

SALT BİYOLOJİK BABALIK VE YASAL MİRASÇILIK

Doç. Dr. Cengiz KOÇİSARLIOĞLU*

ANLATIM DÜZENİ: GİRİŞ : 1. Salt Biyolojik Bağın (Kan Bağının) Hukuksal Soybağı Oluşturması: İki Tür Bağın Eşdeğerliliği - 1.1 Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı - 1.2 Kararın Değerlendirilmesi- 1.2.1 Biçim Açısından: Anlatım, Kalkış Noktası ve Belirlemeler - 1.2.2 Öz Açısından: Biyolojik Bağın (Kan Bağının) Soybağına Dönüştürülmesi - 2. Salt Biyolojik Bağın (Kan Bağının) Hukuksal Soybağı Oluşturmaması: İki Tür Bağın Eşdeğersizliği - 2.1 İptal Kararının Eşdeğerliliği Sağlayamaması - 2.2 TMY Yeni 443 Düzenlemesinin de Bunu Sağlayamaması - S O N U Ç

GİRİŞ**

Türk Medeni Yasası'nun Miras Kitabı'nda yer alan eski 443. maddesi şu hükümleri içermekteydi: "Nesebi sahih olmayan hısımlar, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların, baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır. - Baba tarafından nesebi sahih olmayan bir çocuk yahut füruu, babasının nesebi sahih fürularıyla içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yarısını ahrlar."

Türk Medeni Yasası'nın bu eski maddesini karşılayan İsviçre Medeni Yasası'nın eski 461. maddesi, 25 Haziran 1976 tarihinde yapılan değişiklikle y ü r ü l ü k t e n kaldırılmış bulunmaktadır (1).

Anayasa Mahkemesi, 1987 yılında vermiş olduğu bir kararla (2), TMY'nın 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesiyle

(x) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(xx) Aksi belirtilmedikçe, virgülemek amacıyla farklı tarzda yazılan yerlerin altı tarafımızdan çizilmiştir.

(1) Bkz. LF da 25 juin 1976.

(2) Bkz. AM, 1987/1, 1987/18, 11.9.1987, RG 29.3.1988, s. 19769, sh. 5 vd.

ikinci fıkrasını Anayasa'nın 10, 35 ve 41. maddelerine aykırı gö-
rerek iptalleri yoluna gitmiştir. Karar, iptal edilen her iki hü-
küm için de beşe (5) karşı altı (6) oyla alınmıştır (3). Görüldüğü
üzere, Yüksek Mahkeme üyelerinin yarıya yakını - değişik nedenlerle
(4) - farklı görüş belirtmiştir. İptali kararlaştırılan bu hükümlerden
bizi burada ilgilendireni TMY 443/I, 2'de öngörölmüş olamdır. Çalı-
şmamızın konusu yalnız bu düzenleme, onun iptali ve sonuçlarına
özgüdür. Bu arada, TMY eski 443 düzenlemesinin yerini alan TMY
yeni 443 düzenlemesi de - ister istemez - konumuzun bir parçasını
oluşturmaktadır. Türk Medeni Yasası'nı değiştiren 3678 sayı ve
14.11.1990 tarihli Yasa yeni 443. maddeyi şöyle düzenlemektedir:
"Nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılı-
lık hakkını haizdir."

Bu koşullarda, acaba biyolojik babalarına (kan babalarına)
evlilik dışı *hukusal* soybağıyla bağlanmamış çocukların baba yönün-
den yasal mirasçı olabilmeleri olanağı var mıdır? İncelememizde bu
sorunun yanıtını araştıracağız.

1. SALT BİYOLOJİK BAĞIN (KAN BAĞININ) HUKUK- SAL SOYBAĞI OLUŞTURMASI: İKİ TÜR BAĞIN EŞDE- ĞERLİLİĞİ

1.1. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararı

Anayasa Mahkemesi'ne iptal başvurusuna yol açan olayda,
Nüfus'ta anne hanesinde baba ismi olarak (...) ismi yazılı olan dâ-
vâci, babası (...) 'nın mirasçısı olduğunu ileri sürerek hasımsız
mirasçılık belgesi verilmesi isteminde bulunmuştu (5). Dosyadaki
nüfus kayıt örnekleri, mirasbırakanın eşinden dört çocuğu ve birlikte
yaşadığı bir diğer kadından da yine dört çocuğunun olduğunu gös-
termekteydi. Mirasbırakanın, kendisinin babası olduğu, zira onun
birlikte yaşadığı kadından doğmuş olduğunu belirten dâvâci, yasal

- (3) Bir yazar, 1982 yılında "310/II. maddenin bile 7 ve karşı 8 oy çokluğuyla iptal edil-
diği anımsanursa, bugün için, 443. maddenin Anayasa'ya aykırılığı iddiasının ka-
bul edileceği şen derece kuşkuğu görünmektedir" diye yazmaktaydı. Bkz. **Burcuoğlu**
(I), sh. 333. Oysa Anayasa Mahkemesi yukarıdaki satırlardan beş yıl sonra ve bu
defa beşe karşı altı oyla TMY eski 443/I, 2 ile 443/II hükümlerini iptal etmiştir.
Bu varsayım ve bu sonuç bize düşündürücü gözükmektedir.
- (4) Bu nedenler için, bkz.: ak., **Onar/Turan/Metin/Savaş**, sh. 20-22; **Özden**, sh.
22-23.
- (5) Bkz. ak., sh. 5.

mirasçı niteliğinin kabulünün gerektiğini savunmuştur. Ona göre, TMY eski 443 düzenlemesi Anayasa'nın 10, 12, 35 ve 41.maddelerine aykırı düşmektedir, bu nedenle de iptali uygundur. Bu savı ciddi gören mahkeme de anılan hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştu. Yüksek Mahkeme de TMY eski 443/I, 2 ile 443/II düzenlemelerinin Anayasa'nın 10, 35 ve 41. maddelerine aykırılığına, dolayısıyla da iptallerine karar (6) vermiştir. Bizi burada ilgilendiren, TMY eski 443/I, 2 hükmünün iptali, bunun sonuçları ve TMY yeni 443 hükmünün durumu değiştirip değiştirmediği sorunlarıdır. Bu sorunları irdelerken, TMY eski 443/I, 2 düzenlemesinin Anayasa'ya gerçekten aykırı düşüp düşmediği tartışmasını bir yana bırakacağız. Çünkü, çalışmamızın konusu bu değildir. Araştırmamız, iptal kararı ve TMY yeni 443 düzenlemesinin yürürlüğe girmesi sonrasında, aralarında yalnız biyolojik bir bağ (kan bağı) bulunan 'evlilik dışı' çocukla baba arasında karşılıklı olarak yasal mirasçılığın kabul edilip edilemeyeceğine ilişkindir. Belirtilim ki, TMY eski 443/1, 2 hükmünün Anayasa'ya aykırılığı görüşü, Yüksek Mahkeme üyelerinin yarısına yakını tarafından benimsenmemiştir (7). Bu doğrultuda ileri sürülen gerekçeleri karşıoy yazılarından (8) öğrenebilmek olanaklıdır.

İptal kararı üzerine, dâvâciya yasal mirasçılık belgesi verilmiş midir verilmemiş midir, bunu bilmiyoruz. Eğer verilmişse, evlilik dışında, babaya karşı yasal mirasçı sıfatını taşıyabilmek için biyolojik bağın (kan bağının) varlığı yeterli görülmüş olmaktadır. Nitekim, konuya ilişkin olarak Basın'da çıkan bir haberde (9) şöyle denmektedir: "Anayasa Mahkemesi, evlilik dışı çocukların da, babalarının kabulü şartı aranmaksızın mirastan yararlanabilmelerini kararlaştırdı." Durum gerçekten de böyleyse, Türk Medenî Yasası'nın malî sonuçlu babalık dâvâsıyla (parasal, akçal, 'küçük dâvâ') kişisel sonuçlu babalık dâvâsı (kişisel durum sonuçlu, 'büyük dâvâ') için öngördüğü süre (10) koşuluna (11) bile uyulmaksızın (12), ne za-

(6) Bkz. ak., sh. 19-20.

(7) Bkz. ak., sh. 19 ve sh. 20.

(8) Bkz. **Onar/Turan/Metin/Savaş**, Karşıoy Yazısı, ak., sh. 20-22; **Şahin**, Karşıoy Yazısı, ak., sh. 23-24.

(9) Bkz. 12.9.1987 günlü Hürriyet Gazetesi, sh. 14.

(10) Anılan süre, mahiyeti itibarıyla, bir zamanlaşım süresi olarak değil, bir *hak düşümü* süresi olarak kabul edilmelidir. - Aynı yönde, kşz.: **Özcan B.**, sh. 348; **Zevkiler**, sh. 909; **Köprülü/Kaneti**, sh. 271; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, sh. 559; **Aluntürk**, sh. 335; **Tekinay (I)**, sh. 579; - YİBK, 5/8, 2.5.1960, RG 5.8.1960, s. 10570;

man (13) olursa olsun bir saptama (tespit) (14) dâvası açılabileceği düşüncesi eylemsel olarak (fiilen) benimsenmiş olmamakta mıdır? Ayrıca, kişisel sonuçlu babalık dâvasının süre dışındaki koşulları (15) oluşmadan da, böyle bir dâvada verilebilecek babalık kararının kişisel sonuçlarından sayılması gereken yasal mirasçı niteliğinin, mali mahiyetteki babalık kararı ve hattâ salt biyolojik babalık (kan babalığı) olgusunun şu ya da bu yoldan, şu ya da bu biçimde belirlenmesiyle sağlanabileceği (16) görüşü kabul edilmiş olmamakta mıdır?

Konuya ilişkin olarak, *Köprülü/Kaneti* (17) sorunsal (problematik) bir durumun varlığını dile getiren açıklamalar yapmaktadırlar. Çünkü, Anayasa Mahkemesi'nin anılan "kararına göre, mali sonuçlarıyla babalığa hüküm ile ortaya çıkan doğal nesep bağının

Y2HD, 8745/793, 5.2. 1979, İBD 1980, sh. 260; Y2HD, 2112/3465, 20. 4. 1976, YKD 1978, s. 11, sh. 1796; Y2HD, 6645/7035, YKD 1978, s. 7, sh. 1101; - **Silber-nagel**, Art. 308, N 7; **Aubert**, sh. 95, sh. 120 vd.; **Lalive**, sh. 737; - BGE (ATF) 41 II 423; BGE 45 II 235; BGE 69 II 347; BGE 74 II 180; BGE 80 II 288; BGE 83 II 93; - RSJ 1925/6, sh. 48.

- (11) Bkz.: TMY 296; İMY eski 308.
- (12) Önemle belirtelim ki, süre koşuluna uyulsa dahi, babalık dâvalarının konusu babalığın saptanması olamaz. Bu yönde, kşz.: **Sungurbey**, sh. 27 vd. (geniş açıklamalar); - **Aubert**, diğer yerler arasında, sh. 94 vd. Süre koşuluna uyulmazsa, o zaman da, basit bir saptama dâvasının açılabilmesi düşüncesi benimsense de, ne mali mahiyetteki babalık dâvasının konusunu oluşturan mali edimler, ne de kişisel mahiyetteki babalık dâvasının konusunu oluşturan kişisel durum istemleri ileri sürülebilir kanısında yız. Mali babalık dâvası yönünden, aynı doğrultuda, kşz. **Aubert**, sh. 122.
- (13) Örneğin ve özellikle - kararda da söz konusu olduğu gibi - babalığı ileri sürülen erkeğin ölümünden sonra bile.
- (14) Oysa, Türk ve İsviçre Hukukları'nda, konusu sadece biyolojik babalığın (kan babalığının) saptanması olan, mali sonuçlu babalık dâvasıyla kişisel sonuçlu babalık dâvasından tamamen bağımsız bir saptama (tespit) dâvasının bulunup bulunmadığı sorunu çok tartışılmalı bir sorun olup, henüz kesin çözüme kavuşturulabilmiş de değildir. Bu hususta, bkz.: **Egger**, Art. 307, N 4; **Aubert**, sh. 197 vd.; - BGE (ATF) 39 II 495 (özel. 505); BGE 79 II 257; - RSJ 1925/6, sh. 48; BIZR 1941, sh. 134, s. 57; - **Tekinay** (I), özel. sh. 540 vd.
- (15) Bu koşullar için, bkz. TMY 310 (İMY eski 323).
- (16) *Bizce*, aslında, 'evlilik dışı' çocukların baba yönünden yasal mirasçılığını önleyen hüküm TMY eski 443/I, 2 hükmü değildi. Buna engel olan, TMY eski 443/I, 2 düzenlemesinin kendisinin de dayalı olduğu ve şimdi de yürürlükte bulunan TMY 310 düzenlemesidir. Aynı doğrultuda, kşz. **Şahin**, sh. 24. Dolayısıyla, TMY eski 443/I, 2'nin iptaliyle TMY yeni 443'ün - içeriği nasıl yorumlanırsa yorumlanırsa yürürlüğe girmesi sonucu değiştiremezdi ve değiştirmemiştir de. Biz bu kanıdayız.
- (17) Bkz. *Köprülü/Kaneti*, sh. 287 dpn. 7.

mirasçılık için yeterli olduğu ileri sürülebilir" diye yazmaktadırlar (18). Ama, bu satırların hemen arkasından şunları eklemektedirler: "Ancak bizce, MK.'nun hukuksal nesep bağının nasıl kurulacağını belirleyen düzenlemeleri yürürlükte olduğu sürece, mali sonuçlarıyla babalığa hükmün mirasçılık için yeterli olmaması gerekir (19)." Yazarların bakış açısından, bu koşullarda, olsa olsa, "Anayasa Mahkemesi kararında yer alan gerekçelerin, babalık dâvasının iki türünü değişik hükümlere bağlayan yasal düzenlemenin de iptalini gerektirecek nitelikte oldukları düşünülebilir" (20). Görüldüğü üzere, böylece, kişisel sonuçlarıyla babalığa karar verilmesi olasılığı dışında, çocuğun baba yönünden yasal mirasçılığı olanağı kabul edilmemektedir. Nedeniyse, aksi çözümün Medenî Yasa'nın konuya ilişkin düzenlemeleriyle bağdaşmamasıdır. Bu hususta, *Zevkiler* de şu belirlemeleri yapmaktadır. "(...) Anayasa Mahkemesi (...) baba ile evlilik dışı çocuk arasında bir gayrisahih nesep ilişkisi kurulmamış olsa bile, bunların baba yönünden mirasçı olmaları gerektiğini karar gerekçesinde açıkladı. - Fakat miras hakkı, Anayasa Mahkemesinin bu kararı sonucunda bu gibi çocuklar yönünden de tanınmış olsa bile, yine bu çocuklarla babaları arasında bir nesep dolayısıyla bir hısımlık ilişkisi yoktur; velayet ilişkisi de söz konusu olmadığından bunların babalarından nafaka istemeleri (MK. 152/II; 315); doğal babanın da bunların mallarından yararlanması söz konusu değildir (21)." "Anayasa Mahkemesi, 1987 yılında, Medenî Kanununun 443 üncü maddesinde yer alan ve evlilik dışı çocukların baba yönünden mirasçı olmalarını *engellenen* hükmü (22) (...) iptal edince, artık evlilik dışı çocuklar da baba yönünden (üstelik evlilik içi çocuklarla eşit haklara sahip olarak) miras haklarına kavuştular (23)." Gözlemlendiği gibi, bu yazar, irdelemekte olduğumuz soruya olumlu yanıt verir gözükmektedir. Biz, söz konusu sorunu ayrıntılı tarzda ele almadan önce, burada hemen bazı hususları belirtmek isteriz. Anayasa Mahkemesi Yasa koyucu

(18) Bkz. agy., ay.

