

NESEBİN TASHİHİ

Yazan : Asistan Dr. Hicri FİŞEK

Medenî Kanunumuzun yirmi beşinci tatbik yılını idrak ettiği ve bu kanunun tadili için bir komisyonun çalışmakta olduğu bugünlerde, içtimalî hayat şartlarının kanunu zorladığı ve vazukanunu müşkül bir duruma soktuğu hususlardan birisi olan, nesebin tashihi meselesinin yeniden

BİBLİYOGRAFYA :

- AKSOY — Muammer Aksoy: Kötü durum'u evlilik dışı çocuklar, Ankara 1943.
- ARSEBÜK — Esat Arsebük: Medenî Hukuk II, Aile hukuku (Ailede şahıslar ve halleri), Ankara 1940.
- BELGESAY — Mustafa Reşit Belgesay: Türk Kanunu Medenisi Şerhi II, Aile hukuku, İstanbul 1931.
- CURTI - FORRER — Eugène Curti - Forrer (Max - E. Porret'nin tercümesi): Commentaire du code civil suisse, Neuchâtel 1912.
- EGGER — August Egger (Tahir Çağa'nin tercümesi): İsviçre Medenî Kanunu Şerhi II, Aile Hukuku 2, Hısımlık, Ankara 1949.
- GÖKTÜRK — Hüseyin Avni Göktürk: Medenî Hukuk II, Aile Hukuku Ankara 1943.
- GÖNENSAY — A. Samim Gönensay: Medenî Hukuk II, Aile Hukuku 2, Nesep, velâyet, vesayet, İstanbul 1940.
- İMRE — Zahir İmre: Nikâhsız evlenmeler ve evlilik dışı çocuklar meselesi ve bun'ar hakkında son kanun (Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası; sene II, sayı 22-23, sf. 468). İstanbul.
- JdT — Journal des Tribunaux.
- MİLASLI — Gad Franko (Milâsh): Kanunu Medenî rehberi II, İstanbul 1927.
- OĞUZOĞLU — Hüseyin Cahit Oğuzoğlu: Medenî Hukuk II, Aile Hukuku, Ankara, 1949.
- ROSSEL — Virgile Rossel ve F. - H. Mentha: Manuel du droit civil suisse I, 2 nci bası, Genève.
- SCHWARZ — Andreas B. Schwarz: Evlilik dışı çocuk meselesi (Universite Konferansları 1943 - 1944, sf. 126 ve s.).
- STAMPA — Ulrich Stampa: Etat civil II, (Fiches Juridiques Suisses 173).
- TEPECİ — Kâmil Tepeci: Nesep Hukuku I, Ankara 1942.
- TF — Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse.
- TUOR — Pierre Tuor (Henri Deschenaux'nun tercümesi): Le code civil suisse, Zürich 1942.
- TUOR — Pierre Tuor: Heritiers legaux I (Fiches Juridiques Suisses 541.)
- VELİDEDEOĞLU — Hıfzı Veldet Velidedeoğlu: Türk Medenî Hukuku II, Aile Hukuku 2, Hısımlık, vasilik, içtihatlar, İstanbul 1940.

tetkikinin faydalı olabileceğini zannediyoruz. Türk cemiyet hayatının medenî kanun üzerindeki tazyikinin, doğrudan doğruya nesebin tashihi müessesesi dolayısıyla olduğu iddia edilemez. Medenî kanunumuzla asırlık geleneklerimiz arasındaki zıddiyet, bilhassa evlenme ve boşanma meselelerinde kendini göstermektedir. Lâkin evlenme, nesebin kanunî ve en mühim kaynağı olduğu cihetle, bu sahadaki uyuşmazlığın neseb sahasına ve binnetice nesebin tashihi müessesesine tesir edeceği aşikârdır.

Tetkikimizin birinci kısmını neseb ve nevelerine; ikinci kısmını nesebin tashihi müessesesini ilk defa tanzim eden ve bu yolda koyduğu kaidelerin izlerine hâlâ tesadüf ettiğimiz, roma hukukuna; üçüncü kısmını, bugünkü hukukumuzla takaddüm eden ve cemiyetimizin bünyesindeki tesirleri henüz silinmemiş bulunan islâm hukukuna; ve nihayet dördüncü kısmını bugünkü türk hukukuna hasrettik.

Birinci Kısım

NESEP VE NEVİLERİ

I — NESEP KELİMESİNİN MANASI VE NESEBİN TARİFİ :

Nesep kelimesi lûgat manası ile alındıkta hısımlık, bir şahısla usul ve fîruu arasındaki feriyet bağı, bir şahsın mensup olduğu nesil ve soy mefhumlarını ifade eder.

Müelliflerin büyük bir kısmı nesebi "bir şahsı ana ve babasına bağlayan hukukî rabıta" şeklinde tarif ederler (1). Kanaatımızca şu tarif hem daha şümillü hem daha sarihtir: **Nesep, bir şahsı ana ve babasına, veya kanunî bir faraziye mucibince ana ve babası addedilen şahıslara, bağlayan hukukî veya tabii, yahut bu iki vasfa aynı zamanda sahip olan bir bağıdır.**

II — NESEBİN NEVİLERİ :

Bu tarif neseb bağına muhtelif neveleri olduğunu göstermektedir. Filhakika neseb evvelâ kendisine vücut veren sebeplere göre bir tasnife tâbi tutulabilir; bundan sonra da tabii neseb dediğimiz rabıta, hukukî vasfına göre, tasnif edilebilir.

A. — NESEP BAĞININ KENDİSİNE VÜCUT VEREN SEBEPLERE GÖRE TASNİFİ :

(1) ARSEBÜK 370, 371; BELGESAY 173; BEUDANT: Cours de droit civil français III, 2^e noi bası, sf. 165; LEGRAND: Dictionnaire usuel de droit, sf. 430; TEPECİ 7; VELİDEDEOĞLU 277.

1 — **Tabii nesep:** Doğum vakıası çocukla onun doğumuna sebep olanlar arasında tabii nesep dediğimiz rabıtaya vücut verir.

2 — **Sun'î nesep:** Bu, isminin de gösterdiği gibi, tabii olmayan bir hâdisenin tevhit ettiği nesep bağıdır. Filhakika bir şahıs diğer bir şahsı, kanunun tesbit ettiği şartlar dahilinde, evlât edinirse bu iki şahıs arasında nesep bağına benzer bir rabıta doğar ve bu rabıtaya sun'î nesep denilir (2).

Tabii nesep tabiri bir çok müellifler tarafından evlilik dışı nesebi ifade etmek için kullanılmaktadır. Halbuki tabii sıfatı bir evliliğin mahsulü olan çocukların nesebine de uygun gelmektedir. **Tabii** vasfının zıddı gayrı meşru veya gayrı sahih değil **sun'î** dir; ve ancak bu iki nevi nesep, yani tabii ve sun'î nesep, birbirinden farklı olan iki kaynaktan gelmektedirler. Birincisi tabii bir vakıa olan **doğuma** istinat etmektedir. İkincisi ise insanların yarattıkları sun'î bir kaynağa **evlâdlık mukavelesine** istinat eder.

B. — TABİİ NESEBİN NEVİLERİ :

Yukarıdaki kısa izahatımız, **tabii nesep** tabirine bizim verdiğimiz mananın umumiytle verilen manadan daha geniş olduğunu gösterir. Filhakika biz, doğum dolayısıyla meydana çıkan her nevi nesebe tabii nesep diyoruz. Bu böyle olunca, doğuma müncer olan c'nsî münasebetlerin hukukî vasfının, nesebin hukukî vasfı üzerinde müessir olacağı bedihidir.

1 — **Sahihs nesep (Evlilik içi nesep) (3)** — Evliliğin devamı esnasında veya zevalinden üç yüz gün sonra doğan çocukla ana babası arasındaki nesep bağına sahihs nesep denilir.

2 — **Evlilik dışı nesep :** Birbirleri ile evli olmayan şahısların cinsî münasebetlerinden dünyaya gelen çocuğu, doğumuna sebep olan şahıslara bağlayan bağı evlilik dışı nesep denilir. Müelliflerin büyük bir kısmı bu nevi nesebi ifade için tabii nesep (4), gayri sahihs nesep (5), veya gayri meşru nesep (6) tabirlerini kullanmaktadırlar. Keza, nesebi evlilik dışı olan bir çocuğa tabii çocuk (7), gayri sahihs nesepli çocuk (8), veya nikâhsız

(2) Sun'î nesep tabiri yerine şu tabirlerin de kullanıldıkları vakidir:

Akdî nesep: VELİDEDEOĞLU 277.

Ca'li nesep: EGGER 187 (* tercüme edenin notu).

(3) VELİDEDEOĞLU 278.

(4) TEPECI 63.

(5) GÖNENSAY 89; VELİDEDEOĞLU 279, b.

(6) BELGESAY 229.

(7) ARSEBÜK 408; TEPECI 63.

(8) ARSEBÜK 408; BELGESAY 229; GÖNENSAY 89; OĞUZOĞLU 226; TEPECI 69 not 1.

çocuk (9) denilmektedir. Her gayrı sahih nesep evlilik dışı nesep ise de, her evlilik dışı nesebin gayri sahih nesep bağına vücut vermiyeceği aşikârdır. Kanaatimizce **evlilik dışı nesep ve evlilik dışı çocuk** tâbirleri, hem her türlü iltibasa mani olacak ve hem de ifade edilmek istenilen mefhumları en iyi ifade edecek mahiyettedir. Bu sebeptendir ki, kolaylıkla önlenebileceğini zannettiğimiz bir terminoloji hatasına düşmemeğe gayret ederek, gayrı sahih nesep tabirini sadece kanunumuzun gayrı sahih nesebin mevcudiyetini kabul ettiği yerlerde kullanacağız.

Evlilik dışı nesebin de bir tasnife tabi tutulması ve bu nesebe vücut veren cinsî münasebetin vasfına göre muhtelif nesep nevelerinin tefriki mümkündür. Bunun için vaziyeti ana bakımından ve baba bakımından tetkik etmek icabeder :

a — Ana bakımından : Roma hukukunun **mater semper certa** (ana daima malûmdur) kaidesini kabul eden hukuk sistemlerinde ve bu cümleden olan Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde, ana bakımından evlilik dışı nesep gayri sahih nesep aynı şeydir. Filhakika Medenî Kanunumuz “nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır” der (TMK. 290). Binaenaleyh doğum vakıası, tabii analığa olduğu gibi, hukukî analığa da vücut vermektedir. Diğer bir ifade ile, çocukla anası arasındaki gayri sahih nesep rabitası doğumla meydana gelir; çocuğun zina veya fücür mahsulü olması çocukla anası arasında gayri sahih nesep bağının teşekkülüne bir mani teşkil etmez. İsviçre medenî kanununun, zikrettiğimiz 290 nci maddeye tekabül eden, 302 nci maddesi bu hususu daha sarîh bir şekilde ifade etmektedir. Filhakika mezkûr maddeye göre “ana bakımından gayri sahih nesep, sadece doğum vakıası ile meydana gelir.”

b — Baba bakımından : Evlilik dışı çocukla onun doğumuna sebep olan erkek arasındaki nesep rabitası, bu erkekle çocuğun anası arasındaki cinsî münasebetin vasfına uygun olarak, muhtelif nevelere ayrılır:

aa) Sadece tabii nesep: Birbirleri ile evlenmelerine kanunî bir mâni bulunmayan erkekle kadının cinsî münasebetlerinden doğan çocukla bu erkek arasında **sadece tabii nesep** dediğimiz rabita meydana gelir. Bu nesep bağı, bu hali ile, hiç bir hukukî netice tevhit etmez; ancak bazı ahvalde gayri sahih nesep veya sahih nesep bağı haline gelebilir.

bb) Zina mahsulü nesep: Cinsî münasebet esnasında erkek veya kadın veya her ikisi evli iseler, bu münasebetin mahsulü olan çocukla erkek arasında, zina mahsulü nesep dediğimiz rabita teşekkül eder. Bu nesep ba-

ğı da “sadece tabii nesep” gibi hukukî bir netice tevhit etmez. Ve kaide-ten hiç bir zaman gayrı sahih nesep haline getirilemez. Lâkin, ileride göreceğimiz gibi, sahih nesep haline getirilebilir.

cc) Fücür mahsulü nesep: Evlilik dışı cinsî münasebette bulunan erkekle kadın arasında evlenmeğe mani olacak derecede bir hısımlık mevcut ise, bu erkekle çocuk arasında fücür mahsulü nesep meydana gelir. Keza bu nesep bağı da hukukî hiç bir netice tevhit etmez ve hiç bir zaman gayrı sahih nesep haline getirilemez. Sahih nesep haline getirilip getirilemeyeceği, ileride göreceğimiz gibi, münakaşalıdır.

dd) Gayrı sahih nesep: Zina ve fücür mahsulü nesepten farklı olarak “sadece tabii nesep” kanununun tayin ettiği bazı hallerde gayrı sahih nesep vasfını kazanabilir; ve böylelikle çocuğun doğumuna sebep olan erkekle çocuk arasında, hukukî bakımdan neticeler tevhit edecek, bir nesep rabitası teessüs eder. Medenî Kanunumuza göre nesebi gayrı sahih çocuğun babası tanıma veya bir hükümle taayyün eder (TMK. 290). İsviçre medenî kanunu, ana bakımından gayrı sahih nesepte olduğu gibi, burada da daha sarihtir: “Baba bakımından gayrı sahih nesebin taayyünü için tanımaya veya bir hükme ihtiyaç vardır.” (IMK. 302/2).

3 — Tashih edilmiş nesep : Evlilik dışı çocuğun nesebinin ana bakımından daima, baba bakımından ise bazı ahvalde, hukukî neticeler tevhit ettiğine işaret ettik. Bu hal evlilik dışı çocuğun hukukî statüsünü, eski hukuk sistemlerindeki evlilik dışı çocuk statüsüne göre, islâh etmiş ise de, vazı kanun bunu kâfi görmemiş ve bazı hallerde evlilik dışı nesebin tashih edilerek sahih nesep haline gelmesini mümkün kılmıştır. Modern hukuk sistemlerinin, İngiltere de dahil olmak üzere (10), kabul ettiği nesep tashihi müessesesinin ehemmiyeti, gerek evlilik dışı cinsî münasebetlerde bulunan erkekle kadın, gerek bu münasebetlerin mahsulü çocuk ve gerek cemiyet için, çok büyüktür. Böylelikle bir zaaf anında işlenen hatanın tamiri mümkün bir hale getirilmiş ve çocuğun doğumundan sonra anası ile babasının evlenmesinin nesebi tashih edeceği kabul edilmiştir. Kaide bu olmakla beraber, bazı hallerde evlenme olmadan dahi nesebin tashihi imkân dahiline sokulmuştur.

