

^HTÜRK MEVZUATINDA VE İÇTİHATLARINDA BABALIK HÜKMÜ

*Yrd. Doç. Dr. Tuba KUTOĞLU**

GİRİŞ

1949 yılında Bakanlar Kurulu kararı ile kabul ettiğimiz, 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25 inci maddesinin 2 nci fıkrasının 2 nci cümlesi gereğince “Tüm çocuklar, evlilik içi ya da dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın, aynı toplumsal korumadan yararlanırlar.”

20 Kasım 1959 tarihli Çocuk Hakları Bildirgesi'nin 2 nci ilkesi gereğince ise; “Çocuklar özel olarak korunmalı ve onların yasa ve gerekli kurumların yardımı ile fiziksel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve toplumsal olarak sağlıklı, normal koşullar altında özgür ve onurları zedelenmeyecek şekilde yetiştirilmeleri sağlanmalıdır. Bu amaçla çıkarılacak yasalarda çocuğun en yüksek çıkarları gözetilmelidir.”

20 Kasım 1989'da Unicef tarafından kabul edilen ve 2 Ekim 1995'ten itibaren Türkiye tarafından uygulanan, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 7 nci maddesinde ise “Çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren isim hakkına, vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır.” ve 8 inci maddesinde de “Taraflar Devletler, yasanın tanıdığı şekliyle çocuğun kimliğini; tabiiyeti, ismi ve aile bağları dahil, koruma hakkına saygı göstermeyi ve bu konuda yasa dışı müdahalelerde bulunmamayı taahhüt ederler. Çocuğun kimliğinin unsurlarının bazılarının veya tümünden yasaya aykırı olarak yoksun bırakılması halinde, taraflar Devletler çocuğun kimliğine süratle yeniden kavuşturulması amacıyla gerekli yardım ve korumada bulunurlar.” hükümleri yer almaktadır.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Zirve Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

1982 tarihli TC Anayasasının 41 inci maddesinin 3 üncü fıkrası gereğince“ Her çocuk korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.”

Sağlıklı toplum sağlıklı bireylerden oluşur. Bireylerin çocukluklarından itibaren sağlıklı olabilmeleri genetik koşulları kadar, içinde buldukları sosyal koşullara da bağlıdır. Çocukların içinde buldukları ilk sosyal yapı aile kurumu; iletişim içinde buldukları ilk kişiler ise aile bireyleridir. Çocukların bu kişiler arasında en çok ihtiyaç duydukları ve iletişim içinde buldukları aile bireyleri ana ve babalarıdır. İdeal olan çocukların ana ve babaları ile birlikte sağlıklı bir aile ortamında büyümeleri ise de, bu koşulların sağlanması her zaman mümkün olmamakta; çocukların ise bu yoksunlukta iradelerine bağlı herhangi bir rolü veya kusuru bulunmamaktadır. Aksine bu durumdan en fazla mağdur olan kendileridir.

Aile ortamında büyümek ideal model olmakla birlikte, bunun sağlanamaması halinde, çocuğun yüksek menfaati aksini ön görmediği sürece, çocuğun en azından ana ve babasının her biri ile süreklilik gösteren bireysel ilişki içinde olması aranır. Çocuğun ana ve babası ile sağlıklı ilişki kurabilmesi öncelikle bunların kim olduğunun bilmesinden ve sonrasında da soy bağı olarak adlandırılan bu ilişkinin hukuken kurulmasından geçer.

Doğumun ve hamilelik sürecinin maddi ve kolay ispat edilebilir, fiziksel bir olgu olması sebebi ile, çocuğun anasını bilme ve anasıyla soy bağı kurabilmesi yanında, babasını bilmesi ve onunla soy bağı kurabilmesi daha düşük bir ihtimal ve ispatı da kıyasen güçsüz bir olgudur. Ana evli ise, eşler arasındaki sadakat yükümlülüğünün bir gereği olarak, aksi ispat edilinceye kadar doğuran kadının eşinin baba olduğu kabul edilir. Ancak evli olmayan kadınlar tarafından dünyaya getirilen çocukların da kuşkusuz birer babaları vardır. Her ne kadar aile kurumu, hukuk sistemlerince korunup özendirilmekte ise de, aile kurumu dışında dünyaya gelen çocukların da babalarını bilmek ve bunlarla sosyal olduğu kadar hukuki bir bağ içerisinde de olma hak ve ihtiyaçları vardır. Zira hiç bir çocuk aile ortamında büyümemeyi tercih etmez. Kaldı ki çocuğun tercihine bırakılan bir durum da söz konusu değildir. Bu sebeple çocuğun tamamen iradesi dışında oluşan bu duruma, bir de soybağının belirsizliğini eklemek çocuğun mağduriyetini katlayacağı gibi, hukukun temel ilkelerinden biri olan “zayıfın korunması” ilkesi ile de bağdaşmaz.

Ananın evli olup olmadığına bakılmaksızın ana ile çocuk arasındaki soy bağı doğumla kurulurken, ananın evli olmaması, babanın kimliğinde ciddi bir tereddüte yol açar ve bu durum baba ile çocuk arasında soy bağının doğrudan kurulmasında engel teşkil eder. Kanun koyucu böyle bir durumda “ananın eşi” gibi tanımlı, herhangi bir kişinin babalığını doğrudan kabul edemez ve bu sıfatı doğrudan hiç kimseye yükleyemez. Bu durumda çocuk ile baba arasındaki soy bağı, babanın arzusu ve kabulü ile kurulabileceği gibi babanın çocuğu inkar ve tanımayı reddetmesi durumunda dava yoluyla yani mahkeme kararı ile de kurulabilir. Bu çalışmada Medeni Kanun’da “babalık hükümü” olarak adlandırılan bu davalar incelenecektir.

I. SOY BAĞI (NESEP) KAVRAMI

“Geniş anlamda soy bağı, bir kimse ile onun ecdadı, ataları, üst soyu arasındaki biyolojik ve doğal bağlantıyı ifade eder. Örneğin bir çocuk ile ana ve babası, büyük ana ve büyük babaları, nine ve dedeleri arasında bir soy bağı bağlantısı, bir hısımlık ilişkisi vardır. Bu geniş anlamıyla soy bağı, bir diğerinden (birbirinden) üreyen (biri diğerinin sulbünden veya sadrından gelen) kimseler arasındaki hısımlığı, yani üstsoy alt soy (usül-füruu) hısımlığını göstermekte, dolayısıyla soy bağı ile nesil ve soy-sop kavramları birbirine karıştırılmaktadır.

Dar anlamda soy bağı, sadece çocuk ve ana baba arasındaki bağlantıyı, başka bir deyişle çocuğun ana ve babasına nisbetini ifade eder ki, Medeni Kanunumuzun aile hukuku kitabında düzenlenmiş olan soy bağı da bu dar anlamda soy bağıdır (m.282 vd.)¹.

Hukukumuzda ana ve/veya babayla kurulan soy bağı ya kan bağı esasına ya da evlatlık ilişkisine dayanır. Kan bağına dayalı biyolojik olarak kurulan soy bağına “doğal soy bağı”; yargı kararına istinaden, evlatlık ilişkisi neticesinde kurulan soya bağına ise “yapay soy bağı” denilmektedir².

Evlatlık ilişkisi hem ana ile hem baba ile kurulan bir ilişkidir. Kan bağı yoluyla anayla kurulan soy bağı ilişkisi, Medeni Kanun’un 282 nci maddesinin 1 inci fıkrasında “Çocuk ile ana arasındaki soy bağı doğumla kurulur.”

¹ Akıntürk Turgut/Ateş Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku, İst. 2011, sh. 321.

² Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya; age, sh. 322, Fişek Hicri, Nesebin Tashihi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1-2. <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3029.pdf> sh. 426 (19.9.2011).

şeklinde düzenlenmiştir. Doğum ve hamilelik gözle görülebilir ve saklanması güç, ispatı ise bir o kadar kolay maddi bir olay iken, babanın soy bağının, anayla kurulan cinsel ilişkiden doğmuş olması ve bunun da tanıkla ispatının özel hayatın gizliği ilkesi ve hayatın normal akışındaki ahlaki ölçütler gereğince neredeyse imkansız olması, kanun koyucuyu bir takım karine-leri kabul etmek zorunda bırakmıştır³.

Kadın evli olsun veya olmasın o çocuğu dünyaya getirmişse çocuğun anasıdır ve çocukla ana arasındaki soy bağı doğumla kurulur. Mülga 17.02.1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (bundan böyle 743 sayılı Kanun olarak geçecektir.) açısından bu soy bağı kanundaki karşılığıyla nesep, ananın evli olması halinde anaya karşı sahih, evli olmaması halinde gayri sahih kabul edilmişse de, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (bundan böyle 4721 sayılı Kanun olarak geçecektir.) açısından bu ayırım terk edilmiş; ananın soy bağının doğumla kurulduğu vurgulanılmakla kalınmıştır. 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un (bundan böyle 4722 sayılı Kanun olarak geçecektir) "soy bağı" başlıklı 12 nci maddesinin 1 inci fıkrası gereğince "Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, sahih olmayan nesep- li çocuklar, yürürlük tarihinden başlayarak bu kanunun soy bağına ilişkin hükümlerine tabi olurlar." denilmek sureti ile "sahi ve gayri-sahi nesep" ayırımı hem ana hem de baba ile kurulan soy bağı açısından geriye dönük olarak da kaldırılmıştır. "Yeni Medeni Kanun, haklı olarak eleştirilen bu çağdışı ayırımı tamamiyle kaldırarak farklılık ve eşitsizlik yaratan düzenlemeyi tasfiye etmiştir."⁴.

II. ÇOCUK ile BABA ARASINDA DOĞRUDAN KURULAN SOY BAĞI

1982 tarihli TC Anayasası'nın 21 inci maddesinde "Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır." ilkesi kabul edilmiştir. 4721 sayılı Kanunu'nun ikinci kitabında "Aile Hukuku" düzenlenmiş; çocukların hayatın normal akışı gereği aile birliği içerisinde doğmakta olduğu kabul edilerek, evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun babasının,

³ Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, sh. 328.

⁴ Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, sh. 323.

hiçbir ispat koşuluna bağlı olmaksızın, çocuğu doğuran kadının yani ananın eşi olduğu ilkesi kabul edilmiştir (MK, md.285).

Evlilik sonra ermiş dahi olsa, eğer sona erme tarihinin üzerinden 300 gün geçmemişse, ananın geriye dönük olarak 300 gün içinde evli bulunduğu kişi, bu kişinin kabullenmesine dahi bağlı olmaksızın, doğrudan baba olarak kabul edilmiştir (MK, md.287).

Öte yandan çocuğun ana rahmine düştüğü tarih itibariyle taraflar henüz evli olmamakla beraber doğum esnasında evli iseler, hatta doğum evliliğin hemen öncesinde gerçekleşmiş olsa dahi, çocuğun babasının ananın eşi olduğu ilkesi de kabul edilmiştir (MK, md. 285). Başka bir ifade ile kanun koyucu, çocuğun ana rahmine düştüğü tarihin evliliğin öncesinde veya sonrasında olmasına bakmamış doğum anında ana ile evli olan kişiyi baba kabul etmiştir.

Hatta evliliğin doğumdan sonra gerçekleşmesi durumunda dahi, ananın evlendiği kişinin çocuğun babası olduğu düşüncesiyle, eşlerin bu konuda yapacağı bildirim, çocukla babası arasında soy bağının kurulması için yeterli görülmüştür (MK, md.292).

Kuşkusuz bu durumlarda herhangi bir kanıt aranmadan kadının kocasının aynı zamanda çocuğun babası olduğu yönündeki karineler yanında, kanun koyucu fiili durumun her zaman böyle olamayacağı gerçeğine dayanarak, kadının kocasına, çocuğa ve belli koşullarda kanunda sayılan diğer kişilere yine kanunda düzenlenmiş olan bazı karinelere ve diğer delillere istinaden bu soy bağını ortadan kaldırma başka bir ifade ile soybağını reddetme hakkını tanımıştır. Soy bağının reddi, dava yoluyla kullanılacak bir hak olup; 4721 sayılı Kanun'un 286 ila 289 uncu maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Netice itibariyle, gerçeğe uygun veya değil, ananın evli olması, çocuğun anasının eşiyle bir soy bağı kurmasına yol açmakta; çocuk babası belirsiz bir kişi olmanın hukuki ve sosyal yükünden kurtulmaktadır.

III. EVLİLİK BİRLİĞİ DIŞINDA DOĞAN ÇOCUKLARIN GENEL OLARAK BABA YÖNÜNDEN SOY BAĞI KURABİLMELERİ

Çocukların, kendilerinin dünyaya geliş koşullarına müdahale veya itiraz edemedikleri ve tüm çocukların analarının evli olmadığı yönündeki gerçek-

ler göz önüne alındığında, bu çocukların soy bağı ile bir babaya bağlanamayacak olmaları, onları kimliksiz, toplum içinde hor görülen, hukuken korunmayan, ekonomik haklarından mahrum edilen ve topluma karşı tepkili kişiler haline getirecektir. Bu durumdan sadece o çocukların değil, toplumun da zarar görmesi kaçınılmazdır. Kaldı ki hukukun görevi, bazı durumlarda zayıfı topluma rağmen koruyabilmektir. Öte yandan, ailenin korunması gerektiği düşüncesiyle, bu çocukların ezilmesi ve gözden çıkarılması, ne evlilik dışı birliktelikleri ne de bu çocukların dünyaya gelişlerini önleyebilmiştir. Bu çocuklar dünyaya gelme koşullarını kendileri belirlemediklerine göre, olayın yükünün onların omuzlarına bırakılması beklenilemez. 4721 sayılı Kanun ile ülkemiz de dahil olmak üzere bir çok batılı ülkede gelinen son nokta, bu çocukların korunmasının ailenin korunmasına ağır bastığının kabulüdür. Kanımca olması gereken de budur.

