

DONDURULARAK SAKLANMIŞ ÜREME HÜCRESİNİN VEYA EMBRİYONUN EŞİN ÖLÜMÜNDEN SONRA ANA RAHMİNE TRANSFERİ (POSTMORTAL DÖLLENME) SONUCUNDA DOĞAN ÇOCUĞUN MİRASÇILIĞI

Bahar ÖCAL APAYDIN*
Nurten İNCE AKMAN**

ÖZ

İsviçre Medeni Kanunu m. 542/f.1, Türk Medeni Kanunu m. 580/f.1 ve Alman Medeni Kanunu § 1923/f.1 hükümleri uyarınca mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümünde sağ olmak gerekmektedir. Ancak bu hukuk düzenlerinde mirasbırakanın ölümünde ona mirasçı olmak için sağ olunması koşuluna bir istisna tanınmış ve miras açıldığında (mirasbırakanın ölüm anında) ceninin bulunması halinde sağ doğan cenin, mirasçı olarak kabul edilmiştir. Hatta cenin doğana kadar mirasın paylaşımının ertelenmesi imkânı getirilmiştir. Teknolojide ve tıpta meydana gelen gelişmeler aile yapısını da etkilemektedir. Günümüzde yapay döllenmenin tanıdığı imkânlar başta olmak üzere çeşitli sebeplerle hukukun birçok alanını etkileyen yeni sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. 1970'li yıllarda bir erkeğin spermelerinin dondurulması ve öldükten sonra kullanılması hususu akla bile gelmezken, tıp alanında meydana gelen gelişmeler karşısında bu durum artık mümkün hale gelmiştir. Kocanın ölümü halinde dondurulmuş embriyonun ana rahmine transferi veya dondurulmuş spermelerinin kullanılmasına bazı hukuk düzenlerinde izin verilmektedir. Dolayısıyla kocanın ölümünden sonra, dondurulmuş embriyonun yahut kocanın sperminin yapay döllenmesi neticesinde sağ ve tam doğan çocuğun miras hukuku bakımından durumu çözülmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çalışmada kocanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmiş olan embriyonun mirasçılığı karşılaştırmalı hukuk açısından ele alınacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Dondurulmuş Embriyo, Dondurulmuş Sperm, Cenin, Kanuni Mirasçılık, Çocuğun Üstün Yararı*

* **Dr. Öğr. Üyesi,** Osmangazi Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Öğretim Üyesi

E-Posta: bahar.ocalapaydin@ogu.edu.tr.

ORCID NO: 0000-0001-9106-8286.

** **Dr. Öğr. Üyesi,** Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, **E-Posta:** nurten.ince@marmara.edu.tr.

ORCID: 0000-0002-8674-3221.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.733317

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 22/01/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 09/03/2020

THE INHERITANCE RIGHTS OF THE CHILD BORN AS A RESULT OF THE TRANSFER OF THE CRYOPRESERVED GAMETE OR EMBRYO TO THE MOTHER'S UTERUS AFTER THE DEATH OF THE HUSBAND (POSTHUMOUSLY CONCEIVED CHILD)

ABSTRACT

In order to inherit, the heir must be alive at the time of the death of deceased person according to the article 542 of the Swiss Civil Code, article 580 of the Turkish Civil Code and § 1923 of the German Civil Code. However, in these legal systems, an exception was granted to the condition where there is a fetus at the time of succession (at the time of the death of deceased person), accordingly a child is capable of inheriting, providing she or he is subsequently born alive. In fact, the division of the estate may be deferred until the child is born, if on succession the rights of an unborn child need to be taken into consideration. Advances in technology and medicine also affect the family structure, for example nowadays new problems affect many areas of law for various reasons, especially the opportunities afforded by artificial insemination. In the 1970s, it was not even conceivable that a man's sperm could be frozen and used after his death, but in the face of advances in medicine, this has become possible. In certain legal systems, the transfer of the cryopreserved embryo or cryopreserved sperm to the uterus of the mother after the death of husband is permitted. Therefore, the inheritance status of the child who born alive as a result of the transfer of the cryopreserved embryo or the embryo obtained using the cryopreserved sperm of the husband after his death must be determined. In this study, the inheritance rights of the embryo transferred to the mother's uterus after the death of the husband will be examined in terms of comparative law.

Keywords: *Frozen embryo, Frozen sperm, Fetus, Statutory Heirs, the Best Interests of the Child*

Giriş

Geniş anlamda yapay dölleme, erkek üreme hücresi ve kadın üreme hücresinin tıbbi müdahale ile dölleniş olmasıdır. 1978 yılında İngiltere'de yapay dölleme sonucunda ilk defa dünyaya gelen Louise Brown'dan sonra, günümüzde artık pek çok çocuk yapay dölleme sonucunda dünyaya gelmektedir. Örneğin, 2004 yılında Almanya'da açıklanan verilere göre 61.724 aile yapay döllemeye başvurmuş ve bunlardan 9.800 çocuk dünyaya gelmiştir¹.

¹ Deutsches IVF Register Jahresbericht 2004.

1970’li yıllarda bir erkeğin spermelerinin dondurulması ve öldükten sonra kullanılması hususu akla bile gelmezken, tıp alanında meydana gelen gelişmeler karşısında bu durum artık mümkün hale gelmiştir. İsviçre, Fransa, İtalya ve Almanya’da, üreme hücrelerinin sahibinin birinin ölümü halinde elde edilen embriyonun ve ölümden sonra ölen kişinin spermelerinin kullanılması hukuken yasaktır. Buna karşılık Belçika, İngiltere ve Amerika Birleşik devletleri gibi bazı hukuk düzenlerinde ölümden sonra dondurulmuş embriyo yahut dondurulmuş spermin kullanımına izin verilmektedir.

Teknolojide ve tıpta meydana gelen gelişmeler aile yapısını etkilemekte ve günümüzde yapay döllenmenin tanıdığı imkânlar başta olmak üzere çeşitli sebeplerle hukukun birçok alanını etkileyen yeni sorunlar ortaya çıkmaktadır². Hukuk ise tıp alanındaki bu gelişmeler karşısında kayıtsız kalamamaktadır. Zira hâkimin önüne gelen böyle bir meseleyi çözmesi kendisinden beklenmektedir. Örneğin, A ve B evli olup çocuk özlemi çekmektedirler. A ve B İngiltere’ye gidip tüp bebek tedavisine başlarlar ve bu tedavi esnasında Bay A spermelerinin dondurulmasını isteyip ölümü halinde eşinin bu spermeleri kullanabileceğini belirtir. Yurda dönen Bay A geçirdiği bir trafik kazası sonucunda vefat eder. Bayan B ise bu ölüm olayına son derece üzülür ve eşiyile son zamanlardaki en büyük hayali olan çocuk sahibi olmayı hatırlayarak İngiltere’ye gider. Bay A’nın dondurulmuş spermelerini kullanarak oluşturulan embriyo Bayan B’nin rahmine transfer edilir. Bay A’nın ölümünden 400 gün sonra bir kız çocuğu dünyaya gelir. Bay A’nın ölümünden sonra nüfus kayıtları dikkate alınarak mevcut mirasçılar arasında miras paylaşmıştır. Ancak Bayan B artık bir çocukları olduğu için dava açarak mirasın yeniden paylaşılmasını istemektedir³.

Dondurularak saklanmış embriyonun yahut üreme hücresinin, erkeğin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesinin Türk hukuku bakımından mümkün olup olmadığı bir ön sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık, Türk hukuku bakımından dondurularak saklanmış embriyo yahut üreme hücresinin erkeğin ölümünden sonra transferine izin verilmese dahi, izin veren bir hukuk düzeninde söz konusu transferin gerçekleştirilmesi sonucunda doğan çocuğun hukuki kaderinin belirlenmesi her halde önem arz eder. Mirasbırakanın ölümü sırasında ana rahmine düşmemiş hatta henüz embriyo bile olmayan, daha sonra tam ve sağ doğan ve mirasbırakanın biyolojik

² ÖZDEMİR, s. 879.

³ Davadan uyarlanmıştır.

çocuğu olan kişinin, mirasçı olup olmayacağı çocuğun hukuki kaderinin belirlenmesi bakımından çözülmesi gereken bir meseledir. Dolayısıyla bu çalışmanın amacı, Türk hukuku bakımından erkeğin ölümünden sonra eşinin rahmine transfer edilen sperm yahut yerleştirilen embriyonun gelişimini tamamlayıp sağ ve tam doğmasının miras hukukuna etkisini İsviçre ve Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak incelemektir.

I. Yapay Döllenme ve Eşin Ölümünden Sonra Dondurularak Saklanmış Spermin yahut Embriyonun Kullanılması

A. Genel Olarak Yapay Döllenme Kavramı

Tıp alanında yumurta ve sperm döllenmesi anından başlayarak gebeliğin ilk sekiz haftası boyunca bir “embriyo”dan⁴, bundan sonra doğuma kadar geçecek sürede ise “cenin, fetüs” ya da “dölüt”ten söz edilmektedir. Tıpta genel olarak cinsiyet hücrelerine gamet denilmektedir⁵. Dişi üreme hücresi (yumurta, ovum) ile erkek üreme hücresinin (sperm) bir araya gelmesinden itibaren yaklaşık 24 saat sonra yumurtanın döllendiği kabul edilmektedir. Döllenmiş yumurtaya zigot da denilmektedir⁶.

Embriyo; ana rahminde gerçekleşen doğal bir döllenme sonucunda meydana gelebileceği gibi, yumurtanın sperm ile ana rahmi dışında tıbbî bir müdahale ile döllenmesi sonucunda da oluşabilir. Bu halde “yapay döllenme” söz konusu olmaktadır⁷. Yapay döllenme; erkek üreme hücrelerinin, normal cinsel birleşme olmadan, tıbbi yöntemler ile kadın üreme organına aktarılması suretiyle döllenmenin gerçekleştirilmesi amacıyla yönelik müdahaledir⁸. Insemination (aşılama) işleminde, erkekten alınan sperm örnekleri yıkanarak, iyi hareketli spermler seçilerek kadının rahmine yerleştirilmektedir. Bu yöntemin tercih edilmesinin sebebi, normal yollarla spermlerin yumurtalarla birleşmemesidir. In Vitro Fertilizasyon (IVF) işleminde ise kadından cerrahi yollarla alınan yumurta hücreleri spermle deney tüpünde (In Vitro) birleştirilmektedir⁹. Bu şekilde oluşturulan embriyo

⁴ TUĞLACI, s. 240.

⁵ TUĞLACI, s. 301.

⁶ Döllenmeden implantasyon evresine kadar geçen süre içindeki gebelik ürünü genel olarak bu şekilde ifade edilmektedir (TUĞLACI, s. 559 ve 903).

⁷ FRONEMANN, s. 966; ÖZDEMİR, s. 881; HAKERİ, s. 104; ZEYTİN, s. 214.

⁸ FRONEMANN, s. 1; ZEYTİN, s. 215.

⁹ FRONEMANN, s. 1.

kadının rahmine yerleştirilmektedir. Bu yöntem de yapay dölleme olarak nitelendirilmektedir.¹⁰

Günümüzde yapay döllemenin tamamen yasaklanması düşünülemez. Zira yapay döllemenin, kişilerin çocuk özleminin dışında, temel bir hak olduğu; ayrıca bireylerin bedensel ve ruhsal gelişimiyle yakından ilgili olduğu kabul edilmektedir¹¹. Ayrıca, yapay döllemenin yasaklanmasının çocuk isteyen kişilerin kişiliklerini geliştirmelerine engel olacağı da ifade edilmektedir¹². Buna karşılık yapay dölleme türleri bakımından ayırım yapılarak, hukuk düzenlerinde kısmi bir yasaklama yapıldığı görülmektedir.

Yapay dölleme, homolog ve heterolog dölleme şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Homolog dölleme evlilik içinde yahut hayat arkadaşlığının tanındığı hukuk sistemlerinde evli olmayan çiftler bakımından yapılan dölleme olup kadına eşinden ya da partner olduğu erkekten alınan üreme hücrelerinin aşılması veya eş yahut çift olan bu kişilerin üreme hücrelerinin in vitro (tüpte) döllendirilmesi şeklinde gerçekleşmektedir¹³. Bu tip dölleme yoluna tabii döllemenin imkânsız ya da güç olduğu, eşlerin mekân itibarıyla uzak olduğu durumlarda başvurulmaktadır¹⁴. Evli olmayan kadına herhangi bir erkekten alınan üreme hücrelerinin ya da evli kadına kocasından başka bir erkeğin üreme hücrelerinin aşılması ise heterolog döllemedir¹⁵. Evli olmayan erkeğin spermelerinin herhangi bir kadının yumurtaları veya evli erkeğin karısından başka birinin yumurtalarının kullanılması durumunda da yine heterolog dölleme söz konusu olur.

Türk hukukunda, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun¹⁶ (2238 sayılı Kanun) Ek m. 1/f.1 hükmü uyarınca üremeye yardımcı tedavi yöntemleri, sadece evli olan çiftler bakımından uygulanabilir. Ayrıca 2238 sayılı Kanun ek m. 1/f. 2 hükmünde, eşlerden biri ya da her ikisinden alınan üreme hücrelerinin ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun başka kişilere uygulanması ve taşıyıcı annelik

¹⁰ ÖZDEMİR, s. 881.

¹¹ ÖZDEMİR, s. 881. Üreme hakkı ve sınırları ile ilgili tartışmalar için ayrıca bkz. ZEYTİN, s. 219 vd.

¹² ÖZDEMİR, s. 881.

¹³ ÖZDEMİR, s. 880 vd; FRONEMANN, s. 11; ZEYTİN, s. 215.

¹⁴ ÖZDEMİR, s. 879.

¹⁵ ÖZDEMİR, s. 880; KIRKBEŞOĞLU, s. 42; ACABEY, s. 176.

¹⁶ R.G. S.16655, T. 03.06.1979.

yasaklanmıştır¹⁷. Dolayısıyla Türk hukuk düzeninde homolog döllenmeye izin verilmiş ve fakat heterolog döllenmeye izin verilmemiştir¹⁸.

İsviçre hukuk düzeninde İsviçre Tıbbi Destekle Üreme Kanunu (FMedG) m. 3/f.1 hükmü uyarınca, çocuğun yararının teminat altına alındığı hallerde yapay döllenmeye izin verilmiştir. FMedG m. 3/f.2 hükmünde, yapay döllenmenin yalnızca İsviçre Medeni Kanunu (İsv.MK) m. 252-263 hükmü uyarınca ebeveyn-çocuk ilişkisini kurma imkanı bulunan çiftler bakımından kabul edildiği ifade edilmektedir. Burada evli ve evli olmayan çiftler bakımından bir ayırım yapılmamış; çocukla soybağı kurulması ihtimaline göre bir değerlendirme yapılmıştır. Ne var ki, yalnızca çiftlere yapay döllenme yoluna başvurma imkânı tanındığından, çocukla soybağı kurması hukuken mümkün olmasına rağmen yalnız bir kadının heterolog döllenme yoluna başvurmasına izin verilmemiştir. Ayrıca (FMedG) m. 3/f. 3 hükmü uyarınca, yalnızca evli çiftler donörden alınmış spermi kullanabilirler.

İngiliz, Alman ve Amerikan hukuklarında ise heterolog döllenmeye izin verilmektedir¹⁹.

B. Eşin Ölümünden Sonra Dondurularak Saklanmış Spermin yahut Embriyonun Kullanılması Meselesi

Eşin ölümünden sonra dondurularak saklanmış üreme hücresi (spermi) yahut dondurularak saklanmış olan embriyonun kullanılması yani postmortal döllenme bazı hukuk düzenlerinde yasaklanmakta; bazı hukuk düzenlerinde ise bu tarz bir kullanıma izin verilmektedir.

¹⁷ Bu yasağa aykırı davranışları gerçekleştirenler hakkında 2238 sayılı Kanun m. 15 hükmü uyarınca hapis ve para cezası öngörülmektedir. Konuyla ilgili ayrıntılı incelemeler için bkz. PARLAK-BÖRÜ, s. 96 vd.