Aşağıdaki bahislerde tetkikine çalışacağımız nesebin tashihi müessesesini tarif etmek istersek “nesebin tashihi, meşru addedilmeyen ve binnetice sahih nesepli çocukların haklarına sahip olmayan, bir çocuğun nesebinin, kanunun tesbit ettiği bazı muamelelerin yapılması neticesinde sahih nesep haline getirilmesini mümkün kılan bir müessesedir” diyebiliriz.

(10) Legitimacy act, 1926. (16 and 17 Geo. V. C. 60).

İkinci Kısım

Roma Hukukunda Nesebin Tashihi (11)

Roma hukukunda nesebin tashihi müessesesine ilk olarak idarî ve malî bir karar dolayısı ile tesadüf ederiz. **Oblatio curiae** ismini alan bu neseb tashihi usulünün yanı sıra, evlenme ve hükümdarın emirnamesi ile de nesebin tashih edileceği kabul olunmuştu.

Her üç nevi neseb tashihi bütün evlilik dışı çocuklar için mevzu bahis değildir. Sadece **liberti naturales**, yani talî bir evlilik addedilebilecek olan **concubinat**'dan mütevellit çocukların neseplerinin tashihi mümkündür.

I — OBLATIO CURIAE :

Diğer iki usulden bir hayli evvel tatbik edilmeğe başlamış olan bu usulün hareket noktasını Théodose II ve Valentinien III ün bir **constitutio**su (12) teşkil eder. Meşru evlilikten tamamen uzak kalınarak, **curialara** (13) aza (**décurion**, **curiales**) bulmak gayesi ile kabul edilen bu usule göre nesebin tashihi şu şekilde yapılırdı :

1. Bir baba evlilik dışında doğmuş erkek çocuğuna, vasiyet veya hibe yolu ile, 25 arpentlik arazi (14) verip onu **décurion** kaydettirmek şartı ile bu çocuğunun nesebini tashih edebilirdi.

2. Şayet evlilik dışı çocuk kız ise, onun nesebinin tashihi için kıza 25 arpentlik araziye çehiz olarak verip, bir **décurion** ile evlendirmek lâzımdır.

Oblatio curiae yolu ile nesebin tashih edilebilmesi için, önceleri meş-

(11) Ş. BERKİ: Roma Hukuku, Ankara 1949

GIFFARD: Précis de droit romain I, Paris 1934.

GIRARD: Manuel élémentaire de droit romain, Paris 1906.

HONIG: (Şemsettin Talip'in tercümesi): Roma Hukuku Dersleri, İstanbul 1935.

KOSCHAKER: (Kudret Ayiter'in tercümesi): Roma hususi hukukunun ana hatları, Ankara 1950.

MONNIER: Manuel élémentaire de droit romain I, Paris 1947.

(12) GIFFARD 265; GIRARD 185; MONNIER 271 (Sene 443; Nov. Théod, 22; C. V. 27, Const. 3).

(13) Buradaki manası ile **curia**, cité'nin menfaatlarını koruyacak bir belediye meclisi idi ve **obligatio curiae** usulünün kabul edildiği sıralarda, bu meclisin üyeleri olan **décurion**'lar imparatorluğa ait vergilerin toplanmasından mes'ul idiler (Monnier: Petit vocabulaire de droit romain, sf. 75; Paris 1934).

(14) Bu, bir şahsın **décurion** olabilmesi için sahibi bulunması icap eden arazi miktarıdır.

ru çocuğun mevcut olmaması şarttı. Justinien zamanında bu şart kaldırıldı (15).

II — LEGITIMATIO PER SUBSEQUENS MATRIMONIUM = SONRADAN EVLENME İLE NESEBİN TASHİHİ :

Hıristiyanlığın yerleşmesi neticesinde **concubinat** ile onun mahsulü olan çocuklara iyi nazarla bakılmamağa başlanmıştır. Bu halin neticesi olarak, hem çocukları içinde buldukları fena durumdan kurtarmak ve hem de **concubinat** halinde yaşayanları evlenmeğe teşvik etmek için, evlenmenin nesebi tashih edeceği kabul edilmiştir. Bu yoldaki ilk hükme Canstantin'in bir **constitutiosunda** tesadüf edilir. Buna göre **constitutionum** nesri tarihinde **concubinat** halinde yaşayanlar, bir sene zarfında birbirleri ile evlendikleri takdirde, nesir tarihinde bu **concubinat**'dan doğmuş bulunan çocukların nesepleri tashih edilecekti. 477 senesinde Zenon aynı gayelerle aynı tedbire bir kere daha baş vurdu.

Görülüyor ki bu şekli ile nesep tashihi müstakar bir müessese olmaktan çok uzak, geçici bir tedbir, "bir nevi af" (16) mahiyetindedir.

Evlenme ile nesebin tashihi, 517 senesinde İmparator Anastas'ın neşrettiği bir **constitutio** ile müstakar ve devamlı bir müessese halini almıştır. Kısa bir zaman sonra, 519 da Justin bu müesseseyi lâğvetmiş ise de 529 da Justinien tarafından yeniden ve kat'i olarak vaz'edilmiştir (17). Bu şekli ile nesep tashihi'nin mümkün olabilmesi üç şarta bağlı idi :

1. Çocuğun ana rahmine düştüğü anda, ana babanın birbirleri ile evlenmelerine bir mani bulunmaması lâzımdır. Yani zina mahsulü çocuklarla bir esir veya yabancidan doğmuş olanların nesepleri tashih edilemezdi.

2. **Concubinat**'nın evlenmeye inkılâbını tesbit için bir evlenme mukavelesinin (**instrumentum dotale**) (18) yapılması lâzımdır.

3. Çocuğun - kendi arzusu hilâfına **patria potestas** altına girmesine ve binaenaleyh **alieni juris** olmasına mani olmak için - rızasının bulunması, hiç olmazsa muhalefetinin bulunmaması lâzımdır.

(15) GIRARD 187.

(16) GIRARD 184.

(17) GIRARD 186; MONNIER 270.

(18) **Instrumentum dotale**, eşler arasındaki malî münasebetleri tanzim eden bir vesika olup modern hukuktaki evlenme mukavelesine tekabül eder (Monnier: *Petit vocabulaire de droit romain*, sf. 124).

III — LEGITIMATIO PER RESCRIPTUM PRINCIPIS — İMPARATORUN EMİRNAME Sİ İLE NESEBİN TASHİHİ :

538 senesinde Justinien, evlenmenin imkânsız hale geldiğinde tatbik edilmek ve evlenme ile nesep tashihinin tamamlayıcısı olmak üzere, imparatorun emirnamesi ile nesebin tashih edilebileceğini tesbit etti.

Hükümdarın emirnamesi ile nesebin tashih edilebileceğini tesbit etti.

Hükümdarın emirnamesi ile nesebin tashih edilebilmesi için, evlenme ile nesebin tashihi kısmında zikrettiğimiz şartlara ilâveten şu şartların da mevcut olması icabeder :

1. Kadının ölmesi, gaip olması veya başka birisi ile evlenmiş bulunması gibi sebeplerle çocuğun babası ile evlenmesinin imkânsız bir hale gelmiş olması.

2. Babanın meşru fûruunun bulunmaması.

Bu şartların mevcudiyeti halinde baba, imparatorun çocuğunun nesebinin tashih edilmesini isteyebilir ve onun vereceği cevaba göre çocuğun nesebi tashih edilir veya edilmezdi.

Baba ölmüş ve vasiyetnamesinde nesebin tashihi arzusunu izhar etmiş ise, bizzat çocuk da nesebinin tashihini hükümdardan isteyebilirdi.

IV — NESEP TASHİHİNİN HÜKÜM VE NETİCELERİ :

Nesep tashihinin üçşeklinde de müşterek olan netice, nesebi tashih edilmiş olan çocuğun babanın **patria potestası** altına girmesi ve meşru çocuk gibi babanın mirascısı olmasıdır.

Nesep tashihi evlenme veya imparatorun emirnamesi ile yapılmış ise çocuk babanın ailesine de dahil, binaenaleyh babanın hısımları ile hısım olurdu (19). Nesep tashihinin **oblatio curiae** yolu ile yapılması halinde çocuk babanın **patria potestası**' altına girerse de onun ailesine dahil olamaz ve binaenaleyh bu çocukla babasının hısımları arasında hısımlık teessüs edemezdi.

Üçüncü Kısım

İslâm Hukukunda Nesebin Tashihi (20)

I — İSLÂM HUKUKUNDA NESEP VE NEVİLERİ :

Umumiyetle nesep bir şahısla ana babası arasındaki rabita diye tarif

(19) GIRARD 186; MONNIER 271.

(20) A. H. BERKİ: Miras ve tatbikat, Ankara 1947.

BİLMEN: Hukuku islâmiye ve istilâhatı fıkhiye kanunu II, İstanbul 1950.

edilirse de (21), Kur'andan istihraç edilmiş bir hükme nazaran (22) hukuk bakımından nesep "baba bakımından olan karabete. merbutiyete mahsustur" (23).

Ana cihetinden nesebin tayininde hiç bir müşkül yoktur; zira çocuğun nesebi "onu doğuran anadan bilâ şüphe sabittir." (24).

Baba cihetinden nesebin tayinine gelince mesele değişir ve ananın evli veya evliliğe kıyas edilecek (25) bir hale sahip olup olmaması ehemmiyet kazanır.

Ana evli veya evliliğe kıyas edilecek bir hale sahip ise, prensip itibarı ile, çocuk kadının kocasına veya sahibine izafe edilecektir; zira "veled sahibi firaşındır" (26). Aksi halde, mücerret doğum vakası dolayısıyla, çocuğun nesebi doğumuna sebep olan erkeğe izafe edilemeyecektir. Kadının evli olması halinde, babanın çocuğun nesebini reddetmesi neticesinde çocuk, evli olmayan kadının çocuğu vaziyetine düşecektir, yani babasına olan nisbeti meçhul kalacaktır.

Bu kısa izahat bizi islâm hukukunda iki nevi nesebin mevcut olduğu neticesine götürmektedir :

1. Taayyün etmiş nesep: Bir çocuğun babasına olan nisbeti kaideten **nikâhı sahih** veya **istilâd** ile taayyün eder. Böyle bir nesebin hüküm ve neticeleri bugünkü hukukumuzda sahih nesep müessesesinin hüküm ve neticelerine benzer. Yani nesebi taayyün etmiş olan çocuk meşru çocuktur. Nesebin taayyün şekli ne olursa olsun netice aynıdır.

2. Taayyün etmemiş nesep: Nikâhı sahih ve istilâd halleri haricinde doğmuş olan çocuğun anasına olan nisbeti doğumla taayyün ederse de, babasına olan nisbeti taayyün etmez. Binaealeyh bu çocuk baba bakımından nesepsizdir. •

BOUSQUET: Précis de droit musulman Alger.

GAUDEFFROY - DEMOMBINES: Les institutions musulmanes, Paris 1947.

MORAND: Etudes de droit musulman algerien, Alger 1910.

MUSTAFA ZİHNİ: Münakalât ve müfarakat,

(21) BILMEN 420 ve 422; MUSTAFA ZİHNİ 262.

(22) BILMEN 422.

(23) BILMEN 422.

(24) MUSTAFA ZİHNİ 262.

(25) Evliliğe kıyas edilecek halden maksat istilâddır. "İstilâd, cariye sahibi çocuk doğurtmak demektir ki murat cariye vaty ile andan gelen veledin kendisinden olduğunu ikrar eylemektir" (MUSTAFA ZİHNİ 268). Bu takdirde cariye ümmü veled olur.

(26) BOUSQUET 153; MUSTAFA ZİHNİ 263.

II. İSLAM HUKUKUNDA NESEBİN TASHİHİ MÜESSESESİ VARMIDIR ?

Garplı müelliflerden eserlerini görebildiklerimiz içinde nesep tashihinden bahsedenler, islâm hukukunda bu müessesenin mevcut olmadığını söylerler.

Bousquet, bir erkeğin gayrı meşru çocuğunu tanıyamıyacağını "bina-naleyh bunların neseplerinin tashih edilemeyeceğini" ve evlilikten evvel doğmuş çocukların asla sonradan yapılacak bir evlenmeye izafe edilemeyeceğini, zira nesep tashih müessesesinin mevcut olmadığını söyler (27).

Rossel ve Mentha evlenme ile nesebin tashih edilmesinin bütün medenî devletler tarafından kabul edildiğine, İskoçya hariç olmak üzere İngiltere ile Türkiye'nin bu kaidenin istisnasını teşkil ettiklerine işaret ederler (28). Bousquet'nin umumiyetle islâm hukukunda nesebin tashih yoktur demesine mukabil Rossel ve Mentha iddialarını sadece evlenme ile nesebin tashihine inhisar ettirirler.

Morand, nesepleri meçhul çocukların daima babalarının aileleri haricinde kalacağını ve gayrı meşru münasebetlerin mahsulü olan çocuğun nesebinin tashih edilemeyeceğini, islâm müelliflerine istinaden, söyler (29).

Prof. Arsebük, Rossel ve Mentha'nın biraz evvel işaret ettiğimiz cümlesini iktibas ettikten sonra "bu mülâhazaya iştirâk edilemez, eski hukukumuzda da tashihe imkân vardı" (30) der ve misal olarak evliliğin akdi tarihinden itibaren altı ay geçmeden önce doğan çocukların nesebinin dıve yapılmadıkça sahih olamayacağını zikreder (31).

M. Aksoy, islâm hukukuna göre evlenme ile nesebinin tashihinin imkânsız olmasına rağmen, nesebin başka yoldan tashihinin mümkün olduğu ve dıve müessesesinin "nev'i şahsına has bir nesebî düzeltilmesi yolu" olduğu kanaatindedir (32).

Bu paragrafın başında sorduğumuz suale, yani islâm hukukunda nesebin tashih var mıdır sualine, kendi düşünüş tarzımıza göre, cevap vermeden önce nesebin taayyün etmediği bazı hallerde taayyün etmemiş nesebin taayyün şekilleri hakkında bir kaç misal zikredeceğiz.

(27) BOUSQUET 151 ve 155;

(28) ROSSEL 417.

(29) MORAND 40.

(30) ARSEBÜK 440, not 23.

(31) ARSEBÜK 385, not 47.

(32) AKSOY 155, not 3 (sf. 157).

