

T.C

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİMDALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA SOYBAĞI İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

GÜLÇİN ÇAM

İstanbul, 2012

T.C

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

HUKUK ANABİLİMDALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA SOYBAĞI İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

GÜLÇİN ÇAM

Danışman: Prof. Dr. SİBEL ÖZEL

İstanbul, 2012

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
GÜLÇİN ÇAM'ın MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUKTA SOYBAĞI İLİŞKİSİ adlı tez
çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 02.01.2013 tarih ve 2013-1/19 sayılı kararıyla
oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul
edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

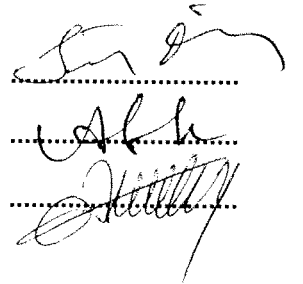
İmzası

Tez Savunma Tarihi : 30.11.2013

1) Tez Danışmanı : PROF. DR. SİBEL ÖZEL

2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. FARUK ACAR

3) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. AYFER UYANIK ÇAVUŞOĞLU



TEZ ÖZETİ

Bu araştırmanın amacı, milli hukukta soybağı ilişkisinin kurulması, hükümleri, ortadan kaldırılması, yardımcı üreme teknikleri ve içinde yabancılık unsuru bulunan hallerde aynı hususları milletlerarası hukuk alanında incelemektir. Araştırma yapılırken öncelik sırası maddi hukuk kurallarına tanınarak Türk hukukundaki yasal düzenlemeler kapsamında bilgi verilmektedir. Bu bölümde yardımcı üreme tekniklerinin türleri ile Türk hukuku ve mukayeseli hukukta hangi yardımcı üreme tekniklerinin tanındığına değinilmiştir. Çalışmanın ikinci aşamasında, milletlerarası özel hukukun genel kuralları ile ilgili gerekli olan açıklamalar yapılmakta ve kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde soybağı ilişkisinin kurulması, hükümleri ve iptalini düzenleyen yasal düzenlemeler incelenmektedir. Yabancı mahkeme kararlarının tanınması, soybağı ilişkisini etkileyen yabancı mahkemelerin vermiş olduğu kararların kamu düzeni kavramı bağlamında milli hukuktaki etkisi ele alınmaktadır. Soybağı ilişkisinde çocuğun yüksek menfaatini temel alan ve soybağı statüsünü doğrudan etkileyen Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelere yer verilmektedir.

ABSTRACT

The purpose of this research is to examine the establishment, related provisions and abolishment of filiation under national law and assisted reproductive techniques. In cases where there is a foreign element the same issues have been discussed in international private law as well. In the first part of the research, priority was given to positive law, so the research mainly gives information on legal regulations in Turkish law. In this part, the research also addresses the issue of types of assisted reproductive techniques in relation to filiation and the recognition of these techniques in Turkish and comparative law. In the second part of the research, the general principles of international private law in relation to filiation and the legal regulations governing the establishment, related provisions and abolishment of filiation has been examined in the framework of the rules of conflict of laws. The research also focuses on the international conventions which Turkey is a party to and which directly affect the filiation status and which is based on the high benefit of the child in establishing filiation. Finally, the recognition of foreign court decisions which influence filiation and the effect of these foreign court decisions on national law in the context of the concept of public order have been discussed.

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	2

BİRİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞININ KURULMASI

I. SOYBAĞI.....	4
A. SOYBAĞI TÜRLERİ	6
1. Doğal Soybağı – Hukuki Soybağı.....	6
2. Gerçek Soybağı – Yapay Soybağı.....	8
3. Evlilik İçi Soybağı – Evlilik Dışı Soybağı.....	8
B. SOYBAĞININ KURULMASI	9
1. Anne Yönünden Soybağının Kurulması.....	10
2. Baba Yönünden Soybağının Kurulması	12
a. Anne İle Evlilik.....	12
(1) Doğum Sırasında Evli Olma Hali	12
(2) Doğumdan Sonra Evlenme.....	15
b. Tanıma.....	16
c. Babalık Hükmi	18
3. Evlat Edinme Yolu İle Soybağının Kurulması	21
a. Küçüklerin Evlat Edinilmesi.....	21
(1) Genel Şartlar	21
(a) Küçüğün bakılmış ve eğitilmiş olması	21
(b) Evlat edinmenin küçüğün yararına olması	22
(c) Diğer çocukların yararlarının zedelenmemesi	23
(2) Özel Şartlar.....	24
(a) Birlikte evlat edinme durumundaki özel şartlar	24

(i) Eşlerin beş yıldan beri evli olmaları	24
(ii) Otuz yaşını doldurmuş olmaları	24
(b) Tek başına evlat edinme durumundaki özel şartlar	24
(i) Otuz yaşını doldurmuş olma.....	25
(ii) Birlikte evlat edinmesinin imkansız olması	25
(c) Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkı.....	25
(d) Küçüğün rızası	26
(e) Küçüğün ana ve babasının rızası.....	26
(f) Vesayet dairelerinin izni	27
b. Erginlerin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi	27
c. Evlat Edinmenin Şekli ve Usulü	30
d. Evlat Edinmenin Hüküm ve Sonuçları.....	30
(1) Kişisel Bakımından Sonuçları	30
(a) Ad - Soyad	30
(b) Vatandaşlık	33
(c) Hısımlık	33
(d) Evlenme yasağı.....	34
(2) Velayet ve Bakım Yükümlülüğü	34
(3) Nafaka Yükümlülüğü.....	35
C. SOYBAĞININ REDDİ	36
D. SOYBAĞININ HÜKÜMLERİ	39
1. Çocuğun Soyadı	39
2. Çocuğun Vatandaşlığı.....	40
3. Çocuğun Velayeti	41
4. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması	41
5. Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerinin Karşıllanması.....	42
6. Çocuğun Mirasçılığı	43
II. YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİ.....	43
A. GENEL OLARAK	43
B. YAPAY DÖLLENME KAVRAMI.....	44

C. YAPAY DÖLLENME YÖNTEMLERİ VE SOYBAĞININ KURULMASI

.....	45
1. Homolog Döllenme	46
a. Kavram	46
b. Homolog Döllenmede Soybağının Kurulması.....	47
2. Heterolog Döllenme	50
a. Kavram	50
b. Sperm ve Yumurta Bağışı	52
(1) Evli Çifte Yumurta Bağışı.....	52
(2) Evli Çifte Sperm Bağışı	54
(3) Evli Çifte Hem Yumurta Hem Sperm Bağışı: Embriyo Nakli	54
c. Heterolog Döllenmede Soybağının Kurulması.....	55

D. TAŞIYICI ANNELİK

1. Kavram	56
2. Taşıyıcı Annelik Çeşitleri	57
a. Yedek Annelik.....	57
b. Ödünç ve Kiralık Annelik.....	58
3. Taşıyıcı Annelikte Soybağı.....	59
a. Evli Çiftin Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumda	59
b. Evli Çiftten Yalnızca Kocaya Ait Sperm Kullanılması Durumunda	60
c. Evli Çifte Ait Olmayan Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumunda	61
d. Evli Olmayan Kadının Kendi Yumurtası İle Başkasının Sperminin Kullanılması Durumunda.....	61
e. Değerlendirme	61

E. TÜRK HUKUKUNDA YAPAY DÖLLENME

F. MUKAYESELİ HUKUKTA YAPAY DÖLLENME

1. Amerika Birleşik Devletleri.....	67
2. İngiltere	68
3. Almanya.....	69
4. İsviçre	69
5. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti	69

İKİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI İLİŞKİSİNDE KANUNLAR İHTİLAFI VE TANIMA MESELELERİ

I. VASIFLANDIRMA.....	72
A. GENEL OLARAK	72
B. VASIFLANDIRMAYA UYGULANACAK HUKUK.....	73
C. BAĞLAMA NOKTASI VE YORUMU	76
1. Hukuki İlişkinin Niteliğine Göre Tayin Edilen Bağlama Noktaları.....	77
2. Objektif ve Subjektif Esasa Göre Tayin Edilen Bağlama Noktaları	78
II. SOYBAĞININ KURULMASINA UYGULANACAK HUKUK.....	79
A. GENEL OLARAK	79
B. BAĞLAMA NOKTALARI.....	81
1. Çocuğun Doğum Anındaki Milli Hukuku	81
2. Çocuğun Mutad Meskeni.....	81
3. Ananın veya Babanın Çocuğun Doğum Anındaki Milli Hukukları.....	82
4. Ana veya Babanın Çocuğun Doğum Anındaki Müşterek Mutad Mesken Hukuku	83
5. Çocuğun Doğum Yeri Hukuku	83
III. SOYBAĞININ İPTALİNE UYGULANACAK HUKUK	84
A. SOYBAĞININ İPTALİ KAVRAMI	84
B. SOYBAĞININ İPTALİNE UYGULANACAK HUKUK	84
IV. SOYBAĞININ HÜKÜMLERİNE UYGULANACAK HUKUK	85

V. SOYBAĞINA İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI	88
A. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI	90
1. Tanıma Kavramı.....	90
2. Genel Olarak	91
3. Milletlerarası Özel Hukukta Tanıma	91
4. Mukayeseli Hukuk.....	93
5. Milletlerarası Sözleşmeler	95
B. KAMU DÜZENİ.....	102
1. Kamu Düzeni Kavramı	102
2. Ulusal Kamu Düzeni	103
3. Uluslararası Kamu Düzeni.....	109
SONUÇ.....	111
KAYNAKÇA	115

KISALTMALAR

Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Basım
b.	: Bent
Bkz.	: Bakınız
BV	: Cümle
C.	: Cilt
ÇHS	: Çocuk Hakları Sözleşme
Dn.	: Dipnot
E	: Esas
EGBGB	: Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
f.	: Fıkra
FmedG.	: Bundesgesetz über die medizinisch Unterstützte Fortpflanzung (Yapay Döllenmeye İlişkin 18.18.1998 tarihli İsviçre Federal Kanunu)
HD	: Hukuk Dairesi
IPRG	: Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
K	: Karar

KKTC	: Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunu
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T	: Tarih
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
ÜYTE	: Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliği
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
ylt.	: Yüksek Lisans Tezi

GİRİŞ

Aile hukukunun çatısı altında bulunan soybağı, her insanın sahip olduğu köken ile arasında hukuki olarak ilişki kurulmasını sağlamakla birlikte başka bir kökenden olmasına rağmen hukuki açıdan bir başka kişi ile de bu ilişkiyi kurabilir. Soybağı, Türk Medeni Kanununun ikinci kitabında "Aile Hukuku" ana başlığı altında ikinci kısımda düzenlenmiştir. Milletlerarası özel hukukta soybağı ile ilgili düzenlemeler ise, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun kapsamında "Kanunlar İhtilafı Kuralları" başlığı altında yer almıştır.

Milletlerarası özel hukukta soybağı ilişkisi konusu incelenmeye çalışılırken, Türk hukuk sistemindeki maddi hukuk verileri ortaya konulmak ve milletlerarası özel hukukta soybağı ile ilgili kanunlar ihtilafı kuralları ile bu hususta uygulanacak hukuk hakkında bilgi verilmek istenmiştir. İnceleme yapılırken çalışma konusunun iki bölüme ayrılarak incelenmesi tercih edilmiştir.

Soybağı, kavramsal bakımdan ele alınarak ne anlama geldiği hısımlık kavramı ile birlikte karşılaştırmalı olarak anlatılmaya çalışılmıştır. Soybağı kavramının açıklanmasının ardından soybağının türleri üzerinde durulmuştur. Soybağının türleri doğal soybağı – hukuki soybağı, gerçek soybağı – yapay soybağı ve evlilik içi soybağı – evlilik dışı soybağı olmak üzere üç kısma ayrılarak kendi aralarında karşılaştırmalı bir şekilde anlatılmıştır. Maddi hukuk bilgileri ortaya konmaya çalışılırken soybağı ilişkisinin anne ve baba açısından nasıl kurulduğuna yer verilmiştir. Çocuk sahibi olamayan veya çocuk sahibi olup da evlat edinmek isteyen çiftlerin ya da tek başına evlat edinmek isteyen kişilerin hangi şartlar ile evlat edinebileceğine, evlat edinmenin küçükler, erginler ve kısıtlılar için farklı kurallara tabi tutulduğu göz önüne alınarak evlat edinmenin şekli ve usulüne, evlat edinmenin hüküm ve sonuçlarına değinilmiştir. Soybağı ilişkisinin kurulması beraberinde bazı sonuçları da doğurmaktadır. Bu hususlar ise, soybağının hüküm ve sonuçları alt başlığı içerisinde incelenmiştir. Soybağı ilişkisinin kurulmuş olması, bu durumun sonsuza kadar devam edeceği anlamına

gelmez. Soybağı ilişkisi haksız ve hukuka aykırı bir şekilde kurulmuşsa soybağının reddedilmesi prosedürü işletilebilir.

Günümüzde tıbbi gelişmelere bağlı olarak soybağı ilişkilerine doğrudan etki eden yardımcı üreme tekniklerine, hukuki açıdan büyük bir öneme sahip olması sebebiyle, birinci bölüm içerisinde yer verilmesi uygun bulunmuştur. Yapay döllemenin ne olduğu hakkında bilgi verilerek türleri ve Türk hukukundaki yasal izin durumlarından bahsedilmiştir. Yapay dölleme neticesinde doğan çocukların soybağının ne şekilde kurulacağına ilişkin bilgi verilerek soybağının kurulması açısından oldukça ciddi problemler yaratan embriyo nakli, üreme hücrelerinin bağışlanması ve taşıyıcı annelik konularının mukayeseli hukuktaki durumu ağırlıklı olmak üzere incelenmeye çalışılmıştır. Soybağı ile bağlantı olarak yardımcı üreme tekniklerindeki tıbbi gelişmeler, özel hukukun çeşitli alanlarında (kişiler hukuku, miras hukuku, usul hukuku) olduğu gibi kamu hukuku alanında da problemlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu gelişmeler öncelikle insanın insan olmasından kaynaklandığı için hukuki açıdan ortaya çıkan sorunlara yeni çözüm yollarının üretilmesini gerektirmektedir. Yardımcı üreme tekniklerinin gelişmesi ile ortaya çıkan bu problemlerden sadece aile hukuku alanına ait olanlara gerektiği ölçüde yer verilmiştir.

İkinci bölüm, çalışmanın amacı doğrultusunda soybağının milletlerarası özel hukuk boyutunda incelenmesi için oluşturulmuştur. İkinci bölümde kanunlar ihtilafına ilişkin temel bilgiler verilmeye çalışılırken vasıflandırma, bağlama noktası ve yorumundan bahsedilmiştir. Milletlerarası özel hukukta soybağı ilişkisine uygulanacak hukuk, soybağının kurulmasında, iptalinde ve hükümlerinde olmak üzere ayrı başlıklar halinde ele alınmıştır. Milletlerarası özel hukukta soybağı incelenirken bu boyutu ile yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve soybağı ile ilgili Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler hakkında bilgi verilmek istenmiştir. İkinci bölümün son konusu olarak, kamu düzeni kavramı ve yabancı hukukun uygulanması üzerindeki etkisi belirtilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞININ KURULMASI

I. SOYBAĞI

Soybağı¹, en genel ifadesiyle kişinin ana ve babasıyla arasındaki bağlantıdır². Soybağı, anlam bakımından dar ve geniş anlamda olmak üzere sınıflandırılabilir. Dar anlamda soybağı, bir kimsenin ana ve babası ile arasındaki doğal ve/veya hukuki ilişki olarak tanımlanabilir³. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun, “*Aile Hukuku*” başlığını taşıyan İkinci Kitabında soybağı düzenlenirken dar anlamıyla yerini almıştır. Geniş anlamda soybağı ise, bir kimse ile onun altsoyu ve üstsoyu (usul-füru) arasındaki hısımlık ilişkisi olarak tanımlanabilir⁴. Dolayısıyla, geniş anlamda soybağının kan bağına dayanan hısımlık olduğunu söylemek mümkündür⁵.

Hısımlık kavramı, soybağı kavramına nazaran daha geniş kapsamlı bir ifadedir⁶. Hısımlık, bir kişi ile belirli kişiler arasında ya kan bağı ile ya evlenme ile ya da evlat edinme yolu ile kurulan ve bir hukuki ilişkidir. Bu anlamda hısımlık, gerçek

¹ Nesep, lineage/filiation.

² **Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Mustafa Alper Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 242; **Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman**, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2011, s. 321.

³ **Hıfzı Veldet Velidedeoğlu**, Türk Medeni Hukuku, C. II. Aile Hukuku, İstanbul 1965, s. 312; **Feyzi Necmettin Feyzioğlu**, Aile Hukuku, B.3, İstanbul 1986 (Bu basıyı hazırlayanlar: Cumhuriyet Özakman/M. Enis Sarıal) s. 411; **Bilge Öztan**, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2010, s. 486; **Mehmet Beşir Acabey**, Soybağı – Kurulması - Genel Olarak Sonuçları - Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002, s. 15; **Cem Baygın**, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 1; **Ömer Uğur Gençcan**, Aile Hukuku, Ankara 2011, s. 990.

⁴ **Velidedeoğlu**, s. 312; **Akıntürk/Karaman**, Aile Hukuku, s. 321; **Acabey**, s. 5; **Baygın**, s. 2.

⁵ **Özlem Yenerer Çakmut**, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, İstanbul 2008, s. 1.

⁶ **Aydın Zevkliler/Mehmet Beşir Acabey/K.Emre Gökyayla**, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2008; s. 130; **Rona Serozan**, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s. 142; **Baygın**, s. 2.

kişiler arasında doğal olarak ya da belirli ilişkiler sonucu kurulan ve kendisine hukuki sonuçlar bağlanan bağıdır⁷.

Hısımlık, kan hısımlığı ve kayın hısımlığı tanımı ile Türk Medeni Kanununda yer almaktadır. Medeni Kanun m.17/f.2’de, biri diğerinden gelen kişiler arasında olan üstsoy altsoy (kan) hısımlığı; ortak bir kökten gelen ancak biri diğerinin üstsoyu olmayan kişiler arasında olan yansoy (kan) hısımlığı düzenlenmiştir. Biri diğerinden gelen kişiler arasındaki üstsoy - altsoy kan hısımlığı, düz çizgi kan hısımlığı olarak da adlandırılmaktadır. Bir kimsenin babası, anası, dedesi vd. arasındaki hısımlık üstsoy kan hısımlığı iken; çocuğu, torunu, torununun çocuğu vd. arasındaki hısımlık ise altsoy kan hısımlığıdır.

Ortak bir kökten gelen kişiler arasındaki hısımlık ilişkisi yansoy kan hısımlığı olarak ifade edilmektedir. Kardeşler, kardeş çocukları veya amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenler vd. arasında yansoy kan hısımlığı mevcuttur. Eğer köklerden her ikisi de ortak ise tam kan yansoy hısımlığı; köklerden yalnızca biri ortak ise yarım kan yansoy hısımlığı söz konusudur⁸. Medeni Kanun m.18/f.1’de eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımlarının aynı tür ve dereceden kayın hısımlı olduğu belirtilmiştir.

Kayın hısımlığı, eşin diğer eşin kan hısımları ile arasında kurulan ve evlenmeden doğan hukuki bağıdır⁹. Görüldüğü gibi kayın hısımlığı, kan hısımlığında olduğu gibi üstsoy – altsoy kayın hısımlığı ve yansoy kayın hısımlığı olmak üzere iki farklı türde ortaya çıkmaktadır. Bir kimsenin babası onun birinci dereceden üstsoy kan hısımlı olup evlendiği takdirde kanunun öngördüğü üzere eşinin de aynı tür ve dereceden, üstsoy kayın hısımlı olur.

Evlat edinme söz konusu olduğunda, bunun neticesinde ortaya çıkan evlat edinen ile evlatlık ve onun altsoyu arasındaki ilişki de hısımlıktır. Bu hısımlık, doğal

⁷Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, İstanbul 2011, s. 175, Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2010, s. 83; Zevkilier/ Acabey/Gökyayla, s. 130-131.

⁸Hüseyin Hatemi, Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı), İstanbul 2005, s. 48; Serap Helvacı/Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, İstanbul 2011, s. 73; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 83; Zevkilier/Acabey/Gökyayla, s. 134.

⁹Hatemi, Gerçek Kişiler, s. 49; Helvacı/Erlüle, s. 73; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 84; Zevkilier/Acabey/Gökyayla, s. 136; Dural/Ögüz, s. 178.

kan bağı yoluyla değil de kanundan kaynaklanan bir sebeple, evlat edinme ilişkisi sebebiyle ortaya çıkar¹⁰. Evlat edinmeden doğan hısımlık, mahkemenin evlat edinme kararının kesinleşmesi üzerine evlat edinen ile evlatlık ve onun altsoyu arasında kurulur. Örneğin, evlatlık ile evlat edinenin annesi arasında veya evlat edinenle evlatlığın babası arasında hısımlık kurulmaz¹¹.

Hısımlık kavramı, kişiler arasında kan bağıyla kurulan kan hısımlığını, evlilik dolayısıyla kurulan kayın hısımlığını ve evlat edinme yoluyla kurulan yapay (suni) hısımlığı¹² bünyesinde barındıran soybağı kavramını kapsayan bir üst kavramdır. Kan hısımlığı ve evlat edinme yoluyla kurulan hısımlık, geniş anlamda soybağına ifade eder; fakat evlenme sonucu eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasında kurulan kayın hısımlığı olarak anılan hukuki ilişki soybağı kavramının dışında kalır. Buradan hareketle hem geniş anlamda soybağı hem de dar anlamda soybağı kavramları, hısımlık kavramından daha dar kapsamlıdır. Soybağı kavramı, esas itibariyle bir kişinin kimlerden ürediğini veya hangi soydan geldiğine ışık tutar¹³.

A. SOYBAĞI TÜRLERİ

1. Doğal Soybağı – Hukuki Soybağı¹⁴

Bir kişi (çocuk) ile kendilerinden biyolojik – genetik olarak türeyen kişiler arasında ortaya çıkan doğal bağa, doğal soybağı (tabii nesep) denmektedir¹⁵. Çocuk¹⁶ ile ana ve babası arasında salt biyolojik – genetik temellere dayanan bağ olarak

¹⁰Zevkilier/Acabey/Gökyayla, s. 137; Dural/Öğüz, s. 180.

¹¹Dural/Öğüz, s. 180; Helvacı, Gerçek Kişiler, s. 87; Baygın, s. 3.

¹²Yapay (suni) hısımlık ifadesi Medeni Kanun’da bulunmamaktadır.

¹³Zevkilier/Acabey/Gökyayla, s. 362; Baygın, s. 3.

¹⁴Doktrinde bazı yazarların doğal soybağı – yapay soybağı ayrımı yaptığı görülmektedir (Akıntürk/Karaman, s. 322; Helvacı/Erlüle, s. 175).

¹⁵Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, s. 414; Acabey, s. 6; Kırkbeşoğlu, s. 9.

¹⁶20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 1’e göre, “ Bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır”. Yine, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 3/f. 1, a’ya göre, “çocuk, daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanmaktadır. Ancak burada çocuk ifadesinden sadece ergin olmayan küçükler anlaşılmalıdır; yaşa bakılmaksızın ana baba ile arasındaki bağlantı anlaşılmalıdır.

nitelendirilebilen doğal soybağı¹⁷, kişinin gerçekte kimden ürediğini ve onun biyolojik ve genetik kökenini gösterir. Ana ve baba sadece çocuğu meydana getiren varlıklar olmayıp, aynı zamanda sosyal – manevi bir bağı da ifade eder. Doğal olarak çocuk, biyolojik olarak türediği ana babasına duygusal bir bağ ile bağlı olduğundan biyolojik ana baba, aynı zamanda sosyal ve manevi ana babadır. Çocuk ile ana arasında soybağının doğumla kurulacağını belirten Medeni Kanun m.282/f.1 doğal soybağından bahsetmektedir. Ana ile çocuk arasında kurulan bu ilişki kanundan kaynaklanması sebebiyle aynı zamanda hukuki bir ilişkidir. Çocuğu doğuran kadın ve bu kadının kendi yumurta hücresini dölleyen spermin sahibi olan erkekle çocuk arasında doğal soybağı ilişkisi mevcuttur¹⁸. Doğal soybağı ilişkisi, çocuk ile ana babası arasında doğum olayının gerçekleşmesiyle birlikte meydana gelir¹⁹.

Hukuki soybağı ise, çocuk ile ana ve babası arasında doğumla birlikte kurulan doğal soybağının hukuk tarafından da tanınmasıdır. Fakat bunun her zaman aynı şekilde ifade edilemeyeceğini belirtmek gerekmektedir. Doğal yolla kurulmasa bile hukukun izin verdiği şekilde kurulabilen başka türden bir soybağının hukuki soybağı olarak nitelendirilebileceğine dikkat edilmelidir. Bir başka deyişle, hukuki soybağı her zaman kan bağına dayanmaz, biyolojik – genetik kökenden kaynaklanmaz; sosyal ve psikolojik (manevi) bağı dayanan evlat edinme yoluyla kurulabilen soybağı ilişkisini de kapsar²⁰. Hukuki soybağının ortaya çıkması, hem kan bağından hem de evlat edinme yoluyla kurulan yapay soybağından kaynaklanabilir. Kanunda öngörülen bazı şartların gerçekleşmesiyle, bir çocuğun hukuki olarak bir ana ve baba ile arasında bağlantı kurulması sonucunda meydana gelen ilişkiye, hukuki soybağı denir²¹.

Doğal soybağı ile hukuki soybağı genellikle örtüşür. Ancak bazen biyolojik – genetik ana ve babalık ile sosyal – manevi (duygusal) ana ve babalık ayrıldığı görülmektedir²². Örneğin; başka bir erkekten olan çocuğun soybağını reddetmeyen

¹⁷ Baygın, s. 3; Çakmut, s. 19-20.

¹⁸ Çakmut, s. 19-20.

¹⁹ Acabey, s. 6; Baygın, s. 3.

²⁰ Zevkililer/ Acabey/Gökyayla, s. 363; Baygın, s. 4.

²¹ Zevkililer/ Acabey/Gökyayla, s. 363.

²² Serozan, Çocuk Hukuku, s. 150; Acabey, s. 7.

koca, çocuğun genetik – biyolojik babası olmamasına rağmen sosyal – manevi babası olmasında bir sakınca yoktur ya da kadının evlilik dışı doğurduğu çocuk hatır, aldatma veya yanılma neticesinde erkek tarafından tanınmışsa hukuki soybağı kurulmuştur; fakat doğal soybağı ilişkisi yoktur²³. Bu durum başka kişilerin çocuğunu evlat edinenler için de böyledir. Yine, koruyucu aile söz konusu olduğunda, çocuk ile koruyucu aile arasında sadece sosyal – manevi (duygusal) anlamda, ana – baba – çocuk ilişkisi vardır²⁴.

2. Gerçek Soybağı – Yapay Soybağı

Soybağının, çocuk ile ana ve babası arasındaki genetik – biyolojik olan kan bağına dayanması halinde gerçek soybağı ilişkisinden bahsedilir²⁵. Bir başka ve bütünüleyici bir ifadeyle gerçek soybağı, çocuk ile ana ve babası arasındaki kan bağına dayanan doğal ve hukuki ilişkidir.

Bu durumun aksine soybağının doğal bir bağlantı kuran genetik – biyolojik temelli olmayıp hukuki şartların mevcudiyetine dayandırılarak hukuki yollarla meydana gelmesi halinde yapay soybağı söz konusu olur. Kısaca, doğumla ortaya çıkmayan, bir hukuki işlem neticesinde dolaylı olarak oluşan soybağıdır²⁶. Örneğin; evlat edinme yoluyla evlatlık ile evlat edinen arasında kurulan ilişki yapay bir soybağı ilişkisi olup aynı zamanda hukukidir.

3. Evlilik İçi Soybağı – Evlilik Dışı Soybağı

Maddi hukuk alanındaki olumlu yenilenmelerden kabul edilen²⁷ evlilik içi ve evlilik dışı soybağı ayrımını çağ dışı kabul eden Medeni Kanun artık bu şekilde sınıflandırma yapmaktan vazgeçmiş ve bu ayrıma yer vermemiştir. Ancak soybağının ana ve baba yönünden kurulması halleri incelendiğinde bu ayrımın çok da faydasız olmadığı kanaatindeyiz.

²³Gençcan, s. 991; Baygın, s. 4-5.

²⁴Acabey, s. 7.

²⁵Acabey, s. 11; Cem Baygın, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VI, S. 1-4, 2002, s. 255.

²⁶Akıntürk/Karaman, s. 322.

²⁷Serozan, s. 128.

Bu ayırım 763 sayılı eski Medeni Kanunda “nesebi sahih çocuklar” ve “nesebi sahih olmayan çocuklar” olmak üzere iki bapta düzenlenmekteydi. Sahih nesep, diğer ifadesiyle düzgün soybağı, çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağının kanuna uygun şekilde kurulduğunu belirtirken; sahih olmayan nesep, yani düzgün olmayan soybağı çocuk ile ana ve babası arasındaki doğumdan itibaren kanunun öngördüğü şekilde kurulmadığını, ancak sonradan hukuk yoluyla kurulmuş olduğunu belirtir. Bir başka ifadeyle, sahih nesep “evlilik içi” soybağını gösterdiği halde, sahih olmayan nesep “evlilik dışı” soybağı ilişkisini göstermektedir. Yeni Medeni Kanunun getirdiği düzenleme ile soybağının sonuçları bakımından, evlilik içi soybağı ve evlilik dışı soybağı ayırımı kaldırılmış, annesiyle doğum olayı ile kurulan, babasıyla da doğumdan sonra kurulan soybağı arasında hiçbir fark kalmamıştır²⁸. Kişisel sonuçlu babalık davası ile mali sonuçlu babalık davası birleştirilmiştir. Nitekim 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.13’e göre Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu Kanun hükümlerine göre karara bağlanacak ve yeni kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan mali sonuçlu babalık davalarında olumlu sonuç alınmışsa çocuğun soybağının, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulacağı kabul edilmiştir. Ayrıca, 12’inci maddede sahih olmayan nesepli çocukların 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren artık bu Kanunun soybağı hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir²⁹.

B. SOYBAĞININ KURULMASI

Çocuk ile ana ve babası arasında soybağı ilişkisi genellikle kanun gereği kurulan hukuksal bir ilişki³⁰ olup kural olarak kendiliğinden meydana gelmektedir. Ana ile soybağının kurulması ve baba ile soybağının kurulması farklı şekilde gerçekleşir. Soybağı ilişkisi pekala hukuki tasarrufla da meydana gelebilir³¹. Medeni Kanunun 282’inci maddesinin 1’inci fıkrası ana ile çocuk arasındaki soybağının doğum ile kurulacağını, 2’inci fıkra ise baba ile soybağının ana ile evlilik, tanıma veya hakim

²⁸Akıntürk/Karaman, s. 323; Baygın, s. 6; Zevkliler/ Acabey/Gökyayla, s. 369.

²⁹Kırkbeşoğlu, s. 14; Baygın, s. 7-8.

³⁰Serozan, s. 126.

³¹Serozan, s. 126.

hükmü neticesinde kurulacağını ifade etmiştir. Soybağının kurulmasına ilişkin genel esasları düzenleyen bu maddenin ilk iki fıkrası genetik – biyolojik temelli olan kan bağına dayanan doğal soybağının kurulmasını, 3’üncü fıkrası ise, evlat edinme yoluyla yapay soybağının kurulmasını ifade eder.

1. Anne Yönünden Soybağının Kurulması

Çocuğun ana ile soybağının kurulması iki şekilde mümkündür. İlki doğal olan doğum yoluyla, ikincisi yapay olan evlat edinme yoluyla³² kurulması halleridir.

Medeni Kanun m.288/f.1’e göre, “çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur”. Doğum olayının gerçekleşmesiyle ana ile çocuk arasında soybağı ilişkisi o anda ve kendiliğinden kurulmuş olur. Bu ilişkinin kurulması için herhangi farklı bir işleme gerek yoktur; yeter ki, çocuğu kimin doğurduğu hususunda şüphe olmasın. Doğum yoluyla kurulan bu soybağı biyolojik – genetik esaslara dayanan doğal bir soybağıdır. Doktrinde, sağ doğumla birlikte, soybağının geçmişe etkili olarak, doğumdan önce kurulacağı da belirtilmektedir³³.

Ana yönünden soybağının kurulabilmesi için:

- Kadın, bir çocuk doğurmuş olmalıdır.
- Çocuğun yaşı ile ana adayının/adının yaptığı doğum tarihi arasında uygunluk bulunmalıdır.
- Soybağı söz konusu olan çocuk ile ana adayının/kadının doğurduğu çocuğun kimlik ve aynılığında şüphe olmamalıdır³⁴.

Roma hukukunda “*mater semper certa est*” olarak ifade edilen³⁵ ve hala varlığını koruyarak Kanunda yer alan “doğuran kadın anadır” karinesi, kesin karine olup bunun aksini ispat etmek kesin karine karşısında mümkün değildir. Bu sebeple ananın soybağını reddetmesi de söz konusu olmadığı gibi, çocuğun ana tarafından tanınması da

³²Yapay soybağının kurulması başlığı altında incelenecektir.

³³Acabey, s. 198.

³⁴Feyzioğlu, s. 412-413.

³⁵Serozan, s. 147.

söz konusu olamaz³⁶. Dolayısıyla, çocuk bakımından ana ile arasında soybağı ilişkisinin tespiti, ileride inceleneceği üzere, baba ile arasında soybağının tespitine göre çok daha kolaydır. Ancak yapay dölleme yöntemlerindeki tıbbi gelişmeler göz önüne alındığında doğum yapan kadının çocuk ile arasında soybağı ilişkisi olmadığını ileri sürmesi artık günümüzde olası bir durumdur. Böyle bir sorunla karşılaşıldığı takdirde sorunu çözecek herhangi bir hukuki düzenleme mevcut değildir. İleride mukayeseli hukuktaki yerine ayrıca değinilecektir.

Çocuğu kimin doğurduğunun bilinmediği, çocuğun terk edildiği durumlarda bile anne bellidir; ancak annenin henüz kim olduğu bilinmemektedir. Dolayısıyla, annenin kim olduğunun bilinmediği bir durumda, açılacak dava (babalık davasından farklı olarak) yeni bir hukuki durum yaratan kurucu niteliği olan inşai bir dava değil; annenin belirlenmesine yönelik bir tespit davasıdır³⁷. Yanlışlıkla veya bilinçli olarak bir çocuğun nüfus kütüğüne, annesinden başka bir kadının kaydedilmesi halinde, çocuk ile kadın arasında soybağı kurulmuş olmaz³⁸. Özellikle ülkemizde imam nikahı ile kurulan ilişkideki kadından doğan çocuğun, erkeğin resmi nikahlı eşi doğurmuş gibi davranılarak ya da evlat edinilecek çocuğun, evlat edinme işlemlerinden kaçınılarak doğum yapan gerçek anne olan kadına nüfus kayıtlarında yer verilmeden evlat edinmek isteyen kadının anne olarak kaydedilmesi söz konusudur. Nüfus kaydındaki yanlışlığın düzeltilmesi için tespit niteliğinde olan, herhangi bir süreye tabi olmayan³⁹ ve hukuki yararı olan herkes tarafından açılabilen nüfus kütüğündeki gerçek dışı kaydın düzeltilmesi, nüfus kütüğünün düzeltilmesi davası sonucunda alınacak hükümle gerçek anne nüfus kütüğünde gösterilir⁴⁰.

³⁶Nomer, N. Haluk, Suni Dölleme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, s. 553.

³⁷Gençcan, s. 3-5; Acabey, s. 222-223; Kırkbeşoğlu, s. 15.

³⁸Dural/Öğüz/Gümüş, s. 244; 2. HD. T. 11.4.2005, E. 3250, K. 5766, Ali İhsan Özüğür, Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Ankara 2007, s. 310.

³⁹2. HD., T. 27.02.1986, E. 1733, K. 2053, Ömer Uğur Gençcan, Nüfus Davaları (Genel Hükümler), Ankara 2000, s. 116.

⁴⁰Serozan, s. 165; Oğuzman/Dural, s. 324; Acabey, s. 224-225.

2. Baba Yönünden Soybağının Kurulması

Soybağının çocuk ile baba arasında kurulması, çocuk ile ana arasında kurulması kadar basit değildir. Çocuk ile ana arasındaki soybağının kolay bir şekilde kurulmasındaki en önemli etken “doğuran kadın anadır” karinesidir. Baba için evlilik içinde doğmuş olsa bile böyle kesin bir karine söz konusu değildir. Her ne kadar evlilik içinde doğan veya ana rahmine düşmüş olan çocuğun babasının koca olduğu yönünde bir karine olsa da, bu karine kesin karine değildir ve aksi her zaman ispat edilebilir.

Çocuk ile baba arasında soybağı anneyle evlilik, tanıma, babalık davasında verilen hakimin hükmü veya evlat edinme yoluyla kurulur.

a. Anne İle Evlilik

(1) Doğum Sırasında Evli Olma Hali

Çocuk doğduğu veya ana rahmine düştüğü anda baba ile ana evlilik ilişkisi içinde bulunmalıdır. Medeni Kanun m.285/f.1’e göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Burada kanun koyucu çocuğun lehine düşünerek kocanın babalığı karinesine yer vermiştir. Babalık karinesi adi bir karinedir ve aksi ispatlanabilir⁴¹. Bu karine ananın sadakatine dayandırılarak soybağı statüsünün istikrarını sağlar. Evlilik gerçekleşikten hemen sonra doğan çocuk evlilik içinde doğmuş olacağından kocanın çocuğu sayılır⁴². Ancak Medeni Kanun babalık karinesini düzenlerken hem doğal hem de yapay dölleme olgularını kapsayan üst bir kavram olarak, kritik dönemde “dölleme” kanıtı yerine salt döllemeye özgü eski ifadesini koruyarak “cinsel ilişki” kanıtına yer vermiştir⁴³.