¹⁸ Buna karşılık AİHM önüne taşınan bir uyuşmazlıkta heterolog döllenme yasağı, kişinin üreme hakkı, diğer bir deyişle ebeveyn olma veya olmama hakkına aykırı görülmüştür. Mahkemeye göre, çocuk sahibi olma hakkına sahip bir çiftin üremeye yardımcı tekniklere başvurması, AİHS m. 8 hükmündeki özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının bir ifadesi olarak kabul edilmiştir. Ne var ki, tıp alanındaki hızlı gelişmeler karşısında toplumların etik ve ahlak anlayışı dikkate alındığında bu konunun ülkelerin takdirine bırakılması gerektiği AİHM tarafından kabul edilmiştir. (AİHM, S.H. ve diğerleri - Avusturya, Başvuru No: 57813/00, T. 01.04.2010; ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 309; HAKERİ, s. 109.

¹⁹ Alman hukuku için bkz. FRONEMANN, s. 23. İngiliz ve Amerikan hukuku için bkz. EROL, s. 44 vd.

İsviçre²⁰, Fransa²¹, İtalyan ve Alman²² hukuk düzenlerinde dondurularak saklanmış üreme hücresi yahut embriyonun kullanımı açıkça yasaklanmıştır.

Türkiye’de 2238 sayılı Kanun Ek m.1/1 hükmünde, üremeye yardımcı tedavi yöntemine ilişkin esaslar düzenlenmekle birlikte kişinin ölümünden sonra elde edilen üreme hücresinin yahut bu hücre de kullanılarak elde edilen embriyonun akıbeti düzenleme altına alınmamıştır. Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik²³ (ÜYTY) m. 20/f. 2 hükmünde, “*ancak tıbbi zorunluluk halinde erkekten elde edilen üreme hücresi ve gonad dokularının saklanmasına*” izin verilmiştir. Tıbbi zorunluluk halleri, “*cerrahi yöntemlerle sperm elde edilmesi; kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler öncesinde; üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlarda (testislerin alınması ve benzeri) öncesinde ve çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumu*” şeklinde sayılmıştır (ÜYTY m. 20/f.2-a,b,c,ç). Yönetmelikte erkek üreme hücresinin saklanması bakımından, beş yıllık azami bir süre öngörülmüştür (ÜYTY m. 20/f. 6). ÜYTY m. 20/f. 4 hükmünde ise dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokularının, kişinin ölümü halinde imha edileceği düzenlenmiştir.

Belçika²⁴, İngiltere²⁵ ve Amerika Birleşik Devletlerinde²⁶ kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücrenin karşı cinsin üreme

²⁰ İsviçre Tıbbi Destekle Üreme Kanunu (FMedG) m.3/f.4 hükmünde üreme hücresinin kişinin ölümünden sonra kullanılması; FMedG m. 3/f.5 hükmünde ise yapay olarak döllenen yumurta veya embriyonun eşlerden birinin ölümü halinde kullanılması yasaklanmıştır.

²¹ Fransa’da Kamu Sağlığı Kanunu (CSP) m.L2141-2 hükmü uyarınca, embriyonun transfer edilebilmesi için ebeveyn projesini oluşturan kadın ve erkeğin hayatta olması gerekmektedir.

²² Almanya’da Embriyonun Korunması Hakkında Kanun (ESchG) § 4/f.1-3, bir erkeğin ölümü bilindiği halde onun spermi kullanılarak döllemenin gerçekleştirilmesi yasaklanmıştır.

²³ R.G. Sayı: 29135, T. 30.09.2014.

²⁴ Belçika’da Tıbbi Destekli Üreme ve Fazla Embriyo ve Gametlerin Akıbeti Hakkında Kanun (LPMAD) hükümleri uyarınca kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin ve bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin verilmiştir.

²⁵ İngiltere’de 2008 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyoloji Kanunu (HFEA) m. 39 hükmü, çiftin evli olup olmasından bağımsız olarak, sperm sahibinin ölümünden sonra sperminin yahut bu spermin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun transferine imkân tanımaktadır.

²⁶ Amerika Birleşik Devletleri’nde kişinin ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilmiş embriyonun transferine izin verilmekle birlikte Federal düzeyde düzenlemeler bulunmamaktadır (ROWSSELL, s. 406; STEGMÜLLER, s. 189).

hücresi ile döllenen sonucunda elde edilen embriyonun kullanımına izin verilmektedir²⁷. Bu doğrultuda erkeğin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun transferine izin verilen hukuk düzenlerinde, erkeğin sağlığında ölümünden sonra söz konusu işleme rıza vermesinin arandığı görülmektedir²⁸.

III. Eşin Ölümünden Sonra Üreme Hücresinin yahut Embriyonun Ana Rahmine Transferi Sonucunda Doğan Çocuğun Mirasçılığı

A. Genel Olarak

Yukarıdaki açıklamalar dondurularak saklanmış embriyonun yahut üreme hücresinin, erkeğin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesine yani postmortal döllenebilirliğe izin veren ülkelerin olduğunu göstermektedir. Dondurularak saklanmış embriyonun yahut spermin, eşin ölümünden sonra ana rahmine transferini açıkça yasaklayan ülke vatandaşı bir kadının buna izin veren ülkede transferi gerçekleştirmesi de mümkündür. Böyle bir durumda eşin ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmiş olan embriyonun tam ve sağ doğması halinde doğan çocuğun mirasçılığı incelenmesi gereken önemli bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İsviçre Medeni Kanunu m. 542/f.1, Türk Medeni Kanunu m. 580/f.1 ve Alman Medeni Kanunu § 1923/f.1 hükümleri uyarınca mirasçı olabilmek için mirasbırakanın ölümünde sağ olmak gerekmektedir. Ancak bu hukuk düzenlerinde mirasbırakanın ölümünde ona mirasçı olmak için sağ olunması koşuluna bir istisna tanınmıştır. Buna göre miras açıldığında (mirasbırakanın ölüm anında) ceninin bulunması halinde sağ doğan cenin, mirasçı olarak kabul edilmiştir (*conceptus, pro iam nato habetur*)²⁹. Burada sağ doğum koşuluna bağlı olarak ceninin gerek kanuni mirasçılığı gerekse iradi mirasçılığı kabul edilmektedir (İsv.MK m. 544/f.1; TMK m. 582/f.1, Al.MK 1923 II). Bu halde sağ doğan çocuk mirasbırakanın alt soyu ise o takdirde, hem kanuni hem de saklı paylı mirasçı olmaktadır (İsv.MK m. 457/f.11 ve İsv.MK m. 471/f.1; TMK m. 495/f.1 ve m. 506/f.1-1; Al.MK § 1924). Ceninin sağ doğması, mirasçı olması

²⁷ Bu ülkelerin yanı sıra Portekiz, İspanya, Hollanda ve Yunanistan'da da üreme hücresi yahut üreme hücrelerinden elde edilen embriyonun kişinin ölümünden sonra kullanılmasına izin verilmektedir. Her bir ülkedeki uygulama koşulları farklı olmakla birlikte bu hukuk düzenlerine ilişkin değerlendirmeler için bkz. STEGMÜLLER, s. 185-190.

²⁸ STEGMÜLLER, s. 187-189.

²⁹ HRUBESCH-MILLAUER, Art. 544, N. 1; WILDISEN, Art. 544, N. 1; COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N. 1; SEROZAN/ENGİN, N. 134, s. 114.

için yeterlidir ve ceninin ne kadar yaşadığı mirasçılık sıfatının kazanılması bakımından önem taşımamaktadır³⁰. Cenin sağ doğduğu takdirde, geriye etkili olarak mirasbırakanın öldüğü andan itibaren mirasçı olur³¹. Anılan hukuk düzenlerinde ceninin varlığı halinde mirasın paylaşılmasının erteleneceği de hüküm altına alınmıştır (İsv. MK 605/f.1; TMK m. 643/f.1; A1.MK § 2043).

İsviçre hukuku ve Türk hukukunda evliliğin sona ermesinden başlayarak, 300 gün içinde doğan çocukla babası arasında soybağı kurulması yönünde bir karine mevcuttur (İsv. MK m. 255/f.1; TMK m. 285 f. 1; A1.MK § 1593). Ayrıca mirasbırakanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğanların miras bırakanın ölümünden önce ana rahmine düşmüş olduğu karine olarak kabul edilir ve cenin bu durumda kanunî mirasçı olur (İsv.MK m. 255/f.1 ve TMK m. 285 f. 1 A1.MK § 1593 hükmüne kıyasen)³². Buna göre ceninin babası ölmüşse, cenin babanın ölümünden, yani mirasın açılmasından sonra 300 gün içinde sağ doğmak koşulu ile babanın kanunî mirasçısı olur. Dolayısıyla 300 günlük süre özellikle yapay dölleme bakımından da önem taşır³³. Zira bu halde ana rahmine düşmenin değil de yapay olarak yapılan döllemenin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir³⁴.

Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde mirasbırakanın ölümünden önce elde edilmiş ancak henüz ana rahmine transfer edilmemiş bir embriyonun bulunması ya da mirasbırakanın ölümünden sonra da kullanılmasına izin verdiği spermlerin bulunması ve kullanılması halinde sağ doğan çocuğun kanuni mirasçı olup olamayacağına ilişkin açık düzenleme bulunmamaktadır. Anılan hukuk düzenlerinde ileride doğacak bir kişinin ancak iradi mirasçı olmasına imkân tanınmıştır (İsv. MK m. 545; TMK m. 583; A1.MK § 2101). Buna göre, mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kişinin artmirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak mirasbırakan tarafından ölüme bağlı bir tasarrufla belirlenmesi mümkündür.

Yukarıda incelendiği üzere Türk hukukunda, üreme hücrelerinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun kişinin ölümü halinde imhası gerekmektedir. Ne var ki, dondurularak saklanmış embriyonun yahut spermin kullanımına izin veren bir ülkede kocanın ölümünden sonra

³⁰ HRUBESCH-MILLAUEER, Art. 544, N. 2; WILDISEN, Art. 544, N. 1.

³¹ COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N. 4.

³² WILDISEN, Art. 544, N. 2.

³³ WILDISEN, Art. 544, N. 2.

³⁴ WILDISEN, Art. 544, N. 2.

üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun transferi sonucunda doğan çocuğun hukukî durumu açıklığa kavuşturulmalıdır. Nitekim Türkiye’de bu mesele mahkeme önüne taşınmıştır. Davaya konu olayda, Bay D ile Bayan E evli olup çocuk özlemi çekmektedirler³⁵. 2003 yılında çift Londra’daki bir hastaneye tüp bebek tedavisi için başvurur³⁶. Bay D’nin testis dokusunda canlı sperme rastlanır ve bunların dondurularak saklanmasına karar verilir. Bay D kendisine verilen formdaki “*Ölümünüz ya da bitkisel hayata girmeniz durumunda spermlerinizin kullanılmasına izin veriyor musunuz?*” sorusuna evet yanıtı vererek, öldüğünde spermleri kullanacak kişi bölümüne de eşi Bayan E’nin adını yazar. Spermler dondurulur. Bay D, hastane çıkışı eşiyle yaptığı konuşmada başına kötü bir şey gelirse spermleri kullanacağına dair söz vermesini ister. Bayan E söz verir ancak buna gerek kalmayacağını ve uzun süre birlikte ve mutlu yaşayacaklarını belirtir. Bay D ile Eşi E Türkiye’ye dönerler. Bay D trafikte arabasına çarpan ve tartıştığı Bay M’nin kurşunlarına hedef olup 16.08.2003 yılında hayatını kaybeder. Bu olaydan sonra çok üzgün olan Bayan E’nin aklına eşinin dondurulmuş spermleri ve bu spermleri kullanmak için eşi D’ye vermiş olduğu söz gelir. D’nin ölümünden 15 gün sonra spermlerin kullanılması için Bayan E Londra’ya gider. Söz konusu dondurulmuş spermler kullanılarak iki adet embriyo elde edilir. Embriyolar ana rahmine transfer edilir. 17 Temmuz 2004 yılında doğması planlanan bebek bir ay erken dünyaya gelir. Babasının ölümünden itibaren 305 gün sonra tam ve sağ doğan kız çocuğuna A D ismi verilir. Daha sonra Bakırköy 5. Sulh Hukuk Mahkemesi’ne mirasçılık belgesinin iptali ve yeni mirasçılık belgesi verilmesi için dava açılır³⁷. Davacı Bayan E, eşinin 16.08.2003 yılında vefat ettiğini; Bakırköy 3. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin³⁸ o dönemin nüfus kayıtlarını dikkate alarak mirasçılık belgesini düzenlediğini; mirasbırakanın kendisinden sonra doğan kızının o tarihlerde nüfus kayıtlarında yer almaması nedeniyle mirastan kendisinin ve mirasbırakanın kardeşlerinin pay aldığı; ancak kızının nüfusa kaydedildiğini ve bu nedenle de daha önce tanzim edilen mirasçılık belgesinin iptali ile yenisinin düzenlenmesini talep

³⁵ Türk hukukunda mirasbırakanın ölümünden sonra kullanılan spermlerin tam ve sağ doğması sonucunda mirasçı olabileceğine yönelik mahkeme kararı olduğuna dair bizi aydınlatan ve bu mahkeme kararına ulaşmamızı sağlayan sayın Prof. Dr. Erol ULUSOY ile Avukat Fırat ARAS’a değerli katkıları için teşekkür etmeyi bir borç biliriz.

³⁶ <http://www.hurriyet.com.tr/kelebek/oldukten-10-ay-sonra-baba-oldu-352029> (Erişim: 07.11. 2019)

³⁷ Dosya No: 2004/778 Karar No: 2008/548.

³⁸ 2003/754-921.

etmiştir. Aynı zamanda Asliye Hukuk Mahkemesi'ne de babalığın tespiti davası açıldığı ve ölen D'nin A D'nin babası olduğuna Yargıtay tetkikatından geçmek suretiyle E. 2004/667 K. 2006/331 sayılı kararı ile hükmedildiğini ifade etmiştir. Mahkeme, A D'nin mirasbırakanın kızı olması nedeniyle davayı kabul etmiştir. Dolayısıyla daha önce verilmiş olan mirasçılık belgesi iptal edilerek, A D'nin de mirasçılığına hükmedilmiştir.

Söz konusu mahkeme kararında spermlerin mirasbırakanın ölümünden sonra kullanılması sonucu sağ ve tam doğan çocuğun mirasçılığına yönelik tartışmalara yer verilmese de mahkemece mirasçılığın kabul edildiği görülmektedir. Bu karar Yargıtay denetiminden geçmeden kesinleşmiştir.

B. Öğretideki Yaklaşımlar

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere babanın ölümünden sonra dondurularak saklanmış üreme hücresi (sperm) yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun iradi mirasçılığı konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Hatta incelenen Alman, İsviçre ve Türk hukuk düzenlerinde ileride doğan çocuğun art mirasçı yahut art vasiyet alacaklısı olarak mirasbırakan tarafından ölüme bağlı bir tasarrufla iradi mirasçı olabileceğine ilişkin açık kanun hükmü bulunmaktadır.

Erkeğin ölümünden sonra donmuş üreme hücresi (sperm) yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun kanuni mirasçılığı konusunda ise İsviçre hukuk öğretisi ve Türk hukuk öğretisinin yanı sıra özellikle Alman hukuk öğretisinde tartışmalar süregelmektedir. Bu hususta iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki erkeğin ölümünden sonra dondurulmuş üreme hücresi yahut dondurulmuş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddetmekteyken, ikinci görüş bu şekilde dünyaya gelen çocuğun mirasçılığını kabul etmektedir.

