

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENİ HUKUK BİLİM DALI**

BABALIK DAVASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**Hazırlayan
Humeyra DURAN**

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN**

Ankara-2007

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Humeyra DURAN'a.ait ."**Babalık Davası**".adlı çalışma, jürimiz
Taraından Özel Hukuk-Medeni Hukuk
Anabilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

(İmza)

Başkan
Akademik Unvanı, Adı Soyadı

(İmza)

Üye.....
Akademik Unvanı, Adı Soyadı (Danışman)

(İmza)

Üye.....
Akademik Unvanı, Adı Soyadı

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI KAVRAMI

I- GENEL OLARAK.....	4
II- SOYBAĞININ ÇEŞİTLERİ.....	5
A- DOĞAL SOYBAĞI-HUKUKİ SOYBAĞI.....	5
B- GERÇEK SOYBAĞI-YAPAY SOYBAĞI.....	7
C- EVLİLİK İÇİ SOYBAĞI-EVLİLİK DIŞI SOYBAĞI.....	7
III- SOYBAĞININ KURULMASI.....	10
A- SOYBAĞININ ÇOCUK İLE ANA ARASINDA KURULMASI.....	10
1- Doğum Yoluyla.....	10
2- Evlat Edinme Yoluyla.....	12
B- SOYBAĞININ ÇOCUK İLE BABA ARASINDA KURULMASI.....	14
1- Ana İle Evlilik.....	15
a- Doğum Sırasında Evli Olma.....	15
aa- Babalık Karinesi.....	15

aaa- Evlilik Devam Ederken Doğmuş Olma	16
bbb- Evlilik Birliği İçinde Ana Rahmine Düşmüş Bulunma...	17
bb- Babalık Karinelerinin Çakışması.....	18
aaa- Kadının Bekleme Sürelerine Uymaksızın ve Üçyüz Günlük Süre İçinde Doğum Yapmış Olması.....	18
bbb- Kadının Evliliğin Sona Ermesinden Sonraki Üç yüz Gün İçinde İki Doğum Yapması.....	20
b- Doğumdan Sonra Evlenme.....	20
aa- Şartı.....	20
bb- Bildirim.....	21
2- Tanıma.....	23
a- Genel Olarak.....	23
b- Tanımanın Hükümsüzlüğü.....	24
c- Tanımanın İptali.....	25
3- Evlat Edinme.....	27
4- Yapay Döllenme.....	27
a- Yapay Döllenme Kavramı ve Yöntemleri.....	27
b- Yapay Döllenmenin Hukukta Düzenleniş Biçimi.....	30

c- Yapay Döllenme Yöntemlerinin Kullanılması Sonucunda Ortaya Çıkabilecek Soybağı Sorunları.....	32
aa- Eşlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumunda Çıkabilecek Soybağı Sorunları.....	32
bb- Evli Olmayanlara Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumunda Çıkabilecek Sorunlar.....	36
aaa- Evli Çifte Sperm Bağışı.....	37
bbb- Taşıyıcı Annelik Durumu.....	49

İKİNCİ BÖLÜM

BABALIK DAVASI

I- BABALIK DAVASININ AMACI.....	60
II- BABALIK DAVASININ TÜRÜ ve BABALIĞA HÜKÜM.....	60
III- BABALIK DAVASININ TARAFLARI.....	63
A- Davacılar.....	63
1- Ana.....	63
2- Çocuk.....	65
B- Davalılar.....	67

1- Baba.....	67
2- Babanın Mirasçıları.....	68
IV- DAVA AÇMA SÜRESİ.....	69
V- YARGILAMA USULÜ ve GÖREVLİ, YETKİLİ MAHKEME.....	72
A- YARGILAMA USULÜ.....	72
B- GÖREVLİ MAHKEME.....	73
C- YETKİLİ MAHKEME.....	74
VI- DAVADA İSPAT YÜKÜ.....	75
A- DAVACI BAKIMINDAN İSPAT YÜKÜ.....	75
B- DAVALI BAKIMINDAN İSPAT YÜKÜ.....	77
1- Babalığın İmkansız Olduğu Defi.....	77
2- Ananın Evli Olduğu İtirazı.....	77
3- Bir Başkasının Baba Olma İhtimalinin Kuvvetli Olduğu Defi.....	78
C- SOYBAĞININ BELİRLENMESİNDE TARAFLARIN ve ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ZORUNLU İNCELEMELERE RIZA GÖSTERMESİ.....	81
D- BABALIĞIN İSPATINDA TIBBİ VERİLERİN KULLANILMASI.....	83
1- Antropobiyolojik ve Kalıtsal Metod.....	85

2- Kan İncelemesi Yöntemi.....	85
3- DNA İle Babalığın Tespiti Yöntemi.....	86

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BABALIK HÜKMÜNÜN SONUÇLARI

I- KİŞİSEL SONUÇLU BABALIK DAVASINDA HÜKMÜN VERİLMESİ İÇİN ARANACAK ŞARTLAR.....	89
A- ANAYA EVLENME VAADİNDE BULUNULMUŞ OLMASI.....	90
B- CİNSEL İLİŞKİNİN BİR SUÇ OLUŞTURMASI.....	91
C- NÜFUZUN KÖTÜYE KULLANILMIŞ OLMASI.....	92
D- ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL ETTİĞİ OLUMSUZ ŞART; CİNSEL İLİŞKİ SIRASINDA BABANIN EVLİ OLMAMASI.....	92
II- BABALIK HÜKMÜNÜN KİŞİSEL SONUÇLARI.....	94
A- ÇOCUK YÖNÜNDEN SONUÇLARI.....	94
1- Soyadı.....	94
2- Vatandaşlık	98
3- Evlenme Yasağı.....	99
4- Velayet.....	99
5- Mirasçılık.....	102

III- BABALIK HÜKMÜNÜN MALİ SONUÇLARI.....	109
A- ANA LEHİNE MALİ SONUÇLAR.....	109
1- Ana Lehine Maddi Tazminat.....	109
a- Doğum Masrafları.....	109
b- Bakım Masrafları	110
c- Gebeliğin ve Doğumun Gerekthirdiğı Diğer Masraflar.....	110
B- ANA LEHİNE MANEVİ TAZMİNAT VE ŞARTLARI.....	112
1- Anaya Evlenme Vaadinde Bulunulmuş Olması.....	114
2- Cinsel İlişkinin Bir Suç Olması.....	116
3- Nüfuzun Kötüye Kullanılmış Olması.....	116
4- Ananın Küçük Olması.....	117
C- ÇOCUK LEHİNE MALİ SONUÇLAR.....	118
1- Çocuk Lehine Nakaya Hükmedilmesi.....	118
2- Çocuğun Haklarının Teminat Altına Alınması.....	120
 SONUÇ.....	 121
KAYNAKÇA.....	123
ÖZET.....	130
ABSTRACT	132

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD	: Adalet Dergisi
AMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EHFD	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: Bakınız
c	: Cümle
C	: Cilt
EHFD	: Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
f	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İZBD	: İzmir Barosu Dergisi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBGK	: İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m	: Madde
MÖHB	: Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NK	: Nüfus Kanunu
TKM	: Türk Kanunu Medenisi
TMK	: Türk Medeni Kanunu

RKD	: Resmi Kararlar Dergisi
s.	: Sayfa
S	: Sayı
Y	: Yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
vd	: ve devamı

GİRİŞ

Soybağı, çocuk ile ana baba arasındaki doğal ve hukuki bağı ifade etmektedir. Çocuk ile anası arasındaki soybağı doğumla kendiliğinden kurulmasına rağmen, çocuk ile babası arasındaki soybağının kurulması bu kadar kolay değildir. Çocuk ile baba arasında doğum olayı gibi tabii bir olay söz konusu olmadığından babalığın tespiti hukukça kabul edilen durumların gerçekleşmesine bağlıdır.

2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunundan önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde de çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisinin nasıl kurulacağı düzenlenmişti. 4721 sayılı kanunun 282. maddesinde baba ile çocuk arasındaki soybağının, ana ile evlilik, tanıma ya da hakim hükmü ile kurulacağı belirtilmiştir. Her ne kadar kanunda yer almasa da “idari yol” olarak adlandırılan kanun koyucunun zaman zaman çıkardığı özel kanunlarla da evlilik dışında doğan çocukların babalarına bağlanmaları mümkündür.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu evlilik birliği dışında doğan çocukların hukuki durumlarında iyileştirmeye gitmiş, çocukların korunmasına ağırlık vermiştir. 743 sayılı kanun döneminde meşru ailenin korunması fikri nedeniyle, evlilik birliği dışında doğan çocuklar birlik içinde doğan çocuklarla eşit statüde bulunmamaktaydı. Bu eşitsizliğin nedenleri olarak, toplumun temeli olan aile birliğinin sarsılacağı, serbest birleşmelerin teşvik edileceği ve zina ürünü çocukların dünyaya gelmesinin kolaylaşacağı gösterilmekteydi. Ancak bu çağ dışı düşünce, evlilik dışı ilişkinin günahının çocuklara yüklenmesinin doğru

olmayacağı fikrinin gelişmesiyle birlikte ilk önce batı ülkelerinde¹ gerilemeye başlamış ve daha sonra da hukuk sistemimizi etkilemiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile sahih nesep-gayri sahih nesep ayrımı kaldırılmış, çocuk ile babası arasında normal bir soybağının kurulacağı düzenlenmiştir. Babalık davasında geçerli olan, mali sonuçlu ve kişisel sonuçlu babalık davası ayrımı kaldırılmış, bir tek babalık davasına yer verilmiştir. Kişisel sonuçlu babalık davası şartlarının gerçekleşmemesi nedeniyle çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulamamakta, sadece anaya ve çocuğa bir takım maddi imkanlar sağlanmaktaydı. 4721 sayılı kanun ile babalık davası tek bir dava olarak düzenlendiğinden soybağının kurulması için aranan şartlar kaldırılmış ve dava sonucunda verilecek kararlar da çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulacağı hükme bağlanmıştır.

Babalık davası sonucunda kurulan çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisi evlilik içinde doğan çocuk ile baba arasındaki ilişkiyle neredeyse aynı hükümlere tabi olmuştur. Yeni kanun ile babalık davasının ihbarı müessesesi getirilmiş, yetkili mahkeme konusunda davanın ana ya da çocuğun doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesine de yetki tanınmış, dava açma süresinde haklı neden kavramı getirilmiş ve çocuk için sürenin erginlikten itibaren başlayacağı belirtilmiştir. Evlilik dışı çocuğun velayetinin anası tarafından hakim kararıyla kazanılacağı kaldırılmış, doğumla ananın velayete sahip olacağı belirtilmiştir. Bu değişiklikler kanunda düzenlenen en önemli değişikliklerdendir.

Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda yapay dölleme halinde çocuğun soybağının nasıl belirleneceği konusunda her hangi bir düzenlemeye gidilmemiştir, konu yönetmelik boyutunda düzenlenmiştir.

¹ Evlilik içi- evlilik dışı çocuk kavramları Fransız hukukunda 1972, Alman hukukunda 1970, İsviçre hukukunda ise 1978 yılında kaldırılmıştır. BAŞPINAR, Veysel. "Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler", AÜHFD, S. 3, C. 52, s.95, 2003.

Bu çalışmanın amacı, babalık davasında 4721 sayılı kanun ile getirilen yenilikleri incelemektir. Bu inceleme yapılırken 743 sayılı kanun ile kıyaslamalar yapılacak ve o zamanki doktrinde konu ile ilgili görüşlere yer verilecek ve yargı kararlarına göndermelerde bulunulacaktır. Çalışmada 743 sayılı kanun ile 4721 sayılı kanunun aynı şekilde düzenlediği konular tek bir başlık altında incelenecek, farklı olan hususlara metin içinde yer verilecektir. Ayrıca, son yıllarda gelişen yapay döllenmenin yarattığı soybağı sorunlarına konumuzla ilgili olduğu ölçüde yer verilecek, ispat hukuku açısından DNA analizlerinin önemine değinilecektir.

“Babalık Davası” adlı bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır.

Birinci bölümde; soybağı kavramı, eşitleri, soybağının kurulması, incelenecektir.

İkinci bölümde, yapay döllenme, hukukta düzenleniş şekli, ortaya çıkabilecek soybağı sorunları incelenecektir.

nc bölümde, babalık davasının amacı, babalığa hüküm, davanın tarafları, dava açma süresi, yargılama usulü, görevli ve yetkili mahkeme, ispat yükü incelenecektir.

Dördüncü bölümde, babalık hükmünün kişisel ve mali sonuçları incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI KAVRAMI

I- GENEL OLARAK

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde “neseb” terimi ile ifade edilen soybağı; birbirlerine kan hısımlığı, evlilik sözleşmesi ya da evlat edinme işlemi gibi doğal ya da sözleşmesel bir bağ ile yaklaşmış olanlar arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir². Doktrindeki bir kısım yazarlar, soybağı ilişkisini bir kişinin üstsoyu ile olan kan bağıını ifade ettiğini belirterek, akdi soybağı ilişkisine değinmemişlerdir³. Soybağı, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamda soybağı ile bir kimsenin ataları, ecdadı yani usulleri ile olan kan bağıını, farklı bir deyişle biyolojik ve doğal ilişkilerini ifade etmektedir. Böylelikle geniş anlamda soybağı kan hısımlığını sınırsız olarak kapsamaktadır ve bir çocuğun anne babası, büyükanne büyükbabası ile arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir⁴. Ancak yazar BERKİ, geniş anlamda soybağı ilişkisini sadece üstsoy-altsoy hısımlığı ile sınırlı tutmamış, bu kavramın içine, yansoy ve kayın hısımlığı ilişkilerini de katmıştır. Böylelikle de geniş anlamda soybağı, aile kavramı ile eş anlamlı hale gelmiştir⁵. Dar anlamda soybağı ise, sadece anne baba ile çocuklar arasındaki ilişkiyi yani çocuk ile neslinden geldiği

² Yusuf Ziya Binatlı, **Türk Medeni Hukuku**, Ankara, 1967, s.364.

³ Aydın Zevkliler, Mehmet Beşir Acabey, K. Emre Gökyayla, **Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara,1999, s.1045; Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir, 2002, s.5.

⁴ Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku**, İstanbul, 1970-1971, s.576; Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku**, İstanbul, 2002. s.313 .

⁵ Şakir Berki, “Medeni Kanunda Neseb Hısımlığı”, **AÜHFD**, C.13, S. 3-4, s.34, Ankara, 1956.

kişiler arasındaki ilişkiyi ifade etmektedir⁶. Böylelikle, anne tarafından gelen soybağına analık, baba ile olan soybağına ise babalık denmektedir⁷. Yazar BERKİ ise dar anlamda soybağını yukarıda açıkladığımız geniş anlamda soybağı şeklinde ifade etmektedir⁸. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.282 ve devamında, 743 sayılı Kanunu Medeni gibi dar anlamda soybağı ilişkisini düzenlemiştir.

II- SOYBAĞININ ÇEŞİTLERİ

A- DOĞAL SOYBAĞI-HUKUKİ SOYBAĞI

Soybağı denildiğinde akla ilk gelen hukuki bir bağdan önce doğal bir bağıdır. Doğum olayı ile birlikte çocuk ile ana babası arasında doğal soybağı ilişkisi meydana gelmektedir. Çocuğu dünyaya getiren, onunla aralarında biyolojik-genetik bir bağ oluşmasına neden olan anne baba ile çocuk arasında kurulan soybağına doğal soybağı denir⁹. Doğal soybağı sadece biyolojik bakımdan bir bağ meydana getirmekte, hukuki bakımdan çocuk ile anne babası arasında bir bağ meydana getirmemektedir.

Hukuki bakımdan bir bağın doğabilmesi için anne baba ile çocuk arasındaki ilişkinin hukukça tanınması gerekmektedir. Kan bağına ek olarak hukuk

⁶ Akıntürk, **a.g.e**, s.314, Köprülü, **a.g.e**, s.576, Dursun Kılıç, **Babalık Davasında Maddi ve Manevi Tazminat**, Ankara, 1993, s.4, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi); Cem Baygın “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, **EHFD**, C.6, S.1-4, s.255; Tahir Büyüktanır. “Türk Medeni Kanunu (Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar), **ABD**, S.2, Y, 2002, s. 83.

⁷ Emin Başaklar, “Uygulamada Babalık Davaları”, **YD-1975**, s. 63.

⁸ Berki, **a.g.e**, s.34.

⁹ Hicri Fişek, “Nesebin Tashihi”, **AÜHFD-1951**, S.3-4, s.557, Akıntürk, **a.g.e**, s.314.

düzeninin aradığı bazı şartların yerine getirilmesi ile bir çocuğun hukuki olarak anne babaya bağlanması sonucunda oluşan soybağına, hukuki soybağı denir¹⁰.

Genellikle anne baba ile çocuk arasında hem biyolojik bir bağ hem de sosyal-manevi bir bağ vardır. Yani çocuğu meydana getiren anne baba ile hukukten tanınan anne baba aynı kişilerdir. Ancak, biyolojik bağ ile sosyal bağ her zaman bir arada bulunmayabilir. Örneğin, evlilik birliği içinde doğup da başka bir erkekten olan çocuğun soybağını reddetmeyen koca, onun biyolojik babası değildir. Ancak çocuğun sosyal babasıdır. İşte bu gibi durumlarda yani çocuğun biyolojik anne babası ile sosyal-manevi anne babası farklı olduğunda hukuk düzeni, hangisine üstünlük tanıyacağı konusunda bir karar vermek durumundadır. Hukuk düzenleri bu gibi durumlarda genellikle biyolojik anne-babalığa üstünlük tanımaktadırlar. Yani biyolojik anne baba, hukuki olarak da anne baba kabul edilmektedir. Ancak, baba açısından durum değişiklik arz etmekte, doğal soybağı ile hukuki soybağı her zaman örtüşmemektedir. Örneğin, evlilik birliği dışında doğan çocuk ile babası arasında doğal soybağı ilişkisi doğumla kendiliğinden kurulmasına rağmen hukuki soybağı kendiliğinden kurulamamaktadır. Bu ilişkinin kurulabilmesi için, çocuğun ya baba tarafından tanınması ya da mahkeme hükmü gerekmektedir. Aksi takdirde, çocuk hukuki olarak babasına karşı nesepsizdir¹¹.

¹⁰ Acabey, **a.g.e**, s.7; Fuat Tiryaki, **Nesebin Reddi Davası**, Ankara, 1995, s.23, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

¹¹ Acabey, **a.g.e**, s.8.

B- GERÇEK SOYBAĞI-YAPAY SOYBAĞI

Gerçek soybağı, çocuk ile ana babası arasında mevcut olan biyolojik bağa ek olarak kanunun aradığı koşulların tam olması durumunda hukukilik kazanan soybağıdır¹².

Yapay soybağı ise, doğum gibi biyolojik bir olayın meydana getirdiği bir bağ olmayıp, hukuki bir işlem sonucunda çocuk ile ana baba arasında oluşan bir bağıdır. Evlat edinen kanunun aradığı şartlar dahilinde evlat edinirse, evlat edinilenle arasında yapay bir soybağı ilişkisi kurulur¹³.

C- EVLİLİK İÇİ SOYBAĞI – EVLİLİK DIŞI SOYBAĞI

Gelişmiş batı toplumlarındaki “evlilik dışı çocuk” kavramı ile Türk toplumundaki “evlilik dışı çocuk” kavramı birbirlerinden çok farklıdır. Diğer toplumlarda evlilik dışı çocuk, kadın ve erkeğin bilerek ve isteyerek evlilik dışı bir ilişkiye girmeleri sonucu çocuk sahibi olmalarını ifade eder. Hukuk düzeni, bu durumu düzeltmek, tedavi etmek ve çocuk için doğabilecek olumsuz sonuçları kaldırmak için önlemler alır¹⁴.

743 sayılı Kanunu Medeninin Aile Hukuku Kitabının İkinci Kısım Yedinci Babı “ Nesebi Sahih Çocuklar”, Sekizinci Babı ise “Nesebi Sahih Olmayan Çocuklar” başlığını taşımaktaydı.

Nesebi sahih çocuklar, evlilik birliği içinde doğan ya da ana rahmine düşen çocuklar ile nesepleri sonradan düzeltilen çocuklardı. Buradaki evlilikle

¹² Aydın Zevkliler, **Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Diyarbakır, 1986, s.634; Acabey, **a.g.e**, s.11.

¹³ Fişek, **a.g.e**, s.557; Akıntürk, **a.g.e**, s.314.

¹⁴ Nuşin Ayiter, “Evlilik Dışı Birleşmelerden Doğan Çocuklar”, **Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açıdan İncelemeler**, Türk Sosyal Bilimler Derneği-1984, s.67.

kastedilen, gerek TKM gerekse TMK'ya göre, Medeni Kanun hükümlerine uyularak, yetkili memur önünde resmi nikahla yapılan evliliktir. Dini nikahla meydana gelen birleşmeler, yasal yönden evlilik sayılmadığından meydana gelen çocuklar babaya karşı nesebsiz sayılmaktadır. Fakat resmi nikahla yapılan evlilik, mutlak ya da nisbi butlan nedenleri ile yok olsa dahi bu evlenmelerden meydana gelen çocukların soybağları düzgün sayılmaktadır. Anne babanın iyi niyetli ya da kötü niyetli olması çocuğun durumunu etkilememekte, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş kabul edilmektedir¹⁵. Evliliğin varlığı, şahsi durum sicil kayıtları ile ya da bu kayıtların yetersizliği ve yanlışlığı durumunda her türlü delille ispat edilebilmektedir. Şahsi durum kayıtlarındaki düzensizlik halinde, evliliğin varlığını iddia eden eşler bunun tesbiti için “evliliğin tescilli davası” açabilir¹⁶.

Türk Kanunu Medenisi, sadece evlilik birliği devam ederken doğan çocukları değil, aynı zamanda evliliğin ortadan kalkmasından itibaren üç yüz gün içinde doğan çocukları da düzgün soybağına sahip çocuk olarak kabul etmiştir. Üç yüz günlük sürenin başlangıcında, boşanmaya ya da evliliğin butlanına ilişkin kararın kesinleştiği ya da kocanın öldüğü tarih esas alınmaktaydı.

Çocuk, evliliğin son bulmasından itibaren üç yüz gün sonra doğarsa artık koca baba olarak kabul edilmemekte, düzgün soybağı geçerli olmamaktaydı. Ancak bazı istisnai durumlarda hamilelik, üç yüz günden fazla sürmüştse, mahkeme düzgün soybağına karar verebilirdi. Ancak bu durumda, babalık karinesi söz konusu olamayacağı için, dava açarak çocuğun kocadan olduğunu ispat etmek yükümlülüğü anneye ve çocuğa düşmekteydi¹⁷.

¹⁵ Zevkliler, **a.g.e.**, s.636; Selahattin Sulhi Takinay, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 1966, s.337.

¹⁶ Tekinay, **a.g.e.**, s.337.

¹⁷ Tekinay, **a.g.e.**, s. 338; Cahit Oğuzoğlu, **Medeni Hukuk Şahsın Hukuku Aile Hukuku**, Ankara, 1958, s.217.

Çocuk, evliliği takip eden kısa bir zaman sonra doğmuş olsa dahi çocuğun soybağının düzgün olduğu kabul edilmekteydi. Yani kanun, çocuğun evlilikten önce mi, evlilik sırasında mı ana rahmine düştüğü konusunda bir karine kabul etmiş, çocuğun babasının koca olacağına hükmetmişti. Çocuk, en az hamilelik süresi olan yüz seksen gün içinde doğarsa, onun ana rahmine evlenmeden önce düştüğü kabul edilmekteydi. Ancak, bu durum çocuğun babasının koca olacağı sonucunu değiştirmemekteydi¹⁸.

Nesebi sahih çocuklar, sadece evlilik içinde doğmuş ya da ana rahmine düşmüş olan çocuklardan ibaret değildi. Türk Kanunu Medenisi, evlilik birliği dışında doğan çocukların evlilik içi çocuk statüsünü kazanmaları için nesebin düzeltilmesini kabul etmişti. Ayrıca belirli aralıklarla çıkarılan özel kanunlarla da idari yoldan çocukların neseplerinin düzeltilmesi yoluna gidilmekteydi.¹⁹

Nesebi sahih olmayan çocuk kavramı, bütün evlilik dışı çocukları kapsamamaktaydı. Bu kavram ile aralarında evlilik birliği bulunmayan kadın ile erkeğin ilişkisinden meydana gelen ya da evliliğin son bulmasında itibaren üç yüz gün sonra doğan çocuklar anlaşılmaktaydı²⁰. Halbuki evlilik dışı çocuk kavramına, terkedilmiş ve kimsesiz olan, hem anaları hem de babaları bilinmeyen çocuklar, babaları fiilen bilirse dahi babalığın hukuken belirlenmesine yönelik herhangi bir işlem yapılmadığı için baba yönünden hukuken nesepsiz olan çocuklar da girmektedir²¹.

Türk Kanunu Medenisinin 290. maddesi, çocuğun anası yönünden soybağının kurulması konusunda evlilik içi-evlilik dışı arasında bir fark gözetmemiş, soybağının doğumla ana ve çocuk arasında hukuken kurulacağını kabul etmişti. Ancak baba yönünden düzgün olmayan soybağının kurulabilmesi

¹⁸ Tiryaki, **a.g.e.**, s.28; Binatlı, **a.g.e.**, s.366; Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s.218.

¹⁹ Tiryaki, **a.g.e.**, s.30.

²⁰ Samim Gönensay, **Medeni Hukuk Cilt II Aile Hukuku Kısım II Nesep, Velayet, Vesayet**, s.89; Kamil Tapeçi, **Nesep Hukuku Ana, Baba-Evlat Hakları**, Ankara, 1942, s. 63.

²¹ Acabey, **a.g.e.**, s.19.

için, çocuğun baba tarafından tanınması ya da babalığa hakim tarafından hükmedilmesi gerekmektedir²². Mahkeme tarafından verilecek hükmün, kişisel sonuçlu babalık hükmü olması gerekmektedir. Mali sonuçlu babalık hükmü, çocuk ile baba arasında düzgün olmayan soybağını kurmaya yeterli değildi²³.

III- SOYBAĞININ KURULMASI

A- SOYBAĞININ ÇOCUK İLE ANA ARASINDA KURULMASI

1- Doğum Yoluyla

Türk Kanunu Medenisinin 290. maddesinde; “Nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır”. hükmü yer almaktaydı. Böylelikle çocuğun anası ile arasında soybağı ilişkisinin saptanması kolaylaştırılmıştı, soybağı herkesçe görülebilir hamilelik ve doğum olayıyla belirlenebilir hale getirilmişti. Her ne kadar maddenin ifadesinden evlilik içinde doğan çocuklar kapsama dahil edilmemiş gibi görünse de soybağı düzgün olan çocuğun, doğuran kadından başka bir anası olması ihtimali düşünülemezdi²⁴.

4271 sayılı Türk Medeni Kanunu, evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında doğan çocuklar arasındaki ayrıma son verdiğinden konu ile ilgili 282. madde, çocuk ile anası arasındaki soybağının doğumla kurulacağını belirtmiştir. Evlilik dışında doğan çocuklar bakımından da aynı ilke geçerli olup, Fransız Medeni Kanunu ve bu kanunun ilkelerini benimseyen ülkelerin medeni kanunlarından farklı olarak çocuk ile anası arasındaki soybağı ilişkisinin

²² Mustafa Reşit Belgesay, **İkinci Kısım Hısımlar**, Ankara-1952, s. 266; Gönensay, **a.g.e**, s. 89.

²³ Acabey, **a.g.e**, s.16.

²⁴ Esat Arsebük, **Medeni Hukuk Cilt II**, Ankara, 1940, s.410.

kurulabilmesi için tanıma işlemine gerek yoktur²⁵. 1979 yılında Avrupa Adalet Divanı Marckx davasında evlilik dışında doğan çocuğun anası tarafından tanınması gereğini, ananın bu çocuğu evlat edinmesi olasılığında bile çocuk ile anasının ailesi arasında akrabalık bağı kurulamamasını, çocuğun miras hakkının kısıtlı olmasını ve ancak ananın baba ile evlenmesi sonucunda çocuğun soybağının düzeleyeceğini düzenleyen kuralları, İnsan Hakları Konvensiyonunun 8. ve 14. maddelerine aykırı bulmuştu²⁶. Çocuk herhangi bir şekilde kendisini doğuran kadının dışında başka bir kadının nüfus kütüğüne yazılmış olsa dahi, çocuğun annesi yine onu doğuran kadındır, kütüğe yazılan kadın değildir. Bu yanlışlık TMK m. 39, 42, 46 ve NK m. 46 gereğince açılacak kayıt düzeltme davası ile düzeltilebilir²⁷. Bu dava, niteliği gereği bir tespit davası olduğundan her zaman açılabilir. Çocuk ile gerçek anası arasındaki soybağı ilişkisi mahkeme kararının kesinleşmesi ile kurulmamakta, doğum anından itibaren kurulmaktadır. Çünkü nüfus kütüğüne yapılacak kayıt, kurucu değil açıklayıcı niteliktedir²⁸.

Çocuğu doğuran kadının saptanması, ananın kim olduğunu ortaya çıkaracağından çocuk ile ana arasındaki soybağı kendiliğinden kurulmuş olur. Bu soybağı doğal nitelikte kan bağına dayanan bir soybağı olduğu gibi hukuki analığa da kaynaklık etmektedir. Yani çocuğun zina ya da fücür nedeniyle olması çocukla anası arasında soybağı ilişkisi kurulmasına engel değildir²⁹.

²⁵ Baygın, **a.g.e**, s.256.

²⁶ Esin Özücü, “Avrupa Topluluk Mahkemesi ve İnsan Hakları Adalet Divanı Kararlarında Aile Anlayışı ve Eş ve Çocuk Açısından Evlilik İçi ve Dışı Ayrımı”, **MÖHB**, S.1-2, Y.11, 1991, s.61.

²⁷ Mustafa Dural, Tufan Oğuz, Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 2005, s.438.

²⁸ Acabey, **a.g.e**, s.225.

²⁹ Akıntürk, **a.g.e**, s.320; Fişek, **a.g.e**, s.558.

2- Evlat Edinme Yoluyla

Kan bağından doğan gerçek soybağının yanında evlat edinen ile evlat edinilen arasında yapay soybağı ilişkisi vardır. Evlat edinme kavramı, kanunlarımıza ilk defa 743 sayılı TKM ile girmiştir. Evlat edinmenin gerek önceki, gerekse şimdiki MK'da düzenlenmesinin en önemli nedenleri; bakıma muhtaç, kimsesiz ya da terkedilmiş çocukların korunmasını ve bir aile içinde yaşamasını sağlamak ve evlat edinen bakımından da çocuksuz ya da arzuladığı cins ve sayıda çocuk sahibi olamayan ailelerin evlat özlemini ortadan kaldırmaktadır³⁰.

Türk Kanunu Medenisinde evlat edinme işlemiyle, evlat edinen ile evlatlık arasında soybağı kurulacağına dair açık bir hüküm bulunmamasına rağmen doktrinde, evlat edinme sözleşmesi ile evlatlık ile evlat edinen arasında düzgün soybağı ilişkisinin kurulduğu kabul edilmekteydi. Bu soybağı, evlilik içinde doğan bir çocukla ana babası arasındaki soybağının aynısıydı³¹. Türk Medeni Kanunu ise madde 282/f.3'de; "Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur." hükmünü getirerek bu konuya açıklık getirmiştir.

Her ne kadar Türk Kanunu Medenisinde de evlatlık ile evlat edinen arasında evlenme engeli olmasına rağmen, birbirleriyle evlenmeleri durumunda evlenme geçerli olmakta, evlatlık sözleşmesi sona ermekteydi(TMK121). Türk Medeni Kanununda ise, evlat edinme ilişkisinden doğan evlenme yasağı madde 129/f.3'de düzenlenmiş ve kesin bir evlenme engeli sayılmıştır. Bu yasağa uymamanın yaptırımı ise mutlak butlan olarak düzenlenmiştir. Ayrıca m. 145/b.4 ile de evlenme yasağının kapsamı genişletilerek, evlatlık ile evlat edinenden her biri ile diğerinin altsoyu arasında da evlenme yasağı kabul edilmiştir. Kanunun

³⁰ Tekinay, **a.g.e**, s.381; Binatlı, **a.g.e**, s.377.

³¹ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e**, s.1073; Berki, **a.g.e**, s.38.

yeni düzenlemesinin amacı, evlatlık ile evlat edinen arasında gerçeğe yakın soybağı ilişkisi kurmaktır.

Gerek Türk Kanunu Medenisi, gerekse Türk Medeni Kanunu, sadece evlatlığın ve altsoyunun evlat edinenin mirasçısı olabileceğini düzenlemiştir. Buna rağmen, evlat edinen evlatlığın mirasçısı olmadığı gibi evlat edinenin hısımları da evlatlığın mirasçısı olamazlar(MK 500). Ancak bu tek yanlı mirasçılık evlat edinme kurumunun amacına uygun değildir. Zor şartlar altında yaşayan bir çocuğu ya da ergini evlat edinin, onu bakıp büyüten, iyi bir gelecek sağlayan ve topluma kazandıran ana babanın evlatlığına mirasçı olamaması hakkaniyete aykırıdır. Bütün maddi ve manevi imkanlarını evlatlıklarına adanmış, ona iyi bir iş imkanı sağlamış ana-baba, onun vefatı durumunda desteklerinden yoksun kalacaklardır. Bu durumda, evlatlık üzerinde herhangi bir emeği olmayan kan hısımlarının evlatlığa mirasçı olup, ona emek harcayan evlat edinenlerin mirasçı olamamaları adil düşünmeye engeldir³².

Türk Kanunu Medenisine göre, evlat edinenin evlat edinebilmesi için baştan düzgün soybağına sahip ya da düzeltilmiş soybağına sahip çocuğu, torunu ya da torun çocuğu bulunmamalıydı(TMK m 253). Ancak düzgün soybağlı altsoy kavramına önceden edinilen evlatlıklar, düzgün soybağına sahip olmayan çocuklar girmemekteydi. Kanunun düzgün-düzgün olmayan soybağı arasında fark gözetmesinin nedeni, düzgün olmayan soybağına sahip altsoyun, evlat edinme yolu ile soybağının düzeltilebilmesiydi³³.

TMK 305. maddesinde, küçüklerin evlat edinilmesinde altsoyun bulunmaması şartını tamamen kaldırmıştır. Kanunun 313. maddesinin önceki düzenlemesinde ergin ve kısıtlıların evlat edinilebilmesi evlat edinenin altsoyunun bulunmamasına bağlı iken, 03.07.2005 tarih ve 5399 sayılı kanun ile

³² Acabey, **a.g.e**, s.171.

³³ Köprülü, **a.g.e**, s.593.

yapılan değişiklikle, erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi mümkün hale gelmiştir. Kanunun yeni düzenlemesine göre, evlat edinenin altsoyunun açık izniyle erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi hükme bağlanmıştır.

Türk Kanunu Medenisine göre, eşler diğer eşin rızasını almak şartıyla tek başlarına evlat edinebilmekteydiler. Türk Medeni Kanunu ise, 306. maddesinde kural olarak eşlerin tek başlarına evlat edinmelerini yasaklamış, birlikte evlat edinme kuralını getirmiştir. Böylelikle evlatlık, hem karı hem de kocanın düzgün soybağına sahip çocukları olmaktadır.

B- SOYBAğININ ÇOCUK İLE BABA ARASINDA KURULMASI

ocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulması ana ile ocuk arasında soybağı ilişkisi kurulması kadar basit değildir. ocuğu doğuran kadının ana olduğu kesin karine olarak kabul edilmekte iken, evlilik içinde doğan çocuğun babasının koca olduğuna dair kesin bir karine mevcut değildir. Her ne kadar TMK m.285’de evlilik içinde doğan ya da ana rahmine düşen çocuğun babasının koca olduğu hakkında bir karine mevcut ise de bu karine adi bir karine niteliğindedir ve baba soybağının reddi davası açarak hakkındaki bu karineyi madde 286’ya göre çürütebilir.

TMK m.285’de ocuk ile baba arasındaki soybağının dört şekilde kurulacağını belirtmiştir. Bunlar; ana ile evlilik, tanıma, hakim hükmü ve evlat edinmedir.

1- Ana İle Evlilik

a- Doğum Sırasında Evli Olma

aa- Babalık Karinesi

Türk Kanunu Medenisinin 241. maddesinde “sahih nesep karinesi” olarak anılan bu düzenleme, Türk Medeni Kanununda “sahih nesep-gayri sahih nesep” ayrımı kaldırıldığı için, 285. maddede babalık karinesi olarak düzenlenmiştir. Bu karineye göre, evlilik devam ederken ya da evliliğin ortadan kalkmasından itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Ayrıca TMK ile kocanın gaipliğine karar verilmesi halinde üç yüz günlük sürenin başlangıcı, ölüm tarihi ya da son haber alma tarihi olarak belirlenmiştir.

