

## **TÜRK HUKUKUNDA SAHİH NESEPTEN DOĞAN KANUN İHTİLÂFLARI**

**Prof. Dr. Osman Fazıl BERKİ**

- Giriş
- Neseb hukukundan doğan ihtilâflarda selâhiyetli kanun
- Selâhiyetli kanunun tatbikinde istisnalar
- Neseb davalarında dava ehliyetinin tabi olduğu kanun
- Doğumdan itibaren sahih olan nesepten çıkan teşrii selâhiyet ihtilâfları
- Doğumdan itibaren sahih olan nesepten çıkan kazai selâhiyet ihtilâfları
- Nesebin tashihinden doğan teşrii selâhiyet ihtilâfları
- Nesebin tashihinden doğan kazai selâhiyet ihtilâfları

### **Giriş**

Sahih neseb, evlilik dahili neseptir ki, ya doğumdan itibaren sahih olur, veya sonradan kanunun derpiş ettiği şekillerde tashih edilmiş olur.

Umumiyetle kanunlar, evlenme yok iken, yani evlilik haricinde doğan çocuğun nesebi ile evlenme mahsulü olan çocuğun nesebi arasında bir fark gözetmekte, evlilik birliğine lâyık olduğu ehemmiyet ve kıymeti vermiş bulunmaktadır.

Aile, cemiyetinin nüvesini teşkil ettiğine nazaran, neseb hukukuna taalluk eden kanun hükümleri, her cemiyetin telâkkisine tâbi olacak ve muhtelif şekillerde tanzim edilecektir. Kanunların bu hususta farklı hükümler sevketmesinden halli müşkül kanunlar ihtilâfının doğacağı şüphesizdir.

Biz, bu ihtilâflardan sahih nesebe müteallik olanların Türk devletler hususi hukukunun ışığı altında inceleyeceğiz.

Etüdümüz, doğumdan itibaren sahih neseble sonradan nesebin sahih hale gelmesini, yani nesebin tashihi müessesesini ihtiva edecektir. Burada yalnız neseb hukukunun tevhit edeceği teşrii selâhiyet ihtilâfları üzerinde durmayacak, aynı zamanda, kazai selâhiyet ihtilâflarını da tetkik edeceğiz. Mevzuumuzu teşkil eden kanunlar ihtilâfını tetkike başla-

madan evvel, nesep, hukuku sahasında hangi kanunun selâhiyetli olduğu ve bu selâhiyete vaz olunan istisnaları kısaca gözden geçirmek faydalı olacaktır.

### § I — Nesep Hukukundan Doğan İhtilâflarda Selâhiyetli Kanun

Bir ferdi ana babasına bağlayan hukuki bir bağ olan nesebe tatbik edilecek kanun hangi kanundur?

Doktrin ve mahkeme içtihatları bu hususta ahkâmı şahsiyenin tabi olduğu kanunun selâhiyetini kabul etmekte, kanunlarda bu yolu takip etmektedirler. Zira nesep, ahkâmı şahsiyeyi teşkil eden unsurlardan biridir. Umumiyetle ahkâmı şahsiyeye tatbik edilen kanun milli kanun, "Lex patriae" olduğundan nesep hukuku da bu kanuna tabi tutulmaktadır.

Türk devletler hususi hukukunda da bu sahada bağlama kaidesi olarak bu esas kabul ve teyit edilmiş bulunmaktadır. Fihakika, 1330 tarihli muvakkat kanunun 4 üncü maddesine göre "Şu kadar ki, gayri müslim tebeai ecnebiyeye müteallik olupta akit ve feshi nikâh ve tefriki ebdan ve ebüvvet ve nesep ve tebenni gibi hukuku aileye ve rüşt ve mezuniyet ve hacir ve vasayet gibi ehliyet ve emvali menkuleye ait vasiyet ve terekelere müteallik bulunan dâvalar intizam ammei devlete mugayir olmamak şartıyla alâkadarının hükümet metbuaları kavaninine ve ihtilâf kavanin halinde hukuku hususiyei düvel kavaidine tevfikân muamele olunur.

Millî kanunun hükümleri, sahîh nesepte olduğu kadar gayri sahîh nesepte de caridir.