4721 sayılı Kanundan önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Kanunda da bu çocukların varlığı inkar edilmemiş; bir takım yollar ve koşullarla bu çocukların da babaları ile soy bağını kurabilmeleri sağlanmıştır.

Çocuğun anasının bekar olması halinde çocukla baba arasında doğal soy bağı ilişkisi;

a) ya babanın rızasına dayalı olarak

b) ya da babanın rızası olsun olmasın ilama dayalı olarak kurulabilmektedir.

Babanın çocuğun biyolojik babası olduğunu kabul etmesi, kanuni karşılığı ile "TANIMA"sı, 4721 sayılı Kanununun 295 ila 300 üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Tanıma, çocuğun veya anasının rızası dahi aranmadan, babanın⁵ nüfus memuruna veya mahkemeye yapacağı tek taraflı irade beyanı ile, çocukla baba arasında soy bağını kuran hukuki bir işlemdir. Kuşkusuz bu işlemin de gerçeğe aykırı olduğu iddiası ile iptali dava konusu edilebilecekse de (MK, md. 297-300), işlemin kurulması aşamasında baba olduğunu iddia eden kişi dışında kimsenin rızası aranmamaktadır.

4721 sayılı Kanunda da çağdaş Medeni Kanunlara paralel olarak soy bağı gibi fiili ve hukuki durumun ortaya çıkarılması, sadece babanın iradesine, insafına veya insanlığına bırakmış değildir. Eğer biyolojik baba çocuğu

⁵ 4721 sayılı Kanun'dan farklı olarak, 743 sayılı Kanunun 291 inci maddesi gereğince; babanın vefatı halinde, babanın babası da çocuğu tanıyabiliyordu.

tanımıyorsa bu durumda, çocuk ve anaya dava hakkı tanınmıştır. “Babalık Hükümü” olarak ifade edilen bu dava, Medeni Kanunumuzun 301 ila 304 üncü maddelerinde düzenlenmiştir.

4721 sayılı Kanun, Mülga 743 sayılı Kanundan yargı yolu ile kurulan babalık hükmünü teke indirmek suretiyle ayrılmaktadır. 743 sayılı Kanunda baba ile soy bağının kurulabilmesi için 2 ayrı dava türü ön görülüyordu;

a) Nesebin Tashihi Davası: Mülga 743 sayılı Kanunun 249 uncu maddesinde “Birbirleriyle evlenmeyi vaad edip de birinin vefatı veya evlenme ehliyetinin zevali sebebiyle evlenmeyen ana babadan doğan çocukların nesebi, diğerinin talebi veya çocuğun müracaatı üzerine hakim tarafından tashih olunur. Ancak çocuk reşit ise tashih talebi rızası alınmadıkça mesmu olmaz. Çocuğun vefatından sonra müracaat hakkı fûruuna intikal eder.” hükmü yer almaktaydı.

Nesebin tashihi veya düzeltilmesi denen bu davanın açılabilmesi için ana ve babanın her ikisinin de birbirlerine evlenme vaadinde bulunmuş olmalarına rağmen, içlerinden birinin ölmüş veya evlenme ehliyetini kaybetmiş olması gerekmektedir. Bunların yanında gaiplik de nesebin düzeltilmesi için sebep kabul edilmekte; maddede geçen evlenme engeli sadece temyiz kudretinin yitirilmesi olarak kabul edilmekteydi. Babalık davasından farklı olarak, çocuğun müracaat hakkı fûruuna geçmekte iken, yine babalık davasından farklı olarak davanın açılması herhangi bir hak düşürücü süre veya zamanaşımına bağlanmamıştı⁶. Aranan bir diğer koşul da çocuğun evlenme vaadinden sonra doğmuş olması koşulu idi⁷.

Nesebin tashini yolu 4721 sayılı Kanunda yer almamaktadır. Bu sebeple bugün için, babayla çocuk arasında tek soy bağı davası “babalık davası”dır.

b) Babalık Davası: 4721 sayılı Kanunda “babalık hükmü” olarak ifade edilen dava, 743 sayılı Kanun’da “babalık davası” olarak isimlendirilmiş; konu, 295 ila 310 uncu maddeler arasında “şahsi sonuçlu babalık davası” ve “maddi sonuçlu babalık davası” olarak ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir. Her iki düzenlemenin farklılıklarına aşağıda yeri geldiğince değinilecektir.

⁶ **Zevkliler** Aydın, Medeni Hukuk, Ank. 1992, sh. 872 vd.

⁷ **Berki Şakir**, Medeni Kanunda Nesep Hısımlığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1956, C. 13, S. 3-4, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/332/3361.pdf> s. 43 (19.9.2011).

IV. BABALIK HÜKMÜ (DAVASI)

A. DAVANIN NİTELİĞİ

4721 sayılı Kanunda “babalık hükmü” adı altında düzenlenen dava; niteliği itibariyle, baba ve çocuk arasında soy bağı ilişkisini kuran inşai bir davadır. “Bu sebeple, olumlu sonuçlandığı takdirde, verilen hüküm bir takım hakların ve yükümlülüklerin öngörüldüğü yenilik doğuran bir karar niteliğini taşır. Babalığa hüküm verildiğinde çocukla baba arasındaki ilişki doğum anına kadar geriye yürür. Babalık davası açılmasından önce bu davadan feragat edilemez.”⁸.

“Yenilik doğurucu babalık hükmü kesinleşince, çocukla babası arasındaki soy bağı çocuğun ana karnına düştüğü tarihe kadar geçmişse etkili (ex tunc) ve aynı zamanda herkese karşı etkili (erga omnes) bir güçle kurulmuş olur. Böylece çocuk evvelce ölmüş babasına mirasçı olabilir. Yalnız çocuk geçmiş zaman için nafaka isteyemez. (Pro praeterito non alitur)”⁹.

Aynı davada, ana, zararının tazmini istemekte; çocuk için ise nafaka talebinde bulunulmaktaysa da, bunlar davaya bağı ferî alacaklar olarak kabul edilmekte¹⁰ olması davanın niteliğini değiştirmemektedir.

B. DAVANIN KONUSU

Davanın konusu, çocuğun babasının davalı olduğunun tespitidir. Bu tespit, 4721 sayılı Kanundaki karşılığı, çocukla baba arasında soy bağı kurulmasıdır. Oysa, 743 sayılı Kanuna göre, bu tespit her durumda soy bağı kurulduğu anlamına gelmez.

⁸ Öztan Bilge, Aile Hukuku, Ank. 2004, sh. 556.

⁹ Serozan Rona, Çocuk Hukuku, İst. 2005, sh. 219.

¹⁰ “Doğum giderleri karşılığı olan maddi tazminatın babalık davasıyla birlikte istendiğinden ferî nitelikte olup harca tabi olmadığına, ve vekalet ücretine hükmedilemeyeceğine” dair bkz. Yargıtay 2.H.D. 2008/6098 E, 2009/10720 K ve 03.06.2009 tarihli kararı, aynı yönde Yargıtay 2.H.D. 2009/18233 E ve 2010/21019 K ve 14.12.2010 tarihli kararı, “Nafaka talebinin babalık davasının eki niteliğinde olduğuna ayrıca harca tabi olmadığı gibi bu talebin reddi veya kabulü halinde vekalet ücretine hükmedilemeyeceğine” dair bkz. Yargıtay 2. H.D. 2006/6807 E, 2006/14852 K ve 02.11.2006 tarihli kararı.

Mülga 743 sayılı Kanunun 296 ncı maddesinde;

“Dava; ana ve çocuk lehine babanın nakti tediyatda bulunması talebine dair olabileceği gibi, kanunun tayin ettiği hususlarda bu taleple birlikte veya ayrıca, babalığın ahvali şahsiyeye müteallik bütün netayiciye hükmen tayinine dair de olabilir.” denilmek suretiyle babalık davaları tüm sonuçları ile babalığa hükmedilen “şahsi sonuçlu babalık davası” ve sadece maddi sonuçları olan “maddi sonuçlu (tabii) babalık davası” olmak üzere ikiye ayrılmış ve Kanunun 310 uncu maddesinde ise “Müdeialeyh anaya evlenme vaad ettiği veya münasebeti cinsiye bir cürüm veya nüfuzu sui istimal teşkil ettiği taktirde, müddeinin talebi üzerine hakim onun babalığına hükmeder” denilmek suretiyle şahsi sonuçlu babalık davasının açılabilmesi, davalı erkeğin anaya evlenme vaadinde bulunmuş olmasına ya da onunla kurduğu ilişkinin bir suç niteliğinde olması veya erkeğin nüfusunu kötüye kullanması hallerine bağlanmıştır¹¹.

296 ncı ve 310 uncu maddelerin bir arada yorumlanmasından çıkan sonuç; babalık hükmünün verilebilmesinin bir takım koşullara bağlanmış olduğu, aksi halde çocuğun babasının davalı olduğunun tespit edilmiş olmasına rağmen babalığa hükmedilemeyeceği; dolayısıyla çocukla baba arasında soy bağı ilişkisi kurulamayacağı ve bu durumda babaya karşı sadece nafaka ve tazminat isteminde bulunulabileceğidir. Başka bir ifade ile, 310 uncu maddede geçen koşullar oluşmamışsa, davalının babalığı tespit edilecek olmasına rağmen çocukla baba arasında soy bağı ilişkisi kurulamayacaktır. Ancak bir taraftan çocuğun babasının davalı olduğunu kabul ederek ananın, tazminat ve çocuğun nafaka talep edebileceğini kabul etmek; diğer taraftan babanın babalığına, başka bir ifade ile çocukla baba arasında soy bağı kurulduğuna hükmetmemek, ciddi bir hukuki çelişki yarattığı gibi, evlilik birliği dışında doğan çocuklar arasında da inkar edilemez bir eşitsizliğe yol açmıştır. Bu durumda, 310 uncu maddedeki şartlar oluşmadığı sürece, çocuk sadece aldığı nafakayla yetinmek zorunda kalıyor; söz gelimi babasının soyadını kullanamıyor, vatandaşlığını edinemiyor¹² ve mirasından yararlanamıyordu¹³.

¹¹ Bkz. Anaya Mahkemesi'nin 2000/3 E ve 2002/34 K. sayılı ve 20.3.2002 tarihli kararı.

¹² Bkz. Anaya Mahkemesi'nin 2000/3 E ve 2002/34 K. sayılı ve 20.3.2002 tarihli kararı.

¹³ Örneğin bkz. Y. 2.H.D. 1993/603 E, 1993/4179 K, 26.4.1993 T.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.03.1988 tarihli ve 19679 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1987/1 E, 1987/18 K ve 11.09.1987 tarihli kararı ile, birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasının tamamını iptal ettiği 743 sayılı Kanunun 433 üncü maddesi; "Nesebi sahih olmayan hısımlar ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların baba cihetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakkıftır.

Baba tarafından nesebi sahih olmayan çocuk yahut fūruu, babasının nesebi sahih fūruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yarısını alırlar" şeklinde idi.

Nesebi sahih olmayan çocuklar ana yönünden nesebi sahih çocuklar gibi mirasçı iken¹⁴ aynı çocuklar babalarının sahih nesepli çocuklarının miras payının yarısı kadar pay almakta idiler. İkinci fıkranın iptali ile gayri sahih nesepli çocukların ve fūrularının babaları yönünden, sahih nesepli çocuklar ve bunların fūrularının alacağı payın yarısı kadar pay sahibi olabilecekleri kuralı kalkmış; daha sonra çıkarılan 3678 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde geçen "nesebi sahih olan hısımlar nesebi sahih olmayan hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir" hükmüyle bu durum daha da kesinlik kazanmıştır.

Maddenin 1 inci fıkrasının 2 nci cümlesinin iptal edilmesi ile ortaya çıkan hukuk boşluğu ise, lehine maddi sonuçlu (tabii) babalık hükmü verilen çocuğun mirasçılığı noktasında tartışmalara yol açmıştır. "Görüşlerden biri mirasçılığın dayandığı esasın nesep bağı olduğu, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının bunu ortadan kaldırmadığı, miras bırakan ile mirasçı arasında biyolojik babalık ilişkisinin mirasçılık için yeterli olmadığı, en az usul ile fūruu arasında tanıma veya şahsi sonuçlu babalık hükmüne ihtiyaç olduğu idi. Diğer görüşe göre ise Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ile mirasçı olabilmek için evlilik için doğan çocuk ile evlilik dışı doğan çocuk arasındaki farklılığın ve eşitsizliğin kaldırılmasının amaçlandığı, buna göre de çocuk ile baba arasında biyolojik babalığın bulunduğu maddi sonuçlu baba-

¹⁴ Nesebi sahih olmayan çocukların ana yönünden nesebi sahih çocuklarla eşit miras almalarının eleştirisi için bkz. **Berki Şakir**, Türk Medeni Kanununda Çocukların Mirası, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/337/3427.pdf> s.267 (19.9.2011).

lık davası ispatının yeterli olduğu idi.”¹⁵. Başka bir ifade ile bir görüşe göre hukuksal soybağının aranması gerekmekte olup kan bağı yeterli görülmez iken¹⁶ diğer bir görüşe göre “kan hısımlığı hukuki bir kavram olmakla beraber biyolojik temele dayanır...Baba olduğu tespit edildikten sonra verilen hükmün mali sonuçlu veya şahsi sonuçlu olması hısımlığın varlığının hukuken tespit edildiği vakasını etkilemez...”¹⁷ ilkesi kabul edilmekte idi. Üçüncü bir görüşe göre ise “Evlilik dışı çocukların baba yönünden mirasçı olabilmeleri için, doğal soybağı (tabii nesep) yeterli görülüp mirasçılık için doğal soybağının esas alınması gerektiğine göre; doğal soybağının, mali sonuçlu babalık davasında veya doğal soy bağına saptanmasına yönelik bir tespit davasında saptanmış olması arasında bir ayırım yapılmaması gerekir... babalığın saptanmasına yönelik tespit davasına Medeni Kanunda yer verilmemiş olması böyle bir davanın açılmasına engel değildir.”¹⁸.