Babalık karinesi, Roma Hukukundan gelen, “*pater is est quem nuptiae demonstrant*” (evliliğin baba olarak işaret ettiği kimse babadır) kuralının biraz daha genişletilmiş şekli olup, söz konusu kurala göre, sadece evlilik içinde doğmuş olan

⁴¹Babalık karinesinin hukuki niteliği için bkz. **Fulya Erlüle**, “Babalık Karinesi” Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. I, İstanbul 2009, s. 687.

⁴²**Oğuzman/Dural**, s. 200; **Akıntürk/Karaman**, s. 329; **Serozan**, s. 171, 176; **Baygın**, s. 21, 23.

⁴³**Serozan**, s. 132.

çocuklar bu karineden yararlanırdı⁴⁴. Evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Üç yüz günlük süre, Romalıların Hippocrate'ın otoritesine dayanarak koydukları kuraldan kaynaklanmaktadır⁴⁵. Tıbbi açıdan üç yüz günlük süre, azami hamilelik süresidir. Yani bir kadın hamile kaldıktan sonra çocuğunu en fazla üç yüz gün içinde doğurur. Dolayısıyla, evliliğin sona ermesini izleyen üç yüz gün geçtikten sonra doğan çocuk evlilik içinde ana rahmine düşmüştür, yani evlilik devam ederken kadın hamile kalmıştır⁴⁶. Evliliğin sona ermesinden sonra üç yüz gün içinde doğan çocuk ile eski koca arasında soybağı ilişkisi kurulabilmesi için, ananın evlilik sırasında hamile kaldığının ve hamileliğin üç yüz günden fazla sürdüğünün ispat edilmesi gerekir (MK.m.285/f.2). Bu durumun ispatı için biyolojik metotlardan ve tıbbi tekniklerden yararlanılması gerekmektedir.

Medeni Kanun m.156'da batıl bir evliliğin ancak hakimın kararıyla sona ereceği ve mutlak butlan halinde bile evlenmenin, hakimın kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. Yani, evlilik mutlak butlan veya nisbi butlan sebeplerinden biriyle sakat olsa bile, hakimın butlan kararı vermesine kadar geçerli bir evlilik gibi sonuçlarını doğurur. Soybağının kurulması açısından evlenmenin geçerli olup olmamasının önemi yoktur. Mahkemece butlanına karar verilen bir evlilikten doğan çocuk ana ve babaları iyiniyetli olmasa bile evlilik içinde doğmuş sayılır (MK.m.157). Evlilik devam ederken doğmuş olan çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisi doğum anı itibarıyla kurulmuştur.

Medeni Kanunun 290'ıncı maddesinde "*karinelerin çakışması*" başlığı altında, çocuğun evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğması, bu arada kadının yeniden evlenmiş olması, yeni çocuğun evlilik birliği içinde doğmuş olması halinde, çocuk ile soybağı ilişkisinin sonraki evlilikteki koca ile kurulacağını düzenlenmiştir⁴⁷. Babalık karinesinin adi karine olması nedeniyle, sonraki evlilikteki

⁴⁴Oğuzman/Dural, s. 199; Serozan, s. 148; Baygın, s. 107; Erlüle, "Babalık Karinesi", s. 693.

⁴⁵Oğuzman/Dural, s. 199; Gençcan, s. 1035.

⁴⁶Oğuzman/Dural, s. 206; Akıntürk/Karaman, s. 330.

⁴⁷ "Karinelerin çakışması" kenar başlığını taşıyan ve İsviçre Medeni Kanununun 257 nci maddesinden alınan bu hükümde, evlilik sona erdikten sonra üç yüz gün geçmeden önce çocuğun doğmuş olması halinde ortaya çıkan babalık karinesi ile çocuğun evlilik devam ederken doğmuş olması halinde ortaya çıkan babalık karinesinin

kocanın bu karineyi çürütmesi mümkündür. Kanun koyucu son evlilikteki kocanın baba olma ihtimalinin daha yüksek olma olasılığını göz önüne almıştır. Çünkü kadının ikinci kocası ile daha yakın ilişki içinde olacağı ve ikinci evliliğin korunması gerektiği benimsenmiştir⁴⁸. Sonraki evlilikteki kocanın babalık karinesini çürütmesi durumunda çocuğun soybağının baba yönünden kiminle kurulacağı aynı maddenin 2. fıkrasında yerini almıştır. Buna göre, ikinci koca çocuğun soybağını reddettiği ve mahkeme de çocuğun bu kocadan olmadığına karar verdiği takdirde, önceki kocanın babalığı kabul edilecektir. Ancak kanun koyucunun karinelerin çakışmasından söz ederken kullandığı “ikinci koca” ibaresi kanaatimizce uygun değildir. Bu sebeple önceki evlilikteki koca ve sonraki evlilikteki koca ifadelerinin kullanmasına özen gösterilmiştir. Kadının, çocuğun ana rahmine düşmesi sırasındaki evliliğinin ilk evliliği olduğunu kabul etmek isabetli olmamakla birlikte, kanun koyucunun sonraki kocayı kastettiğini anlamak çok da zor değildir.

Karinelerin çakışması sorunu sadece mevcut evliliği sona eren kadının üç yüz günlük bekleme süresine uymaması olasılığında değil, bunun yanı sıra mevcut evliliği devam eden kadının çok eşliliği yasaklayan MK.m.130’daki kesin evlenme engelini aşması olasılığında da ortaya çıkabilir. Şöyle ki, kadının batıl olan ikinci evliliği hakimın butlan kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı için babalık karinesi yine her iki koca hakkında da geçerli olacaktır. Kadın evliliği devam ederken kanuna aykırı şekilde ikinci kez evlenir ve bu evliliğin butlanına karar verilmeden önce bir çocuk doğurursa MK.m.290 hükmü kıyas yoluyla uygulanarak

çakışması durumu, yine bir karine ile, daha doğrusu çakışan karinelere birinin tercihi ile çözüme kavuşturulmaktadır. Yürürlükteki Kanunda ise bu konu düzenlenmemiştir ve doktrinde de aynı değerde iki hükmün çakışmasından doğan bu örtülü boşluğun nasıl çözüme kavuşturulacağı konusunda bir fikir birliği yoktur. Birinci fıkra göre, çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmeden önce doğmuş ve ana da bu arada, yani çocuk doğmadan önce, yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılmaktadır. Ancak bu karinenin aksi kanıtlanabilir ve böylece de karine çürütülebilirse, ilk evlilikten doğan karine canlanır ve bu evlilikte koca ikinci fıkra gereğince baba sayılır. http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pdf (Erişim Tarihi: 31. 4.2012)

⁴⁸Oğuzman/Dural, s. 203-204.

ikinci evlilikteki koca baba sayılmalıdır⁴⁹.

Kadın, evliliğin sona ermesinden hemen sonra bir doğum yapmış ve henüz üç yüz günlük süre geçmeden ikinci bir çocuk daha doğurmuşsa, ikinci çocuk için önceki koca ile soybağı ilişkisini kurmak adına babalık karinesinin geçerli olup olmayacağını değerlendirmek konuya açıklık getirmek için faydalı olabilir. TEKİNAY, bu noktada babalık karinesinin geçerli olacağını kabul ederek, ilk doğan çocuğun babasının koca olduğunu, ancak ikinci çocuğun evlenmenin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuş olmasına rağmen, kocanın baba olduğunu söylemenin mantıksız olduğunu, bu durumda çocuğun soybağının gerçeğe aykırı olduğunu ifade etmektedir⁵⁰. Böyle bir durumun ortaya çıkması ihtimali çok nadir olsa bile, üç yüz günlük süre içinde kadının iki kez arka arkaya doğum yapması durumu değerlendirilecek olursa, ikinci çocuk için Medeni Kanunun düzenlemesi çerçevesinde evlilik birliği içinde doğmuş kabul edilerek babalık karinesinin fonksiyonel kılınması hukuki imkanları zorlamakla birlikte çocuğun menfaati açısından kabul edilmesinde fayda olduğunu düşünmekteyiz. Bir kadının hamileliğinin son aşamalarında evliliği sona ermişse ve evlilik sona erdikten hemen sonra doğan çocuk için babalık karinesinin işlerliğinde bir sorun olmazken, evlilik birliği sona erdikten sonra üç yüz gün içinde ikinci çocuğu dünyaya getirmesi tıbben mümkün olmasının yanı sıra, ikinci çocuk için babalık karinesinin devre dışı bırakılması düşüncesi çeşitli sorunlara neden olabilir. Dolayısıyla, öncelikle üç yüz gün içinde doğan çocuklar için babalık karinesinin uygulanması gerekmektedir. Zira, bu karine kesin bir karine olmadığından aksinin ispat edilmesi, soybağının kurulması çabalarına nazaran hakkaniyete daha uygun sonuçlara götürebilir.

(2) Doğumdan Sonra Evlenme

Evlilik dışında doğmuş olan çocuk için soybağı ilişkisini baba ile kurarken anneyle kurulmasındaki gibi kolay olması beklenemez. Medeni Kanunum.282/f.2'ye

⁴⁹Emine Akyüz, Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2010, s. 109; A. Egger, Çeviren: Tahir Çağa, Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku Türk Medeni Kanunu Mad. 241-345, Ankara 1949, s. 11-12; Baygın, s. 24, 25; Erlüle, “Babalık Karinesi”, s. 696-697.

⁵⁰ Aynı görüş için bkz. Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1971, B. 7, İstanbul 1990, s. 397; Feyzioğlu, s. 423, Oğuzman/Dural, s. 204; Akıntürk/Karaman, s. 333.

göre, çocuk ile baba arasındaki soybağının doğumla kendiliğinden kurulmasını, ancak baba ile ananın doğum sırasında evli olmaları şartına bağlamıştır. Doğum evlilik dışında gerçekleşmiş ve ana ile babanın evli olmamaları sebebiyle baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulamamış olması durumunda Medeni Kanunun 292'inci maddesi uyarınca, ana ile babanın doğumdan sonra evlenmesi ile çocuk, evlilik birliği içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacaktır.

Medeni Kanunu m.293/f.1'de eşlerin, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, doğumdan sonra yaptıkları evlenme sırasında veya evlenmeden sonra yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorunda oldukları belirtilmiştir. Aynı maddenin 2'inci fıkrasında eşlerin evlilik dışında doğan ortak çocuklarını nüfus memurluğuna bildirmemesi durumu ele alınmış; çocuğun evlilik içinde doğmuş çocuklara ilişkin hükümlere tabi olmasına engel olmayacağı düzenlenmiştir. Zaten evlenme olgusu tamamlanınca baba ile soybağı ilişkisi kurulmuş olur. Medeni Kanun m.293/f.4'e göre, ana ile babanın evlenmesinden önce ortak çocuk baba tarafından tanınmışsa veya babalık hükmü ile aralarında soybağı ilişkisi kurulmuşsa evlenme neticesinde nüfus memuru gereken işlemi yapar. Ancak nüfus memuruna bildirim yapılmaması, bu bildirimin kurucu nitelikte olmaması sebebiyle nesebin düzelmesini engellemez⁵¹.

b. Tanıma

Tanıma, doğal ya da genetik babanın bir çocuğun kendisinden olduğu (kendi sulbünden geldiği) yolunda, kanunda belirtilen makamlara kanunun aradığı şekiller içinde beyanda bulunmasıdır⁵². Bir başka tanımla tanıma, bir çocuğun biyolojik - genetik babasının soyundan geldiğinin, biyolojik – genetik baba tarafından kanunda belirtilen makamlar önünde ve kanunun öngördüğü şekilde beyan edilmesidir⁵³.

Kurucu yenilik doğuran tek taraflı hukuki işlem olan tanıma, tanıyan kişinin irade açıklamasıdır. Tanıma beyanının bir kimseye yöneltilmesine ve ona ulaşmasına

⁵¹ Akıntürk/Karaman, s. 334; Oğuzman/Dural, s. 227.

⁵² Akıntürk/Karaman, s. 346; Velidedeoğlu, s. 405; Oğuzman/Dural, s. 326.

⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 268.

gerek yoktur⁵⁴.

Medeni Kanun m.295/f.2'deki düzenleme gereğince tanıma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olmasına rağmen tanıma beyanında bulunan kişi tam ehliyetli olmadıkça kullanılamaz; tanıma beyanında bulunmak isteyen ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlı olması halinde yasal temsilcilerinin iznini alması gerekir⁵⁵. Ayırt etme gücünden sürekli yoksun bulunan genetik babanın evlilik dışı çocuğu tanıması mümkün değildir. Zira tanıma beyanının hüküm ve sonuçlarını anlayabilecek yeterliliğe sahip değildir. Tanıma, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğu için, yasal temsilci de genetik baba adına tanıma beyanında bulunamayacaktır.

Tanımanın gerçekleşmesi için:

- Tanıyanın genetik, bir başka ifadeyle doğal baba olması,
- Çocuğun başka bir erkekle soybağı ilişkisinin bulunmaması gerekir.

Medeni Kanunun 295'inci maddesinin 1'inci fıkrasında düzenlendiği üzere tanıma öngörülen şekillerde gerçekleştirilebilir. Kanunun öngördüğü şekle uymadan yapılan tanımanın geçerliliği yoktur. Tanıma, aşağıda sayılan şekillerde yapılabilir:

- Nüfus memuruna yazılı başvuru ile tanıma; baba nüfus memuruna yazılı başvuruda bulunarak evlilik dışında doğmuş olan çocuğu tanıdığını açıklar.
- Mahkemeye yazılı başvuru; açılmış bir babalık davası sırasında çocuğu tanıma iradesidir.
- Resmi senet; noter tarafından düzenlenecek resmi senette çocuğu tanıdığının açıklamasıdır.
- Vasiyetname; ölüme bağlı tasarruf şekillerden olan vasiyetname ile çocuğun tanınması mümkündür.

Medeni Kanunun 296'ıncı maddesi, tanıma beyanını alan nüfus memurunu, mahkemeyi, noteri veya vasiyetnameyi açan mahkemeyi, tanıma beyanında bulunan babanın ve çocuğun nüfusa kayıtlı olduğu yer memurluğuna bildirmekle

⁵⁴Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku, s. 326; Serozan, s. 204; Baygın, s. 59.

⁵⁵Akıntürk/Karaman, s. 346, 367; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 369.

görevlendirmiştir.

Hukukumuzda evlilik dışı ilişki neticesinde dünyaya gelen çocuğu tanıma yetkisi yalnızca babaya aittir. Tanıma yetkisinin annede olması günümüz hukuki koşullarının benimsemiş olduğu analık karinesi ile mümkün değildir; çünkü anne her zaman bellidir. İşte bu sebeple, annenin tanıma yetkisi bulunmamaktadır. Genetik anne ve biyolojik anne ayrımında bile bu kural değişmez⁵⁶.

Evlilik dışı çocuğun tanınması herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmadığından çocuk ölünceye kadar her yaşta tanınabilir⁵⁷. Tanıma için süre sınırlaması getirilmemiştir. Çocuk her zaman, doğumundan önce veya doğumundan sonra hatta öldükten sonra tanınabilir⁵⁸.

Tanıma, çocuk doğduğu andan itibaren olmak üzere hatta ana rahmine düştüğü andan itibaren hüküm ifade eder, kısaca tanıma geçmişe etkili olarak sonuç doğurur⁵⁹.

c. Babalık Hükümü

Babalık davası, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun babasının hükmen belirlenmesi amacıyla açılan bir dava olarak tanımlanabilir. Evlilik dışında doğmuş olan çocuğunu kendi rızası ile tanımak istemeyen doğal babanın, hukuki olarak babalığının belirlenmesi amacıyla başvurulacak yargı yoludur. Babalık davası veya Medeni Kanunun ifadesiyle babalık hükmü, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun gerçek ve genetik babasının hükmen belirlenmesini amaçlayan bir dava olup, yargılama sonucunda baba olduğu tespit edildiği takdirde verilen hüküm babalık hükmüdür⁶⁰. Babalık davasının konusunu, çocuk ile genetik baba arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması oluşturur.

Medeni Kanun m.301/f.1'e göre, ana ve çocuk, babalık davasını ayrı ayrı veya birlikte açabilmektedir. Bu ifadeden babalık davasının davacılarının ana ve/veya çocuk olduğu anlaşılmaktadır. Ananın açtığı babalık davasında, ana çocuk adına, onun yasal

⁵⁶Serozan, s. 203.

⁵⁷Serozan, s. 203; Baygın, s. 59.

⁵⁸Oğuzman/Dural, s. 327; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 272; Serozan, s. 205.

⁵⁹Feyzioğlu, s. 530; Tekinay, s. 530.

⁶⁰Akıntürk/Karaman, s. 358.

temsilcisi sıfatıyla değil, kendisine tanınan hakka dayanarak bizzat kendi adına hareket eder⁶¹. Çocuk ergin ise babalık davası açma hakkını bizzat kullanabilir.

Babalık davası çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir⁶². Çocuk ergin olmadan, dava ehliyeti olmadığı için, babalık davasını bizzat açamayacaktır. Bunu öngören kanun koyucu çocuğun menfaatlerinin koruma altına alınması için babalık davasının bir başkası tarafından açılmasına olanak tanımıştır. Medeni Kanunun 303'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre ana, babalık davasını doğumdan itibaren bir yıl içinde açmalıdır. Aynı maddenin 2'inci fıkrası çocuğa kayyım atanması ihtimali üzerine dava açma süresini, atamanın kayyımına tebliğ edilmesinden itibaren bir yıllık hak düşürücü süreye tabi tutmuştur. Ergin olmayan çocuk adına babalık davası kayyım tarafından açılacaktır. Kayyım atanmamışsa, hak düşürücü süre çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren işlemeye başlar.

Çocuk başka bir erkek ile soybağı ilişkisi içinde ise, gerçek babanın babalığına hükmedilmesi için açılacak olan babalık davası, mevcut soybağının ortadan kalkmasından itibaren bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde açılmalıdır (MK.m.303/f.3). Hak düşürücü süre geçtikten sonra babalık davası açılması, bu sürenin geçirilmesini haklı kılan bir sebebin varlığını gerektirir ve bu sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir ay içinde babalık davası açılması mümkündür (MK.m.303/f.4). Ancak, Anayasa Mahkemesi'nin 15.3.2012 tarihli kararı ile hak düşürücü nitelikte olan bir yıllık süreye ek olarak sınırlandırılmış bir şekilde tanınmış olan bir aylık süre koşulu çocuk açısından iptal edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi MK. m. 303'ün esas incelemesinde soybağına ilişkin kuralların kamu düzenini ilgilendirdiği ve Kanunda öngörülen süre sona erdikten sonra nüfus kaydının düzeltilmesi imkanı ortadan kalktığı için açıkça kamu düzenine aykırı olduğu, babalık davasında haklı olan davacının babalığı ispat etmiş olmasına rağmen soybağının düzeltilmesinin artık mümkün olamadığı, hak düşürücü sürenin uygulanması ile babasının hanesi ile nüfus kütüğünde irtibatın imkansız hale geleceği, dolayısıyla miras hukukundan doğan hakları kullanamayacağı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın

⁶¹ Akıntürk/Karaman, s. 358; Oğuzman/Dural, s. 337.

⁶² Yargıtay 2. HD. T. 26.02.2003, E. 929 K. 2493, Özügür, s. 274.

Anayasa'nın 36. maddesine aykırı olduğu iddiasını kabul etmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 2. ve 17. maddelerine aykırı bulunan MK. m. 303/f. 4'ün çocuk açısından iptaline karar verilmiştir. Çocuğun babalık davası açma hakkı bir yıllık süre ile sınırlandırılmış, haklı bir sebebe dayanarak bir yıl içinde babalık davası açamayan çocuğa haklı sebebin ortadan kalkmasından itibaren bir aylık süre içinde dava açması gerektiği hak düşürücü süre ile kurala bağlanmıştır. Bir aylık sürenin ciddi anlamda kısa bir süre oluşu ve bu hak düşürücü sürenin uygulanması ile son derece ağır sonuçlarla karşılaşması ihtimali olan çocuk için maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ve hak arama özgürlüğünü sınırlaması sebebiyle bu sürenin makul, ölçülü ve adil olmadığına isabetli bir şekilde karar verilmiştir. Medeni Kanun m. 303/f.4'ün "çocuk" yönünden Anayasa'ya aykırı olduğu sebebiyle iptaline ve kararın yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe gireceğine karar verilmiştir⁶³.

Çocuğun, babalık davası açmadan ya da dava açtıktan sonra ölmesi durumunda dava hakkının kural olarak mirasçılara geçtiği savulmaktadır⁶⁴. Bu görüşe, çocuğun babalık davası açtıktan sonra ölmesi durumunda davanın mirasçılar tarafından takip edilebileceğine katılmak mümkün olsa bile, kişiye sıkı surette bir hakkın kullanımı olan babalık davasının doğrudan mirasçılar tarafından açılması kısmına katılmamaktayız.

Babalık davasının davalısı; baba, baba ölmüş ise babanın mirasçısıdır⁶⁵. Bunların yanı sıra bazı yazarların kabulüne göre, babanın mirasçısı olmadığı durumlarda davanın Hazineye karşı açılması gerekir⁶⁶.

Babalık davası sonucunda, çocuğun babası hukuken belirlendiği takdirde, mahkeme davalı tarafın babalığına hükmeder. Davalının, çocuğun genetik babası olduğu ortaya çıkmışsa, hakim başka bir şart aramaksızın babalığa hükmeder ve bu hükümle çocuk ile baba arasında doğum anından (hatta döllenme anından) itibaren

⁶³ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120721.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/07/20120721.htm> (Erişim Tarihi: 6. 8.2012).

⁶⁴ Oğuzman/Dural, s. 338.

⁶⁵ Yargıtay 2. HD. T. 13.5.2003, E. 6021, K. 7147, Özügür, s. 273.

⁶⁶ Velidedeoğlu, s. 423; A. Samim Gönensay, Medeni Hukuk, C. II Aile Hukuku, Kısım II Nesep, Velayet, Vesayet, İstanbul 1940, s. 98.

geriye etkili olarak soybağı ilişkisi kurulmuş olur⁶⁷. Soybağını kuran bu hüküm, kurucu yenilik doğuran etkiye sahiptir⁶⁸.

3. Evlat Edinme Yolu İle Soybağının Kurulması

Medeni Kanun m.282/f.3, soybağının evlat edinme yoluyla da kurulabileceğini düzenlemiştir. Evlat edinme, soybağının kaynaklarından biridir. Ancak, evlat edinme sonucunda evlat edinen ile evlat edinilen (evlatlık) arasında kurulan soybağı ilişkisi, doğumla kendiliğinden ortaya çıkan soybağı gibi “kan bağına” değil, taraflar arasında gerçekleşen evlat edinme olgusuna dayanmaktadır⁶⁹. Bir başka deyişle, evlat edinmede çocuk ile ana ve/veya baba arasında kurulan soybağı ilişkisinin temeli genetik – biyolojik olmayıp hukuki bir bağa dayanmaktadır. Dolayısıyla, bu şekilde kurulan soybağı, yapay soybağıdır. Evlat edinen ile evlat edinilen arasında oluşan yapay soybağı, evlatlığın genetik soybağını sürdürmesine engel olmaz; öz ana – babasıyla olan gerçek soybağı da varlığını korumaya devam eder.

Kanun koyucu esas olarak küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin şartları düzenlemiş, ergin ve kısıtlıların evlat edinilebilmesinde ise, ortak şartların dışında istisnai durumların gerçekleşmesini aramıştır⁷⁰.

a. Küçüklerin Evlat Edinilmesi

Küçüklerin evlat edinilmesi ile erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesi farklı şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca farklı kurallara tabi olan tek başına evlat edinme ve birlikte evlat edinme olmak üzere iki çeşit evlat edinmeyle karşılaşmaktayız.

(1) Genel Şartlar

(a) Küçüğün bakılmış ve eğitilmiş olması

Bir küçüğün evlat edinilebilmesi için, onu evlat edinmek isteyen kişilerin evlat edinilmek istenen küçüğe bir yıl boyunca bakmış ve eğitmiş olmak Medeni Kanun m.305/f.1’de yer alan ilk şartıdır. Böylece, bir kimsenin daha önce bakmadığı ve

⁶⁷ Akıntürk/Karaman, s. 367; Acabey, s. 282.

⁶⁸ Acabey, s. 282.

⁶⁹ Oğuzman/Dural, s. 244; Akıntürk/Karaman, s. 369.

⁷⁰ Baygın, s. 139.

eğitimine hiçbir katkısı olmadığı küçüğü evlat edinmesi engellenmekte ve bir çeşit deneme süresiyle, tarafların birbirlerini tanımaları sağlanmaktadır⁷¹. Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki soybağı ilişkisi, görevli mahkemenin bu doğrultudaki kararının kesinleşmesiyle kurulur⁷².

Bakım ve gözetim ilişkisi, evlat edinmenin değerlendirilmesine yardımcı olabilecek önemli bir şarttır. Bakım sürecinde, evlat edinmek isteyen kişinin çocuğun eğitimi için yeterli olup olmadığını, evlat edinecek eşler ve varsa onların çocukları ile evlatlık arasındaki ilişkilerin uyumu değerlendirilerek bu ilişkinin kurulup kurulmayacağına anlaşılmaktadır⁷³.

(b) Evlat edinmenin küçüğün yararına olması

Medeni Kanunun 305'inci maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan ikinci şart, evlat edinmenin her halde küçüğün yararına olması gerektiğidir. Bu şart, maddenin gerekçesinde “evlat edinme işleminin olmazsa olmaz koşuludur” şeklinde ifade edilmektedir⁷⁴. Kanun gerekçesinde kanun koyucu, söz konusu olan şart ile birlikte, küçüğün yararına olmayacak evlat edinme işlemine en başından engel olmayı amaçlamaktadır. Diğer bütün şartların mevcut bulunmasına rağmen hakim evlat edinmenin çocuğun yararına olduğu hususunda tereddütlere sahipse, evlat edinmeye karar vermemelidir⁷⁵. Hakim bu kanaatin oluşması amacıyla araştırma yaparken sosyal hizmetler uzmanı ile pedagogların görüşlerinden yararlanabilir⁷⁶.

⁷¹http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pdf (Erişim Tarihi: 13.4.2012).

⁷² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 304; Özügür, s. 338; Bilal Köseoğlu/Köksal Kocağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, 2011, s. 483.

⁷³ Emine Akyüz, “Evlat Edinmeye İlişkin Uluslararası Sözleşmeler, Çağdaş Hukuk Sistemleri ve Türk Medeni Kanunu”, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan, Ankara 1995, s. 157.

⁷⁴http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pdf (Erişim Tarihi: 13.4.2012).

⁷⁵ Feyzioğlu, s. 481.

⁷⁶ Akyüz, Evlat Edinme, s. 163; Köseoğlu/Kocağa, s. 502.

(c) Diğer çocukların yararlarının zedelenmemesi

Küçüğün evlat edinilmesinin evlat edinenin diğer çocuklarının yararlarını hakkaniyete aykırı derecede zedelememesi gerekmektedir. “Hakkaniyete aykırı biçimde zedelenme” ifadesi, evlat edinenin diğer çocuklarının maddi ve manevi yararlarını olumsuz yönde etkileyeceğini isabetli bir şekilde peşinen kabul etmiş olduğunu göstermektedir⁷⁷.

Evlat edinmenin bazı sakıncaları vardır; miras payının azalması, miras kaçırma olanağının verilmesi, mirasın ele geçirilmesine imkan sağlanması, evlat edinilenin emeğinin kullanılması gibi. Medeni Kanun m.500/f.1’e göre, evlatlık ve onun altsoyu, evlat edinene kan hısımlı gibi mirasçı olurlar. Böylece evlatlığın olması diğer zümredeki kişilerin mirasçılığına engel olmakla birlikte, evlat edinenin daha sonra evlilik içi çocuğun miras payını azaltacaktır⁷⁸. Kısmen doğru olan bu ifadenin sahibi olan GENÇCAN’ın daha sonra evlilik içinde dünyaya gelen çocuğun miras payını azaltacağı şeklinde ifade etmesi dolayısıyla, evlat edinenin sonrada doğan evlilik içi – evlilik dışı çocuğu ayırımı yapılması kanaatimizce doğru değildir. Nitekim evlat edinme kararı verildikten ve evlat edinen ile evlatlık arasında soybağı ilişkisi kurulduktan sonra evlat edinenin çocuğunun olması ve kendisinden önce evlat edinilen kimsenin varlığından ötürü miras payının azalması onun evlilik içinde veya evlilik dışında doğmuş olmasından etkilenmez. Çünkü Medeni Kanunu m. 498’de “evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar” düzenlemesi ile evlilik dışında doğan çocukları evlilik içinde doğan çocuklardan ayırmamıştır. Kanun koyucu, yasal mirasçılar başlığı altında evlilik dışı hısımları evlilik içinde doğan çocuklarla eşit tutarak onların da diğerleri gibi yasal mirasçılar olduğunu belirtmiştir.

Mahkemenin her somut olayın şartlarına göre hakkaniyetin zedelenip zedelenmeyeceği hususunu araştırması ve zedelenmenin makul seviyede olup olmadığını yorumlayarak evlat edinme talebi hakkında karar vermesi gerekmektedir. Küçüklerin evlat edinilmesiyle ilgili sayılan üç genel şartın birlikte bulunması

⁷⁷Akıntürk/Karaman, s. 371-372.

⁷⁸Gençcan, s. 1017; Akıntürk/Karaman, s. 372.

aranmaktadır.

(2) Özel Şartlar

Yukarıda sayılan üç genel şartın yanı sıra bazı özel şartların da sağlanması gerekmektedir. Bunlar, özel şartlar olarak adlandırılabilir. İki şekilde evlat edinilebileceğinden bahsetmiştik. Bunlardan ilk olarak eşlerin *birlikte evlat edinmeleri* durumundaki özel şartlar şunlardır:

(a) Birlikte evlat edinme durumundaki özel şartlar

Kanun, birlikte evlat edinmenin özel şartlarını kişinin asgari yaşına, evlilik sürelerine ya da ayrı kalma, haber alamama sürelerini dikkate alarak farklı şartlara tabi kılınmış kurallara tabi tutmuştur⁷⁹. Kanun koyucu birlikte evlat edinme açısından konuya ilişkin alternatif şartlar getirmiştir:

(i) Eşlerin beş yıldan beri evli olmaları

Medeni Kanun, evli olmayan kişiler için birlikte evlat edinmeye izin vermemiştir. Birlikte evlat edinme için, en geç evlat edinme başvurusunun yapıldığı anda evlilik birliğinin kurulmuş olması gerekir. Ancak, bakım ve eğitim yükümlülüğünün yerine getirilmesi sırasında kişilerin evli olması gerekmez⁸⁰.

(ii) Otuz yaşını doldurmuş olmaları

Evli çiftin birlikte evlat edinebilmesinin alternatif şartı otuz yaşını doldurmuş olmaktır. Zira eşler beş yıldır evli olmamanın yanı sıra, otuz yaşını doldurmuşlar ise birlikte evlat edinme şartını sağlamış sayılmaktadır (MK. m.306/f.2).

(b) Tek başına evlat edinme durumundaki özel şartlar

Tek başına evlat edinmede iki durum söz konusudur. Evli olmayan kişi tarafından evlat edinme veya evli olmasına rağmen tek başına evlat edinme durumlarıdır. Evli çiftlerden tek başına evlat edinmenin söz konusu olduğu durumlar istisnaidir⁸¹. Eşlerin birlikte evlat edinmelerinin birinci istisnasını kanun koyucu düzenlemiştir. Medeni Kanun m. 306/f.3'te buna göre, eşlerden biri, eşiyle en az iki

⁷⁹**Herdem Belen**, Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, İstanbul 2005, s. 19.

⁸⁰**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 291.

⁸¹**Belen**, s. 25.

yıldan beri evli olması veya otuz yaşını doldurmuş bulunması şartıyla, diğerinin çocuğunu evlat edinebilir. Bu durumda çiftlerden biri zaten evlat edinilenin gerçek anne veya babası olduğundan sadece diğer eş açısından evlatlık ile soybağı ilişkisi kurulmaktadır.

Birlikte evlat edinmeye getirilen ikinci istisna ise, Medeni Kanun m.307/f.2’de yer almıştır. Buna göre, otuz yaşını dolduran eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksunluğu veya iki yıldan fazla süredir nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yıldan fazla süredir eşinden ayrı yaşamakta olması sebebiyle, birlikte evlat edinmenin mümkün olmadığını ispat etmesi halinde, bir küçüğü tek başına evlat edinebilir.

(i) Otuz yaşını doldurmuş olma

En az beş yıldır evli olan bir eş, otuz yaşını doldurmamış olsa dahi eşiyle birlikte evlat edinme imkanına sahip olurken, aynı eş tek başına evlat edinebilmek için otuz yaşını doldurmuş olmak zorundadır⁸². Tek başına evlat edinme hallerinden olan diğer eşin çocuğunun evlat edinilmesinde ise, evliliğin beş yıldan beri devam ediyor olması değil de, iki yıldır devam ediyor olması kanun koyucu açısından yeterli bulunmaktadır (MK.m.306/f.3).

(ii) Birlikte evlat edinmenin imkansız olması

Evlat edinmek isteyen kişi evli değilse, evli olmasına rağmen mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süredir ayrı yaşaması veya diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunması halinde yahut diğer eşin uzun zamandan beri nerede olduğu bilinmiyorsa birlikte evlat edinmesi mümkün olmayacaktır. Kanun koyucu bu ihtimalleri dikkate alarak otuz yaşını doldurmuş olmak şartıyla tek başına evlat edinmeyi öngörmüştür.

(c) Evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş farkı

Medeni Kanunda evlat edinme için tek başına veya birlikte olması ayırımı yapılmaksızın evlat edinilenin, evlat edinenden en az on sekiz yaş küçük olması şartı aranmaktadır. Medeni Kanunda aranan evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki yaş

⁸² Akıntürk/Karaman, s. 375; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 292.

farkı asgari olarak belirlenmiş olup bir üst sınır getirilmemiştir. Halbuki gerçek bir ana – baba çocuk ilişkisine benzemesi açısından evlat edinen ile evlatlık arasındaki yaş farkının üst sınırının da belirlenmesinin gerekliliği yönündeki görüşe katılmaktayız⁸³. Zira, salt on sekiz yaş farkını sağlıyor olmak sağlıklı bir evlatlık – evlat edinen ilişkisi kurmayabilir. Kanunun aradığı şartlar çerçevesinde bir küçüğün bakım ve gözetme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getiremeyecek bir çiftin evlat edinme talebinin kabul edilmesine karar verilmemelidir.

(d) Küçüğün rızası

Evlat edinilen küçük ise ve ayırt etme gücüne sahipse, küçüğün evlat edinilmesine rıza vermiş olması gerekmektedir. Medeni Kanun m.308/f.2’de yer alan bu şartın ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde de kıyas yoluyla uygulanacağını öngören MK.m.313/f.3 ayırt etme gücüne sahip olmaları halinde erginlerin de evlat edinilmelerine rıza göstermeleri aranmaktadır. Rıza gösterme evlat edinilmeye ilişkin olduğundan münhasıran şahsa bağlı haklardandır⁸⁴ ve sınırlı ehliyetsizler kategorisine giren küçükler ile kısıtlılar bu hakkı bizzat kullanırlar, yasal temsilcilerinin iznine tabi değildir⁸⁵.

(e) Küçüğün ana ve babasının rızası

Medeni Kanun m.309/f.1’de bir küçüğün evlat edinilmesinin ancak onun anne ve babasının rızasıyla mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Küçüğün anne ve babası onun bir başkası tarafından evlat edinilmesine rıza göstermedikçe evlat edinilmesi mümkün değildir.

Anne ve baba, rızasını MK.m.310/f.1’e göre, en erken doğumun üzerinden altı hafta geçtikten sonra verilebilir. Küçüğün evlat edinilmesi için anne ve babanın verdiği rıza tutanağa geçildikten itibaren altı hafta içinde aynı usule tabi olarak geri alınabilir. Ancak geri alınan rızadan sonra tekrar rıza verilirse, bu takdirde rızanın ikinci kez geri alınması artık söz konusu olmaz (MK.m.310/f.2,3).

⁸³Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, s. 606.

⁸⁴ Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar için bkz. **Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, İstanbul 2010, s. 157.

⁸⁵Akıntürk/Karaman, s. 377.

(f) Vesayet dairelerinin izni

Evlat edinilecek olan küçüğün vesayet altında olması halinde anne babanın rızası, yerini, vesayet daireleri olan vesayet makamı ile denetim makamının iznine bırakır. Dikkat edilmelidir ki, anne ve babanın rızasının yerini vasiinin rızası almamaktadır. Medeni Kanunun 463'üncü maddesinin 2'nci bendinde düzenlendiği üzere, vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi durumunda vesayet makamının izinden sonra denetim makamının da izni gerektirmektedir. Bu durumda küçüğün rızası yine aranmaktadır.

Vesayet altında olmasına rağmen küçüğün evlat edinilmesinde küçüğün rızası pek tabii ki yine aranmaktadır.

b. Erginlerin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi

Ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde kanunun aradığı bir grup şart, ergin ve kısıtlıların evlat edinildiği bütün durumlar açısından geçerlidir. Bunlar, evlat edinenin altsoyunun açık muvafakatinin bulunması, evlat edinilmek istenen evli ise diğer eşin izni, ergin veya kısıtlı ise beş yıllık bakım yükümlülüğünü yerine getirmiş olması gerekmektedir⁸⁶.

