

D ö r d ü n c ü R a p o r

MK.'UN EVLÂD EDİNMEYE MÜTEALLİK HÜKÜMLERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE TAMAMLANMASI

Asistan Dr. AYTEKİN M. ATAAY

İçtimai hayatımızda ehemmiyetli bir mevki işgal eden ve asrımızın başında beliren fikir cereyanlarının kendisine kazandırdığı sosyal karakteriyle (1) temayüz eden evlâd edinme müessesesi MK.'un kabulile mer'î hukukumuzda yer almış bulunmaktadır (2). Modern Türk hukukunda bu müessesenin, İslâm hukuku tatbik olunduğu sırada mevcut bulunan büyük bir boşluğu doldurduğunda şüphe yoktur (3). Gerek hukuk tatbika-

(1) **Bak: Dr. A. Ataay**, Medenî Hukukta Evlâd Edinme, 1. fasikül (İstanbul 1957), s. 34.

(2) MK. dan önceki hukukumuz olan İslâm hukuku evlâd edinme müessesesini tanımamaktaydı. **Bak: Hacı Âdil**, Evlâd edinme tetkikatından mabat (IHFM. 1929, sa. 41), s. 184; **S. Ş. Ansay**, Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku (Ankara 1958), s. 218; **E. Ersebük**, Medenî Hukuk, II Aile Hukuku (Ankara 1940), s. 50; **Dr. F. Arık**, Evlâd Edinme (SBOD. 1948, sa. 3-4), s. 184; **İ. Doğanay**, Evlâd Edinme ve Bir Kimse Kardeşini Evlâd Edinebilir mi? (AD. 1948, sa. 7), s. 715; **Ataay**, a.g.e. 21. Ayrıca bak: **G. H. Bousquet**, Précis élémentaire de droit musulman (Alger-Paris 1935), s. 85; **D. Santillana**, Istituzioni di diritto musulmano malichita, I (Roma), s. 239. Bu mevzudaki Yt. kararları için bak: **Dr. A. Ataay**, Umumî Esaslar, Şahsın Hukuku ve Aile Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları 1955-1956 (IBD. 1957, sa. 1-2), s. 50, not. 54.

(3) Gerçi İslâm hukukunda, evlâd edinme müessesesile güdülen başlıca gayelerin muhtelif suretlerde elde edilebilmeleri imkânı mevcut idiye de (bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a.g.e., s. 24 ve müt.), bunların cemiyet hayatında evlâd edinmenin ifa ettiği fonksiyonları tam ve eksiksiz olarak karşıladıkları söylenemez. Zira evlâd edinme ile modern hukuklarda evlâd edinen bakımından güdülen hissî gayenin (yani çocuk sevgisinin ve iştियakının tatmini gayesinin) tahakkukuna yarayan İslâm hukuku müesseselerinden esas itibarile ancak erkekler istifade edebiliyorlardı. Bundan başka da, hariçten bir şahsın evlilikten hasıl olan bir evlâd gibi aileye sokulabilmesi için nesebi itibarile muayyen bir guruba dahil bulunması icap ediyordu. (bak: **Ataay**, a.g.e., s. 24 ve müt.) Bu bakımdan da kendisine sempati beslenen veya himayesi gereken bir kimse ekseriya diğer bir şahıs tarafından hakiki evlâdın haklarile mücehhez olarak aileye alınamıyor ve evlâd durumuna sokulamıyordu.

tımızda ve gerek içtimai hayatımızda ehemmiyetli bir yer almağa muvafak olan (4) evlâd edinme müessesesinin lüzumuna türk müellifleri kanidirler (5). Tamamen inkılâpçı bir karakter taşıyan bir müessesenin nail olabileceği en büyük mazhariyet de budur.

Bununla beraber, yapıldığı devre göre evlâd edinme müessesesinin tanzimi hususunda oldukça ileri görüşlü bir karaktere sahip bulunan MK. 'un evlâd edinmeye müteallik hükümlerinin mükemmel olduğu iddia edilemez. Hattâ bu hükümlerden bazıları evlâd edinme müessesesinin sosyal gayelerinin (6) tahakkukuna geniş miqyasta engel teşkil etmektedirler. Bundan başka MK. 'un evlâd edinmeye tahsis ettiği hükümlerin nisbeten mahdut oluşu - şahısların şahsî hallerine tallûk eden ve bu bakımdan da kanun tarafından önceden tanzim edilmiş olmaları temenniye şayan bulunan bazı hususlarda - istikrarsızlığa yol açabilecek tehlikeli bir durum yaratmaktadır. Aşağıdaki izahatımızda, pozitif hukukumuzda evlâd edinme müessesesinin tanziminde tenkidi mucip olabilecek başlıca noktalar ve tamamlanması icab eden hususlar üzerinde duracak, bunlara ait temennilerimizi - MK. 'un sistemine ve ruhuna sadık kalmak ve realizmden uzaklaşmamak şartile - kısaca belirteceğiz (7).