2. Kanuni Mirasçılığı Reddeden Görüşler ve Dayanakları

Erkeğin ölümünden sonra dondurularak saklanmış üreme hücresi yahut bu hücre kullanılarak elde edilmiş ve dondurularak saklanmış embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddeden bir görüşe göre, mirasbırakanın ölümü anında ceninin ana rahmine düşmüş olması şarttır. Bu sebeple, babanın ölümünden sonra ana rahmine düşmüş/transfer edilmiş olan embriyo onun mirasçısı olmaz. Bu görüş taraftarlarına göre, ancak

döllenmiş olan embriyonun ana rahmine transferi ile bu embriyo bireyselleşip korunacaktır³⁹. Alman hukukunda bu görüş taraftarları, Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ceninin yaşam hakkının nidasyonla (ana rahmine transferle) başladığını kabul eden yaklaşımını⁴⁰ gerekçe göstermişlerdir.⁴¹ Mirasbırakan sağken, ana rahmine düşmüş ama henüz doğmamış olan çocuk bakımından durumun farklı olduğu; bu hallerde babanın annenin karnındaki gelişmeleri takip ettiği ileri sürülmüştür⁴². O halde embriyo, ancak anne karnına transfer edilerek diğer embriyolardan ayrılıp korunacaktır.⁴³ Yine bu görüş taraftarlarına göre, yapay döllenme sonucu doğan çocuğun evlilik ürünü sayılması için ana rahmi dışında elde edilen bu embriyonun evlilik sona ermeden ana rahmine yerleştirilmiş olması gerekir⁴⁴. Diğer bir deyişle, mirasbırakan ölmeden ve evlilik ölümle sona ermeden embriyonun ana rahmine yerleştirilmesi gerekir, zira ana rahmine yerleştirilmemiş embriyoların akıbeti belli değildir ve bu nedenle birçok hukuki işlemin askıda kalması isabetli olmayacaktır⁴⁵. Ayrıca yapay döllenmede çoğu kez bir embriyo değil, birden fazla embriyonun elde edildiği ve çoğunlukla bu embriyonların hepsinin değil biri ya da birkaçının ana rahmine transfer edildiği unutulmamalıdır. Bu da embriyonun ana karnına nakli ile bireyselleşip korunacağına göstergesidir.

Bu görüş temsilcileri ayrıca, kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun ana karnına transferi neticesinde sağ doğan çocukla baba arasında soybağının kurulamamasını gerekçe göstermektedir⁴⁶. Kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücre kullanılarak elde edilen embriyonun transferinin özellikle İsviçre Medeni Kanunu'nun soybağına ilişkin hükümlerinin ruhuna aykırı olduğu savunulmaktadır⁴⁷.

³⁹ ZIERL, s. 303; SCHREIBER, s. 122.

⁴⁰ BverfGE 39, 1, 37. Ancak Brox'a göre Anayasa Mahkemesi kararında ceninin yaşam hakkının ana rahmine transferi ile başlayacağına dair bir açıklık bulunmamaktadır. Bu görüş taraftarları Brox'a göre mahkeme kararını yorumlamaktadırlar. BROX, s. 974.

⁴¹ ZIERL, s. 303; FRONEMANN, s. 46 vd.

⁴² ZIERL, s. 303; FRONEMANN, s. 46.

⁴³ HERMANN-ENGEL, s. 38.

⁴⁴ ZIERL, s. 303;

⁴⁵ NOMER, s. 580 vd; İMRE/ERMAN, s. 287.

⁴⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26; COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N.10.

⁴⁷ COUCHEPIN/MAIRE, Art. 544, N.10.

Mirasçılığı reddeden yaklaşımı temsil eden bir başka görüşe göre, kanun koyucu aile bireylerinin yaşarken birbirine bakmaları gerektiğinden yola çıkarak aile bireyelerine belli koşullar altında nafaka yükümlülüğü getirmiştir. Öldükten sonra spermleri kullanılan kişinin nafaka alacaklısı ve/veya borçlusu olması nasıl düşünülemez⁴⁸. Ayrıca bu görüşe göre saklı paylar, özellikle teknoloji ve sanayinin gelişmediği dönemlerde aile bireyelerinin ortak kullandıkları tarım arazisi ile işletmelerin mirasbırakanın ölümüyle tamamen üçüncü kişilere devredilmesini engellemek ve geride kalan aile bireyelerini korumak için kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir⁴⁹. Saklı payların gerekliliğinin tartışıldığı günümüzde kişi öldüğünde ana rahmine düşmemiş olan ceninin mirasçılığı da kabul edilmemelidir⁵⁰. Bu doğrultuda, aslında miras hukukunun temelinde birbirini destekleyen, yardım eden aile bireyelerinin ödüllendirilmesi düşüncesinin yattığı ve bu mantıkla bakıldığında mirasbırakanla spermlerin kullanılması dışında hiçbir sosyal bağı olmayan çocuğun mirasçılığının kabul edilmesine gerek olmadığı belirtilmiştir⁵¹. Zira miras hukukunun temelinde uzun süre birlikte yaşayan; birbirini destekleyen ve dolayısıyla mirasbırakanın malvarlığını artıran aile bireyelerinin mükâfatlandırılması söz konusudur. Bu görüş taraftarlarına göre, mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşmüş olan ceninin bile miras hakkı olmamalyken; mirasbırakan öldüğünde ana karnına transfer edilmemiş olan embriyonun daha sonra ana rahmine transferi ve tam ve sağlıklı doğması halinde de bunun kabul edilmesi mümkün değildir.⁵²

Erkeğin ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücre kullanılarak elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddeden görüşü savunanlar, saklı payın anayasalarda korunan bir hak olmadığını ileri sürmektedirler⁵³. Dolayısıyla mirasçı olmak, beklenen bir hak olmayıp sadece bir ümittir⁵⁴. Bu nedenle Federal Alman Anayasası'nın m. 14'ün amacının mirasçıları ve aileyi korumak olmadığı belirtilmiştir⁵⁵. O

⁴⁸ OTTE, 1923 BGB N. 26a; FRONEMANN, s. 98 vd.

⁴⁹ STRÄTZ, s. 1559 vd.

⁵⁰ FRONEMANN, s. 98 vd; LEIPOLD, s. 172 vd

⁵¹ FRONEMANN, s. 100 vd .

⁵² STRÄTZ, s. 1560; FRONEMANN, s. 101.

⁵³ FRONEMANN, s. 107 vd; GUTTMANN, s. 208; BLOMBERG, s. 190.

⁵⁴ GUTTMANN, s. 208; BLOMBERG, s. 190.

⁵⁵ OTTE, 1923 BGB N. 26; FRONEMANN, s. 107 vd, 134.

halde, mirasçılığın anayasalarda korunan temel bir hak olduğu gerekçesiyle de böyle durumlarda mirasçılığı kabule gerek yoktur. Ayrıca mirasbırakanın ölümünden sonra spermlerinin kullanılması halinde 300. günden sonra doğacak çocuk kanundaki karinelere yararlanamamaktadır. Dolayısıyla çocukla mirasbırakan arasında soybağının kurulması için babalık davasının açılması gerekmektedir. Bunun sonucunda da kendiliğinden hısım bile olmayan kişinin mirasçı olarak kabul edilmesinin doğru olmadığı ileri sürülmüştür⁵⁶.

Mirasçılığı reddeden görüş taraftarlarınca ayrıca, miras hukukunun amacının mirasbırakana en yakın olan kişilerin mirastan pay almaları olduğu ve sadece biyolojik bağın mirasçı olmak için yeterli olmadığı ileri sürülmüştür. Her ne kadar hukuki soybağı ile genetik soybağının bir arada bulunması arzu edilmekteyse de bunların uyuşmadığı durumlarda kanun koyucunun hukuki soybağına önem verdiği görülmektedir. O halde, spermleri kullanılan babanın biyolojik çocuğu olmasına rağmen ona ölmeden önce hukuki soybağı ile bağlanmayan çocuğun mirasçılık hakkından bahsedilmeyecektir⁵⁷. Miras hukukunda eşin ve bazı kişilerin saklı paylarının tanınması bunların gerçekten mirasbırakanla aralarında bir kan bağı olup olmadığına yönelik değildir⁵⁸.

Bu görüş taraftarlarınca, sırf mirasbırakanın biyolojik çocuğu olmanın mirasçı olmak için yeterli olmadığı ve sırf çocuğun menfaati dikkate alınarak onun mirasçı olduğuna hükmetmenin miras hukukunun temel prensiplerine aykırılık teşkil edeceği ileri sürülmüştür⁵⁹. Örneğin, mirasbırakanın biyolojik çocuğu olmasına rağmen mirasbırakanla arasında soybağı kurulmayan çocuğunun da miras hakkı olmadığı belirtilmiştir⁶⁰. Bu görüşe göre, mirasbırakanın spermleri ile döllenen bir embriyonun ana rahmine transfer edilmesi savunulmanın aksine onu kendiliğinden mirasçı yapmayacağı gibi, mirasbırakanın yakını da yapmamaktadır. Mirasbırakanın ölümünden 300 gün sonra tam ve sağ doğan çocuğun mirasbırakanla arasında soybağının kurulması için babalık davasının açılması gerekir⁶¹. O halde ana rahmine düşen ceninin mirasçılığını düzenleyen hükmün kıyasen uygulanması fikri her zaman doğru

⁵⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26; FRONEMANN, s. 94.

⁵⁷ LIEDER, 1923 BGB N. 3; STRÄTZ, 1559; FRONEMANN, s. 95 vd.

⁵⁸ FRONEMANN, s. 95.

⁵⁹ OTTE, 1923 BGB N. 26a.

⁶⁰ BRITTING, s. 155.

⁶¹ FRONEMANN, s. 124.

değildir⁶². Bu hallerde tam ve sağ doğan çocuğa mirasçılık tanınmaması eşitlik ilkesine her zaman aykırılık teşkil etmez⁶³. Yumurtaları kullanılan kadın bu yumurtalar başka birine transfer edildiğinde nasıl ki, doğan çocuk ona mirasçı olmayorsa bu durumlarda da mirasçılığın kabul edilmemesi gerekir.⁶⁴

Babanın ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücre de kullanılarak elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocuğun mirasçılığını reddeden görüşün diğer bir iddiasına göre, mirasbırakanın ölmesi halinde dondurulmuş embriyonun ve/veya spermlerin uzun süreden sonra kullanılması halinde doğacak olanın mirasçılığını kabul etmek, başka sorunları da beraberinde getirecektir⁶⁵. Spermleri dondurulduktan sonra kullanılıp dünyaya gelen çocuk babaya mirasçı olabiliyorsa, eşitlik ilkesi gereğince yumurtaları dondurulmuş annenin de yumurtalarının kullanılması halinde çocuğun o anneye mirasçı olacağına kabul edilmesi gerekir⁶⁶. Bu kabulün, özellikle taşıyıcı annelik hususunda miras hukukuna dair birçok sorunu beraberinde getireceği belirtilmiştir⁶⁷. Yine mirasbırakanın ölümünde henüz ana rahmine düşmeyen çocuğa mirasçılık tanınması çocuğun büyükanne ve -büyükbabasına da mirasçı olması vb.- anlamına gelir ki, bu da miras hukukunda birçok hükmün yeniden ele alınmasını gerektirir⁶⁸.

Bu görüşü savunanlar, kadının kocasının spermlerini uzun bir süre kullanmamasının, istediğinde kullanmasının ve bu halde doğan çocuğun diğer mirasçıların paylarını etkileme ihtimalinin, mirasçıları büyük bir belirsizlik içinde bırakacağını ileri sürmektedirler⁶⁹. Üstelik bunlar yapılırken, babasını hiç görmeyecek bir çocuk dünyaya getirilmekte olduğu ve bu durumun mirasçıların menfaatlerine uymadığı gibi çocuğun da menfaatlerine uymadığı, bu görüş taraftarlarınca ifade edilmektedir⁷⁰. Zira ebeveynlerinden birinin daha doğmadan önce ölmesi olgusunun, çocuğun psikolojisini de etkilediği

⁶² SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; LIEDER, 1923 BGB N. 3; FRONEMANN, s. 94.

⁶³ OTTE, 1923 BGB N. 26a.

⁶⁴ FRONEMANN, s. 105.

⁶⁵ MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8;

⁶⁶ FRONEMANN, s. 135 vd

⁶⁷ FRONEMANN, s. 117.

⁶⁸ BRITTING, s. 155; MÜNZER, s. 77 vd.

⁶⁹ ZIERL, s. 303; MÜNZER, s. 74; MANSEES, s. 183; OTTE, 1923 BGB N. 26c; SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N.9.

⁷⁰ FRONEMANN, s. 114 vd; FEGELER, s. 162.

belirtilmiştir⁷¹. Babasız çocukların dünyaya gelmesi yeni sosyal bir takım problemleri de ortaya çıkaracaktır. Dolayısıyla, bu problemleri önlemenin en önemli yolunun bu çocuklara mirasçılık hakkının tanınmaması olduğu savunulmaktadır⁷². Bu görüş taraftarlarına göre tıp alanında meydana gelen gelişmeler sonunda artık doğuran her zaman ana olmamaktadır. Ancak kanun koyucu çocuğu korumak adına bu hususta aksi ispat edilemez bir karine kabul etmiştir. Doğuranın biyolojik anne olmadığı taşıyıcı anne olduğu hallerde de bu karine geçerlidir. Nasıl ki taşıyıcı annelik konusunda çocuğun biyolojik annesiyle soybağının kurulması ve ona mirasçı olması çocuğun menfaati için kabul edilmiyorsa bu durumda da kabul edilmemesi isabetlidir⁷³. Kocasının spermlerini sonradan kullanan kadının evlenmesi halinde evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası kocadır. Çocuğun bu karineyi çürütmesi daha sonra ölen bir kişiyle soybağını hukuken kurmaya çalışmasının çocuk üzerinde büyük sıkıntılar yaratacağı ileri sürülmektedir.⁷⁴

Özellikle kişinin birden fazla kez spermlerini bağışlaması ve bu spermlerle elde edilen embriyo ya da spermlerin ölümünden uzun süre geçmesinden sonra kullanılması da söz konusu olabilir. Kaldı ki, erkeğin spermleri her zaman eşi tarafından kullanılmamaktadır⁷⁵. Erkeğin başka yerlere de sperm verdiği düşünülürse ileride bunların da mirasçılığının eşitlik ilkesi gereğince kabul edilmesi gerekir⁷⁶. Bu halde, çok büyük sorunlar ortaya çıkacaktır. Örneğin, mirasın tam olarak hiçbir zaman paylaşılmaması tehlikesi söz konusu olacaktır.⁷⁷ Bir hukuk devletinde hakkaniyetin sağlanması kadar hukuki güvenliğin sağlanması da son derece önemlidir⁷⁸. Bu görüş taraftarlarına göre hukuki güvenlik özellikle miras hukukunda büyük önemi haizdir. Miras hukukuna ilişkin hükümlerin açık, öngörülebilir ve bilenebilir

⁷¹ FRONEMANN, s. 114 vd özellikle 120; FEGELER, s. 162. Mahkeme kararlarında da bu husus tartışılmıştır. OLG München, Endurteil vom 22.2.2017– 3 U 4080/16, NZFam 2017, s. 957 vd.

⁷² FRONEMANN, s. 114 vd; FEGELER, s. 162. Mahkeme kararlarında da bu husus tartışılmıştır. OLG München, Endurteil vom 22.2.2017– 3 U 4080/16, NZFam 2017, s. 957 vd

⁷³ FRONEMANN, s. 117 vd.

⁷⁴ FRONEMANN, s. 122.

⁷⁵ MANSEES, s. 163 vd; FRONEMANN, s. 122 vd

⁷⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26c.

⁷⁷ MANSEES, s. 183; LIEDER, 1923 BGB N. 3.

⁷⁸ OTTE, 1923 BGB N. 26 ve 26b, 26c; SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; LIEDER, 1923 BGB N. 3; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; FRONEMANN, s. 125.

olması gerekir⁷⁹. Miras açıldıktan sonra paylaşımaya kadar, mirasçılar tereke üzerinde elbirliği halinde hak sahibi olduklarından, miras ortaklığını bir an önce sona erdirmeye eğilimleri vardır. Miras ortaklığının sona erip ermeyeceği, kimin mirasçı olacağı ve miras paylarının belirlenmesi ve özgülenmesi önem arz eden meselelerdir. Ana rahmine henüz düşmemiş/transfer edilmemiş olan ve ne zaman transfer edileceği belirsiz potansiyel bir mirasçının olması, miras ortaklığının belirsiz bir süre uzanmasına sebebiyet verecektir⁸⁰. Bu da uzun vadede hukuki güvenliği ve üçüncü kişilerin menfaatlerini zedeleyecektir.