III — NESEBİN TAAYYÜN ETMEDİĞİ BAZI HALLER VE TAAYYÜN ETMEMİŞ NESEBİN BAZI TAAYYÜN ŞEKİLLERİ :

A) 1. Ademi istilâd halinde, yani ümmü velet olmayan cariye ile sahibinin cinsî münasebette bulunması halinde, çocuğun nesebi doğumla taayyün etmez.

2. Lâkin dive ile, yani cariyenin sahibinin “bu çocuk bendendir” diye ikrarda bulunması ile nesep taayyün eder ve çocuk cariyenin sahibinin meşru evlâdı olur (33).

B)1. Bir erkeğin hür bir kadınla evlilik dışı cinsî münasebette bulunması halinde, erkekle kadın sonradan birbirleri ile evlenseler bile, mücerred bu evlenme daha önceden doğmuş olan çocuğun nesebini meşru kılmaz. Çocuk evlilikten sonra, fakat gebeliğin asgarî müddeti addedilen altı ayın hitamından evvel doğarsa, yine kadının kocasına izafe edilemez.

2. Nikâhtan evvel doğmuş olan çocuğun nesebi aşağıda C) bendinde zikredilen şekilde taayyün edebilir.

Çocuk, evlilik içinde lâkin nikâh tarihinden itibaren altı ay geçmeden evvel doğmuş ise, baba evlenmeye takaddüm eden cinsî münasebata telmihte bulunmaksızın doğan çocuğun kendisinden olduğunu ikrar ederse çocuğun nesebi taayyün eder, yani çocuk o adamın meşru evlâdı olur (34).

C) Her ne sebeple olursa olsun, nesebi taayyün etmemiş olan bir çocuğun nesebi şu şekillerde tesbit edilebilir:

a. “Bir kimse meçhulünnesep olan, yani: nesebi hiç kimseden sabit ve malûm olmayan bir çocuk hakkında “bu benim evlâdımdır” deyip yaşı da ona baba olmasına müsait bulunsa nesep kendisinden sabit olur” (35). Ancak çocuk mümeyyiz ise, nesebin tahakkuku için babanın bu ikrarının çocuk tarafından tasdiki şarttır.

b. Bir kadının elinde bulunan bir çocuk için bir erkek “bu benim senden nikâhtan mütevellit çocuğumdur” diye bir iddiada bulunsa ve kadın da bu iddiayı tasdik etse, çocuğun nesebi bu iddiada bulunan erkekten sabit olur. Binaenaleyh çocuk o erkeğin meşru evlâdı olur (36).

IV. NETİCE :

1. İslâm hukukunda gayrı sahih nesep bağı mevcut değildir. Nikâh

(33) BILMEN 429; MUSTAFA ZİHNİ 263.

(34) BILMEN 429, 430.

(35) A. H. BERKİ 94, 95; BILMEN 432.

(36) BILMEN 433.

veya istilâd mahsulü olmayan bir çocuğun nesebi, her ne sebeple olursa olsun, babasına izafe edildiği takdirde, bu iki şahıs arasında mahdut neticeli gayri sahih nesep bağı doğmaz; lâkin sahih nesep meydana gelir.

2. İslâm hukukunda tanıma mevcuttur. Di've, babanın kendisine izafe edilemeyen çocuğu tanımasından başka bir şey değildir.

3. İslâm hukukunda gayri sahih nesep bağı mevcut olmadığı cihetle tanıma, bugünkü hukukumuzda olduğu gibi gayri sahih nesep bağı tevhit edemez; fakat sahih nesebe vücut verir.

4. İslâm hukukunda nesebin tashihi müessesesi hakkında söyleyeceklerimize son vermeden evvel, bir an için, nesebinin tashihinin tarifini hatırlıyalım: "nesebin tashihi, meşru addedilmeyen ve binnetice sahih nesep çocukların haklarına sahip olmayan, bir çocuğun nesebinin, kanunun tayin ettiği bazı muamelelerin yapılması neticesinde, sahih nesep haline getirilmesini mümkün kılan bir müessesedir".

Bu böyle olunca meşru olmayan bir çocuğu meşru çocuk seviyesine yükseltmeği mümkün kılan bir hukuk sisteminde - ki islâm hukuku bu imkânı sağlar - nesebin tashihi mümkün değildir diyenlerin fikrine iştirak edemiyoruz. Biz, islâm hukukunda, ismi olmasa bile, legitimatio = meşrulaştırma (MK. buna nesebin tashihi ismini vermiştir) müessesenin tevhit ettiği neticeleri meydana getiren bir müessesenin mevcut olduğu kanaatindeyiz.

5. İslâm hukukunda nesebin tashihi müessesesi var mıdır, sualine şimdi cevap vereceğiz: İslâm hukukunda nesebin tashihi müessesesi vardır. Ancak bunun yolları bizim bugünkü hukukumuzun kabul ettiğinden farklıdır. Filhakika evlenme nesebi tashih etmez; lâkin tanıma (di've) bu neticeye götürür.

Dördüncü Kısım

Bugünkü Türk Hukukunda Nesebin Tashihi

Nesebin tashihi müessesesinin bugünkü hukukumuz zaviyesinden tetkikinin, normal olarak Medenî Kanunumuzun hükümlerine bağlı kalması icap ederse de hakikatte hal böyle değildir. Zira medenî kanunumuzun bu yolda vaz'ettiği hükümler ihtiyacı karşılayamamış ve vazı kanun, nesebin tashihi zmnında hususî kanunlar nesretmek mecburiyetinde kalmıştır. Binaenaleyh bugünkü Türk hukukunda nesep evlenme, hâkimin hükmü ve hususî kanunlarla tashih olunur demek yerinde olur.

I. EVLENME İLE NESEBİN TASHİHİ :

Medenî Kanunumuzun hükümlerine göre evlilik haricinde doğan çocukların nesebi ana ve babalarının birbirleri ile evlenmesi neticesinde tashih edilir (TMK. 258).

A — ÇOCUĞUN DOĞMASI :

Evlenme ile çocuğun nesebinin tashih edilebilmesi için, evlilikten evvel doğmuş olması lâzımdır. Çocuk ana rahmine evlilikten evvel düşer, lâkin evlilikten sonra doğarsa MK. 241/1 hükmüne tevfikan sahih nesepli olarak doğar. Binaenaleyh MK. 247 nin tatbiki için doğum vakiasının evlilikten evvel meydana gelmesi lâzımdır (37). Ancak, bu kâfi değildir; çocuğun sağ doğması da şarttır (38).

B — EVLİLİK DIŞI ÇOCUĞUN NESEBİNİN VASFI :

1 — **Sadece tabii nesep:** Ana ile baba evlendikleri vakit çocukla babası arasındaki nesep **sadece tabii nesep** bağı dediğimiz neviden ise, bu çocuğun nesebi hiç bir zorluk ve şüpheye mahal olmaksızın tashih edilir.

2 — **Zina mahsulü nesep:** Çocuk ana rahmine düştüğü anda anası veya babası bunların her ikisi evli oldukları halde sonradan bu evlilik, veya evlilikler, her hangi bir sebeple (39) zeval bulmuş ve evlilik dışı münasebette bulunan erkekle kadın birbirleriyle evlenmişlerdir. Bu ihtimalde bahis konusu edilen çocuğun nesebi bu ikinci evlenme ile tashih edilecek midir, edilecekse ne şekilde edilecektir?

Keyfiyetin ananın ve babanın evli olmaları halleri bakımından ayrı ayrı tetkik edilmesi lâzımdır :

Baba evli ana değil ise, büyük bir zorluk mevcut değildir. Zira çocuğun ana cihetinden nisbeti doğumla taayyün edecek, fakat baba cihetinden nisbeti taayyün etmiyecektir. Erkek kendisini bağlı tutan evlilik rabi-tasının zevale ermesini müteakip, çocuğun anası ile evlenirse nesebin tashih müessesesi hükmünü icra edecektir.

Ananın evli olması halinde vaziyet biraz daha karışıktır. Zira kadının zinasının mahsulü olan çocuğun babası, kaideten anasının kocası ola-

(37) EGGER 31 b.; CURTI - FORRER sf. 213, md. 258, no. 2.

(38) VELİDEDEOĞLU 292.

(39) Bunun, sadece evlenmenin vefat ile nihayete ermesi haline hasredilmesine taraftar değiliz (ARSEBUK 441).

caktır (MK. 241). Anayı bağlayan bu evliliğin zevalinden sonra kadın zinada bulunduğu erkekle evlense bu evlenme çocuğun nesebini tashih edecek midir? İlk koca çocuğun nesebinin reddi zımında dava ikame etmiş ve bu yolda bir hüküm istihsal etmiş ise ikinci evlilik nesebi tashih edecektir. İlk koca çocuğun nesebini reddememiş ise, evlenme, çocukla ilk koca arasındaki nesep bağına nihayet verip çocuğun hakikî babası olan ikinci koca ile çocuk arasında sahih bir nesep rabıtası tevliit etmiyecektir. Binaenaleyh evlemede alâkadarlardan birinin, MK. 245 gereğince, nesebin reddi davası ikame edip bu yolda bir hüküm istihsal etmesi lâzımdır (40).

Kadın zinada bulduktan, fakat çocuk doğmadan kocasından boşansa bu boşanmayı müteakip doğacak çocuk için de aynı şekilde hareket etmek icabedecektir. Zira bu çocuk normal olarak evliliğin zeval bulmasından itibaren üç yüz gün geçmeden doğacaktır. Bu halde ise çocuğun nesebi MK. 241 gereğince ilk kocadan sabit olacaktır.

Çocuk ana rahmine düştüğü anda kadın evli olmadığı halde, gebe kaldıktan sonra evlilik dışı cinsî münasebette bulunduğu erkekten başka birisi ile evlenir ve çocuk bu evliliğin devamı veya zevalinden itibaren üç yüz gün içinde doğarsa yine aynı şekilde hareket edilmesi, yani evvelâ çocuğun nesebinin reddedilmesi lâzımdır (41).

3. Fücür mahsulü nesep: Evlilik dışı cinsî münasebette bulunan erkekle kadın arasında evlenmeğe mani olacak derecede bir hısımlığın bulunması halinde nesebin tashihî imkânsız gibi görünür. Filvaki evlenme mâniinin mevcudiyeti tashih edici muamelenin, yani evlenmenin, tahakkukunu imkânsız kılmaktadır.

Lâkin bu imkânsızlığa rağmen ana baba birbirleri ile evlenseler vaziyet ne olacaktır? MK. 92 de zikredilen hudutlar dahilinde bulunan hısımların birbirleri ile evlenmelerinin batıl olacağı ve batıl bir evlenmenin butlanına hükmedilene kadar muteber bir evlenmenin bütün hüküm ve neticelerini tevliit edeceği malûmdur. Bu hale göre fücür mahsulü çocuğun ana babasının birbirleri ile evlenmesi nesebin tashih edilmesi neticesini intaç edecektir. Ve calî bir evlenme muvacehesinde bulunsak dahi, yani ana baba sırf çocuklarının nesebini tashih için evlenmiş olsalar dahi nesebin tashih edileceği ve bu halin evlenmenin feshine karar verildikten sonra dahi devam edeceğine kaniiz. MK. 125 "feshine hükmedilen bir evlenmeden doğan çocukların nesebi, baba ve anaları hüsnüniyet sahibi olmasalar bile sahih olacaktır" der. Vazı kanunun bu hükmü sardetmekten

(40) EGGER 31; TF 49, 1, 25.

(41) ARSEBUK 441, not 31.

maksadı kendilerine ne suiniyet ve ne de hüsnüniyet izafesine imkân olmayan çocukların vaziyetlerini kötüleştirmemek ve “meşru nesebe azamî derecede mühamahakâr” (42) davranmaktır. Binaenaleyh feshine hükmedilmiş bir evlenmeden doğmamakla beraber böyle bir evlenme neticesinde nesepleri tashih edilerek, bu evlenmeden doğmuş gibi addedilen çocukların da bu hükümden istifade ve elde ettikleri vaziyeti muhafaza etmeleri icabeder kanaatindeyiz. Bu bakımdan Milâslı'nın fücür mahsulü çocuğun nesebinin tashihi için “erkekle kadının manii izdivaç halleri olduklarını bilmemiş olmaları lâzımdır” (43) fikrine iştirak edemiyoruz.

4 — **Gayri sahih nesep:** Çocukla babası arasında gayri sahih nesep bağı teşekkül etmiş olsa bile, baba ile ananın evlenmesi neticesinde bu gayri sahih nesep tashih edilmiş olur.

Şayet çocukla, hakikatta babası olmayan bir şahıs arasında, şu veya bu şekilde, gayri sahih nesep bağı teessüs etmiş ise, çocuğun hakikî babasının anası ile evlenmesi neticesinde yine çocuğun nesebi tashih edilecektir (44).

5 — **Tashih edilmiş nesep:** Evlilik dışı çocuk doğduktan sonra anası hakikatta babası olmayan bir şahısla evlenir ve çocuğun nesebi bu evlenme neticesinde tashih edilirse, vaziyet evli kadının zinasının mahsulü çocuğun nesebinin tashihine müşabih olacaktır. Lâkin burada, nesebin reddi dâvası değil, nesebin tashihine itiraz mevzuubahis olacaktır. Kadının ilk evliliği zeval bulduktan sonra, çocuğunun hakiki babası ile evlenmesi neticesinde nesebin tashih edilebilmesi için, ilk nesep tashihi için iptali lâzımdır (45).

6 — **Sun'î nesep :** Evlâtlık rabitası nesebin tashihine mâni değildir (46).

Baba kendisinin evlilik dışı çocuğunu evlât edinmiş ve sonradan çocuğun anası ile evlenerek, bu çocuğun nesebini tashih etmiş ise evlâdhik rabitası ortadan kalkacaktır. (47).

Evlilik dışı çocuk, başka bir şahıs tarafından evlât edinilmiş ise anası ile babasının evlenmesi neticesinde nesebi yine tashih edilecektir. Lâkin evlâtlık rabitası ortadan kalkmayacaktır. Çocukla ana ve babası

(42) EGGER 30.

(43) MILASLI, 534.

(44) CURTI - FORRER, sf. 213, md. 258, no. 2.

(45) EGGER, 31.

(46) J&T. 1946, 100; TF. 70. 1. 110.

(47) J&T. 1937, 514.

arasında meşru nesep rabıtası doğacak ve evlâd edinmeden mütevellit münasebetler de devam edecektir. Binaenaleyh nesebi tashih edilen çocuk, babasının değil, evlât edinenin soy adını taşıyacaktır (48).

C — EVLENME ANINDA ÇOCUĞUN DURUMU:

Bu bentte ana baba birbirleri ile evlenirken çocuğun hayatta olup olmamasının, kardeşlerinin bulunup bulunmamasının ve çocuğun yaşı ile iradesinin nesebin tashihindeki rolü hakkında bir kaç söz söyleyeceğiz.