(4) **Arık**, a.g.e., s. 179 not 2.

(5) Ezcümle bak: **M. Aksoy**, *Kötü Durumlu Evlilik Dışı Çocuklar* (Ankara 1943), s. 186; **Arık**, a.g.e., s. 179; **Dr. H. V. Velidedeoğlu** *Türk Medenî Hukuku*, II Aile Hukuku, 3. bası (İstanbul 1956), s. 272. Fakat **Dr. Ş. Berki** (*Modern Evlâd edinmenin Mahzurları - Etudes de droit*, No. 2, 1957-), bir mukavele ile iki yabancı şahıs arasında hısımlık rabitası tesisini imkânsız görmekte; esasen fitraten başka bir şahsa ait olan bir çocuğu evlâd edinmeği insan haklarına aykırı bulmakta ve bundan bazı neticeler çıkarmaktadır. **Kanaatimize**, bu fikir kolaylıkla kabul edilemez. Zira evvelâ, bir akit (mukavele) ile iki yabancı şahıs arasında hısımlık rabitası tesisinin hukuken imkânsız bulunduğu iddia olunamaz; evlilikten doğan sıhrî hısımlık da - bazı muteber müelliflerce kabul edildiği üzere (bak: **Velidedeoğlu**, a.g.e., s. 41; **Dr. A. B. Schwarz** - terc. **Dr. B. Davran** -, *Aile Hukuku* 1, 2. bası - İstanbul 1943-, s. 54) - bir akitten doğmaktadır. Saniyen evlâd edinme muamelesinin yapılabilmesi, tarafların (veya bunların selâhiyetli mümessillerinin) ihtiyarına bağlı bulunduğu halde, iki yabancı şahıs arasında evlâd edinme yoluyla bir bağ meydana getirmek hususunun neden insan haklarına aykırı olduğunu anlamak da güçtür. Bilâkis, evlâd edinme bir taraftan çocuk hasret ve iştihakını tatmin etmesi, diğer taraftan da ana ve baba sevgisini karşılaması itibarile insani temayüllere tamamen uymaktadır.

(6) Bunlar kimsesiz çocukların himayesi, nesep durumları elverişli olmıyanların nesep durumlarının düzeltilmesi ve insanlar arasındaki dayanışma ve yardımlaşmanın kolaylaştırılması gayeleridir. Tafsilat için bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a. g. e., s. 27 ve müt.

(7) Burada şu hususu belirtelim ki, **biz**, bazı müelliflerin (bak: **Dr. F. Arık**,

I

Evlâd edinmenin yaş ile ilgili şartları hususunda MK. oldukça sert davranmıştır. Bu sertlik konulan yaş şartlarına hiç bir istisna tanınmamış olmasından doğmaktadır. Halbükî bazı yabancı kanunlar tesbit ettikleri yaş şartlarına muayyen hallerde riayet olunmamasını imkân dahiline sokmuşlardır. Nitekim Al. MK. evlâd edinecek olanın esas itibarile elli yaşını doldurmuş bulunmasını şart koştukla beraber (mad. 1744), hususî durumların mevcudiyeti halinde onun bu yaş şartından muaf tutulabilmesini mümkün saymış ve bundan başka evlâd edinenle evlâdlık arasında bulunması gereken yaş farkından (bak : mad. 1744) vaz geçilebilmesini de kabul etmiştir (mad. 1745). Fr. MK. da evlâd edinen hakkında tayin ettiği yaş şartına (mad. 344/1, cümle 1), on seneden fazla bir zamandan beri evli bulunup da bu evlilikten çocukları olmamış ve ayrılıklarına hükmedilmemiş bulunan karı-kocanın birlikte evlâdlığa almaları halinde istisna tanımış (mad. 344/1, cümle 2) ve on beş sene olarak tesbit ettiği yaş farkının on seneye indirilebilmesini, hattâ daha da azaltılabilmesini imkân dahiline sokmuştur. Keza İt. MK. da evlâd edinen hakkında tayin ettiği yaşın bazı hallerde indirilebilmesini mümkün kılmış (mad. 291) ve on sekiz sene olarak tesbit ettiği yaş farkının (mad. 291/1) istisnaî hallerde on altıya indirilebilmesini kabul etmiştir (7a).

