

EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUKLARIN ANA VE BABALARINA KARŞI DURUMLARI

Prof. Dr. Şakir BERKİ

Gayrimeşrû münasebet mahsulü çocukların ana ve babalarına karşı olan hukukî durumları arasında farklar ve benzerlikler vardır ki, bunlardan evvelâ farklara işaret ettikten sonra, benzerliği kanundaki mucib sebeblere dayanarak belirtmeye çalışacağız.

Ş. 1 — Evlilik haricinde doğan çocukların ana ve babalarına karşı durumlarındaki farklar :

Bu farkları şu suretle özetlemek mümkündür :

I — Evlilik dışında doğan çocuk, anasına karşı doğduğu andan itibaren nesebe sahiptir.¹ Ana ile çocuk arasındaki bu nesebe kanunen kurulmuş bir nesebtir; çocuğun anasına karşı nesebe sahip olabilmesi için analık davâsı veya ana tarafından yapılması gereken bir tanıma mevzuubahis değildir. Çocuk zina mahsulü olsun fücür mahsulü bulunsun hükümde değişiklik; yani bu kategoriye dahil çocuklardan olmayan gayrimeşrû çocuklar arasında anaya karşı nesebin mevcudiyeti ve kuruluşu bakımından hiç bir fark yoktur.

Evlilik dışında doğan bir çocuğun, babasına karşı nesebe, gayrı sahih nesebe nâil olabilmesi için ya babası veya bunun ölümü veya temyiz kudretini zâyî etmesi halinde babasının babası, yani baba tarafından ilk dedesi tarafından tanınmasına yahut ahvali şahsiyeye müncer olan babalık davâsı sonunda verilecek olan bir hüküme ihtiyaç vardır.² Babalık davâsı için kabul edilmiş olan bir senelik müddet geçse bile, çocuğun babasına karşı nesebe sahip olma şansı yine mevcuttur. Zira tanımda sukutu hak veya mürur-zaman müddeti namiyle hiç bir müddet yoktur : Meselâ 100 yaşın-

¹ Türk. MK. Md. 290; İsviçre MK. Md. 302/1.

² Türk MK. Md. 291; 297; İsviçre MK. Md. 303; 309/1.

daki bir baba bilfarz 80 yaşındaki gayrisahih nesebli çocuğunu tanıyabilir. Lâkin tanıma, babanın veya babanın babasının irade ve arzusuna bağlı olduğundan, Kanun çocuğa nesebinin kurulması için babalık davâsı açma hakkını tanımıştır.

Keza burada kayda değer ki, tanımda tanıyacak olan babanın reşid olması ve hatta tanıma yapabilmesi için muayyen bir yaşı doldurmuş bulunması şartı da yoktur. Temyiz kudretine sahip bulunması kâfidir.³ Binnetice, bilfarz 14 yaşındaki bir baba gayrimeşrû cinsî münasebet mahsulü olan çocuğunu tanıma esnasında mümeyyiz oldukça tanıyabilecektir. Tanıma resmî senetle veya vasiyetle olsun hüküm aynıdır. Her ne kadar vasiyet yapma ehliyeti 15 yaş ile mukayyet ise de, tanıma özel ehliyete tâbi olduğundan ve 15 yaşla mukayyet olan vasiyet ehliyeti vasiyetde genel ehliyet şartı, daha doğrusu mamelekî neticeler doğuran vasiyetlere münhasır ve şâmil bulunduğundan, bu umumî vasiyet ehliyetini tanımada tatbik, fikrimizce câiz olmaz. Binnetice, bilfarz 15 yaşındaki mümeyyiz bir kimse iki evini vasiyet edip bu vasiyetnamesinde gayrimeşrû bir çocuğunu da tanımış olsa, işbu vasiyet evler bakımından iptali mucib olur ise de, tanıma bakımından iptal konusu olamaz.

Evlilik haricinde doğan her çocuk anaya karşı doğduğu andan itibaren nesebe sahip olduğu halde, zina veya fücür mahsulü çocuklar babaları tarafından tanınamayacakları gibi babalarına karşı nesepleri babalık davâsı ile de tesis edilemez. Mamafih, babalık davâsı ile neseblerinin kurulamamasının mutlak olmasına rağmen, işbu imkânsızlık tanıma hususunda kat'î değildir. Filhakika, Medenî Kanuna göre tanıma memnuiyetine rağmen tanınması imkânsız olan bu çocuklar her nasılsa tanınmış ve bu tanımaya üç aylık müddet içinde itiraz edilmemiş ise, artık tanıma iptal edilemez.⁴ Netice itibariyle, emrivaki haline gelmiş olan bu tanıma dolayısıyla zina veya fücür mahsulü çocuklar dahi babalarına karşı gayrisahih nesebe sahip olmak imkânı bulmuş olurlar.

Son olarak kayde şâyandır ki, evlilik haricinde doğup zina mahsulü de olan bir çocuk babasına karşı sahîh nesebli çocuk statüsüne de nâil olabilir. Filhakika böyle bir çocuğun sonradan evlenme ile nesebi tashih edilebilir.⁵ Keza fücür mahsulü çocuklar

³ Bu hususda bakınız : Şakir Berki, Medenî Hukuk, İkinci Baskı, Ankara, 1967, sa. 194.