Türk Kanunu Medenisinde soybağı düzgün ya da düzgün olmayan soybağı olarak düzenlenmiş, evlilik birliği içinde doğan çocukların soybağı baştan düzgün olarak kabul edilmişti. TMK soybağı konusundaki bu ikili ayrımı ve çocuklar açısından doğabilecek farklı hüküm ve sonuçları kaldırmış, evlilik birliği dışında doğan çocukların tanıma ve babalık davası yolu ile babaya bağlanacağını ve bu bağlanmanın evlilik birliği içinde doğan çocuktan herhangi bir farkı olmadığını düzenlemiştir.

Babalık karinesi aksi ispat edilebilen bir karinedir. Koca bu karineyi çürütebilir yani evlilik devam ederken ya da evliliğin son bulmasından itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun kendisinden olmadığını ispat edebilir. Bu ispat, kocanın çocuk yapma kabiliyetinin tıbben olmadığı, çocuğun ana rahmine düştüğü zaman kendisinin ana ile cinsel ilişkide bulunmasının imkansız olduğu

(koca askerde, hapishanede, hastanede ya da uzak bir memlekette bulunabilir) şeklinde olabilir

aaa- Evlilik Devam Ederken Doğmuş Olma

Evlilik birliği devam ederken doğmuş olan bir çocuğun baba ile soybağı doğum anında kendiliğinden kurulmuş olur. Yani o çocuğun anası doğuran kadın, babası da kadının kocasıdır. Çocuğun evlilik içinde doğmuş sayılması için evlilik sözleşmesinin kurulması yeterli olup belli bir sürenin geçmesi gerekli değildir. Yani, evlilik sözleşmesi sözlü beyan ile kurulduğundan karı-kocanın “Evet” demesinden hemen sonra çocuk doğmuş olsa dahi, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş sayılır³⁴. Yasanın bu varsayımı kabul etmesinin nedeni, kadının evlenmeden önce cinsel ilişki kurduğu kişinin genellikle kocası olmasıdır. Ancak kanun bu gibi durumlarda kocaya soybağını reddetme olanağı tanımıştır. 287.madde bu durumu iki şekilde düzenlemiştir .Çocuk, evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra doğmuşsa karinenin aksini koca ispat etmek zorunda iken, yüz seksen gün içinde doğmuşsa çocuğun babasının koca olduğunu anne ispat etmek zorundadır³⁵.

İngiliz eski kanunlarında evlilik birliği devam ederken doğan çocuğun babasının koca olmadığını iddia ve ispat etmek yasaktı. Gayri meşru çocuklar ana ve babalarının sonradan evlenmeleri ile meşru hale gelirlerdi. Gayri meşruluk belirlenirken ananın hamile kaldığı tarih esas alınmaz, çocuğun doğduğu tarih esas alınırdı³⁶.

³⁴ Dural, Oğuz, Gümüş, **a.g.e**, s.434; Akıntürk, **a.g.e**, s.322, Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e**, s.1050; Oğuzoğlu, **a.g.e**, s.218; Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1993, s.290.

³⁵ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e**, s.1050.

³⁶ Behçet Tahsin Kamay, “Babalığın Araştırılması Problemi”, **AD**, S.2, Y.49, 1958, s.22.

Evlilik sözleşmesinin kurulduğu andan evliliğin kesin mahkeme kararı ile sona erdiği ana kadar ki doğan çocuklar evlilik birliği içinde doğmuş sayılır. Eşlerin bu süre içinde fiilen ya da mahkeme kararıyla ayrı yaşıyor olmaları, kocanın çocuk yapma kabiliyetinin olmaması, ananın başka bir erkekle cinsel ilişkide bulunması, kocanın hamileliği önleyici ilaçlar alması sonucu değiştirmez, doğacak çocuğun babası koca kabul edilir. Ancak bu durumlarda koca, soybağının reddini mahkemeden talep edebilir³⁷.

bbb- Evlilik Birliği İçinde Ana Rahmine Düşmüş Bulunma

Babalık karinesinin kapsamına giren ikinci durum, çocuğun evlilik birliği sona erdikten sonra doğmuş olması ancak bile ana rahmine evlilik birliği içinde iken düşmüş olmasıdır. TKM ve TMK bu durumu, çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuşsa babası kocadır şeklinde düzenlemiştir. Kanunumuz evliliğin sona erme nedenlerini sınırlı olarak saymamıştır. Boşanma, ölüm ya da evliliğin iptali gibi nedenlerle evlilik birliği sona ermişse birliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocukların da babalık karinesinden yararlanacağı hükme bağlanmıştır. Bu üç yüz günlük süre, ölüm halinde ölüm tarihinden, boşanma ve evliliğin iptalinde hükmün kesinleştiği tarihi izleyen günden itibaren başlar³⁸. Alman ve İsviçre Medeni Kanunlarında yapılan değişiklikle babalık karinesinin kapsamı daraltılmıştır. Değişikliğe göre evlilik, kocanın ölümü nedeni ile son bulmuşsa ölüm tarihinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalık karinesinden faydalanabilecekken, evlilik boşanma ya da iptal kararı nedeni ile sona ermişse, kararın kesinleşme

³⁷ Acabey, **a.g.e**, s.11; Hatemi, Serozan, **a.g.e**, s.290.

³⁸ Binatlı, **a.g.e**, s.365; Acabey, **a.g.e**, s.111; Akıntürk, **a.g.e**, s.322.

tarihinden itibaren çocuk üç yüz gün içinde doğmuş olsa bile babalık karinesinden faydalanamayacaktır³⁹.

Tıp ilminin verilerine göre, üç yüz günlük süre azami hamilelik süresidir. Yani ana adayı hamile kaldığı tarihten itibaren üç yüz gün içinde çocuğu doğurmaktadır⁴⁰. Eğer çocuk bu süre içinde doğmamışsa, çocuk ile koca arasında soybağı kurulmuş olmaz. Nitekim TKM m.285/f.2'de bu konu; *“Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür.”* şeklinde düzenlenmiştir. Yani bu durumda babalık karinesi söz konusu olmaz. Ancak, ana evlilik birliği içinde hamile kaldığını, hamileliğin üç yüz günden fazla sürdüğünü bilimsel tahlillerle ortaya koyarsa babalık karinesi canlanabilir⁴¹.

bb- Babalık Karinelerinin Çakışması

aaa- Kadının Bekleme Sürelerine Uymaksızın ve Üç Yüz Günlük Süre İçinde Doğum Yapmış Olması

Önceki evliliği sona eren kadın, her nasılsa Türk Kanunu Medenisinde “iddet müddeti” Türk Medeni Kanununda “bekleme süresi” olarak düzenlenen üç yüz günlük süre geçmeden evlenirse ve bu evlilik birliği içinde çocuk doğarsa, bu çocuğun babası kim olacaktır? Önceki koca mı, yeni koca mı? Türk Kanunu Medenisinin 241. maddesine göre, çocuk evlilik birliği içinde doğduğu için ikinci kocanın babalık karinesinin, evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğduğu için de birinci kocanın babalık karinesinin doğduğu kabul edilmekteydi.

³⁹ Baygın, **a.g.e**, s.259.

⁴⁰ Akıntürk, **a.g.e**, s.322.

⁴¹ Hatemi, Serozan, **a.g.e**, s.290; Akıntürk, **a.g.e**, s.323.

Ancak fiilen ve hukuken bir çocuğun tek babası olacağı için hangi karineye üstünlük tanınacağı tartışmalıydı⁴².

Köprülü, bu konuda kanunumuzda bir boşluk olduğunu ancak doğuma daha yakın ve halen varlığını sürdüren evlilikteki kocanın babalık karinesine üstünlük tanınması gerektiği fikrini savunmaktaydı⁴³. Serozan da aynı fikri savunmakta; “*Yeni her zaman eskiye yeğ tutulur.*” sözü ile bu görüşü desteklemekteydi. Ayrıca Serozan, çocuğun evliliğin kurulmasından itibaren yüz seksen gün içinde doğması halinde dahi yeni kocanın babalık karinesinin geçerli olacağını belirtmekteydi⁴⁴. Fakat Tekinay, bu konuda ikili bir ayırım yapılması gerektiğini ve çocuğun ilk evliliğin sona ermesinden yüz seksen gün içinde ya da yüz seksen günden sonra doğmasına göre babalığın tespit edilmesi gerektiğini savunmaktaydı. Ona göre çocuk, ilk evliliğin sona ermesinden itibaren yüz seksen gün içinde doğmuşsa ilk kocanın babalık karinesi geçerli olmalı, çocuk yüz seksen günden sonra doğmuşsa yeni kocanın babalık karinesi geçerli olmalıydı. Çünkü kadın, kural olarak çocuğu cinsel ilişkiden yüz seksen gün sonra doğuracağı için ikinci evlilikte henüz yüz seksen günlük süre dolmamışsa ikinci kocadan hamile kalması imkansızdı⁴⁵.

Türk Medeni Kanununda sorun 290. maddede açıkça düzenlenerek çözüme kavuşturulmuştur. Buna göre; “*Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır.*” Bu hükme göre kural olarak, ikinci koca ile doğan çocuk arasında babalık karinesi geçerli olacaktır. Ancak çocuğun soybağı ile bağlandığı ikinci koca, soybağını reddederse sona eren evlilikteki koca

⁴² Turgut Akıntürk, **Türk Aile Hukuku**, Ankara, 1996, s.290; Hatemi, Serozan, **a.g.e**, s.91; Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e**, s.1051; Köprülü, **a.g.e**, s.580.

⁴³ Köprülü, **a.g.e**, s.580.

⁴⁴ Hatemi, Serozan, **a.g.e**, s.292.

⁴⁵ Tekinay, **a.g.e**, s.399.

açısından babalık karinesi canlanacak ve çocuk ile birinci koca arasında soybağı kurulacaktır⁴⁶.

bbb- Kadının Evliliğin Sona Ermesinden Sonraki Üç Yüz Gün İçinde İki Doğum Yapması

Kadının evliliğin sona ermesinden sonraki üç yüz gün içinde iki doğum yapması halinde babalık karinesi geçerli olacak mıdır? Gerek eski kanunda, gerekse de yeni kanunda bu konuyla ilgili açık bir hüküm yoktur. Ancak doktrinde hakim olan fikre göre, evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan birinci çocuk açısından babalık karinesi geçerliliğini korumakta, ancak ikinci çocuk açısından karine geçerli olmamaktadır. Çünkü bu durumda çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşmesinin imkansız ve mantıksız olacağı savunulmaktadır⁴⁷.

b- Doğumdan Sonra Evlenme

aa- Şartı

Türk Kanunu Medenisinde “Nesebin Evlenme İle Düzeltilmesi” başlığı altında 247. maddede, yeni kanunda ise 292 vd. maddelerinde, evlilik dışında doğan çocuğun soybağının düzeltilmesi düzenlenmiştir. 292. maddeye göre; *“Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbirleriyle evlenmeleri halinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur”*.

⁴⁶ Dural, Oğuz, Gümüş, **a.g.e.**, s.441.

⁴⁷ Kemal Oğuzman, Mustafa Dural, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1998, s.204; Dural, Oğuz, Gümüş, **a.g.e.**, s.441; Acabey, **a.g.e.**, s.115; Akıntürk, **a.g.e.**, s.325.

Türk Kanunu Medenisi döneminde, evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında doğan çocuklar arasında ayırım yapılmakta ve evlilik dışında doğan çocuklar düzgün soybağına sahip olamamaktaydı. Ancak bazı koşulların gerçekleşmesi halinde çocuğun soybağının düzeleceği kabul edilmekteydi. Bu istisnai durumlar, çocuğun ana babasının birbirleriyle evlenmesi, hakim hükmü ve özel kanunlarla öngörülmüş olan idari yoldan soybağının düzeltilmesiydi⁴⁸.

Türk Medeni Kanunu soybağı konusunda çocuklar arasındaki ayrımı ortadan kaldırmış olduğundan kanunda soybağının düzeltilmesine yer verilmemiştir. Ancak kanun, evlilik dışında doğan çocukların ana babalarının sonradan evlenmelerine bazı hukuki sonuçlar bağlamıştır. 292. maddenin ifadesinden anlaşılabacağı üzere, ana babaları sonradan evlenen çocukların hukuki durumu evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olur.

Çocuğun bu şekilde babası ile soybağının kurulmasının tek koşulu, doğumdan sonra ana babanın birbirleriyle evlenmesidir.

bb- Bildirim

Eşler, evlilik dışında doğan çocuklarını evlenme sırasında ya da evlenmeden sonra yerleşim yerlerindeki ya da evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadırlar. Ancak bu bildirim kurucu değil, bildiricidir. Yani ana babanın nüfus memurluğuna bildirimde bulunmamaları çocuğa evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlerin uygulanmasına ve çocuk ile baba arasında soybağı kurulmasına engel değildir. Soybağı evlilik sözleşmesinin

⁴⁸ Acabey, **a.g.e.**, s.156.

gerçekleşmesiyle kendiliğinden doğmaktadır. Zaten her iki kanun da bu hususu açıkça düzenlemiştir⁴⁹.

Bu şekilde soybağı hükümlerinin uygulanabilmesi, ana babanın birbirleriyle evlenmelerine bağlıdır. Ana babanın başka kişilerle evlenmeleri, evlilik içi soybağı hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. Evlilik birliği nisbi ya da mutlak butlan nedenleriyle geçersiz de olsa evlenmeyle baba ile çocuk arasında soybağı kurulmuş olur. Çocuğun doğumundan sonra ana babanın evlenmesi, bu kişilerin evlilik dışında doğan tüm sağ ve ölmüş çocuklarının baba ile soybağının kurulmasını sağlar⁵⁰.

Acaba bekar bir erkekle evli bir kadının ya da evli bir erkekle bekar bir kadının cinsel ilişkisinden doğan çocukların gerçek baba ile soybağlarının kurulması mümkün müdür? Evli bir kadının kocasından başka bir kişiyle girdiği cinsel ilişki sonucunda meydana getirdiği çocuk, evlilik birliği içinde doğmuş olduğundan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisi kurulur. Çocuk ile gerçek babası arasında soybağı ilişkisinin kurulması, kocanın soybağını reddetmesine, ana ile boşanmasına bağlıdır. Bekar bir kadının evli bir erkekten meydana getirdiği çocuğun baba ile soybağı kurulması erkeğin boşanmasına ve ana ile evlenmesine bağlıdır⁵¹.

Son olarak, evlenmeyle kurulan soybağına itiraz konusunu inceleyelim. Kanunun 294. maddesinde, soybağına itiraz edebilecek kişiler; ana-babanın yasal mirasçıları, çocuk ve cumhuriyet savcısıdır. Çocuk ölmüş ya da ayırt etme gücünü sürekli olarak kaybetmişse, çocuğun altsoyu da itiraz edebilir. Çocuğun ve altsoyunun kurulan soybağına itirazı yeni kanunla getirilmiştir.

⁴⁹ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s.1059; Akıntürk, **a.g.e.**, s.326.

⁵⁰ Dural, Oğuz, Gümüş, **a.g.e.**, s.457.

⁵¹ Binatlı, **a.g.e.**, s.375; Akıntürk: “**1996 Baskı**”, s.306, Berki, **a.g.e.**, s.41.

2- Tanıma

a- Genel Olarak

Tanıma, evlilik dışında meydana gelmiş olan bir çocuğun kendi soyundan geldiğini iddia eden babanın kanunun aradığı şekiller içinde ve belirtilen makamlara beyanda bulunmasıdır⁵².

Tanıma niteliği itibariyle tek taraflı bir hukuki işlemdir ve tanıyan babanın bu husustaki iradesini beyan etmesiyle sonuçlarını doğurur. Bu nedenle baba çocuğu tanıırken gerek çocuğun gerek annesinin gerekse eşinin olurlu almak zorunda değildir. Geçerli bir şekilde yapılan tanıma beyanı ile birlikte çocuk doğum anından itibaren soybağı açısından babasına bağlanmış olur⁵³. Tanıma işlemi yenilik doğuran bir işlem olduğundan bir kez gerçekleştirildikten sonra serbestçe geri alınamaz ve şarta ve vadeye bağlanamaz⁵⁴.

Kural olarak tanımanın her hangi bir süresi yoktur. Çocuk doğmadan önce tanınabileceği gibi doğduktan sonra da tanınabilir.

Tanıma, kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğundan tanımanın baba tarafından bizzat yapılması gerekmektedir. Tanıyacak kişi kısıtlı ya da küçükse kural olarak TMK m.16/1 hükmüne göre, kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan yasal temsilcinin izninin aranmaması gerekmektedir. Ancak TKM m. 295/2’de bu konuda bir istisna getirmiş ve tanıma beyanında bulunan kimsenin küçük ya da kısıtlı olması durumunda yasal temsilcinin iznini şart koşturmuştur. TMK’nın 295. maddesi tanıma hakkını sadece babaya vermiştir. Yani baba ayırt etme gücünden tamamen yoksun olsa ya da

⁵² Ferit Saymen, Halid Elbir, **Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 1960, s.411.

⁵³ Dural,Öğüz,Gümüş, **a.g.e.**, s.462; Akıntürk, **a.g.e.**, s.339.

⁵⁴ Rona Serozan, **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 2005, s.204.

ölse babanın babasının çocuğu tanıma yetkisi yoktur. Bu durumda yapılacak şey annenin ya da çocuğun babalık davası yolu ile soybağıını tespit ettirmeleridir⁵⁵. Babanın tanımayı vasiyetname ile yapabilmesi için MK m.502 uyarınca on beş yaşını doldurmuş olması yani vasiyetname yapma ehliyetini kazanmış olması gerekir.

TMK m.295-son'a göre bir çocuğun tanınması için hiçbir erkek ile arasında soybağı ilişkisinin bulunmaması gerekir. Çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa bu soybağı ilişkisi ortadan kaldırılmadığı müddetçe çocuk tanınmaz. Bunun haricinde bütün çocuklar tanınabilir.

Kanunumuz tanımayı belli şekil şartlarına bağlamıştır. Bu şekil şartlarına uyulmadan yapılan tanıma beyanı geçerli olmaz. TMK m. 295'e göre "*Tanıma, babanın nüfusu memuruna veya mahkemeye ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı beyanla olur.*" Görüldüğü üzere kanun tanımanın dört farklı şekilde yapılacağını düzenlemiştir.

Tanıma beyanını alan nüfus memuru, sulh hakimi, noter ya da vasiyetnameyi açan hakim, tanımayı babanın ya da çocuğun bulunduğu nüfus memurluklarına bildirir. Tanıma beyanı kendisine bildirilen nüfus memuru da tanımayı çocuğa, anasına ya da çocuk vesayet altında ise vesayet makamına bildirir (TMK m.296/1/2).

b- Tanımanın Hükümsüzlüğü

Türk Medeni Kanunu tanımanın butlanını gerektiren hallere değinmemiş, sadece tanımanın iptaline yer vermiştir. Tanımanın esasa ya da şekle ilişkin

⁵⁵ Serozan, a.g.e, s.206; Akıntürk, a.g.e, s.340; Ali İhsan Özüğür, **Türk Medeni Kanununun Değişen Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, Ankara, 2007, s.206.

şartlarından her hangi birinin bulunmaması tanımanın hükümsüzlüğüne neden olmaktadır. Bu kapsamda, tanıma beyanının kanunun öngördüğü şekilde gerçekleşmemesi, tanıyanın ayırt etme gücünden yoksun olması, yasal temsilcinin izninin bulunmaması, tanınan çocuk ile bir başka erkek arasında soybağı ilişkisinin bulunması kesin hükümsüzlük nedenleridir⁵⁶.

Tanımanın kesin hükümsüzlüğü halinde tanıma vasiyetname ile gerçekleşmişse, tanımanın geçersiz olması için vasiyetnamenin iptali davası açılması gerekmektedir. Tanıma nüfus memurluğuna, mahkemeye ya da resmi senetle yazılı olarak yapılan beyanla gerçekleşmiş ise kanunda bu konuda açık hüküm bulunmamasına rağmen BK m.19 ve 20 hükümlerine göre tanımanın kendiliğinden kesin hükümsüzlüğü söz konusu olmayacak, söz konusu işlem bir aile hukuku işlemi olduğu için kesin hükümsüzlüğe mahkeme karar verecektir⁵⁷.

c- Tanımanın İptali

Tanımanın iptalini tarafların hukuki durumlarına göre ikiye ayırarak inceleyebiliriz. Birinci durum, TMK m.297’de belirtilen, tanıyanın yanıltma, aldanma veya korkutma sebeplerine dayanarak tanımanın iptalini talep etmesidir. Söz konusu iptal davası tanıyan tarafından ana ve çocuğa karşı açılmaktadır. İkinci durum ise TMK m.298’de belirtilen ana, çocuk, çocuğun ölümü halinde altsoyu, Cumhuriyet Savcısı, Hazine ve diğer ilgililerin tanımanın iptali için dava açmaları durumudur.

Kanunda diğer ilgililer ile kimlerin kastedildiği belirtilmemiştir. Bu nedenle doktrinde diğer ilgililerin tanıyanın ana babası ile mirasçıları, tanınan çocuğun

⁵⁶ Serozan, **a.g.e**, s.208; Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e**, s. 466; Akıntürk, **a.g.e**, s.345.

⁵⁷ Dural, Öğüz, Gümüş, **a.g.e**, s.467. Bu konuda Serozan a.g.e, s.208 ve Akıntürk a.g.e, s.346’da hükümsüz olan tanıma beyanının hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağını, bu nedenle de mahkeme kararı ile iptali yoluna gidilmesine gerek bulunmadığını ancak bu batıl işleme rağmen çocuk tanıyanın nüfus kaydına yazılmış ise o zaman tanımanın butlanı için tespit davası açılması gerektiğini belirtmektedirler.

gerçek babası, tanımanın iptalinde menfaati olan üçüncü kişiler, tanıma sebebiyle mirasın dışında kalanlar tanımanın iptalini isteyebilirler⁵⁸. Tanıyan aleyhine açılacak tanımanın iptali davasının davalısı tanıyan, tanıyan ölmüşse onun mirasçılarıdır(TMK m.298/2).

Tanımanın iptali davasında ispat yükü ana ve çocuk lehine kolaylaştırılmıştır. TMK m.299/2'e göre, ana ve çocuk tarafından açılan tanımanın iptali davasında onlara ispat yükü düşebilmesi için tanıyan babanın ananın gebe kalma döneminde ana ile cinsel ilişkide bulunduğunu ispatlaması gerekmektedir. Tanıyanın söz konusu dönemde ana ile cinsel ilişki kurduğunu ispat etmesi durumunda ispat yükü ana ve çocuğa dönmektedir.

Ana ve çocuk dışındaki kişilerin tanımanın iptali davası açmaları durumunda ispat yükü MK m.299-1 uyarınca kendilerine aittir. Çocuğun ölümü halinde altsoyu, Cumhuriyet Savcısı, Hazine ve diğer ilgililer tanıyanın baba olmadığını ispat etmek zorundadırlar. Ayrıca tanıyan da hata, hile ya da korkutma sonucu tanımayı gerçekleştirdiğini iddia ederse o da bu olguları ispat etmek durumundadır. Çünkü TMK m.6 uyarınca, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı sürece herkes iddiasını kanıtlamak zorundadır.

Tanımanın iptali davası açmak belli bir süreye bağlanmıştır. Buna göre tanıyanın dava hakkı, iptal sebebinin öğrenildiği ya da korkunun etkisinin kalktığı tarihten itibaren bir yıl ve her halde tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşmektedir(TMK m.300/1). İlgililerin dava hakkı, tanımayı ve tanıyanın baba olmadığını öğrendikleri tarihten başlayarak bir yıl ve tanımanın üzerinden beş yıl geçmekle düşmektedir. Çocuğun dava hakkını ergin olmasından itibaren bir yıl içinde kullanması gerekmektedir(TMK m.300/son). Kanun ayrıca ilgili maddenin son fıkrasında haklı sebep kavramına yer vermiştir. Buna göre, belirtilen süreler

⁵⁸ Tekinay, **a.g.e**, s.536; Belgesay, **a.g.e**, s.272; Akıntürk, **a.g.e**, s.347.

içinde dava açılmaması haklı nedene dayanıyorsa, nedenin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde dava açılabilir.

3- Evlat Edinme

Çocuk ile baba arasında soybağının kurulması yollarından biri de evlat edinmedir. Bu konu ana ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulması yollarında incelendiği için oraya atıf yapmakla yetinilecektir. Çünkü evlat edinme durumunda kanun ana ile baba arasında her hangi bir farklı hükme yer vermemiştir⁵⁹.

4- Yapay Döllenenme

a- Yapay Döllenenme Kavramı ve Yöntemleri

Tıp ve gen teknolojisindeki gelişmeler yapay döllenmedeki gelişmeleri de beraberinde getirmiş ve bu teknikle dünyaya gelen çocukların sayısında son yıllarda hızlı bir artış olmuştur. Bu hızlı artış beraberinde dinsel, etik ve hukuki açıdan da birçok problemi getirmiştir. Bu bölümde yapay döllenme nedeniyle ortaya çıkabilecek soybağı sorunları üzerinde durulacaktır.

Dar anlamda yapay döllenme, normal yoldan hamile kalamayan kadının yumurta kanalına ya da rahmine erkekten alınan spermin tıbbi yollarla şırınga edilmesi ve yumurtanın kadının vücudunda döllendirilmesidir⁶⁰. Geniş anlamda yapay döllenme ise, cinsel ilişki olmaksızın kadının yumurta hücresiyle erkeğin

⁵⁹ bkz. s.12 vd.

⁶⁰ Mustafa Ateş, “Nesep Hukuku Yönünden Sun’i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, YD, C.20, S.3, 1994, s.331; Şahin Akıncı, **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, 1996, s.15; Acabey, a.g.e, s.173.

sperminin yapay ortamda döllenilmesini ifade etmektedir⁶¹. İnsanlar üzerindeki yapay döllenme denemelerin tarihi gelişimine baktığımızda konunun 18. yüzyıla dayandığı görülmektedir. İngiliz John Hunter, bir erkekten aldığı spermleri adamın karısına enjekte ederek ilk olarak 1799 yılında yapay döllenmeyi gerçekleştirmiştir⁶².

Tıp ilmindeki gelişmelere paralel olarak yapay döllenmede kullanılan teknikler beş tanedir. Bunlar;

1- Cinsel ilişki olmaksızın erkekten alınan spermlerin kadının rahmine, döl yoluna aktarılması ve döllenmenin kadının vücudunda gerçekleştirilmesidir. Aslında yapay döllenme kavramı ile anlatılmak istenen budur.

2- Döllenmeye elverişli yumurta ve spermler birlikte kadının rahmine yerleştirilmektedir.

3- Kadına ait yumurta hücresi dış ortamda genellikle bir tüpte –in vitro- erkeğe ait spermlerle döllenilmekte ve döllenilen embriyo kadının rahmine enjekte edilmektedir.

4- Bir kadında dölenen embriyonun rahimde kök salmasına izin verilmeden buradan alınması ve bir başka kadının rahmine yerleştirilmesidir. Bu nakil, çocuk sahibi olmak isteyen kadının yumurta üretememesi ya da yumurta üretmesine rağmen kanallarının tıkalı olması durumunda hücrelerinin döllenmesinin mümkün olmadığı durumlarda uygulanır. Yumurta hücresi ister nakil yapılacak kadına ait olsun ister başkasına ait olsun her iki durumda da yumurta özel bir tüpte erkeğin spermi ile döllenildikten sonra kadının rahmine enjekte edilmektedir. Bu döllenme şekliinden sonra artık bir embriyo olduğu için nakil yumurta nakli değil embriyo naklidir⁶³.

⁶¹ Erol Cihan, **Sosyal ve Hukuki Açıdan Suni İlkah**, İstanbul, 1971, s.18; Öztekin Tosun, ‘‘Ceza Hukuku Bakımından Sun’i İlkah’’, **İHFM**, C.25, S.1-4, 1959, s.107; Haluk Nomer, ‘‘Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri’’, **Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545.

⁶² Erol Cihan, **a.g.e**, s.26; Öztekin Tosun, **a.g.e**, s.107.

⁶³ Akıncı, **a.g.e**, s.19, Nomer, **a.g.e**, s. 545; Acabey, **a.g.e**, s.175.

5- Yumurtalıklarında organik ya da fonksiyonel bir bozukluk olması nedeniyle yumurta üretemeyen bir kadına başka bir kadının yumurtalıklarının aktarılması suretiyle kadına çocuk yapma yeteneği kazandırılmaktadır⁶⁴.

Yapay dölleme yumurta ve sperm hücresi evli olan çiftlerden alınıyorsa buna homolog dölleme denilmektedir. Homolog dölleme hücreler evli çiftlerden alındığı için burada hukuki anlamda bir sorun ortaya çıkmaz⁶⁵. Bu dölleme türüne gidilmesinin nedenleri olarak, eşlerin üreme yetenekleri olmasına rağmen tabi döllemenin imkansız ya da çok güç olması, eşlerin yer olarak birbirlerinden ayrı olmaları gösterilmektedir. Mekan itibarıyla birbirinden uzak olan çiftlerden erkeğin dondurulmuş spermleri dölleme için kullanılmaktadır. Bu yöntem İkinci Dünya Savaşı ve Kore Savaşı zamanında kullanılmıştır⁶⁶. Yapay dölleme kullanılan yumurta ve sperm hücrelerinin evli çiftlere ait olmaması durumunda heterolog dölleme söz konusudur. Bu dölleme çeşidinde kadına, kocası olmayan bir erkeğe ait spermler enjekte edilebileceği gibi kendisine ait olmayan yumurta hücreleri de enjekte edilebilmektedir. Ayrıca kişilere ait hem yumurta hücreleri hem de spermler kullanılamıyorsa ya da kullanılmıyorsa üçüncü kişilere ait sperm, yumurta ve embriyo kullanılması da söz konusu olabilmektedir⁶⁷. Yapay dölleme, çocuk isteyen erkeğin spermleri yerine başka bir erkeğin spermleri kullanılmışsa “sperm bağışından”, çocuk isteyen kadının yerine başka bir kadının yumurtaları kullanılmışsa “yumurta bağışından”, başkalarına ait gerek spermler gerekse yumurta hücreleri kullanılmışsa “embriyo bağışından” söz edilir. Embriyo

⁶⁴ Akıncı, **a.g.e.**, s.20.

⁶⁵ İsmail Aytaç, “Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Bakımından İncelenmesi”, **AD**, Y.93, S.11, Nisan-2002, s.188; Nagehan Kırkbeşoğlu, **Soybağı Alanında Bioetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, 2006, s.44.

⁶⁶ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s.40. Ayrıca Fransa’da gerçekleşen bir olayda baba, reşit olmayan oğlunun kansere yakalanması ve uygulanacak tedavi sonucunda kısırlaşması ihtimalini düşünerek, ileride çocuk sahibi olabilmesi için velayet hakkına dayanarak spermlerinin alınmasını istemiştir. Reşat Atabek, “Yapay Dölleme”, **İBD**, 1985, 3, s.616.

⁶⁷ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s. 44, Aytaç, **a.g.e.**, s.189-190. Doktrinde Cihan, homolog ve heterolog döllemeyi, türdeş suni ilkah ve türdeş olmayan suni ilkah olarak adlandırmaktadır. **a.g.e.**, s.20.

bağışında, doğumdan önce evlat edinme durumu söz konusudur. Ayrıca, erkeğin hayatta iken alınan dondurulmuş spermleri onun ölümünden sonra dul karısına ya da başka bir kadına enjekte edilebileceği gibi farklı erkeklere ait spermlerin karıştırılarak kadına enjekte edilmesi de mümkündür⁶⁸. Heterolog yapay dölleme soybağı konusunda karışıklıklara neden olmakta, çocuğun hangi ana-babaya bağlanacağı önem arz etmektedir. Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde heterolog dölleme çeşitlerine ve bunların soybağı alanında ortaya çıkardığı hukuki sorunlara değinilecektir.

b- Yapay Döllemenin Hukukta Düzenleniş Biçimi

Ülkemizde yapay döllemeye ilişkin herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Konu ilk defa Sağlık Bakanlığı tarafından 21.08.1987 tarihinde 19551 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan “İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği”nde düzenlenmiş olup, söz konusu yönetmeliğin adı 19.11.1996 tarihli ve 22822 sayılı Resmi Gazete ile “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği” olarak değiştirilmiştir⁶⁹. İlgili yönetmelikte yapay dölleme yöntemlerine ayrıntılı şekilde yer verilmemiştir.

Yönetmeliğin amacını belirleyen birinci maddede, çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden bahsedilmektedir. Ayrıca 4. maddenin f fıkrasına göre, üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile; ” *Anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllemesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar*, anlatılmak istenmiştir. Söz konusu maddelerden anlaşılacağı üzere, yönetmelik sadece birbiri ile evli olan çiftlere

⁶⁸ Ateş, **a.g.e**, s.333; Acabey, **a.g.e**, s.177; Kırkbeşoğlu, **a.g.e**, s.44.

⁶⁹ Söz konusu yönetmelik 11.01.1998 tarihli ve 23227 Sayılı ve 28.01.1998 tarihli ve 232444 Sayılı Resmi Gazeteler ile iki defa değişikliğe uğramıştır.

ait yumurta ve sperm nakline izin vermiş, eşler dışındaki kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılmasını yasaklamıştır. Yani yönetmelik sadece homolog döllenmeye izin vermiş, bunun da spermilerin nakli ile ya da üreme hücrelerinin vücut dışında döllendirilmesi şeklinde olabileceğini belirtmiştir.

Yönetmeliğin 17. maddesi “Yasaklar” başlığı altında, evli çiftlerden alınan yumurta ve spermiler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılmasını ve uygulanmasını yasaklamıştır. Ayrıca söz konusu madde, üreme hücrelerinin saklanmasına ancak zorunluluk durumunda izin vermiş ve saklanan hücrelerin evlilik dışında ve başka kişiler için kullanılamayacağını belirtmiştir. Embriyo transferinde üst sınır üç olarak belirlenmiş, eşlerin her ikisinin de izni alınarak embriyoların beş yılı geçmemek şartıyla aynı adaylarda kullanılmak üzere saklanabileceği belirtilmiştir. Bu sürenin sonunda veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde, bu süreden önce saklanan embriyoların derhal imha edileceği belirtilmiştir.

Yönetmelik sadece homolog döllenmeye izin verdiği için doğacak çocukların soybağı konusunda herhangi bir problem çıkmamaktadır. Ancak kişiler belirtilen döllenme yöntemi dışındaki yöntemlerle çocuk sahibi olmak istediklerinde doğacak çocukların kime bağlanacağı konusunda yönetmelikte herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yani sperm bağı, yumurta bağı, embriyo nakli ve taşıyıcı annelik durumları ülkemizde yasaktır. Taraflar, çocuk sahibi olma isteklerini bu konuların daha serbestçe düzenlendiği ülkelerde gerçekleştirip ülkemize döndüklerinde soybağı konusu nasıl çözüm bulacaktır? 08.07.2005 tarihinde yönetmelikte yapılan değişiklikle, sadece ilgili merkezlerin yönetmeliğe aykırı nakil yapmaları durumunda ruhsatlarının iptal edileceği düzenlenmiş, söz konusu yasaklara uymayanlar hakkında herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.

c- Yapay Döllenme Yöntemlerinin Kullanılması Sonucunda Ortaya Çıkabilecek Soybağı Sorunları

aa- Eşlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumunda Çıkabilecek Soybağı Sorunları

Evli kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılması sonucunda dünyaya gelen çocukların hukuki durumları ile doğal yoldan dünyaya gelen çocukların hukuki durumları arasında herhangi bir fark yoktur. Yapay döllenme sonucu meydana gelen çocuk evlilik devam ederken ya da evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğarsa çocuğun babası kocadır. Her ne kadar söz konusu babalık karinesinin temelini TMK m. 288/1 ve 302 cinsel ilişki olarak görmekte ise de bilimsel gelişmeler doğrultusunda bunu döllenme olarak algılamak gerekir⁷⁰. Yapay döllenme sonucu doğan çocuğun soybağının belirlenmesinde evlilik içi soybağı durumu söz konusudur.

Doğal döllenme durumunda cinsel ilişkinin rıza ya da rıza dışı olup olmaması soybağı konusunda nasıl belirleyici değilse yapay döllenmede de kocadan alınan spermlerin onun rızası dışında kullanılmış olması çocuğun soybağını değiştirmez, koca soybağını reddedemez. Aksi düşünce ayırt etme gücüne sahip olmayan kişilere ve tecavüze uğrayan kadınlara da soybağını reddetme imkanı vermektedir. Soybağı için kan bağı gerekli ve yeterli olduğundan kocanın bilgisi ve isteği aranmaz⁷¹.