Türk Hukukunda Evlâd Edinme - SBOD. 1949, sa. 1-4-, s. 192; Dr. Ş. Berki, Türk Hukukunda Evlâd Edinme ve Evlâdlığın Mirası - AHFD. 1952, sa. 3-4-, s. 4), bilhassa kız çocuğuna sahip bulunmalarına rağmen erkek çocuğundan mahrum olanlar hakkında çocuksuzluk şartının (yani evlâd edinenin evlilik içi çocuğu bulunmaması hususundaki şartın, bak: MK. mad. 253) tatbik edilmemesini temenni etmelerini evlâd edinme müessesesi çerçevesi dahilinde evlilik içi çocukların haklarının korunmasına azamî bir gayret sarf eden MK.'un ruhuna uygun bulmamaktayız. Kaldı ki, bu temenni - evlâdlık için doğabilecek mahzurlardan sarfı nazar -, evlilik içi kız çocuklarını, aynı durumdaki erkek çocuklarına göre daha az teminatlı bir hale koyması sebebiyle cinsiyet eşitliği prensibine de aykırıdır. Gerçi yalnız bir kız çocuğa sahip bulunan köylülerin erkek evlâd düşkünlüğü, boşanmalara ve evlilik dışı birleşmelere yol açmaktadır. Ancak bu hal, sadece kız çocuğu olan şahıslara bir erkek çocuğunu evlâd edinebilmek hakkının tanınmas ile önlenemez. Zira, köylülerin bir erkek evlâda sahip bulunmağı arzu etmelerini, nesillerini kendi sulblerinden gelen erkek evlâdla devam ettirmek sevki tabiisinde, veya iktisadî bir takım gayelerde aramak icab eder. Evlâdlığa alınan bir erkek çocuğunun bu arzularından birincisini karşılamasına imkân bulunmadığı gibi, ikincisini karşılaması da mümkün değildir. Zira modern hukuklarda evlâd edinme ile birtakım iktisadî gayelerin sağlanması tecviz olunmamaktadır.

(7a) Bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a. g. e., s. 46 not 11 ve s. 48 not 18.

Halbukî - İsv. MK. 'nda olduğu üzere - MK.'umuzda da bu kabil istisnalar mevcut değildir. Bununla beraber, bazı müellifler MK.'da bu hususta sarîh istisnaların kabul edilmemiş olmasına rağmen, yaş şartlarının vaz olunmalarındaki gayeler (8) bahis mevzuu olmayan hallerde bu şartların bertaraf edilebilmelerini veya yumuşatılabilmelerini mümkün saymaktadırlar. Netekim **Baltensweiler** evlâd edinen hakkındaki yaş şartının ratio legis'ine dayanarak bazı hallerde muafiyet tanınabileceğini ve on sekiz senelik yaş farkının on yediye kadar indirilebilmesinin kabul olunabileceğini söylemektedir (9). Keza **Egger** de İsv. MK.'un 103. maddesinin III. fıkrasından (TMK. mad. 95 II) ilham alarak evlâd edinenin çocuğu olması ihtimali bulunmadığı takdirde kırk yaşına ulaşmadan da evlâd edinmeye müsaade alabileceği fikrindedir (10). Hattâ bu müellif eşlerden birinin, diğerinin çocuğunu evlâdlığa almak istemesi halinde dahi aynı muafiyetin tanınması gerektiğini söylemektedir (11). **Egger**'e göre, kadının evlenme rüşdü nazara alınarak tayin edilmiş bulunan yaş farkının - evlenme rüşdüne istisna tanınmış bulunduğundan - indirilebilmesini de kabul etmek lâzımdır. Zira cüz'î zaman farkları dolayısıyla evlâd edinme hususunda verilen iznin geri alınması caiz görülemez. Daha üstün sayılan menfaatler gerektirdiği takdirde böyle bir muhalefet müsamaha ile karşılanmalıdır. Bu şekildeki müsamahanın misalini MK.'un 129-131. (TMK. 121-123.) maddelerinde görmek mümkündür (12). **Arık** da evlâd edinenin yaşı ve taraflar arasında bulunması gereken yaş farkı hususunda esas itibarıyla **Egger**'in fikrini benimsemiş gözükmektedir (13). **Kanaatimizce**, bu müelliflerin fikirleri MK.'un 253. maddesinin hükmünün emredici bir hukuk kaidesi olması (14) sebebiyle kabul edilemez. Emredici hukuk kaideleri mutlak surette riayeti mecburî kaidelerdir (15). Bunlar ratio legis'lerine dayanılarak da olsa hiç bir sebep veya bahane ile bertaraf olunamazlar. Eğer emredici hükümler ratio legis'lerine dayanılarak tatbikten düşürülebilselerdi **Egger**'in bu mevzuda başlıca il-

(8) Bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a.g.e., s. 43 ve müt.

(9) **M. Baltensweiler**, Die Kindesannahme als fürsorgerisches Problem (Zurich 1931, Dissertation), s. 56 ve müt.

(10) **Dr. A. Egger** (t. terc. **Dr. T. Çağa**), İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, II. Aile Hukuku, 2. kısım (Ankara 1949), s. 44, 45.

(11) **Egger**, a. g. e., s. 45.

(12) **Egger**, a. g. e., s. 45.

(13) **Arık**, yukarıda not 7'de a. g. e., s. 184-185.

(14) Bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a. g. e., s. 74-75.