Şahıslar, muayyen bir devlete tabi olmadıkları, veya birden ziyade tabiyette buldukları taktirde hangi kanunun tatbik edilmesi lâzımgeldiği hususu devletler hususi hukukunda muhtelif şekillerde tanzim edilmiştir. Muvakkat kanunda bu mes'ele hakkında hangi kanunun tatbik edileceğine dair sarîh bir hüküm mevcut değildir. Türk doktrini ikametgâh kanununun (Lex domicilii) tatbikine mütemayil görünmektedir. (1)

Nesep hukukunda selâhiyetli olan milli kanun, şu hususları da şümülü dahiline alır:

- 1 — Nesebi vücuda getiren unsurlar
  - 2 — Nesebin subutu için tatbik edilen hukuki delil ve karineler
- Bu ikinci mes'ele üzerinde biraz durmak lâzımgelir.  
Nesebin sübutu için tâyin edilen hukuki delil ve karinelere "Lex Lo-

(1) Bu hususta BK. Osman Fazıl Berki, Türk devletler hususi hukukunda babalık dâvası (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1950, C. VII, Sayı: 3, 4, S. 364 ve M.)

ci Actus" un tatbiki bahis mevzuu olamaz. Zira bu kanun, hukuki muamelelerin şekillerinin tevhit edebileceği kanun ihtilâflarının hallinde selâhiyetlidir. Bundan başka bu husus, dâvanın açıldığı mahkeme kanununa da "Lex Fori" tabi kılınmaz. Çünkü, delil ve karineler "Ordinatoria Litis" e taalluk etmeyip, "Decisoria Litis" mes'elesidir. (2)

### I — Selâhiyetli kanunun tatbikine vazolunan istisnalar

Nesep hukukuna tatbik edilecek kanun, böylece tâyin ve tesbit edildikten sonra selâhiyetli kanunun tatbikine vazedilen istisnaları tetkik edelim.

Mevzuu bahis istisnaları üç gurup etrafında toplayarak incelemek lâzımdır.

I — Amme intizamı: Diğer kanunlar ihtilâfında olduğu gibi, nesepden doğan ihtilâflarda da amme intizamının müdahalesi olacaktır. Hattâ diyebiliriz ki, bu sahada amme intizamının rolü daha büyüktür. Zira, nesep hukukunun tanzimi, her memleketin ahlâki telâkkisiyle sıkı sıkıya münasebettir. Amme intizamının bu sahada ki tesiri, menfi olabileceği gibi, evvela menfi sonra müsbet de olabilir.

II — Atıf: Türk kanununun selâhiyetli saydığı kanun, mes'elenin hallinde mahalli kanunu, veya başka bir devlet kanunu selâhiyetli addettiği, yani menfi bir kanun ihtilâfı muvacehesinde bulunduğu takdirde, selâhiyeti kabul edilen kanun yerine Türk kanunun ve yabancı devlet kanununun tatbiki lâzımgelcektir. Ancak ikinci halde tatbik edilecek olan yabancı devlet kanununun mahalli amma intizamını ihlal etmemesi lâzımgelir.

III — Selâhiyetli kanunun isbat edilememesi: Selâhiyetli kanunun, atıf halinde, uygulanması icabeden kanunun muhtevası isbat edilemediği takdirde, nesep hukukundan doğması muhtemel kanunlar ihtilâfı hakim kanunu ile idare edilecektir. Bu, Hukuk Usulü Mahkemeleri Kanununun 76 inci maddesi iktizasındadır. Yalnız, şu noktaya işaret edelim ki, nesepden doğan kanun ihtilâflarında, milli kanunun tatbikini tazammun eden bir muahede mevcut ise 76 inci madde hükmü tatbik edilmeyecek, hakim muahede hükmünü resen nazarı itibare alacaktır.

(2) Niboyet, Cours de Droit international Privé, 1947, S. 568.

**§ 2 — Nesepten davalarda dava ehliyetinin tabi olduğu kanun**

Dava ehliyetinin hangi kanuna tabi olacağı hususu muhtelif memleketlerde muhtelif şekillerde tanzim edilmiştir.

