

## TÜRK MEDENİ KANUNU ÖNTASARISI VE GEREKÇESİNİN NESEBE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

Prof. Dr. Nüşin AYİTER

*I — Giriş:* Adalet Bakanlığınca hazırlattırılarak 1971 yılında yayınlanan Türk Medenî Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, hukuk, toplumbilim ve dil uzmanları tarafından ayrıntılı olarak tartışılması gereken bir eserdir.

Türk hukuk devrimini gerçekleştiren Medenî Kanunun kökü olan 20 nci yüzyılın büyük yasama eseri İsviçre Medenî Kanunu da 1 Ocak 1962 de 50 yılını doldurmuştur. Medenî Kanunun 50 ci yıl dönümü münasebetiyle İsviçre'de de *Eugen Huber*'in eserinin 50 yıllık hayatında kendinden bekleneni yerine getirmiş olup olmadığı, daha önemlisi gelecek 50 yılların değişen toplumsal ve ekonomik koşulları içinde değerini koruyup koruyamayacağı tartışılmış, reform fikirleri İsviçrede de ileri sürülmüş, Federal Adalet Bakanlığının 1957 yılında İsviçre aile hukukunun reform tetkik çalışmalarını yapmak üzere tayin ettiği komisyonun 13 Haziran 1962 de yayınlanan raporunda Kanunun aile hukukuna ilişkin hükümlerinin hala tazeliğini koruduğu, toptan bir reform ihtiyacının bulunmadığı, yapılacak reformun evlilik dışı çocuk problemi ile evlât edinme hükümlerine inhisar ettirilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Raporun yayınlanma tarihini izleyen on yılın sonunda evlât edinmeye ilişkin hükümler elden geçirilmiş ve değişiklik 30 Haziran 1972 tarihli kanunla 1 Nisan 1973'de yürürlüğe girmiştir.

İsviçre Medenî Kanununun İsviçredeki 50 yıllık uygulamasından Türk Medenî Kanununun Türkiyede geçmişi ve geleceği bakımından sonuçlar çıkarılamaz, benzerlikler bulunamaz. Türkiyede Medenî Kanunda reform gereksiniyorsa, bu gereksinme başka sorunlardan doğmuştur ve başka doğrultulara yönelecektir: fakat reform sözünü ağza almadan önce bir soruyu cevaplandırmak gerekir.

Türk Hukuk devriminin ağırlık noktası Türk toplum hayatını kökten değiştiren aile hukukudur. Aile hukuku devrimi Cumhuriyetin 50 ci ve Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girişinin 47 ci yılını kutladığımız bu günlerde kendisinden bekleneni gerçekleştirmiş midir, gerçekleştirebilir miydi? Bu soruyu sayıları milyonlara varan filî birleşmeyi, bu birleşmelerden doğan çocukları meşru bir hukukî statüye kavuşturmak için çıkarılan beş özel kanunu unutmadan, içtenlikle cevaplandırmak gerekir : gerçekleştirmemiştir ve bu şartlar altında gerçekleştirmesi beklenemezdi. Devrimin amacını gerçekleştirmesi geniş ölçüde eğitim sorununun çözümlenmesine bağlıydı. Bağnazlık ve bilgisizlikten kurtarılamamış bu toplum ve aydınlatılmamış, eşitliğinin bilincine vardırılmamış bu kadın kütlesiyle devrimin bundan fazla gerçekleşmesini ummak hayaldi. Bu gidişle devrimin amacına varmasının özlemine, Medenî Kanun yürürlüğe girdiği yıl doğanların çocukları da duymaya devam edecek.

İsviçre Medenî hukukunun Türkiyede resepsiyonu ile güdülen amaç, Türk toplumunu ihtiyaçlarına uygun bir yasal aile düzenine kavuşturmak, ya da İsviçrede olduğu gibi dağımik, fakat ruhu bakımından eş ya da hayli benzer olan hukuk kurallarını geliştirerek tek bir düzen haline getirmek değildi. Yabancı hukukun kabulü ile izlenen amaç, Türk toplumunu geleneksel yapısına uymadığı bilinen bir düzen ve kalıp içine sokmak, onu yeni bir yaşama tarzının içine zorlamaktı. İslâm-Türk toplumuna giydirilen bu lâik giysi onun benden yapısına uymayacaktı, bazı yeri bol, bazı yeri dar gelecekti, ama eğitim seferberliği ile toplum giysiye uygun beden yapısına kavuşturulabilirdi. Millî eğitimin olanca gücüyle seferber olmasını önleyen ekonomik koşullar, lâik devlet ilkesinden politik sebeplerle verilen ödümler yüzünden devrim tümüyle gerçekleşmemekle kalmadı, özellikle Aile hukuku alanında bir tadil öntasarısı biçiminde geriye bir kaç adım atılması bile düşünülür oldu.

Türk Medenî Kanunu öntasarısının özellikle hısımlığa ilişkin maddelerinde bu geriye dönüş belirgindir. Bu maddeler arasında katılınması mümkün öneriler de yer almaktadır. Medenî Kanun 47 yıllık bir uygulama dönemi geçirmiştir, elbette elden geçirilebilir. Hattâ eskiyen dilinin elden geçirilmesi gerektir; fakat unutmamalıdır ki, Türk Medenî Kanunu toplumu yetiştirmek için bir araç olarak getirilmiştir. Onun bugün için başımıza dert açmış gibi görünen hükümlerinden verilecek ödümler, bir ölçüde Devrimden vaz geçmek anlamını taşıyacaktır.

*II — Hısımlık hukuku* : MK aile hukuku kitabının ikinci kısmı Hısımlar başlığı altında hısımlığa ilişkin hükümleri kapsamaktadır. Tasarıda ikinci kısmın başlığı Hısımlık hukukudur. Kaynak Kanunun Almanca, Fransızca ve İtalyanca metinlerinde sadece «*Hısımlık*» (*Verwandtschaft, des parents, della parentela*) başlığı yer almaktadır. Tasarıda ikinci kısma «*Hısımlık hukuku*» başlığının konmuş olması aile hukuku kitabının «*Evlilik hukuku*» başlığı ile paralellik sağlamak içindir.

«*Hısımlık hukuku*» kavramının kapsamı çok geniştir. Oysa MK. md. 241 ve dev. maddeleri bu geniş Hısımlık hukukunun yalnız bir bölümünü içerir. Bu görüş açısından *Miras hukuku* bile *Hısımlık hukukunun* bir yönüdür. Hısımlık hukukuna ilişkin iki hüküm de MK. Şahsın hukuku kitabında bulunmaktadır. Bu hükümler kan hısımlığı ile sıhrî hısımlığı tanımlayan 17 ve 18 inci maddelerdir. Ülkemizde nesebin idarî yoldan düzeltilmesi gibi bir de uygulama vardır. İmam nikâhı sosyal gerçeğine karşı günlük bir tedbir olarak düşünülmüş olmakla beraber, nesebin idarî yoldan düzeltilmesine ilişkin yasalardan yararlanarak sahih nesep statüsü edinmiş binlerce vatandaşın bulunduğu ülkemizde ikinci kısma verilen bu «*Hısımlık hukuku*» başlığı, çocuğun ana ve babasıyla ilişkilerini düzenleyen 241 ve dev. maddelerinin kapsam ve amacını aşmaktadır. Nitekim kaynak kanunun üç metninde de birinci kısma «*Evlilik hukuku*» başlığı verilmiş olduğu halde ikinci kısma «*Hısımlık hukuku*» denmemiş olmasının bir sebebi vardır.

2 ci kısmın başlığı «*hısımlık*», daha iyisi «*hısımlar*» olarak bırakılmalıdır.

## 1 — NESEBİ SAHİH ÇOCUKLAR

*7 ci Bölüm md. 241 Soydanlığı düzgün çocuklar* : Bu bölüm terim bakımından büyük bir yenilik getirmektedir. Hukuk dilinde yerleşmiş olan «*nesep*» hukuk teriminin yerine «*soydanlık*» terimi önerilmektedir.

Soydanlık, soy sözcüğünden türetilmiştir. Soy kelimesinin dilbilim bakımından 4 cü hali olan «soydan», «lık» ekini de alarak isim haline gelmiştir. Arı dilde böyle türetilmiş sözcüklere rastlanmaktadır. İç sözcüğünden türetilmiş içten ve içtenlik; can sözcüğünden türetilmiş candan ve candanlık gibi. Bu sözcük türetme yolunun bilimsel olup olmadığını tartışmaya yetkili değilim. Sadece «soydanlık» sözcüğünü yadırgadığımı, bir ölçüde garip bulduğumu

ifade etmekle yetineceğim. Bir yasanın metninin dilbilim yönünden kusursuz ve eksiksiz olması gerekir. Yanlış, ya da doğru olsa bile bir gülümsemeyi davet eden, ayrıca çoğunluğun anlamayacağı sözcüklerin Medenî Kanunda bulunmamasını istemek, dilini seven, sayan ve kanunun halkça benimsenmesini isteyen her hukukçunun hakkıdır.