Birinci görüşü benimseyen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 26.04.1993 tarihli ve 1993/603 E ve 1993/4179 K sayılı kararında “Baba ile tabii bağı belirleyen ilamın, nesepsiz çocuğa bu sıfatı kazandırmadığına” hükmetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, ikinci görüşü benimseyerek, 29.06.1994 tarihli ve 1994/2-244 E ve 1994/465 K sayılı kararında; “tabii babalığına karar verilen çocuğun da nesebi sahih olmayan çocuk kapsamında olduğuna ve nesebi sahih çocuklar gibi mirasta eşit pay sahibi olduğuna” hükmetmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun almış olduğu karardan sonra ve bu karara rağmen, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21.04.1995 tarihli ve 1995/3184 E ve 1995/4932 K sayılı kararında “mali sonuçlu babalık davasının kabulünün davacıya mirasçılık sıfatını kazandırmayacağına” hususunda direnmişse de, 22.02.1997 tarihinde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına paralel olarak Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulunca alınan 1996/1 Esas ve

¹⁵ **Erdoğan İhsan**, Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, C.2, S.1-2. http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_3.pdf (28.6.2011).

¹⁶ **Koçhisarlıoğlu Cengiz**, Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1237/1833.pdf?show> sh. 161 (15.9.2011).

¹⁷ **Oğuzman Kemal**, Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C.49, S 1-3, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/49/1/22_kemal_oguzman.pdf sh. 308 (15.9.2011).

¹⁸ **Acabey M. Beşir**, Soyabağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, İzmir 2002, sh. 262-263.

1997/1 K sayılı ve 22.2.1997 tarihli karar ile bu tartışmalara son verilmiş ve “tabii babalığına hükmedilen çocuğun gayri sahih nesepli çocuk sıfatı ile mirasçı” olduğu kabul edilmiştir. Kararda tabii babalığa hükmedilen çocuğun babasına mirasçı olabileceğinin ifade edilmiş olmasının yanı sıra, bu çocukların artık baba yönünden “nesepsiz” sayılmadığı da vurgulanmıştır. Ancak 4721 sayılı Kanun’un 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmesine dek 743 sayılı Kanununun 312 maddesinde geçen “Babaya nisbeti babalık hükmü ile veya tanınmak suretiyle taayyün eden çocuk, babanın aile ismini taşır ve onun vatandaşlık hakkını iktisap eder. Babasının ve anasının ailelerine karşı sahih olmayan nesap üzerine terrettüp eden hakka ve vazifelere dahi sahip olur...” hükmü geçerliliğini korumuştur.

4721 sayılı Kanun ile “maddi babalık” yönünde herhangi bir düzenleme bulunulmamış olması sebebi ile, bu tartışmalara kesin olarak son verilmiştir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi 20.03.2002 tarihli ve 2000/3 E ve 2002/34 K sayılı kararında “maddi sonuçlu” ve “şahsi sonuçlu” babalık davalarının mesnedi olan 743 Sayılı Kanununun 297 inci maddesinin 1 inci fıkrası ve 310 uncu maddesinin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmiş olması ve 4722 sayılı Kanununun 13 üncü maddesi gereğince “Kanunun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davalarının da 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre karara bağlanacağı” gerekçesi ile, iptaline yer olmadığına karar vermiştir¹⁹. Esasen 4722 sayılı Kanununun 13 üncü maddesinin 2 inci fıkrası gereğince “Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan malî sonuçlu babalık davalarında çocuğun soy bağı, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olur.” hükmü ile “maddi sonuçlu babalık” hükmü geriye dönük olarak da tüm sonuçlarıyla ortadan kalkmış ve 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tabii babalık davası lehine sonuçlanmış çocuklar da sahih nesepli hale gelmiştir.

Soy bağına 4721 sayılı Kanun çerçevesinde çocuk için pratikte ne anlam taşıdığı hususu, aşağıda “davanın sonuçları” bölümünde incelenecektir.

Soy bağına kurulması, sadece çocuk açısından değil; ananın tazminat alacakları açısından da önem taşır. Her ne kadar, ananın açacağı davada,

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, daha önce 7.12.1993 tarihli ve 1993/37 E ve 1993/56 K sayılı uyuşmazlıkta, 743 sayılı Kanununun 310 uncu maddesine geçen “müddealeyle anaya evlenme vaaddettiği..” yolundaki ibarenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.

ananın talebi sadece kendi alacaklarına yönelik olacak, çocuğun haklarını kayyım temsil edecekse de, ananın alacaklarını talep edebilmesi de davalının babalığının tespit edilmiş olması koşuluna bağlıdır²⁰. Ananın tazminat talebinin içeriği de aşağıda davanın sonuçları bölümünde incelenecektir.

C. DAVANIN KOŞULLARI

a. Dava Sadece Çocuk ve Ana Tarafından Açılabilir

4721 sayılı Kanununun 301 inci maddesinin 1 inci fıkrasında “Çocuk ile baba arasındaki soy bağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilir.” denilmek suretiyle babalık davasını açma hakkı sadece çocuk ve anasına tanınmıştır. “Dava tanımanın iptali davasına içerik itibarıyla benzerlikte ise de tanımanın iptali davasının aksine, Cumhuriyet Savcısı babalık davası açmamaktadır.”²¹

Ana, sınırlı ehliyetsiz ise babalık davası açma hakkı, şahsa sıkı surette bağlı bir hak olduğundan, bu davayı veli veya vasisinin onayını almadan da açabilir. Kuşkusuz veli ve vasi de ananın kanuni temsilcisi sıfatıyla babalık davası açabilecektir. Velinin açtığı dava esnasında ana ergin olursa, babalık davasına ananın huzurunda devam edilecektir²². Ana eğer sezgin değilse, davayı sadece kanuni temsilcisi açabilecektir²³.

“Ana öldüğü takdirde, ananın doğum dolayısıyla yapmış olduğu harcamaların karşılanmasına yönelik maddi tazminat isteme hakkı mirasçılara geçerse de, manevi tazminat isteme hakkı geçmez. Bununla beraber ana, ölmeden önce BK m. 49 hükmüne dayanarak manevi tazminat isteminde bulunmuş ise, MK m. 25’e kıyasen manevi tazminat davası hakkının mirasçılara geçtiğinin kabulü doğru olur.”²⁴

²⁰ “Ananın nafaka ve tazminat istemli olarak açtığı davanın “tabii babalık” denen halin tespitini de kapsadığına” dair bkz. Y.H.G.K. 1993/2-790 E, 1994/83 K ve 23.2.1994 T.

²¹ Prof. Dr Ejder Yılmaz danışmanlığında Selçuk Çiftçi tarafından yazılmış “Nüfus Davalarında Cumhuriyet Savcısının Görevleri” isimli Yüksek Lisans Projesi, www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1748/2404.pdf sh. 29.

²² **Özğür** Ali İhsan, Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Ank 2010, sh. 320 (Y. 2.H.D. 10448 E, 10818 K, 5.11.1992 T.).

²³ **Öztan** Bilge, age, sh. 557-558.

²⁴ **Akıntürk** Turgut/**Ateş** Karaman Derya, age, sh. 359.

Söz konusu talebin devir veya takas edilmesine bir engel yoktur²⁵.

Ana, açılan davada sadece 4721 sayılı Kanunun 304 üncü maddesinde sayılan alacakları talep edebiliyorsa da, bunların tahsil edilebilmesinin davalının baba olduğunun tespitine bağlı olması, davanın sonucundan çocuğun hak ve menfaatlerinin de etkilenmesine yol açmaktadır. Evlilik birliği dışında dünyaya gelen çocuğun anası, Medeni Kanunun 337 nci maddesi gereğince bu çocuğunun doğrudan velisi olduğu halde, davada çocukla menfaatlerinin çakışabilmesi ihtimali sebebiyle, çocuğu davada temsil etme hakkını haiz değildir. Başka bir ifade ile ana davayı kendi adına açacak; kendi şahsı yanında çocuğun da kanuni temsilcisi, yani velisi sıfatıyla davacı olamayacak; çocuk için nafaka talebinde bulunamayacaktır²⁶. Öyle ki ananın vekili de çocuğun kayyımı olamayacağı gibi²⁷ ana ve çocuk aynı vekil tarafından da temsil edilemeyecektir²⁸.

Mülga 743 sayılı Kanunun 298 inci maddesinde “Mahkeme, evlilik haricinde bir doğumdan haberdar olduğu veya böyle bir gebelik kendisine haber verildiği takdirde; çocuğun menfaatine sıyanet etmek üzere, hemen bir kayyım tayin eder.” hükmü yer almaktaydı. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1987/2-473 E ve 1988/42 K ve 20.01.1988 tarihli kararında “... Öte yandan mahkemeler görevleri sırasında öğrendikleri vesayet halini gerektiren durumları Sulh Hakimine bildirmekle yükümlü kılınmışlardır. (MK md. 354) Bu hükmün amacı mahcurların (olayda küçüğün) yararını korumaya yöneliktir. Hal böyle olunca ananın, sırf kendi açacağı davada dahi Usülün 42. maddesinde olduğu gibi, keyfiyetin Sulh Hakimine bildirilmesi zorunludur. İşte bu kuralın kaçınılmaz sonucu olarak kayyım, ananın açtığı davada yer almak durumundadır. Bir an için dava sadece ana adına açılmış dava bile sayılsa, kayyımın müdahalesine imkan hazırlanması gerekir.” denilmek suretiyle kayyımın mutlak suretle atanması gereğine; ancak bu atamanın bizzat Aile Mahkemesi (o tarih itibarıyla Asliye Hukuk Mahkemesi) Hakimliğince yapılamayacağına, atanmasının Sulh Hukuk Mahkemesinden isteneceğine açıklık getirmiştir.

²⁵ **Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş M. Alper**, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, İst. 2011, sh. 286.

²⁶ Bkz. Y. 2.H.D. 2002/2141E, 2002/3172 K, 8.3.2002 T - 2004/517 E, 2004/1467 K, 12.02.2004 T.

²⁷ Bkz. Y. 2.H.D. 2004/1318 E, 2004/2253 K, 26.2.2004 T.

²⁸ Bkz. Y. 2.H.D. 2003/2129 E, 2003/3120 K, 10.3.2003 T.

Her ne kadar 4721 sayılı Kanunun 301 inci maddesinin son fıkrasında “Babalık davası Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyım, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir” denilmek suretiyle açılan babalık davalarında kayyımın da bulunması gereği (MK md.301, f.3) vurgulanmışsa da, aile mahkemesi hakiminin bu davada kayyım atama hususunda resen takdir yetkisi bulunduğu dair özel bir hüküm yer almamaktadır. Bununla beraber, Yargıtay 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da sair kararlarında küçüğe kayyım tayin edilerek temsilinin sağlanmamasını bozma sebebi saymış²⁹ ve kayyımın atanması için sulh hukuk mahkemesi hakimliğine başvurulması gereğine işaret etmiştir. Babalık davasında davaya özgü temsil kayımı atanması gerekmekte olup; daha önce atanmış yönetim kayyımının varlığına istinaden verilen karar kesin hüküm doğurmayacaktır³⁰.

Ana tarafından açılan davada, davaya çocuk açısından devam edilebilmesi için sadece kayyımın atanmış olması yeterli olmayıp; kayyımın usulüne uygun olarak davaya katılma isteğinde bulunmuş olması³¹ ve davayı takip etmesi³² aranır. Kayyım davayı takip etmezse davaya çocuk yönünden devam edilemez. Bununla beraber kayyımın davayı, vesayet makamının izni olmaksızın davayı atıya terke etme isteminde bulunması geçersizdir³³. Kayyım aynı şekilde vesayet makamının izni olmaksızın davadan feragat edemeyeceği gibi, çocuk adına sulh de edemez.

Kayyım ana olamayacağı gibi, çocukla menfaat çatışması içerisinde olan bir başkası da olamaz³⁴.

Çocuk kendisine babalık davası açması veya açılan davaya mühadil olması için bir kayyım atanmamışsa, reşit olduktan sonra davayı bizzat da açabilir. Çocuk 18 yaşını bitirdikten sonra kayyım ile temsil edilemeyeceği³⁵

²⁹ Bkz. Y. 2.H.D. 2002/670 E, 2002/7059 K, 24.05.2002 T. - 2002/5203 E, 2002/6268 K 10.5.2002 T.