Kanun, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde genel şartlarla birlikte alternatif şartlardan birisinin de gerçekleşmesini aramıştır. Hatta erginlerin evlat edinilmesini daha sıkı şartlara bağladığı görülmektedir. Alternatif şartlar açısından iki şartı açıkça göstermiş olup bunların içinde adeta bir genel şart yaratmıştır. Alternatif şart içinde yaratılan genel şart ile kastedilen “diğer haklı sebepler mevcutsa” belirli süre aile şeklinde yaşama şartlarının varlığıdır⁸⁷.

Erginlerin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde aranan şartlar:

- Evlat edinenin altsoyunun bulunmaması

Kanun koyucu ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde, evlat edinmek isteyen

⁸⁶Dural/Öğüz/Gümüş, s. 300 vd; Akıntürk/Karaman, s. 378; Cem Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, AÜHFD, C. VII, S. 3-4, (Aralık-2003), s. 620; Belen, s. 57.

⁸⁷Belen, s. 57.

altsoyunun bulunmaması şartını getirirken böyle bir durumda altsoyun menfaatlerine aykırı olacağı öngörüsüyle hareket etmiştir. Bu sebeple ergin ve kısıtlıların evlat edinilmesinde, evlat edinecek kişi diğer şartların yanı sıra, ancak altsoyunun bulunmaması durumunda ergin veya kısıtlıyı evlat edinebilecektir⁸⁸.

Evlat edinenin altsoyunun bulunmaması şartı, evlat edinme anında bulunması gereken bir şarttır. Dolayısıyla daha önce ölmüş veya gaipliğine karar verilmiş altsoyun bulunması evlat edinme talebinin reddini gerekmemektedir, hatta evlat edinenin daha sonra altsoyunun olması durumunda önceden, şartların mevcudiyeti çerçevesinde kurulan evlatlık ilişkisinin ortadan kaldırılmasına sebep oluşturmaz⁸⁹. Evlat edinilmek istenen kişi başvuru sırasında küçük olup evlat edinme kararı verilmeden önce ergin olduğu takdirde, Kanunun küçüklerin evlat edinilmesi için aramış olduğu şartların gerçekleşmesi halinde küçüklerin evlat edinilmesine ilişkin kuralların uygulanacağı Medeni Kanunun 315'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında düzenlenmiştir.

- Evlat edinilmek istenen ergin veya kısıtlının aşağıda gösterilen şartlardan (alternatif şartlar) birini taşıyor olması

Evlat edinmek isteyen kişinin altsoyunun bulunmaması şartı sağlandıktan sonra aşağıda gösterilen şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi ile ergin ve kısıtlı olan kişinin evlat edinilmesi mümkündür. Medeni Kanunun 313'üncü maddesi uyarınca:

- Bedensel veya zihinsel özrü sebebiyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlat edinen tarafından en az beş yıldan beri bakılıp gözetilmekte ise VEYA
- Evlat edinen tarafından, küçükken en az beş yıl süreyle bakılıp gözetilmiş ve eğitilmiş ise VEYA
- Diğer haklı sebepler mevcut ve evlat edinilen, en az beş yıldan beri evlat edinen ile aile halinde birlikte yaşamakta ise

Ergin veya kısıtlının evlat edinilmesinde kanun koyucu her üç halde de en az beş yıl gibi bir sürenin geçmiş olmasını aramaktadır. Ayrıca, evlat edinilecek kişi

⁸⁸Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, s. 621; Belen, s. 58.

⁸⁹Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, s. 621.

bakımından da “bedensel veya zihinsel özürlü olmak” veya “küçükken gözetilmiş ve eğitilmiş olmak” yahut “evlat edinenle uzun süredir aile halinde birlikte yaşamakta olmak” gibi önemli bir takım alternatif şartlar da aranmaktadır⁹⁰.

Evlat edinenin beş yıl süreyle evlat edinilmek isteyen kişiye bakmış olması şartı, ergin veya kısıtlının bedensel veya zihinsel özü sebebiyle sürekli olarak bakıma ve yardıma muhtaç olması durumunda, kanun koyucunun öngördüğü bu süre içerisinde sadece bakım ve gözetim ilişkisinin mevcudiyeti yeterli bulunmayıp, bu süreyi evlat edinmek isteyen aile ortamında geçirilmiş olmalıdır. Ayrıca küçükken beş yıl boyunca bakılıp gözetilen erginin evlat edinilmek istenmesi durumunda bakım ilişkisinin halen devam ediyor olması gerekmemektedir. Bedensel ve zihinsel özü olmayıp küçükken bakılıp gözetilmeyen bir ergin veya kısıtlının evlat edinilebilmesi için, onun en az beş yıldan beri evlat edinecek kişi ile aile halinde birlikte yaşıyor olması ve evlat edinmeyi haklı gösterecek bir nedenin varlığı gerekir. Anlaşılmaktadır ki, yalnızca beş yıldan beri aile halinde birlikte yaşıyor olmak evlat edinme isteminin kabulü için yeterli olmayıp, bunun için ayrıca evlat edinmeyi haklı gösterecek bir nedenin de olmasına ihtiyaç vardır⁹¹.

- Evlat edinilenin evli olması halinde eşinin rızası

Medeni Kanunun 313’üncü maddesinin 2’inci fıkrasında evlat edinilmek istenen kişinin evli olması halinde, ancak eşinin rızasıyla evlat edinebilir. Evlat edinilecek eş tam ehliyetli olsa dahi, diğer eşin rızası yine de aranmaktadır⁹².

Evlat edinilmek istenen kişinin evli olması durumunda, diğer eşin evlat edinen ile evlatlık arasında kurulacak hısımlık ilişkisi zorunlu olarak kendisini de etkileyeceğinden onun rızası önemlidir ve kanun koyucu tarafından aranmaktadır.

Evlat edinilmek istenen erginin eşi rıza gösterirken bu rızayı şarta bağlayamaz, rıza verdikten sonra bu rızayı geri alamaz. Dolayısıyla verilen rıza kesindir. Ancak,

⁹⁰Dural/Öğüz/Gümüş, s. 302; Akıntürk/Karaman, s. 379; Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, s. 622.

⁹¹Baygın, s. 623.

⁹²Akıntürk/Karaman, s. 379; Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, s. 624.

diğer eşin rıza veremeyecek olması durumunda; örneğin, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunması veya uzun süreden beri kendisinden haber alınamaması hallerinde onun rızasından vazgeçilebilir⁹³.

c. Evlat Edinmenin Şekli ve Usulü

Evlat edinmenin şekil ve usulü konusunu düzenleyen Medeni Kanun m.315/f.1, 2'inci cümledeki ifadesi, evlatlık ilişkisinin mahkeme kararıyla kurulacağını belirtmektedir. Doğum yoluyla kurulan soybağı ilişkisinin, bizim de katıldığımız görüş olan genel kabul gören görüş paralelinde, doğum anı itibariyle kurulduğudur; evlat edinme yoluyla soybağı ilişkisinin kurulması durumunda kanun koyucunun açık ifadesi herhangi bir tartışmaya yer vermemiş ve mahkeme kararıyla bu ilişkinin kurulacağını belirtmiştir.

d. Evlat Edinmenin Hüküm ve Sonuçları

(1) Kişisel Bakımından Sonuçları

(a) Ad - Soyad

Evlat edinmenin kişisel bakımdan sonuçları arasında MK.m.314/f.3'te düzenlendiği üzere, *evlat edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebilir*. Evlat edinen kişinin evlat edindiği kişinin adını kendi arzusu doğrultusunda değiştirmesi için evlatlığın, çocuk kavramı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki, ergin olmayan evlatlığa evlat edinen tarafından yeni bir ad verilirken evlatlığın rızası aranmamakla birlikte evlatlığın yaşı gereği her zaman durumu anlayabilecek derecede gelişimini tamamlamış olması da mümkün değildir. Ancak kanun koyucunun, küçüğün adının değiştirilmesini algılayabilecek derecede ayırt etme gücüne sahip olması ihtimalini göz önünde bulundurarak böyle bir durumda küçüğün rızasının mevcudiyetini aramasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Küçüğün evlat edinilene kadar kullandığı adın evlat edinilmesinin bir sonucu olarak sırf evlat edinenin talebi doğrultusunda değiştirilmesi küçüğün yeni kurulan ilişkiye adapte olmasını zorlaştırabilir ve o zamana kadar kullandığı adın dışında başka bir ad ile hitap edilmesi küçüğün kendisine yabancılaşmasına sebep olabilir. Sosyal ve psikolojik etkileri

⁹³ Baygın, “Evlat Edinmenin Koşulları”, s. 624.

olumsuz olabileceği gibi olumlu yönde de olabilir. İşte bu yüzden adın değiştirilmesi hususunda mümkün ise ayırt etme gücü olan küçüğün rızası alınmalıdır. Öğretide de evlatlığa yeni ad verilmesi, küçüğün yararına olması durumunda kabul görmekte; bunun yanı sıra, ad değişikliği söz konusu ise küçüğün ayırt etme gücü varsa küçüğün rızasının alınması gerektiği belirtilmektedir⁹⁴. Kanunun ifadesinde, küçüğün ayırt etme gücünün varlığının etkisinden bahsedilmemektedir. Küçüğün ayırt etme gücünün olmaması durumunda, evlat edinenin ona yeni bir ad verme konusunda tek başına hareket edeceği açıkça anlaşılmaktadır. *“Evlatlık ilişkisinin kurulması konusunda, hukuki işlemin tarafı olan ayırt etme gücü bulunmayan küçüğün iradesini aramayan kanun hükmü karşısında, kendisine yeni bir ad verilirken de küçüğün iradesinden vazgeçildiği, ya da vazgeçilebileceği”* ifadesiyle kanaatini belirten yazarlar vardır⁹⁵.

Evlatlığın soyadı açısından, yine MK. m. 314/f.3'teki düzenlemeye göre, evlatlığın küçük olması durumunda evlat edinen kişinin soyadını alması, ergin olan evlatlığın ise evlat edinen soyadını almasının kendi isteğine bırakıldığı görülmektedir. Kanunun ifadesinden küçük olan evlatlık açısından evlat edinenin soyadını alması bir hak ve yükümlülük iken, ergin olan evlatlığın evlat edinen kişinin soyadını alması kendi rızasına tabi kılındığından bunun sadece bir hak olduğu, yükümlülük olmadığı anlaşılmaktadır⁹⁶.

Evlat edinme usulünün tamamlandığı anda erginliğe ulaşmış olan evlatlık seçimlik hakka sahip olacaktır. Dilerse asıl ailesinin soyadını taşımaya devam etme imkanından yararlanır; dilerse evlat edinme işlemi sırasında evlat edinenin soyadını alma hakkından yararlanır. Eğer evlat edinilen kişi evli bir erkek ise, karısı ve çocukları da kendisini evlat edinenin soyadını taşıma kararından etkilenecek ve onunla birlikte evlat edinenin soyadını alacaktır. Burada ergin ve evli olan erkeğin evlat edinilerek evlat edinenin soyadını kullanmayı istemesiyle birlikte yalnızca kendi soyadının değişmesi değil, karısının ve çocuklarının da bu karara bağlı olarak soyadlarının değişmesi sonucu doğacaktır. Halbuki diğer aile üyelerinin soyadı onların rızası hilafına değişmiş olabilir. Evlat edinilen erkeğin soyadını değiştirmesi ergin olan çocuklarının

⁹⁴ **Belen**, s. 72.

⁹⁵ **Belen**, s. 72; **Baygın**, “Evlat Edinmenin Sonuçları”, s. 649.

⁹⁶ **Akıntürk/Karaman**, s. 383.

soyadının değişmesine yol açacağından salt babalarının kararı ile böyle bir değişikliğe maruz kalması bağlı onların kişilik haklarının kullanımına müdahale olarak nitelendirilebilir.

Evlat edinilen evli bir kadın ise, kocasının soyadını taşımaya devam eder; ancak kocasından boşandığı takdirde evlat edinenin soyadını alması mümkündür⁹⁷. Evlilik birliği sona erdikten sonra eski kocanın soyadını taşımak istemeyen kadın veya soyadının eski karısı tarafından kullanılmasına izin vermeyen erkek, kadını evlenmeden önceki soyadını ya da evlat edinenin soyadını kullanmaya sevk edecektir. Bu durumda tercih hakkının sahibi kadındır.

Evlat edinen kişi bekar bir kadın ise, sonradan evlenerek kocasının soyadını aldığı takdirde, ergin olan evlatlığın soyadının değişmeyeceği, evlat edinen kadının bekarlık soyadını taşımaya devam edeceği yönünde görüşler çoğunluktadır⁹⁸. Çoğunluk görüşünü hukuki anlamda katılmaya değer görmekteyiz. Zira, kadın tek başına evlat edinmiştir ve kocanın, karısının çocuğunu evlat edinebilmesi için kanun koyucu bazı koşullar öngörmüştür. Yasal koşullar gerçekleşmedikçe kocanın evlat edinmesi söz konusu olmayacak ve soybağının kurulmadığı bir kişiye soyadını kullandırmak istemesi gündeme gelmeyecektir ki, olması gereken de kanaatimizce budur.

Evlat edinen kadın evli olup tek başına evlat edinecek ise, tek başına evlat edinme sebebine göre evlatlığın hangi soyadını alacağı hakkında iki görüş mevcuttur⁹⁹. Eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda tek başına evlat edinme söz konusu ise, kadının evlilik soyadını; diğer eşin nerede olduğu bilinmemesi veya mahkeme kararıyla ayrı yaşama söz konusu ise kadının evlenmeden önceki soyadını alacağını savunan yazarlar olup bu görüşlerini özellikle son iki ihtimalde evlat edinmenin kocaya rağmen gerçekleşmesine dayandırmaktadırlar¹⁰⁰. Diğer görüşün savunucuları, evli kadının tek başına evlat edinmesine sebep olan her üç durumu da bir tutarak evliliğin devam ediyor olmasından dolayı evlatlığın kendisini tek başına evlat

⁹⁷ Akıntürk/Karaman, s. 384; Oğuzman/Dural, s. 261; Feyzioğlu, s. 494.

⁹⁸ Akıntürk/Karaman, s. 384; Belen, s. 76.

⁹⁹ Belen, s. 76.

¹⁰⁰ Belen, s. 76.

edinen kadının evlilik soyadını alacağını ileri sürmektedir¹⁰¹. Kadın tek başına evlat ediniyorsa evlatlığın kadının bekarlık soyadını alması, evlat edinmenin sonuçları dikkate alındığında en uygun olan çözümdür. Çünkü evlat edinme iradesi evli olan kadına aittir, evlat edinmek istediğinden herhangi bir şekilde haberdar olmayan kocanın evlat edinmeye yönelik bir iradesi ve arzusu olmadığından onun soyadını taşıması da söz konusu olmamalıdır.

(b) Vatandaşlık

Türk Vatandaşlığı Kanununa göre kural olarak evlat edinme, kural olarak evlatlığın vatandaşlığını etkilemez. Evlat edinmenin kişisel bakımdan hükümlerinden olan vatandaşlık durumu, 5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun “Türk vatandaşlığının evlat edinilme ile kazanılması” başlıklı 17’inci maddesine göre, “*Bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilen ergin olmayan kişi, milli güvenlik ve kamu düzeni bakımından engel teşkil edecek bir hali bulunmamak şartıyla, karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanabilir*”. Bir yabancıнын evlat edinilmesi evlatlığa doğrudan Türk vatandaşlığı kazandırmamaktadır. Bunun tam aksi ifadesi de doğru olup, Türk vatandaşının bir yabancı tarafından evlat edinilmesi ona Türk vatandaşlığını kaybettirmez¹⁰².

(c) Hısımlık

Evlat edinmenin kişisel bakımdan diğer bir sonucu hısımlık ilişkisidir. Evlat edinme ile meydana gelen soybağı ilişkisi kan bağına dayanmadığı için hısımlık, yalnızca evlat edinen ile evlatlık arasında doğmaktadır. Bu nedenle evlatlık, evlat edinenin kan ve kayın hısımlarıyla hısımlık olmayacağı gibi, evlat edinen ile evlatlığın altsoyu dışındaki hısımları arasında da herhangi bir hısımlık kurulmamaktadır¹⁰³.

Evlatlığın altsoyu ile evlat edinen arasında hısımlık kurulup kurulmadığı hususu Medeni Kanunda açık bir hüküm bulunmamasından dolayı tartışmalıdır. Baskın olan ve bizim de katıldığımız görüş hısımlığın kurulmaması yönündedir. Soybağının kurulmadığını savunan yazarlardan TEKİNAY’a göre, evlatlığın altsoyunun evlatlığa

¹⁰¹Belen, s.77.

¹⁰²Ergin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2012, s. 61.

¹⁰³Oğuzman/Dural, s. 256; Akıntürk/Karaman, s. 384; Belen, s. 82.

mirasçı olması istisnai bir durum olduğundan sadece evlatlığın altsoyuna halefiyet tanındığı, Medeni Kanunun açıkça öngörmesinden kaynaklanan bir hak olup bu hakkın hısımlığa dayandırılmamalıdır¹⁰⁴. Yukarıda da belirtildiği gibi, soybağının kurulmasıyla evlatlığın altsoyu ile evlat edinen arasında hısımlığın da meydana geldiğini kabul eden yazarlar vardır¹⁰⁵.

(d) Evlenme yasağı

Evlat edinme kararının kesinleşmesiyle birlikte evlat edinmenin kişisel bakımdan doğurduğu bir başka hükmü ise evlenme yasağıdır. Medeni Kanunun evlenme engellerinden olan “*hısımlık*” başlıklı 129’uncu maddesinin 3’üncü bendine göre, evlat edinen ile evlatlık veya onlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır. Kesin evlenme engelleri arasında evlenecek olan kişiler arasında evlatlık ilişkisinin varlığı gösterilmektedir (MK.m.129/f.3). Kaldı ki, bu yasak sadece evlat edinen ile evlatlık arasında değil, bunlardan her biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında da yasak söz konusudur.

(2) Velayet ve Bakım Yükümlülüğü

Velayet hakkı ana ve babaya, çocuğun şahsının ve mallarının yönetimine ilişkin oldukça geniş yetkiler vermektedir. Velayet hakkının verdiği yetkiler, kötüye kullanılmaya müsait nitelikte olduğundan ana ve babanın, velayet hakkından kaynaklanan görevlerini gerektiği gibi yerine getirmemeleri halinde kamusal makamların müdahalesi ile karşılaşmaları söz konusu olabilir¹⁰⁶. Medeni Kanunun 314’ncü maddesinin 1’inci fıkrası uyarınca, “*ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer*”. Bu maddeden, henüz ergin olmamış evlatlığın evlat edinenin velayeti altına girdiği anlaşılmaktadır. Evlat edinenin velayeti altına giren küçük üzerinde artık kendi ana ve babasının velayet hakkı kalkar. Birlikte evlat edinilen evlatlık üzerindeki velayet hakkı eşler tarafından birlikte kullanılır. Ancak tek başına evlat edinme durumunda velayet hakkı sadece evlat edinen eşe ait olur. Evlat edinenin

¹⁰⁴ Akıntürk/Karaman, s. 384-385; Tekinay, s. 465-466; Hatemi/Serozan, s. 386; Serozan, s. 82; Aydoğdu, s. 573.

¹⁰⁵ Oğuzman/Dural, s. 256; Baygın, s. “Evlat Edinmenin Sonuçları”, s. 636; Belen, s. 83.

¹⁰⁶ Sinan Sami, Akkurt, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, s. 117.

velayet hakkı kapsam itibariyle ana – babanınkinin aynısıdır¹⁰⁷. Velayet hakkının yanı sıra evlat edinme işlemiyle birlikte evlatlığın bakım yükümlülüğü de evlat edinene geçer. Evlat edinenin mali gücünün bakım yükümlülüğünü yerine getirmeye elverişli olmadığı durumlarda evlatlığın asıl ana ve babasının bakım yükümlülüğünün devam edeceğini kabul eden yazarlar bulunmaktadır¹⁰⁸. Oysaki evlat edinmenin genel şartları arasında MK.m.305/f.2’de evlat edinmenin her halde küçüğün yararına bulunması gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla küçüğün yararının olmadığı şartlarda evlat edinmeye karar verilmesi zaten mümkün değil iken, bu husustaki görüşler ileri sürülürken zannımızca evlat edinme işlemi gerçekleştikten sonraki bir dönemde evlat edinenin mali durumunun kötüye gitmesi neticesinde artık evlatlığın bakım giderlerini karşılayamayacak duruma gelmiş olması kastedilmektedir.

(3) Nafaka Yükümlülüğü

Medeni Kanunun 364’üncü maddesinde düzenlendiği üzere, evlat edinen ile evlatlık birbirlerine yardım nafakası vermekle yükümlüdür. Evlat edinen ile evlatlığın altsoyu arasında nafaka ilişkisinin kurulup kurulmayacağı tartışmalıdır. Hısımlık ilişkisinin yalnızca evlat edinen ile evlatlık arasında kurulacağı görüşünde olan yazarlar, evlat edinen ile evlatlığın altsoyu arasında nafaka yükümlülüğünün doğmayacağını savunmaktadırlar¹⁰⁹. Buna karşılık, evlat edinen ile evlatlığın alt soyu arasında hısımlık kurulduğunu kabul eden yazarlar, hısımlık sebebiyle evlat edinen ile evlatlığın altsoyu arasında karşılıklı olarak MK. m.364/f.1 anlamında nafaka yükümlülüğü doğacağını kabul etmektedirler¹¹⁰. Bu yükümlülüğün evlatlığın altsoyuna ya da evlatlığın altsoyunun evlat edinene karşı olması söz konusu değildir¹¹¹. Kanaatimizce evlatlık ile evlat edinilenin arasında hısımlık ilişkisi kurulmamaktadır.

Evlatlık ile evlat edinenin diğer çocukları arasında hısımlık kurulmadığını kabul eden yazarlar, evlatlığın ihtiyaç duyması halinde, kendi çocuğu yoksa ya da

¹⁰⁷ Akıntürk/Karaman, s. 386; Belen, s. 89.

¹⁰⁸ Oğuzman/Dural, s. 258; Tekinay, s. 467; Feyzioğlu, s. 492.

¹⁰⁹ Akıntürk/Karaman, s. 387; Tekinay, s. 468; Feyzioğlu, s. 491. Aksi görüş için bkz. Oğuzman/Dural, s. 260.

¹¹⁰ Oğuzman/Dural, s. 260.

¹¹¹ Akıntürk/Karaman, s. 387; Feyzioğlu, s. 491.

durumu uygun değilse, evlat edinenin, evlat edinenden sonra olmak üzere ana – babalarına başvurması mümkündür ve evlatlığın ana – babasıyla ilişkisini devam ettirmeye yönelik gerekli bağ, bir işlevini burada yerine getirecektir, şeklinde yorumlanmıştır¹¹². Ancak ana - babanın durumu uygun olmadığı zaman, evlat edinenin diğer çocuklarına ya da evlatlıklarına başvurması kabul edilmemiştir.

Evlatlık ilişkisi kapsamında yardıma muhtaç olan evlat edinen ise, evlatlıktan yardımcı olması için talepte bulunabilir. Evlat edinenin başka çocukları olsa dahi, hepsinden yardım talebinde bulunabilir. Hiç birinin diğeri karşısında bakım yükümlülüğünün öncelikli olması söz konusu değildir. Her biri altsoy olduğundan ve öncelikli olarak miras hakkına sahip olduğundan ilk sırada yardımla yükümlüdürler¹¹³.

C. SOYBAĞININ REDDİ

Medeni Kanunun “Soybağının reddi” kenar başlığını taşıyan 286’ncı maddesinde, koca ve çocuğa soybağının reddi davası açarak babalık karinesini çürütme imkanı tanınmıştır. Babalık karinesinin çürütülmesine “soybağının reddi”, bunu sağlayan davaya “soybağının reddi davası” denir¹¹⁴.

Soybağının reddi, yenilik doğuran bir dava niteliği taşıyan soybağının reddi davasının açılması ile babalık karinesinin çürütülmesi ve bu sayede çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisinin sona erdirilmesidir. Medeni Kanunun 285’inci maddesinde düzenlenmiş olan babalık karinesi aksi ispat edilebilir adi bir karene olarak kabul edilmiş olduğundan babalığın reddi mümkündür. Babalık karinesi aksi ispat edilemeyen kesin bir karene olarak kabul edilmiş olsaydı birçok haksızlıklara ve uygunsuzluklara yol açılmış, birçok koca kendilerinden olmayan çocukları benimsemeye zorlanmış olurdu¹¹⁵. Annenin soybağını reddetmesi günümüz hukuki şartlarında mümkün değildir. Zira Medeni Kanunun 281’inci maddesinin 1’inci fıkrasına göre doğum ile birlikte anne ve çocuk arasında soybağı ilişkisi kurulacağı için, soybağının reddi yalnızca baba tarafından kullanılabilen bir hukuki imkandır. Medeni

¹¹²Belen, s. 92.

¹¹³Belen, s. 93.

¹¹⁴Akıntürk/Karaman, s. 335; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 248.

¹¹⁵Velidedeoğlu, s. 319.

Kanunun soybağının reddi yolu açarak kocanın menfaatlerini koruması SEROZAN tarafından şu şekilde ifade etmiştir¹¹⁶:

“Genetik kökene bağlılık ilkesi çocuğu, istikrarı ve ailenin huzurunu koruma endişelerinden ağır basmıştır. Bu anlamda kocaya kendisinden olmayan bir çocuk, evliliğin bedeli ve karısına beslediği güvenin kefareti olarak kendi çocuğu diye dayatılamayacaktır. Koca yargıdan temin edeceği bir soybağının reddi hükmü ile haksız yere baba sayılmaktan ve babalık kimliğine bağlı külfetlerden kurtulabilecektir.”

Medeni Kanunun 287’inci maddesi evlilik birliği içinde ana rahmine düşen çocuk için açılacak soybağının reddi davasında ispat yükünü düzenlemektedir. Buna göre, davacı olan koca, evlilik birliği içinde doğan veya evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuğun kendi soyundan gelmediğini ispat etmekle yükümlüdür¹¹⁷. Medeni Kanunun 287’inci maddesinin 2’inci fıkrası uyarınca, evlenmeden başlayarak en az yüz seksen gün geçtikten sonra ve evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğan çocuk, evlilik birliği içinde ana rahmine düşmüş sayılır. Bu durumda çocuğun kocadan olduğu hakkındaki karinenin kuvvetli olması sebebiyle bu çocuğun soybağını reddetmek oldukça zordur.

Kocanın babalık karinesini çürütebilmesi için, çocuğun kendisinden olması olasılığının bulunmadığını, bir başka ifadeyle fiili imkansızlık halini ispat etmesi gerekmektedir. Fiili imkansızlık ise iki şekilde ispat edilebilir: Ya cinsel ilişkinin imkansız olduğunu ya da cinsel ilişkinin varlığı inkar edilmeksizin çocuğun bu ilişkiden olmadığını yani illiyet bağının olmadığını ispat etmelidir¹¹⁸.

Çocuğun evlilik birliği içinde ana rahmine düşmemesi durumunda ise ispat yükü yine davacı taraf olan babada bulunmaktadır. Burada davacının ispat yükü evlilik birliği içinde ana rahmine düşen çocuğun soybağının reddindeki gibi ağır değildir.

¹¹⁶Serozan, s. 176.

¹¹⁷Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 365.

¹¹⁸Oğuzman/ Dural, s. 206-207; Akıntürk/Karaman, s. 336.

Davacı, çocuğun evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düştüğünü ispat ederse, kocanın baba olduğu karinesini çürüterek aksini ispat etmiş olur (MK.m.288). Ancak kadının hamile kalma döneminde ayrı yaşamakta olduğu kocasıyla cinsel ilişkide bulunduğu hususunda önemli deliller mevcutsa, kocanın baba olduğuna dair karine geçerliliğini korur (MK.m.288/2)¹¹⁹. Bu durumda ispat yükü karşı tarafa geçer; davalı olan kadın, hamile kaldığı dönemde kocası ile cinsel ilişkide bulunduğunu ispatlarsa babalık karinesi geçerli olmaya devam eder. Davalının bu iddiasını ispat etmesi üzerine babalık karinesini çürütmek için kocanın, çocuğun kendisinden olma imkanının bulunmadığını ispat etmesi gerekmektedir¹²⁰.

Soybağının reddi davasının açılması için kanun koyucu hak düşürücü süre öngörmüştür. MK. m. 289'a göre, koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada bir başka erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, her halde doğumdan başlayarak beş yıl içinde bu davayı açmalıdır. Kocanın soybağının reddetme hakkı olduğu gibi çocuğa da tanınmış olan bu hakkın kullanım süresi, çocuğun ergin olduğu tarihten itibaren en geç bir yıl olarak belirlenmiştir. Ancak haklı bir sebebe dayanarak bir yıl içinde dava açma hakkının kullanılamaması halinde, sebebin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıllık süre işlemeye başlar.

Soybağının reddi davası açmak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup bu hakkı kullanacak olan asıl davacı kocadır. Kocanın, ayırt etme gücüne sahip olup, kısıtlı olması durumunda yasal temsilcinin iznini almasına gerek yoktur. Kocanın ayırt etme gücüne sahip olmadığı yani bu hakkı bizzat kullanmasının mümkün olmadığı durumda yasal temsilci ya da kayyım onun adına soybağının reddi davası açamaz¹²¹. Yine soybağının reddini isteyecek olan koca ölmüşse veya hakkında gaiplik kararı alınmışsa Medeni Kanunun 291'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, kocanın altsoyu, kocanın ana ve babası ve baba olduğunu iddia eden kişi soybağının reddi davası açabilir. Ancak

¹¹⁹Oğuzman/Dural, s. 212; Tekinay, s. 411; Şükran Şıpka/Arzu Genç Arıdemir, "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na Göre Soybağının Kurulması Ve Hükümleri", T.C. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2003/1 İstanbul, s. 159.

¹²⁰Oğuzman/Dural, s. 212; Tekinay, s. 414; Akıntürk/Karaman, s. 339.

¹²¹Dural/Öğüz/Gümüş, s. 256-257; Akıntürk/Karaman, s. 339; Baygın, s. 27.

bunun için dava açma süresi geçmeden önce kocanın ölmesi, sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi veya gaipliğine karar verilmesi gerekir. Ayrıca soybağının reddi davası açma hakkı 286'ncı maddenin 2'inci fıkrasında çocuğa da tanınmış olup, çocuğun soybağının reddi davası açması durumunda söz konusu davanın davalısı ana ve kocadır. Çocuk daha soybağının reddi davası açmadan önce ölmüşse, soybağının reddi davası açma hakkı sona erer, dava hakkının mirasçılara geçmesi söz konusu değildir¹²².

D. SOYBAĞININ HÜKÜMLERİ

Soybağının hükümleri Medeni Kanunun 321'inci maddesi ile 334'üncü maddesi arasında düzenlenmiştir. Soybağının hükümlerini düzenleyen bu maddeler, çocuk ile ana ve baba arasında soybağının kurulması neticesinde doğrudan doğruya ortaya çıkan hak ve yükümlülüklerle ilişkindir. Ana ve babanın çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olmasına bağlı olması ile ilgili olmaksızın bu hükümler geçerli olur. Çocuğun soyadı, ana baba ile çocuk arasında karşılıklı yükümlülükler, çocuk ile kişisel ilişki kurulması ve ana babanın çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülüğü soybağının genel hükümleri arasında yer almaktadır¹²³. Medeni Kanunun 322'nci maddesi çocuğun ve ana babanın karşılıklı yükümlülüklerinden bahsetmiştir. Bu madde kapsamında karşılıklı yardımlaşma, saygı ve anlayış gösterme, ailenin onurunu gözetme olmak üzere üç yükümlülük düzenlenmiştir.

1. Çocuğun Soyadı

Medeni Kanun 321'inci maddesinde çocuğun soyadını düzenlerken ana ve babanın evli olup olmaması durumlarına göre düzenleme getirmiştir. Ana ve baba evli ise, çocuk ailenin soyadını taşıırken; ana ve babanın evli olmaması durumunda ananın soyadını taşımaktadır. Medeni Kanunun 321'inci maddesinin ilk cümlesinde yer alan ana ve babanın evli olmaması durumunda çocuğun annenin soyadını alacağına ilişkin düzenlemede “*evli değilse ananın*” ibaresi kısmı Anayasa Mahkemesi'nin 2.7.2009

¹²²Dural/Öğüz/Gümüş, s. 256.

¹²³Akıntürk/Karaman, s. 391; Baygın, s. 96.

tarıhli 2009/105 sayılı karar ile iptal edilmiştir¹²⁴. Kararın resmi gazetede yayımlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi öngörölmüştür. Böylece, annenin önceki evliliğı sebebiyle çift soyadına sahip olması ihtimali göz önüne alınarak çocuğun annesinin bekarlık soyadını alabilecek olması vurgulanmıştır.

Çocuk ile ana - babası arasında soybağı ilişkisi kurulmasına rağmen ana ile baba arasında evlilik birliğı yoksa yani çocuk evlilik birliğı dışında doğmuş ise, babanın soyadını taşıması hakkına sahip değildir, ananın soyadını taşıyacaktır. Ancak, ana önceki evlilik sebebiyle çift soyadına sahip ise, çocuk ananın bekarlık soyadını alacaktır¹²⁵. Çocuğun soyadı ile ilgili 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4'üncü maddesinin 2'inci fıkrasında yer alan "Evliliğın feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiğı ya da seçeceğı adı alır" ifadesinin Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı iddiasıyla iptali istenmiş olup, 2011/165 sayılı karar ile 8.12.2011 tarihinde iptal edilmiştir¹²⁶. Bu karar ile birlikte evliliğın fesih veya boşanma yoluyla sona ermesi durumlarında çocuğun soyadının babası tarafından belirlenmesi uygulamasına isabetli bir şekilde son verilmiştir.

2. Çocuğun Vatandaşlığı

5901 sayılı Türk Vatandaşlık Kanunu m.7/f.1'e göre, "*Türkiye içinde veya dışında Türk vatandaşı ana veya babadan evlilik birliğı içinde doğan çocuk Türk vatandaşıdır*". Vatandaşlık Kanunun 7'inci maddesinin 2'inci fıkrası uyarınca, çocuk evlilik birliğı dışında doğsa bile annenin Türk vatandaşı olması halinde baba yabancı olsa bile Türk vatandaşıdır. Aynı maddenin devamı fıkrasında, yine evlilik birliğı dışında doğan çocuğun ana ve babasının yabancılık durumunun yer değıştirmesi durumu düzenlenmiştir. Buna göre, evlilik dışında doğan çocuğun babası Türk vatandaşı olup anası yabancı ise, Türk vatandaşlığına sahip olabilmesi için baba ile arasında soybağının kurulması adına gereken usul ve esasların gerçekleştirilmiş

¹²⁴RG. T. 7.10.2009 S.27369,

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm&mai n=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm> (Erişim Tarihi: 10.3.2012).

¹²⁵Dural/Öğüz/Gümüş, s. 316; Akıntürk/Karaman, s. 393-394; Baygın, s. 98.

¹²⁶RG. T. 14.2.2012 S. 28204, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/02/20120214-18.htm> (Erişim Tarihi: 12. 3.2012).

olmalıdır. Türk ana ve/veya baba ile arasında soybağı kurulan çocuklar doğum anından itibaren Türk vatandaşlığını aslen kazanırlar. Soybağı esasına göre vatandaşlık kazanılmasında çocuğun doğduğu yerin önemi bulunmamaktadır¹²⁷.

3. Çocuğun Velayeti

Velayet, küçüklerin ve bazen kısıtlı olan ergin çocukların kendilerine, mallarına özen gösterme ve onları temsil etme konusunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin iyi bir şekilde yerine getirilmesini sağlamak amacıyla onlara tanınan haklardır¹²⁸. Bir başka ifadeyle, çocuğun kişi ve malvarlığı değerlerinin korunmasında ve onun temsilinde ana babanın kanundan doğan hak ve yükümlülükleridir.

Ana ve babanın çocuk üzerinde velayet hakkına sahip olabilmesi için öncelikle aralarında soybağı ilişkisinin kurulmuş olması gerekir. Çocuk evlilik birliği içinde doğmuşsa velayet ana ve babaya ait olup evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanır. Medeni Kanunun 337'inci maddesine göre, evlilik birliği içinde doğmayan çocuğun velayeti anaya aittir. Anaya ait olan bu velayet hakkı doğum ile birlikte söz konusu olur. Evlilik dışında doğan çocuk sonradan baba tarafından tanınarak veya babalığına hükmedilerek çocukla arasında soybağı ilişkisi kurulsa dahi, velayet hakkı yine anada kalmaktadır.

4. Çocukla Kişisel İlişki Kurulması

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde her çocuğa ana ve babası ile düzenli kişisel ilişki kurma ve doğrudan

¹²⁷Ergin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, Ankara 2009, s. 58-59; Rona Aybay, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2008, s. 104-105.

¹²⁸Oğuzman/Dural, s. 272; Tekinay, s. 483; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 326; Akıntürk/Karaman, s. 406.

görüşme hakkı tanımıştır¹²⁹. Medeni Kanunun 323'üncü maddesine göre, “*Ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunan çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir*”. Kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun yararına aykırı sonuç doğurmasına engel olmak amacıyla MK.m.324'te bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Ana ve babadan her birini, diğeriyle olan kişisel ilişkisine zarar vermemek, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemek konusunda yükümlülükleri vardır. Kişisel ilişkinin kurulması çocuğun huzurunu tehlikeye sokarsa, ana – baba eğitim ve yetiştirme yükümlülüklerini yerine getirmez veya çocukla ciddi şekilde ilgilenmezse ya da başka önemli sebepler mevcutsa, kişisel ilişki kurma hakkı reddedilebilir veya kendilerinden alınabilir (MK.m.324/f.2).

Çocukla kişisel ilişki kurulma hakkı, doktrindeki klasik görüşe göre, ana – baba ile çocuk arasındaki soybağına dayanır¹³⁰. Ana ve babanın kendi velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmamış çocuğu ile kişisel ilişki kurması, isabetli olarak onun en doğal hakkı kabul edilmektedir.