(15) Bak: **Dr. H. V. Velidedeoğlu**, Türk Medenî Hukuku I, cüz 1, Umumi Esaslar, 5. bası (İstanbul 1956), s. 179.

ham kaynağını teşkil eden 103. maddenin III. fıkrasının (TMK. mad 95/II) kanunda yer almasına hacet kalmazdı. Bu fıkrayı koymakla kanun vazınının sadece bir misâl vermek istediği veya zaten mevcut bir kaideyi teyit ettiği söylenemez. Keza üstün sayılan menfaatlerin gerektirdiği yerlerde de emredici kaidelere muhalefet müsamaha ile karşılanamaz. Bu şekildeki müsamahaya **Egger** 129-131. (TMK. 121-123.) maddeleri göstermekte ise de, bu maddeler misâl olarak alınarak üstün sayılan menfaatlerin gerektirdiği her yerde emredici bir kaidenin yumuşatılması veya mer'iyetten düşürülmesi cihetine gidilemez. Zira emredici kaidenin mahiyeti buna mânidir. **Egger**'in zikrettiği maddelerden biri kanunda mevcut olmasaydı, diğer ikisini misal ittihaz etmek suretile mevcut olmayan o madde kanunda mevcutmuş gibi hareket olunacak mıydı? Şüphesiz hayır! Görülüyor ki, kanunda tayin edilen yaş şartları mutlakdır (16). Bunun aksini iddia, ancak lege ferenda bakımından bir kıymet ifade etmektedir. Bu itibarla MK.'un 253. maddesinde tayin edilmiş olan yaş şartlarının hafifletilebilmesi veya bazı hallerde bunlara riayet olunmaması mümkün değildir.

Malûm olduğu üzere MK.'umuz, evlâd edinebilmek için en az kırk yaşında bulunulmasını şart koşmuştur (MK. mad. 253/cümle 1). Bu rakamın tesbitinde rol oynayan başlıca âmiller (17) nazara alındığı takdirde henüz bu yaşa ulaşmamış bulunan bazı şahıslara kanun koyucunun sarıh olarak muayyen hallerde evlâd edinebilmek imkânını tanımalarının zarurî olduğu neticesi çıkmaktadır. Muayyen bir müddetten beri evli bulunan ve çocukları olmayacağı fennen sabit olan karı-kocanın, henüz kırk yaşına ulaşmamış olmaları sebebiyle evlâd edinmelerine cevaz vermemek doğru değildir (18).

Keza İsviçre kanun koyucusunun kadının evlenme rüşdünü nazara alarak tayin ettiği on sekiz senelik yaş farkının bize aynen alınması, MK.'umuzda kadının evlenme rüşdü İsviçre'dekinden farklı bulunduğundan (bak: MK. mad. 88/II), pek isabetli olmamıştır. Hattâ bazı haller-

(16) Binaenaleyh Yt. HGK.'nın 17/12/1954 tarihli ve 2-6/5 sayılı kararında "MK.'un 253. maddesi evlâd edinen kimsenin evlâdlıktan en az on sekiz yaş büyük olmasını şart kılmış olup evlâd edinme akdinin muteber olması bu mutlak şartın tahakkukuna" (AD. 1955, sa. 1, s. 64; Sİ. 1955, sa. 84, s. 2265-2266) bağalıdır demesi isabetlidir.

(17) Bunlar, evlilik müessesesine zarar verilmesinin önlenmesi, meşru çocukların menfaatlerinin korunması ve ahlâkî bir takım düşüncelerdir. Tafsilat için bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a. g. e., s. 46-47.

(18) Bak. ve krş: **C. Monnard**, L'Adoption dans la pratique juridique suisse (Lausanne 1943, thèse), s. 99.

de evlenme rüşdüne istisna tanınmış bulunduğundan (bak: MK. mad. 88/II), gerek İsviçre ve gerekse Türkiye bakımından, taraflar arasında bulunması gereken yaş farkının indirilebilmesinin kabul edilmiş olması gerekirdi.

Evlâd edinmenin yaş ile ilgili şartlarının kanunda sarîh istisnalar tanınmak suretile hafifletilmesine bilhassa, karı-koca tarafından birlikde yapılmak istenilen evlâd edinmelerde ve evlilik dışı çocukların ana ve bilhassa babaları tarafından evlâdlığa alınmalarında (19) mutlak bir ihtiyaç vardır. Netekim yukarıda işaret ettiğimiz üzere Fr. MK. muayyen bir müddetten beri evli bulunan karı-kocalar tarafından yapılmak istenilen evlâd edinmelerde yaş şartlarının hafifletilebilmesini kabul etmiştir (20). Roma hukukunda da evlilik dışı çocuğun babası tarafından evlâd edinilmek istenilmesi halinde - modern hukuklardan bazılarında olduğu üzere - yaş şartlarına riayet edilmeyebilirdi (21).

II

MK.'un evlâdlık bakımından koyduğu rıza şartlarına müteallik 254. maddesinin 2. cümlesinin sarîh olmayan ifadesinin tatbikatta doğurabileceği tereddütler, bu hükmün muhtelif bakımlardan sarîh bir hale konulmasını gerektirmektedir.