(19) Bkz. agy., ay.

(20) Bkz. agy., ay. ve sh. 269-270.

(21) *Zevkiler*, sh. 874-875.

(22) Daha önce de ileri sürdüğümüz üzere (bkz. yuk. dñn. 16), bize göre tüm 'evlilik dışı' çocukların baba yönünden yasal mirasçı olabilmelerini önleyen hüküm aslında TMY 310 ile ona bağlı olarak 297/I, 312 ve 296 hükümleridir. TMY eski 443/I, 2, andığımız düzenlemelerin doğal bir sonucunu Miras Hukuku alanında yinelenmekten başka bir şey yapmamaktaydı.

(23) Bkz. *Zevkiler*, sh. 876; - kşz. *Tiryakioğlu* (II), sh. 38.

değildir. Dolayısıyla, anılan iptal kararındaki gerekçeler ne olursa olsun, bu kararın tek bir sonucu vardır. O da, iptalleri yoluna gidilen TMY eski 443/I, 2 ve 443/II düzenlemelerinin artık Yasa'da yer almamalarıdır.. Zaten, TMY eski 443 daha sonra tamamen yenilenmiş de bulunmaktadır (24). Bu yeni içeriğiyle, TMY 443 düzgün olmayan soybağlıların da düzgün soybağlılar gibi mirasçılık hakkına sahip olduklarını öngörmekle yetinmekte, bundan fazlasını söylememektedir. Bu hükmün yorumuyla sonuçları sorunlarını ileride inceleyeceğiz. Yine de - şimdiden -, bu yeni hükmün de Yasa'nın evlilik dışı soybağına ilişkin sistemini (mantıksal dizgesini) değiştirmedeğini, zira değiştiremeyeceğini vurgulayarak dile getirmeyi uygun görmekteyiz. Nedenine gelince, çok basit olarak bunu şöyle açıklayabiliriz: evlilik dışı soybağı TMY'nin 443. maddesinde düzenlenmemiş olup (25), 290. vd. maddelerinde düzenlenmiştir.. Bizce, TMY 443 - eski durumuyla da yeni durumuyla da - evlilik dışı hısımların yasal mirasçılığını TMY 290 vd. hükümleri uyarınca ve tamamen onlara koşut olarak belirleyen bir *Miras Hukuku* kuralı mahiyetinde görülmelidir. Yoksa, evlilik dışı soybağını belirleyen bir *Aile Hukuku* kuralı mahiyetinde değil!. Ve yasal mirasçı niteliği (*Miras Hukuku* kavramı) hısımlık kavramı (*Kişiler Hukuku* kavramı), hısımlık da soybağı kavramına (*Aile Hukuku* kavramı) bağlı sayılmak gerekir kanısındayız. Bunun içindir ki, bir *Miras Hukuku* düzenlemesi, kendi başına, *Kişiler Hukuku*'yla *Aile Hukuku* düzenlemelerinden bağımsız biçimde soybağının neden ve hısımların da kimlerden ibaret olduğunu belirlemek suretiyle yasal mirasçı niteliğini saptayamamalıdır.

1.2. Kararın Değerlendirilmesi

1.2.1. *Biçim Açısından: Anlatım, Kalkış Noktası ve Belirlemeler*

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda andığımız kararı, aslında biyolojik (kan) soybağı kabul edilmesi gereken soybağını da hukuksal soybağına dönüştürür, en azından bunu amaçlar gözükmektedir.. Fakat, böyle bir konum - ne denli istenirse istensin! - Medeni Yasa'nın evlilik dışı soybağına ilişkin sistemiyle (mantıksal dizgesiyle) bağdaşmamaktadır kanısını taşımaktayız. Bu doğrultuda görüş

(24) Bkz. 3678 sayı ve 14.11.1990 tarihli Yasa ile Medeni Yasa'da yapılan değişiklik sonucu getirilen TMY yeni 443.

(25) Bkz. TMY eski 443 ile yeni 443 (kenar başlığı ve içerik).

açıkladıklarını düşündüğümüz *Köprülü/Kaneti* (26), Medeni Yasa'nın "hukuksal nesep bağının nasıl kurulacağını belirleyen düzenlemeleri yürürlükte olduğu sürece, *mali* sonuçlarıyla babalığa, hükmün mirasçılık için yeterli olmaması gerekir" demektedirler. Burada özellikle belirtmekte yarar görmekteyiz ki, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına yol açan olayda - karardan anlaşıldığı kadarıyla ve eğer yanlış da anlamadıysak - malî sonuçlu babalık istemi dahi söz konusu değildir. Sadece ve sadece, Yasa'nın her iki tür (malî sonuçlusuyla kişisel sonuçlu) babalık dâvası için öngörmekte olduğu *süre* koşuluna bile uyulmaksızın, biyolojik (kan) babalığı öne sürülen erkeğin ölümünden sonra, onun yasal mirasçısı bulunduğu savında bulunularak mirasçılık belgesi istemi söz konusuydü (27). Bu durumda, irdelemekte olduğumuz Anayasa Mahkemesi kararı uyarınca, yalnız malî sonuçlu babalık dâvasında verilen kararlar beliren biyolojik babalık (kan babalığı) olgusu değil ve fakat aynı zamanda - özellikle - herhangi bir zaman açılabilen basit bir s a p t a m a (tespit) dâvasında verilen kararlar ortaya çıkan biyolojik babalık olgusu da, yasal mirasçı niteliğinin tanınması için yeterli görülebilecektir. Diğer yandan, karara yol açan olayda malî mahiyetteki babalık dâvası açılmamış olmakla birlikte, mademki diyoruz, ne zaman olursa olsun açılabilceği kabul edilir gözükürken saptama dâvasındaki kararın yasal mirasçılık hakkı doğurabilmesi olanaklı sayılabilmektedir, öyleyse s ü r e y e bağlı (28) malî mahiyetteki babalık dâvasındaki kararın yasal mirasçılık hakkı verebilmesi haydi haydi (yeğlikle, evleviyetle, *a fortiori*) olanaklı sayılabilmelidir. - Oysa, daha ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, bu o l a n a k s ı z (29) olmalıdır. - Her ne olursa olsun, Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı bağlamında, saptama kararının da malî sonuçlu babalık kararının da - *tipki* kişisel sonuçlu babalık kararı gibi - yasal mirasçı niteliğini v e r e b i l e c e ğ i konumu benimsenmiş gözükmektedir.

Kişisel durum sonuçlu babalık kararından başka, salt biyolojik babalığı (kan babalığını) saptamayı ya da buna ek olarak bazı malî edimlerde de bulunulmasını amaçlayan kararların (saptama kararıyla malî babalık kararı) da çocuğa yasal mirasçılık hakkını verebilip

(26) Bkz. *Köprülü/Kaneti*, sh. 287 dnp. 7.

(27) Bkz. AM, ak., sh. 5.

(28) Bkz. TMY 296 hükmü.

(29) Kşz. özel.: *Exposé des motifs (Huber E.)*, t. I, sh. 206; - *Message* (1974), 223.522, sh. 15-16; - BGE (ATF) 40 II 302.

veremeyeceği sorununu incelemeyen önce, söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında rastladığımız - bize göre - bazı 'yanlış' anlam, kalkış noktası ve belirlemeleri belirtmek istiyoruz.

Şöyle ki, örneğin, "aralarında kanunun tanıdığı bir evlilik bağı kurulmayan kadınla erkeğin ilişkilerinden dünyaya gelen çocuk, evlilik dışı, diğer bir deyimle *sahih olmayan* nesepli çocuktur" (30) denmektedir. Ama, gerçekte, Medeni Yasa'nın sistemi (mantıksal dizgesi) çizgisinde, evlilik dışı çocukla düzgün olmayan (sahih olmayan) soybağlı (nesepli) çocuk terimleri birbiriyle *eşanlamlı* değildirler! Evlilik dışı çocuk, anayla ananın hısımları yönünden aynı zamanda düzgün olmayan soybağlı çocuk demekse (31) de, babayla babanın hısımları yönünden düzgün olmayan soybağlı çocuk sayılmamaktadır (32). - Zaten, karara yol açan olayda da, evlilik dışı çocuğun anayla onun hısımlarına karşı konumu söz konusu olmayıp, babayla onun hısımlarına karşı konumu söz konusudur..

Yine, kararda yer alan "sahih olmayan nesepli çocuklar, evlilik dışı birleşmelerden doğup, nesebi *düzeltilmemiş* veya evlilik içinde doğmasına karşın baba yönünden nesebi *red* edilmiş çocuklardır" (33) saptaması da bize doğru olamaz! Çünkü, anayla onun hısımları bakımından, düzgün olmayan soybağlı çocuklar tüm evlilik dışı çocuklardır. Oysa, babayla onun hısımları bakımından, düzgün olmayan soybağlı çocuklar, yalnız bir *tanıma* işlemi ya da *kişisel* sonuçlu babalık kararı üzerine babaya *hukuken* bağlanan çocuklardır (34). Ayrıca, Medeni Yasa'nın düzenlemeleri açısından, soybağı *düzeltilmemiş* veya *düzeltilmemiş* evlilik dışı *her* çocuk düzgün olmayan soybağlı çocuk sayılamayacağı gibi, doğuran kadının kocası tarafından soybağı reddedilmiş evlilik dışı *her* çocuk da düzgün olmayan soybağlı çocuk sayılamaz! Bu tür çocuklar, durumlarında sonradan herhangi bir değişiklik olmadıkça, sadece evlilik *dışı* çocuklardır..

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararı okunduğunda, bu konudaki yasal düzenlemelerin *kalkış noktasını* evlilik *içi* çocuk -evlilik *dışı* çocuk ayrımının oluşturduğu (35) izlenimi edinilmektedir.. Oysa böyle bir ayırmadan yola çıkılarak Medeni Yasa'nın sistemi-

(30) Bkz. AM, ak., sh. 9, A.

(31) Bkz. TMY 290/1 düzenlemesi.

(32) Bkz. TMY 290/2 düzenlemesi.

(33) Bkz. AM, ak., sh. 11.

(34) Bkz. TMY özel. 290, 297/1, 311 ve 312.

(35) Bkz. AM, ak., örn. ve özel. sh. 9 vd.

ne (mantıksal dizgesine) uygun hukuksal değerlendirmeler yapılamaz kanısında yız. Zira, Yasa evlilik içi çocuk-evlilik dışı çocuk ayrımını esas almamakta, *soybağı* ayrımını esas almaktadır diye düşünüyoruz. Bu açıdan, çocuklar şu sınıflandırmalara bağlı kılınabilir: düzgün soybağlılar (soybağları baştan beri düzgün olanlar (36), soybağları sonradan kendiliğinden düzelmiş olanlar (37) ve soybağları sonradan düzeltilmiş olanlar (38)), düzgün olmayan soybağlılar (39), doğal soybağlılar (40) ve doğal soybağsızlar (41). Bu bağlamda, soybağından daha farklı bir olguyu dile getiren evlilik içi çocuk-evlilik dışı çocuk ayrımı, yukarıdaki ayrımımızdan daha *genel* kapsamlıdır. Ve bu niteliğiyle *işlevsel* değildir. Ayrıca, *belirleyici* olmaktan uzaktır, çünkü soybağını ilgilendiren yasal düzenlemelerin ne temelinde yer almakta ne de şaşmaz bir ölçüt oluşturmaktadır.

Örneğin, malî sonuçlu veya kişisel sonuçlu babalık dâvâlarının açılmaması ya da başarıya ulaşmaması yahut da tanınmanın yokluğu nedeniyle, hukuken düzgün olmayan soybağlı sayılamayacağı gibi doğal soybağlı da sayılamayan çocuk da baba yönünden kuşkusuz ev-

- (36) Evlilik içinde doğan ve soybağı da reddedilmeyen çocuklar. Bkz. TMY 241 vd.
- (37) Evlilik dışında doğan, ama daha sonra anasıyla babasının evlenmesi sonucu soybağı hiçbir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden düzelen çocuklar. Bkz. TMY 247.
- (38) Evlilik dışında doğan, fakat öngörülen koşulların gerçekleşmesiyle yargıç kararı ya da Özel Af Yasaları'na bağlı olarak soybağı sonradan düzeltilen çocuklar. Bkz. TMY 249 ve değişik tarihlerde süreli olarak çıkarılan Özel Af Yasaları. -Bunlardan sonuncusu, 3716 sayılı ve 8.5.1991 tarihli olup, "Bir Evlenme Akdine Dayanmayan Birleşmelerin Evlilik ve Evlilik Dışında Doğan Çocukların Düzgün Nesepli Olarak Tesciline İlişkin Kanun" başlığını taşımaktadır. Bkz. RG, 16.5.1991, s. 20873. Gen. olarak, bkz. *İnan* (II).
- (39) Doğum olayıyla anaları, tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla biyolojik babalarına hukuken bağlanan evlilik dışında doğan çocuklar. Bkz. TMY 290, 297/I, 310, 296.
- (40) Malî sonuçlu babalık kararı dolayısıyla, baba yönünden biyolojik soybağı hukuken bilinen evlilik dışında doğan çocuklar. Bkz. TMY 297/I, 296.
Terimce (terminoloji) konusunda, bkz. ve kısz.: AM, ak., sh. 12; - *İnan* (I), sh. 107; *Özcan B.*, sh. 440; *Köprülü/Kaneti*, sh. 287; *Zevkiler*, sh. 360; *Akustürk*, sh. 320; *Feyzioğlu/Özakman/Sarıal*, sh. 544; *Tekinay* (I), sh. 517 (*eleştirel* yaklaşım da; yazara göre, ana yönünden, doğumla gerçekleşen hukuksal bir soybağı ortada dururken, *genel* bir doğal soybağı kavramına başvurmak doğru olmaz; ne var ki çocuğunu tanımayan veya kişisel durum sonuçlu bir hükümlerle çocuğu kendisine bağlanmayan bir baba ile, sözü edilen çocuk arasındaki ilgiyi ifade etmek için 'doğal babalık' deyimini kullanılabilir).
- (41) Baba yönünden, biyolojik soybağı bile hukuken bilinmeyen evlilik dışında doğan çocuklar. Bkz. TMY 290 vd. (karşıt kavramından anlamı çıkararak, *a contrario*).