Homolog döllenmede kocadan alınan spermlerin onun ölümünden sonra kullanılması durumunda sorunlar ortaya çıkmaktadır. Tıp ilmindeki gelişmeler ile birlikte erkekten alınan spermler dondurulmakta ve daha sonra kadının rahmine

⁷⁰ Serozan, a.g.e, s.182; Kırkbeşoğlu'da bu konuda TMK m.285'de belirtilen babalık karinesinin temelini cinsel ilişki olmadığını, kocalık olduğunu belirtmektedir. a.g.e, s.48, Ateş, a.g.e, s.333.

⁷¹ Aytaç, a.g.e, s.189; Kırkbeşoğlu, a.g.e, s.49; Serozan, a.g.e, s.182, Nomer, a.g.e, s.579.

enjekte edilmektedir. Böyle bir durumda ölen kocayı çocuğun babası olarak kabul edebilir miyiz? Fransız Mahkemesi, 01.08.1983 tarihinde ilginç bir karar vermiştir. Bir genç, kanser hastası olması nedeniyle uygulanacak tedavi neticesinde kısırlaşması ihtimalini düşünerek spermlerinin alınmasını sağlamış ve evlenmesini izleyen 48 saat sonra da ölmüştür. Bunun üzerine annesi, babası ve eşi spermleri almak için onları muhafaza eden kuruma müracaat etmiş, ancak kurumun cevabı olumsuz olmuştur. Bu nedenle taraflar, mahkemeye spermlerin kendilerine verilmesi için dava açmışlar ve mahkeme de olumlu cevap vermiş; ancak spermlerin kullanılarak doğacak olan çocuğun hukuki durumu hakkında bir mütalaa bildirmemiştir⁷². Ülkemizde her ne kadar söz konusu durum Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin 17 maddesinin 2 fıkrasında, dondurulmuş embriyoların eşlerden birinin ölümü halinde derhal imha edileceği şeklinde düzenlenmiş ise de, sağ kalan eş bu kurala uymayarak döllenme yoluna giderse durum ne olacaktır?

Kocanın ölümünden önce kendisinden alınan spermler ölümünden sonra döllendirilip ana rahmine yerleştirilmişse doğacak olan çocuk TMK m.285/f.1'de belirtilen babalık karinesinden faydalanabilir mi? Doktrinde hakim olan görüşe göre, bu şekilde dünyaya gelen çocuk, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde dünyaya gelmişse babalık karinesinden faydalanabilir. Doğum olayı evliliğin bitmesinden 300 gün sonra gerçekleşirse doğacak olan çocuk ile babası arasında soybağı kurulamaz, babalık karinesi geçerli değildir⁷³. Aksi görüşü savunanlara göre, babanın çocuğu tanıyabilmesi için çocuğun en azından ana rahmine düşmesi gerekmektedir. Çünkü ölen kişinin ölüm olayı ile birlikte kişiliği ve buna bağlı olarak kişilik hakları üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan

⁷² Atabek, **a.g.e.**, s.616. Fransa daha sonra 1994 yılında çıkardığı bir yasa ile eşlerden birinin ölümü halinde yapay döllenmeyi tamamen yasaklamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.50.

⁷³ Aytaç, **a.g.e.**, s.189; Akıncı, **a.g.e.**, s.235; Acabey, **a.g.e.**, Mehmet Beşir. s. 186.

kalkacağından ölümünden sonra spermlerinin kullanılması sonucunda doğacak çocuğun babası olmayacaktır⁷⁴.

Kanaatimizce, böyle bir durumda çocuk yararı üstün tutulmalıdır. Kanunun sisteminde soybağı ilişkisinin kurulması kan bağına bağlandığından çocuğu babalık karinesinden faydalandırmamak Anayasanın 41. maddesine ve Çocuk Hakları Sözleşmesine aykırıdır. Anayasa ilgili maddesinde çocuğun korunmasında devlete sorumluluk yüklemiş, sözleşmenin 3. maddesinin 1 bendinde de kurumlara çocukları ilgilendiren durumlarda onların yararının üstün tutulması gerektiği direktifini vermiştir. Çocuk yararı kavramı sınırları belli bir kavram olmayıp esnek bir kavram olduğundan uygulayıcılar ve düşünürler tarafından yorumlanırken çocuğun menfaatleri düşünülmelidir.

Özellik arz eden bir diğer durum ise, yapay döllenmenin kocanın ölümünden önce gerçekleşmesine rağmen embriyonun ana rahmine kocanın ölümünden sonra belki de çok uzun bir süre sonra yerleştirilmesidir. Bu durumda babalık karinesi için geçerli olan 300 günlük sürenin geçmesi durumunda çocuğun aslında evlilik birliği ürünü olduğu ileri sürülebilir mi? TMK m.285/2'e göre, 300 günlük sürenin geçmesinden sonra doğan çocuğun kocaya bağlanabilmesi için ananın evlilik birliği sırasında gebe kaldığını ispat etmesi gerekir. Maddenin kavramsal yorumundan hareket edersek koca ölmeden önce döllenmiş ancak öldükten sonra ana rahmine yerleştirilen embriyonun annesi evlilik birliğinde gebe kalmadığı için babalık karinesinden yararlanamaz.

Doktrinde NOMER'de bu fikirden hareketle, yapay döllenmede çocuğun evlilik birliği içinde sayılabilmesi için gerek döllenmenin gerekse döllenmiş embriyonun evlilik sona ermeden önce ana rahmine yerleştirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ona göre, döllenmiş yumurtanın ana rahmine konulmadığı sürece akıbeti belli değildir. Çocuğun kişiliği MK m.28-2'e göre, sağ ve tam

⁷⁴Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, a.g.e, s.580.

doğmak şartıyla ana rahmine düştüğü andan itibaren işlemeye başlar. O nedenle de döllenmiş yumurta, evliliğin sona ermesinden önce ana rahmine konulmadığı müddetçe doğacak çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulamaz⁷⁵.

ACABEY ise bu durumu ikiye ayırarak incelemektedir. Embriyonun dondurulup daha sonra ana rahmine yerleştirilmesi durumu ve embriyonun yaklaşık iki haftalık bir sürede ana rahmine yerleştirilmesi durumu. Yapay döllenmede dondurulmamış embriyonun yaklaşık 14 günlük bir sürede ana rahmine yerleştirilmesi gerekmektedir. Yapay döllenmede yumurta döllendikten sonra ancak ana rahmine yerleştirilmeden önce 14 günlük süre içinde koca ölürse çocuk evlilik birliği dışında doğmuş sayılacak, ancak koca ölmeden önce örneğin 16. günde embriyo ana rahmine yerleştirilecek olursa çocuk evlilik birliği içinde doğmuş sayılacaktır. Ona göre çocuğun soybağının belirlenmesini bu kadar tesadüfe bırakmak çocuk yararı ile bağdaşmaz. Çocuk her ne kadar koca öldükten sonra ana rahmine yerleştirilmişse de eğer 300 günlük süre içinde doğarsa evlilik birliği içinde döllendiği kabul edilmelidir. Çocuk, her ne kadar 300 günlük sürenin dışında doğmuşsa da evlilik birliği sürecince dış ortamda döllendiği ve normal süresi içinde ana rahmine yerleştirildiği ispat edilirse koca öldükten sonra gebelik gerçekleşmişse de doğacak olan çocuk babalık karinesinin kapsamına girer.⁷⁶

KIRKBEŞOĞLU, TMK’da belirtilen “*gebe kalma*” kavramının dar yorumlanmaması gerektiğini; bu kavramın normal yollardan döllenerek oluşan ceninin ana rahmine yerleştiği ilk an olarak anlamının yapay döllenme ile oluşturulan embriyoların akıbetinin belirlenmesini zorlaştıracak olduğunu belirtmiştir. Ona göre döllenme, ister rahimde isterse tüpte olsun kadın ile erkek üreme hücrelerinin karşılaşmasından 24 saat sonra gerçekleşir. Bu andan itibaren

⁷⁵ NÖMER, Haluk. s. 581.

⁷⁶ Acabey, **a.g.e.**, s.189-190.

gebelik ile birlikte kişilik süreci de başlamaktadır. Ancak ceninin sağ ve tam doğması şartının burada da aranması gerektiği; ceninin ana rahmine yerleştirilmeden önce hukuki bir varlık olmadığı unutulmamalıdır. Buradan hareketle, babalık karinesinin tespitinde döllenme anı esas alınması gerektiğinden 14 günlük süre içinde döllenmiş yumurtanın rahme yerleştirip yerleştirilmediğinin önemi yoktur⁷⁷.

bb- Evli Olmayanlara Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumunda Çıkabilecek Sorunlar

Evlilik dışı yapay döllenmede çeşitli ihtimaller söz konusu olabilmektedir. Bunlar; evli bir kadına ait yumurta hücresi ile kocası dışındaki üçüncü bir erkeğe ait sperm hücrelerinin enjekte edilmesi suretiyle yapılan yapay döllenme, evli erkeğe ait spermlerin karısı olmayan bir üçüncü kişinin yumurtası ile döllendirilmesi ve döllen embriyonun erkeğin eşine enjekte edilmesi ya da yumurta sahibi kadına enjekte edilmesi, evli çiftin her ikisine de ait olmayan yumurta ve spermlerin döllendirilmesi ve döllen embriyonun evli kadına ya da yumurtanın sahibi olan kadına ya da üçüncü bir kadına enjekte edilmesi, koca ve kocanın haricindeki erkeklere ait spermlerin karıştırılıp kadına enjekte edilmesi şeklindeki yapay döllenmeler gibi.

Yukarıda sayılan ve daha fazla da sayılabilecek olan yapay döllenme çeşitleri hukuki bakımdan birçok soybağı sorununa neden olmaktadır. Bu kısımda, uygulanan yapay döllenme çeşitleri sonucunda ortaya çıkabilecek babalık problemleri incelenecek, çocuk ile anne arasındaki soybağı problemlerine değinilmeyecektir.

⁷⁷ Kırkbeşoğlu, a.g.e, s.53-54.

aaa- Evli Çifte Sperm Bağışı

Evli çifte sperm bağışında evli kadına ait yumurta hücresi kocası olmayan bir erkeğin spermeleri ile yapay olarak döllenirilmekte ve kadına enjekte edilmektedir.

Türk hukukunda Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinin “*Hasta Seçim Kriterleri*”ne ilişkin iki numaralı ekinde yapay döllenme uygulanacak adayların kimler olabileceği belirtilmiştir. Buna göre; adayların evli çift olması, sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması, evli çiftlerin başka şekilde çocuk sahibi olamayacaklarını belgelendirmiş olmaları gerekmektedir. Yönetmelik açık şekilde evli çiftlerin başkalarına ait üreme hücrelerini kullanarak çocuk sahibi olmalarını yasaklamıştır. Ancak söz konusu yasaklayıcı hükme rağmen evli kadın kocasının dışında başka bir erkeğin spermiyle yapay yoldan döllenirse doğacak çocuğun babası kim olacaktır?

Türk Medeni Kanuna göre; her ne kadar kadın, kocanın spermeleri dışında bir üçüncü kişinin spermeleriyle döllenmiş olsa da çocuk evlilik birliği içinde anne karnına düştüğü için doğacak çocuğun babası kocadır⁷⁸. Ancak koca bu soybağını reddedebilir mi? Alman Medeni Kanunu'na göre, anne ve babanın birlikte rızası sonucunda kadın üçüncü bir erkeğin spermeleri ile döllenmiş ve çocuk sahibi olmuşsa gerek baba gerekse anne soybağının reddini talep edemez. Bu durumda soybağının reddini talep yetkisi sadece çocuğa bırakılmıştır. Benzer uygulama İsviçre Medeni Kanununda da kabul edilmiştir⁷⁹. Ayrıca Macar Aile Kanunu, Portekiz Medeni Kanunu, Bulgar Aile Karamamesi ve Güney Afrika'da, evli çiftin başvurusu üzerine kocanın dışında bir üçüncü

⁷⁸ Akıncı, bu durumda kocanın çocuğun soybağını reddedebileceğini belirtmekte ancak durumu kocanın rızası bakımından değerlendirmemektedir. a.g.e, s.235. Ayrıca Ateş de benzer görüşü savunarak kocanın çocuğun kendi ilişkisi sonucunda olmadığını ispat ederek baba olgusunu ortadan kaldırdığını belirtmektedir. a.g.e, s.335.

⁷⁹ Acabey, a.g.e, s.194; Serozan, a.g.e, s.184.

kişinin spermeleri kullanılarak çocuk sahibi olunmuşsa doğan çocuğun o ailenin çocuğu sayılacağı kabul edilmektedir⁸⁰.

Konu Türk doktrinde de tartışmalıdır. Evli kadına kocası dışındaki bir erkeğin spermeleri aşılandığında doğacak olan çocuk ile koca arasında soybağı ilişkisi kurulur. Ancak, kocanın kurulan bu soybağı ilişkisini reddetme hakkı vardır. Koca, karısı ile girmiş olduğu cinsel ilişki sonucunda bu çocuğun olmadığını ya da karısına başka bir erkekten sperm nakli yapıldığını ispat ederek reddedebilir. Bu durumda çocuk hukuken babasız kalacaktır⁸¹.

Doktrinde bir kısım yazarlar konuyu kocanın rızası olup olmamasına göre ikiye ayırarak incelemektedirler. Sperm nakli olayında kocanın, sperm vericisinin ve doktorun rolü büyüktür ve bu nedenle doğacak olan çocuk üzerinde çeşitli açılardan hak sahibidirler. Nakle izin veren koca, çocuk sahibi olmak isteğinden dolayı çocuğun moral, sosyal babası iken sperm vericisi çocuğun biyolojik babası, doktor ise söz konusu nakil olayını tıbben gerçekleştirdiği için alet babasıdır⁸². Sperm nakli kocanın rızası dahilinde gerçekleşmiş ise daha sonra doğacak olan çocuğun soybağını reddedemez. Çünkü baştan bu duruma bilerek onayını veren koca, karısında doğacak olan çocuğun soybağını reddetmeyeceği konusunda güven uyandırmış ve karısı da bu güvene inanarak kendisine sperm nakli yapılmasını kabul etmiştir. Daha sonra kocanın bu durumdan cayması hakkın kötüye kullanılmasıdır. Ayrıca bu durum önceden evlat edinme ve tanımaya benzer. Evlat edinen kişinin daha sonradan evlatlığı reddetme hakkı bulunmadığı gibi çocuğunu tanıyıp, onu kabullenen kimse de tanımanın iptali nedenleri hariç daha sonra bu iradesinden dönemez. Birbirine benzer olan bu durumlara farklı sonuçlar bağlamak isabetsizlik olacaktır⁸³. Nasıl ki anne, sperm vericisi ve kocanın ortak görüşleri sonucunda sperm nakli gerçekleşmiş

⁸⁰ Nomer, **a.g.e.**, s.587.

⁸¹ Ateş, **a.g.e.**, s.335; Akıncı, **a.g.e.**, s.235.

⁸² Cihan, **a.g.e.**, s.49.

⁸³ Acabey, **a.g.e.**, s.195; Serozan, **a.g.e.**, s.183; Aytaç, **a.g.e.**, s.190; Akıntürk, **a.g.e.**, s.337.

ise kocanın doğacak olan çocuğun soybağını tek yanlı olarak reddi sonuç doğurmamalıdır.

Doktrinde bir kısım yazarlar, heterolog döllenmenin anayasa teminatı altında bulunan insan haysiyetine ve aileyi koruyucu hükümlere, ayrıca ahlaki duygulara ve dini anlayışa aykırı olduğunu belirtmektedirler. Bu nedenle yapılan sözleşmeler, her şeyden önce konusunun ahlaka aykırı olması nedeniyle BK m.20 uyarınca geçersizdir⁸⁴.

Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, söz konusu durumu baştan BK m.20 çerçevesinde düşünerek yapılan sözleşmeyi geçersiz saymak kolay yolu seçmek anlamına gelebilir. Anayasa'nın 41. maddesi aileyi Türk toplumunun temeli olarak belirledikten sonra, devlete ailenin huzur ve refahını koruma, özellikle anne ile çocuğun korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alma ve teşkilatı kurma görevlerini yüklemiştir. Gelişen tıp ilmiyle birlikte yapay döllenme ailelerin çocuk sahibi olabilmeleri için umut ışığı olmuş ve birçok ülkede bu durum yasal mevzuatla düzenlenmiştir. Ülkemizde bu konuya gerekli hassasiyet gösterilmemiş; sadece yönetmelik düzeyinde konu ele alınmıştır. Yönetmelikte de sadece eşler arasındaki nakil olayına izin verilmiş; ancak buna aykırı davranılması durumunda yaptırımın ne olacağı ve doğacak çocuğun soybağının nasıl belirleneceği cevapsız bırakılmıştır. Bu nedenle devletin anayasa ile kendisine yüklenen görev doğrultusunda yapay döllenme konusunu kanun düzeyinde düzenlemesi gerekmektedir. Bu düzenlemeyi yaparken de Türk toplumunun aile değerleri ile ahlak anlayışını göz önünde bulundurmalıdır. Ancak bu noktada hukukun toplumu ileriye taşıma fikri ve çağın gereklerine uygun kanun yapma tekniği gözden kaçırılmamalıdır.

Ailenin sürekliliği esas alındığında çocuk yapma kabiliyeti olmayan erkek ve onun karısı çocuk özlemi duyuyorsa ve karısı da eşinden ayrılmak istemiyorsa

⁸⁴ Ayan, **a.g.e.**, s.42; Ateş, **a.g.e.**, s.334; Aytaç, **a.g.e.**, s.190; Akıntürk, **a.g.e.**, s.337.

bunun içinde üçüncü bir erkeğin spermli kullanılarak gebelik gerçekleştirilmişse bunu baştan ahlaka aykırı saymak adaletsizlik olur⁸⁵. Her ne kadar çocuk sahibi olmak isteyen eşler evlat edinebilseler de kadını hamilelik duygusundan ve kendi çocuğundan mahrum etmek, anayasanın anayı koruyucu hükmü ile bağdaşmaz. Gelişen tıp ilmi hamilelik zamanında çocuğun anne ve babasının seslerini algılayabileceğini ve dokunuşlarını hissedebileceğini ortaya koyduğundan bu üçlü arasında gelişebilecek olan etkileşimi ortadan kaldırmak düşünülemez.

Doktrinde bu durumun kabul edilmemesinin bir nedeni olarak da cinsel ahlak gösterilmekte ve kadına üçüncü bir kişiden sperm nakli uygulandığında kadının zina yapmış olduğu ve zinaya dayalı boşanma davası açılabilirliği belirtilmektedir⁸⁶. Zina, genel olarak eşlerden birinin evlilik birliği devam ederken isteyerek farklı bir insanla cinsel ilişkide bulunmasıdır. Cinsel ilişkinin söz konusu olabilmesi için evli eş ile üçüncü kişinin cinsel organlarının birleşmesi gerekmektedir⁸⁷. Halbuki sperm naklinde karı ile sperm vericisi arasında bu şekil bir birleşme söz konusu değildir.⁸⁸ TMK m.161'e göre, zina yapan eşi diğer eş öğrenip affettiği takdirde boşanma davası açma hakkı düşer. Genel kaniye göre, kanunda belirtilen rızanın zina fiilinin gerçekleşmesinden sonra verilmesi gerekir. Zinaya eşlerden birinin baştan onay vermesi ahlaka aykırı bir durum yaratacağından af kapsamında değerlendirilmemesi gerekmekte ve boşanma davası açılabilirliği gerekmektedir⁸⁹. Kanaatimizce, bir an için aksi düşünce ile sperm naklini zina olarak düşünssek dahi eşin bunu baştan rızasını göstererek kabul etmesi MK m.161'e göre boşanma davası açmasını engeller. Çünkü zinayı düzenleyen ilgili maddede affeden eşin boşanma davası açamayacağı

⁸⁵ Nomer, **a.g.e.**, s.587.

⁸⁶ **Akıntürk**, a.g.e, s.337.

⁸⁷ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s.104.

⁸⁸ Cihan, **a.g.e.**, s. 66.

⁸⁹ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s.106; Akıntürk, **a.g.e.**, s.238.

belirtilmiştir. Kocanın ilk önce karısına bu yönde olur verdikten sonra buna dayalı boşanma davası açması hakkın kötüye kullanımı olduğu için korunmaz⁹⁰.

Heterolog döllenmeye rıza gösteren kocanın iradesinin fesada uğramaması gerekir. Yani koca iradesini açıklarken hata, hile, ikrah ve latife beyanına maruz kalmamalıdır⁹¹. Ancak koca ve karısı sperm vericisinin kişiliği konusunda hataya uğramış, üçüncü bir kişinin iradi hareketi sonucunda ya da yanlışlıkla kariya farklı bir erkekten sperm nakli yapılmışsa doğacak olan çocuğun soybağını kocanın reddedememesi gerekir. Çünkü yapay döllenmeye baştan rıza veren kocanın bunun sonuçlarına katlanması ve çocuk yararının ön planda tutulması gerekmektedir⁹². Ancak bu durumda kocanın ve karının tazminat davası açma hakları saklıdır.

Heterolog döllenmede erkekten kadına sperm nakli söz konusu olduğundan bu durum esasında bir doku nakli olarak nitelendirilebilir. 2238 sayılı “Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun”un m.2/f.1’e göre, “.....*organ ve doku deyiminden, insan organizmasını oluşturan her türlü organ ve doku ile bunların parçaları anlaşılır.*” Madde her ne kadar kanunun kapsamını belirtmişse de organ ve doku kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine değinmemiştir. Organ, canlı bir vücudun dokulardan oluşan ve vücutta belirli bir görevi yapan, sınırları kesin olarak tespit edilmiş kısımlarıdır. Mide, dalak, bağırsak, rahim gibi. Buna karşın doku ise, yapı ve fonksiyon itibarıyla birbirine benzeyen ve anatomik olarak bütünlük gösteren hücrelerdir. Kemik iliği, kıkırdak, sinir, kas dokusu ve sperm⁹³.

Sperm nakli de bir doku nakli olduğundan 2238 sayılı kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu kanunun 2. bölümünde “Yaşayan

⁹⁰ Serozan, **a.g.e**, s.184.

⁹¹ Cihan, **a.g.e**, s.50, Serozan, **a.g.e**, s.184.

⁹² Nomer, **a.g.e**, s.590.

⁹³ Akıncı, **a.g.e**, s.10; Ahmet Taşkın , s.1.

Kişilerden Organ ve Doku Alınması” düzenlenmiş, 6. maddede organ ya da doku vericisinin muvafakatinin nasıl verileceği belirtilmiştir. Buna göre, *”Onsekiz yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olan bir kişiden organ ve doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanması zorunludur”*. Görüldüğü üzere sperm naklinde, sperm vericisinin iradesinin bilinçli, açık ve tesirden uzak olması ve nakil için yazılı rıza beyanı gerekmektedir. Kendisinden organ ya da doku alınacak kişinin rızasının aranmasının temelini Medeni Kanunun 24. ve 25. maddelerinde düzenlenen kişiliğin korunması ilkesi oluşturmaktadır. Vericinin geçerli bir rızası mevcut olmadan kendisinden organ alınması, bu kişinin beden bütünlüğü üzerindeki kişilik hakkının açık bir ihlalidir. 4721 sayılı kanunun 23. maddesine göre de *”Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz.”* Böylelikle organ ya da doku vericisinin tazminat tehdidi altında kalarak fiili gerçekleştirmek zorunda kalması önlenmek istenmiştir

Bu maddelerin konuluş amacı, sperm vericisinin her türlü etkiden uzak kalarak özgür iradesi ile nakil olayına olur vermesidir. Sperm vericisi ile alıcısı kadın arasındaki sözleşmenin yazılı olması gerekirken, kocanın sperm nakline olur vermesi herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamıştır. Söz konusu sözleşmenin sonuçları dikkate alındığında kocanın sperm nakline rıza gösterdiğini açık, yazılı olmasa da zımni hareketlerle belirtmesi gerekir. Bu rızanın vericiye, eşe ya da nakli gerçekleştirecek doktordan herhangi birine gösterilmesi yeterlidir⁹⁴. Örneğin, kocanın gebe kalan karısını, çocuğun gelişim seyirlerini öğrenmek için doktora götürmesi, çocuk odası ve bebek malzemeleri

⁹⁴ Nomer, a.g.e, s.586.

alması, gebelik durumunu yakınlarına bildirmesi gibi olaylar kocanın rıza beyanını gösteren emarelerdir.

Ayrıca tarafların, nakli gerçekleştirecek doktor tarafından iyi aydınlatılmış olması ve bunun sonucunda rızalarını beyan etmeleri gerekmektedir. Aydınlatma, hastaya uygulanacak tedavi yöntemi hakkında bilgi verilmesidir. Bu bilgi verme, yapılacak tıbbi müdahalenin türü, şekli, kapsamı ve sonuçları üzerinde hastanın önceden aydınlatılmasıdır. Zira yeterince bilgi sahibi olan hastanın iradesinden bahsedilebilir. Hastanın bu şekilde oluşmuş iradesi sonucunda vereceği rıza beden bütünlüğüne yapılacak müdahaleyi hukuka uygun hale getirir⁹⁵. Nitekim organ nakli kanununun 7. maddesinin a bendi hekimi, vericiyi uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek yükümlülüğü ile yüklemiştir. Ayrıca ilgili maddenin d bendi vericinin evli olması halinde birlikte yaşadığı eşine haber verme ve bunu bir tutanakla tespit etme yükümlülüğü yüklemiştir. Konumuz açısından durumu değerlendirdiğimizde, sperm vericisinin doktor tarafından bilgilendirilmesinin sınırları geniş tutularak bilgilendirmenin sadece sağlık açısından değil psikolojik, sosyal ve ailevi açıdan da ele alınması öngörülmüştür. Ayrıca sperm vericisinin evli olması halinde yaşadığı eşine bilgi verme yükümlülüğü de yüklenmiştir.

Her ne kadar ilgili kanunda sadece vericiyi bilgilendirme ve onun eşine haber verme yükümlülüğü yüklenmişse de sperm alıcısı ve kocasını farklı muameleye tabi tutmak adaletsizliktir. Anayasa m.17/2’de, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Burada sperm alıcısının vücuduna da tıbbi bir müdahale gerçekleştirileceğinden ve

⁹⁵ Mehmet Ayan, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991, s.71.

sonucunda vücut dokunulmazlığı ihlal edileceğinden, bu ihlalin ortadan kalkması için alıcının rızası şart olup, bunun için de alıcının müdahale konusunda bilgilendirilmesi gerekir⁹⁶.

Doktrinde bazı görüşler kocanın sperm nakline rıza göstermesinin onun soybağını reddetme hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmektedir. Çünkü soybağının reddi kişilik hakkı olduğundan bu haktan önceden vazgeçme geçersizdir. Bu durumda koca, çocuğa sadece ergin oluncaya kadar nafaka ödemekle yükümlüdür.⁹⁷ Her ne kadar Anayasa'nın 12. maddesinde herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez haklara sahip olduğu ve MK m.23/2'de de kimsenin özgürlüklerden vazgeçemeyeceği ve onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlandıramayacağı belirtilse de konumuz açısından maddede belirtilen durumlar söz konusu değildir. Bu yasaklamaların getiriliş amacı, kişinin karar verme özgürlüğünü hukuki işlem ile önceden sınırlandırmasını önlemektir⁹⁸. Ancak, sperm nakline rıza göstererek baba olmayı düşünen kocanın bu rızasını kişilik hakkından vazgeçme olarak düşünemeyiz. Çünkü her ne kadar kocanın çocuk sahibi olmama özgürlüğü var ise de bu özgürlüğünü çocuk sahibi olma yönünde kullandıktan sonra bundan tek taraflı olarak vazgeçmesi düşünülemez. Çocuk Hakları Sözleşmesi m.3/b.1 kurumlara çocuğun yararını üstün tutma yükümlülüğü yüklerken, Anayasa m.41/2 de çocuğun korunması fikrine öncelik tanımıştır. Ayrıca MK m.24/2'ye göre, kişilik hakkı zedelenen kişinin zararına karşı üstün bir özel yarar varsa bu üstün yarara öncelik tanınır⁹⁹.

⁹⁶ Doktrinde Faruk EREM “bebek nakli organ nakli değildir.” diyerek yapay dölleme yolu ile nakledilen yumurtalık ve sperm hücrelerinin organ olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Faruk Erem, “Organ Nakli Hakkında Kanun”, **YD**, C.5, 1979, S.4, s.78; Zevkliler, yalnızca yumurtalık naklinin organ nakli olarak değerlendirilebileceğini belirtmektedir. Zevkliler, **a.g.e**, s.436.

⁹⁷ Kırkbeşoğlu, **a.g.e**, s.64.

⁹⁸ Serap Helvacı, **Gerçek Kişiler**, İstanbul-2006, s.107.

⁹⁹ Bu üstün yarar kişinin kendisine ait olabileceği gibi üçüncü bir kişiye de ait olabilir. Helvacı, **a.g.e**, s.116.

Kocanın her ne kadar soybağını red hakkı bulunmasa da bu hakkı çocuktan esirgememek gerekir¹⁰⁰. Çünkü çocuk ayrı bir birey olup; kendi kaderini tayin etme hakkı bulunmaktadır. Ayrıca 4271 sayılı Medeni Kanunun 286/2 maddesi çocuğa da, annesi ve babasına karşı soybağının reddi davası açma hakkı tanımıştır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 4,7 ve 11. maddelerine göre, çocuğun soyunu öğrenme, genetik ana-babasını tanıma ve onlarla birlikte bulunma hakkı, çocuğun onurlu kişiliğinin ve kimliğinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir.

Çocuğun genetik babasını öğrenmesi onun bedensel ve ruhsal sağlığı açısından önemlidir. Böylelikle kimin soyundan geldiğini öğrenen çocuk, hangi kalıtsal hastalıklara sahip olduğu konusunda da bilgi sahibi olur. Sperm vericisinin kimliği çocuğun soybağını red edeceği tarihe kadar gizli tutulsa bile, onun genetik babasını tanıma ve ona bağlanma yönündeki arzusu karşısında bu bilgi ondan saklanamaz. Doktor da mesleki anlamda sır saklama yükümlüğünden bahsederek bilgiyi açıklamaktan kaçınamaz. Bu konudaki çocuğun yararı ailenin yararına göre ağır basar¹⁰¹. Soybağının reddi davası kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğundan çocuk ergin olduktan sonra kısıtlı olsa dahi bu davayı tek başına açabilir. Ayrıca çocuk henüz ergin olmadan bu davayı açmak isterse onun ayırtım gücüne sahip olduğuna, bu konuda fikri olgunluğu taşıdığına kanaat getirdikten sonra tek başına dava açabileceğini kabul etmek gerekir. Aksi takdirde çocuğa bir kayyım atanır ve söz konusu dava onun tarafından açılır¹⁰². MK m.289/2'e göre, soybağının reddi davasının çocuk tarafından ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde açılması gerekir. Çocuk bir yıl içinde haklı nedenle bu davayı açamamışsa, dava açma süresi bu nedenin ortadan kalkmasından itibaren bir aydır.

¹⁰⁰ Serozan, **a.g.e**, s.185; Aytaç, **a.g.e**, s.191; Nomer, **a.g.e**, s.588.

¹⁰¹ Serozan, **a.g.e**, s.85.

¹⁰² Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e**, s.449.

Çocuğun soybağını red davası açma süresinin kısıtlanmış olması yerinde bir düzenlemedir. Çünkü baba ile çocuk arasında kurulan soybağı ilişkisi sadece kendileri arasında hukuki sonuç doğurmaz. Bu ilişki neticesinde çocuk ile babasının akrabaları arasında hısımlık ilişkisi ve buna bağlı olarak mirasçılık sıfatı ayrıca da evlenme engelleri doğacağından bu durumun sonsuza kadar belirsizlik arz etmesi hukuki güven duygusunu zedeler. Şöyle ki, çocuğun dava hakkının her zaman olduğunun kabul edilmesi tarafların mirasçılık durumunun belirsizliğine yol açar. Medeni Kanunun ilkesine göre, bir kimsenin diğer bir kişiye mirasçı olabilmesi için onun ölümü anında kişinin hayatta olması gerekir. Bunun istisnası, TMK m.582 uyarınca cenindir. Cenin sağ doğmak şartıyla mirasçı olabilir. Yani, babasının öldüğü zamanda henüz doğmamış bir çocuk varsa o çocuk babasına mirasçı olabilir¹⁰³. Bu durumda mirasın açılması TMK m.643 uyarınca ceninin doğmasına kadar ertelenir. TMK m.495 uyarınca çocuklar babalarının birinci dereceden mirasçıları olduğundan sosyal babası kendisinden önce ölen çocuk babasının mirasından birinci dereceden pay alabilecek, böylelikle de bazı kimselerin miras payı bölünebileceği gibi bazısı da hiç pay alamayacaktır. Görüldüğü üzere çocuğa soybağını reddetme hakkının sürekli tanınması onun haricindeki kişilerin hukuki durumunda belirsizliklere neden olacaktır. Aynı durum soybağını reddedip genetik babasına bağlanmak isteyen çocuk açısından da geçerlidir. Genetik babasına bağlanmak isteyen çocuk, TMK m.303 gereğince soybağının reddi davasının sonuçlanmasından itibaren bir yıl içinde babalık davası açabilir. İşte çocuk bu bir yıl içinde ya da haklı nedenin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde babalık davasını açmazsa dava açma hakkını kaybeder. Böylelikle her ne kadar mirasçı olmada kan bağı esas alınsa ve çocuk da cenin olma tarihinden itibaren genetik babaya karşı mirasçı olmakta ise de bu tabi durumun yasal süresi içinde hukukileştirilmesi gerekmektedir. Aksi düşünce, hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Örneğin, çocuğun genetik babanın ya da onun hısımlarının

¹⁰³ Mehmet Ayan, Nurşen Ayan, **Kişiler Hukuku**, Konya, 2007, s.12.

malvarlığının fazla olduğu dönemde onlara karşı babalık davası açarak mirastan pay almak istemesi gibi.

Çocuk her ne kadar yasal süreyi kaçırdıktan sonra sosyal babayı reddedip genetik babasına soybağı açısından bağlanamıyorsa da genetik babasının tespitini her zaman isteyebilir. Çünkü çocuğun bunu istemekte hukuki yararı vardır. Böylelikle tespit davası sonucunda çocuğun genetik olarak bağlı olduğu babası ve onun hısımları belirlenecek ve çocuk ile yakın akrabalar arasındaki evlilik önlenmiş olacaktır. Aksi halde, evliliğin TMK m.145'e göre mutlak butlan ile batıl olması ya da hata hükümlerini düzenleyen TMK m.149'a iptal edilmesi gerekir¹⁰⁴.

Çocuk sahibi olmak ya da olmamak eşlerin birlikte verebilecekleri bir karardır. Düşünülmeden, rastlantı sonucu meydana gelecek olan çocuklar sayısız sorunlara neden olabileceği için eşler çocuk sahibi olmak istediklerinde durumu ekonomik, sosyal ve sağlık açısından düşündükten sonra bir karar vermelidirler¹⁰⁵. İşte evli bir kadın kocasının rızası dışında üçüncü bir erkeğin spermlerini kullanarak yapay döllenme yoluna gitmişse doğacak olan çocuğun soybağı ne olacaktır? Koca, evlilik birliği içinde doğan çocuğun soybağını reddedebilecek midir? Bu konuda doktrinde hakim olan görüş, kendi rızası haricinde doğan çocuğun soybağını kocanın reddedebileceği yönündedir¹⁰⁶. Koca bu durumda TMK m.286 vd. hükümlerine göre açacağı soybağının reddi davası ile çocuğun ana ile girilen cinsel ilişki sonucunda olmadığını, sperm nakli yolu ile gerçekleştiğini ispatlamak suretiyle soybağını reddedebilir.

Kadının kocasının rızası haricinde gerçekleştirdiği sperm nakli, iki grup norma aykırı düşmektedir. Bunlar, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişiyi koruyucu

¹⁰⁴ Cihan, **a.g.e.**, s.53.

¹⁰⁵ Faruk Erem, "Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü", **YD**, C.7, S.3, Temmuz-1981, s.237.

¹⁰⁶ Nomer, **a.g.e.**, s.581, Cihan, **a.g.e.**, s.62, Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.64.

etkisi olan TMK m.24, 25 ile haksız fiil sonucunda kişinin maddi ve manevi zararını giderici nitelikte olan BK m.41 ve 49'dur. Ayrıca, söz konusu durum evlilik görevlerine ilişkin normlara da aykırıdır¹⁰⁷. Gerçekten de TMK m.185/3 uyarınca eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince birbirlerine sadık kalması gerekmektedir. Sadakat kavramını sadece cinsel sadakat olarak anlamamak gerekir. Bu kavrama duygusal, düşünsel ve ekonomik sadakat de girmektedir. Örneğin, karı kocadan birinin üzerine düşen görevleri yapmamak için evi terk etmesi, mahrem olan şeyleri üçüncü kişilerle paylaşması, kazancını sürekli olarak içki ve kumara yatırması gibi¹⁰⁸. Kendisine sperm nakli yapılmasına izin veren kadın böyle bir konuda tek başına karar alma yetkisi olmadığından evlilik birliğinin gerektirdiği görevlere aykırı davranmış olup sadakat yükümlülüğünü ihlal etmiştir.

