bir arada kullanılmaları ile bir erkeğin, bir çocuğun babası olmadığı, yüzde yüze yakın oranda bir kesinlikle tespit edilebilmektedir³³².

1990'lı yıllardan itibaren ise genetik bilimindeki ilerlemeler sonucunda; gen analizlerine dayanan, babalığın olumlu ve ya olumsuz olarak tespit edilmesini daha güvenilir bir şekilde mümkün kılan, bilimsel incelemelerin kullanılmaya başlaması ile artık kan testleri uygulamadaki önemini yitirmektedir³³³. Ancak babalığın olumsuz ispatı açısından hala güvenilir bir yöntem olması itibariyle, uygulamada öncelikle kan testlerine başvurulmakta; bu yöntemle kesin bir sonuca ulaşılamadığında diğer yöntemlere başvurulmaktadır. Böylece hem daha uzun zaman alan, hem de daha pahalı olan diğer yöntemlere başvurulmadan, bazı davalar sonuçlanabilmektedir.

³³¹ **Belgesay**, s. 282; **Gültepe** s. 500. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir: “*Dava, babalığın tespit istemine ilişkindir. Davalı 01.04.1963, davacı ise 01.01.1968 doğumlu olup ikisi de kayden bekardır. Davalının babası olduğu iddia edilen küçük çocuk 13.11.1986 tarihinde dünya'ya gelmiştir. Tarafların iddia ve savunma doğrultusunda dinlettikleri tanıkların beyanları, davanın kabulüne ya da reddine karar vermeye yeterli içerikte bulunmamaktadır. Yapılan kan tahlili babalık hususunda ancak olumsuz bir delil sağlayarak çocuğun davalı babadan olmadığını belirleyebilir. Yoksa çocuğun babasının davalı olduğunu kesin olarak saptayamaz...*”, Y.HGK T.05.02.1992, E.1991/2-62, K. 1992/44, Kazancı İçtihat Bankası.

³³² **Acabey**, s. 128; **Duran**, s. 86; **Gültepe**, s. 499; **Oğuzman/Dural**, s. 208; **Öztan**, s. 533; **Serozan**, s. 157.

³³³ **Duran**, s. 85.

bb- Antropobiyolojik ve Kalıtsal İnceleme Yöntemi

Bu yöntem, ırsi benzerliklerin araştırılması esasına dayalı bir yöntemdir³³⁴. Bu yöntemde babalığın tespiti amacıyla; ana, çocuk ve davalı erkeğin, kafatası kemikleri, cilt yapıları gibi ırsi özellikleri incelenerek; karşılaştırmalar yapılır. Bu karşılaştırmalar sonucu çocuğun, davalı erkekten olduğu veya olmadığına dair ya kesine yakın bir delil elde edilir; ya da bu yöntemle davalının, çocuğun babası olup olamayacağına ilişkin kesin bir sonuca varılamayacağı ortaya çıkar³³⁵. Bu yönteme başvurulabilmesi için çocuğun 3 yaşından büyük olması gerekmektedir³³⁶. Görüldüğü gibi antropobiyolojik testler ile hem olumlu kanıt, hem de olumsuz kanıt elde etme imkânı vardır.

cc- DNA Testleri

DNA³³⁷; Adenin, Timin, Guanin ve Sitozin adı verilen dört ana yapı taşından oluşan; canlıların genetik bilgilerini içeren ve kişiye özgü genetik özelliklerin temel yapıtaşı olan, moleküler yapıdır³³⁸. DNA'lar hücre çekirdeği içerisinde yer alan kromozomlarda bulunurlar.

³³⁴“... Yapılan kan tahlili babalık hususunda ancak olumsuz bir delil sağlayarak çocuğun davalı babadan olmadığını belirleyebilir. Yoksa çocuğun babasının davalı olduğunu kesin olarak saptayamaz. Ne var ki, babanın kim olduğunu tayin ve tespit için tıpta büyük bilimsel gelişmeler gerçekleşmiştir. Bilimin sağladığı olanaklardan imkan oranında yararlanılması gerektiği kuşkusuzdur. Nitekim, ‘ırsi’ özelliklerin antropobiyolojik tahlili yöntemi, emsal uyumsuzluklarda Avrupa’da da yaygın olarak kullanılmaktadır. Bazı müelliflerce bu yöntem ile yapılan tahlillerde kesinliğe yakın sonuçlara varıldığı ileri sürülmektedir... Bu itibarla uyumsuzluğun niteliğine göre olayda hukuksal ve sağlıklı çözüme ulaşılabilmesi için benzerlik araştırması da dahil gelişen tıp imkanlarından yararlanmak suretiyle, uzman doktorlar kurulundan rapor alınması, gerekirse Adli Tıp’a mütalaa için başvurulması ve dosyadaki mevcut tüm delillerin birlikte değerlendirilerek, hasıl olan sonuca göre bir karar verilmesi gerekir...” , Y. HGK, T.05.02.1992, E.1991/2-62, K. 1992/44, Kazancı İçtihat Bankası. Bu yöntem için bkz. **Tunalı**, s. 212, 213. Ülkemizde ise bu yönteme başvurmak için, çocuğun beş yaşını doldurmasının beklenmesi bir gelenek haline gelmiştir(**Tunalı**, s. 212).

³³⁵ **Acabey**, s. 128; **Duran**, s. 85; **Oğuzman/Dural**, s. 209; **Öztan**, s. 533; **Serozan**, s. 157.

³³⁶ **Doğan**, s. 3043, **Tunalı**, s. 212.

³³⁷ DNA’nın açılımı Deoksiribo Nükleik Asittir.

³³⁸ **Memiş/Yıldırım**, s. 285; **POLAT**, Oğuz; **Klinik Adli Tıp - Adli Tıp Uygulamaları**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2004, s. 374.

Aslında her insanın DNA diziliminin büyük bir bölümü, diğer insanlarla aynı şekil yapısına sahiptir. DNA'nın, kişinin kendine özgü özelliklere sahip olmasını sağlayan bazı kısımları vardır ki, bu bölümlere gen(kısa protein parçası) adı verilir³³⁹. Kişilerin kendine özgü özelliklere sahip olmasını sağlayan bu DNA bölümleri ise; tek yumurta ikizleri hariç, aynı parmak izi gibi her kişide farklı yapıdadır³⁴⁰. Bu nedenle DNA “genetik parmak izi” olarak da adlandırılmaktadır³⁴¹. İşte DNA testleri de, kişilerin kendine özgü özelliklerini içeren bu gen noktalarının incelenmesine dayanmaktadır³⁴².

İnsanda 23 çift, yani toplamda 46 kromozom bulunur. Bu kromozomların yarısı anneden, yarısı babadan gelmektedir³⁴³. Bu nedenle bir çocuk ile genetik ana ve babası arasında ortak gen noktaları bu nedenle de ortak DNA dizilimleri bulunacaktır. Babalık davalarında da ana, baba olduğu iddia edilen erkek ve çocuktan alınan kan, doku parçası gibi vücut kaynaklı materyaller incelenerek³⁴⁴, çocuğun DNA'sında yer alan dizilimlerden hangilerini anasından, hangilerini babasından aldığı belirlenir. Bu belirleme sonucunda babadan gelen kısımların, babalık davasında baba olduğu iddia edilen erkek ile benzerlik gösterip göstermediği, gösterdiği takdirde bu erkeğin baba olma ihtimalinin yüzde olarak hesaplaması yapılır³⁴⁵. Günümüzde DNA testleri ile bir erkeğin bir çocuğun babası olup olmadığı, yüzde yüze yakın oranlarda³⁴⁶ belirlenebilmektedir³⁴⁷.

DNA testleri ile soybağı ilişkilerinin kesine yakın oranlarda tespit edilmesi nedeniyle, bu testler gerçeğin ortaya çıkması açısından oldukça faydalı ve

³³⁹ **Memiş/Yıldırım**, s. 285.

³⁴⁰ **Polat**, s. 374.

³⁴¹ **Acabey**, s. 128, **Köseoğlu**, s.337.

³⁴² DNA testlerinde günümüzde en çok tercih edilen yöntem, uygulamada PCR olarak adlandırılan, (Protein Chain Reaction) Protein Zincir Reaksiyonu yöntemidir.

³⁴³ **Duran**, s. 87.

³⁴⁴ Kan, deri parçası, sperm, tükürük, kıl veya insan ile ilgili herhangi bir biyolojik materyal ile dna testi yapılabilir. **Acabey**, s. 128; **Memiş/Yıldırım**, s. 285; **Polat**, s. 373.

³⁴⁵ Dna testine ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Memiş/Yıldırım**, s. 285, 286;

³⁴⁶ Erkeğinyüzde yüz baba olduğuna dair bir sonuç verilmemesinin nedeni, dna testinin bir olasılık hesabı olması ve aynı dna diziliminin çok düşük bir ihtimalle olsa, dünyada yaşayan yaklaşık altı milyar insanda bir tekrar etme olasılığının bulunmasıdır.

³⁴⁷ **Acabey**, s. 123; **Gültepe**, s. 500; **Polat**, s. 373. “... Tıp ve genetik bilimi ilerlemiş, yapılan genetik incelemeler sonucu kocanın baba olabileceği %99.99, baba olamayacağı ise %100 oranında belirlenebilmektedir....” Y.2HD, T. 11.03.2004, E. 2004/1988, K. 2004/3092, **Köseoğlu**, s. 360, 361.

önemlidirler. Ancak doktrinde, DNA testlerinin yaratacağı birtakım problemlerden de bahsedilmektedir³⁴⁸. DNA testi ile ilgili bu kısmı bitirmeden önce, DNA testlerinin ve buna bağlı olarak insanların genetik bilgilerinin elde edilmesinin yaratabileceği bazı hukuki problemlere değineceğiz.

DNA testlerinin yaratacağı problemlerden birisi olarak, yıllar yılı kanıksanmış, kabul edilmiş aile ilişkileri bakımından tehlike oluşturma ihtimali gösterilmektedir³⁴⁹. Örneğin bir kişinin, 15–20 yıl boyunca bakıp büyüttüğü bir çocuğun, kendisinden olmadığını DNA testi ile öğrenmesi halinde, uzun yıllardır aile fertleri arasında var olan sosyal-manevi bağ zarar görecektir. Bu nedenle herkesin, her zaman için maddi gerçeği öğrenme hakkına sahip olup olmadığı; bireyin gerçeği öğrenme hakkı ile ailesel düzenin sürdürülmesindeki hem ailesel, hem de toplumsal menfaatler arasındaki dengenin nasıl kurulacağı gibi konular, DNA testlerinin yaratabileceği tartışma konularından birkaçıdır³⁵⁰. Bu problemin aşılma yolu olarak; DNA testine ancak hâkim kararı ile ve ancak zorunlu olması durumunda başvurulabilmesi, DNA testi yapılmasını talep edebilecek kişilerin sayısının dar tutulması ve DNA testlerinin ancak belli hak düşürücü süreler içerisinde yaptırılabilmesinin mümkün olması gerektiği gibi öneriler sunulmaktadır³⁵¹.

Bu öneriler babalık davaları açısından değerlendirildiğinde, şöyle sonuçlara ulaşmak mümkündür: DNA testi sonuçlarının babalık davasında kullanılabilmesi ve hukuki delil niteliği taşıyabilmesi, davaya bakan hâkim tarafından, bu testin yapılmasına karar verilmesi halinde mümkündür. DNA testinin yapılması ise sadece ya davanın taraflarınca (ana, çocuk veya çocuk adına kayyım, babalık davasının davalısı) talep edilebilir; ya da bu testin yapılmasına hâkim re'sen karar verebilir. Bu nedenle davada taraf olmayan kişilerin, babalık davası ile ilgili olarak DNA testi yapılmasını istemesi mümkün değildir. Bu nedenle DNA testinin aile ilişkilerine zarar vermesini engelleyici olarak görülen iki durum da, babalık davaları açısından zaten mevcuttur. Ayrıca babalık davasını açma hakkı, Medeni Kanunumuz'da yukarıda gördüğümüz

³⁴⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Memiş/Yıldırım**, s. 283-306;

³⁴⁹ **Duran**, s. 88; **Memiş/Yıldırım**, s. 285.

³⁵⁰ **Memiş/Yıldırım**, s. 284, 285, dn. 5.

³⁵¹ **Duran**, s. 88; **Memiş/Yıldırım**, s. 305,306.

gibi oldukça kısa hak düşürücü sürelerle bağlanmıştır. Bu nedenle babalık davası açısından sonuç doğurabilecek DNA testi de, ancak babalık davasına ilişkin hak düşürücü sürelerin dolmasından önce yapılması halinde bir anlam taşır.

DNA testlerine mutlaka hak düşürücü süreler içerisinde başvurulabilmesi gerektiği, bu sayede aile ilişkilerinin zarar görmesinin engelleneceği fikri ise, bizce babalık davaları açısından kabul edilemez. Çünkü bir çocuğun babalık davasına konu olabilmesi için, başka bir erkekle arasında soybağı ilişkisinin olmaması gerekmektedir. Bu nedenle babalık davasına konu olan çocuk, soybağı reddedilmiş veya soybağı başka bir nedenle geçersiz kılınmış veyahut da bir erkeğe hiçbir zaman soybağı ile bağlanmamış, bu nedenle zaten ya babası olarak bildiği kişi ile bağları kopmuş veya babası ile bağı hiç kurulmamış olan bir çocuktur. Bu nitelikteki bir çocuğun babasına hâkim hükmü ile bağlanması ise, yıllarca kanıksanmış ilişkileri zedeleme noktasında, çocuk açısından sakınca yaratmaz. Bu durumun, babalığına hükmedilen kişinin aile bağları açısından sorun yaratabileceği düşünülebilirse de, babalık davasının kısa hak düşürücü sürelerle bağlanması konusunu eleştirirken de belirttiğimiz gibi, evlilik dışı bir ilişki sonucu bir çocuğun doğmasına neden olan baba, bu fiilin sonucuna süre sınırlaması olmaksızın katlanmalıdır. Bu nedenle babalık davasında bulunan hak düşürücü sürenin kaldırılması gerektiğini düşünüyor ve DNA testlerinin yaratacağı bazı problemlere engel olunması amacı ile, bu testlere başvurunun belli hak düşürücü sürelerle kısıtlanması gerektiği görüşüne, babalık davası açısından katılmıyoruz.

Günümüzde genetik bilimindeki ilerleme neticesinde genetik dizilimler açığa çıkarılabilmekte, bu dizilimlere müdahale edilebilmektedir. Bu ilerlemeler neticesinde, bazı genetik hastalıkların önceden tespit edilmesi ve tedavi edilmesi; her iklime uygun bitki örtüsü yetiştirilebilmesi gibi insanlık açısından faydalı sonuçlara ulaşılması mümkündür³⁵². Ancak genetik dizilimlerin çözülmesi ve bunlara müdahale edilmesi sonucu, bu teknolojinin kötü niyetle kullanılması halinde; bunun büyük felaketlere de yol açabileceği, gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin genetik

³⁵² Memiş/Yıldırım, s. 286.

dizilimlerin çözülmesi sayesinde, sadece bazı ırkların zarar görmesini sağlayacak tarzda kimyasal veya biyolojik silahlar üretilebilecek³⁵³; veya genetik dizilimlere müdahale edilmek suretiyle insanlarla değişik canlıların genetik birleştirilmesi sonucu, ucube olarak nitelendirilebilecek değişik canlıların oluşturulması mümkün olabilecektir³⁵⁴.

DNA testleri de, kişilerin genetik bilgilerinin ulaşılmasını sağlayan testlerdir. Bu nedenle bu testlerin denetimli ve güvenliği tam kurumlarda yaptırılması, testler sonucunda ulaşılan bilgilerin saklanması ve korunması, sonuçların sadece testin yapılmasına konu olan davada kullanılması, sonuçların üçüncü kişilerin eline geçmemesi gibi hususlar, oldukça önem taşır. Bu hususların ayrıntılı olarak kanuni düzenlemelerle hükme bağlanması bir zorunluluktur³⁵⁵. Hukukumuz açısından ise DNA testlerinin yapılması konusunda kanuni düzenlemeler bulunmadığı için³⁵⁶, DNA testleri bu açıdan da eleştirilebilir konu olmaktadır.

³⁵³ **Memiş/Yıldırım**, s. 297.

³⁵⁴ **Memiş/Yıldırım**, s. 287.

³⁵⁵ **Memiş/Yıldırım**, s. 302-305; **Gültepe**, s. 504.

³⁵⁶ 28 Ocak 1981 tarihinde hazırlanıp, 1985 yılında yürürlüğe giren, kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında bireylerin korunmasına ilişkin Avrupa Kanseyi'nin 108 sayılı sözleşmesine Türkiye imza koymuşsa da, bu güne kadar iç hukukunda bu sözleşmenin hükümlerini hayata geçirecek kanuni düzenlemeyi yapmamıştır. (**Gültepe**, s. 304; **Memiş/Yıldırım**, s. 303). Ancak burada 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzun, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar ana başlığını taşıyan 9. bölümünde, "Kişisel Verilerin Kaydedilmesi" (TCK m. 135) adı altında düzenlenen suç tipine değinmekte fayda görüyoruz. Madde hükmü şu şekildedir:

"Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla hapis cezası verilir(f. 1).

Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, Cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır(f. 2)". Kanımızca tıbbi ve bilimsel incelemelerden elde edilen her türlü sonuç ve özellikle kişilere ait genetik bilgilerin de bu madde kapsamında mütalaa edilmesi; bu tip kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesinin de maddede öngörülen şekilde cezalandırılması mümkündür. Özellikle maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve kişilerin ırkı köken ve sağlık durumlarına ilişkin kişisel verilerini de bu suç kapsamına sokan ibarelerden, bu sonuca ulaşmaktayız. Ancak gerek kanundaki yeri, gerekse ifade tarzı nazara alındığında, bu maddenin esas olarak kişilerin özel hayatlarının sesli veya görüntülü olarak kayıt altına alınması veya kişisel verilerin kamu oyunda "fişleme" olarak da adlandırılan şekilde, hukuka aykırı olarak kaydedilmesini engellemek amacı ile kanuna konulduğu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle konunun önemine binaen hukukumuzda da kişisel veri elde edilmesine yönelik tıbbi ve bilimsel incelemelerin hangi hallerde, hangi kurumlarda, ne şekilde yapılacağı; bu incelemelerden elde edilen verilerin kimlerce, hangi koşullarda kullanılabileceği; bu verilerin ne şekilde saklanacağı; bu konuda öngörülen kurallara uymamanın yaptırımının ne olacağı gibi hususlarda, ayrıntılı kanuni düzenlemelere ihtiyaç vardır. Ancak bu düzenlemeler yapılana kadar, Türk Ceza Kanunu'nun 135. maddesinin, konu ile ilgili uygulanabilecek bir hüküm olduğu kanaatindeyiz.

Gerçekten de ülkemizde DNA testlerinin hangi kurum tarafından, hangi koşullarda yapılacağı; insanlardan biyolojik materyallerin nasıl alınacağı; bunların ve test sonucunda ulaşılan verilerin nasıl korunacağı gibi hususların detaylı kanuni düzenlemelere henüz konu olmaması, çok büyük bir eksiklik³⁵⁷. Babalık davalarında uygulanan DNA testleri açısından da bu konu, bir sorun teşkil etmektedir. Bu testler kanuni bir zeminde yapılmadığı için hâkimlerin bu testlere karşı şüpheyile yaklaşması; ayrıca kişilerin, genetik bilgilerinin güvenli bir ortamda korunup korunamayacağı konusunda şüpheleri olması dolayısı ile, testlerin yapılmasına rıza göstermekten kaçınmaları ihtimali vardır. Hukuk devleti, kişilere hukuki güvence sağlayan devlettir. Bu noktada devletimiz, kişilere DNA testi ile ilgili her türlü kanuni güvenceyi sağlamalıdır. Aksi takdirde kişilere bu testlerin yapılmasına ilişkin rıza göstermek yükümlülüğünün yüklenmesi, adalete aykırılık teşkil edecektir.

DNA testleri ile ilgili açıklamalarımıza son vermeden önce bir konuya daha değinmekte fayda görüyoruz.

Bilindiği gibi artık DNA testleri sayesinde bir erkeğin bir çocuğun babası olup olmadığı, yüzde yüze yakın oranlarda tespit edilebilmektedir. Ancak DNA testleri son yıllarda tıp bilimi ve teknolojinin gelişmesi sonucunda bulunan testler oldukları için, bu testlerin hukuki alanda kullanılmasının ve kullanılmasının yaygınlaşmasının tarihi özellikle ülkemiz açısından çok yenidir. Bu testlere başvurma imkânı olmayan dönemlerde ise bir erkeğin bir çocuğun babası olup olmadığına dair kararlar, tarafların bu yöndeki iddia ve savunmaları ve birtakım karineler yardımı ile verilmekte olduğu için, her zaman doğruyu yansıtmayabilmekteydi. Bu nedenle açtıkları babalık davasının haksız olarak reddedildiğini veya bir çocuğun kendisine soybağı yönünden haksız olarak bağlandığını düşünen kişiler, soybağı ilişkisinin olup olmadığının kesin olarak saptanmasını mümkün kılan DNA testleri

³⁵⁷ Bir çok Avrupa ülkesi dna testleri ve gen analizlerinin ticari amaçlı veya yetkisiz kimselerce kullanılmaması konusunda gerekli kanuni düzenlemeleri yapmışlardır. Örneğin İsviçre’de de dna testleri ve gen analizlerinin soybağı tespitinde kullanılması mümkündür. Ancak İsviçre, kişisel verilerin hertürlü izinsiz ve yetkisiz kullanılmasını yasaklayan; bu tür kullanımları cezalandıran, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve insan, bitki, çevre sağlık ve güvenliğinin korunmasını amaçlayan, Gen Teknik Kanununu kabul etmiştir. **Memiş/Yıldırım**, s. 300-301.

sonuçlarından faydalanmak sureti ile kendi iddialarının doğruluğunu mahkeme huzurunda tekrardan kanıtlamak isteyebilirler. Ancak daha önce bu konuda verilmiş bir mahkeme kararının olması, bu kişilerin kesin hüküm itirazı ile karşılaşmalarına ve bu konuyu tekrar mahkeme huzuruna taşıyamamalarına neden olacaktır³⁵⁸. Hukukumuz açısından kesin hükme karşı bu kişilerin sahip olabileceği tek imkân yargılamanın yenilenmesi yolu olabilir³⁵⁹. Ancak yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin kanunda sınırlı olarak sayılması, günümüzde yapılması mümkün hale gelen DNA testlerine ilişkin sonuçların, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sorusunu da beraberinde getirmiştir.

Kanımızca Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun’unda düzenlenen yargılamanın yenilenmesine ilişkin sebeplerden birisi(HUMK 445/b. 1), bize bu konuda yol gösterebilecek niteliktedir. Bu hükme göre mücbir sebep nedeni ile yargılama esnasında elde edilemeyen bir senet veya belgenin sonradan ele geçirilmiş olması, yargılamanın yenilenmesi sebebidir. Günümüzde yapılmaya başlanan DNA testleri sonucunda elde edilen test sonuçlarının da, bu madde kapsamında yargılama esnasında elde edilemeyen, sonradan elde edilen belge olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu görüş, soybağının hiçbir kuşkuyla yer verilmeyecek tarzda kesin ve doğru bir şekilde tespit edilmesini arayan, bunda kamu yararı gören; bu nedenle hâkime soybağı davalarında re’sen araştırma yetkisi veren, kişilere ise soybağının tespiti ile ilgili inceleme ve araştırmalara rıza gösterme yükümü yükleyen Medeni Kanunumuz’daki anlayış ile de uyumludur³⁶⁰.

³⁵⁸ Kişiler arasındaki anlaşmazlık ve çekişmelerin hukuki açıdan bir noktada kesin olarak hükme bağlanarak son erdirilmesi hem toplum barışının sağlanması, hem de hukuka duyulması gereken güven açısından gereklidir. Bu nedenle dava konusu yapılan anlaşmazlıkların bir noktada kesin olarak karara bağlanması ve aynı konuda bir daha dava açılmaması için hukukumuzda “kesin hüküm” kurumu kabul edilmiştir. Kesin hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ercan**, s. 437-448.

³⁵⁹ Medeni usul hukuku açısından Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nda sınırlı olarak sayılan sebeplere dayanılarak(HUMK m.445), kesin hükme konu olan dava konusunun mahkeme huzurunda tekrar yargılama konusu yapılması ve bu yargılama sonucunda kesin hüküm teşkil eden önceki mahkeme kararının ortadan kaldırılması mümkün olabilmektedir ki buna imkan veren hukuki yol yargılamanın yenilenmesi(iade-i muhakeme) kurumudur(HUMK m. 445-454).

³⁶⁰ DNA testleri sonuçlarının soybağı davaları açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi olması gerektiği yönünde bkz. **Gültepe**, s. 505.

Bu görüşe, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesinin 1. bendinde sözü geçen belgenin yargılama sırasında var olması gerektiği³⁶¹ ve DNA testinin sonucuna ilişkin belgenin ise o sırada var olmadığı, bu nedenle DNA testlerinin babalık davaları açısından yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak mütalaa edilemeyeceği itirazı öne sürülebilir. Bu itiraza karşı, babalık davasını kesin olarak hükme bağlanmasını sağlayan DNA testlerinde kullanılan fiziki materyallerin, yargılama esnasında da mevcut olduğu, yalnız bu materyallerin, bir mücbir sebep olarak mütalaa edilebilecek teknik imkânsızlıklar nedeni ile yargılamada delil olarak kullanılmadığı fikri savunulabilir. Ayrıca soybağına ilişkin davalarda, genel hukuk yargılamalarından farklı bir yargılama usulünün benimsenmesi, bu davalarda ceza yargılamasında olduğu gibi maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasının amaçlandığını göstermektedir. Ceza yargılaması hukukunda ise yeni delil elde edilmesi, yargılamanın yenilenmesi sebeplerinden biridir(Ceza Muhakemesi Kanunu m. 311/ b. e). Bu nedenle soybağına ilişkin davaların kamusal niteliği ve bu davalarda maddi gerçeğin ortaya çıkmasının önem taşıması hususları göz önünde bulundurularak DNA testi sonuçlarının, babalık davaları açısından yargılamanın yenilenmesi nedeni olarak kabul edilmesi ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesinin 1. bendinin, buna uygun olarak geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

c- Bilimsel Yöntemlerin Hukuki Niteliği

Babalık davalarında hâkim tarafından bilimsel inceleme yöntemlerinin kullanılmasına karar verilmesinin hukuki niteliği, hâkimin bilirkişiye başvurusudur³⁶². Bilirkişilik kurumu Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiştir(HUMK, m. 275 – 286). Esasen bir olayda bilirkişiye gidilmesi gerekip gerekmediğini, yani çözülmesi gereken sorun hakkında bilgisinin yeterli olup olmadığına karar verme yetkisi hâkime aittir. Bu nedenle babalık davalarında da,

³⁶¹Doktrinde, bir belgenin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 445. maddesinin 1. bendi kapsamında olabilmesi için, bu belgenin dava sırasında var olması da bir şart olarak aranmaktadır. Örnek olarak bkz. **Ercan**, s.431.

³⁶²Bir davada çözümü hakim tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgi gerektiren konularda, mahkemece görüşüne başvurulmuş üçüncü kişilere bilirkişi denir **Kuru(C. 3)**, s.2622. Bilirkişilik kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz, **Kuru(C. 3)**, s. 2621-2826.

hâkim mevcut deliller ile babalık davasını çözeceği kanaatindeyse, bilimsel inceleme yöntemlerine başvurmayabilir. Ancak babalığın tespiti hususunda bilimsel inceleme yöntemlerinin kullanılmasına karar vermesi halinde hâkim, bu incelemelerin yapılması için mutlaka bilirkişiye başvurmak zorundadır. Çünkü insan vücudunun muayenesi, kan testi, DNA testi gibi yapılması tıp bilimini ilgilendiren konular, özel ve teknik bilgi gerektiren konulardandır³⁶³.

Bilirkişiye başvurulmasını taraflar talep edebilirler. Hâkim de re'sen gerekli görürse bilirkişiye başvurabilir. Ancak re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, eğer gerekliyse³⁶⁴ hâkim bilirkişiye başvurmak zorundadır³⁶⁵. Babalık davalarında da re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğu için, sonuca gitmek için bilimsel inceleme yapılması zorunlu ise, hâkim bu incelemelerin uzman bilirkişilerce yapılmasına karar vermek zorundadır³⁶⁶.