³⁰ **Özğür** Ali İhsan, age, sh. 270 (Y.2. H.D. 7.7.2008, E.6839-K.10043).

³¹ Bkz. Y. 2. H.D.1994/12359, E, 1994/25 K, 10.01.1994 T.

³² Bkz. Y. H.G.K. 1996/2-364 E, 1996/622 K, 25.9.1996 T.

³³ **Özğür** Ali İhsan, age, sh. 268.

³⁴ **Gençcan** Ömer Uğur, Aile Hukuku, Ank. 2011, sh. 1214 (Y. 2.H.D. 26.01.2009, 18552-623).

³⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 2001/12329 E, 2001/13758 K, 12.10.2001 T.

gibi babalık davasının devamı sırasında ergin olmuşsa, kendisine de davanın ihbarı gerekmektedir³⁶.

Çocuğun ölümü halinde, babalık davasının onun alt soyu tarafından açılıp açılmayacağı ve altsoyun açılmış davaya devam edip edemeyeceği konusu öğretide tartışmalıdır³⁷. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2004/10905 E, 2004/11979 K ve 18.10.2004 tarihli kararında ilginç bir içtihatla bulunmuş; davacının anasının babası olduğunu iddia ettiği kişiye karşı açılan davada, davanın husumet yönünden değil süre yönünden reddine karar vermiştir. Aynı Daire 2008/19513 E, 2008/17669 K ve 23.12.2008 tarihli kararında ise “davanın çocuğun alt soyu tarafından açılmayacağına” hükmetmiştir.

Çocuk, bir başka erkeğe nesep bağıyla bağlı ise, bu kişinin nesebin reddi davasını açma hakkı varsa da, babalık davası açma hakkı yoktur. Kanımca bu durum, nüfusta baba olarak görünen kişinin, nesebin reddi davasının kazanılması neticesinde anadan tazminat isteyebilmesine rağmen; biyolojik babaya karşı tazminat talebinde bulunabilmesinin önünde ciddi bir engel oluşturmaktadır.

Baba olduğunu iddia eden kişinin de babalık davası açma hakkı yoktur. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi sair içtihatlarında “kendisine tanıma hakkı tanınmış olan kişinin bu davayı açmakta hukuki menfaatinin olmadığı” gerekçesi ile açılan davaların reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁸. Oysa doktrinde, tanıma hakkının kullanılmadığı, örneğin babanın temyiz kudretini yitirmesi gibi durumlarda vasi aracılığı ile, bu davanın açılabilirliği kabul edilmektedir³⁹.

b. Dava Babaya veya Mirasçılara Karşı Açılabilir

4721 sayılı Kanununun 301 inci maddesinin 2 nci fıkrası gereğince “Dava, babaya baba ölmüşse mirasçılara karşı açılır.”.

Birden fazla kişinin baba olma ihtimali varsa, hepsine karşı tek bir dava veya her birine karşı ayrı ayrı dava açılabilir⁴⁰.

³⁶ Özüğür Ali İhsan, age, sh. 293 (Y. 2.H.D. 11.11.2004, E 13050 - K 13445).

³⁷ Öztan Bilge, age, sh. 558.

³⁸ Bkz. Y. 2.H.D. 2002/8021 E, 2002/8978 K, 5.7.2002 T - 2003/6479 E, 2003/7859 K, 29.5.2003 T., 2003/6477 E, 2003/7734 K, 27.5.2003 T.

³⁹ Öztan Bilge, age, sh. 556.

⁴⁰ Öztan Bilge, age, sh. 560.

Babanın küçük olması hatta temyiz kudretine sahip olmaması davanın açılmasına engel olmaz. Zira buradaki sorumluluk haksız fiil sorumluluğu değildir⁴¹. Bu durumlarda babayı kanuni temsilcisi temsil eder. Babalık davasının şahsa sıkı surette bağlı olması sebebiyle, temyiz kudretine sahip olduğu sürece baba davayı bizzat da yürütebilir⁴².

Doktrinde sperm vericisine⁴³ veya ölü kişinin sperminden hamile kalınması durumunda onun mirasçılara⁴⁴ dava açılacağı hususu tartışmalıdır.

Babanın hayatta olmaması durumunda, dava babanın mirasçılara açılacaktır. Mirasçılardan kasıt yasal ve atanmış tüm mirasçılardır⁴⁵. Ancak bunlar arasında mirasa hak kazananlara karşı dava açılabilir. Birden fazla mirasçı varsa dava tümüne yöneltilecek olup mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı doğar⁴⁶. Mirasçılardan sorumluluğu alabilecekleri miras hissesi ile sınırlıdır⁴⁷.

Davanın mirasçılara açılması halinde veraset ilamı ve vukuatlı aile nüfus kayıtları incelenmeden hüküm kurulması bozma sebebidir⁴⁸.

Mirasçılara karşı açılan davada da babalığın tespiti istenebiliyorsa da, babadan istenebilecek olan nafaka mirasçılardan talep edilemez. Aynı şekilde mirasçılardan 304 üncü maddenin dışında kalan zararların tazmini de istenemez. Bununla beraber 4721 sayılı Kanunun 364 üncü maddesi koşulları söz konusuysa, ana çocuk için yardım nafakası talebinde bulunulabilir⁴⁹; ancak bu husus babalık davasının konusu değildir⁵⁰.

“Prof. Velidedeoğlu’na göre, babanın hiç mirasçısı yoksa, devlet mirasçı olduğundan davanın Hazineye karşı açılması gerekir.”⁵¹.

⁴¹ **Özta**n Bilge, age. sh. 565.

⁴² **Dural** Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümü**ş, Mustafa Alper, age, sh. 279.

⁴³ **Özta**n Bilge, age, sh. 559, 562.

⁴⁴ **Özta**n Bilge; age, sh. 560.

⁴⁵ **Gençca**n, Ömer Uğur, age, sh. 1219.

⁴⁶ **Dural** Mustafa/**Öğüz** Tufan/**Gümü**ş M. Alper, age, sh. 279.

⁴⁷ 743 sayılı Kanunun 309 uncu maddesi hükmü gereğince.

⁴⁸ Bkz. Y. 2.H.D. 2003/14901 E, 2003/16319 K, 4.12.2003 T - 2002/5558 E, 2002/6446 K, 13.5.2002 T.

⁴⁹ Bkz. Y. 2.H.D. 2010/2945 E, 2010/5646 K, 24.3.2010 T.

⁵⁰ “Yardım istemli davanın babalık davası ile birlikte açılacağına dair” bkz. **Özta**n Bilge, age, sh. 560.

⁵¹ **Akıntürk** Turgut/**Ateş** Karaman, Derya, age, sh. 361.

c. Dava Hazine ve Cumhuriyet Savcılığı'na İhbar Edilmelidir

4721 sayılı Kanununun 3 üncü fıkrası gereğince “Babalık davası, Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye; dava ana tarafından açılmışsa kayyıma, kayyım tarafından açılmışsa anaya ihbar edilir.”

Bir başka ifade ile dava, davayı açan ana ise Hazineye, Cumhuriyet Savcılığı'na ve kayyıma; kayyımsa Hazineye, Cumhuriyet Savcılığı'na ve anaya, çocuksa sadece Hazineye ve Cumhuriyet Savcılığı'na ihbar edilecektir.

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereğince Cumhuriyet Savcısına ve Hazineye ihbar yapılmadan işin esasına geçilmesi, usul ve yasaya aykırı ve bozma sebebidir⁵². Hazinenin davaya müdahil olmasına rağmen kararda kimliği ile vekilinin ad ve soyadına yer verilmemesi de aynı şekilde bozma nedeni kabul edilmiştir⁵³. Davacının ihbar yükümlülüğü karşısında, Cumhuriyet Savcısının davaya müdahil olma zorunluluğu yoktur⁵⁴.

Nesebin reddi davası ve babalık davasının birleşmesi halinde hazinenin soybağının reddine ilişkin davada taraf sıfatı ve davayı temyiz etme hakkı olmadığı halde, babalık hükmünü temyiz etmekte taraf sıfatı ve temyiz etmekte hukuki yararı vardır⁵⁵. Ancak Hazineye ihbar yapılması tek başına yeterli olmayıp; Hazinenin temyiz hakkını kullanabilmesi için dilekçe ile müdahale isteminde bulunmuş olması da aranacaktır⁵⁶.

d. Dava Süresinde Açılmalıdır

4721 sayılı Medeni Kanununun 303 üncü maddesi gereğince;

“Babalık davası, çocuğun doğumundan önce veya sonra açılabilir. Ananın dava hakkı, doğumdan başlayarak bir yıl geçmekle düşer.

Çocuğa doğumdan sonra kayyım atanmışsa, çocuk hakkında bir yıllık süre, atamanın kayyıma tebliği tarihinde; hiç kayyım atanmamışsa çocuğun ergin olduğu tarihte başlar.

⁵² Bkz. Y. H.G.K 2004/2-746 E, 2005/22 K, 2.2.2005 T.

⁵³ Bkz. Y. 2.H.D. 2006/14601 E, 2006/1242 K, 21.9.2006 T.

⁵⁴ **Gençcan** Ömer Uğur, age, sh. 1222.

⁵⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 2008/11205 E, 2008/10966 K, 21.7.2008 T.

⁵⁶ Bkz. Y. 2.H.D. 2003/9100 E, 2003/10775 K, 14.7.2003 T.

Çocuk ile başka bir erkek arasında soy bağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihten itibaren başlar.

Bir yıllık süre geçtikten sonra gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir.”.

Babalık davası bir yıllık süre içinde açılacaktır.

Davanın çocuğun doğumundan önce de açılması mümkündür. Ananın davayı doğumdan sonra en geç bir yıl içinde açması gerekmektedir. Çocuğa bir kayyım atanmışsa, kayyım da bu davayı atanmanın kendisine bildirildiği tarihten itibaren bir yıl içinde açmalı veya ananın açmış olduğu davaya müdahil olmalıdır⁵⁷. Eğer çocuğa doğumdan önce kayyım atanmışsa kayyımın dava açma süresi doğumdan sonra başlayacaktır.⁵⁸ Çocuğa bir kayyım atanmamışsa, bu süre çocuğun reşit olduğu andan itibaren başlayacaktır. Ananın açtığı dava süre yönünden reddedilse ve çocuğa henüz bir kayyım atanmamışsa çocuk davasını reşit olduğu andan itibaren açabilecektir⁵⁹. Ancak ananın açtığı davada çocuğa bir kayyım atanmışsa ve dava süre yönünden reddedilmişse kayyımına yeniden harç ve esas numarası verilerek yargılamaya devam etmesi hususunda mehil verildiği ihtar edilmeli; dava çocuk yönünden reddedilmemelidir⁶⁰. Aynı şekilde ananın davadan feragat etmesi de çocuk için açılan davanın çocuk yönünden görülmesine engel değildir⁶¹.

Bir yıllık dava açma süresi, zamanaşımı süresi değil hak düşürücü bir süredir⁶². 743 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki vakalarda bu süre işlemeyecektir⁶³.

Çocuk ile başka bir erkek arasında soy bağı ilişkisi varsa, bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihten itibaren başlar. Dava açma süresi; soy

⁵⁷ “Kayyımın duruşmaya gelmesinin yeterli olmadığına, usulüne uygun olarak yazılı katılma isteğinde bulunması gereğine” dair bkz. Y. 2.H.D. 1994/12359 E ve 1994/25 K ve 10.1.1994 T.

⁵⁸ Bkz. Y.İ.B.K. 1960/5 E,1960/8 K ve 2.5.1960 T.

⁵⁹ “Süre yönünden reddedilen ananın açtığı davada kayyımın atanmamış olmaması sebebiyle çocuğun reşit olduktan sonra babalık davası açabileceğine” dair bkz. Y. 2.H.D. 2003/14902 E, 2003/16232 K ve 3.12.2003 T.

⁶⁰ Bkz. Y. 2.H.D. 1979/8745 E, 1979/793 K, 5.2.1979 T.

⁶¹ Bkz. Y. 2.H.D. 1991/8468 E, 1991/12141 K, 7.10.1991 T.

⁶² Bkz. Y. H.G.K. 1992/2-543 E, 1992/635 K ve 4.11.1992 T

⁶³ Bkz. Y. 2.H.D. 1997/554 E, 1997/1577 K, 7.2.1997 T.

bağının reddi davasından⁶⁴, tanımının iptali davasından⁶⁵ ve af yasasına istinaden neseş tashih edilmişse bunun terkininden⁶⁶ sonra başlayacak babalık davası esnasında bu davalar görülüyorsa, bunlar bekletici mesele yapılacaktır. Bununla beraber Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, süreye bağlı olmaksızın anaya karşı açılan “nüfus kaydının tashihi” davası neticesinde alınan kararının babalık davası süresini yeniden kazandırmadığına hükmetmiştir⁶⁷. Ancak babalık davası süresi içinde açılmış ve aynı davada ana yönünden nesebin tashihi talebinde bulunulmuş ise, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, davanın asliye hukuk mahkemesinde açılmış olması sebebiyle, babalık davası yönünden görevsizlik kararı verilmesi ve açılacak babalık davasında nüfus kaydının düzeltilmesi davasının bekletici mesele yapılması gerektiğine karar vermiştir⁶⁸.