⁴ Türk. MK. Md. 293; 294; İsviçre MK. Md. 305; 306. Bu maddelerdeki üç aylık müddet sukutu hak müddetidir.

⁵ Şakir Berki, Medenî Hukuk, a.g.e, sa. 179.

dahi sonradan evlenme ile aynı imkânı elde edebilirler : Evlenmeleri memnû olan bir kadınla bir erkekden, ve meselâ bir şahısla teyzesinden bir çocuk dünyaya gelse, ve teyze ile usulüne göre, yani evlendirme memuru huzurunda her nasılsa evlenme akd edilmiş bulunsa, teyze ile olan cinsi münasebet mahsulü çocuğun, yani fücür mahsulü çocuğun nesebi, mutlak butlanla bâtil olan bu evlenme akdi ile tashih edilmiş olur. Bu, Türk Medenî Kanununun 124 üncü maddesinin 2 inci fıkrasında mevcut olup, mutlak butlanla malûl olsa dahi bir evlenmenin mutlak butlan kararına kadar sahîh evlilikten farksız bulunduğunu ifade eden hükmün neticesidir.⁶

Son olarak kayd edelim ki, zina ve fücür mahsulü çocukların hâkim hükmü ile babalarına karşı nesebinin sahîh hale gelmesi imkânsızdır; filhakika, yekdiğeri ile evlenmeleri memnû olanların birbirleriyle evlenme vaadinde bulunmaları hükümsüz, binnetice, bunlardan evlilik haricinde doğan çocukların mahkeme kararı ile neseblerinin tashihi de hukuken imkânsızdır.⁷

II — Velâyet bakımından farklar.

Evlilik haricinde doğan çocuk, babasına karşı da nesebi kurulmuş olsa bile mutlaka ana veya babasının velâyetine tâbi olmaz. Mahkeme böyle bir çocuğa vasi tâyinini münasip gördükçe çocuk velâyete tâbi olmaz.⁸ Kayde değer cihet bizce şudur ki, ana baba velâyeti kullanmaktan âciz durumda olmasalar bile hüküm değişmez. Çünkü Kanun mahkemeye küçüğe şartla mukâyyet olmaksızın vasi tayin etmek yetkisini vermektedir.

Ana veya baba kendilerinde velâyeti icraya mâni bir sebep bulunmadığını ileri sürerek çocuk üzerinde velâyet hakkına sahip olmaları icab ettiğini ve çocuğa vasi tâyinine imkân olmadığını iddia edemezler. Aksi halde, mahkemeye çocuğa vasi tâyini yetkisi veren maddenin hikmeti vücudu kalmazdı.

Mahkeme ana ve babasına karşı da nesebi kurulmuş bulunan çocuğa ancak ana babadan birini velî tayin edebilir. Zira bir çocuğun ana ve babasının birlikte velâyetine tâbi olması, evlilik içinde doğan çocuklar hakkında câri bir kaidedir. Mamafih, aynı ana babanın müteaddit gayrimeşrû çocukları bulunsa, mahkeme çocukların hepsini ana veya babadan yalnız birinin velâyetine terke mec-

⁶ Bakınız : a.g.e, sa. 179.

⁷ Keza : a.g.e, sa. 180.

⁸ Türk. MK. Md. 298; İsviçre MK. Md. 311/2.

bur değildir. Türk M. Kanununun 313 üncü maddesi⁹ mucibince bir kısım çocukları ananın diğerlerini babanın velâyetine tevdi edebilir. Nihayet mahkeme, gayrisahih nesebli çocuğun velâyetini muayyen bir yaşa kadar anaya, bu yaşdan sonra babaya verebilir¹⁰

Velâyet kendisine verilen ana veya baba, meşrû çocuklara ait hükümler müstesna olmak üzere, velâyete dair sair ahkâma uyararak harekete mecburdur. Binnetice, Medenî Kanunun 288 inci maddesi gereğince çocuk rüşde erişince bizzat çocuğa, ve velâyet nez edilip çocuğa vasî tâyini halinde vasîye karşı mes'ul olur.

Çocuk malları üzerindeki haklar, aynen meşrû çocuğun malları üzerinde ana babanın hakları gibidir; yani velâyete sahip gayrimeşru ana veya baba çocuğun mallarında intifa hakkına sahip olduğu gibi, birlikde ikamet halinde çocuğun kazançının mülkiyetine malik olur.¹¹