Ülkemizde şu anda başta Adli Tıp Kurumu³⁶⁷ olmak üzere, Üniversite Adli Tıp Anabilim Dalı olarak Akdeniz ve Ankara Üniversitelerinde, Polis ve Jandarma kriminal laboratuvarlarında, adli vakalarla ilgili mahkemeler tarafından gönderilen materyaller üzerinde, DNA testi yapılmaktadır³⁶⁸.

³⁶³**Kuru(C. 3)**, s. 2627.

³⁶⁴Hakimin bilirkişiye başvurusunun re' sen zorunlu olması, davacının iddiasını, davalının da savunmasını hakimde karar vermeye yeterli olacak derecede ispat edemedikleri ancak iddia ve savunmalarının da hakim tarafından itibara alınmayacak derecede temelsiz olmadığı hallerde söz konusu olur. Örneğin davacı tarafından babalık karinesinin ispat edildiği hallerde, davalının bu karineyi başkaca delillerle çürütemediği ve bilimsel inceleme yapılmasını da talep etmediği hallerde, hakim re'sen bilimsel inceleme yöntemine başvurulmasına karar veremez. Çünkü bu halde yasa gereği davalının baba olduğuna dair karine oluşmuştur ve davalı bu karineyi ispat edemediği takdirde, hakim davalının baba olduğuna hükmedecektir.

³⁶⁵**Kuru(C. 3)**, s. 2658.

³⁶⁶Hâkimce re'sen bilirkişiye başvurulması halinde, bilirkişi ücreti taraflarca ödenmezse, bu ücret, daha sonra haksız çıkan taraftan karşılanmak üzere Devlet Hazinesinden karşılanır. **Köseoğlu**, s. 337; **Kuru(C. 3)**, s. 2658.

³⁶⁷Adli Tıp Kurumu, adli tıp ile ilgili konularda bilirkişilik yapması amacı ile kurulmuştur. (2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu(ATKK) m. 1). Adli Tıp Kurumu'nun en temel görevi, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmektir(ATKK, m. 2/b. a). Adli Tıp Kurumu'nun, babalık davası ile ilgili olarak mahkemelerden gönderilen biyolojik materyaller ile ilgili inceleme yapan bölümü, biyoloji ihtisas dairesidir(ATKK, m. 20).

³⁶⁸Bu saydığımız kurumlar, mahkeme ve savcılıklarca gönderilen materyalleri inceleyip, davalara esas teşkil edecek resmi raporları hazırlamaya yetkili olan yerlerdir. Yoksa özel başvuruları kabul ederek dna testi yapan ve sayıları gün geçtikçe hızla artan, pek çok özel kuruluş bulunmaktadır.

d- Bilimsel İncelemelerin Hâkimce Değerlendirilmesi

Babalık davalarında, soybağının baba yönünden tespit edilmesi amacıyla hâkim tarafından bilimsel inceleme yöntemlerine başvurulmasının hukuksal niteliğinin, bilirkişiye başvuru olduğunu yukarıda belirttik. Yetkili kurum ve görevlilerce yapılan bilimsel inceleme sonuçları, bilirkişi raporu olarak hâkime sunulmaktadır. Hukukumuzda kural olarak hâkim, bilirkişi raporları ile bağlı değildir. Hâkim bilirkişi raporunu serbestçe yorumlayıp, konu hakkında yeterli bilgi edindiği kanaatine varırsa, bilirkişi raporu ile ulaşılan sonucun aksine dahi karar verebilir. Ancak hâkimin bilirkişi raporlarını serbestçe değerlendirme hakkı, bazı konular açısından geçerli değildir.

Kan tahlili, DNA testi gibi konular, hâkimin bilirkişi raporu ile tespit edilen objektif gerçeklik ile bağlı olması gereken hallerdendir. Örneğin hâkim, bir DNA testi sonucunda, %99,73 oranından daha fazla bir oranda baba olması ihtimali bulunduğu ortaya çıkan bir kişinin, baba olmadığına karar verememelidir. Çünkü bu tip test ve incelemelerde, objektif tıbbi ve bilimsel veriler, matematiksel kesinliğe dönüştürülmektedir. Hâkim ise matematiksel bir kesinliği yok sayarak hüküm kuramaz. Ancak hâkimin bilimsel inceleme sonuçları ile bağlı olabilmesi için, bilimsel incelemelerin usulüne uygun olarak yapılması gerekmektedir. Örneğin biyolojik materyallerin doğru kişilerden alınması, bu materyallerin bozulmaması veya kirlenmemesi için gerekli tedbirler alınarak incelemeye tabi tutulması³⁶⁹ gibi noktalarda hata yapılmamış olması gerekir. Hâkim bir babalık davasında, soybağının bilimsel yöntemlerle tespit edilmesine ilişkin bir bilirkişi kararını, incelemenin sağlıklı yapıp yapılmadığı konusunda detaylı olarak değerlendirmelidir. Bu raporun güvenilirliğini saptamak için gerekirse bilirkişiyi duruşmaya çağırmalı, raporla ilgili aydınlatılması gereken veya şüpheli görülen noktalarda, bilirkişiden açıklama

³⁶⁹Kendileri ile görüştüğümüz Adli Tıp Kurumu doktorları da, bilimsel incelemeye başvuru adli vakalarda; inceleme konusu olacak materyallerin gerek korunması, gerek nakli gibi konularda, uygulamadaki görevlilerin son derece bilinçsiz olduğunu; örneğin bazen, alınan bir kan örneğinin bir kaç gün adli emanette bekletilebildiğini, bu nedenlerden dolayı bazı incelemelerden sağlıklı sonuçlar alınmadığını ifade ettiler.

istemelidir³⁷⁰. Hâkim, ancak bu şekilde sorguladığı, her açıdan sağlıklı ve güvenilir olduğuna kanaat getirdiği bir bilimsel inceleme raporunun sonucu ile bağlı olabilir.

Bu açıklamalar neticesinde, bu incelemelerin hangi tedbirler alınarak ve hangi usullerle yapılması gerektiği konusunda bir hukuki düzenlemenin yapılmasının gerekliliği bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bir yandan bu konuda gerekli hukuki düzenlemeler yapılırken, bir yandan da hâkimlerin, bu incelemeler konusunda yeterli derecede aydınlatılmaları ve eğitilmeleri de çok önemlidir³⁷¹.

Uygulamada babalık davalarında, hâkimlerce öncelikle kan incelemesi veya benzerlik yöntemi gibi diğer bilimsel inceleme yöntemlere başvurulmakta, bu yöntemler ile babalık konusunda kesin bir yargıya varılmasının mümkün olmadığı hallerde, DNA incelemelerine son çare olarak başvurulmaktadır. Çünkü DNA testi hem çok pahalı, hem de diğer yöntemlere göre çok daha zahmetli ve ülkemizde bu testlerin yapılması konusundaki teknik yetersizlikler nedeni ile daha uzun zaman alan bir yöntemdir. Ayrıca davalının, çocuğun babası olmadığı, diğer bilimsel inceleme yöntemleri ile de kesin olarak saptanması mümkündür³⁷². Örneğin çocuğun kan grubu AB, ananın kan grubu A, davalı erkeğin kan grubunun 0 çıkarsa, davalının baba olmadığı tıbben ispatlanmış olur. Çünkü kan grubu A olan bir kadın ile kan grubu 0 olan bir erkeğin çocukları, B grubu veya AB grubundan olamaz³⁷³. Bu gibi durumlarda hem daha uzun zaman alan, hem de çok pahalı bir yöntem³⁷⁴ olan DNA testine gerek kalmamaktadır.

Bir erkeğin baba olup olmadığı konusunda bilimsel inceleme yöntemlerine başvurulmuş davalarda, hâkim tarafından babalığa hüküm verilmesi için, soybağı

³⁷⁰ **Gültepe**, s. 504.

³⁷¹ **Gültepe**, s. 505.

³⁷² Kan testi, ancak davalının baba olmadığına dair kesin delil teşkil edebilir. Davalı ile çocuğun kan gruplarının tutması durumunda, sadece bu nedene dayalı olarak babalık kararı verilemez. Çünkü aynı kan grubuna sahip pek çok insan vardır. Oysa herkesin dna dizilişleri farklı olduğu için, dna testleri ile bir kişinin hem baba oldukları hem de baba olmadıkları ispatlanabilmektedir.

³⁷³ **Belgesay**, s. 281; **Oğuzman/Dural**, s. 208, 209, dn. 391; **Tunalı**, s. 202.

³⁷⁴ Yaptığımız araştırmalara göre, ülkemizde üç kişiden materyal alınarak yapılan bir babalık testinin maliyeti 2.000YTL civarında; aynı testin yurtdışında maliyeti ise 380 YTL civarındadır. Bu nedenle ülkemizde dna testi alanında faalşyet gösteren pek çok kuruluş, topladığı materyalleri yurtdışına gönderip, testleri burada daha düşük maliyet ile yaptırmaktadır.

ilişkisinin kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde açığa çıkarılması gerekmektedir³⁷⁵. Yargıtay uygulamada bir çocuğun, bir erkekten olduğunun kesin olarak kabul edilmesi için, yapılan bilimsel incelemeler sonucunda, incelemeye tabi tutulan erkeğin baba olma ihtimalinin, %99,73'den fazla bir oranda çıkmasını aramaktadır. Bu durum da Yargıtay'ın babalık olgusunun tespiti için, kesin deliller aradığına işaret etmektedir. Yapılması gereken her türlü inceleme ve araştırmadan sonra, davalının %99,73'den daha az ihtimalle baba olabileceğinin tespit edildiği hallerde, davalının baba olmadığı kesin olarak kabul edilerek, babalık davası reddedilmektedir³⁷⁶.

³⁷⁵“Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Dava, babalığın tesbiti istemine ilişkindir. Davacı kayden Alman uyruklu bir kişi ile evli iken davalı ile bir süre birlikte olmaları neticesi 26.3.1986 doğumlu küçük Cenkin dünyaya geldiğini ileri sürerek davalının babalığına karar verilmesini istemiştir.

Gerçekten babalık davası, irs ve nesep ilişkisinin kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Yapılan rutin kan tahlili babalık hususunda ancak olumsuz bir delil sağlayarak çocuğun davalı babadan olmadığını belirleyebilir. Yoksa çocuğun babasının davalı olduğunu kesin olarak saptayamaz. Ne varki, babanın kim olduğunu tayin ve tesbitte tıbbi büyük bilimsel gelişmeler gerçekleşmiştir. Bilimin sağladığı olanaklardan yararlanılması gerektiği kuşkusuzdur. Bu çerçevede davalının kurtuluş beyinesi olan her türlü benzemezlik testlerinin yapılmasının icap ettiği de aşikardır. Olayda, davacı, çocuk ve baba olduğu iddia olunan davalının kan grupları belirlenerek Adli Tıp Kurumunca bir inceleme yapılmamışsa da bu yeterli değildir. O itibarla davada sağlıklı ve hukuksal bir çözüme ulaşabilmesi için öncelikle davacı, çocuk ve davalının Alyuvar (Eritrosit) ANTİJENLERİ (ABO, Rh (CDE, c de) UNSS, Dff (Fya Fyb) Kidd (Jka, jkb) Keli (Kk); LOKOSİT ANTİJENLERİ (HA-A), (HLA-B), (HLA-C), (HLA-DR), (HLA-DQ); ALYUVAR (ERİTROSİT) ENZİMLERİ (Adenozin Dezaminaz, Esteraz D. Fosforoğlu Komutaz, glikoz salaz (I), Adanilat Kinaz, Glukoz 6 fşfat dehidrogenaz, Alanin Transaminaz, Eritrosit asit Fosfataz (LAP); SERİM PROTEİNLERİ (Heptogloblin, Hemagloblin ve Tarnsiferin) testleri mutlaka yapılmalı, baba olduğu iddia olunan kişinin % 99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise, karbonik Anhidraz (Ca II) Peptidoz A, Gm. levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda bir sonuç elde edilemiyor ise bu kez (DNA) tipleme yapılması imkanı araştırılmalı, davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp deliller hep birlikte değerlendirilerek takdir edilmelidir”, Y. HGK, T.08.03.1995, E.1994/2-671, K.1995/162, Kazancı İçtihat Bankası.

³⁷⁶**Şimşek(Soybağının Kurulması)**, s. 259, 260. Nitekim, birtakım tıbbi ve genetik incelemeler sonucunda %97.653 oaranda baba olabileceğine bildirilen bir erkeğin babalığına hüküm verilmesine ilişkin bir yerel mahkeme kararı, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 11. 02. 2000 tarihli ve E. 1999/14342, K. 2000/1586 sayılı ilamı ile bozulmuş, Y. HGK ise 18.10.2000 tarih ve E. 2000/2-1228, K. 2000/1288 sayılı kararı ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bozma kararının doğru olduğuna karar vermiştir.Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yerel mahkeme kararını bozma gerekçesi şu şekildedir: “... Babalık davası irs ve nesep ilişkisinin kuşkuyla yer bırakmayacak (MK. md. 301) nisbette açığa çıkarılması halinde kabul edilebilir. Bu konuda tekniğin tüm imkanlarından yararlanılmalıdır. Bu cümleden olarak davalının kurtuluş beyinesi olan her türlü benzemezlik testleri yapılmalıdır. Ölü olması nedeniyle baba olduğu iddia edilen kişinin kemik dokuları anne ve çocuğun kan grupları da alınarak Adli Tıp Kurumunda bir inceleme yapılmışsa da bu yeterli değildir. Davacı çocuk ve davalının ALYUVAR (ERİTROSİT) ANTİJENLERİ (ABO,Rh (CDE,cde), MNSs, Duffy (Fya Fyb) Kidd (Jka, jkb), Kell (Kk); LOKOSİT ANTİJENLERİ (HLA-A), (HLA-B), (HLA-C), (HLA-DR), (HLA-DQ); ALYUVAR (ERİTROSİT) ENZİ-İMLERİ (Adenozin Dezaminaz, Esteraz D.fosfoğlukomutaz, glikoksalaz (I), Adanilat Kinaz, Glukoz 6 fosfat dehidrogenaz, Alanin fransaminaz, Eritrosit asit fosfotaz (LAP); SERUM PROTEİNLERİ (Heptogloblin, Hemagloblin ve

I- BABALIK HÜKMÜNÜN SONUÇLARI

Babalık davasında baba olduğu iddia edilen erkeğin, gerçekten çocuğun babası olduğunun ispat edilmesi halinde, hâkim baba olduğu iddia edilen erkeğin, davaya konu çocuğun babası olduğuna hükmedecektir. Soybağı konusundaki hükümlerin infaz edilebilmeleri için kesinleşmeleri gerektiğinden, baba olduğuna karar verilen erkek ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisi, babalığa ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi ile kurulacaktır³⁷⁷. Babalık hükmünün kesinleşmesi ile çocuk ve babası arasındaki soybağı ilişkisi, çocuğun ana rahmine düştüğü tarihten itibaren olmak üzere geriye yönelik olarak kurulacaktır³⁷⁸. Babalık hükmü, yenilik doğurucu bir hüküm olduğu için, hükmün kesinleşmesi ile davalı erkek ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulacak; kesinleşmeden sonra, nüfus sicilinde çocuğun baba ismi konusunda yapılacak değişiklik açıklayıcı nitelikte olacaktır.

Babalık davasının kabulü ve davalının babalığına hükmedilmesi; hem ana, hem çocuk açısından birtakım hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Aşağıda bu sonuçları ana ve çocuk açısından ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Transferrin) testleri mutlaka yapılmalı, baba olduğu iddia olunan kişinin %99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmiş ise, Karbonik Anhidraz (Ca II) Peptidaz A, Gm, levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp delillerin hep birlikte taktiri gerekir. Ancak Adli Tıp Kurumunca Itkad Q AIL drl, G Y pa, HBGG D7 88 GC faktörleri incelenerek tanzim edilen raporda Mehmet Yalçingöz Sarının %97,653 oranda baba olabileceği bildirilmiş diğer faktörlerin niçin incelenmediği konusunda bu açıklık getirilmemiştir.

Mahkemece yapılacak iş Adli Tiptan diğer faktörler de incelenerek görüş bildirilmesinin istenmesi bu tibben mümkün değilse nedeninin sorulması, sonucuna göre hüküm kurulması gerekir. Bu yön gözönünde tutulmadan eksik tahkikatla karar verilmesi doğru değildir...”, Özüğür(Velayet – Vesayet), s. 260, 261.

³⁷⁷Y.2HD, T. 10.03.2004, E. 2004/2037, K. 2004/2972, **Köseoğlu**, s. 362.

³⁷⁸**Serozan**, s. 219.

1- BABALIK HÜKMÜNÜN ANA AÇISINDAN SONUÇLARI

a- Ana Lehine Maddi Tazminat

Babalık davasında davalının baba olduğuna hükmedilmesi halinde, ana lehine birtakım mali haklar doğmaktadır. Bunlardan ilki, ananın hamile kalma ve doğum nedeni ile uğradığı maddi zararları tazmin amacını güden ve Medeni Kanun'un 304. maddesinde özel olarak düzenlenmiş; bir takım giderleri talep hakkıdır.

Ananın, babalığa hükmedilmesi sonucu talep etmeye hak kazandığı giderler şunlardır:

aa-Doğum Giderleri(TMK m. 304/b. 1)

Doğum giderleri ananın doğrudan doğum nedeni ile yapmış olduğu harcamalardır³⁷⁹. Hastane masrafları; doktor, ebe, hemşire gibi görevlilere verilen ücretler; tıbbi malzeme, ilaç gibi ihtiyaçlara harcanan paralar; ananın hastaneye gidiş için yaptığı yol harcamaları, bu giderlere örnek olarak gösterilebilir³⁸⁰. Ana doğum giderlerini Medeni Kanun'un 304. maddesi kapsamında talep etme hakkına sahiptir. Ancak ananın talep edebileceği giderler, mutad doğum giderleridir. Mutad olmayan, lükse ve aşırıya kaçan doğum giderleri, ancak mutad olmayan giderin yapılmasını haklı gösterebilecek bir durum olması ve bu giderlerin, babalığına hükmedilen kişinin mali durumu ile orantılı olması şartı ile istenebilir³⁸¹.

Eski Medeni Kanun döneminde de ana, babalık davasının kabul edilmesi halinde Eski Medeni Kanun'un 304. maddesinin 1. bendi uyarınca, doğurma masrafları olarak adlandırılan masrafları, aynı şekilde talep edebilmekteydi³⁸².

³⁷⁹Dural/Öğüz/Gümüş, s. 479; Oğuzman/Dural, s. 352.

³⁸⁰Akıntürk, s. 380; Duran, s. 109; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 479; Öztan, s. 565.

³⁸¹Duran, s. 109; Dural/Öz, s. 479; Oğuzman/Dural, s. 352; Öztan, s. 565;

³⁸²Bu konuda bkz. Saymen/Elbir, s. 443; Oğuzman/Dural, s. 352; Tekinay, s. 565 - 568; Velidedeoğlu, s. 438; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1110, 1111.

bb-Doğumdan Önceki ve Sonraki Altışar Haftalık Geçim Giderleri(TMK m. 304/b. 2).

Ananın Medeni Kanun'un 304. maddesi kapsamında tazminini talep edebileceği ikinci gider kalemi, doğumdan önceki altı hafta ve doğumdan sonraki altı hafta boyunca, yaşamını sürdürebilmesi için ananın yaptığı, her türlü harcamalardır. Bu harcamaların kapsamına, ananın sosyal konumuna uygun olarak yaşaması için gerekli olan; yeme, içme, giyinme, barınma gibi her türlü harcamalar girmektedir³⁸³.

Ananın Medeni Kanun'un 304. maddesi kapsamında, altışar haftalık geçim giderlerini talep edebilmesi için(TMK m. 304/f. 2) ekonomik olarak bu giderleri karşılayacak durumda olup olmamasının bir önemi yoktur³⁸⁴. Ananın maddi durumu iyi olsa, bu süreler zarfında çalışmış olsa bile, ana doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderlerini talep edebilir.

Eski Medeni Kanun döneminde ananın, en aşağı doğumdan önceki ve sonraki dört haftalık geçim masraflarını talep edebileceği hükme bağlanmıştı(EMK m. 304/b. 2). Kanun metninde açıkça “en aşağı” ibaresi yer aldığı için; Eski Medeni Kanun döneminde doktrin, kanunda öngörülen dört haftalık sürenin bağlayıcı olmadığını, ananın sağlığının kazanması için daha fazla süreye ihtiyacı olduğunu ispatlaması halinde, daha uzun süre için geçim masraflarının tazmin edilmesine karar verilebileceğini belirtmekteydi³⁸⁵. Yeni Medeni Kanunumuzda ise açık ve net bir biçimde sadece doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderlerinin tazmini öngörülmüş(TMK m. 304/b. 2); bu sürenin uzatabileceğini ifade eden Eski Medeni Kanun'daki gibi bir ibare, Yeni Kanun'da yer almamıştır. Bazı yazarlar kanunda belirtilen altışar haftalık sürenin, yeni kanun döneminde de uzatılabileceğini belirtmektedirler³⁸⁶. Ancak bizce Medeni Kanun'un açık düzenlemesi karşısında, bugün için ananın sadece doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim

³⁸³ Akıntürk, s. 380; Duran, s. 110; Öztan, s. 565.

³⁸⁴ Berki, s. 249; Duran, s. 110; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 479, 480; Öztan, s. 566.

³⁸⁵ Bkz. Arsebük, s. 479, dn. 112; Belgesay, s. 284; Gönensay, s. 109; Oğuzman/Dural, s. 352; Öztan(2000), s. 562; Saymen/Elbir, s. 444; Tekinay, s. 567; Velidedeoğlu, s. 438.

³⁸⁶ Bkz. Akıntürk, s. 380; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 480; Öztan, s. 555, 556.

giderlerini talep etmesi mümkün gözükmemekte; altışar haftalık sürelerin uzatılması mümkün gözükmemektedir.

Yeni kanunumuzda, Eski Medeni Kanun döneminde dört hafta olarak öngörülen sürelerin, altı haftaya çıkarılması isabetli olmuşsa da; altışar haftalık sürelerin ihtiyaç olması durumunda uzatılabileceğini içeren bir ifadeye yer verilmemiş olması, ananın mali menfaatlerini Eski Medeni Kanun'a oranla kısıtlamıştır. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların haklarını daha iyi korumayı hedef alan ve buna yönelik hükümler koyan bir kanunda; ananın mali haklarının bu şekilde kısıtlanması kanımızca isabetsiz olmuştur. Zira geçimini sağlayamayan, maddi olarak zorluk içerisinde olan ve evlilik dışı ilişkiden bir çocuk dünyaya getiren kadının mali haklarını kısıtlamak, aynı zamanda doğan çocuğun da haklarını kısıtlamak demektir. Çünkü ananın her açıdan rahat ve sağlıklı bir ortam içerisinde olmasının çocuğu da olumlu etkileyeceği ortadadır. Bu nedenle kanımızca; durumun gereklerine göre, daha uzun süreli geçim giderlerinin tazmin edilmesine karar vermesini sağlayacak bir takdir yetkisinin, hâkime tanındığı bir hüküm değişikliği yapılmalıdır.

cc- Gebelik ve Doğumun Gerektirdiği Diğer Giderler(TMK m. 304/ b. 3)

Gebelik ve doğumun gerektirdiği diğer giderlerin kapsamına, kadının hamile kalmasından doğum yapmasına kadar yapmak zorunda kaldığı ve doğumdan sonra, doğum dolayısı ile yapmak zorunda olduğu ve 304 maddenin ilk iki bendinin kapsamı dışında kalan diğer giderler girmektedir. Ana tarafından bu kapsamda talep edilebilecek giderler, her olayın özelliğine ve ihtiyaçların farklılığına göre değişiklik arz edebilir; ancak yapılan giderlerin mutlaka hamilelik ve doğumla ilişkili olması gerekmektedir³⁸⁷. Gerek gebelik sırasında, gerek doğumdan sonra ana ve çocuğa ilişkin tedavi masrafları³⁸⁸; doğacak çocuk için yapılan hazırlıklara ilişkin harcamalar³⁸⁹; çocuğun ölü doğması halinde cenaze için yapılan giderler³⁹⁰; ananın

³⁸⁷Duran, s. 110; Oğuzman/Dural, s. 352.

³⁸⁸Akıntürk, s. 381; Duran, s. 110; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 480; Gönensay, s. 109; Oğuzman/Dural, s. 353; Öztan, s. 566; Tekinay, s. 567; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1111.

³⁸⁹Akıntürk, s. 381.

hamilelik dolayısı ile bir yardımcı kullanmak zorunda kalması durumunda, bu kişiye verilen ücretler³⁹¹ gibi giderlerin 304. maddenin 3. bendi kapsamında değerlendirilen giderlerden olduğu konusunda doktrinde fikir birliği vardır. Ancak ananın gebelik dolayısıyla uğradığı kazanç mahrumiyetlerinin bu bent kapsamında kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre Medeni Kanun'un 304 maddesinin 3. bendi geniş yorumlanmalı; ananın gebelik dolayısı ile uğradığı kazanç mahrumiyeti de, bu bent kapsamında baba olduğuna karar verilen kişi tarafından tazmin edilmelidir³⁹² Diğer bir görüş ise ananın gebelik dolayısı ile uğradığı kazanç mahrumiyetlerini bu bent kapsamında kabul etmemektedir³⁹³.

Babalık hükmü kurulması sonucunda ananın, 304. madde kapsamında hangi maddi zararlarının tazminini isteyebileceğini yukarıda gördük. Ana maddi zararlarına ilişkin bu taleplerini babalık davasında ileri sürebileceği gibi, bu taleplerini ayrı bir dava konusu da yapabilir(TMK m. 304/f. 1). Ananın, 304. madde kapsamındaki taleplerini babalık davası ile birlikte ileri sürmesi halinde, bu talepler için ayrı harç yatırması gerekmez; ancak ayrı bir dava ile ileri sürerse bu taleplerin toplam miktarı üzerinden ayrı harç yatırması gereklidir³⁹⁴.

Ananın, Medeni Kanun'un 304. maddesi kapsamında babalık davasından ayrı olarak açacağı tazminat davalarında, Aile Mahkemeleri görevlidir³⁹⁵.

³⁹⁰ Akıntürk s. 381; Duran, s. 110; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 563; Oğuzman/Dural, s. 353; Öztan, s. 566; Tekinay, s. 567; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 1110.

³⁹¹ Duran, s. 110; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 480; Oğuzman/Dural, s. 352,353.

³⁹² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 480; Tekinay, s. 567,568.

³⁹³ Gönenç, s. 109. Öztan ise ananın kazanç mahrumiyetini 304. maddenin 2.bendi kapsamında değerlendirmektedir. (Öztan, s. 565).

³⁹⁴ Şimşek(Soybağının Kurulması), s. 260.

³⁹⁵ "...Dava, Türk Medeni Kanununun 304. maddesi uyarınca doğum öncesi ve doğum sonrası yapılan masrafların tahsiline ilişkin maddi tazminat davası olup, 4787 sayılı kanunun 5133 sayılı kanunıyla deşi ş ik 2. ve 4. maddeleri uyarınca davaya bakma görevi Aile Mahkemesine aittir. Bu yön nazara alınmadan görevsizlik kararı verilmesi doğru olmamıştır...", Y.2HD, T. 20.6.2005,E. 2005/8810, K. 2005/9558, Kazancı İçtihat Bankası.

Ana, 304. madde kapsamındaki giderlerinin tazminine ilişkin davayı babaya, baba ölmüşse mirasçılara karşı açar³⁹⁶. Bu davada tazmini istenen giderler, ana tarafından ispatlanacaktır. Ana bu giderlerin ispatı için, her türlü delile başvurabilir. Örneğin tanık dinletebilir, giderlere ilişkin fatura ve belgeler sunabilir³⁹⁷.