Kanunun ana-babaya, çocuklarının evlâd edinilmesine müteallik muvafakat beyanı hususunda bahsettiği hakkın bunların çocuk üzerinde velâyeti haiz bulunup bulunmamalarına bağlı olup olmadığı hususu pek açık değildir. Bazı müelliflerin (22) ana-babanın çocuklarının evlâd edi-

(19) Bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a. g. e., 80 ve müt.

(20) Bu mevzuda Medenî Kanunu islâh maksadile kurulan komisyon daha da ileri gitmiştir. Bak: Avant-Projet de Code civil, Première partie livre préliminaire, livre premier, s. 153 ve müt., 303 ve müt.

(21) Bak. **Aksoy**, a.g.e., s. 187, not. 3.

(22) **A. S. Gönensay**, Medenî Hukuk, II Aile Hukuku, 2. kısım (İstanbul 1940), s. 31; **M. Kayalar**, Evlâd Edinme: Velâyet hakkı nez edilmiş ana veya babanın muvafakatini esirgemesi hali (ABD. 1947, sa. 31-34, s. 20 ve müt.); **Arık**, yukarıda not 7'de a.g.e., s. 197; **Egger**, a.g.e., s. 46 **Velidedeoğlu**, yukarıda not 5'de a.g.e., s. 276; **Silberganel-Waeber**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II Famillienrecht 2. kısım, 2. bası (Bern 1927), s. 53; **Monnard**, a.g.e., s. 48. Zurich Devlet Şûrasının bu hal tarzını teyid eden 14/6/1939 tarihli kararı için bak: SJZ. XXXVI, s. 202. Keza Lüzern Devlet Şûrasının aynı görüşü ihtiva eden 1/7/1925 tarihli kararı için bak: SJZ. XXII, s. 85. Federal Mahkeme de 3/7/1953 tarihli bir kararında (bak: JT. 1954, s. 377-378) ana-babanın muvafakatinin ancak velâyetlerine tâbi çocuklarının evlâdlığa alınmasında aranması gerektiği fikrindedir.

nilmesinde muvafakatlerinin şart olmasını, onların çocukları üzerinde velâyet hakkını haiz bulunmalarına bağlı görmelerine mukabil, diğer bir kısım müellifler (23) MK.'un 254. maddesinin 2. cümlesinin, evlâdlığın ana-babasının muvafakatini kan rabıtasının tabiî bir neticesi olarak mutlak bir surette vaz ettiğini ve bunların velâyet hakkını haiz olup olmamalarının durumunda bir değişiklik yaratmadığını ileri sürmektedirler. Bunlara göre, velâyeti haiz olsunlar veya olmasınlar küçük çocukların evlâdlığa alınmalarında ana-babalarının muvafakati şarttır. Kanaatimizce MK.'un 254. maddesinin 2. cümlesindeki «ana babanın veya hâkimin muvafakati alınmadıkça» ibaresi karşısında bu sonuncu müelliflerin fikri müdafaa edilemez. MK.'un bu maddesinde «veya» kelimesi kullanılmak suretile ana-baba ile hâkim karşı karşıya konulmuş ve hâkimin muvafakatının alındığı hallerde (yani evlâdlığa alınacak olan vesayet altında bulunduğu takdirde) ana-babanın muvafakatının aranmadığı gösterilmek istenilmiştir. Binaenaleyh evlâdlığa alınacak olan küçüğün vesayet altına konulmuş bulunması halinde asıl ana-babanın evlâd edinme muamelesi hususunda muvafakat beyanında bulunmalarına ihtiyaç yoktur (24). Bu takdirde hâkimin (daha doğrusu vesayet dairelerinin) MK.'un 406. maddesinin 1. bendine tevfikân, vasinin rızasına munzam olarak vereceği muvafakat ana ve babanın rızalarının yerine kaim olur. Aksini kabul; yani bu halde de vesayet dairelerinin muvafakatlerinden başka velâyet hakkını haiz bulunmayan ana-babanın muvafakatlerinin şart olduğunu ileri sürmek MK.'un 254. maddesinin 2. cümlesinin mânasının mesnetsiz olarak tahrifi neticesini doğurur. Kanunun metnindeki «veya» kelimesini «ve» olarak tefsire imkân yoktur. Müdafaaasını yaptığımız hal tarzının kanunun lâfzına olduğu kadar ruhuna da uygun olduğundan şüphe etmiyoruz. Bununla beraber MK.'un 254. maddesinin 2. cümlesinin başına «velâyet hakkını haiz» ibaresi eklenmek suretile mevcut tereddütlerin izalesi temenniye şayandır.