Anglosakson hukukunda, bu mes'ele usule taalluk eden bir husus olarak kabul ve Lex forinin selâhiyeti dahilinde addedilmektedir. Bazı memleketlerde dava ehliyeti prensip itibariyle milli kanuna tabi kılınmakta ancak, yabancı, milli kanununa göre davayı ikame hakkını kullanmağa ehliyeti olmadığı halde mahalli kanuna göre böyle bir ehliyeti haiz ise dava ikame veya aleyhine açılmış olan bir davayı müdafaa edebileceği kabul olunmaktadır. Almanya'da olduğu gibi.

Dava ehliyetinin hangi kanuna tabi olacağı bizce müşkülât arz etmeyen bir mes'eledir. Bu bir ehliyet mes'elesi olduğu, ve yabancıların hukuk ve vazifeleri hakkındaki Muvakkat Kanununun 4 üncü maddesinde ehliyet mutlak olarak milli kanuna tabi bulunduğu için milli kanunla idare edilmek lâzımgelir.

Davanın açıldığı mahkeme kanununun amme intizamı mülâhazasıyla müdahalesini kabul etmek doğru değildir.

**KISIM I**

**Doğumdan itibaren sahih olan nesepten çıkan ihtilâflar**

Evlilik içinde doğan veya evlilik içinde ana rahmine düşmüş olan çocuğun nesebi sahihtir.

Bundan doğacak kanunlar ihtilâfını inceleyebilmek için, mevzuu teşrii ve kazai selâhiyet bakımından iki kısma ayırmak lâzımgelir.

**§ 1 — Sahih nesepten doğan teşrii selâhiyet ihtilâfları**

Sahih nesepten doğan teşrii selâhiyet ihtilâflarını da ana, baba ile çocuğun aynı ve ayrı tabiiyette olmalarına göre bir tefrika tabi tutarak, incelemek icap eder.

I — Ana baba ve çocuk aynı tabiiyetdedirler.

Ana baba ve çocuk buayyen bir devlete tâbi oldukları, aynı tabiiyette buldukları takdirde tatbiki gereken kanunun hangi kanun olacağı şüpheye mahal vermez. Bu hususta selâhiyeti olan kanun, müşterek millî kanundur.

II — Ana baba ve çocuk ayrı tabiiyetdedirler.

Ana baba ve çocuk ayrı tâbiyetde oldukları zaman hangi kanunun tatbik edileceği hususu ehemmiyet kazanır.

Bu mesele, devletler hususî hukukunda ihtilâf mevzuudur. Bu hususta bir takım sistemler ileri sürülmüş bulunmaktadır ki, bunları üç kısım etrafında toplayarak tetkik ve mütalâa etmek mümkündür.

1 — Babanın kanununun tatbiki sistemi: Bu fikre taraftar olanlara göre, nesep çocuğun halini alâkadar ettiği kadar babanın halini de alâkadar eder. Çocuk ile babası arasında bir hukukî rabita husule getirir. Babanın vaziyetini çocuğun vaziyetine feda etmemek lâzımdır. (1).

Bu sistem, Alman Medeni Kanununa Methal kanununun 18, İtalyan Medeni Kanununun 10, Japon Kanununun 18, (2) Çin Kanununun 23 ve 1891 tarihli İsviçre Kanununun 8 inci maddeleri tarafından kabul

Bu itibarla çocuğun kanununun tatbik edilmesi lâzımgelir. (4).

2 — Çocuğun kanununun tatbiki sistemi: Bu sistemi ileri sürenlere göre, nesep rabitası çocuğun haline taalluk eden bir hususudur.

Bu itibarla çocuğun kanununun tatbik edilmesi lâzımgelir. (1)

3 — Her iki kanunun birlikte tatbiki sistemi: Bu sisteme taraftar olanlara göre, nesepte hem çocuğun hem de babanın hali şahsisi bahis mevzuudur. Bu itibarla nesep her ikisinin kanununa tâbi olmalıdır.

Bu sistemlerden hangisi tercih edilmelidir?