Koca sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket eden karısına karşı boşanma davası açabilir. Böyle bir nedenle açılan boşanma davasını boşanma nedenlerinden hangisine sokabiliriz? TMK m.162/1'e göre, "*Eşlerden her biri diğeri tarafından ağır derecede onur kırıcı davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir*". 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi zamanında ağır hakaret durumunun pek fena muameleye girdiği genellikle kabul edilmekteydi¹⁰⁹. Ağır hakareten anlaşılması gereken, eşin şeref ve haysiyetini kıran eylemlerdi. 4721 sayılı kanun ağır derecede onur kırıcı davranışı açık şekilde düzenleyerek kanundaki eksikliği gidermiş oldu. Sperm naklini gerçekleştiren karısına karşı koca, kişilik haklarının ağır şekilde zedelenmesi nedeniyle onur kırıcı davranıştan dolayı boşanma davası açabilir¹¹⁰.

¹⁰⁷ Cihan, **a.g.e.**, s.52.

¹⁰⁸ Dural, Ögüz, Gümüş, **a.g.e.**, s.161; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku Cilt 2 Aile Hukuku**, İstanbul, 1956, s.81; Zevkliler, **a.g.e.**, s.540.

Zevkliler, **a.g.e.**, s.611; Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.168; Feyzi Necmeddin Fevzioğlu, **Aile Hukuku**, İstanbul, 1986, s. 229.

¹¹⁰ Cihan, **a.g.e.**, s.66.

Koca tarafından soybağı reddedilen çocuk acaba genetik babasına bağlanabilir mi? Anne ile genetik baba önceden yapacakları bir anlaşma ile babalık davasına sınırlandırma getirebilirler mi? Burada genetik baba, soybağı reddedilen çocuğu TMK m. 295 uyarınca tanıyabileceği gibi genetik babaya karşı yapay döllemenin ispatı ile babalık davası da açılabilir. Burada çocuğun yararı söz konusu olduğu için genetik babanın sperm nakline rızasının olup olmaması önemli değildir. Her ne kadar taraflar soybağı konusunda dava açmayacaklarını sözleşme ile taahhüt etmişlerse de bu durum çocuk üzerinde etkili olduğu için taahhüt geçerli değildir¹¹¹. Acaba soybağı reddedilen çocuğu tanımak zorunda kalan genetik baba, iradesinin sadece sperm nakli konusunda olduğundan bahsederek anne aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açabilir mi? Bunun dışında genetik babanın spermleri rızası dışında kullanılmışsa baba, nakli gerçekleştiren doktordan maddi ve manevi tazminat isteyebilir mi?

bb- Taşıyıcı Annelik Durumu

Taşıyıcı annelik durumuna müracaat etmenin üç nedeni vardır. Birinci durumda, evli kadının gebeliği ya da doğumu kaldıramayacak olması halinde kocasından alınan spermler ile kendisine ait yumurta doğal ya da yapay yoldan döllemekte ve daha sonra döllenen bu embriyo yabancı bir kadının rahmine nakledilmektedir¹¹². İkinci durumda, kadının hem yumurtalıkları çalışmamaktadır hem de rahmi yoktur. Bu nedenle dölleme yeteneği olmadığından kocasından alınan spermler yapay dölleme metodu ile kiralık anneye aşılanmakta ve çocuğun doğumu sağlanmaktadır. Bu durumda taşıyıcı anne ayrıca çocuğun genetik annesidir. Üçüncü durumda ise, evli çiftlerden gerek kadın gerekse erkeğin çocuk yapma kabiliyetleri bulunmamakta, bu nedenle de üçüncü kişilere

¹¹¹ Nomer, **a.g.e.**, s.591.

¹¹² Ateş, **a.g.e.**, s.341.

ait sperm ve yumurtalık hücresi kullanılmakta ve yapay dölleme sonucunda elde edilen embriyo ya yumurtalıkların sahibi kadına ya da başka bir kadına enjekte edilmektedir. Bu şekilde doğumu sağlanan çocuk istem sahibi anne ve babaya verilmektedir¹¹³. Taşıyıcı annelik uygulaması doğacak olan çocuk bakımından içinden çıkılması zor sorunlara neden olmaktadır. Bu durumda, çocuğun birden fazla annesi ve babası olmakta ve bunlardan soybağı olarak hangisine bağlanması gerektiği sorun teşkil etmektedir.

Birçok ülkenin yasal mevzuatında taşıyıcı annelik konusunda düzenlenmeler bulunmaktadır. Almanya'da 1991 yılında yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu ile yumurta bağıışı, embriyo bağıışı ve taşıyıcı annelik yasaklanmış, bu yasağa aykırı hareket edenlere cezai yaptırım öngörülmüştür. Aynı durum İsviçre için de geçerlidir.

Doktrinde taşıyıcı annelik sözleşmesinin ivaz karşılığında yapılıp yapılmamasına göre farklı hükümlere tabi tutulması konusunda görüş ayrılığı vardır. Bu sözleşmeye göre çocuk, çocuk sahibi olmak isteyen anne ile babaya verilecek ve onların nüfusuna kaydedilecektir. KIRKBEŞOĞLU, sözleşmenin gerek ivaz karşılığında gerekse ivazsız yapılması durumunda insan vücudunun ticari bir araç olarak kullanılması, gerek çocuğun gerekse annenin bir eşya olarak görülmesi ve taşıyıcı anne ile çocuk arasında gebelik müddetince kurulacak olan psikolojik ve biyolojik bağın yok sayılmasını ahlaka aykırılık olarak nitelendirmekte ve bu nedenle de sözleşmenin batıl olduğunu belirtmektedir. Taşıyıcı annelik sözleşmesini kabul eden kadın her ne kadar başta çocuğu başkası için karnında taşısa da bu fikrinden daha sonra vazgeçebilir ve karnındaki çocuğu benimseyebilir ya da ivaz karşılığında sözleşmeyi kabul etmişse de ivaza sahip olmak için sağlığını tehlikeye atabilir. Taşıyıcı annelik sözleşmesinde taşıyıcı anne çocuğu doğduğunda verme

¹¹³ Aytaç, a.g.e, s.194.

taahhüdü altına girerken çocuğu isteyen taraflar da onu kendi nüfuslarına alma taahhüdü altına girerler. Burada tarafların yapmış oldukları sözleşme TMK m.23/2'ye göre hem hukuka hem de ahlaka aykırıdır. Burada her ne kadar çocuk sahibi olmak istemek ahlaka aykırı sayılmasa da taşıyıcı annenin çocuk üzerindeki tüm annelik haklarından vazgeçmesi kişilik haklarından vazgeçmesi anlamına geleceği için TMK m.23/2'ye geçerli değildir¹¹⁴.

NOMER ise, taşıyıcı annelik sözleşmesinin gönüllü yapılması durumunda geçerli olacağını kabul etmektedir. Ona göre, çocuk sahibi olmak isteyen eşlere yardımcı olmak amacıyla taşıyıcı anneliği kabul eden kadının ve eşinin durumunda ahlaka aykırılık yoktur. Amaç çocuk sahibi olmaktır¹¹⁵.

Kanaatimize göre, taşıyıcı annelik sözleşmesi her ne kadar çocuk sahibi olmak isteyen kişilere yardım etmek amacıyla yapılmış olsa da taşıyıcı annenin çocuk üzerindeki tüm haklarından feragat etmesi anlamına geleceğinden kişilik hakları zedelenmiş olmaktadır. Onun bu konuda göstermiş olduğu rıza hukuken korunmaz. BK m.19'da da belirtildiği gibi yapılan sözleşmeler kişilik haklarına aykırı olamaz, aksi takdirde hükümsüzdür. Aykırılığa kişinin kendisi rıza gösterse dahi durum değişmez. Çünkü burada kişinin verdiği rıza hukuka aykırıdır. Her ne kadar TMK m.24/2'de kişinin rızasının kişilik hakkına yapılan saldırıyı hukuka uygun hale getireceği belirtilmişse de, burada sözü edilen rıza, kişilik hakkının ihlal edilmesine ilişkin olarak verilen ve hukuka uygun rızadır¹¹⁶. Halbuki burada

taşıyıcı annenin verdiği rıza hukuka aykırı olduğu için yapılan sözleşmeyi hukuka uygun hale getirmez.

¹¹⁴ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.70-72.

¹¹⁵ Nomer, **a.g.e.**, s.69.

¹¹⁶ Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2001, s. 54.

Taşıyıcı annelik sonucunda doğacak olan çocuğun soybağı baba yönünden nasıl belirlenecektir? Her ne kadar Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nde taşıyıcı anneliğe izin verilmemişse de taraflar söz konusu uygulamaya başvurmuşlar ve çocuk sahibi olmuşlarsa doğacak çocuğun soybağı nasıl belirlenmelidir? Taşıyıcı anneliğin birinci durumunda evli çiftlere ait yumurta ve sperm hücreleri kullanılıp daha sonra döllenmiş embriyo taşıyıcı anneye enjekte edilerek çocuğun doğması sağlanmaktadır. TMK m.285 uyarınca, çocuk taşıyıcı annenin evlilik birliği içinde ya da evlilik birliğinin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuşsa burada baba kanunen taşıyıcı annenin kocası sayılır. Yani çocuğun genetik babası ile hukuki babası farklı kişilerdir. Kanunun sisteminden hukuki babalığa önem verildiği anlaşıldığından hukuki baba doğan çocuğun soybağını reddetmediği müddetçe çocuğun genetik babasına bağlanması mümkün değildir. Çünkü TMK m.286 uyarınca soybağının reddi davasını sadece koca ve çocuk açabilir. Mevcut hukuk sistemimize göre, aile hukukunu düzenleyen kurallar emredici nitelikte olup, taraflar aralarında yapacakları sözleşmeler ile bu kuralların aksini düzenleyemezler. İşte bu nedenle her ne kadar taraflar (taşıyıcı anne-kocas ve genetik anne-kocas) aralarında çocuğun doğduktan sonra teslimi konusunda sözleşme yapsalar dahi bu sözleşmenin sonuç doğurması hukuken mümkün olmadığından genetik anne ve baba çocuğun kendilerine verilmesini ve kendi nüfuslarına kaydedilmesini isteyemezler. Çocuk ile bir erkek arasında kanunen kurulmuş bir soybağı ilişkisi varsa bu soybağı ilişkisi ortadan kalkmadığı müddetçe çocuğun başka bir erkeğe bağlanması mümkün değildir. Bu soybağı ilişkisi ancak çocuk ve hukuki baba tarafından kaldırılabilir.

Her ne kadar TMK genetik babaya doğrudan soybağını red davası açma hakkını tanımamışsa da, tali yolla bu hakkı tanımıştır. Gerçekten de kanunun 291/1 maddesi ilgililerin dava hakkını düzenlemektedir. Buna göre, dava açma süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi ya da gaipliğine karar verilmesi ya

da sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi durumunda baba olduğunu iddia eden kişi soybağının reddi davasını açabilir. Genetik babanın soybağının reddi davası açma hakkı kocanın dava hakkına bağlıdır. Kocanın dava açma süresi geçmişse ya da koca dava açma süresi geçmemesine rağmen çocuğu benimsemişse¹¹⁷ genetik babanın dava açma hakkı yoktur. Genetik babaya dava açma hakkının tanınmamasının bir nedeni olarak meşru ailenin sarsılmaması da gösterilmektedir¹¹⁸.

743 sayılı Medeni Kanunda çocuğa soybağını red davası açma hakkı tanınmamıştı. 4271 sayılı TMK 286/2 ve 291/2. maddeleri ile çocuğa bu hak tanınmıştır. 286. maddede çocuğun davayı anne babasına karşı açacağı belirtilirken, 291/2 maddede henüz ergin olmayan çocuğa kayyım atanacağı ve davanın bu kayyım tarafından açılabilceği düzenlenmektedir. Çocuğa tanınan soybağını red davası kocanın dava hakkından tamamen bağımsızdır. Koca soybağını red davasını açmasa dahi çocuk bu davayı yasal süresi içinde açabilir. TMK m.289/2’de belirtildiği gibi çocuk , en geç ergin olduğu tarihten itibaren bir yıl içinde bu davayı açmak zorundadır. Bu davayı açma hakkı, niteliği itibariyle TMK m.16 cümle ikide belirtildiği gibi kişiye sıkı surette bağlı bir hak olduğundan çocuk ergin olduktan sonra kısıtlı olsa dahi yasal temsilcisinin iznini almadan açabilir¹¹⁹. TMK m. 291/2, ergin olmayan çocuğa atanacak kayyımın dava açma süresini, atama kararının kendisine tebliğinden itibaren bir yıl ve her halde çocuğun doğumundan itibaren beş yıl olarak düzenlemiştir. Acaba ergin olmayan çocuk bu davayı tek başına açabilir mi? Doktrinde, DURAL, ÖĞÜZ, GÜMÜŞ ve SEROZAN, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olması kaydıyla bu

¹¹⁷ Serozan, kocanın çocuğun kendisinden olmadığını bildiği halde onu benimseyip, nüfusuna kaydettirmesi durumunda her ne kadar dava açma süresi geçmese de açacağı soybağının reddi davasının hakkın kötüye kullanılması olduğunu ve bu nedenle de davanın red edilmesini gerektiğini belirtmektedir. **a.g.e.**, s.195.

¹¹⁸ Acabey, **a.g.e.**, s.142

¹¹⁹ Hatemi, yasal temsilcinin dava açmadığı bu durumları “kanuni temsil düşmanlığı” olarak ifade etmektedir. s.39. Hüseyin Hatemi, **Gerçek Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2005.

davayı tek başına açabileceğini savunurlarken¹²⁰, AKINTÜRK ve ACABEY çocuk ayırt etme gücüne sahip olsun ya da olmasın bu davanın kayyım tarafından açılabilceğini belirtmektedirler¹²¹. Kanaatimizce de, her ne kadar kanunun deyiminden ergin olmayan çocuğun tek başına dava açamayacağı, kayyım vasıtasıyla dava açabileceği belirtilmişse de burada kayyımı beklemek gereksizdir. Çocuğa henüz kayyım atanmamış ya da atanan kayyım davayı açmamış ise açacağı davanın hukuki, sosyal ve psikolojik anlamını kavrayan çocuğu bekletmek isabetsizliktir. Ayrıca, TMK m.16 cümle ikide belirtildiği üzere sınırlı ehliyetsiz çocuk kişiye sıkı surette bağlı haklarını kullanırken yasal temsilcisinin iznini almak zorunda değildir. Burada çocuğun kişilik hakkı söz konusu olduğu için tek başına dava açabileceğini kabul etmek gerekir. Ancak, bu durumda hakim dava açan çocuğun gerçekten ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını araştırmalı, ona göre soybağını ret davasını incelemelidir. Ayrıca hakim çocuk tarafından açılan davada çocuğun çevresinin etkisinde kalarak bu davayı açtığı izlenimine kapılırsa davayı kayyıma bildirmelidir. Çünkü bu durum, çocuğun ayırt etme kabiliyetinin yeterince gelişmediğini, hayatını derinden etkileyen bir durum hakkında sağlıklı karar veremediğini göstermektedir.

Çocuğa atanan kayyım atama kararının kendisine tebliğinden itibaren bir yıl içinde soybağının reddi davası açmaz ise, çocuk dava açma hakkını yitirecek midir? Burada kayyımın görevini ihmal etmesi çocuğun hakkını kaybetmesine neden olmamalı ve çocuk ergin olduktan itibaren bir yıl içinde dava açabilmelidir. Kayyımın doğumdan itibaren beş yıl içinde dava açabileceğini düzenleyen madde de isabetsizdir. Örneğin, kayyım doğumdan itibaren beşinci yılda değil de altıncı yılda atanmışsa çocuk adına dava açamayacak mıdır? Ya

¹²⁰ Dural, Ögüz, Gümüş; **a.g.e.**, s.449. Yazarlar bu durumda, çocuğun ergin olmadan dava açabileceği kabul edildiğinde davanın niteliğinin göz önünde tutulması gerektiğini ve ancak fikri olgunluğa erişmiş ve açacağı davanın anlamını kavrayan çocukların ayırt etme gücüne sahip olabileceğini belirtmektedirler. Serozan, **a.g.e.**, s.189. Yazar, burada ikili bir ayırım yapmakta çocuğun menfaati dava açmayı yerinde göstermiyorsa yani çocuk dava sonunda babasız kalıp genetik babaya da bağlanamayacaksa bu davayı açtırmanın doğru olmadığını belirtmektedir.

¹²¹ Acabey **a.g.e.**, s.137, Akıntürk, **a.g.e.**, s.333.

da beş yılın dolmasına birkaç hafta kala kayyım atanmışsa ancak kayyım tebligat geç yapılmışsa ya da hiç yapılmamışsa kayyım dava açma süresini kaçırmış mı olacaktır? Hüküm lafzı olarak yorumlanacak olursa çocuğa doğumdan itibaren beş yıl içinde kayyım atanması ve atanan kayyımın da bu beş yıl içinde dava açması gerekmektedir. Anlaşılacağı üzere, kayyım tarafından çocuk adına açılacak soybağının reddi davasının süreye bağlanması tereddütlere neden olduğu gibi son derece anlamsızdır. Çünkü çocuğun zaten on dokuz yıllık dava açma süresi mevcuttur¹²². Kanunen belirlenen beş yıllık süre kaçırıldığı için kayyım tarafından dava açılmadığı durumlarda, dava açmak için çocuğun ergin olmasını beklemek çocuğun kişisel durumunun belirlenmesinde gecikmelere neden olacağından son derece isabetsiz bir düzenlemedir. TMK, dava açma süresinin haklı nedenle kaçırılması durumunda baba ve çocuğa nedenin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde dava açabilme yetkisi getirmiş olup bu yetkiyi kayyımı içine alacak şekilde yorumlamak mümkündür. Kayyım beş yıl içinde atanmamışsa ya da atanmasına rağmen tebligatı geç almışsa ya da kayyım çocuk adına dava açma görevini ihmal etmişse bu gibi durumlarda haklı neden kavramını yürütebiliriz.

Çocuk kendisine tanınan soybağının reddi davası ile genetik babasına bağlanabilecek ve onunla arasında soybağı ilişkisi kurulabilecektir.

Embriyonun evli çiftlere ait olduğu taşıyıcı annelik durumunda, taşıyıcı anne ve onun kocası kanunen her ne kadar doğacak olan çocuğun annesi ve babası olsalar da olması gereken hukuk açısından durum nasıl olmalıdır? Doktrin, taşıyıcı annenin evli ya da bekar olmasına göre durum ikiye ayrılarak değerlendirmektedir. Buna göre, doğuran kadın anne olduğundan taşıyıcı anne bekarsa genetik baba çocuğu tanıyabilir. Tanıma halinde çocuk ile genetik baba

¹²² Acabey, **a.g.e.**, s.149; Serozan, **a.g.e.**, s.194.

arasında soybağı ilişkisi kurulurken genetik anne ile kurulmaz¹²³. Çünkü TMK m.282/1'ye göre, doğuran kadın annedir. Taşıyıcı annenin evli olması halinde çocuk evlilik birliği içinde doğmuş olacağından soybağı açısından taşıyıcı anneye ve onun kocasına bağlı olacaktır. Bu durumda hukuki baba soybağını reddetmedikçe çocuk genetik babaya bağlanamayacaktır. Buna göre, çocuk ile genetik anne-baba arasında soybağının doğabilmesi ancak evlat edinme ile mümkün olacaktır. Genetik anne-baba çocuğu evlat edindikleri takdirde aralarında soybağı ilişkisi doğacaktır¹²⁴.

SEROZAN'da, aynı görüşü paylaşmaktadır. Bu durumda genetik anne babanın ancak hukuki anne babanın rızası dahilinde çocuğu evlat edinebilecekleri; hukuki anne baba tarafından başta verilen rızadan sonradan vazgeçilmesi durumunda ifaya zorlama davası açılmayacağı belirtilmektedir. Nasıl ki hukuki anne babaya karşı zorlama davası açılmıyorsa hukuksal anne-baba da genetik anne-babadan çocuğu karnında taşıma ve onu doğurma masraflarının giderimi konusunda parasal istemde bulunamaz. Çünkü taşıyıcı annelik sözleşmesi hükümsüz olup, hukuken bağlayıcılıktan uzaktır¹²⁵.

NOMER, bu durumda açılacak annelik davası ile çocuk ile genetik anne arasında soybağı ilişkisi kurulabileceğini belirtmekte ve genetik annenin yapay dölleme anındaki kocasının başka bir işleme gerek olmaksızın çocuğun babası sıfatını kazanacağını belirtmektedir¹²⁶.

Kanaatimizce, taşıyıcı annelik durumunda evlat edinme yolu ile çocuğun genetik anne babaya bağlanması zorlama bir yoldur. Çünkü TMK m.309'a göre, çocuğun evlat edinilebilmesi için ana ve babasının rızası gerekir. Söz konusu

¹²³ Ateş, **a.g.e.**, s. 342.

¹²⁴ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.79; Aytaç, **a.g.e.**, s.196.

¹²⁵ Serozan, **a.g.e.**, s.167.

¹²⁶ Nomer, **a.g.e.**, s.593.

rıza alınmadan çocuk evlat edinilmiş ise TMK m.317'e göre, hakimden evlatlık ilişkisinin kaldırılması istenebilir. Görüldüğü üzere, hukuki anne babadan herhangi biri çocuğu evlatlık olarak genetik anne babaya vermek istemezse yapılacak hiçbir şey yoktur. Hukuki anne baba çocuğu genetik anne babaya vermek istediklerinde evlatlık olarak vermek onların aleyhine sonuç doğurabilir ve istemedikleri sonuçlar ortaya çıkabilir. Şöyle ki, TMK m.314-5'e göre, *“evlatlığın miras ve başka haklarının zedelenmemesi, aile bağlarının devam etmesi için evlatlığın naklen geldiği aile kütüğü ile evlat edinenin aile kütüğü arasında her türlü bağ kurulur”*. Böylelikle evlatlık ile hukuki anne baba arasındaki soybağı ilişkisi varlığını korumakta, karşılıklı nafaka yükümlülüğü ve mirasçılık ilişkisi devam etmektedir. Amaçları sadece başka insanları çocuk sahibi yapmak olan taşıyıcı anne ve kocası doğacak olan çocuğu evlatlık olarak verirlerse çocuk ile aralarında her zaman soybağı ilişkisi devam edecek ve arzu etmedikleri ağır sorumluluklara maruz kalacaklardır. İşte hukuki anne baba bu durumdan kurtulmak için taşıyıcı anne doğumu, doğum olayının yasal olarak bildirilmediği bir yerde yapacak ve doğacak çocuk doğrudan genetik annenin nüfusuna kaydedilecektir. Böylelikle de çocuk sanki genetik anneye ait olan evlilik birliği içinde doğmuş gibi gösterileceğinden soybağı olarak genetik anne babaya bağlanacaktır. Taşıyıcı annenin doğumun bildirilmemesi için sağlıksız koşullarda doğum yapmasını ve doğum olayını sanki genetik annenin gerçekleştirdiği konusunda yalan beyanı önlemek için evli çiftlerin rızası sonucu gerçekleşecek taşıyıcı anneliğe izin verilmesi gerekir. Doğumdan sonra dahi çocuğun verilmesi konusunda hukuki anne baba ve genetik anne baba hala hem fikir iseler onların bu rızalarının hukuken korunması gerekir. Çünkü bu durumda çocuk anne ve babasız kalmayacak, genlerini taşıdığı anne babasına bağlanacaktır. Taşıyıcı annelikte sorun olarak görülen insan vücudunun ticarileşmesini, organ naklinde olduğu gibi sözleşmenin ivaz karşılığında yapılmasını yasaklayarak önlenebiliriz. Böylelikle çocuk yapma kabiliyetleri olan ancak rahmi çocuk taşımaya elverişli olmayan ya da sağlık açısından hamileliği

kaldıramayacak olan kadını ve kocasını kendilerine ait üreme hücreleri ile annelik ve babalık duygusundan mahrum bırakmak adil bir çözüm değildir. Nasıl ki organ naklinde tarafların zorunluluk altında kalarak organ nakline olur vermelerini önlemek için sözleşmenin ivazsız yapılacağı ve vericiye karşı organ naklinden vazgeçmesi durumunda maddi ve manevi tazminat davası açılmayacağı belirtilmişse taşıyıcı annelik durumunda da hukuki anne baba çocuğu vermekten vazgeçerlerse genetik anne babanın zorlama ve maddi manevi tazminat davası açma hakkı olmamalıdır. Söz konusu sözleşmenin riskleri genetik anne babaya ait olmalıdır. Ancak genetik anne baba açacakları dava ile hukuki anne babanın maddi menfaat nedeni ile çocuğu vermekten vazgeçtiklerini ispat ederlerse hakim çocuğun yararını gözeterek çocuğun genetik ailesine bağlanmasına izin verebilir. Çünkü önemli olan çocuğun sevgi ve huzurlu bir ortamda yetişmesini sağlamaktır. Bu sayede hukuki anne baba çocuğun maddi çıkarlara alet edilmesi sonucunda her hangi bir şey elde edemeyeceklerini bildiğinde çocuğu ya tam olarak benimseyeceklerdir ya da çocuğu genetik anne babasına teslim edeceklerdir.

Taşıyıcı anneliğin ikinci durumunda, kadının hem yumurtalıkları çalışmamaktadır hem de rahmi yoktur. Kadının döllenme yeteneği olmadığından kocasından alınan spermier yapay döllenme metodu ile kiralık anneye aşılanmakta ve çocuğun doğumu sağlanmaktadır. Bu durumda taşıyıcı anne ayrıca çocuğun genetik annesidir. Çocuğun genetik babasına bağlanması yukarıda belirtildiği gibi annenin evli olup olmamasına göre değişecektir. Anne evli değilse çocuk genetik baba tarafından tanınacak ve böylelikle de aralarında soybağı ilişkisi kurulacaktır. Çocuğun babanın karısına bağlanabilmesi çocuğun onun tarafından evlat edinilmesine bağlıdır. MK m.306-son fıkraya göre eşler birbirlerinin çocuklarını evlat edinebilirler. Taşıyıcı ve genetik anne evli ise bu durumda çocuk evlilik birliği içinde doğduğundan hukuken babası annenin

kocasıdır¹²⁷. Yukarıda belirtilen hukuki annelik ve babalık konusundaki hususlar burada da geçerlidir. Buradaki tek fark, genetik anne ve taşıyıcı annenin aynı oluşudur.

¹²⁷ Kırkbeşoğlu, **a.g.e**, s.76.

İKİNCİ BÖLÜM

BABALIK DAVASI

I- BABALIK DAVASININ AMACI

Evlilik dışında doğan bir çocuğun babası babalığını inkar ettiği yani çocuğunu tanımadığı takdirde ana ya da çocuk tarafından babaya karşı açılan babalığın hakim hükmü ile kurulmasını sağlayan davaya, babalık davası denir¹²⁸. Tanıma işlemi gerçek babanın istemine bağlıdır. Yani çocuğu tanımak istemezse ise tanımaya zorlanamaz. Ancak Türk Medeni Kanunu bu konuyu tamamen babanın keyfine bırakmamış, baba istemese de belli koşulların gerçekleşmesi halinde aleyhine babalık davası açılabileceğini düzenlemiştir¹²⁹. Görüldüğü üzere babalık davasının amacı, çocuğunu gönül rızası ile tanımayan erkeğe çocuğunu zorla tanıtarak çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurmaktır.

II- BABALIK DAVASININ TÜRÜ ve BABALIĞA HÜKÜM

Babalık davası, dava türleri içinde inşai davalar içinde yer almaktadır. İnşai davada davacı var olan hukuki durumunun değişmesini ya da ortadan kalkmasını ya da yeni bir hukuki durum yaratılmasını istemektedir¹³⁰. İşte babalık davasının kabul edilmesiyle birlikte çocuğun hukuki durumunda

¹²⁸ Velidedeoğlu, **a.g.e**, s. 328; Oğuzman, Dural, **a.g.e**, s.336.

¹²⁹ Zevkliler, **a.g.e**, s.670

¹³⁰ Ejder Yılmaz, Baki Kuru, Ramazan Arslan; **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 1999, s. 268.

değişiklik olmakta ve baba ile arasında soybağı ilişkisi kurulmaktadır¹³¹. Kurulan bu soybağı ilişkisi geçmişe etkilidir. Yani çocuk doğumundan itibaren babaya bağlanmış olmaktadır¹³².

743 sayılı Medeni Kanun farklı sonuçlar doğuran iki ayrı babalık davasına yer vermişti. Her iki babalık davasında da çocuk ile baba arasında soybağının kurulması kabul edilmiş ancak çocuğun babasının kişisel statüsüne sahip olup olmayacağı konusunda ayrımlara gidilmişti. Gerek kişisel sonuçlu gerekse mali sonuçlu babalık davasının açılabilmesi çocuk ile başka bir erkeğin arasında düzgün ya da düzgün olmayan soybağı ilişkisinin bulunmamasına bağlıydı.

Bunlardan kişisel sonuçlu babalık davasının amacı, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurmaya ve kişisel sonuçlar doğurmaya yönelikti. Bu tür davanın konusu, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulması ve ana lehine maddi-manevi tazminata karar verilmesiydi¹³³. Ancak bu davanın açılması kanun tarafından birçok şarta bağlanmıştı. Bu şartlar; babanın anaya evlenme vaadinde bulunmuş olması, cinsel ilişkinin suç teşkil etmesi, nüfuzun kötüye kullanılmış olması, cinsel ilişki esnasında babanın evli olmamasıydı. Bu şartlardan herhangi biri olduğu takdirde babaya karşı kişisel sonuçlu babalık davası açılabilmekteydi. Aksi takdirde, çocuğun tabii babası olduğu ispat edilse dahi, kişisel sonuçlu babalığa karar verilememekteydi.

Anayasa Mahkemesi, 21.05.1981 tarih ve 67/23 sayılı kararı ile 310.maddenin “*Münasebeti cinsiye zamanında müddealeyh evli ise, hakim babalığa hükmetmez.*” hükmünü iptal etmişti. İptal edilen hüküm ile birlikte babanın, ana ile kurduğu cinsel ilişki esnasında evli olması durumunda da ona karşı babalık davası açabilme olanağı getirilmişti. Kişisel sonuçlu babalık davası

İsmet Gülümser, “Tabii Babalık Rabitasının Yokluğundan Dolayı Şahsi Neticeleri İle Babalık Davasının Reddine Dair Kesin Hükümün İdari makamlarca Yapılan Nesebin Tashihi Muamelesine Tesiri ve Bu Muameleye İtiraz Hakkını Düşüren Sürelerin Önemi”, *İHFM*, 1955\1-4, s. 511.

¹³² Yılmaz, Kuru, Arslan; *a.g.e.*, s. 270.

¹³³ Feyzioğlu, *a.g.e.*, s. 544.

ile her ne kadar baba ile çocuk arasında soybağı kurulsa da, kurulan bu soybağı evlilik dışı düzgün olmayan soybağıydı¹³⁴. Bu nedenle çocuk, babasının düzgün soybağına sahip çocuklarıyla birlikte babaya mirasçı olduğunda, onlara verilen miras payının yarısı kadar mirastan pay alabilmekteydi¹³⁵. Ancak Anayasa Mahkemesi, 11.09.1987 tarih ve 1/18 sayılı kararı ile düzgün ve düzgün olmayan soybağına sahip çocuklar arasındaki miras payını eşit düzenlemeyen 443. maddeyi iptal ederek bu eşitsizliği ortadan kaldırmıştı¹³⁶.

Mali sonuçlu babalık davası ise, evlilik dışı çocuğun babasının anaya ve çocuğa parasal ödemede bulunmasını sağlamak amacıyla açılabilmekteydi. Bu takdirde, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulamamaktaydı. Bu dava sonunda çocuğun babası hukuken belirlenmekte, böylelikle baba anaya tazminat, çocuğa ise nafaka ödemekle sorumlu tutulmaktaydı¹³⁷.

Yeni Medeni Kanunumuz iki farklı babalık davasına yer vermemiş, baba ile çocuk arasında soybağının kurulması sonucunu doğuran tek bir dava düzenlemiştir. Böylelikle açılacak babalık davası sonucunda mahkeme çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi tespit ettiği takdirde çocuğun babaya bağlanmasına karar verecek ve böylelikle de baba ile çocuk arasında kişisel ilişki tesis edilmiş olacaktır.

¹³⁴ Acabey, **a.g.e**, s. 281.

¹³⁵ Feyzioğlu, **a.g.e**, s.543.

¹³⁶ Akıntürk, “**1996 Baskı**”, s.407.

¹³⁷ Mustafa Reşit Karahasan, **Tazminat Hukuku Manevi Tazminat**, s.319, İstanbul, 2001.

III- BABALIK DAVASININ TARAFLARI

A- DAVACILAR

1- Ana

Gerek Türk Kanunu Medenisinin 295. maddesinde gerekse Türk Medeni Kanununun 301. maddesinde anaya babalık davası açma hakkı tanınmıştır. Ana, babalık davasını çocuktan bağımsız olarak açabilir ve kendisi için tazminat talebinde bulunabilir. TKM’de ana çocuk için davalının babalığına hükmedilmesini istiyorsa davayı çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla değil, bizzat kendi adına açardı. Çünkü evlilik dışı çocuğun velayetini anası hakim kararıyla kazanabilmekteydi. Hakim kararı olmadan ana çocuğun velayet hakkına sahip olamayacağından onu temsil etme yetkisi yoktu¹³⁸. Ana davayı kendi adına açtığında davası reddedilse dahi çocuk yeniden babalık davası açabilirdi¹³⁹.

Önceki Medeni Kanun döneminde iki türlü babalık davası olduğundan, mali sonuçlu babalık davasında ana hem kendi adına tazminat hem de çocuk adına nafaka ödenmesini isteyebilirdi. Ancak çocuk adına istenecek nafakanın çocuğa ödenmesi gerekirdi. Ana çocuğun velayet hakkına sahipse ana nafakayı çocuk adına tahsil edebilirdi. Buna karşılık çocuk sadece kendi lehine nafaka davası açabilirdi. Ayrıca ananın kişisel sonuçlu babalık davası ile birlikte kendi lehine tazminat davası açma hakkı var iken çocuk sadece kişisel sonuçlu babalık

¹³⁸ Rona Serozan, “Yeni Medeni Kanun’un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, **Ünal Tekinalp’a Armağan**, C.2, s.505.

¹³⁹ Amil Artus, “Babalık Davası”, **Adliye Ceridesi**, Ankara-1942, s.170. Saymen, Elbir; **a.g.e**, s.429.

davası açabilirdi. Çünkü baba ile arasında kurulacak soybağı zaten babanın çocuğa karşı olan yükümlülüklerini doğurmaktaydı¹⁴⁰.

Yeni Medeni Kanunda babalık davası tek olduğundan ve 337. maddeye göre de evlilik dışında doğan çocuğun velayeti anaya kendiliğinden ait olduğundan, ana kendi adına asaleten ve çocuk adına velayeten babalık davasını açabilmektedir. Ayrıca babalık davası ile birlikte ya da ayrı olarak maddi giderlerinin tazminini isteyebilmektedir.

Babalık davası açma süresi geçmeden ana ölmüşse acaba ananın mirasçıları babalık davası açabilecekler midir? Genel kural gereğince ananın doğum dolayısıyla yapmış olduğu harcamalar maddi tazminat niteliğinde olduğundan bu harcamaları talep etme hakkı mirasçılara geçerse de manevi tazminat isteme hakkı geçmez. Ancak, ana ölmeden önce BK m. 49'a dayanarak manevi tazminat talebinde bulunmuş ise TMK 25'e kıyasen dava hakkının mirasçılara geçeceği kabul edilebilir¹⁴¹. Önceki Medeni Kanunda kişi ölmeden önce manevi tazminat talebinde bulunduğu takdirde mirasçıların davaya devam edebileceğine dair hüküm bulunmadığından ananın manevi tazminat alacaklarının mirasçılara geçmeyeceği kabul edilmekteydi¹⁴². Doktrinde ARTUS, TKM döneminde, kanun da davanın mirasçılara geçişi konusunda bir hüküm bulunmadığını, kısıtlayıcı bir kural geliştirerek sınırlandırma yapılmasının gereksiz olacağını bu nedenle dava hakkının mirasçılara geçmesi gerekeceğini savunmaktaydı¹⁴³. 04.05.1988 tarih ve 3444/1 sayılı kanun ile Önceki Medeni Kanuna eklenen 24/a maddesi ile de manevi tazminat alacaklarının mirasçılara geçeceği düzenlenmişti. Ayrıca mali sonuçlu babalık davasını da mirasçıların açabileceği belirtilmekteydi.