Velâyetin nez'i ve sair zeval halleri aynen meşrû çocuklarda olduğu gibidir; yani bu hususda vaz edilen genel prensipler burada da kabili tatbiktir. Mamafih, bu hususda Medenî Kanunun 264 üncü maddesi hükmü de nazara alınmak lâzım dır. Ana babadan birinden velâyet kalktığı takdirde diğerinde devam edeceği kaidesi, gayrimeşrû çocuklar hakkında câri olmaz; zira, kayd edildiği üzere, bu gibi çocuklar aynı zamanda hem ana hem baba velâyetinde değildirler; binnetice Medenî Kanunun 264 üncü maddesindeki mezkûr hüküm bunlar hakkında bizzarur câri olmaz. Kendisine velâyet verilmiş olan ana veya babadan velâyet nez edilse, mahkeme küçüğe vasî tâyinine lüzum görebilir; bu halde, diğer taraf velî sıfatını hâiz olamaz. Halbuki mahkemenin meşrû çocuklar üzerindeki velâyetde vasî tâyinine imkân yoktur : ana babasının velâyetine tâbi olan bir küçüğün babasından velâyet nez edilse, velâyeti icra yetkisi kanun hükmü icabından olarak münhasıran anaya ait olur; hâkim vasî tâyini cihetine gidemez. Bu, bir şahıs üzerinde aynı zamanda velâyet ve vesâyetin içtimasının imkânsızlığının neticesidir.

III — Miras bakımından farklar.

Evlilik haricinde doğan her çocuk anasına karşı aynen meşrû çocuk gibi mirascıdır. Bu çocukların meşrû fûruu dahi halefiyet

⁹ İsviçre MK. Md. 326/2.

¹⁰ Türk. MK. Md. 313; İsviçre MK. Md. 326/2.

¹¹ Filhakika, Çocuk mallarına dair olan Medenî Kanun hükümleri yalnız meşrû çocukların mallarıyla ilgili olmayıp, çocukla arasında velâyet münasebeti bulunan her ana baba hakkında caridir.

suretiyle mirascıdırlar.¹² Binnetice, bir kadın ölüp, bir meşrû çocuk ile bir evlâtlık,¹³ ve bir fücür mahsulü çocukla zina mahsulü diğer bir çocuk bıraksa, terekesi 1000 lira olsa, her çocuğa miras payı olarak 250 lira düşer. Gayrimeşrû çocuk anasından evvel ölse, füruu halefiyet suretiyle hissesine sahip olur. Zina mahsulü bir kızı ve bir de aynı kategoriye dahil oğlu bulunan bir kadının bu iki gayrı meşrû ve zina mahsulü çocuğu kendisinden evvel ölmüş olsalar, her biri birer zina mahsulü çocuk bıraksa; müteveffa gayrimeşrû ninenin 1000 lira terekesi mevcut olsa; 1000 liranın hepsi zina mahsulü kızın zina mahsulü oğluna halefiyet suretiyle intikal edecek, zina mahsulü oğlun zina mahsulü kızı mirasdan hisse alamayacaktır.¹⁴ Hüküm evvel ölen zina mahsulü erkek evlâdın zina mahsulü olmayıp da tanıma veya hükümle nesebi babasına karşı kurulmamış olan evlilik haricinde doğan çocuğun halefiyet suretiyle mirası bahsinde de aynı olur.

Baba cihetinden, evlilik haricinde doğan çocuğun mirascı olabilmesi için babasına karşı nesebinin kurulmuş olması icap eder. Kayd edildiği üzere gayrimeşrû münasebetden doğan çocuk, babasına karşı ya gayrisahih nesebe sahip olur veya sonradan evlenme ile veya hâkim hükmü ile neseb tashihi yoluyla sahih nesebe sahip bulunur.

Tanıma veya babalık davası sonunda gayrisahih nesebi kurulmuş olan çocuk, babasından ya mirasın tamamını alır yahut meşrû çocukla veya evlâtlıkla içtima edince onlara ait hissenin yarısı nisbetinde mirasa nâil olur. Bazı misalleri kayıtda fayda vardır: Bir şahıs ölüp nesebi gayrisahih iki çocuk bıraksa, tereke 300 lira olsa, beheri 150 lira alır. Zira gayrı sahih nesebli çocukların mirasda meşrû çocuğa isabet edecek olan hissenin yarısına nâil olmaları kaidesi, ancak meşrû çocukla içtimaları haline münhasırdır. Mirasda müstakil oldukları zaman bu çocuklar da aynen meşrû çocuk gibi terekenin hepsine sahip olurlar; yoksa, kendilerine meşrû çocuğa düşecek olan hissenin yarısı miras payı olarak verilip, mütebaki, ikinci, bunlar yoksa, üçüncü ilh derecedeki mirascılara verilmez.

¹² Türk. MK. Md. 252/1; İsviçre MK. Md. 263/1. 443 ncü maddede (İsv. MK. Md. 461) füruun mirascılığı ile ilgili hüküm olmadığından kayıt olunan ve neseb tashihiine ait maddeler kıyasen tatbik edilecektir.

¹³ Evlâtlıkla meşrû çocuk mirasda içtima edebilir: Şakir Berki, Türk Medenî Kanununda Çocukların mirası, (Ank. Ü.H. Fakültesi Dergisi, Cilt. XXII, sa. 264-265).

¹⁴ Zira erkeğin zina mahsulü füruu ile arasında neseb münasebeti kaideten kurulamaz; binnetice miras da mevzuubahis olmaz.