(23) **Curti-Forrer** (t. terc. Adliye Vekâleti tarafından), Kanunu Medenî Şerhi, I (İstanbul 1930), s. 436; **E. Ersebük**, Medenî Hukuk, II (Ankara 1940), s. 507, bilhassa not 74; **K. Tepeci**, Nesep Hukuku, birinci kısım, 2. bası (Ankara 1945), s. 48; **M. R. Belgesay**, Türk Medenî Kanunu Şerhi, II Aile Hukuku, 2. kısım 3. bası (İstanbul 1952), s. 226; **P. Secrétan**, L'Adoption (Lausanne 1914), s. 50; **Rossel-Mentha** Manuel du droit civil suisse I, 2. bası (Lausanne-Genève 1922), s. 423.

(24) Bununla beraber - hâkimi takyit etmemek şartile - velâyet hakkını haiz bulunmayan ana-babanın dinlenmesinde fayda vardır. Bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a.g.e., s. 57-59.

Keza MK.'un 254. maddesinin 2. cümlesinin hali hazırdaki ifade tarzından, velâyet altında bulunan bir çocuğun, velisinin veya hâkimin muvafakati ile evlâdlığa alınabileceği zehabı uyanmaktadır. Halbuki hâkimin muvafakatinin velâyet hakkını haiz ana-babanın muvafakatlerinin yerini tutmasına imkân yoktur (25). Velâyet altındaki bir kimsenin evlâdlığa alınması esas itibarile ana-babasının muvafakati ile mümkün olmakta (26) ve hâkimin muvafakati hiç bir zaman velâyet hakkını haiz bulunan ana-babanın muvafakatlerinin yerini alamamaktadır. Gerçi bu neticenin MK.'un 254. maddesinin 2. cümlesinin MK.'un 406. maddesinin 1. bendi ile birlikte mütalâa edilmesi suretile elde edilebilmesi imkân mevcutsa da, 254. maddenin metnine hâkimin muvafakatinin ancak vesayet altındakiler için mevzu bahis olabileceğini gösteren bir ibarenin eklenmesinde fayda vardır.

III

MK.'un 255. maddesi «**karı kocadan birinin evlâd edinmesi veya evlâdlık olması** diğerinin rızasına mütevakıftır» hükmünü ihtiva etmekte, fakat eşin muvafakatinin alınmasına imkân bulunmadığı takdirde (meselâ gayri mümeyyiz olması veya bulunduğu yerin bilinmemesi hallerinde) bu şarttan vaz geçilebilip vaz geçilemeyeceği hususunda bir hüküm koymamaktadır (27). Halbukî Al. MK.'nun 1746. maddesinin II.

(25) Gerçi **Belgesay**, ana veya babadan birinin muvafakatinin alınması (bulduğu yerin bilinmemesi veya temyiz kudretinden mahrum olması gibi bir sebeble) mümkün olmadığı takdirde «muvafakati alınması imkânsız görünen ana veya baba yerine hâkimin muvafakati yeter» demekte ise de, bu hal tarzı hâkimin muvafakatini ancak muayyen ve mahdut hallerde arayan MK.'a uymamaktadır. Bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a.g.e., s. 49.

(26) İstisnai durumlar için bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a.g.e., s. 54-55 ve s. 58 not 65.

(27) Eşin muvafakatinin alınmasına imkân bulunmadığı takdirde MK.'un 255. maddesindeki şarttan ancak vazgeçilebilir. Yoksa, bu hususda irade beyanında bulunamıyan eşin kanunî mümessilinin muvafakatinin alınması cihetine gidilemez. Zira bir kimsenin, eşinin evlâd edinmesine veya evlâdlık olmasına muvafakatini bildirmesi münhasıran şahsa bağlı bir hakdır. Münhasıran şahsa bağlı hakkını kullanamıyacak bir durumda bulunan bir kimse yerine onun kanunî mümessilinin irade beyanında bulunması ise, mevzu bahis hakkın kullanılmaması, hak sahibi bakımından büyük adaletsizliklerin doğmasının muhakkak bulunması halinde bahis konusu olabilir. Bir şahsın karısının veya kocasının evlâd edinmemesi veya evlâdlık olamaması, bizzat kendisi bakımından büyük bir adaletsizlik teşkil etmez.

fıkrasına göre, evlâd edinme hususunda muvafakatini bildirecek olan eşin bulunduğu yerin bilinmemesi veya rızasını açıklayamayacak bir durumda bulunması halinde artık muamele hususunda onun rızası aranmaz. Şahıslara ve aileye müteallik Bulgar Kanununun 77. maddesinin III. fıkrası da buna benzer bir hükmü ihtiva etmektedir. Keza Fr. MK.'nun 346. maddesinin II. fıkrasına göre de, eş iradesini açıklayamayacak bir durumda ise onun rızasının aranması hususundaki şart ortadan kalkar (27a).

İsviçre MK.'nun bu hususta hiç bir hükmü ihtiva etmemesine rağmen Egger «eşin daimî surette temyiz kudretinden mahrumiyeti veya bulunduğu yerin belli olmaması halleri için Alman hukukunda mevcut istisna İsviçre hukukunda da kabul edilebilir» demektedir (28). Fakat buna mukabil Curti-Forrer, bu muvafakatten hiç bir surette vaz geçilemeyeceği kanaatindedirler (29). Mevcut tereddütlerin izalesi bakımından MK.'un 255. maddesinde Al. MK.'nun 1746. maddesinin II. fıkrasında kabul edilen esasa benzer bir hükme yer verilmesinde fayda vardır.