¹⁴⁰ Oğuzman, Dural; **a.g.e.**, s. 337; Karahasan, **a.g.e.**, s.320.

¹⁴¹ Akıntürk, **a.g.e.**, s.331.

¹⁴² Emin Başaklar, "Uygulamada Babalık Davaları", **YD**, C.2, S.2, Y.1976, s.106; Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.430.

¹⁴³ Artus, **a.g.e.**, s.171.

Ana ayırt etme gücünden yoksun bulunuyorsa babalık davasını onun adına yasal temsilcisi açabilmektedir.

Ana, babalık davası açabileceği gibi davalı baba ile sulh olabilir, davadan feragat edebilir. Ancak ananın bu sulh ve feragati çocuğun dava açma hakkını zedelemeyebilir. Kanun ananın çocuğun menfaatlerini ihlal edecek şekilde davranmasına izin vermemiştir. Bu konu TKM'nin 306. maddesinde açıkça ifade edilmiş, çocuğun haklarının kaybolmayacağı hüküm altına alınmıştır¹⁴⁴. TMK ise bu konuyu açıkça düzenlememiştir. Ancak bu bir eksiklik meydana getirmez. Çünkü kanun dava hakkını çocuk ve anaya ayrı ayrı tanımıştır¹⁴⁵.

2- Çocuk

Bizzat çocuğun da babalık davası açma hakkı vardır. Çocuk açacağı bu dava ile mahkemeden baba ile arasında soybağı ilişkisi kurulmasını talep edebilir; ancak anaya tazminat ödenmesini, ananın doğum yoluyla yapmış olduğu giderlerin ödenmesini isteyemez¹⁴⁶.

Babalık davasının çocuğun doğumundan itibaren bir yıl içinde açılması gerekmektedir. Ancak bu süre içinde çocuğun dava ehliyeti olmadığından, bizzat dava açması mümkün değildir. Bu nedenle çocuk adına davayı bir başkasının açması gerekliliği duyulmaktadır. Gerek TKM'nin 289. maddesi, gerekse TMK'nin 301/3. maddesi çocuğun menfaatlerinin etkilenmemesi için kayyım atanmasını öngörmüştür.

¹⁴⁴ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.330; Oğuzoğlu, **a.g.e.**, s.286.

¹⁴⁵ Yargıtay 2. HD 12.09.2005 tarih ve 9793/11787 sayılı kararında, babalık davasının kamu düzeni ile ilgili olduğunu, bu nedenle HMUK m.95/2 gereğince davalının davayı kabul etmesinin hukuki sonuç doğurmayacağını belirtmiştir. Davanın kabul edilmesi sadece davalının davayı takip etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaktadır. Mahkeme, taraflardan delillerin toplanmasını ve genetik bulguların ve kan tahlillerinin yapılmasını isteyebilir. Kazancı Mevzuat ve İhtihat Programı

¹⁴⁶ Akıntürk, “**1996 Baskı**”, s.350.

Henüz bir kayyım tayin edilmemiş ise çocuğun yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesi tarafından çocuğa bir kayyım tayin edilir. Kayyım atanmamış ya da atanmış olduğu halde henüz dava açmamışsa, ananın da çocuk adına dava açabileceğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır¹⁴⁷. Ancak Yargıtay, ana ile çocuk arasındaki menfaat çatışmasından dolayı çocuğa mutlaka bir kayyım tayin edilmesini ve davanın kayyım tarafından açılması gerektiğini ayrıca menfaat çatışmasından dolayı ananın kayyım olarak atanamayacağını belirtmişti¹⁴⁸. Yeni Medeni Kanun ile TKM'de yer alan hakimın haberdar olması halinde çocuğa kayyım tayin etme zorunluluğu kaldırılmış, bunun yerine temsil kayyımlığını düzenleyen 426. maddeye eklenen ikinci bend ile sorun çözülmüştür. Bu bende göre, bir işte yasal temsilcinin menfaati ile küçüğün menfaati çatışıyorsa kayyım tayin edileceği genel olarak belirtilmiştir. Ayrıca, madde 301/f. 3'e göre de, dava ana tarafından açılmışsa davanın kayyıma ihbar edileceği düzenlenmiştir. Böylelikle davada çocuğun menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır.

Kayyım çocuk adına dava açmak istediğinde ana davalı babanın adını vermek zorundadır. Bu mecburiyet sadece ahlaki bir borç olmayıp, ananın evlilik dışı olan çocuğuna karşı bakım borcundan doğmaktadır¹⁴⁹. Ancak ARTUS, ananın bu konuda bilgi vermemesinin hukuken yaptırımı olmadığını belirtmektedir¹⁵⁰.

TKM döneminde eğer çocuk dava açmadan önce ya da dava sırasında ölürse doktrinde dava hakkının çocuğun mirasçılarına geçeceği kabul edilmişti. Ancak mirasçıların nafaka talep edebilmeleri, çocuğun bunu talep etmesinden sonra ölmesine bağlıydı. Çocuk nafaka talep etmeden ölmüşse mirasçıların

¹⁴⁷ Gönensay, a.g.e, s.98.

¹⁴⁸ 2.HD, 07.12.1972, 6725/6906, **RKD**, S. 6-8, s.241; 2.HD, 16.12.1974, 8196/9034 **YKD**, S. 10, 1975, s.16; 2.HD, 12.02.2004, 517/1467.

¹⁴⁹ Ergun Özsunay, "Evlilik Dışı Çocuk Adına Kayyım Tarafından Açılan Babalık Davasında Dava Süresinin Başlangıcı", **İÜHFİM**, C.28, 1962, s.513.

¹⁵⁰ Artus, a.g.e, s.173.

talep hakkı sona ererdi. Çocuk nafaka davası açtıktan sonra ölmüşse, mahkeme ölüm gününe kadar gerçekleşen nafakanın ödettirilmesine karar verirdi¹⁵¹. Yargıtay, çocuğun ölümünden sonra kişisel sonuçlu babalık davası açılmayacağı görüşündeydi¹⁵².

Babalık davası çocuğun doğumundan önce ya da sonra açılabilir. Ancak, çocuğun ölü doğması halinde hukuken ortada bir kişi olmadığından babalık davasının konusu ve tarafı kalmayacak, çocuk yönünden davaya devam imkansız hale gelecektir. Ölü doğan kişinin de mirasçısı olamayacağından davaya devam etmek mümkün değildir¹⁵³.

B- DAVALILAR

1- Baba

Babalık davası baba aleyhine açılır. Babanın cinsel ilişki sırasında ayırtım gücüne sahip olup olmamasının ona karşı dava açılmasına engel teşkil edip etmeyeceği önceki medeni kanun döneminde farklılık arz etmekteydi. Babanın cinsel ilişki esnasında ya da dava açıldığı sırada ayırtım gücüne sahip olmaması tartışmalı idi. Doktrinde Oğuzman-Dural, cinsel ilişki esnasında babanın ayırtım gücüne sahip olmamasını ona karşı açılacak mali sonuçlu babalık davasında ananın tazminat ve çocuğun nafaka istemine engel teşkil etmeyeceğini, çünkü bu tür taleplerin temelinde bir biyolojik olayın olduğunu savunmaktaydılar. Kişisel sonuçlu babalık davasında ise, sadece cinsel ilişki yeterli olmayıp, TKM m.310'da sayılan koşulların yani evlenme vaadi, nüfuzun kötüye kullanılması ya da cinsel ilişkinin suç olması koşullarından birisinin olması gerekirdi. Bu

¹⁵¹ Karahasan, a.g.e, s.322; Oğuzman, Dural; a.g.e, s.338, Başaklar; “1975” s. 68.

¹⁵² 2. HD, 14.02.1956, 820/910, TYK-1956, s.2195.

¹⁵³ Başaklar, “1975” s.70.

koşulların hepsi ayırtım gücünü gerektirdiğinden babaya karşı kişisel sonuçlu babalık davası açılmayacağı savunulmaktaydı¹⁵⁴.

Diğer fikre göre ise, babanın cinsel ilişki esnasında ayırtım gücüne sahip olmaması onun aleyhine açılabilir her iki davaya da engel teşkil etmezdi. Bu fikrin dayanak noktası ise, ananın evlilik dışı cinsel ilişkiye razı olmasının nedeni babanın ayırtım gücüne sahip olup olmaması değil TKM 310 maddede sayılan durumların etkisinde kalıp kalmadığıydı¹⁵⁵.

Davanın açıldığı sırada baba ayırtım gücüne sahip değilse, davada yasal temsilci aracılığıyla temsil olunurdu. Baba küçük ya da kısıtlı ise mali sonuçlu babalık davasında onu yasal temsilci temsil ederken, kişisel sonuçlu babalık davasında kişiye sıkı surette bağlı bir hakkın kullanılması söz konusu olduğundan davayı sınırlı ehliyetsizin bizzat takip edeceği ileri sürülmektedir¹⁵⁶. Buna karşılık Oğuzman-Dural, gerek mali gerekse kişisel sonuçlu babalık davasında babalığın tespiti yanında mali sonuçlar da doğacağı için davayı yasal temsilcinin ya da onun izni ile sınırlı ehliyetsizin yürütmesi gerektiğini savunmaktaydılar¹⁵⁷.

2- Babanın Mirasçıları

Baba ölmüş ise babalık davası onun mirasçılarına karşı açılır. Babanın mirasçısı olmadığından mirası devlete kalacağından dava devlete karşı açılır. Babanın mirasçısı olmadığı gibi mirası da olmadığından davada davalı taraf teşekkül edemeyeceğinden dava açılmaz¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Oğuzman, Dural; **a.g.e**, s. 339 Karahasan, **a.g.e**, s.323.

¹⁵⁵ Feyzioğlu, **a.g.e**, s.552.

¹⁵⁶ Feyzioğlu, **a.g.e**, s.552; Karahasan, **a.g.e**, s.323.

¹⁵⁷ Oğuzman, Dural; **a.g.e**, s.340.

¹⁵⁸ Gönensay, **a.g.e**, s.98.

Mirasçılar babalık davası sonunda hükmedilecek parasal yükümlülüklerden kendilerine babadan kalan miras payı oranında sorumlu olacaklarından sorumlulukları sınırlıdır¹⁵⁹.

IV- DAVA AÇMA SÜRESİ

Babalık davasında süre TKM m. 296 ve TMK m. 303'de düzenlenmiştir. TKM'de sadece dava açma süresi belirlenmiş iken TMK' da ana ve çocuk için dava açma sürelerinin başlangıç zamanları ayrı ayrı düzenlenmiş, ayrıca gecikmeyi haklı kılan sebep kavramı getirilmiştir.

Babalık davasında belirlenen süre maddenin kenar başlığında ve 02.05.1960 tarih ve 5/8 sayılı İçtihatları Birleştirme Kararında da belirtildiği gibi hak düşürücü süredir. Bu sebeple, sürenin durması ya da kesilmesi söz konusu değildir. Dava süresinin kısa tutulmasının nedeni, davalı babanın korunmasıdır. Dava süresinin kısa tutulması delillerin sunulmasını kolaylaştıracak gibi babaya karşı yapılabilecek tehditleri de önleyecektir¹⁶⁰.

Ancak bu fikir doğru olmakla birlikte uygulamada bir yıllık süre çok kısa gelmektedir. Ananın maddi ve manevi bakımdan eksikliği, davalı baba ile evlenmeyi ümit etmesi, çocuğun tanınacağına dair beslediği ümit, korku ya da baskı onun bir yıllık dava açma süresini kaçırmaya neden olabilir. Bu gibi durumlarda TKM' nin 296. maddesini sert uygulamak hakkaniyetsiz sonuçlara neden olabilirdi. Bir yıllık sürenin geçmesinde baba tarafından hile yapılmış ya da anayı mazur gösterecek herhangi bir neden söz konusu ise sürenin uzaması gerekirdi. Yargıtay HGK'da 29.05.1942 tarihli kararında davalının anayla

¹⁵⁹ Zevkliler, **a.g.e.**, s.674.

¹⁶⁰ Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.431.

evleneceğine dair ona ümit vermesini, bu nedenle ananın dava süresini kaçırmamasına neden olmasını hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmişti¹⁶¹.

Babalık davası bir yıllık hak düşürücü süre içinde açılmış olmakla birlikte BK m. 137'deki mahkemenin görevsizliği, yetkisizliği ya da düzeltilmesi olanaklı şekil eksikliği nedenleriyle reddedilmiş ve bu arada bir yıllık dava süresi geçmiş ise davacı altmış günlük ek süreden faydalanabilecek midir? Oğuzman-Dural ve Özsunay bu durumda, dava açılabilirliğini savunmaktadırlar. Davanın, yetkisiz mahkemede açılması nedeniyle reddedilmesi ve evlilik dışı çocuğun babalık davasından kesin olarak mahrum edilmesi adaletsiz sonuçlar doğuracaktır¹⁶². Buna rağmen Tepeci, BK' nın bu maddesinin zamanaşımı süresiyle ilgili olduğunu, kıyas yoluyla bu hükmün hak düşürücü süre olan babalık davasına uygulanamayacağı görüşündedir¹⁶³.

TMK' nın 303. maddesinin son fıkrasının açık düzenlemesiyle bir yıllık dava açma süresi haklı nedenlerle geçirilmiş ise gecikmeyi haklı kılan nedenin ortadan kalkmasıyla bir ay içinde dava açılabilirliği belirtilmiştir. Böylelikle TKM zamanında doktrin ve yargı kararlarında belirtilen haklı nedenlerle dava süresinin uzatılması kavramı açık bir kanun hükmü haline getirilmiştir. Ancak, mahkemenin haklı nedenle dava süresinin uzayacağına dair karar verebilmesi tarafların bu hususu ileri sürmesine bağlıdır. Dava açma süresi hak düşürücü süre olduğundan hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Taraflar dava süresinin haklı nedenle geçtiğini dava aşamasında belirtmemişlerse hakim bir yıllık sürenin geçtiğinden bahisle davanın reddine karar verir¹⁶⁴.

Babalık davası çocuğun ana rahmine düşmesinden çocuğun doğumu zamanına kadar olan süre içinde yani doğumdan önce de açılabilir. Davanın

¹⁶¹ Ergün Özsunay, "MK 296'daki Bir Yıllık Dava Süresinin Geçirilmesine Rağmen, Babalık Davasının İstisnaen Açılabilirliği Durumları", **İÜHFM**, C.29, Y.1963, s.226. Karahasan, **a.g.e.**, s.324.

¹⁶² Özsunay, "**1963**", s.229; Oğuzman, Dural; **a.g.e.**, s.342.

¹⁶³ Tepeci, **a.g.e.**, s.80; Başaklar, "**1975**", s.72.

¹⁶⁴ 2. HD 18.10.2004, 10905/11979, Kazancı Mevzuat ve İctihat Programı.

doğumdan önce açılabilmesinin pratik faydası, ana lehine maddi tazminat ve çocuk lehine nafakaya hükmedilmesinde kendini gösterir¹⁶⁵.

Babalık davasının doğumdan itibaren bir yıl içinde açılması gerekir. Davayı ana açıyorsa süre doğumdan itibaren başlar. Bu nedenle nüfus kayıtlarındaki doğum tarihi sürenin başlangıcı konusunda kesin olmayabilir. Çünkü kasıtlı ya da kasıtsız olarak doğum tarihi nüfus kayıtlarına yanlış geçmiş olabilir. Bu durumda kayıtlardaki tarihin aksi hastane kaydı ya da kişisel delillere dayanarak ispat edilebilir¹⁶⁶. Kanunun süre yönünden ana lehine koyduğu hüküm kesin olmasına rağmen çocuk yönünden farklılık arz etmektedir. Çocuğun dava hakkı 303. maddenin ikinci fıkrasına göre, çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyım tebliği tarihinde, çocuğa hiç kayyım atanmamışsa, çocuğun ergin olduğu tarihte işlemeye başlar. Yargıtay da 02.05.1960 tarih ve 5/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile de çocuk yönünden dava açma süresinin kayyımın atanacağı tarihten itibaren başlayacağını düzenlemiştir. Böylelikle TMK uygulamadaki durumu kanunlaştırmış oldu¹⁶⁷. Ayrıca TMK çocuğa hiç kayyım atanmaması durumunda sürenin çocuğun reşit olmasından itibaren başlayacağını düzenlemiştir.

Çocuk ile bir başka erkek arasında soybağı ilişkisi varsa gerek ananın gerekse çocuğun açacağı babalık davası için bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihten itibaren işlemeye başlar(TMK m.303/3). Bu durumda çocuğun soybağının bulunduğu erkek ile arasındaki soybağı ilişkisi red davası ya da tanımanın iptali davası ile ortadan kaldırılmadıkça bir yıllık hak düşürücü süre işlemeye başlamaz.

¹⁶⁵ Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.432.

¹⁶⁶ Başaklar, **a.g.e.**, s.70.

¹⁶⁷ Zevkliler, Acabey, Gökyayla, **a.g.e.**, s.1107. Yargıtay İBGK, söz konusu kararında 296. maddede belirtilen bir yıllık dava açma süresinin her ne kadar doğumdan itibaren başlayacağı düzenlenmiş ise de, kayyım çocuğa bir yıl geçtikten sonra atanmışsa çocuğa ait dava süresini yine doğumdan itibaren başlatmak 295. madde hükmü ile çocuğa sağlanan dava hakkının ortadan kalkmasına neden olur ki bu da kanun metnini ruh ve amacına uygun düşmez. Bu nedenle, dava süresini kayyımın tayini tarihinden itibaren başlatmak gerekir.

Gerek ana gerekse çocuk dava açma süresini geçirmişlerse doktrinde babalığın tespiti davası açılabilceğı savunulmaktadır. Ancak bu durumda çocuk babalık davasının sonucu olan soybağının kurulmasını ve maddi olanakları isteyemez, kendisine sadece manevi yarar sağlayacak olan babalığın fiilen tespitini isteyebilir. Babalığı tespit davası, müspet ya da menfi tespit davası şeklinde açılabilir. Müspet tespit davası, ana ya da çocuğun varlığını iddia ettiğı hukuki ilişkinin davalı baba tarafından inkar edildiğı durumlarda açılırken, menfi tespit davası, ana ya da çocuk istisnai hallerde özel bir hukuki yarar bulunmak şartıyla baba olarak gösterilen kişi tarafından babalığın mevcut olmadığını tespit etmek için açılabilir. Babalığın tespiti davasında, tespit davalarında bulunması gereken hukuki ilişki ve yarar şartı bulunmaktadır. Buradaki hukuki ilişki aile hukukundan doğmaktadır. Yani babalık ilişkisi söz konusudur. Hukuki yarar ise, çocuğun babasını bilme yolundaki hakkı, kimliğinin babasının belirsizliği nedeni ile sürekli manevi yönden zarar görmesidir. Babalığın tespiti hükmü bu tehlikeyi ortadan kaldıracak niteliktedir. Tespit davaları Yargıtay'ın da belirttiğı gibi zamanaşımına tabi değildir. Bu dava, tespit edilecek hukuki bağ mevcut olduğu müddetçe açılabilir¹⁶⁸.

V- YARGILAMA USULÜ, GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

A- YARGILAMA USULÜ

TMK m. 284'e göre; *"Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır.*

1- Hakim maddi olguları resen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.

¹⁶⁸ Demet Özdamar, "Reşit Çocuk Babalığın Tespitini Her Zaman İsteyebilir mi?", **İZBD**, Y.65, S.2, Nisan, 2000, s.32, 33,35.

2- Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdür. Davalı, hakimın öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim hal ve şartlara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir”.

TMK ile soybağı davalarında medeni usul hukukunun uygulanacağı açıkça belirtilmiş, ancak davanın kamu düzeni ile ilgili olması nedeniyle hakime birtakım yetkiler verilmiş, ayrıca üçüncü kişilere ve taraflara birtakım hukuki yükümlülükler yüklenmiştir¹⁶⁹

B- GÖREVLİ MAHKEME

Babalık davasında görevli mahkeme, asliye hukuk mahkemesidir. Bilindiği üzere kanun açıkça belirli bir mahkemeyi görevli kılmadığı müddetçe görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. HUMK'daki düzenlemelere göre asliye hukuk mahkemesinin görevi asıl, sulh hukuk mahkemesinin görevi istisna olduğundan kanun açıkça sulh hukuk mahkemesini görevli kılmadığı müddetçe davalar asliye hukuk mahkemesinde görülür¹⁷⁰. Babalık davasında kanun özel bir düzenlemeye yer vermediğinden dava asliye hukuk mahkemesinin görev alanına girer.

Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan HUMK m.7/1'e göre, mahkeme davanın her aşamasında kendiliğinden görevli olup olmadığını inceler ve görevsiz olduğu kanaatine kapılırsa dosyayı görevli mahkemeye gönderir.

¹⁶⁹ Akıntürk, **a.g.e.**, s.355.

¹⁷⁰ Kuru, Arslan, Yılmaz, **a.g.e.**, s.127.

C- YETKİLİ MAHKEME

TMK'nın 283. maddesinde soybağı davalarında yetkili mahkeme, tarafların yerleşim yerinin Türkiye'de olması halinde, davacı ya da davalının dava ya da doğum sırasındaki yerleşim yeri mahkemesi olarak belirlenmiştir. Böylelikle davalının yerleşim yeri mahkemesine öncelik tanıyan TKM'deki yetki kuralından ayrılmıştır.

Babalık davasında yetki konusu, TKM'nin 299. maddesinde “umumi salahiyet” ve madde 300'de “sicil kaydının bulunduğu mahal salahiyetleri” kenar başlıkları altında düzenlenmişti. 299. maddeye göre, davacı isterse kendi doğduğu sırada Türkiye'de yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde, isterse davalının dava zamanındaki yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açabilirdi. Eğer çocuk ve ananın yerleşim yerleri farklı ise ananın yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması gerektiği savunulmaktaydı¹⁷¹.

TMK'ya göre, ana ve çocuk davalarını ayrı ayrı mahkemelerde, biri doğum yerindeki yerleşim yeri mahkemesinde biri ise dava tarihindeki yerleşim yeri mahkemesinde açmışsa, bu davalar aralarındaki bağlantı nedeniyle yetkili mahkemelerden herhangi birinde birleştirilir¹⁷².

Babalık davasında tarafların yerleşim yerinin Türkiye'de olmaması halinde davanın hangi yerde açılabilceği konusunda TKM'de özel düzenleme vardı. 300. maddeye göre, ana ve çocuğun yerleşim yerleri Türkiye dışında bulunup da aleyhine dava açılacak babanın da yerleşim yeri Türkiye dışında ise, dava babanın Türkiye'de nüfusa kayıtlı bulunduğu yer mahkemesinde açılmaktaydı. Davalı Türkiye'de nüfusa kayıtlı değilse dava MÖHUK m. 28 gereğince Ankara,

¹⁷¹ Artus, **a.g.e.**, s.179.

¹⁷² Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.434.

İstanbul ya da İzmir'deki mahkemelerden birinde açılırdı¹⁷³. TMK ise bu konuda özel bir düzenlemeye gitmemiştir. Böylelikle tarafların yurt dışında olmaları halinde yetkili mahkemenin neresi olacağı konusunda MÖHUK kuralları uygulama alanı bulacaktır. MÖHUK m.28 "Türklerin Kişi Hallerine İlişkin Davalar" kenar başlığı altında Türkiye'de yerleşim yeri olmayan Türklere karşı nerede dava açılacağını düzenlemiştir. Buna göre, gerek davacı ana ve çocuğun gerekse davalı babanın dava ya da doğum sırasında Türkiye'de yerleşim yerleri yoksa ve dava ikamet ettikleri ülke mahkemesinde açılmadığı ya da açılmadığı takdirde ilgilinin Türkiye'de sakin olduğu yer mahkemesinde, ilgili Türkiye'de sakin değilse son yerleşim yeri mahkemesinde, o da bulunmadığı takdirde Ankara, İstanbul ya da İzmir Mahkemelerinin birinde açılır.

VI- DAVADA İSPAT YÜKÜ

A- DAVACI BAKIMINDAN İSPAT YÜKÜ

Babalık davasında ispat yükü TMK m.6'da yer alan genel prensibe göre belirlenir. Buna göre; "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür*". Böylelikle, çocuğun baba olduğu iddia edilen davalı erkekten olduğunu ispat yükü davacı ana ya da çocuğa düşer.

Babalık davasında ispat edilmesi gerekli olan konu, kimi yazarların "buhranlı devre"¹⁷⁴, kimi yazarların ise "ihtibal dönemi" olarak adlandırdıkları¹⁷⁵ çocuğun ana rahmine düşmesi mümkün olan devrede cinsel ilişkinin varlığıdır. Evlilik

¹⁷³ Akıntürk, "1996 Baskı" s.395.

¹⁷⁴ Amil Artus, "İspat Edilecek Hususlar ve Deliller Davacının İspat Edeceği Hususlar ve Delilleri", **Adliye Ceridesi**, Y.33, s.232, Ankara, 1942.

¹⁷⁵ Esat Şener, "Babalık Davası ve Af Kanunu İle Tescillerde İspat, Velayet, Nafaka ve Kişisel İlişki Üzerinde Düşünceler", s.1006.

dışında bir çocuk dünyaya getiren ananın şu hususları ispat etmesi gerekir. Bunlar; davalı baba ile cinsel ilişkiye girdiği, cinsel ilişkinin buhranlı devre zamanında olduğu ve bu devre zarfında başka bir erkek ile birlikte olmadığıdır. Başka bir erkekle cinsel ilişkiye girilmediğinin ispatı çok güç hatta imkansız olduğundan kanunumuz burada da bir karine kabul etmiştir. Ana ilk iki şıkkı ispat ettiği takdirde, kanun onun buhranlı devrede başka kimseyle olmadığını karine olarak kabul etmiştir. Bunun aksini ispat davalı babaya aittir. TKM m. 301’de, TMK m. 302’de düzenlenen karineye göre, davalının çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunması çocuğun babası olduğuna karine teşkil eder¹⁷⁶.

Davacı ana bu durumda bu süre içinde davalı baba ile cinsel ilişkiye girdiğini ispat etmesi gerekir. Bu ilişkinin bir kaç defa tekrar etmesi gerekli değildir. İlişkinin ispatı farklı şekillerde olabilir. Örneğin, davalının ikrarı, cinsel ilişkiyi kasteden mektupları, davacının evine akşam girip sabah çıkması ve tanık beyanları ispat şekillerindendir¹⁷⁷.

Bazen cinsel ilişki boyutuna varmayan tatminler de kadının hamile kalmasına neden olabilir. Kızların açtığı davalarda kızlık zarının sağlam olması davanın reddini gerektirmez. Zarın, erkek cinsel organının kadın cinsel organına girmesine uygun olması örneğin, geniş ve esnek olması kızlık bozulmadan tam bir birleşmenin meydana gelmesini sağlayabilir. Bu nedenle, hastaneden alınacak raporda bu hususun araştırılması gerekir¹⁷⁸.

Davacı ananın ispat etmesi gereken ikinci husus, cinsel birleşmenin ananın doğum yaptığı günden geriye doğru üç yüz gün ile yüz seksen gün arasındaki yüz yirmi bir günlük süre içinde olmasıdır¹⁷⁹. Doğum günü hesaba katılmaz.

¹⁷⁶ Artus, “İspat Edilecek Hususlar”, s.233.

¹⁷⁷ Velidedeoğlu, a.g.e, s.332, Artus, “İspat Edilecek Hususlar”, s.233; Binatlı, a.g.e, s.395.

¹⁷⁸ Şener, a.g.e, s.1007.

¹⁷⁹ Akıntürk, a.g.e, s.356, Oğuzman, Dural; a.g.e, s.344.

Ancak yüz sekseninci gün hesaba katılır ki sürenin yüz yirmi bir gün olmasının sebebi budur. Sürenin hesaplanabilmesi için doğumun gerçekleşmesi gerekir¹⁸⁰.

B- DAVALI BAKIMINDAN İSPAT YÜKÜ

Davacı ana ve çocuk lehine konulan babalık karinesi adi bir karinedir, yani aksi kanıtlanmak suretiyle çürütülebilir. TKM 301, 302, 303. maddelerinde ve TMK 303. maddesinde karinenin hangi durumlarda çürüyeceğini belirtmiştir. Buna göre;

1- Babalığın İmkansız Olduğu Defi

Davalı baba cinsel ilişkinin olmasına rağmen baba olmasını imkansız kılacak durumların varlığını ispat ile babalık karinesini çürütebilir. Örneğin, kendisinin kısır olduğunu, çocukla kendisi arasında fiziksel ve ırksal özelliklerin farklı olduğunu, ananın o devre içinde zaten hamile olduğunu, ananın bu birleşmeden olan çocuğu düşürmüş olduğunu ispat ederek hakkındaki karineyi çürütebilir¹⁸¹.

2- Ananın Evli Olduğu İtirazı

Ana, hamile kaldığı dönem içerisinde başka bir erkek ile evli ise babalık davası, ancak çocuğun soybağının gerçek olmadığının hakim hükmüyle tespit edilmesinden sonra açılabilir. Bu durumu Türk Medeni Kanun 303/f.3

¹⁸⁰ Velidedeoğlu, a.g.e, s.332.

¹⁸¹ Zevkliler, Acabey, Gökyayla; a.g.e, s.1111, Akıntürk, a.g.e, s.357, Oğuzman, Dural; a.g.e, Mustafa s.347.

maddesinde şu şekilde düzenlemektedir; “Çocuk ile bir başka erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar”. Çünkü TMK m. 285/f.1’de düzenlenen babalık karinesine göre, evlilik birliği devam ederken doğan çocuğun babası, onu doğuran kadının kocasıdır.

Hamile kalma durumunda ananın evli olması dava açılmasına engel olur. Bu bir defi olmayıp, itiraz olduğundan hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Davalı, ananın hamile kaldığı dönemde evli olduğunu ispat ederek davanın reddedilmesini sağlayabilir¹⁸².

3- Bir Başkasının Baba Olma İhtimalinin Kuvvetli Olduğu Defi

Baba olduğu iddia edilen erkek, bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinden daha fazla olduğunu ispat ederek babalık karinesini çürütebilir. Önceki kanun m. 301/f. 2’de, davalı babanın babalığı hakkında ciddi şüphelerin bulunması durumunda karinenin çürüyeceğini hüküm altına almış iken yeni kanunda bu durum, bir başkasının baba olma ihtimalinin yüksek olması şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda davalı erkek, baba olmasının imkansız olduğunu yani cinsel ilişki ile doğum arasında illiyet bağının bulunmadığını iddia etmez. Davalı erkek baba olma ihtimalinin olduğunu ancak bu ihtimalin ananın hamilelik döneminde başka erkeklerle de cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle çürüyebileceğini, başka erkeklerin de baba olma ihtimalinin yüksek olduğunu ileri sürerek hakkında açılan davanın reddedilmesini sağlayabilir.¹⁸³

¹⁸² Akıntürk, **a.g.e**, s.359, Belgesay, **a.g.e**, s.283.

¹⁸³ Oğuzman, Dural; **a.g.e**, s.347.

Üçüncü bir kişinin baba olma ihtimalinin fazla olduğunu hakim kendisi takdir. Kanun koyucu hangi durumların karineyi çürüteceğini tek tek belirtmemiş, somut olayın özelliklerine göre durum değerlendirmesine gidileceğini benimsemiştir¹⁸⁴.

Davalı erkek, karinenin çürütülmesi için ananın kritik devrede başka erkeklerle cinsel ilişkiye girdiğini ispat etmek zorundadır. Buna uygulamada “çokluk defî” denilmektedir. Cinsel ilişkinin ananın isteğiyle olup olmaması önemli değildir. Ana bayıltılarak ya da kaçırılarak cinsel saldırıya uğramış olsa dahi davalı erkek bu durumu ispat ederek hakkındaki karineyi çürütebilir¹⁸⁵.

Davalı erkek başkasının baba olma ihtimalinin yüksek olduğunu her türlü delille ispat edebilir. Örneğin, baba ananın hamile kaldığı dönemde hastane raporları ile geçici iktidarsızlık sorunu yaşadığını, çocuk ile üçüncü erkek arasında fiziksel olarak daha bir benzerliğin olduğunu, ananın çocuğun başkasından olduğuna dair beyanlarıyla hakkındaki karineyi çürütebilir Davalı baba, bu şekilde babalık karinesini çürüttüğünde ana, çocuğun davalı erkekten olduğunu kesin biçimde ispatlamak zorunda kalacaktır. Ana, gelişen tıp ilmiyle kan muayenesi ve antropobiyolojik testlerle ya da üçüncü kişi ile cinsel ilişki sırasında hamile olduğunu ispat ederek karineyi tekrar canlandırabilir. Diğer bir yol ise, üçüncü kişinin kısır olmasıdır.¹⁸⁶

TKM zamanında davalı erkek ananın hamile kaldığı dönemde iffetsiz olduğunu ispatlamak suretiyle de hakkında açılmış olan davanın reddedilmesini sağlayabilirdi.

İffetsiz kadın, erkeklere kolay teslim olabilen, birçok erkekle devamlı surette cinsel ilişkisi olan ve bu durumu yaşam tarzı haline getiren kadın olarak

¹⁸⁴ Başaklar, “1975”, s.80

¹⁸⁵ Saymen, Elbir; a.g.e, s.441, Zevkliler; a.g.e, s.676.

¹⁸⁶ Akıntürk, “1996 Baskı”, s.358, Oğuzman, Dural, a.g.e, s.349, Burçak Yazgı; **Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası**, Ankara-2002, s.56, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

tanımlanmaktaydı¹⁸⁷. Kadının illaki genel evinde çalışması şart değildi. Özel yerlerde çalışan ya da kendi evinde bu alışkanlığı sürdüren kadın da iffetsiz olarak kabul edilmekteydi. Kadının iffetsiz olması durumunda onun ahlaki durumu o kadar bozuk kabul edilmekteydi ki, davalı erkeğin bu kadınla cinsel ilişkisi sabit olsa dahi babalık karinesine itibar edilmezdi. Davalı erkeğin baba olma ihtimali kadar diğer erkeklerin de baba olma ihtimali vardı¹⁸⁸. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında ananın hamilelik döneminde sadece iki erkekle cinsel ilişkiye girmesini iffetsizlik olarak adlandırmamış, duruma göre iki erkekten birinin baba olmadığı kesin ise mahkemenin diğer erkeğin baba olduğuna dair hüküm kurması gerektiğine karar vermişti.¹⁸⁹

İffetsizlik halinin ananın hamile kalma zamanında olması gerekiyordu. Ananın, hamilelik öncesinde ya da hamilelik sonrasında iffetsiz olması babalık karinesini çürütemezdi. Ana davalı erkekle birlikte olmadan önce kötü yaşantısını terk etmiş ve o erkekle yaşantısını ciddiye içinde sürdürmüşse babalık karinesinin devam edeceği kabul edilmekteydi¹⁹⁰.

İffetsizlik sabit olunca artık davacı ana, çocuğun babalığı iddia edilen erkekten olduğunu hiçbir şekilde ispatlayamazdı. Mahkemenin bu durumda derhal davanın reddine karar vermesi gerekiyordu¹⁹¹. Ancak doktrinde bir kısım yazarlar, ananın çocuğun davalı erkekten meydana geldiği konusunda ciddi deliller sunması durumunda davanın reddedilmeyeceğini, çünkü kanun maddesinin amacının çocuğu cezalandırmak olmayıp, babalığın ispatının imkansızlığı nedeniyle bu yolun seçildiği düşüncesi olduğu kabul edilmekteydi. Tıp ilmindeki gelişmelerle çocuğun babasının kim olduğunun ya da en azından

¹⁸⁷ Velidedeoğlu, **a.g.e**, s.334, Zevkliler, **a.g.e**, s.677; Müfit Erkuyumcu, "Nesebi Sahih ve Gayri Sahih Çocuklar", **AD**, s. 865

¹⁸⁸ Artus, "**İspat Edilecek Hususlar**" s.241; Mustafa Emil Elöve, "Evlilik Dışı Çocukların Himayesi", **ABD**, S. 99-100, C. 8, 1952, s.47.

¹⁸⁹ Belgesay, **a.g.e**, s.281.

¹⁹⁰ Akıntürk, **a.g.e**, s.398, Belgesay; **a.g.e**, s.280.

¹⁹¹ Velidedeoğlu, **a.g.e**, s.334.

kim olmadığının tespit edilmesi mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi gibi Yargıtay HGK 1968 tarihinde verdiği kararda, iffetsizlik definin ileri sürülmesine rağmen çocuğun kimden olduğunun ispatlanması durumunda davalıya karşı babalık hükmünün kurulacağı kabul edilmişti¹⁹².

