

ANAYA, KOCANIN NESEBİNİ RED HAKKI TANINMALI MIDIR?

Prof. Dr. Selâhattin Sulhi TEKİNAY

İsviçre - Türk Medenî Kanunu, nesebin reddini dâva edebilmek hakkını prensip itibariyle yalnız kocaya tanımıştır (M.K. m. 242). Savcı veya diğer ilgililer bu hakkı ancak kanunun belirlediği istisnâî hallerde kullanabilirler (M.K. m. 245). Herhalde Medenî Kanunda, ananın ve çocuğun «nesebi red davası» açabileceklerine dair herhangi bir hüküm yoktur. Bununla beraber İsviçre Doktrini, uzun süredenberi çocuğa kendi nesebini reddedebilmek hakkının verilmesi gereği savunulmaktaydı (1). Anaya gelince, İsviçre ve Türk Doktrinlerinde anaya dava hakkı vermek istiyen önemli bir eğilim görülmüş değildir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi, bir taraftan doktrinin diğer taraftan da Kanton Mahkemelerinin gittikçe artan baskısı altında, çocuğa dava hakkı tanımayan eski içtihadını (2) değiştirdiği halde (3) henüz ananın dava hakkını kabul eden bir tutum takınmamıştır.

İsviçre Kanun Koyucusu, 1.1.1978 tarihinde yürürlüğe giren bir kanunla Medenî Kanununun Neseb Hukuku'na ilişkin

(1) Egger, m. 253, no. 3. — Bridel, la règle is est..., Alençon 1927, s. 148 ve dev. — Sandmeier, Die Ehelichkeitsvermutung und ihre Anfechtung insbesondere durch das Kind, Aarau 1938, s. 124 ve dev. — Hämmerli, Die Auswirkung von Art. 252 ff in der Schweiz, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1952, s. 442 ve dev. — Hegnauer, m. 253, no. 10, s. 26.

(2) BGE 73 II 201 = JdT 1948 I 333.

(3) JdT 1963 I 265 ve SJZ 1963 (59), s. 302.

hükümlerinde köklü bir reform yaptı. Yeni hükümler arasında çocuğa belli koşullar altında nesebin reddini dava edebilmek hakkı açıkça verildi (4). Ana lehinde ise böyle bir hüküm getirilmedi.

Fransız Medenî Kanununun 3 Ocak 1972 tarihli kanunla değiştirilen yeni 318 - 1. maddesi, ananın ve yeni kocasının, evlenmeden itibaren altı ay içinde ve çocuk henüz yedi yaşına gelmeden önce, nesebi red davası açabileceklerini kabul etti.

Doğu Alman Cumhuriyetinin 20.12.1965 tarihli Aile Kanunu (5) daha ileri gitti ve 61. paragrafında anaya, kocasının rızasına gerek kalmadan nesebi reddedebilmek hakkı tanıdı.

Öyle anlaşılıyor ki, hukuk sistemlerinin pek çoğunda dava hakkının anadan esirgenmesi, zinâ yaptığını iddia eden bir kadının korunmaya değer bir yararı bulunmadığı varsayımına dayanıyor. Hiç kimsenin kendi haksız davranışından yararlanamayacağı yolundaki prensibin burada da Kanun Koyuculara rehberlik ettiği söylenebilir. Oysa kanımızca göre sorunu, klasik bir hukuk sloganının dar çerçevesi içinde çözümlenmeye çalışmak, doğru değildir. Sorun, ananın kusurlu olup olmadığını araştırmaktan çok, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun yararlarını korumak sorunudur. Hukuk sistemlerinin, isabetinde duraksamaya yer olmıyan bu basit gerçeği benimsemeleri, Neseb Hukukunun diğer dallarında olduğu gibi, ele aldığımız konu bakımından da çok ağır ve zor gerçekleşeceğe benziyor.

Kanunun metnine rağmen, doktrininde ve uygulamalarda çocuğun kendi nesebini reddedebileceği hangi sebeplerle benimsenmişse, kanımızca bu hak, anaya da aynı sebeplerle tanınabilir. İsviçre Federal Mahkemesinin 23 Kasım 1962 ta-

(4) Gerçekten İs. M.K. nun yeni 256. maddesine göre «kendisi küçükken, eşler arasındaki ortak hayat scena erdiği takdirde çocuk» nesebi red davasını açabilir.

(5) Familiengesetzbuch der DDR.

rihli kararında ifadesini bulan (6), çocuğun nesebi red davası açabileceği yolundaki yeni içtihadın hangi gerekçelere dayandırıldığını kısaca inceliyelim :

1) *Kanunda çocuğa dâva hakkı veren bir hüküm yoksa da bunu reddeden bir kural da yer almamaktadır. Bu gerekçeyi ana bakımından da tekrar edebileceğimiz meydandadır.*

2) *Gerçi sahih nesep, genel olarak çocuğun yararlarına daha uygundur; fakat onun gerçek nesep durumunu tespit ettirmekte de yararı olabilir. Federal Mahkeme bu gerekçeyi kuvvetlendirmek için şu kanıtı kullanıyor: Özellikle seklen, baba görünen kimse ile ana arasındaki evlilik bağı çözülmüş, koca daha önce nesebi reddedememiş ve ana sonradan gerçek baba ile evlenmiş olduğu takdirde böyle bir yarar vardır. Federal Mahkemenin saydığı bu hallerde ananın da red hakkına sahip olması çocuğun yararlarına uygun düşmeyecek midir?*

3) *Çocuğa dâva hakkı verilmesinin eşler arasındaki sadakat borcu üzerinde olumsuz etki yapacağı yolundaki görüş yersizdir; karının sadakat borcu, nesebi red hakkının sadece kocaya hasredilmesini gerektirmez. Bu gerekçeyi çocuk için olduğu kadar, belki öncelikle, ana için de kullanmak mümkündür.*