Nesebin tashihin hüküm ifade edebilmesi için evlenme anında çocuğun hayatta bulunması şart değildir. Çocuğun evlenme haricinde ve sağ doğmuş olması lâzım ve kâfidir. Binaenaleyh çocuk evlenme anında ölmüş olsa bile nesebi tashih edilecektir. Bunun pratik faydası, bu çocuğun hayatta olan veya olmayan furuu içindir. Zira nesebin tashihinden bunlar da müstefit olacaktır.

Evlenme anında, çocuğun kardeşlerinin mevcudiyetinin ve bunların neseplerinin vasfının bir ehemmiyeti yoktur.

Keza çocuğun yaşı ve ehliyetine sahip olması da bir rol oynamaz. Zira evlenme ile nesebin tashihinde, çocuğun muvafakatına ihtiyaç yoktur.

D — EVLENME :

Nesebin tashihi için çocuğun anası ile babasının doğumdan evvel evlenmeleri lâzımdır. Ancak evlenmenin nesebi tashih etmesi için, evlenen erkekle kadının, hakikatan çocuğun doğumuna sebep olan şahıslar olması lâzımdır.

Evlenmenin muteber olması, nesebin tashihi için, şart değildir. Batıl bir evlenme, karı koca süi niyetli olsalar bile, nesebi tashih edecek ve butlana karar verildikten sonra da çocuk sahih nesepli olmakta devam edecektir (49). Ancak evlenme gayrı mevcut bir evlenme ise vaziyet farklı olacaktır. Bu nevi evlenmeler hukukî hiç bir netice tevhit edemeyeceğinden nesep tashih edilmeyecektir.

E — TASHİHİN OLUŞ ŞEKLİ :

Evlenme ile nesebin tashih edilmesi için evlenmeden başka hiç bir muamele ve merasime ihtiyaç yoktur. Ana ve baba istemeseler bile,

(48) İsviçre AdaletBakanlığının (Département de Police et de Justice 10 Eylül 1937 tarihli tamimi (JdT 1937, 514, 515).

(49) EGGER 31 c.; ROSSEL 418, no. 01.

birbirleri ile evlendikleri takdirde, aralarındaki evlilik dışı münasebatın mahsulü olan çocuğun nesebi kendiliğinden sahîh olur. Türk hukukuna göre nesebin tashihi için, ne Alman medenî kanununun aradığı gibi babalık karinelerine ve ne de Fransız hukukunun şart koştuğu gibi tanımaya ihtiyaç vardır. Sadece aşağıdaki bentte izah edeceğimiz bir beyan mecburiyeti vardır, ki bunun gayesi neseb tashihinin nüfus siciline işlenmesidir.

F — BEYAN :

Medenî kanunumuz 248 inci maddesinde nesebin tahsis edildiğinin nüfus memuruna ihbar edilmesini emreder.

1 — **ihbarla mükellef olan şahıslar** : Medenî kanunumuz ana babayı ihbarla mükellef tutmuştur. Filhakika medenî kanunumuzun “beyan” matlabını taşıyan 248 inci maddesi “Ana baba doğan çocuklarını.... ihbara mecburdur” der.

Bu beyanın nazarı itibara alınması için ana ve baba tarafından müştereken yapılması şarttır (50). Karı kocadan birinin, çocuğun evlilikten evvel doğmuş müşterek çocuk olduğu yolundaki beyanına diğer eşin itiraz etmesi halinde bu beyan nazarı itibara alınmayacağı gibi, eşlerden birisinin tek başına yapacağı beyan da kanunun anladığı manada bir ihbar telâkki edilip nüfus siciline kayda esas olamaz.

Ihbarın gayesi sadece, esasen tashih edilmiş olan nesebin tashih edildiğinin tescili olduğuna göre, ana babanın bu mükellefiyetlerini müştereken ifa etmemiş olmaları halinde, alâkalı şahısların müracaatta bulunup bu tescili yapturmaları mümkündür. Bu müracaatta bulunan şahıs, eşlerden birisi değilse, iddiasını isbatla mükelleftir. Yani nesebinin tashih edildiği iddia olunan çocuğun, evlenenlerin evlilik dışı münasebetlerinin mahsulü olduğunun isbatı lâzımdır.

2 — **ihbarı icabeden çocuklar** : Bu hususun ayrı bir bent halinde izahı zait görülebilirse de 248 inci maddedeki vuzuhsuzluk, bizi buna mecbur etti. Filhakika mezkûr madde “Ana baba doğan çocuklarını....” demektedir. **Doğan çocuk** tâbirinin vazı kanunun maksadını izaha salih olmadığı asikârdır. Esasen bu ifade tarzı İsviçre medenî kanunununkinden farklıdır. Bu kanunun, mevzuu bahis maddemize tekabül eden, 259 uncu maddesi “*les enfants ou'ils ont eu ensemble avant le mariage—evlenmeden önce beraberce edindikleri çocuklar*” demektedir. Curti - For-

rer'in (51) bu ifade tarzını da tenkit etmesine rağmen, bunun vazı kanunun maksadını, bizim kanunun yaptığından çok daha iyi bir şekilde, aksettirdiği muhakkaktır. Mehz kanunla yapılan bu karşılaştırmadan sonra medenî kanunumuzun 248 inci maddesinin başında bulunan "doğan çocuklar" tabirinden maksadın, evlenenlerin, evlilik haricinde birbirleri ile vaki cinsî münasebetlerinin mahsulü olan çocuklardan bahsetmek olduğu tezahür eder. Esasen nesebin tashihi de ancak bunlar için mevzuu bahis olabilir.

3. İhbarın sıhhati : Ana ve babanın nüfus memuruna yapacakları ihbarın doğru olup olmadığını, bu memurun tahkik selâhiyeti yoktur. Prof. Belgesay nesebin tashihinde yegâne şartın "evlenmiş ana babadan doğduğunun sübutudur" (52) der. Biz ana babanın nüfus memuruna bu hususu isbatla mükellef olduklarını zannetmiyoruz. Zira nüfus memuru vaki iddianın hakikata uygun olup olmadığına hüküm verecek selâhiyete sahip değildir. Onun için bizdeki vaziyetin de İsviçre'de olduğu gibi tanzim edilmesi yerinde olur kanaatındayız (53).

Eşlerden birisinin tescilden evvel vefat etmesi halinde diğerinin yapacağı beyanın muteberliği meselesini müteveffanın erkek veya kadın olmasına göre tetkik etmek icap eder:

Ana evlilikten sonra, fakat nesep tashihinin tescilinden evvel ölmüşse, babanın beyanı çocuğun tescili için kâfidir. Zira çocukla anası arasındaki nesep rabitası doğumla vücut bulmuş olup, nüfus sicilli ile sabittir (54).

Baba, evlilikten sonra fakat nesep tashihinin tescilinden evvel ölmüşse, ananın beyanı ile beraber, çocuğun nisbetini gösteren bir vesika ibraz etmesi ihtimali azdır; malûm olduğu veçhile evlilik dışı doğum çocukla babası arasında, kaideten bir nesep bağı tevliit etmez. Şayet çocuğun müteveffa babasına nisbeti tanıma veya hâkimin hükmü ile taayyün etmiş ise, ana bu husustaki nüfus sicillinin suretini ibraz ederek nesebin tashihini tescil ettirebilir.

Lâkin böyle resmî bir vesikanın ademi mevcudiyeti halinde vaziyet ne olacaktır? İsviçre Adalet Bakanlığının 20 Kasım 1941 tarihli tami-

(51) CURTI - FORRER: sf. 214, md. 259, no. 5.

(52) BELGESAY: 186.

(53) İsviçre Ahvalî şahsiye nizamnamesinin bu husustaki 98 inci maddesine göre vaziyet şöyledir: "Ahvalî şahsiye memuru, sadece ananın kocasından olmuş olan çocukların neseplerinin tashih edilebileceği hususu üzerine, eşlerin nazarı dikkatini celbeder". (Bend 2; cümle 2).

(54) STAMPA, 2.

mine göre, ananın mücerret beyanı üzerine çocuğun nesebinin tashih edildiği tescil olunamaz (55). Aynı tamime göre, bu gibi hallerde ahvali şahsiyenin tesbiti için mahkemeye müracaat lâzımdır. Bu yoldaki iddianın isbatı zmnında her nevi beyyine, ezcümle "hale tesahüp" (possession d'état), yani müteveffanın çocuğa kendi çocuğu imiş gibi muamele etmiş olması beyyinesi de, kabul edilir.

Ana, ölmüş bulunan eşi ile çocuk arasında kanunen taayyün etmiş gayrı sahih nesep bağının mevcudiyetini isbat eden bir vesika ibraz edeceği yerde, müteveffanın çocuğun kendisinden olduğunu beyan eden bir yazısını ibraz etse, bu vesikaya da itibar etmek icabeder. Memurun bu vesikadaki beyanın hakikate uygun olup olmadığını araştırmağa hakkı yoktur. Tahkiki icap eden cihet, vesikanın müteveffanın elinden çıkmış olup olmadığıdır. Mamafih bundan, vesikanın resmî olması icap ettiği manasını istihraç etmemek lâzımdır. Vesikanın baba tarafından tanzim edildiği hususunda hakikaten şüphe mevcut ise, nüfus memuru tescil yapamaz ve bu hususta mahkemece verilecek bir hükme ihtiyaç hasıl olur (56).

4 — **İhbarın yapılacağı makam** : İsviçre'de bu ihbar, aynı zamanda evlenme merasimini icra eden, ahvali şahsiye memuruna yapılacaktır. Medenî kanunumuz ise bu ihbarın nüfus memuruna yapılmasını âmir-dir. Ancak nüfus memurunun evlendirme selâhiyeti olmadığı cihetle, aşağıda "ihbarın zamanı" başlıklı bentte işaret edeceğimiz zorluklar ortaya çıkacaktır.

Kendisine ihbar yapılacak nüfus memuru ya ana babanın ikametgâhlarının bulunduğu veya evlenmenin yapıldığı mahallin nüfus memurudur.

Prof. Belgesay, bu ibar "evlenmeden evvel olursa ya annenin veya babanın ikametgâhı nüfus memuruna ve evlenme esnasında veya akabinde ise evlendikleri mahal nüfus memuruna yapılmak lâzımdır (57) der. İhbarın evlenmeden evvel yapılması meselesi hakkındaki düşüncemizi ileride söyleyeceğiz (58). Burada selâhiyetli nüfus memuru hakkında Prof. Belgesay'ın görüşlerinden ayrıldığımız iki noktaya temas etmek isteriz: Evvelâ ikametgâh nüfus memuru mevzuu bahis olduğu vakit "**ya ananın veya babanın**" ikametgâhı nüfus memuru değil, **hem ananın ve hem de babanın** ikametgâhı nüfus memurunun selâhiyetli ol-

(55) JdT. 1941, 2.

(56) JdT. 1944, 579; JdT. 1946, 100, TF. 70, 1, 113.

(57) BELGESAY: 187.

(58) Bk. aşağıda "ihbarın zamanı" ve 5) no.lu bendin a) fıkrası.

duğu ve ihbarın ikisine de yapılması icabettiği kanaatındayız. Saniyen evlenmenin akabinde yapılacak beyanın, evlenmenin yapıldığı mahal nüfus memuruna yapılması lüzumuna kani değiliz; eşlerin diledikleri takdirde bu beyanı ikametgâhları nüfus memuruna yapmalarına bir mâni bulunduğunu zannetmiyoruz. İsviçre ahvali şahsiye nizamnamesinde bu iki mahal ahvali şahsiye memurlarından birisinin intihabında eşlerin serbest oldukları sarahaten zikredilmektedir (adı geçen nizamname, md. 97).

5 — **ihbarın zamanı** : Kanunun metnine göre erkekle kadın, nesebi tashih edilecek çocuklarını evlenme merasimi esnasında veya hemen akabinde ihbarla mükelleftirler. Lâkin bazı müellifler ihbarın evlenmeden evvel de yapılabileceğine işaret ederler (59).

a) ihbarın evlenme akdından evvel yapılabilmesi -kanunun sarahatı karşısında- bize imkânsız gözükmektedir. Ana ile babanın evlenmeden önce selâhiyetli nüfus memuruna müracaatla, birbirleri ile evleneceklerini ve bu evlenme neticesinde nesebi tashih dilecek çocuklarının bulunduğunu beyan etmeleri üzerine nüfus memurunun, bu beyana istinaden sicile şerh vermesinin mümkün olmadığına kaniiz. Zira nesebi tashih edici kudrete sahip olan beyan değil lâkin evlenmedir; o yapılmadıkça beyanın hüküm ifade edeceğini düşünemeyiz. Hüküm ifade etmeyecek olan bir beyanın yapılmasında ne gibi bir fayda mülâhaza edildiğini anlıyamıyoruz. İsviçre ahvali şahsiye nizamnamesinin 100 üncü maddesi bu muhakeme tarzını desteklemektedir. Zira memur tescil etmeden evvel diğer bazı vesaik arasında "evlenme vesikasını" da tedkik edecektir.

b) Medenî kanunumuz İsviçre medenî kanununda olduğu gibi ihbarın evlenme merasimi esnasında da yapılabileceğini kabul etmiştir. Lâkin bu hükmün memleketimizde tatbikine maddeten imkân yoktur. Zira, bizde evlenme merasimini, İsviçre'de olduğu gibi, nesebin tashihini tesile selâhiyetli bulunan memur yapmaz (TMK. 105). İsviçre medenî kanununun 259 uncu maddesindeki "l'officier de l'état civil" in yerine nüfus memurunu ve 113 üncü maddedeki yerine ise "belediye reisi yahut evlenme işlerine memur ettiği vekili veya ihtiyar heyetini" ikame etmiş olmamız dolayısıyla TMK 248/2 deki akitle birlikte ihbar hükmü manasını kaybetmiştir. Şayet vazı kanun hâkimin hükmü ile nesep tashihinde hâkime yüklediği ihbar mükellefiyetine müşabih bir mükel-

(59) BELGESAY: 187; CURTI - FORRER, sf. 214, md. 259 no. 3; MILASLI: 535

lefiyeti evlendirme memuruna tahmil etse idi, evlenme akdi ile beraber yapılacak beyan imkân dairesine girerdi.

c) Geriye mantığın ve kanunun kabul ettiği son imkân kalıyor, ki o da evlenme akdinden sonra yapılacak beyandır. a) ve b) fıkralarındaki izahattan istihraç olunacağı veçhile, bizim sistemimizde kanunen ve maddeten mümkün olan sadece akitten sonraki beyandır. Akdin hemen akabinde diyen kanunumuzun bundan kasdının yeni evlilerin belediyeden çıkıp derhal nüfus memurluğuna gitmesi olmasa gerek. İsviçre'de eşlerin kendilerini evlendiren memura bu beyanı derakap yapmaları mümkün olduğu halde ahvali şahsiye nizamnamesi 98 inci maddesinde beyanın evlenmeyi tâkip eden on dört gün içinde yapılabileceğini tesbit etmiştir.