5. Çocuğun Bakım ve Eğitim Giderlerinin Karşlanması

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7'inci ve 18'inci maddelerinde çocuğun ana babası tarafından bakılma ve yetiştirilme hakkına sahip

¹²⁹ÇHS m.9/b.3 “Taraflar Devletler, ana – babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler”.

ÇHS m.10/b.2 “Ana babası, ayrı devletlerde oturan bir çocuk olağanüstü durumlar hariç, hem ana hem de babası ile düzenli biçimde kişisel ilişkiler kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir. Bu nedenle ve 9'uncu maddenin 1'inci fıkrasına göre taraflar devletlere düşen sorumluluğa uygun olarak, taraflar devletler çocuğun ve ana – babasının taraflar devletlerin ülkeleri dahil herhangi bir ülkeyi terk etmeye ve kendi ülkelerine dönme hakkına saygı gösterirler. Herhangi bir ülkeyi terk etme hakkı, yalnızca yasada öngörüldüğü gibi ve ulusal güvenliği, kamu düzenini, kamu sağlığı ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacı ile işbu Sözleşme ile tanınan öteki haklarla bağdaştığı ölçüde kısıtlamalara konu olabilir”.

¹³⁰Dural/Öğüz/Gümüş, s. 321; Baygın, s. 106.

olduğu yer almıştır¹³¹.

6. Çocuğun Mirasçılığı

Medeni Kanunun 495'inci maddesi uyarınca mirasbırakanın birinci derece mirasçıları, onun altsoyudur. Bu düzenlemeye göre, ana ve babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmuş bulunan çocuk, ana ve babasının birinci dereceden yasal mirasçısıdır.

Çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulma şekli dikkate alınmaksızın Medeni Kanunun 498'inci maddesine göre, evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya babalık davası sonucunda hakimın hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içinde doğmuş gibi kabul edilerek mirasçı olur.

II. YARDIMCI ÜREME TEKNİKLERİ

A. GENEL OLARAK

Çocuk sahibi olmak isteyen ve buna doğal yollarla ulaşamayan çiftlere yardımcı olmak amacıyla araştırma ve denemeler yapılmaktadır. Günümüzde tıp, biyoloji, gen teknolojisi alanındaki gelişmeler, uygulamalar, dokunulamaz, değiştirilemez olarak düşünülen insan varlığının oluşumuna müdahaleye izin verebilmektedir. Bunun yanı sıra, çocuk sahibi olmak isteyen kişiler için yapay üreme tekniklerinin geliştirilmesi, sperm bankaları oluşturarak veya embriyo nakilleri ile ya da taşıyıcı annelik yöntemiyle çocuk sahibi olmanın önünün açılması, gen teknolojisinin sağladığı imkanlar ile henüz cenin durumundayken genetik incelemesi yapılması ve hatta klonlamanın dahi söz konusu olduğu gelişmeler pozitif hukuk açısından beraberinde bazı sorunları da getirmektedir¹³².

¹³¹ÇHS m. 7/b.1 "... mümkün olduğu ölçüde ana – babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahiptir.....".

ÇHS m. 187b.1"... çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana – babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer....".

¹³²**Fulya İlçin, Gönenç**, "Medeni Hukuk Bakımından Embriyo Nakli", Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sorunları Sempozyumu (Üreme ve Hukuk), İstanbul 2011, s. 83.

B. YAPAY DÖLLENME KAVRAMI

Yapay döllenme, geniş anlamıyla cinsel ilişki olmaksızın, erkekten alınan spermiler ile kadına ait yumurtanın tıbbi bir müdahale sonucu döllendirilmesi olarak tanımlanabilmektedir¹³³. Geniş anlamda yapay döllenmenin tanımının, hem dar anlamda yapay döllenmeyi, hem de embriyo nakli, tüp bebek ve yumurta nakli kavramlarını kapsadığı söylenebilir¹³⁴.

Yapay döllenme, yardımcı üreme tekniklerinin bir çeşidi olup dar anlamda kullanılan yapay döllenme yöntemini ifade eder¹³⁵. Dar anlamda yapay döllenme (artificial insemination), kadının normal cinsel ilişki ile gebe kalamaması durumunda, erkek üreme hücrelerinin (sperm – Gamet) mekanik yolla (AI – artifizielle Insemination – Microinjektion) kadının rahmine (uterus) şırınga edilmesi ve yumurtanın kadının vücudunda döllendirilmesi suretiyle gerçekleştirilen döllenmedir¹³⁶. Yapay döllenme, FEYZİOĞLU ve TEKİNAY tarafından “erkek üreme organlarında ortaya çıkan bir aksaklık ya da eksiklik nedeniyle, kadının normal ilişki yoluyla gebe kalamaması durumunda erkek üreme hücrelerinin kadının rahmine yapay yolla şırınga edilmesidir” şeklinde tanımlanmıştır¹³⁷.

Anne adayına ait yumurta ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha uygun hale getirilerek, gerektiğinde vücut dışında döllendirilerek dölütün veya embriyonun anne adayına transfer edilmesini ifade eden ve modern tıpta bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade ettiği belirtilmiştir. Üremeye yardımcı tekniklerde kaydedilen ilerlemenin tedavi etme amacını aşarak, tedavi edilmeyecek bireylere bambaşka alternatifler sunabileceği gözden kaçırılmamalıdır¹³⁸. Embriyo nakli olan tüp bebek yönteminin yalnızca tedavi amacıyla uygulanması sebebiyle ülkemizde hukuka uygun kabul edilmektedir.

¹³³**Erol Cihan**, “Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlkah”, İstanbul Barosu Dergisinin 1971 Temmuz - Ağustos sayısının eki, İstanbul 1971, s.18; **Acabey**, s. 173.

¹³⁴**Erol**, s. 35.

¹³⁵**Nomer**, “Sunı Döllenme”, s. 545; **Acabey**, s. 175; **Kırkbeşoğlu**, s. 42.

¹³⁶**Akıntürk/Karaman**, s. 344. **Kırkbeşoğlu**, s. 42; **Cihan**, s. 18.

¹³⁷**Feyzioğlu**, s. 434; **Tekinay**, s. 422.

¹³⁸**Gönenç**, “Embriyo Nakli”, s. 86-87.

C. YAPAY DÖLLENME YÖNTEMLERİ VE SOYBAĞININ KURULMASI

Yapay döllenmelerde kullanılan veya kullanılması tartışma yaratan teknikler dört ana grupta toplanabilir: Bunlardan birincisi; bir erkekten alınan spermin, cinsel ilişki olmaksızın karısının veya bir başka kadının rahmine (uterus, döl yatağına) şırınga edilmesi veya yumurta kanalına ya da döl yoluna (vajina) şırınga edilmesi yahut başka bir şekilde aktarılması; bunun neticesinde de kadının rahminde döllenmenin gerçekleştirilmesi (Al-artifizielle Insemination - Microinjektion)¹³⁹, ki bu dar anlamda yapay döllenme olarak adlandırılmaktadır¹⁴⁰. İkinci yöntem; döllenme imkanı olan yumurta ve sperm (gametler) birlikte kadının yumurta kanalına veya rahmine yerleştirilir ve böylece döllenme kadının rahminde (Gamete intrafallopian transfer) sağlanır. Yukarıda söz edilen döllenmeden farkı, yalnızca sperm değil, döllenmeye elverişli yumurta ve sperm birlikte kadının yumurta kanalına veya rahmine yerleştirilir¹⁴¹. Üçüncü yöntem; bir kadından alınan yumurta hücrelerinin dış ortamda, genellikle bir tüp içinde (kocasından veya bir başka erkekten alınmış olan spermle) döllendirilmesi ve elde edilen embriyonun¹⁴² aynı kadının veya bir başka kadının rahmine yerleştirilmesi (in vitro fertilizasyon - IVF mit Embryotransfer - ET) yöntemidir. Bu yöntem halk arasında tüp bebek olarak bilinmektedir¹⁴³. Dördüncü yöntem ise; bir kadından diğer kadına embriyo (cenin-dölüt) nakledilmesi (embriyo transferi - in vivo fertilizasyon mit Embryotransfer - ET) bir diğer yöntemdir. Burada döllenme bir kadının yumurta kanalında veya rahminde gerçekleşmekte, ancak döllenmiş yumurta (embriyo) rahimde kök salmadan alınarak başka bir kadının rahmine transfer edilmektedir¹⁴⁴.

¹³⁹Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 545.

¹⁴⁰Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 545.

¹⁴¹Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 545; Acabey, s. 175.

¹⁴² Gebeliğin dördüncü ayının başına kadarki devrede tohum, ilkel gelişme devresindeki organizma.

<http://www.tipterimlerisozlugu.com/embryo.html> (Erişim Tarihi: 5.5.2012).

¹⁴³Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 545-546; Acabey, s. 175.

¹⁴⁴Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 546; Acabey, s. 175.

1. Homolog Döllenme

a. Kavram

Homolog döllenme, yapay döllenmede birbiriyle evli olan kadın ve erkeğin üreme hücreleri olan gametlerin yani sperm (erkek gamet) ve yumurtanın (dişi gamet) kullanılarak yapay yöntemlerle döllendirilmesi olarak tanımlanabilir¹⁴⁵. Başka bir deyişle, evli çiftlerden kadının yumurtası ile erkeğin sperminin normal cinsel ilişki ile döllenmemesi halinde yapay yoldan döllendirilmesidir. İlk kez 1978 yılında İngiltere’de uygulanmıştır¹⁴⁶.

Homolog döllenmenin ana rahminde olması tıbben “in vivo fertilizasyon”, dış ortamda yani tüpte döllendirilmesi ise “in vitro fertilizasyon” olarak adlandırılır.

Homolog döllenme, yani eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılmasıyla gerçekleştirilen döllenme sonucunda doğan çocuk ile doğal yollarla döllenerek doğan çocuk arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Dolayısıyla üreme hücreleri eşlere ait olduğu takdirde döllenmenin evlilik birliği içinde gerçekleşmesi veya çocuğun evlilik devam ederken doğması şartıyla, yapay döllenme sonucunda doğan çocuklar da aynen doğal yolla döllenmiş çocuklar gibi evlilik içinde doğmuş sayılır ve soybağı herhangi bir işleme gerek kalmadan doğrudan kurulur¹⁴⁷.

Ölümden sonra yapay döllenme (post-mortale Insemination) günümüzün tıbbi imkanları sayesinde mümkündür. Ölmeden önce kişiden sperm alınmakta ve ölümünden sonra eşinin rahmine enjekte edilerek döllenme gerçekleştirilmektedir¹⁴⁸. Türk Hukukunda ölümden sonra homolog döllenmeye izin verilmemiştir (ÜYTE m. 18/f.12).

Evlilik birliği olmaksızın devam eden ortak yaşam şeklindeki ilişkilerde homolog döllenme de söz konusu olmaktadır. Bu tür homolog döllenmeye Türk Hukukunda izin verilmemekle birlikte bazı ülkelerde kanuni güvence altına alınmıştır.

¹⁴⁵Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 545; Acabey, s.17-18.

¹⁴⁶Gönenç, “Embriyo Nakli”, s. 84.

¹⁴⁷Akıntürk, s. 345; Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 556-557; Acabey, s. 182-183.

¹⁴⁸Yasemin Erol, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Ankara, 2012, s. 38.

Avusturya¹⁴⁹, Fransa ve İngiltere gibi bazı ülkelerde evli çiftlerin yanı sıra, evlilik benzeri yaşam beraberliğinde bulunan çiftlerin yapay dölleme yoluyla veya üçüncü kişilerin üreme hücreleri ile çocuk sahibi olmalarına izin verilmiştir¹⁵⁰. Eşcinsel ve evlilik benzeri ilişkilerin hukuk tarafından tanınması ve çiftlerin çocuk sahibi olmaları amacıyla evlat edinme veya yapay dölleme yollarını kullanma hakkına sahip olmaları, gelecek nesillerin sağlıklı yetişmesi ve çocukların menfaatlerini ihlal etmesi bakımından tehlikeli görülmüştür¹⁵¹.

b. Homolog Döllemede Soybağının Kurulması

Homolog döllemede yumurta ve sperm evli çifte ait olduğundan eşler arasındaki bu çeşit yapay döllemede soybağı, doğal yollarla evlilik birliği içinde doğan çocuğun soybağına benzemektedir. Evlilik birliği içinde karı kocanın doğal yollardan yani cinsel ilişki neticesinde gerçekleşen dölleme ile bir farklılık göstermemektedir¹⁵².

Evlilik birliği içerisinde gerçekleşen homolog dölleme, çiftin rızası alındığı surette hukuka uygun olduğu yönünde öğretide görüş birliği vardır¹⁵³.

Medeni Kanunun 282'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca çocuk ile anne arasında soybağı ilişkisi doğum ile kurulmaktadır. Homolog döllemede çocuğu doğuran kadın hem doğurması sebebiyle kanunun öngördüğü şekilde annedir, hem de diğer yapay dölleme türleriyle karşılaştırılacak olursa, döllemede kendi yumurtalarının kullanılmış olması sebebiyle anneliğinin tespitinde ihtilafa yer yoktur. Anne ile çocuk arasında doğum olgusunun gerçekleşmesiyle birlikte soybağı ilişkisi kurulmuş olmaktadır.

Baba ile soybağının kurulması hususu değerlendirilecek olursa, homolog dölleme sonucunda doğan çocuğun soybağının kurulmasında Medeni Kanunun 285'inci maddesinin 1'inci fıkrasında “*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona*

¹⁴⁹Erol, s. 43, dn. 84.

¹⁵⁰Acabey, s. 87, 98; <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/33/contents> (Erişim tarihi: 26.4.2012).

¹⁵¹Serozan, s. 137; Kırkbeşoğlu, s. 82.

¹⁵²Erol, s. 156; Kırkbeşoğlu, s. 48.

¹⁵³Hatemi/Serozan, s. 296; Nomer, “Sunı Dölleme”, s. 556-557; Aytaç, “Yardımcı Üreme”, s. 189-190; Acabey, s. 182; Cihan, s. 59.

ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır” ifadesinden hareketle evlilik birliği içinde kocaya ait sperm ve kadına ait yumurta kullanılarak çocuk sahibi olan çift ile çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasında hukuki bir sorun bulunmamaktadır. Döllenmenin evlilik birliği içinde gerçekleşmesi veya çocuğun evlilik birliği devam ederken ya da evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuş olması durumunda doğan çocuğun soybağı, evlilik birliği içinde doğan çocukların soybağı ile aynıdır. Evlilik birliği içinde doğmuş olan veya evlilik birliği içinde ana rahmine düştüğü kabul edilen çocuğun başka bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan hukuki soybağı kurulmuş olmaktadır¹⁵⁴.

Homolog döllenmede kocanın spermi onun rızası dışında kullanılarak gerçekleştirilen yapay döllenmeden doğan çocuğun soybağının baba tarafından reddedilemeyeceği savunulmaktadır. Bu düşünce yapısının oluşmasında, nasıl ki kadının doğurduğu çocuğun soybağını reddetme hakkı yoktur, aynı şekilde erkeğin üreme hücresiyle döllen ve ondan doğan çocuğun da soybağını reddetmesi imkanı tanınmamasından hareket edilmiş olmalıdır¹⁵⁵. Her ne kadar kocanın rızası olmasa da, erkeğin kendi üreme hücresinin kullanılması ile dünyaya gelen çocuğun genetik babası olması gerçeğini değiştirmesi imkansızdır. Hukuki sonuçlar açısından soybağının reddi imkanının babaya tanınması söz konusu olabilir. Ancak, kadının doğurduğu çocuğu reddetmesi hakkı bulunmazken erkeğe bu hakkın tanınması menfaat dengelerini değiştirecektir. Örneğin; kadın doğurduğu çocuğu reddedemezken erkeğin üreme hücreleri kendisinden izin alınmadan kullanıldığı için onun çocuğu reddetmesi, çocuğun yalnızca anneye mirasçı olabilmesine fakat genetik babasına mirasçı olamamasına yol açar. Böyle bir durumda uygulanabilecek yaptırım çocuğun kişilik haklarına zarar vermeyecek ve gelecekte onu belli bazı güvencelerden yoksun bırakmayacak şekilde sonuçlar doğurmalıdır.

Soybağı ile ilgili hukuki problem sperm kokteylinin kullanılmasında veya kocanın ölümünden sonra ondan alınmış olan spermin kullanılmasında ortaya çıkmaktadır. Sperm kokteylinin söz konusu olması durumunda döllenmeyi sağlayan bu

¹⁵⁴ Kırkbeşoğlu, s. 48.

¹⁵⁵ Hatemi/Serozan, s. 296; Nomer, s. 579; Serozan, s. 182-182.

kokteylin içerisinde kocaya ait üreme hücresinin de bulunması sebebiyle kural olarak kocanın baba sayılması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵⁶.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin 18'inci maddesinin 11'inci fıkrasına göre dondurulmuş embriyolar ölüm halinde imha edilir. Buna rağmen ölen kocanın spermi kullanılarak elde edilen embriyolar veya daha önce kocadan alınarak dondurulan spermli imha edilmez ve bunlar kullanılarak hayatta kalan eş yapay dölleme ile çocuk sahibi olursa soybağının kurulması hususunda problem ortaya çıkmaktadır. Öğretide hakim görüşe göre, ölen kocanın dondurulmuş spermi ile yapay dölleme gerçekleştirilmiş ve çocuk evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün içinde doğmuşsa, çocuk babalık karinesi gereğince ölen kocanın çocuğu olacak ve soybağı ilişkisi buna göre kurulacaktır¹⁵⁷. Bu görüşe katılmayan yazarlar ise, spermin sahibinin ölmesi üzerine sperm üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiği ve dolayısıyla çocuk yapmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle kendi ölümünden sonra spermi kullanılan kişinin babalığına hükmedilmesini uygun bulmamaktadırlar¹⁵⁸.

Doktrinde ölümden sonra (post-mortale) dölleme uygulaması çoğunlukla kabul edilmemekte ve yasaklanması gerektiği belirtilmektedir¹⁵⁹. Ölümden sonra yapay döllemeyi mümkün bulan bir görüşe göre, döllemeye spermli kullanılan kişinin bunu hayattayken istemiş olması ve doğacak çocuğun geleceğini güvence altına almış olması şartına bağlamıştır¹⁶⁰. Bir diğer görüş ise, üreme hücrelerinin dondurulması söz konusu olmaksızın, dış ortamda dölleme ile anne rahmine yerleştirilme arasında geçen kısa süre içinde kocanın ölmesi gibi istisnai bir durumda, ölümden sonra gebeliğin gerçekleştirilmesine izin verilebileceğini öngörmüştür¹⁶¹.

¹⁵⁶ **Kırkbeşoğlu**, s. 49.

¹⁵⁷ **Nomer**, “Sunı Dölleme”, s. 579-580; **Acabey**, s. 186.

¹⁵⁸ **Coester-Waltjen, Gutachten**, B. 42; **Staudinger-Rauscher**, Anh. Zu §1591, Rn. 11 (**Nomer**, “Sunı Dölleme”, s. 580, naklen).

¹⁵⁹ **Buchli-Schneider**, s. 144vd.; **Britting**, s. 126 vd.; **Deutsch**, Insemination, s. 258 vd. (**Erol**, s. 160, dn. 19, naklen).

¹⁶⁰ **Erol**, s. 160, dn. 20, (Naklen)

¹⁶¹ **Erol**, s. 160, dn. 21, (Naklen).

Medeni Kanun kural olarak, üç yüz geçtikten sonra doğan çocuğun evlilik ürünü olduğunun ispatına imkan tanımıştır. Yapay dölleme çocuğun evlilik içinde doğmuş sayılması için, yapay döllemenin evlilik sona ermeden önce gerçekleşmiş olması yeterli görülmemeli, ayrıca laboratuvar ortamında döllenen yumurtanın evlilik sona ermeden önce en azından ana rahmine yerleştirilmiş olmasının aranması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁶². Dondurulmuş embriyonun evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçtikten sonra ana rahmine yerleştirilmesi durumunda çocuk evlilik dışında doğmuş sayılır. Artık bu durumda soybağının kurulması hakimın hükmüyle mümkün olur. Embriyo evlilik sona erdikten sonra üç yüz gün içinde nakledildikten sonra doğum, üç yüz gün içinde gerçekleşmezse doğan çocuk babalık karinesi kapsamı dışında tutulur ve soybağı doğrudan kurulmaz¹⁶³. Embriyonun dondurulup uzun süre sonra ana rahmine yerleştirildiği durumlar dışında, çocuğun evlilik ürünü sayılabilmesi için evlilik sona ermeden önce ana rahmine yerleşmiş olması şartının aranmasının her zaman hakkaniyete uygun düşmeyebileceğini belirten ACABEY, döllemiş yumurtanın iki hafta içinde ana rahmine yerleştirilmesi gerektiğini ve soybağının bu sürenin hesaba katılarak belirlenmesi gerektiğini vurgulamaktadır¹⁶⁴.

2. Heterolog Dölleme

a. Kavram

Evli olmayan kişilere ait sperm, yumurta veya embriyonun kullanılarak gerçekleştirilen döllemeye ise heterolog dölleme denilmektedir¹⁶⁵. Bir başka ifadeyle, evli bir kadın ve erkeğin kendi üreme hücreleri dışında başka bir kadın veya erkeğin yumurta veya spermi kullanılarak gerçekleştirilen yapay döllemeye heterolog dölleme denir. Heterolog döllemede evli kişilerde üreme yeteneksizliği olarak tanımlanan infertilite¹⁶⁶ sebebiyle erkeğe ait spermin ya da kadına ait yumurtanın veya her ikisinin de üremeye elverişli olmaması halinde üçüncü kişilere ait sperm, yumurta ve embriyo

¹⁶² Nomer, “Suni Dölleme”, s. 580-581, dn. 119, (Naklen).

¹⁶³ Erol, s. 156; Kırkbeşoğlu, s. 52.

¹⁶⁴ Acabey, s. 189 vd.

¹⁶⁵ Nomer, “Suni Dölleme”, s. 545; Acabey, s. 176.

¹⁶⁶ <http://www.tipterimlerisozlugu.com/infertility.html> (Erişim Tarihi: 5.5.2012).

kullanılmaktadır¹⁶⁷.

Heterolog döllenme yöntemi daha çok erkeğin üreme hücresinin çocuk yapmaya elverişli olmadığı durumlarda başvurulmakla birlikte, evlenmeden ve cinsel ilişkiye girmeden çocuk sahibi olmak isteyen kadınlar için de uygulanmaktadır¹⁶⁸. Bunun için spermleri depo etmek amacıyla kurulmuş olan sperm bankaları vardır. Sperm bankası olarak çalışan kurumların spermleri depo ederken sperm sahibinin sağlıklı olup olmadığı hem bedensel hem de ruhsal açıdan denetimi sıkı bir şekilde yapılmalıdır. Sperm sahibinin ırk, din ve hatta renk ayrımları yapılarak spermlerin korunması sağlanmalıdır¹⁶⁹.

Ölümden sonra heterolog döllenmede yine homolog döllenmede olduğu gibi ölen kişinin spermleri kullanılarak evlilik dışında döllendirilir¹⁷⁰. Ancak burada görülmektedir ki, ölüm sonrası homolog döllenme ile ölüm sonrası heterolog döllenme arasında aslında önemli bir fark bulunmamaktadır. Çünkü heterolog döllenmedeki evlilik dışı vurgusu ile ölümden sonraki homolog döllenmede, zaten evlilik birliği sona ermiş olduğundan karı-kocanın üreme hücrelerinin kullanılmasından söz edilemeyeceği için iki tür döllenmenin bu açıdan birbirinden çok da farklı olmadığı kanaatindeyiz. Bir başka açıdan da değerlendirilen heterolog döllenmenin sağ iken yapılması ile ölümden sonra yapılması arasında farklılık görülmemiştir. Bu kanıya göre, bir kimsenin sperm bankalarına başvurduğunda sperm sahibinin hayatta olup olmadığını bilemeyeceğinden sperm sahibinin kim olduğunun tespiti ancak çocuğun soybağını öğrenme hakkını¹⁷¹ kullanmasıyla mümkün olabilir. Ancak sperm bankaları ölen kişileri belirleyerek spermlerin yok edilmesi ile bir çözüm yolu üreterek ölüm sonrası heterolog döllenmeyi engelleyebilir¹⁷².

¹⁶⁷Acabey, s. 173 - 174.

¹⁶⁸Özlem, Yenerer Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 171.

¹⁶⁹Erol, s. 44.

¹⁷⁰Erol, s. 46, dn. 96 (Naklen).

¹⁷¹Detaylı bilgi için bkz. Başak Baysal, “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 493-534.

¹⁷²Erol, s. 46.

Evli olmaksızın evliymişçesine sürdürülen ortak yaşam her ne kadar Türkiye’de kanuni bir yere sahip olmasa da çiftlerin, üçüncü kişilerin üreme hücrelerini kullanarak çocuk sahibi olmaları mümkündür. Bu ihtimal ancak birlikte yaşama şeklini evlilik dışında sürdürmeyi kabul eden ve hukuken tanıyan ülkelerde söz konusu olabilir. Avusturya, Fransa ve İngiltere’de evli çiftlerin yanı sıra, evlilik benzeri yaşam süren çiftlerin yapay döllenme yöntemine başvurması ve bunun için kendi üreme hücreleri dışında üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılarak çocuk sahibi olmaları söz konusu olabilir¹⁷³.

b. Sperm ve Yumurta Bağışı

Sperm ve yumurta bağışı, çocuk sahibi olamayan çiftlerin son umudu olarak çocuk sahibi olmaları için son yıllarda uygulanan bir yöntemdir. Bu yöntemin Türkiye’de kanuni olmaması sebebiyle her yıl, resmi kayıtlar dışında tutulan yaklaşık iki bin infertil çiftin yurtdışındaki çeşitli merkezlere başvurduğu bilinmektedir¹⁷⁴. Çiftin sahip olmak istediği çocuğun Türk gibi görünmesi, en azından “Akdenizli olma” ortak paydalığının benzerliğinden yararlanmak için; Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Yunanistan ve Girit gibi Akdeniz menşeli donörler tercih etmektedir¹⁷⁵.

(1) Evli Çifte Yumurta Bağışı

Yumurta bağışı, infertilite problemi olmayan kadınlardan geleneksel tüp bebek tedavilerinde olduğu gibi yumurta hücresi elde edilerek, bu yumurtaların, bir başka

¹⁷³Acabey, s. 87, 98.

¹⁷⁴Oğuz Polat, “Embriyo Nakilleri ile Oluşan Hukuki Soybağı Bakımından Ortaya Çıkabilecek Adli Tıp Sorunları”, Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sorunları Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 190; Gönenç, “Embriyo Nakli”, s. 88.

¹⁷⁵Nüket Örnek Büken, “Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYTE) Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik İle İlgili Bazı Çıkarımlar” www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/.../uremeye_yardimci.doc http://www.google.com.tr/#hl=tr&client=psy-ab&q=n%C3%BCket+%C3%B6rnek+b%C3%BCken+%C3%BCreme&oq=n%C3%BCket+%C3%B6rnek+b%C3%BCken+%C3%BCreme&aq=f&aql=&aql=&gs_nf=1&gs_l=serp.3...4109.6285.0.6619.6.6.0.0.0.324.1641.25j1.6.0.hF9JhiXDZeE&pbx=1&bav=on.2,or.r_gc.r_pw.r_qf,.cf.osb&fp=e10cd0d360004a2d&biw=1366&bih=667

kadın için kullanılmasıdır¹⁷⁶. Yumurta bağışı aşağıdaki durumlarda yapılabilir¹⁷⁷:

- Yumurta bağışının en çok uygulandığı hasta grubu yumurtalık fonksiyonları bitmiş yani menopozdaki hastalardır. Bunlar arasında da erken menopoza giren hastalar en çok uygulamanın yapıldığı hasta grubunu oluşturmaktadır.
- Kadında genetik bir hastalık olması durumunda hastalığın doğacak çocuğa geçmesini engellemek için yumurta bağışından yararlanılabilir.
- Kadın menopozda olmadığı halde yaşının ileri veya over rezervinin düşük olması nedeniyle tüp bebekte başarı şansının çok az olması veya bu grup hastalarda tekrarlayan başarısız tüp bebek uygulamaları öyküsü varsa yumurta bağışı önerilebilir.

Tedavide yumurta bağışı yapan kadına bazı ilaçlar verilerek yumurtalıkların gelişmesi ve aynı zamanda yumurta alıcısına verilen ilaçlarla rahmin dölütün yerleşmesine uygun hale gelmesi sağlanır. Yumurta bağışı yapan kadından alınan yumurtalar alıcı kadının kocasının spermeleri ile döllendirilerek oluşan embriyolar alıcı kadının rahmine transfer edilir¹⁷⁸. Evli çiftte yumurta bağışı uygulamasından sonra doğan çocuk, onu doğuran kadının genetik özelliklerine sahip olmayacaktır. Bu durumda genetik özelliklerini taşıdığı kadının mı, biyolojik olarak onu taşıyan ve doğuran kadının mı yoksa her ikisinin mi çocuğu kabul edilecektir problemi ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bu konuya ilişkin her üç görüşün destekçisi olan yazarlar bulunmaktadır. Medeni Kanunun mevcut hali uyarınca doğuran kadının anne olmasında herhangi bir şüphe yoktur. Kanaatimizce yumurta sahibi kadının genetik anne olduğu göz ardı edilmemelidir.

¹⁷⁶Nomer, “Suni Döllenme”, s. 558.

¹⁷⁷Ramazan Mercan, Oosit Donasyonu (Yumurta Bağışı) <http://www.jineart.com/modules.php?name=News&file=article&sid=37> (Erişim Tarihi: 12.4.2012).

¹⁷⁸Mercan, <http://www.jineart.com/modules.php?name=News&file=article&sid=37> (Erişim Tarihi: 12.4.2012).

(2) Evli Çifte Sperm Bağışı

Evli kadına ait üreme hücrelerinin, kocasına ait olmayan üçüncü bir kişinin üreme hücreleri ile yapay koşullar altında döllendirilmesidir. Bu yöntem genellikle kocanın sperminin olmaması ya da mevcut yöntemlerle sperm elde edilemediği durumlarda başvurulmaktadır¹⁷⁹. Sperm bağışı ülkemizde uygulaması yasak olan bir yöntemdir.

(3) Evli Çifte Hem Yumurta Hem Sperm Bağışı: Embriyo Nakli

Evli çiftin her ikisinin de çocuk yapma yeteneğine sahip olmamasından dolayı başvurulmuş bir yöntem olup iki farklı şekilde gerçekleştirilebilir: Bunlardan ilki, dış ortamda genellikle in vitro yani tüp içerisinde gerçekleştirilen döllenmede kullanılan yumurta ve sperm hücrelerinin, çocuk sahibi olmak isteyen çift dışında kişilere ait olması durumudur, ki burada embriyo bağışından söz edilmektedir. İkincisi de, döllenmenin laboratuvar ortamında yani dış ortamda (in vitro) değil de bir başka kadının rahminde (in vivo) spermelerin şırınga edilmesiyle veya cinsel ilişki yoluyla döllenme sağlanarak elde edilen embriyonun alınarak evli kadının rahmine yerleştirilmesidir. İkinci yöntemde embriyo naklinden (in vivo fertilization mit Embryotransfer) söz edilir¹⁸⁰.

Karı - kocanın üreme hücrelerinin çocuk yapmaktan yoksun olduğu ancak evli kadının çocuğu taşıyabilecek ve doğumu yapabilecek durumda olması durumunda, üçüncü kişilere ait yumurta ve sperm döllendirilmesiyle elde edilen embriyo evli kadının rahmine transfer edilmekte ve bu kadın çocuğu evlilik içinde doğurmuş olmaktadır¹⁸¹. Doktrinde bu uygulama için, oldukça yerinde bir ifade ile “doğumdan önce evlat edinme” tabiri kullanıldığı görülmektedir¹⁸².

¹⁷⁹Nomer, “Suni Döllenme”, s. 562; Cihan, s. 61.

¹⁸⁰ Aytaç, “Yardımcı Üreme”, s. 193; Şahin Akıncı, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı Ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara 1996, s. 17.

¹⁸¹Kırkbeşoğlu, s. 66-68.

¹⁸²Nomer, “Suni Döllenme”, s. 542.

c. Heterolog Döllenmede Soybağının Kurulması

Heterolog döllenme, evli çiftten birisinin veya her ikisinin üreme hücreleri kullanılmaksızın üçüncü kişiden alınan sperm ve/veya yumurta ile döllendirilmesi durumudur.

Türk hukukunda heterolog döllenme her ne kadar yasaklanmış olsa da yurtdışında evli çiftte yumurta bağışısı söz konusu olduğunda, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş olacağı için, onu doğuran kadın annelik karinesi gereği anne sıfatını haiz olacaktır. Yumurta sahibi olan üçüncü kadının Türk Hukuku açısından genetik anne olmasından söz edilemez. Medeni Kanunun 282'inci maddesinin 1'inci fıkrası uyarınca, çocuk ile ana arasındaki soybağının doğum ile kurulması biyolojik anneliğe üstünlük tanındığını göstermektedir¹⁸³.

Türk Hukuk sisteminin aksine biyolojik ve genetik annelik ayrımında daima biyolojik anneliğe üstünlük tanınmanın hukuken bazı sorunlara sebep olabileceği doktrinde savunulmuştur¹⁸⁴. Çocuğun evlilik birliği içinde doğmuş olması, babalık karinesini devreye sokacağından çocuğun babası, evlilik sırasındaki koca olacaktır. Heterolog döllenmeye izin veya icazet veren koca, gebelik oluştuktan sonra fikrinin değiştirir ve soybağının reddi davası açarsa, bu davranışı hakkın kötüye kullanımı kabul edilecektir¹⁸⁵. Böylece, anne ve baba ile çocuk arasında soybağı ilişkisi Medeni Kanunun öngördüğü karinelerin uygulanmasıyla birlikte, diğer heterolog döllenme türlerine nazaran daha basit bir şekilde kurulmuş olacaktır.

Evli olmayan çiftler için sperm bağışısının söz konusu olması durumunda, gönüllü baba doğum gerçekleştikten sonra çocuğu tanıyabilir veya evlat edinebilir. Soybağının bu yöntemlerle kurulması mümkündür. Gönüllü baba, sperm bağışına rıza göstermiş ve çocuğu tanımışsa, daha sonra tanınmanın iptali davası açamamalıdır. Ancak

¹⁸³Kırkbeşoğlu, s. 57.

¹⁸⁴Nomer, "Sunı Döllenme", s. 562; Kırkbeşoğlu, s. 58.

¹⁸⁵Serozan, s. 120; Acabey, s. 195.

rıza verip de, sonradan fikrini değiştirerek doğumdan sonra çocuğu tanımaz veya çocuğu evlat edinmezse bu sebeple tazminat davası ile karşı karşıya kalabilir¹⁸⁶.

D. TAŞIYICI ANNELİK

1. Kavram

Yardımcı üreme tekniklerinde infertilitenin sebebine göre farklı teknik ve uygulamalarla çocuk sahibi olmak isteyen çifti, bu amaca ulaştırmak için tıp biliminin elverdiği ölçüde yeni yöntemler geliştirilmektedir. Taşıyıcı annelik uygulaması *kiralık ya da ödünç* ve *ikame ya da yedek annelik* olmak üzere iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Yapılan anlaşma gereği bir kadın doğum gerçekleştikten sonra çocuğu isteyen çifte veya bir kadına vermek üzere karnında taşıyorsa taşıyıcı annelikten söz edilir¹⁸⁷. "Taşıyıcı annelik, *kiralık taşıyıcı annelik, gönüllü taşıyıcı annelik, başkası için annelik* ve *ikame annelik* kavramları, çocuğu doğuran kadının aslında anne olduğunu, ancak aradaki sözleşme gereğince çocuğunu bir başka kadına terk ettiğini çağrıştırıyor. Bu anlamda, belki "başkası için hamilelik" ifadesinin kullanılması daha uygun olabilir. Başkası için hamile kalan kadın ifadesi, bu kadının oynadığı rolü küçümseme amacını değil, kendisinin istediği role uygun bir isim bulma çabasını yansıtmaktadır. Çünkü, gerçekte anne olmak istemeyen bir kadına, taşıyıcı da olsa "anne" demek suretiyle aslında annelik atfedilmektedir"¹⁸⁸.

Taşıyıcı annelik yöntemine üç sebeple başvurulmaktadır. Bu sebeplerden biri, kadının yumurtalıklarının çalışmasına rağmen hamilelik sürecini tamamlayamayacak ve doğum yapamayacak durumda olması ihtimalidir. Bu ihtimal söz konusu ise, kadından alınan yumurta ve erkekten alınan sperm yapay yöntemle döllendirildikten sonra dölütü taşıyacak ve doğumu yapacak olan bir başka kadının rahmine yerleştirilmektedir.

¹⁸⁶ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, "Bağışlanan Spermle Dünyaya Gelen Çocukların Hakları", Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2011/8-92, s. 44.

¹⁸⁷ Acabey, s. 177.

¹⁸⁸ Cengiz Koçhisarlıoğlu/Özlem Erişgin, "Taşıyıcı Annelik, Ortaya Çıkaracağı Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Doğu Akdeniz Üniversitesi-Kadın Araştırmaları ve Eğitimi Merkezi 4. Uluslararası Kadın Çalışmaları Konferansı: "Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk", Magusa 3-5 Ekim 2012 (henüz basılmamış bildiri).

Yumurta ve sperm sahibi olan çift, doğan çocuğun genetik ve sosyal anne - babasıdır¹⁸⁹.