Bir kerre sahih nesebin hem çocuğun hemde babanın kanununa tâbi kılınması nazarı bir kıymeti haizdir. Pratik değildir. Zira, iki kanunun aynı hükümleri ihtiva etmesi çok kere müstebattır. Bu sebepten dolayı çocuğun nesep rabitasını ispat etmek müşkilât arzeder.

Sahih nesebe, ahkâmı şahsiyeti mevzuu bahis olan çocuğun millî kanununun tatbik edilmesi lâzımgelir. Ana baba ve çocuğun aynı veya ayrı tabiyette olmaları halinde selâhiyetli kanun çocuğun doğduğu andaki millî kanundur. Doğumdan sonra vukua gelen tabiiyet değişmeler nazarı itibara alınmamak lâzımgelir.

Sahih nesep, evlenme akdiyle birbirine bağlı bulunan şahısların cinsi münasebetleri mahsulü olan çocuğun nesebi olduğuna göre, evlenmenin

(1) Batiffol, *Traité élémentaire de Droit International privé*, 1949, S. 488; Pillet, *Traité pratique de Droit International privé*, 1928, C, I s. 641; Valery, *Manuel de Droit International privé*, 1914. s. 1114; Abdülhak Kemal Yörük, *Nazari ve ameli Devletler Hususî Hukuku*, ikinci bası, 1950. s. 336.

(2) Ho - Rel.

(3) Geschre, s. 288 (Batiffol, a. g. e. s. 489).

(4) Weiss, *Manuel de Droit International privé*, 9 e édition, 1928, s. 534; Despagnet, *Précis de Droit International privé*, 5 e édition 1909 s. 833; Muammer Raşit Seviğ, *Devletler hususî hukuku*, ikinci bası 1947. s. 416.

böyle bir nesebe vücut verebilmesi için asli ve şekli şartlar bakımından selâhiyetli olan kanunlara uygun olarak akdedilmiş olması iktiza eder. za eder.

Asli şartlar bakımından, ehliyetin, karı kocanın millî kanunlarına göre tesbit edilmiş olması ve evlenme manilerinin de mahalli amme intizamını ihlâl etmemek kaydıyla aynı kanuna tabi bulunması lâzımgelir.

Şekil noktasından da, Locus Regit Actum kaidesi mucibince Lex loci celebrationis'in derpiş ettiği hükümlere riayet edilmiş olması muktezidir.

Ananın, kocasının, doğan çocuğun babası olacağı "Pater ist est" bir esas olarak kanunlar tarafından kabul edilmiş bulunmaktadır.

Demek ki sahih nesep karinesi, çocuğun evlilik içinde doğmuş veya ana rahmine düşmüş olmasıdır. Bununla beraber, kanunlar babaya nesebi red imkânını, reddi nesep davası "Action en désaveu, Anfechtungsklage" açmak selâhiyetini vermiş bulunmaktadır.

Nesebin reddi, her türlü delil ile ispat edilemez. Burada, azamî ve asgarî gebelik müddetleri ve bir takım maddî imkânsızlıklar kabul edilmiştir.

Hukukumuzda evlilik mevcut iken veya zavalinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu müddet geçtikten sonra asıl olan doğan çocuğun nesebi sahih addolunmamaktır. Alman Medenî Kanununa göre bu müddet 302, Fransız Medenî Kanununa göre ise 300 gündür.

Koca evlendikten en az 180 gün sonra doğan çocuğun kendisinden olması ihtimali bulunmadığını ispat etmedikçe çocuğu reddedemez.

Koca doğduğuna muttali olduğu günden itibaren bir ay içinde çocuğu reddedebilir. Red davası çocuk ile anası aleyhine açılır. Alman Medenî Kanununa göre bu müddet üç ay, Fransız Medenî Kanununa göre iki ay, İtalyan Medenî Kanununa göre ise üç aydır.

Hukukumuzda red müddetinin mürurundan evvel kocanın vefat etmesi veya temyiz kudretinden mahrum olması yahut bulunduğu yerin bilinmemesi veya her hangi bir sebepten dolayı çocuğun doğumundan haberdar edilmemesi halinde çocukla birlikte mirascı veya çocuk sebebiyle mirastan mahrum olanlar doğuma ittilâ tarihinden itibaren bir ay içinde red davası ikame edebilirler.