Bizde de beyanın evlenmeyi takip eden günler içinde yapılması fakat müddetin, MK. 39 a kıyasen, bir ayı tecavüz etmemesi hususunun kabulü yerinde olur zamanındayız.

Beyanın vaz'edilmiş müddet geçtikten sonra da yapılması mümkündür. Ancak bu takdirde nüfus kanun ve nizamnamesinde derpiş edilen müeyyidelerin tatbiki icabedecektir (60).

6. İhbarın şekli : İhbarın ne şekilde yapılacağı hakkında kanun bir hüküm serdetmediğine göre yazılı olabileceği gibi şifahi de olabilir. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, ihbarın kaideten şifahi olacağını belirtmiştir (61). Bu görüş tarzı İsviçre ahvali şahsiye nizamnamesinin "beyan şifahen yapılır" diyen 98 inci maddesinin 2 inci fıkrasına uygundur. Kanunun sükût ihtiyar etmiş olması dolayısı ile, bizde de, beyanın şifahi şekilde yapılabileceğini kabul etmek icabeder.

7 — İhbarın müeyyidesi : İhbarın hiç veya zamanında yapılmaması halinde bu vazifeyi ihmal edenler hakkında ne muamele yapılacağı tesbit edilmemiştir. Olsa olsa yukarıda da işaret edildiği gibi Nüfus kanun ve nizamnamesinin tesbit ettiği cezaî müeyyideler ve ihbarın hakikata uygun olmaması halinde TCK. hükümleri tatbik edilir.

İhbarın yapılmamış olması nesebin tashihihinin muteberliği üzerinde bir tesir icra etmez, lâkin nesebin tashihi edildığının tescil ve tevsiki gecikmiş olur. Bu gecikme dolayısı ile zarar görebilecek şahıslar bulunabilir. Onun içindir ki bunlara tazminat davası ikame hakkının tanınması yerinde olur kanaatındayız (62).

(60) GÖKTÜRK: sf. 140.

(61) TF. 70. 1. 113.

(62) CURTI - FORRER sf. 213, md. 259, no. 2.

II. HÂKİMİN HÜKMÜ İLE NESEBİN TASHİHİ :

Vazı kanunun ne gibi mülâhazalar neticesinde evlenmenin nesebi tashih etmesini kabul ettiğini gördük (63). Nesebin tashihinin sadece bu hale inhisar ettirilmesinin bazı haksızlıklara sebep olabileceği aşikârdır. Tashih edici muamelenin yani evlenmenin, ana babanın iradesi haricinde kalan bir sebep dolayısı ile, imkânsız bir hale gelmesi mümkündür. Nesebin tashihini sadece evlenmeye inhisar ettirirsek, bu halin zuhuru, çocukları tamiri imkânsız kötü bir hale sokacaktır. Roma hukuku, yukarıda işaret ettiğimiz gibi bu hale bir çare bulmak için *legitimatio per rescriptum principis* müessesesini kabul etmiş ve evlenmenin imkânsız hale gelmesi takdirinde imparatorun nesebin tashihine karar verebileceğini hükme bağlamıştı.

Vazı kanunumuz da evlenmenin imkânsız hale gelmesi ihtimaline lâkayd kalmamış ve birbirlerine evlenme vaad edip te kanunda tesbit edilmiş sebepler dolayısı ile evlenemeyen şahısların müşterek evlilik dışı çocuklarının neseplerin muayyen bazı şartlar dahilinde tashih edilebileceğini kabul etmiştir.

A — EVLENME VAADI :

Hâkimin hükmü ile nesebin tashih edilebilmesi için erkekle kadının birbirlerine evlenme vaadında bulunmuş olmaları lâzımdır. Binaenaleyh evlenme vaadı olmaksızın vaki cinsî münasebetten doğmuş olan bir çocuğun nesebinin tashihine imkân yoktur (64). Ancak evlenme vaadının zamanı bir rol oynamaz. Bu vaad cinsî münasebetten sonra, hatta çocuk doğduktan sonra yapılmış olsa bile, hâkimin hükmü ile nesebin tashihine esas teşkil edebilir (65).

Bu evlenme vaadı tâbiri üzerinde durmak icabettiğine kaniiz. Medenî kanunumuzun hükümlerine göre nişanlanmanın evlenme vaadı ile olduğu malûmdur (TMK. 82/1). Tetkik etmekte olduğumuz 249 uncu maddedeki evlenme vaadı tâbirine nişanlanma manasını izafe edilmesinin icap edip etmediği hususu münakaşaya değer.

İsviçre medenî kanunu evlenme vaadını müteakip nişanlılardan birinin ölmesi veya evlenme için lüzumlu ehliyeti kaybetmesi halinde diğer nişanlının nesebin tashihini zmnında talepte bulunabileceğini ifade ettiği-

(63) Bk. yukarıda: Birinci kısım, II, B, 3 (Tashih edilmiş nesep).

(64) EGGER 34.

(65) EGGER 34.

ne göre evlenme vaadî tabirine muteber bir nişanlanma nazarı ile baktığı neticesine varılabilir ve müelliflerin büyük bir kısmı bu neticeye varmıştır (66). Bunlar arasında yer alan Egger, vaadîm hükümsüzlüğü halinde nesebin tashihinin mümkün olması için talepte bulunanın hüsnü niyet sahibi olması icabettiği kanaatindedir. (67).

Türk medenî kanunu bakımından mesele'nin farklı olduğunu zannediyoruz. Zira kanunumuz nişanlı tabirini kullanmaktan ictinap etmiş ve evlenme vaadinde bulunanlardan biri ve diğeri tabirlerini kullanmıştır. Bu hali kanunun tercümesinde bir zühulden ziyade, vazı kanunun iradî bir ictinabı addetmeğe mütemayiliz. Zira bu hal vazı kanunumuzun müsamahakâr anlayışına daha uygun gelmektedir. Muteber bir nişanlanmayı şart görmeyen nadir müelliflerden Prof. Velidedeoğlu'nun da dediği gibi, muteber bir nişanlanma aramayıp, mümeyyiz şahısların evlenme vaadlarının, kanunî mümessilin rızası olmasa bile, nesebin tashihine esas olması, içtimâî menfaat bakımından da doğru olacaktır (68).

B — EVLENMENİN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ :

Yapılmış olan evlenme vaadına rağmen evlenmenin **her hangi** bir sebeple imkânsız hale gelmesi nesebin tashihini mümkün kılmaz. Kanun, tahdidî olarak, imkânsızlaşma sebeplerini tesbit etmiştir. Binaenaleyh evlenmenin ölüm veya ehliyetin ziyai dolayısı ile imkânsız bir hale gelmiş olması lâzımdır. Bu haller ana babadan birisi için olabileceği gibi, her ikisi için de tahaddüs edebilir ve bu halde dahi nesebin tashihi talebinde bulunmak mümkündür.

Ehliyetin ziyayı temyiz kudretinin kaybolması manasına anlamak lâzımdır. Kanunî mümessillerin evlenmeye müsaade etmemesi veya erkekle kadın arasında bir evlenme mâniinin mevcudiyeti hallerinde MK. 249 tatbik edilemez.

Bu madde hükmüne istinaden nesebin tashihinin mümkün olabilmesi için ehliyet ziyasının daimî olması icap eder. Filhakika, ehliyetin bir müddet sonra yeniden kazanılabileceği hallerde hâkim nesebin tashihi talebini reddedecektir. Ancak böyle bir reddi müteakip, ehliyetini muvakkaten kaybetmiş olanın ölümü veya kat'î surette ehliyetinin ziyaa uğraması halinde yapılacak yeni talep mesmu olacaktır.

(66) AKSOY: 178; ARSEBÜK 444; CURTI - FORRER sf. 214, md. 260, no. 3; GÖKTÜRK 140; MILASLI 537, 538.

(67) EGGER 34.

(68) VELİDEDEOĞLU 293.

C — NESEBİ TASHİH EDİLECEK ÇOCUĞUN RIZASI :

Evlenme ile nesebin tashihinden farklı olarak, hâkimin hükmü ile nesebin tashihinde, çocuğun iradesi rol oynayabilir. Filhakika, nesebi tashih edilecek çocuk reşit ise, nesebinin tashihine muvafakat etmesi lâzımdır; reşit değil ise, kanunî mümessilinin muvafakatını aramağa ihtiyacı yoktur.

D — NESEBİN TASHİHİ TALEBİNDE BULUNABİLECEK ŞAHISLAR :

Yukarıda temas ettiğimiz şartların mevcudiyeti halinde, ana babadan hayatta kalan veya ehliyetini kaybetmemiş olan, çocuk veya onun füruu nesebin tashihi zımında hâkime müracaatta bulunabilir:

1 — **Hayatta kalan ana veya baba :** Evlenme, ana babadan birisinin ölmesi dolayısı ile imkânsız hale gelmiş ise, diğeri talep hakkına sahiptir; bu hak müteveffanın kanunî mirasçılara geçmez. Bazı müellifler, hem ana ve hem de babanın ölmüş bulunması halinde nesebin tashihi zımında talepte bulunmak hakkının mirasçılara intikal edeceği kanaatindedirler (69). Bizim kabule mütemayil bulunduğumuz fikre göre, ana babadan birisinin ölümünü müteakip diğeri nesebin tashihi zımında talepte bulunmuş, fakat teşebbüsünün neticesini görmeden ölmüş ise, bunun kanunî mirasçuları bu talebin intacı zımında başlamış olan tashih muamelesine devam edebilirler. Şu halde talep hakkı ilk önce ölen ve binaenaleyh nesebin tashihi zımında talepte bulunmamış olanın mirasçılara intikal edemez (70).

Ana veya babadan birisinin gaipliğine karar verildiği takdirde, yapılacak nesebin tashihi talebenin mesmu olması lâzımdır (71).

2 — **Ehliyetini muhafaza eden ana veya baba:** Evlenme ana babadan birinin evlenme için lüzumlu ehliyeti kaybetmesi dolayısıyla imkânsız hale gelmiş ise, talep hakkı ehliyetini muhafaza edene aittir. Bu hak kanunî mümessillere intikal edemez. Bazı müellifler, ölüm halinde olduğu gibi, hem ananın ve hem de babanın ehliyetini kaybetmesi ihtimalini derpiş ederek, bu takdirde talep hakkının kanunî mümessillere intikal edeceği mütalâasını ileri sürerler (72). Biz ise, ölüm halinde serdetti-

(69) ARSEBÜK 446; TEPECİ 29.

(70) EGGER 35; VELİDEDEOĞLU 295.

(71) Gaipliğin hükmüne müteallik MK. 34 ün ikinci fıkrası şöyledir: "Ölüme muallâk haklar tıpkı gaibin ölümlü tebeyyün etmiş gibi istimal olunur."

(72) ARSEBÜK 446, not 64.

ğimiz mütalâaya muvazi bir hal çaresinin kabulüne mütemayiliz. Yani ana babadan birisinin ehliyetini kaybetmesi dolayısı ile diğeri nesebin tashisi zmnında talepte bulunmuş, lâkin nesep tashih edilmeden o da ehliyetini kaybetmişse, sadece bunun kanunî mümessili tashih muamelesi-ne devam edebilir.

Hâkim nesebin tashihi talebinde bulunan ana veya babanın ahlâkî vaziyetini nazarı itibara alıp bu sebebe istinaden nesebin tashihi talebini reddedemez (73).

Talepte bulunan ana veya babanın bu talepten evvel başka bir şahısla evlenmiş olması halinde dahi talep mesmu olur. Ancak bunun mümkün olabilmesi için, ana babanın birbirleri ile, kanunun gösterdiği sebeplerden birisi dolayısı ile, evlenemeyecek hale gelmeleri ve bunun üzerine evlenebilecek durumda olanın diğr bir şahısla evlenmiş olması lâzımdır. Binaenaleyh, ana babanın birbirleri ile evlenmeleri mümkün iken, bunlardan birisinin vaadından nükûl edip diğr bir şahısla evlenmesi halinde nesebin tashihi talebi mesmu olamaz (74).

3 — Çocuk : Nesebin tashihi müessesesi çocuğun haklarının himayesine matuf olduğu cihetle, çocuk ana babasından müstakil olarak, tashih talebinde bulunmak hakkına sahiptir. Ancak çocuğun bu talepte bulunabilmesi için anası ile babasının birbirleri ile evlenmelerinin, kanunun tesbit ettiği sebeplerden birisi dolayısıyla imkânsız hale gelmesi lâzımdır. Bu hâlin tahaddüsünde, nesebin tashihi talebinde bulunmağa ehil olan ana veya babanın mevcudiyeti, çocuğun talep hakkına mâni olamaz. Prof. Arsebük'ün "ana ve babanın sıhhatte bulunması bu talebe mâni olmaz" (75) cümlesinden hem ana ve hem de baba sıhhatte bulunsa dahi çocuk nesebinin tashihi talebinde bulunabilir manasını anlamak lâzımdır. Zira bu takdirde, hâkimin hükmü ile nesebin tashihi için lüzumlu olan şartlardan birisi -evlenmenin imkânsız hale gelmesi şartı- tahakkuk etmemiş olacaktır.

Çocuk gayrı mümeyyiz olduğu takdirde nesebin tashihi kanunî mümessil tarafından talep edilebilir. Nesebin tashihi yolundaki muamelelerin hitama ermesinden evvel, çocuk reşit olursa veya temyiz kudretini kazanırsa, tashih muamelelerine devam için rızasının istihsali lâzımdır (76).

3 — Çocuğun fûruu : TMK. 249 "Çocuğun vefatından sonra müraعات hakkı fûruuna intikal eder" der. Kanunun metninde fûruu çocuğa bağlayan nesep bağının vasfının tasrih edilmemiş olması dolayı-

(73) JdT. 1940, 495.

(74) EGGER 34.

(75) ARSEBÜK 446.

(76) VELİDEDEOĞLU 294.

siyle Curti - Forrer ile Rossel ve Mentha'nın şerhleri arasındaki ihtilâfa Türk müelliflerin de tesadüf edilir. Rossel ve Mentha "çocuğun ölümünden sonra nesebinin tashihi zımında talep hakkı fûruuna -meşru fûruuna olduğu gibi tabii fûruuna da- intikal eder" (77); Curti-Forrer ise "çocuk kadın ise gayrimeşru çocukları onun yerine talep hakkına sahiptir; erkek ise, onun sadece meşru çocukları bu hakka sahiptir" (78) der.