Bu görüş, miras ortaklığı devam ettiği sürece mirasçıların hepsinin ortak kararlarıyla hukuki işlemler yapılacağına altını çizmektedir⁸¹. Sonradan bir mirasçının ortaya çıkması halinde ise diğer mirasçılar tarafından o zamana kadar yapılmış olan hukuki işlemlerin geçersiz olması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Zira sonradan mirasçı olan kişinin bu hukuki işlemlere icazet vermemesi durumunda, bu işlemler geçersiz olacaktır. Örneğin, mirasbırakan öldüğünde geriye karısı ve iki çocuğu ile ana karnına henüz transfer edilmemiş bir embriyo bırakmıştır. Mirasbırakanın pul koleksiyonu, miras ortaklığındaki mirasçılar tarafından satılmıştır. Daha sonra embriyo ana rahmine transfer edilerek, cenin sağ doğmuştur. Mirasbırakanın ölümünden sonra doğan çocuğun mirasçılığının kabul edilmesi halinde, bu çocuğunun söz konusu satış işlemine icazet vermesi gerekmektedir. Bu yorum, embriyonun ana rahmine transferi ve çocuğun doğumuna kadar geçen sürede söz konusu satım sözleşmesinin askıda hükümsüz olduğu ancak doğan çocuk tarafından icazet verilmesi halinde geçerli olacağı sonucuna varılması anlamına gelir ki bu durum da hukuki güvenliği tehdit edecektir⁸².

Henüz ana rahmine yerleştirilip yerleştirilmeyeceği bile belli olmayan embriyo için vasi ya da vasiyeti yerine getirme görevlisi atanmasının doğru olmayacağı da savunulmuştur⁸³. Ayrıca miras hukukunda mirasçılık belgesinin önemli olduğu; görevli ve yetkili mahkemenin dondurulmuş embriyonun olup olmadığını araştırarak, daha sonra bir mirasçılık belgesi düzenlenmesinin kendisinden beklenmeyeceği; aksi bir kabulün mahkemelerin iş yükünü çok

⁷⁹ OTTE, 1923 BGB N. 26; ZIERL, s. 303; BRITTING, s. 154; MÜNZER, s. 76.

⁸⁰ SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; MANSEES, s. 183; FRONEMANN, s. 57.

⁸¹ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; OTTE, 1923 BGB N. 26b; LIEDER, 1923 BGB N. 3; MANSEES, s. 183; FRONEMANN, s. 161 vd.

⁸² OTTE, 1923 BGB N. 26; LIEDER, 1923 BGB N. 3; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; FRONEMANN, s. 59 vd.

⁸³ FRONEMANN, s. 61; VELTE, s. 123.

fazla artıracığı ileri sürülmüştür⁸⁴. Mahkemenin başvuru anındaki durumu dikkate alarak vermiş olduğu mirasçılık belgesinin ana rahmine sonradan transfer edilmiş olan embriyoya mirasçılık tanınması halinde sağ ve tam doğumla birlikte değiştirilmesi gerekir. Mirasçılık belgesinde değişiklik yapılması da hukuki güvenliği ziyadesiyle zedeleyecektir⁸⁵. Al.MK § 2357/f.2 hükmü uyarınca mirasçıların kısmi mirasçılık belgesi almaları mümkündür. Mirasçıların asgari miras miktarını belirleyen bir belge almaları ve bu kısmı üzerinde tasarruf etmeleri mümkünken, henüz ana rahmine düşmemiş düşecek olan miras ya da mirasçıların olması durumunda mirasın paylaşılması mümkün görünmemektedir ve bu da büyük sorunlara yol açmaktadır. Zaten mirasçıların kanunen kendilerini içinde bulmuş oldukları miras ortaklığında belirsiz bir süre sonrasında ortaya çıkma ihtimali olan mirasçının olması nedeniyle sona erdirilmemesi, var olan mirasçıları zor duruma düşürüp onların da miras hakkını etkileyecektir⁸⁶.

Miras hukukunda mirasın reddi ve benzeri hususlarda kesin sürelerin olduğu unutulmamalıdır. Kendisinden başka mirasçı olup olmadığı ve miras payını bilmek mirasçının mirası reddinde önemli bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla bu görüş taraftarlarınca, mirasçıların paylarına güvenerek, mirası kabul etmelerinin ardından başka bir mirasçının ortaya çıkmasının, miras haklarını zedeleyeceği ileri sürülmüştür⁸⁷.

Bu görüşe göre ayrıca, henüz ana rahmine bile transfer olmamış; transfer olup olmayacağı bilinmeyen bir üreme hücresi yahut embriyonun yaşayıp yaşamayacağına da belirsiz olması nedeniyle mirasın paylaşılmasının ertelenmesi, menfaat dengelerine ve hakkaniyete uygun olmayacaktır⁸⁸. Belirtmek gerekir ki, miras paylaşımının ertelenmesi kanundan ya da sözleşmeden doğabilir. Kanunen mirasın paylaşımının ertelenmesi için mirasçılar arasında bir ceninin olmalıdır. Bu halde genel olarak ceninin 300 gün içinde doğacağı ve dolayısıyla miras paylaşımının 300 gün ertelenmesinin makul olduğu; ancak henüz ana rahmine transfer edilmemiş ya da dölleniş dölleneceği belli olmayan bir sperm için miras paylaşımının ertelenmemesi

⁸⁴ FRONEMANN, s. 161 vd.

⁸⁵ OTTE, 1923 BGB N. 26b ve 26c; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; FRONEMANN, s. 65.

⁸⁶ OTTE, 1923 BGB N. 26b; FRONEMANN, s. 140 vd.

⁸⁷ FRONEMANN, s. 140 vd.

⁸⁸ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; ZIERL, s. 303; MÜNZER, s. 76; EBENROTH, N. 15.

gerektiği savunulmuştur⁸⁹. Ceninin mirasbırakan sağken ana karnına düşmesi ile embriyonun ana karnına sonradan transfer edilmesinin farklı meseleler olduğu ileri sürülmüş.

Bu görüş taraftarları, hukuk düzeninin kişilerin yapmış olduğu irade beyanlarına veya bazı davranışlara sonuç bağladığını ileri sürmüşlerdir⁹⁰. Örneğin, çocuk sahibi olmak aileleri çocuğa bakma, eğitimi üstelenme gibi sorumluluklar altına sokmaktadır. Başka bir deyişle ebeveynler, velayet hakkına sahip olmaları nedeniyle bir takım haklara sahip oldukları gibi aynı zamanda birtakım yükümlülükler altındadırlar.⁹¹ Yapay dölleme neticesinde ebeveyn olan kişilerin çocuğa karşı sorumlulukları vardır; ama ölen ve kişiliği sona ermiş bir kişinin artık sorumluluğundan bahsedilmez. Ölen kişi artık spermlerinin kullanılmasını engelleyemeyeceği gibi bu hususta sorumluluk sahibi de olmayacaktır.

Henüz ana rahmine düşmeyen ceninin mirasçılığını kabul etmenin, aynı zamanda miras bırakanın anayasalar tarafından koruma altına alınmış olunan tasarruf özgürlüğünü ve mülkiyet hakkını kısıtlama sonucunu doğurduğu da ileri sürülmüştür⁹². Mirasbırakanın iradesine öncelik tanınması, özellikle miras hukukunda oldukça önemlidir. Ancak mirasbırakan öldüğünde henüz ana rahmine düşmemiş olan embriyonun mirasçılığının kabul edilmesi halinde, mirasbırakanın son arzularına (iradesine) gereken önem verilmemiş olacaktır⁹³. Bu da ortaya çıkan durumun miras hukukunun mantığı ve temel prensipleriyle çatışması sonucunu doğuracaktır. Örneğin, mirasbırakan M ölmeden önce bir vasiyetname düzenlemiş olabilir. Daha sonra ana rahmine yerleştirilen embriyonun mirasçılığının tanınması halinde söz konusu vasiyetnamenin mirasbırakanın iradesine uygun olarak ifa edilmemesi sonucu doğabilir.⁹⁴ Zira mirasbırakan tarafından bilinmeyen daha sonraki saklı pay sahibi bir mirasçının ortaya çıkması nedeniyle mirasbırakanın yapmış olduğu bu ölüme bağlı tasarrufun tenkisi söz konusu olabilir.

Sonradan doğan çocuğun menfaatinin dikkate alınması, maddi ve manevi varlığının korunması için ona mirasçılık hakkının tanınması da kabul

⁸⁹ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; E BENROTH, N. 15.

⁹⁰ FRONEMANN, s. 102 vd.

⁹¹ OTTE, 1923 BGB N. 26a; FRONEMANN, s. 102 vd.

⁹² FRONEMANN, s. 133 vd.

⁹³ FRONEMANN, s. 136.

⁹⁴ FRONEMANN, s.104 ile 136 vd.

edilmemektedir⁹⁵. Zira bu görüş taraftarlarına göre, hâlihazırda bulunan çocuklarının miras paylarını alamamaları onların da maddi ve manevi gelişimini etkiler.⁹⁶ Kaldı ki, mirasbırakan henüz ana rahmine düşmemiş olan embriyonun mirasçı olmasını istiyorsa, bu durumu ölüme bağlı bir tasarruf ile düzenleyerek ve onu art mirasçı olarak atayabilecektir⁹⁷. Mirasbırakan kendisi bunu yapmadığı halde, mirasbırakan öldüğünde henüz ana rahmine düşmemiş ceninin korunmasına ihtiyaç olmadığı savunulmuştur⁹⁸.

Bu görüş taraftarlarına göre, kanunda aslında bir boşluk ve dolayısıyla mirasbırakanın ölüm anında ana rahmine düşen ceninin mirasçılığını kıyasen uygulanmayı gerektirecek bir durum yoktur⁹⁹. Zira kanun koyucu başka maddelerde henüz doğmayan birinin art mirasçı olarak atanmasını öngördüğü halde bu durumda susmuştur. O halde bu susma bir boşluk olarak nitelendirilmekten ziyade kanun koyucunun bu hallerde olumsuz çözümü benimseyerek, mirasçılığı reddettiğinin göstergesidir¹⁰⁰. Kanun koyucunun henüz doğmayan birinin mirasçılığına sıcak baktığı fikri de eleştirilmiştir¹⁰¹. Zira henüz doğmamış birinin art mirasçı olarak atanmasıyla saklı pay mirasçısı olması durumunun birbirinden farklı olduğu ileri sürülmüştür¹⁰². Art mirasçılıkta mirasbırakanın henüz kendi doğmamış çocuğunun değil; başkasının henüz doğmamış olan çocuğunu art mirasçı olarak atadığı ve art mirasçı atanması halinde mirasın paylaşılması, mirasçıların yapmış olduğu hukuki işlemin geçersizliği gibi sorunların gündeme gelmeyeceği belirtilmiştir. Başka bir ifadeyle henüz doğmamış birinin art mirasçı atanmasının hukuki güvenliği zedelediği ileri sürülmüştür¹⁰³.

Bu görüşe göre ayrıca, haklı gerekçeler varsa, aynı durumda olan kimselere farklı davranılması mümkündür¹⁰⁴. Dolayısıyla hukuk güvenliğinin

⁹⁵ FRONEMANN, s. 122 ve 140

⁹⁶ FRONEMANN, s. 122 ve 140.

⁹⁷ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; OTTE, 1923 BGB N. 26a ve 26b; FRONEMANN, s. 171 özellikle 183.

⁹⁸ SCHUMACHER, s. 314.

⁹⁹ SCHMIDT, 1923 BGB N. 13; MÜLLER-CHRISTMANN, 1923 BGB N. 8; OTTE, 1923 BGB N. 26c; FRONEMANN, s. 174.

¹⁰⁰ BRITTING, s. 153.

¹⁰¹ BRITTING, s. 153; FRONEMANN, s. 174.

¹⁰² FRONEMANN, s. 174, 181.

¹⁰³ FRONEMANN, s. 174.

¹⁰⁴ SCHUMACHER, s. 314; OTTE, 1923 BGB N. 26 vd; FRONEMANN, s. 168 vd.

sağlanması için, ana rahmine mirasbırakanın ölümünden sonra transfer edilen embriyoya mirasçılık hakkı tanınmaması eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmemektedir¹⁰⁵.

3. Kanuni Mirasçılığı Kabul Eden Görüşler ve Dayanakları

Alman hukuk öğretisinin yanı sıra İsviçre ve Türk hukuk öğretisinde mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyonun sağ doğmasıyla mirasbırakana mirasçı olacağını savunan bir görüş bulunmaktadır.

Bu görüş taraftarlarına göre Medeni Kanun'da her ne kadar ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “ana rahmine düşmesinden” söz ediliyorsa da, bu ifade, geniş yorumlanarak, ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “döllenmiş olması” biçiminde anlaşılması gerekmektedir¹⁰⁶. Ana rahmine düşmenin sadece cinsel ilişki sonucu olarak yorumlanmaması gerekir. Döllenmenin in vivo (rahim içinde) ya da in vitro (tüpte) olarak her ikisinde de kadın üreme hücresiyle erkek üreme hücresinin karşılaşmasından itibaren yirmi dört saat içinde gerçekleşeceği ve bu andan itibaren hamilelik sürecinin ister rahim içinde isterse tüpte olsun işlemeye başlayacağı ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Buna göre, babanın ölümünden önce tüpte döllenme sağlanmışsa, bu yolla elde edilip dondurulan embriyo ana rahmine babanın ölümünden sonra yerleştirilse dahi çocuk sağ doğmak şartıyla babasına mirasçı olabilecektir.¹⁰⁸ Bu görüş taraftarlarına göre ne kanunda ne de mahkeme kararlarında ceninin yaşam hakkının ne zaman başladığına dair bir açıklık bulunmamaktadır.¹⁰⁹ Embriyonun ana rahmine sadece transferi ile bireyselleşeceği kabul edilemez ve çocuğun menfaatine uygun olan durumun seçilmesi daha doğru olacaktır¹¹⁰. Embriyonun ana rahmine transferi embriyonun yaşamı ve oluşumu için gerekli değildir; sadece embriyonun doğal gelişimi için gerekli bir aşamadır¹¹¹. Ayrıca bu görüş taraftarlarına göre, embriyonun yaşam hakkının ne zaman

¹⁰⁵ SCHLÜTER/RÖTHEL, § 6 N. 9; SCHUMACHER, s. 314; OTTE, 1923 BGB N. 26; FRONEMANN, s. 171.

¹⁰⁶ MANSEES, s. 63, 155; BROX, s. 970 vd; SELB, s. 21; KOHLER-VAUDAUX, s. 224 vd; SEROZAN/ENGİN, N. 136, s. 116; KIRKBEŞOĞLU, s. 53; TURAN BAŞARA, s. 399; ÖZSUNAY, s. 30 vd; ÖZDEMİR, s. 888 vd özellikle 891; OKTAY ÖZDEMİR/TEK, s. 922; METİN, s. 489; KURT, s. 186; VELTE, s. 123 vd.

¹⁰⁷ KIRKBEŞOĞLU, s. 53.

¹⁰⁸ SELB, s. 21, 119; BROX, s. 970 vd; ZEYTİN, s. 226.

¹⁰⁹ BROX, s. 974 vd.

¹¹⁰ BROX, s. 970 ve 974 vd.

¹¹¹ BROX, s. 970.

başlayacağı, embriyonun ne zaman bireyselleşeceği miras hukuku bakımından önemli değildir. Neticede mirasbırakanın biyolojik çocuğu ana rahmine transfer edilip tam ve sağ doğduğu için miras hukuku hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹¹².

Avusturya Mahkemesi de, babanın spermeleri kullanılarak elde edilmiş ve dondurulmuş iki embriyonun tıpkı cenin gibi değerlendirilmesi ve sağ doğmak kaydıyla babaya mirasçı olabilmesini kabul etmiştir¹¹³.