4) *Dâva hakkını sırf malî menfaat düşüncesiyle hareket eden diğer ilgililere tanıyıp da bu iste en önemli yararı söz konusu olan çocuğa tanımamak doğru değildir. Bu gerekçe, çocuğun yararlarının ilk planda koruyucusu olan anaya dâva hakkı verilmemesindeki tutarsızlığı da ortaya koymaktadır.*

Görülüyor ki dâva hakkını çocuğa tanıyan düşünce sistemi bir defa kabul edilince, ananın bu haktan yoksun bırakılmasındaki nedenleri kavramak ciddi zorlaşmaktadır. Gerçi denebilir ki ana, kocadan başka biri ile cinsî ilişkide

bulunmuş ve çocuk bu ilişkinin ürünü olarak doğmuşsa, çocuğa bir kayyım tayin edilmesini ve nesebi red hakkının kayyım aracılığı ile kullanılmasını sağlayabilir. Böyle olunca da artık kendisinin ayrıca dâva açmasına pek gerek kalmaz! Bu düşüncenin bütün hallerde geçerli olduğu kabul edilemez. Önce bir ananın, çocuğa ait yararları bir kayyımdan daha iyi değerlendireceğinde tereddüt edilemez. Kaldı ki kayyım bir çok hallerde, çocuk adına dâvayı yürütürken ananın yardımına muhtaçtır. Anaya tamamen yabancı olan bir kişi, bu kadar gizli ve hassas ilişkilerin söz konusu olduğu bir alanda ananın güvenini ve yardımını ne dereceye kadar sağlayabilir? Bu önemli bir sorundur.

Hem, nesebin reddini ananın istemesi halinde, çocuğa tayin edilecek kayyım — pratik bakımdan — sanki ananın temsilcisiymiş gibi hareket etmiyecek midir? Öyleyse, işin asıl ilgilisi olan ananın doğrudan doğruya dâvacı olabilmesi daha uygun ve gerçekçi bir çözüm olmaz mı?

Baba olmadığını bilen, buna rağmen susan bir koca karşısında; zina yapan, fakat çocuğuna gerçek nesep durumunu sağlamaya çalışan bir ananın söz sahibi olmaması, doyurucu bir sonuç sayılamaz.

Ananın dâva açması istisnaî hallerde çocuğun zararına olabilir. Özellikle gerçek nesebin saptanmasındaki zorluk ve kocanın baba sayılmasındaki yararlar bahis konusu olunca durum böyledir. Bununla beraber ananın dâva hakkı daima çocuğun yararı ile sınırlı sayılmak gerektiğinden, yargıç bu türlü özellikler varsa, dâva şartlarındaki eksikliği gözönünde tutarak ananın açacağı dâvayı reddedebilir.

Hele ananın sonradan gerçek baba ile evlenmesine ve gerçek baba, çocuğun kendi sulbünden geldiğini ve babalığı kabul etmeye hazır olduğunu bildirmesine rağmen, anaya dâva hakkının esirgenmesi, çocuğun yararlarına daha da aykırı düşmektedir. İsviçreli hukukçu Hämmerli'nin incelediği şu olay konumuz bakımından cidden ilginçtir (7) :

(7) Hämmerli, Die Auswirkung von Art. 252 ff in der Schweiz, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1952, s. 442 ve dev.

1940 yılında (B) adında İsviçreli bir kadın Yugoslav uyrukluğundaki (H) ile evleniyor. Fakat kocanın içki ve kumar iptilâsı yüzünden bir süre sonra (B) kocasından fiilen ayrılıp memleketine dönüyor; ve o tarihtenberi de kocasını artık hiç görmüyor. (B), kocası (H) nın 1944 yılında Alman ordusuna girdiğini ve tanınmış S. S. birliklerinden birinde bulunduğunu öğrenmesi üzerine Berlinde bir Alman avukatı ile temas kurup onun, boşanma dâvası açmak üzere kocası (H) dan vekâlet almasını sağlıyor. Böylece Hitler ordularının kesin yenilgilerinden pek kısa bir süre önce Alman Mahkemesi boşanmaya karar veriyor. Boşanmaya esas teşkil eden olay, (B) nin İsviçrede (R) adında bir erkek'le birlikte yaşamakta olmasıdır. Gerçekten böyle bir ilişki vardı ve bu ilişkiden 1944 yılında bir çocuk dünyaya gelmişti. Boşanmadan hemen sonra (B), (R) ile evlendi. Çocuğun gerçek babası (R) olduğu halde şahsî hal sicil kayıtlarına baba olarak (H) yazılmıştı; zira doğum sırasında (B) ile (H) henüz evli bulunuyorlardı. Tabiatıyla çocuğun vatandaşlığı da Yugoslav veya Alman vatandaşlığı olacaktı.

Hämmerli bu olayda, çocuğa dâva hakkı tanınması gereğini savunmaktadır. Bu elbette doğrudur. Fakat çocuğun yanında anaya bu hakkı tanımamak için makul bir gerekçe gösterilemez. Anayı, mutlaka çocuğun arkasında saklanarak dâvayı perde gerisinden yönetmek zorunda bırakmak, sağlıklı bir hukuk düzenine yakışmıyan, isabetsiz bir çözüm tarzıdır. Gerçekten çocuğun dâva hakkına sahip olması, hemen daima, ananın çocuğu siper edinerek hareket etmesinden başka bir anlama gelemmez. O halde doğrudan doğruya anaya da dâva hakkı tanımak gerçekçi bir hukuk düzeninin vazgeçilmez görevidir.