IV

MK.'un evlâd edinmenin **şekil şartları** hususunda koyduğu hükümler (bak. MK. mad. 256/cümle 1) de, bu muamelenin yapılmasını güçleştirdiklerinden ve sakatlık ihtimallerini artırdıklarından tenkit olunabilirler. Evlâd edinme muamelesinin meydana gelebilmesi için hâkimden müsaade alınması tarafların aydınlanmasını ve bilhassa evlâdlığın menfaatlerinin korunmasını sağlaması itibarile faydalı ve zarurî ise de, muamelenin ayrıca noter tarafından, resmî senede bağlanması mecburiyeti fuzulî bir külfet olarak tavsif olunabilir. Kanunumuzun bu mevzuda klasik sistemi bir kenara bırakarak, - İt. MK.'nda olduğu üzere - evlâd edinme muamelesinin tarafların izhar edecekleri iradeler üzerine hâkimin vereceği kararla meydana gelmesini kabul etmesi yerinde olur.

V

Evlâd edinmeden doğan münasebetin evlâdlığın fûruu hakkındaki hükümleri hususunda MK.'da - mirasa müteallik 447. maddeden sarfı na-

(27a) Bak: Ataay, yukarıda not 1'de a.g.e., s. 59 not 72.

(28) Egger, a.g.e., s. 437. Aynı fikir için ayrıca bak: Silbernagel - Waeber, a.g.e., s. 56; Arık, yukarıda not 7'de a.g.e., s. 56.

(29) Curti-Forrer, a.g.e., s. 437. Aynı fikir için ayrıca bak: Arsebük, a.g.e., s. 506.

zar - bir hükmün bulunmaması bazı tereddütlere ve mütenakız hal tarzlarına yol açtığından tenkit olunabilir. Netekim **Egger**'in, evlâd edinmeden doğan münasebeti evlâdlığın, evlâd edinme zamanında henüz reşit olmıyan fûruuna şamil saymasına (30) mukabil **Escher**, evlâd edinmenin ancak, evlâdlığın evlâd edinme muamelesinin tasdikinden sonra doğacak çocuklarına şamil bulunduğunu iddia etmektedir (31). **Kanaatimizce**, kanun koyucu evlâd edinme ile meydana gelen münasebetin evlâdlığın evlâd edinme zamanında reşit olan veya evlâd edinme muamelesinin tasdikinden önce doğmuş bulunan fûruuna şamil olmadığını kabul etmiş bulunsaydı - MK.'un 447. maddesinde umumî bir ifade tarzı kullanılmıyarak - bunların evlâd edinenin terekesi üzerinde hisse sahibi olmalarını kabul etmezdi. Fikrimizi, kanunda evlâd edinme muamelesi neticesinde evlâd edinenle evlâdlığın fûruu arasında, ancak bu sonuncunun reşit olmaması veya muamelenin tasdikinden sonra doğması şartile, bir münasebet teessüs edebileceğini ihsas ettiren bir hükmün mevcut bulunmaması ile kuvvetlendirebiliriz.

Kanun koyucunun evlâdlığın evlâd edinmeden doğan münasebetin tesirlerine maruz bulunan fûruunu tahdit etmemek ve bilâkis 447. maddede umumî olarak «fûru» tâbirini kullanmak suretile zımnen kabul ettiği kaideyi evlâd edinmeye müteallik hükümler arasında sarahaten ifade etmesinde mevcut tereddütlerin izalesi bakımından fayda vardır.

VI

Kanunda evlâd edinmenin butlanı hususunda hiç bir hükmün bulunmaması da bir eksiklik teşkil etmektedir. Evlâd edinme muamelesinin, sıhhati hususunda çok defa umumî butlan nazariyelerini tatbik etmek suretile bir neticeye varmak imkânı mevcut olmadığı gibi, bu mevzuda henüz kabule mazhar olmuş bulunan bir nazariye de kurulamamıştır (32). Bu durumun arzettiği vehamet evlâd edinmeden doğan neticeler nazara alındığı takdirde kolaylıkla anlaşılır.

VII

Sözlerimize son vermeden önce, bir tecrüme hatası üzerinde de kı-

(30) **Egger**, a.g.e., s. 53, 54.

(31) **A. Escher** (t. terc. **S. Ş. Ansay**), Medeni Kanun Şerhi, Miras Hukuku (Ankara 1949), s. 75.