Ananın maddi zararlarının, 304. madde kapsamında giderilebilmesi için; davalının babalığının mahkemece tespit edilmesi ve ananın gebelik ve doğum nedeni ile uğradığı ve 304.madde kapsamına giren zararları ispat etmesi yeterlidir. Ana lehine tazminata hükmetmek için cinsel ilişkinin hukuka aykırı mahiyet taşımasına veya babanın kusurunun ispat edilmesine gerek yoktur. Çünkü 304. maddede düzenlenen maddi tazminat davası, aile hukukundan doğan özel bir tazminat davası niteliğindedir³⁹⁸. Bu nedenle baba temyiz kudretine sahip olmasa dahi, ananın bu madde kapsamında uğradığı maddi zararları ödemeye mahkûm edilir³⁹⁹.

Çocuğun baba tarafından tanınması veya çocuğun ölü doğması da ananın maddi tazminat talebini etkilemez(TMK m. 304/f. 2). Ana bu hallerde de babadan veya baba ölmüşse mirasçılardan 304. madde kapsamında maddi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilir⁴⁰⁰. Ayrıca babanın ödeme gücü bulunmaması da; mahkemece ana lehine maddi tazminata karar verilmesine engel teşkil etmez⁴⁰¹.

Ananın, Medeni Kanun'un 304.maddesi kapsamındaki tazminat alacağı, masrafların yapıldığı tarihte muaccel olur ve ana, bu alacakla ilgili ihtar varsa ihtar tarihinden, ihtar yoksa tazminat davasının açıldığı tarihten itibaren temerrüt faizi isteme hakkına sahip olur⁴⁰².

³⁹⁶ Oğuzman/Dural, s. 353; Öztan s. 566.

³⁹⁷ Duran, s. 111; Velidedeoğlu, s. 438;

³⁹⁸ Öztan, s. 565.

³⁹⁹ Oğuzman/Dural, s. 351, 352; Öztan, s. 565.

⁴⁰⁰ Akıntürk, s. 381; Duran, s. 111; Dural/Öğüz, s. 479; Oğuzman/Dural, s. 353; Öztan, s. 566

⁴⁰¹ Dural/Öğüz, s. 479; Oğuzman/Dural, s. 353.

⁴⁰² Duran, s. 111; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 480; Oğuzman/Dural, s. 353.

Ananın baba veya mirasçılarına karşı, 304. madde kapsamında sahip olduğu maddi tazminat talep etme hakkı, ana ölmüşse mirasçılarına geçer. Bu hak devir veya takas da edilebilir⁴⁰³.

Ananın 304. madde kapsamında talep edeceği maddi tazminat davasının da, babalık davasına kıyasen bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁴. Bu nedenle ana, maddi tazminat davasını doğumdan önce açabileceği gibi, doğumdan itibaren bir yıl içerisinde de açabilecektir. Esasen babalık davalarında, davanın doğumdan önce açılması imkânının da, en çok ananın mali hakları yönünden önem taşıdığı, daha önce ifade edilmişti.⁴⁰⁵

Medeni Kanun'un 304. maddesinin son fıkrasında, anaya ödenecek maddi tazminat miktarının hesaplanması sırasında, üçüncü kişiler veya sosyal güvenlik kuruluşlarınca anaya yapılan ödemelerin, hakkaniyet ölçüsünde tazminattan indirileceği hükme bağlanmıştır. Burada denkleştirme ile ilgili bir hakkaniyet hükmünün söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁰⁶. Örneğin ana, doğumunu devlet hastanesinde ücretsiz yapmışsa veya yapılan masraflar Sosyal Güvenlik Kurumunca ödenmişse bu hallerde hâkim, ana lehine hükmedeceği tazminatta, 304. maddenin son fıkrası uyarınca, hakkaniyete göre bir indirim yapacaktır⁴⁰⁷.

Ananın Medeni Kanun'un 304. maddesinde öngörülenler dışında da uğramış olduğu maddi zararları varsa, bu zararlarını Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde düzenlenen haksız fiile ilişkin hüküm uyarınca tazmin ettirebileceği doktrince kabul edilmektedir⁴⁰⁸. Medeni Kanun'un 304. maddesinin uygulanması, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesini bertaraf etmemektedir. Tabi bu durumda ana, haksız fiilin varlığı için aranan, hukuka aykırı eylem, failin kusuru, zarar, illiyet bağı gibi tüm olguları da ispatla yükümlü olacaktır.

⁴⁰³ **Duran**, s. 111; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 480; **Oğuzman/Dural**, s. 353;

⁴⁰⁴ **Öztan**, s. 565, **Özüğür(Velayet - Vesayet)**, s. 220.

⁴⁰⁵ Bkz. yukarıda s. 69, dn. 234.

⁴⁰⁶ **Kılıçoğlu**, s. 113.

⁴⁰⁷ **Kılıçoğlu**, s. 113; **Öztan**, s. 566.

⁴⁰⁸ **Duran**, s. 111; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, s. 563; **Öztan**, s. 566; **Tekinay**, s. 568; **Velidedeoğlu**, s. 439.

Ana ile davalı baba arasında bir evlilik ilişkisi bulunmadığından, ana ancak maddi tazminat talep etme hakkına sahip olup, nafaka talep etme hakkına sahip değildir⁴⁰⁹.

Babalık davası sonucunda ananın sahip olduğu mali haklara ilişkin konuyu burada bitirirken, bir hususa daha değinmek istiyoruz. Eski Medeni Kanun'da, ana ve çocuk lehine 308. maddede bir teminat hükmü düzenlenmişti. Bu madde uyarınca, babalık davası sırasında ananın zaruret halinde olması ve davalının baba olduğuna dair karine bulunması halinde hâkim davalıyı, kadının doğurma ve çocuğun üç aylık geçim giderine ilişkin teminat göstermeye mecbur tutabilmekteydi. Bu teminatın gösterilmesi için ananın istemine de gerek yoktu, hâkim re'sen bu teminatın gösterilmesine hükmedebilmekteydi⁴¹⁰. Bu hükmün özellikle doğumdan önce açılan babalık davalarında, maddi olarak zor durumda olan anayı ve doğacak çocuğu koruma amaçlı bir hüküm olduğu gayet açıktır. Esasen ananın mali taleplerinin koruma altına alınabilmesi için, davalının malvarlığı üstünde ihtiyati tedbir kararı verilmesini, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu çerçevesinde(HUMK m.101) talep etmesi mümkündür. Ancak kanımızca Eski Medeni Kanun düzenlemesi, hem ananın bu hakkına açıkça yer vermesi, hem de ananın talebine bağlı olmaksızın hâkime de bu yönde re'sen hareket etme imkânı vermesi yönünden, ana ve çocuk açısından çok daha elverişli bir hükümdü. Bu nedenle bu hükmün yeni kanunumuzda yer almaması, kanımızca ana ve çocuğun haklarını kısıtlayıcı bir eksikliktir.

b- Ana Lehine Manevi Tazminat

Eski Medeni Kanunumuzun 305. maddesinde, babalık davası sonucunda babalığına hükmedilen erkeğin, bazı şartlar altında ana lehine manevi tazminat ödemeye

⁴⁰⁹“... Davacı ana ile davalı baba arasında evlilik ilişkisi bulunmamaktadır. Babalık davasında ananın mali hakları Türk Medeni Kanununu 304. maddesinde düzenlenmiştir. Davacı kadının nafaka talebinin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır”, Y.2HD, T. 1.6.2005, E. 2005/6198, K. 2005/8511, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴¹⁰Velidedeoğlu, s. 439.

mahkûm edilebileceği düzenlenmişti⁴¹¹. Mahkemece ana lehine manevi tazminata hükmedilebilmesi için ise, babanın anaya cinsel ilişkiden önce evlenme vaat etmiş olması veya babanın, ana ile cinsel ilişkisinin bir suç teşkil ediyor olması veya babanın ana üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanmış olması veyahut da ananın cinsel ilişki sırasında yaşının küçük olması gerekmektedir. Bu koşullardan birisinin gerçekleşmesi halinde ana, babadan manevi tazminat talep edebiliyordu.

Babalık davasının kabul edilmesine bağlı olarak ananın manevi tazminat talep edebilmesine ilişkin bir düzenleme, Yeni Medeni Kanunumuzda yer almamıştır. Ancak ananın manevi tazminat talebi ile ilgili bir hükmün kanunda yer almamış olmasının, ananın genel hükümler uyarınca manevi tazminat talep etme hakkını etkilemediği; gebe kalma olayının kişilik haklarına bir saldırı oluşturduğu hallerde, ananın Medeni Kanun'un 24. ve 25. maddesi uyarınca(TMK m. 25/f. 3) ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi uyarınca manevi tazminat isteyebileceği, doktrince kabul edilmektedir⁴¹².

Yargıtay da 2004 yılında vermiş olduğu bir kararda, “...Ancak 305. maddenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa alınmamış olması, ananın genel hükümlere göre manevi tazminat istemesine engel değildir. Ana Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine dayanarak manevi tazminat talep edebilir. 49. maddeye dayanan manevi tazminat isteği ise hak düşürücü süreye değil, zamanaşımına tabidir(BK.m.60)⁴¹³. Zamanaşımı ise, dermeyeran edilmediği surette hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınamaz(BKm.140). Olayda davalının zamanaşımı def'i bulunmamaktadır. O halde davalının suç teşkil eden eylemi nedeniyle, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan davacı için uygun miktarda manevi tazminat takdiri gerekirken,

⁴¹¹Bu konuda bkz. **Duran**, s. 112-118; **Feyzioğlu/Özakman/Sarial**, s. 563-565 **Oğuzman/Dural**, s. 354-356; **Saymen/Elbir**, s. 444 – 446; **Tekinay**, s. 568, 569; **Velidedeoğlu**, s. 439-441.

⁴¹²**Akıntürk**, s. 371; **Duran**, s. 64; **Öztan**, s. 564; **Kılıçoğlu**, s. 112; **Şimşek(Soybağının Kurulması)**, s. 260.

⁴¹³Eski Medeni Kanun'un 304 ve 305. maddelerinde düzenlenen ananın maddi ve manevi tazminat istemlerinin, babalık davasının tabi olduğu bir yıllık hak düşürücü süreye tabi olduğu kabul edilmekteydi. Bu konuda bkz. Y.2HD, T. 17. 10. 1977, E. 1977/6645, K. 1977/7035, Kazancı İçtihat Bankası.

Yeni Medeni Kanun'un 304. maddesinde düzenlenen ananın maddi tazminat isteminin de, babalık davasının tabi olduğu hak düşürücü süreye tabi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Öztan**, s. 565; **Özuğur(Velayet - Vesayet)**, s. 220.

isteğin reddi doğru görülmemiştir...⁴¹⁴“ demek suretiyle doktrindeki görüş doğrultusunda karar vermiştir. Ancak Yargıtay 2005 yılında verdiği kararlarda ise, “*... 2-Türk Medeni Kanununun 304. maddesi babalık davalarında annenin mali haklarını düzenlemiştir. Bu düzenlemede ana için manevi tazminata yer verilmemiştir. Davacı ananın manevi tazminat isteminin reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır*”⁴¹⁵ demek suretiyle, babalık davası ile bağlantılı mali haklara ilişkin Medeni Kanun’daki düzenlemelerde, manevi tazminata yer verilmemesi sebebiyle ananın, babalık davasında manevi tazminat talep edemeyeceği yönünde karar vermiştir.

Kanımızca ananın, babalığına hükmedilen davalıdan, gebelik ve doğum nedeni ile manevi tazminat talep edebilmesine ilişkin bir hükmün, Eski Medeni Kanun’un aksine Yeni Medeni Kanun’da yer almaması - ananın mali haklarının kısıtlanması sonucunu doğuran bu Yargıtay kararlarına temel teşkil ettiği için- isabetsiz olmuştur.

Biz, babalık davasına bağlı olarak ananın manevi tazminat talep edebilmesi ile ilgili Medeni Kanun’da bir hükmün yer almaması gerekçe gösterilerek, ananın manevi tazminat talep edemeyeceği yönünde karar veren Yargıtay kararlarına katılmıyor; gebeliğe yol açan cinsel ilişki veya yapay dölleme, ananın kişilik haklarına hukuka aykırı bir tecavüz teşkil ettiği hallerde, ana tarafından genel hükümler uyarınca manevi tazminat istenebileceği görüşüne katılıyoruz. Bu halde ananın tazminat talebi, haksız fiile ilişkin genel ispat koşullarını yerine getirmesi halinde kabul görecektir. Bu durumda ise, 2004 yılındaki Yargıtay Kararında da isabetli olarak belirtildiği üzere; ananın manevi tazminat talebi, Medeni Kanun’un 304. maddesinde öngörülen maddi tazminat talebi gibi babalık davasının bir yıllık hak düşürücü süresine değil; haksız fiiller hakkında zamanaşımını düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 60.maddesinde yer alan genel düzenlemeye tabi olacaktır.

⁴¹⁴ Y.2HD, T. 10.03.2004, E. 2004/2037, K. 2004/2972, **Köseoğlu**, s. 362.

⁴¹⁵ Y.2HD, T. 04.07.2005, E. 2005/7948, K. 2005/10455; Y.2HD, T. 27.10.2005, E. 2005/12230, K. 2005/15021, Kazancı İçtihat Bankası.

Ananın babalık davası ile bağlantılı mali haklarına ilişkin Eski Medeni Kanun ve Yeni Medeni Kanun'daki düzenlemeler genel olarak incelendiğinde görülmektedir ki, gerek ananın isteyeceği maddi tazminat miktarının kanun ile kesin olarak belirlenmeyip, hâkime bu konuda takdir hakkı sağlayan hüküm, gerek ananın maddi tazminat talebi için öngörülen teminat hükmü, gerekse de babalık davasına bağlı olarak ananın manevi tazminat talebi ile ilgili bir düzenlemeye kanunda yer verilmiş olması itibari ile, Eski Medeni Kanun'un ananın mali hakları konusunda, Yeni Medeni Kanun'a oranla daha detaylı ve ananın daha lehine hükümler içerdiği görülmektedir. Kanunlarda yenilik yapılmasının temel felsefesi, daha iyi, daha adil ve daha ideal olana yaklaşımdır. Bu nedenle ananın mali hakları konusunda, Eski Medeni Kanun'un da gerisine gidilmesine neden olan Yeni Medeni Kanun'un ilgili maddelerinde, en kısa zamanda gerekli değişikliklerin yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

2- BABALIK HÜKMÜNÜN ÇOCUK AÇISINDAN SONUÇLARI

a- Genel Olarak

Babalık davasının temel amacı, evlilik dışı ilişki sonucu doğmuş çocuğun genetik babasının mahkeme hükmü ile belirlenmesi ve baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasıdır.

Babalık davasının sonunda, davaya konu çocuğun genetik babasının davalı olduğuna hükmedilmesi ve bu hükmün kesinleşmesi ile, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun babası hukuken belirlenmiş olur. Genetik babanın hukuken belirlenmesi ile de, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk ile genetik baba arasında, hukuki olarak soybağı ilişkisi kurulur(TMK m. 282/f. 2). Kurulan bu soybağı ilişkisine bağlı olarak da, hukuk alanında birtakım sonuçlar ortaya çıkar.

Eski Medeni Kanunumuzdan farklı olarak, Yeni Medeni Kanun'da sahih ve gayrisahih soybağı ayırımına son verilerek, tek tip soybağı ilişkisi düzenlenmiştir. Bu

nedenle genetik babası ile arasında, babalık davası sonucunda verilen hüküm ile soybağı ilişkisi kurulan çocuk ile, genetik babası ile arasındaki soybağı ilişkisi Yeni Medeni Kanun'da öngörülen diğer hukuki yollarla kurulan çocuklar arasında, soybağının hukuki sonuçları açısından, aşağıda açıklanacak bir kaç husus hariç, hiç bir fark kalmamıştır⁴¹⁶.

Aşağıda, babalık davası sonucunda genetik babası ile arasında hukuki olarak soybağı ilişkisi kurulmasının, çocuğun kişisel hukuki durumunu nasıl etkilediği, Medeni Kanun'un konu ile ilgili 321 ve devamı maddeleri uyarınca incelenecektir.

b-Babalık Hükümünün Çocuğun Soyadına Etkisi

Çocuğun soyadına ilişkin düzenleme Medeni Kanun'un 321. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre çocuk, ana ve babası evli ise ailenin, ana ve babası evli değilse ananın soyadını taşır. Ananın önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıması halinde ise çocuk, ananın bekârlık soyadını taşır.

Görüldüğü gibi, ana babası evli olan ve olmayan çocukların soyadları açısından, kanunda farklı hükümler öngörülmüştür. Bu hükümlere göre ana ve babası evli olan çocuk aile soyadını taşıyacaktır. Ailenin soyadı ise babanın soyadıdır⁴¹⁷(TMK m. 187).

Ana ve babası evli olmayan çocuk ise anasının soyadını taşıyacaktır. Kanunun 321. maddesinin gerekçesinde, baba ile çocuk arasında tanıma veya babalık hükmü ile soybağı ilişkisi kurulsa dahi, çocuğun ananın soyadını taşıyacağı belirtilmiştir⁴¹⁸.

⁴¹⁶Çocuklar arasındaki farklar ise, ana ve babalarının evli olup olmaması temeline dayanmaktadır.

⁴¹⁷“... 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 321. maddesi hükmüne göre, evlilik birliği içinde doğan çocuk **ailenin yani babanın soyadını taşır**. Ayrıca; 2525 Sayılı Kanunun 4. maddesinin 2. fıkrası da evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babanın seçtiği veya seçeceği soyadını alacağı emredici kuralını getirmiştir. Babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararlar değişmedikçe çocuğun soyadı değişmez. O halde velayete sahip ana ve baba bu hakka dayanarak, kişiye sıkıya bağlı kişilik haklarıyla ilgili çocuğun soyadının değiştirilmesi davasını açamaz...” , Y.18HD, T.29. 09. 2003, E.2003/4315, K.2003/6899, Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde bkz. Y.18HD, T. 17. 04. 2007, E. 2007/1509, K. 2007/3520, Kazancı İçtihat Bankası .

⁴¹⁸**Gereke**, s. 431.

Gerek kanun maddesi, gerek madde gerekçesinden anlaşıldığı gibi, Medeni Kanun’a göre, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk, mutlaka anasının soyadını taşıyacaktır⁴¹⁹.

Eski Medeni Kanun’da ise evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk ile babası arasında gayrisahih soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece çocuğun, anasının soyadını taşıyacağı; kişisel sonuçlu babalık hükmü veya tanıma yolu ile babası ile arasında gayri sahih soybağı ilişkisi kurulan çocuğun ise, babasının soyadını taşıyacağı hükme bağlanmıştı(EMK, m. 312). Görüldüğü gibi Yeni Medeni Kanun evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun ana ve babası evlenmediği müddetçe anasının soyadını taşıyacağını kabul etmekle, Eski Medeni Kanun’dan farklı bir esası kabul etmiştir.

Evlilik dışı ilişkiden doğan ve babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmamış çocuğun, anasının soyadını taşıması, gayet doğal ve çocuk yararına da uygun bir düzenlemedir⁴²⁰. Ancak babalık hükmü veya tanıma yolu ile babasına bağlanan çocuğun da anasının soyadını taşımasının öngören Medeni Kanun’un 321. maddesi, doktrinde tartışma ve eleştiri konusu yapılmaktadır.

Acabey’e göre, 321. maddedeki düzenleme son derece isabetsidir. Yeni kanun ile kadın erkek eşitliği sağlanmaya çalışılırken, bu sefer de erkek aleyhine eşitlik bozulmuştur. Yazara göre Medeni Kanun’da evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların soyadına ilişkin düzenleme yapılırken, 1998 yılında Alman Medeni Kanunu’nda yapılan değişiklik ile getirilen düzenlemenin örnek alınması, daha isabetli olacaktır⁴²¹. Yazarın örnek gösterdiği Alman Medeni Kanunu’na göre, evlilik dışı ilişkiden doğan

⁴¹⁹ ABİK, Yıldız; *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005, s. 139; Acabey, s. 283; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 510; ÖZDEMİR, OKTAY, Saibe; “Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler”, İstanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı, Mart 2007, s. 12; Öztan, s. 596; Şimşek(Soybağının Kurulması), s. 261. Ayrıca bkz. “...3-Türk Medeni Kanununun 321.maddesi çocuğun ana ve babanın evli olması halinde ailenin, evli olmaması halinde ananın soyadını taşıyacağını hükme bağlamıştır. Selma ile Ahmet arasında evlilik bağı kurulmamıştır. Küçük Rüyanur ile Ahmet arasındaki soybağı hükmüyle tesis edilmiştir. (TMK.mad. 301) Küçük Rüyanur’un anne hanesindeki kaydına dokunmadan Tokat ili Turhal ilçesi U. köyü cilt no: 00 hane no:00, BSN:0’de kayıtlı A ve H’dan olma 10.7.1966 doğumlu Ahmet’den olduğunun tespiti ile yetinilmesi gerekirken yazılı şekilde baba hanesine tesciline soyadının A. olarak kayıtlara geçirilmesine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”, Y.2HD, T. 20.12.2004, E. 2004/13733, K. 2004/15365, Kazancı İçtihat Bankası. Aynı yönde bkz. Y.2HD, T. 05.04.2004, E. 2004/3567, K. 2004/4312, Köseoğlu, s. 359.

⁴²⁰ Abik, s. 141; Özdemir, s. 11.

⁴²¹ Acabey, s. 283.

çocuk, babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece, ananın soyadını taşır. Çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisinin mahkeme kararı veya tanıma yolu ile kurulması halinde, çocuğun ana veya babadan hangisinin soyadını taşıyacağını, ana ve baba anlaşarak belirlerler. Bu konuda anlaşamazlarsa, hâkim çocuğun hangi soyadı taşıyacağını belirleme yetkisini, ana veya babadan birine verir. Belirleme yetkisine sahip olan, çocuğa kendi soyadını verebileceği gibi, çocuğun diğerinin soyadını taşımasını da isteyebilir. Ancak yetki sahibinin, çocuğun diğerinin soyadını taşımasına karar verebilmesi için, diğer tarafın onayını alması şarttır⁴²².

Ayrıca yazara göre bu usul ile çocuğun soyadının belirlenmesi, Hollanda hukukunda olduğu gibi geçici olmalı; çocuk ergin olduktan sonra üç yıl içinde soyadını değiştirip, soyadını taşımadığı ana veya babanın soyadını taşıyabilme hakkına sahip olmalıdır⁴²³.

Kırkbeşoğlu ise Medeni Kanunumuzun 321. maddesinde öngörülen düzenlemeyi, ana, babası evli olan ve olmayan çocuklar açısından haksız bir ayırım yarattığı için, isabetsiz bulmaktadır⁴²⁴. Çünkü babası ile arasında soybağı sonradan kurulan evlilik dışı çocuk babasına mirasçı olduğu, babasının vatandaşlığına tabi olduğu, hatta gerekli durumlarda velayeti bile babasına verilebildiği halde; çocuğun babasının soyadını taşıma hakkına sahip olmaması, haksız bir durum yaratmaktadır. Yazara göre bu konuda hem çocuk, hem de ana ve baba açısından ortak bir yol bulunmalı; çocuğun kimin soyadın taşıyacağı önce ana ve babanın ortak kararına bırakılmalı; anlaşmazlık halinde hâkim bu konuda karar vermeli ve çocuk ergin olunca kimin soyadını taşıyacağına kendi karar verebilmelidir.

Özdemir' e göre ise, Medeni Kanun'un 321. maddesinin evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun anasının soyadını taşıyacağını mutlak bir biçimde, hiç bir alternatifte yer vermeden düzenlemesi; çocuk yararına aykırı olduğu gibi, çocuk ile babası arasındaki ilişkinin niteliğine de aykırı görülmektedir. Babası tarafından tanınmış

⁴²² Acabey, s. 284.

⁴²³ Acabey, s. 284.

⁴²⁴ Duran, s. 97.

veya babalık hükmü ile babasına bağlanmış bir çocuğun, özellikle babası ile birlikte yaşaması durumunda, babasının soyadını alamaması çocuğun menfaatlerine aykırılık teşkil eder. Ayrıca 321. madde, ana ve babası evli olan çocuklar ile evli olmayan çocuklar arasında haksız bir ayırıma da neden olmaktadır. Yazara göre, çocuğun babasının velayeti altında olduğu hallerde, babasının soyadını taşıyacağını öngören kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndaki gibi bir hükmün(İMK m.271/3), Medeni Kanun'a alınmaması; kanun koyucu tarafından giderilmesi gereken bir eksiklikler. Ancak bu eksiklik giderilene kadar da, bu konuda bir kanun boşluğu olduğu varsayılarak, bu boşluk kaynak kanundan da yararlanılmak sureti ile doldurulmalı; çocuklar arasındaki bu haksız ayırım giderilmelidir. Bu noktada yazar, çocuğun velayetinin babaya verildiği hallerde, bu durumun Medeni Kanun'un 27. maddesinde düzenlenen ad değiştirilmesi davası açısından bir haklı sebep olarak kabul edilmesini de, bir çözüm yolu olarak görmektedir⁴²⁵.

Şimşek'e göre 321. maddenin gerekçesinde öngörüldüğü gibi, yani evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun, ana ve babasının evli olmadığı her durumda ananın soyadını taşıyacağı şeklinde yorumlanması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Çocuk Hakları Bildirgesi gibi uluslararası hukuka ilişkin belgelere aykırılık teşkil eder. Yazar, uluslararası hukuka ilişkin tüm bu belgelerde, çocuklar arasında doğuştan veya başka herhangi bir nedenle ayırım yapılamayacağını düzenlendiğini; bir çocuğun, hukuken belirlenen babasının soyadını almasının, en temel insan haklarından birisi olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca maddenin gerekçedeki gibi yorumlanması; hem Yeni Medeni Kanun'un bütününe egemen olan eşitlikçi anlayışa, hem de yeni kanunda kadın ve çocuklar lehine yapılan düzenlemeler düşünüldüğünde, kanunun geneline egemen olan bu anlayış ve ruha aykırıdır. Bu yorum tarzı bizi Eski Medeni Kanun'da kabul edilen düzenlemeden de daha geriye götürmektedir. Bu nedenlerle, yazara göre Medeni Kanun'un 321. maddesi en kısa zamanda değiştirilmeli, babası arasında soybağı ilişkisi kurulan çocuğun, babasının soyadını taşıyacağı, kanunda açıkça düzenlenmelidir. Bu değişiklik yapılan kadar ise, maddenin kanunun amacı ve ruhuna uymaması nedeni ile bu konuda bir kanun

⁴²⁵Özdemir, s. 11 - 14.

boşluğu olduğu kabul edilmeli ve 321. madde uygulanmamalıdır. Kanun boşluğu ise kanunun evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların aleyhine olan düzenlemeleri giderme amacına uygun olarak doldurulmalı; soybağının babalık hükmü veya tanıma yolu ile kurulduğu hallerde, çocuğun babasının soyadını taşıyabileceği kabul edilmelidir⁴²⁶.

Serozan ise evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun, velisi olan anasının soyadını taşımasını, daha gerçekçi ve yerinde bulmaktadır⁴²⁷. Çocuğun bu şekilde dayatılan soyadını, daha sonra babası ile ilişkisinin sıklaşması veya haklı diğer nedenlerle değiştirme hakkı bulunduğu(MK m. 27) bahisle, yazar 321. maddede eleştirel bir yön görmemektedir⁴²⁸.

Kılıçoğlu da evlilik dışı çocuğun Medeni Kanun'un 337. maddesinde yer alan düzenleme(TMK m. 337/f. 1) uyarınca anasının velayeti altında olması nedeniyle; Medeni Kanun'un 321. maddesinde yer alan düzenlemeyi, isabetli bulmaktadır. Nitekim yazara göre çocuğun velisi olan ana, çocuğun kanun temsilcisi sıfatıyla çocuk adına birtakım işlemler de yapacağı için, bu işlemler sırasında çocuk ile ananın farklı soyadları taşımaları hoş karşılanmayacak, soyadları aynı olmadığı için bu durum bir takım şüphelere yol açabilecektir⁴²⁹.