Konuyu dondurulan spermin ana rahmine baba öldükten sonra transfer edilmesi bakımından ele alan görüş taraftarlarınca ise ölenin rızasıyla spermelerinin dondurulduğu, bu nedenle daha sonra doğacak çocuğun mirasçı olacağı kabulünün hakkaniyetli olacağı belirtilmiştir¹¹⁴. Bu kapsamda kanun koyucunun Roma hukukundan bu yana mirasbırakanın ölümü sırasında ana rahmine düşen cenine sağ doğmak koşuluyla mirasçı olma hakkı tanındığı ancak kanun koyucu tarafından tıpta meydana gelen değişikliklerin önceden tahmin edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle kanunda bu hususta açık bir düzenleme olmadığı ileri sürülmüştür¹¹⁵. Bu görüş taraftarlarına göre, kanun koyucunun durumu kanunda açıkça düzenlemediği bu nedenle bu durumlarda tam ve sağ doğan ceninin mirasçı olmayacağı şekilde bir yaklaşım da isabetli değildir¹¹⁶. Kanunda konuya ilişkin bilinçsiz bir boşluğun olduğu bu nedenle de Medeni Kanun'da mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşmesi şartıyla mirasçılık tanıyan hükümlerin kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır¹¹⁷. Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihlerde yapay döllenmenin yaygın olmadığı ve kanun koyucunun o günün teknolojisi ile tıpta meydana gelen bu değişimleri öngöremediği ancak benzer menfaat durumlarının da dikkate alınarak kıyasen uygulanmaya sıcak bakılması gerektiği savunulmuştur¹¹⁸.

Miras hukuku, aile olan ve birbirine yardımcı olmakla mükellef olan yakınları korumaktadır. Bu görüşü savunanlar, mirasbırakanın iradesine rağmen (aksini istemesine rağmen) tasarruf edemeyeceği bir kısım olduğu, başka bir ifadeyle

¹¹² BROX, s. 974; VELTE, s. 124.

¹¹³ Frankfurter Allgemeine Zeitung, 23 April 1996.

¹¹⁴ ÖZSUNAY, s. 30; ÖZDEMİR, s. 888 vd.

¹¹⁵ BROX, s. 973.

¹¹⁶ BROX, s. 973.

¹¹⁷ BROX, s. 973.

¹¹⁸ BROX, s. 973.

kanunda mirasbırakanın bazı yakınlarının saklı paylı mirasçıları olduğunun altını çizmişlerdir¹¹⁹. Hal böyle olunca biyolojik olarak mirasbırakanın çocuğu olan kişilerin de korunması gerektiği savunulmuştur¹²⁰. Ayrıca biyolojik olarak mirasbırakanın çocuğu olan ve sağ doğan bir kişiyi mirasçı olarak kabul etmemenin hakkaniyetle bağdaşmayacağı belirtilmiştir¹²¹. Dolayısıyla mirasbırakan öldüğü sırada ana rahmine düşmüş olan cenine mirasçılık hakkı tanınmasının temelinde daha doğmamış olan ceninin korunması düşüncesinin yattığı ve aynı düşüncenin henüz ana rahmine transfer edilmemiş ve fakat daha sonra transfer edilecek embriyo için de geçerli olması gerektiğine vurgu yapılmıştır.¹²²

Anayasa'da koruma altına alınan eşitlik ilkesi gereği yapay dölleme ile normal dölleme arasında bir fark yaratılmaması gerektiği, bu nedenle döllenenmiş ancak henüz ana rahmine yerleştirilmemiş embriyonun veya dondurulmuş spermlerin daha sonra kullanılması halinde de eşitliğe aykırı bir durum yaratılmaması için mirasçılığın kabulünün bir zorunluluk teşkil ettiği savunulmuştur¹²³.

Doğan çocuğun biyolojik kökenini öğrenmesinin çocuğun en temel hakkı olduğu¹²⁴, doğduğunda babası çoktan ölmüş olan bir çocuğun da hukuki soybağı ile biyolojik soybağının aynı olmasını isteme hakkı olduğu belirtilmiştir¹²⁵. Dolayısıyla, çocuk ile baba arasında soybağına izin verilmesi ancak çocuğun babaya mirasçı olmaması çelişkili bir durum yaratacaktır¹²⁶. Örneğin anne A ile baba B doğal yollarla çocuk yapamamaktadırlar ve bu nedenle tüp bebek yöntemine başvurmuşlardır. O sırada spermleri dondurulan babanın ölmesi üzerine anne çocuk istemeye devam etmiş ve babanın ölümünden önce elde edilen embriyo babanın ölümünden iki ay sonra ana rahmine transfer edilmiştir. Daha sonra anne A ile koca K evlenmiş ve K ile evlilik birliği devam ederken, çocuk tam ve sağ olarak doğmuştur. TMK m. 285/f.1, İsv. MK m. 255/f.1 ve Aİ.MK § 1592 hükümlerinde ifadesini bulan babalık

¹¹⁹ MANSEES, s. 155.

¹²⁰ MANSSES, s. 63.

¹²¹ BROX, s. 974.

¹²² MANSEES, s. 63; BROX, s. 970; VELTE, s. 124.

¹²³ BROX, s. 972; LEIPOLD, (2019), § 1923 BGB N. 22.

¹²⁴ BAYSAL, s. 493 vd.

¹²⁵ BROX, s. 974.

¹²⁶ ÖZDEMİR, s. 888.

karinesi uyarınca koca K çocuğun babasıdır. Biyolojik kökenini öğrenen Ç ise K ile olan soybağının reddini talep edip ardından babalık davası açmak isteyebilir. Babalık davası sonucunda Ç'nin hem hukuki hem de biyolojik babası olan B'ye mirasçı olmayacağını savunulması halinde Ç böyle bir davayı açma yoluna gitmeyecektir. Zira bu durumda Ç, ne K ne de biyolojik babası olan B'ye mirasçı olacaktır. Bu görüş taraflarına göre bu örnekten açıkça anlaşılacağı üzere kanun koyucunun arzuladığı husus bu olamaz çünkü soybağına ilişkin hükümler dikkate alındığında kanun koyucunun biyolojik ve hukuki soybağının aynı olmasını arzuladığı anlaşılmaktadır¹²⁷.

Embriyonun ana rahmine sonradan transfer edilmesinin hukuki güvenliği zedelediği fikri bu görüş taraftarlarınca eleştirilmiştir¹²⁸. Mirasbırakan öldüğünde hamile olan karısının durumunda da bir belirsizlik olduğu ancak bu hallerde yine de kanun koyucu tarafından sağ doğan cenine mirasçılık hakkı tanındığı ifade edilmiştir¹²⁹. Ayrıca çocuğun sağ doğup doğmayacağı belirsiz olmasına rağmen, çocuğu korumak amacıyla çocuk lehine mirasın paylaşımının erteleneceği kanunda açıkça düzenlenmiştir. O halde embriyonun mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesi halinde de çocuğun sağ doğumuna kadar mirasın paylaşımının ertelenmesi mümkün olmalıdır¹³⁰. Henüz doğmamış olan çocuğun saklı payının olmadığı da bu görüş taraftarlarınca kabul edilmemektedir. Babanın ölümünde henüz doğmamış olan ceninin saklı payı korunuyorsa babanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyonun da saklı payının korunması gerekir¹³¹.

Bu görüş taraftarlarına göre mirasbırakanın ölümünden sonra doğacak kişinin mirasçı olabileceği gerek Türk ve İsviçre hukuklarında gerek Alman hukukunda düzenlenmiş bir konudur. Anılan ülkelerin Medeni Kanunlarında henüz doğmamış birinin art mirasçı olabileceği düzenlenmiştir¹³². O halde henüz ana rahmine düşmemiş birinin mirasçılığını kanun koyucu mümkün kılmaktadır¹³³. Fakat o zamanın koşullarıyla tıp alanında meydana gelen gelişmeler tam olarak öngörülmemiş ve kanuni mirasçılık hususu kanunda

¹²⁷ İNCE, (2018a), s. 355; BROX, s. 975.

¹²⁸ BROX, s. 972 vd.

¹²⁹ BROX, s. 972 vd; VELTE, s. 124.

¹³⁰ BROX, s. 972 vd; VELTE, s. 124.

¹³¹ VELTE, s. 124.

¹³² VELTE, s. 121 ve 123.

¹³³ ÖZDEMİR, s. 888; BROX, s. 972; VELTE, s. 121.

açıkça düzenlenmemiştir¹³⁴. Ayrıca miras hukukunda koruyucu iskatta borç ödemekten aciz halinde olan alt soy, mirasbırakan tarafından saklı payının yarısı için iskat edilip mirastan çıkarılanın payının yarısı onun doğmuş ya da doğacak çocuğuna tahsis edilebilmektedir¹³⁵. O halde miras hukukunda hükümler henüz doğmamış birinin mirasçı olmasına yabancı değildir.

Bu görüşü savunanlarca, mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen sperm ya da embriyo neticesinde, sağ ve tam doğan kişiye mirasçılığın tanınmasının hukuki güvenliği sarsacağı miras ortaklığı nedeniyle diğer mirasçıların yapacağı hukuki işlemlerin akıbetinin belirsiz olacağı da kabul edilmemektedir¹³⁶. Henüz ana rahmine transfer edilmemiş bir embriyonun bulunması halinde de onun sağ doğup mirasa hak kazanma ihtimali düşünülerek bir vasi atanmasının mümkün olduğu ileri sürülmüştür¹³⁷. Buna göre mirasçılık belgesi verilirken, hâkim tarafından mirasçılara dondurulmuş veya transfer edilecek bir embriyonun bulunup bulunmadığının sorulması yeterlidir. Daha sonra doğan mirasçının olması halinde mirasçılık belgesine güvenerek iyiniyetle mal iktisap etmiş olan bu kişilerin güveni zaten korunacaktır¹³⁸.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (madde 35) ve Federal Almanya Anayasası'nda (madde 14) 9 miras ve mülkiyet hakkı koruma altına alınmıştır¹³⁹. Görüldüğü üzere miras hakkı anayasalarda bir kurum olarak koruma görmektedir. Nasıl ki, aile toplumun en temel çekirdeği olup aile kurumu anayasalarda koruma altına alınmışsa, saklı paylı mirasçıların miras hakkı da koruma altına alınmıştır¹⁴⁰. Miras hukukunun temelinde hısımlık ilişkisine dayanan aile bağı yatmaktadır. Kanuni mirasçılar kanun koyucu tarafından belirlenmiştir ve aile/hısımlık olmayan kimselerin kanuni mirasçı olamayacağı bilinmektedir. O halde mirasbırakanın biyolojik çocuğu olan herkesin mirasçı olacağının kabul edilmesi hem kurumsal bir koruma hem

¹³⁴ BROX, s. 972; VELTE, s. 123.

¹³⁵ ÖZDEMİR, s. 889.

¹³⁶ BROX, s. 970.

¹³⁷ FRONEMANN, s. 61.

¹³⁸ FRONEMANN, s. 65.

¹³⁹ Anayasal koruma miras hakkı bakımından hem miras bırakmayı hem de miras almayı kapsamaktadır (SEROZAN/ENGİN, N. 25, s. 52).

¹⁴⁰ FRONEMANN, s. 87; BVerG NJW 2005 1563; LEIPOLD, s. 467 vd; VELTE, s. 123; SEROZAN/ENGİN, s. N. 25 vd, 52 vd; ANTALYA/SAĞLAM, s. 62 N. 43-44.

de miras hukukunun temel prensipleriyle yakından ilgilidir¹⁴¹. Mirasbırakanın bile serbestçe tasarruf edemeyeceği saklı payların tanındığı bir sistemde, mirasbırakanın ölümünden sonra doğmuş olan biyolojik çocuğuna saklı payının verilmemesi anayasanın miras hakkını düzenleyen hükmü ve kanuni mirasçılık paylarını düzenleyen kanun hükümleriyle çelişmektedir¹⁴². Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda, anayasanın aileyi koruyan hükmüyle miras hakkını düzenleyen hüküm arasında bir bağlantı olduğunu kabul etmiştir¹⁴³. Dolayısıyla bu görüş taraftarlarınca, mirasbırakanın biyolojik çocuğunun ne zaman doğduğuna bakılmaksızın kendisine miras hakkının tanınması gerektiği belirtilmiştir¹⁴⁴. Aksi bir kabulün, Anayasa'ya açıkça aykırılık teşkil edeceği savunulmuştur¹⁴⁵.

Bu görüş, miras hukukunda mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşen cenine mirasçılık tanyan kanun hükmünün yapay döllenmelerde embriyonun ana rahmine babanın ölümünden sonra transfer edilmesinde de kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹⁴⁶. Ayrıca babanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmiş olan embriyoya mirasçılığın tanınmasının eşitlik ilkesinin bir sonucu olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁷. Nasıl ki, artık evlilik içinde veya evlilik dışında doğan çocuk ayrımı yapılmıyorsa diğer ayrımların da yapılmaması gerektiği savunulmuştur¹⁴⁸.

Bireyler kararlarının ve davranışlarının sonuca katlanmalıdır. Bir birey nasıl ki çocuk istemeden girmiş olduğu cinsel ilişki sonucunda cenin ana rahmine düştüğünde bu çocuğa karşı sorumluluklar taşımaktaysa ve bu çocuğun mirasçı olması engellenemiyorsa aynı durum sperminin veya embriyosunun dondurulmasına izin veren mirasbırakan için de geçerli olmalıdır¹⁴⁹. Bu doğrultuda yapay döllenmede de, spermleri veren ve özellikle ölümünden sonra bu spermlerin kullanılmasına izin veren mirasbırakanın bunun sonuçlarına katlanması gerektiği ve bu şekilde hamile olan kadının

¹⁴¹ FRONEMANN, s. 89; OTTE, s. 319; LIPP, s. 2205; SCHLÜTER, s. 1065.

¹⁴² LEIPOLD, (2019), § 1923 BGB N. 22; BROX, s. 970.

¹⁴³ BVerfG. ZEV 2000, s. 399.

¹⁴⁴ FRONEMANN, s. 90; MANSEES, s. 62; OTTE, s. 318 vd.

¹⁴⁵ EBENROTH, N. 60, JUNG, s. 135.

¹⁴⁶ LEIPOLD, s. 473 vd; VELTE, s. 123 vd.

¹⁴⁷ BROX, s. 970; ACABEY, s. 191.

¹⁴⁸ BROX, s. 970.

¹⁴⁹ FRONEMANN, s. 104.

çocuğunun tam ve sağ doğması halinde çocuğun mirasçılığının kabulünün gerekli olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁰.

Dondurulmuş sperm ya da embriyonun ana rahmine transfer edilmesine ilişkin kararı mirasbırakanın ölümü nedeniyle sadece kadının alması ve hatta bu kararı kötüniyetle diğer mirasçıları etkilemek amacıyla alması da sağ doğan cenine mirasçılık hakkının verilmesine engel teşkil etmemelidir¹⁵¹. Bu görüş taraftarlarına göre, dul kalan kadının diğer mirasçılara zarar vermek kastıyla döllenmiş olan embriyoları veya dondurulmuş olan spermleri kullanacağı bu nedenle de böyle durumlarda sağ doğan cenine mirasçılığın tanınmaması kabul edilebilir bir gerekçe değildir¹⁵². Zira çocuğun menfaati gereğince çocuğun mirasçı olup olmayacağı meselesi ayrı bir konudur. Kaldı ki, çocuğun mirasçılığının kabulünü takiben mirasçılara zarar verme kastıyla hareket eden anneden ve bu işlemi yapan hekimden mirasçıların zararlarını talep etmesi mümkündür¹⁵³. Ancak belirtmek gerekir ki, burada mirasçıların TBK 49/f. 2 uyarınca ananın zarar verme kastını ispat etmesi gerekmektedir. Zarar verme kastının olmadığı durumlarda, zararın tazmini talep edilemeyecektir¹⁵⁴. Dolayısıyla, eşin ölümünden sonra şiddetli çocuk sahibi olmak isteyen daha önce oluşturulmuş olan embriyonun doğmasını sağlayan ya da ölümünden sonra spermlerini eşinin kullanmasına izin veren mirasbırakanın spermlerini kullanarak onun biyolojik çocuğunu doğuran kadının diğer mirasçılara zarar vermek kastıyla her zaman hareket ettiğini ileri sürmek doğru değildir. Bu gerekçelerle nasıl ve ne zaman doğacağına karar vermeyen çocuğun mirasçılık hakkı yok sayılmamalıdır¹⁵⁵.