Yeni Medeni Kanunumuz, babalık karinesinin çürütülmesi konusunda ananın iffetsizliği durumunu haklı olarak kaldırmıştır. Tıp ilmindeki gelişmeler babalığın tespitini kolaylaştırmıştır. Ayrıca, ananın ahlaki durumunun çocuğa yansıtılması adaletsiz sonuçlara neden olmakta, bu da babalık davasının kanunda düzenlenen amacına hizmet etmemektedir.

C- SOYBAĞININ BELİRLENMESİNDE TARAFLARIN ve ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ZORUNLU İNCELEMELERE RIZA GÖSTERMESİ

TMK m.284/1.b.2, taraflara ve üçüncü kişilere soybağının belirlenmesi durumunda zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermek yükümlülüğü getirmiştir. Davalı söz konusu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde hakim araştırma sonucunda beklenen durumu onun aleyhine doğmuş sayabilir¹⁹³.

Babalık davasında DNA incelemesi, kan ve benzerlik muayeneleri yapılabilmesi için taraflardan birinin ya da üçüncü kişinin kendisinden kan ya da doku alınmasına izin vermesi gerekir. Hakim tarafından babalığın tespiti için kan muayenesi ya da gen incelemesi yapılmasına karar verildiği takdirde davanın tarafı olan çocuk, ana, baba olduğu iddia edilen erkek ya da üçüncü kişi bu

¹⁹² Selim Kaneti, Bülent Köprülü; **Aile Hukuku**, İstanbul, 1985/1986, s.279. Oğuzman, Dural; **a.g.e**, s.350, HGK. 23.10.1968. 2/803/70, **RKD**, 1969, S.3, s.65.

¹⁹³ Yargıtay da, mahkemenin davalı babanın kan ve dokuları üzerinde inceleme yapılması için bu incelemeyi yapacak kurumlara tayin olunacak süre içinde müracaat etmesini, test için gerekli kan ve doku alınmasına babanın izin vermesini, aksi halde bu yolla oluşacak karineden davalı babanın feragat etmiş sayılacağı yönünde ihtarlı süre vermesini belirtmiştir. Y. 2.HD, 10.01.1994, E.12359, K.25, Özüğür, **a.g.e**, s.295.

incelemeye rıza göstermezlerse, incelemelerin yapılması için onların zorlanmaları mümkün müdür?

Bir kimseyi kan tahlili yaptırmaya ya da doku vermeye zorlamak onun beden tamlığına bir müdahaledir. İnsanlar bedenleri üzerinde mutlak bir hakka sahip olduklarından herkesin bu hakka saygı göstermesi gerekir. Haklı bir neden olmaksızın beden bütünlüğüne yapılan her müdahale kişilik hakkının ihlali sayılır¹⁹⁴. Söz konusu müdahalenin hukuka aykırı sayılmaması için mutlaka yasal bir dayanak gerekir. Kan tahlilinde ve doku vermede amaç babalık durumunun belirlenerek gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayıp üstün bir yarar elde etmektir. TMK m. 24/2 üstün bir yararın olması durumunda kişilik hakkına yapılan müdahalenin hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir. Ancak, söz konusu saldırının hukuka aykırı olmaması için bazı koşullara gerek vardır. Bunlar, bilimsel tahlile müracaatın gerçeği belirlemek için kaçınılmaz olması ve tahlilin ona katlanacak kişinin sağlığı açısından bir tehlike teşkil etmemesidir¹⁹⁵.

Babalık davasında baba olduğu iddia edilen erkeğe karşı bilimsel tahlile müracaat etmek son çare olarak düşünülmelidir. Davalı erkeğin baba olabileceğine dair hakim başkaca delillerle ikna olmalı, çocuğun annesi ile davalı erkek arasında cinsel ilişkinin varlığına kanaat getirdikten sonra kan tahliline ya da doku vermeye babayı zorlamalıdır¹⁹⁶. Aksi takdirde üstün yararı korumak için bedensel bütünlük ihlal edilmiş olur.

Hakim tarafından her ne kadar gerçeğin saptanması için bilimsel verilere müracaat edilmesi gerekli görülse de davalı erkeğe karşı fiziki zorlamada bulunulamaz. Yani kişiye zorla iğne vurulamaz, elleri ve ayakları bağlanamaz. Aksi takdirde, kişilik hakkına yönelik ağır bir ihlal gerçekleşmekte, insan

¹⁹⁴ Mehmet Ayan, Nurşen Ayan; **Kişiler Hukuku**, Konya, 2007, s. 46.

¹⁹⁵ Serozan, **a.g.e.**, s. 215.

¹⁹⁶ Rıfat Erten, Birsan Acır, Sema Taşveren; “Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **AÜHFD**, 1996\1-4, s. 578.

onuruyla bağdaşmayan sonuçlar ortaya çıkmaktadır¹⁹⁷. Kişinin iradesi dışında ondan alınan kan ya da doku örneği onun aleyhine de mahkemede delil olarak kullanılamaz. Medeni Kanun m.284/b.2, bilimsel veriye katlanma yükümlülüğünü yerine getirmeyen davalıya yaptırım olarak fiili karine kabul etmiş, buna göre bilimsel veri ile kanıtlanmak istenen hususun davalı aleyhine kanıtlanmış sayılayacağı belirtilmiştir. İşte babalık davasında baba olduğu iddia edilen erkek bilimsel veri vermeyi kabul etmezse hakim kişinin baba olduğuna karar verebilir. İlgili madde hakime burada takdir hakkı tanımıştır. Yani hakim davalı erkek veri vermeye yanaşmasa da onun babalığına hükmetmeyebilir. Ancak, bunun nedenlerini gerekçesinde belirtmelidir.

D- BABALIĞIN İSPATINDA TIBBİ VERİLERİN KULLANILMASI

Babalık davasının konusu çocuğun davalı erkeğin soyundan gelip gelmediğidir. Kanunun kabul ettiği babalık karinesinin ispatlanabilmesi ya da çürütülebilmesi ya da kanuni karineden faydalanılamayan durumlarda maddi gerçeğe ulaşabilmesi için “adli tıp yöntemleri” kullanılmaktadır. Çocuğun davalı babadan olduğunu kanıtlamak için müracaat edilen adli tıp yöntemleri; kan tahlili, DNA incelemesi, antropobiyolojik ve kalıtsal muayenedir¹⁹⁸. Bu incelemeler birer bilirkişi incelemesi olduğu için hakim bu yollara tarafların istemi üzerine ya da babalık davasında kendiliğinden araştırma ilkesi geçerli olduğundan kendiliğinden müracaat edebilir¹⁹⁹. Ayrıca kanun tarafından belirlenmiş resmi bilirkişiler olduğunda hakim bilirkişileri sadece bunlar arasından seçebilir²⁰⁰.

¹⁹⁷ Acabey, **a.g.e.**, s.132.

¹⁹⁸ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.414, Acabey, **a.g.e.**, s.128.

¹⁹⁹ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.415.

²⁰⁰ Yılmaz,Kuru, Arslan, **a.g.e.**, s.412.

Ülkemizde babalığın tayini konusunda müracaat edilebilecek resmi bilirkişiler; Adli Tıp Kurumu, Adli Tıp Enstitüsü, Emniyet Müdürlüğü Kriminal Polis laboratuvarları ve Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalıdır. Bu resmi kuruluşların yanında özel kuruluşlara da babalığın tespitinde başvurulmaktadır. Ancak bu özel kuruluşlarca verilen babalık tespitine ilişkin belgeler hakimi bağlamaz.

2003 yılına ait istatistiksel verilere göre incelenen 143 olguda başvuran kadınların %51.7'sinin 26-35 yaş grupları arasında, erkeklerin ise %32'sinin 36-45 yaş grupları arasında olduğu, her eğitim düzeyinden insanın başvurduğu ve başvuruların 27'sinde erkek ile çocuk arasında soybağı ilişkisi bulunmadığı tespit edilmiştir²⁰¹.

DNA, kan ve benzerlik incelemeleri sonucunda resmi bilirkişilerce verilen raporlar tıbben kesinlik arz ettiklerinden hakimin bunları değerlendirmesinde takdir hakkının olmaması gerekir. Her ne kadar hakim HMUK m.286 uyarınca bilirkişinin raporu ile bağlı değilse de bu bağlı olmama durumu hakimin değerlendirme sonucunda raporun yanlış olduğuna kanaat getirmesi durumunda söz konusu olabilir. Hakim rapor sonucunun yanlış olduğunu düşündüğünde bilirkişiden ek rapor isteyebileceği gibi yeni bilirkişiye müracaat edebilir ya da rapordan yeterince bilgi sahibi olmuşsa tekrar bilirkişi incelemesine başvurmayarak esas hakkında kararını verebilir²⁰². Halbuki, babalığı tespit eden raporlar kesin olduklarından hakimin bu raporların aksine karar vermesi düşünülemez. Hakim raporların düzenlenmesinde hata olduğunu, eksik inceleme yapıldığını ya da uzman olmayan kişiler tarafından rapor düzenlendiğini düşünürse tekrar bilirkişiye başvurabilir. Ancak bu başvuru

²⁰¹ Ayşim Tuğ, Doğan Alakoç, Cüneyt Elma; “Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalında Gerçekleştirilen Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi”, **Adli Bilimler Dergisi**, C.3, S.3, Eylül-2004, s.51.

²⁰² Yılmaz, Kuru, Arslan; **a.g.e**, s. 415.

bilirkişi raporunun sonucuna değil, inceleme usulüne ilişkin olduğundan hakime sınırlı bir takdir hakkı sağlar²⁰³.

Çalışmanın bu bölümünde babalığın tespitinde kullanılan yöntemlerin neler olduğuna değinilecektir.

1- Antropobiyolojik ve Kalıtımsal Metod

Antropobiyolojik ve kalıtımsal metotta, çocukla davalı erkek arasında kafa tası, kemik yapısı, cilt yapısı ve sair organlar arasında benzerlik araştırması yapılmaktadır. Bu araştırma sonucunda davalı erkeğin çocuğun babası olduğu ya da olmadığı konusunda kesine yakın bir delil elde edilir ya da bu konuda kesin bir sonuca varılamayacağı ortaya çıkar²⁰⁴.

2- Kan İncelemesi Yöntemi

Adli Tıp Alanında kan gruplarından ilk defa V.Dungern ve Hirszfelt faydalanmış, babalığın tespitinde ise kan grupları ilk defa 1926 yılında Almanya'da kullanılmıştır. Ülkemizde ise 1932 yılında babalık davasında bu yöneme müracaat edilmiştir²⁰⁵. Kan grupları muayenesinde çeşitli yöntemler kullanılmaktadır. Bunlar; Klasik Kan Grupları Muayenesi, Rhesus Metodu, ve MN Faktörleri Metodudur. Bu yöntemlerin tek başına ya da ikili-üçlü şekilde birlikte kullanılması mümkündür²⁰⁶.

Kan grupları yoluyla babalığın tespiti günümüzde önemini kaybetmiş olup hemen hemen hiç kullanılmamaktadır. Çocuk ile baba olduğu iddia edilen

²⁰³ Erten, Acır, Taşveren; **a.g.e.**, s.578, Oğuzman, Dural; **a.g.e.**, s. 476.

²⁰⁴ Serozan, **a.g.e.**, s.157.

²⁰⁵ Sevim Ölmez, “Babalığın Tayini”, **AD**, 1972\8-9, s.589.

²⁰⁶ Acabey, **a.g.e.**, s.128.

erkeğin kan gruplarının ayrı çıkması halinde, aralarında soybağı ilişkisinin olmadığı kesindir. Kan gruplarının aynı olması halinde ise çocukla baba olduğu iddia edilen erkek arasında soybağı ilişkisinin bulunduğu kesin olarak kabul edilmemektedir²⁰⁷.

3- DNA İle Babalığın Tespiti Yöntemi

Son yıllarda gelişen DNA (Deoksi Ribonükleik Asit)), tüm canlı organizmaların özelliklerini belirleyen kimyasal maddedir. DNA, hücrelerin çekirdek bölümündeki kromozomda yer alır ve canlının tüm özelliklerini belirleyen genetik bilgiyi saklar²⁰⁸. Bu yöntemin amacı, kalıtım maddesini inceleyerek kişiler arasındaki ilişkiyi tespit etmek, farklılaştırmayı ve dışlamayı sağlamaktır. DNA molekülü insanın saç telinden çok daha ince olmasına rağmen yaklaşık bir milyon sayfaya eşdeğerde kişiye ait bilgiyi saklar. Her insanın DNA şifresi birbirinden farklı olup, sadece tek yumurta ikizlerinin DNA şifreleri aynıdır²⁰⁹. İstatiksel olarak iki kişinin DNA sının aynı olma olasılığı otuz milyarda birdir. Bugün için dünya nüfusunun yedi milyar olduğu düşünüldüğünde teorik ve pratik olarak iki insanın DNA sının aynı olma olasılığı sıfırdır²¹⁰.

DNA parmak izi, DNA tipleme, DNA profillemesi olmak üzere üçe ayrılan DNA incelemeleri ilk defa 1869 yılında bulunmuştur. İngiliz Genetik Uzmanı olan Alec Jeffreys 1985 yılında DNA parmak izi yöntemini kullanarak tecavüz edildikten sonra öldürülen iki genç kızla ilgili davayı DNA molekülün yapısal özelliğine göre çözmüş ve bundan sonra da bu yöntem adli bilimlerde

²⁰⁷ Feyzioğlu, a.g.e, s.415, Murat Kutlu Sezen, **Hukuk ve Adli Tıp Açısından Babalık Davaları**, İstanbul, 2000, s.94, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

²⁰⁸ Yazgı, a.g.e, s.79.

²⁰⁹ Yazgı, a.g.e, s.81.

²¹⁰ Gültekin Eryılmaz, **Adli Otopsilerde Elde Edilen Spermatozoid Pozitif Swablardan,Sperm DNA'sının İzolasyonu ve HUMTHO1 Geninin Gösterilmesi**, İstanbul, 1997, s.9, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

kullanılmaya başlanmıştır. Jeffreys DNA parmak izinin yalnız kişiye özgü olduğunu ve bir nesilden diğerine aktarıldığını ispatlamıştır²¹¹.

DNA incelemesi canlı ya da ölü insanda yapılabileceği gibi olay yerinde terk edilen delillerin içerisinde de yapılabilir. Canlı insanda kan üzerinde yapılabilen inceleme, ölü insanda kan bozulmamışsa kandan kan bozulmuşsa yumuşak dokulardan yapılır. Yumuşak doku da kalmamış ise, kemik dokusu üzerinden yapılmaktadır²¹². Ayrıca saç, kıl, idrar, tükürük, sperm, süt, vajinal sıvı, adele, deri, plasenta, ağız mukozundan alınan örneklerle de inceleme yapılabilmektedir.

Adli amaçlı DNA analizleri kriminal olayların yanında soybağının tespit edilmesinde de kullanılmaktadır. İnsanda bulunan 46 kromozomun yarısı anneden yarısı da babadan geçtiği için anne, baba, çocuk profilleri karşılaştırıldığında çocuğun DNA sının anneden ve babadan aktarılan bölümleri tespit edilmektedir. Anne baba olduğu iddia edilen kişilere ait allellerin çocukta görülmemesi soybağının olmadığını göstermektedir. Anne babadan alınan alleller çocukta görülüyorsa, tespit edilen allellerin görülme sıklığı temel alınarak olasılık hesapları yapılmaktadır²¹³. Yapılan DNA testleri sonucunda %99.99 oranında babalık tespit edildiğinden davalı erkeğin baba olup olmadığı kesin bilimsel verilerle kanıtlanmış olmaktadır²¹⁴.

Yargıtay da, verdiği kararlarda irs ve soybağı ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmasını ve bu nedenle de tıbbın ve tekniğin son imkanlarına müracaat edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Soybağına ilişkin davalarda kendiliğinden araştırma ve kanıtları serbestçe değerlendirme ilkeleri geçerli olduğundan hakim davalı erkeğin ikrarı ile bağlı değildir. Bu nedenle

²¹¹ Eryılmaz, **a.g.e.**, s.9, Tuğ, Alakoç, Elma, **a.g.e.**, s.52.

²¹² Yazgı, **a.g.e.**, s.83.

²¹³ Tuğ, Alakoç, Elma, **a.g.e.**, s.52.

²¹⁴ Yazgı, **a.g.e.**, s.93.

taraflar ve üçüncü kişiler sağlıkları açısından tehlike arz etmeyen ve soybağının belirlenmesinde zorunlu olan araştırma ve incelemelere rıza göstermek zorundadır. Mahkemece çocuğun, ananın ve baba olduğu iddia edilen erkeğin kan grup ve alt grupları belirlenmeli, DNA analiz ve tiplerini yapıtırılarak genetik inceleme sonucu davalı erkeğin baba olup olmadığı tıbben belirlenmelidir²¹⁵.

Babalığın tespitinde bilimsel veriler kullanılarak sonuca kesin olarak ulaşma imkanı varsa da kanaatimizce bu imkanı kanunen belirlenen hak düşürücü süreler içinde kullanmak gerekmektedir. Hukuki gerçeklik ile fiili gerçeklik her zaman birbirini tutmaza dahi uzun yıllar birbirlerini baba-çocuk olarak bilen kişilerin sosyal ve ailevi ilişkilerinin zarar görmemesi için bilimsel verilerle ispat durumuna her zaman müracaat etmemek gerekir²¹⁶. Çocuk ya da hukuki baba birbirlerinin soyundan gelmediklerini uzun zamandan beri bilmelerine rağmen daha sonradan aralarında çıkan fiili anlaşmazlık durumuna karşın birbirlerine mirasçı olmamak ya da başka nedenlerle aralarındaki soybağı ilişkisinin sona ermesini ve bilimsel inceleme yapılmasını isterlerse hakim bu durumu dinlememesi gerekir. Kişilerin her ne kadar gerçek anne-babasını öğrenme ve onlara bağlanma hakları varsa da uzun zaman bu hakkını kullanmayan kişilerin daha sonradan kötü niyetlerle bu hakkı kullanmaya karar vermeleri hukuken korunamaz.

²¹⁵ Y.2.HD, 25.04.2006, E.18417, K.6241, Özüğür, a.g.e, s.239. Ayrıca Yargıtay 2.HD 10.05.2001 Tarihli kararında “..... Davacı, çocuk ve baba olduğu iddia olunan davalının kan grupları belirlenerek Adli Tıp Kurumunda bir inceleme yapılmışsa da bu yeterli değildi. Davacı, çocuk ve davalının ALYUVAR (ERİTROSİT)ANTİJENLERİ((ABO, Rh (CDE, ede), MNSs. Duffy(Fya Fyb)Kidd (Jka. Jkb), Keli(Kk)); LOKOSİT ANTİJENLERİ ((HLA-A), (HLA-B),(HLA-C), (HLA-DR), (HLA-DQ)), ALYUVAR(ERİTROSİT) ENZİMLERİ (Adenozin Dezaminaz, Esteraz D.Fosfoğlukomutaz, gliyoksalaz (I), Adanilat Kinaz, Glukoz 6.fosfat dehidrogenaz, Alanin Transaminaz, Eritrosit asit fosfat (LAP)); serum proteinleri(Heptoglobulin, Hemaglobin ve tansferrin) testleri mutlaka yapılmalı, baba olduğu iddia edilen kişinin %99.73 oranından daha az ihtimalle baba olacağı belirlenmiş ise, Karbonik Anhidraz (Ca II, Peptidaz F. Gm. Levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda bir sonuç elde edilemiyorsa DNA tipleri yapılması imkanı aştırılmalı, davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp delillerin hep birlikte takdiri gerekir”. Hükmünü kurmuştur. Özüğür, s.284.

²¹⁶ Tekin Memiş, Mustafa Fadıl Yıldırım, ” Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması”, **EHFD**, C.VIII, S.1-2, Y. 2004, s.306.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BABALIK HÜKMÜNÜN SONUÇLARI

Babalık davasının kabul edilmesi ile birlikte anne ve çocuk lehine birtakım sonuçlar doğmaktadır. TKM’de babalık davası mali sonuçlu ve kişisel sonuçlu babalık davası diye ikiye ayrıldığından dava sonunda kurulan hükümde her iki dava açısından farklılıklar arz etmekteydi. Bu bölümünde ilk önce TKM zamanında geçerli olan kişisel sonuçlu babalık davasının sonuca bağlanması için gereken şartlara, daha sonra çocuk ile baba arasında soybağının kurulması halinde çocuk lehine doğacak kişisel sonuçların neler olduğuna yer verilecek ve en son kısımda da babalık davasının mali sonuçları üzerinde durulacaktır.

I- KİŞİSEL SONUÇLU BABALIK DAVASINDA HÜKMÜN VERİLMESİ İÇİN ARANACAK ŞARTLAR

Kişisel sonuçlarıyla babalığa hüküm verilebilmesi için ananın sadece davalı erkekten hamile kaldığını ispatlaması yeterli değildi. Buna ek olarak ananın TKM m.310’da belirtilen özel şartlardan birinin gerçekleştiğini de ispatlaması gerekiyordu. Bu şartlar; davalının anaya evlenme vaadinde bulunmuş olması, cinsel ilişkinin bir cürüm teşkil etmesi, davalının nüfuzunu kötüye kullanarak anayı cinsel ilişkiye razı etmesiydi. Bu üç olumlu şarttan birinin bulunmasının yanında davalının cinsel ilişkinin gerçekleştiği sırada evli olmaması şartı da aranmaktaydı.

Kişisel sonuçlu babalık davası mali sonuçlu babalık davası ile birlikte açıldığı takdirde çocuk lehine nafaka istemi hariç, ana lehine maddi ve manevi tazminat

istemleri de yer alabilirdi. Tazminat ve nafaka istemleri, mali sonuçlar kısmında inceleneceği için burada davanın kişisel sonuçlarına değinilecektir.

A- ANAYA EVLENME VAADİNDE BULUNULMUŞ OLMASI

TKM m.310'da belirtilen şartlardan ilki davalı erkeğin anaya evlenme vaadinde bulunmuş olmasıydı²¹⁷. Burada manevi tazminat davasından farklı olan husus, vaadin cinsel ilişkiden önce mi sonra mı yapılması gerektiği idi. Tartışmanın çıkmasına neden olan şey manevi tazminat davasını düzenleyen 305. maddede evlenme vaadinin cinsel ilişkiden önce olması açıkça düzenlemesine rağmen, 310. maddede vaadin ne zaman gerçekleşmesi gerektiği konusunda açık bir düzenleme yoktu. Tekinay, Egger'in görüşüne katılarak vaadin cinsel ilişkiden önce ya da sonra yapılması arasında fark görmemekteydi. Ona göre, davalı babanın hamile kalma tarihinden sonra anaya evlenme vaadetmesi onun kendisiyle birlikte olmasına bir değer verdiğini ve bu ilişkiyi sahiplendiğini ve çocuğun babası olma niyetinde olduğunu ortaya koymaktaydı²¹⁸. Velidedeoğlu ise, evlenme vaadinin cinsel ilişkiden önce olması gerektiğini savunmaktaydı. Ona göre, vaadin önce olduğunu ispatlamak görevi anaya yüklenemezdi. Davalı baba, vaadin cinsel ilişkiden sonra yapıldığını iddia ediyorsa bunu ispat etmek zorundaydı²¹⁹.

BK m.53 gereğince, ceza hakiminin maddiolguyu tespit eden kararı hukuk hakimini bağlayacağından, ceza mahkemesinde babanın anaya evlenme

²¹⁷ Yargıtay, HGK 01.11.1989 tarih ve 2-386/568 sayılı kararında kişisel sonuçlarıyla babalığa hükmedilme şartlarından olan evlenme vaadinin aranacağını, tarafların uzun süre birlikte karı koca hayatı sürmelerinin ve bu ilişkiyi kırınlıklara rağmen bitirmemelerinin hayatın olağan akışına göre evlenme vaadi olarak nitelendirilmesi gerektiğini içtihat etmişti. Kazancı Mevzuat ve İctihat Programı.

²¹⁸ Tekinay, **a.g.e.**, s.464.

²¹⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.336.

vaadinde bulunmadığı tespit edilmişse hukuk hakimi kişisel sonuçlarıyla babalığa hükmedemezdi²²⁰.

B- CİNSEL İLİŞKİNİN BİR SUÇ OLUŞTURMASI

Kişisel sonuçlarıyla babalığa hükmedilebilmesinin bir diğer şartı cinsel ilişkinin 765 sayılı TCK açısından bir suç olmasıydı. Bu şart, manevi tazminat davasından farklı koşullar taşımadığı için o konuya atıf yapmakla yetinilecektir²²¹.

²²⁰ 2. HD, 16.10.1986, 7815/8835; Esat Şener, **İçtihatlı Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, I. Cilt, Madde-1/516**, Ankara, 1998. s.52, 53.

²²¹ Anayasa Mahkemesi 20.03.2002 tarih ve 3/34 sayılı verdiği kararda evlenmek vaadiyle cinsel ilişkiye değinmişti. Mahkeme her ne kadar 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13. maddesinde belirtilen, Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davalarında yeni kanun hükümleri uygulanır hükmüne dayanarak karar verilmesine yer olmadığına dair karar vermişse de, kararında ifade ettiği düşünceler modern görüşü yansıtmaması açısından önemlidir. Mahkeme konuyu Anayasanın 10., 12., 41. maddeleri açısından ve uluslararası sözleşmeler açısından ele almıştı. Cinsel ilişki sonucu dünyaya gelen çocuğun ana babanın subjektif iradelerinden kaynaklanan kendi iradesi dışında eşit olmayan, haksız bir duruma maruz kalması eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca Anayasada düzenlenen aile kavramına göre, çocuk ile babası arasında sadece mali sonuçlu babalık davası hükmünün kurulması sonucunda çocuk bir aileye sahip olamamakta ve devletin korumasından faydalanamamaktadır. Bu durum çocuk açısından telafisi mümkün olmayan manevi sorunlar doğuracağı gibi anayasaya aykırı bir durum da ortaya çıkacaktır.

10.12.1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 2. fıkrasında “*Analık ve çocukluk özen, ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün çocuklar evlilik içinde veya dışında doğsunlar aynı sosyal konumdan faydalanırlar*” denmiş, aynı beyannamenin 16. maddesinde ailenin toplumun doğal ve temel ögesi olduğu ve bu nedenle toplumun ve devletin korumasından yararlanması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Teşkilatı Ekonomik ve Sosyal Kurulunun 18.05.1973 tarihli kararında düzgün ve düzgün olmayan soybağına sahip çocukların eşit hukuksal durumlara sahip olmaları benimsenmiştir. Usulüne uygun imzalanmış ve onaylanmış uluslararası anlaşmalar Anayasa m. 90 uyarınca Anayasa hükmünde olduğundan bunlara aykırı kanunların iptal edilmesi gerekir. Bu nedenlerle, kişisel sonuçlu babalık davası için cinsel ilişkinin suç oluşturması koşulunun aranması çocuk açısından adaletsiz sonuçlar doğuracağından gerek anayasaya gerekse uluslararası sözleşmelere aykırıdır. **Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı.**

C- NÜFUZUN KÖTÜYE KULLANILMIŞ OLMASI

Davalı erkek ana üzerinde sahip olduğu nüfuzunu kötüye kullanarak cinsel ilişkiye onu zorlamışsa ananın dava açabileceği hüküm altına alınmıştı. Bir işveren kadın işçisini, bir doktor hastasını, daire müdürü nüfuzu altında çalıştırdığı kadını, bir öğretmen öğrencisini nüfuzunu kullanarak cinsel ilişkiye razı etmişse dava hakkı doğmaktaydı²²².

Burada dava açılırken dikkat edilmesi gereken nokta, ananın da bu cinsel ilişkiyi kendi çıkarlarına uygun görüp görmediğiydi. Ana kendi menfaati nedeniyle ilişkiye rıza vermişse dava açamazdı²²³. Davalı babanın ana ile cinsel ilişkiye girmesinde nüfuzunu kötüye kullanmış sayılması için aralarında bir bağımlılık ilişkisinin olması gerekirdi. Bu bağımlılık ilişkisi özel ya da kamu hukukundan doğabileceği gibi hukuki ya da fiili bir ilişkiden de doğabilirdi. Ana bu bağımlılık ilişkisinden çekindiği için ve zararlı sonuçlar doğabileceği ihtimalini düşünerek davalı erkek ile birlikte olmuşsa nüfuzu kötüye kullanma şartı gerçekleşmiş olurdu²²⁴.

D- ANAYASA MAHKEMESİNİN İPTAL ETTİĞİ OLUMSUZ ŞART: CİNSEL İLİŞKİ SIRASINDA BABANIN EVLİ OLMAMASI

TKM m. 310, kişisel sonuçlarıyla babalığa hükmedilebilmesi için olumsuz bir şarta yer vermişti. Bu şart da, cinsel ilişki esnasında davalı babanın evli olmamasıydı. Anayasa Mahkemesi 21.05.1981 tarih ve 67/23 sayılı kararı ile bu hükmü iptal etmişti. Hüküm iptal edilmeden önce cinsel ilişki esnasında evli olan

²²² Gönensay, **a.g.e.**, s.111; Muammer Şatıroğlu, “Babalık Davasında Maddi ve Manevi Tazminat III”, **YD**, Y.1981, s. 537.

²²³ Başaklar, “**1976**” s.110, Saymen, Elbir, **a.g.e.**, s.457, Akıntürk; **a.g.e.**, s.451.

²²⁴ Şatıroğlu, “**1981**”, s.538.

erkeklere karşı kişisel sonuçlu babalık davası açılmamakta yalnız mali sonuçlu babalık davası açılabilmekteydi.

Bu hükmün konulmasındaki amaç, meşru aileyi korumaktı. Doktrinde Saymen-Elbir konuya birkaç açıdan yaklaşmışlardı. Onlara göre, cinsel ilişki esnasında baba evli değilse daha sonra evlenmiş ise babaya karşı babalık davası açılabilirdi. Cinsel ilişki esnasında davalı baba evli olmasına rağmen dava tarihinde boşanmış ise artık ortada korunmaya değer bir evlilik bulunmadığından kişisel sonuçlu babalık davası açılabilmesi gerektiğini ileri sürmekteydiler²²⁵.

Anayasa mahkemesinin iptal kararına kadar bu hüküm birçok açıdan eleştirilmişti. Bu eleştiriler, bekar erkek ile evli erkek arasında babalık davası açısından fark yaratmanın mantıksız olduğu, evli olan erkek tarafından bu fiillerin işlenmesi durumunda eşine sadakatsizlik nedeniyle daha ağır bir cezanın verilmesinin gerektiği, ayrıca dava açılmamasındaki amacın meşru ailenin huzurunu korumak olduğu ancak mali sonuçlu babalık davası açmak yasak olmadığından aile huzurunun bu dava ile de bozulabileceği, ayrıca ana babaların kusurlarından çocukların sorumlu tutulamayacağı noktasında birleşmekteydi²²⁶. Anayasa Mahkemesi de sayılan eleştirileri dikkate alarak hükmü şu gerekçelerle iptal etmişti: *“Ana rahmine düştüğü sırada babası anasından başka biriyle evli olan çocukla, babası evli olmayan çocuk arasında yapay ayırım yaparak, birinci çocuğu babaya karşı nesepsiz duruma düşüren, ikincisine babasına sahip olmayan nesep bağı ile bağlanma olanağı tanınması eşitlik ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi, buna haklı neden de gösterilemez.... toplum yaşamında önemli olan, bu tür ilişkilerin sonucu doğan çocuğu, toplum dışına iterek ve kişi haklardan yoksun kılarak cezalandırmak değil, onu ortaya çıkaran anormal ve toplumun değer yargıları açısından da ahlaklı davranış*

²²⁵ Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.454, Velidedeoğlu; **a.g.e.**, s.338.

²²⁶ Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.455.

sayılamayan ilişkileri yok etmektir.... Evlilik dışı çocukların babalarına sahip ya da hiç değilse sahip olmayan bağ ile bağlanabilmesine izin verilmesi hiç kusuru olmadığı halde toplumda çok kötü duruma düşürülen çocuğun korunması ile ilgili bir önlem olup bunun serbest birleşmeleri artırmaya yönelik bir yanı yoktur²²⁷.

II- BABALIK HÜKMÜNÜN KİŞİSEL SONUÇLARI

Evlilik dışında doğmuş olan çocukla babası arasında doğum anında hiçbir soybağı ilişkisi kurulmamaktadır. Baba ile çocuk arasında sadece tabii bir soybağı ilişkisi vardır. Bu tabii soybağının hukuki bir soybağı ilişkisine dönüşebilmesi TKM zamanında kişisel sonuçlu babalığa hükmedilmesi ile mümkün olmakta ve çocuk ile baba arasında düzgün olmayan soybağı ilişkisi kurulmaktaydı²²⁸.

TMK tek tip babalık davası düzenlemiştir. Bu dava sonucunda babalık hükmü kurulduğunda, baba ile çocuk arasında normal soybağı ilişkisi kurulacaktır. TKM zamanında sadece kişisel sonuçlu babalık davası ile baba ile çocuk arasında soybağı kurulacağı kabul edilmişti.

A- ÇOCUK YÖNÜNDEN SONUÇLARI

1- Soyadı

TKM m. 311'e göre, evlilik dışında doğan çocuk anasının soyadını alırdı. Anasının çocuğa karşı olan yükümlülükleri aynen ananın düzgün soybağına sahip çocuklarına karşı olan yükümlülükleri gibiydi. Çocuk ile babası arasında

²²⁷ AMKD, S.19, s.102 vd, Ankara-1982.

²²⁸ Akıntürk, a.g.e, s.405.

babalık davası ya da tanıma ile soybağı ilişkisi kurulduğunda çocuk anasının soyadını kaybeder ve babasının soyadını taşımaya başlardı. Bu hüküm emredici bir hüküm olduğundan taraflar, bu hükmü sözleşme ile değiştiremeyecekleri gibi çocuk da babasının soyadını taşımak zorundaydı²²⁹.

Tanıma ya da babalık hükmüne rağmen çocuğun nüfus kayıtlarında halen anasının soyadı yazılı olarak kalmışsa bu kaydın TKM m. 40'a göre düzeltilmesi gerekiyordu²³⁰. Tekinay, babalık davası sonunda çocukla arasında soybağı ilişkisi kurulan babanın çocuktan nefret etmesi ve devamlı olarak çocuğu reddetmesi durumunda hakimın ana ve çocuğun istemleri üzerine bu zorunluluğu kaldırabilme yetkisinin olması gerektiğini düşünmekteydi

TMK m.321, çocuğun soyadı konusunda yeni bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, ana ve baba evli ise çocuk ailenin, ana baba evli değilse çocuk ananın soyadını taşır. Çocuğun anasının soyadını taşıması, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulmadığı durumlarda doğal bir sonuç olarak görülmektedir²³¹. Ancak, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulsa dahi durum değişmez, çocuk ananın soyadını taşımaya devam eder. Ancak, eğer ananın önceki evliliğinden dolayı iki soyadı varsa çocuk ananın bekarlık soyadını taşıyacaktır.

SEROZAN, çocuğun anasının soyadını taşımasının daha gerçekçi olduğunu, ayrıca çocuk ile babası arasındaki ilişkilerin yoğunlaşması halinde çocuğun babasının soyadını alma olanağının her zaman bulunduğunu belirtmektedir²³².

KIRKBEŞOĞLU, bu konuda anne babaları evlenmiş çocuklar ile tanıma ya da babalık hükmü ile babalarına bağlanmış çocuklar arasında yapılan ayrımın isabetli olmadığını belirtmektedir. Zira yazara göre, tanıma ya da babalık davası

²²⁹ Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.459, Başaklar; “1976” s.117.

²³⁰ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.347.

²³¹ Dural, Ögüz, Gümüş; **a.g.e.**, s.510.

²³² Serozan, **a.g.e.**, s.130.

ile çocuk ile baba arasında hukuki soybağı kurulmakta ve 321. maddede düzenlenen soybağına bağlı (soyadı hariç) bütün sonuçlar doğmaktadır. Böyle bir durumda çocuk babasının vatandaşlığını kazanabilecek, ona mirasçı olabilecek ve hatta çocuğun velayeti babaya verilebilecek ancak babasının soyadını taşıyamaması gibi garip bir sonuç ortaya çıkacaktır. Yazara göre anne lehine yaratılan bu durumunun yasal değişiklikle düzeltilmesi ve orta yolun bulunması gerekmektedir. Bu da, çocuğun soyadı konusunda anne babanın ortak kararının alınması, anne baba ortak karara varamıyorlar ise hakimın çocuğun yararını gözeterek bir karara varması ve çocuk ergin olduktan sonra da kendisine soyadını seçme hakkının tanınması şeklinde olabilir²³³.