Bizce çocuk hukukuna ilişkin her konuda olduğu gibi, çocuğun hangi soyadını taşıyacağının belirlenmesinde de, çocuk yararı üstün tutulmalıdır. Bu nedenle çocuğun soyadı konusunda, ana veya babanın soyadının mutlak olarak tercih edildiği bir sistemin, amaca uygun olmayacağını düşünmekteyiz. Bizce olması gereken hukuk bakımından, Medeni Kanun'un 321. maddesi değiştirilerek, çocuğun kimin soyadını taşıyacağına ilişkin öncelikle ana ve babanın anlaşması yolu getirilmelidir. Anlaşma sağlanamadığı takdirde ise, tıpkı velayetin değiştirilmesi veya çocukla kişisel ilişki kurulması gibi konularda olduğu şekilde, çocuğun yararı hâkim

⁴²⁶Şimşek(Soybağının Kurulması), s. 261-262.

⁴²⁷Serozan, s. 130, s. 238.

⁴²⁸Serozan, s. 130, s. 239

⁴²⁹Kılıçoğlu, s. 115. Medeni Kanun'un 321. maddesine ilişkin eleştiri ve çözüm önerileri için ayrıca bkz. Abik, s. 140 – 143.

tarafından her yönden değerlendirerek, çocuğun kimin soyadını taşıyacağına, hâkim karar vermelidir. Çocuk ise ergin olduktan sonra taşımakta olduğu soyadını değiştirme hakkına sahip olmalıdır⁴³⁰.

29. 04. 2006 tarihinde yürürlüğe giren 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu(NHK) ve bu kanunun uygulanmasına ilişkin 29.09.2006 tarihinde yürürlüğe giren yönetmelikte ise, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların soyadına ilişkin, Medeni Kanun'da öngörülenden farklı hükümler yer almıştır. Nüfus Hizmetleri Kanununa göre tanınan çocuklar; babalarının nüfus kütüğündeki hanesine, baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle, tescil edileceklerdir. (NHK, m. 28/f. 4). Bu madde de babalık hükmü ile babalarına bağlanan çocuklardan bahsedilmemekle birlikte, bu hükümde tanınan çocukların babalarının soyadını alacağı düzenlendiği için Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun bu maddesinin, Medeni Kanun'un 321. maddesinin gerekçesine ve 321. maddenin yorumlanma tarzına uymadığı, ilk bakışta anlaşılmaktadır.

Ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun geçici 5.maddesi, Nüfus Hizmetleri Kanunu yürürlüğe girene kadar, tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana hanesine tescil edilen çocukların, baba hanelerine nakli için, ana veya babadan birinin veya çocuk ergin ise kendisinin müracaatının aranacağını, hükme bağlamıştır. Görüldüğü gibi geçici maddede, kanunun yürürlüğe girmesinden önce sonuçlanan babalık hükümlerinden de bahsedilmiş; bu halde ana veya babanın veya çocuk ergin ise çocuğun müracaatı halinde, çocuğun baba hanesine naklinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Ancak kanunun yürürlüğe girmesinden sonra babalık hükmü sonucu babalarına bağlanan çocukların, baba hanesine nakillerinin istenip istenemeyeceği konusuna değinilmemiştir. Bu durumda, tanınan çocukların sahip olduğu; baba

⁴³⁰Çocuğun kanundan dolayı taşımakta olduğu ana veya babasının soyadı değiştiğinde çocuğunda soyadı buna bağlı olarak değişecektir. Ancak ana ve baba velayet hakkına sahip olsa dahi, kendi soyadları aynı kalmak şartı ile çocuğun soyadını değiştirmek amacıyla dava açamazlar. Çünkü soyadı değişikliği için dava açma hakkı çocuğa sıkı surette bağlı haklardandır. Çocuk tarafından ergin olduktan sonra ise Medeni Kanun'un 27. maddesi uyarınca, soyadının değiştirilmesi için dava açılabilir(Abik, s. 142). İşte bu şekilde, usulüne uygun olarak açılan bir davada verilen hüküm bulunmadıkça, çocuğun soyadı, ana veya baba tarafından dava açılarak değiştirilemez. Bu konuda bkz. Y.18HD, T.17.04.2007, E.2007/1509, K.2007/3520; Y.18HD, T.03.10.2006, E.2006/6176, K.2006/7205. Kazancı İçtihat Bankası.

hanesine, baba soyadı ile tescil edilebilme hakkını; babalık davası sonucunda babasına bağlanan çocuklara tanımamak, adalet duygusuna aykırı düşecektir. Bu nedenle Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun, m. 28. maddesinin 4. fıkrasında babalık davasından bahsedilmemesini, kanun koyucunun gözünden kaçan bir husus olarak değerlendirmek gerekmektedir⁴³¹. Nitekim Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin, babalığa hüküm ile soybağı kurulan çocukların nüfusa tescil edilmeleri ile ilgili 103.maddesinin 1. fıkrası; *“Mahkemelerce babalığa hüküm kararı verilmesi halinde; çocuk daha önce anasının hanesinde kayıtlı ise başka bir belge veya ana ve babanın beyanı aranmaksızın mahkeme kararına dayanılarak çocuğun kaydı baba soyadı ile baba hanesine taşınır”* hükmünü getirmiştir.

Medeni Kanun'un 321. maddesi ve Nüfus Hizmetleri Kanunun ve Yönetmeliğin ilgili hükümlerinin değerlendirilmesi ile denilebilir ki; hukukumuzda anası babası evli olmayan ve babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmayan çocuk anasının soyadını taşır(TMK m. 321). Ancak bu kuralın, maddenin gerekçesinde ifade edilen tarzda, babalık hükmü veya tanıma halinde de kesin olarak uygulanacak bir kural olarak yorumlanması, artık hatalı olacaktır.

Zira Nüfus Hizmetleri Kanunu ve yönetmelikte yer alan düzenlemelerden şu anki hukukumuz açısından çıkan sonuç; babalık hükmü ile babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulan çocuğun, babasının soyadı ile birlikte baba hanesine tescil edileceği; bunun için de mahkeme kararının yeterli olduğu ve talep aranmayacağıdır⁴³². Ancak babalık davası ile soybağı ilişkisinin kurulduğu hallere ilişkin olarak, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda açıkça bir hüküm yer almaması; bu önemli konunun yönetmelikte düzenlenmesi, oldukça yanlıştır. En kısa zamanda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda değişiklik yapılarak, yönetmelikteki esasın kanunda açıkça yer alması gerekmektedir. Bu durumda genel-özel kanun hükümleri arasında çelişki olması

⁴³¹Duran, s. 98.

⁴³²Nitekim Yargıtay da son kararlarında, özellikle 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun geçici 5. maddesini dayanak göstererek, babalık hükmü ile babasına bağlanan çocukların, baba hanesine tescil edilmesine ilişkin yerel mahkeme kararlarını onamaktadır. Örnek olarak bkz. Y.2HD, T. 19.07.2006, E. 2006/4721, K. 2006/11413, Şimşek(Yargılama Usulü), s. 108.

halinde, sonradan yürürlüğe giren özel kanun hükümleri uygulama alanı bulacağından⁴³³, babalık hükmü ile babalarına bağlanan çocuklar açısından, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun konuyla ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴³⁴. Ayrıca Medeni Kanun'un 321. maddesinde de değişiklik yapılmalı; 321. maddenin, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda ve yönetmelikte öngörülen esaslara zıt şekilde uygulanmasına neden olacak yorumların yapılmasının önüne geçilmelidir. Bu şekilde kanunlar ve diğer hukuki düzenlemeler arasındaki çelişkilerin giderilmesi, hukukun birliği açısından da önem taşımaktadır.

c Babalık Hükümünün Çocukla Kişisel İlişki Kurma Hakkına Etkisi

Ana ve baba açısından çocukla kişisel ilişki kurulması; çocuğunun velayeti kendisine bırakılmayan ana ve babanın, çocuğuyla iletişim kurabilmesi ile alakalı bir kavramdır. Çocuğunun velisi olmayan ana veya babanın, çocuğuyla kişisel iletişim kurmak istemesi çok doğal bir durumdur. Nitekim bu nedenle de Medeni Kanun'un 323. maddesi “ *Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir*” hükmüne yer vererek, ana ve babanın, velayet hakkından bağımsız olarak sahip olması gereken bu hakkı, onlara tanımıştır.

Kişisel ilişki kurabilme hakkının amacı, çocuğun velayet hakkına sahip olmayan ebeveyni ile arasındaki manevi, psikolojik bağın kopmaması, çocuk ile ebeveyn arasındaki özlemin giderilebilmesidir⁴³⁵. Yoksa kişisel ilişki kurma hakkı, ana veya babaya çocuğun hayatına müdahale hakkı vermez⁴³⁶.

⁴³³ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref; **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kaynakları**, 15.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s. 71.

⁴³⁴ Özdemir ise, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun nüfus kayıtlarının neşekilde tutulacağına ilişkin bir prosedür kanunu olması nedeni ile, bu kanun ile Medeni Kanun'da yer alan bir medeni hukuk kuralının değiştirilemeyeceğini; ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28.maddesinde babalık hükmüne de yer verilmediğini ifade etmektedir. Yazara göre tanınan çocuklar da, babalarının soyadlarını taşıyacaklarına ilişkin bir hüküm Medeni Kanun'da yer almadığı sürece, babalarının soyadlarını kazanamayacaklardır(Özdemir, s.12).

⁴³⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 512; Öztan, s. 605; Serozan, s. 241.

⁴³⁶ Serozan; s. 241.

Ana veya babanın çocuğuyla buluşabilmesi, çocuğuyla telefonda veya yüz yüze konuşabilmesi, çocuğuyla yazışabilmesi, çocuğu hakkında bilgi alabilmesi gibi haklar, çocukla kişisel ilişki kurulması kapsamına girmektedir⁴³⁷. Ancak kişisel ilişki kurma hakkının kapsamı, her durumun özelliğine göre hâkim tarafından belirlenecektir. Hâkimin bu konuda geniş bir takdir yetkisi vardır. Hâkimin bu takdir yetkisini kullanırken başvuracağı en temel kavram, çocuk yararının üstünlüğü ilkesi olacaktır. Çünkü ana ve babaya tanınan kişisel ilişki kurma hakkı, çocuk yararı ile sınırlıdır. Bu nedenle ana ve babaya çocuk ile kişisel ilişki kurabilme hakkı tanınırken, çocuğun üstün yararı her şeyin, bu arada da ana ve baba hakkının da, üstünde tutulmalıdır⁴³⁸. Ayrıca kişisel ilişki kurulup kurulmaması veya kurulacak ilişkinin kapsamı belirlenirken, ayırt etme gücüne sahip küçük de dinlenmelidir⁴³⁹.

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun yararına aykırı sonuçlar yaratmasını engellemek amacıyla, Medeni Kanun'un 324.maddesi ile, ana ve babaya 323. maddede tanınan hakkın, sınırları çizilmiştir. Bu maddeye göre ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten ve çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür(TMK m. 324/f. 1). Ayrıca maddede, kişisel ilişki nedeniyle çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi; ana ve babanın, çocukla kişisel ilişki kurma hakkını birinci fıkrada öngörülen yükümlülöklere aykırı olarak kullanması; ana ve babanın çocukla ciddi şekilde ilgilenmemesi veya diğer önemli sebeplerin bulunması halinde, ana-babanın çocukla ilişki kurma isteminin hâkim tarafından reddedilebileceğı veya kendilerine bu hak tanınmış ana ve babadan bu hakkın geri alınabileceğı, öngörölmüşür(TMK m. 324/f.

⁴³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 513; Öztan, s. 607; Serozan, s. 241.

⁴³⁸ Acabey, s. 286; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 512; Öztan, s. 605; Serozan, s. 241. "...2-Velayeti anneye verilen müşterek çocuk 15.10.2002 doğumlu olup çok küçüktür. Çocukla baba arasında şahsi ilişki düzenlenirken analık - babalık duygusundan ziyade çocuğun bedeni ve fikri gelişiminin nazara alınması gerekir. Henüz bir buçuk yaşında olan küçükle davalı baba arasında her yılın 1-30 Temmuz tarihleri arasında kurulan şahsi ilişki çocuğun fikri ve bedeni gelişimini olumsuz yönde etkileyeceğı gibi şahsi ilişki düzenlenirken başlangıç ve bitiş saatlerinin gösterilmemesi suretiyle infazda karışıklık yaratılması da doğru değildir... " , Y.2HD, T. 19.12.2004 , E. 2003/16663, K. 2004/1898, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴³⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 512. "...Küçük Burak 1988 doğumlu olup, görüşlerini açıklama olgunluğuna sahiptir. Velayetle ilgili hüküm 29.05.2000 tarihinde kesinleşmiş, davalı pasaport işlemlerini yaptırmış, küçüğü yanına almıştır.Küçük hâlen anne yanında olduğı gibi velayet konusunda düşüncesini velayet hakkının annesinde bulunması yönünde açıklamıştır(TMK m. 339). Türk Medeni Kanunu'nun 183. maddesi ve 348. maddesi koşulları da oluşmamıştır..." , Y.2HD, T. 08.04.2003, E. 2003/2139, K. 2003/5117, Gençcan(TMK), s. 1547.

2)⁴⁴⁰. Ana ve baba bu maddede yer alan sınırlara uygun davrandığı takdirde ise, çocuk ile kişisel ilişki kurma hakları engellenmemelidir⁴⁴¹. Ayrıca öngörülen hallerin var olması hallerinde dahi, çocuğun yararı gerektiriyorsa, kişisel ilişki tamamen engellenmesi yerine sınırlandırılması veya içeriğinin değiştirilmesi de mümkün olmalıdır⁴⁴².

Çocuk ile baba arasında, babalık hükmü ile soybağı ilişkisi kurulması halinde; babalığına hükmedilen erkek de, çocuğu ile kişisel ilişki kurmasına izin verilmesini, hâkimden talep edebilecektir. Çocuk ile ana ve babası arasındaki kişisel ilişkiye ilişkin tüm taleplerde, çocuğun oturduğu yer mahkemesi yetkili olduğu için(TMK m. 326/f. 1), baba bu talebi çocuğun oturduğu yer mahkemesinden talep edecektir. Görevli mahkeme ise 4787 Sayılı Kanun'un 4.maddesi uyarınca Aile Mahkemesidir. Ancak mahkemece kişisel ilişki talebi hakkında bir düzenleme yapılmıyca kadar baba, velayet hakkına sahip ya da çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında, çocuk ile kişisel ilişki kuramaz(TMK m. 326/f. 3). Yukarıda belirttiğimiz esas ve sınırlamalara uygun olarak, çocuğu ile kişisel ilişki kurabileceğine izin verilen baba ise, mahkemece çizilen sınırlara uygun olarak çocuğu ile kişisel ilişki kurabilecektir.

Eski Medeni Kanun döneminde ise babalık hükmü ile velayetin babaya da verilebileceği düzenlenmişti(EMK m. 312/c. 4).Eski Medeni Kanun açısından çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğunun velayeti babaya verilmiş kadın açısından

⁴⁴⁰“...Ana ve babadan her biri, diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesini ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür.

Kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzuru tehlikeye girer veya ana ve baba bu haklarını birinci fıkrada öngörülen yükümlülüklerine aykırı olarak kullanırlar veya çocuk ile ciddi olarak ilgilenmezler yada diğer önemli sebepler varsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (T.M.K. md. 324).

Toplanan delillerden davalının davacıyı tehdit ettiği, küçükle kişisel ilişkisini zedelediği, bununla da kalmayarak küçüğü 23.9.2001 tarihinde okuldan çıkardığı ve halen de yükümlülüğüne aykırı olarak velisi olan davacıya teslim etmediği belirlenmiştir.

Türk Medeni Kanununun 324. maddesi koşulları olduğundan davanın kabulü ile ana ile küçüğün kişisel ilişkisinin kaldırılmasına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...”, Y.2HD, T.09.07.2003, E.2003/7602, K.2003/10488, **Bulut**, s. 64.

⁴⁴¹Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2007 yılında verdiği bir kararda; babanın, velayeti anneye bırakılan çocuğu ile kişisel ilişki kurmaya ilişkin talebinin, ancak Medeni Kanun'un 324. maddesinde sayılan hallerin gerçekleşmesi halinde reddedileceğini; aksi takdirde babanın çocuğu ile kişisel ilişki kurma talebinin, mahkemece kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir(Y. HGK, T.19.09.2007, E.2007/2-622, K.2007/598. Kazancı İçtihat Bankası).

⁴⁴²**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 514.

öngörölmüş; çocuğun velayetinin anada olduğu hallerde, babaya bu yönde bir hak tanınmamıştı(EMK m. 313/c. 1) . Bu düzenleme ise doktrinde eleştirilmekte, bu konuda baba açısından bir kanun boşluğunun var olduğu kabul edilerek, babanın da kişisel ilişki kurulmasının kabul edilmesi gerektiğı belirtilmekteydi⁴⁴³. Yargıtay da yeni tarihli kararlarında, velayet hakkına sahip olmayan babaya, çocuğıyla kişisel ilişki kurma hakkının tanınmamasının, uluslararası alanda kabul görmüş çocuk hakları ile bağdaştırılamayacağı yönünde kararlar vermişti⁴⁴⁴.

d- Babalık Hükmünün Çocuğun Nafaka Talep Hakkına Etkisi

Çocuğun ana ve babası tarafından bakılma hakkı, uluslararası hukukta kabul edilen(BMÇHS m.7/1)⁴⁴⁵ ve ulusal hukuklarca da çocuğa tanınması gereken, en önemli haklardan bir tanesidir. Nitekim Medeni Kanunumuz da; çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderlerin, ana ve babası tarafından karşılanacağı hükme bağlayarak(TMK m. 327/f. 1), bu önemli hakkı çocuğa tanımıştır.

⁴⁴³ **Oğuzman/Dural**, s. 370; **Velidedeoğlu**, s. 449,450. Tekinay ise buradaki kanun boşluğunun çocuğun yararı gözetilerek doldurulması gerektiğini ifade etmekteydi. (**Tekinay**, s. 564,565).

⁴⁴⁴ “ ... 2 -Tanıma veya babalık davası sonunda nesebi babaya karşı belli olan çocuğun anaya veya babaya verilmesi mümkündür (MK. md. 311-312). Velayetin babaya verilmesi halinde ananın çocukla şahsi ilişki kurma hakkı bulunduğu Medeni Kanunun 313. maddesinde açıkça gösterildiğı halde, velayetin anaya verilmesi halinde babanın çocukla şahsi ilişki kuracağı yönünde bir hüküm olmaması düşünülemez.

Aksi düşünce çocuğun fikri ve bedeni gelişmesine menfi etki de bulunabileceğı gibi, 4438 sayılı kanunla onanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 7. maddesinde yer alan "çocuk... mümkün olduğı ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sah olacaktır" hüküm ile de bağdaşmaz. Aynı sözleşmenin 9/3. maddenin de "Taraf devletler... çocuğun... ana babasının ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler" hüküm böyle bir boşluğa cevaz veremeyecek niteliktedir.

Şu halde Medeni Kanunun 148 ve 313. maddeleri hükümleri .. uygulanarak evlilik dışı ilişkiden doğan ve baba ile neseb bağı tanıma veya babalık hükmü ile oluşan çocuğun velayetinin anasına bırakılması halinde babası ile uygun kişisel ilişki kurulması gerektiğı (Y. 2. HD.'nin 21.11.1995 tarihli, 10018-2567 sayılı, 18.9.1992 tarihli 7542-8176 sayılı kararları)düşünülmemesi doğru değildir...” Y.2HD, T. 16.05.2000, E. 2000/6094, K. 2000/6436, Kazancı İçtihat Bankası. Ayrıca bkz. Y.2HD, T. 21.11.1995, E. 1995/10018, K. 1995/12567, YKD, Mayıs 1996, C. 22, S. 5, s. 707, 708.

⁴⁴⁵ Bu madde için bkz. s. 41, dn. 141.

Evlilik dışında doğan ve babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmamış çocuğun bakımı ve yetiştirilmesine ilişkin giderler, anası tarafından karşılanır⁴⁴⁶. Babalık davasının sonucunda davalı erkeğin baba olduğuna hükmedilmesi halinde ise mahkeme, gerek babalık davası ile birlikte ileri sürülmesi halinde; gerek ise ayrı bir nafaka davası ile talep edilmesi halinde; baba olduğu ispat edilen erkeğin, çocuk lehine nafaka ödemesine karar verecektir. Çünkü babanın çocuğuna bakma yükümlülüğü, çocuğu ile arasında soybağı ilişkisinin kurulması ile başlayan ve kanundan doğan bir yükümlülüktür⁴⁴⁷. Bu yükümlülük velayet hakkından bağımsızdır⁴⁴⁸.

Babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulması neticesinde, babanın çocuğa ödemekle yükümlü olduğu nafaka, hukuki niteliği itibari ile iştirak nafakasıdır. İştirak nafakası velayet hakkına sahip olmayan ana veya babanın, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine katılmak amacıyla, çocuğun ergin olmasına kadar yaptığı parasal ödemedir⁴⁴⁹.

Çocuk adına nafaka davası, çocuğa fiilen bakmakta olan ana tarafından açılabilceği gibi; ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından bizzat da açılabilir(TMK m. 329/f. 3). Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuk adına nafaka davası ise, kayyım veya vasi tarafından da açılabilir(TMK m. 329/f. 2). Ana ve çocuk nafaka dava açma hakkına birbirlerinden bağımsız olarak, ayrı ayrı sahiptirler. Ancak her iki halde de nafaka alacaklısı çocuk olduğu için⁴⁵⁰, ana da açacağı nafaka davasında, nafakanın kendine değil çocuğa ödenmesini talep edecektir⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Kırkbeşoğlu, s. 28; Serozan, s. 244.

⁴⁴⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 516; Öztan, s. 612. "... Çocukla davalı arasındaki soybağı babalık hükmüyle kurulduğuna ve babalık hükmü 1.3.2002 tarihinde kesinleştiğine göre, soybağının kurulmuş olmasının tabi sonucu olarak babanın bakım borcu doğmuştur. (TMK. 327/1) O halde çocuğun bakımı ve eğitimi için Türk Medeni Kanununun 329. ve 330. maddeleri gereğince, hayat koşulları ve tarafların ödeme güçleri de dikkate alınarak çocuk için uygun miktarda nafaka takdir gerekirken, yasal olmayan gerekçe ile isteğin reddi bozmayı gerektirmiştir...", Y.2HD, T. 10.03.2004, E. 2004/2037, K. 2004/2972, Köseoğlu, s. 362.

⁴⁴⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 516; Kırkbeşoğlu, s. 28; Serozan, s. 243; Öztan, s. 613.

⁴⁴⁹ Akıntürk, s. 380; Oğuzman/Dural, s. 356; Özuğur(Nafaka), s. 186; Şimşek(Yargılama Usulü), s. 48.

⁴⁵⁰ Serozan, s. 244.

⁴⁵¹ Oğuzman/Dural, s. 356.

Babanın nafaka ödemekle yükümlü olabilmesi için, soybağının kanunda öngörülen şekilde kurulmuş olması gerekmektedir⁴⁵². Konumuz açısından ise, soybağının babalık davası sonucunda verilen hükümle kurulması gerekmektedir. Çocuk lehine nafaka talebinin babalık davası ile birlikte ileri sürülmesi mümkündür. Babalık davası ile birlikte istenmesi halinde, nafaka talebi harca tabi için ayrıca harç yatırılması gerekmez; nafaka talebi babalık davasının eki niteliğinde olduğu için, babalık davasında ileri sürülen nafaka talebine ilişkin, ücreti vekâlete de hükmedilmez⁴⁵³. Ayrıca kanun koyucu, babalık davası ile birlikte istenen nafaka ile ilgili, Medeni Kanun'un 333.maddesinde de özel bir hükme yer vermiştir. Bu hüküm uyarınca babalık davası ile birlikte nafaka da istenirse ve hâkim tarafından babalık olasılığı kuvvetli bulunursa; çocuğun ihtiyaçları için uygun bir nafakaya, hükümden önce de karar verilebilir. Bu nafaka tedbir nafakası niteliğindedir ve hâkimin dava sırasında çocuk lehine tedbir nafakasına hükmedebilmesi için, toplanan delillere göre davanın kabul edilme ihtimalinin yüksek bulunması gerekmektedir⁴⁵⁴. Bu nafakanın düzenleniş amacı, nihai hükmün verilmesinin uzun zaman alması durumunda çocuğun menfaatlerinin korunmasıdır⁴⁵⁵. Görüldüğü gibi çocuk lehine nafaka talebinin babalık davası ile birlikte ileri sürülmesinin, davacılar açısından bazı avantajları vardır. Ancak nafaka talebi babalık hükmünün verilemesinden sonra açılacak, ayrı bir nafaka davasına da konu olabilir.

Çocuk lehine ödetilmesine karar verilecek nafaka miktarının tayininde, çocuğun ihtiyaçları ve babanın ekonomik durumu, ayrıca varsa çocuğun gelirleri de göz önünde bulundurulur⁴⁵⁶. Hükmedilecek nafaka çocuğun beslenme, giyinme, barınma, eğitim, tedavi gibi, yaşaması ve eğitilmesi için gerekli olan gider miktarını içerecektir⁴⁵⁷. Ancak nafaka bir iştirak nafakası niteliğinde olduğundan, çocuğun tüm

⁴⁵²Dural/Öğüz/Gümüş, s. 516; Öztan, s. 621; Şimşek(Yargılama Usulü), s. 50.

⁴⁵³Bulut, s. 96.

⁴⁵⁴Dural/Öğüz/Gümüş, s. 519; Özüğür(Nafaka), s. 191.

⁴⁵⁵KÜTÜK, Halil İbrahim; "Tedbir Nafakası", Adalet Dergisi, S. 26, Eylül, 2006, s. 225, 226.

⁴⁵⁶Bulut, s. 95, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 516, 518; Oğuzman/Dural, s. 357; Öztan, s. 622; (Yargılama Usulü), s. 51, Serozan, 244. Bu konuda bkz. Y.2HD, T. 25.03.2002, E. 2002/3551, K. 2002/4244, Özüğür(Nafaka), s. 188.

⁴⁵⁷Serozan, s. 245; Öztan, s. 622.

giderlerinin babaya yüklenmesi söz konusu olmayacak; bu nafaka ile babanın çocuğunun giderlerine adilane bir şekilde katılımı sağlanacaktır⁴⁵⁸.

Babanın nafaka borcu, çocuk ile arasında soybağı ilişkisinin kurulması ile doğacağından; babalık davası sırasında iştirak nafakası istenmemiş, daha sonra iştirak nafakası davası açılmışsa; nafakaya babalık davasının kesinleştiği tarihten itibaren hükmedilecektir⁴⁵⁹.

Hükmedilen nafaka aylık olarak, hâkimin belirttiği tarihlerde ve peşin olarak ödenecektir(TMK m. 330/f. 2). Nafakanın aylık olarak ödenmesi gereken gün, aynı zamanda nafaka alacağının muaccel olduğu ve bu alacak hakkında zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı tarihtir⁴⁶⁰. Nafaka alacakları aylık olarak muaccel oldukları tarihten itibaren, BK. m.126/b. 1 uyarınca beş yıllık zamanaşımına tabidirler. Şunu önemle belirtmeliyiz ki çocuk adına nafaka isteme hakkı zamanaşımına veya hak düşürücü süreye bağlı değildir. Nafaka, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulmasından itibaren, ana ve babanın kural olarak çocuğa bakma yükümlülüğünün ortadan kalktığı tarihe kadar, her zaman talep edilebilir. Beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olan, muaccelleşen nafaka alacaklarıdır⁴⁶¹.

Nafaka çocuk küçük ise çocuğun kanuni temsilcisine, çocuk ergin ise kendisine ödenir⁴⁶².

Nafakanın para ile ödenmesi gerekir. Nafakanın ayn olarak ödenmesi, çocuğun veya kanuni temsilcisinin bunu kabul etmelerine bağlıdır⁴⁶³.

⁴⁵⁸Öğuzman/Dural, s. 357.

⁴⁵⁹Özüğür(Nafaka), s. 186. Ayrıca bkz. Y.2HD, T.03.10.1996, E. 1996/8365, K. 1996/9623, Özüğür(Velayet – Vesayet), s. 280, Serozan, s. 219.

⁴⁶⁰Öğuzman/Dural, s. 358; Öztan, s. 617.

⁴⁶¹Şimşek(Yargılama Usulü), s. 51.

⁴⁶²Öztan, s. 618.