lililik dışı çocuktur. Ama Medenî Yasa hükümleri bu tür çocukları baba ve onun hısımları söz konusuysa hiç mi hiç hesaba katmamaktadırlar. Yine örneğin, başlangıçta evlilik dışı ve doğal soybağsız kabul edilen bir çocuk, sonradan mali mahiyetteki babalık kararıyla doğal soybağlı çocuk durumuna gelebilmektedir. Önce evlilik dışı ve doğal soybağsız görülen bir çocuk, sonradan kişisel mahiyetteki babalık kararıyla düzgün olmayan soybağlı çocuk durumunu kazanabilmektedir. Baştan yalnız evlilik dışı olan ve doğal soybağsız konumda bulunan bir çocuğun, sonradan biyolojik babasının (kan babasının) ya da - bazı koşullar altında - biyolojik babasının babasının onu tanımasıyla (42) da düzgün olmayan soybağlı çocuk olabilmesi olanaklıdır. Evlilik dışı çocuğun, anasıyla babasının evlenmesi, birbirine evlenmeyi söz vermiş olmalarına karşın evlenebilmelerinin olanaksızlaşması olasılığında (43) yargıç kararı (44) yolu (45) ve Özel Af Yasaları (46) aracılığıyla soybağının kendiliğinden düzelebilmesi veya düzeltilebilmesi söz konusu olabilmektedir. - Tersine, önce evlilik içi kabul edilen bir çocuk, soybağının reddi nedeniyle evlilik dışı bir çocuk durumuna düşebilir. Ve o zaman, böyle bir çocuk hukuken tamamen soybağsız (doğal soybağsız) olabileceği gibi, mali sonuçlu ya da kişisel sonuçlu babalık dâvâlarının açılarak başarıya ulaşmasıyla doğal soybağlı ya da düzgün olmayan soybağlı da olabilir. Hattâ, çocuğun anasının kocasından boşanması ve çocuğun babasıyla evlenmesi üzerine düzgün soybağlı duruma da gelebilir. Bütün bunlar göstermektedir ki, evlilik içi çocuk-evlilik dışı çocuk ayrımı, Medenî Yasa'nın bu hususa ilişkin düzenlemelerine tamamen ve her zaman koşut değildir. Değişik anlarda değişik soybağlı olasılıkları ortaya çıkabilmektedir. Onun için, böyle bir ayırmadan kalkılarak soybağlı sorunlarının ele alınması bize pek uygun gözükmemektedir. Onun yerine, soybağlı ayırmaları kalkış noktalarını oluşturmalıdır kanısında yız. O takdirde, yerine göre ve belirli bağlamda, pekâlâ - evlilik içi çocuk-evlilik dışı çocuktan değil de - evlilik içi soybağlı-evlilik dışı soybağlından söz edilebilir

(42) Bkz. TMY 291 vd.

(43) Çocuk ergin (reşit) ise, onun da rızası alınarak. Bkz. TMY 249/2.

(44) Bkz. TMY 249.

(45) Bkz. TMY 247 ile TMY 249.

(46) Bu hususta, bkz. yuk. dpn. 38. - Konu hk., bkz. özel. İnan (II). - Söz konusu alandaki en son tarihli Yasa olan, 8. 5. 1991 t. ve 3716 s. Yasa'nın (RG 16. 5. 1991. s. 20873) getirdiği düzenlemelere ilişkin geniş açıklamalar için, bkz. *Zevkiler*, sh. 874 vd.

diye düşünmekteyiz. Ve bu tür genel mahiyetteki soybağının alt ayrımları da yapılmak suretiyle, herhangi bir karışıklığa yol açmadan gereken açıklamalarda bulunulabilir sanıyoruz. Örneğin, evlilik içi baştan düzgün soybağı, evlilik içi sonradan düzelen - ya da düzeltilen - soybağı, evlilik dışı doğal soybağısızlık, evlilik dışı doğal soybağı, evlilik dışı düzgün olmayan soybağı denilerek bu konuda yanlış anlatımlar, yanlış anlamalar, duraksamalar, vb.'nin önüne geçilebilir. Vurgulayarak belirtmek isteriz ki, Medeni Yasa evlilik dışı çocukların tümü hakkında tek düze (tekörnek, yeknesak) düzenlemeler öngörmemekte ve fakat bunların soybağına göre değişik türlerine *değişik* sonuçlar bağlamaktadır. Bu nedenle, böyle çocuklar toplu olarak ele alınarak yasal düzenlemeler toplu biçimde değerlendirilememelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararında şu satırlar da yer almaktadır: "(...) öğretide evlilik içi ve evlilik dışı çocuk ayrımının ortadan kaldırılması, farklılıkların giderilmesi yolunda, Medeni Kanunumuzda gerekli değişikliklerin yapılması gerektiği görüşü genelde paylaşılmaktadır (47)." Bizce, bu yanıltıcı bir belirleme niteliğine bürünebilir. Şöyle ki, sözü geçen ayrımın tam anlamıyla yok edilebilmesi olanaksızdır. Olsa olsa, belirtilen iki çocuk sınıfı arasında var olan ve haklı gösterilemeyen eşitsizliklere son verilebilir. Ancak böyle bir bağlamda ve aralarında temel mahiyette bir zıtlığın kabul edilemeyeceği (48) anlamında, haklarında farklı tutumlar benimsemekten vazgeçmenin daha uygun olacağı düşüncesi dile getirilebilir. Çünkü, ne denli istenirse istensin, evlilik içi soybağıyla evlilik dışı soybağı tek ve aynı bir kavram olarak görülemez. Görülemeyeceği için de tekbiçim yasal düzenlemelere kavuşturulamazlar. Bir kere, biyolojik babalığın belirlenmesi çerçevesinde, evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocukların mutlak surette eşit sayılarak eşit işleme bağlı kılınabilmeleri tasarlanamaz (49). Çocuğu doğuran kadının evli olmaması durumunda, baba yönünden soybağının belirlenmesi hususunda yasal karineler (belirgeler) rol oynamayacağı (50) gibi, kanıt güçlükleri (51)de göz ardı edilemez. Dolayısıyla, evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocukların eşitliği ilkesi yürürlüğe konsa

(47) Bkz. AM, ak., sh. 15.

(48) Aynı doğrultuda, kız. Message (1974), 223.54.

(49) Bu yönde, kız. Meulders-Klein, sh. 698.

(50) Bu konuda, bkz. TMY 241 düzenlemesi. - Kız. Message (1974), 223.54.

(51) Bu yönde, kız. Meulders-Klein, sh. 698.

bile, evlilik içi *doğumla* evlilik dışı *doğum* arasında farklılık güdülmemesinden - istense de - kaçınılmaz (52). Öyleyse, baba yönünden soybabının kendisinin belirlenmesi söz konusuysa, anayla babanın evli olup olmamaları önemli sayılmalı ve çocuğun evlilik içi çocuk ya da evlilik dışı çocuk olmasına göre, bu iki farklı doğum türü farklı (53) hükümlere bağlı kılınabilmelidir düşüncesindeyiz. Aynı biçimde, çocuğun bakım ve eğitimi söz konusu olduğunda (54) da, anayla babanın evli olup olmamalarıyla aile birliğinin varlığı ya da yokluğu önemli kabul edilerek, bu iki farklı durumda farklı çözümlere gidilebilir. Fakat, hukusal anlamda hısımlığın tanınmasıyla bu hısımlığın doğal sonuçları söz konusuysa (55), anayla babanın evli olup olmamaları önemsiz görülüp, her iki takım (kategori) çocuk hakkında tekdüze (tekörnek, yeknesak) çözümler getirme yoluna gidilebilir de, gidilmeyebilir de; zira, bizce bu bir Yasama Siyaseti ve de yeğleme (tercih) sorunudur. Günümüzdeki akım, en son anılan hususta tekdüze çözümden yana gözükmektedir (56). Fakat, kesinlikle denemez ki, bu tutum ille de doğrusu ve iyisidir (57). Aslında, bir yeğleme yapılmaktadır ve her yeğleme de tartışılabilir bir ön-gerçek önerir. Her ne olursa olsun, sonuç olarak, evlilik içi çocuk-evlilik dışı çocuk ayrımının mutlaka korunması zorunlu görünmektedir. Zaten, unutmamak gerekir ki, evlilik içi çocuk olma veya evlilik dışı çocuk olma birer *olgudurlar*. Olgularsa, ne yok edilebilirler ne de görmemezlikten gelinebilirler. O nedenle, olsa olsa, anılan olguların *farklı* hükümlere bağlanması belirli ölçüde önlenebilir kanısındayız.

Anayasa Mahkemesi kararında, ayrıca şöyle de denmektedir. "Bu hükümlerin iptal edilmeleriyle de ortaya çıkan duruma göre; Medeni Kanununun 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahih olmayan hısımların, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçı olmaları durumu devam edecek, bunlar da baba yönünden Medeni Kanununun 290. maddesine göre tahakkuk eden babalarına mirasçı olabileceklerdir (58)." Bu satırlar düşündürücüdür. Şu ne-

(52) Bu yönde, ksz. Message (1974), 223.54, sh. 21.

(53) Ksz. Message (1974), ay.

(54) Bkz. ve ksz. Message (1974), ay.

(55) Ksz. Message (1974), ay.

(56) Bkz. örn. Message (1974), ay.

(57) Bu konuda, tekdüze çözümün yerinde olmadığı yönünde, bkz. özel. **de Page**, t. I, nos 113 vdy.

(58) Bkz. AM, ak., sh. 19.

denle ki, TMY 290 düzenlemesinde sözü edilen "hüküm" (59) terimi, kişisel sonuçlarıyla babalığa karar verilmesini (60) amaçlamaktadır. Anılan maddede, bundan hemen önce kullanılan "tanıma" terimi (61) de bunu göstermektedir. Zira, tanıma işlemiyle eşdeğer kabul edilen babalık kararı kişisel sonuçlu babalık dâvâsında verilen olumlu karar olup, hiçbir biçimde malî mahiyetteki babalık dâvâsında da verilen olumlu karar olamaz! En azından, yürürlükteki Medenî Yasa'nın sistemi (mantıksal dizgesi) uyarınca (62) bu böyledir. Zaten, TMY 290 düzenlemesinin kenar başlığı da, aslını oluşturan İMY eski 302 düzenlemesinin kenar başlığına uygun olarak, 'düzgün olmayan soybağının kurulması' biçiminde (63) anlaşılmalıdır. Bu tür soybağını baba yönünden kuran olguysa kişisel sonuçlu babalık kararı olup, ne malî sonuçlu babalık kararı ve ne de biyolojik babalığın saptanmasına olanak verebileceği düşünülen - tartışmalı mahiyetteki - basit bir saptama dâvâsı olabilir. Onun içindir ki, Anayasa Mahkemesi kararında, TMY eski 443/I, 2 düzenlemesinin iptaliyle, bundan böyle, düzgün olmayan soybağlı çocukların "baba yönünden" TMY 290 hükmüne göre "tahakkuk eden babalarına mirasçı olabileceklerinin" söylenmesinin bir anlamı yoktur! Eğer bundan amaç, malî babalık kararı veya basit saptama kararıysa, Medenî Yasa'nın sistemi (mantıksal dizgesi) buna elvermediği gibi, yukarıda açıkladığımız üzere, 290. maddede kullanılan "hüküm" terimi kişisel babalık kararını hedef aldığından, bu maddenin gerek malî babalık kararı gerekse basit saptama kararıyla bir ilgisi de bulunmamaktadır. Yok eğer 290. maddeye göre "tahakkuk eden babalık"tan amaç kişisel babalık kararıyla ortaya çıkan babalıkta, o zaman da bunun yeni ve değişiklik getiren bir yanı olamaz; zira bu tür karar, TMY 443'ün iptal edilen hükümleri iptal edilmeden önce de zaten yasal mirasçılık hakkını yaratmaktaydı. Dolayısıyla, iptal kararından sonra meydana gelen bir durummuş gibi değerlendirilmesi anlaşılabilir şey değildir! İptale bağlı olarak, artık "nesebi sahih olmayan hısımların" "baba yönünden" "babalarına mirasçı olabileceklerinin" (64) vurgulanarak belirtilmesi de bir diğer talihsiz belirleme oluşturmuştur. Düzgün olmayan soybağlı hısımların baba-

(59) Bkz. TMY 290/2.

(60) Bkz. TMY 310.

(61) Bkz. TMY 290/2.

(62) Bağlantılı olarak, bkz. TMY 290/2, 297/I, 310 ve 312.

(63) Bkz. İMY eski 302 (Almanca metin).

(64) Bkz. AM, ak, sh. 19.

larına yasal mirasçı olabilmeleri ö n c e de olanaklıydı; yeter ki kişisel durum yaratan bir babalık kararı verilmiş olsun!

1.2.2. *Öz Açısından: Biyolojik Bağın (Kan Bağının) Soybağına Dönüştürülmesi*

Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı, bizce, Medeni Yasa hükümlerine göre doğal soybağıyla doğal soybağısızlığı (hukuken soybağısızlığı) da hukuksal soybağı sayılan düzgün olmayan soybağına dönüştürür, en azından dönüştürmeyi amaçlar mahiyet ve kapsamda gözükmektedir. Ama, böyle bir konum - ne denli istenirse istensin - şimdiki yasal düzenlemelerle bağdaşamaz. Bunun niçin böyle olduğunu açıklamaya girişmeden önce, anılan kararın aksi yönde görünen çabası üzerinde durmak istiyoruz. Bu çabanın varlığı kuşku götürmez(65). Bu, evlilik dışı çocukların baba yönünden yasal mirasçı niteliğinin, TMY eski 443 / I,2 hükmünün iptaliyle, artık tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararına bağlı kılınmaması çabasıdır. Bu ise, malî sonuçlu babalık kararı ve hattâ Hukukumuz'da kabulü düşünilemeyen, her zaman da tartışılabilir mahiyetteki, yalnızca biyolojik babalık olgusunu saptamaya yönelik basit bir saptama (tespit) kararının da bu hususta yeterli olmasının tasarlanması anlamına gelmektedir..

Karar metninde yer alan şu satırlar da, yukarıdaki belirlememizin doğruluğunu göstermektedir. "Davacı vekili (...) dilekçe ile davacının, babası olduğu iddia edilen mirasbırakanın ilk gayri resmi karısından (66) doğduğunu ileri sürerek, murisin verasetinin kabulü ile mirasçılık belgesi verilmesini istemiştir. İtiraz konusu kuralların ortadan kalkması halinde, babalık bağı konusunda iddianın *kanıtlanması* işlemlerinin ele alınması mümkün olabileceği gibi, evlilik dışı çocukla babası arasında sahil olmayan nesep bağı, tanıma veya babalığa hüküm verilmesiyle kurulacağından, iptali istenilen hükümler davada u y g u l a n a c a k niteliktedir (67)." Kararda, yine, "evlilik dışında doğmuş çocuklardan, babalığına hükmedilmiş olanlarla, yalnızca *tabii* babalık bağı mahkemelerce tespit edilmiş bulunan çocuklar arasında ikinci gruptakiler aleyhine bir *sınırlama* getirilmesinde kamu yararı amacı güdüldüğünü söylemek mümkün olmayıp,

(65) Bkz. yuk. 1.1 altında yaptığımız açıklamalar.