Soydanlık sözcüğünün *düzgün* sıfatıyla belirlenmesi de anlamsızdır. Çünkü tasarıya göre düzgün olmayan soydanlık yoktur, *soydanlıklı ve soydanlıksız* çocuk vardır.

### 1. cı ayırım : Düzgün Soydanlık :

*Mad. 241* : Matlapta yer alan «*Belirge*» terimine gelince; maddenin gerekçesinde «*belirge*» teriminin gerekçesinin 30 uncu maddede açıklandığı yazılıdır. Oysa 30 uncu maddede karine karşılığı «*belirge*» değil, «*belirim*» sözcüğü yer almaktadır. Bir yanda «*belirim*», öte yanda «*belirge*»? böyle bir köklü terim değişikliği için gösterilen gerekçe de doyurucu değildir. «Çok eskimiş olan karine kelimesi yerine» deniyor. Dilimizde eskimiş bir terime hayat hakkı tanınmayacak mıdır? Oysa eskimiş de olsa karine sözcüğü dilde yerleşmiştir. «Dediklerini karine ile anladım» deriz.

Madde metninde yapılan dille ilgili bir değişiklik de «evlilik mevcut iken veya zevalinden itibaren» ibaresinin yerini arı Türkçe bir ifadenin almış olmasıdır. «Üçyüz günlük bir süre içinde doğan çocuk» dense idi metin daha açık olurdu. Nitekim kaynak kanunun Almanca metninde «*innerhalb einer Frist von dreihundert Tagen*». İtalyanca metninde «*nel termine di trecento giorni*» denerek bu açıklık sağlanmıştır. Madde metninde yapılması önerilen bir başka değişiklik, Fransızca metindeki ibareden olduğu gibi çevrilmiş olan «*çocuğun babası kocadır*» ibaresi yerine İtalyanca ve Fransızca metinlerde olduğu gibi «*çocuğun soydanlığı düzgün sayılır*» ibaresinin konmuş olmasıdır. «Soydanlık» ve «düzgün» bakımından yaptığım eleştiri saklı kalmak üzere madde metninde yapılan değişiklik ve maddenin içerdiği iki ayrı karineye uygun olarak iki fıkra halinde getirilmiş olması yerindedir.

Soydanlık ve belirge (ya da belirim) terimlerinin ve buna benzer başka terim ve sözcüklerin, hatta tüm öntasarı metninin Türk filolojisi ve hukuk uzmanlarından kurulacak karma bir komisyona incelettirilmesi gerekir.

*Md. 242* — Maddede dil sadeleşmiş, reddin ancak dâva yoluyla gerçekleşebileceği konusunda açıklık getirilmiş, bir aylık red süresi üç aya çıkarılmıştır.

Soydanlık terimi üzerindeki düşüncelerim saklı kalmak üzere, yapılan değişikliğin yerinde olduğu kanısındayım.

*Md. 243* — Kaynak kanuna sadık kalınarak yeniden yazılmış bu maddede yapılan değişikliğe de katılıyorum Şöyle ki kanun metninde bu maddenin kenar başlığında «evlilik mevcut iken doğan çocuk» ibaresi yer almaktadır. *Oysa önemli olan doğmak değil, evlilik içinde gebe kalmaktır (Zeugung, Empfängnis, Concepimento).* Tasarıda bu kavram karşılığında «ana karnına düşme» kavramı kullanılmıştır. Ana rahmi yerine ana karnı demek yersizdir. Çünkü rahim bir tıp terimidir; bilmeyen anlamayan yoktur. «Ana karnına düşme» ise üstü kapalı, bilimsellikten uzak bir halk deyimidir. En iyisi hem açık ve arı Türkçe hem de bilimsellikten uzak olmayan «gebe kalma» sözlerini benimsemektir. Öyle olunca md. 243'ün matlabı «evlilik sırasında gebe kalma» olacaktır.

*Md. 244* — Bu maddede de kenar başlığın «evlenmeden önce veya ayrılık sırasında gebe kalma» biçimine sokulması gerekir.

*Md. 245* — Bu maddenin yeniden kaleme alınışı başarılı olmuştur. Özellikle kaynak kanununun her üç metninde de yanlış kullanılmış olan «tanıma» yerine «benimseme» kavramının konmuş olması «çocuk sebebi ile mirastan mahrum olanlar» yerine kaynağa uygun olarak «çocukla birlikte veya ondan sonra miras hakkı olanlar» denmesi yerindedir.

«Sezginlik gücü» teriminin başarılı olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır. Çünkü «güç» bir enerji ifade eder. Oysa temyiz ve tefrik edebilmede söz konusu olan bir güç ve kuvvet değil, fakat bir iktidar, bir yapabilme, bir seçebilmedir. «Güç» yerine belki «erk» daha iyisi «yetenek» düşünülebilir.

*Md. 246* — Bu maddede esası etkileyen değişiklik red hakkını ortadan kaldıran benimseme ve süre geçmesinin kocanın aldatılmasından ileri gelmesi halinde dâva açmak için öngörülen bir aylık sürenin kocanın aldatıldığını öğrenmesinden başlayarak üç aya çıkarılmasıdır. Bu değişiklik yerindedir. Red hakkını düşüren geçikme mühim sebeplerden ileri geliyorsa, yine dâva açılabilir. Bu maddede *muhtik sebep* deyimiminin *önemli sebep* deyimini ile değiştirilmiş olmasından başka bir yenilik de vardır: *Mühim sebep ortadan kalktıktan sonra dâva, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde açılacaktır.* Böyle bir süre kaynak Kanunda da yoktur. Önemli sebep ortadan kalktıktan sonra dâva süresiz olarak açılabilir. Nesep statüsü gibi önemli bir sorunun

sürüncemede kalmaması gerekir. Bir an önce kesin bir duruma kavuşulmasını sağlayan bu sınırlamada kanımca isabet vardır.

### İkinci ayırım : Soydanlığın düzenlenmesi :

*Md. 247* — Maddenin yeni yazılış biçimi başarılıdır.

*Md. 248* — Yapılan ifade değişikliği, özellikle Kaynak Kanuna uygun olarak «*ortak çocuklar*» denmek suretiyle maddeye getirilmiş olan açıklık başarılıdır.

*Md. 249* — Nesebin hâkim hükmü ile düzeltilmesine ilişkin bu hükmün gerekçesinde, bugünkü metinde evlenme vadinin zamanı hususunda açıklık bulunmadığı, oysa maddenin yeni kaleme alınış biçiminde bir açıklığın getirilmiş olduğu iddiası yer almaktadır. Kanun metninde : «*Birbiriyle evlenmeyi vad edip de birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin zevali sebebiyle evlenemeyen ana-baba*» dan söz edilmekte, tasarıda ise «*bir çocuğun ana babası birbirine evlenme vad edip de, birinin ölmesi veya evlenme yeteneğini kaybetmesi sebebiyle evlenme mümkün olmazsa*» denmektedir. Kanımca her iki ifade tarzında da evlenme vadinin zamanı bakımından açıklık yoktur, hatta sırf lâfzi bir yorumla vadin çocuğun doğumundan sonra olması gerektiği sonucuna dahi varılabilir. Çünkü insanlar çocuk doğunca ana ve baba adını alırlar. Doktrinde nesebin hâkim hükmü ile tashih edilebilmesi için evlenme vadinin cinsel münasebetten önce ya da sonra, hatta doğumdan sonra yapılması arasında fark gözetilmemektedir. Tasarının metne açıklık getirdiği iddiası doğru olmamakla beraber ifade ve biçim başarılıdır. Maddede kullanılan ergin, onam ve altsoy terimleri de kabulünde sakınca bulunmayan yerleşmiş terimlerdir.

*Md. 250* — Başarılıdır.

*Md. 251* — Başarılıdır.