⁴⁶³Öztan, s. 618;

İrad biçiminde ödenmesine karar verilen nafaka miktarının, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarını dikkate alarak gelecek yıllar içerisinde ne miktarda ödeneceğine ilişkin de, hâkim tarafından karar verilebilir(TMK m. 330/f. 3). Ancak hâkimin bu yönde karar verebilmesi için; nafaka talep edenlerin bu yönde bir isteminin bulunması ve hâkim tarafından gelecek yıllar için takdir edilecek artış miktarının, hükmün infazında duraksamaya yol açmayacak nitelikte olması gerekir⁴⁶⁴.

İştirak nafakası kural olarak çocuk ergin olunca sona erer(TMK m. 328/f. 1). Çocuğun mahkeme kararı ile veya evlenme ile ergin olması halinde de, ana ve babanın bakım borcu sona ermektedir⁴⁶⁵. Ancak nafaka yükümlülüğünün çocuğun ergin olması ile sona ermesi kuralının istisnası da Medeni Kanun’da düzenlenmiştir. Bu istisna hükmüne göre, ergin olan çocuğun eğitiminin devam etmesi halinde ana ve baba, durum ve koşullar uyarınca kendilerinden beklenebilecek ölçüde, eğitim sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler(TMK m. 328/f. 2).

Babalık davası sonucunda çocuğu ile arasında soybağı ilişkisi kurulan ve bu nedenle hâkim hükmü ile çocuğuna nafaka ödemeye mahkûm edilen babanın, nafaka yükümlülüğünü sürekli olarak yerine getirmemesi veya bu yükümlülüğü yerine getirmesini engelleyecek bir takım davranışlarda bulunması olasılığına karşılık⁴⁶⁶; Medeni Kanun’un 344. maddesinde, çocuğun nafaka alacağının güvence altına almak amacı ile bir düzenleme yapılmıştır. Bu hüküm uyarınca hâkim, nafaka yükümlülüğünü olumsuz etkileyecek davranışlar içerisinde olan babayı, gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin uygun bir güvence vermeye mahkûm etmeye veya gerektiğinde takdir edeceği diğer önlemleri almaya yetkili kılınmıştır.

⁴⁶⁴Şimşek(Soybağının Kurulması), s. 261.

⁴⁶⁵Özüğür(Nafaka), s. 192, 193.

⁴⁶⁶ Medeni Kanun’un 334. maddesinde güvence verilmesini gerektirecek haller; ana ve babanın nafaka yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine getirmemesi, kaçma hazırlığı içinde bulunmaları, malları gelişigüzel harcamaları veya heba etmeleri olarak sayılmıştır.

e-Babalığın Velayete Etkisi

Ergin olmayan çocuklar ana ve babalarının velayetleri altındadır(TMK m. 335). Velayet; küçük ve istisnai olarak da kısıtlanmış çocukları hakkında gerekli kararları almaları için, kanun koyucu tarafından ana ve babaya tanınan öyle bir haktır ki, bu hak ödevleri ve yetkileri de içinde barındırır⁴⁶⁷.Çünkü velayet hakkı, ana ve babaya çocuk için tanınan bir haktır⁴⁶⁸. Velayet hakkı; çocuğun bakılması, çıkarlarının korunması, eğitilmesi, temsil edilmesi gibi konularda, ana ve babanın alacağı kararların hukuki temelini oluşturur (TMK m. 339 – 345)⁴⁶⁹.

Medeni Kanunumuz ana ve babanın çocukları üstünde sahip oldukları velayet hakkını, ana-babanın evli olup olmamasına göre farklı düzenlemiştir. Medeni Kanun'un 336. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca(TMK m. 336/f. 1), ana ve babanın evli olması halinde velayet, ana ve baba tarafından birlikte kullanılacaktır. Eski Medeni Kanun'un 263. maddesinde de aynı şekilde ana ve babanın evli olması halinde velayet hakkının ana ve baba tarafından beraberce kullanılacağı hükme bağlanmıştı. Ancak ana ve babanın anlaşamaması durumunda, babanın görüşünün üstü tutulacağı da öngörülmüştü. Yeni Medeni Kanunumuzda, kadın - erkek eşitliğine aykırı olması nedeniyle bu düzenlemeye yer verilmemiştir.

Ana ve babanın evli olmaması halinde ise Medeni Kanun'un 337. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca(TMK m. 337/f. 1), çocuğun velayeti anaya aittir. Ana ile çocuk arasında doğum yolu ile soybağı ilişkisinin kurulmuş olması, çocuğun ananın velayeti altına girmesini kendiliğinden sonuçlar. Ananın çocuğu üzerinde velayet hakkına sahip olması için, hâkim kararına gerek yoktur. Eski Medeni Kanun döneminde ise evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar otomatikman annelerinin velayeti

⁴⁶⁷Dural/Öğüz/Gümüş, s. 519; Öztan, s. 625, Serozan, s. 250.

⁴⁶⁸Serozan, s. 250.

⁴⁶⁹“...Velayet, çocukların bakım, eğitim, öğretim ve korunması ile temsil görevlerini kapsar...”
Y.2HD, T. 17.12.2007, E. 2007/16702, K. 2007/17570, Kazancı İçtihat Bankası.

altına girememekte; velayetin anaya verilmesine, hâkimce karar verilmesi gerekmektedir(EMK m. 311/f. 2/c. 3)⁴⁷⁰.

Babalık davası sonucunda, babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulan çocuk, ananın velayeti altında bulunmaya devam eder⁴⁷¹. Ancak Medeni Kanun 337. maddesinin 2. fıkrasında, ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş olması halinde ya da mahkemece

⁴⁷⁰4722 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 12. maddesinin birinci fıkrası; Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce sahih olmayan nesep bağına sahip olan çocukların, Medeni Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren başlayarak, Medeni Kanun'un soybağına ilişkin hükümlerine tabi olacaklarını belirtmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, sahih nesepli olan bu çocukların vesayet altında bulunmaları halinde, velayetin kaldırılmasına ilişkin nedenler bulunmuyorsa, en geç bir yıl içinde velayet hükümlerine tabi olacakları düzenlenmiştir. Eski Medeni Kanun zamanında velayet doğum ile doğrudan anaya ait olmadığı ve mahkemece bu konuda karar gerekmekteydi. İşte bu madde daha çok, mahkemece anasının velayeti altına alınmayıp da, vesayet altına alınması uygun görülen çocuklar açısından(EMK m. 298/c. 2, EMK m. 311/c. 3) uygulama alanı bulacaktır. Bu madde uyarınca ana hakkında velayetin kaldırılmasını gerektiren sebeplerin mevcut olmadığı hallerde, Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden en geç bir yıl içinde; vesayet altına alınmış çocuklar, Medeni Kanun'un 337. maddesinin birinci fıkrası gereği analarının velayeti altına gireceklerdir. Aşağıdaki Yargıtay kararı tanıma ile ilgili olsa da, Eski Medeni Kanun döneminde tanıma yoluyla da gayrisahi nesep bağı kurulduğu için, konumuz ile ilgili aydınlatıcı bir örnek teşkil etmektedir.

"...Dosyada mevcut nüfus kaydı ile davacı ve vesayet altına alınması istenen Özkan I.'ın beyanlarından, 10.9.1990 doğumlu Özkan'ın Sebahat ve Ihsan'ın evlilik dışı ilişkisinden doğduğu, babası tarafından tanınarak onun hanesinde nüfusa kayıt edildiği, babasının 16.3.2003 tarihinde vefat ettiği, annesinin ise sağ olduğu anlaşılmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 337. maddesinin 1. fıkrasında "... ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir..." aynı maddenin ikinci fıkrasında ise "Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir." Hükümlerine yer verilmiş olup, Türk Medeni Kanunu ile aynı tarihte yürürlüğe giren 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 12. maddesinde "Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce sahih olmayan nesepli çocukların, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanunun soybağına ilişkin hükümlerine tabi olacağı" öngörülmüş, aynı maddenin 2. fıkrasında da "... bu çocukların vesayet altında olmaları halinde; velayetin kaldırılmasını gerektiren sebepler bulunmadıkça en geç 1 yıl içinde velayet hükümlerine tabi olacakları, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce velayetin verilmesi veya kaldırılması konusunda verilmiş olan kararların geçerliliğini koruyacağı..." belirtilmiştir.

Türk Medeni Kanununun 404. maddesinde de velayet altında bulunmayan küçüklerin vesayet altına alınacağı düzenlenmiştir.

Mahkemece küçük Özkan'ın babasının ölmüş olduğu da dikkate alınarak velayet durumunun araştırılması, sağ ve ergin olduğu anlaşılan annesinin kısıtlı olup olmadığı veya velayetinin kaldırılmasına ilişkin bir karar bulunup bulunmadığının tespit edilmesi, velayetin halen annede olduğunun anlaşılması durumunda, küçüğün öncelikle annenin velayeti altında kalması asıl olduğundan annenin beyanına da başvurularak, velayetin annede kalmasının küçüğün menfaatini ve gelişmesini tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğinin, davacının vasi olarak atanması konusunda haklı sebeplerin olup olmadığının değerlendirilmesi sonunda, velayetin anneden alınması gerektiği yönünde bir kanaatin oluşması halinde, Medeni Kanun hükümlerine göre re'sen yasal prosedürün işletilerek velayet konusunda bir hüküm alınması, oluşacak sonuca göre vesayet konusunun değerlendirilmesi gerekirken, bu incelemelere girilmeksizin davacının vasi olarak atanmasına karar verilmesi usul ve kanunya aykırıdır..." , Y.2HD, T. 24.05.2005, E. 2005/5694, K. 2005/8153, Kazancı İçtihat Bankası.

⁴⁷¹Kılıçoğlu, s. 114; Özdemir, s. 14.

velayetin anadan alındığı hallerde, hâkimin çocuğun menfaati doğrultusunda, çocuğa bir vasi atayacağı veya velayeti babaya vereceği hükme bağlanmıştır. İşte bu maddede öngörülen durumlarda velayetin hâkim tarafından babaya verilebilmesi, çocuk ile babası arasında, babalık hükmü veya tanıma yolu ile soybağı ilişkisi kurulmasına bağlıdır⁴⁷². İşte babalık hükmünün velayete etkisi, bu noktada olabilecektir.

Bazı yabancı ülke hukuklarında⁴⁷³ bizdeki düzenlemeden farklı olarak, evlilik dışı ilişkiden doğan çocukların da bazı şartların gerçekleşmesi ile, ana ve babalarının ortak velayeti altında olabilmelerine imkân sağlanmıştır. Örneğin İsviçre’de evli olmayan ana ve babanın birlikte başvurmaları ve çocuğun bakımı ve nafakası hakkında anlaşmış olmaları şartı ile, hâkim tarafından velayet hakkını birlikte kullanmalarına izin verileceği hükme bağlanmıştır. Ancak bunun için hâkimin ana ve babanın yaptığı anlaşmayı uygun bulması ve velayet hakkını ortak kullanılmasının çocuğun yararına olduğuna dair kanaat getirmesi gerekmektedir⁴⁷⁴. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun, ana ve babasının ortak velayeti altında olmasına imkân verecek bu tarz bir düzenlemenin, Yeni Medeni Kanun’da yer almaması bir eksiklik olarak görülmekte ve doktrinle eleştirilmektedir⁴⁷⁵.

f-Babalık Hükmünün Çocuğun Mirasçılığine Etkisi

Çocuk ile babası arasında, babalık davası yolu ile soybağı ilişkisi kurulabilmesinin en önemli sonuçlarından birisi, çocuğun babasına mirasçı olma hakkını kazanmasıdır. Bu hak Medeni Kanun’un 498. maddesinde; “ *Evlilik dışında doğmuş ve soybağı*

⁴⁷²Özdemir’e göre, tanıma veya babalık hükmü ile çocuğun babasına bağlandığı hallerde, haklı bir menfaat bulunması koşulu ile hakime, çocuğun velayetinin babaya verilmesine imkan veren bir hükmün Medeni Kanun’da yer alması; her durumda çocuk yararının üstünlüğü ilkesini benimseyen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne uygun bir çözüm olurdu(Özdemir, s. 14, 15).

⁴⁷³Bu konuda Alman ve İsviçre hukuklarında yapılan kanuni değişiklikler ile ilgili bkz. Acabey, s. 285, Kırkbeşoğlu, s. 28, 29.

⁴⁷⁴Acabey, s. 285; Kırkbeşoğlu, s. 29.

⁴⁷⁵Acabey, s. 285; Kırkbeşoğlu, s. 29; Özdemir, s. 15.

tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁷⁶.

Kanunun bu düzenleme tarzı, evlilik dışı ilişkiden doğan ve babalarına soybağı yönünden bağlanan çocuklar ile evlilik içi ilişkiden doğan çocuklar arasında, mirasa ilişkin haklar bakımından, hiç bir ayırım yapılmadığını açıkça göstermektedir. Evlilik içi ilişkiden doğan veya evlilik dışı ilişkiden doğup da, babası ile arasında hâkim hükmü ile soybağı ilişkisi kurulan tüm çocuklar, babalarının birinci dereceden kanuni mirasçıları olan altsoyunu oluştururlar (TMK m. 495/f. 1). Altsoyu oluşturan çocuklar ise, babaları ile aralarında soybağının ne şekilde kurulduğu önem taşımaksızın, eşit derecede (TMK m. 495 /f. 2) ve saklı paylı (TMK m. 505) mirasçılardır⁴⁷⁷.

g- Babalığın Çocuğun Vatandaşlığına Etkisi

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 1. maddesine göre, Türkiye içinde veya dışında, Türk babadan olan ya da Türk anadan doğan çocuklar, doğumlarından itibaren Türk vatandaşdırlar. Bu düzenlemeye baktığımızda ana veya babası Türk olan çocukların, doğum yerleri ve evlilik içinde veya dışında doğmalarının bir önemi olmaksızın, Türk vatandaşı olduklarını görmekteyiz. Önemli olan soybağı ilişkisi ile bağlı oldukları ana veya babanın Türk olmasıdır. Bu nedenle anası Türk olan evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk, zaten Türk Vatandaşlığı Kanunu’nun 1. maddesi uyarınca

⁴⁷⁶ Yeni Meddeni Kanunumuzda, Eski Medeni Kanun döneminde var olan evlilik içi soybağı(sahih nesep), evlilik dışı soybağı(gayrisahih nesep) ayrımı kaldırılmış olduğundan, artık gerek evlilik içi ilişkiden gerek evlilik dışı ilişkiden doğan çocuklar ile babaları arasında kurulan soybağı ilişkisi tek ve aynı niteliktedir. Bu nedenle maddede “evlilik içi hısımlar” ifadesinin geçmesi, Yeni Medeni Kanun bakımından çocukların evlilik içinde veya dışında doğmalarının, soybağı ilişkisi bakımından bir farklılığa neden olmadığı ve hısımlık ilişkilerinin de soybağına göre belirlendiği gerekçelerine dayanılarak, eleştirilmektedir. Bkz. **Acabey**, s. 275. Burcuoğlu da Yeni yasamız tasarı halinde iken, tasarıda da 498. madde olan bu hükmü eleştirmiş ve tasarıdan çıkarılması gerektiğini belirtmiştir. **Burcuoğlu**, s. 694.

⁴⁷⁷Eski Medeni Kanunumuzda yer alan sahîh ve gayrisahîh nesep ayrımı nedeniyle, sahîh olmayan nesepî çocukların, sahîh nesepî çocuklar ile birlikte mirasçı olmaları halinde, babalarının mirasından sahîh nesepî çocukların yarısı oranında pay almalarını öngören haksız düzenlemenin, Anayasa Mahkemesi’nin müdahaleleri ile iptal edilip yeniden düzenlendiği ve yapılan yeni kanun ile de çocuklar arasındaki haksız bu ayırımın tamamen kaldırıldığı yukarıda incelendiğinden, burada bu konuya tekrar değinmiyoruz. Bkz. yukarıda s. 37.

Türk vatandaşıdır. Babalık hükmüne bağlı olarak çocuğun Türk vatandaşlığı açısından durumunda değişiklik olması; anasının yabancı, babalık hükmü ile baba olduğuna karar verilen erkeğin Türk vatandaşı olması halinde mümkündür. Bu durum Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede yabancı anadan doğan çocuğun, babalık davası sonucu verilen hükümle bir Türk vatandaşına bağlanması durumunda, doğumundan itibaren Türk vatandaşı olacağı düzenlenmiştir (TVK m. 2/b. b). Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin yönetmelikte de, evlilik dışında Türk baba ve yabancı anadan doğan çocuğun, babası ile arasında babalık davası sonucunda soybağı ilişkisinin kurulması halinde, doğumundan itibaren Türk vatandaşı sayılacağı ve bu durumda usulüne uygun doğum tutanağı düzenlenerek babasının hanesine, babasının soyadı ile kaydedileceği hükme bağlanmıştır (Yönetmelik m. 23/f. 4/ b. b).

Eski Medeni Kanunumuzun 312.⁴⁷⁸ maddesinde babaya, babalık davası sonucunda bağlanan çocuğun, babasının vatandaşlık haklarını kazanacağı açıkça hükme bağlanmıştı. Yeni Medeni Kanunumuz ise çocuğun vatandaşlık durumunu Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerine bırakmış, bu konuda Medeni Kanun'da bir düzenleme yapmaya ihtiyaç duymamıştır.

h-Babalık Hükümünün Çocuk Açısından Diğer Sonuçları

Medeni Kanunumuzun 322. maddesinde, soybağının hükümlerinden biri olarak ailenin huzur ve bütünlüğü için; ana, baba ve çocuğun birbirlerine karşı olan yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler; birbirine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmek şeklinde ifade edilmiştir. Babalık hükmü ile aralarında soybağı ilişkisi kurulan baba ve çocuk da, birbirlerine karşı maddede öngörülen şekilde davranmakla yükümlü olacaklardır⁴⁷⁹. Ancak bu hükme aykırı davranılması, kanunda somut bir yaptırıma tabi tutulmadığı için; bu hükmün

⁴⁷⁸“Babaya nisbeti babalık hükmü veya tanınmak suretiyle taayyün eden çocuk,babanın aile ismini taşır ve onun vatandaşlık haklarını iktisap eder...”(EMK m. 312/c. 1).

⁴⁷⁹Özdemir, s. 7.

hâkim tarafından daha çok, ana, baba ve çocuk arasındaki diğer ilişkiler açısından, yorumlayıcı nitelik taşıdığı ifade edilmektedir⁴⁸⁰.

Baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmasının diğer bir sonucu da, bu soybağı ilişkisinin mutlak evlenme engeli oluşturmastır⁴⁸¹. Medeni Kanun'un 129. maddesinin 1. bendinde, üstsoy ile alt soy arasında evlenme yasağı bulunduğu, hükme bağlanmıştır. Bu nedenle baba ve çocuk arasında da evlenmek kesinlikle yasaktır. Baba ve çocuk arasında bir evlilik olması halinde, bu evlilik mutlak butlanla batıl bir evliliktir (TMK m. 145/f. 4)⁴⁸².

⁴⁸⁰ Serozan, s. 242.

⁴⁸¹ Kırkbeşoğlu, s. 30; Serozan, s. 240.

⁴⁸² Evliliğin mutlak butlan ile batıl olmasına neden olan diğer sebepler ise kanunda, önceki evlilik(m.145/b.1), eşlerden birinin ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunması(MK.m.145/b.2 ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı(m.145/b.3) olarak ifade edilmiştir. Bu hallerde ise, MK.m.147'de sayılan bazı durumların gerçekleşmesi ile bu nedenlerin var olduğu evlilikler hakkında mutlak butlan davası açma hakkı ortadan kalkabilmekte veya sınırlanabilmekte iken, evlenmeye engel teşkil edecek tarzda akrabalık ilişkisi nedeniyle mutlak butlanla batıl olan evlilikler için, dava açılmasını engelleyecek veya sınırlayacak hiç bir neden yoktur. Bu nedenle baba ve çocuk arasında yapılan evlilikler hakkında, re'sen Cumhuriyet Savcısı veya ilgili olan herkes tarafından, hiç bir zaman sınırlaması olmaksızın sınırlama olmaksızın, her zaman, dava açılabilir.

VI. BÖLÜM

YARDIMCI ÜREME YÖNTEMLERİNİN BABALIK AÇISINDAN YARATABİLECEĞİ HUKUKİ SORUNLAR

A- GENEL OLARAK

Tıpta yaşanan yapay dölleme, sperm bağışısı gibi gelişmelere bağlı olarak çocuk, artık sadece kadın ve erkeğin cinsel ilişkisi sonucu doğmamaktadır. Bu gelişmelerden soybağı hukuku da doğrudan etkilenmekte ve bu gelişmeler, soybağı hukuku alanında çözülmesi güç birtakım problemler doğurmaktadır. Örneğin sperm bağışısı ile çocuk sahibi olan bir ailede doğan çocuğun; biri genetik, diğeri sosyal-manevi baba olarak nitelendirilebilecek; iki farklı erkek ile bağlantısı söz konusu olmaktadır. Hukuk bu kişilerden hangisini baba sayacaktır veya bu kişiler ile çocuk arasındaki hukuki ilişki, karşılıklı hak ve sorumluluklar nasıl şekillenecektir? Ya da bekâr bir kadının sperm bağışısı ile çocuk sahibi olduğu durumlarda; genetik olarak çocuğun doğmasına sebep olan erkek, onun babası olarak nitelenebilecek midir? Ayrıca üreme hücrelerinin kişinin ölümünden sonra kullanılması hallerinde; kişiliğin ve hak ehliyetinin başlangıç anına veya kişiliğin sona erme anına ilişkin mevcut Medeni Kanun kurallarının(TMK m. 28), çocuğun yararının üstünlüğü ilkesi karşısında yetersiz kalması söz konusudur. Yaşanan gelişmeler karşısında bunlar ve benzer birçok sorun, hukuk tarafından çözümlenmek durumunda kalmıştır⁴⁸³.

⁴⁸³Tıp ve biyoloji bilimlerindeki bu ilerlemeler neticesinde, hukukta hayatın başlangıcı ve sonuna ilişkin olarak, dölünü sürdürme hakkı, biyolojik kökenini bilme hakkı gibi hukuk alanında yeni bir takım haklar oluşmaya başlamış ve bu konular ile alakalı gerek ulusal gerek uluslararası hukukta pek çok yeni hukuki düzenlemeler yapılması gerekmiştir. Tıp ve biyoloji bilimlerindeki yeni gelişmelerin hukuk alanındaki yankıları için bkz. **ÖZSUNAY**, Ergun; “**Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar**”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1998, s. 4-50.

Son yıllarda tıpta ve gen teknolojisinde yaşanan hızlı gelişmeler neticesinde, yardımcı üreme yöntemleri⁴⁸⁴ hızla gelişmiş; ve bu tekniklerle çocuk sahibi olan kişilerin sayısı hızla artmıştır. Doğal yoldan çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin, tıbbi müdahale yardımı ile çocuk sahibi olması amacına hizmet eden; yapay dölleme ve tüp bebek gibi yöntemler, kullanılmaya başlandıkları ilk yıllarda daha çok tedavi edici karakter taşımaktaydı. Bu bağlamda o dönemlerde yapay üreme yöntemlerine esasen evli çiftler başvurduğu için, bu teknikler hem hukuki, hem de ahlaki açıdan problem teşkil etmiyor ve kabul görüyordu. Ancak son yıllarda hızla sanayileşen, küreselleşen ve ahlaki değerleri hızla değişen dünyada; aile kurumunun ve evlilik birliğinin giderek çökmesi, evlilik dışı birlikteliklerin artması, evlenmeden çocuk sahibi olma fikrinin yaygınlaşması ve hatta aynı cinsten olan kişilerin birlikte yaşayarak çocuk sahibi olmak istemesi gibi çeşitli nedenlerden dolayı, evlilik dışı ilişkiler ve bu ilişkilerden doğan çocuk sayısı hızla arttığı gibi; yardımcı üreme yöntemleri ve bu tekniklerde uygulanan değişik yöntemler sonucunda oldukça karmaşık, çözümü zor hukuksal sorunlar da ortaya çıkmıştır.

Ülkemizin de yukarıda değinilen değişim sürecinden etkilenmemesi mümkün değildir. Bu nedenle tüm ülkelerde yaşanan ve yaşanması muhtemel olan hukuki

⁴⁸⁴Cinsel ilişki olmaksızın, erkek ve kadının üreme hücrelerinin değişik tıbbi metotlar ile bir araya getirilmek suretiyle çocuk dünyaya getirilmesine imkan veren yöntemlerin tümü, yardımcı üreme yöntemleridir. Bu teknikler geniş anlamada yapay dölleme başlığı altında adlandırılmaktadırlar(Bkz. **Acabey**, s. 173vd.; **Nomer**, s. 544vd.; **Kırkbeşoğlu**, s. 41vd.; **Serozan**, s. 182-185.). Günümüzde yardımcı üreme yöntemleri, yapay(suni) dölleme, gametlerin transferi, tüp bebek uygulaması ve embriyo nakli olarak dört ana başlıkta toplanmaktadır. Bir erkekten alınan spermin, Cinsel ilişki olmaksızın kadının rahmine(uterus,dölyatağı), veya yumurta kanalına ya da döl yoluna şırınga ile veya başka bir yol ile aktarılması sureti ile, döllemenin kadın vücudunda gerçekleştirilmesi, yapay dölleme(Al-artifielle Insemination, Mikroenjeksiyon) olarak adlandırılmakta; yapay dölleme terimi dar anlamda bu yöntem için kullanılmaktadır.(**Acabey**, s. 174-175; **Kırkbeşoğlu**, s. 42; **Nomer**, s. 545). Döllemeye elverişli yumurtanın, spermiler ile birlikte kadının yumurta kanalına yerleştirilerek döllemenin burada gerçekleştirilmesi yöntemi ise, gametlerin transferi(Gamete İntrafallopian Transfer, GIFT) olarak adlandırılmaktadır.(**Acabey**, s. 175; **Nomer**, s. 545). Bir kadından alınan yumurta hücrelerinin vücut dışı bir ortamda, genellikle de bir tüp içerisinde(in vitro), spermilerle döllendirilerek(in vitro fertilizasyon); oluşan embriyonun kadının rahmine yerleştirilmesi(in vitro fertilization mit Embryotransfer- ET)ise, tüp bebek uygulaması olarak adlandırılmaktadır. (**Acabey**, s. 175; **Nomer**, s. 545, 546). Bir kadından diğerine embriyo nakledilmesi ise embriyo transferi(in vivo fertilizasyon mit embryo transfer) olarak adlandırılmaktadır. Tıpta ve gen teknolojisinde yaşana gelişmeler sonucu sayıları artabilecek ve uygulamaları çeşitlenebilecek bu yöntemleri tek tek açıklamamız ve ayrıntılı bilgi vermemiz bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Biz konumuzla alakalı tekniklere, konumuzu ilgilendirdiği ölçüde değineceğiz. Ayrıca çalışmamızda yapay dölleme kavramı geniş anlamı ile kullanılacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 173-196; **Kırkbeşoğlu**, s. 41-85; **Nomer**, s. 544-594; **Duran**, s. 27-59.

sorunlar, ÷lkemiz açısından da söz konusudur. Eski Medeni Kanun'un yapıldığı dönemde insanların cinsel ilişki haricinde çocuk sahibi olması mümkün olmadığı için, soybağı ve soybağının ilgili olduğu tüm hukuki düzenlemeler; genetik bağ yani kan bağı göz önünde bulundurularak oluşturulmuştur. Çünkü bir çocuğun dünyaya gelmesine vesile olan yalnızca bir erkek ve bir kadın mevcuttu; bunlar da cinsel ilişkiye girmek sureti ile çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan ve genetik olarak da çocuğa bağlı bulunan, çocuğun tabii ana ve babasıydı. Asıl olan genetik bağ olduğu için kocanın babalığı karinesi soybağının reddi yolu ile yıkılabiliyor ve çocuğun genetik babası olmadığını iddia eden koca, çocuk ile arasındaki soybağı ilişkisini ortadan kaldırabiliyordu.