Bir erkek ölüp, bir meşru ve iki gayrisahih nesebli çocuk bıraksa, tereke 500 lira olsa; ikili birli taksim kaidesi mucibince gayrı sahih nesebli beher çocuk 125'er ve mesrû çocuk da 250 lira alırlar. Vefat eden erkeğin zina ve fücür mahsulü olmamakla beraber tanıma veya hükümle nesebi kurulmamış evlilik haricinde doğmuş çocuğu bulunsa, bu çocuk fûrû olarak kanunî mirascı olamaz, tereke meşrû çocuklara, bunlar yoksa, ikinci ilh.. derecelere intikal eder.

Benzer misaller aynı esaslar dairesinde verilebilir.

Baba cihetinden mirascılığa ait bu esaslar kanunî mirascılıkla ilgilidir. Binnetice, babasına karşı nesebe sahip olmayan evlilik haricindeki çocuklar mansup mirascı sıfatıyla meşrû çocuklardan dahi fazla hisse alabilirler : Bir şahıs ölüp, 4 meşrû çocukla tasarruf nisabını ölüme bağlı tasarrufla kendisine intikal ettirdiği zina mahsulü bir çocuğu bulunsa, tereke 800 lira olsa, zina mahsulü çocuk mansup mirascı olarak 200 lira, meşrû çocuklardan her biri kanunî mirascı olarak 150 şer lira iktisab ederler.

Evlâtlıkla gayrisahih nesebli çocuk baba mirasında içtima etselen, kaideten evlâtlık meşrû çocuk gibi pay alır ise de 257 inci madde mucibince evlâd edinmeden evvel yapılan resmî senetle miras payı azaltılmış olsa, ona göre hükmedilir : Bir erkek ölüp kendisine karşı nesebi tanıma veya hükümle kurulmuş olan evlilik haricinde bir çocuğu ve miras hakkı resmî senetle meşrû çocuklara düşecek olan hissenin bilfarz sekizde biri nisbetinde azaltılmış olan bir evlâdlık kalsa ve tereke 900 liradan ibaret bulunsa, gayrı-meşrû çocuk kanunî mirascı sıfatıyla 825, evlâdlık 75 lira iktisab eder.

Ş. 2 — Evlilik haricinde doğan çocuğun ana babası ile hısımlığının mahiyeti.

I — Baba bakımından hısımlık.

Evlilik dışında doğan çocuk, babasına karşı gayrisahih nesebe müstenit hısımdır. Fakat her gayrımeşrû çocuk babaya karşı hısımlık râbitasına sahip değildir. Bunlar tanınamayan ve babalık davâsı ile de babaya karşı gayrisahih nesepleri kurulamayan çocuklardır. Bu hususda icab eden kayıtlar yapılmış olduğundan burada tekrara lüzum yoktur.

Evlilik dışında doğup babasına karşı gayrisahih nesebi kurulmuş olan çocukla babası arasındaki hısımlığın gayrisahih hısımlık

lık olduğunda ihtilâf yoktur. Zira gayrisahih nesebden ancak bu mahiyetde bir hısımlık doğabilir. Çocukla babası arasındaki hısımlık gayri sahih nesebe müstenit ise de, babanın çocuğa karşı vazifeleri meşrû babanın vazifeleri gibidir.¹⁵ Binnetice, gayrisahih nesebe sahip çocuğu babası aynen meşrû baba imiş gibi infak ve işeye, terbiye ve meslek ve tahsiline ihtimam etmekle mükelleftir. Bundan başka, 315 inci madde mucibince baba çocuğundan, ve bu, babasından nafaka almaya haklıdır. Yalnız meşrû baba gibi velâyet hakkına kanun icabından sahip olunamaz; mahkemenin kararı ile velâyet hakkı sâbit olur. Meşrû baba ile gayrimeşrû baba arasındaki mühim farklardan biri budur. Gayrimeşrû babadan gayrisahih nesebli çocuk ikili birli kaidesine göre miras almasına mukabil, babasının aynı çocuktan mirascılığı bu esasla takyid edilmiş değildir. Şu halde, gayrimeşrû baba gayrisahih nesebli çocukdan mirascılık bakımından meşrû babadan farklı değildir.

Meşrû çocuk evlâd edinmeye mâni olduğu halde, ayrısahih nesebli çocuk mâni değildir. Meşrû çocuğu olmayan bir erkek nesebi kurulmuş müteaddit gayrisahih nesepli çocukları olsa bile evlâd edinebilir. Keza çocuğun velâyeti anaya tevdi olursa, ananın talebi üzerine gayrimeşrû baba iştirâk nafakası ödemeye de mecburdur ki, bu hususda da meşrû baba ile gayrimeşrû baba arasında fark mevcut değildir.

Tanınması mümkün olmayan çocuklarla gayrimeşrû baba arasında hısımlık mevcut değil ise de, bunlar arasındaki mücerret usul fûrûluk münasebetinden bazı hukukî neticeler doğmaktadır :

1) Bir baba evlilik haricinde doğan zina veya fücür mahsulü kızı ile evlenemez. Aralarında her nasılsa evlenme akd edilmiş olsa bu evlenme mutlak butlanla bâtil olur ve 124 üncü maddenin 2 inci fıkrası mucibince butlan kararına kadar aynen sahih evlenmenin hüküm ve neticelerini tevhit eder.