*Md. 252* — *Düzeltilmenin sonuçları* matlabını taşıyan bu maddeye esasî etkileyen bir fıkra eklenmiştir. Bu fıkra hükmü ile nesep tashihinin, sonuçlarını hangi andan başlayarak meydana getireceği sorunu çözümlenmektedir. Gerçekten tanıma ve kişi hallerine ilişkin sonuçları ile babalık hükmünün geçmişe etkili olacağında görüş birliği varken, nesebin düzeltilmesinin hangi andan başlayarak etkili olacağı sorunu tartışmalıdır.<sup>1</sup> Doktrindeki hâkim görüş nesebin

<sup>1</sup> Egger, Familienrecht, Art. 263. No : 2; Silbernagel Art. 263 No. 3; Girardet La Legitimation des enfants naturels sh. 130 ve dev.

tashiinin etkisini *ex nunc* meydana getireceğidir. Bu görüş altında nesebi babanın ölümünden sonra düzeltilmiş çocuğa miras hakkı tanınamayacaktır. Bu yüzden doktrinde böyle çocukların da babalarının mirasçısı olacakları hakkaniyetin gereği olarak kabul edilmektedir.<sup>2</sup> İmdi tasarımı hazırlayanlar doktrindeki tartışmaları da göz önüne alarak, maddeye neseb tashiinin geçmişe etkili olacağını hükme bağlayan bir fıkra eklemişlerdir. Bu ilâvenin tereddütleri gidermekte yararı olacağı kabul edilmelidir.

### 3. cü ayırım evlât edinme :

*Genel bakış* : Evlat edinme müessesesi, İslâm dini bugünkü anlamında evlat edinmeyi tanımamasına rağmen MK.nun kabulünden sonra ülkemizde benimsenmiş başarılı bir uygulama görmüş, Yargıtayın koruyucu eli bu müessesenin üzerinden eksik olmamıştır. Yargıtay içtihatlarında sonradan şekil noksanı ileri sürmenin iyi niyet kurallarına aykırı olduğu görüşü benimsenerek, evlat edinenin mirasçılarının evlathık ve evlat edinen arasındaki bağa el atmaları önlenmiştir.<sup>3</sup> Hukuk devriminin getirdiği bu yeni müessese hukuk hayatımıza uymakla kalmayıp bugün yeni gelişme olanakları aramaktadır ve kanundaki sınırlayıcı hükümlerin gevşetilmesi hususunda daha 1957'de başlamış güçlü bir akım vardır. Bu müesseseden sosyal alanda daha etkin biçimde yararlanmalıdır. 19-21 Ağustos 1957 tarihinde düzenlenen *İsviçre MK. nu ve bu kanunun Türkiye tarafından iktibas ve tatbikatı hakkındaki kollokvium'a* evlat edinme hakkında iki rapor sunulmuş,<sup>4</sup> *İkinci sosyal hizmetler kongresinde* evlat edinme müessesesinin sıkı emredici hükümlerine bir ölçüde esneklik getirmenin faydalı olacağı belirtilmiştir.

İsviçrede de evlat edinmeye ilişkin hükümler değiştirilmiş bulunmaktadır. Orada reformun amacı «evlat edinmeyi kolaylaştırmak değil, bu müesseseyi görevine daha çok hizmet eder hale getirmektir. Bu yüzden etüd komisyonu, ön projesinde değişikliği bir kaç hükme inhisar ettirme görüşünde olduğu halde, o zamana kadarki gelişmenin ve soruşturmaların ışığı altında problem derinle-

<sup>2</sup> *Hegnauer*, Berger Kommentar Bd. II, Familienrecht Art. 263. No : 15.

<sup>3</sup> HGK. 20.4.1966, E. 553, D. 2, K. 121; ABD. 1967, sh. 1053; İKİD. 1966 sh. 4643; HGK. 16.12.1964 E. 2/336, K. 725 İKİD 1966 sh. 4394; 2HD. 21.4.1969, E. 1951, K. 2104 ABD. 1969 sh. 565; YHGK. 9.11.1964, E. 953/D-2, K. 640, ABD. 1965 sh. 191; YHGK. 11.3.1972, E. 1968/2-402, K. 160 İKİD 1972 sh. 1032; YHGK. 24.4.1968, E. 966/2 583 K. 278 ABD. 1968, sh. 504 İKİD 1968 sh. 6237.

<sup>4</sup> *Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* Yıl II 1958 Sayı 2 sh. 35 ve dev. sh. 73 ve dev.

mesine incelenerek evlat edinmenin yeniden şekillendirilmesi gereği ortaya çıkmıştır».<sup>5</sup> Türk Medenî Kanununda değişiklik yapılırken İsviçredeki çalışmalardan yararlanılması gerekir. Evlat edinmenin bugün hukukumuzda bir tür miras kaçırma müessesesi olarak da kullanıldığına dair mahkeme içtihatlarında işaretler vardır. Evlat edinme ile ilgili bir çok dâvanın konusu mirasçılarının evlat edinme akdinin geçersizliği iddiasıdır. Evlat edinme müessesesini 2. ci zümre mirasçılarında miras kaçırma gibi amaçlarla kullanılmasını önlemek ve onu asıl ahlâkî vazifesine uygun hale getirmek için, acaba reşit kimsenin evlat edinilmesi imkânlarını sınırlamak, ona karşılık anasız babasız küçük yaştaki çocukların aileye kavuşmasını sağlayacak bir takım kolaylıklar düşünmek yerinde olmaz mıydı? Nitekim İsviçre MK.da son yapılan değişikliklerle evlat edinme prensip olarak küçük çocuk evlat edinilmesi müessesesi haline gelmiştir.<sup>6</sup>

*Md. 253* — Bu hükümde evlat edinme yaşı 40 olarak muhafaza edilmekte, ona karşılık evlat edinenle evlatlık arasında bulunması gereken 18 yaşlık fark, 15'e indirilmektedir. Tanınmaları ve babalık dâvası açmaları yasaklanmış olan çocukların evlat edinilmesi halinde ise 40 yaşında ve evlatlıktan en az onbeş yaş büyük olma, sahil nesepli fûruu bulunmama şartları aranmamaktadır.

Evlat edinme ehliyetinin değişik hal ve şartlarda farklı yaşlarda edinilmesi yerindedir. Örneğin evli olmayan kimselerle evli olanlar arasında fark gözetilmeli, evli olup da bir kaç yıldan beri çocuğu olmayanlara bu hak yaş sınırlaması olmadan verilmeli, evlatlıkla evlât edinen arasında biyolojik gerçeklere ve en az evlenme yaşına uygun (15 gibi) bir yaş farkının bulunması yeterli görülmelidir. Evlat edinecek kimselerin kişisel durumlarını göz önünde bulunduran kazüist bir sistem evlat edinme konusunda yararlı olabilir. Küçük bir çocuğun evlat edinilmesi halinde 40 yaş, özellikle evlat edinen kadınsa geçtir. Evlat edinenle evlatlık arasında 18 yaş fark bulunması hususundaki âmir hüküm de çok katıdır. Hele ülkemizde kadının 15, erkeğin 17 yaşında evlenme rüştüne vardıkları düşünülecek olursa 18 yaşlık bir fark aranmasının anlamı yoktur. Kişilere istisnâî hallerde hatta 14 yahut 15 yaşında evlenip nesebi sahil

<sup>5</sup> Hausheer, H. : Das Familienrecht des ZGB. Teilreform oder Totalrevision in kleinen Schritten. ZBJV. 1973 sh. 257 ve dev; sh. 260; Hegnauer, C. Die Unterstellung altrechtlicher Adoptionen unter das neue Adoptionsrecht Art. 12 b Rev. Schl. T. ZGB. Schw. J. Z. 1973 sh. 270 ve dev.

<sup>6</sup> Hausheer, H : agy. sh. 262.



bir çocuğun velisi olmak imkânını tanıyan bir düzenin, bu imkânı sözü geçen durumda böyle kısıtlaması tutarsızdır.

Tasarı arada bulunması gerekli yaş farkını 15'e indirmekle olumlu bir adım atmıştır. Yaş şartından bağışıklık, çocuğun tanınmayacağı ve babalık hükmünün verilemeyeceği hallerle sınırlandırılmaktadır. Bu iki halde, sahih nesepli altsoy bulunmaması kaydının da kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Ne var ki bu, görünüşte bir sınırlamadır. Çünkü Tasarı 292 inci maddede önerilen bir değişiklik, zina mahsulü çocukların tanınması yasağını kaldırmaktadır. Tasarının 305 inci maddesine göre tanıma ve kişisel sonuçlarıyla babalık dâvası hallerinde sahih neseb bağı meydana gelmekte ve çocuğun evlilik içinde doğmuş çocuktan farkı kalmamaktadır. Bu durumda sadece fücur mahsulü çocuklarla 304 üncü maddeye göre özel şartlar bulunmadığı için nesebine hüküm verilemeyecek çocuklar mağdur kalmakta, bu mağdurluk da evlat edinmede yaş şartından bağışıklıkla bir ölçüde giderilmek istenmektedir.