Ancak günümüzde yaşanan değişimler sonucunda artık Eski Medeni Kanun'daki sistemin soybağı hukuku açısından yeterli olamayacağı ortadadır. Heterolog dölleme, yumurta bağışı, sperm bağışı, embriyo bağışı, taşıyıcı annelik gibi olgular; dünyaya gelen çocuk ile ilgisi olan birden fazla erkek ve kadın olmasını sonuçlamaktadır. Bu erkek ve kadınlardan hangilerinin çocuğun anası veya babası sayılacağı, oldukça karmaşık bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak maalesef hukukumuzda bu karmaşık problemleri çözme amaçlı Yeni Medeni Kanun dönemine kadar hiçbir kanun yapılmadığı gibi; Yeni Medeni Kanunu yapılırken de bu yeni problemler görmezden gelinmiş, Eski Medeni Kanun'un yeni gelişmeler karşısında yetersiz olan hükümleri büyük ölçüde Yeni Medeni Kanun tarafından da aynen benimsenerek, konu çözümsüz bırakılmıştır.

Ülkemizde yardımcı üreme yöntemleri konusunun yer aldığı tek hukuki düzenleme, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 1987 yılında yürürlüğe giren⁴⁸⁵ ve o dönemde İn-vitro Fertilization ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliğı adını taşıyan yönetmeliktir. Bu yönetmelik 1996⁴⁸⁶, 1998⁴⁸⁷, 2001⁴⁸⁸ 2005⁴⁸⁹ yıllarında olmak üzere üç defa değişikliğe uğramış ve 1996 yılında yapılan

⁴⁸⁵RG, 21.08.1987T. , 1955S.

⁴⁸⁶RG, 19.11.1996T. , 22822S.

⁴⁸⁷RG, 28.01.1998T. , 23244S.

⁴⁸⁸RG, 31.03.2001T. , 24359S.

⁴⁸⁹RG, 08.07.2005T. , 25869S.

ilk değişiklikle adı, “Üremeye Yardımcı Merkezler Yönetmeliği”(ÜYTMY) olarak değiştirilmiştir. Esasen bu yönetmelikte de yapay dölleme yöntemleri konusunda detaylı düzenleme yapılmamış; daha çok bu yöntemlerin uygulandığı merkezlerin, idari anlamda denetimine yönelik hükümler konulmuştur. Görüldüğü gibi ülkemizde, yukarıda izah edilen karmaşık sorunların çözümüne yönelik, kanun bazında hiçbir hukuki düzenleme bulunmadığı gibi; yapay dölleme ile ilgili olan tek hukuki düzenleme olan yönetmelikte de, bu konulara hiç değinilmemiştir. Kanımızca bu konunun hukuki düzenlemelere konu olmamasının temel nedeni, soybağı alanında asıl olarak sorun yaratan; sperm bağışı, taşıyıcı annelik gibi uygulamaların, ülkemizde yasak olmasıdır. Çünkü Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'ne göre yardımcı üreme yöntemleri; evli olan çiftlerin normal yoldan çocuk sahibi olmasını engelleyen sağlık problemlerini gidermek ve bu çiftleri çocuk sahibi yapmak amacıyla tıbbın olanaklarının kullanıldığı, tedavi nitelikli yöntemlerdir.(ÜYTMY, m. 4/b. f). Ayrıca yönetmeliğin hasta seçim kısıtlarına ilişkin düzenlemesinde de,

- 1- Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden sadece evli çiftlerin yararlanabileceği,
- 2- Tedavide ancak evli çiftlerin kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılabileceği,
- 3- Evli çiftlerin bu yöntemlere başvurabilmesi için, diğer tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olamadıklarını belgelemiş olmaları gerektiği belirtilmiştir.(2 numaralı ek).

Görüldüğü üzere hukukumuzda yapay dölleme yöntemlerinden sadece evli çiftler, kendi üreme hücreleri kullanılması şartıyla yararlanabilmektedir. Bunun anlamı ülkemizde yapay döllemede homolog dölleme⁴⁹⁰ yönteminin serbest olması, heterolog döllemeye⁴⁹¹ ise izin verilmemesidir. Sperm bağışı, yumurta bağışı, taşıyıcı

⁴⁹⁰Homolog dölleme, evli çiftlerde eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılması sutretiyle yaptırılan döllemedir. **Acabey**, s. 176; **Kırkbeşoğlu**, s. 47.

⁴⁹¹Heterolog dölleme ise eşlere ait olmayan üreme hücrelerinin yapay döllemede kullanılmasıdır. **Acabey**, s. 176; **Aytaç**, s. 189, 190; **Kırkbeşoğlu**, s. 55. Eğer döllemede karının değil de başka bir kadının yumurta hücresi kullanılıyorsa yumurta bağışı, eğer kocanın spermi yerine başka bir erkeğin

annelik gibi uygulamaların yapılması ülkemizde yasaktır. Ancak gerek yurt içinde gerek bu uygulamaların serbest olduğu yabancı ülkelerde, bu uygulamalar ile çocuk sahibi olabilecek kişiler açısından bu yasağa uymamaları, hukukumuzda hiç bir yaptırıma bağlanmadığı gibi; bu uygulamalar sonucu doğacak çocukların hukuki durumuna ilişkin de, hiçbir hukuki düzenleme mevcut değildir.

Biz aşağıda, yardımcı üreme yöntemleri kullanılarak dünyaya gelen çocuklar açısından söz konusu olabilecek, soybağı hukukuna ilişkin sorunları; baba ve çocuk arasındaki soybağı ilişkisi açısından incelemeye çalışacağız. Bunu yaparken de hukukumuzda bu konu ile ilgili hukuki düzenlemeler bulunmadığı için; Medeni Kanun'un baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasına ilişkin düzenlemelerinden, konunun bünyesine uygun olarak yorumlamak sureti ile faydalanacağız.

Konuyu ilk olarak evli olan çiftler ve evli olmayan bireyler açısından ayırım yaparak inceleyeceğiz. Evli olan çiftler açısından ise yapay döllemenin, homolog veya heterolog dölleme yollarından hangisi ile yapıldığı önem taşımaktadır. Daha sonra ise, evli olmayan bir kadının yapay dölleme yöntemi ile çocuk sahibi olması durumu incelenecektir.

B- EVLİ ÇİFTLER AÇISINDAN YAPAY DÖLLENME

1- EVLİ ÇİFTLER AÇISINDAN HOMOLOG DÖLLENME

Yukarıda belirtildiği gibi ülkemizde ancak evli çiftler, kendilerine ait üreme hücreleri kullanılmak suretiyle(homolog dölleme), yardımcı üreme yöntemleriyle çocuk sahibi olabilmektedirler. Bu durumun esasen gerek ana ve baba, gerek doğan çocuk açısından; normal yol ile çocuk sahibi olmaya nazaran, değişik bir hukuki durum

spermi kullanılıyorsa sperm bağı, eğer hem yumurta hem sperm hücreleri evli çiftte ait değilse embriyo bağından söz edilir. **Acabey**, s. 173, 174. Eğer hamile bir kadın bebeği, yapılan bir anlaşma uyarınca doğumdan sonra bir başka kişiye veya aileye vermek amacıyla karında taşıyorsa, bu halde taşıyıcı annelik söz konusu olmaktadır. **Acabey**, s. 177.

yaratmayacağı söylenebilir. Kocanın babalığı karinesi bu durumda da geçerli olacak ve evlilik birliği devam ederken veya evlilik birliğinin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası, koca olacaktır⁴⁹². Bu durumda döllemede kocanın spermeleri kullanılmış yani homolog dölleme yapılmışsa; koca spermelerinin kullanılmasına rıza göstermemiş veya spermeler kocadan gizli olarak kullanılmış da olsa; kocanın çocuğun soybağını reddedemeyeceği çünkü hukukumuz açısından soybağının kurulmasının genetik bağa dayandığı, rıza ve isteme unsurlarının, ana veya baba sayılmanın kurucu unsuru olmadığı, savunulmaktadır⁴⁹³.

Homolog döllemede asıl sorun yaratan nokta, kocanın sperminin ölümünden sonra kullanılmasıdır(postmortale insemination). Günümüzde erkek veya kadından alınan üreme hücrelerinin veya embriyonun dondurularak muhafaza edilmesi ve daha sonra, gebeliğin gerçekleştirilmesi için kullanılması mümkündür. Bu durumda bir kocanın spermeleri dondurulması ve ölümünden sonra karısının üreme hücreleri ile döllendirilmesi suretiyle bir çocuğun dünyaya getirilmesi muhtemeldir. Ya da kocanın ölümünden önce döllemiş embriyo, kocanın ölümünden sonra eşinin rahmine yerleştirilebilir. Bu haller de ölen koca, doğan çocuğun babası sayılacak mıdır? Sayılacaksa hangi hukuki dayanağa göre baba ile çocuk arasındaki soybağı kurulacaktır?

Öncelikle şunu belirtmeliyiz ki; bir kimseden alınan spermelerin, onun ölümünden sonra kullanılması, genel olarak tüm ülkelerce hoş karşılanmayan, hukuk kuralları ile engellenmeye çalışılan ve doktrinlerce de eleştirilen bir durumdur⁴⁹⁴. Hukukumuz açısından ise Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nde bu konuyla ilgili düzenleme mevcuttur. Bu düzenlemeye göre evli çiftlerden alınan üreme hücreleri, ancak zorunlu durumlarda saklanabilir ve bu hücreler, evlilik dışında veya başka kişilerce kullanılamaz.(ÜYTM MY m. 17/f. 3). Embriyoların ise eşlerin her

⁴⁹² **Acabey**, s. 182, 183; **AYTAÇ**, İsmail; “Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi”, Adalet Dergisi, S. 11, Nisan 2002, s. 189; **Duran**, s. 32; **Kırkbeşoğlu**, s. 49; **Nomer**, s. 579; **Serozan**, s. 182.

⁴⁹³ Bu görüş için bkz. **Aytaç**, s. 189; **Duran**, s. 32; **Kırkbeşoğlu**, s. 49; **Nomer**, s. 579; **Serozan**, s. 182.

⁴⁹⁴ Bu konuda değişik ülkelerdeki kanuni düzenlemeler için bkz. **Acabey**, s. 184, dn. 252; **Kırkbeşoğlu**, s. 49, dn. 165.

ikisinin de rızası alınarak en fazla beş yıl süre ile saklanabileceği; bu süre içerisinde her iki eşin de rızası ile sadece eşler tarafından kullanılabileceği; sürenin dolması, boşanmanın sabit olması, eşlerin birlikte talebi veya eşlerden birinin ölümü halinde ise, saklanan embriyoların derhal imha edilmesi gerektiği hükme bağlanmıştır.(ÜYTM MY m. 17/f. 5).

Görüldüğü üzere hukukumuzda kişi öldükten sonra dondurularak saklanan üreme hücrelerinin veya ölen kişi ve eşinin üreme hücreleriyle döllendirilmiş embriyoların, kullanılması yasaktır. Ancak bu yasağa rağmen kocanın spermelerinin ölümünden sonra kullanılması veya eşlere ait embriyo transferinin, kocanın ölmesinden sonra gerçekleştirilmesi suretiyle bir çocuk dünyaya geldiğinde, çocuğun baba açısından soybağı durumu ne olacaktır?

Hukukumuz açısından bu sorulara, kocanın babalığına ilişkin kanunumuzda yer alan hükümlerin(TMK m. 285vd.), konuya uygun olarak yorumlanması suretiyle ile cevap bulunmaya çalışılmaktadır.

Medeni Kanun'da yer alan kocanın babalığı karinesi uyarınca; evlilik devam ederken veya evliliğin sona erdiği tarihten itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmektedir(TMK m. 285). Bu noktada yapay dölleme yöntemiyle dünyaya gelen çocuk, eğer evliliğin ölümle sona erdiği tarihten itibaren üç yüz gün içinde doğarsa; babasının, kocanın babalığı karinesine göre ölen koca sayılacağı, doktrinde kabul edilmektedir⁴⁹⁵. Bu ihtimalde döllemenin ölümünden sonra gerçekleştirilmesi veya kocanın sağlığında döllenen embriyonun, ölümünden sonra karının rahmine yerleştirilmesi, bir önem taşımaz. Çünkü yaşanan gelişmelerle artık evrensel bir hukuk ilkesi haline gelen ve çocuk hakları açısından oldukça önemli ilkelerden biri; çocuğun yararının üstün tutulması ilkesidir. Kanun maddelerinin yorumlanmasında ve kanun boşluklarının doldurulmasında başvurulması gereken önemli bir ilke olan bu ilke gereğince de; karineye uygun

⁴⁹⁵ **Acabey**, s. 186; **Aytaç**, s. 189; **Kırkbeşoğlu**, s. 51; **Nomer**, s. 579; **Serozan**, s. 182.

sürede doğan çocuğun, kocanın babalığı karinesinden yararlanması gerekmektedir⁴⁹⁶. Kocanın babalığı karinesinden yararlanarak babasına bağlanan çocuk, babasına mirasçı da olabilmelidir⁴⁹⁷.

Eğer kocanın spermleri ölümünden sonra kullanılmış ve çocuk da karinede öngörülen üç yüz günlük süre geçtikten sonra doğmuşsa; bu durumda çocuğun, kocanın babalığı karinesinden yararlanamayacağı; ancak hukukumuzda babalığın temelini kan bağı oluşturduğu için, babalık davası açılmak suretiyle, çocuk ile ölen koca arasında soybağının kurulabileceği belirtilmektedir⁴⁹⁸. Bu dava koca öldüğü için mirasçılara karşı açılacaktır. Ancak bu dava sonucunda çocuk ölen birine bağlanacağı için, bu durumda babalık davası açılmasının hem hukuki⁴⁹⁹ açıdan, hem de çocuğun psikolojik sağlığı açısından yerinde olup olmayacağı şüpheyile karşılanmaktadır⁵⁰⁰.

Kanımızca kanun, çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinde kan bağını temel aldığı için yukarıdaki halde, kocanın babalığı karinesinden faydalanarak babasına bağlanamayan çocuğun, babalık davası yolu ile babasına bağlanması mümkündür.

⁴⁹⁶ **Acabey**, s. 186, 187; **Kırkbeşoğlu**, s. 51; **Nomer**, s. 579, 580.

⁴⁹⁷ **Acabey**, s. 187, 191; **Kırkbeşoğlu**, s. 51. Aksi görüşe sahip olanlar, bir kişinin mirasa ehil olabilmesi için, kocanın öldüğü anda ana rahmine düşmüş bulunması gerektiğini savunmakta (TMK m. 580, m. 582, m. 28/2, EMK m. 522, m. 524, m. 27/2) ve bu nedenle koca öldüğünde ana rahmine düşmemiş bulunan çocuğun, kocanın yasal mirasçısı olamayacağını ifade etmektedirler. (Türk doktrininde, çocuğun babasına mirasçı olabilmesi için, babanın ölümü anında ana rahmine düşmüş olması gerektiği fikrini savunan **Nomer**(**Nomer**, s. 580, 581), babalık karinesinde öngörülen süre içerisinde doğan çocuklar açısından bir görüş bildirmemektedir. Babasına kocanın babalığı karinesi kapsamında bağlanan çocuğun, babasına mirasçı olamayacağı hakkında Alman hukukundaki görüşler ve bu görüşlerin eleştirisi için bkz. **Acabey**, s. 187, 188). **Acabey** ise, bir çocuğu babalık karinesi kapsamında babasına bağlayıp ancak onun babasının mirasçısı olamayacağını söylemenin bir çelişki teşkil edeceğini; ayrıca hukukumuzda yer alan art mirasçı atama(TMK m. 521, EMK m. 468) ve koruyucu nitelik taşıyan mirasçılıktan çıkarma(TMK m. 513/f. 1, EMK m. 460) gibi, henüz ana rahmine dahi düşmemiş, doğması muhtemel kişilerin mirasta hak sahibi sayılmasını kabul eden kurumlar bulunduğundan bahisle, kocanın spermi ile, koca öldükten sonra döllenen ve kocanın babalığı karinesi ile babasına bağlanan çocuğun, babasına mirasçı da olabileceğini ifade etmektedir. Biz de çocuğun daha yararına bir yorum teşkil ettiği için, **Acabey**'in fikrine katılıyoruz.

⁴⁹⁸ **Acabey**, s. 192; **Nomer**, s. 580. **Nomer** bu şekilde doğan çocuk açısından babalık davası açılabilirliğini kabul etmekle beraber; çocuk babası öldüğünde ana rahmine düşmüş bulunmadığından, çocuğun babasına mirasçısı olmayacağını belirtiyor. **Nomer**, s. 580.

⁴⁹⁹ Ölen kişinin, ölümüyle beraber spermleri üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiği; dolayısıyla çocuk yapmasının da mümkün olamayacağı gerekçesiyle, spermleri ölümünden sonra kullanılan kişinin babalığına hükmedilmesinin hukuka aykırı olduğu yabancı doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. **Nomer**, s. 580, dn. 117'deki yazarlar ve anılan eserler.

⁵⁰⁰ **Acabey**, s. 192.

Çünkü günümüzde gelişen bilimsel inceleme yöntemleri ile, bir erkeğin bir çocuğun babası olup olmadığı; babanın ölümünden sonra dahi ispatlanabilmektedir. Babalık davası yolu ile babasına soybağı yönünden bağlanan bir çocuğun, babasına mirasçı olamaması ise, çocuk yararının üstünlüğü ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Bu durum ile ilgili bir kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmek ve çocuğun genetik babasına bağlandığı her durumda, döllenme anı, ana rahmine düşme anı gibi noktalar önem taşımaksızın, babasına mirasçı olabileceğini kabul etmek gerekir. Aksi halde çocuk ile babası arasında soybağı olduğu hukukça kabul edilecek; ancak soybağı kurulmasının hukuki sonuçları çocuk açısından gerçekleşmeyecektir. Bu ise çocuk açısından oldukça olumsuz bir durum yaratacaktır. Kanımızca spermin ölümden sonra kullanıldığı hallerde, bu durum çocuk açısından hiç bir olumsuzluğa yol açmamalıdır. Ancak ölümden sonra kocanın spermini kullanılması işleminden sorumlu olan ana, sağlık kuruluğu ve doktor gibi tüm ilgililerin, ağır bir biçimde cezalandırılmasını sağlayacak kanuni düzenlemeler yapılmalıdır. Ayrıca bu şekilde doğan çocuğun mirasçı olmasının kabul edilmesi halinde, bir üst zümre mirasçılarının mirasçılıklarının da bu durumdan etkilenecekleri muhakkaktır. Ancak sonradan doğan çocuğun mirasçı olması nedeni ile mirasçılık haklarından yoksun kalan kişilerin, çocuğun bu şekilde doğmasına sebep olan tüm sorumlulardan Borçlar Kanunu'nda yer alan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler uyarınca, zararlarının tazmin edilmesini istemeleri de, mümkün olmalıdır.

Tartışmalı olan bir başka hal de, döllenmenin kocanın sağlığında ancak dış ortamda yapıldığı, embriyonun ise kocanın ölümünden sonra ana rahmine konulduğu ve çocuğun ölümden üç yüz gün sonra doğmuş olduğu haldir.

Hukukumuz açısından çocuk kocanın babalığı karinesinde öngörülen üç yüz günlük süreden sonra doğsa bile; ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatlanması halinde, doğan çocuğun babasının koca olduğu kabul edilmektedir.(TMK m. 285/f. 2). Bu hükmün lâfzî olarak yorumlanması halinde, embriyonun kocanın sağlığında döllenmesi, ancak ana rahmine sonradan yerleştirilmesi sonucu doğan çocuklar, gebelik ölümden sonra gerçekleştiği için Medeni Kanun'un 285. maddesine göre(TMK 285/f. 2), kocaya bağlanamayacaktır. Konuyu kanunun lafzına uygun

olarak yorumlayan Nomer'e göre, kocanın sağığında döllenen çocuğun, kocanın babalığı karinesine dayanarak babaya bağlanabilmesi için, sadece döllenenin kocanın sağığında olması yetmez, aynı zamanda embriyonun da kocanın sağığında karının rahmine yerleştirilmiş olması gerekmektedir. Çünkü yazara göre ana rahmine konulmadığı sürece embriyonun akıbeti belli değildir. Bu durumda çocuk ile baba arasındaki soybağı babalık davası ile kurulabilecektir. Yazara göre mirasçılık açısından ise önemli olan an, çocuğun ana rahmine düştüğü andır. Çünkü kişilik, çocuğun sağ doğmak şartı ile, ana rahmine düştüğü andan itibaren başlar(EMK m. 27/2). Bu nedenle, embriyonun babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirildiği durumlarda çocuk, babanın öldüğü anda ana rahminde bulunmadığı için, babasına mirasçı olamayacaktır⁵⁰¹.

Kanunun bu şekilde lâfzî yorumunun çocuk yararına olmadığı gerekçesiyle, doktrinde bu konuda değişik görüşler yer almaktadır.

Acabey'e göre bu konuda bir hukuk boşluğu olduğu kabul edilmeli ve bu boşluk doldurulurken mevcut kanuni düzenlemelerden yararlanılmakla birlikte, durumun özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Yazara göre konu, kocanın sağığında döllenen embriyoların ana rahmine konma zamanlarına bağlı olarak değerlendirilmelidir. Buna göre dölllenmiş(ancak dondurulmamış) bir yumurtanın normalde, en fazla on dört günlük bir sürede⁵⁰² ana rahmine yerleştirilmiş olmalıdır. Bu nedenle eğer dölllenme kocanın sağığında yapılmış, dölllenmiş yumurta ise kocanın ölümünden sonra, ancak bu on dört günlük süre içinde karının rahmine

⁵⁰¹Nomer, s. 580, 581.

⁵⁰²Yazarın bu şekilde 14 günlük bir süre öngörmesinin temelinde, sperm ile yumurtanın dölllenmesi ile başlayan oluşumun, gelişimine bağlı olarak değişik zaman dilimlerine göre sınıflandırılarak; farklı şekilde adlandırılması yatar. Bu sınıflandırma uyarınca dölllenme anından 14 güne kadar gelişen dölllenmiş yumurta "zigot", 14. günden 8. haftaya kadar olan dönemde dölllenmiş yumurtaya "embriyo", 8. haftadan doğuma kadar olan dönemde ise dölllenmiş yumurta "cenin" olarak adlandırılmaktadır. (Özsunay, s. 9, 10). İşte kocanın sağığında yapılan dölllenme sonucu oluşan zigotun kocanın babalığı karinesinden faydalanması için yazar tarafından 14 günlük bir süre öngörülmesinin sebebi; zigotun 14 gün içerisinde bölünme yolu ile embriyo aşamasına ulaşması ve embriyonun da bu aşamada normal olarak gelişerek cenin haline gelebilmesi için ana rahmine yerleştirilmesi olması gerekmesidir. Çünkü karı ve kocanın üreme hücrelerinin tüp ortamında döllendirilmesi şeklinde gerçekleştirilen yapay dölllenme yönteminde, bu dölllenme ile oluşan zigot, embriyo aşamasına gelene kadar özel sıvılar içerisinde bekletilmekte ve embriyo haline geldiğinde ise ana rahmine yerleştirilmektedir. Bu aşamaya gelip de ana rahmine yerleştirilmeyen embriyolar ise dondurularak muhafaza edilebilmektedir.

yerleştirilmişse; bu husus ispatlanmak koşulu ile çocuk kocanın babalığı karinesinden yararlanmalı ve koca ile arasındaki soybağı kurulmalıdır. Bu şekilde uygun sürede ana karnına yerleştirilen çocuk ise babasına mirasçı olmalıdır. Medeni Kanunumuz mirasçılar arasında bir cenin varsa, mirasın paylaşılması doğuma kadar erteleneceğini hükme bağlamıştır(TMK m. 643/f. 1). Yazara göre normal yoldan ana rahmine düşen bir cenin ile döllendikten on dört gün içinde ana rahmine yerleştirilen bir cenin arasında bu anlamda fark yaratmak; hem eşitliğe, hem de çocuğun yararının üstünlüğüne ilişkin evrensel hukuk ilkesine aykırıdır. Ancak eğer embriyo dondurulmuş ve kocanın ölümünden uzun bir zaman sonra gebelik gerçekleştirilmişse, bu durum kocanın babalığı karinesi kapsamında değerlendirilmemeli; çocuk evlilik dışı kabul edilmelidir. Bu durumda çocuk ile babası arasındaki soybağı babalık davası yolu ile kurulacaktır⁵⁰³.

Kanunumuzun mevcut düzenlemesine baktığımızda soybağına ilişkin karinelerin temelini gebe kalma(TMK m. 285/f. 2), ana rahmine düşme(TMK m. 287), cinsel ilişkiye girme(TMK m. 302) gibi kavramların oluşturduğunu görmekteyiz. Bunun nedeni yapay dölleme teknikleri ortaya çıkmadan önce bir çocuğun doğmasının şartı olan dölleme olayının sadece cinsel ilişki neticesinde oluşabilmesi idi. Bu nedenle cinsel ilişki, dölleme, çocuğun ana rahmine düşmesi ve bunun neticesinde gebeliği gerçekleşmesi birbirinden ayrılmaz olgulardı. Ancak artık yeni tekniklerle çocuk ana rahmi dışında da döllenebildiği için, artık kanunda yer alan bazı kavramların çağa uygun ve amaçsal olarak yorumlanması gündeme gelmektedir⁵⁰⁴.

Bu yorum tarzını benimseyen Kırkbeşoğlu, tüp bebek yöntemi gibi yapay dölleme yöntemlerinin uygulandığı ülkemizde, artık soybağı açısından rahimde veya tüpte gerçekleştirilmesine bakılmaksızın “dölleme” kavramının esas alınması gerektiğini savunmaktadır⁵⁰⁵. Ancak yazara göre, embriyonun hukuki bir varlık kazanması

⁵⁰³ **Acabey**, s. 188 - 192. Ancak yazara göre dondurulmuş sperm veya embriyoların, kocanın ölümünden çok sonra kullanılması ile dünyaya getirilen çocukların, çok önce ölen babalarına bu şekilde bağlanmasının; çocuğun psikolojisi açısından yerinde olup olmayacağı ayrıca tartışılacak bir noktadır.(**Acabey**, s. 192).

⁵⁰⁴ **Serozan**, s. 182.

⁵⁰⁵ Kanun kurallarının yaşanan gelişmeler ışığında, çağdaş ve güncel yorumlanması taraftarı olan bir diğer yazar olan Serozan’a göre de, bugün artık babalık karinesinin temelini cinsel ilişki değil,

açısından Medeni Kanun’da öngörülen tam ve sağ doğma şartının yine de aranması gerekmektedir. Bu şekilde döllenme kavramı esas alındığı takdirde ise, Acabey tarafından öngörülen on dört gün içerisinde ana rahmine yerleştirilme şartına da gerek kalmayacaktır. Kocanın sağlığında döllenmiş tüm çocuklar, kocanın babalığı karinesi ile ölen kocaya bağlanabilecektir. Bu nedenle babalık davası açmaya da gerek kalmayacaktır. Yazara göre ceninin sağ doğması halinde mirasçı olabileceğini düzenleyen Medeni Kanun’un 582. maddesi uyarınca dondurulmuş embriyoların, babalarına mirasçı olabilmeleri de mümkündür⁵⁰⁶.

Bizde bu durum ile ilgili olarak, Kırkbeşoğlu’nun görüşüne katılıyor ve hukukumuz açısından artık ana rahmine düşme anının, döllenme anı olarak algılanması gerektiğini düşünüyoruz. Bu yorum neticesinde ise, kocanın sağlığında döllenmiş tüm çocukların, kocanın babalığı karinesi uyarınca babalarına bağlanması gerektiğini düşünüyoruz. Bu görüşün benimsenmemesi halinde ise, kocanın spermi ile oluşan bu çocuklar, babalık davası ile babalarına bağlanacaktır. Ayrıca bu halde çocukların mirasçılığı da bir sorun teşkil etmez. Çünkü kişiliğin başlangıç anını, sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düşme anına bağlayan Medeni Kanun’un 28.maddesinin(TMK m. 28/f. 2), çağdaş ve çocuk yararının üstünlüğü ilkesi uyarınca yorumlanması sonucunda, kişiliğin başlangıcı, ana rahmine düşme anı değil de döllenme anı olarak kabul edilmelidir. Bu durumda ise babalarının sağlığında döllenmiş ve babalarının öldüğü anda cenin durumunda bulunan çocukların, babalarına mirasçı olabileceği fikri ortaya çıkar. Bu yorum tarzı ceninin sağ doğmak koşulu ile mirasçı olabileceğini öngören, Medeni Kanun’un 582. maddesinde yer alan düzenleme ile de(m. 582/f. 1), uygunluk sağlamaktadır.

döllenme olayı oluşturmaktadır. Döllenmenin ise cinsel ilişki veya yapay döllenme yolu ile gerçekleşmesi ise önem taşımamaktadır(Serozan s. 182).