(66) Belirtelim ki, bu, Hukukumuz'da olanaksızdır. Bir erkeğin "gayri resmi karısı" olmaz! Anlatım yerinde değildir.

(67) Bkz. AM, ak., sh. 8.

ancak bir kısım çocukların yararı amaçlanmış bulunmaktadır" (68) biçiminde bir anlatım yer almaktadır. Bu da, kişisel sonuçlu babalık kararıyla doğal soybağına yol açan mali sonuçlu babalık kararı arasındaki farklılıkların kaldırılmasına çalışıldığını göstermektedir. Ayrıca, şu anlatım da bu doğrultuda bir çaba içine girildiğini ortaya koymaktadır. "Anayasanın 13. maddesinde sayılan sınırlama sebeplerinden hiçbiri *farklı* hüküm getirmeyi haklı göstermez. (...) Esasen uygulamada sınırlama değil hakkın *tümünün* ortadan kalkması söz konusu olmaktadır (69)." Kararda, "evlilik dışı çocuklar (70) toplumda babasız çocuk damgası taşıdıklarından horlanmaları, aşağılanmaları, babalarına karşı *nafaka* isteminden başka bir hak ileri sürememeleri ve babalarının *mirasçuları* olamamaları nedenleriyle ekonomik bakımdan güçsüz bırakılarak toplum dışına itilmektedirler" (71) demek suretiyle de, mali mahiyetteki babalık kararının da kişisel sonuçlar, özellikle yasal mirasçılık hakkı doğurmasının istendiği göz önüne serilmektedir sanıyoruz. Ayrıca, "bu hükümlerin iptal edilmeleriyle de ortaya çıkan duruma göre; Medeni Kanununun 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahîh olmayan hısımların, ana tarafından nesebi sahîh hısımlar gibi mirasçı olmaları durumu devam edecek, bunlar da baba yönünden Medeni Kanununun 290. maddesine göre tahakkuk eden babalarına *mirasçı* olabileceklerdir" (72) anlatımı da aynı doğrultuda gözükmektedir (73). Ve yine, şu satırlar da Anayasa Mahkemesi'nin bu konudaki niyetini açıkça ortaya koymaktadırlar. "(...) Babasının *kimliği* kesin olarak belirlenmiş olan evlilik dışı çocukla, babalığına bütün neticeleri ile hükmedilmiş evlilik dışı çocuk arasında bir *ayrım* yapılması ve bunların tümünün birlikte mirasçı olduklarında (74) nesebi sahîh olan çocuğa göre mi-

(68) Bkz. AM, ak., sh. 16.

(69) Bkz. AM, ak., sh. 16.

(70) Bu bağlamda, "evlilik dışı çocuklar" sözcükleri yerinde değildir! Alınımın devamından, bundan amacın yalnız bir kısım evlilik dışı çocuklar, yani kişisel mahiyetteki babalık kararıyla biyolojik babalarına (kan babalarına) hukuksal soybağıyla bağlanmamış olanlar olduğu anlaşılmaktadır.

(71) Bkz. AM, ak., sh. 17.

(72) Bkz. AM, ak., sh. 19.

(73) Gerçi, bu anlatım *aksamaktadır*. Bkz. yuk. dpn. 58 ile devamındaki dpn.'a ilişkin metinler. Anlatım aksasa da, söylenmek istenen bellidir ve biz de bunu yansıtıyoruz.

(74) Anlatım yine *aksamaktadır*, fakat anlatılması amaçlanan şey bellidir. Ortadadır ki, babasının kim olduğu belirlenmiş, bununla birlikte kişisel sonuçlarıyla babasına bağlanmamış çocuk Medeni Yasa uyarınca babasının yasal mirasçısı olamayacağı için, "mirasçı olduklarında" denmesi anlaşılabilir! Ayrıca, hemen sonra da, mirasçı olan (!) böyle bir çocuğun "mirastan hiç pay almaması"ndan (!) söz edilmektedir ki, bu bir *gelişkidir*.

rastan *hiç* pay almamalarını (...) öngören Medeni Kanununun 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi (...) Anayasa'ya açık bir aykırılık oluşturmaktadır (75)."

Görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'nin anılan karardaki konumu, kesinlikle, biyolojik babalarına (kan babalarına) kişisel sonuçlu babalık kararıyla bağlanmamış evlilik dışı çocukların da baba yönünden yasal mirasçılıklarının kabul edilmesi gerektiği savını yansıtmaktadır.. Yüksek Mahkeme, bu hususta, evlilik dışı çocuklar arasında herhangi bir ayırım yapılmamasından yanadır ve belirtilen görüşünü TMY'nın eski 443/I,2. hükmünü Anayasa'ya aykırı bularak iptal etmek suretiyle uygulamaya koyarak açıklamıştır. Böylelikle, evlilik dışında doğan ve de öyle kalan çocukların, baba yönünden yasal mirasçılıklarının tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararına bağlanamayaacağı doğrultusundaki iradesini açığa vurmuştur. O nedenle de, tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararı olmasa da, babayla çocuk arasında biyolojik bağın (kan bağının) belirlenebilmesi baba yönünden yasal mirasçılık için yeterli görülmüştür diyebiliriz. Öyleyse, bu kararda söz konusu olan bakış açısından, biyolojik babalığın (kan babalığının) belirlenebildiği tüm durumlarda çocuğun babayla onun hısımlarına - ve tersine bunların da ona - yasal mirasçılığı kabul edilebilecek demektir..

2. SALT BİYOLOJİK BAĞIN (KAN BAĞININ) HUKUKSAL SOYBAĞI OLUŞTURMAMASI: İKİ TÜR BAĞIN EŞDEĞERSİZLİĞİ

2.1. İptal Kararının Eşdeğerliliği Sağlamaması

Bizce, TMY'nın eski 443. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilen hükümleri olmasa bile, TMY'nın konuya ilişkin *diğer* hükümleri yürürlükte kaldıkları sürece, evlilik dışı çocuğu baba yönünden düzgün olmayan soybağlı kılan bir tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararı bulunmadıkça (76), onun şu veya bu yol-

(75) Bkz. AM, ak., sh. 19.

(76) Bu konuda, kısz.: Öztan B., sh. 439-441; Feyzioğlu/Özakman/Sartal, sh. 543-544; Zevkliler, sh. 904-905 ve sh. 906; Akıntürk, sh. 340 ve sh. 342; Burcuoğlu (II), sh. 28; Köprülü/Kaneti, sh. 285 ve sh. 287; Cansel, sh. 407; Tekinay (I), sh. 516-517; agy. (II), sh. 89; Köprülü, sh. 188; Ayiter, sh. 56; Tiryakioğlu (I), sh. 32; - AM, ak., sh. 12; - Şahin, Karşoy Yazısı, AM, ak., sh. 23-24; - Exposé des motifs (Huber E.), t. I, sh. 203-204; Lalive, sh. 627, sh. 784 vd.; Hegnauer, sh. 154 vd., sh. 166 vd.; Message (1974), 223.522 vdy.

dan 'babasıyla' onun hısımlarına yasal mirasçı (77) olabilmesi olanağı hiç mi hiç yoktur! Bu bakımdan, TMY eski 443/I, 2 ile eski 443/II düzenlemelerinin tamamen ortadan kalkmaları, olayda dâvâcı ve iptal kararında da Yüksek Mahkeme tarafından amaçlanan hedeflere ulaşılabildiğini sağlayamazdı (78).. Nitekim, sağlayamamıştır da! Bundan ötürü, anılan düzenlemelerin iptali yerinde olmamıştır. Sonuçta, bu iptal kararı bir işe yaramadığından, böyle bir kararın verilmesinin mutsuz olduğunu söyleyebileceğimizi sanıyoruz.

Yüksek Mahkeme'nin anılan yasal düzenlemelerin iptaliyle (79) ortaya çıkan duruma ilişkin değerlendirmesi de bize pek doğru gözükmemektedir. Şöyle ki, kararda, "bu hükümlerin iptal edilme-leriyle de ortaya çıkan duruma göre, Medeni Kanununun 443. maddesinin birinci fıkrası uyarınca nesebi sahih olmayan hısımların, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçı olmaları durumu devam edecek, bunlar da baba yönünden Medeni Kanununun 290. maddesine göre tahakkuk eden babalarına mirasçı olabileceklerdir" (80) denmektedir. İlk bakışta, bu cümlede aksayan bir anlatım gözlemlenemeyebilir. Ama, iyice dikkat edilirse, bu pek böyle değildir. Zira, irdelemekte olduğumuz sorun açısından, yukarıdaki belirleme iki anlama gelebilir. Ya, evlilik dışı hısımların baba yönünden yasal mirasçı olabilmeleri için, artık TMY 290 uyarınca bir tanıma işlemi veya kişisel mahiyetteki babalık kararı yeterli olabilecektir demek istenmektedir. - Belirtelim ki, düzgün olmayan soybağlıların babalarına yasal mirasçı olabileceklerinden söz etmek biraz gereksiz olduğu gibi, bunların TMY 290'a göre tahakkuk eden babalarına ya-

(77) Kız. özel. **Hubér E.**, sh. 163-164; **Aksoy**, II. Hlbld., sh. 650; **Message** (1974), 223.522 vdy.

(78) Eğer evlilik dışı hısımlara baba yönünden yasal mirasçılık hakkını veren düzenleme TMY eski 443/I, 2 hükmü idiyse, o zaman, bu hükmün iptali, tanıma işlemi veya kişisel sonuçlu babalık kararıyla babalarına bağlanan çocuklar da dahil olmak üzere, evlilik dışı her türlü hısımların yasal mirasçılığını *ortadan kaldırmak* demektir! Yok eğer, evlilik dışı hısımlara baba yönünden yasal mirasçı niteliğini veren düzenlemeler TMY'nin başka hükümleri idiyse, o zaman da, TMY eski 443/I, 2 hükmünün iptalinin sonucu *değiştirmeyeceği* açıktır!

(79) **Şahin**'e göre, iptal edilen TMY eski 443/I, 2 düzenlemesi "mevcut hali ile ve tek başına Anayasa ile konulan bir mecburiyete uyulmasını önleyen nitelikte olmadığından" "Anayasa'ya aykırı sayılamaz". Ve "bu nedenle maddenin uygulama alanının genişletilmesi amacı ile iptalini kararlaştıran çoğunluk görüşü" yerinde kabul edilemez. Bkz. Karşoç Yazısı, AM, ak., sh. 24.

(80) Bkz. AM, ak., sh. 19.

sal mirasçı olabileceklerini söylemek de biraz tuhaf (yabansı) kaçmaktadır. Çünkü, düzgün olmayan soybağlıların yasal mirasçılıkları kuşkudan uzaktır.. Bunlar, baba yönünden de olsa, TMY 443/I, 2 hükmünün ipalinden önce de sonra da yasal mirasçı niteliğini taşımaktadırlar. Ve düzgün olmayan soybağlının babası TMY 290 uyarınca tahakkuk eder denemez. Çünkü, zaten bu hüküm uyarınca babası tahakkuk ettiğinden düzgün olmayan soybağlı sayılır! Dolayısıyla, karar metninde “nesebi sahih olmayan hısımlar” sözcükleri değil de ‘evlilik dışı çocuklar’ sözcükleri kullanılmalıydı diyoruz. - Ya da, TMY’nin 290/2. maddesindeki “hüküm” terimi mali sonuçlu babalık kararı ve hattâ - yanlış anlamıyorsak, dâvâ konusu olaydaki gibi - basit bir saptama kararını da kapsayacak tarzda en geniş biçimde yorumlanmak suretiyle, biyolojik babalığı (kan babalığını) ortaya koyan herhangi bir mahkeme kararı yasal mirasçılık bakımından bundan böyle yeterli olacaktır demek istenmektedir.

Yüksek Mahkeme’nin iptal kararından aktardığımız parçadaki anlatım sözünü ettiğimiz birinci yoruma uygun bir amaç gütmekteyse, bunun bir anlamı olamaz! Zira, TMY’nin eski 443. maddesinin anılan düzenlemelerinin iptallerinden önceki durumu aynen yansıtmaktan başka bir şey yapılmamaktadır.. Oysa karardan alıntı yapılan bölümde “bu hükümlerin iptal edilmeleriyle de ortaya çıkan duruma göre” anlatımı yer almakta, yani yeni durum değerlendirilmektedir. Öyleyse, karardan aktardığımız metindeki anlatım yukarıda sözünü ettiğimiz ikinci yoruma uygun bir amaç gütmelidir. Buna göre, TMY 290/2. maddesinde kullanılan “hüküm” terimi çok geniş kapsamlı olarak kavranmış, kişisel sonuçlu babalık kararının dışında, malî sonuçlu babalık kararı ve hattâ biyolojik babalığı (kan babalığını) saptayan - her zaman verilebilecek - basit saptama kararını da içerir mahiyette kabul edilmiş olmaktadır. Bu çözümse, TMY 290/2. maddesinin sağlıklı anlaşılmasına ters düşmektedir k a n ı s ı n d a - y ı z . Zira TMY 290/2 düzenlemesinde sözü edilen “hüküm” terimi, bizce, y a l n ı z kişisel durum yaratan babalık dâvâsındaki mahkeme kararını (hükmünü) (81) amaçlayabilir. Burada, gerek malî

(81) Ksz. **Rossel V.**, Code civil suisse et Code fédéral des obligations, 9e éd. par **A. Rossel**, Lausanne, 1962, art. 302, al. 2 (TMY 290/2) altında yapılan yönlendirmeler. Burada, İMY eski 302/II ile ilgili olarak, İMY eski 303 vd. (TMY 291 vd.) ve İMY eski 323 vd. (TMY 310 vd.) maddelerine yönlendirme yapılmaktadır. Oysa, anılan maddeler bir yandan tanıma işlemini diğer yandan kişisel sonuçlu babalık dâvâsını düzenlemektedirler. Bkz. bu maddeler.

sonuçlu babalık dâvâsında gerekse süreye bağlı görülmeyen basit bir saptama dâvâsında verilebilecek kararlar (hükümler) Yasakoyucu tarafından bilinçli olarak dışlanmıştır. Bu tür kararlar evlilik dışı düzgün olmayan soybağı kuramazlar. Olsa olsa, çocukla baba arasında - hukuksal soybağı niteliğini taşımayan - salt biyolojik bağı (kan bağı) belirleyebilirler. Gerçi, TMY 290/2'deki "hüküm" sözcüğü değişik anlamlara gelebileceği için aksama ve yanlıştır. Her ne olursa olsun, Yasa'nın iç sistematığına (dizgesel mantığına) göre anlaşılmalıdır. TMY 290/2, 295, 297 ve 312 düzenlemeleri - TMY eski 443/I, 2 düzenlemesini de bunlara dahil etmek uygun düşmektedir - birlikte göz önüne alındığında, bizce, açıkça görülebilir ki, TMY'nun 290/2. maddesinde geçen "hüküm" terimi kişisel sonuçlu babalık kararından (hükümden) başkasını amaçlayamaz. Bu hususta, TMY 290/2 *yinelemeden* kaçınmak için Yasa içi yollama yapmakla yetinmektedir. Hepsi bu! Öyleyse, Anayasa Mahkemesi'nin andığımız kararında belirtildiği üzere, mademki TMY eski 443/I, 2 düzenlemesinin de "iptal edilmesiyle ortaya çıkan duruma göre" (82), evlilik dışı çocuklar baba yönünden TMY 290 uyarınca "tahakkuk eden babalarına mirasçı olabileceklerdir" (83), sözü edilen mirasçılık bundan böyle de tanıma işlemi veya başarıya ulaşan kişisel sonuçlu babalık dâvâsına bağlı olacaktır demektir.. Bu takdirde de, iptal kararı eylemsel olarak (fiilen) hiçbir şeyi değiştirmemiş olmamakta mıdır (84)?