2 ci fıkranın 2 ci cümlesi yeni bir hüküm getirmekte ve evlat edinme işleminden sonra yapılacak yaş düzeltmesinin işlemi geçerli hale getirmeyeceğini belirtmektedir. Yaş şartları gerçekleşmeden yapılmış olan evlat edinme işleminin geçersiz olacağı açıktır. Sonradan yapılan bir yaş düzeltilmesi, bir ögesi eksik olduğu için geçersiz olan akdi sıhhate kavuşturur mu, sorunu doktrin ve uygulama tarafından çözümlenmelidir. Nitekim yeni hükmün gerekçesinde sonradan yapılan yaş düzeltilmesinin, akdin sıhhatsızlığını etkilemeyeceği hususunda bir Yargıtay kararına da işaret edilmektedir. Yeni hükmün uygulamada büyük bir ihtiyacı karşılayacağı da düşünülemez. Yaş şartının yerine gelmemiş olduğunu akdi onama durumunda olan hâkim, ya da belgeyi düzenleyen noter her halde farkedeceği için, böyle bir akdin yapılması ihtimali de hemen hemen yoktur.

Kanundaki yaşa ilişkin şartların değiştirilmesinde şöyle bir sistem önerilebilir : Evlat edinmenin yaşla ilgili şartları tasarının 253 üncü maddesi I ve II ci fıkralarında öngörüldüğü üzere 40 ve 15 yaş olarak bırakılabilir; fakat muhik sebepler varsa, hâkim bu yaşlarda indirim yapabilmelidir. Bu sistem Alman ve İtalyan Medeni Kanunlarından esinlenmiştir ve Türk Medeni Kanununun sistemi ile kolayca bağdaştırılabilir.<sup>7</sup> Zira MK. md. 256'ya göre hâkim zaten her evlat edinme talebinde evlat edinmenin çocuğun yararına uy-

<sup>7</sup> Arık, F. • Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Yıl II Sayı II, sh. 39.

gun olup olmadığını incelemekle yükümlüdür. Bu takdir hakkını gereğinde yaş hadlerinde indirimler yapmayı da kapsayacak biçimde genişletmek kazüistik sistemden mümkün olduğu ölçüde kaçmayı kendisine ilke edinmiş olan Kanunun ruhuna da uygun olur.

*Md. 253 için tasarıdan ayrılarak önerilen metin :*

*En az kırk yaşında olup da, düzgün nesepli altsoyu bulunmayan kimse evlatlık edinebilir.*

*Evlat edinenin evlatlıktan en az 15 yaş büyük olması gereklidir.*

*Haklı sebepler varsa, hâkim, evlat edinen reşit ve evlatlıktan en az ondört yaş büyük olma şartı ile evlat edinmeye muvafakat edebilir.*

*Md. 254 — Katılıyorum.*

*Md. 255 — Üç fıkra haline sokulmuş olan bu maddede esas etkileyen önemli bir değişiklik getirilmiştir. 2 ci fıkraya göre «tanınması yasak olan çocuğun evlilik dışı babasınca evlat edinilmesi halinde eşin onamı gerekli değildir».*

Bu değişiklik önerisinin gerekçesini tasarının sorumluları şöyle açıklamaktadırlar : «Evli bir kimse evlendikten sonra evlilik dışı bir çocuk sahibi olmuşsa veya evlenmeden önce başka bir kadından evlilik dışı bir çocuğa sahip bulunuyorsa, bu çocuğu evlat edinmek istediği zaman eşinin itirazıyla karşılaşsa bile yasaya göre bu çocuğu yine evlat edinebilecektir..... Bunun sosyal amacı da... memleketimizdeki evlilik dışı çocuk sorununa geniş ölçüde kanunî bir çare ve çözüm yolu bulmak ve bu çözüm yolunu açık bulundurmaktır». «Zina mahsulü olan çocukların tanınamayacağına dair olan 292 inci maddedeki prensip ailenin korunması ve sağlam tutulması yönünden alakonulmuş, fakat öte yandan evlilik dışında doğmuş olmaları olayında hiç bir kusur ve günahları olmayan bir takım masum çocukların hukukî durumları ve toplum içindeki sosyal vaziyetlerinin evlat edinme müessesesi sayesinde düzeltilmesine imkân verilmiş ve böylece belirli zamanlarda idarî nesep tashihi kanunlarının çıkarılmasına büyük ölçüde zaruret kalmamıştır.»

Çok karırlılığın meşrulaştırılması kapısını aralayan bu gerekçeye katılmıyorum, sebeplerini burada değil 292 inci maddeyi ele alırken açıklayacağım.

255 inci madenin 2. ci fıkrasının tasarıdan çıkarılması gerekir.

255 inci maddenin 1 ci fıkrası kanımca eksiktir. Evli bir kim-  
senin eşinin rızası olmadan evlat edinemeyeceği ve evlat edinileme-  
yeceğini belirten bu maddeye göre, eşi gaip olan ya da akıl hasta-  
lığı sebebiyle rızasını veremeyecek durumda olan kimse evlat edin-  
me ve edinilme olanaklarından yoksun kalacaktır. Alman MK. § 1746  
da bulunan ve böyle bir halde eşin rızasının aranmayacağına dair  
hükme benzer bir hükmün 255 inci maddeye eklenmesi düşünüle-  
bilir. Madde için şu yeni biçim önerilebilir :

*Evli bir kimse eşinin rızası olmaksızın evlat edinemeyeceği gi-  
bi, evlatlığa da alınmaz.*

*Eş temyiz kudretinin devamlı surette bulunmaması sebebiyle  
rızasını veremeyecek durumda ise bu rıza aranmaz.*

*İki kişinin aynı kimseyi evlat edinmeleri ancak karı koca için  
caizdir.*

*Md. 256-258 — Terim hakkında tartışmalar saklı kalmak üze-  
re aynen kabul edilebilir.*

#### **4. cü ayırım :**

Ana-baba ve çocuklar Birliği :

Başlığın mehz Almanca metnine uygun olarak değiştirilmesi  
yerinde olmuştur.

*Md. 259 — Terim tartışması saklı kalmak üzere madde aynen  
kalabilir.*

*Md. 260 — Aile çıkarları, yerine etik bir değer taşıyan (Wohl der  
Gemeinschaft) ı karşılayan mutluluk gibi bir deyimini öneriyorum.*

*Md. 261 — Aynen kalabilir.*

#### **5. ci ayırım : Velâyet :**

*Md. 262 — Aynen kalabilir.*

*Md. 263-264 — Tertipteki yanlış düzeltilmiştir. Aynen kalabilir.*

*Md. 265 — Kalabilir.*

*Md. 266 — «Çocuğun dinî eğitiminin yolunu saptama» ifadesi-  
nin kullanılması yerinde olmamıştır. Kanunun ana babaya tanımak  
istediği yetki bir eğitim yolunun saptanması değil, tüm ve genel bir  
dinî terbiye verme yetkisidir. Bu ifade yetkiyi anlamasız biçimde  
daraltmaktadır. Madde şöyle düzenlenmelidir :*

*Çocuğun dinî eğitimi hususunda karar verme yetkisi ana baya aittir.*

*Bu yetkiyi sınırlayıcı sözleşmeler geçersizdir. Ergin, dinsel inaçlarında özgürdür.*

*Md. 267 — Eski deyimini ile «tedip hakkını» hükme bağlayan bu maddenin kaleme alınışı ve önerilen «uslandırma hakkı» terimi başarılıdır. Ancak «uslandırma hakkı» yerine mehazın Almanca metninde olduğu gibi «uslandırma yetkisi» terimini öneriyorum.*

*Md. 268-278 — inci maddede getirilmiş olan ve çocuğa ait taşınmaz malların başkasına devir ve bunlar üzerinde aynı hak tesisi, anaparanın devri ve yatırımında vasilik katının onamını alma zorunluluğuna ilişkin yeni istisnaî kuralla birlikte düşünülmelidir. Bu kuralın zamanla ülkemizde zaten yükü olan mahkemelerin rutin işlerini arttıracığı, fazla yararlı olmayacağı kanısındayım. Malları olan çocuklar istisnadır. Ana babanın çocuklarına karşı doğal bağılılığı, çocuk mallarının kötü kullanılmasına karşı yeterli bir teminattır. Son fıkranın çıkarılmasını öneriyorum.*