Taşıyıcı anne yönteminin kullanılmasının ikinci sebebi, kadının yumurtalıklarının çalışmamasının yanı sıra ya rahmi yoktur ya da dölütü taşıma ve doğurma kabiliyetine sahip değildir. Kadının çocuk sahibi olmak için elverişli bir üreme hücresi bulunmaması sebebiyle erkekten alınan spermin doğrudan taşıyıcı annenin üreme hücreleriyle döllenilip taşıyıcı annenin çocuğu doğurması sağlanmaktadır. Böylece taşıyıcı anne çocuğun genetik annesi olmaktadır¹⁹⁰.

Taşıyıcı anne uygulamasının bir diğer sebebi ise, hem kadının hem de erkeğin üreme hücrelerinin çocuk sahibi olmaya elverişli olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durumda üçüncü kişilere ait yumurta ve sperm kullanılarak yumurta sahibi kadının veya bir taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilen embriyonun orada gelişerek doğumu sağlanmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda kendinden olmayan üreme hücrelerinin kullanılarak çiftin çocuk sahibi olması evlat edinmeden farksız bir yöntemdir.

2. Taşıyıcı Annelik Çeşitleri

a. Yedek Annelik

Taşıyıcı anneliğin bir çeşidi olan *ikame ya da yedek annelik* durumunda, kadın çocuğun biyolojik – genetik annesidir. Çünkü taşıyıcı anne aynı zamanda üreme hücresi olan yumurtanın sahibi olan kadındır¹⁹¹. Buna geleneksel taşıyıcı annelik (traditional surrogacy) adı da verilmektedir¹⁹². Döllenmede kullanılan spermin sahibi ise genellikle çocuk isteyen çiftten erkeğe aittir; ancak erkeğin üreme hücresinin döllenmeye elverişli olmadığı hallerde çocuk isteyen erkeğin spermleri yerine 3. kişinin spermleri

¹⁸⁹ **Aytaç**, “Yardımcı Üreme”, s. 43.

¹⁹⁰ **Aytaç**, “Yardımcı Üreme”, s. 44.

¹⁹¹ **Çakmut**, s. 51; **Deutsch** (künstliche Befruchtung), 282; **Schlüter** (Familienrecht); 178; Quantius, 1146; Selb, 99-101, 108-109; **Britting**, 21 dn. 11; Voß, 1552 dn. 1; krş. **Schumacher**, 321; **Giesen** (k. Befruchtungsmethoden), 658; **Schaumann**, 22-23; **Goedel**, 4-5; **Britting**, 21 dn. 11 (**Acabey**, s. 179, dn. 236, naklen).

¹⁹² **Ergun Özsunay**, “Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin’in Hukuksal Durumu ve Korunması”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri Medeni Hukukta Güncel Sorunlar Ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, İstanbul 2011, s. 145.

kullanılmaktadır veya yedek annenin kocasının spermleri de kullanılmaktadır¹⁹³. İstisnai olarak, döllenme yapay döllenme şeklinde gerçekleşmemekte, çocuk sahibi olmak isteyen erkek ile yedek annenin cinsel ilişkiye girmesiyle doğal yollarla gerçekleşmektedir¹⁹⁴. Bu durumda ise, evlilik birliği içindeki anne olmak isteyen kadının çocuk sahibi olmasında ne genetik ne biyolojik katkısı vardır. Kanaatimizce, hukuki açıdan kocasının çocuğunu evlat edinmesine benzetilebilir.

b. Ödünç ve Kiralık Annelik

Taşıyıcı anneliğin bir diğer çeşidi olan *kiralık ve ödünç annelikte* ise, taşıyıcı anne, doğumdan sonra gönüllü çifte veya kadına verilmek üzere karnında taşıdığı çocuğun genetik annesi değildir. Çünkü söz konusu döllenmede kullanılan yumurtanın sahibi doğuran kadın değil bir başka kadındır¹⁹⁵. Kiralık annelik durumunda, kadına ait üreme hücresi genellikle çocuk isteyen çiftten kadına aittir. Ancak bazen yumurtanın bir 3. kişiye ait olduğuna rastlanabilmektedir. Böyle bir durumda ise, çocuğun genetik annesi, taşıyıcı anne ve gönüllü anne dışındaki bu kadındır¹⁹⁶. Kiralık anne yöntemine başvurma başlıca sebebi gönüllü annenin sağlık şartlarının doğum yapmasına engel olmasından kaynaklanmaktadır. Örneğin; kadın, rahmi alındığı için doğum yapamayacak durumdadır¹⁹⁷. Burada çocuğu doğuran kadın ile genetik anne farklı olup¹⁹⁸ taşıyıcı anne rahmini, bir başka kadına ait embrioyu taşımak için kullandırmaktadır¹⁹⁹. Bu yöntemde kadın rahmini ivaz karşılığında kullanıyor ve embrioyu taşıyorsa *kiralık annelik*; ivaz karşılığı olmadan rahmini kullanıyor ve embrioyu taşıyorsa *ödünç annelik* olarak ifade edilir.

Taşıyıcı annelikte soybağının kurulması sorunları yanı sıra yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesinin geçerlilik tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.

¹⁹³ Acabey, s. 179, dn. 238, (Naklen); Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 560.

¹⁹⁴ Acabey, s. 179, dn. 237, (Naklen).

¹⁹⁵ Acabey, s. 179, dn. 239, (Naklen); Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 559-560.

¹⁹⁶ Acabey, s. 180, dn. 240.

¹⁹⁷ Acabey, s. 180.

¹⁹⁸ Acabey, s. 180.

¹⁹⁹ Acabey, s. 180.

3. Taşıyıcı Annelikte Soybağı

Çocuğun genetik malzemesi olan *yumurtanın sahibi* genetik anne, yumurtayı rahminde *taşıyan* biyolojik anne ve çocuğu *doğuran* biyolojik anne olmak üzere üç anne türü yaratan yapay döllenme teknikleri²⁰⁰, birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. En önemli sorun ise annenin kim olacağının saptanmasıdır.

Çocuk bakımından, anne ile soybağının kurulmasında hukuk düzeninin aramış olduğu tek şart doğum olgusudur. Türk Medeni Kanunu bu konuda Roma hukukundan gelen *mater semper certa est (ana her zaman bellidir)* prensibini benimseyerek çocuğu doğuran kişinin ana olduğunu kabul etmiştir²⁰¹. Doğum yapan kadının herhangi bir biçimde analığını ve doğurduğu çocuğu inkar etmesi mümkün değildir. Anayla çocuk arasındaki soybağı ilişkisi herkesçe bilinebilir ve görülebilir; gebelik ve doğum olayıyla tespit edilir. Bu sebeple, analığın reddi veya doğuran kadın tarafından çocuğun tanınması söz konusu olmayacaktır. Ancak, çocuk ile ana arasında soybağının doğumla kurulmasına yönelik söz konusu düzenleme, günümüzde yapay döllenme tekniklerinde yaşanan gelişim sonucu ortaya çıkabilecek çok karmaşık sorunları çözebilecek nitelikte değildir²⁰².

a. Evli Çiftin Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumunda

Evli çiftte ait üreme hücreleri dışarıda döllendirildikten sonra bir başka kadının rahmine yerleştirilir. Dölüt gelişimini, kendisini taşıyan kadının rahminde tamamlar ve onun tarafından doğrularak dünyaya gelir²⁰³.

Yabancı bir çocuğu evlat edinen kişi ile evlat edinilen arasında kan bağına dayalı olmayan bir soybağı ilişkisi değil, ancak yapay olmakla birlikte manevi ve hukuksal bir bağ kurulmuş olacağından taşıyıcı anne açısından durumu değerlendirirsek; taşıyıcı anne yabancı bir kadının yumurtasını taşıyarak doğurduğu çocuğun anası sayılamayacağı halde, Medeni Kanunun m.281/f.1 uyarınca annelik

²⁰⁰Serozan, s. 147.

²⁰¹Şükran Şıpka, “Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_537.htm (Erişim Tarihi:1.5.2010).

²⁰²Fulya İlçin Gönenç, “Medeni Hukuk Bakımından Embriyo Nakli”, Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sorunları Sempozyumu (Üreme ve Hukuk), İstanbul 2011, s. 89.

²⁰³Acabey, s. 180; Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 559.

karinesi gereği, doğurduğu çocuğun hukuksal anası kabul edilmektedir. Yumurta sahibi olan kadının bu karine mevcut olduğu sürece annelik iddiası dinlenemeyecek ve gerçekte sadece taşıyıcı olan annenin çocuğu reddetmesi mümkün olmayacaktır²⁰⁴. Nitekim aynı düzenleme doğrultusunda üreme teknolojisi ne kadar gelişirse gelişsin, çocuğun anası doğuran kadındır ve tek bir anne söz konusudur²⁰⁵. Oysaki, genetik üstünlük dikkate alınmalı ve yasal olarak yumurta sahibi kadının hukuki anne olarak tanınması gerektiğini düşünmekteyiz.

Taşıyıcı annenin evli olması durumunda ise, çocuk ile baba arasında soybağına yönelik bir sorun çıkması ihtimali vardır. Çocuğun babası taşıyıcı annenin kocası mı yoksa yumurta hücresi sahibi olan kadının kocası olan ve döllenmede kullanılan spermin sahibi olan kişi mi olacaktır? Bu durumda taşıyıcı annenin kocasının soybağının reddi davası açma hakkına sahip olup olmadığı ve genetik babanın taşıyıcı annenin kocasına karşı soybağının reddi davası açıp açamayacağı düşünülebilir²⁰⁶. Her ne kadar hukuki açıdan kocanın baba olacağı söylene de sperm sahibi erkeğin çocuğun kendi soyundan olduğunu ileri sürerek ispat etmesi hukuki dengeleri değiştirecektir. Dolayısıyla taşıyıcı annenin kocası çocuk ile arasında başından itibaren soybağı ilişkisi kurulmamalı ve gerçek baba olan sperm sahibi olan genetik babanın hukuki olarak baba kabul edilmesine katkı sağlamalıdır.

b. Evli Çiftten Yalnızca Kocaya Ait Spermin Kullanılması Durumunda

Evli çiftten sadece erkeğin spermi kullanılarak kadının rahminin çocuk doğurmaya uygun olmamasıyla birlikte üreme hücresinin de döllenmeye elverişli olmaması sebebiyle taşıyıcı annenin veya bir başka kadının yumurtası kullanılarak döllenme gerçekleştirilmektedir. Bu durumda evlilik birliği içinde olup da kocasının spermi kullanılarak taşıyıcı annelik yöntemine başvuran kadın mı, taşıyıcı anne olup çocuğu doğuran kadın mı, bir üçüncü kişinin yumurtası kullanılmış ise yumurta sahibi olan bir başka kadının mı anne olacağı sorunu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Genetik ve biyolojik olarak çocuk sahibi olmaya herhangi bir katkısı olmayan kadının anneliği gündeme gelmektedir ki, bu halde evlat edinme ile benzeştiği söylenebilir.

²⁰⁴Serozan, s. 144; Baygın, s. 18.

²⁰⁵Serozan, s. 145.

²⁰⁶Erol, s. 116.

c. Evli Çifte Ait Olmayan Üreme Hücrelerinin Kullanılması Durumunda

Embriyo transferi - yabancı bir kadının yumurtası eşin veya bir başka erkeğin üreme hücresi olan spermiyle döllenebilir ve bu döllenme neticesinden oluşan embriyo çocuğu doğuracak olan kadına transfer edilebilir; ya da bu embriyo çocuk doğuramayan ya da doğurmak istemeyen kadının yerine, doğurmayı üstlenen yabancı bir kadına transfer edilebilir²⁰⁷. Bu durumda da temel kural gereği, doğuran kadının annelik sıfatına sahip olacağı çözümü benimsenirse çocuğun soybağı reddedilemeyecektir. Ebeveyn olmak isteyen çiftin üreme hücreleri dışında üçüncü kişilerin üreme hücreleri kullanılarak elde edilen dölütün başka bir kadın tarafından dünyaya getirilmesi halinde genetik anne, biyolojik anne ve hukuki anne; genetik baba ile hukuki baba farklı kişiler olacaktır.

d. Evli Olmayan Kadının Kendi Yumurtası İle Başkasının Sperminin Kullanılması Durumunda

Evli olmayan bir kadının taşıyıcı anneden çocuk istemesi söz konusu olabilir. Evli olmayan annenin yumurtası ile taşıyıcı annenin kocasının veya bir başka kişinin spermi ile elde edilen dölütün taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilmesi ile çocuk doğuran taşıyıcı anne, bu çocuğu yumurta sahibi olan kadına yani genetik anneye verilmesi konusunda anlaşılabilir²⁰⁸.

e. Değerlendirme

Çocuk ile anası arasında göbek bağının belirleyici olduğunu ve çocuğun genetik annesiyle değil de kendisini karnında taşıyan biyolojik annesiyle bütünleştiğini kabul eden yazarlardan SEROZAN, bu görüşünü genetik annenin saptanmasının zorluğuna ve genellikle kesin bir sonuca ulaşılamadığına dayandırmakla birlikte, çocuğun soybağı statüsünün güvenilirliği ve kararlılığını ön planda tutarak, anneye çocuğun soybağını ret hakkı tanınmasını anne ve çocuk açısından yararlı bulmasına rağmen durumun daha karışık bir hal alacağından hareketle annelik sıfatının biyolojik

²⁰⁷Serozan, s. 166.

²⁰⁸Erol, s. 116.

annede kalmasını uygun bulmuştur²⁰⁹. Aynı görüşte olan BAYGIN ise kanaatini şu şekilde açıklamaktadır²¹⁰:

“Çocuk bir başka kadının yumurtasından oluşmuş olsa dahi, annelik bakımından soybağı doğuma göre belirlenmelidir. Başka bir anlatımla, yumurtanın sahibi olan kadın değil, çocuğu doğuran kadın anne sayılmalıdır. Zira gebelik süresince çocukla onu karnında taşıyan kadın arasında çok yoğun bir bedensel ve psikolojik yakınlaşma meydana gelir. Ayrıca gebelik sürecinde çocuğun beslenmesi bu kadın aracılığıyla sağlanır. Taşıyıcı annelik durumunda, çocuğun genetik annesi ancak evlat edinme yoluyla çocukla yapay bir soybağı ilişkisi kurabilir”.

NOMER'e ait olan bir diğer görüş ise, anne ile çocuk arasında soybağının belirlenmesinde genetik bağı esas almaktadır. Doğuran kadının ana olarak kabul edilmesinin sebebi yumurtanın sahibi olmasından kaynaklanmaktadır. Doğum olayı, annenin, yani yumurta sahibinin kim olduğuna işaret eden bir olgudur. Kan hısımlığında ise belirleyici olan, birinin döl veya yumurtasından oluşmasıdır. Dolayısıyla çocuğu doğuran kadın onun anasıdır, kuralı aksi ispat edilebilir adi bir karine olarak değerlendirilerek gerçek annenin tespiti durumunda bu bağın ortadan kaldırılabilceği kabul edilmelidir²¹¹. Usul - fûru hısımlığını belirleyen MK. m.17/2 hükmünden aile ve miras hukuku hükümlerinin genetik bağ esasını temel almasından çıkan sonuç budur. Anne ve baba arasında bir ayırım yapmayan bu hüküm soybağının tespitinde de benzer hükümlere tabi olmalıdır. Çocuğun anne ve babası ile soybağı kurulurken öncelikle karinelerden hareket edilir. Bu karinelerin aksi dava yoluyla iddia ve ispat edildiği takdirde, kanunen kurulan soybağının hakimnin kararıyla iptal edildikten sonra çocuğun gerçek anne-babaya bağlanması mümkündür. Ancak, üçüncü kişinin yumurta ve spermi kullanılmasına rıza gösteren kadın ve kocası çocuğu sahiplenmek amacıyla hareket

²⁰⁹Serozan, s. 166-167. Aynı görüşte Acabey, s. 220; Kırkbeşoğlu, s. 78-79; Çakmut, s. 61; Şükran Şıpka, “Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”, <http://www.turkhukuk sitesi.com/makale537.htm> (Erişim Tarihi: 11.1.2012).

²¹⁰Baygın, s. 18; Hausheer/Geiser/Aebi Müller, s. 257, n16.11 (Baygın, s. 18, dn. 14, naklen).

²¹¹Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 563-565.

etmişlerse, artık soybağının iptali için dava açamayacaklarını, verilen rızanın soybağına itiraz etme hakkını baştan beri sona erdirdiğini kabul etmiştir²¹². Babalığın iptali ve gerçek baba ile soybağının kurulmasına imkan verilmişken, taşıyıcı annelik durumunda çocuğun genetik annesi olan üreme hücresi sahibi kadına soybağı ile bağlanması imkanı tanınmamasının haklı bir nedeni bulunmadığını ve bu çelişkinin ayrımcılık yarattığı ileri sürülmüştür²¹³.

Kanaatimizce, genetik bağ ön planda tutulmalı ve üreme hücrelerinin sahibi olan kadın ve erkek ile çocuk arasında soğbağı kurulmalıdır. Mevcut hukuk kuralları çerçevesinde anne ile olan soybağının kurulmasında annelik karinesi gereğince, doğuran kadının anne olarak tescilinden sonra yumurta sahibi olan genetik annenin çocuk ile soybağını kurabilmesi dava yoluyla gerçekleşmelidir. Bunun için doğuran kadına, babaya tanınan bir hak olan soybağının reddi hakkının tanınması ve annelik iddiasında bulunan kadının kendisi ile soybağının kurulmasını sağlayacak bu iddiayı ileri sürebileceği bir dava hakkında sahip olması gerekmektedir. Baba, kendisinden olmayan çocuğu reddebiliyorsa aynı şekilde yalnızca doğum olgusu ile arasında soybağı kurulan kadının da çocuğu reddetme hakkı olmalıdır. Zira, ülkemizde anne olamayan kardeş, teyze, hala gibi akrabalık ilişkisinde, annelik duygularını tatmin etmeleri için sırf kendi üreme hücrelerinden dünyaya gelen çocuğu onlara terk edip evlat edinme yoluyla ve bazen yasal olmayan bir şekilde doğumu kendileri yapmış gibi kayıtlara geçirilerek soybağının kurulduğu bilinmektedir. Günümüzde tıp alanında kaydedilen ilerlemeler hukuk alanına derhal yansımamakta ve bu gibi hukuki problemlerin ortaya çıkmasına neden olduğu açıkça görülmektedir. Üremeye elverişli olan hücrelere sahip olan ancak dölütü taşıyamayacak veya doğum yapması sağlık açısından mümkün olmayan kadınları annelikten mahrum bırakmamak için kocasının üreme hücreleri kullanılarak taşıyıcı annelik uygulamasına izin verilmelidir. Zira, üçüncü kişilerden alınan üreme hücreleri dünyaya gelen çocukların aile kurumuna getireceği zararları öngörmek hiç de zor değildir. Sırf bu sebeple, çiftlerin kendi üreme hücrelerinin kullanılması şartının mevcudiyeti önem taşımaktadır. Ülkemizin sosyal ve kültürel koşulları dikkate alındığında, aile kurumuna halel getirmeksizin evli olan çiftlerin kendi üreme hücreleri

²¹² Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 593-594.

²¹³ Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 563-565.

kullanılarak tıbbi gelişmelerden faydalanma yollarının yasal olarak mümkün kılınması gerektiğini savunmaktayız. Baba açısından, taşıyıcı annenin kocası babalık karinesinin uygulandığı ülkelerde, genetik babanın soybağı ilişkisinin iptali talebi ile taşıyıcı annenin kocasının bu talebi kabul ederek genetik babanın hukuki baba olarak tanınmasına yardımcı olmalıdır.

E. TÜRK HUKUKUNDA YAPAY DÖLLENME

Çocuk gereksinimini yapay yoldan karşılamamanın bir aracı evlat edinme, bir başka aracının da yapay döllenme olduğunu söylemek mümkündür²¹⁴. Yapay döllenme, en az evlat edinme kadar kanun koyucunun gündem konusu olmuştur, ancak buna rağmen Medeni Kanunda soybağının baba ile kurulması açısından yeni yapay döllenme tekniklerinin gelişmesiyle ortaya çıkan sorunlara çözüm getirilmediği görülmektedir.

Yapay döllenme konusunu düzenlemek üzere, 21.8.1987 tarihinde 19551 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve yayımlanmasıyla birlikte yürürlüğe giren “In - vitro Fertilization ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği” çıkarılmıştır. Bu yönetmelik, 19.11.1996, 11.1.1998, 28.1.1998, 31.3.2001, 8.7.2005 ve 6.3.2010 tarihlerinde değişikliğe uğramıştır²¹⁵. 19.11.1996 tarihli değişiklik ile Yönetmeliğin adı değiştirilerek “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği” adını almıştır. En son değişiklik ile 21.8.1987 tarih ve 19551 sayılı Yönetmelik yürürlükten kaldırılmış ve “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik” adı ile aynı içerikte çeşitli değişikliklerle yeni bir yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliğin amacı, bu hususu düzenleyen 1’inci maddede şöyle ifade edilmiştir:

“Çocuk sahibi olamayan evli çiftlerden, tıbben uygun görülenlerin üremeye yardımcı tedavi metotları vasıtasıyla çocuk

²¹⁴Serozan, s. 130.

²¹⁵ RG. T. 19.11.1996 S. 22822, RG. T. 11.1.1998 S. 23227, RG. T. 28.1.1998 S. 23244, RG. T. 31.3.2001 S. 24359, RG. T. 8.7.2005 S. 25869, RG. T. 6.3.2010 S. 27513.

sahibi olmaları için yapılacak uygulamanın esaslarını, bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi ile ilgili usul ve esasları düzenlemektir.”

Dört ana grupta topladığımız yardımcı üreme tekniklerinden olan, yalnızca evli çiftler için uygulamaya izin veren ve bunun dışındaki halleri yasaklarla çevreleyen Yönetmelik, m.4/f.1, h’de yer almıştır:

“Üremeye yardımcı tedavi (ÜYTE) yöntemleri: Anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmesini sağlayıp, gametlerin veya embriyonun anne adayına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tıbbi tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamaları ifade eder.”

Yönetmeliğin 18’inci maddesinin 5’inci bendi uyarınca, üremeye yardımcı tedaviden yararlanacak olan eşlere yalnızca kendi üreme hücrelerinin kullanılması ile bu tedaviye izin verilmiştir. Herhangi bir şekilde donör kullanılması veya donörden embriyo elde edilmesi, adaylardan alınan yumurta ve spermelerden elde edilen embriyonun başka adaylarda kullanılması, aday olmayanların üreme hücrelerinin adaylarda kullanılması yasaklanmıştır. Ayrıca tıbbi zorunluluk durumları dışında üreme hücrelerinin saklanması yasaklanmış olup evlilik dışında ve başka kişilerde kullanılması söz konusu değildir²¹⁶.

Türkiye’deki yapay döllenme ile ilgili mevzuat bu konuya oldukça hassas yaklaşarak daha ziyade yasaklar çerçevesinde düzenleme yapmıştır. Yalnızca evli çiftler için mümkün olan yapay döllenme, yine evli çift olmasına rağmen yapay döllenme çeşitlerinden embriyo transferine izin vermemiştir. Evli çiftlere ait üreme hücreleri kullanılarak elde edilen embriyo ancak evlilik birliği içindeki kadının rahmine yerleştirilebilmektedir (homolog yapay döllenme). Eşler dışındaki kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılmasının yasak olmasının yanı sıra üreme hücreleri eşlere ait olsa dahi, bir sonraki başlıkta ele alınacağı üzere, yapay olarak döllendirilen gametlerin

²¹⁶ Baygın, s. 15.

başka bir kadının döl yatağına yerleştirilmesi de yasaklanmıştır (heterolog döllenme). Başka bir deyişle, embriyo nakli, sperm bağıışı, yumurta bağıışı ve taşıyıcı annelik uygulamaları Yönetmelik kuralları çerçevesinde yasaklanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla, Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik homolog döllenmeye izin vermiş, heterolog döllenmeye izin vermemiştir.

Yönetmeliğin 18'inci maddesinin 5'inci bendine eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılacağını öngören ve bunun dışındaki alternatiflere yasak getiren düzenlemeye aykırı davranılması halinde yine aynı bentte yaptırımına da yer verilmiştir. Buna göre, yasakların ihlal edilmesi durumunda elde edilen gebeliklerin herhangi bir aşamada tespit edilmesi durumunda, üremeye yardımcı olan merkezin süresiz olarak kapatılarak bu işlemi yapan kişilerin sertifikalarının iptal edilmesi ve ilgili tüm çalışanların süresiz olarak üremeye yardımcı tedavi merkezlerinde çalışmalarına izin verilmemesi şeklinde bir yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, tıp ve hukuk alanında homolog döllenme kabul görmekte, yapılan müdahalenin tıbbi bir nitelik taşıdığı ve hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Heterolog döllenme ise tedavi amacından yoksun olması, çocuğun yararı ve esenliği, aile kavramı çerçevesinde tartışmalara yol açmakta ve Türk Hukukunda kabul görmemektedir²¹⁷.

Donasyon ismiyle ifade edilen yumurta ve sperm bağıışı, çocuk sahibi olamayan çiftlerin son umudu olarak yıllardır uygulanmaktadır. Donasyonun Türkiye'de yasal olmaması sebebiyle her yıl, resmi kayıtlar olmamakla birlikte, binlerce infertil çift yurtdışında çeşitli merkezlere başvurmaktadır. Bu hususta da ana ve baba ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulmasında hukuki problemler ortaya çıkmaktadır²¹⁸.

²¹⁷Gönenç, Embriyo Nakli, s. 88.

²¹⁸Gönenç, Embriyo Nakli, s. 88.

F. MUKAYESELİ HUKUKTA YAPAY DÖLLENME

1. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde taşıyıcı anne ile çocuk sahibi olmak isteyen taraf arasında taşıyıcı annelik sözleşmesinin (surrogacy contract) yapılması hukuk açısından mümkündür.

Taşıyıcı annelik sözleşmesi, taşıyıcı anne olacak kadın belirli bir ücret karşılığında ve birtakım yükümlülükler üstlenmek suretiyle, başka bir çiftten transfer edilen döllenmiş yumurta ya da yapay döllenme yoluyla elde edilen embriyoyu taşıması ve çocuğun doğumundan sonra onu ana – babasına teslim edilmesi amacıyla yapılan sözleşmedir²¹⁹.

ABD'nde taşıyıcı annelik sözleşmesinin dinsel ve ahlaki boyutları tartışılırken bir yandan da anayasal ve hukuki sorunlar tartışma konusu olmuştur. Çocuk sahibi olmak isteyen çiftler - ki bu her zaman çift olmayabilir de - ile taşıyıcı anne arasındaki ilişkilerin kurulması konusunda etkinlikte bulunan araçların (üremeye yardımcı tedavi merkezleri, taşıyıcı annelik programları düzenleyen kuruluşlar vb.) hukuksal durumları da tartışmalıdır²²⁰.

ABD'nde, birçok eyalette, çocuk edinmenin bu tür görünümleri “bebek satışı” (baby selling) olarak değerlendirildiğinden taşıyıcı annelik sözleşmesi hukuka aykırı kabul edilmiştir. Arizona, Kentucky, Utah'ta bu sözleşmelerin geçerliliği bulunmamaktadır. Bazı eyaletlerde, para karşılığı taşıyıcı annelik sözleşmelerinin ifaya elverişli olmadığı kabul edilmektedir. Bazı eyaletler ise, hukukçu ya da hekim gibi 3. kişilerin taşıyıcı anne ile çocuk isteyen tarafı bir araya getirmesi karşılığında ücret isteyemeyeceği öngörülmüştür. Oysaki Florida, Nevada ve Arkansas'ta taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçerli kabul edilmektedir. Florida ve Nevada'da, çocuk isteyen çift bakımından sadece döllenmiş yumurtanın taşıyıcı anneye nakli amacıyla yapılan

²¹⁹Ösunay, Embriyo ve Cenin, s. 146.

²²⁰Ösunay, Embriyo ve Cenin, s. 146.

sözleşme geçerli sayılmaktadır. New Hampshire ve Virginia’da, çocuk sahibi olmak isteyen çiftin, çocuğun hukuksal ana-babası olacağı kabul edilmektedir²²¹.

2. İngiltere

İngiltere’de çocuk sahibi olmak isteyenler için yapay döllenme ile ilgili hukuki düzenlemelerin bir kısmı 2010 tarihli Surrogacy Act ile 1990 tarihli Human Fertilization and Embryology Act adlı kanunlarda yer almaktadır. Doğrudan soybağı ilişkisinin kurulmasına yönelik kurallara yer verilen hususlara değinilecektir.

1990 tarihli “İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu (Human Fertilization and Embryology Act)” m.27/f.1’e göre, yapay döllenme ve embriyo nakli yapılmış olsa dahi ana, çocuğu doğuran kadındır. Çocuk sahibi olmak amacıyla taşıyıcı annelik yönteminden yararlanan kadın ve yumurta sahibi olan genetik anne, evlat edinme yoluyla çocuğun hukuki olarak annesi olabilir. Çocuğun mahkeme kararı ile genetik anne-baba ile soybağının kurulmasının önemli bir şartı vardır ki, o da karı kocadan en az birinin üreme hücresinin kullanılması şartıdır. Başka bir ifadeyle, döllenmede kullanılan yumurta veya spermden en az birinin evli çifte ait olması şartıyla mahkeme çocuğu genetik anne- babaya bağlamaktadır. Bu şekilde elde edilen embriyo, taşıyıcı anneye transfer edilip doğum gerçekleştikten sonra altı ay içinde mahkemeye başvurusu, bu talep sırasında çocuğun genetik karı koca ile yaşıyor olması, karı kocanın her ikisinin de on sekiz yaşını tamamlamış olması, talep anında karı kocanın yerleşim yerinin İngiltere’de olması, mahkemenin çocuk için yapılacak makul masraflar dışında taraflar arasında herhangi bir paranın ödenmediği ve menfaat elde edilmediği ve çocuğu doğuran kadın ile genetik ana babanın özgür iradeleriyle ve sonuçlarını öngörerek verilecek karara razı olduklarına kanaat getirmesi gerekmektedir²²².

²²¹Özsunay, Embriyo ve Cenin, s. 147.

²²²Çakmut, s. 52-53; Nomer, “Sunı Döllenme”, s. 551-552; Baygın, s. 18.

3. Almanya

Almanya’da 13.12.2009 tarihli “Embriyonun Korunması Hakkında Kanun”, “taşıyıcı annelik” ilişkisini yasaklamış ve yaptırıma bağlamıştır²²³. 1.12.1989 tarihinde değiştirilen “Evlatlık işlemlerinde Aracılık Kanunu” ile yumurta bağıışı, embriyo bağıışı ve taşıyıcı annelik kural olarak yasaklanmıştır. Söz konusu yasakların ihlal edilmesi halinde bu yasağa aykırı fiiller suç sayılmış ve cezai yaptırıma tabi tutulmuştur²²⁴.

Alman hukukunda kabul gören baskın görüşe göre, hem genetik hem de biyolojik olan, yani yumurtanın taşıyıcı anneye ait olması durumunda, çocuk sahibi olmak isteyen kadın ya da çift, doğan çocuğa ancak evlat edinme yoluyla hukuken ana-baba olabilmektedir²²⁵.

4. İsviçre

İsviçre’de Federal Anayasa, embriyo bağıışı ve kiralık anneliğin her türünü yasaklamıştır (Schweizerische Bundesverfassung, BV Art. 24novies Abs. 2. Lit.d). Ayrıca “Tıbbi Yöntemlerle Desteklenen Üreme Hakkında Kanunu” (Fortpflanzungsmedizingesetzes – FmedG) ile bu fiileri gerçekleştirenlere cezai yaptırımlar öngörülmüştür (FmedG. Art. 4)²²⁶.

5. Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nin “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Tüzüğü” olarak adlandırılan düzenleme 26.8.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş ve “Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri (Değişik) Tüzüğünü yürürlükten kaldırmıştır²²⁷. Yürürlükteki Tüzüğün 15. maddesinde yasaklar düzenlenmiştir. Bunlardan KKTC, TC

²²³Özsunay, Embriyo ve Cenin, s. 148; Ergun Özsunay, “Taşıyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar”, Güncel Hukuk, Ağustos 2007/8-44, s. 29.

²²⁴Kırkbeşoğlu, s. 69.

²²⁵Wolfram H. Eberbach, “Rechtliche Probleme Der “Leihmuttersschaft”, MedR 1986, s. 253-259 (Kırkbeşoğlu, s. 69, naklen).

²²⁶Kırkbeşoğlu, s. 69.

²²⁷<http://www.mahkemeler.net/tuzuk/st19-2006.pdf> (Erişim Tarihi: 30.6.2012); http://mevzuat.kamunet.net/mmd/tuzukler.htm/u/uremeye_yardimci_tedavi_merkezleri_tuzugu.html (Erişim Tarihi: 30.6.2012).

ve üçüncü ülke vatandaşı evli çiftlerden veya evli olmayan kişilerden olan yumurta, sperm ve bunlardan elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya bir başka adayda kullanılması, KKTC üçüncü ülke vatandaşlarında kullanılması amacı ile Bakanlıkca ithal izin verilecek sertifikalı yabancı donör spermi ve yumurtasının TC vatandaşlarında kullanılması, her ne sebeple olursa olsun invitro yöntemlerle elde edilen yumurtanın bir başka taşıyıcı anneye nakledilmesi, kırk beş (45) yaşını doldurmuş kişilere embriyo transferi yapılması, bir kişiye bir defada üçten fazla embriyo transferi yasaktır.

Tüzüğün 16. maddesinde KKTC, TC ve üçüncü ülke vatandaşı evli çiftlerden anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yollarla döllenmeye daha elverişli hale getirilerek gerektiğinde vücut dışında döllenmesi sağlanarak gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transferi mümkündür. Türk vatandaşlarına donör, yumurta ve sperm kullanılması yasaktır. Ancak KKTC ve üçüncü ülke vatandaşlarında anne adayının yumurtası ile Bakanlığın ithal izni verdiği sertifikalı donör sperm kullanılması mümkündür.

Donör kullanılarak yumurta ve sperm veya bunlardan elde edilen embriyoların kullanılması KKTC’de yasaktır. Cinsiyet belirleme ve embriyo transferinde sayı sınırlaması, gamet ve embriyoların saklanmama ilişkin yasaklar da Tüzükte yer almaktadır.

2006 tarihli Tüzüğün yürürlükte olduğu dönemlerde Türkiye’den KKTC’ye giden Türk vatandaşlarının sayısının düşük olmadığı bilinmektedir. Yaşanan bir örnekte, kocasının iznini almaksızın KKTC’de donör sperm ile hamile kalan bir kadının üzerinden 6 yıl geçtikten sonra durumu kocasına açıklaması sonucu Türk vatandaşı olan kocanın KKTC’ye gelerek tedavi merkezi hakkındaki şikayetini yargıya intikal ettirdiği basında yer aldığı görülmektedir²²⁸. Bu Tüzükte KKTC yurttaşı kişilerde, evli çiftlerde spermin veya yumurtanın döllenmeye elverişli olmadığı hallerde donörlerden üreme hücrelerinin alınmasına izin verilmiş ve KKTC yurttaşı olmayan kişiler için evli olup olmadıklarına bakılmaksızın anne adayının yumurtası ile sperm döllendirilmesi veya donör sperm/yumurta kullanılmasına izin verilmiştir. Ancak 2009 tarihli Tüzüğün

²²⁸ <http://www.kibrissondakika.com/kkct/tup-bebek-aile-faciiasi-getirdi-h20100.html>

Türkiye’den gelen Türk vatandaşı olan kişilere yapay dölleme yöntemlerinin uygulanmasında sınırlamalar getirmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

SOYBAĞI İLİŞKİSİNDE KANUNLAR İHTİLAFI VE TANIMA MESELELERİ

I. VASIFLANDIRMA

A. GENEL OLARAK

Vasıflandırma, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların çözümündeki ilk adımdır²²⁹. Yabancı unsurlu hukuki olay veya ilişkide kanunlar ihtilafı kuralları, uygulanacak maddi hukuku gösterirken bir kural veya kural grubuna göndermede bulunur. Kanunlar ihtilafı kuralları göndermede bulunurken her bir hukuki olay veya ilişkiyi temsil eden maddi hukukun sistem belirleyici kavramlarından yararlanılır. Bu sistem belirleyici kavramların fonksiyonu, çözümün ne için arandığı noktasında aktiftir. Örnek olarak ehliyet, soybağı, evlenme, hukuki işlemin şekli gösterilebilir. Hukuki kavramların, her hukuk düzeninde kendi hukuk sistemleri içinde nasıl ifade edildikleri, anlamı ve yorumu tartışılabilir, ancak milletlerarası özel hukukta tartışma konusu kavramların önemi daha ciddidir. Bu aşamada sistem kavramlarının doğurabileceği çeşitli tereddütler nedeniyle ortaya çıkan problemlere “vasıflandırma problemi” ve problemin çözümünde yorum yapılmasına “vasıflandırma” denilir²³⁰.

Milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırma problemi, hukuki müesseselerin farklı hukuk sistemlerinde farklı şekilde anlaşılması sebebiyle bağlama konusu ve bağlama noktalarında ortaya çıkmaktadır²³¹. Esasen iç maddi hukuk ve yabancı maddi hukuk arasında sistem farklılıklarının bulunması, hakimin maddi hukukunda sistem boşluğunun bulunması, maddi hukuk ile milletlerarası özel hukuk arasında sistem farklılığı olması hallerinde vasıflandırma problemi ortaya çıkabilir²³².

²²⁹Osman Fazıl Berki, Devletler Özel Hukuku, Ankara 1959, s. 267; Aysel Çelikel/B. Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2012, s. 78.

²³⁰Gülören Tekinalp/Çavuşoğlu Uyanık Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul 2011, s. 40-41; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 2011, s. 94.

²³¹Nomer, s. 96; Burak Huysal, Devletler Özel Hukukunda Velayet, İstanbul 2009, s. 110; Doğan, s. 134-135.