Bir yıllık süre haklı sebeplerle geçirilmişse; sebebin ortadan kalkmasından başlayarak bir ay içinde dava açılabilir. Yargıtay kandırmayı haklı sebep içinde değerlendirmiş⁶⁹ ve anaya yapılan evlenme vaadini de bu nitelikte görmüş⁷⁰; ancak evlenme vaadinin kandırabilecek nitelikte olabilmesi için erkeğin evli olduğunun kadın tarafından bilinmesi halinde en azından boşanma davasının açılmış olmasını⁷¹ aramıştır.

Yabancı mahkemelerden alınan kararlar hak düşürücü süreyi kesmemektedir⁷².

Acabey; “ İsviçre - Türk Hukuk sistemleri dışında, yeni kanunlarda babalık davasını bu kadar kısa bir hak düşürücü süreye bağlayan başka bir ülke yoktur. Evlilik dışında doğan çocukların babalarına hukuken bağlanmalarına ve baba yönünden mirasçı olmalarına engel olan hak düşürücü sürenin (özellikle bu kadar kısa olmasını) isabetli bulmuyoruz. Serozan’ın belirttiği

⁶⁴ Bkz. Y. 2.H.D. 2005/19930 E, 2006/8141 K, 23.5.2006 T.

⁶⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 2005/242 E, 2005/2196 K, 16.2.2005 T.

⁶⁶ Bkz. Y. 2.H.D. 1995/2363 E, 1995/3155 K, 20.3.1995 T.

⁶⁷ Bkz. Y.H.G.K. 1988/2-688 E, 1988/863 K, 2.11.1988 T.

⁶⁸ **Özüğür** Ali İhsan, age, sh. 263 (Y. 2.H.D. 8.4.2009 gün, E 551-K 6687).

⁶⁹ Bkz. Y. 2.H.D. 2003/2855 E, 2003/4470 K, 31.3.2003 T. - 2003/4410 E, 2003/5601 K, 17.4.2003 T.

⁷⁰ bkz. Y.H.G.K. 1980/2 - 2518 E, 1980/2762 K, 12.12.1980 T. - 2001/2-239 E, 2001/300 K, 28.3.2001 T.

⁷¹ Bkz. Y. 2.H.D. 1998/3372 E, 1998/5077 K, 30.4.1998 T.

⁷² **Özüğür** Ali İhsan, age, sh. 317.

gibi bilimsel tahlillerin güvenilirliğinin çok yüksek olduğu günümüzde, bir yıllık hak düşürücü süre anlamını yitirmiştir. Bu nedenle babalık davası için ön görülmüş olan sürenin ya tamamen yasadan çıkarılması ya da Belçika’da olduğu gibi 30 yıl olarak ön görülmesi gerektiği” görüşündedir⁷³. Yazar özellikle kayyımın kendisi için tanınmış olan bir yıllık süre içerisinde dava açmaması halinde çocuğun dava açma hakkını yitirdiğine ve bu anlamda cezalandırıldığına, “babalık davasına ilişkin hak düşürücü süre tamamen yasadan çıkarılmadığı takdirde, kayyımın çocuk adına açtığı dava için ön görülmüş olan hak düşürücü sürenin yasadan çıkarılması gerektiğine ...” işaret etmektedir⁷⁴. Kanımca aynı risk kayyımın açılan davayı takip etmemesi halinde de mevcuttur.

e. Dava Görevli ve Yetkili Mahkemede Açılmış Olmalıdır

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun Kanun’un 4 üncü maddesi gereğince babalık davaları aile mahkemelerinde görülecektir. Yargıtay, Aile Mahkemesinin olmadığı yerde uyuşmazlığı gören Asliye Hukuk Mahkemesi’nin davaya “Aile Mahkemesi sıfatıyla” bakmamış olmasını bozma sebebi saymıştır⁷⁵.

4721 sayılı Kanun’un 283 üncü maddesi gereğince “Soy bağına ilişkin davalar, taraflardan birinin dava veya doğum sırasında yerleşim yeri mahkemesinde açılır.”⁷⁶.

f. Çocuk Soy Bağı ile Başka Bir Erkeğe Bağlı Olmamalıdır

743 sayılı Kanununun 303 üncü maddesinde “Evli Ana” başlığı altında “Ana gebe kaldığı sırada evli idiyse; babalık davası ancak çocuğun nesebi sahih olmadığına hakim hükmettikten sonra ikame edilebilir. Bu takdirde babalık davasının ikamesi için muayyen müddet, nesebin sahih olmadığı hakkındaki hükmün sudurundan itibaren başlar.” hükmü yer almaktadır.

Hükmün başlığında “Evli Ana” ibaresinin geçmiş olması, ananın evli olmasının babalık davasını açılmasına engel olduğuna dair bir izlenim çıkı-

⁷³ Acabey M. Beşir, age, sh. 277.

⁷⁴ Acabey M. Beşir, age, sh. 292.

⁷⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 2005/17275 E, 2006/1575 K, 15.2.2006.

⁷⁶ “Yetki itirazında verilen ara kararın tebliğ edilmemesinin bozma sebebi” olduğuna dair bkz. Y. 2.H.D. 2002/5576 E, 20002/6620 K, 16.5.2002 T.

yorsa da; babalık davasının açılmasına asıl engel olan ananın evli olmuş olması değil; çocuğun nesep bağıyla bir başka erkeğe bağlı olmasıdır. Zira; davanın açıldığı tarih itibariyle ana evli olmasına rağmen, çocuk ananın eşine veya bir başkasına nesep ile bağlı değilse bu durum davanın açılmasına engel değildir. Zaten maddede de “ana gebe kaldığı sırada evli değilse” denilmek suretiyle bu durum vurgulanmıştır. Zira; ana gebe kaldığı sırada evli ise, çocuğun babası kanun gereği doğrudan ananın eşidir. Aslında, ana gebe kaldığı sırada evli olmamakla birlikte, doğum anında evli ise bebek ile eşi arasında soy bağı ilişkisi yine doğrudan kurulmuş olacaktır (MK m.285).

Nitekim maddeyi amacına uygun yorumlayan Yargıtay; yukarıda dava açma süresi başlığı altında incelendiği gibi, sadece kanun gereği doğrudan kurulan soy bağı halinde değil; soy bağının tanıma yoluyla⁷⁷ veya af kanunları⁷⁸ ile düzeltme yoluyla kurulduğu hallerde⁷⁹ de mevcut soy bağı kalkmadan, babalık davası açılmayacağına; açılmışsa da soybağının ortadan kalkmasına dair davaların bekletici mesele yapılacağına hükmetmiştir. Kuşkusuz babalık davasının açıldığı an itibariyle; henüz soy bağını ortadan kaldırmaya yönelik bir dava açılmamışsa; babalık davası reddedilecektir⁸⁰. Öte yandan nesebin reddi davasında, hakim babalık hükmü veremez⁸¹.

Her ne kadar 4721 sayılı Kanunda, babalık davalarının açılabilmesi için, çocuğun soy bağı ile bir başka erkeğe bağlı olmaması koşulu açıkça aranmıyorsa da, Kanunun 303 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında “çocuk ile bir başka erkek arasında bir soybağı ilişkisi varsa bir yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihten başlar.” denilmek suretiyle aynı esas korunmuştur. Nitekim Yargıtay, 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra da

⁷⁷ Bkz. Y. 2.H.D. 2005/242 E, 2005/2196 K, 16.2.2005 T.

⁷⁸ Bu konuda bkz. **Kılıçoğlu** Ahmet, 2526 sayılı Kanuna Göre Fiili Birleşmelerin Evlilik Yoluyla Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/304/2864.pdf> (19.9.2011) ve Güriz Adnan, Evlilik Dışı Birleşmeler ve Bu Birleşmelerden Doğan Çocuklar, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/guriz-benedict/turk-hukuku-ve-toplumu-uzerine/guriz.pdf> (19.9.2011).

⁷⁹ Bkz. Y. 2.H.D. 1995/2363 E, 1995/3155 K, 20.3.1995 T.

⁸⁰ “dava açıldığı tarihte bulunmayan bir dava şartının dava görülmekte iken yerine getirilmiş ve dava görülebilirlik engelin kalkmış olması durumunda esasa girilebileceğine” dair, bkz. Y.H.G.K.1992/2-773 E, 1993/82 K, 3.3.1993 T.

⁸¹ Bkz. Y. 2.H.D. 2008/11205 E, 2008/10966 K, 21.7.2008 T.

çocuğun bir başka erkeğe soybağı ile bağlı olmamış olmasını sair kararlarında aramıştır⁸². Zira, bir çocuğun birden fazla tabii babasının olması ne tıbben mümkün ne de ahlaken ve hukuken kabul edilebilir bir olgudur.

Doktrinde çocuğun evlat edinilmesi durumunda da babalık davasının açılmayacağı kabul ediliyorsa da⁸³ kanımca, miras hukukunun sonuçlarından yaralanabilmesi açısından kanunda bu hususta düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Zira evlat edinilen çocuk 4721 sayılı Kanununun 314 üncü maddesi gereğince, biyolojik ana ve babasının da mirasçısı olabilmektedir. Biyolojik babanın sonradan belirlenmiş olması bu hakkı kaldırmamalıdır.

g. Ananın İffetsizliği Meselesi

743 sayılı Kanununun 302 inci maddesinde “Ananın gebe kaldığı sırada iffetsizlikle meluf olduğu sabit olursa, babalık davası reddolunur.” Denilmekteydi. Başka bir ifade ile ananın iffetsiz hayat sürmemesi, babalık davasının ön koşulu idi. Böylelikle, anası iffetsiz hayat süren çocuklar, bu yükü birlikte babasız kalmanın yükünü de taşıyorlardı. Kuşkusuz bu çocukların babaları tarafından tanınmalarında hukuki bir engel yoktu. Bu sebeple, maddede çocuk pahasına korunan iffetsiz bir kadından çocuk sahibi olan babaydı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kadının iffetsiz olarak kabul edebilmesi için “... gebelik döneminde erkeklerle cinsel ilişki bakımından herhangi bir ahlaksal onur ve çekinme duygusu taşımaması ve cinsel davranışlarında aşırı derecede hafiflik içerisinde bulunması gerekir. Tek tük yanlış yola sapmalar kadının iffetsiz hayat sürdürdüğünün kabulü için yeterli değildir.” hükmünü kabul etmiştir⁸⁴.

Maddenin iptali istemini inceleyen Anayasa Mahkemesi, 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle maddenin iptali hususunda hüküm verilmesine yer olmadığına karar vermiştir⁸⁵. Zira, 4721 sayılı Kanun gereğince

⁸² Bkz. 2005/19930 E, 2006/8141 K, 23.5.2006 T. - 2003/10110 E, 2003/13777 K, 20.10.2003 T. - 2003/12273 E, 2003/13897 K, 20.10.2003 T. - 2003/3183 E, 2003/4265 K, 26.3.2003 T. - 2004/1814 E, 2004/2486 K, 1.3.2004 T.

⁸³ **Özta**n Bilge, age, sh. 557.

⁸⁴ Bkz. YHGK 1992/2-55 E, 1992/29 K ve 26.2.1992 T.

⁸⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 2001/259 E ve 2002/18 K, 15.01.2002 T.

ananın gebe kaldığı esnada iffetsiz hayat sürmüyor olması babalık davası açılabilmesinin önkoşulu değildir.

h. Ananın Kimliği Belli Olmalıdır

743 sayılı Kanunda ve 4721 sayılı Kanunda babalık davası açılabilmesi için ananın kimliğinin belli olması gerektiğine dair herhangi bir açık hüküm yer almıyorsa da doktrinde anası belli olan çocukların, bu davayı açma hakkı olduğu kabul edilmektedir⁸⁶. Kan testlerinde özellikle ana ile baba olduğu iddia edilen kişi arasında akrabalık olması durumunda⁸⁷ anadan da kan alınması gereği bu düşünceyi doğrulamaktadır⁸⁸.

Çocuğun anası ile soy bağı doğumla kuruluyorsa da; nüfusta anası olarak bir başka kişi görünüyor veya çocuk bir anaya soy bağı ile bağlanmamışsa; anaya karşı açılacak dava nüfus kaydının düzeltilmesi davasıdır. Babalığın belirlenmesi ise bu yolla istenemez ve davacının baba adının düzeltilmesine ilişkin talebi mahkemece re'sen babalık davası olarak nitelendirilebilir⁸⁹. Çocuğun anası ve babası ile soy bağı kurulmasının aynı davada konu etmesi mümkünse de⁹⁰ davanın ana ve nüfusta ana ve baba görünen kişiler yönünden nüfus kaydının tashihi davası ve baba olduğu iddia edilen kişi yönünden ise babalık davası olarak görülmesi gerekir. Davaların birleştirilmesi yönünde bir karar yoksa; nüfus kaydının düzeltilmesi davası asliye hukuk mahkemesinde görülüp sonuçlandırılmalıdır⁹¹. Bu noktada, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1988/2-688 E ve 1988 /863 K sayılı ve 2.11.1981 tarihli kararında, babalık davasının süresi içinde açılması gerektiğine, ana aleyhine süreye bağlı olmaksızın açılan "nüfus kaydının tashihi" davasının bu sürenin yeniden kazanılmasına etkisi olmadığına dair kararına bir kere daha işaret etmek isteriz.

⁸⁶ Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Mustafa Alper, age, sh. 277.