Kadın evlenmeden evvel gebe kaldığı takdirde koca tanımış olsa bile Müddei Umumui onun babası olması ihtimali bulunmadığını dava ve ispat edebilir. Koca sarahaten veya delâleten çocuğu tanıdıktan yahut bu bapta muayyen müddet geçtikten sonra red davası edemez. Şu kadar ki, çocuğu tanımak veya müddetinde red etmemek hususunda iğfal olun-

duğunu iddia ve ispat edebilir.

Red davasının müddeti içinde ikame edilmemesi mühim bir sebep-ten ileri gelmiş ise müddetin geçmesine bakılmaksızın dava mesmu olur.

Nesebinde sıhhatının karineleri, red davasının kim tarafından kim-ler aleyhine açılacağı, mirasçılardan bu hakkı haiz olup olmadıkları haiz iseler şartlarının nelerden ibaret olduğu, red hakkının sukut edip etmeyeceği, edecek ise ne gibi şartlar dahilinde edeceği, hususları hep selâhiyetli kanunla idare edilecektir.

Medenî Kanununun 245 inci maddesinin Savcıya tanıtılmış olduğu dava hakkı, ame intizamın taalluk eden bir hükümdür. Bu itibarla, selâhiyetli millî kanunda böyle bir hüküm mevcut olmasa dahi tatbik edilmesi lâzımgelir. Zira bu, çocuğun nesebi üzerinde ispekülasyon ve suî istimalere mani olmağa ve içtimai menfaat bakımından devletin kontrolünü temine matuftur. (1)

## § 2 — Sahih nesepten doğan kazai selâhiyet ihtilâfları

Sahih nesepten doğacak olan kazai selâhiyet ihtilâfları, bilhassa nesebin rdedi davası münasebetiyle ortaya çıkar. Bu davayı Türk mahkemelerinin görebilmesi için, umumî selâhiyeti haiz olup olmadıklarına bakmak lâzımgelir. Malûm olduğu üzere, Türk mahkemeleri Ecnebililerin ahkâmı şahsiyeye taalluk eden davalarını görmeğe prensip itibariyle yetkili değildir.

Ancak muvakkat kanunda yer alan veya Yargıtay içtihatlarına müstenit bazı istisnaların mevcudiyeti takdirinde mahkemelerimiz bu davaları görmek zorundadırlar. (2)

Türk mahkemeleri umumî selâhiyeti haiz olsalar dahi, hususî selâhiyeti haiz olmadıkça, bu davaları göremezler. Nesebin reddi davasında hangi mahkemenin hususî selâhiyeti haiz olacağı hakkında kanunumuzda sarîh bir hüküm mevcut olmamakla beraber selâhiyettar mahkeme, davacının ikametgâhı mahkemesidir. Ancak burada da "Türkiye'de ikametgâhı bulunmayan Türk tebeası, Türkiye'de sakin değil ise ahkâmı şahsiyeye noktasından Türkiye'deki son ikametgâhı mahkemesine ve bulunmadığı halde Ankara mahkemesine tâbidir" diyen hukuk usulü mahkemeleri kanununun 18 inci maddesi hükmünün mahfuz olduğunu

(1) Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 284.

(2) Bu hususta Bk: Osman Fazıl Berkî a. g. m. (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi 1950, C. VII, sayı 3 - 4, S. 374 e m.)

unutmamalıdır. Eğer davacının ikametgâhı Türkiye de değilse, 18 inci maddesinin hususî selâhiyet verdiği mahkemenin selâhiyetli olması lâzımgelir.

## KISIM II

### Nesebin Tashihiinden Doğan Kanun İhtilâfları

Tashihi neseplere "Légitimation - Ehelicherklärung", evlilik dışında doğan çocuğa, sahih nesepli çocuk statüsü bahşeden bir müessesedir.

Devletlerin kanunî mevzuatı gözden geçirilecek olursa, nesebin, tanıma, evlenme, hakimî hüküm veya hükümdarın emirnamesiyle tashih edildiği görülür.