²³²Doğan, s. 134-135.

Milletlerarası özel hukukta vasıf problemi, yabancılık unsuru taşıyan hukuki olay ve ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden çok hukukun, o hukuki olay ve ilişkiye bu ilişkileri düzenleyen kurallarda kabul edilen bağlama noktalarına farklı hukuki nitelik tanınmış olmasından kaynaklanan ihtilaflar olduğu söylenebilir²³³.

Bir başka tanım ile vasıflandırma, kanunlar ihtilafı kurallarının yorumlanmasında içinde yabancılık unsuru bulunan olay ve ilişkilere, uyumsuzluğa uygulanacak maddi hukukun belirlenmesinde yararlanılan bağlama kurallarının bağlama konusu unsurunun anlam ve sınırlarının tespit edilmesidir²³⁴. Vasıflandırma, bir hukuki müessesenin hukuki karakterinin tespit edilmesi olarak ifade edilebilir²³⁵.

Bir kanunlar ihtilafı meselesi çözülürken hakim öncelikle yetkili kanunu tayin etmektedir. Bu kanunun tayininden önce hakimın uyumsuzluğa konu olan problemin ve konuyu belirli bir hukuk düzenine bağlayan bağlama noktasının vasfını belirlemesi gerekmektedir. Vasıflandırma hususunda problem doğuran konulara ve bağlama noktalarına aynı hukuki niteliğin tanınması sağlandığı takdirde, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma ihtilafının ortadan kalkabileceği ileri sürülmüştür²³⁶.

B. VASIFLANDIRMAYA UYGULANACAK HUKUK

Bağlama noktasının vasıflandırılması problemine karşı hangi hukukun yetkili olacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Her bir görüş, vasıflandırma problemini çözmek için tek bir yol önermekle birlikte bu yöntemlerden bazen biri diğerinin getirdiği çözüm önerisinin adil ve uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir²³⁷.

Birinci görüşe göre, hakim önüne gelen olay veya ilişkinin hukuki niteliğini kendi hukukuna göre yorumlayıp tespit edecektir²³⁸. Bu görüşün gerekçesi, bağlama kurallarının hakimın hukukunun bir parçası olmasıdır²³⁹. Bir başka ifadeyle,

²³³Çelikel/Erdem s. 78.

²³⁴Çelikel/ Erdem, s. 78.

²³⁵Vahit Doğan, Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 134.

²³⁶Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 42; Çelikel/Erdem, s. 78.

²³⁷Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 42.

²³⁸Çelikel/Erdem, s. 436; Doğan, s. 135; Nomer, s. 97; Aybay/Dardağan, s. 136.

²³⁹Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 42.

mahkemenin iç maddi hukuk düzenine göre vasıflandırma olarak ifade edilen *lex fori* vasıflandırma, bağlama noktasının vasıflandırmasının hakim hukukuna göre yapılmasıdır. Fakat *lex fori*'nin uygulanması hakim iç hukukunda mevcut olmayan hukuki müesseselerin yokluğunda çözüm üretememektedir²⁴⁰.

Bağlama konusunun vasıflandırılması için öngörülen ikinci çözüm önerisi, *lex causae* yani hükmün statüsüne uygulanan hukuktur. *Lex causae*'ya göre, bir uyuşmazlığın esasına hangi hukuk uygulanacak ise, vasıflandırmanın da olayın esasına uygulanacak hukukun dikkate alınarak yapılması gerekmektedir²⁴¹. Bu görüş, hakim hukukundaki bir kanunlar ihtilafı kuralına göre uygulanacak hukuk belirlenmeden *lex causae*'nın nasıl bulunacağı, bunun bir kısır döngü oluşturabileceği şeklinde eleştirilmektedir. Bu eleştiriye karşı, kanunlar ihtilafı kuralının yabancı hukuka gönderme yapması ve büyük olasılıkla *lex causae*'ya göre yorumlanmasının bu açıdan eleştirilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür²⁴². Buna göre, örneğin, *lex fori*, yabancılık unsuru barındıran bir hukuki ilişki veya ihtilafta miras hukuku olarak nitelendirilmişse ve bu sebeple A devletinin hukuku somut olaya uygulanacaksa, nihai olarak, A devletinin, bu devlet hukukunca miras hukukuna ilişkin kurallar olarak nitelenen kurallarının uygulanması gerekir. Bu kuralların, hakim hukukuna göre miras hukuku kuralı kabul edilmemesi sonucu değiştirmez.

Üçüncü görüş olan bağımsız yorum (otonom yorum) uyarınca, vasıflandırma mukayeseli hukuka özgü prensiplere göre yapılmalıdır. *Lex fori* ve *lex causae*'ya göre yapılan vasıflandırmanın tatminkar sonuçlar vermeyeceğine dayanılarak, mukayeseli hukuk ilmi ile elde edilecek bütün devletlerin kabul ettiği genel ve bağımsız hukuk kavramları ile hukuk prensiplerine göre yapılması öngörülmektedir²⁴³. Ancak, bu görüş milletlerarası özel hukuk ilişkilerinin vasıflandırılmasında ideal olmanın ötesinde pratikte uygulama sorunlarına sebep olacağından dolayı eleştirilmektedir²⁴⁴.

²⁴⁰Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 42-43.

²⁴¹Nomer, s. 98; Çelikel/Erdem, s. 85, 90; Doğan, s. 135.

²⁴²Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 43.

²⁴³Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 43; Çelikel/Erdem, s. 86; Doğan, s. 136; Nihal Uluocak, Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1971, s. 200; Nomer, s. 99.

²⁴⁴Çelikel/Erdem, s. 87.

Dördüncü görüş, *genişletilmiş lex fori* ile *kademeli yorum* olmak üzere iki yöntemin kullanılabileceği karma yorum olarak adlandırılmıştır. *Genişletilmiş lex fori*, hakim hukukundaki kavramlara göre yorum yapılarak vasıflandırmayı gerçekleştirir. Kavramların yorumlanmasında gönderme yapılan hukukun kuralları fonksiyonları itibarıyla dikkate alınır²⁴⁵. Gerekli takdirde yabancı hukukta problemleri olan kavramlar olabildiğince tüm kapsamıyla hakim hukukuna aktarılır. Karma görüş içerisinde yer alan kademeli yoruma göre, vasıflandırma yapılırken ilk kademede uygulanacak hukuk bulunur ve bu kavramlar *lex causae*'ya göre vasıflandırılır²⁴⁶.

Vasıflandırma probleminde uygulanması gereken hukukun tespit edilmesi hususunda doktrinde farklı görüşlerin varlığından bahsedilmiş bulunmakla birlikte, bunlardan ilk olarak *lex fori*'nin ikinci olarak *lex cause*'nın dikkate alınarak vasıflandırmanın yapılması gerektiğini savunan yazarlar²⁴⁷ olduğu gibi, daha esnek bir tutum ile vasıflandırmaya ilişkin mevcut teorilerin her olaya göre ayrı ayrı değerlendirilerek uygulanması gerektiğini savunan yazarlar da vardır²⁴⁸.

Vasıflandırma ilk kez olay hakim önüne geldiği zaman yapılmakta ve hakim olayı kendi hukuk düzenine göre değerlendirmektedir. Bu aşamadan sonra kanunlar ihtilafı kuralları devreye girmekte ve yetkili hukukun tayini gerekmektedir. Yetkili hukukun tayininden sonra (*lex causae*) vasıflandırma problemi, bu hukukun o ilişkiye farklı bir hukuki nitelik tanınması durumunda ortaya çıkmaktadır²⁴⁹. Ayrıca, vasıflandırma ile tayin edilen kanunlar ihtilafı kuralına göre hakim kendi hukukunu *lex causae* olarak tespit ettiği durumlarda da vasıflandırma problemi ile karşılaşabilmektedir. Bu ihtimalde, vasıflandırma problemi *lex causae*'nin olaya farklı nitelik tanınmasından dolayı değil, olayda yetkisi ileri sürülen başka bir hukukun farklı nitelendirmesinden kaynaklanmaktadır²⁵⁰.

Vasıflandırmanın kural olarak hakim hukukuna, *lex fori*'ye tabi olması

²⁴⁵Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 43.

²⁴⁶Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 44.

²⁴⁷Uluocak, s. 202; Vedat Reşit Seviğ, Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1974, s. 143.

²⁴⁸Nomer, s. 101.

²⁴⁹Çelikel/Erdem, s. 89-90.

²⁵⁰Çelikel/Erdem, s. 90.

gerektiğinin benimsenmesinin yanı sıra, son yıllarda artık vasıflandırma probleminin somut olaya göre değerlendirilerek ayrı ayrı çözüme kavuşturulması gerektiği benimsenmektedir²⁵¹. Her olayda *lex fori* bazında vasıflandırma yapılmasının daima doğru sonuçlara götürmeyeceği belirtilerek milletlerarası özel hukuk adaletinin dışına çıkılmasına sebep olabileceğine dikkat çekilmiştir. Bundan dolayı hakimin kendisini iç hukuk kurallarının tefsiri ile sınırlamaması, *lex fori*'nin tanımadığı bir müesseseyi hemen reddetmemesi gerektiği ifade edilmiştir²⁵². Bağlama konusunun vasıflandırmasının hangi hukuka göre yapılacağı belirlenirken, milletlerarası özel hukukun çıkarları ve kanunlar ihtilafı kurallarının koyuluş amacı dikkate alınacak ve bu suretle milletlerarası özel hukuk adaletinin sağlanması²⁵³ imkanı yaratılacaktır²⁵⁴.

C. BAĞLAMA NOKTASI VE YORUMU

Milletlerarası özel hukukta yabancı unsurlu ilişkiye uygulanacak hukuk tespit edilirken, bağlama kriterleri, sebepleri veya kavramları olarak ifade edilen somut olay konusunu ilgili hukuka bağlayan unsurlar, kriterler ve kavramlara ihtiyaç vardır²⁵⁵. Genel bir ifade ile bağlama noktası adı ile anılmaktadırlar. Bağlama noktası, hukuki ihtilaf ile belirli bir devletin hukuku arasında bağlantı kuran hukuksal bir kavram veya durum olarak ifade edilebilir²⁵⁶.

Bağlama noktası yardımıyla belirli bir hukuk düzenine tabi tutulan, bir başka ifadeyle, kanunlar ihtilafı çatışması ile düzenlenen hayat ilişkisi bağlama konusu olarak adlandırılmaktadır²⁵⁷. Bağlama konusu belirli bir hukuk düzenine tabi tutulurken dikkate alınan olay, bağlama noktası olarak ifade edilmektedir. Hukuki ilişki veya olay içerisinde yer alan kişiler, konular veya fiiller ile hukuk arasındaki ilişkiler bağlama konusunun belli bir hukuk düzenine tabi tutulmasında önemli rol oynar. Olayda “ağırlık noktasını” teşkil eden veya ona kendi “ağırlığını” veren veya onu “karakterize” eden

²⁵¹Nomer, s. 101; Çelikel/Erdem, s. 90.

²⁵²Çelikel/Erdem, s. 90.

²⁵³ Milletlerarası adaletin sağlanması ile ilgili geniş bilgi için bkz. Çelikel/Erdem, s. 34.

²⁵⁴Çelikel/Erdem, s. 90.

²⁵⁵Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 38.

²⁵⁶Rona Aybay/Esra Dardağan, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul 2005, s. 134.

²⁵⁷Aybay/Dardağan, s. 134.

ilişki uygulanacak hukukun tespitinde esas alınır ve bağlama noktası olarak kullanılır²⁵⁸.

Şahsi statünün bağlama noktaları çalışmanın konusu itibariyle bir kişinin tabiiyeti (*lex patriae*), ikametgahı (*lex domicilii*), mutad meskeni, doğum yeri en önemli bağlama noktalarıdır.

Bir hukuki olay veya ilişkinin belirli bir ülkenin hukuku ile olan bağlantısını işaret eden bağlama noktası, kanunlar ihtilafı kapsamına giren olayların o ülkenin hukukuna tabi olmasını gerektirmektedir. Her bir hukuki ilişkinin veya olayın niteliğine göre bağlama noktası tespit edilirken sebeplerdeki farklılıklar olduğu ortaya çıkacaktır²⁵⁹.

1. Hukuki İlişkinin Niteliğine Göre Tayin Edilen Bağlama Noktaları

Hukuki ilişkinin hukuk sisteminde hangi kategoride yer aldığından hareketle bağlama noktasının tespit edilmesi mümkündür. Türk Kanunlar İhtilafı sisteminde kişiler hukuku, aile hukuku konuları ile borçlar hukuku ve aynı haklardan doğan uyumsuzluklar farklı bağlama noktaları ile ilişkilendirilmiştir²⁶⁰.

Kişinin statüsü ile ilgili konularda bağlama noktasının belirlenmesi diğer konulara nazaran kolaylık arz etmektedir. “Statü” ibaresi, hukuki olay ve ilişkinin tabi olduğu hukuk düzenini ifade etmektedir. Şahsi statü bağlama noktaları milli hukuk(*lex patriae*), ikametgah hukuku (*lex domicilii*) ve mutad mesken hukuku olmak üzere üç şekilde tespiti mümkündür²⁶¹.

Türk Kanunlar İhtilafı sisteminde kabul edilen bağlama noktaları ilişkinin niteliği dikkate alınarak belirlenmiştir. MÖHUK’ta birden fazla kişinin taraf olduğu şahsi statü ilişkilerinde, müşterek milli hukuk bulunmadığı ve tarafların eş değer menfaatlerinin olmadığı hallerde ilişkinin niteliğine göre, korunmak istenen menfaatler veya yükümlülük altına girecek kişiler dikkate alınarak taraflardan birinin milli hukukunun tercih edildiği veya milli hukukların kademeli olarak sıra ile

²⁵⁸Nomer, s. 103.

²⁵⁹Çelikel/Erdem, s.64.

²⁶⁰Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 38-39; Çelikel/Erdem, s. 65.

²⁶¹Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s.55; Nomer, s. 109; Çelikel/Erdem, s. 66.

uygulanacağını kabul edildiği anlaşılmaktadır²⁶².

Çalışma konusu olan soybağı ilişkisi ile ilgili MÖHUK'taki düzenleme kabul edilen uygulamaya yönelik en iyi örneklerden birisidir. MÖHUK m. 16/f.1'e göre, çocuğun soybağı doğum anındaki milli hukukuna göre kurulur, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna, yine kurulamaması halinde anne veya babanın milli hukuklarına, buna göre de kurulamıyorsa anne ve babanın ortak mutad mesken hukukuna ve son kademedede yer aldığı üzere soybağı çocuğun doğduğu yerin hukukuna göre kurulur.

2. Objektif ve Subjektif Esasa Göre Tayin Edilen Bağlama Noktaları

Hukuki ilişkinin nitelikleri esasına göre objektif ve subjektif bağlama noktaları vardır²⁶³. Bunlar hukuki ilişkinin niteliğine göre değişkenlik göstermektedir.

Türk Kanunlar İhtilafı sisteminde kişiler hukuku, aile hukuku ve taşınır mirasta ana bağlama noktası olarak *vatandaşlık bağı*; vatansızlar ve mülteciler hakkında *yerleşim yeri*; kişiler hukuku ve aile hukuku alanında müşterek milli hukukun bulunmadığı durumlarda ve vatansızlar ve mülteciler hakkında yerleşim yeri hukukunun bulunmadığı durumlarda *mutad mesken hukuku*; Türk Kanunlar İhtilafı sisteminde *lex fori* diğer bağlama sebeplerinin bulunmaması veya ilişkinin bazı unsurlarının Türkiye ile bağlantılı olması hallerinde *lex fori*; hak ve fiil ehliyetinde işlem güvenliğinin sağlanması ve hukuki işlemlerin şekli konusunda *işlemin yapıldığı yer hukuku*; haksız fiilden doğan borçlarda *fiilin işlendiği yer hukuku*; haksız fiilden doğan zarar fiilin işlendiği yer dışında doğmuşsa *zarar yeri*; sözleşmelerde taraflar uygulanacak hukuku seçmemişse *en yakın irtibat halinde olan hukuk*; taşınır ve taşınmaz mallara ilişkin aynı hak intikalinde ve taşınmazların aynına ilişkin işlemlerin şeklinde, mirasın intikalinde, açılmasında, iktisabında, paylaşılmasında ve şahsi statüye ait bazı uyuşmazlıklarda *malın bulunma yeri hukuku* uygulanır²⁶⁴.

²⁶²Çelikel/Erdem, s. 67.

²⁶³Çelikel/Erdem, s. 68.

²⁶⁴Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 38-39; Çelikel/Erdem, s. 68-69.

II. SOYBAĞININ KURULMASINA UYGULANACAK HUKUK

A. GENEL OLARAK

5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk Usulü Ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un "soybağının kurulması" başlıklı 16'ncı maddesine göre;

"Soybağının kuruluşu, çocuğun doğum anındaki milli hukukuna, kurulamaması halinde çocuğun mutad meskeni hukukuna tabidir. Soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa, ananın veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına, bunlara göre kurulamaması halinde ana ve babanın, çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukuna, buna göre de kurulamıyorsa çocuğun doğum yeri hukukuna tabi olarak kurulur."

5718 sayılı Kanunun soybağının kurulmasına uygulanacak hukukun tespitinde kademeli bağlama kurallarının kabul edildiği görülmektedir. Soybağı problemlerinin niteliğine uygun bir şekilde, soybağı ilişkisinin kurulmasını sağlayabilecek birden fazla bağlama noktasına yer verilmiştir²⁶⁵.

Milletlerarası özel hukukta bağlama kuralları çeşitli menfaatler göz önüne alınarak oluşturulmaktadır. Soybağının kurulması açısından milletlerarası yaklaşım, çocuğun menfaatinin üstün tutulduğunu ve çocuğun hukukunun esas alındığını göstermektedir²⁶⁶. MÖHUK'taki soybağının kurulması ve soybağının hükümlerine uygulanacak hukuku gösteren kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenirken, çocuğa yakın olarak kabul edilen hukuklar esas alınarak mümkün olduğunca çocuğun ana baba ile soybağının kurulması amaçlandığı görülmektedir²⁶⁷.

Babalık davası açılarak soybağı ilişkisinin kurulması sağlanmak isteniyorsa, babalık davasının davacısı, dava açma süresi ve sürenin niteliği, babalık karinelerinin

²⁶⁵Ziya Akıncı/Cemile Demir, Gökyayla, Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, s. 122; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 221-222; Nomer, s. 264, İzzet Doğan, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Ankara 2010, s. 77.

²⁶⁶Aysel Çelikel/Bahadır Erdem, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2010, s. 257.

²⁶⁷Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 222; Çelikel/Erdem, s. 257.

şartları 16. maddede belirlenen hukuklara göre uygulanacaktır²⁶⁸.

Çocuk ile baba arasındaki soybağı ilişkisi tanıma beyanı ile kuruluyorsa, tanıyanın ehliyeti ve tanıma işleminin tabi tutulacağı hukukun, şekil konularının tespit edilmesi gerekmektedir. Tanıma beyanında bulunacak kişinin ehliyeti MÖHUK m. 9/f.1’de yer alan genel ehliyet kuralları çerçevesinde belirlenecek olup, kanun koyucu tarafından tanıyanın milli hukuku yetkili kılınmıştır²⁶⁹. Tanıma işlemi, şekil olarak MÖHUK m.7’ye göre, hukuki işlemlerin yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili kılınan hukukun maddi hukuk hükümlerinin şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir²⁷⁰.

Dünyanın neresinde uygulanırsa uygulansın, bağışlanan spermle Türk vatandaşı bir anneden olan bir çocuğun soybağına ilişkin hukuki ihtilafa Türk hukuku uygulanacaktır. MÖHUK m. 16’ya göre, soyabğına ilişkin ihtilafa uygulanacak hukuköncelikle çocuğun milli hukuku dikkate alınarak belirlenir. Türk vatandaşı anneden evlilik birliği dışında doğan çocuk Türk vatandaşı olduğu için çocuk ile donör baba arasında soybağı sorunu Türk Medeni Kanunu kurallarına göre çözülür. Eğer Türk hukuku çocuk ile babası arasında soybağını kurmaya elverişli değilse, Kanundaki diğer bağlama kriterlerine göre tespit edilen ülke hukukları dikkate alınmalıdır²⁷¹.

Analığın tespitinde uygulanacak hukuk Türk vatandaşı kadın için iç hukuk hükümlerine göre belirlenecektir. Yabancı bir kadının analığı Türkiye’de hukuki ihtilafa konu olursa iç hukuk kurallarının mı yoksa vatandaşı olduğu ülke hukukunun kurallarının mı uygulanacağı sorunu ile karşı karşıya kalınabilir. Bu hukuk probleminin çözümünde MÖHUK’un bağlama kurallarından faydalanmak gerekir.

²⁶⁸ Çelikel/Erdem, s. 259.

²⁶⁹ Çelikel/Erdem, s. 258.

²⁷⁰ Çelikel/Erdem, s. 259.

²⁷¹ Uyanık Çavuşoğlu, “İnfertilite Turizmi”; Uyanık Çavuşoğlu, “Yeni MÖHUK’a Göre Soybağı İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Sorunu”, s. 315-322.

B. BAĞLAMA NOKTALARI

1. Çocuğun Doğum Anındaki Milli Hukuku

Kanun koyucu kademeli olarak belirlediği bağlama kuralının ilk kademesinde “*çocuğun doğum anındaki milli hukukunu*” esas almıştır. Çocuk doğduğu an itibariyle hangi milli hukuka tabi ise, bir diğer ifadeyle çocuğun vatandaşlığına sahip olduğu ülkenin hukuku uyarınca soybağı kurulacaktır.

Soybağının çocuğun hukuki durumu olması ve çocuğun menfaatinin esas alınması görüşünün bir yansımasıdır. Ancak genellikle ana ya da babanın milli hukukunun bağlamaya esas olması sonucunu doğuran bu kuralın söz konusu menfaati tam anlamıyla karşılamadığını söylemenin uygun olabileceği ileri sürülmüştür²⁷².

2. Çocuğun Mutad Meskeni

Çocuğun doğum anında milli hukukunun bulunmaması halinde çocuğun mutad meskeni hukuku ikinci kademedeki bağlama noktası olarak devreye girmektedir. Buna göre, milli hukuk bağlama kuralı uyarınca soybağı kurulamamışsa, bağlama noktası çocuğun mutad mesken hukukudur. Dolayısıyla milli hukuka göre soybağı kurulamadığı takdirde, mutad mesken hukuku dikkate alınarak soybağı ilişkisinin kurulması sağlanmaya çalışılmaktadır.

Soybağının kurulmasını düzenleyen MÖHUK m.16’nın ilk cümlesindeki milli hukuk ve mutad mesken hukuku bağlama kuralları olmak üzere kademeli ve iki tane bağlama kuralı olduğu açıkça görülmektedir. Milli hukuk bakımından “çocuğun doğum anı” vurgusunun mutad mesken bağlama kuralını kapsayıp kapsamadığı kanunun ifadesinden net bir biçimde anlaşılmamaktadır; kapsadığı kabul edilecek olursa, çocuğun doğum anındaki mutad mesken hukukunun uygulanması gerekir. Kapsamadığı kabul edilecek olursa, MÖHUK m.3’e göre “Yetkili hukukun vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esaslarına göre tayin edildiği hallerde, aksine hüküm olmadıkça, dava tarihindeki vatandaşlık, yerleşim yeri veya mutad mesken esas alınır.” Dolayısıyla soybağının belirlenmesi amacıyla açılmış olan davanın görülmesi sırasındaki mutad

²⁷²Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 219.

mesken hukuku uygulanacaktır²⁷³.

Mutad mesken kavramı, hukuki bir kavram olmayıp fiili ve kişiye bağlı bir kavramdır. Bir kişinin belli bir yerde mutad meskeni olduğundan bahsedebilmek için o kişinin orada belli bir süre yaşamış olması beklenmektedir. Dolayısıyla çocuğun doğum anında mutad meskeninin olması, mutad mesken kavramının oluşması için sürece yayılması gereği ile örtüşmemektedir. Kanaatimize de uygun düştüğü üzere, henüz dünyaya yeni gelmiş bir çocuğun mutad mesken hukukundan söz ederken aslında kanunun mutad mesken hukuku olmasını arzu ettiği sonucuna varılması şeklinde anlamak daha isabetli olabilir²⁷⁴.

3. Ananın veya Babanın Çocuğun Doğum Anındaki Milli Hukukları

Soybağı, çocuğun doğum anındaki mili hukukuna veya MÖHUK m.3'ten hareketle davanın açıldığı tarihteki mutad mesken hukukuna göre kurulamıyorsa, annenin veya babanın, çocuğun doğumu anındaki milli hukuklarına göre kurulabilir.

Evli kişilerin farklı milli hukuka sahip olmaları durumunda “*soybağının kurulmasına elverişli hukuk*” çözüm önerisi olarak ileri sürülmektedir. Topal evlilikler için çocuk hakkında soybağının kurulması ancak buna benzer bir kuralın kabul edilmesi ile mümkündür. Çünkü, evlilik birliği içinde doğan çocuğun soybağının kurulamaması kabul edilebilir değildir. 1978 tarihli Avusturya Kanununda soybağı kuralı eşlerin kişisel hukuku olmakla beraber, eşlerin farklı vatandaşlıklara sahip olması durumunda “*çocuğun doğum anındaki kişisel statüsü*”nün uygulanacağı kabul edilmiştir. Alman MÖHUK m. 19’a göre, çocuğun evlilik birliği içinde veya evlilik birliği dışında doğmuş olmasına bakılmaksızın ilk sırada kendi mutad meskeni hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir. Ana ve babayla olan ilişkilerde onların mili hukuku da uygulanabilir. Soybağının kurulması evlilik birliği içinde gerçekleşiyorsa, doğum anındaki evlenmenin genel hükümleri de uygulanabilmektedir. İsviçre MÖHUK m.68 soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk için kural olarak çocuğun mutad meskeni hukukunun

²⁷³ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 122.

²⁷⁴ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 123.

uygulanmasını kabul etmiştir²⁷⁵.

4. Ana veya Babanın Çocuğun Doğum Anındaki Müşterek Mutad Mesken Hukuku

Anne ve babanın milli hukuklarının olmaması ihtimalini dikkate alan kanun koyucu, soybağının kurulması için anne ve babanın çocuğun doğumu anındaki müşterek mutad mesken hukukunun uygulanacağını öngörmüştür. Anne ve baba çocuğun doğumu anında müşterek mutad mesken sahibi değillerse, sonradan edinecekleri müşterek mutad mesken hukuku soybağının kurulmasında bağlama kuralı olmayacaktır²⁷⁶.

Çocuğun milli hukukuna veya mutad meskenine göre soybağının kurulamadığı durumda ananın veya babanın milli hukuklarına ya da mutad mesken hukuklarına göre kurulacağı düzenlenirken, kanun koyucunun bir sıra belirtmediğinden yola çıkarak eşitlik gerekçesiyle bu kademedeki tercihin ileri süren kişiye bırakıldığını destekleyen görüş uyarınca çocuğun soybağını düzenleyen bağlama kurallarında hakim, soybağının kurulması bakımından elverişli olan bağlama kriterini dikkate almasının kendisinden beklenebileceğine işaret edilmiştir²⁷⁷.

5. Çocuğun Doğum Yeri Hukuku

MÖHUK, soybağının kurulması için kademeli bağlama kurallarının son kriteri olarak çocuğun doğum yeri hukukunun uygulanacağını kabul etmiştir.

Görüldüğü gibi 16'ncı madde hükmü mümkün olduğunca çocuğun soybağının kurulmasını sağlamak amacına hizmet etmektedir. Madde, soybağını kurma amacına ulaşmak için soybağını kurma ihtimali olan neredeyse bütün hukukları kademeli olarak bağlama kuralı şeklinde düzenlemiştir²⁷⁸.

²⁷⁵Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 220.

²⁷⁶Akıncı/Demir Gökyayla, s. 123.

²⁷⁷Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 222; Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, Yeni MÖHUK'a Göre Soybağı İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Sorunu, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2, s. 317.

²⁷⁸Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 222; Çelikel/Erdem, s. 257; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 123.

III. SOYBAĞININ İPTALİNE UYGULANACAK HUKUK

A. SOYBAĞININ İPTALİ KAVRAMI

Soybağının iptalinin, kanunen öngörölmüş olduğu üzere çocuk ile baba arasında kendiliğinden, babalık hükmü ile, tanıma ile kurulmuş olan soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılması olarak ifade edilmesi mümkündür. Soybağı ilişkisinin sona ermesine ilişkin birinci bölümde detaylı bir şekilde inceleme yapılmış olduğundan bu başlık altında detaylandırılmayacaktır.

B. SOYBAĞININ İPTALİNE UYGULANACAK HUKUK

MÖHUK m.16/f.2'ye göre, soybağının iptali soybağının kurulması için uygulanan hukuka tabi tutularak sağlanmaktadır. Böylece sonradan gerçekleşmesi muhtemel değişikliklerin, soybağının kuruluşunu ve iptalini etkilemesi engellenmiş olmaktadır²⁷⁹. Soybağının kurulması, bağlama noktası belirlendikten sonra hangi hukuk sisteminin kuralları uygulanarak kurulmuş ise iptali de aynı bağlama noktası üzerinden aynı hukuk sisteminin kuralları ile gerçekleştirilecektir.

Soybağının kurulmasında uygulanan hukuk zaman içerisinde değişikliğe uğrayabilir. Çocuğun soybağı tespit edilirken, eşlerin doğum anındaki müşterek mutad mesken hukuku değişmiş ise, soybağının iptali gerçekleştirilirken çocuğun doğum anındaki hukuka tabi tutulması tatmin edici olmayabilir. Ayrıca, hükmün, soybağının iptalini, genel olarak soybağının kurulmasını düzenleyen hukuka tabi tutan genel ve kesin ifade, soybağı kurulduktan sonra değişmiş olan mutad mesken hukuku da olsa, çocuğun doğumu anındaki hukukun dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır²⁸⁰. Soybağını kurmak için uygulanan hukukun, hukuki işlemin bütünlüğünü korumak açısından aynı şekilde soybağını iptal edebilmesinde de uygulanması gerekir. Aksi halde, bir hukuka göre kurulan soybağı ilişkisinin bir başka hukuka göre iptal edilmesi durumunda hukuki güvenden söz edilemez ve bu hususta belirsizlikler ortaya çıkar. Kanunlar ihtilafının amacı ihtilafı ortadan kaldırmak olmasına rağmen, soybağı ilişkisini kuran hukuk farklı, bu ilişkiyi iptal eden hukuk farklı olursa bu amaca ters

²⁷⁹Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 222; Çelikel/Erdem, s. 258.

²⁸⁰Nomer, s. 271.

düşülmüş ve ihtilaf yaratılmış olur²⁸¹.

Evlilik içinde doğmuş bir çocuk ile baba arasında kendiliğinden kurulan soybağının iptali için babanın soybağını reddetmesi gerekmektedir. Bunun için evlilik birliği içerisinde doğan çocuğu reddetmek isteyen baba ispat yükü üzerinde olmak şartıyla soybağını reddetmeli ve babalık karinesini çürütmelidir.

Soybağının iptalinin sağlanması için yine MÖHUK m.16 uyarınca, soybağının kurulması için esas alınan hukuka göre, soybağının reddi davasının kimin tarafından açılacağı, kime ya da kimlere karşı açılacağı, ispat yükünün hangi tarafta olacağı soybağının iptali hakkında yetkili olan hukuka göre tespit edilmesi gerekmektedir²⁸².

IV. SOYBAĞININ HÜKÜMLERİNE UYGULANACAK HUKUK

Soybağının hükümleri birinci bölümde incelendiği üzere çocuğun soyadı, vatandaşlığı, velayeti, mirasçılığı, bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması ve çocuk ile kişisel ilişki kurulması olarak Medeni Kanunun 321 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Yabancılik unsuru bulunan bir soybağı ilişkisinin hükümlerine uygulanacak hukuk ise milletlerarası özel hukukun konusunu oluşturmaktadır.

Soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk MÖHUK'un 17'inci maddesinde "soybağının hükümleri" başlığı altındaki düzenleme şöyledir:

"Soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tabi tutulmuştur. Ancak ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku bulunuyorsa, soybağının hükümlerine o hukuk, bulunmadığı takdirde müşterek mutad mesken hukuku uygulanır".

Bu madde uyarınca, soybağının hükümleri soybağını kuran hukuka tabi tutulmuştur. Böylece, soybağının hükümleri açısından uygulanacak hukukta bölünmeler yaşanması engellenmiş ve bütünlük korunarak pratikte daha elverişli bir şekilde

²⁸¹Günseli Gelgel, Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler - Ders Notları, s. 11.

²⁸²Çelikel/Erdem, s. 259; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 124.

uygulanması sağlanmıştır²⁸³.

MÖHUK m. 16'da kademeli bağlama noktalarından yararlanılarak soybağı kurulduktan sonra tarafların ortak bir hukuka sahip olmaları, uygulanacak hukukta değişikliğe sebep olmaktadır. Çünkü, MÖHUK m. 17'nin ilk cümlesinde genel kural verildikten sonra iki farklı ortak bağlama kriterine göre, kademeli olarak sırasıyla müşterek milli hukuk ve müşterek mutad mesken hukuku soybağının hükümlerine uygulanacak hukuk olarak diğer kriterlere nazaran öncelikli kılınmıştır. Kuvvetle muhtemel çocuğun milli hukuku, ana ya da babasının hukukudur. Ana, baba ve çocuğun aynı vatandaşlığa sahip olması mümkün olabilmişse veya daha sonraki talepleri üzerine kabul alarak bunu sağlamışlarsa müşterek milli hukukun uygulanması tercih edilmektedir. Bu tercih, evlenmeden sonra evlenmenin genel hükümlerinin soybağının hükümlerine de uygulanacak olması açısından yerinde bulunmaktadır. Evlenme olmaksızın soybağının tanıma veya babalık hükmü ile kurulması durumunda bile, ilişkide yer alanların müşterek hukukunun uygulanması yararlıdır. Müşterek milli hukukun bulunmaması, müşterek mutad mesken hukukuna yönlendirir ve soybağının hükümleri için bu kriter uygundur²⁸⁴.

Soybağının kurulması, kademeli olarak birden fazla bağlama kuralı ile gerçekleşebilmektedir. Bazı durumlarda soybağının kurulmasına uygulanacak hukuk sabit bağlama kuralı ile çocuğun doğum anına sabitlenmiştir. Soybağının kurulmasında çocuğun doğum anında nerede olduğundan yola çıkarak doğum yeri hukukunun son kademedeki bağlama noktası olarak kabul edilmesi tamamen tesadüf eseri bir hukukun uygulanmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle soybağının hükümlerine ana, baba ve çocuğun müşterek milli hukuku veya müşterek mutad mesken hukuku varsa, bu hukukun uygulanacağı belirtilmiştir. Soybağının hükümleri, soybağının kurulmasında olduğu gibi yalnızca bir hukuki olaya netice bağlamayıp uzun yıllar süren aile hukuku ilişkisini düzenlediği için sonradan anne, baba ve çocuğun müşterek hukuklarının olması halinde bu hukuka tabi tutulması, kişinin menfaatleri açısından daha uygun

²⁸³Çelikel, s. 259.

²⁸⁴Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 223.

bulunmuştur²⁸⁵. Bu düzenleme çerçevesinde, soybağı hangi hukuka göre kurulmuş olursa olsun, soybağının hükümlerine müşterek milli hukuk mevcut ise müşterek milli hukuk, müşterek milli hukuk mevcut değilse ve müşterek mutad mesken hukuku varsa müşterek mutad mesken hukuku uygulanır. Böylece aile içi ilişkilerde uygulanan hukukta bütünlük sağlanmış olmaktadır²⁸⁶.

Alman Hukukunda çocuk ile anne-baba arasında kurulan soybağı ilişkileri çocuğun mutad mesken hukukuna tabidir (EGBGB § 19)²⁸⁷.

İsviçre Hukukunda soybağının kurulması, çocuğun tanınması ve çocuk ile anne-baba arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde yetkili hukuk çocuğun mutad meskeni hukukudur. Anne-babadan birinin yerleşim yeri çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkede bulunmuyorsa ve anne-baba ve çocuk aynı ülke vatandaşı ise soybağına uygulanacak hukuk, ortak milli hukuktur (IPGR m. 68)²⁸⁸.

Soybağının kurulmasının hükümlerinden olan nafaka yükümlülüğünün doğmasıyla ilgili MÖHUK'un 19. maddesinde düzenlendiği üzere, nafaka talepleri nafaka alacaklısının mutad meskeninin bulunduğu yer hukukuna tabidir. 1973 tarihli La Haye Nafaka Sözleşmesi Türkiye tarafından 1983 yılında onaylanmıştır²⁸⁹. Bu sözleşmeye üye olan devletlerde nafaka talebi yapılması, talebi yapan kişinin üye olan devletin vatandaşı olmaması halinde de sözleşme hükümleri uygulanır.

Soybağı kurulduktan sonra kendisine sonuç bağlayan bir diğer konu miras hukuku anlamında karşımıza çıkmaktadır. Soybağı ilişkisinin kurulmasından sonra soybağının hükümlerinden olan mirasçılık mirasçılık söz konusu olur. MÖHUK m.20'e göre, Türkiye'de bulunan taşınmazlar hakkında Türk hukuku uygulanır. Mirasın açılması sebeplerine, iktibasına ve paylaşılmasına ilişkin hükümler terekenin bulunduğu ülke hukukuna tabidir.

²⁸⁵ Akıncı/Demir Gökyayla, s. 124-125.

²⁸⁶ Çelikel/Erdem, s. 259.

²⁸⁷ <http://ec.europa.eu/civiljustice/applicableLaw/applicableLawGerEn.htm> (Erişim Tarihi: 24.6.2012).