⁸⁷ Tuğ Aysim, Babalık Testlerinde Son Düzenlemeler: Uluslararası Adli Genetikçiler Derneği Babalık Testi Komisyonu Önerileri, Adli Tıp Dergisi, Y 2010, C 24, S. 1. <http://www.adlitipdergisi.com/jvi.asp?pdir=adlitip&plng=tur&un=ADLITIP-97752&look4=> (14.9.2011).

⁸⁸ Bkz. YHGK, 1994/2-671 E, 1995/162 K, 8.3.1995 T.

⁸⁹ Bkz. Y. 2.H.D. 2010/17747 E, 2010/21654 E ve 22.12.2010 T.

⁹⁰ Bkz. Y. 2.H.D. 2004/6854 E, 2004/7992 K, 17.06.2004 T. - 2005/17275 E, 2006/1575 K, 15.2.2006 T.

⁹¹ Bkz. Y. 20.H.D. 2008/5024 E, 2008/7115 K, 8.5.2008 T.

i. Babanın Evli Olmaması Meselesi

742 sayılı Kanunun 310 uncu maddesinin 2 nci fıkrasında “münasebeti cinsiye zamanında müdeialehy evli ise, hakim babalığa hükmedemez.” hükmü gereğince babanın evli olması şahsi sonuçlu babalık davasının açılmasına ve dolayısıyla çocukla baba arasında soy bağı ilişkisinin kurulmasına engeldi.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, babanın evli olmasına rağmen, davacının bu durumu bilmemesi halinde, babanın evlenme vaaadinin gerçekleştiğine hükmetmiştir.⁹² Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise; evlilik vaaadinin ciddi kabul edilebilmesi için en azından boşanma davasının açılmış olmasını aramıştır⁹³. Kadının küçük olması halinde ise, davalının suç işlemiş olmasından ötürü babalığa hükmedilmiştir⁹⁴.

Anayasa Mahkemesi 21.5.1981 tarih ve 29/22 sayılı kararı ve “Aile sarsıntı geçirecekse, bunun nedeni babanın eşinden başka bir kadınla ilişkide bulunmuş ve bu ilişkiden bir çocuğun doğmuş olmasıdır. Çocuğun babaya sahih veya sahih olmayan nesep bağıyla bağlanması aileyi fazla etkilemeyecektir.” gerekçesiyle ile fıkraı iptal edilmiştir⁹⁵.

Böylece şahsi babalık hükmü verilebilmesi için babanın cinsel ilişki esnasında evli olmaması koşulu kalkmıştır. Kuşkusuz baba evli olsun olmasın şahsi babalığın kurulabilmesi için aynı maddenin birinci fıkrasında düzenlenen diğer şartlar kanunun yürürlükte olduğu tarih itibariyle aranmaya devam edilmiştir⁹⁶.

4721 sayılı Kanunun sistematığında ise, babanın cinsel ilişkisinin kurulduğu esnada evli olması, çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulmasında bir engel olarak kabul edilmemektedir.

⁹² Bkz. YHGK, 1995/2-1079 E, 1996/100 K, 28.2.1996 T.

⁹³ Bkz. Y. 2.H.D. 1998/3372 E, 1998/5077 K, 30.4.1998 T.

⁹⁴ Bkz. Y. 2.H.D. 1983/1627 E, 1983/1825 K, 1.3.1983 T.

⁹⁵ **Kaneti** Selim, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg6/selim.pdf sh. 25 (28.05.2011).

⁹⁶ “Müdeialehy, anaya evlenme vadettiği veya münasebeti cinsiye bir cürüm veya nüfuzu sui istimal teşkil eylediği takdirde; müddeinin talebi üzerine hakim, onun babalığına hükmeder.” (MK m.310 f.1).

D. YARGILAMA USULÜ ve İSPAT YÖNTEMLERİ

4721 sayılı Kanununun 284 üncü maddesi gereğince;

“Soy bağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu⁹⁷ uygulanır:

1. Hakim maddi olguları re’sen araştırır ve kanıtları serbestçe takdir eder.

2. Taraflar ve üçüncü kişiler, soy bağıının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimın öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir.”

Kanununun 302 inci maddesi gereğince ise;

“Davalının çocuğun doğumundan önceki üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında ana ile cinsel ilişkide bulunmuş olması babalığa karine sayılır.

Bu sürenin dışında olsa bile fiili gebe kalma döneminde davalının ana ile cinsel ilişkide bulunduğu tespit edilirse aynı karine geçerli olur.

Davalı, çocuğun babası olmasının olanaksızlığını veya bir üçüncü kişinin baba olma olasılığının kendisinininkinden daha fazla olduğunu ispatlarsa karine geçerliliğini kaybeder.”

“Babalık davasında ispat yükü MK. m. 6 uyarınca davacıya düşer.”⁹⁸. Davacı, doğumdan önceki 300 gün ile 180 inci gün arasında davalı ile cinsel ilişkide bulunduğunu, şahitler, taraflar arasındaki yazışmalar gibi çeşitli delillerle ispatlayabilirse bu durum, iddiası lehine bir karine oluşturacaktır. Bu sürelerin dışında dahi olsa, örneğin bebeğin geç veya erken doğma ihtimalinde yani geriye dönük olarak 180 günden kısa sürede ya da doğumdan geriye dönük olarak 300 günden fazla günde cinsel ilişkinin yaşanmış olduğu kanıtlanırsa dahi, ana kanun hükmünden yararlanabilecektir. Bebeğin

⁹⁷ 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 450 inci maddesi gereğince “18/6/1927 tarihli ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte tümüyle yürürlükten kaldırılmıştır.”

⁹⁸ Akıntürk Turgut/Ateş Karaman Derya, age, sh. 363.

her iki halde de ölü doğmuş olması ananın tazminat istemesine engel değildir. Kanımca günümüzde bebeğin sezeryan ile çoğu zaman isteğe bile bağlı olarak, normal doğum süresinden önce dünyaya getirilebiliyor olması bu süreleri çok da anlamlı kılmamaktadır.

“Davalı erkek aleyhine babalık karinesinin oluşması için ispatlanacak cinsel ilişkinin ananın gebe kalmasını sağlayacak şekilde bir bedensel teması içermesi yeterlidir. Cinsel ilişkide kadın ve erkeğin korunma yöntemlerini kullanmış olmaları, cinsel ilişkinin kesilmesi veya tam cinsel ilişkinin gerçekleşmemesi (duhulün tam olmaması) babalık karinesinin doğumuna engel teşkil etmez.”⁹⁹.

Cinsel ilişkinin varlığı babalığa karineyse de, suni döllemenin söz konusu olduğu hallerde, çocuk cinsel ilişkinin yokluğuna rağmen anasının rahmine düşmekte ve dünyaya gelmektedir. 4721 sayılı Kanunda bu hususta bir düzenleme yer almamakta; doktrinde ise bu durumda babalık davasının açılacağı tartışmalıdır¹⁰⁰.

Kanun koyucu, baba olduğu iddia edilen kişiye de bir takım karinelere yararlanabilme imkanı vermiştir. Buna göre davalı;

1) Baba olmasının olanaksız olduğunu veya

2) Bir başka kişinin baba olma olasılığının kendisinden kuvvetli olduğunu ispat ederek ananın lehine olan karineleri ortadan kaldıracaktır.

Birinci durumda baba, kısır olduğunu, ana ile cinsel ilişkiye girdiği esnada ananın zaten hamile olduğunu, kendisinden olan çocuğun kaybedildiğini, yurt dışında olduğunu ve bu sürede ana ile hiç görüşmediğini vb. iddiaları ileri sürüp ispatlamakla ana lehine olan karineleri çürütebilir¹⁰¹.

İkinci durumda ise, baba olduğu iddia edilen kişi, baba olma ihtimalini tamamen reddetmemekle beraber, bir başkasının babalığının kendisine göre kuvvetle muhtemel olduğunu iddia ve ispat edebilir. Ancak 4721 sayılı

⁹⁹ **Dural** Mustafa/**Öğüz** Tufan/**Gümüş** Mustafa Alper, age, sh. 180 vd.

¹⁰⁰ **Özta**n Bilge, age, sh. 559, 562.

¹⁰¹ “Davalının baba olamayacağına dair bir iddiası varsa bu durum mutlaka araştırılması gerektiğine.” dair bkz. Y.H.G.K’nun 1992/2-753 E, 1993/43 K, 10.2.1993 T., “Davalının babalığa ehil olmadığına dair ilmi rapor sunuyorsa bu durumun doğuştan olup olmadığının, en azından olay anındaki durumunun Adli Tıp tarafından tetkik edilmesi gerektiğine” dair bkz. YHGK’nun 1992/2-123 E, 1992/239 K, 15.4.1992 T.

Kanunun 284 üncü maddesinin 2 nci fıkrasının ikinci bendi gereğince, her ne kadar üçüncü şahısların da taraflar gibi soy bağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü oldukları ifade edilmişse de, aksi halin yaptırımını düzenlenmiş değildir. Sadece davalı hakimın öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi halinde doğacak sonuçlara katlanmak zorundadır¹⁰². Bu sebeple davalının, üçüncü şahsın babalığını kanıtlama imkanı yoktur. Kanun koyucunun aradığı da, zaten üçüncü şahsın babalığının değil baba olma ihtimalinin davalıdan daha yüksek olduğunun davalıca kanıtlanmasıdır.

Bugün için, babalığın varlığına dair tıbbi deliller yanında, cinsel ilişkinin varlığına dair delillerin kuvveti azalmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1994/2-671 E, 1995/162 K sayılı ve 8.3.1995 tarihli kararında ise “ Olayda davacı, çocuk ve baba olduğu iddia olunan davalının kan gruplarının belirlenerek Adli Tıp Kurumunca bir inceleme yapılmışsa da bu yeterli değildir. O itibarla davada sağlıklı ve hukusal bir çözüme ulaşılabilmesi için öncelikle davacı, çocuk ve davalının Alyuvar (Eritrosit) antijenleri (ABO,Rh (CDE, C de) UNSS, Dff (Fya, Fyb)Kidd (jka, jkb) Keli (Kk), Lokosit antijenleri (HA-A) (HLA-B) (HLA-C) (HLA-DR) (HLA-DQ) ALYUVAR (ELİTRO-SİT) ENZİMLERİ (adenozin dezaminaz, Esteraz D.Fosforluoğlu Komutaz, gliyok salaz(I) Adanilat Kiraz, Glukoz 6 fsfat dehidrogenaz, Alanin Tarnsaminaz Eritrosit Asit Fosfataz (LAP) SERİM PROTEİNLERİ (Heptoglobulin, Hemaglobin ve Tarnsiferin) testleri mutlaka yapılmalı baba olduğu iddia edilen kişinin %99,73 oranından daha az ihtimalle baba olabileceği belirlenmişse karbonik Anhidraz (CAII) Peptidoz A, Gm, levis araştırması ve karşılaştırılması ile sonuca gidilmelidir. Yine de aynı oranda sonuç elde edilemiyorsa bu kez DNA tipleniş araştırması yapılması imkanı araştırılmalı, davalının baba olamayacağı ihtimali tamamen kaldırılıp deliller hep beraber değerlendirilerek takdir edilmelidir.” şeklinde hüküm kurmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yukarıdaki kararında tıbbi deliller şart koşulmuşsa da diğer delillerle beraber değerlendirme yapılma gereği vurgulanmıştır. Zira DNA testi de dahil olmak üzere hiç bir tıbbi delil yüzde

¹⁰² “Davalıya tıbbi müdahale için izin vermesi hususunda mehil verilmesi ve aksi halde davalının aleyhine sonuçlanacağına ihtar edilmesi gereğine dair” bkz. Y. 2.HD. 1994/12359 E, 1994/25 K, 10.01.1994 T., **Özüğür** Ali İhsan , age, sh. 311 (15.5.1998, 4648 E, 5957 K) 312 vd (26.1.1996, 14263 E, 867 K).

yüz sonuç vermemektedir. DNA testinin Adli Tıpta yapılması durumunda¹⁰³ Üniversiteler Hastanesi'nden kesin sonuç alınmalıdır; zira eksik tahkikatla sonuca varılmaz¹⁰⁴. Tanık ifadeleri olumlu test sonucunda tıbbi delillerle bir arada değerlendirilecek; babalık tıbben mümkün değilse, cinsel ilişkinin kanıtlanması hiç bir şey ifade etmeyecektir¹⁰⁵. Kan testi sonucu reddetmiyorsa tüm delillere göre karar verilecektir¹⁰⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1991/2-621 E ve 1992/44 K ve 5.2.1992 tarihli kararında “kan tahlilinin sadece olumsuz olması halinde kesin delil niteliği taşıdığına” hükmetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 1994/2-671 E, 1995/162 K sayılı ve 8.3.1995 tarihli kararında, DNA testinin yapılabilmesi için öncelikle yapılması gereken testler¹⁰⁷ aranmışsa da Yargıtay 2. Hukuk Dairesi yeni kararlarında, nesebin reddi davasında tanık beyanlarına istinaden hüküm kurulmasını yeterli görürken¹⁰⁸, babalık davasında doğrudan ve mutlaka DNA testi yapılmasını aramaktadır¹⁰⁹.