Sahihi nesepli çocukla, gayri sahih nesepli çocuk arasında bir fark gözetmeden veya bu farkı kaldırmış bulunan hukuk sistemlerinde sadece tanıma, çocuğa meşru çocuk statüsü bahşetmek için kâfidir. İslâm hukuku sistemine tabi bazı devletlerle bir takım Amerika Birleşik Devletlerinde ve Norveç'te vaziyet böyledir.

İslâm hukukunda nesebi meşhul bir çocuğun nesebini ikrar vardır ki nesebi ikrar edilen çocuk, mükürin nesebi sahih çocuğu addedilir. Bizde olduğu gibi nesebi gayri sahih babalık yoktur. Baba, zina mahsulü olduğunu ifade ettiği çocuğun nesebini ikrar edemez.

Neseplere birde evlenme ile tashih edilir. Bazı memleketler yalnız bu nevi tashih kabul etmektedir. Fransa ve Brezilya'da olduğu gibi. Evlenme ile nesebin tashihi, muhtelif memleketlerde farklı şekillerde tanzim edilmiştir. Bazı lâtin hukuk sistemleri, çocuğun daha evvelden ana baba tarafından tanınmasını şart kılmakta, zina ve fücur mahsulü çocukların neseplerinin tashihi kabul etmemektedirler. Halbuki İsviçre hukukunda evlenme, otomatik olarak nesebin tashihi mucip olur.

Mahkeme kararıyla nesebin tashihi, nişanlanmadan sonra, nişanlılardan birinin ölümü veya evlenme ehliyetini kaybetmesi halinde mümkündür. Bu nevi tashih neseplere, İskandinav memleketleriyle, Siyam, Veneziellâ ve İsviçre hukukunda mevcuttur.

Bazı memleketlerde umumiyetle icra kuvvetinin bir kararı ve ekseriya Kralın emirnamesiyle nesebin tashihiye tesadüf olunmaktadır. Hollanda, Danimarka, Macaristan, Yunanistan, Avusturya, İtalya, Cenubu Afrika ve Bulgaristan'da vaziyet böyledir.

İsviçre hukukunda olduğu gibi, hukukumuzda da evlilik haricinde



doğan çocuğun nesebi, ya sonradan ana babasının evlenmesi veya hakim hükmü ile tashih olunur. (1)

Evlenme ile nesebin tashihi, ana ancak çocuğun babasıyla evlendiği takdirde bahis mevzuu olabilir. Alman hukuku, kocanın babalığına dair karineler koymaktadır. Bizim hukukumuz da bundan sarfınazar edilmiştir. (2)

Hâkimin hükmü ile nesebin tashih edilebilmesi için, bazı hukuk sistemlerinin sarfınazar ettikleri bir şartın, evlenme vâdi şartının mevcudiyeti lâzımdır. Medeni Kanunumuz, yalnız ana baba arasında evlenmenin imkânsız bir hale gelmesini değil, aynı zamanda evlenme vâdinde bulunmuş olmalarını aramaktadır.

Evlenmenin imkânsız olması, nişanlılardan birinin vefatı veya evlenme ehliyetini zayı etmesi ile ortaya çıkar. Bu iki şartın mevcudiyeti taktirinde, sağ olan veya evlenme ehliyetini muhafaza eden nişanlı tarafından ikametgâhı hakimine müracaat edilmek lâzımgelir.

Bu talep hakkı şahsa merbut haklardandır. Binaenaleyh, kanunî mümessil tarafından bu hak kullanılmaz. Çocuk resit ise muvafakatinin istihsal edilmiş olması lâzımgelir.

Nesebin tashihi için tevlihten önceki tesrii selâhiyet ihtilâflarını incelemek itibarıyla kanun kendisine bu hususta müstakil bir hak tanımıştır. Çocuk mümeyyiz olmadığı takdirde kanunî mümessil tarafından dermeyan edilebilir.

Çocuk mümeyyiz ise hakkı bizzat kullanacak, ve vefatı halinde bu hak fûruru tarafından istimal edilebilecektir. Nesebin tashihi talebini kanunî bir müddete tabi tutmuş değildir.