*Md. 269 — Bu maddenin gerekçesine, burada söz konusu olan yeteneğin hangi çeşit yetenek olduğunun İsviçre aslına uygun olarak açıklandığı belirtilmiştir. Oysa maddenin aslında (ZGB 280) «Das Kind hat unter der elterlichen Gewalt die gleiche beschränkte Handlungsfähigkeit (sınırlı bir ehliyet) wie eine bevormundete Person» denmektedir. Sınırlı ehliyetsizlik kanunun değil, doktrinin açıklama amacıyla kullandığı bir kavramdır. Öğrencinin dahi anlamada güçlük çektiği sınırlı eylem yeteneksizliği, mahdut fiil ehliyetsizliği kavramının —ki doktrinin kullandığı ve eleştirdiği<sup>8</sup> bir kavramdır— kanun metnine sokulması doğru olmamıştır.*

*Öneri : Velâyet altındaki sezgin çocuğun eylem yeteneği vesayet altında bulunan sezgin kimsenin eylem yeteneği gibi sınırlıdır. Üçüncü fıkra olduğu gibi kalabilir. Mamelek karşılığında önerilen mal varlığı terimi dilimize yerleşmiştir.*

*Md. 270 — Bu maddeye esas itibariyle katılıyorum. «İşlemede bulunabilirler» yerine «işlem yapabilirler» dense idi daha sâde ve açık olurdu.*

*Md. 271 — Aynen kalabilir.*

*Md. 272 — Aynen kalabilir.*

<sup>8</sup> Tekinay, S. S. : Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1970 sh. 199, 214.

*Md. 273* — Yeni metin açık ve başarılıdır aynen kalabilir.

*Md. 274* — Aynen kalabilir.

*Md. 275* — Aynen kalabilir.

*Md. 276* — Aynen kalabilir.

*Md. 277* — Aynen kalabilir.

#### **6. cı ayırım :**

Çocuğun mal varlığı üzerinde ana-babanın hakları :

*Md. 278* — İkinci fıkranın lüzumsuz olduğu kanısındayım.

*Md. 279* — Bu maddede getirilen hüküm değişikliği, velâyeti evliliğin sona ermesi sebebiyle yalnız başına kullanmak durumunda kalan velinin vasilik katına bir döküm vermek yükümlülüğünün aynen bırakılması, fakat mal varlığında veya yatırımlarda yapılacak her değişiklik için vasilik katının onamını almak gereğinin konmasıdır. Ana babanın birbirlerini kontrol ve frenleme imkânı bulunmayan bir durum için öngörülen bu kontrol ve teminatın yerinde olduğu görüşümdedir; aynen kalabilir. (*Mal varlığının mevcudu* bir tekrardır, mal varlığı demek yeterlidir). 278 inci maddedeki ilâveye taraftar olmadığım için, son fıkrayı da lüzumsuz görüyorum.

*Md. 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287* başarılıdır.

#### **2 — EVLİLİK DIŞI ÇOCUK :**

##### **1. cı ayırım, genel kurallar :**

MK.nun nesebi sahih olmayan çocuklar başlıklı 8. ci babın sistematik bakımdan zayıf olduğuna, bazı hükümlerin anlaşılma ve uygulamada güçlük çıkarttığına genel gerekçede işaret olunmakta ve 8. ci babın «genel kurallar» «tanıma», «neseb için babalık dâvası, para ödemi için babalık dâvası» olmak üzere üç fasla bölünmesi önerilmektedir.

Bu bölünme mantıkî ve başarılıdır. 3. cü Türk-İsviçre Hukuk haftasında sunduğum tebliğde evlilik dışı çocuğun durumunu düzeltmek için yapılacak çalışmalarda benimsenmesi gereken yol hakkında aşağıdaki görüşü ileri sürmüştüm : «Evlilik dışı çocuğun —ki bununla ülkemizde sayıları milyonları bulan ve hayat şartları bakımından evlilik içinde doğmuş çocuklardan farklı durumda bulunmayan fiili birleşme çocuklarını değil, gerçekten ailesiz sırf anaya ait çocukları kastediyorum— hukukî durumunu evlilik içinde doğ-

muş çocuklarla eş hale getirmek, bunların o çocuklarla gerçekte eşit olmayan durumlarını gizleyemez. Bu yüzden problemin çözümünü hukukî statüdeki eşitlikte aramamalıdır. En köklü reform bile evlilik dışı çocuğa asıl muhtaç olduğu şeyi, aile düzenini sağlayamaz. Evlilik dışı çocuğu evlilik içinde doğmuş çocuğa eşit hale getirmek, örneğin böyle çocuklar üzerinde de otomatik olarak ana baba velâyeti tanımak, bu çocuklar üzerinden resmî makamların kontrolünün kalkması ve bu çocukları bekleyen tehlikenin artması sonucunu doğurur. Evlilik dışı çocuğun gerçekte muhtaç olduğu şey eşitlik değil, fiilen mevcut eşitsizliğin anlaşılmasıdır».<sup>9</sup>

Evlilik dışı çocuğun durumunu iyileştirme konusundaki çabalar ve gözden geçirme çalışmaları İsviçrede 1926 yılında başlamıştır. bugün dahi İsviçrede revizyon çalışmalarının bir kaç hükümle sınırlandırılması Kanununun sisteminin değerini hâlâ muhafaza ettiği hususunda görüş birliği vardır. Nevarki babalığın bilimsel yoldan tayininde Tıp biliminin getirdiği yenilikler ve yüzyılın başından bu güne gelişen ahlâkî hoş görü, bir reform gereğini ortaya koymaktadır.<sup>10</sup>

Ülkemizde yeni düzenlemenin de geniş bir görüş açısından yapılması gerektiği kanısındayım. Tanınan ya da babalık hükmü elde etmiş çocuğun babaya o yapay ve anlamsız yarım nesep bağı ile bağlanmasını, böyle çocukların babanın evlilik içinde doğmuş çocuklarıyla birlikte mirasçı oldukları zaman yarım pay almalarını hep yadırgadım. Yine anlayamadığım bir husus evlilik dışı çocuk sahibi olan ana ile baba arasındaki eşitsizlikti.

Ön tasarının tanıma ve kişisel sonuçlarıyla babalık hükmü olunca çocuğun babaya sahih nesep bağı ile bağlanmasını kabul etmesi çok olumlu karşılanacak bir hareket noktasıdır. Uzun açıklamalardan kaçınmak için, tasarının sahipleriyle paylaşmadığım görüşleri maddeler içinde ele alıp belirtmeğe çalışacağım.

### 1. ci ayırım, genel kurallar :

*Md. 289* — Evlilik dışı çocuk sahibi olan kadımla ve soyu ile çocuk arasında istesinler, istemesinler nesep bağı ve miras ilişkisi kurulması, doğaya uygun fakat haksız bir çözümdür. Çünkü erkek

<sup>9</sup> Die Probleme der Ausserehelichen Kindschaft in der Türkei. Sammelband der Beitrage zur dritten Türkisch-Schweizerischen Juristischen Woche, Ankara 1965 sh. 86 ve dev.

<sup>10</sup> Hegnauer, Komm. sh. 36; Deschnaux-Bonfils, Droit de la parenté Fribourg 1970, Teksir notu sh. 80.

için babalığı herkezdten gizlemek imkânı vardır. Bu imkânın kadına da hiç olmazsa hukukça tanınması, doğanın haksızlığını bir ölçüde giderebilirdi; fakat çocuğun ana-babadan birine nesep bağı ile bağlanmaktaki menfaati o kadar büyüktür ki, bu konuda Fransız ve İtalyan hukukundaki çözümü daha âdil olmakla beraber kanunumuzun çözümü yeğ tutmak gerekir. 289 uncu maddenin aynen muhafaza edilmesi isabetli olmuştu.

Hukukî statü eşitliğinin fiilen mevcut eşitsizliği yok etmediği gerçeğinden hareket edilmesi gerektiğine işaret etmiştim. 289 uncu maddenin 2. ci fıkrası bu gerçeği hesaba katmış, ananın velâyet hakkını ve çocuk malları üzerindeki hakları haiz olabilmesi için mahkeme kararı bulunması esasını da muhafaza etmiştir. Anayla çocuk arasındaki nesep bağının sahil olması da md. 314'deki esasa uygundur. Madde tümüyle başarılıdır.