Burada Medenî Kanunun Usul fûrû arasındaki evlenme memnuiyeti ile ilgili 92 inci maddesi hükmündeki bir zaafî telife işaret de isabet bulunacağı fikrindeyiz : Maddenin 1 No.lu bendinde «Neseb sahih olsun olmasın» ibaresi kullanılmaktadır. Halbuki usul fûrûluğun evlenme mâniî olması bahsinde nesebin, binnetice bunun sahih veya gayrisahihliğinin ehemmiyeti yoktur. Usul fûrûluk münasebeti başka, neseb başka ilgidir. Bir kimse kimin sülbünden gelmiş ise onunla arasında usul fûrûluk münasebeti vardır ve bu

¹⁵ Türk. MK. Md. 312; İsviçre MK. Md. 325/2.

münasebetin varlığı evlenmeye mutlak mâni olmak bakımından kâfidir. Aynı olarak bu iki şahıs arasında nesebin kurulmuş olması icab etmez. Neseb münasebeti usul furû hısımlığının tesisi için lüzumludur. Aralarında neseb münasebeti bulunan iki şahıs yekdiğerinin mutlaka usul fûruudur; fakat aralarında usul fûrûluk münasebeti bulunan kimseler yekdiğerinin gayrisahih nesebe müstenit olsa bile hısımlı olmayabilirler. Bunun tipik ve itiraz kabul etmez misali, evlilik haricinde doğup da babasına karşı nesebi kurulmamış olan çocuk ile babası arasındaki ilgidir. Binaenaleyh, Medenî Kanununun 92 inci maddesinin 1 No. lu bendindeki ibareye lüzum yoktu! bu ibare yerine yalnız «usul fûrû yekdiğeri ile evlenemez» hükmünü kullanmak daha hukukî olurdu. Kanunun halen mevcut ibaresinden yalnız aralarında meşrû ve gayri meşrû neseb münasebeti bulunanların evlenemeyecekleri manâsı da çıkartılabilir ki, bu manâya gelen bir evlenme manii tahdidî olur ve kabule şayan olmaz.

2) Nafaka mükellefiyeti.

Gayrimeşrû babasına karşı nesebi kurulmamış veya kurulamayan evlilik haricinde doğmuş bir çocuğa, babası mahkeme kararı ile 18 yaşını ikmal edinceye kadar nafaka vermekle mükelleftir.¹⁶

II — Ana bakımından hısımlık.

Medenî Kanununun 443 üncü maddesinin evlilik dışında doğan her çocuğa ana bakımından meşrû çocuk hissesi tanımış olması, bu çocuklarla anaları arasında meşrû hısımlık rabitasının mevcudiyeti zehabını yaratmakta ise de, 443 üncü maddenin hısımlıkla alâkası olmayıp münhasıran mezkûr çocukların miras hakkı ile alâkası vardır. Filhakika aşağıda sayılıp özlü olarak izah edilecek olan kanunî sebeplerden dolayı evlilik dışında doğan her çocuk, 443 üncü maddenin mirasa ait hükmü müstesna olmak üzere, anasına karşı gayri sahih nesebe müstenit hısımlığa sahiptir :

1) Her şeyden evvel şunu ifade edelim ki, mesele, Medenî Kanununun 311 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki «Ananın borçlarına ise tıpkı nesebi sahih çocuğa karşı olan borçlar gibidir» tarzın-

¹⁶ Türk MK. Md. 306/3; İsviçre MK. Md. 319/2.

Kayd edelim ki, babanın vermekle mükellef olduğu nafaka çocuğun her rüşde vusulünde kesilmemek lâzımdır. Zira Maddeler nafaka mükellefiyetini rüşdle değil 18 yaşın doldurulmasıyla takyid etmişlerdir. Şu halde, çocuk bu yaşa gelmeden evvel evlenmekle reşit olsa veya Kazâi rüşd kararı ile ehil kılınsa nafaka sakıt olmaz.

daki hükümle halledilemez. Zira aynı hüküm hiç bir fark olmaksızın evlilik haricinde doğan çocuğun, kendisine karşı gayri sahih nesebi kurulmuş olan babası arasındaki münasebeti tanzim eden maddede mevcuttur. Filhakika, çocukla gayrimeşrû baba arasındaki ilgiyi gösteren 312 inci madde «Babanın borçları ise, tıpkı nesebi sahih çocuğa karşı olan borçları gibidir», tarzındadır. 311/2 deki hükümle 312 inci maddedeki bu hüküm arasında en ufak fark olmadığı âşikârdır. O halde 311 inci maddenin 2 inci fıkrasındaki hükme istinad ederek evlilik haricinde doğan çocukla anası arasındaki hısımlık râbitasının meşrû hısımlıktan ibaret bulunduğu hükmüne varmak imkânsızdır. Meseleyi hal için istinad edilecek olan hüküm 311 inci maddenin 1 inci fıkrasındaki hükümdür: «Evlilik haricindeki doğumda anasına kalan çocuk.. gerek anasına gerek anasının hısımlarına karşı sahih olmayan neseb üzerine terettüp eden hak ve vazifelere dahi sahiptir». Bu hükümden derhal anlaşılır ki gayrimeşrû münasebet mahsulü her çocuk, 290 nıncı madde sarahati veçhile doğduğu andan itibaren anasına karşı kanunen nesebe sahip ise de, işbu neseb çocukla anası arasında meşrû hısımlık münasebetini doğurmaz; aralarındaki hısımlık gayrimeşrû nesebe müstenit hısımlıktır ki, bu hakikati, Medenî Kanununun sair hükümleriyle teyide devam etmek imkân dahilindedir:

2) Meşrû çocuklar üzerinde babaları da anaları da doğduğu tarihten itibaren velâyete kanun hükmü icabından olarak sahiptirler. Mahkemenin, ana babadan her ikisinden velâyet nez edilmiş olmadıkça; çocuğa vasi tayin yetkisi yoktur. Halbuki; ana evlilik haricinde doğan çocuğunun doğum anından itibaren kanunî mümessili değildir; yani velâyetini hâiz olmaz. Bu hakikat, çocukla ana arasındaki münasebete işaret eden 311 inci maddenin 2 inci bendindeki «Mahkeme velâyeti anaya verebilir» tarzındaki hükümle itiraza mahal olmayacak şekilde teyyüd etmektedir. Keza 298 nci maddede mevcut olup «mahkeme çocuğun ana veya babanın velâyeti altında bırakılmasını faideli görmezse ... bir vasi nasbeler» tarzında sarahatle beyan edilmiş olan hüküm de aynı hususu teyid eyleyen başka kanunî bir hükümdür.

Bütün bu deliller evlilik haricinde doğan her çocuğun anası ile arasında doğduğu andan itibaren mevcut olan hısımlığın meşrû hısımlık olmayıp, gayrimeşrû nesebe müstenit hısımlıktan ibaret bulunduğunu isabata zannımızca kâfidir.

Savunulan fikrin tatbikî sahadaki önemini aşağıdaki hallerle belirtmek icab eder :

a) Evlilik haricinde doğmuş çocuğa sahip olan bir kadın evlâd edinme müessesesinden faydalanmaya, yani başka bir kimseyi evlâd edinmeye haklıdır. Evlâd edinme muamelesine müsaade edecek olan mahkeme, mesleyi teyid sadedinde kayıt ve izah ettiğimiz delilleri ihmal edip, 443 üncü maddenin evlilik dışında doğan çocukların analarına karşı miras bakımından meşrû çocuk payı almalarını derpiş eyleyen hükmünü istimal eylemek suretiyle kadının bir başkasını evlâd edinme talebini reddetmez. Çünkü kayd ettiğimiz deliller karşısında evlilik dışındaki münasebetden doğan çocuk da anasına karşı gayrı meşrû fûrûdur.

b) Evlilik haricinde doğan çocuğun nesebi de sonradan evlenme ile anasına karşı tashih edilebilir. Ancak ananın zina veya fücür mahsulü çocuğu babaya karşı olduğu gibi anaya karşı da hâkim hükmü ile neseb tashihinden faydalanamaz.

Etüde son verirken 2 nci paragrafda evlilik haricinde doğan her çocuğun anasına karşı da gayrisahih nesebli olduğu fikrinin, 443 üncü maddenin lafzı ile de teyid edilmekte olduğu hakikatine işaret etmek yerindedir. Filhakika, Türk Medenî Kanununun her çocuğu anaya karşı meşru çocuk imiş gibi mirascı kabul eden mezkûr maddesi «Nesebi sahih olmayan hısımlar», yani «nesebi sahih olmayan çocuklar» ibaresini kullandığı gibi, İsviçre Medenî Kanununun bu maddeye tekabül eden 461 inci maddesi de aynı lafzı ihtiva etmektedir :

«Les parents naturels ont du côté maternel, les mêmes droits successoraux que les légitimes :

Gayrimeşrû hısımlar «yani çocuklar ve bunların fûruu» ana cihetinden meşrû hısımların hâiz olduğu aynı miras hukukuna sahiptirler.»

Görülüyor ki, maddeler evlilik haricindeki çocuklara ana cihetinden meşrû çocuk hissesi bahşederken dahi onların gayrisahih hısımlığını ifade etmeği de ihmal etmemişlerdir.

(Ettüdüin Fransızca Özeti)

**LA CONDITION DE L'ENFANT NÉ HORS MARIAGE
VIS À VIS DE SA MÈRE ET ENVERS SON PÈRE**

§. 1 — La condition de l'enfant né hors mariage vis à vis la mère.