(32) Evlâd edinmenin sıhhati hususunda bir deneme için bak: **Ataay**, yukarıda not 1'de a.g.e., s. 96 ve müt.

saca durmak isteriz. MK.'un evlâd edinmenin sona ermesine müteallik 258. maddesinde «evlâdlık rabıtası,... mirasından mahrum bırakacak bir hal hususunda evlâdlık edinen kimsenin talebi üzerine, hâkim tarafından dahi refedilir» denilmektedir. İsv. MK.'nun bu maddeye tekabül eden 269. maddesinde ise, evlâdlığını mirasından iskat edebilme hakkını haiz bulunan evlâd edinenin talebi üzerine, hâkimin evlâdlık rabıtasını ref edebileceğinden bahsolunmaktadır. Yani İsviçre kanun koyucusu, evlâd edinene veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika eden veyahut da gerek evlâd edinene ve gerekse onun ailesine karşı kanunen mükellef bulunduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâp eyleyen evlâdlığa karşı, evlâd edinenin ref talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir. Halbukî Türk kanun koyucusu, evlâdlığa karşı evlâdlık rabıtasının ref'inin ancak mirasdan mahrum bırakacak bir hal hudusunda istenebileceği hükmünü vaz etmiş bulunmaktadır. Fakat, bununla beraber Türk kanun koyucusunun, mirasdan mahrum bırakacak halden - mirasdan iskat sebeblerine nazaran çok daha ağır ve fakat pek mahdut bulunan - mahrumiyet sebeplerini (MK. mad. 520) kasdettiği, yani kanunun tercümesinde isteyerek bir değişiklik yaptığı söylenemez. Zira, bu yoldaki bir iddiayı doğrulayabilecek makûl herhangi bir sebep mevcut değildir. Evlâdlığın, evlâd edinene veya onun yakınlarından birine karşı ağır bir cürüm ika etmesi veyahut da gerek evlâd edinene ve gerekse onun ailesine karşı kanunen müellef bulunduğu vazifeleri ifada büyük bir kusur irtikâp eylemesi, yani kendisinin evlâd edinen şahsın mirasından iskatını gerektiren bir davranışta bulunması halinde evlâd edinmeden doğan bağın ağır bir şekilde ihlâl edilmiş olduğunu kabul etmek yerinde olur. Kanunu gayesine ve ruhuna göre anlamak ve tefsir etmek icab eder. Zaten doktrinde (33) ve tatbikatta (34), MK.'un 258. maddesinin I. fıkrasının 2. cümlesindeki «mirasından mahrum bırakacak bir hal» ibaresinden «mirasından iskatı gerektiren bir hal» anlaşılmaktadır (35). Bunun-

(33) Ezcümle bak: **Dr. H. A. Göktürk**, Medenî Hukuk, II Aile Hukuku (Ankara 1942), s. 144 not 1; **Doğanay**, a.g.e., s. 736 ve müt.; **Arık**, yukarıda not 7'de a.g.e., s. 209-210.

(34) Ezcümle bak: Yt. 2. HD., ta. 25/4/1940, sa. 4345/1565 (**K. Tepeci**, Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, 2. bası - Ankara 1955 -, s. 281); Yt. 2. HD. ta. 23/1/1942, sa. 482/232 (**Tepeci**, a.g.e., s. 281); Yt. 2. HD., ta. 15/12/1945, sa. 4294/5629 (**Tepeci**, a.g.e., s. 282); Yt. 2. HD., ta. 25/11/1947, sa. 5571-6086 (**Doğanay**, a.g.e., s. 736); Yt. 2. HD., ta. 17/4/1950, sa. 1502/2041 (**Tepeci**, a.g.e., s. 284).

(35) Ancak bilhassa işaret edelim ki, MK.'un 258. maddesinin I fıkrasının 2. cümlesindeki ibare "mirasından iskatı gerektiren bir hal" olarak anlaşılrsa da,

la beraber, bu mevzuda doğması muhtemel tereddütleri önlemek ve kanunun metnini daha açık bir hale koyabilmek için, «mirasından mahrum bırakacak bir hal hudusunda» ibaresini «mirasından iskatı gerektirecek bir hal hudusunda» şeklinde değiştirmek doğru olur.

iskata nazaran çok daha ağır olan mahrumiyet sebeplerinden birinin mevcudiyeti halinde evlâdlık bağının ref'inin evleviyetle mümkün olduğundan şüphe etmemek gerekir. (bak: **Dr. F.H. Saymen - Dr. M.K. Oğuzman**, Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları, II Medenî Hukuk - İstanbul 1956 -, s. 150). Fakat buna mukabil MK.'un 460. maddesinde bahis mevzuu edilen "aciz sebeble miras hakkından iskat" hâli evlâdlık bağının ref'ini mucip olabilecek iskat sebeplerinden madut değildir. Bu netice MK.'un 460. maddesinin vaz'ı ile güdülen gayeden anlaşılmaktadır (bak: **Dr. A. Ataay**, Medenî Hukukda Evlâd Edinme - doktora tezi - § 14 not 5 ve § 17 III 2 b. Krş: **Dr. F. H. Saymen**, Aciz Sebeble Mirasdan Iskat - İstanbul 1939 -, s. 9).