Bizce, anılan karar amaçlanan hedeflere varılabilmesini eylemli olarak olanaklı kılamamıştır. Bu doğaldır, zira Yasa'nın evlilik dışı soybağını düzenleyen hükümleri yürürlükte dirler. Bu hükümler bu tür soybağının kurulması yani varlığına ilişkindirler. Oysa, TMY'nun eski 443/I, 2 hükmü bu soybağının kendisini düzenlemekte, evlilik dışı çocukların baba yönünden yasal mirasçılığının neye bağlı olduğu hususu yani bir anlamda dayanaklarını

(82) Bkz. AM, ak., sh. 19.

(83) Bkz. AM, ak., sh. 19.

(84) Karşı görüş için, bkz. *Zevkiler*, sh. 875, sh. 876, sh. 877. - Ama, önemle belirtelim ki, bu yazarın bakış açısından, "miras hakkı, Anayasa Mahkemesinin bu kararı sonucunda bu gibi çocuklar yönünden de tanınmış olsa bile, yine bu çocuklarla babaları arasında bir *nesep* dolayısıyla bir *hısımlık* ilişkisi yoktur". Bkz. sh. 875. Biz, o zaman, burada şu sorunun, nasıl olup da soybağı ve hısımlık bulunmaksızın yasal mirasçılık olgusunun söz konusu olabileceği sorusunun da yanıtlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

belirtmekteydi. Ve bunu yaparken de, özgün (orijinal) düzenleme getirmemekte, fakat sadece Yasa'nın baba yönünden düzgün olmayan soybağının niçin ve nasıl kurulacağını belirleyen düzenlemelerine Yasa içi yollama yapmaktaydı diyoruz. Dikkat edilirse görülür ki, TMY'nın eski 443/I, 2. maddesi ashnda TMY'nın özellikle 290/2'nin hemen hemen aynıydı. Aralarında, bağlam gereği zorunlu bir iki ufak farkın dışında herhangi bir fark yoktu. En azından öz içerik açısından durum böyleydi. Ve tıpkı TMY'nın 290/2. maddesi gibi, TMY'nın eski 443/I, 2. maddesi de TMY'nın 297/I., 310 ve 312. maddeleriyle doğrudan bağlantılıydı. Evlilik dışında, babayla onun hısımlarına yasal mirasçılık hakkını ancak tanıma işlemi ya da kişisel mahiyetteki babalık kararının vereceğini belirten TMY eski 443/I, 2 hükmü, babayla çocuk arasında evlilik dışı hukuksal soybağının yalnız bu hukuksal araçlarla doğabileceğini kabul eden yasal hükümlerle tam bir uyum içindeydi. Böylece, evlilik dışında, baba yönünden, tek hukuksal soybağı sayılan düzgün olmayan soybağıyla yasal mirasçılığın kaynaklarını aynı hukuksal olgular oluşturmaktaydı. Bu açıdan, bizce, TMY eski 443/I, 2, söz konusu alanda yasal mirasçılığı, ancak tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla kurulabileceği gerçeğini *yineleyerek*, düzgün olmayan *hukuksal* soybağına bağlı kılan bir *Miras Hukuku* hükmünden ibaretti.

Dolayısıyla, anılan düzenleme babayla çocuk arasındaki evlilik dışı hukuksal soybağının kaynaklarını belirtmek suretiyle yasal mirasçılığın hukuksal soybağını gerektirdiğini vurgulamaktaydı. Ashnda, yasal mirasçılığı tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararına bağlamayı amaçlamamakta, hukuksal soybağına bağlamayı amaçlamaktaydı. Medeni Yasa'ya göre, bu sonuncusunun kendisi belirtilen işlem ya da karara bağlı olduğundan, amacını bu yoldan anlatmaktaydı. Ama başka türlü de anlatabilir, yasal mirasçılığın hukuksal soybağını gerekli kıldığını da söyleyebilirdi. Ve bizce böyle bir anlatım daha yerinde olurdu. Bu düzenleme, evlilik dışı kan bağı söz konusu olduğunda, baba yönünden yasal mirasçılığın temelini oluşturan düzgün olmayan hukuksal soybağının niçin ve nasıl kurulacağı sorularının yanıtını değil, mirasçılığın neye dayandırılabilceği sorusunun yanıtını vermekteydi. Yasal mirasçı niteliği ister istemez hukuksal soybağının varlığını zorunlu kıldığından, bizce bir bakıma gereksiz bir düzenleme de sayılabilirdi. Böylece, bu tür mirasçılıkta gerçekte şu mantıksal sıra izlenmiş oluyordu: mirasçı niteliği evlilik dışı hukuksal soybağı ve evlilik

dışı hukuksal soybağı da tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararına bağlıdır! Mantıksal düşünüş tarzını yansıtan bu sıralama, TMY eski 443/1, 2 hükmünün iptalinden önce de sonra da, konuya ilişkin yasal düzenlemelerin sistematığına (dizgesel mantığına) tıpatıp uygundur. O nedenle, anılan hükmün iptali şu anlama gelmemekte midir? Evlilik dışında, babayla onun hısımlarına yasal mirasçılık hukuksal soybağı, bu ise tanıma işlemi ya da kişisel mahiyetteki babalık kararına bağlı kabul edilemez! Ama böylesine bir sonuç, TMY eski 443/1, 2 düzenlemesinin iptalinden önce de sonra da, konuyu ilgilendiren yasal düzenlemelerle hiç mi hiç bağdaşmamakta, dolayısıyla boşlukta kalmakta ve sonuç doğurmayan bir sonuç görünümünü taşımaktadır..

2.2. TMY Yeni 443 Düzenlemesinin de Bunu Sağlayamaması

Acaba, 14.11.1990 tarihinde kabul edilerek 23.11.1990 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 3678 sayılı Yasa ile getirilmiş olan TMY yeni 443 hükmü durumu değiştirmiş midir? Bu hüküm, "nesebi sahih olmayan hısımlar nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir" demektedir. *Zevkliler*'e göre, Anayasa Mahkemesi TMY eski 443/1,2 hükmünü iptal edince, "artık evlilik dışı çocuklar da baba yönünden (...) miras haklarına kavuştular" (85). "Fakat", diye devam etmektedir yazar, TMY yeni 443 düzenlemesinde "nesebsiz çocuklardan hiç söz edilmemektedir. Bu durum belki, nesebsiz çocukların mirasçı olamayacakları (...) şeklinde yorumlanabilir. Fakat, Anayasa Mahkemesi, MK. 443'ü iptal kararının gerekçesinde, nesebsiz çocukların da miras hakkına sahip olması gerektiğini vurgulamış olduğundan, Yasakoyucunun, yeni bir düzenleme yaparken, bu karar ışığında dayanması gerekeceğinden, bu yorumu kabul etmek", kanısınca, "mümkün değildir (86.)" Biz ise bu konuda farklı düşünmekteyiz. Biyolojik babalarına (kan babalarına) hukuksal soybağıyla bağlanmamış evlilik dışı çocuklar, onların yasal mirasçıları sayılamazlar! Ve doğal olarak, babaları da onların yasal mirasçıları sayılamazlar!

TMY'nın anılan yeni maddesi Miras Kitabı'nda yer almakta, kenar başlığından da kolayca anlaşılacağı üzere, düzgün olmayan soybağında mirası düzenlemekte ve bu tür soybağlı hısımların ge-

(85) Bkz. *Zevkliler*, sh. 876. - Bu konuda, kşz. *Tiryakioğlu* (II), sh. 38.

(86) Bkz. *Zevkliler*, sh. 877.

rek yasal mirasçı niteliği gerekse yasal miras payı yönlerinden düzgün soybağlı hısımlarla aynı düzeyde olduklarını anlatmaktadır. Böylece, TMY eski 443/II hükmünü iptal etmiş bulunan Anayasa Mahkemesi kararıyla tam olarak uyumlu yeni bir düzenleme benimsenmiştir. Bu hususta, Türk Medeni Yasakoyucusu irdelenmekte olduğumuz iptal kararını izlemiş, babanın düzgün olmayan soybağlı altsoyunun onun düzgün altsoyuyla birlikte yasal mirasçı olmaları olasılığında yarı pay alacaklarını öngören TMY eski 443/II hükmünde birinciler aleyhine var olan *farklılık* ve *eşitsizliği* ortadan kaldırmıştır. Bunu gerçekleştirirken de, tutarlı bir biçimde, TMY 443/I, 1 gibi bir hükme Yasa'da artık yer vermemiştir. Anılan düzenleme "nesebi sahih olmayan hısımlar, *ana* tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir" demektedir. Bu suretle, TMY eski 443/II düzenlemesiyle uyum içinde, yasal mirasçılık açısından ana yönünden düzgün olmayan soybağlı hısımlarla baba yönünden düzgün olmayan soybağlı hısımlar arasında *fark* gözetmek-teydi.

Yasakoyucu, TMY'nın yeni 443. maddesinde, daha önce Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş bulunan TMY eski 443/I, 2 türünden bir düzenleme öngörmediği için, bu hususta da iptal kararı doğrultusunda davranmış sayılabilir mi (87)? Burada, TMY yeni 443 hükmünün yalnız yasal miras haklarına mı ilişkin olduğu, yoksa aynı zamanda soybağın a (soydanlığa, nesebe) da mı ilişkin olduğu sorusu sorulabilir. İlk bakışta, hüküm kuşkusuz yasal mirasçılığı düzenler görünmektedir. Maddenin Yasa'daki yeri, kenar başlığı ve içeriği bu konuda hiçbir duraksamaya yol açacak mahiyette değildirler. Ama, bize göre, her ne olursa olsun, bu hüküm ister istemez soybağıyla da bağlantılıdır. Zira, düzenleme düzgün olmayan soybağlı hısımların düzgün soybağlı hısımlar gibi mirasçılık hakkına sahip olduklarını söylerken, düzgün olmayan soybağlı kabul edilmeyen 'hısımların' böyle bir hakka sahip olmadıklarını da söylemektedir sanıyoruz. Düzenlemenin karşıt kavramından (*a contrario*) bu sonuç çıkmaktadır. Böylece, sadece düzgün olmayan soybağlılar hükmün kapsamına girmekte, diğer olası evlilik dışı çocuklar, yani hukuken soybağsızlar (malî mahiyetteki babalık dâvasıyla doğal soybağlı konumunu kazananlarla salt biyolojik soybağlılar) hükmün dışında kalmaktadırlar diyoruz. Bu ikinci gruptakilerin

(87) Olumlu yanıt için, bkz. **Zevkliler**, sh. 877. - Ayr. ksz. **Zevkliler**, sh. 875, sh. 876 ve sh. 877.

(öbektekilerin) yasal mirasçılıklarına ilişkin başka bir düzenleme de Medenî Yasa'da yer almadığına göre, bunlar baba yönünden yasal mirasçı olamayacaklardır demektir. Yasakoyucu TMY'nın yeni 443. maddesini kaleme alırken, evlilik dışı hısımların yalnız düzgün olmayan soybağlılardan ibaret olmadığını pekâlâ bilmekteydi.. Bu tür kişilerin yasal mirasçılıklarını ilgilendiren bir başka düzenlemenin Yasa'da bulunmadığını da pekâlâ bilmekteydi.. Ama yine de, düzgün olmayan soybağlıların yasal mirasçılığını hükme bağlamakla yetinmiş, hukuken soybağısızların (doğal soybağlılarla biyolojik soybağlılar) durumundan hiç mi hiç söz etmemiştir. Bu koşullarda, sonuncuların babayla onun hısımlarına yasal mirasçı olabilecekleri görüşünü benimseyemeyiz düşüncesindeyiz.

Ashında, TMY yeni 443 belirli bir alanda bölüm sel yenilik yapma yoluna gidilmesinin 'kurbanı' olmuş gözükten talihsiz bir hüküm görünümünü de taşımaktadır. Zira bu hüküm Medenî Yasa'da evlilik dışı soybağı konusunda getirilmesi tasarlanan değişikliklerden yalnız birisidir. Öbürleri henüz gerçekleştirilememiştir ve gerçekleştirilebilirip gerçekleştirilemeyecekleri de henüz belli değildir! Belirtilen düzenlemenin öbürleriyle birlikte bir bütün olarak belirli bir anlamı vardır ve onları da içeren yeni sistem (mantıksal dizge) içerisinde anlam taşımaktadır. Bu yeni anlayışa göre, kişisel sonuçlu babalık dâvasının açılabilmesi hususunda TMY'nın 310. maddesinin öngörmekte olduğu sınırlamalar kaldırılmalıdır. Fakat, yapılması düşünülen diğer yasal değişiklikler yapılmamış bulunduğundan, TMY yeni 443 hükmü, ister istemez, Medenî Yasa'nın şimdiki sistemi (mantıksal dizgesi) içerisinde yer almakta ve anlam kazanmaktadır. Türk Medenî Yasası'nın yürürlükteki sistemiyle yürürlüğe konulması tasarlanan sistemi söz konusu alanda birbirinden farklı olduğundan, anılan yeni hükmün bu iki farklı sistemdeki anlamı da doğal olarak farklı olacaktır! Bu noktayı gözden kaçırarak Yasakoyucu yalnız bu düzenlemeyi değiştirmekle yetinebileceğini sanmış, bu suretle de amacına ulaşmayı başaramamıştır.. Şu durumda, TMY yeni 443 hükmüyle gerçekte amaçlanan her ne olursa olsun, hükmü şu andaki sistem içerisinde, bu sistemin öbür parçalarıyla birlikte ele almak ve değerlendirmek gerekir. Bu bakımdan, belirtilen düzenlemede kullanılan 'düzgün olmayan soybağlı hısımlar' (nesebi sahih olmayan hısımlar) deyişi, düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihte 'düzgün olmayan soybağı' terimi Yasa'da ne anlama geliyorsa ona göre yorumlanmalıdır. Böyle yapınca da, görülür ki, bu terim evlilik dışı baba yönünden tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık

kararıyla belirlenen (88) düzgün olmayan soybağı kavramını anlatmaktadır diyoruz. Bizce, TMY yeni 443 düzenlemesinin gerçek boyutları hususunda ne düşünülürse düşünülün, evlilik dışı 'babalık' konusundaki yasal sistem böyle kaldıkça, hiçbir biçimde, hiçbir yoldan, hiçbir gerekçeyle biyolojik babalarına hukuksal soybağıyla (düzgün olmayan soybağıyla) bağlanmamış çocuklarla babaları arasında yasal mirasçılık y ü r ü y e m e z ! Yasa'nın mantığı bunu gerektirmektedir ve istense de istenmese de, beğenilse de beğenilmese de bizce bu sonuca varılması zorunludur. Hakkın kötüye kullanılması yasağının (TMY 2/II) devreye girebileceği uç durumlar bir yana bırakılırsa, yargıcın Yasa'yı d ü z e l t e r e k uygulama yetkisi de yoktur (89)! Burada, hakkın kötüye kullanılmasının ne genel ne de özel ölçütlerine (90) başvurularak istenen ve beğenilen sonuç, yani bir tanıma işlemi ya da kişisel mahiyette bir babalık kararı olmaksızın, evlilik dışı çocukların (hısımların) baba yönünden yasal mirasçılıkları sağlanamaz k a n ı s ı n d a y ı z . Öyleyse bu yoldan da savunduğumuz çözümden başka bir çözüme ulaşılamaz.