⁵⁰⁶**Kırkbeşoğlu**, s. 51 - 55. Dondurulmuş embriyoların mirasçılığı konusunda görüş bildiren diğer bir yazar olan Özsunay’a göre, Türk Hukukunda çocuk sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağı ve ceninin sağ doğması halinde mirasçı olacağı kabul edildiği için; evli bir çiftin dondurulmuş embriyosunun bir başka kadının rahmine yerleştirildiği hallerde dahi, doğan çocuğun ölmüş ana ve babasına mirasçı olabileceğini ifade etmektedir.(Özsunay, s. 30). Bu görüşün, çocuğun ölmüş anaya mirasçı olabilmesi açısından eleştirisi için bkz. **Acabey**, s. 191, dn. 268.

2- EVLİ ÇİFTLER AÇISINDAN HETEROLOG DÖLLENME

Yapay döllemede evli çiftlere ait olmayan üreme hücreleri kullanılması sonucu oluşan heterolog dölleme ve embriyo bağıışı gibi uygulamalar da soybağı konusunda oldukça karmaşık sorunlar yaratmaktadır.

Şunu önemle belirtmeliyiz ki bizce, yapay dölleme yöntemleri sadece evli çiftler açısından söz konusu olabilmeli; evli çiftler ise yapay döllemede kendi üreme hücrelerini kullanabilmelidir. Kendi üreme hücreleri ile çocuk sahibi olamayan çiftler ise evlat edinme yolu ile çocuk sahibi olmalıdır. Evli olmayan kişilerin ise yapay dölleme yolu ile çocuk sahibi olması mümkün olmamalıdır⁵⁰⁷. Çünkü her çocuğun, sağlıklı bir aile ortamında doğmaya, genetik anne ve babasını bilmeye hakkı vardır. Bireylerin sadece çocuk özelemlerini tatmin etmek amacıyla, birden fazla(genetik ana- biyolojik ana- sosyal-manevi ana, genetik baba-sosyal baba) ana ve babası olan veya genetik babası belli olmayan, toplumca yadırganabilecek ve bu nedenle psikolojisi bozulabilecek çocuklar doğurmaya hakları yoktur. Bu hem çocuk açısından haksızlıktır, hem de toplumsal düzenin temeli olan sağlıklı aile yapısının bozulmasını sonuçlar.

Biz aşağıda hukukumuz açısından da yasak olmasına rağmen, bu yasağa uyulmayarak; kocadan başka bir erkeğin spermi kullanılarak gerçekleştirilen yapay döllemeler(evli çifte sperm bağıışı ve embriyo bağıışı) nedeniyle, babalık konusunda oluşabilecek problemleri inceleyeceğiz.

Evli bir çift kocanın değil de bir başka erkeğin üreme hücrelerinin kullanılması sonucu gerçekleştirilen yapay dölleme sonucu çocuk sahibi olduysa, kocanın babalığı karinesi sonucunda doğan çocuğun babasının koca olduğu kuralı burada da uygulanacak ve çocuk soybağı açısından kocaya bağlanacaktır(TMK m. 285/f. 1). Böyle bir durumda çocuğun biri genetik(sperm vericisi) biri hukuki(koca) iki babası

⁵⁰⁷ Akıntürk de, yapay dölleme yapılırken, eşler dışındaki kişilerin üreme hücrelerinin kullanılması, Türk toplumunun ahlak ve din anlayışına aykırı bularak; asla kabul edilmeyeceğini belirtmektedir. **Akıntürk**, s. 357.

söz konusu olmaktadır. Kocanın babalığı karinesi sonucunda, doğan çocukla arasında hukuki olarak soybağı kurulan kocanın durumu, sperm bağışına izin verip vermemesine göre değerlendirilmektedir.

Kocanın sperm bağışına rıza gösterdiği hallerde ⁵⁰⁸, bu yöntemle doğan çocuğun soybağını reddedip reddedemeyeceği doktrinde tartışmalıdır.

Doktrindeki baskın görüş, yapay dölleme başka bir erkeğin spermalarının kullanılmasına onay veren kocanın, daha sonra bu yöntemle dünyaya gelen çocuğun soybağını reddedemeyeceği, çünkü bunun dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağını savunmaktadır⁵⁰⁹.

Bir görüş ise sperm bağışına izin vermesinin, kocanın soybağını reddetme hakkını ortadan kaldırmadığını, kocanın çocuğun soybağının reddedebileceğini savunmaktadır⁵¹⁰.

Doktrindeki diğer bir görüş ise sperm bağışına izin veren kocanın, bu izni vermesinin, soybağını reddetme konusunda sahip olduğu hakkı ortadan kaldırmayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre, soybağının reddi davasını açabilme hakkı, kişiye sıkı surette bağlı bir haktır ve bu nedenle, bu haktan önceden feragat etmek mümkün değildir. Bu nedenle koca, sperm bağışına izin vermiş olsa bile, bu yol ile dünyaya gelen çocuğun nesebini reddedebilecek, ancak rızası sebebiyle çocuğun doğumunda pay sahibi olduğu için, çocuğa ergin oluncaya kadar nafaka ödemekle yükümlü olacaktır⁵¹¹.

Biz doktrindeki baskın görüşe katılıyor ve rıza vererek bir çocuğun doğmasına neden olan kocanın, daha sonra rızasına aykırı olarak doğan çocuğun soybağını reddetme hakkı olmadığını düşünüyoruz. Aksi kabul her şeyden önce dürüstlük kuralına

⁵⁰⁸Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Acabey**, s. 193 - 196; **Duran**, s. 37 - 47; **Kırkbeşoğlu**, s. 60 - 66; **Nomer**, s. 583 - 589; **Serozan**, s. 183 - 184.

⁵⁰⁹Bu görüşte **Acabey**, s. 195; **Akıntürk**, s. 357; **Aytaç**, s. 190; **Duran**, s. 44; **Nomer**, s. 583 - 588; **Serozan**, s. 183.

⁵¹⁰**Öztan**, s. 525.

⁵¹¹Bu görüş için bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 64 - 65.

aykırılık teşkil eder. Çünkü koca verdiği rıza nedeniyle çocuğu benimseyeceği yolunda bir güven oluşturmuştur. Nitekim yabancı pek çok ülke hukukunda da, sperm bağışına rıza veren kocanın artık çocuğun soybağını reddedemeyeceği hükme bağlanmıştır⁵¹². Hukukumuzda da bu konunun açıkça kanuni düzenleme ile hükme bağlanması şarttır.

Rıza halinde koca soybağının reddi yoluna başvuramayacaksa da, bu durum çocuğun soybağını reddetme hakkını etkilemez, çocuk soybağını reddetme hakkını kullanabilir⁵¹³. Çünkü Medeni Kanun'da, çocuğun soybağını reddetme hakkı çocuğa bağımsız bir şekilde tanınmıştır(TMK m. 286/f. 2).

Başka bir erkeğin üreme hücreleri, kocanın bilgisi veya rızası olmadan kullanılmışsa, kocanın, yapay dölleme sonucu doğan çocuğun soybağının reddetmek suretiyle(TMK m. 286 vd.) arasındaki hukuki ilişkiyi sonlandırabileceği konusunda doktrinde görüş birliği vardır⁵¹⁴.

Evli çiftler yönünden, yardımcı üreme teknikleri sonucunda ortaya çıkabilecek sorunları ve bu sorunların mevcut hukuki düzenlemeler ışığında nasıl çözümlenebileceğine ilişkin, doktrindeki görüşleri yansıtmaya çalıştık. Ancak hukukumuzdaki mevcut düzenlemelerin, yardımcı üreme tekniklerinin yarattığı sorunları çözme konusunda ne kadar yetersiz ve çağın ne denli gerisinde kaldığı ortadadır. Bu nedenle yardımcı üreme tekniklerinin uygulanması ile artık yeniden düzenlenmeye muhtaç hale gelen; kişiliğin başlangıç anı, soybağına ilişkin karineler, mirasa ehil olma şartları gibi hükümlerde, en kısa zamanda gerekli kanun değişiklikleri yapılmalıdır.

⁵¹²İngiltere, İsviçre, Fransa ve Belçika'da bu konu ile ilgili çıkarılan kanunlar için bkz. **Kırkbeşoğlu**, s. 642.

⁵¹³**Acabey**, s. 196; **Nomer**, s. 588; **Kırkbeşoğlu**, s. 66; **Serozan**, s. 185.

⁵¹⁴**Acabey**, s. 193; **Aytaç**, s. 191, **Duran**, s. 47; **Kırkbeşoğlu**, s. 64; **Nomer**, s. 582; **Serozan**, s. 132.

C- EVLİ OLMAYAN KADIN YÖNÜNDEN YAPAY DÖLLENME

Evli olmayan bir kadının, sperm bağışısı yöntemi ile çocuk sahibi olması mümkündür. Bu durumda sperm bağışısı yapan erkek ile doğan çocuk arasındaki hukuki durum ne olacaktır? Sperm sahibi genetik baba olmasına rağmen, çocuğu baba olarak sahiplenme konusunda iradesi yoksa, sadece dünyaya gelmesine aracı olmuşsa, kimliği belli değilse, spermiler sperm bankasından alınmışsa, bu gibi durumlarda ne olacaktır? Aslında sperm bağışısı nedeniyle meydana gelebilecek bu sorunlar evli çiftin sperm bağışısı yolu ile çocuk sahibi olduğu ve çocuğun soybağının koca tarafından reddedildiği durumlarda da ortaya çıkacak sorunlardır. Bu sorunların cevaplarını çocuğun genetik babaya bağlanması problemi ana başlığı altında cevaplandırmaya çalışacağız.

Hukukumuz açısından soybağı ilişkisi kurulmasının temeli, genetik bağa(kan bağı) dayanmaktadır. Bu konuda bir çocuğun, soybağı yönünden hem anasına, hem babasına bağlanmasında genetik bağ temel alınmıştır. Bu nedenle bir çocuğu doğuran kadın onun anası sayılmakta ve bir çocuğun doğmasını sağlayan spermin sahibi erkek de onun babası sayılmaktadır. Tıp biliminin ve gen teknolojisinin gelişmediği, bu nedenle de genetik babalığın tespitinin tıbbi testlerle sağlanamadığı dönemlerde, kanuna konulan karineler yolu ile⁵¹⁵ baba olarak ulaşılmaya çalışılan erkek de, ana ile cinsel ilişkiye girmek suretiyle çocuğun doğmasına neden olan, sperm sahibi erekti. Çünkü eski dönemlerde bir çocuğun doğmasına neden olan döllenme olayı sadece cinsel ilişki yolu ile gerçekleşmekteydi. Görüldüğü gibi eski dönemlerde dahi kanun tarafından baba olarak saptanmaya çalışılan kişi sperm sahibi erkektir. Bu nedenle artık genetik babanın tespit edilmesi kan ve DNA testleri ile yüzdeyüz doğruluğa yakın oranlarda tespit edilebildiği için, genetik baba olan sperm

⁵¹⁵Kocanın babalığı karinesi(TMK m. 285) ve babalık davasına ilişkin babalık karinesi(TMK m. 302) Eski Medeni Kanun döneminde de mevcuttu.(Bkz. EMK m. 241, m. 301). Kocanın babalığı karinesinde ilk bakışta soybağının kurulma temeli, evlilik ilişkisi olarak görünse de; bu karine de aslında hayatın olağan akışına göre evli bir kadının ancak kocasından hamile kalacağı öngörüsüne dayanmaktadır. Bu durumda da asıl olan genetik babalıktır ve bu nedenle kanunda kocaya ve çocuğa, soybağını reddetme hakkı (TMK m. 286)tanınmıştır.

sahibi erkek ile doğmasına neden olduğu çocuk arasında, hukukun öngördüğü yollarla soybağı kurulması mümkün olmalıdır.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, hukukumuz açısından sperm bağışı yapan erkek ile çocuk arasındaki soybağı tanıma veya babalık davası yolu ile kurulabilecektir⁵¹⁶. Sperm vericisinin çocuğu isteği ile tanınması durumunda herhangi bir sorun oluşmayacaktır. Asıl sorun sperm sahibinin çocuğu kabullenmek istemediği, gönüllü tanıma yoluna gitmediği durumlarda ortaya çıkacaktır. Bu açıdan yapay dölleme yolu ile dünyaya gelen çocuklar ile normal dölleme ile dünyaya gelen çocuklar arasında bir fark yaratmak, hem eşitlik ilkesi ile bağdaşmaz, hem de günümüzde artık evrensel bir hukuk normu olan çocuk yararının üstünlüğü ilkesine uygun olmaz. Bu nedenle yapay dölleme yolu ile dünyaya gelen çocuklar ile, sperm sahibi genetik baba arasındaki soybağı, babalık davası yolu ile(TMK m. 301vd.) kurulacaktır. Sperm sahibinin spermelerini, kendisine karşı, çocuk ile ilgili hiç bir talep ileri sürülmeyeceği şartı ile bağışlaması, bu konuda ana ile anlaşmış olması dahi⁵¹⁷ sonucu değiştirmez. Çünkü ne sperm bağışlayanın ne de ananın iradesi çocuğun dava hakkını sınırlayamaz. Spermelerini bağışlayarak bir çocuğun dünyaya gelmesine sebep olan kişi, bunun sonuçlarına her anlamda katlanmak zorundadır.

Sperm sahibi genetik babaya karşı açılacak babalık davasında da Medeni Kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Gelişen teknik imkânlarla babalığın yüksek oranda doğru olarak tespiti mümkün olmakla birlikte, bu konuda ispat yükü açısından kolaylık sağladığı için kanunda muhafaza edilen babalık karinesi de, yapay döllemeye uygun yorumlanmak sureti ile bu davalarda uygulanacaktır. Bu karine uyarınca örneğin, çocuğun doğumundan önceki üç yüz gün ile yüz sekseninci gün arasında, davalı genetik babanın spermelerinin ananın yumurtasıyla döllenirilmiş olması, babalığa karine sayılacaktır⁵¹⁸.

⁵¹⁶ **Aytaç**, s. 192; **Nomer**, s. 591.

⁵¹⁷ **Nomer**, s. 592.

⁵¹⁸ **Nomer**, s. 592.

Kanımızca sperm bağışı ile ilgili en önemli sorunlar, sperm bağışı yapanın kimliğinin belli olmadığı veya gizli tutulduğu durumlarda ortaya çıkacaktır. Şunu önemle belirtmeliyiz ki, her çocuğun soyundan geldiği ana ve babasını öğrenmeye hakkı vardır. Bu hak açıkça uluslararası belgelerde de düzenlenmiştir. Çocuğun soyunu öğrenme hakkı, sosyal ve psikolojik açıdan sağlıklı bir birey olarak yetişebilmesi, ensest ilişkilerin önlenmesi, gelişen teknikler ile genetik hastalıklarını öğrenebileceği gen haritasının çıkarılabilmesi gibi, önemli pek çok konu ile yakından ilgilidir. Bu nedenle yapay dölleme yöntemlerine başvurulması, yapılacak kanuni düzenlemelerle en ince ayrıntılarına kadar kurallara bağlanmalı, bu kurallara aykırılıklar ağır bir biçimde cezalandırılmalı, bireylere çocuk sahibi olma hakları tanınırken, dünyaya gelmekte hiçbir etkisi bulunmayan masum çocukların, olumsuz şartlar altında, birçok problemle boğuşmak zorunda kalacak şekilde doğmaları, engellenmelidir. Çocuğunun yararının üstün olduğuna ilişkin evrensel hukuk normu bu konuda da temel alınmalı ve çocuk açısından olumsuz etkilere yol açacak durumlara izin verilmemeli; bu konudaki kurallara uymayanlar ağır biçimde cezalandırılmalıdır. Bu nedenle bu konuda en başta düzenlenmesi gereken nokta, sperm ve yumurta bağışı gibi durumlarda vericilerin kimliğinin mutlaka tespit edilmesi ve çocuğun talebi halinde hiçbir şarta bağlı olmadan bu bilgilerin çocuğa verilmesinin sağlanmasıdır. Bu konuların açıkça kanuni düzenlemelerle hükme bağlanması halinde, vericiler de hukuki durumlarını ve ileride doğabilecek sorumluluklarının farkında olacaklar ve buna göre bağış yapıp yapmamaya karar vereceklerdir.

Hukukumuz açısından şu an yasak olmakla birlikte, gerek yurt dışında serbest olan ülkelerde, gerek yurtiçinde hukuka aykırı olarak sperm bankalarından alınan spermlerle çocuk sahibi olan aileler ve bireyler bulunmaktadır. Önceleri toplumda ahlaka aykırı olarak görülen ve şiddetle karşı çıkılan bu tür yapay dölleme yöntemleri, küreselleşen ve ahlak normları değişen dünyadan etkilenen ülkemizde de, sıkça karşımıza çıkacaktır. Bu nedenle kanun koyucunun çocukları korumak için her türlü kanuni düzenlemeyi ayrıntısıyla yapması ve hukuki tedbirleri alması gerekmektedir.

Konuya babalık davası açısından bakıldığında; babalık davasının sadece ana ve çocuk tarafından açılabilir olmasý ve baba olduğunu iddia eden erkeğin babalık davası açmaya hakký olmamasý nedeniyle⁵¹⁹, üreme yöntemleri konusundaki bu gelişmelerin, babalık davasının davacıları açısından bir değişiklik meydana getirmediği ortaya çıkmaktadır. Ancak yaşanan tıbbi gelişmeler, babalık davasının davalı tarafı ile ilgili, hukuk tarafından çözülmesi gereken bir takım problemler yaratmaktadır.

⁵¹⁹Bu konuda bkz. yukarıda s. 48.

SONUÇ

Babalık davası adını taşıyan bu çalışma kapsamında, 4721 sayılı Medeni Kanunu'nda yer alan babalık davası kurumunu tüm yönleri ile incelemeye çalıştık.

Babalık davası, evlilik dışı çocukların, babalarına soybağı yönünden bağlanmalarına hizmet eden bir hukuki yol olduğu için, çalışmamızda ilk olarak soybağına ilişkin bilgi vermeyi uygun gördük. Bu kapsamda öncelikle soybağı kavramını ve soybağına ilişkin bazı ayırımları inceledik. Baba ile doğmasına neden olduğu çocuk arasında doğal bir soybağı ilişkisinin bulunduğunu, ancak çocuk ile baba arasında hukuki anlamda soybağı ilişkisinin kurulabilmesi için, kanunda öngörülen birtakım şartların gerçekleşmesi gerektiğini gördük. Bu nedenle soybağının doğal ve hukuki soybağı olarak ikiye ayrıldığını, babalık davası da çocuk ile babası arasında hukuk nazarında daha önceden var olmayan bir soybağı ilişkisi kurduğu için, bu yol ile kurulan soybağının, hukuki soybağı ayırımında yer aldığını gördük.

Hukuki olarak kurulan soybağının ise, genetik bağa dayanıp dayanmamasına göre ikiye ayrıldığını, babalık davası ile kurulan soybağının, çocuk ile babası arasındaki genetik bağa dayandığını gördük. Genetik bağa dayanan hukuki soybağı, doktrinde gerçek soybağı olarak adlandırılmaktadır. Gerçek kelimesi, objektif olarak doğru olanı ifade eder. Ancak genetik bağa dayalı olarak hukuk tarafından kurulan soybağı ilişkisi, her zaman gerçek soybağı ilişkisi ile örtüşmeyebilir. Bunun nedeni, baba ile çocuk arasındaki genetik bağlantının tespit edilmesinin kolay olmamasıdır. Günümüzde yapılan bilimsel testler neticesinde, baba ile çocuk arasındaki genetik bağlantının yüzde yüze yakın oranlarda doğru olarak tespit edilebildiği düşünülse bile, bu testlerde de teknik aksaklıklar nedeni ile yanlışlık yapılabileceği veya her olayda bu testlere başvurunun mümkün olamayacağı düşünüldüğünde, genetik bağ temel alınarak kurulan soybağı ilişkisinin, her zaman mutlak gerçeği yansıtmayabileceği görülecektir. Bu söylenenler, babalık davalarında verilen hükümler açısından da geçerlidir. Bu nedenle biz genetik bağa dayanan soybağı ilişkisini, objektif doğru olan gerçeğin zihnimizdeki yansımaları ifade eden, kişiden

kişiy e göre değışebileceği için de göreceliliği bünyesinde barındıran, hakikat kelimesi ile ifade etmeyi daha uygun bulduk.

Babalık davası ile kurulan soybağı ilişkisinin, soybağına ilişkin hangi ayırımların içine girdiğini tespit ettikten sonra, soybağının kurulmasını ana ve baba açısından ayrı ayrı inceledik. Soybağının baba açısından kurulması kapsamında ise, çalışma konumuz olan babalık davası dışında, hukukumuzda baba ile ocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasına hizmet eden diğer hukuki yollar hakkında kısaca bilgi verdik.

Soybağına ilişkin bu bilgilerden sonra, babalık davası kurumunun daha iyi anlaşılabilmesi için, konunun doğrudan bağlantılı olduğu evlilik dışı çocuklar hakkında bilgi verdik. Bu kapsamda öncelikle hukukumuz açısından evlilik dışı çocuğun kim olduğunu tanımladık. Daha sonra ise evlilik dışı çocukların sosyal ve hukuki statülerinin geçmişten günümüze geçirdiği değışim ile, bu değışimin, tarihi, sosyolojik ve psikolojik temellerini, hem mukayeseli hukuk, hem de Türk hukuku açısından incelemeye çalıştık. Bu inceleme sonucunda, evlilik dışı çocukların sosyal ve hukuki statülerinin geçmişten günümüze büyük bir ilerleme ve gelişme kaydettiğini söyleyebiliriz. Eskiden her türlü haktan yoksun olan ve toplum tarafından dışlanan evlilik dışı çocuklar, günümüzün değışen koşullarında hem ulusal, hem uluslararası hukuk tarafından her geçen gün daha çok korunmaya alınmakta ve toplumun bu çocuklara karşı bakışı olumlu yönde değışmektedir.

Nitekim 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'dan önce hukukumuzda da, evlilik dışı çocuklara ilişkin pek çok olumsuz hüküm yer almaktaydı. Evlilik dışı çocuklar açısından haksızlık yaratan hükümler, ocuk hakları ve buna bağlı olarak evlilik dışı çocukların hakları konusunda yaşanan gelişmeler neticesinde, çalışmamızda belirttiğimiz gibi önce Anayasa Mahkemesi'nin, daha sonra ise kanun koyucunun müdahalesi ile, büyük lde ortadan kaldırılmıştır.

Yeni Medeni Kanunumuz ile, evlilik dışı çocukların hukuki durumunda reform niteliğinde değışiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda 743 sayılı Eski Medeni Kanun'da yer alan ve evlilik dışı çocukların, evlilik içi çocuklara göre daha olumsuz bir hukuki

statüde bulunmasına yol açan, sahih-sahih olmayan nesep ayırımına, Yeni Medeni Kanun ile son verilmiş; tüm çocuklar açısından aynı tür soybağı ilişkisi kabul edilmiştir. Soybağı ilişkisinin kurulmasına bağlanan hukuki sonuçlardan da genel olarak tüm çocuklar aynı şekilde yaralanmakta; ancak bazı sonuçlar çocuğun soybağı yönünden bağlı olduğu ana ve babanın evli olup olmamasına göre değişiklik arz etmektedir.

Yeni Medeni Kanun ile, Eski Medeni Kanun'un babalık davasına ilişkin hükümleri de büyük ölçüde değişikliğe uğramıştır. Bu bağlamda Eski Medeni Kanun'da yer alan ve hukuki olarak farklı sonuçları olan şahsi sonuçlu-mali sonuçlu babalık davası ayrımı kaldırılarak, çocuk ile babası arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayan tek bir babalık davası düzenlenmiştir. Ayrıca babalık davası ile çocuğun babasına bağlanabilmesi için Eski Kanun'un gerçekleşmesini aradığı ağır bir takım şartlara da, Yeni Medeni Kanun'da yer verilmeyerek, babalık hükmü almak kolaylaştırılmıştır.

Evlilik dışı çocuklar ve buna bağlı olarak babalık davası ile ilgili yaşanan bu değişim ve gelişmeler hakkında verilen bu genel bilgilerden sonra, çalışmamızın ana konusu olan ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen babalık davasını hukukumuz açısından tüm yönleri ile incelemeye, konu ile ilgili düzenlemeleri, çocuğun menfaatinin üstünlüğü ilkesi kapsamında değerlendirmeye çalıştık. Babalık davası ile ilgili hukukumuzda yer alan düzenlemelere ilişkin yaptığımız incelemeler neticesinde ulaştığımız sonuçlar ve dikkat çekmek istediğimiz hususlar şu şekildedir:

Evlilik dışı çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmasına yönelik olarak Medeni Kanun'da yer alan diğer hukuki yollar, ana ile sonradan evlilik, tanıma ve evlat edinmedir. Bu üç hukuki yol da erkeğin arzusuna ve inisiyatifine bağlıdır. Babalık davası ise bir çocuğun evlilik dışı dünyaya gelmesine neden olan ve bu çocuk ile arasındaki soybağı ilişkisini kendi rızası ile kurmayan erkeğe karşı, ana ve çocuğa tanınmış bir hak olması nedeni oldukça önemlidir. Babalık davası neticesinde davalı erkeğin baba olduğu ispatlanırsa, babalığına hükmedilecek; bu hükmün

kesinleşmesi ile, çocuk soybağı yönünden davalı erkeğe bağlanacak ve bunun tüm hukuki sonuçlarını elde edecektir.

Babalık davası neticesinde verilen babalık hükmü, geçmişe etkili olarak hüküm doğuracaktır. Hukukumuz açısından çocuk hak ehliyetini, sağ ve tam olarak doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanacağından(TMK m.28/f. 2), bir erkeğe soybağı yönünden babalık hükmü ile bağlanan çocuk ile bağlandığı erkek arasındaki soybağı ilişkisi, çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulacaktır. Bunun neticesinde çocuk, babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmasına bağlı hakları da ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanacak; örneğin babalığına hükmedilen erkek, çocuk doğmadan ölse bile, çocuk ana rahmine düştüğünde babası sağ olduğundan, babasının ölümünden sonra doğan çocuk, babasına mirasçı olacaktır.

Babalık davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir haktır ve Medeni Kanun'un 301. maddesi, babalık davası açma hakkını ana ve çocuğa ayrı ayrı tanımıştır(TMK m.301/f. 1). Doğumdan önce veya doğduktan sonra ayırt etme gücüne sahip olana kadar çocuğun, babalık davası açma hakkını bizzat kullanamayacağı açıktır. Kişiye sıkı surette bağlı haklar ise, kişinin ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde kanuni temsilcisi tarafından kullanılır. Evlilik dışı çocuğun kanuni temsilcisi ise kural olarak velisi olan anadır(TMK m. 337/ f. 1). Bu nedenle, normalde çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı dönemde, çocuk adına babalık davası açma hakkının, ana tarafından kullanılması gerekmektedir. Ancak Medeni Kanun'un 426. maddesinde, bir işte yasal temsilci ile küçüğün veya kısıtlının menfaatinin çatışması halinde, küçüğe veya kısıtlıya temsil kayyımı atanacağını hükme bağlamıştır(TMK m.426/ b.2). İşte babalık davası da, ana ve çocuğun menfaatinin çatıştığı kabul edilen hallerden birisidir. Bu nedenle çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmadığı dönemde, çocuk adına babalık davası açılabilmesi için, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemelerince, çocuğa kayyım atanması gerekir. Bu noktada hem doktrinin görüşünün hem de Yargıtay'ın uygulamalarının bu yönde olduğu, çalışmada ifade edilmiştir.