Baba olduğu iddia edilen kişinin ölmüş olması halinde kafatası ve femur kemiklerinin DNA incelemesi için fethi kabir yapılacaktır¹¹⁰. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13.7.2000 tarihinde aldığı 2000/6933 E ve 2000/1288 K sayılı karar gereğince “Baba olduğu ileri sürülen kişi ölmüşse, baba olduğu ileri sürülen kişinin kemik dokuları ana ve çocuğun kan grupları alınarak alyuvar antijenleri, lokosit antijenleri, alyuvar enzimleri, serum proteinleri testleri mutlaka yapılmalıdır.”¹¹¹

¹⁰³ “Türkiye’de babalık testleri yasal bilirkişi olarak tanınan Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Laboratuvarında, Adli Tıp Kurumu Laboratuvarlarında ve Üniversite Laboratuvarlarında yapılabilmektedir” bkz. **Tuğ Aşım/Elma Cüneyt**, 2004-2007 Verileri ile Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi, Adli Tıp Derg., Y.2008, C. 22, S.3 <http://www.journalagent.com/z4/vi.asp?pdur=adlitip&plng=tur&un=ADLITIP-44154&look4=819.9.2011> (19.9.2011).

¹⁰⁴ Bkz. Y. 2.H.D. 1994/2615 E ve 1994/3332 K ve 1.4.1994 T.

¹⁰⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 1978/1244 E, 1978/2845 K, 10.04.1978 T.

¹⁰⁶ **Baktır Selma**, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, sh. 142 (1981/2531E, 1981/2701 K, 9.4.1981 T.).

¹⁰⁷ Babalık testlerinin çeşit ve nitelikleri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Prof. Dr. Şebnem Akipek danışmanlığında Zuhale **Tokar** tarafından yazılmış “Babalık Davası” isimli yüksek lisans tezi, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2312/2993.pdf (19.9.2011).

¹⁰⁸ Bkz. Y. 2.H.D. 2006/2900 E, 2006/9378 K, 13.6.2006 T.

¹⁰⁹ Bkz. Y. 2.H.D. 2009/8285 E, 2009/12019 K, 5.2.2009 T.

¹¹⁰ Bkz. Y. 2.H.D. 2002/167 E, 2002/5676 K, 30.04.2002 T.

¹¹¹ Bkz. **İnal Nihat**, Aile Mahkemeleri Davaları, Ankara 2004, sh. 1364.

Babalık davalarında, hakim tarafların iddiaları ve sunduğu delillerle bağlı olmayıp olayın esasını re'sen tetkik edebilecektir. Öyle ki, mahkemenin kendiliğinden inceleme istediği durumlarda, masraflar hazineye yüklenilebilecektir. Hatta Yargıtay'ın son kararları, test masraflarının taraflarca¹¹² karşılanmaması durumunda, daha sonra haksız çıkan taraftan karşılanmak üzere hazine tarafından karşılanacağı ve tıbbi inceleme yapılmadan hüküm kurulamayacağı yönündedir¹¹³. Davalı, masrafların hazinece, karşılanacak olmasına rağmen teste rıza göstermiyorsa, bu sonucun kendisine ihtar edilmiş olması koşuluyla aleyhine doğacak sonuçlara katlanacaktır¹¹⁴.

Davalının davayı kabulü kan ve genetik bulgular yönünden re'sen inceleme yapılmadan karar verilmesi için yeterli değildir¹¹⁵. Bununla beraber, doktrinde “davalının anayla cinsel ilişkide bulunduğunu kabul etmesi halinde başka bir delile gerek olmadığı” kabul edilmekte¹¹⁶ ve kanımca da, bu durumda tanınmanın koşulları gerçekleştiğinden ve ihtilaf ortadan kalktığından dava konusuz kalmaktadır. Davanın mirasçılara açılması halinde mirasçılardan tanıma hakkı olmadığından kabul beyanlarının da hukuki bir değeri yoktur¹¹⁷.

Babalık davalarında “Yabancı mahkeme kararının tanınması halinde karar, derdest davada kesin hüküm veya kesin delil teşkil edecek ve soy bağına ilişkin hükmün bu doğrultuda kurulması gerekecektir.

Yabancı mahkeme kararının tanınmaması ya da tanınmasının talep edilmemesi halinde ise, mahkeme yabancı mahkeme kararını taktiri delil olarak değerlendirebilir.”¹¹⁸

¹¹² “Hakimin masrafları istediği tarafa yükleyebileceğine dair” bkz. Y. 2.H.D, 2006/19367 E, 2007/14093 K, 22.10.2007 T.

¹¹³ Bkz. Y. 2.H.D. 2009/18034 E, 2010/20939 K, 13.12.2010 T.

¹¹⁴ “DNA testinin yapılmasında hakimin zorlama yetkisine dair” bkz. **Erten Rıfat/Acır Birsen/Taşveren** Sema, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2710.pdf> 580 vd. (19.9.2011).

¹¹⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 2004/15804 E, 200571735 K, 10.2.2005 T. - 2007/16236 E, 2009/1545 K, 5.2.2009 T. - 1983/535 E., 1983/584 K, 1.2.1983 T.

¹¹⁶ **Öztan** Bilge, age, sh. 563.

¹¹⁷ **Dural** Mustafa/**Öğüz** Tufan/**Gümüş** Mustafa Alper, age, sh. 279-280.

¹¹⁸ **Akıncı**, Ziya/**Demir Gökyayla** Cemile; Milletlerarası Aile Hukuku, İstanbul 2010, sh. 131, “Yabancı mahkeme kararlarının diğer delillerle değerlendirilmesi gereğine dair” bkz. YHGK, 1989/2-337 E, 1989/436 K, 21.6.1989 T.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 1990/10002 E ve 1991/8344 K sayılı ve 24.5.1991 tarihli kararında “Türk Mahkemelerinden alınmış bir tanıma ve tenfiz kararı olmadan çocuk ile baba arasında nesep bağı kurulmayacağına ve bu sebeple nafaka talep edilemeyeceğine” karar verilmiştir. Aynı Daire 1993/12909 E ve 1994/968 K ve 31.1.1994 tarihli kararında ise “Yabancı mahkeme kararının çocukla baba arasında irs ilişkisini gösterir ve Türk Hukukuna göre oluşturulmuş babalığın tespiti kararı niteliğinde olup olmadığı araştırılıp tartışılmadan ve bu konuda deliller toplanmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması isabetsizdir.” hükmüne varılmıştır. Dairenin 29.11.2001 tarihinde aldığı 2001/15589 E ve 2001/16794 K sayılı karar gereğince ise “soy bağı, yabancı mahkeme kararı ile kurulmuş ancak velayet karar bağlanmamışsa, Türk Mahkemesinin velayet hususunu düzenlememiş olması bozma sebebi” olarak kabul edilmiştir.

E. DAVANIN SONUÇLARI

a. Ana Açısından Sonuçları

4721 sayılı Kanununun 304 üncü maddesi gereğince;

“Ana, babalık davası ile birlikte veya ayrı olarak baba veya mirasçılardan¹¹⁹ aşağıdaki giderlerin karşılanmasını isteyebilir:

1. Doğum giderleri
2. Doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderleri¹²⁰
3. Gebelik ve doğumun gerektirdiği diğer giderler

Çocuk ölü doğmuş olsa bile hakim, bu giderlerin karşılanmasına karar verebilir.

Üçüncü kişiler veya sosyal güvenlik kuruluşlarınca anaya yapılan ödemeler, hakkaniyet ölçüsünde tazminattan indirilir.”

Ananın babalık davası neticesinde isteyebilecekleri tazminat ile sınırlıdır. Bu sebeple ana kendisine nafaka bağlanması talebinde bulunamaz¹²¹.

¹¹⁹ “Mirasçılardan istenebilecek olan tazminatın maddekilerle sınırlı olduğuna dair” bkz. Y. 2.H.D. 2006/1521 E, 2006/7810 K, 18.5.2006 T.

¹²⁰ 743 sayılı Kanunda fıkra “En aşağı doğumdan evvelki dört hafta ile sonraki dört haftanın işe masrafları.” şeklideydi.

İstenecek tazminat maddi tazminattır. Zira 4721 sayılı Kanunda 743 sayılı Kanundan farklı olarak babalık davasında ananın manevi tazminat isteyebileceğine dair herhangi bir hüküm yer almamaktadır.

743 sayılı Kanunun 305 inci maddesinde “Baba, anaya münasebeti cinsiyeden evvel, evlenmek vaadetmiş veya onunla münasebeti cinsiyesi kanuni bir cürüm yahut onun üzerindeki nüfuzunu sui istimal teşkil etmiş veya münasebeti cinsiyeye zamanında ana henüz küçük idiyse; ana için manevi bir tazminat karşılığı olarak, bir meblağ hükmolunabilir.”¹²² hükmü yer almakta idi.

Hükme göre babanın evlenme vaadiyle anayla ilişkiye girmiş olması¹²³, kurulan cinsel ilişkinin bir suç niteliğinde olması¹²⁴ veya babanın nüfuzunu kötüye kullanması hallerinde ya da ananın cinsel ilişki esnasında ergin olmaması halinde, ana manevi tazminat talebinde bulunabilecekti.

Bugün için babalık davalarına bağlı olarak manevi tazminat talebinde bulunulamıyorsa da ana, genel hükümlere istinaden genel mahkemelerde manevi tazminat isteyebilecektir¹²⁵.

Ana her ne kadar babalık davalarında maddi tazminat talebinde bulunabiliyorsa da isteyebilecekleri maddede sayılan doğuma bağlı giderlerin karşılanmasından ibarettir¹²⁶. Ana bu tutarları aşar şekilde maddi bir kayba da uğramışsa, örneğin içinde bulunduğu durum sebebiyle işini kaybetmişse bu tür zararların karşılanmasını da ancak genel hükümlere istinaden talep

¹²¹ Bkz. Y. 2.H.D. 2005/6198 E, 2005/8511 K, 1.6.2005 T.

¹²² “Ananın manevi tazminat talep edemeyeceğine karar verildiği hallerde sadece tabii babalığa hükmedilebileceğine” dair bkz. Y.H.G.K. 1987/2-375 E, 1987/498 K, 10.6.1987 T.

¹²³ “Kadının, erkeğin evli olduğunu bilmesi halinde manevi tazminat talep edemeyeceğine” dair bkz. 1975/6415 E, 1975/9228 K, 29.9.1975 T. “Birlikte yaşamının evlilik vaadi anlamına gelmediğine” dair bkz. Y.H.G.K. 1993/2-612 E, 1993/746 K, 24.11.1993 T. aksi yönde “Birlikte yaşamının evlilik vaadi niteliğinde olduğuna dair” bkz. Y.H.G.K. 1989/2-386 E, 1989/568 K, 1.11.1989 T.

¹²⁴ “Maddede aranan suçun anaya karşı işlenmiş suç olduğuna, zinanın bu nitelikte aranan suç olmadığına dair” bkz. Y. 2.H.D. 1979/1951 E 1979/2099 T. 15.3.1979 T.

¹²⁵ Bkz. Y.H.G.K. 2006/2-558 E, 2006/568 K, 20.09.2006 T., Y. 2.H.D. 2006/19733 E, 2007/14064 K, 22.10.2007 T. - 2007/12186 E, 2008/11753 K, 15.9.2008 T. - 2009/11852 E, 2009/16129 K, 28.9.2009 T.

¹²⁶ “Ananın nafaka talebinin ve MK. m.304’ü aşan maddi tazminat istemlerinin babalık davasının konusu olmadığına” dair bkz. Y. 2.H.D. 2005/8826 E, 2005/11318 K, 14.7.2005 T.

edebilecektir. Çocuğun ölü doğması halinde bile bu giderlerin istenebiliyor olması, giderlerin sadece çocuğa değil anaya da ait olduğunu göstermektedir. Ananın maddi ve fiziki durumunun iyi olması bu zararların tazminini engellemez; zira bunların ödenmesi ananın zaruret halinde olmasına bağlanmamıştır. Öte yandan bu masrafların zorunlu ve mutlak olması aranmakta olup; özel hastanede yapılan sezeryan masrafları gibi “bu ölçüyü aşan masraflar, davalının mali durumu ile orantılı olarak ve bu durumu haklı gösterdiği hallerde” tanzim edilecektir¹²⁷.

Doğum masraflarından kasıt, doktor, ebe, hastane masrafı niteliğinde olan masraflardır. Doğumdan önceki ve sonraki altışar haftalık geçim giderleri ise, yiyecek, içecek, yakıt gibi zorunlu masraflar iken gebelik ve doğumdan sonraki diğer masraflar ise; gebelik için yapılan harcamalar, çocuğun bir yere yerleştirilmesi masrafları, çocuğun ölmesi halinde yapılan defin masrafı gibi masraflardır¹²⁸.

Yargıtay çocuğun yargılama esnasında ölmesi durumunda, babalık hükümü verilemeyeceğine buna rağmen ananın manevi tazminat isteyebileceğine hükmetmiştir¹²⁹. Kanımca, karar, kararın verildiği tarihte yürürlükte olan ve manevi tazminat istenebilecek hallerin babalığa hükmedilebilecek haller için söz konusu olduğu yönündeki, 743 sayılı Kanunun 305 ve 310 uncu maddelerinin lafına ve ruhuna aykırı olduğu gibi, davanın babanın mirasçılara açıldığı hallerde tam ve sağ doğarak hak ehliyetini kazanan çocuğun anasının mirasçılığını da kanunun ruhuna aykırı olarak etkilemektedir.