Evlilik dışı çocuklar (hısımlar) söz konusu olduğunda, Medeni Yasa yalnız düzgün olmayan soybağlıların (sahih olmayan neseplilerin) babayla onun hısımlarına yasal mirasçı olabilmelerini olanaklı kılmakta, diğerlerini saf dışı etmektedir. TMY'nın 290/2, 295, 296, 297/I, 310 ve 312. maddeleri farklı biçimde düşünmemize elvermektedirler. Bu nokta kesindir. Şimdi, kendimize şu soruyu yöneltebiliriz: TMY yeni 443 hükmünde kullanılan 'düzgün olmayan soybağlı hısımlar' ("nesebi sahii olmayan hısımlar") deyişle amaçlananlar acaba kimlerdir? Yasakoyucu'nun Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş bulunan TMY eski 443/I, 2 türünden bir düzenleme benimsemeyerek, evlilik dışı çocukların (hısımların) baba bakımından yasal mirasçılığını, - iptal kararı doğrultusunda - eskisinden farklı olarak, bir tanıma işlemi ya da kişisel mahiyetteki bir babalık kararına bağlamayı tasarlamadığı hatıra gelebilir. Ama bu doğru değildir!

- (88) Medeni Yasa uyarınca, yalnız tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararının evlilik dışı çocuğun baba yönünden düzgün olmayan soybağlı olmasına yol açabileceği hususunda, bkz. örn : İnan (I), sh. 107 ve sh. 108; Öztan B., sh. 439 ve sh. 440; Zevkliler, sh. 861; Akıntürk, sh. 320; Köprülü/Kaneti, sh. 285 ve sh. 287; Feyzioğlu/Özakman/Sarıal, sh. 543, sh. 544 ve sh. 569.
- (89) Bu konuda, bkz. Deschenaux H., Le titre préliminaire du Code civil, Fribourg, 1969, sh. 94, sh. 95 ve sh. 139; Öztan B./Öztan F., İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun'un 85/II'inci Maddesinin Durumu, J. G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, sh. 255.
- (90) Bu ölçütler için, bkz. Deschenaux, agç., sh. 142-144, sh. 168 vd.

Zira, belirtilen yeni hüküm söz konusu alanda yasal mirasçılığın anılan olgulardan birinin varlığına bağlı olduğunu söylememekteyse de, bağlı olmadığını da söylememektedir.. Söyleyemezdi, zira Yasa'nın baba yönünden evlilik dışı soybağının nasıl kurulacağına ilişkin hükümleri yürürlükteydi; - şimdi de yürürlükte. Eğer söyleseydi, o zaman da babayla çocuk arasında evlilik dışı soybağı kavramını belirleyen yasal düzenlemelerle (TMY 290/2, 295, 297/I, 310 ve 312) yeni 443. madde düzenlemesi çatışmış - ki bu takdirde, bir tür 'yasal çelişki boşluğundan' (91) da söz edilebilirdi sanıyoruz - olurlardı.. Ve bu çatışmanın yol açacağı çelişkinin giderilmesi gerekirdi.

Evlilik dışı çocuklarla (hısımlarla) baba ve onun hısımları arasında yasal mirasçılığın yürümesini gerçekleştirebilmek için, Medeni Yasa'nın babaya karşı evlilik dışı soybağının tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararı olmaksızın da kabul edilebilmesini olanaklı kılacak yasal değişikliklerin yapılması zorunluğu ortadadır. Böyle değişiklikler yapılmaksızın, bu tür soybağında yasal mirasçılığın sağlanabileceğini olası saymak düşünülemez. TMY yeni 443 hükmünü getirirken, Yasakoyucu baba yönünden evlilik dışı soybağının ilgilendiren yasal düzenlemeleri de gözden geçirebilir ve istediği doğrultuda yenilikler yapabilirdi. Ama yapmamıştır. Bu durumda, Yasa'nın bu tür soybağı hususundaki düzenlemeleri yürürlükte bulduklarına göre, yeni 443. madde bu düzenlemelerle birlikte ele alınmalı ve öyle sonuca varılmalıdır. Oysa, yeni 443. madde düzgün soybağı olmayanların düzgün soybağlılar gibi mirasçı olacaklarını belirtmekle yetinmekte, konuya ilişkin diğer yasal düzenlemeler de babayla çocuk arasında düzgün olmayan soybağının nasıl kurulacağını belirlemektedirler.. Öyleyse, düzgün olmayan soybağının kendisini saptamak için TMY'nun 290. vd. maddeleri, bu tür soybağlıların yasal mirasçılıklarıyla yasal miras paylarını saptamak içinse TMY'nun yeni 443. maddesine başvurulmalıdır.

Gözden kaçırılmaması gerekir ki, TMY'nun yeni 443. maddesinin kenar başlığı '*düzgün olmayan soybağında miras*' ('sahih olmayan nesepte miras') biçimindedir ve içerisinde de - kenar başlığına uygun olarak - *düzgün olmayan soybağlı* hısımların (nesebi sahih olmayan hısımların) mirasçılığı düzenlenmektedir. Medeni Yasa'nın sistemine (mantıksal dizgesine) göre, evlilik dışı babalık söz konusu olduğunda düzgün olmayan soybağının kurulabilmesi yolları sınırlı

(91) Kavram hk., bkz. özel. Öztan B./Öztan F., agç., sh. 253.

olup, bunlar tanıma işlemiyle kişisel sonuçlu babalık kararıdır (92). Bu ikisinin dışında, evlilik dışı babayla çocuk arasında anılan türden soybağı kurulmasını sağlayabilecek diğer herhangi bir olanak yoktur! Şimdi, bu husus iyice kavranacak olursa kolayca görülebilir ki, **düzgün olmayan soybağında yasal mirasçılığı düzenleyen TMY yeni 443 hükmü, baba yönünden yasal mirasçılık hakkını ancak evlilik dışı tek hukuksal soybağını oluşturan düzgün olmayan soybağının verebileceği yasal olgusunu Miras Hukuku alanında doğrulayan bir hükümdür! Hüküm, düzgün olmayan soybağlıların düzgün soybağlılar gibi mirasçı olacaklarını belirterek, bu iki tür soybağı arasında yasal mirasçılık açısından hiçbir farklılığın, birinciler aleyhine hiçbir eşitsizliğin bulunmadığını vurgulayarak anlatmak istemektedir. Kullandığı 'düzgün olmayan soybağı' terimiye Yasa'da belirli bir anlama sahiptir! Bu da ana yönünden yalnız doğum olayı, baba yönündense tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla kurulabilen evlilik dışı soybağıdır (93). Doğal olarak, TMY yeni 443 düzenlemesinde yer verilen 'düzgün olmayan soybağı' terimi Yasa'ya tamamen uygun bir anlam taşımalıdır. Böyle bir konum, Yasakoyucu'nun anılan düzenlemeyi getirirken, Yasa'nın konuya ilişkin sisteminden ayrılmayı düşünemeyeceği için ayrılmadığını apaçık göstermektedir sanıyoruz. O, baba bakımından evlilik dışı soybağı hususundaki Yasa sistemini (mantıksal dizgesini) terketmediğinden, Anayasa Mahkemesi'nin irdelemekte olduğumuz iptal kararına bu noktada uymamıştır. Belirtilen sistemi yok sayamayacağından da iptal kararına uyabilmesi olanaksızlaşmış ve uyamamıştır. Böylece, bir yandan şimdiki sistemi terketmediği, diğer yandan bu sistemi terketmeksizin evlilik dışı tüm çocukların babalarına karşı yasal mirasçılığını kabul edemeyeceğinden, Anayasa Mahkemesi'nin bu soruna ilişkin çizgisini izleyememiştir diyoruz. Eğer izleyebilseydi izlerdi, zira aksi takdirde - yani izleyebilecek durumda olmasına karşın izlemeseydi - Yüksek Mahkeme'nin kararlarının Yasama Organı'nı da bağlayacağını söyleyen Anayasa'nın 153/VI. maddesine aykırı davranmakta olurdu. Bu ise tasarlanamaz! Ve tersine, anılan çizgiyi benimseyemeyeceğini bilerek benimseseydi - yani benimseyemeyecek durumda olmasına karşın benimseseydi -**

(92) Bu konuda, bkz. özel. Exposé des motifs (**Huber E.**), t. I, sh. 203-204. - Bkz. TMY 290/2 ile birlikte TMY 297/I, 310, 312/1, eski 443/I, 2 ve bunları karşılayan İMY eski 302/II, eski 309/I, eski 323/I, eski 325/I, eski 461/II'nin gerek Almanca gerekse Fransızca metinleri.

(93) Bkz. TMY 290 (İMY eski 302/I ve II).

o takdirde de Medenî Yasa'yı göz ardı etmekte, hiçe saymakta ve hattâ - biraz tuhaf gözükse de - çiğnemekte olurdu. Bu da tasarlanamaz! Yasakoyucu bile bile birbiriyle çelişkili düzenlemeler öngöremez. Bu ancak bilmeksizin gerçekleşebilir ve o zaman da bir Yasa boşluğundan söz edilebilir (94). Yasakoyucu Medenî Yasa'nın babayı ilgilendiren evlilik dışı soybağı düzenlemeleriyle hiç mi hiç uyumlu olmayan biçimde yeni 443. maddeyi düzenlemeyi düşünmüş olamaz. Zira bunun yasal sistemi altüst etmek, her şeyi allak bullak ederek içinden çıkılmaz karmakarışık bir durum yaratmak demek olduğunu pekâlâ bilmekteydi.. Bildiği içindir ki, biz bunu yapmadığımızı, çünkü yapamayacağımızı ileri sürüyoruz.

Böylece Yasa'nın baba yönünden evlilik dışı soybağı alanındaki sistemine tamamen uygun düşen çözümü miras alanında da bir bakıma yinelemekle başka bir şey yapmayan TMY eski 443/I, 2 hükmünün iptali, sonuçta, amaçlanan hedefe ulaşılmasını sağlıyor. Ve TMY eski 443/I, 2 hükmünü aynen almamakla birlikte, 'düzgün olmayan soybağında miras' ('sahih olmayan nesep mirası') ile 'soybağı düzgün olmayan hısımlar' ('nesebi sahii olmayan hısımlar') deyişlerini kullanmak suretiyle - başka çaresi olmadığından ! - özde kabul ederek yansıtan TMY yeni 443 hükmü de, aslında bu konuda - hiçbir şeyi değiştiremeyeceğinden - Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda belirlenecek hedefe ulaşılması bakımından hemen hemen herhangi bir değişikliğe yol açamamıştır (95) da diyoruz.

S O N U Ç

1. Anayasa Mahkemesi'nin anılan iptal kararı, baba yönünden - hangi yoldan belirlenmiş olursa olsun - evlilik dışı biyolojik soybağın

(94) Bu hususta, genel olarak bkz.: **Deschenaux**, agç., sh. 92; **Edis S.**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3. bası, Ankara, 1987, sh. 133.

(95) Elbette ki, düzgün olmayan soybağında yasal mirasçılığın düzgün soybağındakinin aynı olduğunu belirtmesi bakımından, TMY yeni 443 hükmü - bu hususa ilişkin TMY eski 443/II hükmünü iptal eden Anayasa Mahkemesi kararı doğrultusunda - Hukukumuz'da değişiklik yaratmıştır! Böyle bir düzenleme Medenî Yasa'nın sistemine (mantıksal dizgesine) ters düşmediğinden bu yapılabileceği için de, Yasakoyucu Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararına bu noktada uymamıştır. Ama, TMY yeni 443 hükmü, *düzgün olmayan soybağında mirasçılıktan söz etmek suretiyle*, TMY eski 443/I, 2 hükmünü iptal eden karar doğrultusunda davranmamış, böylece de Hukukumuz'da değişiklik yaratmamıştır! Aksine düzenleme Medenî Yasa'nın sistemiyle bağdaşamayacağından bunu yapamamıştır. Ve bunu yapamayacağı için de, Yasakoyucu iptal kararına bu noktada uymamıştır diye düşünüyoruz.

(kan bağı) - ve böylece evlilik dışı her türlü soybağı - hukuksal soybağına dönüştürür mahiyette gözükmektedir. Belirtilen konum Medeni Yasa'nın baba söz konusu olduğunda evlilik dışı soybağına ilişkin sistemiyle (mantıksal dizgesiyle) hiç mi hiç b a ğ d a ş - m a m a k t a d ır .