Evlilik haricinde doğan çocuğun nesebinin tashih edilmesi, bu çocuğa, nesebi sahih olan çocukların hukukî durumunu iktisab ettireceğinden bazı kimselere itiraz hakkı verilmektedir.

Bu itiraz davasında, çocuğun o ana babanın cinsi münasebeti mahsulü olmadığı isbat edilecektir.

Bu davayı, ana babanın kanunî mirasçıları veya Müddeiumumuî açabilir. Müddeiumumiye bu dava hakkının tanınmış olması her hangi bir suiistimale mani olmağa matuftur. Bu dava, çocuk kandilerine nisbet edilen ana baba veya çocuğa karşı ikame edilir. Davanın müddeti, dava hakkının haiz olanların nesebin tashihiine muttali oldukları günden itibaren üç aydır. Nesebin tashihinden doğan kanunlar ihtilâfını tetkik edebilmek için evvelâ tesrii ve sonra kazaf selâhiyet üzerinde duracağız.

(1) Hukukumuzda bir de af kanunlarıyla ihdas edilen tashih neseb vardır ki, nesebin idari yollar tashihinden ibarettir.

(2) Egger, aile hukuku (Tahir Çoğa tercümesi), s. 30.

§ — Nesebin tashihinden doğan teşrii selâhiyet ihtilâfları

Nesebin tashihinin tevliit edeceği teşrii selâhiyet ihtilâflarını inceleyen, ana baba ile çocuğun aynı ve ayrı tabiyette olmalarına göre mevzuu bir tefrika tabi tutmak zarureti vardır.

1 — Ana baba ve çocuk aynı tabiyettedirler.

Ana baba ve çocuk aynı tabiyette oldukları takdirde, nesebin tashihini idare etmek hususunda yetkili kanun müşterek millî kanunlardır. Bu kanun, nesebin tashihini kabul etmiyorsa, mahalli kanunun kabul etmiş olmasının ehemmiyeti yoktur. Bu kabil çocukların neseplerinin tashihi imkânsız olur.

II — Ana baba ve çocuk ayrı tabiyettedirler.

Ana baba ve çocuk ayrı tabiyette oldukları takdirde üç kanun arasında tereddüt edilmektedir. Babanın kanunu, çocuğun kanunu, her ikisinin kanunu.

Biz daha evvelce de istinat ettiğimiz mucip sebepler dolayısıyla çocuğun kanununun tatbikine mütemayiliz. Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu içtihatta bulunmuştur. (1)

Nesebin tashihine millî kanunun tatbik edileceği hakkındaki prensip mutlak değildir. Evvelce üzerinde durulan istisnalardan birinin mevcudiyeti takdirinde millî kanun tatbik edilmez.

Bu bahiste yalnız bu istisnalardan amme intizamı üzerinde durmak yerinde olur.

Önce şunu belirtmeliyiz ki, nesebin tashihi müessesesini amme intizamına taalluk eden bir müessese olarak kabul etmek, ve binnetice yabancıların tabi oldukları devlet kanunu bunu kabul etmese bile mahallî kanuna tevfikân bunların neseplerinin tashihi cihetine gitmek doğru değildir. Fransız Temyiz Mahkemesinin bu hususta verdiği bir karar doktrin tarafından hemen hemen ittifakla tenkit edilmiştir. (2)

Filhakika, nesebin tashihi müessesesinin ademi mevcudiyeti, intizamı ammenin müdahalesini mucip olacak içtimaî bir karşılığa sebep olmaz. (3)

Buna mukabil fücür mahsulü çocuklarla, zina mahsulü olan çocukların neseplerinin tashihini kabul etmeyen devletlerde böyle bir, memnuiyeti derpiş etmeyen devletler tabasının neseplerinin tashihi edilmesi mahallî intizamı ammeyi muhildir.

Nesebin tashihinin sebebiyet verebileceği umumî mahiyetteki kanun-

(1) 2. Hukuk Dairesinin bu kararı için Bk: Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, 1950, C. VII. sayı 3, 4 s. 638.

(2) Batiffol, a. g. e. s. 496.

(3) Batiffol, a. g. e. s. 496.

lar ihtilâfını bu suretle izah ettikten sonra, şimdi muhtelif tashih şekilleri üzerinde ayrı ayrı duralım.