ACABEY’de söz konusu düzenlemenin isabetsiz olduğunu, kadın-erkek eşitliği sağlamak amaç edinilirken bu seferde erkek aleyhine bir durum yaratılmış olduğunu ve bu nedenle Alman Medeni Kanunu’nun benimsediği çözümün örnek alınması gerektiğini belirtmektedir. Alman Medeni Kanununa göre, evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmamış ise çocuk anasının soyadını taşır. Çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi tanıma ya da mahkeme kararıyla kurulmuş ise çocuğun anne babasından hangisinin soyadını taşıyacağı anne babanın anlaşması yoluyla belirlenir. Anne baba bu konuda anlaşamadıkları takdirde hakim soyadını belirleme yetkisini anne babadan birisine verir. Soyadını belirleme yetkisine sahip olan taraf çocuğa kendi soyadını verebileceği gibi çocuğa diğer tarafın soyadının verilmesini de isteyebilir. Ancak bunun için diğer tarafın onayı şarttır²³⁴.

Çocuğun soyadı önemli sebeplerin varlığı halinde değiştirilmeli ve çocuğa babanın soyadının verilmesi mümkün olmalıdır. Kendisine soybağı ile bağlanan çocuğa soyadını vermek isteyen babaya karşı hakimın katı davranmaması ve çocuğun bu konuda yararının bulunup bulunmadığını göz önünde bulundurması

²³³ Kırkbeşoğlu, **a.g.e.**, s.27.

²³⁴ Acabey, **a.g.e.**, s.284.

gerekir(MK m.27). Tanıma ya da babalık davası ile babaya bağlanan çocuğa baba soyadını vermek istediğinde, ana itiraz etmemiş ise bu durum isim değişikliği için haklı bir neden oluşturabilir²³⁵.

Yargıtay, mahkemenin sadece çocuğun babasını tespit etmekle yetinmesi gerektiğini belirtmiş, idareyi işlem yapmaya zorlayacak şekilde baba hanesine davalının tesciline karar vermesini kanuna aykırı bulmuştur²³⁶. Çocuk sadece ana babasının sonradan evlenmesi durumunda babasının soyadını alır²³⁷. Nüfus Kanunu m. 20/f. 4.'de de, evlilik dışında doğan çocuğun ananın aile kütüğüne ananın soyadı ve onun bildireceği baba adı ile yazılacağını belirtmiştir.

29.04.2006 tarihinde yürürlüğe giren Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28/4. maddesi *"Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtilmek suretiyle tescil edilir."* hükmünü getirmiştir. Evlilik dışında doğup da babaları tarafından tanınan çocuklar babalarının hanesine kaydedilecek ve onun soyadını taşıyabileceklerdir. Böylelikle TMK'nın evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında doğan çocuklar arasında soyadı konusunda yaptığı yersiz ayırım bir ölçüde giderilmiştir. Çünkü maddenin metninden de anlaşılacağı üzere babanın soyadını taşıma hakkı sadece baba tarafından tanınan çocuklara verilmiş, babalık davası ile babalarına bağlanan çocuklara verilmemiştir.

Söz konusu kanunun geçici 5 maddesi;" *Bu Kanun yürürlüğe girinceye kadar tanıma beyanı veya babalığa hüküm kararı sonucu ana hanesine tescil edilen çocukların baba hanelerine nakline ana ve babanın birinin, çocuk ergin ise kendisinin müracaatı aranır.*" hükmünü getirmiştir. Bu kanunun yürürlüğe girdiği

²³⁵ Yıldız Abik, **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Ankara, 2005, s.140. Akıntürk'te çocuğun ergin olmasından sonra haklı nedenin olması durumunda soyadının değiştirilmesi için dava açabileceğini belirtmektedir. a.g.e, s.386.

²³⁶ Ömer Uğur Gençcan, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Bilimsel Açıklama İçtihatlar İlgili Mevzuat, C.1**, Ankara, 2004, s.1461.

²³⁷ Acabey, a.g.e, s.283.

29.04.2006 tarihine kadar babalarına tanıma ya da babalık hükmü ile bağlanan çocuklar baba hanelerine nakil edilecekler ve babanın soyadını taşımaya başlayacaktır. Görüldüğü üzere geçici maddede kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar sonuçlanan tanıma ve babalık davası sonucunda çocuğun baba hanesine nakledileceği düzenlenmiş, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra açılacak babalık davası sonucunda çocuğun babasının soyadını alıp almayacağı belirtilmemiştir.

Kanaatimizce, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28/4 maddesi her ne kadar tanınan çocukların babanın soyadını taşıyacağından bahsetmiş ise de babalık davası sonucu babalarına bağlanan çocukları bu maddeden faydalandırmamak adalet duygusuna ters düşer. Hakim kanunların yorumlanmasında sadece deyimisel değil; tarihsel ve amaçsal yorum yöntemlerini de kullanmalıdır. Kanun koyucunun maddede babalık davasına yer vermemesi gözden kaçan bir husus olarak değerlendirilmeli ve günün koşulları çocuğun babasının soyadını taşımasını gerektirdiğinden babalık davası ile babalarına bağlanan çocuklar da babasının soyadını alabilmelidirler.

2- Vatandaşlık

Türk Vatandaşlığı Kanununun ikinci maddesine göre, yabancı bir anadan evlilik dışında doğan bir çocuk nesebin düzeltilmesi, babalığın hükümle kurulması ve tanıma yollarından biriyle bir Türk vatandaşı babaya soybağı ilişkisi ile bağlanırsa doğumdan başlayarak Türk vatandaşı olur.

TKM, 312. maddesi bu hükme paralel bir hüküm içermekteydi “Nesebi sahih olan çocuk babasının vatandaşlık haklarına malik olur.” TMK çocuğun vatandaşlığı konusunda özel bir düzenlemeye yer vermemiş, bu konuyu Türk Vatandaşlığı Kanununun hükümlerine bırakmıştır.

3- Evlenme Yasağı

TKM m.92 ve TMK m.129'da üst soy ile alt soy arasında evlenme yasağı düzenlenmiştir. Böylelikle aralarında soybağı ilişkisi kurulan evlilik dışı çocuk ile babası arasında da bu evlenme yasağı söz konusu olmaktadır²³⁸.

4- Velayet

Önceki Medeni Kanunumuzda soybağı düzgün olan çocuğun velayeti ana babaya aitti. Bunun için mahkemeden karar alınmasına gerek yoktu(TKM m.262). Ancak evlilik dışında doğmuş olan çocukla babası arasında soybağı ilişkisi kurulmamışsa mahkeme çocuğun velayetini anaya verebileceği gibi çocuğa vasi de tayin edebilirdi(TKM m.311/1). Vasi tayin edilmesinin nedenleri olarak, ananın yaşayış tarzı, ahlaki durumu ile ananın çocuğa karşı olan sorumluluklarını maddi imkansızlıklardan dolayı yerine getiremeyeceği gösterilmekteydi²³⁹.

TKM m. 312'e göre, çocuk ile babası arasında düzgün olmayan soybağı ilişkisi kurulmuşsa hakim, velayeti anaya ya da babaya verebileceği gibi her ikisine de vermeyip çocuğa vasi tayin edebilirdi. Mahkemenin bu kararı verirken çocuğun çıkarlarını dikkate alması gerekirdi.

Kişisel sonuçlu babalık hükmüyle her ne kadar baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmakta ise de velayeti baba ile ananın birlikte kullanmaları mümkün olmadığından mahkeme velayeti ana ya da babaya verirdi. Buna karşılık velayet hakkının belli dönemlerle ana ve babaya verilmesi mümkündü. 313. maddeye göre, mahkeme kendiliğinden ya da ananın istemi üzerine

²³⁸ TMK m. 129'a göre, üstsoy ile alt soy arasında, kardeşler arasında , amca, dayı, hala ve teyze ile yeğen arasınca evlenme yasağı vardır.

²³⁹ Tepeci, **a.g.e**, s.134.

çocuğu belli bir yaşa kadar babanın velayeti altında belli bir yaşa kadar da ananın velayeti altında kalmasını kararlaştırabilirdi. Velayetin ana ya da babaya verilmesi konusundaki hakim kararı mutlak olmadığından, mahkeme çocuğun menfaatleri gerektiriyorsa ve haklı nedenler varsa velayetin değiştirilmesine karar verebilirdi²⁴⁰.

Velayet babaya verilmiş ise ana hakimden çocukla arasında kişisel ilişki kurulmasını isteyebilirdi. Kanun velayetin anaya verilmesi durumunda babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını talep edip edemeyeceği konusunda bir düzenlemeye yer vermemişti. Ancak babanın bu haktan yoksun kılınmasını gerektirecek herhangi bir şey olamayacağı için onun da çocukla kişisel ilişki kurabileceği kabul edilmekteydi²⁴¹.

Çocuğun ana ya da babasının velayeti altına konmasıyla, velayetten doğan bütün hak ve yükümlülükler karşılıklı olarak doğmaktaydı. Bu konuda evlilik içinde doğan çocuklarla evlilik dışında doğan çocuklar arasındaki tek fark, TKM m.314'e göre; "*Velayetin baba veya anaya tevdi halinde mahkeme çocuğun malları üzerindeki haklarını da tayin eder.*" hükmüydü. Madde metninden de anlaşılacağı üzere velayet kendisine verilen ana ya da baba, çocuğun malları üzerinde kendiliğinden yararlanma yetkisine ve yönetim hakkına sahip olamamakta, bu konuda da hakimin hükmüne ihtiyaç duymaktaydı. Hakim, velayet hakkını kime vereceği konusunda hükmünü kurarken çocuğun mallarının idaresi konusunda da bir karar vermeliydi. Hakim, ana ya da baba çocuk malları üzerinde hak ve yetkiye sahip olacak mı, olacaksa bu yetkinin kapsamı ne olacak ve çocuğun çıkarları neyi gerektiriyor sorularını düşünerek hükmünü kuralıydı. Hakim, takdir hakkına göre ana ya da babaya çocuk malları üzerinde hem yararlanma hem de yönetme hakkı tanıyabileceği gibi bunlardan sadece birini de tanıyabilirdi. Aynı zamanda hakim bu yetkileri belli bir

²⁴⁰ Esat Arsebük, **Medeni Hukuk Cilt III**, Ankara, 1940, s.495.

²⁴¹ Tepeci, **a.g.e.**, s.134.

süre ile verebileceği gibi çocuğun malvarlığının belli bir kısmı için de verebilirdi²⁴².

Yeni Medeni Kanunda, ana baba evli ise çocuğun velayetini birlikte yürütecekleri belirtilmiştir (TMK m.336/1). Kanun, önceki kanunun ana ya da baba velayetin yürütülmesi konusunda anlaşamadıkları takdirde babanın oyunun üstün sayılacağına dair hükme yer vermeyerek bu eşitsiz düzenlemeye son vermiştir.

Yeni Medeni Kanun ana babanın evli olmaması durumunda çocuğun velayetinin nasıl olacağını 337. maddede düzenlemiştir. Buna göre:

“Ana ve baba evli değil ise velayet anaya aittir.

Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir.

Kanun hükmü uyarınca ana ve baba birbirleriyle evli iseler onların velayet hakkı çocuğun doğumuyla kendiliğinden kurulur. Kanunumuz velayet hakkını ana babanın her ikisine birlikte tanımıştır. Böylelikle TKM döneminde ana babanın velayeti kullanırken anlaşamadıkları hallerde babanın oyuna üstünlük tanıyan eşitliğe aykırı hüküm kaldırılmış olmaktadır. Bu ise, gerek ergin olmayan çocuk ana babanın velayeti altındadır hükmünü düzenleyen 335. maddeden gerekse evlilik devam ettiği sürece ana baba velayeti birlikte kullanırlar diyen 336. maddeden çıkarılmaktadır.

TMK evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin anaya ait olacağını düzenlemiştir. 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun 12. maddesinin 2. fıkrasına göre, evlilik dışında doğan çocuklar vesayet altında bulunuyorlarsa velayetin kaldırılmasını

²⁴² Oğuzman, Dural, **a.g.e.**, s. 69.

gerektiren sebepler bulunmadıkça en geç bir yıl içinde velayet hükümlerine tabi olurlar. Böylelikle 4722 sayılı kanun ile TMK m. 337/1’de belirtilen evlilik dışında doğan çocuğun velayetinin anaya ait olacağına dair kural kendiliğinden gerçekleşmiş olmakta, TKM döneminde velayetin anaya verilmesi için ayrıca talepte bulunulmasına gerek kalmamaktadır²⁴³. Ancak kanunda ana babanın çocuğun velayeti konusunda anlaşmaları durumunda velayeti birlikte kullanabileceklerine dair bir hüküm bulunmaması eksiklik olarak değerlendirilmektedir²⁴⁴.

5- Mirasçılık

TKM soybağı düzgün olmayan çocukların babaları yönünden miras hakkına sahip olduğunu kabul etmişti. Ancak, babalığın hükmen kurulması ile birlikte düzgün soybağına sahip olmayan çocuk ile düzgün soybağına sahip kardeşleri arasında miras payı bakımından kanun farklı bir düzenlemeye gitmişti. Kanunun 443. maddesine göre; “*Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut fûruğu, babasının nesebi sahih çocuğu ile içtima ederse, nesebi sahih bir çocuk veya fûruğlarına isabet eden hissenin yarısını alırlar.*” Eğer babanın düzgün soybağına sahip çocuğu yok ise soybağı sonradan düzeltilmiş olan çocuk tamamen soybağı düzgün olan çocuk gibi işlem görürdü. Yani babasından kalan miras payının yarısını değil hepsini alırdı. Önceki Medeni Kanunun evlilik dışında doğan çocuğun mirasçılığını bu şekilde sınırlandırmasının nedeni, ailenin temelini korumak ve evlenmenin saygınlığını sarsmamak içindi²⁴⁵.

Evlilik dışı çocuklar babaları ile aralarında tabii soybağı mahkeme kararıyla saptanmış olsa dahi, hukuki anlamda soybağı ilişkisi kurulmadığı sürece babalarına mirasçı olamamaktaydılar. Bu nedenle mali sonuçlu babalık davası

²⁴³ Gençcan, **a.g.e**, s.1263.

²⁴⁴ Acabey, **a.g.e**, s.285.

²⁴⁵ Artus, “**İspat Edilecek Hususlar**”, s.254.

sonunda verilen hüküm çocuğun baba yönünden mirasçı olabilmesini sağlamamaktaydı²⁴⁶.

Miras hukukunca benimsenen sistem her ne kadar kan hısımlığı olmakta ise de, buradaki kan hısımlığı hukuki anlamdaki kan hısımlığıydı. Hukuki anlamdaki kan hısımlığı da hukuki olarak belirlenen soybağına dayanmaktaydı. Baba ile çocuk arasında sadece doğal kan bağının bulunması onun babaya mirasçı olabilmesine yeterli değildi. Hukuki anlamda babalarına karşı soybağına sahip olmayan çocuklar babalarına mirasçı olamazlardı²⁴⁷.

Anayasa mahkemesi 11 09.1987 tarih ve 1/18 sayılı kararı²⁴⁸ ile TKM'nin 443.maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasını iptal etmişti. İptal edilen kanun metni şu şekildeydi: “..bunların baba yönünden mirasçı olabilmeleri babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır. Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut fûruğu, babasının nesebi sahih çocuğu ile içtima ederse, nesebi sahih bir çocuk veya fûruğlarına isabet eden hisselerin yarısını alırlar.” Böylelikle evlilik içi çocuklar ile evlilik dışı çocukların farklı oranlarda mirasçı olmalarına ilişkin hüküm kaldırıldığı gibi, evlilik dışı çocuğun baba tarafından mirasçı olabilmesi için gereken tanıma ya da kişisel sonuçlu babalık hükmü verilmesi de kaldırılmış oldu.

Ancak Anayasa Mahkemesinin kanun hükmünü iptal etmesi ile birlikte evlilik dışı çocuğun baba yönünden nasıl mirasçı olacağı sorunu ortaya çıkmıştı. İptal edilen yasa metni 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanunla yeniden düzenlenmişti. Ancak kanun metninin iptal tarihi ile yasanın yürürlüğe girdiği ara dönemde evlilik dışı çocukların nasıl mirasçı olacakları konusu doktrinde tartışmalıydı.

²⁴⁶ Acabey, **a.g.e.**, s.254.

²⁴⁷ Acabey, **a.g.e.**, s.255.

²⁴⁸ Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı.

Babaları tarafından tanınan ya da babalık davası ile babalarına bağlanan çocuklar Anayasa Mahkemesinin iptal hükmünden önce olduğu gibi baba yönünden mirasçı olabileceklerdi. Mahkemenin çocuğun mirasçılığı konusunda yaptığı değişiklik miras payına ilişkindi. Yani iptal hükmünden önce evlilik dışında doğan çocuk evlilik içinde doğan çocukla birlikte mirasçı olduğunda onların yarısı oranında miras payı alırken, iptal edilen yasa hükmü ile birlikte onlar da evlilik içinde doğan çocuklarla aynı oranda miras payı alacaklardı²⁴⁹.

Mali sonuçlu babalık kararı nedeni ile babaya hukuki soybağı ile bağlanamayan çocukların babaya mirasçı olup olamayacakları da tartışmalıydı. Yasa hükmü iptal edilmeden önce evlilik dışı çocuğun babaya mirasçı olabilmesi çocuk ile baba arasında mahkeme hükmü kurulmasına ya da çocuğun baba tarafından tanınmasına bağlıydı. Kanun hükmünün iptali ile acaba tanınmayan ya da kişisel sonuçlu babalık davası hükmü kurulmayan çocuk da babaya mirasçı olabilecek miydi?

Erman, bu durumda mali sonuçlu babalık kararı verilmiş olmasını çocuğun babasına karşı mirasçı olabilmesi için yeterli görmekte ancak baba ile çocuk arasında herhangi bir mahkeme hükmü kurulmayıp sadece tabii babalığın söz konusu olduğu durumlarda çocuğun babaya mirasçı olamayacağını düşünmekteydi. Ayrıca O'na göre, mali sonuçlu babalık davası süresinin geçirilmiş olması nedeniyle dava açılmadığı durumlarda sadece babalığın tespiti için dava açılabilirdi. Açılacak olan bu dava ile birlikte babası tespit edilen çocuk babasına mirasçı olabilirdi²⁵⁰.

İptal edilen yasa hükmünü doldurmak amacıyla yasa koyucu 443. maddeyi 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı kanun ile; “*nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir.*” hükmünü getirmişti. Ancak

²⁴⁹ Hasan Erman, “Evlilik Dışı Çocuğun Mirasçılığı”, **İBD**, C. 62, S. 7,8,9, 1988, s.437.

²⁵⁰ Erman, **a.g.e.**, s.437.

getirilen bu hüküm, iptal edilen 443. maddenin ikinci cümlesinde düzenlenen evlilik dışı çocuğun babaya karşı mirasçı olabilmesi için tanıma ya da babalığa hüküm gerekeceğine dair hükmü doldurmamıştı. Koçhisarlıoğlu, bu durumda baba tarafından evlilik dışında doğan çocuğun miras payı alabilmesi için tabii soybağı ilişkisinin yetmeyeceğini belirtmişti. O'na göre, evlilik dışında doğan çocukla babası arasında soybağı ilişkisinin nasıl kurulacağı kanunda belirtildiğinden evlilik dışında doğan çocuğun babaya mirasçı olabilmesi ancak baba ile aralarında hukuki soybağı ilişkisinin kurulmasına bağlıydı. TKM'nin hukuki soybağı ilişkisinin nasıl kurulacağına dair hükümleri devam ettiği müddetçe sadece mali sonuçlu babalık davası ile çocuk babasına mirasçı olamazdı.²⁵¹

Oğuzman-Dural yukarıda belirtilen görüşe Anayasa Mahkemesinin iptal kararı doğrultusunda şu gerekçelerle karşı çıkmaktaydılar. Evlilik dışı çocukların babaları açısından mirasçı olabilmeleri için kişisel sonuçlu babalığa karar verilmesi Anayasa Mahkemesinin iptal hükmüyle bağdaşmaz. Çünkü mahkeme;

“Babasının kimliği kesin olarak belirlenmiş olan evlilik dışı çocukla, babalığına bütün neticeleri ile hükmedilmiş evlilik dışı çocuk arasında ayırım yapılması” ve “babalığı mahkeme kararı ile belli olmasına rağmen, bütün neticeleri ile hükmün özel şartları bulunmadığı için böyle bir babalığa hüküm bulunmayan evlilik dışı çocukların, babalarının mirasından hiç pay alamamaları” ifadelerini kullanarak çocuklar arasında yaratılmak istenen eşitsiz duruma son vermek istemişti²⁵².

Oğuzman-Dural 443.maddenin 3678 sayılı kanun ile değiştirilmesinden sonraki durumunu Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararına aykırı olarak yorumlanmaması gerektiğini belirtmişlerdi. Çünkü Onlara göre, aksi bir düşünce

²⁵¹ Cengiz Koçhisarlıoğlu, “Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık”, **AÜHFD**, 1991-1992, S. 42, S.1-4, s.156/157.

²⁵² Oğuzman, Dural; **a.g.e.**, s.373.

hükmün tekrar iptalini gerektirebilirdi. Anayasa Mahkemesi her ne kadar kişisel sonuçlu babalık davasının mirasçılık bakımından aranmaması gerektiğini ifade etmişse de çocuk ile babası arasında hukuken soybağı ilişkisi kurulmasını aramıştı. Mahkemeye göre;

“Medeni Kanunun 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahih olmayan hısımların ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçı olmaları durumu devam edecek, bunlar da baba yönünden Medeni Kanunun 290. maddesine göre tahakkuk eden babalarına mirasçı olabileceklerdir.”

Mahkemenin kararında belirttiği 290. madde tanıma ve babalık davasını öngörmekteydi. Mahkeme evlilik dışı çocuğun babaya mirasçı olabilmesi için çocuk ile babası arasındaki hukuki ilişkinin ya tanıma ya da mali sonuçlu babalık davası ile olması gerektiğini belirtmekteydi²⁵³. Her ne kadar Akıntürk de mali sonuçlu babalık davası ile hukuken babaya bağlanmış çocuğun mirasçı olabileceği görüşünü savunmakta ise de, bir kimsenin kanuni mirasçı olabilmesi için soybağı ve hısımlık ilişkisinin kurulması gerektiğinden mali sonuçlu babalık davasında çocuk ile babası arasında soybağı ilişkisi kurulmadığından çocuğun nasıl kanuni mirasçı olacağı sorusuna cevap bulamamaktaydı²⁵⁴.

Yargıtay verdiği bir kararında çocuğun babaya mirasçı olabilmesi için çocuk ile baba arasında düzgün olmayan soybağı ilişkisi kurulması gerektiğini, mali sonuçlu babalık davası sonucunda verilen kararlar soybağı ilişkisi kurulmuş olamayacağını belirtmişti²⁵⁵. Ancak, olay mahkemenin direnme kararı ile

²⁵³ Oğuzman, Dural, **a.g.e.**, s.374.

²⁵⁴ Akıntürk, “**1996 Baskı**”, s.409.

²⁵⁵ 2.HD. 26.04.1993, 603/417 YKD, 1993, S. 6, s. 850 vd. Yargıtay, bu kararını verirken şu gerekçelere dayanmıştı: Bir kimsenin kanından gelen kişinin onun mirasçısı olabilmesi için kan bağının varlığı yeterli olmayıp, bu kan bağının da hukuken tanınmış olması gerekir. Düzgün soybağına sahip çocuklar dışında kalan ve evlilik dışında kalan çocuklar babaları yönünden soybağına sahip değildirler. Bu çocuklar babaları yönünden usulüne uygun tanındıkları (TMK m. 291) ya da hakimın tüm sonuçları ile babalığa hükmetmiş olduğu hallerde (TMK m.295, 310) babaları ile aralarında düzgün olmayan soybağı ilişkisi kurulur. Medeni Kanunda kişisel sonuçlu babalık davasının hangi şartların gerçekleşmesi sonucunda

HGK'nun önüne gelmişti. HGK, 29.06.1994 tarih ve 224/465 sayılı kararında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararındaki temel düşüncenin TKM'nin 290. maddesine göre tam ya da tabii babalığına karar verilen çocukların soybağı düzgün çocuklar gibi mirastan eşit pay almaları biçiminde özetlenebileceğini belirtmişti. Yargıtay Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu arasındaki düzgün soybağına sahip olmayan çocuğun mirasçılığı konusundaki görüş ayrılığı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulunun konu hakkında içtihat birliği oluşturulmasına neden olmuştu. Genel Kurul'a göre, Anayasa Mahkemesi TKM m.443/f.1 c.2'yi iptal ederken evlilik dışı çocukların baba tarafından mirasçılığı için, kişisel sonuçlu babalık hükmünün aranmasını önlemek istemiş, mali sonuçlu babalık davası sonucunda kurulan hükmün de mirasçılık açısından yeterli olduğunu belirtmişti. Başka bir anlatımla, Genel Kurul Anayasa Mahkemesine göre, TKM m. 290'da yazılı "hüküm" deyiminin tabii babalık ve kişisel sonuçlu babalık davalarında verilen her iki hükmü de kapsadığını belirtmekteydi. Gerçekten de TKM'de soybağı düzgün olmayan çocukların sadece kişisel sonuçlarıyla babalıklarına hükmedilen çocuklardan ibaret olduğuna dair bir hüküm bulunmamaktaydı. Gerek tabii babalık gerekse kişisel sonuçlu babalık davaları sonucunda çocuğun babasının kim olduğuna karar verilmekte, böylelikle çocukla babası arasında düzgün olmayan soybağı ilişkisi kurulmuş olmaktadır. Çocukla bir erkek arasında kan bağıının tesis edilmesinden sonra kan hısımlığının varlığını kabul etmemek mümkün değildir.

oluşacağı TMK m.310'da açıkça belirtilmiştir. Bu şartlardan herhangi birinin olmaması düzgün olmayan soybağı ilişkisinin kurulmasını engeller.

Kanunun 297. maddesinde iki farklı sonuç doğuran babalık davası tarif edilmiş, 304, 305 ve 306. maddelerinde de, ana ve çocuk lehine olan maddi getiriler açıklanmıştır. Bu getiriler dışında kalan çocuk baba ilişkileri içinde yer alan miras hakkı bu kapsamda düşünülemez. Anayasa Mahkemesinin 443/1 fıkрасını iptal etmesi, çocuğa yalnızca nafaka ödemeye mahkum babaya mirasçı olması yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi bir kanun hükmünü iptal ederken kanun koyucu gibi hareketle yeni bir uygulamaya yol açamaz. Bu nedenle iptal edilen madde hükmünün dar yorumlanması gerekir.

Medeni Kanunun Onüçüncü Babında kanuni mirasçılar sayılırken ilk önce kan hısımlarının mirasçılığı düzenlenmiştir. 439. maddede alt soyun mirasçılığı düzenlenirken, 443. maddede ise düzgün olmayan soybağına sahip çocukların mirasçılığı düzenlenmiştir. Buradan çıkan sonuç, kanun koyucu düzgün olmayan soybağını ayrı bir mirasçılık sebebi olarak görmekte ve onların düzgün soybağına sahip mirasçılar arasına girmesini istememektedir. Bu nedenle baba ile çocuk arasında sadece tabii babalık ilişkisi doğuran mahkeme ilamı, çocuğun babaya mirasçı olabilmesi için yeterli değildir.

Bu nedenlerle, Medeni Kanun hükümlerine göre “Nesebi Sahih Olmayan Çocuk” denildiği zaman, evlilik dışında doğan ve babaları tarafından tanınmış ya da mali ya da kişisel sonuçlarıyla babalıklarına karar verilmiş olan çocukların anlaşılması gerekmektedir²⁵⁶.

Yeni Medeni Kanunumuz evlilik dışında doğan çocukların mirasçılığını 498. maddede düzenlemiştir. Maddeye göre; “*Evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar*”. TMK’da soybağının tekliği ilkesi kabul edilmiş ve böylelikle düzgün soybağı - düzgün olmayan soybağı ayrımı kaldırılmıştır. Hukuki anlamda hısımlığın kurulması soybağına bağlandığından evlilik dışında doğmuş olan çocukların babalarına mirasçı olabilmeleri madde hükmünde belirtildiği gibi tanıma ve babalığa hüküm ile belli olur.

Yeni Medeni Kanunda çocuk ile baba arasında soybağının ana ile evlilik, tanıma ya da hakim hükmüyle kurulacağı belirtilmiştir. Bu üç şekilden her hangi biriyle kurulan soybağları arasında bir fark bulunmayıp, soybağının tekliği ilkesi gereği, baba ile çocuk arasında aynı tür soybağı kurulur. Bu nedenle tanıma ya da babalık davası sonucunda kurulan baba ile çocuk arasındaki soybağının ana ile evlilik sonucunda kurulan soybağı ile arasında bir fark yoktur. Mirasçılık açısından bir fark olmadığı da 498. maddede açıkça belirtilmiştir. Yani evlilik dışında doğan çocuklar herhangi bir şekilde babalarına bağlandıklarında evlilik içinde doğmuş çocuklar gibi babalarına mirasçı olabilirler²⁵⁷.

²⁵⁶ İBGK, 22.02.1997, E. 1996/1, K.1997/1 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı.

²⁵⁷ Acabey, **a.g.e.**, s.276.

III- BABALIK HÜKMÜNÜN MALİ SONUÇLARI

A- ANA LEHİNE MALİ SONUÇLAR

1- Ana Lehine Maddi Tazminat

Ana lehine maddi tazminat davasının düzenlenmesinin nedeni, evlilik içi doğum yapan ananın doğum yapmasında baba tarafından karşılanan maddi yükümlülüklerin davacı ana için de bu dava ile giderilmesidir²⁵⁸. TMK m. 304/f.1'e göre, ana tazminat hakkını babalık davası ile birlikte ya da açacağı ayrı bir dava ile de isteyebilir. Bu dava niteliği itibariyle maddi tazminat davasıdır. Anaya ödenmesi gereken maddi tazminatın kapsamını kanun belirtmiştir. Bunlar;

a- Doğum Masrafları

Gerek Önceki Medeni Kanunun gerekse Yeni Medeni Kanunun 304/b.1 maddesine göre davalı babanın doğum dolayısıyla ödemesi gereken doğum giderlerine, ananın hastanede ya da klinikte ödediği yatak, yemek, ilaç bedelleriyle doktor ve ebe ücretleri girer. Ancak, yapılan masrafların mutad olması gerekir. Mutadın üstünde bir masraf yapılmışsa ana ancak durumun haklı gösterdiği hallerde ve yapılan masrafın davalının mali durumu ile orantılı olduğu ölçüde tazmin edilmesini isteyebilir²⁵⁹.

²⁵⁸ Şatiroğlu, “1981”, s.520.

²⁵⁹ Oğuzman, Dural, a.g.e, s.352, Akıntürk, a.g.e, s.360.

b- Bakım Masrafları

Maddi tazminatın kapsamına giren giderlerden bir diğeri ise 304. maddenin 2. bendinde belirtilen doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık ananın geçim giderleridir. Önceki Medeni Kanunda bu süre doğumdan önce ve sonra dört hafta olarak düzenlenmişti(TKM m.304/b.2). Bu giderlerin kapsamına sadece ananın yeme içme masrafları değil kıyafet, barınma gibi yaşamın gerektirdiği her türlü masraf girmektedir²⁶⁰. Ana, bu müddet içinde çalışmış ya da gündeliği işlemiş olsa da bu masraflarını isteyebilir. Ayrıca ana, hamilelik döneminde kanunda belirtilen süreden daha fazla bir süre çalışmamışsa o zaman ki bakım masraflarını da bakım ihtiyacının bulunması sebebiyle isteyebilir.

Bakım masraflarının kapsamına ananın sosyal konumuna uygun, yaşaması için gerekli olan her türlü masraf girmektedir²⁶¹. Davalı baba, ananın normal durumda yaptığı masrafların düşülmesini isteyemez. Çünkü madde hükmü kesindir²⁶².

c- Gebeliğin ve Doğumun Gerektirdiği Diğer Masraflar

Bu masraflar hamilelik ve doğumla ilgili masraflardır. Bu masraflarının kapsamını önceden kestirmek mümkün olmadığından olayın özelliğine göre yapılan masraflar bu kısma dahil edilebilir. Burada dikkat edilecek nokta yapılan masrafın hamilelik ve doğumla ilgili olup olmadığıdır²⁶³. Örneğin, doğan çocuğun bir yere yerleştirilmesi, çocuk ölü doğmuş ise cenaze için yapılan masraflar, doğumun gerektirdiği tedavi, hamilelik nedeniyle tutulan yardımcıya ya da

²⁶⁰ Şatiroğlu, “1981”, s.523, Belgesay, **a.g.e.**, s.284, Tepeci, **a.g.e.**, s.113, Saymen, Elbir; **a.g.e.**, s.444, Akıntürk; **a.g.e.**, s.403.

²⁶¹ Tepeci, **a.g.e.**, s.113.

²⁶² Tepeci, **a.g.e.**, s.113, Arsebük, **a.g.e.**, s.479.

²⁶³ Başaklar, “1976”, s.108.

temsilciye yapılan ödemeler, hamileliğin anayı zehirlemesi durumunda hamileliğe son verilmesi için yapılan giderler bu kısma dahil edilebilir²⁶⁴.

Gönensay, ananın hamilelik ve doğum sebebiyle muhtemel bir kazançtan mahrum kalmasını bu masrafa dahil etmez iken; Tekinay, gebelik ve doğumun gerektirdiği masrafları geniş yorumlayarak kadının sadece gebelik yüzünden kazancında bir azalma olmuşsa bunun da tazmin edilmesi gerektiği görüşündedir²⁶⁵.

Ananın hamilelik ve doğum nedeniyle yaptığı giderler 304. maddenin kapsamını aşıyorsa ana bu masrafları isteyebilecek midir? Doktrinde genel olarak, cinsel ilişkinin haksız fiil teşkil etmesi durumunda BK m.41'e göre ananın diğer zararlarının tazminini de isteyebileceği kabul edilmektedir. Çünkü 304. madde, haksız fiil hükümlerinin uygulanmasına engel değildir²⁶⁶.

Yapılan giderleri ispatlama yükümlülüğü anadadır. Ana bu giderlerin ispatı için her türlü delile başvurabilir. Bu deliller arasında resmi ya da özel teşebbüs belgesi, fatura, makbuz gibi yazılı deliller ile tanık ifadeleri bulunabilir. Belge sunulamaz ya da tanık dinlenemezse masraf değerinin bilirkişi aracılığıyla ya da resmi ya da özel kuruluşlardan alınacak belge ile ispat edilmesi mümkündür²⁶⁷.

Çocuk ölü doğmuş olsa bile ana yapılan masrafların ödenmesini davalı babadan talep edebilir. Tazminat alacağı, masrafların doğması ile muaccel olur ve ana için temerrüt faizi ihtarla, ihtar yapılmamış ise, dava tarihinden itibaren işlemeye başlar. Ananın tazminat hakkı mirasçılara geçebileceği gibi, ana tazminat hakkını devir ve takas edebilir²⁶⁸.

²⁶⁴ Şatiroğlu, "1981" s.525, Tekinay, **a.g.e.** s.469, Gönensay, **a.g.e.** s.109, Saymen, ELBİR; **a.g.e.** s. 444.

²⁶⁵ Tekinay, **a.g.e.** s.469, Gönensay; **a.g.e.** s.109,

²⁶⁶ Oğuzman, Dural; **a.g.e.** s.353, Şatiroğlu; **a.g.e.** s. 526, Feyzioğlu, **a.g.e.** s.563.

²⁶⁷ Başaklar, "1976", s.108, Velidedeoğlu, **a.g.e.** s.339, Şatiroğlu, "1981", s.527.

²⁶⁸ Oğuzman, Dural; **a.g.e.** s.353, Dural, Oğuz, Gümüş; **a.g.e.** s.480.

B- ANA LEHİNE MANEVİ TAZMİNAT ve ŞARTLARI

TKM m. 305'e göre, baba anaya cinsel ilişkiden önce evlenme vaadetmiş ya da anayla cinsel ilişki kanuni bir cürüm ya da nüfuzu kötüye kullanma teşkil etmişse ya da cinsel ilişki sırasında ana küçükse, ana manevi tazminat isteyebilirdi. Babalık davasında manevi zarar, ananın kişilik haklarına yapılan saldırı ile cinsel onur ve şerefinde meydana gelen ruhsal ve manevi bozukluk olarak ifade edilmekteydi²⁶⁹.

Kanunun ana lehine manevi tazminata hükmetmesinin nedeni, ananın haksız cinsel ilişki nedeni ile duyduğu üzüntüydü. Ancak tazminata hükmedilmesi ananın davranışlarındaki haklılık gözönünde tutularak belirlenirdi. Oysa ki maddi tazminat için herhangi bir koşul kabul edilmemiş, davalı erkeğin babalığına hükmedilmesi ve masrafın yapıldığının ispatı tazminat için yeterli kabul edilmişti²⁷⁰

Önceki kanun düzenlemesinde kişisel sonuçlu babalığa hüküm verilmesi şartları ile manevi tazminat şartları neredeyse aynıydı. Fark, ananın cinsel ilişki sırasında reşit olmaması manevi tazminat davasında aranan koşullardan birisi olmasına rağmen, kişisel sonuçlu babalık davasında bu şart aranmamaktaydı. Ayrıca kişisel sonuçlu babalık davasının şartlarını düzenleyen 310. maddede evlenme vadinin cinsel ilişkiden önce olup olmaması konusunda bir fark yok iken manevi tazminat davasında tazminata hükmedilebilmesi için vadin cinsel ilişkiden önce olması gerekliydi.