Bu fikirlerin ikisi ile de tam bir mutabakat halinde değiliz. Filhalka Rossel ve Mentha'nın şerhinin tabii fûruun talep hakkına sahip olacakları yolundaki ifade tarzına iştirâk edemiyoruz. Zira müteveffa çocuk kadın ise bu iddia doğru olmakla beraber çocuk erkek ise vaziyet aynı değildir. Filvaki bir erkekle tabii fûruu arasındaki nesep bağı hukukan taayyün etmemiş olabilir (79).

Curti-Forrer'in ve onunla aynı fikirde olanların yaptıkları erkek kadın tefrikinin de kabule şayan görmemekteyiz. Prof. Arsebük'ün bu tefriki izah eden "çünkü ana bakımından tabii neseple kanunî yarı sahih nesepl arasında fark yoktur" (80). mütalâasına itirazımız yoksa da doğumun ana bakımından sahih değil fakat gayri sahih nesepl bağına vücut verdiğini ve aynı vasıftaki nesepl bağına erkek bakımından da tahakkuk edebileceğini hatırlatacağız. Hal böyle olunca, müteveffa erkek çocuğun gayri sahih nesepli fûruunu talep hakkından mahrum ederken niye istinat edildiğini anlayamıyoruz. Milâslî'nin "zira, bir veledi gayri meşruun babalarına nisbeti tahakkuk etmedikçe, varis olamazlar" (81) cümlesi de bizi tefrikin haklı olduğuna inandırmıyor. Zira ortada mirasçılık dolayısı ile kullanılacak bir hak mevzuu bahis olmadığı gibi, hal böyle olsa bile, babasına nisbeti tahakkuk eden çocuğun talep hakkından mahrum edilmesinin sebebi meçhul kalmaktadır.

Kanaatımızca çocuk, erkek olsun kız olsun, öldüğünde nesebinin tashihi talep hakkı hem sahih ve hem de gayri sahih nesepli fûruuna intikal eder. Bu görüş tarzının vazı kanunun maksadına uygun olduğunu zannediyoruz. Zira vazı kanun sadece "fûruu" tabirini kullanmıştır. Bundan maksadın sadece "sahi nesepli fûru" olduğunu istihraça meadar olacak bir emare de mevcut değildir. Eğer vazı kanunun maksadı Curti-Forrer ve onunla hemfikir olan müelliflerin dediği gibi olsa idi, bu hususu TMK. 253 de olduğu gibi sarahaten ifade ederdi.

(77) ROSSEL 419.

(78) CURTI - FORRER sf. 215, md. 260, no. 17.

(79) Bak: yukarıda: Birinci kısım, II, B, 2, a.

(80) ARSEBÜK 445, not 62.

(81) MILASLI 539.

E — SELÂHIYET VE USULÜ MUHAKEME :

Nesebin tashihine hüküm verecek hâkim tashih talebinde bulunan şahsın ikametgâhının hâkimidir.

Takibi icap eden usulü muhakeme ihtilâfsız kazaya müteallik meselelerdeki usulü muhakemedir. Şu halde taraf teşkiline ve malûm muhakeme usulüne göre bir duruşmaya ihtiyaç yoktur. İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir karar bu hususu teyit etmektedir (82).

Binaenaleyh hâkim bütün alâkahları dinleyecek, her nevi beyyineyi kabul edecek ve bunun neticesinde hasıl olacak kanaata göre çocuğun nesebinin tashihine veya tashih talebinin reddine karar verecektir.

F — MÜDDET :

Kanun nesep tashihi talebinin yapılması için bir müddet koymamıştır. Bunun içindir ki nesebin tashihi zımnındaki talep her vakit yapılabilir. Yargıtay İkinci hukuk dairesi 30 ocak 940 tarihli kararında bu hususu sarahaten ifade etmiştir: "... nesebin tashihi davalarının istimai için bir müddet mevzuu bahis olmamasına göre..." (83).

G — İHBAR :

Kanun, hâkimin hükmü ile nesebin tashihinde de ihbara müteallik hükümler serdetmiş ise de, bunlar evlenme ile nesebin tashihindeki ihbarın hükümlerinden tamamen farklıdır.

1. **İhbarla mükellef olan şahıs :** Kanun nesebin tashihi talebinde bulunan şahsa ihbar mükellefiyeti tahmil etmemiştir. Burada ihbarla mükellef olan nesebin tashihi zımnında hüküm verecek olan hâkimdir.

2. **İhbarın muhtevası :** Hâkim, nesebin tashih edildiğini değil, lâkin, kendisine nesebin tashihi için bir talep vaki olduğunu bildirecektir. Bundan maksat "hukuku ammenin siyaneti" şeklinde ifade edilmiştir. İsviçre medenî kanununa göre, selâhiyetli hâkim tashihi talebini babanın ait olduğu komüne bildirecektir ki, bunun gayesi komüne, kendi menafiini korumak imkânının sağlanması ve komünün nesebin tashihine karar verilmeden evvel müdahale edebilecek vaziyete sokulmasıdır (84).

3. **İhbarın yapılacağı makam :** Medenî kanunumuz ihbarın nüfus

(82) JdT. 1940, 493.

(83) TEPELİ 29.

(84) EGGER 36.

memuruna yapılacağına işaret etmiş, lâkin hangi nüfus memurunun mevzu bahis olduğunu tasrih etmemiştir. Biz bu ihbarın ananın, babanın ve çocuğun ikametgâhlarının nüfus memurluklarına yapılması icap ettiğine kaniiz. Zira bu hal tarzı kanunumuzun ihbar hakkındaki hükümleri serdetmesindeki gayesine uygundur. Filvaki talebi nüfus memuruna bildirecek hâkim, cevap için muayyen bir mehil tayin edecek ve nüfus memurundan cevap geldikten sonra kararını verecektir (85). Bu yolda verilecek kararda faydalı olabilecek malûmatı yukarıda işaret ettiğimiz her üç nüfus memurunun da vermesi muhtemeldir.

Bazı müellifler nüfus memuruna ihbarda bulunmanın makul olmadığını ve ihbarın "hukuku ammeyi siyanete" selâhiyetli olan savcıya yapılmasının doğru olacağını söylerler (86). Biz bu kanaata iştirâk etmiyoruz; zira ihbar edilen husus nesebin tashih edildiği değil, sadece tashih talebidir. Tashihe mani olacak bir halin mevcudiyetini savcı değil, nüfus memuru bilebilir. Bu memur yapılması istenilen tashihin hukuku ammeyi haleldar edeceğine kani olursa keyfiyeti hâkime bildirecektir. Buna rağmen neseb tashih edilmiş ise, nüfus memuru, aşağıdaki 4) no. lu bentteki tebliğ dolayısı ile keyfiyetten haberdar olacak ve tashihin yapılmaması icap ettiği hususundaki kanaatında mussir ise keyfiyeti savcıya ihbar edecektir.

4. **Tashihe karar verildikten sonra yapılacak ihbar :** Medenî kanunumuzun 252 inci maddesinin son fıkrasına göre tashihin yapıldığı hem çocuğun doğduğu ve hem de ana babanın mukayyet buldukları mahal nüfus memuruna bildirilecektir. Bu ihbar işini, kanunda sarahat bulunmamasına rağmen, nesebin tashihine hükmeden hâkimin yapması icap ettiğine kaniiz. Bu hüküm, evlenme ile nesebin tashihinde kendisine beyanda bulunan nüfus memurunun, bunu alâkalı diğer nüfus memurlarına tebliğ etmesi haline müvazidir.

III — HUSUSÎ KANUNLARLA NESEBİN TASHİHİ :

İsviçre medenî kanunu, ehemmiyetsiz bazı değişikliklerle, 1926 senesinde Türkiye'de mer'iyete girdiği vakıt, memleketimizde, bu yeni kanunun hükümleri ile tam tezat halinde bulunan bir aile hukukunun mevcut olduğu malûm; ve asırlık geleneklerin bir kanunun nesri ile hemen sökülüp atılmıyacağı bedihidir. İşte bunun içindir ki medenî kanun yürürlüğe girdikten sonra da, eski hukukumuzla göre muteber evlenme addedilmesi lâzım gelen birleşmelerin, kanunun dışında doğup yaşadığı

(85) CURTI - FORRER sf. 216, md. 261, no. 8.

müşahede edildi. Tetkik etmekte olduğumuz mevzu bakımından, bu halin ehemmiyeti aşikârdır. Filhakika kısa sayılabilecek bir zaman içinde, evlilik dışı çocukların sayısı fevkal'ade yükselmiştir.

Bu vaziyetin ehemmiyetini müdrük olan vazı kanun, medenî kanunun cemiyetimize uymaması dolayısı ile, bilhassa aile hukuku sahasında kendisini gösteren, endişe verici bir halin tanzimi arzusu ile bazı hususî kanunlar neşretmiştir. Sayıları on dokuz sene içinde, üçe varan ve hükümleri, ufak farklarla, yekdiğerine müşabih olan bu kanunlar, birbirine sıkı surette bağlı olan iki mesele -evlenme ve nesem meseleleri- hakkında medenî kanunun esaslarından farklı hükümler ihtiva ederler. Bu kanunlardan ilki Cumhuriyetin ilânının onuncu yıl dönümü dolayısı ile neşredilmiş olan 2330 sayılı af kanunu olup, bu kanunun 16 ncı maddesi tetkik ettiğimiz mevzua hasredilmiştir. 1945 senesinde neşredilen 4727 sayılı kanun ise, hassaten bu meseleleri tanzim eder. Son olarak 1950 senesinde isdar edilen 5524 sayılı kanunda yine aynı meselenin halli için çıkmıştır. Son kanun, evvelki iki kanunun hükümlerine de yer verdiği cihetle, sadece onu tetkik edeceğiz ve lüzumlu gördüğümüz yerde diğer iki kanunla olan farklarına temas edeceğiz (87)

7 Şubat 1950 tarihinde neşredilmiş olan 5524 sayılı kanunun (88) vaz'ettiği esas birbirleri ile evli olmadıkları halde karı koca gibi yaşayanlardan doğmuş olan çocukların neseplerinin, alâkadarların yapacağı müracaat üzerine tashih edileceğidir. Aşağıdaki bentlerle, bu usul ile nesebin tashihinin şartlarını izaha çalışacağız.

1 — Karı koca gibi yaşama hali : Evlilik dışı bir çocuğun nesebinin, bu kanun hükümlerine göre, tashihî için sadece evlilik dışı olması kâfi değildir. Ana babası arasındaki cinsî münasebetin "karı koca gibi yaşama" vasfını haiz olması icap eder. Binaenaleyh tesadüfî bir münasebetin mahsulü olan çocuk için 5524 sayılı kanunun hükümlerinde istifade mümkün olmadığı gibi, devamlı olmasına rağmen "karı koca gibi yaşama" vasfını haiz olmayan cinsî münasebetlerden doğan çocuklar hakkında da bu kanun hükümleri tatbik edilemez (89).

(86) BELGESAY 188; GÖNENSAY 23.

(87) Bu kanunlar için bak: İMRE a.g.e.; N. ÜLGENALP: Tescil edilmiyen birleşmelerle bunlardan doğan çocukların tescili, Adalet Dergisi, 1945, 11, 1125; VELİ-DEDEOĞLU a.g.e.; Adalet Dergisi 1942, sayı 12: Muhtelif mütalâalar.

(88) Düstur, 1950, sf. 758. Tescil edilmeyen birleşmelerle bunlardan doğan çocukların tesciline ve gizli kalmış nüfus vakalarının cezasız olarak kaydına dair kanun (Resmî Gazete, 7 Şubat 1950, sayı: 7426).

(89) Halbuki Medenî Kanun hükümlerine göre, çocuk tek bir defa vaki olmuş cinsî münasebetin mahsulü olsa bile, nesebinin tashihî mümkündür.

2 — **Karı koca gibi yaşama halinin başlangıcı:** 5524 sayılı kanunun hükümlerinden istifade edebilmek için karı koca gibi yaşama halinin 4 ekim 1926 ve 7 Şubat 1950 tarihleri (90) arasında başlamış olması lâzımdır. Bu halin kanunun neşri anında devam etmekte bulunması şart değildir. Filhakika karı koca gibi yaşama hali kanunun neşrinden evvel, ölüm veya ayrılık gibi bir sebeple, nihayete ermiş olsa dahi nesebin tashihine esas teşkil edebilir (mad. 1, fk. 3). Kanunun neşri tarihinden sonra karı koca gibi yaşamağa başlayanlardan doğan çocuklar, 5524 sayılı kanunun hükümlerinden istifade edemezler (91).

3 — **Karı koca gibi yaşayan ana babanın medenî hallerinin yaratabileceği ihtimaller ve bu ihtimaller muvacehesinde nesebin tashihi:** Karı koca gibi yaşayan ana ile babanın medenî halleri muhtelif ihtimaller meydana çıkarır, ki bunların bir kısmında nesebin tashihi mümkün diğer bir kısmında ise gayrı mümkündür:

a) **Ana ve baba bekâr iseler,** bunlardan doğan çocukların nesepleri tashih edilecektir. Babanın karı koca gibi yaşadığı kadınların sayısının birden fazla olması mümkündür. Bu takdirde çocukların kendi analarına ve babaya izafeten nesepleri tashih edilecektir (92).

b) **Ana bekâr baba evli ise,** çocuk yine ana babaya izafeten sahih nesepli olarak tescil edilecektir (93). Bu hükme göre erkeğin zinası mahsulü olan çocuk, sahih nesepli olarak, meşru aile içerisine sokulmaktadır. Babanın karısından başka birden ziyade kadınla karı koca gibi yaşaması halinde de vaziyet aynıdır.

c) **Ana evli ise, baba bekâr olsun veya olmasın,** çocuğun nesebinin tashihine imkân yoktur. Zira medenî kanun hükümlerine göre, çocuğun babası, anasının kocasıdır. Ancak kocanın nesebi reddetmesi takdirinde, çocuk yine evlilik dışı çocuk haline düşecektir. Acaba bu hal-

(90) Medenî kanunun yürürlüğe girdiği tarihle 5524 sayılı kanunun neşri arasındaki devre.

(91) Yargıtay II nci Hukuk Dairesinin 4727 sayılı kanun dolayısıya vermiş olduğu bir karar da bu hususu teyit eder (Adalet Dergisi, 1949, 4, sf. 590).