. MK. 290 — Çocukla babası arasında nesep bağı, tanıma veya nesep kararı ile kurulur ve çocuk o tarihten başlayarak nesebli çocuk durumuna geçer. Maddede yer alan «soydanlığı düzgün çocuk durumuna geçer» ifadesi lüzumsuzdur. Yukarıda da işaret ettiğim gibi «soydanlığı düzgün ve düzgün olmayan çocuk» ayrımı bu tasarı içinde anlamsız kalmaktadır. Çünkü tasarıya göre çocuğun soydanlığı ya vardır, ya yoktur. Daha doğrusu anaya karşı daima vardır, babaya karşı hüküm ve tanımadan evvel, hiç yok, hüküm ve tanımadan sonra tümüyle vardır.

Tanıma ve babalık kararı md. 290/I'e göre inşaîdir ve geçmişe yürümez. Tasarının getirdiği bu yeniliği anlamak mümkün değildir. Çocuğun yüksek menfaati yüzünden, ana baba arasında nesep bakımından kabul edilen eşitsizliğe göz yummak yerindedir, ama bu eşitsizliğin artmasına sebep olan, çocuğun ana rahmine düşmesiyle tanınması ya da babalık kararı verilmesi arasında kalan dönemde babaya ve baba soyun karşı tüm çıkarlarını yok eden bu hüküm anlamsız, adaletsiz olduğu kadar doğal oluşa da aykırıdır. Doktrinde de tanıma beyan ve ikrarı içeren bir işlem olarak nitelendirilmekte ve geçmişe etkili olduğu kabul edilmektedir.<sup>11</sup> Zaten büyük baba tarafından tanınan bir çocuğun babasının mirasçı olması ancak bu yoldan mümkün olur. Maddenin aşağıdaki biçimde düzeltilmesi uygun olacaktır.

*Evlilik dışı çocuğun babasıyla nesep bağlantısı tanıma veya nesep kararıyla kurulur. Çocuk babaya ve onun hısımlarına karşı*

<sup>11</sup> Feyzioğlu, F. N. : Aile Hukuku, İstanbul 1971 sh. 401-402.

*gebe kalma (ana rahmine düşme) tarihinden başlayarak nesepli çocuk durumuna geçer.*

2. ci ve 3. cü fıkralar tasarıdaki halleriyle kalabilirler.

4. cü fıkraya ilişkin açıklamalar 304 üncü madde içinde yapılacaktır.

### **2. ci ayırım, tanıma ve soydanlık için babalık dâvası :**

*Md. 291 —* Bu maddede de getirilen ifade değişikliği olumludur. Ona karşılık tasarının çocuğun baba ölmüşse veya temyiz kudretini kaybetmişse ancak büyükbaba tarafından tanınabileceği şeklindeki kanunî çözüme sadık kalması yerinde değildir. Bu hak büyükanadan niye esirgenmektedir? MK. nun yenileştirilmesi çalışmaları içine girilince, onun ataerkil eğilimlerinin kadın erkek eşitliği ilkesi karşısında tartışılmasından da kaçınılamaz.

*Md. 292 —* Bu madde fiili birleşmeyi, metres hayatını, çok karılıklı hukuk devrimimizden yarım yüzyıla yakın bir zaman sonra meşrulaştıran, müesseseleştiren bir hüküm getirmektedir. Tasarının sahibi, evlat edinmeye ilişkin 255 inci maddenin gerekçesinde içtenlikten uzak bir ifade ile «zina mahsulü olan çocukların tanınamayacağına dair olan 292 inci maddedeki prensip ailenin korunması ve sağlam tutulması için alakonmuştur». dedikten sonra «kusur ve günahları olmayan masum çocuklar» edebiyatını da ihmal etmeksizin hukuk devriminde büyük bir gedik açmanın yolunu göstermektedir.

Acaba 292 inci maddenin hangi prensibi alakonmuş, hangisi sakınılmıştır? Evli kadının zinasından doğan çocuğun tanınamayacağı prensibi mi? Evli kadının zinasından doğan çocuğun tanınamayacağını bilmek için büyük hukukçu olmak gerekmez, hatta kanunda hüküm bulunması bile zorunlu değildir. Böyle bir çocuk kanunda hüküm olmasa da elbette tanınmaz. Çünkü onun babası kanuna göre, herkese göre, kocadır. Koca çocuğu benimsemişse bu onun başka bir kimsenin benimsemesine kesin bir engel olur. Çünkü bir kimsenin iki babası, iki nesebi olmaz. Ama ananın kocası çocuğun nesebini redderse, çocuk hukuken babasız kalacağı için mani zail oldukça memnu avdet eder Mecelle özdeyişi ile başka bir erkeğin tanıma yoluyla ona sahip çıkmasına da engel kalmamış olur. Nitekim zina mahsulü çocuk tanınmaz hükmünü bizzat *Velidedeoğlu* nesebi reddedilmiş çocuğun baba tarafından tanınabileceği şeklinde anlıyordu. Daha yeni kitaplarda da nesebi reddedilen çocuğun.



MK. md. 303'e kıyaslayarak baba tarafından tanınabileceği kabul edilmektedir.<sup>12</sup> Basit bir yorumla varılabilen bu sonucun kanuna konması büyük bir değer taşımaz.

«Ailenin selâmeti için» kanunda alakonulduğu bildirilen hükümün kapsamından zina çocuğu sahibi olan erkek çıkarılmıştır. Özellikle köylerde evli kimselerin evli olmayan başka kadınlarla münasebetinden doğan çocukların evlilik dışı çocuklar probleminin önemli bir kısmını teşkil etmesi ve evli bir erkeğin imam nikâhiyla veya nikâhsız olarak birleştiği kadından doğan çocukların hukuken meydana kalması, özel yasalar çıkarma zorunluğu doğması bu yeniliğin gerekçesi olarak gösterilmektedir. Tasarının sorumlusu (ya da sorumluları) sırf bu yasalar çıkmasın diye, zina mahsulü çocukların evli babalarca tanınabilmelerini çözüm olarak önermektedirler.

Eğer Türkiyede evlilik dışı çocuk problemi başka batı ülkelerindekine benzeyen, evlilik dışı ilişki mahsulü «gayrimeşru» çocuk probleminden ibaret olsa idi, Devlet doğan çocukların basit bir yüzdesinin hukukî durumunu iyileştirmek sorunu ile karşı karşıya bulursa idi, bir kaç ihtirazî kayıtle bu çözüme katılmak belki mümkündü. *Oysa Türkiyedeki «zina çocukları» alelâde «gayrimeşru» çocuklar değildir.* Bunlar imam nikâhı ve poligamiyi toplum hayatından söküp atmaya başaramamış ve problemin ağırlığını başında kavrayamamış olan zayıf bir tutumun sonuçlarıdır. Türkiyede nesebin idarî yoldan tashihi kanunlarını hangi ihtiyaçların doğurduğunu biliyoruz. Yüzyıllar boyu çok karılı evlenmenin yaygın olduğu ülkemizde bu aile düzeninin hukuk devrimi ile bir anda ortadan kalkması beklenmezdi. Halka yeni bir aile anlayışı vermek zaman işiydi. Türkiyede nesebsiz çocuklar bir resepsiyon problemidir. Tek karlılığın kabulü, evlenme formalitelerinin artması, boşanmanın zorlaşması evlilik dışı çocuk sayısının böyle artmasında etken olmuştur. Köylerin nüfus idarelerine uzaklığı, okuyup yazma güçlükleri gibi etkenler de resmî nikahın yerleşmesini engellemişlerdir. Yabancı hukuk düzenlerinin kabulü ile o zamana kadar geçerli olan örf ve geleneklerin bir anda değişmesi, halk kütlelerinin bir boşluk kal-

<sup>12</sup> **Velidedeoğlu**, Aile Hukuku 5. ci bası 1965 sh. 409; **Feyzioğlu**, N. F. : Aile Hukuku İstanbul 1971 sh. 406 b ayrıca bkz. FMK. 72 I 343 89 I 316; YHGK. E. 1966/2-1350, K. 54. T. 24.1.1970 İst. Bar. Der. 1970.sh. 43 RDK. 1970 sh. 113; İKİD 1970 sh. 8567; «evlilik süresi içinde doğan çocuğun nesebi reddedilmedikçe, başkası tarafından tanınmaz. Y. 2HD. 19.11.1965 E. 5597, K. 5599, RKD. 1966, sh. 433 (bu kararda bir erkeğin başkasıyla evli kadından doğan çocuğu nüfusuna kaydettirme talebinin reddi söz konusudur.