TKM m. 305'de sayılan haller irade açıklamasını ya da kusurun varlığını gerekli kıldığından, manevi tazminat talebine muhatap olan erkeğin ayırtım gücüne sahip olması gerektiği savunulmaktaydı. Manevi tazminat davası, sadece hamile kalma ve doğurma fiili olgusuna dayanmadığı için cinsel ilişki

²⁶⁹ Şatiroğlu, "1981", s. 528, Oğuzoğlu; a.g.e, s.294.

²⁷⁰ Başaklar, a.g.e, s.109.

esnasında ayırtım gücüne sahip olmayan erkekte manevi tazminat istenemeyeceği kabul edilmekteydi. Ancak, bu tazminat talebinin temelinde haksız fiil olduğundan BK m. 54 uyarınca ayırtım gücüne sahip olmayanların sorumluluğuna dayanılabileceği kabul edilmekteydi. Buna göre, hakim hakkaniyet gerektiriyorsa ayırtım gücüne sahip olmayan kişinin vermiş olduğu zararların tamamen ya da kısmen tazminine mahkum edilmesine yönelik hüküm kurması gerektiği kabul edilmekteydi. Örneğin, ayırtım gücünden yoksun olan zengin davalı erkek, reşit olmayan fakir bir kıza cinsel saldırıda bulunmuş ise hakkaniyet gereği eyleminden sorumlu tutulması gerekirdi²⁷¹. Ancak doktrinde Saymen-Elbir bu durumda tazminatın istenemeyeceğini savunmaktaydılar²⁷².

TMK, TKM gibi ana lehine manevi tazminata hükmedilmesini ayrı bir madde halinde düzenlememiştir. Bu konuda özel bir düzenleme olmadığından ana, baba ile girilen cinsel ilişkinin şahsiyet haklarına tecavüz niteliğinde olduğunu iddia ve ispat ederse BK m. 49' a göre, baba anaya bir miktar para ödemek zorunda kalır. BK m. 49'a göre, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde ihlal edilen kişi mahkemeden uğradığı manevi zararın giderilmesini isteyebilir. Ana, baba ile girilen cinsel ilişkinin kendi rızası ile olmadığını, bu ilişki sonucunda cinsel şeref ve haysiyetinin tecavüze uğradığını iddia ederse manevi tazminata hak kazanır. Ancak, bunun için babanın kusurlu olması gerekir. Yani baba kasten ya da ihmal ile anaya manevi zarar vermelidir. Tazminata hükmedilebilmesi için kusurun özel ağırlığı şartı kaldırılmış olduğundan herhangi bir kusur derecesi tazminata hükmedilebilmesi için yeterlidir²⁷³.

Şimdi TKM'ye göre, ananın manevi tazminat isteyebileceği durumları tek tek inceleyelim.

²⁷¹ Oğuzman, Dural; **a.g.e**, s.355, Şatıroğlu, “1981” s.530.

²⁷² Saymen, Elbir; **a.g.e**, s.445.

²⁷³ Sefa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, s.183, 187, İstanbul-1998.

1- Anaya Evlenme Vaadinde Bulunulmuş Olması

Kanun hükmüne göre evlenme vaadinin cinsel ilişkiden önce yapılması gerekmektedir. Ancak amaca uygun yorumla cinsel ilişki sırasında da davalı erkeğin vaadde bulunması geçerli kabul edilmekteydi²⁷⁴. Kanunda evlenme vaadinin ne şekilde gerçekleşeceği konusunda bir sınırlama söz konusu olmadığından vaadin ne şekilde yapıldığı her türlü delille ispatlanabilirdi²⁷⁵. Burada davalı erkek ile ananın nişanlanmış olmasına gerek yoktu. Erkeğin tek tarafı olarak anaya evlenecekleri konusunda söz vermiş olması, ananın bu söze güvenerek cinsel ilişkiyi kabul etmesi yeterliydi²⁷⁶. Yargıtay HGK vermiş olduğu kararda evlenme vaadinin ne şekilde geçerli olacağını şu şekilde açıklamıştı;

“...bu maddenin unsurlarından olan evlenme vaadini, nişanlanma gibi telakki etmemek, nişanlanmanın mevcudiyetini, hatta bu hususta sarih bir beyan dahi aramamak lazımdır. Bilakis davalı erkeğin, ananın iyiniyetle bir evlenme vaadi olarak telakki edebileceği davranışı dahi kifayet eder. Önemli olan kadınla erkeğin davranış tarzı ile onun kendisini alacağına dair ciddi bir kanaat, bir itimat uyanıp uyanmadığıdır. Erkeğin kadınla gerçekten evlenmeyi arzu etmiş olması şart değildir. Hatta evlenme vaadine kadının mukabele etmemiş yani vaadin tek tarafı kalmış olması da sonuca etki yapmaz. Yeter ki hal ve şartlara göre, kadının, erkeğin kendini almak hususunda ciddi bir arzu beslediğine inanabilmesi ve bu arzusunun gerçekleşeceğine haklı olarak kapılmış bulunması kafidir²⁷⁷.

Yargıtay kararında da belirtildiği gibi burada önemli olan, yapılan vaade ananın inanması ve bu inanma sonucunda davalı erkekle cinsel ilişkiye girmesiydi. Bunun için vaadin ananın inanabileceği bir ortamda yapılması

²⁷⁴ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.563.

²⁷⁵ Başaklar, **”1976”**, s.109.

²⁷⁶ Şatiroğlu, **a.g.e.**, **“1981”** s.532, Karahasan, **a.g.e.**, s.332.

²⁷⁷ HGK, 23.10.1968, 803/709. Kazancı Mevzuat ve İçtihat Programı.

gerekmekteydi. Örneğin, erkek ana ile evleneceğini başkalarının yanında açıklamış, niyetini anaya mektupla bildirmiş ya da nikah için hazırlıklar yapılmış ise vaadin inandırıcılığı ortaya konulmuş olmaktadır²⁷⁸.

Davalı erkeğin evli olmasına rağmen yaptığı evlenme vaadi ananın iyiniyetli olması koşuluyla geçerli kabul edilmekte ve ananın tazminata hak kazanacağı düşünülmekteydi. Ana davalı erkeğin evli olduğunu biliyor ancak davalının karısını boşayıp kendisiyle evleneceğine hatta davalının karısına karşı boşanma davası açtığına dair beyanlarına güvenerek davalıyla cinsel ilişkiye girmişse ana tazminata yine hak kazanırdı²⁷⁹. Hatta ana ile davalı erkek arasında kesin bir evlenme engeli bulunmasına rağmen ana bu durumu bilmiyorsa hakkında tazminata hükmedilebileceği kabul edilmekteydi²⁸⁰.

Davalı erkeğin reşit ya da kısıtlı olup olmaması ve bu durumda kanuni temsilcinin izin verip vermemesi yapılan evlenme vaadi için önemli değildi ve vaadin geçerliliğini etkilemezdi²⁸¹.

Yapılan evlenme vaadi şarta bağlanmış ise örneğin, davalı babanın anaya bir çocuğumuz olursa seninle evlenirim şeklindeki şartlı evlenme vaadi anaya tazminat hakkı kazandırır mı? Bu durumda Artus, ananın tazminata hak kazanacağını dile getirmişti²⁸².

²⁷⁸ Başaklar, "1976", s.110,

²⁷⁹ Karahasan, a.g.e, s.335, Şatiroğlu, "1981", s. 533,

²⁸⁰ Karahasan, a.g.e, s.333.

²⁸¹ Başaklar, a.g.e, "1976", s.110; Şatiroğlu, "1981", s.533.

²⁸² Artus, "İspat Edilecek Hususlar", s.245.

2- Cinsel İlişkinin Bir Suç Olması

Ana ile baba arasındaki cinsel ilişki 765 sayılı TCK bakımından bir suç teşkil etmiş ve suç olan bu ilişki hamileliğe ve doğuma neden olmuşsa ananın manevi tazminat isteme hakkı doğmaktaydı. 765 sayılı TCK'nın suç olarak nitelendirdiği fiiller, zorla ırza geçme, kız ve kadın kaçırma, 18 yaşından küçük kadınlarla cinsel ilişkide bulunma, kızlık bozma, fuhuşa teşvik etme ve zina fiilleriydi.

Burada cinsel ilişkinin ceza kanunu açısından bir cürüm oluşturması önemliydi. Davalı baba hakkında ceza yargılamasında yargılama yapılması şart değildi. Ancak ceza mahkemesinde yargılama yapılmış ve davalı baba mahkumiyet kararı almış ise bu kararın hukuk hakimini bağlayıcı kabul edilmekteydi²⁸³.

Ana ve davalı babanın başka kişilerle evli olmalarına rağmen zinada bulunmaları halinde durumun ne olacağı belli değildi. Zina fiili suç olarak kabul edildiğinden ana lehine manevi tazminata hükmedilebilecek miydi? Kanunun madde hükmünü düzenlemedeki amacı, masum anayı kusurlu olan erkeğe karşı korumak olduğundan ananın davalı erkeğe kusur yönünden iştirak etmesi onun manevi tazminat hakkını sonlandıracağı kabul edilmekteydi. Bu durumda aldatılan eşlerin tazminatı hak edecekleri kabul edilmekteydi²⁸⁴.

3- Nüfuzun Kötüye Kullanılmış Olması

Davalı erkeğin nüfuzunu ana üzerinde kötüye kullanmış olması önceden incelendiğinden oraya atıf yapmakla yetinilecektir²⁸⁵.

²⁸³ Feyzioğlu, **a.g.e.**, s.565, Karahasan, **a.g.e.**, s.336, Gönensay; **a.g.e.**, s.110.

²⁸⁴ BELGESAY, Mustafa Reşit.s. 288.

²⁸⁵ Bkz. s. 97.

4- Ananın Küçük Olması

Ana cinsel ilişki zamanında reşit değilse manevi tazminata hak kazanırdı. Doktrinde bazı yazarlar, bu durumda manevi tazminata hükmedilmesinin nedenini ananın tecrübesizliğinden yararlanıldığı ve güveninin kötüye kullanıldığı düşüncesinde aramaktaydılar. Ana kendi isteğiyle, herhangi bir kandırma söz konusu olmaksızın davalı erkek ile birlikte olmuşsa ya da cinsel ilişki konusunda zaten tecrübeli ise ananın manevi tazminat davası açamayacağı düşünülmekteydi²⁸⁶. Buna karşılık bir kısım yazarlar, reşit olmayan ana tamamen kendi rızasıyla da olsa cinsel ilişkiye girmişse tazminata hak kazanacağını savunmaktaydılar. Ananın, ana ve babasının bu ilişkiye rıza göstermeleri önemli değildi²⁸⁷.

Ana on sekiz yaşından önce yargı kararıyla ergin kılınmış ise bu durumda tazminata hak kazanabilir miydi? Gönensay ve Feyzioğlu, mahkemenin ananın bedeni ve ruhi gelişimini ve ayırtım gücünü göz önünde tutarak, ananın fiilin sonuçlarını anlayabilecek olgunluğa sahip olduğunu düşündüğü durumlarda tazminata hükmedilemeyeceği görüşünü savunurken²⁸⁸, bir kısım yazarlar kazai erginliğin manevi tazminat istemini engellemeyeceğini savunmaktaydılar²⁸⁹.

Davalı erkek kusurlu değilse, ananın küçük olduğunu bilmiyorsa ve gerekli özeni göstermesine rağmen bunu öğrenememişse dahi sonuç değişmez, ana manevi tazminata hak kazanırdı²⁹⁰. Ancak Şatıroğlu genel olarak bu durumu kabul etmekle birlikte cinsel ilişkinin ana tarafından istenmiş olması durumunda ortada küçük haklarına yönelik bir saldırı söz konusu olmadığından, ayrıca

²⁸⁶ OĞUZMAN, Kemal-DURAL, Mustafa. s. 355.

²⁸⁷ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet.s. 341, ŞATIROĞLU, Muammer, “1981”, s. 53.

²⁸⁸ Gönensay, **a.g.e.**, s.111, Feyzioğlu; **a.g.e.**, s.565.

²⁸⁹ Velidedeoğlu, **a.g.e.**, s.341, Şatıroğlu, “1981”, s. 539, Başaklar, “1976” s.111.

²⁹⁰ Karahasan, **a.g.e.**, s.338,

davalı erkeğinde küçük ve tecrübesiz olması durumunda tazminata hükmedilemeyeceğini savunmaktaydı²⁹¹.

C- ÇOCUK LEHİNE MALİ SONUÇLAR

1- Çocuk Lehine Nakaya Hükmedilmesi

TKM' ye göre, kişisel sonuçlu babalığa hükmedilebilmesi için kanunen gerekli koşullar oluşmamış ancak davalı erkeğin çocuğun babası olduğu tespit edilmişse çocuk lehine nafakaya hükmolunurdu. TKM m.306'ya göre, nafaka miktarı hakim tarafından hakkaniyete göre belirlenmeli ve miktar belirlenirken hakim, ana ve babanın sosyal durumlarını, gelirlerini göz önünde tutarak çocuğun iyi bir şekilde bakım ve terbiyesi için gerekli olan miktarı nafaka miktarı olarak hükmetmeliydi. Bu nafaka niteliği gereği iştirak nafakasıydı²⁹². Çocuğun nafakasına, ana ve babanın yarı yarıya katılması esas ise de taraflardan birinin ekonomik durumu daha iyi ise hakim nafaka miktarını o taraf için daha fazla hükmedebilirdi²⁹³.

Nafaka kural olarak dava tarihinden başlar ve çocuğun on sekiz yaşını doldurmasına kadar devam eder ve hakim belirleyeceği zamanlarda peşin olarak ödenirdi. Hakim nafakanın aydan aya ödenmesini kararlaştırabileceği gibi bir kaç ayda bir ödenmesini de kararlaştırabilirdi. Hakim ödeme sürelerini tespit ederken ana ve babanın gelirlerini ne zaman elde ettiklerini göz önünde tutmalıydı²⁹⁴. Nafaka peşin olarak verileceğinden nafaka miktarına ait süre

²⁹¹ Şatiroğlu, “1981”, s.540.

²⁹² Zevkliler, **a.g.e**, s 678, Oğuzoğlu; **a.g.e**, s.295.

²⁹³ Belgesay, **a.g.e**, s.289; Oğuzoğlu, **a.g.e**, s.295.

²⁹⁴ Köprülü, **a.g.e**, s.281, Başaklar, **a.g.e**, “1976”, s.113, Belgesay, **a.g.e**, s.289, Tekinay; **a.g.e**, s.471.

geçmeden çocuk on sekiz yaşını doldurmuş olursa ya da ölmüşse fazla olarak verilen nafaka miktarının geri istenmesi mümkündür²⁹⁵.

Mahkeme tarafından tespit edilen nafaka miktarı kesin değildi. Ana ya da babanın gelirlerinde önemli surette azalma olduğunda taraflar nafaka miktarının azaltılmasını ya da çocuğun durumunda değişiklik olduğunda örneğin, sağlığı ciddi şekilde bozulmuş ve tedavi giderleri nafaka miktarını yetersiz kılmışsa nafaka miktarının artırılmasını taraflar talep edebilirlerdi. Çocuk on sekiz yaşından önce çalışmaya başlamış ve elde ettiği gelir kendi bakım ve terbiyesi için yeterli düzeye ulaşmış ise ya da çocuğa miras kalmışsa ana ya da baba nafaka miktarının azaltılmasını isteyebilecekleri gibi tamamen kaldırılmasını da hakimden talep edebilirlerdi(TKM m. 207) ²⁹⁶.

TKM m. 306 son fıkrasına göre, ananın çocuğun aleyhine olarak nafaka hakkından vazgeçmesi ya da baba ile uzlaşması geçerli değildi. Fakat ananın baba ile uzlaşmasının çocuğun menfaatlerine aykırı olup olmadığı şüpheli ise ana veli sıfatıyla durumu takdir etme hakkına sahip olduğundan hakim ananın faydalı bulunduğu bir uzlaşmayı uygun görmese dahi onu geçersiz saymamalıydı²⁹⁷.

Nafaka isteme hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için çocuğun mirasçılarına geçmezdi. Mirasçılar, ancak çocuk tarafından dava edilmiş ve muaccel olmuş nafaka alacaklarını talep edebilirlerdi. Buna karşılık nafaka borcu babanın ölmesi durumunda mirasçılara geçerdi.(ÖMK m. 309-1). Ancak mirasçıların bu borcu çocuk tanınsa idi kendisine ne kadar miktar miras payı düşecek ise o miktarla sınırlıydı²⁹⁸.

²⁹⁵ Başaklar, “1976”, s.113.

²⁹⁶ Oğuzoğlu, **a.g.e**, s.295, Köprülü, **a.g.e**, s.282.

²⁹⁷ Belgesay, **a.g.e**, s.290.

²⁹⁸ Saymen, Elbir, **a.g.e**, s.448, Oğuzman, Dural; **a.g.e**, s.357.

Mahkemenin karar verdiği nafaka hak olarak zamanaşımına tabi değildi, fakat muaccelleşen nafaka alacakları BK m. 126/b.2'e göre beş yıllık zamanaşımı süresine tabiydi²⁹⁹.

2- Çocuğun Haklarının Teminat Altına Alınması

TKM m.308'e göre; *“ana zarurette olur ve müddeialeyhin baba olduğuna karine bulunursa doğurma ve çocuğun üç ay iaşesi için melhuz masraflara karşı hükümden evvel teminat göstermeye müddealeyh mecbur tutulabilir. Ananın hakları, ziya tehlikesinde bulunmadığı ispat edilmemiş olsa dahi yine böyledir”*.

Kanun hükmünden anlaşılacağı üzere ana maddi bakımından zor durumda olduğunu ispat ettiği takdirde hakim davalı erkeği doğumdan ve hükümden önce anaya çocuğun üç aylık bakım masraflarını karşılayacak şekilde teminat vermesine mahkum edebilirdi. Bu hükmün uygulanabilmesi için ana, hamileliği, davalı erkek ile buhranlı devrede cinsel ilişkiye girdiğini ve zor durumda olduğunu ispat etmek durumundaydı Bunun için ana, haklarının tehlikeye girdiğini ispat etmek zorunda değildi.

Hakim teminatın miktarını ve tarzını serbestçe belirleyebilirdi. Dava sonunda ana iddiasında haksız bulunursa davalı erkek ödemiş bulunduğu teminatın iadesini ve bu yüzden uğramış olduğu zararın tazminini anadan isteyebilirdi³⁰⁰.

²⁹⁹ Oğuzman, DURAL; **a.g.e.**, s.359.

³⁰⁰ Saymen, ELBİR; **a.g.e.**, s.448.

SONUÇ

Sağlıklı toplumların varolması bireyin kişiliğın tam olarak gerçekleşmesine bağılıdır. İnsanın birey olarak varolmasında en önemli etkenlerden biri sağlıklı bir ailede yetişmesidir. Ana ve baba, çocuk için beraberlik ve dayanışma duygusu içinde bulunduğı takdirde çocuğın ruhsal dengesi sağlam olacaktır. Evlilik birliğı dışında doğan çocuklar zaten aile ortamının sıcaklığında büyümediğinden ana babalarına ve topluma daha fazla görev düşmektedir. Çocuğın ana babasını aynı ortamda görme şansı çok az hatta hiç olmadığından ruhsal olarak bir kırgınlık yaşayacaktır. Bu nedenle çocuğı hukuksal olarak da cezalandırmanın bir anlamı yoktur.

Ana babanın kendi irade ve istekleri ile evlilik dışında birlikte yaşamalarının ya da günübirlik ilişkilere girmelerinin sonuçlarını çocuğa yansıtmamak gerekir. Çünkü, çocuğın bu şekilde dünyaya gelmesini talep etme yönünde hiç bir iradesi yoktur. Bireylerin evlilik dışındaki birleşmelerinin temelini sosyal, hukuksal, ekonomik ve ahlaki nedenler de aramak gerekmektedir. Dünyaya beyaz bir levha olarak gelen çocuğı evlilik birliğı içinde dünyaya gelen kardeşlerinden ayırmanın hiçbir mantıklı gerekçesi olamaz. Zina olaylarının, evlilik dışı birlikte yaşantının ya da rıza dışı cinsel birleşmelerdeki artışı önlemek amacıyla bu ilişkilerden dünyaya gelen çocukları ikinci sınıf çocuk statüsüne sokmak adil bir çözüm değildir. Tam tersine bu ilişkilerden dünyaya gelen çocuklar sıcak bir aileye sahip olamadıkları ve toplum tarafından damgalandıkları için daha fazla hukuksal korumayı hak etmektedirler.

TMK, toplumun ve çağın değışen ihtiyaçlarını göz önüne alarak evlilik dışında doğan çocukların hukuksal durumunda iyileştirmeye gitmiş, soybağının ana baba ile çocuk arasında kurulmasını kolaylaştırmıştır. Bu kolaylaştırmalardan biri de baba olduğu iddia edilen kişiyi ve üçüncü kişileri soybağının belirlenmesinde zorunlu olan bilimsel tahlillere rıza gösterme

zorunluluğudur. Eğer davalı baba hakimın öngördüğü araştırmaya rıza göstermezse araştırmadan beklenen sonucu kabul etmiş sayılır. Tıp ilmindeki gelişmelerin babalığın tespitinde kullanılması ile birlikte babalık davaları kesin olarak çözüme kavuşturulmuş, böylelikle de ispat hukuku kolaylaşmış olmaktadır.

KAYNAKÇA

ABİK, Yıldız; **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Ankara, 2005.

ACABEY, Mehmet Beşir; **Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir, 2002.

AKINCI, Şahin; **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**, Ankara, 1996.

AKINTÜRK, Turgut; **Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku**, İstanbul, 2002.

ARSEBÜK, Esat; **Medeni Hukuk Cilt II**, Ankara, 1940.

ARSEBÜK, Esat; **Medeni Hukuk Cilt III**, Ankara, 1940.

ARTUS, Amil. “Babalık Davası”, **Adliye Ceridesi**, Y. s.170, Ankara-1942, s.166-179.

ARTUS, Amil. “İspat Edilecek Hususlar ve Deliller Davacının İspat Edeceği Hususlar ve Delilleri”, **Adliye Ceridesi**, Y.33, s. 232, Ankara-1942, s.232-256.

ATEŞ, Mustafa. “Nesep Hukuku Yönünden Sun’i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu”, YD, C.20, S.3, 1994/3.

AYAN, Mehmet; **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara, 1991.

AYAN, Mehmet-AYAN, Nurşen; **Kişiler Hukuku**, Konya, 2007.

AYİTER, Nuşin. “Evlilik Dışı Birleşmelerden Doğan Çocuklar”, **Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açıdan İncelemeler**, Türk Sosyal Bilimler Derneği-1984, s.67-78.

AYTAÇ, İsmail. “Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Bakımından İncelenmesi”, AD, Y.93, S.11, Nisan-2002, s. 188,

ATABEK, Reşat.” Yapay Döllenme”, **İBD**, 1985-3, s.616-622.

BAŞAKLAR, Emin. “Uygulamada Babalık Davaları”, **YD**-1975, s.63-81.

BAŞAKLAR, Emin. “Uygulamada Babalık Davaları”, **YD**, C.2, S.2, Y.1976, s. 105-124.

BAYGIN, Cem. “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, EHFD, C. 6, S. 1-4. s. 255,

BELGESAY, Mustafa Reşit; **İkinci Kısım Hısımlar**, Ankara, 1952.

BERKİ, Şakir. “Medeni Kanunda Neseb Hısımlığı”, **AÜHFD**, C. 13, S. 3-4, Ankara-1956, s.34-51.

BİNATLI, Yusuf Ziya; **Türk Medeni Hukuku**, Ankara, 1967.

BÜYÜKTANIR, Tahir. “Türk Medeni Kanunu (Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar), **ABD**, S. 2, Y. 2002, s.35-52.

CİHAN, Erol; **Sosyal ve Hukuki Açıdan Suni İlkah**, İstanbul,1971.

DURAL, Mustafa-OĞUZ, Tufan-GÜMÜŞ, Alper; **Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 2005.

ELÖVE, Mustafa Emil. “Evlilik Dışı Çocukların Himayesi”, ABD, S. 99-100, C. 8, 1952, s. 47.

EREM, Faruk. "Organ Nakli Hakkında Kanun", **YD**, C.5, 1979, S.4, s.708,

EREM, Faruk. "Soyunu Sürdürebilmek Özgürlüğü", **YD**, C.7, S.3, Temmuz-1981, s.230-240.

ERKUYUMCU, Müfit."Nesebi Sahih ve Gayri Sahih Çocuklar", **AD**, s.863-867.

ERMAN, Hasan. "Evlilik Dışı Çocuğun Mirasçılığı", **İBD**, C. 62, S. 7,8,9, 1988, s.433-443.

ERTEN, Rıfat-ACIR, Birsen-TAŞVEREN, Sema. "Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku açısından Değerlendirilmesi", **AÜHFD**, 1996\1-4, s. 578.

ERYILMAZ, Gültekin; **Adli Otopsilerde Elde Edilen Spermatozoid Pozitif Swablardan,Sperm DNA'sının İzolasyonu ve HUMTHO1 Geninin Gösterilmesi**, İstanbul, 1997, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

FEVZİOĞLU, Feyzi Necmeddin; **Aile Hukuku**, İstanbul,1986.

FİŞEK, Hicri. "Nesebin Tashihi", S. 3-4, **AÜHFD**-1951, s.555-594.

GENÇCAN, Ömer Uğur; **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Bilimsel Açıklama İctihatlar İlgili Mevzuat**, C.1, Ankara-2004.

GÖNENSAY, Samim; **Medeni Hukuk Cilt II Aile Hukuku Kısım II Neseb, Velayet, Vesayet**.

GÜLÜMSER, İsmet; "Tabii Babalık Rabitasının Yokluğundan Dolayı Şahsi Neticeleri İle Babalık Davasının Reddine Dair Kesin Hükmün İdari makamlarca Yapılan Nesebin Tashihi Muamelesine Tesiri ve Bu Muameleye İtiraz Hakkını Düştüren Sürelerin Önemi", **İHFM**, 1955\1-4, s.511.

HATEMİ, Hüseyin; **Gerçek Kişiler Hukuku**, İstanbul, 2005.

HATEMİ, Hüseyin-SEROZAN, Rona; **Aile Hukuku**, İstanbul,1993.

HELVACI, Serap, **Gerçek Kişiler**, İstanbul, 2006.

KAMAY, Behçet Tahsin. “Babalığın Araştırılması Problemi”, **AD**, S. 2, Y. 49, 1958, s.21-27.

KANETİ, Selim-KÖPRÜLÜ, Bülent; **Aile Hukuku**, İstanbul, 1985/1986.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Tazminat Hukuku Manevi Tazminat**, İstanbul, 2001.

KILIÇ, Dursun; **Babalık Davasında Maddi ve Manevi Tazminat**, Ankara, 1993, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

KILIÇOĞLU, Ahmet; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2001.

KIRKBEŞOĞLU, Nagehan; **Soybağı Alanında Bioetik ve Hukuk Sorunları**, İstanbul, 2006.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz. “Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık”, **AÜHFD**, 1991-1992, S. 42, S.1-4, s.141 vd.

KÖPRÜLÜ, Bülent. **Medeni Hukuk, Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku**, İstanbul,1970-1971.

MEMİŞ, Tekin-YILDIRIM, Mustafa Fadıl.” Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması”, **EHFD**, C.VIII, S.1-2, Y. 2004, s.283-306.

NOMER, Haluk, N. “Sunı Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. M.Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul-2000,Hukuku, İstanbul- 1970-1971, s.545 vd.

OĞUZOĞLU, Cahit; **Medeni Hukuk Şahsın Hukuku Aile Hukuku**, Ankara, 1958.

ÖLMEZ, Sevim. "Babalığın Tayini", **AD**, 1972\8-9, s.589-593.

ÖRÜCÜ, Esin. "Avrupa Topluluk Mahkemesi ve İnsan Hakları Adalet Divanı Kararlarında Aile Anlayışı ve Eş ve Çocuk Açısından Evlilik İçi ve Dışı Ayrımı", **MÖHB**, S. 1-2, Y. 11, 1991, s.57-64.

ÖZDAMAR, Demet. "Reşit Çocuk Babalığın Tespitini Her Zaman İsteyebilir mi?", **İZBD**, Y.65, S.2, Nisan- 2000, s.25-38.

ÖZSUNAY, Ergun. "Evlilik Dışı Çocuk Adına Kayyım Tarafından Açılan Babalık Davasında Dava Süresinin Başlangıcı", **İÜHFM**, C.28, 1962, s. 513.

ÖZSUNAY, Ergün. "MK 296'daki Bir Yıllık Dava Süresinin Geçirilmesine Rağmen, Babalık Davasının İstisnaen Açılabilceği Durumlar", **İÜHFM**, C.29, Y.1963, s.218-237.

ÖZUĞUR, Ali İhsan; **Türk Medeni Kanunun Değişen Yeni Düzenlemeleri İle Açıklamalı-İçtihatlı Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler**, Ankara, 2007.

REİSOĞLU, Sefa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul-1998.

SAYMEN, Ferit-ELBİR, Halid; **Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul-1960.

SEROZAN, Rona; **Çocuk Hukuku**, İstanbul-2005.

SEROZAN, Rona. "Yeni Medeni Kanun'un Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi", **Ünal Tekinalp'a Armağan**, C.2, s.499-516.

SEZEN, Kutlu Murat; **Hukuk ve Adli Tıp Açısından Babalık Davaları**, İstanbul-2000, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

ŞATIROĞLU, Muammer, “Babalık Davasında Maddi ve Manevi Tazminat III”, **YD**, Y.1981, s.519-545.

ŞENER, Esat; “Babalık Davası ve Af Kanunu İle Tescillerde İspat, Velayet, Nafaka ve Kişisel İlişki Üzerinde Düşünceler”, s.1005-1016.

ŞENER, Esat; **İçtihatlı Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, I. Cilt, Madde-1/516**, Ankara-1998.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; **Türk Aile Hukuku**, İstanbul, 1966.

TEPECİ, Kamil; **Nesep Hukuku Ana, Baba-Evlat Hakları**, Ankara, 1942.

TİRYAKİ, Fuat; **Nesebin Reddi Davası**, Ankara, 1995 (Yayınlanmamış Doktora Tezi).

TOSUN, Öztekin. Ceza Hukuku Bakımından Sun’i İlkah, **İHFM**, C.25, S.1-4, 1959, s.107-115.

TUĞ, Ayşim-ALAKOÇ, Doğan-ELMA, Cüneyt. “Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalında Gerçekleştirilen Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi”, **Adli Bilimler Dergisi**, C.3, S.3, Eylül-2004, s.51-56.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; **Türk Medeni Hukuku Cilt 2 Aile Hukuku**, İstanbul, 1956.

YAZGI, Burçak; **Medeni Usul Hukukunda Babalık Davası**, Ankara, 2002 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).

YILMAZ, Ejder-KURU, Baki-ARSLAN, Ramazan; **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 1999.

ZEVKLİLER, Aydın; **Medeni Hukuk, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Diyarbakır, 1986.

ZEVKLİLER, Aydın-ACABEY, Mehmet Beşir-GÖKYAYLA, K. Emre; **Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku**, Ankara, 1999.

ÖZET

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK çocuk ile ana babası arasında soybağının nasıl kurulacağını düzenlemiştir. Çocuk ile anası arasındaki soybağı doğum olayı ile kendiliğinden kurulurken, çocuk ile babası arasındaki soybağının kurulması bu kadar kolay değildir. Ana baba ile çocuk doğduktan sonra evlenmiş ve çocuğu nüfus memurluğuna bildirmişlerse çocuk evlilik devam ederken doğmuş gibi değerlendirilir. Çocuk evlilik birliği dışında doğmuşsa, babası tarafından tanınabilir.

Babalık davası, gerek TKM gerekse TMK'da düzenlenmiştir. TKM düzenlemesinin çağın ihtiyaçlarına cevap vermemesi, evlilik birliği içinde doğan çocuk ile dışında doğan çocuk arasında farklı sonuçlar öngörmesi yeni düzenlemeler yapılmasını gerektirmiştir. Eski düzenlemede babalık davası mali ve kişisel sonuçlu babalık davası olmak üzere ikiye ayrılmaktaydı. Mali sonuçlu babalık davasında, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulamamakta sadece ana lehine tazminata ve çocuk lehine nafakaya hükmedilmekteydi. Kişisel sonuçlu babalık davasının açılması ise birtakım şartların gerçekleşmesine bağlanmıştı. Bunlar, anaya evlenme vaadinde bulunulmuş olması, cinsel ilişkinin bir suç teşkil etmesi, nüfuzun kötüye kullanılmış olması ve babanın evli olmamasıydı. Bu şartlardan birinin gerçekleşmesi durumunda çocuk ile baba arasında düzdün olmayan soybağı ilişkisi kurulmaktaydı.

TMK getirdiği yeni düzenlemelerle babalık davasını teke indirmiş, dava açma şartlarını da ana ve çocuk açısından hafifletmiştir. Babalık davası sonucunda verilecek hükümle çocuk babasına soybağı ile bağlanacak ve babanın evlilik birliği içinde doğmuş çocuğu gibi işlem görecektir.

Günümüzde gelişen tıp ilmiyle birlikte çocuğun davalı babadan olup olmadığı kesine yakın bir oranda saptanabildiğinden dava açma süresinin sınırlandırılması amaca uygun düşmemiştir. Dava süresini şu ya da bu şekilde kaçıran, babalarına hukuken bağlanamayan ve bu nedenle de mirasçı olamayan evlilik dışı çocuk problemi devam edecektir. Çünkü TMK, evlilik dışı çocukların babalarına mirasçı olabilmelerini hukuken babalarına soybağıyla bağlanmalarına bağlamıştır.

TMK, babalık davası konusunda her ne kadar çocuk ve anne lehine düzenlemelerde bulunmuş ise de gelişen yapay dölleme teknikleri sonucunda meydana gelecek çocukların soybağının nasıl kurulacağını düzenlememiştir. Sperm, yumurtalık ya da embriyo nakli durumunda çocuğun birden çok anne ve babası olacağından bu kişilerden hangisine soybağı ile bağlanması gerektiği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

Anahtar Kelimeler

1. Soybağı
2. Yapay Dölleme
3. Gen Analizi
4. Dava Şartları

ABSTRACT

How the lineage between a child and his/her parents has been arranged with 4721 numbered TCL, which came into effect on January 1st 2002. While the lineage between the child and his/her mother is established naturally by birth, to establish the lineage between a child and his/her father is not so easy. If the mother marries to the father after the child was born and if they declare the birth of the child to birth registry office, it is treated as if the child was born during the marriage. If the child was born outside of the marriage, he/she can be recognized by his/her father. If the father does not recognize the child, then the lineage between the child and his/her father will be established by legal decision of a judge.

The paternity case has been arranged by both TKM and TCL. Because TKM did not meet requirements of the contemporary times and because it envisages different results for a child who was born outside of a marriage than a child who was born within a marriage, it was a necessity to make some new arrangements. In the older arrangement, paternity cases had been divided into two types as financial resulting and personal resulting paternity cases. In financial resulting paternity cases the lineage between the child and his/her father did not used to be established; only compensation for the mother and alimony for the child were used to be decided. Filing a personal resulting paternity case had been restricted by realization of some conditions. These conditions were: promising the mother of marriage, sexual intercourse being a crime, abuse of authority, and father being married. When one of these conditions existed it used to be decided to establish a lineage between the child and his/her father.

Paternity cases have reduced to one by TCL and with the new arrangements it brought, it has simplified filing a paternity case for the mother and the child. With a decision at the end of a paternity case, the child will be bonded to his/her father with a lineage and he/she will be treated as if he/she was born inside of the union of marriage.

In this age it is possible to understand almost precisely whether the man is the father or not with developing medical science, in TCL establishing a time limit for bringing a paternity case is not compatible with the purpose of the law. There always will be some people who missed time limits for one reason or another, they will not be able to heir, and for this reason the problem of children who were born outside of a marriage and can not be heirs will keep continuing. The reason is that TCL permits children outside of marriage to be heirs to their fathers only on the condition that they are bonded to their father with a legal lineage.

Although TCL has brought arrangements in paternity cases in favor of the child and mother, it has not brought any arrangements about how the lineage will be established about children, who are born as a result of developing artificial insemination techniques. Since in the cases of transplantation of ovary or embryo the child will have more than one father or mother, different ideas have been maintained in the doctrine about to whom the child will be bonded with a lineage.

Key Words

1. Lineage
2. Artificial insemination
3. Gene analysis
4. Conditions of case