2. İptal kararının ilintili bulunduğu olayda iptal isteminin ileri sürüldüğü Medeni Yasa hükümleri eski 443/I, 2 ile eski 443/II'den ibaretti. TMY eski 443/II düzenlemesinin yasal mirasçılığı önleme bakımından herhangi bir etkisinin olamayacağı açıktır.. Zira bu düzenleme düzgün soybağı olmayan altsoyun (füruun) düzgün soybağı altsoyla birlikte mirasçı olmaları olasılığında alacağı miras payını saptamaktaydı. TMY eski 443/I, 2 düzenlemesine gelince, bu da, tek başına, doğal soybağı ve hukuken tamamen soybağısız çocukların (hısımların) yasal mirasçı niteliğini önleyebilme gücünden yoksundu. Burada, sadece dolaylı bir Yasa içi yollama vardı. Tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararı olmaksızın, evlilik dışı çocuğun babasına hukuken bağlanabilmesi olanağı olmadığından (96), bu tür bir çocuğun babasına yasal mirasçı olabilmesi zaten düşünülemezdi ve şimdi de düşünülemez. Bu açıdan, yalnız biyolojik (kan, bedensel, fiziksel) soybağı 'hısım' olup da hukuksal (düzgün olmayan) soybağı hısım olmayan çocukların babaları yönünden yasal mirasçılıklarını önleyen hükümler (97) gerçekte TMY eski 443/I, 2 ve TMY eski 443/II hükümleri olmayıp, şimdi de yürürlükte bulunan TMY 290/2, 295, 296, 297/I, 310 ve 312 hükümleridirler. - Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olan TMY eski 443/I, 2 düzenlemesi, yukarıda andığımız düzenlemelerin ortaya koyduğu sonucu Miras Hukuku alanında bir bakıma yin ele me k t e n başka bir şey yapmamaktaydı. Nitekim, TMY'nun yeni 443. maddesi "nesebi sahih olmayan hısımlar nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir" demek suretiyle, - Medeni Yasa'nın konuya ilişkin dü-

(96) Kşz. Şahin, Karşoy Yazısı, AM, ak., sh. 24. Burada, yerinde olarak, TMY eski 443 hükmünün evlilik dışı çocukların babaları hakkındaki babalık koşullarını düzenlemediği ve bu gibi çocukların yasal mirasçılığını önleyen düzenlemenin TMY 310 hükmü olduğu belirtilmektedir.. Dolayısıyla, onun düşüncesince, TMY eski 443/I, 2 hükmünün iptali yoluyla değil, TMY 310 hükmünde "yapılacak değişiklikle 443. maddenin uygulama alanı kendiliğinden genişleyebilirdi".

(97) Kşz. Şahin, AM, ak., sh. 24: TMY eski 443/I, 2 "babalık şartlarını düzenleyen bir madde değildir. Bu gibi çocukları mirastan *yoksun* kılan babalık davasında tabii babalık ispat edildiği halde 310. maddede sayılan özel şartların bulunmaması nedeniyle babalığa karar verilmesini yasaklayan kuraldır."

zenlemelerinin temel konumlarından birisini yansıtmakta olan - evlilik dışı çocuklardan yalnız düzgün olmayan soybağlıları hukuksal soybağlı, böylece baba yönünden hısım ve yasal mirasçı sayan kuralı doğrulamaktadır.

3. Anayasa Mahkemesi'nin anılan kararına konu olan dâvâda, TMY 443/I, 2 ile TMY 443/II hükümleri iptal edildikten sonra, dâvâcının istemi doğrultusunda kendisine mirasçılık belgesi verilmiş midir verilmemiş midir, bilmiyoruz. Eğer verilmişse, kişisel durum yaratan babalık dâvâsının - ve, iptal kararı metninden anlaşıldığı üzere, hattâ malî mahiyetteki babalık dâvâsının dahi - süre koşuluyla diğer koşulları yerine getirilmeksizin, sadece kişisel sonuçlu babalık kararının sağlayabileceği hukuksal hısmlığa bağlanan yasal mirasçı niteliği ona ister istemez tanınmış olmaktadır (98).. Böyle bir çözüm, Medenî Yasa'nın bu alandaki sistemi (mantıksal dizgesi) karşısında onaylanamaz. Aksi takdirde, yasal olarak olanaksız bir çözüme gidilmiş, bu suretle Yasa da ç i ğ n e n m i ş demektir. Yasa'nın belirli bir süre koşuluna bağlayarak açıkça kabul ettiği malî mahiyetteki babalık kararı bile evlilik dışı çocuğa bu tür bir olanağı sağlayamazken, herhangî bir anda ispatlanmasına izin verilecek salt biyolojik babalık (kan babalığı) olgusunun aynı olanağı sağlayabileceğinin tasarlanması düşündürücüdür..

4. TMY yeni 443 hükmü, düzgün olmayan soybağlı hısımları yasal mirasçılık açısından düzgün soybağlı hısımlarla bir tutmakla yetinmektedir. Hüküm düzgün soybağlılarla düzgün olmayan soybağlılardan söz ettiğine göre, bundan böyle de yalnız iki tür hukuksal soybağının varlığı, ancak bunların yasal mirasçılık bakımından eş düzeyde oldukları kabul edilmektedir demektir. Düzgün olmayan soybağı terimi gerek Yasa, gerek Öğreti ve gerekse Uygulamalı Hukuk'ta (Yargısal Uygulama'da) belirli bir anlama sahip bulunduğundan, TMY yeni 443 düzenlemesi başka biçimde yorumlanamamalıdır. Öyleyse bu yeni düzenleme de - ister istemez - baba yönünden biyolojik soybağlı (kan, bedensel, fiziksel soybağlı) olmaktan öteye gidemeyen evlilik dışı çocukların yasal mirasçı niteliğini reddeden görüşü yansıtmaktadır. İster istemez diyoruz, zira Yasa'nın bu konudaki sistemi (mantıksal dizgesi) farklı çözüme elvermemektedir. Tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla

(98) Babalık dâvâları söz konusu olduğunda yalnız kişisel durum yaratan babalık kararı, bu dâvâların dışındaysa yalnız tanıma işlemi evlilik içi olmayan çocuğun babasına yasal hısmlığı ve mirasçılığına yol açabilir..

düzgün olmayan hukuksal soybağlı duruma gelmemiş evlilik dışı çocukların babalarına yasal mirasçı olabileceklerini öngören herhangi bir düzenleme bulunmadığından, bu gibi çocukların yasal mirasçılıklarını kabul edebilmek için hukuksal bir olanak yoktur!

5. TMY'nin 443. maddesini yeniden düzenleyen Yasakoyucu, Anayasa Mahkemesi'nin TMY'nin eski 443/II. fıkrasını iptal eden kararına uygun olarak, düzgün olmayan soybağında yasal mirasçılığın düzgün soybağındakinden farklı olmadığını öngördü. Yasa'nın sistemi buna elverdiğinden bunu yapabiliirdi. Ve yapabileceği için de yaptı! Ama Yasakoyucu, Anayasa Mahkemesi'nin TMY'nin eski 443/I, 2. hükmünü iptal eden aynı karara uygun düşen ne bir düzenleme kabul etti ne de bunu anlatan bir anlatıma başvurdu. Yani, baba yönünden yalnız salt biyolojik (kan, bedensel, fiziksel) soybağlıların evlilik dışı çocuklar olarak yasal mirasçılıklarını öngörmedi. Bunu yapamayaacağı için yapmadı!

Ayrıca, gözden kaçırılmaması gerekir ki, TMY'nin yeni 443. maddesi, TMY'nin eski 443. maddesinden farklı olarak, evlilik dışı ana yönünden yasal mirasçılıkla evlilik dışı baba yönünden yasal mirasçılığı ayrı ayrı düzenlememektedir. Oysa bu iki olasılıkta Yasa'nın sistemine (mantıksal dizgesine) göre soybağ kavramı değişik görüntülerde karşımıza çıkmaktadır. Ana söz konusu olduğunda, çocuğu doğuran kadın anası kabul edildiğinden (99), biyolojik (kan, bedensel, fiziksel) soybağıyla düzgün olmayan soybağı tek bir ve aynı kavramı dile getirmektedirler. Zaten, bunun içindir ki TMY eski 443/I, 1 hükmü "nesebi sahih olmayan hısımlar, ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir" demektedir. Baba söz konusu olduğundaysa, babayı belirlemek üzere doğuma benzeyen bir ölçüte dayanabilme olanağı bulunmadığından, önce biyolojik soybağını ortaya koyan bir babalık kararı veya tammaya gereksinim duyulmaktadır. Sonra da, bu yoldan babanın saptanması her şeye karşın tam bir güvence vermediğinden, biyolojik babalıkla hukuksal babalık her zaman eşanlamlı sayılmamakta, bu sadece bazı sınırlı durumlarda böyle görülmektedir (100). Dolayısıyla, baba açısından biyolojik soybağıyla düzgün olmayan soybağı tüm olasılıklarda tek bir ve aynı kavramı dile getirmemektedir. İşte bunun içindir ki TMY eski 443/I, 2 hükmü, TMY 290/2 hükmüne uygun olarak, evlilik dışı çocukların "baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının

(99) Bkz. TMY 290/1 düzenlemesi.

(100) Bkz. bir yandan TMY 290/2, diğer yandan TMY 291 ve TMY 310 düzenlemeleri.

kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır" demektedir. Şimdi, TMY yeni 443 düzenlemesine yakından eğildiğimizde görmekteyiz ki, bu düzenleme TMY eski 443/I, 1 hükmünü "ana tarafından" sözcükleri dışında a y n e n yinelemektedir.. Diğer yandan, bu düzenleme Medeni Yasa Tasarısı'nın konuya ilişkin düzenlemesinin (101) de t ı p a t ı p aynıdır..

Eğer TMY yeni 443 hükmü TMY eski 443/I, 1 hükmünden esinlenilerek kaleme alınmışsa, ana yönünden yasal mirasçılıkla baba yönünden yasal mirasçılığı ayrı gören TMY 443 düzenlemelerinin bunları farklı düzenledikleri gerçeği göz ardı edilmiş demektir. Gerçi, TMY'nun eski 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesiyle ikinci fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nce iptalleri ve TMY'nun yeni 443. maddesinin getirilmesiyle bu farklılığa tamamen son verildiği ileri sürülebilir. Oysa Yasa'nın şimdiki sistemi (mantıksal dizgesi) elvermediğinden, anılan farklılık k ı s m e n ortadan kaldırılabilmiş, k ı s m e n varlığını sürdürmüştür. Evlilik dışı baba söz konusu olduğunda, yasal mirasçılık ister istemez yasal hısımlık (düzgün olmayan hısımlık) ve bu da - yasal hısımlığın nasıl kurulabileceğini belirten TMY hükümleri (102) yürürlükte bulduklarından - zorunlu olarak tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararına bağlı kalmıştır. Değişen tek husus baba bakımından düzgün olmayan soybağlıların da bundan böyle düzgün soybağlılarla eşit paya sahip olmalarıdır. Dolayısıyla, TMY yeni 443 metninde kullanılan "gibi" sözcüğü tam olarak yerinde değildir denebilir. Yok eğer TMY yeni 443 hükmü Medeni Yasa Tasarısı'nın ilgili hükmünün aynen aktarılması suretiyle kaleme alınmışsa, o zaman da yeni düzenleme bölüm- sel yenilik yapma yönteminin k u r b a n ı olmuş gözükmektedir.. Zira, Tasarı'nın baba yönünden evlilik dışı soybağına ilişkin düzenlemeleri kesin olarak bilinmemekle birlikte, TMY'nun 310. maddesinin öngördüğü sınırlamalara artık yer verilmemesi ve her durumda düzgün olmayan soybağı doğuran tek bir babalık dâvâsının kabulünün amaçlandığı (103) gözlemlenmektedir. Bu düzenlemelerden y a l n ı z TMY yeni 443'ü karşılayamı alınmıştır.. Tasarı'nın konuyu ilgilendiren diğer düzenlemeleri de yasalaysaydı, TMY'nun yeni 443. maddesinde evlilik dışı ana yönünden yasal mirasçılığı da evlilik dışı baba yönünden yasal mirasçılığı da k a p s a r biçimde 'düzgün olmayan soybağlı hısımlar' teriminin kullanılması ve bunların düzgün soybağ-

(101) Bu konuda, bkz. **Cansel**, sh. 411-412.

(102) Bkz. özel. TMY 290/2, 291 ve 310.

(103) Bkz. **Cansel**, sh. 411.

lılar gibi mirasçı olduklarının söylenmesi, hiçbir sorunsal (problematik) hususa yol açmazdı. Fakat Tasarı'nın diğer hükümleri yasalasamadığından, TMY yeni 443 hükmü şimdiki yasal sistem (mantıksal dizge) içerisinde yer almakta ve anlam kazanmaktadır. Bu ise, Medeni Yasa'nın baba bakımından evlilik dışı soybağı anlayışıyla Tasarı'nın aynı alandaki anlayışı arasındaki derin ayrılıktan ötürü uyumsuzluğa neden olmaktadır. Bu uyumsuzluğu gidermek için tek çare de - doğal olarak - TMY yeni 443 düzenlemesini yürürlükteki sistem içerisinde ele almak, değerlendirmek ve anlamlandırmaktır! Böyle yapıldığında da, sadece TMY 290/2, 291, 297/I, 310 ve 312 düzenlemeleri uyarınca tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla evlilik dışı babayla çocuk arasında düzgün olmayan soybağı kurulduğunda, işte ancak o takdirde baba yönünden bu tür soybağında yasal mirasçılığın düzgün soybağındaki gibi olabileceği ortaya çıkar.

6. TMY eski 443/I, 2 düzenlemesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinden sonra, artık evlilik dışı çocukların tümünün tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararı olsun olmasın - baba yönünden yasal mirasçı olabilecekleri ileri sürülebilir. Ama, denebilir, tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararı yoksa, evlilik dışı çocukla babası arasında yine de hukuksal anlamda soybağıyla hısımlık olmayacaktır.. Yani, bu alanda, yasal mirasçılığın babayla çocuğu arasında ille de hukuksal soybağı ve hısımlığın varlığını gerektirmediği düşünülebilir.. Böylece, evlilik dışı babayla çocuk arasında hukuksal anlamda soybağı ve hısımlık bulunmasa dahi, yasal mirasçılığın yürüyeceği kabul edilmiş olur.

Ama, hukuksal soybağıyla hısımlığın yokluğunda, nasıll olup da kişinin babası ve onun hısımlarına - bunların da ona - yasal mirasçılıklarının kabul edilebileceğini kavrayabilmek güç, şimdiki yasal sistem (mantıksal dizge) karşısında bunu açıklayabilmek de olanaksızdır! Zira, sağ kalan eş ile Devlet bir yana, yasal mirasçılık mutlaka hukuksal hısımlık, bu da evlilik dışında mutlaka düzgün olmayan soybağı, bu sonucusuysa Yasa'nın sistemi uyarınca mutlaka tanıma işlemi ya da kişisel durum yaratan babalık kararına bağlıdır. Söz konusu mantık zincirinin bir halkası bile koparılıp atılamaz; aksi takdirde, Yasa'nın sistemi allak bullak edilmiş ve Yasakoyucu'nun iradesi de hiçe sayılmış olur..

7. Ne Anayasa Mahkemesi'nin TMY'nin eski 443/I, 2 hükmünü iptal eden kararı ve ne de TMY'nin yeni 443 hükmü, tanıma

işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla babasına bağlanmamış evlilik dışı çocuğun babasıyla onun hısımlarına - bunların da ona - yasal mirasçı olamayacakları hukuksal gerçeğini değiştirebilmişlerdir. Anılan iptal kararıyla TMY yeni 443 düzenlemesi, sadece düzgün olmayan soybağlı altsoyun düzgün soybağlı altsoyla birlikte mirasçı olmaları olasılığında babalarının mirasından yarım pay yerine tam pay almalarını sağlamışlardır. Dolayısıyla, Yüksek Mahkeme'nin iptal kararının TMY eski 443/II'ye ilişkin bölümü etkili olmuş, fakat TMY eski 443/I, 2'ye ilişkin bölümü boşlukta kalmıştır. Bu olağan sayılmalıdır: Medeni Yasa'nın baba yönünden evlilik dışı - düzgün olmayan - soybağını düzenleyen düzenlemeleri aynı kaldığı sürece başka türlü bir çözüm düşünülemez. Farklı çözüme varılabilmesi için tek çare, bu alanda sistemi değiştiren yeni yasal düzenlemeler yapılmasıdır.