Bu görüşe göre, mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyonun mirasçılığının kabul edilmesi mirasbırakanın tasarruf

¹⁵⁰ FRONEMANN, s. 104.

¹⁵¹ BROX, s. 973; ÖZDEMİR, s. 889.

¹⁵² AYDIN, s. 370; LEIPOLD, s. 467.

¹⁵³ LEIPOLD, s. 467; AYDIN, s. 370; ALTUNKAYA, s. 105; ACABEY, s. 188; EROL, s. 143; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 380 vd; ÖZDEMİR, s. 889.

¹⁵⁴ AYDIN, s. 370. Öğretide TBK m. 49/f.2 hükmü uyarınca kadının sorumluluğuna gidilebileceği; ayrıca sağ kalan eşin ölen kocasının dondurulmuş spermini yahut dondurulmuş embriyoyu kullanarak çocuk dünyaya getirmesinin ilgili yönetmeliğe aykırılık teşkil edeceği için TBK m. 49/f.1 hükmünün de uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmektedir. Zira yönetmelikte eşin ölümü halinde bunların imhası düzenlenmiştir. (ZEYTİN, s. 226).

¹⁵⁵ TEGELKAMP, § 1923 BGB N. 42; LEIPOLD, (2019), § 1923 BGB N. 22.

serbestisini etkilememektedir¹⁵⁶. Zira kanun koyucu mirasbırakanın iradesine rağmen saklı pay sahibi olan mirasçılarını tanımıştır. O halde mirasbırakanın biyolojik çocuğunun saklı payı vardır. Mirasbırakanın ölümünden 300 günden daha fazla bir süre sonunda doğması da durumu değiştirmez.

Bir hukuk devletinin insan onurunu ve bireyin maddi ve manevi kişiliğinin gelişimini desteklemesi en temel görevidir¹⁵⁷. Çocuğun nasıl ve ne zaman doğduğu hususu çocuğun kendisinin karar vermediği bir durumdur. O halde bu çocuğa mirasçılık hakkı tanınması devletin temel görevidir. Bu görüş taraftarlarına göre miras hukuku normlarının dar yorumlanması suretiyle, çocuğa mirasçılık hakkı verilmemesi kabul edilebilir bir durum değildir, zira miras hukuku istenmeyen yapay döllemenin cezalandırılacağı bir alan değildir¹⁵⁸. Bu görüşü savunanlarca, Medeni Kanun'da yer alan hususlar yorumlanırken elde edilecek sonucun normlar hiyerarşisinde en üst sırada yer alan Anayasa ve Anayasa'da yer alan temel haklara aykırılık teşkil edemeyeceği belirtilmiştir¹⁵⁹. O halde mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen çocuğun mirasçılığının kanunda açıkça düzenlenmemiş olması çocuğun mirasçılığının kabulüne engel değildir, bilakis mirasçılığın kabulü Anayasa'daki aileyi ve miras hakkını düzenleyen hükümler neticesinde kabul edilmesi gereken bir zorunluluktur¹⁶⁰. Türkiye'nin yanı sıra İsviçre ve Almanya da BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin tarafidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde çocuğun üstün (yüksek) yararından bahsedilmiş ve kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, bu üstün yararın dikkate alınması gerektiği 3. maddede açıkça düzenlenmiştir. Bu sözleşmenin ışığında babanın ölümünden sonra babanın dondurularak saklanmış üreme hücresi yahut bu hücreden elde edilen ve dondurularak saklanan embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan çocuğa mirasçılık hakkı tanınması gerektiği savunulmuştur¹⁶¹. O halde

¹⁵⁶ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 42, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB N. 22.

¹⁵⁷ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 42, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB N. 22; LEIPOLD, s. 476 vd

¹⁵⁸ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 44, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB 23; VELTE, s. 125.

¹⁵⁹ TEGELKAMP, 1923 BGB N. 44, LEIPOLD, (2019), 1923 BGB N. 23; VELTE, s. 125. Özellikle Alman hukukunda anayasanın özel hukuk ilişkilerine etkileri bakımından daha detaylı bilgi için bkz. BELLING/İNCE, s. 1 vd.

¹⁶⁰ AYDIN ÜNVER, s. 60 dn 20; TURAN BAŞARA, s. 400; ZEYTİN, s. 225.

¹⁶¹ SEROZAN, s. 113. Soybağı hususunda çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerektiği yönünde ÖZDEMİR, s. 889.

söz konusu mirasçılık meselesi çözüme ulaştırılırken, en fazla korunmaya muhtaç olan çocuğun bağımsız ve onurlu bir birey olarak yaşayabilmesi için onun lehine yorum yapılmalı ve mirasçılık hakkı tanınmalıdır¹⁶².

Bu görüş taraftarlarına göre, kanunda bir boşluk olmadığını savunmak doğru değildir¹⁶³. Zira henüz doğmamış birinin art mirasçı olarak atanması kanuni mirasçılık bahsinde düzenlenmiş bir konu değildir. Ayrıca bu norm kanun koyucunun henüz doğmamış, ana rahmine bile düşmemiş birinin mirasçılığına sıcak baktığını açıkça göstermektedir. O halde bunlardan yola çıkarak, kanunda bir boşluk olduğunu savunmak doğrudur¹⁶⁴. Mirasbırakanın spermlerini vermesi ve öldüğünde bile bu spermlerin kullanılmasına izin vermesi mirasbırakanın iradesinin var olduğunu göstergesidir ve bu hallerde çocuğun mirasçı olacağının kabulü doğal bir sonuçtur¹⁶⁵.

Bu görüşü savunanlarca, miras paylaşımının uzun sürmesinin belirsizlik yaratması riskinin, çocuğun menfaatleri ile kıyaslandığında katlanabilir ve kabul edilebilir olduğu ileri sürülmektedir¹⁶⁶. Mirasbırakanın ölümünden sonra spermlerinin kullanılması durumunda sağ ve tam doğan çocuk ile mirasbırakan arasında soybağı kuruluyorsa mirasçı olması engellenmemelidir¹⁶⁷.

Bu görüş taraftarları ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 643. maddesinde mirasın açıldığı tarihte mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşmanın doğuma kadar erteleneceği hükmüne dayanmaktadırlar. . Bu maddenin gerekçesine bakıldığında İsviçre Medeni Kanunu'nun 605. maddesindeki aslında “ana rahmine düşmüş olan çocuk” kavramı yerine “cenin” kavramının kullanıldığı ve bu ifadenin isabetli olduğu, zira tıp alanında çocuğun ana rahminde olması zorunluluğunu ortadan kaldıran henüz ana rahminde olmayıp da ana rahmine yerleştirilecek biçimde embriyonun belirli yerlerde belirli yöntemlerle saklandığı açıkça vurgulanmıştır¹⁶⁸. O halde, 643. maddenin gerekçesi dikkate alındığında kanun koyucunun iradesinin henüz ana rahmine düşmemiş olan

¹⁶² SEROZAN, s. 113. Soybağı hususunda çocuğun menfaatinin dikkate alınması gerektiği yönünde ÖZDEMİR, s. 889; ZEYTİN, s. 225; AYDIN ÜNVER, s. 60 vd.

¹⁶³ BROX, s. 973.

¹⁶⁴ BROX, s. 971.

¹⁶⁵ BROX, s. 972; LEIPOLD, s. 472; ACABEY, s. 191; EROL, s. 143.

¹⁶⁶ BROX, s. 973; LEIPOLD, s. 473; VELTE, s. 125.

¹⁶⁷ BROX, s. 969; LEIPOLD, s. 473.

¹⁶⁸ TURAN BAŞARA, s. 399 vd.

embriyoya mirasçılık tanınması yönünde olduğu anlaşılmaktadır¹⁶⁹.

Öğretide bu şekilde doğan çocuğun mirasçılığının kabul edilebilmesi için ölen kişinin (babanın) spermelerinin ya da dondurulmuş embriyosunun kullanılmasına yazılı izin vermesi gerektiği ve kişinin ölümünden sonra kısa bir süre içinde (örneğin bir yıl içinde) bu spermelerin kullanılması gerektiği savunulmuştur¹⁷⁰. Belirtmek gerekir ki, bu yaklaşım İspanya¹⁷¹, Amerika¹⁷² gibi bazı ülkelerde benimsenmekte ve uygulanmaktadır.

Hemen belirtelim ki çocuğun mirasçılığını kabul eden bu görüşler arasında da farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan bazıları 300 gün sonra dünyaya gelen embriyonun evlilik içinde elde edildiğinin ispatlanması halinde yine mirasçı olabileceğini¹⁷³; bir diğer görüş ise embriyonun değil mirasbırakanın rızasıyla spermelerinin ölümünden sonra kullanılması ve embriyonun bu şekilde elde edilmesinde dahi mirasçılığın kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁷⁴. Embriyo bakımından döllenenmeden itibaren korunmayı kabul edenler, İsv. MK m. 255/f.2 TMK m. 285/f.2 hükmünde öngörülen karinenin sperm ve yumurta döllenesinin esas alınması suretiyle anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedirler. Sperm dondurulması halinde ise baba sağken kendi rızası ile sperm dondurulmuş ve ölümünden sonra kullanımına izin verilmişse yine İsv. MK m. 255/f.2 hükmündeki karinenin işletilmesi gerektiği savunulmuştur¹⁷⁵. Böylece her iki halde de babanın ölümünden 300 gün sonra bile doğsa çocuğun biyolojik babası ile soybağı kurulabilmekte ve doğan çocuk babasının kanuni mirasçısı olabilmektedir.

4. Görüşlerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Benimsediğimiz görüş uyarınca, Türk hukukunda da kocasının ölümünden önce dondurularak saklanmış embriyo yahut üreme hücrelerini kocanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesi halinde sağ doğan çocuk babasının kanuni mirasçısı olabilmelidir. Öncelikle öğretide mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilen embriyoya

¹⁶⁹ EROL, s. 144.

¹⁷⁰ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s. 467 N. 1448.

¹⁷¹ VELTE, s. 155-157;

¹⁷² ROWSELL, s. 402

¹⁷³ ACABEY, s. 191.

¹⁷⁴ BROX, s. 973 vd.

¹⁷⁵ SANDOZ, s. 99.

mirasçılık hakkı tanınmasının soybağı hükümlerinin özüne aykırılık teşkil edeceği yönündeki iddia kanımızca kabul edilemez. Zira mirasbırakanın ölümünden sonra 300 gün içinde doğan çocuğun mirasçı olacağı zaten kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir. Ana rahmine mirasbırakanın ölümünden sonra transfer edilip 300 gün içinde doğan çocuk ile mirasbırakan arasında soybağı karineten kurulmakta ve sağ doğan çocuk mirasçı olabilmektedir¹⁷⁶. O halde mirasçı olmak bu şekilde tesadüfü koşullara bırakılmamalıdır. Başka bir deyişle mirasbırakanın ölümünden sonra bile olsa ana rahmine transfer edilen embriyo 300 gün içinde doğarsa bir tartışmaya yer vermeksizin mirasçılık kabul edilebilecekken, ana rahmine transfer edilen embriyonun mirasbırakanın ölümünden daha uzun bir süre sonra sağ doğması halinde, doğan çocuğun mirasçılığının tanınmaması isabetli değildir. Unutulmamalıdır ki, çocuk ne zaman ve nasıl doğacağını kendisi seçmemektedir.

Çocuğun babasının ölümünden sonra doğmasının onun psikolojisinin olumsuz etkilediği bu nedenle mirasçılığının kabul edilmemesi kanımızca farklı iki konudur. Toplumun ve/veya kanun koyucunun ölen birinin üreme hücrelerinin yapay dölleme yoluyla kullanılmasına izin verip vermemesi ile ne olursa olsun doğmuş bir çocuğun mirasçılığının karara bağlanması farklı konulardır. Öğretide de isabetle belirtildiği gibi, miras hukuku yapay döllemenin cezalandırılacağı bir alan değildir. Türk hukukunda önceden zina suç sayılmaktaydı, zina sonucu ya da evlilik birliği dışında doğan çocukların mirasçılığı tartışılmaktaydı. Evlilik birliği dışında doğan çocukların mirasçı olabilmeleri için, babalarıyla gayri sahih nesep ilişkilerinin kurulması gerekmektedir. Gayri sahih nesep çocukların miras payları sahih nesep çocuklardan daha az olacak şekilde eTMK m. 443 hükmünde farklı şekilde düzenlenmişti¹⁷⁷. Bu düzenleme yöntemi ile kanun koyucu belki de evlilik birliği dışında çocukların dünyaya gelmesini engellemeye çalışmaktaydı. Ancak söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilince yeni düzenlenmenin yapıldığı tarihe kadar mirasçılığın dayandığı esaslar üzerinde tartışmalar yapılmıştır. O dönemde Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kurulu¹⁷⁸ soruna 14.09.1990 tarihinde Türkiye tarafından imzalanan 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı kanunla onaylanarak 11.12.1994 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe giren Çocuk Hakları Sözleşmesi açısından bakmış ve çocuğun üstün yararının dikkate alınması gerektiğine vurgu

¹⁷⁶ ZEYTİN, s. 225.

¹⁷⁷ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ERDOĞAN, s. 1 vd.

¹⁷⁸ YİBK.E.1996/1, K.1997/1, T. 22.2.1997.

yapmıştır. Kanaatimizce postmortal dölleme de yine çocuğun üstün yararı açısından olaya bakılması gerekmektedir. Bu doğrultuda postmortal dölleme sonucunda doğan çocuğun mirasçılığının kabul edilmemesi, çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden isabetli değildir. Ayrıca, Türk hukukunda uzun yıllar mahkeme kararlarında boşanmadan sonra velayetin tek bir tarafa, özellikle kadına, verildiği unutulmamalıdır¹⁷⁹. Diğer bir deyişle, ülkemizde boşanan çiftlerin tek başına velayeti kullandıkları bir gerçektir. Bu nedenle çocuğun tek başına anneye yaşayacak olmasının onun psikolojisini bozacağı fikrinden yola çıkılarak çocuğun mirasçılığının reddedilmesi Türk hukuku bakımından yerinde değildir.

Kanımızca kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin vermesi akabinde dünyaya gelen çocukla babası arasında soybağının kurulması halinde çocuğun babasına mirasçı olması mümkün olmalıdır. Kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun ana rahmine transferi sonucunda doğan çocukla ölen babası arasında soybağının TMK 285/f.1 hükmündeki karinenin işletilmesi suretiyle kurulması halinde zaten çocuğun kanuni mirasçılığı bakımından bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık babanın ölümünden 300 gün sonra doğan çocuk ile ölen babası arasında soybağı, TMK m. 301 hükmü uyarınca mahkeme tarafından babalık hükmü verilmesi halinde söz konusu olur. Bu halde, TMK m. 303 hükmü uyarınca ana ve çocuk tarafından ölen babanın mirasçılara karşı dava açılmak suretiyle ölen baba ile çocuk arasında soybağının kurulması talep edilebilir. Zira TMK m. 303/f.1 hükmü uyarınca babalık davasının, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılması mümkündür. Ananın dava hakkı bakımından bir yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür (TMK m. 303/f.1). TMK m. 303/f.2’de yer alan “*çocuğun açacağı babalık davası için bir yıllık hak düşürücü süre, çocuğa doğumundan sonra kayyım atanmışsa atamanın kayyım tebliği tarihinde, kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte başlar*” şeklindeki hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹⁸⁰. İptal kararının, Resmi Gazete’de yayım tarihinden başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla 21/07/2013 tarihinden itibaren, çocuğa kayyım atansın yahut atanmasın çocuk herhangi bir süreye tabi olmadan babalık davası açabilmektedir. Bu dava kapsamında çocuk, genetik inceleme yoluyla doğrudan doğruya ölen erkeğin babası olduğunu ispatlama yoluna başvurabilir

¹⁷⁹ ERLÜLE, s. 26; İNCE, (2018b), s. 219.