Medeni Kanun’da da, gerek ana tarafından açılan davanın kayyım, kayyım tarafından açılan davanın anaya ihbar edileceğini öngören 301. madde(TMK m.301/f. 3), gerek çocuğun babalık davası açma hakkını, atanma kararının kayyım tebliğinden itibaren başlatan 303. madde uyarınca(TMK m. 303/f. 2), çocuğa bir kayyım atanacağı öngörülmektedir. Ancak babalık davası ile ilgili atanacağı öngörülen bu kayyımın, hangi hallerde, ne şekilde, kimin başvurusu ile atanacağı ve kayyımın yetkilerinin ne olacağına ilişkin Medeni Kanun’da yer almamaktadır. Ve bu kanımızca büyük bir eksikliklerdir. Ayrıca Medeni Kanun’un 301. maddesinin üçüncü fıkrası da çok özensiz bir şekilde kaleme alınmıştır. Bütün bu nedenlerden dolayı, ayırt etme gücüne sahip ancak henüz ergin olmamış çocuğun, babalık davasını bizzat açıp açamayacağı konusunda doktrinde görüş ayrılığı oluşmuştur.

Bizce 301. maddenin üçüncü fıkrasında ana ve kayyım tarafından açılan davalardan bahsedilmesine karşın, çocuk tarafından açılan davadan bahsedilmemesi ve çocuğun babalık davası açma hakkına ilişkin hak düşürücü sürelerin, çocuğun ergin olup olmamasına ve ergin olmadığı dönemde kendisine kayyım atanıp atanmamasına göre farklı düzenlenmesi(TMK m.303/f. 2), kanun koyucunun iradesinin, ergin olmadığı dönemde çocuk adına babalık davalarının, kayyım tarafından açılması yönünde olduğunu göstermektedir. Bu nedenle bizce, ergin olmadığı dönemde çocuk adına babalık davası, kayyım tarafından açılacaktır. Ancak çocuğun ayırt etme gücüne sahip olduğu ancak henüz ergin olmadığı dönemde, babalık davasını bizzat açması halinde, bu dava reddedilmemelidir; çocuğa derhal bir kayyım atanarak çocuğun davada kayyım tarafından temsil edilmesi sağlanmalı; böylece çocuğun menfaatinin korunması gerekmektedir. Bu şekilde hem çocuğun şahsına sıkı surette bağlı hakkını kullanması engellenmemiş olacak, hem de çocuğun etki altında kalması engellenerek, menfaatleri korunacaktır. Ergin olmayan çocuğun babalık davasını bizzat yürütmesi ise, çocuğun menfaatlerini olumsuz etkileyebileceğinden kabul edilmemelidir.

Yeni Medeni Kanun’da babalık davasının açılması, Eski Medeni Kanun’da olduğu gibi bir yıllık hak düşürücü sürelere bağlanmıştır(TMK m.303). Eski Medeni Kanun’dan farklı olarak ise hak düşürücü sürelerin, haklı sebeplerle kaçırılması

halinde, babalık davasının açılabilceği bir aylık ek bir süre öngörölmüştür(TMK m.303/f. 4). Kanımızca baba ile doğmasına neden olduğu, genetik olarak bağlı bulunduğu çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasının hak düşürücü süreye bağlanması, özellikle günümüz açısından son derece isabetsizdir. Günümüzde tıbbi ve genetik testler sayesinde bir çocuğun bir erkekten olup olmadığının ispatı, zaman sınırlaması olmaksızın mümkün olabilmektedir. Bu tür imkânların olmadığı dönemlerde, babalığın ispatının zaman geçtikçe zorlaşacağı, buna ilişkin kanıtların yok olabileceği gibi gerekçelerle, babalık davasının hak düşürücü sürelerle bağlanması savunulmuştur. Ancak bu gerekçelerin, günümüzde kabul görmesi mümkün değildir. Babalık davasının süresiz olarak açılabilcek olmasının babayı sürekli tehdit altında bırakacağı, uzun yıllar sonra açılacak davaların, kanıksanmış aile ilişkilerine zarar vereceği gibi gerekçelerle de, hak düşürücü sürenin savunulması, kanımızca mümkün değildir. Çünkü evlilik dışı ilişki sonucu bir çocuğun dünyaya gelmesine neden olan erkek, bunun sonuçlarına, sonuna kadar katlanmalıdır. Çocuğun soybağı yönünden babasına bağlanma konusundaki menfaati, babanın her türlü menfaatinin üstünde görölmelidir. Ayrıca babalık davasına konu olacak çocuğun, zaten soybağı yönünden hiç bir erkeğe bağlı bulunmaması gerektiğinden, çocuk açısından aile ilişkilerinin zarar görmesi gibi bir tehlike de söz konusu olmayacaktır.

Yeni Medeni Kanun'da, babalık davası için öngörölen hak düşürücü sürenin haklı sebeplerle kaçırılması halinde, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içerisinde davanın açılabilceğinin öngörölmesi, yerinde bir düzenlemedir. Ancak hükümde yer alan haklı sebeplerin neler olabileceğinin belirsiz olması ve öngörölen bir aylık sürenin çok kısa olması, yine de çocuğun babasına soybağı yönünden bağlanabilmesi açısından tam bir güvence sağlamamaktadır. Bütün bu nedenlerden dolayı, babalık davası için öngörölen hak düşürücü sürelerin kanundan çıkarılması gerektiğini, bu yapılmadığı takdirde, hak düşürücü sürenin uzun bir süre olarak belirlenmesi gerektiğini düşünöyoruz.

Çalışmada ifade edildiği gibi babalık davalarının ispatı açısından babalık karinesi hukuki önemini devam ettirmekle birlikte, ispat konusunda günümüzde tıbbi ve

genetik incelemelerin önemi çok büyüktür. Bu konuda özellikle bir erkeğin, bir çocuğun babası olup olmadığı konusunda kesine yakın hukuki sonuçlar veren DNA testleri, özel bir öneme sahiptir. Medeni Kanun'da ise, davanın sonuçlanması açısından zorunlu görülmesi ve kişilerin sağlığı için tehlike yaratmaması koşullarına bağlı olarak, soybağı davalarında bilimsel inceleme yöntemlerine başvurulmasına hâkim tarafından karar verilebileceği ve incelemeye konu olacak kişilerin bu kararın gereklerini yerine getirme yükümlülüğü altında oldukları hükme bağlanmıştır(TMK m.284/ b. 2).

Soybağının belirlenmesi açısından başvuru bilimsel inceleme ve testler, çoğunlukla kişilerin genetik bilgilerine dayanarak yapılmaktadır. Kişilerin genetik bilgileri ise son yıllarda gelişen gen teknolojisine dayalı olarak yapılan araştırma ve çalışmalar açısından çok önem taşımaktadır. Bu çalışmalar insanlığa hizmet amacına yönelebileceği gibi kötü amaçlara da yönelebilir. Bu nedenle genetik bilgilerin güvenliğinin sağlanması gerekmektedir. Ancak hukukumuzda, mahkemelerce bilimsel inceleme yöntemlerine başvurulması halinde, bu yöntemler için kişilerden hangi koşullarda, ne şekilde materyal alınacağı; alınan bu materyallerin hangi kurum tarafından, hangi koşullarda inceleneceği; bu incelemeler sonucunda elde edilen bilgilerin nasıl korunacağı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konular ile ilgili olarak en kısa zamanda gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde, kişileri genetik materyal verme konusunda rıza göstermekle yükümlü tutmak, kanımızca isabetli olmayacaktır.

Babalık davası sonucunda davalı erkeğin baba olduğunun ispatlanması halinde, hâkim davalı erkeğin babalığına karar verecektir. Bu durum ise ana lehine bir takım mali hakların doğmasını sağlar. Ananın mali hakları Medeni Kanun'un 304. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca ana, doğum giderlerini, doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderlerini, gebelik ve doğumun gerektirdiği diğer giderleri, babalığına hükmedilen erkekten talep edebilecektir. Görüldüğü gibi bu hüküm ile, ananın hamilelik ve doğum nedeni ile yaptığı bazı giderlerin tazmin edilmesi amaçlanmıştır. Bu yönde bir hüküm Eski Medeni Kanun'da da mevcuttu(EMK m.304). Ancak Eski Medeni Kanun'da ananın en aşağı, doğumdan

önceki ve sonraki dört haftalık geçim giderlerini isteyebileceği hükme bağlanmıştı. Görüldüğü gibi Yeni Medeni Kanun’da altışar haftalık geçim giderlerinin talep edilebileceği öngörülmüş; ancak Eski Medeni Kanun’daki gibi “en aşağı” ibaresi hükümde yer almamıştır. Kanımızca bu durum, ana aleyhine bir durum teşkil etmektedir. Çünkü Eski Kanun’da dört haftalık süre ananın talep edebileceği en alt sınırdı ve ananın talep edebileceği geçim giderlerinin üst sınırı konusunda, bir kısıtlama mevcut değildi. Yeni Medeni Kanun ise ananın geçim giderleri ile ilgili talep edebileceği miktarı, altı hafta ile sınırlandırmıştır.

Yeni Medeni Kanun’un ananın mali haklarının Eski Kanun’a oranla kısıtlanmasına neden olan hükümleri, bununla sınırlı değildir. Eski Kanun’un 308. maddesinde ana ve çocuk lehine bir teminat hükmü düzenlenmişti. Bu madde uyarınca, babalık davası sırasında ananın zaruret halinde olması ve davalının baba olduğuna dair karine bulunması halinde davalı, kadının doğurma ve çocuğun üç aylık geçim giderine ilişkin teminat göstermeye mecbur tutulabilmekteydi. Bu teminatın gösterilmesi için ananın istemine de gerek yoktu. Hâkim, re’sen bu teminatın gösterilmesine hükmedebilmekteydi. Bu hükmün özellikle doğumdan önce açılan babalık davalarında, maddi olarak zor durumda olan anayı ve doğacak çocuğu koruma amaçlı bir hüküm olduğu gayet açıktır. Yeni Medeni Kanun’da ise bu tür bir hükme yer verilmemiştir.

Ayrıca Eski Medeni Kanun’un 305. maddesinde, babalık hükmüne bağlı olarak bazı hallerde, ananın manevi tazminat talep edebileceği açıkça hükme bağlanmıştı. Yeni Medeni Kanun’da ise ananın babalık hükmü ile bağlantılı olarak talep edebileceği bir manevi tazminat talebi yer almamaktadır. Bu durumda doğuma neden olan cinsel ilişkinin ananın kişilik haklarına saldırı oluşturduğu hallerde, ananın genel hükümler çerçevesinde manevi tazminat isteme hakkının olduğu, kabul edilmelidir. Ancak Yargıtay, son zamanlarda verdiği kararlarda, Medeni Kanun’da babalık davası ile ilgili manevi tazminata ilişkin bir hükme yer verilmediği için, ananın babalık davası ile bağlantılı olarak talep ettiği manevi tazminat taleplerinin reddine karar vermektedir. Yargıtay’ın bu tür ret kararlarına gerekçe teşkil etmesi nedeni ile, ana

lehine babalık hükmü ile bağlantılı bir manevi tazminat talebine Yeni Medeni Kanun'da yer verilmemesini isabetsiz buluyoruz.

Görüldüğü gibi Eski Medeni Kanun'da, anın ananın mali hakları, Yeni Medeni Kanun'a oranla daha detaylı ve ananın daha lehine olacak tarzda düzenlenmişti. Kanunlarda yenilik yapılmasının temel felsefesi, daha iyi, daha adil ve daha ideal olana yaklaşımdır. Bu nedenle ananın mali hakları konusunda, Eski Medeni Kanun'un da gerisine gidilmesine neden olan Yeni Medeni Kanun'un konu ile ilgili düzenlemelerinde, en kısa zamanda gerekli değişikliklerin yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

Çocuk ile babası arasında hâkim hükmü ile soybağı ilişkisinin kurulması, özellikle çocuk açısından pek çok hukuki sonuç doğurur. Örneğin, babasına soybağı ilişkisi yönünden bağlanan çocuk, babasının vatandaşlığına ilişkin hakları kazanır(TVK, m.2), babasına mirasçı olur(TMK m.498), babasından iştirak nafakası almaya hak kazanır(TMK m. 327, m.329). Eski Medeni Kanun'da ayrıca babalık hükmü ile babasına bağlanan çocuğun, babasının soyadını taşıyacağı da hükme bağlanmıştı(EMK m. 312). Yeni Medeni Kanun anası ve babası evli olmayan çocukların, annelerinin soyadını taşıyacağını hükme bağlayarak, evlilik dışı çocukların soyadı konusunda, Eski Medeni Kanun'dan farklı bir esası benimsemiştir. Ancak 2006 yılında yürürlüğe giren Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda ve bu kanunun uygulanmasına dair yönetmelikte, babalık hükmü sonucunda babasına bağlanan çocuğun, babasının soyadını taşıyacağına ilişkin düzenlemelerin yer alması, konuya değişik bir boyut kazandırmıştır. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda, tanınan çocukların babalarının nüfus kütüğündeki hanesine, baba adı ve soyadı ile, annelerinin kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilecekleri hükme bağlanmıştır(NHK, m. 28/f. 4). Burada babalık hükmünden bahsedilmemekte; ancak tanınan çocukların da ana ve babası evli olmadığı için, bu hükmün Medeni Kanun'un 321. maddesi ile uyumlu olmadığı görülmektedir.

Ayrıca Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun geçici 5.maddesi, Nüfus Hizmetleri Kanunu yürürlüğe girene kadar, tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana

hanesine tescil edilen çocukların, baba hanelerine nakli için, ana veya babadan birinin veya çocuk ergin ise kendisinin müracaatının aranacağını, hükme bağlamıştır. Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. ve geçici 5. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, kanımızca kanun koyucunun amacı, hem tanıma hem de babalık hükmü ile babasına bağlanan çocukların, baba hanelerine, babalarının soyadı ile tescil edilmelerini sağlamaktır. Ancak 28. madde de babalık hükmü ile babalarına bağlanan çocuklar konusunda düzenleme yapılması hususu gözden kaçırılmıştır. Nitekim Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin, babalığa hüküm ile soybağı kurulan çocukların nüfusa tescil edilmeleri ile ilgili 103.maddesinin 1. fıkrası; *“Mahkemelerce babalığa hüküm kararı verilmesi halinde; çocuk daha önce anasının hanesinde kayıtlı ise başka bir belge veya ana ve babanın beyanı aranmaksızın mahkeme kararına dayanılarak çocuğun kaydı baba soyadı ile baba hanesine taşınır”* hükmünü getirmiştir. Yönetmelikte yer alan hüküm de, kanun koyucunun amacına ilişkin olarak yaptığımız yorumu, doğrular niteliktedir.

Bu nedenlerle Medeni Kanun'un 321. maddesi ile Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun ve yönetmeliğin ilgili hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi sonucu denilebilir ki, hukukumuzda anası babası evli olmayan ve babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmayan çocuk, anasının soyadını taşıyacaktır(TMK m. 321). Medeni Kanun'un 321. maddesi, babalık hükmü veya tanıma ile babalarına bağlanan çocuklar açısından artık uygulanmayacaktır. Zira Nüfus Hizmetleri Kanunu ve yönetmelikte yer alan düzenlemelerden şu anki hukukumuz açısından çıkan sonuç, babalık hükmü ile babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulan çocuğun, babasının soyadı ile birlikte baba hanesine tescil edileceği; bunun için de mahkeme kararının yeterli olduğu ve talep aranmayacağıdır. Nitekim Yargıtay'da 2006 yılından sonra verdiği kararlarda bu görüşü benimsemiştir. Ancak babalık davası ile soybağı ilişkisinin kurulduğu hallere ilişkin olarak Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda açıkça bir hükmün yer almaması, bu önemli konunun yönetmelikte düzenlenmesi, kanımızca oldukça yanlıştır. En kısa zamanda Nüfus Hizmetleri Kanunu'nda değişiklik yapılarak, yönetmelikteki esasa kanunda da açıkça yer verilmelidir. Bu durumda genel-özel kanun hükümleri arasında çelişki olması halinde, sonradan yürürlüğe giren özel kanun hükümlerinin uygulama alanı bulacağına dair ilke gereği, babalık hükmü ile babalarına bağlanan

çocuklar açısından, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun konuyla ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ayrıca en kısa zamanda Medeni Kanun'un 321. maddesinde de değişiklik yapılarak, hukukumuzdaki aynı konuya ilişkin düzenlemelerde birlik sağlanması gerekmektedir.

Çalışmamızın son bölümünde ise, tıp biliminde yaşanan gelişmelere paralel olarak her geçen gün çeşidi artan yardımcı üreme teknikleri sonucunda dünyaya gelen ve sayıları hızla artan çocukların, babalarına bağlanma yönünden yaşayabilecekleri hukuki problemleri incelemeye ve bu problemlere, mevcut kanun hükümlerinin ışığında bir takım çözüm önerileri getirmeye çalıştık.

Yardımcı üreme tekniklerinin uygulanması ile mevcut kanuni düzenlemelerimizle çözülmesi imkânsız, oldukça karışık birçok hukuki sorun ortaya çıkmıştır. Özellikle kişinin üreme hücrelerinin ölümünden sonra kullanılması, sperm bağıışı, kiralık annelik gibi uygulamalar, hukuk tarafından konulan pek çok kuralın temelinden sarsılmasına ve bu uygulamaların yarattığı problemlerin hukuk tarafından yanıtızs bırakılmasına neden olmuştur. Hukukumuzda bu konu ile ilgili tek hukuki düzenleme olan Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nde, hukuki alanda problemlere neden olan bu uygulamaların yasaklanması ise, konuyu çözümlememektedir. Çünkü adı geçen yönetmelik, sperm bağıışını ve üreme hücrelerinin ölümden sonra kullanılmasını yasaklamakta; ancak buna aykırı davranışları caydırıcı yaptırıma bağlamamaktadır. Ayrıca bu konulara ilişkin yaptırım öngörülse dahi, bu yöntemlerle dünyaya gelen çocukların hukuki durumunun nasıl şekilleneceği konusu, hukukumuz açısından yanıtlanamamaktadır. Bu konuda ülkemiz açısından büyük bir hukuk boşluğu olduğu ortadadır. En kısa zamanda yardımcı üreme yöntemlerine ve bu yöntemler neticesinde dünyaya gelecek çocukların hukuki durumuna ilişkin kanun bazında düzenlemeler yapılmalı; kanunlarda yer alan ve yeni gelişmeler karşısında yetersiz kalan hükümler, çağa uygun olarak değiştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız : **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005.
- ACABEY, Beşir Mehmet : **Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002.
- AKINTÜRK, Turgut : **Türk Medeni Hukuku**, C.2, Aile Hukuku, Yenilenmiş 10. Bası, Beta, İstanbul, 2006.
- ARSAL, Sadri Maksudi : **Türk Tarihi ve Hukuk**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1947.
- ARSEBÜK, Esat : **Medeni Hukuk**, C. 2, Recep Ulusoğlu Basım Evi, Ankara, 1940.
- AYTAÇ, İsmail : **Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi**”, Adalet Dergisi, Nisan 2002, S. 11, s. 183 – 199.
- BELGESAY, M. Reşit : **Türk Kanunu Medenisi Şerhi**, Aile Hukuku, C. 2, 3. Bası, Şaka Matbaası, İstanbul, 1952.
- BERKİ, Şakir : **Medeni Hukuk**, Yargıçoğlu Matbaası, Ankara, 1961
- BİÇKİN, İnci / DİNÇ, Hakkı : **Uygulamada Aile Hukuku ve Çocuk Haklarına İlişkin Sözleşmeler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004.
/ AYCU, Emrullah

- BULUT, Harun : **Aile Hukukunda Velayet ve Nafaka Davaları**, Beta, İstanbul, 2007.
- BURCUOĞLU, Haluk : **“ Medeni Yasanın Kabulünden Bugüne Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Statülerindeki Önemli Gelişmeler”**, İstanbul Üniversitesi, Cumhuriyet’ in 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s. 677 – 696.
- Büyük Lorraine Sözlük ve Ansiklopedisi : C. 17, Milliyet Gazetecilik A.Ş., 1992.
- CEYLAN, Seldağ Güneş : **Roma Hukukundan Günümüze Velayet – Vesayet Hukuku**, Yetkin, Ankara, 2004.
- CİN, Halil : **İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme**, 2. Bası, y.y., Konya, 1988.
- CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmet : **Türk Hukuk Tarihi 2.Cilt**, Özel Hukuk, Konya, 1989.
- DOĞAN, İzzet : **“Soybağı”** Legal Hukuk Dergisi, C.1, S. 12, 2003.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan : **Kişiler Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper : **Türk Özel Hukuku, C.3, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.
- DURAN, Hümeysra : **“Babalık Davası”**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007.

- EFEM, Gül : **21. Yüzyılda Aile Kavramı ve Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi**, Eurojuris Yayınları, İstanbul, 2004.
- ERCAN, İsmail : **Medeni Usul Hukuku**, İkinci Sayfa Yayınevi, Ankara, 2006.
- FEYZİÖĞLU, Feyzi : **Aile Hukuku**, 3. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1986.
Necmettin : (Bu basıyı hazırlayanlar: H. Cumhur ÖZAKMAN- M. Enis SARIAL). Kısaltma: Feyzioğlu/Özakman/Sarial.
- Gelişim Hachette Alfabetik : C. 8, (Mer – Ort), İnterpres Yayıncılık, 1993.
Genel Kültür Ansiklopedisi
- GENÇCAN, Ömer Uğur : **“Soybağının Belirlenmesi”**, İzmir Barosu Dergisi, C. 66, S. 1, 2001, s. 40- 48.
Kısaltma: Gençcan (Soybağının Belirlenmesi).
- GENÇCAN, Ömer Uğur : **“Öğreti ve Uygulamada Soybağı Kavramı”**, Bursa Barosu Dergisi, S. 67, 2001, s. 27 – 34.
Kısaltma: Gençcan(Soybağı Kavramı).
- GENÇCAN, Ömer Uğur : **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama İçtihatlar – İlgili Mevzuat, Madde(1 - 351)**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004.
Kısaltma: Gençcan(TMK).
- GÖKTÜRK, Hüseyin Avni : **Türk Medeni Hukuku**, İkinci Kitap, Aile Hukuku, 3.bası, Ankara, 1954.
- GÖNENSAY, Samim : **Medeni Hukuk, C.2, Aile Hukuku, Kısım 2, Nesep, Velayet, Vesayet**, İstanbul, 1940.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref : **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kaynakları**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.

- GÖZÜBÜYÜK, .A. Şeref / : **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**
GÖLCÜKLÜ, Feyyaz : **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi**, Genişletilmiş 6.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005.
- GÜLTEPE, Hilal : **“Soybağı Tayininde Genetik İncelemeler”** İstanbul Barosu Dergisi, C. 78, S. 2, 2004, s. 496-505.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper : **Türk Medeni Hukukunda Kayımlık**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- GÜMÜŞDERE, Serpil : **“Roma Hukukunda Hak Ehliyeti ve Kölelik”** Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1985.
- HANÇERLİOĞLU, Orhan : **Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar ve Akımlar**, C. 2, (E – I), Remzi Kitabevi, 4. Bası, İstanbul, 2005
- HATEMİ, Hüseyin : **İslam Hukuku Dersleri**, 3.Bası, Birleşik Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- HATEMİ, Hüseyin / : **Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
SEROZAN, Rona
- İNAL, Nihat : **Örnek Dilekçe ve Kararlarla Açıklamalı Aile Mahkemeleri Davaları**, Sözkese Matbaacılık, Ankara, 2004.
- KARADENİZ, Çelebican : **Roma Hukuku**, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2004.
Özcan
- KARAMAN, Hayrettin : **Anahatlarıyla İslam Hukuku**, 2.Cilt, Hususi Hukuk, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1985.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet : **Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan : **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim : **Aile Hukuku**, Özdem Kardeşler Matbaası, İstanbul, 1985/1986.
- KÖSEOĞLU, Bilal : **Aile Mahkemelerinin İşleyişi**, Seçkin Kitabevi, Ankara, 2005.
- Kur'an-ı Kerim ve Açıklamalı Meali. : Hazırlayanlar: Hayrettin KARAMAN, Ali ÖZEK, İbrahim Kafi DÖNMEZ, Mustafa ÇAĞRICI, Sadrettin GÜMÜŞ, Ali TURGUT, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2006.
- KURU, Baki : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 1, 6. Bası, Demir Kitabevi, İstanbul, 2001. Kısaltma: Kuru(C.1).
- KURU, Baki : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 2, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001. Kısaltma: Kuru(C. 2).
- KURU, Baki : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 3, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001. Kısaltma: Kuru(C. 3).
- KURU, Baki : **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. 4, 6. Bası, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001. Kısaltma: Kuru(C. 4).
- KÜTÜK, Halil İbrahim : **“Tedbir Nafakası”**, Adalet Dergisi, S. 26, Eylül, 2006, s. 221 – 231.
- MEMİŞ, Tekin / YILDIRIM, Mustafa Fadıl : **“Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”**, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VIII, S. 1-2, s. 283-306.
- NOMER, Haluk Nami : **“Sunî Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”**, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 545-594.

- OĞUZMAN, M. Kemal / : **Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar**,
BARLAS, Nami 14. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2007.
- OĞUZMAN, M. Kemal / : **Aile Hukuku**, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001.
DURAL, Mustafa
- ÖZDEMİR, OKTAY, Saibe : “**Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler**”,
İsatanbul Barosu Dergisi, Aile Hukuku Özel Sayısı,
Mart 2007, s. 3-18.
- ÖZMEN, İsmail : **Açıklamalı İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları**,
Kartal Yayınevi, Ankara, 2004.
- ÖZSUNAY, Ergun : “**Hayatın Başlangıcına ve Sonuna İlişkin En
Önemli Hukuki Sorunlar**”, Bülent DAVRAN’a
Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, İstanbul, 1998,
s.2-59.
- ÖZTAN, Bilge : **Aile Hukuku**, 3.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
Kısaltma: Öztan(2000).
- ÖZTAN, Bilge : **Aile Hukuku**, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan : **Nafaka Hukuku**, 3. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara,
2004.
Kısaltma: Özüğür(Nafaka).
- ÖZUĞUR, Ali İhsan : **Türk Medeni Kanunun Yeni Düzenlemeleri ile
Açıklamalı – İçtihatlı Velayet – Vesayet – Soybağı
ve Evlat Edinme Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2003.
Kısaltma: Özüğür(Velayet – Vesayet).
- POLAT, Oğuz : **Klinik Adli Tıp - Adli Tıp Uygulamaları**, Seçkin
Kitabevi, Ankara, 2004.

- RUHİ, Ahmet Cemal : **Türkiye Cumhuriyeti’nin Onayladığı Devletler Özel Hukuku Alanındaki Çok Taraflı Uluslararası Sözleşmeler**, 2.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2004.
- ŞİMŞEK, Mustafa : **“Soybağının Kurulması”**, Yargıtay Dergisi, C. 29, S. 3, 2003, s. 252 – 262. Kısaltma: Şimşek(Soybağının Kurulması).
- ŞİMŞEK, Mustafa : **Açıklamalı ve İçtihatlı Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007. Kısaltma: Şimşek(Yargılama Usulü).
- ŞİŞMAN, Nazife : **“Küresel Dinamikler Bağlamında Aile ve Kadın”**, Günümüzde Aile (Uluslararası Aile Sempozyumu, 2-4 Aralık 2005), Ensar Neşriyat, İstanbul, 2007, s. 587-612.
- SAYMEN, Ferit / ELBİR, Halit; : **Türk Medeni Hukuku, C.3, Aile Hukuku**, 2. Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1960.
- TAHİROĞLU, Bülent / ERDOĞMUŞ, Belgin : **Roma Hukuku Meseleleri**, Der Yayınları, 3.bası, İstanbul, 2003.
- T.C. Adalet Bakanlığı : **Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri**, Ankara, 2002. Kısaltma: Gerekçe.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi : **Türk Aile Hukuku**, 7.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.
- TEPECİ, Kamil : **Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi**, C. 1, Doğu Matbaası, Ankara, 1946.
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı : **Türk Medeni Hukuku, Cilt.2, Aile Hukuku**, 5.Bası, Nurgök Matbaası, İstanbul, 1965.
- VELDET
- ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, M. Beşir / GÖKYAYLA, K. Emre : **Medeni Hukuk**, 6. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.

Çevrimiçi Kaynaklar

Yargıtay Başkanlığı Resmi : www.yargitay.gov.tr
İnternet Sitesi

Kısaltma: yargitay.gov.tr

Kazancı Mevzuat ve İçtihat : www.kazanci.com.tr
Bilgi Bankası

Kısaltma: Kazancı İçtihat
Bankası