8. Zaten, TMY eski 443/I, 2 hükmü, bir bakıma, gereksizdi de denebilir. Zira o olmaksızın da aynı sonuç doğardı. Yasa'nın evlilik dışı baba yönünden soybağı konusundaki düzenlemeleri, hukuksal soybağının - düzgün olmayan soybağının - ancak tanıma işlemi ya da kişisel durum yaratan babalık kararıyla kurulacağı (104) ve böyle kurulan hukuksal soybağının da hukuksal hısımlığına yol açacağını (105) şimdi olduğu gibi o zaman da öngörmekteydiler. Dolayısıyla, anılan düzenlemeler bu tür hısımların da babalarının yasal mirasçıları olacaklarını açıkça söylemeseler de bu böyle olmalıdır. Zira yasal mirasçı niteliği yasal soybağına bağlıdır. Aslında, TMY eski 443/I, 2 hükmü de, evlilik dışında baba bakımından yasal mirasçılık tanıma işlemi ya da kişisel durum yaratan babalık kararına bağlı kılındığından o biçimde bir anlatıma (106) başvurmamakta ve fakat yasal mirasçılık yasal hısımlık, bu ise tanıma işlemi ya da kişisel durum yaratan babalık kararına bağlı kılındığından o biçimde bir anlatıma başvurmaktaydı. Çünkü yasal mirasçılığın - ayrıklar (sağ kalan eş ile Devlet) bir yana bırakılırsa - ölçütü yasal hısımlık, evlilik bulunmadığında baba yönünden yasal hısımlığın ölçütüyse tanıma işlemi ya da kişisel durum yaratan babalık kararıdır! Bu nedenle, TMY eski 443/I, 2 düzenlemesi farklı bir anlatım da kullanabilir, yasal mirasçılığın düzgün olmayan hısımlıktan doğduğunu da söyleyebilirdi. Veya hiçbir şey söyleyebilirdi de.

(104) Bkz. TMY 290/2.

(105) Bkz. TMY 312.

(106) Bkz. TMY eski 443/I, 2 metni.

Yine de, açıkladığımız üzere, sonuç değişmezdi.. Onun içindir ki TMY'nın bu yürürlükten kalkmış düzenlemesinin ille de gerekli olmadığını ileri sürmekteyiz. Açıktır ki, hukuken kan hısımlı kabul edilen kişi, Medeni Yasa'nın Miras Hukuku alanındaki sistemine göre mutlak yasal mirasçılık hakkına sahiptir! Bu koşullarda, TMY eski 443/I, 2 hükmü olsa da olmasa da çözüm aynıdır. Yasa uyarınca yasal mirasçılığın yasal hısımlık, bunun düzgün olmayan soybağı ve sonuncunun da tanıma işlemi ya da kişisel durum doğuran babalık kararına bağlı olduğu göz önüne alınırsa, Yasa evlilik dışı çocukların baba yönünden yasal mirasçılıkları konusunda eski 443/I, 2 hükmünde olduğu gibi a y r ı c a bir şey söylese de bir, söylemese de birdir!

9. TMY'nın eski 443/I, 2 düzenlemesi olumlu mahiyette görünmeyip, olumsuz mahiyette görünmekteydi. Şöyle ki, evlilik dışı çocuklardan belirli bir bölümünün (tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla biyolojik babalarına hukuken de bağlanmış olanların) yasal mirasçı niteliğini belirtmeye değil de, bir bölümünün (tanıma işlemi ya da kişisel sonuçlu babalık kararıyla biyolojik babalarına hukuken de bağlanmamış olanların) yasal mirasçı niteliğini saf dışı etmeye yaramaktaydı.. Bu bakımdan, yasal mirasçılık hakkı veren bir hüküm olarak kabul edilemez. Ve mutlaka gerekli de sayılmaz. Çünkü hukuksal soybağı olmayan evlilik dışı çocukların baba yönünden yasal mirasçı olamayacaklarını söylemeye bile gerek yoktu. Bu sonuç, - tıpkı evlilik dışı hukuksal soybağı çocukların baba yönünden yasal mirasçı olacakları gerçeği gibi - Yasa'nın evlilik dışı baba söz konusu olduğunda hukuksal soybağına ilişkin düzenlemelerinden kendiliğinden açıkça çıkmaktadır. Zaten, bu doğru olmasa ve TMY eski 443/I, 2 hükmü gerçekten *zorunlu* olsaydı, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra evlilik dışı hiçbir çocuğun babasına yasal mirasçı olamayacağını kabulü gerekirdi. Yüksek Mahkeme'nin de anılan hükmü iptal ederken bu hususu niçin hesap etmediği sitemi kendisine yöneltilebilirdi. Mademki, denebilirdi, belirtilen hüküm bu tür çocuklardan bir bölümünün yasal mirasçılığını önlemekte ama en azından bir bölümüne bu niteliği tanımaktadır, iptali sonucunda daha önce yasal mirasçılık hakkından yararlananlar da artık bu haktan yararlanamayacaklardır.. Zira bundan böyle, bunu sağlayan düzenleme Yasa'da yer almayacaktır.

10. Ne hukuksal soybağısız evlilik dışı çocukların baba yönünden yasal mirasçı olamamaları, ne de hukuksal soybağı (düzgün

olmayan soybağlı) evlilik dışı çocukların baba yönünden yasal mirasçı olmaları TMY eski 443/I, 2 düzenlemesine dayandırılabilir. Bundan ötürü, bu düzenlemenin iptali birinci gruptakiler (öbekteki-ler) için yasal mirasçılık olanağını yaratamadığı gibi, ikinci gruptakiler için de bu olanağı ortadan kaldıramamıştır. Yine aynı nedenden dolayı, ikinci gruptakilerin yasal mirasçılık hakkını koruyarak aynı hakkı birinci gruptakilere de tanıyamamıştır.

TMY eski 443/I, 2 hükmünün iptalinin tek sonucu, varlığı ille de şart olmayan ve - bir açıdan - yineleme yapmaktan başka bir işleve sahip olmayan bu hükmün Yasa'dan çıkarılması olmuştur! Anılan düzenleme 'onsuz olmaz' bir düzenleme mahiyetinde olmayıp, 'olsa da olur olmasa da olur' türünden bir düzenleme olduğundan, iptal kararından öncesinde de sonrasında da denebilir ki, olsa da bir olmasa da bir!

11. Ve, TMY yeni 443 düzenlemesi yürürlüğe girince de bu durum değişmemiştir. Bu olağan görülmelidir; zira baba bakımından evlilik dışı soybağına ilişkin yasal düzenlemeler aynı kaldıkça anılan sonuç kaçınılmazdır. Belirtilen düzenleme soybağı (nesebi) düzgün (sahih) olmayan hısımlarla soybağı düzgün hısımlardan söz ettiğine göre, Yasa'nın iki ayrı hukuksal soybağı öngördüğü gerçeğini - ister istemez - kabul etmekte, yalnızca bunların bundan böyle yasal mirasçılık alanında eşit olacaklarını söylemektedir. Öyleyse, denebilir ki, yeni hüküm de, biyolojik soybağlı olmakla birlikte hukuksal soybağlı olmayan hısımların baba yönünden yasal mirasçılıklarını reddeden yasal konumu yansıtmaktadır..

Medeni Yasa'nın ne yeni 443. maddesi ne de diğer bir maddesinde sadece biyolojik soybağlıların babayla onun hısımlarına - ve tersine bunların da onlara - yasal mirasçı olabileceklerine ilişkin bir düzenleme bulunmadığına göre, bu soybağlılara anılan yasal mirasçılık tanınmaz.

12. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucunda eski 443/I, 2 hükmü Medeni Yasa'da yer almasa da, bir yandan yeni 443. madde diğer yandan 290/2, 297/I ve 310 hükümleri - özellikle birlikte ele alındıklarında -, bizi evlilik dışı çocuğun baba yönünden yasal mirasçılığının babasının kişisel durumunu izlemesine bağlı olduğu gerçeğini kabule götürmektedirler. Diğer bir anlatımla, böyle bir çocuğun biyolojik soybağlı olması yeterli olmayıp hukuksal soybağlı olması da gereklidir.

Yasa'nın konuya ilişkin konumu bu oldukça ve Yasakoyucu da devreye girerek baba bakımından evlilik dışı soybağını düzenleyen tüm düzenlemeleri elden geçirip aksi doğrultuda yenilemedikçe, biyolojik soybağlıların yasal mirasçılığını benimseyebilme olanağı yoktur. Yürürlükteki Hukuk açısından (*de lege lata*) vardığımız sonuç budur. Olması gereken Hukuk açısından (*de lege ferenda*) sorun ayrıca incelenmelidir. Ama Yasa'nın sistemi (mantıksal dizgesi) böyle kaldıkça, farklı çözüm doğru olamaz. Bu nedenle, ne TMY eski 443/I, 2 hükmünün iptal yoluyla yürürlükten kaldırılması, ne de TMY yeni 443 hükmünün yürürlüğe konulması durumu değiştiremezdi. Ve değiştirememiştir de: '*devrân yine ol devrân, âlem yine ol âlem*'!

Kaynaklar*

- Akıntürk T.:** *Aile Hukuku*, 3. bası, Ankara, 1978
- Aksoy M.:** *Das Erbrecht ausserehelicher Kinder in rechtsvergleichender und kritischer Darstellung*, I. Halbband, Zürich, 1954, II. Halbband, Zürich, 1954
- Aubert J.-F.:** *Les actions de la filiation en droit civil suisse*, Essai de classification, thèse Neuchâtel, 1955
- Ayiter N.:** *Medeni Kanununun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğilim ve Gereksinimler Karşısında Değerlendirilmesi*, *Medeni Kanun'un 50. Yılı*, Ankara, 1977, sh. 43 vd.
- Burcuoğlu H.:** *Anayasa Mahkemesinin, Medeni Yasa'nın 310/II. Maddesini İptal Eden Kararının Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Ü. Doğanay'ın Anısına Armağan, c. I, İstanbul, 1982, sh. 321. vd. (I)
- Burcuoğlu H.:** *Hukumumuzda Evlilik Dışı-Evlilik İçi Çocuk Ayırımı*, Günümüzde Yargı 41 (1979), sh. 28 vd. (II).
- Cansel E.:** *Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi*, Prof. Dr. J.G. Akipek'e Armağan, Konya, 1991, sh. 405 vd.
- Egger A.:** *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft (Art. 252-359), 2. Aufl., Zürich, 1943.
- Exposé des motifs:** *Exposé des motifs de l'avant-projet*, t. I, Berne, 1901 (E. Huber).

(*) Konuyu doğrudan ilgilendirmeyen yayınlar dipnotlarda anılmakla yetinilmektedir.

- Feyzioğlu F.N./Özakman C./Sarıal E.:** *Aile Hukuku*, 3. baskı (3. baskı, C. Özakman ve E. Sarıal tarafından), İstanbul, 1986
- Hegnauer C.:** *Die Revision der Gesetzgebung über das aussereheliche Kindesverhaeltnis*, Referat, Basel, 1965
- Huber E.:** *Zehn Vortraege*, Bern, 1911
- İnan A.N.:** *Çocuk Hukuku*, İstanbul, 1968 (I)
- İnan A.N.:** *Fiili Birleşmelerle Bunlardan Doğan Çocukların Teseline Dair Mevzuat*, Ankara, 1958 (II)
- Köprülü B.:** *Das türkische Familienrecht in Vergangenheit und Gegenwart*, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul, t. XXIX, No 45 (1983), İstanbul, 1983, sh. 177 vd.
- Köprülü B./Kaneti S.:** *Aile Hukuku*, 2. bası, İstanbul, 1989
- Lalive P.:** *La révision du droit de la filiation illégitime*, rapport, Basel, 1965
- Message (1974):** *Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale* (du 5 juin 1974)
- Meulders-Klein M.-T.:** *Die Reform des Abstammungs- und Adoptionsrechts in Belgien*, FamRZ 1989, sh. 696 vd.
- Onar O./Turan M./Metin S./Savaş V.F.:** *Karşıoy Yazısı*, AM, 1987/1, 1987/18, 11.9.1987, RG 29.3.1988, 19769, sh. 20-22
- Özden Y.G.:** *Karşıoy Gereğesi*, AM, 1987/1, 1987/18, 11.9.1987, RG 29.3.1988, 19769, sh. 22-23
- Öztan B.:** *Aile Hukuku*, 2. bası, Ankara, 1983
- de Page H.:** *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. I, 2e éd., Bruxelles, 1948
- Silbernagel A.:** *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Familienrecht, Die Verwandtschaft (Art. 252-334), 2. Aufl., Bern, 1927
- Sungurbey İ.:** *Medenî Hukuk Eleştirileri*, İstanbul, 1963
- Şahin M.:** *Karşıoy Yazısı*, AM, 1987/1, 1987/18, 11.9.1987, RG 29.3.1988, 19769, sh. 23-24
- Tekinay S.S.:** *Türk Aile Hukuku*, 7. baskı, İstanbul, 1990 (I)
- Tekinay S.S.:** *Evlilik Dışı Nesep Mesolelerine Toplu Bir Bakış*, Medenî Kanun'un 50. Yılı, Ankara, 1977, sh. 83 vd. (II)

Tiryakioğlu B.: *Milletlerarası Özel Hukukta Çocuklara İlişkin Kurallar*, Ankara, 1991 (I)

Tiryakioğlu B.: *Çocukların Korunmasına İlişkin Milletlerarası Sözleşmeler ve Türk Hukuku*, Ankara, 1991 (II)

Zevkliler A.: *Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, 3. basım, Ankara, 1992

Kısaltmalar

agç.	adı geçen çalışma
agy.	adı geçen yazar
ak.	anılan karar
AM	Anayasa Mahkemesi
ay.	aynı yer
ayn.	aynı
ayr.	ayrıca
BGE (ATF)	Bundesgerichtsentscheidungen (Arrêts du Tribunal fédéral suisse)
bkz.	bakınız
c.	cilt
dpu.	dipnot(u, lar, ları)
E	Esas
gen.	genel
hk.	hakkında
Hlbbd.	Halbband(ae)
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
İMY	İsviçre Medeni Yasası
K	Karar
kşz.	karşılaştırınız
LF	Loi fédérale
örn.	örneğin
özel.	özellikle
RG	Resmî Gazete

RSJ (SJZ)	Revue suisse de jurisprudence (Schweizerische Juris- tenzeitung)
s.	sayı
sh.	sahife(ler)
T	Tarih
TMY	Türk Medeni Yasası
vb.	ve benzeri, ve benzerleri
vd.	ve devam(ndakiler)
vdy.	ve diğer yer(ler)
YIBK	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	yukarı(ki, kiler, daki, dakiler)