¹⁸⁰ AYM, 2011/116E.-2012/39K., T.15/3/2012, RG. T. 21/7/2012, S. Sayı: 28360.

ve bu inceleme sonucunda babalık hükmü verilmesi halinde ölen baba ile çocuk arasında soybağı kurulabilir. O halde dondurulmuş spermin yahut embriyonun kocanın ölümünden sonra ana karnına transferi sonucunda sağ doğan çocuk ile baba arasında babalık hükmü yoluyla soybağı kuruluyorsa çocuğun babaya mirasçı olmaması çelişkili bir durum yaratacaktır. Dondurulmuş spermin yahut emriyonun ana karnına transferi sonucunda sağ doğan ve babalık hükmü yoluyla babası ile soybağı kurulmuş olan çocuğun mirasçılığı Türkiye'nin taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde de açıkça düzenlenen çocuğun üstün yararı ilkesi nedeniyle kabul edilmelidir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 3 hükmünde düzenlenen çocuğun üstün yararı ilkesi, kamu veya özel sosyal yardım kurumları, mahkemeler, idari merciler veya yasama organları tarafından çocuklarla ilgili eylemlerin tümünde çocuğun üstün yararının öncelikle gözetilmesini teminat altına almaktadır. Aksi bir yaklaşım babası ile soybağı kurulan çocuğun mirasçı olamaması nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü m.1 ile AİHS m. 8 ve m. 14 hükümlerine aykırılık teşkil edecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü m.1 hükmü şu şekildedir: “(1)Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. (2)Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez”. Bu hükümde ifade edilen mülkiyet hakkının, her türlü ekonomik değeri kapsayacak şekilde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁸¹. Dolayısıyla bu anlamda mülkiyet hakkının, malvarlığı bütünüünün içinde yer alan miras hakkını da içerdiği kabul edilmektedir¹⁸². Bu doğrultuda, Anayasa m. 35 hükmünde miras hakkının, anayasal anlamda mülkiyet hakkının içinde ele alındığı vurgulanmaktadır¹⁸³.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8 hükmü uyarınca, “(1)Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; (2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik,

¹⁸¹ GEMALMAZ, s. 34.

¹⁸² GEMALMAZ, s. 35.

¹⁸³ GEMALMAZ, s. 35; BOYAR, s. 507.

kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir”. Bu doğrultuda mirasa ilişkin konuların, AİHS m. 8 anlamında aile yaşamıyla yakından ilgili olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, aile yaşamının sosyal, ahlaki ve kültürel ilişkiler kadar maddi çıkarları ve özel olarak miras haklarını içerdiğini vurgulamaktadır¹⁸⁵.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 14 hükmü uyarınca, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır”.* Dolayısıyla burada doğum statüsü nedeniyle çocuklar arasında ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Erkeğin ölümünden sonra donmuş embriyonun ya da spermin spermin ana rahmine transferi sonucunda sağ doğan çocukla babası arasında soybağı kurulmasına rağmen babasının kanuni mirasçısı olabilmesi bakımından babası ile soybağı kurulan diğer çocuklardan farklı muameleye tabi tutulması AİHS m. 14 anlamında ayrımcılık teşkil etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuğun mirasçılığı bakımından konuyu ele almıştır. AİHM, *Marx v Belçika* kararında evlilik dışında doğan çocukla anne arasında evlat edinme yoluyla soybağının kurulduğu, evlilik içinde doğan çocukla evlilik dışında doğan çocuk arasında kanuni düzenleme ile ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle AİHS m.8 ve m. 14 birlikte değerlendirilmek suretiyle evlilik dışı doğan çocuğun temel haklarının ihlal edildiği yönünde karar vermiştir¹⁸⁶. Mirasçılık belgesinin iptali ve mirasçılar arasında gösterilme talebi reddedilen *Fatma Julia Ekinciler*, Anayasa Mahkemesi’ne yaptığı bireysel başvuruda, babası tarafından vasiyetname ile tanınmasına rağmen eTMK m. 292 hükmü nedeniyle babasına mirasçı olamamasından yakınmaktadır. Anayasa Mahkemesi tarafından, eTMK m. 292’deki “*annenin zinasından olma çocuğun tanınamayacağı*” şeklindeki düzenlemenin engellemesi nedeniyle babanın vasiyetname ile tanıdığı evlilik dışı çocuğun babaya mirasçısı olamaması,

¹⁸⁴ ARSLAN ÖNCÜ, s. 318.

¹⁸⁵ AİHM, Marx- Belçika, Başvuru No: 6833/74, T.13.06.1979. Ayrıca bkz. ARSLAN ÖNCÜ, s. 318.

¹⁸⁶ AİHM, Marx- Belçika, Başvuru No: 6833/74, T.13.06.1979.

AİHS m. 8 hükmünde ifadesini bulan özel hayata saygı kapsamında değerlendirilmiş ve ihlal kararı verilmiştir¹⁸⁷. Öğretide, söz konusu başvuruda özel hayata saygı yerine mülkiyet hakkı bakımından muhakeme yapılabileceği ifade edilmektedir¹⁸⁸.

Maurek v Fransa kararında ise AİHM, evlilik dışı birliktelikten doğan çocuk ile evlilik birliği içinde doğan çocuk arasında Fransız Medeni Kanunu gereğince, miras payı bakımından yapılan ayırım nedeniyle AİHS 1 no'lu Protokol m.1 ile AİHS m. 14 hükmünü birlikte değerlendirmek suretiyle ihlal kararı vermiştir¹⁸⁹. O halde gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1 No'lu Protokolü m.1 ile AİHS m. 8 ve m. 14 hükümleri gerek AİHM tarafından bu zamana kadar verilmiş olan kararlar incelendiğinde postmortal döllemelerde de çocuğa mirasçılık hakkı tanınması isabetli olacaktır.

Belirtmek gerekir ki, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda bireylerin maddi ve manevi kişiliğini geliştirme hakkı ve miras hakkı düzenlenmiştir. Çocuğun maddi ve manevi varlığını geliştirmesi için alacağı miras payı önem arz etmektedir. Elbette ki saklı pay mirasçısı olacak çocuk külli halefiyet ilkesi gereğince sadece haklara sahip olmamakta aynı zamanda mirasbırakanın borçlarından sorumlu olmaktadır. Dolayısıyla terekenin borca batık olduğu durumlarda mirasçılığını ve miras payını öğrenen çocuğun mirası reddetme hakkının olduğu unutulmamalıdır.

Mirasbırakanın ölümünden sonra kullanılan sperm ya da ana rahmine transfer edilen embriyonun gelişip sağ doğması halinde bu çocuğa mirasçılık hakkının tanınmasının diğer mirasçıların haklarını ve hukuk güvenliğini zedelediği iddiası da kanımızca kabul edilemez. Zira her zaman ortada bir miras ortaklığı olmayabilir. Miras ortaklığı, birden fazla kanuni ve/veya atanmış mirasçı olması halinde söz konusu olmaktadır. Diğer mirasçıların haklarının zedelenmemesi için nasıl ve ne zaman doğacağına karar veremeyen çocuğun miras hakkının kabul edilmemesi isabetli değildir. Zira kanımızca postmortal dölleme sonucu doğmuş çocuğa nazaran diğer mirasçıların haklarını daha fazla koruyacak haklı bir neden bulunmamaktadır. Ayrıca dondurulmuş sperm ya da embriyonun ana karnına transferi sonucunda sağ doğan çocuğa mirasçılık tanınması halinde, hukuk düzeni tarafından hâlihazırda korunan bir değer olan çocuğun üstün yararı, hukuk güvenliğine

¹⁸⁷ AYM, Fatma Julia Ekinciler Başvurusu, No. 2013/2758, T. 17/2/2016.

¹⁸⁸ GEMALMAZ, s. 35, dn. 81.

¹⁸⁹ AİHM, Mazurek- Fransa, Başvuru No: 34406/97, T. 01.02.2000.

tercih edilebilmektedir. Kanun koyucu tarafından hukuk güvenliğini de gözeten bir kanuni düzenleme yapılmadığı müddetçe, çocuğun menfaatinin üstün tutulması Türkiye'nin taraf olduğu BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin bir gereğidir. Babanın ölümünde soybağı kurulmamış olan evlilik dışı çocuğun babalık hükmü ile babası ile soybağı kurulması halinde nasıl ki, sonradan babası ile soybağı kurulan çocuğun mirasçılığının tanınması hukuk güvenliğine tercih ediliyorsa, dondurulmuş embriyo yahut spermin erkeğin ölümünden sonra ana rahmine transferi halinde sağ doğan çocuğun mirasçılığının tanınması hukuk güvenliğine tercih edilmelidir. Kaldı ki, sağ kalan eş embriyonun yahut spermin dondurulduğundan haberdar olduğu için hukuk güvenliğinin sağlanması adına, miras hukukunda kabul edilmiş koruma önlemlerini de mahkemeden talep edebilir. Günümüzde tıp biliminde yaşanan gelişmeler göz önüne alındığında mahkeme tarafından sağ kalan eşe böyle bir soru da yöneltilmek suretiyle, koruma önlemlerinin etkin bir biçimde kullanılması sağlanabilir. Zira dondurulmuş sperm yahut embriyo ana rahmine transfer edildikten sonra sağ doğum gerçekleştiği takdirde babası ile soybağı kurulmuş ve mirasçı olduğu tespit edilmişse, bu çocuk mirasın açıldığı andan itibaren mirasçı sıfatını kazanır. Paylaşma yapılmadan evvel dondurulmuş sperm ya da embriyonun transferi gerçekleşmiş ise, doğuma kadar paylaşmanın ertelenmesi söz konusu olabilir. Babanın ölümünden sonra dondurulmuş spermin yahut bu spermden elde edilmiş embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan ve babası ile soybağı kurulmuş olan çocuğun kanuni mirasçı olarak kabul edilmesi, paylaşma bakımından bir sorun teşkil etmez. Paylaşma yapıldıktan sonra kanuni mirasçı olduğu kabul edilen çocuğun istihkak davası açması mümkündür¹⁹⁰.

Öğretideki dondurulmuş embriyonun olup olmadığını araştırarak, daha sonra bir mirasçılık belgesi düzenlenmesinin mahkemeden beklenmeyeceği; aksi bir kabulün mahkemelerin iş yükünü çok fazla artıracığı ve mirasçılık belgesinin değiştirilmesinin hukuki güvenliği zedeleyeceği fikrine katılmak mümkün değildir. Zira mirasçılık belgesi İsviçre ve Türk hukukunda aksi ispat edilebilir bir karine yaratmaktadır. Örneğin, sonradan ortaya çıkan evlilik dışı çocuk ile baba arasında, baba öldükten sonra babalık davası kurulduğu takdirde önceden verilmiş mirasçılık belgesinin iptali söz konusu olacaktır. Bu halde mirasçılık belgesinin aksi ispat edilecek ve yenisi düzenlenecektir.

Çocuğa bu hallerde mirasçılık hakkının tanınmasının mirasbırakanın

¹⁹⁰ KOHLER-VADAUX, s. 242; KURT, s. 201; ZEYTİN, s. 226.

anayasalarda tanınmış olan tasarruf serbestisini etkileyeceği iddiası da kabul edilemez. Saklı payların tanındığı bir hukuk sisteminde hısımlık, evlatlık yahut evlilik ilişkisine dayanılarak hem kanuni mirasçılık tanınmış hem belirli oranlar üzerinde mirasbırakanın tasarruf serbestisi kısıtlanmıştır. Saklı payların miras hukukunda kabul gerekliliği veya saklı pay oranlarının nasıl olması gerektiği tartışılabilir. Ama saklı payların tanındığı bir hukuk düzeninde mirasbırakanla sonradan da olsa soybağı kurulan çocuğun mirasçılığı engellenmemelidir. Ayrıca mirasbırakanın ölümünden önce embriyonun elde edilmesi halinde, mirasbırakanın bu çocuğu istediği ve onun saklı paylı yasal mirasçısı olduğundan haberdar olduğunu kabul etmek gerekir. Yine ölümden sonra spermelerin kullanılmasına izin veren birçok ülkede olduğu gibi erkek ölümünden sonra spermelerinin kullanılması yönünde irade beyanında bulunabilmektedir. Erkeğin tüp bebek merkeziyle yaptığı sözleşmede ya da ölüme bağlı bir tasarrufta (örneğin vasiyetnamede) dondurulmuş spermelerin ölümünden sonra kullanılmasını istediği çoğunlukla görülmektedir.

Sağ kalan eşin sırf diğer mirasçıların miras paylarını zedelemek için dondurulmuş üreme hücrelerini kullanacağı varsayımı da kanaatimizce itibar edilmemesi gereken bir varsayımdır. Bir çocuğun dünyaya getirilmesi ve tek ebeveyn tarafından bakılıp büyütülmesi son derece meşakkatli bir iştir. Böyle bir işe ise sırf miras payı için girilmesi son derece istisnai bir durumdur. Kaldı ki, bu halde zarar gören mirasçıların TBK m. 49/f.2 hükmü gereğince anneden tazminat istemesi mümkündür. Bu halde söz konusu davranışla ilgisi olmayan çocuğun miras hakkının yok sayılması düşünülemez.

Alman ve İsviçre hukuk düzenlerinde 19. yy sonu ve 20. yy başında yürürlüğe girmiş Medeni Kanun hükümlerinde yapay dölleme teknolojisi dikkate alınarak düzenlemeler yapılması beklenemez. Buna karşılık Türk Medeni Kanunu 2002 yılında yürürlüğe girmiştir. Hatta TMK m. 643 hükmünün gerekçesinde kanun koyucu yapay döllemeyi dikkate aldığı için “ana karnına düşme” ifadesini kullanmamayı seçtiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla yapay dölleme teknolojisinin farkında olan Türk kanun koyucusu postmortal döllemelerde çocuğun mirasçılığını tamamen yasaklamadığı gibi ana karnına düşme gibi dar ifadelerden de kaçınmıştır. Madde gerekçeleri bağlayıcı olmasa da kanun koyucunun yapay döllemeyi dikkate alarak bazı maddeleri daha geniş yorumlanacak şekilde iradesini ortaya koyması açısından bu durum önemlidir. Konumuz açısından kanun koyucunun olaya dar bakmadığı görülmektedir.

Kanun sistemine göre, kişinin ölümünden sonra dondurulmuş üreme

hücresi yahut bu hücreden elde edilmiş embriyonun ana rahmine transferi neticesinde doğan çocuk ancak baba tarafından art mirasçı olarak atanmışsa yahut art vasiyet alacaklısı olarak tayin edilmişse mirasçı olabilmektedir. Kişinin ölümünden sonra dondurulmuş üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilmiş embriyonun transferi neticesinde doğan çocuğun yalnızca art mirasçı atama ya da art vasiyet alacaklısı şeklinde iradi mirasçı olabilmesi çocuğun menfaati ile çelişebilmektedir. Zira saklı paylı mirasçılar olması halinde, çocuk lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufu tenkis tehlikesi beklemektedir. Ayrıca kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin ya da bu hücreden elde edilen embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan çocuğun babalık davası sonucunda ölen babasıyla soybağının kurulması mümkündür. Bu çocuğun babasına kanuni mirasçı olamaması, çocuğun üstün yararı ilkesine aykırılık teşkil eder. Kanun koyucunun mirasbırakanın ölümü halinde henüz doğmamış olan birinin mirasçılığına imkân tanıdığı ve iradi mirasçılıkta bu konuyu düzenlediği görülmektedir. O halde miras hukukuna ilişkin mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak henüz ana rahmine düşmemiş birinin mirasçılığının hukuk sistemimize yabancı olmadığını savunmak mümkündür.