I — L'enfant naturel a une filiation établie envers sa mère par le seul fait de la naissance. C'est à dire, pour l'existence de cette filiaon la mère n'est pas obligée de reconnaître l'enfant ou il n'est pas nécessaire d'établire la filiation par jugement à la suite d'une action en maternité.¹

II — Tout enfant illégitime a le droit de venir à la succession de la mère en qualité d'enfant légitime,² il est indifférent qu'il soit en concours avec les enfants légitimes: une femme qui a, par exkemple, deux enfants légitimes et deux enfants nés hors mariage,, dont l'un est adultérin, l'autre incestueux, décède en laisant 1000 livres turques: Chaque enfant obtiendra comme part légale 250 liv. T.

III — L'enfant illégitime n'est pas soumis à la puissance de la mère par le seul fait de la naissance. Car, d'après l'Art. 298 du code civil turc³, le juge est autorisé pour lui nommer un tuteur s'il le trouve nécessaire.⁴

§. 2 — La condition de l'enfant né hors mariage envers le père.

Aucun enfant n'a la filiation paternelle dès sa naissance; pour qu'il l'ait, il faut qu'il soit reconnu par son père ou par son grand père paternel.⁵ Mais bien que tout enfant possède, envers la mère

¹ L'Art. 290 du code civil turc; l'Art. 302/1. du code civil suisse.

² L'Art. 443 du code civil turc; l'Art. 461 du code civil suisse.

³ L'Art. 311/2. du code civil suisse.

⁴ L'Art. 298 du code civil turc;

⁵ L'Art. 291/1. du code civil turc; l'Art. 303/1. du code civil suisse.

une filiation, le cas n'est pas le même vis à vis du père; car les enfants adultérins et incestueux ne peuvent être reconnus ni leur filiation paternelle peut être établie par jugement.⁶ Ajoutons néanmoins que l'impossibilité d'établir leur filiation par voie de reconnaissance n'est pas absolue; en effet, si un enfant adultérin ou incestueux a été reconnu et la reconnaissance n'a pas été attaquée dans la durée de trois mois, elle ne pouvant pas désormais être attaquée, l'enfant en question aura également la filiation illégitime envers son père naturel.⁷ D'autre part, les enfants naturels qui rentrent dans la deuxième catégorie, c'est à dire, ceux adultérins ou incestueux, peuvent aussi avoir une filiation légitime vis à vis du père par voie de légitimation. Ces enfants peuvent, en effet, être légitimés par mariage subséquent.⁸ Leur légitimation par jugement est, par contre, abseulement impossible, car la promesse du mariage entre leurs père et mère n'est pas valable; tandis que la conclusion du mariage subséquent entre ces derniers n'est pas impossible. Il est vrai que le mariage entre une femme et un homme entre lesquels il est prohibé est légalement antaché de nullité absolue, Mais soit le code civil suisse, soit le nôtre qui le suit à ce sujet de point en point, considèrent un tel mariage comme un mariage normal jusqu'à la déclaration de nullité. Donc, un tel mariage donnera naissance à la légitimation d'un enfant incestueux né avant sa conclusion.⁹

Signalons ici un autre point : Comme nous le verrons plus tard, il n'existe pas de parenté entre le père naturel et les enfants qui n'ont pas eu une filiation illégitime établie par reconnaissance ou par jugement; il existe entre eux et leur père le lien d'ascendance et d'escendance, lien qui produit les effets suivants:

1) Le mariage est prohibé entre eux: Un père ne peut pas contracter mariage avec sa fille naturelle sans filiation paternelle;¹⁰

2) Le père est obligé de fournir la pension alimentaire au profit des enfants sans filiation et cette obligation peut durer jusqu'à leur âge de 18 ans.¹¹

⁶ L'Art. 297/1. du code civil turc; l'Art. 309/1. du code civil suisse.

⁷ L'Art. 293/2; 294 du code civil turc; l'Art. 305, 306 du code civil suisse.

⁸ Voir, Şakir Berki, «Droit civil» (en langue turque), 2. ème Ed. Ankara, 1967, page : 179-180.

⁹ L'Art. 124/2 du code civil turc; l'Art. 132/2 du code civil suisse.

¹⁰ Voir pour la critique du dit Article : Şakir Berki, Revue publiée par la Faculté de Droit d'Ankara, t. XIX, 1962, page : 229.

¹¹ L'Art. 306/3 du code civil turc; l'Art 319/2 du code civil suisse.

3) Bien que controversé, la dette alimentaire en générale est également applicable entre le père et ses enfants sans filiation. Car L'Art 315 du code civil turc¹² parle du lien de descendance et d'ascendance, mais non du lien de parenté pour pouvoir demander la dette en question.