(92) Ana babanın bekâr olması halinde karı koca gibi yaşayışları evlenme olarak tescil edilecektir. Ancak, erkek birden ziyade kadınla karı koca gibi yaşadığı halde bu evlenme nası tescil edilecektir? Hiç şüphe yok ki kadınlardan birisi ile olan yaşayış evlenme addedilecektir. Pratikte bu kadının intihabı erkeğe ait olacak ve o dilediği kadınla olan münasebetini evlenme olarak tescil ettirecektir.

(93) Ancak bu takdirde, karı koca gibi yaşama hali evlenme olarak tescil edilemeyecektir.

de çocuğun ana ve babaya izafeten sahih nesepli olarak tescili mümkün olamaz mı suali hatıra gelebilir. Büyük bir cömertlikle, erkeğin zinasının mahsulü olan çocuğun nesebinin tashih edilip onun erkeğin meşru ailesi içerisine sokulmasını temin eden bir kanunun bu suale müsbet cevap vereceği tahmin edilebilir. Lâkin kanunun birinci maddesinin ikinci fıkrası sadece evli olan erkeğin evli olmayan bir kadınla yaşayışında bahsetmiş olduğu cihetle, zikrettiğimiz nesebi reddedilmiş çocuğun nesebinin tashihine imkân olmayacaktır. Bu hal gayrı makul görünürse de, 5524 sayılı kanunun hareket noktası nazara alınırsa, yerinde bir hal tarzıdır. Zira bu kanun, vazı kanun sarahaten mevzuu bahis etmemiş ise de, eski hukukumuzda göre muteber olan evlenmelerle, bu evlenmelerin mahsulü olan çocukların neseplerinin, bugünkü hukuk bakımından da meşru hale sokulması için nesredilmiştir. Vazı kanun bu işi yaparken, sadece poligamiyi mümkün kılacak hükümleri kabul etmemek sureti ile, eski hukukun ahkâmında ayrılmıştır. Eski hukuk, taaddüdü zevcatı kabul ettiği cihetle, 5524 sayılı kanun evli bir erkeğin karısından gayri kadınla karı kocagibi yaşamasını, çocukların nesebi bakımından meşru bir evlenmeye kıyas etmiş, lâkin bir kadının birden ziyade kocası olması eski hukukumuzca da kabul edilmediği cihetle, evli kadının kocasından gayri bir erkekle karı koca gibi yaşaması, çocuğun nesebi bakımından dahi meşru bir evlenmeye kıyas edilmemiştir.

Ancak burada bir nokta üzerinde durmak ve medenî kanun mer'iyete girmeden evvel, kocasından boşandığı halde, bu hususu nüfus siciline kaydedilmediği cihetle, evli gözülken kadının diğer bir erkekle karı koca gibi yaşaması hali hakkında yapılacak muameleyi görmek icap eder. Kanunun 4 üncü maddesi bu hali tanzim eder: Medenî kanunun mer'iyete girmesinden evvelki boşanmalarını kaydettirmemiş olan karı kocanın bu hususu sulh hâkimi önünde müştereken beyan etmeleri üzerine boşanmış oldukları nüfus siciline tescil edilir ve gerek kadın gerekse çocuk 5524 sayılı kanunun hükümlerinden istifade eder.

d) Son bir ihtimal olmak üzere, karı koca gibi yaşayan ana baba arasında TMK. 92 de zikredilen evlenme maznelerinden birisinin bulunması halini tetkik edelim: Kanunun birinci maddesinin birinci fıkrasına göre, bu gibi münasibetlerin mahsulü olan çocukların nesepleri, bu kanuna göre, tashih edilemeyecektir (94). Burada bir noktaya nazarı dikkati celbetmek isteriz: TMK 92 deki memnuiyetler arasında evlâtlık rahiyesi de mevcuttur. Binaenaleyh evlâtlıkla evlât edinenin karı

(94) Bu yaşayış tarzı da evlenme olarak tescil edilmez.

koca gibi yaşamaları neticesinde doğmuş olan çocuğun nesebi tashih edilemeyecektir (95). Halbuki evlâtlık rabitasının mutlak evlenme manilerinden olmadığı ve evlâtlıkla evlat edinenin evlenmelerinin muteber olup, bu takdirde evlâtlık rabitasının ortadan kalkacağı malûmdur. Hal böyle olduğuna göre 92 ci maddedeki evlâtlık rabitasının, nesebin tashihine mâni teşkil etmemesini temin edecek bir hükmün sevki yerinde olurdu kanaatındayız.

4. — Nesebi tashih edilecek çocuğun doğum anı: Bu kanun hükümlerinden istifade edebilmek için çocuğun, 5524 sayılı kanunun neşri anında doğmuş olması veya kanunun neşrinden itibaren üç yüz gün içinde doğması lâzımdır. Bu müddetin hitamından sonra doğacak çocukların nesepleri 5524 sayılı kanuna göre tashih edilemez.

5 — Nesebin tashih için tescil talebinde bulunmağa hakkı olanlar : 5524 sayılı kanunun bu husustaki hükmü gayet müphemdir. Filhakika 5 inci madde "... bu birleşmelerden doğan çocukların kaydı için de ilgililer istemde bulunurlar" der. 2330 sayılı kanunun 16 nci maddesi E) fıkrasında buna müşabih bir hüküm sevk edilerek, sadece "alâkalılar" dan bahsedilmiş ise de müteakip F) fıkrasında, "veli veya yasi tescil için müracaat etmedikleri halde çocuk reşit olduktan sonra bu kanuna göre tescil talebinde bulunmağa hakkı vardır" denildiğine göre, alâkalıların kim olduğu anlaşılmaktadır. Halbuki gerek 4727 ve gerek 5524 sayılı kanunda ilgililerin kim olduğunu gösterecek bir emare mevcut olmadığı gibi çocuğun, tescil edilmemesi halinde, reşit olduğunda müracaat hakkına sahip olduğundan da bahsedilmemektedir.

Buna mukabil son iki kanunda ilgililerin tescil talebinde bulunmalarını halinde, bunların tescilini talep etmekle mahalle ve köy muhtarları ile köy ihtiyar meclisi üyeleri vazifelendirilmişlerdir.

Çocukların reşit olduklarında "ilgililerin" ve muhtarların muhtemel alâkasızlıklarının tashihi zımında müracaat hakkına sahip oldukları hususunun hükme bağlanmamış olması şayanı eseftir. 4727 sayılı kanunun 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında, muayyen müddet zarfında tescilin yapılmaması halinde asliye mahkemesine müracaatla tescilin yaptırılabilceği kaydedilmiş ise de, son kanunda bu hükme de yer verilmemiştir.

İlgililer tâbirinde, hiç olmazsa, 2330 sayılı kanundaki mananın verilmesinin ve bilhassa çocuğa, reşit olduktan sonra da müracaat hakkının

(95) Binaenaleyh evlâtlıkla evlât edinenin karı koca gibi yaşamaları da evlenme olarak tescil edilemeyecektir.

tanınmasının yerinde olacağına kaniiz (96).

6 — **Selâhiyet ve usul** : 5524 sayılı kanuna göre selâhiyetli makam mahallin en yüksek mülki amiridir.

Takip edilecek usul, talepte bulunacak şahıslara göre değişir:

a) İlgililerin talepleri: Bunlar evvelâ muhtara müracaatla gerekli ilmühaberi alırlar ve bu ilmühaberi bir istida ile mahallin en büyük mülkiye amirine verirler. Bu amir, talepleri, nüfus kayıtlarına göre kanuni şartları haiz oldukları takdirde, tescil edilmek üzere nüfus idaresine havale eder. Nüfus idaresince siciller üzerinde yapılan tetkikat neticesinde, taleplerin kanuna uygun olduğu anlaşılırsa, başka bir muameleye hâcet kalmaksızın, tescil yapılır.

b) Muhtarların talepleri: İlgililerin müracaat etmemeleri üzerine, muhtarların resen tanzim edecekleri mazbata, yine mahallin en büyük mülki amirine verilir ve onun tarafından nüfus idaresine, aynı şekilde, havale edilir. Nüfus dairesi, keyfiyeti derhal babaya tebliğ ile mükelleftir (97). 30 gün zarfında itiraz vaki olmadığı veya vaki itiraz sulh yargıçlığı tarafından reddedildiği takdirde, tescil yapılacaktır.

7 — **Müddet** : 5524 sayılı kanuna göre yapılacak tescil talepleri için müddet, kanunun neşri tarihinden itibaren üç senedir (98). Binaenaleyh 7 şubat 1953 tarihine kadar bu kanun hükümlerine göre nesebin tashihi talebinde bulunmak mümkündür.

Bu müddetin geçmesi halinde, yapılacak muamele hakkında sarih bir hüküm mevcut değil ise de, ilgililerin müracaatta bulunmamaları takdirinde muhtarlara tahmil edilen mükellefiyetin, müddetin hitamından sonra mevzuu bahis olabileceğine kaniiz. Zira, kanunun tesbit ettiği müddet hitama ermedikçe, ilgililerin müracaatta bulunup bulunmadıkları hususunda karar verilemez. İlgililerin bizzat müracaat imkânı bulunduğu müddetçe, muhtarın tescil talebinde bulunamaması icap eder. Bu sebebe binaen, muhtarların mükellefiyetlerinin 7 şubat 1953 tarihinden itibaren başlayacağına ve bu hususta hiç bir müddete tabi ol-

(96) VELİDEDEOĞLU 306.

(97) Babanın bulunduğu yer malûm değil ise tebliğ, ikametgâhının kapısına asıl mak suretiyle, ilânen yapılır.

(98) 2330 sayılı kanunda bu müddet bir sene olarak tesbit edilmiş, buna mukabil çocuğa reşit olduğunda bizzat müracaat edebilmek imkânı sağlanmıştır.

4727 sayılı kanunda bu müddet iki sene olarak tesbit edilmiş ve müddetin geçmesinden sonra asliye mahkemesine müracaatla, kanundan istifade imkânı temin edilmiştir.

madan talepte bulunulabileceğine kanaiz. Filhakıka kanunun muhtar-
lara tescil mükellefiyeti tahmil eden hükmü şöyledir: "İlgililer çocukla-
rın tescili için istemde bulunmadıkları surette bunları bir ilmühaber
vermek sureti ile yazdırmakla mahalle ve köy muhtarları ile köy ihti-
yar meclisleri üyeleri ödevlidirler" (Mad. 5, fk. 1, cümle 2).

IV — NESEBİN TASHİHİNE İTİRAZ :

Nesep bağının tam bir doğrulukla tesbiti gerek cemiyet, gerek aile
ve gerek fert için, çok ehemmiyetlidir. Bu ehemmiyete binaen vazı
kanun evlilik içi nesebin dahi reddini mümkün kılmış ve gayri sahih
nesebin hakikat hilâfına teessüs etmesi ihtimalini derpiş ederek, bu ba-
ğın çözümlenmesini sağlayan hükümler vaz'etmiştir.

Bu hükümlere muvazi olarak, nesebin hakikat veya kanun hilâfı-
na tashih edilebilmesi imkânı gözönünde tutularak gerek medenî kanun-
da, gerek nesebin tashihini tanzim eden diğer kanunlarda nesebin tas-
hihine itiraz yolları tesbit edilmiştir.

A — MEDENÎ KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE NESEBİN TAS- HİHİNE İTİRAZ :

Medenî kanunun nesebin tashihine itirazı tanzim eden 251 inci mad-
desinin hükümleri hem evlenme ve hem de hâkimin hükmü ile nesebin
tashih edildiği hallerde tatbik edilecektir.

1 — **Butlan davasını ikameye şalâhiyetli olan şahıslar :** a) Ana ba-
banın kanunî mirasçısı (99) : Nesebi tashih edilen çocuk tamamen ev-
lilik esnasında doğmuş çocuğa kıyas edileceği cihetle, bu hal herkesten
evvel ana ve babanın diğer kanunî mirasçılarının menfaatlarını halel-
dar edecektir. İşte bu sebebe binaendir ki vazı kanun, bu şahıslara ne-
sebin tashihine itiraz hakkını tanımıştır. Ancak göz önünden ızaklaş-
tırılmaması icap eden husus, butlan davasını ikameye sadece kanunî mi-
rasçılarının şalâhiyetli olduğu, miras mukavelesi veya vasiyetle mirasçı
olanların bu hakka sahip olmamasıdır.

b) Savcı : Nesebin tashihinde amme intizamının alâkası aşıkârdır.
Binaealeyh savcının dâva hakkının mevcut olması tabiidir. Lâkin medenî
kanunumuz, nesebin tashihinin savcıya ihbar edileceğini hükme bağla-

(99) Medenî Kanunumuzun burada kullandığı "ana babanın kanunî mirasçıla-
rı" tâbirine ana babanın müşterek mirasçısı mânasını izafe etmemek lâzımdır. Mak-
sat gerek ananın gerek babanın mirasçılarının, müstakillen bu hakka sahip olduğudur.
(ARSEBÜK 448, not 75).

mamıştır. Mamafih, yukarıda da işaret ettiğimiz gibi, nüfus memuru savcığı, icap ettiği takdirde, nesebin tashihinden haberdar edecektir.

c) Ana ve babanın kanunî mirasçıları ile savcının butlan davasını ikameye selâhiyetli oldukları kanunda sarahaten zikredilmiştir. Lâkin dava hakkını sadece bunlara inhisar ettirmek hak ve adalete uygun olmaz. Çocuğun nesebinin, hakikata uygun olmayarak, tashih edildiğine muttali olan ve hakikatın tecellisinde menfaattar bulunan diğer bazı şahıslara da bu hakkın tanınması icabeder. İsviçre federal mahkemesi bu yoldaki kararları ile (100) bizzat çocuğa, nesebin tashihinde iradesi fesada uğramış olan tarafa ve çocuğu evvelce tanımış olan babaya da butlan davasını ikame selâhiyetini tanımıştır.

Bu hallere ilâveten, çocuğun sahih nesepli (gerek doğrudan doğruya gerek nesebin tashihi neticesinde) olması halinde de babasına bu hakkın tanınması icap eder.

2 — **Butlan davası kimin aleyhine ikame olunur ?** Kanun bu sorunun cevabını sarih olarak vermemiştir. Bu dava hem ana babaya ve hem de çocuğa karşı açılacak; davacı bu şahıslardan biri ise, diğerlerine karşı ikame olunacaktır. (101).

3 — **Butlan davasında isbatı lâzımgelen cihet :** Kanunun sarahatle ifade ettiğine göre, butlan davası ikame edenlerin, çocuğun izafe edildiği erkekle kadında doğmamış olduğunu isbat etmeleri lâzımdır.