Sonuç

Tıp alanında meydana gelen gelişmelerin, toplum ve aile yapısı üzerinde önemli etkileri olmuştur ve olmaya devam etmektedir. 70'li yıllarda akla gelmeyen birçok husus örneğin embriyoların, yumurta ve spermlerin dondurulması artık mümkündür. Dondurulan üreme hücresi yahut bu hücrenin karşı cinsin üreme hücresiyle döllenmesi sonucunda elde edilmiş embriyonun kişinin ölümünden sonra kullanılıp kullanılmayacağı, farklı hukuk düzenlerinde farklı şekillerde düzenlenmiştir. İsviçre, Fransa ve İtalya'da dondurulan üreme hücresi yahut bu hücrenin karşı cinsin üreme hücresiyle döllenmesi ile elde edilen embriyonun kişinin ölümünden sonra kullanılması kanuni düzenlemelerle açıkça yasaklanmıştır. Buna karşılık Belçika, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletlerinde kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun kullanılmasına bazı koşullar altında izin verilmektedir. Türkiye'de kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin yahut bu hücreden elde edilen embriyonun kullanılması kanun hükmü ile yasaklanmamış; yönetmelikle kişinin ölümünden sonra üreme hücresinin veya bu hücreden elde edilen embriyonun imha edileceği düzenlenmiştir. Almanya'da ise öldüğü bilinen birinin spermlerinin kullanılması cezai yaptırıma bağlanmıştır. Bu hallerde spermleri kullanan tüp bebek merkezine

cezaî yaptırım uygulanacağı Embriyonun Korunması Hakkında Kanun'da (ESchG) § 4/f.1-3. maddede düzenlenmiştir. Bunun haricinde edilen embriyonun akıbeti düzenlenmemiştir. Almanya'da önüne gelen uyuşmazlıkta mahkeme, erkek hayattayken elde edilen embriyonun ölümünden sonra kadın tarafından tüp bebek merkezinden istenebileceği yönünde karar vermiştir¹⁹¹.

Kişinin ölümünden sonra üreme hücresi yahut bu hücrenin de kullanılması suretiyle elde edilen embriyonun ana karnına transferine izin vermeyen bir hukuk düzeninde bile, mirasbırakanın ölümünden önce elde edilmiş olan embriyonun mirasbırakanın ölümünden sonra ana rahmine transfer edilmesi halinde sağ ve tam doğan çocuğun mirasçı olup olmayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Hatta mirasbırakanın ölümünden önce dondurulan spermelerin kullanılması ve bu şekilde çocuğun tam ve sağ doğması hususunun mirasçılığa etkisi de tartışmalıdır. 2006 yılında Bakırköy 5. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülen bir dava, söz bu meselelerin teoride kalmadığını ve uygulamada da çözülmesi gerektiğini açıkça gözler önüne sermektedir.

İsviçre hukuku, Türk hukuku ve Alman hukukunda kişinin ölümünden sonra dondurulmuş olan üreme hücresinin yahut bu hücrenin de kullanılmasıyla embriyonun ana karnına transferi neticesinde sağ doğan çocuğun kanuni mirasçı olup olmayacağı hususunda kanunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, bu hukuk düzenlerinde mirasçı olacak kişinin mirasbırakanın ölümü anında sağ olması gerektiği kanunda açıkça düzenlenmiştir. Söz konusu kurala istisna getirilmek suretiyle, bu hukuk düzenlerinde ceninin sağ doğmak kaydıyla mirasçı olduğu kabul edilmekte ve şayet mirasçı olabilecek bir cenin varsa, mirasın paylaşılmasının erteleneceği hüküm altına alınmaktadır.

Tıp alanındaki gelişmeler karşısında dondurulmuş sperm yahut bu sperm yumurta ile döllenmesi sonucunda elde edilen embriyonun mirasbırakanın ölümünden sonra ana karnına transferi sonucunda sağ doğan çocuk babasının mirasından mahrum bırakılmamalıdır. Hâlihazırdaki normlarda, iradi mirasçılıkta doğacak birinin (henüz ana rahmine düşmeyen birinin) mirasçılığının hukuk sistemimize yabancı olmadığı görülmektedir. Erkeğin ölümünden sonra dondurulmuş sperm yahut bu sperm yumurta ile döllenmesi sonucunda elde edilmiş olan embriyonun ana karnına transferi neticesinde doğan çocuk ile babası arasında babalık hükmü yoluyla soybağı kurulabilmektedir. Kanaatimizce baba ile soybağı kurulan çocuğa kanuni mirasçılık hakkı tanınmalıdır. Bu yaklaşım aynı zamanda hem Anayasa'ya

¹⁹¹ OLG München, Endurteil vom 22.2.2017– 3 U 4080/16, NZFam 2017, s. 957 vd.

hem de Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere uygun bir yorum olacaktır. Gerek kanunlar gerek yönetmeliklerin normlar hiyerarşisinde en üstte olan Anayasa'ya aykırılık teşkil etmemesi gerektiği son derece açıktır. Eşitlik ilkesi başta olmak üzere Anayasa'da düzenlenen temel ilkeler ve taraf olunan BM Çocuk Hakları Sözleşmesi dikkate alındığında çocuğun maddi ve manevi gelişimi için mirasçılığının tanınması çocuğun üstün yararı ile uyumlu olacaktır. Postmortal döllemenin önüne geçilmesi meselesi ile çocuğun mirasçılığı meselesinin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Nasıl ve ne zaman doğacağına karar veremeyen çocuğun korunması ve ona biyolojik babasına mirasçı olma hakkı tanınması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

- ACABEY, M. Beşir: **Soybağının Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı**, İzmir, 2002.
- ALTUNKAYA, Mehmet: "Tabii Olmayan Yollarla Çocuk Sahibi Olmanın Soybağına Etkisi", **IMGB, Organ ve Doku Naklinde Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sorunları, I. Uluslararası Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Kongresi Bildiri Kitabı**, İstanbul, 2007, s. 98-118.
- ANTALYA, Osman Gökhan/Sağlam, İpek: **Miras Hukuku Cilt III, Genişletilmiş 4. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2019.**
- AYDIN ÜNVER, Tülay: **Cenin Hukuki Konumu**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- AYDIN, Öztürk: "Homolog Dölleme Yoluyla Elde Edilen Tüpteki Embriyonun Yasal Mirasçılığı" **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, Sayı: 3, Prof Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan**, İstanbul, 2016, s. 349-374.
- BAYSAL, Başak Zeynep: "Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 493-533.
- BELLING, Detlev, W./İNCE, Nurten: "Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi", **LHD, C. 12, Sa. 137, 2014**, s. 1-58.

- BLOMBERG, Eva Maria: **Freiheit und Bindung des Erblassers**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 2011.
- BRITTING, Eva: **Die postmortale Insemination als Problem des Zivilrechts**, Peter Lang Verlag, Frankfurt a.M, 1989.
- BOYAR, Oya: **Mülkiyet Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, Ankara 2013.
- BROX, Hans: “Die Künstliche Befruchtung der Ehefrau durch den Samen des Ehemannes nach dessen Tod und das Erbrecht des Kindes nach seinem Vater”, **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels**, Heidelberg, 1993, s. 965-979.
- COUCHEPİN, Gaspard/MAIRE, Laurent: **Commentaire du droit des successions (art. 457-640 CC; art. 11-24 LDFR)**, SHK - Stämpfli Handkommentar (Edité par Antoine Eigenmann, Nicolas Rouiller), 2012 Stämpfli Verlag AG.
- ERDOĞAN, İhsan: “Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, S. 1-2, 1998, s. 1-9. (http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_3.pdf (12.12. 2019))
- EBENROTH, Carsten Thomas: **Erbrecht**, C.H. Beck Verlag, München, 1992.
- ERLÜLE, Fulya: **İsviçre’de Yapılan değişiklikler Işığında Boşanmada Birlikte Velayet**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- EROL, Yasemin: **Yapay Dölllenme Yöntemleri ve Taşıyıcı Annelik**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- FEGELER, Susanne: **Der Maßstab des Wohls des Kindes, des Mündels, des Pfleglings und des Betreuten bei der gerichtlichen Kontrolle ihrer Interessenvertreter**, Nomos Recht Verlag, Baden-Baden, 2000.
- FRONEMANN, Esther: **Der Beginn der Erbfähigt in Fällen extrakorporaler Befruchtung**, Kovac Verlag, Hamburg, 2004.
- GEMALMAZ, Burak: **Mülkiyet Hakkı, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları** Serisi-6, Avrupa Konseyi, Ankara 2018.
- GUTTMANN, Thomas: **Freiwilligkeit als Rechtsbegriff**, C. H. Beck Verlag, München, 2001.

- HAKERİ, Hakan: “Türk Hukukunda Yapay Döllenme”, **Tıp Hukuku Dergisi**, **Sa. 8, Yıl 2015**, s. 103-128.
- HERMANN-ENGEL, Karl Josep: **Die rechtliche Berücksichtigung des Menschen vor der Zeugung. Eine Untersuchung zum deutschen französischen und englischen Zivilrecht**, Universitätsverlag Rasch V Osnabrück, 1997.
- HRUBESCH-MILLAUER, Stephanie: **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)**, (Herausgeber Jolanta Kren Kostkiewicz, Stephan Wolf, Marc Amstutz, Roland Fankhauser), 2016 Orell Füssli Verlag AG.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan: **Miras Hukuku**, 8. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2011.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ ALBAŞ, Hakan: **Miras Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- İNCE, Nurten: “İki Baba Bir Çocuk (Alman Medeni Kanunu’nun 1686a Maddesi Uyarınca Biyolojik Babanın Haklarında Meydana Gelen Değişikliklerin Değerlendirilmesi)”, **4. Uluslararası Hukuk Sempozyumu 3-4-5 Mayıs 2018, Tam Metin Bildiriler Kitabı**, s. 353-372 (İNCE, (2018a)).
- İNCE, Nurten: “Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi Durumunda Birlikte Velâyet” **TAAD, Sa. 9 (4), Nisan 2018**, s. 189-229 (İNCE, (2018b)).
- JUNG, Eberhard: “Reformbestrebungen im Erbrecht“, **FamRZ 1976**, s.134-137.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: **Türk Medeni Hukuku’nda Biyoetik Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- KARAN, Ulaş: **Yaşam Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, (Editör: Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi, Ankara 2013.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: **Soybağı Alanında Biyoetik ve Hukuki Sorunlar**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006.
- KOHLER-VAUDAUX, Maryam: **Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l’enfant à naître: Etude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand**, Schulthess Juristische Medien AG 2006.

- KURT, Leyla Müjde: “Ceninin Mal Varlığı Hakları”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 2, Sa.1, 2011, s. 177-207.
- LEIPOLD, Dieter: ”Erbrechtliche Aspekte der künstlichen Befruchtung und der künstlichen Verlängerung des Lebens” **Festschrift für Winfried Kralik**, Wien, 1986, s .467-484.
- LEIPOLD, Dieter: **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Verlag C.H. Beck, München, 2019 (LEIPOLD, (2019)).
- LIEDER, Jan: **Erman BGB, Kommenar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG** Herausgeber_ Harm Peter WESTERMANN, 15. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 2017.
- LIPP, Volker: “Finanzielle Solidarität zwischen Verwandten im Privat-und im Sozialrecht”, **NJW 2002**, s. 2201-2207.
- MANSEES, Norbert: **Das Erbrecht des Kindes nach künstlicher Befruchtung**, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 1991.
- METİN, Sevtap: **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- MÜLLER-CHRISTMANN, Bernd: **BeckOK BGB**, Herausgegeben von: Heinz Georg BAMBERGER/Herbert ROTH/Wolfgang HAU/Roman POSECK, 53.Edition, Verlag C.H. Beck Münschen, 2020.
- MÜNZER, Ulrich: **Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht: Eine vergleichende Darstellung bundesdeutschen, englischen und französischen Rechts**, Aachen Shaker Verlag, Tübingen, 1991.
- NOMER, Haluk N.: “Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri”, **M.Kemal Oğuzman Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 545–594.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe/ TEK, Gülen Sinem: “Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri” **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 909-931.
- OTTE, Gerhard: “Das Pflichtteil- Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik”, **AcP 2002**, s. 317-362.
- OTTE, Gerhard: **J.von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen**

Gesetzbuch, Übersicht Einleitung zum Erbrecht; §§ 1922-1966, 2017.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa: “Yapay Dölllenme ve Soybağı” **Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 875-908.

ÖZSUNAY, Ergun: “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar Sorunlar”, **Prof. Dr. Bülent Davran’a Armağan**, İstanbul 1998, s. 1-58.

PARLAK-BÖRÜ, Şafak: “Aile Hukukunda Zor Bir Dönemeç: Karşılaştırmalı Hukuk Bakış Açısıyla Taşyıcı Anneliğe İlişkin Güncel Gelişmeler”, **Public and Private International Law Bulletin, Sa. 39(1)**, s. 63-110.

ROWSELL, Jamie: “STAYIN’ ALIVE: Postmortem Reproduction and Inheritance Rights.” **Family Court Review**, Vol. 41, No. 3, July 2003, s. 400-415.

SANDOZ, Suzette: Quelques problèmes de filiation en relation avec la procréation médicalement assistée, **Zeitschrift für Vormundschaftswesen, Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz**, Schulthess Juristische Medien AG 2000.

SCHMIDT, Manuela: **Juris Praxiskommentar BGB, Band 5 Erbrecht**, 8. Auflage, Saarbrücken 2017.

SCHLÜTER, Wilfried: “Die Änderung der Rolle des Pflichtteilsrechts im sozialen Kontext,” **50 Jahre Bundesgerichtshof Festgabe aus der Wissenschaft Band I. Bürgerliches Recht**, München, 2000, s. 1047-1075.

SCHLÜTER, Wilfried/RÖTHEL, Anne: **Erbrecht**, 17. Auflage C.H. Beck, München 2015.

SCHREIBER, Hans-Ludwig: ”Der Schutz des Lebens durch das Recht an seinem Beginn und an seinem Ende”, **Medizinrecht — Psychopathologie — Rechtsmedizin Diesseits und jenseits der Grenzen von Recht und Medizin Festschrift für Günter Schewe**, Berlin u. a. 1991, s. 120-133.

SCHUMACHER, Klaus: “Fortpflanzungsmedizin und Zivilrecht” **FamRZ 1987**, s. 313-324.

SELB, Walter: **Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen, 1987.

- SEROZAN, Rona: **Çocuk Hukuku**, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkey: **Miras Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- STEGMÜLLER Tiffaine: L'interdiction suisse de la procréation post-mortem face au droit comparé, **Le droit comparé et le droit suisse**, (Herausgeber: Rashid Bahar, Thomas Kadner Graziano) Schulthess Editions romandes 2018, s. 177-198.
- STRÄTZ, Hans-Wolfgang: "Rechtspolitische Gesichtspunkte des gesetzlichen Erbrechts und Pflichtteilsrechts nach 100 Jahre BGB" **FamRZ 1998**, s. 1553-1567.
- TEGELKAMP, Martin: **Beck-online Grosskommentar**, Verlag, C.H. Beck, München, 2019.
- TUĞLACI, Pars: **Tıp Sözlüğü**, Ar Basın Yayın, İstanbul, 1983.
- TURAN BAŞARA, Gamze: "Miras Hukuku Bakımından Ceninin Durumunun Değerlendirilmesi" **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 1, Sa. 2, Ekim 2016, s. 389-410.
- VELTE, Gianna: **Die Postmortale Befruchtung im deutschen und spanischen Recht**, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2015.
- WILDISEN, Christoph : **Erbrecht Art. 457-640 ZGB, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, (Herausgeber Peter Breitschmid, Alexandra Jungo), Schulthess Juristische Medien AG 2016.
- ZEYTİN, Zafer: "Üreme Tıbbı, Soybağı ve Hukuki Sonuçları", **Tıp Hukuku Dergisi**, Sa. 8, Yıl 2015, s. 211-232.
- ZIERL, Gerhard: "Zivilrechtliche Aspekte artifizieller Reproduktion", **DRiZ 1986**, s. 302-307.