#### I — Evlenme ile nesebin tashihi.

Evlenme ile nesebin tashihinde, evlenme akdinin in'ikadı zamanındaki selâhiyetli millî kanuna itibar olunur. Bu anda ekseriya karı, kocasının tabiyetini iktisab edeceğinden aynı tabiyette olurlar.

Evlenme ile nesebin tashihinin mümkün olabilmesi için, bu hususta selâhiyetli olan kanunlara uygun olarak evlenmenin vaki olması lâzımgelir. Binaenaleyh asli şartlardan ehliyetin mutlak olarak, evlenme mainerinin amme intizamını ihlâl etmemek kayıt ve şartıyla millî kanunla tayin ve tesbiti icabeder.

Şekil bakımından "Lex Locicelebrationis" e uygun olması zarureti vardır. Türkiyede evlenme ile nesebin tashihi mümkün olabilmek için, Medenî Kanunumuza göre medenî şekilde akdedilmiş bulunması şarttır. Aksi takdirde, gayri mevcut bir evlenme muvacehesinde bulunulacağından tashih bahis mevzuu olamaz.

#### II — Hakimın hükmiyle nesebin tashihi

Hakimin mükmiyle nesebin tashihinde de selâhiyetli olan kanun millî kanundur. Eğer selâhiyetli millî kanun böyle bir tashihi nesebi kabul etmiyorsa bu yolla tashih mümkün olamaz. Bu tashih şartlarının nelerden ibaret olduğu, bunun kimler tarafından talep edileceği, çocuğun reşit olması halinde rızasının alınıp alınmayacağı, çocuğun vefatından sonra müracaat hakkının mirascılara intikal edip etmeyeceği hususları selâhiyetli millî kanunla idare edilir.

#### III — Hükümdarın emirnamesiyle nesebin tashihi

Bu nevi tashihi nesepte ahkâmı şahsiyeye taalluk eden bir mesele olmak itibariyle şahsi kanuna. hukukumuzda, alâkadar şahsın millî kanununa tabidir. Şurasıda muhakkaktır ki, tabi buldukları devlet kanunları böyle bir tashihi kabul etmiş olsa bile Türkiye'de bu mümkün olmaz. Zira devlet reisinin selâhiyeti, münhasıran Türk kanunlarıyla tayin ve tesbit edilmiştir.

#### § 2 — Nesebin tashihinden doğan kazai selâhiyet ihtilâfları

Gerek hakimın hükmü ile nesebin tashihi ve gerek tashihe itirazı kazai selâhiyet ihtilâflarının doğumuna sebebiyet verecektir.

Bir Türk mahkemesinin, nesebin tashihine karar verebilmesi için 1330 tarihli kanunun 4 cü maddesindeki umumî selâhiyet hakkındaki

sartları aramağa mahal yoktur. Çünkü, tashih isteyen Türk mahkemesinin selâhiyetini kabul etmiş sayılır. Bunda hasım taraf yoktur ki onun da rızasının lahik olması lâzım gelsin.

Umumî selâhiyet noktasında vaziyet bu merkezde olmakla beraber hususî selâhiyet bakımından mesele incelenecek olursa görülürkü, selâhiyetli hakim davacının ikâmetgahı hakimidir. Eğer davacı yabancı bir devlet tabiiyetinde bulunuyor ve Türkiyede ikâmet etmiyorsa, davanın reddi icap eder. Davacı ecnebi olmayıp Türk tabiiyetinde ise ve Türkiyede ikâmetgahı yoksa hukuk usulü muhakemeleri kanununun 18 ci maddesini göz önünde bulundurmak icap eder.

Nesebin tashihine itiraz da ancak muvakkat kanunun hükümleri dairesinde Türk mahkemeleri umumî selâhiyeti haiz olacaktır. Hususî selâhiyeti haiz olan mahkeme tashih kararının verildiği veya ana ve babanın ikâmetgahı hakimidir. Burada da usulün zikri geçen madesi hükmünü nazarı itibara almak lâzım geldiğini söylemeye hacet yoktur.