Les dits enfants, c'est à dire, ceux qui n'ont pas de filiation ne sont pas héritiers légaux de leur père; Mais ils peuvent être ses héritiers nommés et en cette qualité ils peuvent obtenir une part même supérieure à celle des héritiers légaux.¹³ Ici signalons néanmoins le père qui n'a pas reconnu son enfant illégitime ne rentrant pas dans la catégorie d'enfant adultérin ou incestueux, ou dont la filiation paternelle n'a également pas été créée par jugement, peut le reconnaître peu avant son décès ou par testament et dans ce cas l'enfant peut être héritier légal. Car la reconnaissance n'est liée ni à une durée de prescription ni à celle de déchéance. Ajoutons aussi ce point que pour reconnaître l'enfant, seule la capacité de discernement suffit: Un homme âgé par exemple, de 13 ans et qui a un enfant illégitime, pourra donc le reconnaître s'il a la capacité de discernement au moment de la reconnaissance. D'où cette conséquence également qu'un testament fait par un tel homme ne pourra pas être annulé en ce qui concerne la reconnaissance qu'il contient; il pourra être annulé¹⁴ seulement pour ses effets patrimoniaux.¹⁵

III — L'enfant né hors mariage et qui a eu la filiation paternelle par reconnaissance ou par jugement, n'est pas soumis à la puissance de sa mère et de son père en même temps. Le juge peut, d'après l'article 319 du code civil,¹⁶ le laisser à sa mère ou à son père; même il est autorisé pour lui nommer un tuteur selon la disposition de l'Art. 298 du code civil.¹⁷ S'il existe plusieurs enfants illé-

¹² L'Art. 328 du code civil suisse. Cet article parle du lien de parenté. Mais le code civil turc (l'Art. 315) parle simplement du lien d'ascendance et de descendance. Le juge turc étant obligé d'appliquer la loi turque, ne prendra pas en considération le texte du code civil suisse. Voir à ce sujet notre étude intitulée «Différences entre le code civil turc et le code civil suisse» qui paraîtra dans une des Revues prochaines de la Faculté.

¹³ Voir pour les exemples: le texte en langue turque de l'étude.

¹⁴ D'après l'Art. 449 du code civil turc, la capacité de tester est fixée à l'âge de 15 ans, et selon l'article 467 du code civil suisse, à l'âge de 18 ans.

¹⁵ Voir pour l'explication: le texte en langue turque de l'étude.

¹⁶ L'Art. 313 du code civil suisse.

¹⁷ L'Art. 311/2 du code civil suisse.

gitimes issus de la relation illégitime du même homme et de la même femme, le juge peut en mettre certains sous la puissance de la mère et certains autres sous celle du père.¹⁸ Enfin il est possible de les confier à la mère jusqu'à un certain âge et puis au père.¹⁹

§. 3 — La nature de la parenté entre l'enfant illégitime et sa mère.

Nous sommes ici en présence d'une question que la grande majorité des auteurs considèrent comme résolue en faveur de la parenté légitime, en tenant seulement compte que chaque enfant né hors mariage est égal à l'enfant légitime au point de vue successoral. Mais cette égalité entre les enfants légitimes et ceux nés hors mariage n'a aucune signification en dehors du domaine successoral. La parenté entre l'enfant et sa mère n'est donc pas une parenté légitime, mais illégitime. Cette idée peut être argumentée par certaines dispositions légales que nous allons résumer comme Suit:

1) L'Art. 311 du code civil turc²⁰ dispose expressément que l'enfant né hors mariage a envers sa mère et vis à vis des parents de celle-ci, les droits et les devoirs résultant de la filiation illégitime. Comment, donc, prépretendre que le dit enfant ait une filiation légitime envers sa mère?.

2) Nous avons vu, aussi que l'enfant en question n'est pas soumis à la puissance de sa mère par le seul fait de la naissance et que le juge peut lui nommer un tuteur. Tandis qu'un enfant légitime est sous la puissance de sa mère dès sa naissance et cette soumission n'est pas liée à la décision du juge; elle dérive de la volonté du législateur.

3) La disposition qui figure dans l'article 311/2. du code civil disant que «les obligations de la mère sont les mêmes que si l'enfant était légitime» ne peut pas infirmer l'idée que nous défendons; car la pareille disposition y figure aussi²¹ en ce qui concerne les devoirs et les droits du père illégitime pour son enfant naturel reconnu.

¹⁸ L'Art. 313 du code civil turc; l'Art. 326 du code civil suisse.

¹⁹ L'Art. 313 du code civil turc; l'Art. 326 du code civil suisse.

²⁰ L'Art. 311/2 du code civil turc; l'Art. 324/2 du code civil suisse.

²¹ L'Art. 312 du code civil turc; l'Art. 325/2 du code civil suisse.

Les dispositions légales qui viennent d'être citées pour légitimer l'opinion que nous soutenons suffisent, à notre avis, pour affirmer que la parenté entre l'enfant illégitime et sa mère est une parenté illégitime comme celle qui existe entre lui et son père.

D'où les conséquences suivantes :

a) La mère d'un enfant illégitime pourra adopter une personne. Le juge ne pourra pas lui refuser cette possibilité en se basant sur la vérité que les enfants naturels sont indifférents de ceux légitimes au point de vue successoral. Car comme nous venons de le voir que malgré cette vérité les enfants nés hors mariage ne sont pas descendants légitimes de leur mère. Celle-ci jouira, donc, si les autres conditions se trouvent également réalisées, de l'institution de l'adoption.

b) L'enfant d'une femme né hors mariage jouira de la légitimation par mariage subséquent ou par jugement si les conditions requises existent en cette matière.