4 — **Butlan davasının ikame zamanı :** Medenî kanunumuz savcı ve ana babanın kanunî mirasçıların, nesebin tashihine ittilâ tarihinden itibaren, üç ay içerisinde butlan davasını ikame etmeleri icap ettiğini tesbit etmiştir. Bu hak bir sukutu hak müddeti olup hitama erdikten sonra hiç bir suretle dava ikame edilemez. Müddetin hitama ermesinden sonra yeni delillerin ele geçirilmiş olması veya bu müddetin geçmesinden sonra çocuğun izafe edildiği ana babadan olmadığının öğrenilmesi, dava ikamesini mümkün kılmaz.

Savcının ittilâ tarihinin başlangıcı olarak nüfus memurunun nesebin tashihinden haberdar edildiği tarihin kabulüne mütemayiliz.

Dava ikamesine selâhiyetli diğer şahıslardan olan baba veya çocuğu tanımış bulunan baba için bu müddetin yine ittilâ tarihinden itibaren üç ay olacağı aşikârdır. Lâkin diğerleri için, yani çocukla iradesi fesada uğramış olanlar için, vaziyetin böyle olmaması lâzımdır. Çocuk, kocanın

(100) ARSEBUK 451; VELİDEDEOĞLU 296.

(101) VELİDEDEOĞLU 296.

kendi babası olmadığını öğrendiği zaman dava ikame edebilmelidir. Keza iradesi fesada uğrayan taraf fesat sebebi ortadan kalktıktan sonra butlan davası ikame edebilmelidirler.

5 — **İptal kararının şümulü** : Nesebin tashihinin iptaline karar verildiğinde, bu karar sadece davacı lehine hüküm ifade etmez. Herkes bu karardan müstefit olur. Zira iptal kararı verilmesi ile çocuk sahih nesepli olmaktan çıkacak ve yeniden evlilik dışı çocuk durumuna düşecektir.

6 — **Selâhiyet ve usulî muhakeme** : Butlan davasına bakmağa salâhiyetli hâkim, tashih kararın verildiği mahal veya ana babanın ikametgâhlarının hâkimidir.

Nesep hâkimin hükmü ile tashih edildiğinde, bu hükmü veren mahkemenin butlan davasına da bakmasının pratik faydaları olacağı aşikârdır. Bunun yanında ana babanın ikametgâhlarının bulunduğu mahalde de dâva ikamesi aynı şekilde faydalar sağlayabilir. Çünün için vazı kanun müddeiye bir intihap hakkı bırakmış ve davanın söylediğimiz bu iki mahalden birisinde ikame edilebileceğini tesbi etmiştir.

Butlan davası, ihtilâfsız kaza sahasına dahil değildir. Alelâde usulî muhakemeye tevfikân hareket etmek icap eder (102).

B — 5524 SAYILI KANUNA GÖRE NESEBİN TASHİHİNE İTİRAZ:

Bu kanuna göre ikame olunacak iptal davasının, umumiyetle yukarıda tetkik ettiğimiz hükümlere uygun olacağına kaniiz. Sadece iki noktada medenî kanun hükümlerinden ayrılma vardır:

1 — **İptal davasında isbatı lâzımgelen cihet** : İptal davası ikame edenler, çocuğun izafe edildiği erkekle kadının sulbünden gelmediğini isbat ile iktifa edecekleri gibi, bu hususu isbata tevessül etmeden, 5524 sayılı kanunda yazılı şartların mevcut olmadığını isbat ile de iptal kararı istihsal edebilirler. Meselâ çocuk, izafeten tescil edildiği erkekle kadından doğduğu halde, bu erkekle kadının karı koca gibi yaşamadıklarının veya kadının evli bulunduğunun, yahut ta erkekle kadın arasında 92 de zikredilen evlenme mânilerinden birisinin mevcudiyetinin isbatı neticesinde bu iptal kararı istihsal edilebilir.

2 — **İptal davasının zamanı** : İptal davası, alâkalıların tescile ittilâ kesbettikleri tarihten itibaren altı ay ve her halde tescil tarihinden itibaren beş sene içinde ikame olunmalıdır. Bu müddet vasıf itibarı ile

medenî kanunun vaz'ettiği müddete müşabihtir ve orada derpiş edilen ihtimaller ve varılan neticeler burada da varittir kanaatındayız.

V — NESEBİN TASHİHİNİN HÜKÜM VE NETİCELERİ :

Her ne şekilde olursa olsun, nesebi tashih edilmiş olan çocuk, huku-kan sahih nesepli çocuğun haline sahip olacaktır. Ancak müellifler arasında, her şeye rağmen, bazı farklar mevcut olduğunu ileri sürenler de vardır:

1. Medenî Kanunumuzun nesebin tashihinin hükümlerini tanzim eden 252 nci maddesi, İsviçre Medenî Kanununun fransızca metnine uygundur olarak, "Nesebi tashih edilen çocuk, ana ve babasına ve onların hısımlarına karşı aynıyle nesebi sahih olan çocuğun hukukunu haizdir; nesebi sahih füruu dahi tashihten müstefit olur., der. Bu hal bazı müelliflere, maddenin son kısmının mefhumu muhalifine istinâden, nesebi tashih edilmiş şahsın gayrı sahih nesepli çocuklarının büyük ana ve babaya ve sair hısımlara mirasçı olamayacağı fikrini müdafaa ettirmiştir (103). Diğer bazı müellifler yapılan bu tefrikin haksız olduğunu ve bilhassa nesebi tashih edilmiş olan şahsın kadın olması halinde medenî kanunumuzun diğer hükümleri ile telifi zor bir vaziyet karşısında kaldığını ifade ederler (104).

İsviçre medenî kanununun almanca metninin bu ihtilâf ortadan kaldıracak bir şekilde kaleme alındığını zannediyoruz. Filhakika mezkûr metin şöyledir: "Evlilik haricinde doğan çocukla sahih nesepli füruu tashih nesep sureti ile baba, ana ve bunların hısımlarına karşı sahih nesepli hısımların vaziyetini iktisap ederler" (105). Rossel ve Mentha her iki ifade tarzı arasında fark görmezler ve "sahih nesepli füru" kaydının konulmuş olmasının "nesebi tashih edilmiş bir çocuğun tabii çocuklarına, sahih nesepli bir şahsın tabii çocuklarından daha iyi muamele etmemek., arzusundan neşet ettiğini söylerler (106). Prof. Arsebük "Fakat bu izah tarzı hasri olan neticenin garabetini hiç de izah edemiyor" der ve Curti - Forrer'in bu yoldaki tenkitlerinin pek haklı olduğunu ilâve eder (107). Biz bu görüş tarzına iştirak edemeyeceğiz. Rossel ve Mentha'nın fikirlerinin doğruluğuna kaniiz. Filhakika vazı kanunun serdettiği bu hüküm, medenî kanunun diğer hükümleri ile ahenk halindedir ve bu madde dolayısıyla sahih neseple tashih edilmiş nesep arasında bir fark yaratılmamıştır. Maddenin bu şe-

(103) TUOR: Heritiers legaux I, sf. 8.

(104) ARSEBÜK 454.

(105) Tahir Çağa'nın tercümesi (EGGER 39).

(106) ROSSEL 421.

(107) ARSEBÜK 454, not 110.

kilde kaleme alınmış olması, tashih edilmiş neseplere lehine bir fark yaratılmasına mani olmuştur. Filvaki madde münakkidlerinin (108) arzu ettiği gibi "sahih nesepli fûru" kaydı olmaksızın kaleme alınsa ve gayri sahih nesepli fûru da nesebin tashihinden istifade imkânı verilse idi garip bir va ziyet karşısında kalacaktık. Almanca metinle türkçe ve fransızca metinlerin karşılaştırılması neticesinde, "nesebin tashihinden istifade" tabirinden maksadın nesebi tashih edilmiş çocuk ve onun fûru ile, nesebi tashih eden ana, baba ve onların hısımları arasında **sahih neseplere bağının doğması** olduğu anlaşılmaktadır. Kanununun mevzuu bahis maddesi hali hazır şekli ile, nesebi tashih edilmiş şahsın ana, babası ve bunların hısımları ile gayri sahih nesepli fûru arasında sahih neseplere bağının doğmasına mâni olmuştur. Bu çocuklar, Tuor'un da dediği gibi, tashih anına kadar gayri meşru çocuğun gayri meşru çocuğu haline sahip iken tashihten sonra meşru çocuğun gayri meşru çocuğuna haline sahip olacaklardır (109).

2. Nesebin tashihinin makalede şamil olup olmaması meselesi de fikir ayrılıklarına yol açar. Bu sahadaki münakaşa tashihin doğum anından itibaren mi, yoksa tashih anından itibaren mi hükümlerini icraya başlayacaktır hususu üzerinde cereyan edecektir. Gebe kalış anını nazarı itibara almağa mahal yoktur. Müellifleri bir kısmı, tashihi nesebin doğum anından itibaren hükmünü icra edeceğini (110), bazıları ise bunun böyle olmakla beraber, tashihten evvel neticelenmiş hukukî muamelelerin istisna edilmesi lüzumunu ileri sürerler (111). Nesebin tashihinin makalede şamil olması icap ettiği fikrinde olan Egger, makalede teşmilin ceninin medeni haklardan istifade ehliyetinden dahi istihraç edilebileceğini söyler (112).

Tuor, nesebin tashihi makalede şamil değildir; binaenaleyh nesebi tashih edilmiş çocuk, meşru çocuk gibi mirastan, ancak müteveffa nesebin tashihinden sonra ölmüş ise müstefit olacaktır fikrini müdafaa eder (113). Prof. Arsebük'te bu fikirdedir denilebilir: sahih olarak nesebin tashihinin makalede şamil olacağı ifade edilmemekle beraber, sahih nesepli çocukla nesebi tashih edilmiş çocuk arasındaki musavatın bozulduğu iki noktadan birisinin şu olduğu söylenmektedir: "Nesebi

(108) ARSEBÜK 454; BELGESAY 191; CURTI - FORRER sf. 217, md. 263, no. 3; GÖNENSAY 26.

(109) TUOR: Héritiers Légaux I, sf. 8.

(110) ROSSEL 421; VELİDEDEOĞLU 308.

(111) EGGER 39, 40.

(112) EGGER 39, 40.

(113) TUOR: Héritiers legaux I, sf. 8.

tashih edilen çocuğun, ana babanın evlenmesinden evvel hükümlerini tevliht etmiş olan muamelelerden istifadeye hakları yoktur" (114), (115).

Nesebin tashihinin makale şamil olmayacağını kabul etmek, veya makale şamil olacağını ancak neticelerini tevliht etmiş muamelelerin istisna edilmesi icap ettiğini iddia etmek, meseleyi basitleştireceği cihetle, terviç edilebilir. Lâkin kanaatımızca vazı kanunun arzusuna uygun olmaz. Kanunun maddesi sarıhtır: Türkçe metin "aynı ile sahih nesepli..."; fransızca metin "evlilikten doğmuş gibi..." Almanca metin "sahih nesepli hısım" tabirlerini kullanmaktadırlar. Bu hal karşısında sahih nesepli çocuklarla nesebi tashih edilmiş çocuklar arasında fark tevliht edici mütalâalara iştirak edemiyoruz. Gerçi bu hal tatbikatta zorluklara sebep olabilir. Lâkin maksadın, tatbikatı kolaylaştırmak değil, vazı kanunun iradesine uygun bir şekilde hareket etmek olduğuna kaniiz.

Son olarak nesebi tashih edilmiş çocuk ve tashih edilmiş nesepl tâbirleri üzerinde durmak isteriz: M. Porret'nin Curti-Forrer şerhi tercümesinde işaret ettiği gibi tashih edilmiş nesepl, nesebi tashih edilmiş çocuk ve buna mumasil tabirlerin resmî vesaik ve muamelâtta kullanılmasına mahal yoktur (116). İsviçre Adalet Bakanlığının 26 Ağustos 1939 tarihli tamiminde bu husus tesbit edilmiş ve verilecek vesikalarda, nesebin tashihine ait şerhin, sadece nesebin tashih edildiğinin isbatı icap ettiği vakit dercedilmesinin, aksi halde bu hususun zikredilmemesinin lüzumu bildirilmiştir. Nesebi tashih edilmiş çocuk, sahih nesepli çocuğun haklarına sahip olacağı cihetle, onun unvanına da sahip olması yerindedir.

NETİCE

Medenî kanunumuzun nesebin tashihine müteallik hükümleri, hristiyan hukuk sistemlerinde, bazı değişikliklerle, on beş asırdan beri tatbik edilegelmektedir. Bu hükümler monogamiyi benimsemiş bir cemiyetin ihtiyaçlarını karşılayacak vüs'at ve mükemmelliktedir.

Bizim cemiyetimiz gibi, asırlar boyunca poligamiyi kabul sadece müstakbel karı kocanın rızasına dayanan ve Devletin hiç bir suretle müdahale

(114) ARSEBÜK 453.

(115) Bahis mevzuu edilen farklardan ikincisi, sahih nesepli çocuk'a nesebi tashih edilen çocuk arasında bunların tabii fûruları dolayısıyla mevcut olduğu zannedilen farktır (bak: sf. 591, not 107).

(116) CURTI - FORRER sf. 214, md.259, no. 8 mütercimnin notu.

etmediği bir evlenme şeklini tatbik eden ve nesep sahasında gayet liberal usulleri olan, bir cemiyetin, medenî kanunun çizdiği dar hudutlar içine, kısa bir zaman zarfında, girmesinin zorluğu, hatta imkânsızlığı aşıkardır.

Vazı kanun bu sebeple bir takım hususî kanunlar neşrederek, eski hukukumuzla göre muteber addedilen evlenmelerle bunların mahsulü çocukların vaziyetlerini bu günkü kanuna uydurmağa çalışmıştır. Ancak bu kaideler geçmişe müteallik olup, neşir tarihinden sonraki hadiseleri tanzim etmemektedir. Medenî kanunda yapılması mutasavver tadilat arasında, idarî kararlar nesebin tashihinin yer alması hem bu nevi kanunların neşrine mâni olabilir ve hem de bir dereceye kadar cemiyetimizin bu derdine çare olabilir. Bir dereceye kadar diyoruz, zira asıl meselelerin kanunun maddelerinin kaleme alınmış şekli ve müesseselerin vüs'atı ile çok derinden alâkalı olmadığını zannediyoruz. Halkımızın umumî kültür seviyesi ve kanun anlayışı bu günkü halini muhafaza ettikçe, nüfus sicil teşkilâtımız gerek metot ve gerek personel bakımından içinde bulunduğu vaziyette kaldıkça, ne çıkarılacak hususî kanunların ne de medenî kanun tadilinin, meseleyi halle kâfi geleceğine inanamıyoruz.