mamacasına kendilerini yeni düzene uydurmaları beklenemez. Miras hukuku için de bu böyledir. Bugün Türkiyenin bir çok yöresinde mirasın MK. hükümlerine göre değil İslâm hukuku kurallarına, hattâ islâm öncesi kurallara göre bölüşülmediğini kim iddia edebilir? İsviçre MK.nunun Türkiyede resepsiyonu ile yapılan böyle köklü bir devrimde yeni müesseselerin benimsenip sindirilmesi için şu geçen 47 yıl, herhalde yeterli bir süre sayılamaz. Ne var ki Devlet kendi kanunlarına göre nesepsiz, fakat halkın gözünde —kendine ait olan bir birleşme tipinin ürünleri oldukları için— nesepsiz sayılmayan milyonlarca çocuğu korumağa, onlara bir hukukî statü sağlamaya, onları meşrulaştırmaya mecburdur. Ve Devletin bunu beş on senede bir palyatif tedbir mahiyetinde kanunlarla yapması, Medenî Kanunda derine giren, hukuk devrimini inkâra kadar varabilecek olan zamansız bir revizyona kalkışmaması yerindedir. Ama elbette boş durmayacak bir yandan da fiili birleşmeleri, çok karılığın önleyecek —yoksa onları meşrulaştıracak değil— tedbirler olacaktır. Nesebin idarî yoldan düzeltilmesi hususundaki kanunların gerekçelerinde Devletin yeni aile hukuku düzenini feda etmemek hususunda kararlı olduğu görülmekte idi. Bu kararlılık hukuk devriminin teminatı idi ve bize bir ölçüde huzur veriyordu.

Palyatif tedbir olmaktan başka bir iddiası bulunmayan af ve göz yumma sınırları dışına çıkmayan kanunları Öntasarı, medenî hukuk düzeninin bir parçası haline getirme çabası içindedir. Eşin rızası olmadan zina mahsulü çocuğun koca tarafından evlat edinilebileceğini öngören 255 inci maddenin, tanıma yasağını fücur mahsulü çocuklarla evli kadının nesebi reddolunmamış zina mahsulü çocuğuna inhisar ettiren, erkeği evlilik dışı çocuklarını tanımada serbest bırakan 292 inci maddenin bu şekilleri ile bu tasarıda yer almamış olması kanımca isabetli olurdu. Poligamiyi Medenî Kanun içinde müesseseleştirme anlamı taşıyan bu geri dönülmez adımdan önce çok düşünmek, eldeki bütün imkânları seferber ederek başka çareler aramak lâzımdır.

Madde bir genişletme daha getirmektedir. Yürürlükteki kanun metni sadece evlenmeleri memnu olanlardan doğan çocuklardan söz ettiği halde, tasarı «evlenmeleri yasak olan soy hısımlarından» doğan çocukların tanınamayacağını söylüyor. Oysa evlenme engellerini hükme bağlayan MK. md. 92'ye göre bazı sıhrî hısımların birleşmeleri de yasaklanmaktadır. İmdi bunların çocukları da fücur mahsulü olur. Kayın baba ile gelin arasındaki münasebetten doğan çocuğun nesebini oğul reddederse, kayınbaba tasarının bu maddesine

göre çocuğu tanıyabilecek demektir. Acaba bu genişletme bilinçli olarak mı yapılmıştı?

Yukarıdaki açıklamalara göre maddenin şu şekli alması önerilebilir : *Evli kimselerin zinasından veya birbirleriyle evlenmeleri yasak olanların münasebetinden doğan çocuk tanınmaz.*

*Evli kadının zinasından doğan çocuğun tanınabilmesi için (babası tarafından demeğe lüzum yok, çünkü büyükbaba da tanıyabilir) nesebinin koca tarafından reddedilmiş olması gerekir.*

293-300 üncü maddelerin yeni şekilleri başarılıdır.

*Md. 301* — Bu maddede babalık karinesi alakonulmaktadır. Kanunî bir dölleme döneminin kabulü, yani kanun tarafından saptanan soyut bir gebe kalma dönemi, her zaman tıbbî gerçeğe uymayabilir; bu yüzden sakıncaları vardır. Gebeliğin 330 gün sürdüğü nadir olaylar bilinmektedir. İsviçre doktrininde ve Federal Mahkemenin eski kararlarında, gebeliğin 300 günden fazla sürdüğünün ispat edilebileceği kabul edilmektedir. Eğer bu husus ispat edilebilirse babalık karinesi kullanılır.<sup>13</sup> Federal mahkemenin daha yeni kararlarında, babalık karinesi hükmünün normal ispat kuralları karşısında istisna teşkil ettiğine dayanan görüşe yer verilmekte ve gebe kalmanın, kanunî gebe kalma döneminden önceye düştüğünü iddia eden dâvacıdan babalığın doğrudan doğruya ispatını istemektedir.<sup>14</sup> Babalığın karine yardımı olmaksızın ispatı ise son derece güçtür ve bu ispat güçlüğü dâvacının elinde olmayan doğal bir olgudan ileri geldiği için haksızdır. Bu haksızlığı bir ölçüde gidermek için İsviçrede 301 inci maddeye (İsv. MK. 314) şöyle bir fıkra ilâve edilmesi önerilmektedir.<sup>15</sup> «Eğer çocuğun doğumundan evvelki 300 günden önceye düşen günlerde gebe kalındığı ihtimali varsa bu dönem ona göre uzatılır».

Medeni Kanunda, duygusal olmakla yetinmeyen ciddi ve bilimsel değişiklikler yapılacaksa, mukayeseli hukuk araştırmalarından etraflı olarak yararlanmak gerekir.

MK. 301 inci maddesi, 2 ci fıkrası esas itibariyle *Exceptio plurium*'u yani ananın gebe kalma döneminde birden fazla kimse ile cinsel münasebette bulunması halinde babalığın şüpheli olmasını dü-

<sup>13</sup> FMK. 43 II 135, 55 II 233, 62 II 65.

<sup>14</sup> FMK. 70 II 70; 87 II 65, 75. Bu kararların eleştirisi için Lalive, la revision du droit de la filiation illegitime, Zeitschrift für Schw. R. Bd. 84/II sh. 639.

<sup>15</sup> Hegnauer, sh. 70.

zenlemektedir. Dâvalının bu def'iyi ileri sürmesi halinde dâva düşer. Bu da İsviçre doktrininde çok eleştirilmiş bir çözümdür. Doktrin bu konudaki önerisine göre, exceptio pluriuma böyle mutlak bir nitelik tanıyacak yerde, hiç olmazsa dâvalıdan, öbür kimsenin babalığının kendi babalığından daha muhtemel olduğunu ispatlaması istenmelidir. Başka bir öneri ise exceptio plurium'un ABGB de olduğu gibi tüm kaldırılması ve dâvalıdan kendisinin baba olmadığını ispatlamasının istenmesidir. Tıp biliminin son verileri, özellikle Yargıtayın da son yıllarda ısrarla üzerinde durduğu antropobiyolojik metodlarla babalığın tayini olanakları<sup>15</sup> karşısında exceptio plurium'un kanunlarda alakonmasının anlamı kalmamıştır. Exceptio plurium'un kaldırılmasıyla dâvalının babalık dâvasında anayı küçük düşürecek, belki de uydurma olaylar ileri sürmesinin önüne geçilmiş olur. Hele kadının cinsel hayatı konusunda amansız görüşlerin hüküm sürdüğü ülkemizde asılsız bir exceptio plurium ileri sürülmesinin tehlikesi büyüktür. Exceptio plurium ile iffetsiz hayat sürme itirazı arasındaki ince farkın da kültürlü kimseler tarafından bile layıkı ile anlaşıldığına kani değilim. Herhalde 301 inci madde üzerinde daha pek çok düşünmek gerekir.

*Md. 302-303 — Aynen kalabilir.*

*Md. 304 — MK. md. 310 kişisel sonuçlarıyla babalık dâvasını düzenleyen bu madde ilk bakışta çocuğun çok yararınadır. Bu dâva olumlu sonuçlanırsa çocuk babaya tasarıya göre artık evlilik dışı diye nitelendirilmeyecek sağlam bir nesep bağı ile bağlanacak onun soy adını ve vatandaşlığını alacaktır. Ama nasıl bir babaya bağlanacaktır? Doğumuna sebep olduğu halde onu tanımayan, anasını mahkemelerde koşturmuş olan, belki de onu kabullenmemek için yalancı şahitler getiren, anasına evlenme vad edip sözünü yerine getirmeyen, anasıyla cinsî münasebeti ırza tecavüz gibi bir suç olan, ya da anası üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanarak onu bu münasebete sürükleyen, ya da anasını küçük yaşta baştan çıkarmış olan bir babaya!... Acaba böyle bir babayla çocuk arasında nesep ilişkisi kurulması çocuğun yararına mıdır? İsviçre doktrininde de belirtildiği gibi bu dâvanın zâfı, şartları sayılır sayılmaz sırtmakta, hüküm baba için bir medenî ceza olmakta, çocuk için de varlığını bir suça, bir adiliğe borçlu olduğunu tescil eden bir belgeden başka anlam taşımamaktadır. Babalık dâvasının bütün pozitif*

<sup>16</sup> YHGK. 20.3.1968. E. 967/2537, K. 155 RKD. 1968 sh. 243; HGK. 17.5.1967, E. 2/727, K. 261, İKİD, 1967 sh. ABD. 1969 sh. 654.