²⁸⁸ <http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/a68.html> (Erişim Tarihi: 24.6.2012).

²⁸⁹ <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17961.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/17961.pdf> (Erişim Tarihi: 24.6.2012).

V. SOYBAĞINA İLİŞKİN YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI

Yabancı bir mahkemenin vermiş olduğu evlat edinme kararının Türkiye’de hüküm ifade edebilmesi için nüfus sicilinde gerekli değişiklikler yapılmalıdır. İlgili değişikliklerin yapılabilmesi yabancı mahkemenin vermiş olduğu evlat edinme kararının Türkiye’de tanınmasına bağlıdır. Yabancı ülkelerde alınan evlat edinme kararları, cebri icrayı gerektirmedikleri için, tanıma davasına konu olurlar. Dolayısıyla bu tür kararlar hakkında tenfiz yoluna gidilmesi söz konusu olmaz. Tanıma, bağımsız bir tespit davası yoluyla istenebileceği gibi, görülmekte olan bir dava içerisinde de talep edilebilir²⁹⁰.

MÖHUK’ta evlenme, hakimin hükmü, tanıma gibi soybağını kuran esaslar ayrı maddeler halinde düzenlenmemiş ve hepsi soybağının kuruluşu olarak aynı bağlama noktasına göre düzenlenen hukuka tabi kılınmıştır. Ayrıca, yabancı hukukta evlenme, tanıma, babalık hükmü hususlarında soybağının kurulması, işlemin yapıldığı veya mahkemenin karar verdiği an itibariyle gerçekleşmektedir. Türk mahkemeleri, MÖHUK’un aile hukukunda yabancı hukuka yaptığı atıf uyarınca yabancı hukuktaki bağlama kuralından yola çıkarak soybağını tespit edebilir. Örneğin, yabancı bir çocuğun tanınması söz konusu ise, çocuğun doğum anındaki mutad meskeni veya milli hukukunu belirleyen hakim, o hukukta tanımaya uygulanacak olan hukuk, işlemin yapıldığı an itibariyle belirleniyorsa, bu esasa göre uygulanacak hukuku bulacaktır²⁹¹.

Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliği’ne Dair Sözleşme’ye taraf olan devletlerin birinde yetkili makamlar tarafından gerçekleştirilen evlat edinmelerin diğer taraf devletlerde yasal olarak tanınacağı kuralına yer verilmiştir (m. 23). Evlat edinmenin tanınmaması, ancak kamu düzeni engeli ile karşılaşması halinde reddedilebilir (m. 24). Türk yerel mevzuatında bu konuya ilişkin

²⁹⁰Zeynep Derya Tarman/Işık Önay, “Milletlerarası Evlat Edinme Hukukundan Kamu Düzeni Engeli”, AÜHFD Yıl 2011 C. 60, S. 2, s. 352, <http://www.law.ankara.edu.tr/dergi/AUHF-60-02/AUHF-2011-60-02-tarman-onay> (Erişim Tarihi: 12.8.2012).

²⁹¹Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 234.

düzenleme, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 30'uncu maddesinde "Yurtdışında yapılan evlât edinme işlemleri" başlığı altında yer almaktadır. Buna göre:

MADDE 30- (1) Yurt dışında yabancı yetkili makamlar önünde yapılan evlât edinme işlemleri asli şartlar bakımından Türk mevzuatına uygun olmak şartıyla Türkiye'de de geçerlidir.

(2) Evlat edinme olaylarına ilişkin yabancı adli veya idari makamlarca verilen ve o ülkenin hukukuna göre kesinleşmiş olan veya kesin hüküm gibi sonuç doğuran karar ve belgelerin Türkiye'de icra olunabilmesi, yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz veya tanıma kararı verilmesine bağlıdır.

5490 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesindeki düzenleme Türk hukukunun asli şartlarını karşılayan yabancı ülkedeki evlat edinmelerin doğrudan Türkiye'de tanınacağını düşündürmektedir. Ancak maddenin 2'inci fıkrasındaki ifade otomatik bir tanımanın söz konusu olmadığı, bunun yetkili Türk mahkemesinde tenfiz veya tanıma kararı ile mümkün olduğuna açıklık getirmektedir. Ülkelerarası Evlat Edinmede İşbirliği Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerde evlat edinilmesi durumunda, yabancı ülkede yapılan evlat edinmelerin yetkili makamlar önünde yapılması şartıyla, otomatik olarak Türkiye'de geçerli olduğu söylenebilir²⁹².

Yabancı ülkede evlat edinmenin Türkiye'de geçerli olması için, MÖHUK m. 18 uyarınca yetkili olan hukuka uygun olmalıdır. MÖHUK m. 58'e göre, Türkiye'de geçerli olabilmesi için, yabancı ülkede verilen evlat edinmeye ilişkin mahkeme kararının Türkiye'de tanınması gerekir. Yabancı ülkede yapılan evlat edinmeler açısından, bu işlemin tanınması konusunda, milletlerarası sözleşme uyarınca gerçekleştirilen evlat edinmeler ve MÖHUK ve Nüfus Hizmetleri Kanunu'na tabi tutularak gerçekleşen tanımlar olarak ikiye ayırmak mümkündür²⁹³.

²⁹²Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 244.

²⁹³Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 244.

A. YABANCI MAHKEME KARARLARININ TANINMASI

1. Tanıma Kavramı

Tanıma, bir mahkeme kararının kesin hüküm gücünün yabancı ülkede kabul edilmesidir²⁹⁴.

Yabancı kararların Türkiye’de sonuç doğurabilmesi için o kararın tanınması ve tenfiz edilmesi gerekir. Tanıma ve tenfiz kavramları, içerik ve sonuç bakımından birbirinden farklıdır. Tanıma, yabancı bir mahkeme kararının ya da hakem kararının kesin hüküm kuvvetini icra kabiliyetinden bağımsız bir şekilde, tanıma işleminin yapıldığı devlet tarafından kabul edilmiş olmasına bağlıdır²⁹⁵. Tenfiz kavramının incelenmesine çalışmanın konusu açısından değinilmesine gerek duyulmamaktadır.

Yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen kararın tanınması için verilen kararın o ülkede kesin hüküm etkisine sahip olması gerekmektedir. Zira, verildiği ülkede kesin hüküm gücünü kazanamamış bir kararın, yabancı bir ülkede bu etkiyi göstermesi beklenemez²⁹⁶.

Türk mahkemelerinde açılan bir davada, yabancı mahkeme kararına dayanılarak kesin hüküm itirazında bulunulması veya yabancı mahkeme/hakem kararının kesin delil olarak kullanılabilmesi için ayrıca tanıma davası açılmasına gerek yoktur²⁹⁷.

Tanımanın konusu, yabancı mahkeme kararının tamamını kapsar nitelikte olmayıp, yabancı mahkeme kararının usul hukukundaki etkileridir ve esasen maddi anlamda kesin hüküm kuvvetindedir. Şekli anlamda kesin hüküm kuvveti tanımanın konusuna girmez. Maddi ya da şekli anlamda kesin hüküm niteliğinde olup olmadığı kararı veren mahkemenin ülkesi hukukuna göre belirlenir. Türk hukuku tanıma için

²⁹⁴Çelikel/Erdem, s. 607; Doğan, s. 96.

²⁹⁵Cemile Demir Gökyayla, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001, s. 56.

²⁹⁶Doğan, s. 96; Bahadır Erdem, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi İle Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk İle İlişkili Güncel Aile Hukuku Problemleri 18-20 Kasım, İstanbul Nisan 2006, s. 133.

²⁹⁷Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s. 257.

yabancı mahkeme kararının şekli anlamda kesin hüküm niteliğinde olmasını arar. Kısaca, Türk hukukunda tanımanın konusu, şekli anlamda kesin hüküm özelliği olan yabancı mahkeme kararlarının maddi anlamda kesin hükmüdür²⁹⁸. Tanınmayan ve tanınmaya ehil olmayan yabancı mahkeme kararları, bir mahkeme ilamı olarak hukuki etki sahibi değildir²⁹⁹.

2. Genel Olarak

Yabancı mahkeme kararı, yabancı bir devletin bağımsız yargı organı tarafından verilen karardır. Her devlet kendi usul hukuku kuralları çerçevesinde yabancı mahkeme kararlarını tanıyıp tanımama kararını verir. Bu kararı verirken kendi milletlerarası usul hukuku kurallarına göre belirlediği tanıma şartlarını dikkate alır. Hiç bir devlet yabancı mahkeme kararını tanımak zorunda değildir. Mahkemelerin vermiş olduğu kararlar yargı haklarına dayalı olarak gerçekleştirdikleri fiili iradeler olduklarından söz konusu hakimiyet fiili de kural olarak sadece kendi ülke sınırları içinde geçerlidir³⁰⁰.

Yabancı mahkeme kararlarının tanınması prosedürü, kendi ülkesindeki mahkemelerin vermiş olduğu kararların diğer devletlerde tanınmasını temin etmek, kendi mahkemelerinin iş yükünü azaltarak para ve zaman kaybına engel olmak, ilgili kişilerin menfaatini korumak ve hukuki güvenliğin gerçekleşmesini sağlamak gibi çeşitli amaçlara odaklanmıştır³⁰¹.

3. Milletlerarası Özel Hukukta Tanıma

5718 sayılı MÖHUK'un 58'inci maddesinde düzenlenmiştir. Tanıma, yabancı mahkeme kararları için söz konusudur ve böylece kesin hükmün etkisi Türkiye'de sağlanmış olur. Türk hukukuna göre, uyuşmazlığı nihai olarak sonlandıran mahkeme kararları kesin hüküm ve icra kabiliyetine sahiptir. İcra kabiliyetini haiz kararların yalnız tanınmaları mümkündür, tenfiz edilmelerine gerek yoktur³⁰².

²⁹⁸Nomer, s. 471.

²⁹⁹Nomer, s. 473.

³⁰⁰Nomer, s. 470; Çelikel/Erdem, s. 605.

³⁰¹Nomer, s. 470.

³⁰²Çelikel/Erdem, s. 606.

MÖHUK'un 58'inci maddesinde tanıma düzenlenirken tenfiz için aranan şartların gerekliliği belirtilmiş; ancak bu şartlardan olan "karşılıklılık" şartı hariç tutulmuştur. Tenfiz hususunu düzenleyen m. 54/a bendinde yer alan karşılıklılık şartı, siyasi nitelikli bir şart olarak değerlendirilmektedir³⁰³.

Tanımayı düzenleyen madde, tenfizin şartlarına atıf yaptığından MÖHUK'un 54'üncü maddesini incelemek gerekir. Madde metninde, *"İlamın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması"* şeklinde ifade edilmiştir. Yabancı mahkemenin verdiği kararın Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilamın dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi olmamasına rağmen kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesi tarafından verilmiş olmamasıdır³⁰⁴. Karar, kamu düzenine açıkça aykırı olmamalıdır³⁰⁵. Karar verilirken savunma haklarına uyulmuş olmalıdır. MÖHUK m. 54/ç bendinde şöyle ifade edilmiştir:

"O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağırılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı şekilde gıyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması."

Kurucu nitelikteki kararların tanınması söz konusudur ve bu kararlar için tanıma davası açılır. Tanıma hükmü verildiği zaman, yabancı mahkeme kararı verildiği tarihten itibaren Türk hukukunda kesin hüküm kuvvetini kazanır. MÖHUK'un 59'uncu

³⁰³Çelik/Erdem, s. 659.

³⁰⁴Nomer, s. 485; Çelikel/Erdem, s. 629.

³⁰⁵Kamu düzeni ile ilgili detaylı açıklamalar bir sonraki alt başlıkta yapıldığından bu kısımda kısaca değinmekle yetinilmiştir.

maddesine göre, tanıma kararlarının etkisi, tanıma kararı verildikten sonra geriye doğru, ilk mahkemenin karar verdiği tarihe kadar yürür, etki kazanır³⁰⁶.

4. Mukayeseli Hukuk

Milletlerarası özel hukukta kurallar konulurken, yabancılık unsuru taşıyan özel hukuk ilişkisinde farklı hukuklardan hangisinin uygulanmasının o hukuki ilişki için daha adil, haklı, doğru ve taraflarca beklenen hukuk olduğunu belirleme amacının bulunması konu açısından gerekli görülmektedir.

Tanıma, bir hukuki işlem olduğuna göre tanıyanın ehliyetine ve tanımanın şekline uygulanacak hukukun ayrıca belirlenmesi gerekmektedir³⁰⁷. Hukuk sistemlerinin tamamında ehliyet kişisel statüyü idare eden hukuka tabi tutulmuştur. Mukayeseli milletlerarası özel hukukta kişisel statü için milli hukuk, ikametgah hukuku ve mutad mesken hukuku olmak üzere üç bağlama kuralı esas olarak kabul edilmiştir³⁰⁸. Milletlerarası özel hukukta hukuki işlemlerin şekli genel olarak kabul edildiği üzere işlemin yapıldığı yer hukukuna tabidir. Geleneksel olarak kabul edilen bu kural *Locus Regit Actum (LRA)* olarak ifade edilmekte ve bir ülkede yapılan işlemin diğer ülkelerde tanınması, pratik olması ve işlem güvenliğini sağlaması sebebiyle hemen hemen bütün hukuk sistemlerinde esas olarak kabul edilmektedir. Genel şekil kuralı olan *LRA*'nın yanı sıra MÖHUK m. 7'de düzenlendiği gibi birçok hukuk sisteminde şekil açısından işlemin esasına uygulanan hukuk (*lex causae*) yetkili kabul edilmiştir³⁰⁹.

Evlat edinme genel olarak her hukuk sisteminde kabul edilen bir kurumdur. Ancak Güney Amerika ülkelerinde ve İslam hukukunun yürürlükte olduğu ülkelerde evlat edinme kabul edilmemiştir³¹⁰. Evlat edinme neticesinde sadece evlat edinen ile evlat edinilen arasında soybağı ilişkisi kuruluyorsa *basit evlat edinme*, evlat edinilenin kendi öz ailesi ile ilişkilerini kesmek suretiyle evlat edinenin tüm kan hısımlarına evlilik içinde doğmuş çocuk gibi bağlanması *tam evlat edinme* olarak ifade edilmektedir.

³⁰⁶Erdem, Yabancı Aile Hukuku, s. 139.

³⁰⁷Tekinalp, "Tanıma Statüsü", s. 101.

³⁰⁸Çelikel/Erdem, s. 186.

³⁰⁹Çelikel/Erdem, s. 189-190.

³¹⁰Nomer, s. 272; Çelikel/Erdem, s. 274.

Örneğin; Rusya ve İsviçre’de tam evlat edinme, Yugoslavya, Meksika, Filipinler ve Türk hukukunda basit evlat edinme, Fransa, İtalya, İspanya ve Yunanistan’da hem basit evlat edinme hem de tam evlat edinme kabul edilmiştir³¹¹.

Yabancılik unsuru taşıyan evlat edinmelerde maddi şartların tabi olduğu hukuk değişiklik göstermektedir. İkametgah hukuku, *lex fori*, evlat edinilen ile evlat edinenin kişisel hukuklarının ayrı ayrı uygulanması ya da her iki hukukun birlikte uygulanması ya da *lex fori*’nin ikametgah hukuku olarak uygulanması kabul edilmektedir³¹².

MÖHUK m.18’de evlat edinme hususu düzenlenmiştir. Buna göre, evlat edinme ehliyeti ve şartları her iki tarafın milli hukukuna tabidir. Taraflardan birinin milli hukuku evlat edinmeyi tanımaması durumunda evlat edinme işleminin yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varmak gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin bir Türk çocuğunun İran vatandaşı tarafından evlat edinilmesi, evlat edinmeyi kabul etmeyen İran hukuk sisteminde mümkün değildir. Örneği tersinden kurgularsak, bir İranlı çocuğun bir Türk vatandaşı tarafından evlat edinilmesi durumunda da evlat edinme mümkün olmamaktadır. Ancak çocuğun menfaati dikkate alındığında somut olayda *lex fori*’nin uygulanması da söz konusu olabilir³¹³.

Mukayeseli hukukta, örneğin; Amerika Birleşik Devletleri’nde evlat edinmede *lex fori* uygulanır. İngiliz hukukuna göre, geçerli bir evlat edinmeden söz edebilmek için evlat edinen ile evlat edinilenin İngiltere’de ikametgah sahibi olmalıdır ve buna *lex fori* uygulanır. Fransa ve Almanya’da kural olarak evlat edinenin milli hukuku uygulanır. Alman hukuku istisnai durumlarda çocuğun menfaati gerektiriyorsa kendini evlat edinmeye uygulanacak hükümlerde yetkili kabul etmiştir³¹⁴.

Evlat edinmek isteyen yurtdışında yaşayan bir Türk vatandaşı veya Türkiye’de yaşayan yabancı bir ülke vatandaşı ya da yabancı bir ülkede yaşayan yabancı bir

³¹¹Nihal Uluocak, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz, İstanbul 1987, s. 89; Ruhi, s. 22; Aydoğdu, s. 68.

³¹²Çelikel/Erdem, s. 275-276.

³¹³Çelikel/Erdem, s. 277.

³¹⁴Ergin Nomer, s. 273; Faruk Kerem Giray, “Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme” Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB Özel Sayı, Yıl 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 333-350.

vatandaş olabilir. Bu ihtimallerde evlat edinmede öncelik sırasına değinmek gerekirse önceliğin Türkiye’de ikamet eden ve her ikisi de Türk vatandaşı olan kişilerde bulunduğunu ve sonra sırayla her ikisi de Türk vatandaşı olup yurtdışında yaşayanlar, her ikisi de Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti vatandaşı olup bu ülkede yaşayanlar, eşlerden biri Türk vatandaşı olup yurtdışında yaşayanlar, yabancı ülke vatandaşı olup Türkiye’de yaşayanlar ve son olarak yabancı ülke vatandaşı olup yabancı ülkede yaşayanlardadır³¹⁵.

Yardımcı üreme yöntemlerinden yararlanmak amacıyla yurtdışına giden bir kişi tedavi hizmeti sebebiyle hukuki bir problemle karşılaştığı zaman tedavi gördüğü ülkede veya Türkiye’de dava açabilir. Ancak Türkiye’de açılan davalar bakımından milletlerarası yetki ve uygulanacak hukuk henüz çözüme kavuşturulmuş değildir³¹⁶. Kannatimizce tedavinin uygulandığı ülke hukukunun uygulanması taraf menfaati açısından uygun olmalıdır. Çünkü bir başka ülkenin hukuk kurallarını dikkate almadan yabancı bir ülkede kurulan hukuki ilişkiden kaynaklanan problemlere o ülke hukukunun uygulanması makuldür. Örneğin; Türk hukukunda üçüncü kişinin spermi kullanılarak yapay dölleme yapılması yasaktır. Böyle bir tedavi sırasında hamile kalmak isteyen kadının tercih ettiği spermin dışında bir başka spermin kullanılmasından doğan uyuşmazlıkta Türk hukukunun çözüm üretmesi beklenemez. Bu uyuşmazlığa uygulanacak hukuk tedavinin uygulandığı ülke hukuku olmalıdır.

5. Milletlerarası Sözleşmeler

La Haye Konferansı, Milletlerarası Kişi Halleri Konvansiyonu, Birleşmiş Milletler Ticaret Komisyonu, Birleşmiş Milletler Ticaret ve Gelişme Komisyonu, Avrupa Konseyi gibi milletlerarası örgütler milletlerarası toplum için aynı nitelikteki ilişkiler için benzer kuralların uygulanması ve iç ve dış kararlar arasında uyum sağlamaya yönelik çalışmalar yaparak bu amacı gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar. Milletlerarası özel hukuk alanında çalışan bahsi geçen kurumların çalışmaları neticesinde meydana gelen çeşitli sözleşmelerin MÖHUK’u etkilediği, MÖHUK

³¹⁵ **Ahmet Cemal Ruhi**, Türk Hukukunda Evlat Edinme Ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, Ankara 2003, s. 51.

³¹⁶ **Uyanık Çavuşoğlu**, “İnfertilite Turizmi”.

düzenlemelerinde bazen tamamlayıcı bazen de değiştirici rol oynadıkları görölmektedir³¹⁷.

Milletlerarası Kişi Halleri Konvansiyonu’nun hazırladığı ve Evlenme İle Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme’nin³¹⁸ tarafları Avusturya, Fransa, İtalya, Yunanistan, Lüksemburg, İsviçre, Hollanda ve Türkiye olup Sözleşme’nin 5’inci maddesi uyarınca sözleşmenin tarafı olmayan devletlere de uygulanması esastır. Türk hukukunda “*loi uniforme*” nitelikli milletlerarası sözleşmeler “*yeknesak kanun*” deyimini ile ifade edilmiştir³¹⁹. Sözleşme’nin amacı, evlilik dışında doğan çocukların soybağının düzeltilmesi ve yabancı ölkelerde yapılmış olan soybağı düzeltmelerinin tanınması ile açıklanmasını benzer kurallar kabul etmek suretiyle kolaylaştırmaktır.

Evlenme İle Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme’nin 1’inci maddesine göre, ana ve babanın evlenmesi evlilik dışında doğan bir çocuğın soybağının düzeltilmesini sağlıyorsa, soybağının bu şekilde düzeltilmesi Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu üyesi olan bütün ölkelerde geçerli kabul edilmiştir. Evlilik ile soybağının düzeltilmesi gibi mahkeme kararıyla yapılan soybağı düzeltmeleri için de aynı kural geçerlidir.

Sözleşme’nin 2’inci maddesi uyarınca, taraf devletler soybağının düzeltilmesi hususunda bazı durumlarda çekince koyabilir. Çocuk, evlenen kadın ve erkekten olmayıp bunun tespiti durumunda, adı geçen ölkenin kanunu ölkesinde yapılan evliliği kendi hukukuna göre geçerli bir evlilik olarak kabul etmiyorsa, adı geçen öлке vatandaşının evliliğini geçerli saymıyorsa veya vatandaşlarından birinden olma çocuk söz konusu devletin hukukuna göre zina ürünü ise çekince koyma hakkına sahiptir.

Sözleşme’nin 3’üncü maddesinde Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu üyelerini katı bir kural ile bağlayarak yukarıda belirtilen durumlardan birisine ilişkin

³¹⁷ **Gölören Tekinalp**, “MÖHUK’un Nesepte Tanıma Statüsü Ve Evlilik Dışı Çocukların Tanınması Hakkında Milletlerarası Sözleşme”, MHB Yıl 14/ Sayı 1-2/1994, s. 99-100.

³¹⁸ Evlenme İle Nesebin Düzeltilmesi Hakkında Sözleşme için bkz. RG. 22.09.1975 S.15364. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15364.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15364.pdf> (Erişim Tarihi: 25.6.2012); **Akıncı/Demir Gölkyayla**, s. 473-478.

³¹⁹ **Vedat Reşit Seviğ**, Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1957, s. 241.

çekince koymadığı sürece bu nedenler dışında, hatta kamu düzeni gerekçesiyle dahi çekince koyamayacakları düzenlenmiştir. Bu hüküm ile belirtilen konularda çekince koymayan hatta kamu düzeni gerekçesiyle bile ana veya babanın milli hukuklarından birine göre düzeltilen bir soybağının tanınması taraf devlet tarafından reddedilemez³²⁰.

Sözleşme'nin 6'ncı maddesi uyarınca, çocuğun doğum kayıtları sözleşmeye taraf devletlerden birisi tarafından düzenlenmiş veya tescil edilmişse, kendisi veya bir üst merci tarafından bu Sözleşme'de aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelendikten sonra, soybağının düzeltildiği sicillere tescil edilir. Bu tescil işleminin önceden hiçbir adli tanıma statüsüne tabi tutulması söz konusu değildir. Evlenmeden sonra mahkeme kararıyla soybağının düzeltilmesi durumunda dahi bu kural uygulanır. Bu maddede özellikle evlenme neticesinde mahkeme kararıyla soybağının düzeltilmesi durumunda, yabancı mahkeme kararının tanınması gerekmediği düzenlenmektedir³²¹.

Sözleşme'nin 7'inci maddesinde evlenen kişilerin müşterek çocuklarının sicile kayıtlı oldukları yer ile evlenme yerinin farklı yerler olma ihtimalini düzenlemektedir³²². Bu düzenleme uyarınca, evlenme yerindeki yetkili memur, evlenmeyi veya bu suretle soybağının düzeltilebileceğini eldeki delilleri ekleyerek çocuklarının sicile kayıtlı olduğu yer doğrudan veya diploması yoluyla devlete bildirir. Soybağının düzeltilmesi evlenmeden sonra ve bir mahkeme kararıyla tespit olunmuşsa, bildirim savcılığa veya herhangi bir yetkili makama gönderilir.

Sözleşme'nin 8'inci maddesi uyarınca, soybağı düzeltilen bir çocuğun nüfus kaydı, soybağının düzeltildiği belirtilmeden ve soybağı doğumdan itibaren düzgün olan çocukların nüfus kayıt örnekleri gibi yapılmalıdır.

Evlilik Dışı Çocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme, Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu üyesi olan Almanya, Avusturya, Belçika, Fransa, Yunanistan, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, İsviçre ve Türkiye devletleri arasında vatandaşlarının evlilik dışı çocuklarını, kendi

³²⁰ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 240; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 133.

³²¹ Akıncı/Demir Gökyayla, s.133.

³²² Akıncı/Demir Gökyayla, s. 133.

lkelerinde tanır gibi, sözleşmeye taraf olan diğer devletlerin tanınmalarına izin verilmesi ve gereken kolaylığın sağlanması amacıyla yapılmıřtır³²³.

Sözleşme'nin 1'inci maddesi tanımayı “*nesepli*” ve “*nesepsiz*” olmak üzere iki farklı sonuca bağlamak suretiyle düzenlemiştir. Nesepli tanımada, tanıma beyanında bulunan kişi ile tanınan ocuk arasında soybağı ilişkisi kurulurken; nesepsiz tanımada tanıma beyanında bulunan kişi ile ocuk arasında soybağı ilişkisi kurulmaz. Ancak ülkeden ülkeye değişebilecek, nesepli ve nesepsiz tanımaya hukuk sistemlerinin elverişli olup olmadığı öngörülerek Sözleşme'nin 2'inci ve 3'üncü maddelerinde buna ilişkin düzenleme getirilmiştir. Sözleşme'nin 2'inci maddesinde, hukuk düzenleri sadece nesepsiz tanımayı kabul etmiş olan lkelerde tanıma beyanında bulunan kişinin milli hukukunun nesepli tanımayı kabul ediyor olması halinde her ne kadar tanımının nesepli yapılmasını kabul etmeyen sözleşmeye taraf ülkede yapılıyorsa tanımının nesepli tanıma olduğu düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 3'üncü maddesi ise, tanıma beyanında bulunan kişinin milli hukuku nesepsiz tanımayı kabul eden bir ülke vatandaşı olup tanıma beyanında bulunurken tanımayı nesepli kabul eden taraf lkedeyse tanımının kendi milli hukukuna göre nesepsiz tanıma olacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla Sözleşme'ye taraf devletlerin milli hukukları dikkate alındığından, 2'inci ve 3'nc maddeler ile tanıma işlemleri sonucunda sırf bu Sözleşme sebebiyle kendi kamu düzenlerinin ihlal edilmesi sorunu önceden aşılmıştır.

Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde tanıma beyanın, yerel kanunların tayin ettiği resmi şekilde yapılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, tanıma beyanının şekli tanımının yapıldığı lkenin şekil kurallarına tabidir.

Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu tarafından hazırlanan bir diğer sözleşme Meşru Olmayan ocukların Ana Bakımından Nesebinin Tesisine Ait Sözleşme'dir³²⁴.

³²³ Evlilik Dışı ocukların Tanınmalarını Kabule Yetkili Makamların Yetkilerinin Genişletilmesi Hakkında Sözleşme için bkz. RG. T. 17.10.1969 S. 13329, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13329.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13329.pdf> (Erişim Tarihi: 25.6.2012); Akıncı/Demir Gökyayla, s. 482-485.

Bu Sözleşme'nin tarafları Almanya, Yunanistan, Hollanda, İsviçre, Lüksemburg ve Türkiye'dir³²⁵.

Sözleşme'nin 1'inci maddesi uyarınca, evlilik birliği dışında doğan çocuğun annesi ile soybağı, doğum belgesinde doğuran kadının ana olarak yazılmasıyla kurulur³²⁶. Çocuğu kendisinin doğurduğunu söyleyen kadın, aksi ispat edilene kadar annedir³²⁷.

Doğum belgesinde ananın gösterilmemesi durumu Sözleşme'nin 2'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Sözleşme'ye taraf devletlerden birinin yetkili makamında tanıma beyanında bulunulabilir.

Sözleşme'nin 3'üncü maddesine göre, doğum belgesinde ana gösterilmiş olmakla birlikte Sözleşme'ye taraf olmayan bir devletin kanununun gereklerine uymak bakımından tanıma beyanında bulunmasının zorunlu olduğunu ispat ederse, taraf devletlerden birinin yetkili makamında tanıma beyanında bulunmak yetkisine sahiptir.

Milletlerarası Kişi Halleri Komisyonu'nun 1980 yılında hazırladığı ve Türkiye'nin 1987 yılında onayladığı³²⁸ Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme'nin 23'üncü maddesine göre, *"Bu sözleşme üçüncü onay, kabul, tasvip veya katılma belgesinin tevdiinden itibaren üçüncü ayın birinci yürürlüğe girecektir."* Bu tarihe kadar Sözleşme yalnızca Türkiye ve Fransa tarafından onaylandığı için Sözleşme yürürlüğe girmemiştir³²⁹. Dolayısıyla soybağının kurulması açısından MÖHUK'a ve milletlerarası özel hukuka etkisi olmadığı için incelenmesine gerek görülmemektedir.

³²⁴Akıncı/Demir Gökyayla, s. 479-481; RG. 11.10.1965 S. 12123,

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12123.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/12123.pdf> (Erişim Tarihi: 25.6.2012).

³²⁵<http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm> (Erişim Tarihi: 25.6.2012).

³²⁶Akıncı/Demir Gökyayla, s. 134.

³²⁷Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 240.

³²⁸Evlilik Dışında Doğan Çocukların Tanınmasına Dair Sözleşme için bkz. RG. T. 7.7.1987 S. 19510, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19510.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/19510.pdf> (Erişim Tarihi: 25.6.2012).

³²⁹Akıncı/Demir Gökyayla, s. 136.

Soğbağı ilişkisinin kurulması bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer milletlerarası sözleşme, Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliği'ne Dair Sözleşme'dir³³⁰. Türkiye, bu Sözleşme'yi 5.12.2001 tarihinde imzalamış ve 19.4.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir³³¹.

Sözleşme'nin amacı 1'inci maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, milletlerarası evlat edinmelerin çocuk menfaatine ve çocuğa tanınan uluslararası haklara uygun olarak koruyucu önlemler almak, bu önlemlere uyarak çocukların kaçırılması, satılması ve ticaretine engel olmak için taraf devletler arasında işbirliği sistemi kurmak ve Sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilen evlat edinmelerin taraf devletlerce tanınmasını sağlamak amaçlanmaktadır³³².

Sözleşme'nin 2. maddesinde mutad meskeni taraf devletlerden birinde bulunan çocuğun, mutad meskeni bir başka taraf devlette bulunan kişi veya eşler tarafından, menşe devlette evlat edinildikten sonra, kabul eden devlete götürülmüş olması, götürülmekte olması veya götürülmek üzere olması hallerinde ve devamlı surette ana-baba-çocuk ilişkisi kuran evlat edinmeler için uygulanacağı belirtilmiştir. Görülmektedir ki, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülke "menşe devlet" ve evlatlık olarak götürüldüğü ülke ise "kabul eden devlet" olarak adlandırılmıştır³³³.

Her iki devletin merkezi makamları evlat edinme işlemlerinin yürütülmesi hususunda anlaşmalarından önce çocuk on sekiz yaşına girmiş ise, artık bu Sözleşme'nin uygulanmayacağı 3'üncü maddede hükme bağlanmıştır³³⁴.

Sözleşme'nin 4'üncü ve 5'inci maddeleri evlat edinilen ile evlat edinen açısından menşe devlet yetkili makamları ile kabul eden devlet makamları tarafından

³³⁰ Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliği'ne Dair Sözleşme için bkz. RG. T. 19.4.2004 S. 25438, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040419.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2004/04/20040419.htm> (Erişim Tarihi: 30.6.2012).

³³¹ http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilisoz/lahey/turkce_lah33.pdf (Erişim Tarihi: 30.6.2012).

³³² Akıncı/Demir Gökyayla, s. 145.

³³³ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 243.

³³⁴ Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 243; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 145.

aranan maddi şartlar düzenlenmiştir³³⁵. Sözleşme'nin devamı maddelerinde taraf devletlere yüklenen görevler ve onlara tanınan yetkiler, milletlerarası evlat edinmelere uygulanacak usul işlemleri, evlat edinmenin taraf devletlerde tanınması ile genel ve nihai hükümler yer almaktadır.

Sözleşme'nin 23. maddesine göre, sözleşmeye uygunluğu, yapıldığı devletin yetkili makamı tarafından tevsik edilen bir evlat edinmenin diğer taraf devletlerde yasal olarak tanınacağı düzenlenmiştir. 24. madde ise her taraf devlette evlat edinmenin tanınması ancak kamu düzenine aykırı ise reddedebileceği belirtilmiştir.

Avrupa Konseyi tarafından 19.10.1975 tarihinde kabul edilen Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Durumu Hakkında Sözleşme'yi Türkiye onaylamamıştır. Sözleşme konuya dair bir bağlama kuralı öngörmemiştir. Amaç, maddi hukuk kurallarının bir araya getirilmesidir. Sözleşmenin 2. maddesine göre, evlilik dışı çocuğun anası ile olan soybağı, doğum olayı ile sağlanmaktadır. 3. maddesine göre ise, baba ile olan soybağının eski TMK'da olduğu gibi, baba tarafından tanıma veya mahkeme kararı ile kurulduğu belirtilmektedir³³⁶.

Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi İle Çocukların Velayetine İlişkin Avrupa Sözleşmesi Türkiye tarafından 1980 yılında onaylanmış, 1.6.2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme, Çocukların Korunması Hakkında 1993 tarihli La Haye Sözleşmesini tamamlar niteliktedir. Sözleşmenin tarafı olan devletlerin her biri talepleri değerlendirmek ve yerine getirmek için bir merkezi makam belirlemektedir³³⁷.

³³⁵ Bkz. http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktarafilisoz/lahey/turkce_lah33.pdf_s.3-4;

Akıncı/Demir Gökyayla, s. 145; Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 243.

³³⁶ Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 241.

³³⁷ Tekinalp/Uyamık Çavuşoğlu, s. 242; Akıncı/Demir Gökyayla, s. 501.

B. KAMU DÜZENİ

1. Kamu Düzeni Kavramı

Kanunlar ihtilafı kuralları gereğince içinde yabancılık unsuru bulunan ihtilaflarda yetkili hukuk, hakimın iç hukuku veya yabancı hukuk olabilir. Yabancı hukukun yetkili olması bu hukukun mutlak şekilde uygulanmasını gerektirmez. Milletlerarası özel hukukun genel kuralları dahilinde yabancı hukukun uygulanması o ülkenin kamu düzenine aykırı olmaması şartına bağlıdır³³⁸. Bir başka ifadeyle, kamu düzenine aykırı olmamak suretiyle yabancı hukukun uygulanması mümkündür. Eğer yabancı hukukun uygulanması kamu düzenini belirli bir olayda bozacak ise, uygulanmasından vazgeçilir. Bu durumda “kamu düzeninin müdahalesi” nin varlığından söz edilir³³⁹.

Kamu düzeni esası iç hukukta, kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında tarafların uymaları gereken kurallar iken, milletlerarası özel hukukun konusuna giren ihtilaflarda kamu düzeni kavramı iç hukuktaki anlamından farklı anlamlar taşıyan kurallardır. İç hukukta kamu düzeninden olduğu kabul edilerek emredici kurallara bağlanan esaslar, milletlerarası özel hukukta kamu düzeninden sayılmayabilir. Örneğin, erginlik yaşı ile ilgili iç hukukta kabul edilen kurallarla bağdaşmayan yabancı hukuk düzenlemeleri, iç hukuktaki kamu düzenini ihlal etmez. Bu durumun aksi kabul edilmiş olsaydı, Türk iç hukukuna aykırı olan hiçbir yabancı kanunun uygulanması mümkün olmazdı. İç hukukta kamu düzenini sağlamak amacıyla getirilen emredici düzenlemeler milletlerarası özel hukuk bağlamında kamu düzeninden olmayabilir. Örneğin, rüşt yaşı, evlenme ehliyeti ve engelleri veya evlat edinme şartları her iki tarafın kendi milli hukukuna tabidir³⁴⁰. Bu konular iç hukukta kamu düzeni düşüncesiyle getirilmiş olmasına rağmen milletlerarası özel hukukta kamu düzeninden sayılmamaktadır.

³³⁸ Çelikel/Erdem, s. 148; Aybay/Dardağan, s. 112.

³³⁹ Nomer, s. 158.

³⁴⁰ Çelikel/Erdem, s. 149; Kemal Dayınlarlı, Milli-Milletlararası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Ankara 2011, s. 23.

Kamu düzeni, genel itibariyle şöyle tanımlanabilir³⁴¹:

“Kamu düzeni kuralları, bir memlekette kamu hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzur ve ahlak kaidelerine uygunluğunu temine yarayan müessese ve kaidelerin tümüdür”.

Anayasa Mahkemesi’nin 28.1.1964 tarihli kararında kamu düzeni kavramı “Toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır”³⁴² şeklinde ifade edilmektedir.

2. Ulusal Kamu Düzeni

Ulusal / milli kamu düzeni ile yalnızca o ülkenin vatandaşı olan kişilere uygulanması gereken kurallar kastedilmektedir³⁴³. Ulusal kamu düzeni kuralları, iç hukukta tarafların uymaları zorunlu olan kamu hukuku ve özel hukuk kurallarının bütünüdür³⁴⁴.