şartlarının kanundan çıkarılmasını, her kadının doğurduğu çocuğun babasına bağlanmasını sağlamak gerektiği kanısındayım. Erkeğin, bir kadınla cinsel ilişki kurmanın bir çocuğun doğumuna yol açabileceğini bilmesi ve fiilin rizikosunu kadınla birlikte taşıması gerekir.

Tasarının 304 üncü maddesinde getirilen bir değişiklik de, MK. md. 310/II deki «dâva zamanında müddeialeyh evli ise hâkim babalığa hükmedez» cümlesinin kaldırılmış olmasıdır. Bu, yeni nesep hukuku tasarısının esprisi ile ve MK. 292 inci maddesinin önerilen yeni şekli ile tutarlıdır.

Bu öneriye katılmak mümkün olabilirdi. Çünkü resmen evli bir kocanın, imam nikâhlı öbür karılarından doğan çocuklarını bir hukukî muamele ile tanınması poligaminin müesseseleştirilmesi demek olur ve hoş görülemez. Ama evli bir erkeğin tanımadığı, tanımak istemediği, çocuklarına karşı vazifelerini ona zorla yerine getirecek bir dâva yolunun tanınmasında aynı sakınca yoktur. Böyle bir dâva yolunun tanınması aileyi sarsmaz. Kocanın evlilik dışı ilişkilerinin babalık dâvası tehdidi altında olduğunu bilmesi bir anlamda aileyi hatta kuvvetlendirir. Ne var ki, bir yandan evli erkeğin zina mahsulü çocuğu tanınmasını reddederken, öte yandan dâva yolunu kabul etmek hem dengesizliktir hem de bir çok danışıklı babalık dâvası açılması sonucu doğurur. Onun için ülkemizdeki koşullar ve devrim hukukunun özellikleri bakımından şimdilik böyle bir önerinin de reddedilmesi gerektiği kanısındayım.

*Md. 305-307 — Aynen kalabilir.*

### **3. cü ayırım para ödeneği için babalık dâvası**

Ön tasarıda malî sonuçlarıyla babalık dâvasına ilişkin hükümler bir ayırım içinde toplanmıştır. Ön tasarı kişisel sonuçlarıyla babalık dâvası açma olanağını, özel şartlar gerçekleşmişse evli erkeğin zina ürünü çocuklarına da tanıdığına göre, malî sonuçlarıyla babalık dâvasından sadece iki ergin kimsenin, özel şartlar olmaksızın, cinsi münasebetlerinden doğmuş fakat —evli olsun olmasın— baba tarafından tanınmamış çocuklar yararlanabileceklerdir. Kişisel sonuçlarıyla babalık dâvası erkeğe karşı evli olup olmaması arasında fark gözetilmeksizin tasarının 304 üncü maddesine göre ancak özel şartları varsa açılacak, özel şartlar yoksa ana ve çocuk sadece malî taleplerde bulunabilecekler ve çocuk —baba olduğu mahkeme kararıyla sübut bulunduğu halde— o erkeğe nesep bağı ile bağlanmayacak-

tır. Bir örnekle somutlaştıracak olursak : evli veya bekâr bir erkek evlilik dışı çocuğunu tanıyabilir. Bu halde çocuk ona tam nesep bağıyla bağlanır. Tanımazsa ona karşı ancak malî neticeleriyle babalık dâvası açılabilir. Çünkü kişisel sonuçlarıyla babalık dâvasının şartları gerçekleşmiştir. Aynı erkek, çocuğun doğumuna örneğin kadın üzerindeki nüfuzunu kötüye kullanarak sebep olmuşsa, çocuğu yine tanıyabilir, tanımazsa kendisine karşı kişisel sonuçlarıyla babalık davası açılabilir.

Malî taleplere ilişkin dağınık hükümlerin bir araya getirilişi tertibi başarılı olmuştur. Ne varki malî sonuçları ile babalık dâvası, öntasarının ruhu ile bağdaşmamakta, ona tümüyle yabancı kalmaktadır. Ayrıca bu hükümde evli erkek bakımından bir denge-sizlik vardır. Çocuğu tanıyıp onu sahih nesepli hale getirmek erkeğin elinde olduğu halde, buna dâva yoluyla zorlamasına her zaman imkân bulunmamakta, sadece para ödemeye mahkûm edilebilmektedir. Oysa yürürlükte olan metin evli erkek bakımından dengersiz değildir. Yürürlükteki hükme göre evli erkek çocuğunu ne tanıyabilir, ne de buna dâva yoluyla zorlanabilir. Kişisel sonuçlarıyla babalık dâvasının özel şartlarının ön tasarıda alakonmuş olması bu bakımdan da isabetli değildir.

Eğer reformun ruhu, öntasarı gerekçesinde sık sık tekrarlandığı gibi «ana babanın günahını masum yavruya çektirmemek» ise babalık dâvasının özel şartlarını alakoymanın hiç anlamı yoktur. Evli olsun olmasın, özel şartlar bulunmaksızın evlilik dışı çocuk meydana getiren kimselerin bu çocuklarıyla, sırf erkeğin ahlâka, dürüstlüğü aykırı bir münasebette meydana getirdiği çocuk arasında ikincisi lehine fark gözetilmemelidir. Dünyaya gelişinde ne o çocuğun, ne ötekinin bir rolü vardır.

Medeni Kanunun evlilik dışı çocuğa ilişkin hükümlerinin reformunda iki yol tutulabilir : *Birinci Yol* :

— Çocuk nasıl bir birleşmeden doğmuş olursa olsun baba tarafından tanınabilir ve babaya karşı tam nesep dâvası açılabilir. Bu çözümde malî sonuçlarıyla babalık dâvası hükümlerine hemen hemen ihtiyaç yoktur. Sadece sayıları zaten pek az olan fücur mahsulü çocuklar için bu hükümlerin kullanılacağı düşünülebilir. Çünkü fücur mahsuü çocukların tanınmaları ve babalık davası açmaları çocuk için çok sakıncalı olur. Anası ve babası arasındaki çok yakın hisımlığın bir mahkeme ilâmı ile sabit olması çocuk için tahammül edilemez bir damgadır.

*Her çocuğun tanınabilmesi ve her çocuk için kişisel sonuçlarıyla babalık dâvası açılabilmesi gibi bir çözümün bizim ülkemizde, bizim şartlarımızda anlamı, çok karınlığı, imam nikâhını meşrulaştırmak, müesseseleştirmektir. Buna da vicdan huzuru ile evet demek pek güçtür.*

*İkinci yol :*

Evli erkeğin evlilik dışı çocuğunu tanıyamayacağı, evli erkeğe karşı evlilik dışında doğmuş çocuğun kişisel sonuçlarıyla babalık dâvası açamayacağı ilkesi muhafaza edilir. Kişisel sonuçlarıyla babalık dâvasının özel şartları kaldırılır, ispat kolaylıkları getirilir. Gerek tanımada gerek babalık dâvasında çocuk babaya eşit miras hakkı veren tam bir nesep bağıyla bağlanır. O zaman malî sonuçlarıyla babalık dâvası hükümlerinin de bir anlamı olur.

Bu ikinci öneri elbette imam nikâhından doğma çocuklar problemi için bir çözüm değildir. 50 yıldır ağrı dindirici ilâçla uyutulmaya çalışılan bu sosyal hastalığın tedavisini Medenî Kanunun değiştirilmesinde aramak yanlışdır. Bu yol hastalığı yerleştirir. Baş yine ağrıyacak ama ağrıyı başın sahibi artık duyamayacaktır. Bu toplumumuz için büyük bir tehlikedir. Çünkü toplum tehlike zillerini duymak imkânından bile yoksun kalmış olacaktır. Hastalığa karşı köklü sosyal tedbirler aramak ve almakta artık bir gün bile gecikmemek lâzımdır.