Kamu düzeni, Türk hukuk sisteminde yabancı hukukun uygulanmasına engel olan istisnai bir göreve sahiptir. Kamu düzeni, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına ait tek bir bağlama kriteri olmayıp, devletler özel hukuku kurallarının gösterdiği yabancı hukuk düzeninin uygulanması prensibinin bir istisnasıdır³⁴⁵. Hakim, yabancı hukuk kuralını, kendi ülkesi ile ilgili bir olayda ve kendi temel hukuk düzenine aykırı olması durumunda kamu düzeni müessesesine başvurarak yabancı hukuku uygulamaktan kaçınılabilir ve somut olayda hakim kendiliğinden dikkate alır³⁴⁶.

³⁴¹Çelikel/Erdem, s. 149.

³⁴² RG. T. 17.4.1964 S. 11685,

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf> (Erişim Tarihi: 29.8.2012).

³⁴³Berki, s. 379.

³⁴⁴Çelikel/Erdem, s. 148; Dayınlarlı, s. 19.

³⁴⁵Nomer, s. 159; Aybay, s. 113.

³⁴⁶Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 53.

Türk Hukukunda kamu düzeni MÖHUK m. 5'e göre, "Yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır."

MÖHUK m. 5'in kamu düzeni açısından getirdiği özellikleri şöyle sıralamak mümkündür³⁴⁷:

- Kamu düzeni, yabancı bir hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine aykırılık halini dikkate almaktadır, ancak kamu düzenini bağımsız bir müessese olarak değil, istisnai bir tedbir olarak benimsemiştir. Dolayısıyla, esas olan yabancı hukukun uygulanmasıdır. Yabancı hukukun uygulanması neticesinde kamu düzenine aykırı ve kamu düzenini ihlal eden sonuçlar doğacak ise, kamu düzeni prensibi devreye girer ve tedbir niteliğini ortaya koyar.
- Kamu düzeni sebebiyle yabancı hukukun uygulanmasına engel olunabilmesi için kamu düzenine aykırılığın "açıkça" olması gerekmektedir. Kamu düzenine aykırılık açık; kamu düzeni ve vicdanı açısından tahammül edilemez sonuçlar doğurmuş olmalıdır.
- Yukarıdaki sebeplerle kamu düzenine aykırılığın tespit edilmesi durumunda yabancı hukukun uygulanmayacağı maddede belirtilmiştir.
- Yetkili yabancı hukukun uygulanması kamu düzeni sebebiyle engellendiğinde o ilişkiyi düzenlemek için bir hukukun uygulanması gerekli ise, uygulanacak hukukun Türk hukuku olması gerekmektedir.

MÖHUK m.5'teki "gerekli görülen hallerde, Türk hukuku uygulanır" ifadesi, tamamlayıcı bir hüküm olarak değerlendirilmiştir. Yabancı hukukun uygulanması kamu düzenini ihlal edici nitelikte sonuçlar doğuracaksa, kamu düzeninin olumsuz etkisi

³⁴⁷ Çelikel/Erdem, s. 156.

devreye girerek yabancı hukukun uygulanmasına engel olacaktır. Yabancı hukuk yerine Türk hukukunun uygulanması halinde, kamu düzeninin olumlu etkisinden bahsedilir³⁴⁸.

Yabancılık unsuru taşıyan olay ve ilişkilerde, hakim kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancı ülke hukukunu uygulamak zorunda olup, maddi ilişkiye uygulayacağı yabancı hukuk normları kendi hukukunun adalet anlayışına aykırı sonuçlar doğuracaksa, yabancı hukuku uygulamaktan vazgeçecektir. Çünkü hakim maddi hukuk adaletini sağlayarak yabancılık unsuru taşıyan maddi ilişkilerde kendi hukuk düzeninin temel prensiplerine uygun olarak görevini yapmak ve yetkilerini kullanmak zorundadır. Bir diğer deyişle, yabancı hukukun uygulanması neticesine verilen karar hakimin hukukunun adalet anlayışına açıkça aykırılık oluşturuyorsa, bu durumda yabancı hukuk hükmünün uygulanmasından vazgeçecektir³⁴⁹. Yabancı hukuk normunun kamu düzenine aykırılık sebebiyle uygulanmasından vazgeçilebilmesi için bu aykırılığın “açık” olması gerekmektedir.

Kamu düzenine aykırılığın tespitinde hakim takdir yetkisine sahiptir, çünkü kamu düzeni kavramının belirsiz bir içeriği vardır³⁵⁰. Ayrıca kamu düzenin konu, zaman ve yer bakımından değişken olduğundan her somut olayda farklı özellikler gösterir. Dolayısıyla kamu düzenine aykırılık tespit edilirken her somut olaya göre ayrı ayrı değerlendirme yapılmasını gerektirir. Maddi hukuk hükmü kamu düzeni düşüncesiyle getirilmiş olsa dahi bu hükme aykırı her düzenlemeyi MÖHUK m.5’e dayanarak kamu düzeni ihlali olarak nitelendirilmesi doğru değildir. Yabancı hukuk hükümlerinin Türk iç hukukunun hükümlerinden farklı olması Türk kamu düzenini ihlal ediyor olduğu anlamına gelmez³⁵¹.

MÖHUK’ta bazı konularda kademeli olarak kabul edilmiş hukuklar arasında *lex fori* de bulunmaktadır. Özellikle aile hukukuna özgü konularda Türk hukuku nihai olarak uygulanacak hukuk olarak kabul edilmiştir³⁵².

³⁴⁸Dayınlarlı, s. 73.

³⁴⁹Doğan, s. 169.

³⁵⁰Aybay/Dardağan, s. 112; Çelikel/Erdem, s. 158; Nomer, s. 490-491.

³⁵¹Çelikel/Erdem, s. 158.

³⁵²Çelikel/Erdem, s. 157.

Kamu düzeni, istisnai olarak uygulanan ve genel şekilde ifade edilmiş bir kuraldır ve her somut olayda hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Ancak her emredici ve kamu düzenini sağlar nitelikteki iç hukuktaki milletlerarası özel hukuk kuralları kamu düzeni kavramının kapsamına girmez. Hakimin hukukundaki temel değerlerle bağdaşmayan yabancı hukukun uygulanamaması kamu düzeninin negatif / olumsuz fonksiyonudur³⁵³. Örneğin; evli bir İran vatandaşı kendi milli hukukuna göre birden fazla evlilik yapabilir. Ancak bunu Türkiye’de yapması mümkün değildir. Buna karşılık birden fazla evliliğinden olan çocukları Türkiye’de miras sebebiyle bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa İran miras hukuku bütün çocuklara ve hatta Türkiye’de doğmuş olanlar için Türk mahkemesi tarafından uygulanır. İran hukukunda yasal olan çok eşlilik ile ilgili kurallar kamu düzeni sebebiyle uygulanamazken; miras hukukuna ilişkin kuralların uygulanması kamu düzeni engeline takılmamaktadır³⁵⁴.

Kamu düzeni sebebiyle yabancı hukuk uygulanmayınca bazen problem çözüm bekler bir şekilde ortada kalabilir. Bu durumlarda MÖHUK m. 5’te belirtildiği gibi Türk hukuku uygulanarak problem sonuca ulaştırılabilir ki, buna da kamu düzeninin pozitif / olumlu fonksiyonu denir³⁵⁵. Örneğin; milli hukuklarında ırk ayrımının evlenme engeli olarak kabul edilmesi sebebiyle evlenemeyen kişilerin Türkiye’de evlenmesi mümkündür. Çünkü ırk ayrımına dayanan bir evlenme engeli temel insan haklarına aykırı kabul edildiği için Türk kamu düzenine aykırıdır. Her ne kadar kişilerin evlenme ehliyetleri kendi milli hukuklarına tabi olsa da ırk ayrımına dayalı bir evlenme engeli Türk hukukunda kabul edilemez. Burada kamu düzeninin olumlu etkisinden bahsedilir³⁵⁶.

MÖHUK m. 5’te düzenlenen kamu düzenini, çalışmanın konusu olan soybağı ilişkisi hususundan değerlendirmek gerekirse, MÖHUK m.16’da soybağının kurulması açısından kamu düzeninin etkisi görülmektedir. Soybağının kurulması bir şekilde çocuğun menfaati dikkate alınarak kademeli bağlama kuralları yardımı ile sağlanmak

³⁵³Nomer, s.164; Çelikel/Erdem, s. 156-157.

³⁵⁴Nomer, s. 169.

³⁵⁵Nomer, s. 166; Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 53.

³⁵⁶Tekinalp/Uyanık Çavuşoğlu, s. 53.

istenmiştir. Öncelikle çocuğun doğum anındaki milli hukuku, kurulamaması halinde çocuğun mutad mesken hukuku, soybağı bu hukuklara göre kurulamıyorsa annenin veya babanın milli hukuklarına, bu hukuklara göre de kurulamaması halinde anne veya babanın müşterek mutad mesken hukukuna ve son kademe olarak çocuğun doğum yeri hukukuna göre soybağı ilişkisi kurulacaktır. Örneğin; bağışlanan spermle dünyaya gelen çocuk ile anne – baba arasında soybağının kurulmasında anne Türk vatandaşı ise soybağına ilişkin hukuki ihtilafta Türk hukuku uygulanır. Türk vatandaşı annedenevlilik birliği dışında olan çocuk Türk vatandaşı olduğu için çocuğun baba ile arasındaki soybağı problemi Türk Medeni Kanununa göre çözülür. Türk hukukuna göre baba ile çocuk arasındaki soybağı problemi çözülemezse, MÖHUK m. 16'daki bağlama noktalarına göre tespit edilen hukuklar uygulanır. Üremeye yardımcı tedavi yöntemleriyle yabancı anneden olan bir çocuğun baba ile soybağı problemi, sırasıyla çocuğun milli hukuku, mutad mesken hukuku, ananın veya babanın milli hukuku, yoksa müşterek mutad mesken hukuku ve son aşamada çocuğun doğum yeri hukukuna göre tespit edilecek hukuka tabi olacaktır³⁵⁷.

Kamu düzeninin müdahalesinin soybağının kurulmasına aracılık eden bazı uygulamalarda gündeme gelmesi söz konusu olabilir. Örneğin; taşıyıcı annelik sözleşmesinden kaynaklanan bir ihtilafın varlığında Türkiye’de dava açılması halinde Türk hukukunda emredici hukuk kurallarına ve ahlaka aykırı olması sebebiyle geçersiz sayılacak bu tür bir sözleşmenin Türk hukuku kurallarına göre çözüme kavuşturulması imkanı yoktur. Zira, Fransız Yargıtayı, ticarete konu olamayan bir varlığa ilişkin olduğu ve kamu düzenini ihlal ettiği gerekçeleriyle taşıyıcı anneliğe ilişkin sözleşmeleri hukuka aykırı kabul etmiştir³⁵⁸.

Kamu düzeninin istisnası olarak doğrudan uygulanan kurallar mevcuttur. Kanunlar ihtilafı kuralları, esasen hukuki ilişki veya uyumsuzluklara maddi çözüm getirmeyen, yetkili hukukun tespit edilmesini sağlayan kurallardır. Yetkili hukuk bazen hakim hukuku, bazen de yabancı hukuk olabilir. Klasik metot ile hangi hukukun somut olaya uygulanacağı kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde belirlenir. Doğrudan

³⁵⁷ Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifi ile İnfertilite Turizmi”, Uluslararası Sağlık Turizmi Hukuku Kongresi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 22-23 Haziran 2012 (henüz yayınlanmamış bildiri).

³⁵⁸ Bkz. Cass. Ass. Plén., 31 mai 1991, Bull.civ.A.P., n° 4 (Naklen Koçhisarlıoğlu/Erişgin).

uygulanan kurallar yalnız hakimın hukukunun uygulanması veya yalnız yabancı hukukun uygulanması amacı ile getirilmiş kurallardır. Her hukuk sisteminde bulunan bu tür kurallar taraf menfaati, düzen menfaati ve işlem güvenliği gibi düşüncelerin hakimiyeti altında oluşturulmuştur. Doğrudan uygulanan kuralların kamu düzenini engelleme fonksiyonu esasen olamaz. İç hukukta kamu düzeninden olan ve emredici nitelikteki bazı kurallar yabancı unsurlu ilişkiler için doğrudan uygulanır. İç hukukta toplumun sosyal, ekonomik, siyasi yapısı ve genel ahlak düşüncelerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bu kurallar somut olayda maddi çözüm üretir³⁵⁹. Doğrudan uygulanan kuralların uygulama alanını genişletmemek gerekir, çünkü devletler özel hukuku kurallarının hiç uygulanmaması sonucunu doğurması muhtemeldir. Bu nedenle bu yöntem nadiren kullanılmalı ve dar bir alanı kapsamalıdır³⁶⁰.

Doğrudan uygulanan kuralları düzenleyen MÖHUK'un 6'ncı maddesine göre:

“Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları” başlığı altında “yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır”.

Kamu düzeninin bir diğer istisnası olarak değerlendirilen tek yönlü kurallar, ya hakimın hukukunun ya da yalnızca yabancı hukukun uygulanması amacıyla konulmuş olan kurallardır. Tek yönlü kurallar, taraf menfaati, düzen menfaati, işlem güvenliği gibi düşüncelerle düzenlenmiştir. MÖHUK m. 9/f.2'ye göre, “Milli hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukuki işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki ayni haklara ilişkin bu işlemler bu hükmün dışındadır”. Bu maddenin öngördüğü kural, tek yönlü bir kuraldır ve bu kural karşısında bir yabancıнын milli hukukuna göre ehliyetli olmaması durumunda bile Türk hukuk sisteminde ehliyetli olduğu kabul ediliyorsa, yapmış olduğu hukuki işlem ile bağlıdır. Söz konusu düzenlemede getirilen kural kamu düzeninden kaynaklandığı için yabancıнын yaptığı hukuki işleme Türk

³⁵⁹Çelikel/Erdem, s. 153-154; Aybay, s. 129 vd.

³⁶⁰Gelgel, s. 20.

hukuku uygulanır³⁶¹. Tek yönlü kuralların uygulaması derhal olduğundan, yabancı ülke hukukuna ait kuralların uygulanmasına engel teşkil eden bir fonksiyona sahip değildir³⁶².

3. Uluslararası Kamu Düzeni

Uluslararası kamu düzeni kavramı (*transnational public policy / truly international public policy*), Prof. Pierre LALIVE tarafından ortaya atılan ve dünya genelinde çoğunlukla kabul gören bir görüş olarak hukuk literatüründe yerini almıştır. Uluslararası kamu düzeni kavramı, belli bir devletin ulusal ve uluslararası politikasından veya belli bir devletin uluslararası meselelerdeki kamu düzeni kavramından bağımsızdır³⁶³. Örneğin; insan hakları, terörizm, soykırım ve pedofili, adil yargılanma, tarihi eser kaçakçılığı uluslararası kamu düzeni kavramının içeriğini oluşturur³⁶⁴.

Milli hukuk sistemlerinin uluslararası kamu düzenine aykırılık teşkil eden düzenlemeleri, doğrudan uygulanan kurallar niteliğine sahip olsa dahi dikkate alınmazlar³⁶⁵.

Uluslararası kamu düzeninin milletlerarası özel hukuktaki hukuki niteliği ve fonksiyonu hakkında iki görüş mevcuttur:

Birinci görüş, kamu düzeni kurallarının bağlama kuralı fonksiyonuna sahip olduğunu benimseyerek bağlama kuralı gibi uygulanmasını savunur. Bu görüşü savunanlar, yerel kanunların niteliğine göre kamu düzeninden sayılmaları halinde, yetkili yabancı hukuka gitmeden kanunlar ihtilafı kuralı gibi uygulanmasını kabul eder.

³⁶¹Dayınlarlı, s. 36.

³⁶²Ökçün, s. 44.

³⁶³Marc Blessing, Impact of the Extraterritorial Application of Mandatory Rules of Law on International Contracts, ed. Nedim Peter Vogt, Swiss Commercial Law Series, Vol.9, (dn. 27), s. 62, (MHB Yıl 28, S. 1-2, 2008, Mehmet Köseoğlu, Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması, s. 164'ten naklen).

<http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmh/article/viewFile/2446/2036> (Erişim Tarihi: 13.8.2012).

³⁶⁴Köseoğlu, “31. Madde”, s. 164.

³⁶⁵Hatice Kocasakal, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001, s. 202.

İtalyan hukukçu MANCINI ve Fransız hukukçu PILLET kaynaklı olan bu görüş eleştirilmiş ve genel olarak benimsenmemiştir³⁶⁶.

İkinci görüş, kamu düzeni kurallarını yetkili yabancı hukukun istisnası olarak benimser; doğrudan uygulanan kurallar olarak kabul etmez. Dolayısıyla bu görüşün taraftarları esasen yetkili yabancı hukukun uygulanmasından yanadır. Bu görüşü ortaya atan Alman hukukçu Von SAVINGY, Amerikalı hukukçu Joseph STORY tarafından desteklenmiştir³⁶⁷. Buna göre, kamu düzeni kanunlar ihtilafı kuralları tarafından yetkilendirilen yabancı hukuk kurallarının uygulanması prensibinin istisnasıdır³⁶⁸.

³⁶⁶Çelikel/Erdem, s. 150; Dayınlı, s. 23.

³⁶⁷Dayınlı, s. 24; Nomer, s. 158.

³⁶⁸Nomer, s. 158-159.

SONUÇ

Toplumsal hayatta yaşanan gelişmelerin yansıması hukuk alanında kendisini hissettirmektedir. Yaşamın ve insanın olduğu her yerde gerekli olan hukuk, insanın doğum anından başlamak üzere ölene kadar, hatta ölümünden sonra bile bu ihtiyaca cevap verebilmelidir. İhtiyaçlar zaman içerisinde değişmekte ve artmaktadır. Sosyal, siyasal, teknolojik, tıbbi ve akla gelebilecek her türlü alandaki gelişmeler hukuki açıdan farklı problemlere yol açabileceğinden, muhtemel olan bu problemlere karşı hukuk çözüm önerileri sunmak zorundadır. Hayata atılan ilk adımda kişinin hangi anne – babadan olduğunu, hangi soydan geldiğini bilmesi onun en doğal haklarından sadece bir tanesidir.

Soybağı ile ilgili yerel mevzuatımızdaki temel düzenlemeler Türk Medeni Kanununda karşımıza çıkmaktadır. Medeni hukukun alt dallarından olan aile hukukunun konusu olan soybağı, Medeni Kanun'un 282 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Soybağı ilişkisinin kurulması, ortadan kaldırılması, soybağının hükümleri Medeni Kanundaki kurallar çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır. Soybağı ilişkisinin yalnızca doğal yollarla kurulmayacağından hareketle, evlat edinmeye ve Üremeye Yardımcı Tedavi Yönetmeliğinin belirlediği kurallar kapsamında çocuk sahibi olmak isteyen çiftlerin bu isteklerine kavuşmaları için tıp alanındaki gelişmelerin sağladığı imkanlarla hangi yollara başvurabileceği hakkında bilgilendirilmek istenmiştir.

Soybağının mevcut hukuk kurallarımız çerçevesinde çocuk ile anne arasında kurulmasında herhangi bir ihtilafa yer vermeyecek düzenlemeler mevcuttur. Medeni kanunumuzun tanımına göre, çocuğu doğuran kadın anne olduğundan doğal soybağının kurulmasında bir sorunla karşılaşmak dar anlamda mümkün değildir. Soybağı anne ile kurulurken ya doğum olayının gerçekleşmiş olması ya da kadının çocuğu evlat edinmesi gerekmektedir. Ancak baba ile soybağının kurulması, anne ile soybağının kurulması kadar pratik ve basit değildir. Baba ile soybağı kurulurken ya da kurulduktan sonra çocuğun baba olduğu bilinen / algılanan erkek ile esasen herhangi bir bağı olmayabilir.

Evlilik birliği içinde doğan çocuklar için kadının kocası babadır ya da evlilik herhangi bir şekilde sona erdikten sonra üç yüz gün içinde doğan çocuklar için de aynı kural geçerlidir. Fakat babanın, çocuğun kendi soyundan olup olmadığına dair bir şüphesi varsa soybağının reddi davası açma hakkına sahiptir. Yargılama neticesinde verilen hüküm ile babanın gerçekten o çocuk ile arasında soybağı ilişkisinin olup olmadığı ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanun, babalığından şüphe eden erkekler için soybağının reddi davası açmasına imkan tanırken; doğuran kadının anne olmasından yola çıkan kanun koyucu anneye bu imkanı sağlamamıştır. Halbuki yardımcı üreme yöntemlerinde kaydedilen ilerlemeler doğuran kadın dışındaki bir kadının anne olmasını mümkün kılmaktadır. Tıbbi gelişmelere hukuki olarak ayak uydurulması ve bazı uygulamalara izin verilerek yeni düzenlemeler yapılmasında yarar vardır. Türkiye’de bir başka kadının üreme hücresinin kullanılarak yapay dölleme yapılmasına izin verilmemesi sebebiyle halihazırdaki düzenlemelere annenin soybağını reddetme hakkının eklenmesine şimdilik gerek olmadığını söyleyebiliriz. Evlilik birliği olmaksızın cinsel ilişki kurulması neticesinde dünyaya gelen çocuklar için yine anne ile çocuk arasında soybağının kurulmasında bir sorun yoktur; ancak baba ile soybağının kurulması için ya erkek tarafından çocuk tanınmalıdır ya da anne / çocuk tarafından baba olduğu ileri sürülen kişiye karşı babalık davası açılmalıdır.

Soybağı ilişkisinin pozitif hukuktaki yeri ve önemine değinilerek aynı bölüm içerisinde fakat ayrı bir başlık altında incelemeye değeri gördüğümüz yardımcı üreme teknikleri ile ilgili gerekli değerlendirmeler yapılmaya çalışılmıştır. Soybağı ilişkisinin yapay dölleme ve taşıyıcı annelik hususunda ortaya çıkardığı hukuki problemlere ve bunlar için önerilen çözüm yollarına yer verilmiştir. Tıp dünyası her ne kadar eşlere ait üreme hücreleri dışında yapay dölleme uygulamasına sıcak baksa da, özel hukukun bazı alanlarında sebep olacağı problemlerin ne denli büyük olacağını tahmin etmek hiç de zor değildir. Özellikle birbirini tanımayan ama aynı genetik kökene bağlı insanların evlilik yapması olasılığı tüyler ürperticidir. Bu ve benzeri örneklerin etkisinin de olduğu düşünülürse, Türkiye’de yapay dölleme konusunda tıp alanındaki gelişmelere ahlaki kaygılar ve dini inançlar sebebiyle sınırlı olarak izin verilmesini yadırgamamaktayız. Bununla birlikte anne – baba olmak umuduyla tıbbi imkanlardan faydalanmak ve insanların ebeveyn olma arzularına kavuşmasını sağlamak gerekmektedir. Daha büyük

problemlere yol açmadan nesillerini devam ettirmek isteyen, annelik ve babalık duygularını tatmak isteyen insanları dikkate alarak bir denge kurmaya çalışılmalıdır. Bu doğrultuda kendi üreme hücreleri kullanılarak taşıyıcı anneliğe izin verilmesi ve yasal düzenlemeler yapılması mümkün kılınmalıdır. Ancak çalışmamızda Türkiye ile sınırlı kalmaksızın çeşitli ülkelerde yapay dölleme konusundaki farklı uygulamaların hukuk sistemlerindeki yerini dar bir kapsamda olsa da ele almaya özen gösterilmiştir.

Soybağı ilişkisi, milletlerarası özel hukuktaki boyutu ile incelenirken öncelikle vasıflandırma, bağlama noktaları ve yorumu ile ilgili teorik bilgiler verilmeye çalışılmıştır. Vasıflandırma, yabancılık unsuru taşıyan hukuki ihtilaflarda uygulanacak hukukun tespit edilmesindeki başlangıç noktasıdır. Hukuki ihtilafların çözümünde yol gösterici olan kavramların milletlerarası özel hukuktaki önemine binaen vasıflandırma ile bu kavramların içinin doldurulması gerekmektedir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun kanunlar ihtilafına dair hükümleri arasında bulunan soybağına ilişkin düzenlemesi, soybağı ilişkisinin içinde yabancılık unsuru taşıdığı durumlarda nasıl kurulacağına ışık tutan bağlama noktaları ile detaylı olarak işlenmiştir.

Soybağı ilişkisinin kurulması kadar bu ilişkinin ortadan kaldırılması da milletlerarası özel hukuk alanında belirli kurallara tabi kılınmayı gerektirmektedir. Soybağı ilişkisini kuran yabancı mahkeme kararlarının ülkemizde ne gibi etkiler yaratacağı / yaratabileceği, bunun hangi yollarla mümkün kılınabileceği hakkında bilgi verilmeye çalışılmıştır. Soybağı ilişkisinin milletlerarası özel hukukta incelenirken salt MÖHUK'taki düzenlemeler çerçevesinde ele alınması yeterli olmayıp, Türkiye'nin bu konu ile ilgili taraf olduğu uluslararası sözleşmelere de yer verilerek bu sözleşmelerin temelini oluşturan ana hükümlerden bahsedilmiştir. Kanunlar ihtilafı kurallarından hareketle yabancı hukukun maddi kurallarının hukuki uyumsuzluğa uygulanması söz konusu olduğunda iç hukuk sistemine aykırılık oluşması ve kamu düzenine etkisi gündeme gelebileceğinden, teorik kapsamda kamu düzeni kavramına ulusal ve uluslararası boyutuyla çalışmamızın ikinci bölümünün son kısmında yer verilmiştir.

Milletlerarası özel hukukta soybağı ilişkisi, pozitif hukuk kuralları ile ortaya çıkan ilişkinin sınır ötesi alanlardaki geçerliliği / geçerli kılınması ya da bu durumun ortadan kaldırılması hakkındaki kanunlar ihtilafı kuralları, uluslararası antlaşmalar

dahilinde somut olarak hukuk dünyasında varlığını gösterir. İnsan, dünyanın neresinde olursa olsun anne – babasına hukuki bağlarla bağlanmaya ve bununla bağlantılı olarak kimliğinin belirlenmesine, nafaka, miras vb. haklara kolaylıkla ulaşabilmelidir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ACABEY, Mehmet Beşir, Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir 2002.

AKINCI, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı Ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Yetkin Yayınları, Ankara 1996.

AKINCI, Ziya, Milletlerarası Tahkim, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.

AKINTÜRK, Turgut / KARAMAN ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2011 (Aile Hukuku).

AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Pegem Akademisi Yayıncılık, Ankara 2010.

AYBAY, Rona, Vatandaşlık Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2008.

AYBAY, Rona / DARDAĞAN, Esra, Uluslararası Düzeyde Yasaların Çatışması (Kanunlar İhtilafı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.

AYDOĞDU, Murat, Çağdaş Hukuki Gelişmeler Işığında Evlât Edinme, Ankara: Adalet Yayınevi, 2009.

BELLEN, Herdem Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme, İstanbul 2005.

ÇAKMUT, Özlem Yenerer Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003. (Tıbbi Müdahaleye Rıza).

ÇAKMUT, Özlem Yenerer, Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu, Beta Yayıncılık, İstanbul 2008.

ÇELİKEL, Aysel Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

DAYINLARLI, Kemal, Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, Dayınlarlı Hukuk Yayınları, Ankara 2011.

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

DOĞAN, İzzet, Öğretide ve Uygulamada Milletlerarası Aile Hukuku ve Milletlerarası Usul Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010 (Öğretide ve Uygulamada).

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku, Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

EGGER, A., Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku Türk Medeni Kanunu Mad. 241 – 345, Çeviren: Tahir Çağa, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara 1949.

EROL, Yasemin, Yapay Döllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012.

ERLÜLE, Fulya, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Bedensel Bütünlüğün İhlalinde Manevi Tazminat, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku, B.3, Filiz Kitabevi, İstanbul 1986 (Bu basıyı hazırlayanlar Cumhur Özakman - M. Enis Sarıal), (Feyzioğlu / Özakman / Sarıal (Aile Hukuku)).

GELGEL, Günseli, Devletler Özel Hukukunda Çocuk Hukukundan Doğan Problemler - Ders Notları, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.

GÖKYAYLA, Cemile Demir, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizde Kamu Düzeni, Ankara 2001.

GÖNENSAY, A. Samim, Medeni Hukuk, C. II Aile Hukuku, Kısım II Nesep, Velayet, Vesayet, İstanbul 1940, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından: No. 111.

HELVACI, Serap / ERLÜLE, Fulya Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011.

HELVACI, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, İstanbul 2010.

KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Aile – Miras – Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.

KOCASAKAL, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri, İstanbul 2001.

KÖSEOĞLU, Bilal / KOCAAĞA, Köksal, Aile Hukuku Ve Uygulaması, Ekin Basım Yayım Dağıtım 2011.

NOMER, Ergin / ŞANLI, Cemal, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul 2011.

NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2003.

NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2009.

NOMER, Ergin, Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul 2010.

OGUZMAN, Kemal / DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, B.2, İstanbul 2001.

OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, , Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara 2010.

ÖZUĞUR, Ali İhsan, Velayet-Vesayet-Soybağı-Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Turhan Kitabevi, Ankara 2007.

RUHİ, Ahmet Cemal, Türk Hukukunda Evlat Edinme Ve Evlat Edinme İle İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.

SEVİĞ, Vedat Reşit, Ticari Sahadaki Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1957.

TEKİNALP, Gülören / ÇAVUŞOĞLU UYANIK, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Türk Aile Hukuku, B. 2, İstanbul 1971, B. 7, İstanbul 1990.

ULUOCAK, Nihal, Kanunlar İhtilafı, İstanbul 1971.

ULUOCAK, Nihal, Milletlerarası Özel Hukuk Dersleri, Filiz, İstanbul 1987.

VELİDEDEOĞLU, H. Veldet, Türk Medeni Hukuku, C. II Aile Hukuku, B. 5, İstanbul 1965.

ZEVKLİLER, Aydın / ACABEY, Mehmet Beşir / GÖKYAYLA Kadir Emre, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000 (Zevkliler / Acabey / Gökyayla).

ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe / GÜRPINAR, Damla, Medeni Hukuk (Temel Bilgiler) Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler (Dernekler, Vakıflar), Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Sürekli Yayınlar

AYTAÇ, İsmail, “Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelenmesi”, Adalet Dergisi, 11 Nisan 2002, s. 193 (Yardımcı Üreme).

BAYGIN, Cem, “Kan Bağına Dayanan Soybağı”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.VI, S.1-4, 2002.

BAYSAL, Başak, “Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı”, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 493-534.

CİN, Onursal, “Yardımcı Üreme Metodları ve Embriyonun Korunması”, Hukuk Perspektifleri Dergisi, 2005-5.5, s. 31-37.

ERDEM, Bahadır, “Yabancı Aile Hukuku Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizi İle Avrupa Birliği Brüksel II Tüzüğü”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk İle İlişkili Güncel Aile Hukuku Problemleri 18-20 Kasım İstanbul Ticaret Üniversite Yayınları No: 18 İstanbul Nisan 2006, (Yabancı Aile Hukuku).

GELGEL, Günseli, “Devletler Özel Hukukunda Velayet-Çocuk Kaçırmaları-Evlat Edinmeye İlişkin Problemler”, Uygulamalı Aile Hukuku Sertifika Programı, Medeni Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk İle İlişkili Güncel Aile Hukuku Meseleleri, 18-20-Kasım 2005, İstanbul Ticaret Üniversitesi, 2006, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları no.18.

GİRAY, Faruk Kerem, “Uluslararası Sözleşmelerde Evlat Edinme” Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, MHB Özel Sayı, Yıl 19-20, S. 1-2, 1999-2000, s. 333-350.

GÖNENÇ, Fulya İlçin, “Medeni Hukuk Bakımından Embriyo Nakli”, Güncel Sağlık Hukuku ve Etiği Sorunları Sempozyumu (Üreme ve Hukuk), İstanbul 2011, (Embriyo Nakli).

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz / ERİŞGİN, Özlem, “Taşıyıcı Annelik, Ortaya Çıkaracağı Hukuksal Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Doğu Akdeniz Üniversitesi-Kadın Araştırmaları ve Eğitimi Merkezi 4. Uluslararası Kadın Çalışmaları Konferansı: “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği ve Hukuk”, Magusa 3-5 Ekim 2012 (henüz basılmamış bildiri).

KÖSEOĞLU, Mehmet, Milletlerarası Özel Hukuk Ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun 31. Maddesi: Sözleşme İle Sıkı İlişkili Üçüncü Bir Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarına Etki Tanınması”, MHB Yıl 28, Sayı1-2, 2008, s. 147-172 (31. Madde).

METİN, Sevtap, “Yörüngesinden Çıkan Tabiat: Etik, Sosyal, Psikolojik ve Hukuki Görünümleriyle Taşıyıcı Annelik”, Sağlık Hukuku Makaleleri-II, İstanbul Barosu Yayınları 2012, s. 7-53.

NOMER, N. Haluk, “Sunı Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 545 – 594.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, “Yeni Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un Getirdikleri”, Güncel Hukuk, Şubat 2008/2-50, s. 52-55.

ÖZSUNAY, Ergun, “Taşıyıcı Annelikle İlgili Hukuksal Sorunlar”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2007/8-44, s. 28-29.

ÖZSUNAY, Ergun, “Uluslararası Belgelerde ve Bazı Ulusal Hukuk Düzenlerinde Embriyo ve Cenin’in Hukuksal Durumu ve Korunması”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri Medeni Hukukta Güncel Sorunlar Ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, (Embriyo ve Cenin).

ÖZSUNAY, Ergun, “Rights of Embryo and Foetus in Private Law”, Convergence of Legal Systems in the 21st Century, Brisbane, Australia, 14-20 July 2002.

ÖZYİĞİT, Savaş, “KKTC’de IVF (In-Vitro Fertilizasyon)”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Lefke Avrupa Üniversitesi II. Sağlık Hukuku Sempozyumu, 17-18 Mayıs 2010, Adalet Yayınevi Ankara 2011, s. 253-256.

TEKİNALP, Gülören, “MÖHUK’un Nesepte Tanıma Statüsü Ve Evlilik Dışı Çocukların Tanınması Hakkında Milletlerarası Sözleşme”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 14/ Sayı 1-2/1994, s. 99-108 (“Tanıma Statüsü”).

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Bağışlanan Spermle Dünyaya Gelen Çocukların Hakları”, Güncel Hukuk Dergisi, Ağustos 2011 / 8-92, s. 42-46.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Yeni MÖHUK’a Göre Soybağı İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Sorunu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008/2, s. 315-322.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Devletler Özel Hukukunda Yapay Döllenme Sonucunda Dünyaya Gelen Çocuk İle Ana ve Baba Arasındaki Nesep İlişkisine Uygulanacak Hukuk Sorunu”, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi”, 17-18/2006.

UYANIK ÇAVUŞOĞLU, Ayfer, “Milletlerarası Özel Hukuk Perspektifi ile İnfertilite Turizmi” Uluslararası Sağlık Turizmi Hukuku Kongresi İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 22-23 Haziran İstanbul (henüz yayınlanmamış bildiri) (İnfertilite Turizmi).

İnternet Kaynakları

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4721.html> (Erişim Tarihi: 19.2.2012).

http://www.cocukhaklari.gov.tr/condocs//mevzuat/cocuk_haklari_sozlesmesi.pdf (Erişim Tarihi: 25.2.2012).

<http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/rgTDetail.jsp?pTabId=&pInstanceId=441150&pViewId=477&pObjectId=588&pDetailObjectId=441164> (Erişim Tarihi: 11.3.2012).

ŞİPKA, Şükran, “Taşıyıcı Annelik ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”, <http://www.turkhukuksitesi.com/makale537.htm> (Erişim Tarihi: 11.1.2012).

<http://www.tipterimlerisozlugu.com/embryo.html> (Erişim Tarihi: 5.5.2012).

<http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/a68.html> (Erişim Tarihi: 24.6.2012).

<http://www.tipterimlerisozlugu.com/infertility.html> (Erişim Tarihi: 5.5.2012).

http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law/applicable_law_geren.htm (Erişim Tarihi: 24.6.2012).

<http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/a68.html> (Erişim Tarihi: 24.6.2012).

http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_2.pdf (Erişim Tarihi: 31.4.2012).

http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/findKararDetail_n.jsp?pKunye=Yarg%FDtay%202.%20%20Hukuk%20Dairesi-%20Esas%20No:%202003/929%20-%20Karar%20No%20:2003/2493%20-%20%20-%20Tarih:%2026/02/2003&&pTopHtml=%3Ctable%20border=0%20cellspacing=0%20 cellpadding=0%3E%3Ctable%3E&pKararId=741544&pMevzuatId=&pMainCategoryId=Yargitay&pSearchKeyToBold= (Erişim Tarihi: 5.6.2012).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15364.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/15364.pdf> (Erişim Tarihi: 25.6.2012).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13329.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13329.pdf> (Erişim Tarihi: 25.6.2012).

<http://www.ciec1.org/ListeConventions.htm> (Erişim Tarihi: 25.6.2012).

<http://www.law.ankara.edu.tr/dergi/AUHF-60-02/AUHF-2011-60-02-tarman-onay> (Erişim Tarihi: 12.8.2012).

<http://www.iudergi.com/tr/index.php/hukukmhb/article/viewFile/2446/2036>

(Erişim Tarihi: 13.8.2012).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13329.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/13329.pdf> (Erişim Tarihi: 25.6.2012).

<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2009/10/20091007.htm> (Erişim Tarihi: 10.3.2012).

<http://www.mahkemeler.net/tuzuk/st19-2006.pdf> (Erişim Tarihi: 30.6.2012).

<http://www.law.ankara.edu.tr/dergi/AUHF-60-02/AUHF-2011-60-02-tarman-onay> (Erişim Tarihi: 12.8.2012).