Sosyal güvenlik kuruluşlarınca anaya yapılmış olan ödemeler tazminatın indirilecektir. Üçüncü kişilerce yapılan ödemelerden ne anlaşılması gerektiği ise kanunda açık değildir. Kanımca ananın yakınlarınca yapılan yardımlar bu kapsamda görülmemelidir.

b. Çocuk ve Baba Arasındaki İlişki Yönünden Sonuçları

Soy bağının varlığı sadece Medeni Hukuk açısından değil; Vatandaşlık Hukuku, Ceza Hukuku, Vergi Hukuku gibi hukuk dalları açısından da çeşitli

¹²⁷ Öztan Bilge, age, sh. 565.

¹²⁸ Öztan Bilge, age, sh. 565 vd.

¹²⁹ Bkz. Y. 2.H.D. 1978/1723 E, 1978/1843 K, 9.3.1978 T.

sonuçlara bağlanmıştır. Aşağıda sadece çocukla baba arasında kurulan soy bağının, Medeni Kanun açısından sonuçları incelenecektir.

ba. Soy Bağı Yönünden

Yukarıda “davanın konusu” bölümünde açıklandığı üzere, babalık davasında davalının baba olduğunun tespiti, baba ile soy bağı ilişkisini doğrudan kurmaktadır. 4722 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin açık hükmü gereğince, daha önce 743 sayılı Kanuna istinaden babalarına tabii babalık bağı ile bağlanmış olan kişilerin dahi, babalarıyla soy bağı ilişkisi 4721 sayılı Kanunun yürürlük tarihi itibarıyla kurulmuştur. Kurulan soy bağı ilişkisinin evlilik birliği içinde doğan çocuklardan herhangi bir farkı kalmamıştır. Zira 4721 sayılı Kanunun getirdiği bir diğer yenilik de, sahil/gayri-sahih nesep bağı ayırımının hem anne hem de baba yönünden terk edilmiş olmasıdır.

bb. Velayet ve Şahsi İlişki Kurabilme Açısından

4721 sayılı Kanunun 337 nci maddesi gereğince;

“Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir.

Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa hakim, çocuğun menfaatine göre vasi atar veya velayeti babaya verir.”

743 sayılı Kanunda evlilik birliği dışında doğan çocuğun velayeti meselesi askıda idi¹³⁰. Zira; Kanunun 298 inci maddesinde;

“Mahkeme, evlilik haricinde bir doğumdan haberdar olduğu veya böyle bir gebelik ana tarafından kendisine haber verildiği takdirde; çocuğun menfaatlerini sıyanet etmek üzere, hemen bir kayyım tayin eder. Babalık davası bittiği veya ikamesi için muayyen müddet geçtiği takdirde mahkeme, çocuğun ana veya babanın velayeti altında bırakılmasını faydalı görmezse kayyım yerine bir vasi nasbeyler.” hükmü amirdi.

Bu sebeple Yargıtay, açılan babalık davasında velayetin kime bırakıldığının karara bağlanmamış olmasını bozma sebebi sayıyordu¹³¹.

¹³⁰ “Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğun velayetinin hakim tarafından bir düzenleme yapılncaya kadar askıda kaldığına dair bkz. Y. 2.H.D. 1998/2431 E, 1998/3326 K, 18.3.1998 T.

743 sayılı Kanunda velayete sahip olma hususunda ana ve baba eşit haklara sahipken, 4721 sayılı Kanunun 337 nci maddesi gereğince babanın velayete sahip olabilmesi ihtimali zayıflatılmıştır. Zira, maddeye göre; ana ve baba evli değilse velâyet doğrudan anaya ait olacak; ancak ana küçük, kısıtlı veya ölmüşse veya velâyet anadan alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atayacak ya da velâyeti babaya verecektir.

Baba, bu durumda 4721 sayılı Kanunun 323 üncü maddesinin “Ana ve babadan her biri, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.” hükmü gereğince çocukla kişisel ilişki kurabilecektir.

743 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönem içerisinde Yargıtay, Kanunun 313 üncü maddesinde geçen “velayet hakkının babaya verilmesi halinde, ananın çocukla şahsi ilişki kurabilmesine” dair hükmün, tersi durumda baba için de uygulanması gerektiğine hükmetmişti¹³².

bc. Nafaka Yönünden

Kayım çocuk için nafaka verilmesi talebinde bulunabilir; ancak çocuk için tazminat istenemez. Kayımanın bu yönde talebi olmasa dahi nafaka da velayet gibi hakim tarafından re’sen belirlenir; aksi halde kararda nafakaya dair herhangi bir hüküm yer alamamış olması bozma sebebidir¹³³. Nafaka talebi harca ve vekalet ücretine tabi değildir¹³⁴.

Mirasçıların, 304 ün maddede yer alan giderler dışında herhangi bir tazminat veya nafaka ödeme yükümlülüğü yoktur. Bununla beraber mirasçılardan koşulları varsa yardım nafakası talebinde bulunulabilir¹³⁵.

¹³¹ “Velayet ve nafakanın re’sen düzenleneceğine” dair bkz. Y.H.G.K. 1994/2-83 E, 1994/293 K, 4.5.1994 T. - 1998/2230 E, 1998/3654 K, 25.3.1998 T., 1995/6539 E, 1995/7418 K, 23.6.1995 T., 1993/1568 E, 1993/2435 K, 11.3.1993 T.

¹³² “Velayetin babaya verilmesi halinde ananın çocukla şahsi ilişki kurma hakkı bulunduğu MK’nun 313 üncü maddesinde açıkça gösterildiği halde velayetin anaya verilmesi halinde babanın çocukla şahsi ilişki kuracağı yönünde bir hüküm olmaması düşünülemez.” bkz. 2000/6094 E, 2000/6436 K, 16.5.2000 T.

¹³³ Bkz. Y. 2.H.D. 1998/2230 E, 1998/3654 K, 25.3.1998 T - 1993/1926 E, 1993/2842 K, 19.3.1993 T.

¹³⁴ Bkz. Y. 2.H.D. 2006/6807 E, 2006/14852 K, 2.11.2006 T.

¹³⁵ Bkz. Y. 2.H.D. 2010/2945 E, 2010/5646 K, 24.3.2010 T.

743 sayılı Kanunun 306 ila 308 inci maddelerde “babalık davası” başlığı altında “nafaka” özel olarak düzenlenmiş idi. 4721 sayılı Kanunun sistematüğinde böyle bir ayrıma gidilmediğinden, Kanunun nafakaya ilişkin genel hükümler niteliğinde olan 329-334 üncü maddelerine istinaden hüküm kurulacaktır.

bd. Soyadı ve Nüfus Kaydı Yönünden

743 sayılı Kanunun 312 nci maddesi gereğince “Babaya nisbeti babalık hükmü ile veya tanınmak suretiyle taayyün eden çocuk, babanın aile ismini taşır.” hükmü ile şahsi babalık davası ile babalık bağı kurulmuş olan çocuklar babalarının soyadını taşıyabiliyorlardı.

4721 sayılı Kanunun 321 inci maddesi gereğince ise “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır.” hükmü gereğince babalık davası neticesinde babası ile soybağı kuran çocuk babasının soyadını taşıyamıyor¹³⁶. Madde, Anayasa Mahkemesi’nin 2005/114 E ve 2009/105 K sayılı ve 2.7.2009 tarihli kararı ile iptal edilmiş; yayım tarihinden itibaren bir yıl sonra yürürlüğe giren karar 27369 sayılı ve 7.10.2009 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Böylece, babası ile soybağı kurmuş olan çocuklar, babalarının soyadını taşıyabileceklerdir.

bf. Mirasçılık Yönünden

Evlilik birliğı dışında doğan çocukların mirasçılığı yukarıda¹³⁷ anlatılmış olduğundan burada kısa bir özet yapılmakla yetinilecektir.

Anayasa Mahkemesi’nin 29.03.1988 tarihli ve 19679 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1987/1 E, 1987/18 K ve 11.09.1987 tarihli kararı ile, 743 sayılı Kanunun 433 üncü maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasının tamamını iptal etmiştir.

Madde “Nesebi sahih olmayan hısımlar ana tarafından nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir. Bunların baba cihhetinden mirasçı olabilmeleri; babalarının kendilerini tanımış veya babalıklarına hüküm sudur etmiş bulunmasına mütevakıftır.

¹³⁶ Bkz. Y. 2.H.D. 2006/1223 E, 2006/2652 K, 2.3.2006 T., 2004/14203 E, 2005/137 K, 10.1.2005 T., 2004/14969 E, 2005/605 K, 2006/1223 E, 2006/2652 K, 2.3.2006 T.,

¹³⁷ Bkz. Bölüm IV-B.

Baba tarafından nesebi sahih olmayan çocuk yahut fûruu, babasının nesebi sahih fûruları ile içtima ederse; nesebi sahih bir çocuğa veya ferilerine isabet eden hissenin yarısını alırlar” şeklinde idi.

Böylece sahih nesepli olsun olmasın tüm çocuklar babalarının mirasından da eşit pay alır hale geldiler. 3678 sayılı Kanunun 9 uncu maddesinde geçen “nesebi sahih olan hısımlar, nesebi sahih olmayan hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir” hükmüyle nesebi sahih olmayan çocukların mirasçılık durumu daha da netleşti.

O tarih itibariyle yerleşik içtihatlarda lehlerine “maddi sonuçlu babalık” hükmü verilerek “nesebsiz” kabul edilen ve babalarına mirasçı olamayan¹³⁸ çocuklar ise, Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kurulunca alınan 1996/1 Esas ve 1997/1 K sayılı ve 22.2.1997 tarihli karar ile “gayri sahih nesepli çocuk sıfatı ile mirasçı” kabul edilmiştir.

4721 sayılı Kanunda sahih nesep ve gayri-sahih nesep ayırımına yer verilmediğinden ve 4722 sayılı Kanunun ise 12 inci maddesinin 1 inci fıkrası gereğince “Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce, sahih olmayan nesepli çocuklar, yürürlük tarihinden başlayarak bu kanunun soy bağına ilişkin hükümlerine tabi olurlar.” hükmü gereğince mevzuatımızda “sahih ve gayri-sahih nesep” ayırımı hem baba hem de ana ile kurulan soy bağı açısından geriye dönük olarak da kaldırılmıştır. Bugün için babalık davası lehine sonuçlanmış olan çocuklar, babalarının evlilik içinde doğan çocukları gibi ve onlarla eşit olarak birinci zümre mirasçı sıfatını haizdirler. 4722 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin 2 nci fıkrası gereğince “Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan malî sonuçlu babalık davalarında çocuğun soy bağı, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olur.” hükmü ile “4721 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce tabii babalık davası lehine sonuçlanmış çocuklar da mirastan eşit pay alır hale gelmişlerdir.

¹³⁸ Bkz. Y. 2.H.D. 1993/603 E, 1993/4179 K, 26.4.1993 T., 1995/3184 E, 1995/4932 K, 21.4.1995 T.

Bibliyografya

Kitaplar :

- Acabey**, M. Beşir (2010), Soyabağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı, Güncel, İzmir.
- Akıncı**, Ziya/**Demir Gökyayla**, Cemile (2010) Milletlerarası Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Akıntürk**, Turgut/**Ateş Karaman**, Derya (2011), Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, BETA, İstanbul.
- Baktır**, Selma (2003) Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Mustafa, Alper (2011) Türk Özel Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, Filiz Kitapevi, İstanbul.
- Gençcan**, Ömer Uğur (2011) Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- İnal**, Nihat (2004) Aile Mahkemeleri Davaları, Sözkese Matbaacılık, Ankara.
- Öztan**, Bilge (2004) Aile Hukuku, Turhan, Ankara.
- Özüğür**, Ali İhsan (2010) Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Serozan** Rona (2005) Çocuk Hukuku, Vedat Yayınevi, İstanbul.
- Zevkliler**, Aydın (1992) Medeni Hukuk, Savaş Yayınları, Ankara.

Tezler :

- Prof. Dr Ejder Yılmaz danışmanlığında Selçuk **Çiftçi** tarafından yazılmış “Nüfus Davalarında Cumhuriyet Savcısının Görevleri” isimli Yüksek Lisans Projesi, www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1748/2404.pdf
- Prof. Dr. Şebnem Akipek danışmanlığında Zuhale **Tokar** tarafından yazılmış “Babalık Davası” isimli yüksek lisans tezi, acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/2312/2993.pdf

Makaleler :

Berki Şakir, Medeni Kanunda Neseap Hısımlığı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1956, C. 13, S. 3-4 (19.9.2011), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/332/3361.pdf>.

Berki Şakir, Türk Medeni Kanununda Çocukların Mirası, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/337/3427.pdf> (19.9.2011).

Erdoğan İhsan, Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1998, C.2, S.1-2, http://www.hukuk.gazi.edu.tr/editor/dergi/2_3.pdf (28.6.2011).

Erten Rifat/Acır Birsen/Taşveren Sema, Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2710.pdf> 580 vd.(19.9.2011).

Fişek Hicri, Nesebin Tashihi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.1-2, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/308/3029.pdf> (19.9.2011).

Güriz Adnan, Evlilik Dışı Birleşmeler ve Bu Birleşmelerden Doğan Çocuklar, <http://auhf.ankara.edu.tr/auhf-yayinlari-arsivi/guriz-benedict/turk-hukuku-ve-toplumu-uzerine/guriz.pdf> (19.9.2011).

Kaneti Selim, Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg6/selim.pdf

Kılıçoğlu Ahmet, 2526 sayılı Kanuna Göre Fiili Birleşmelerin Evlilik Yoluyla Tescili ve Evlilik Dışı Doğan Çocukların Neseplerinin Düzeltmesi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/304/2864.pdf> (19.9.2011).

Koçhisarlıoğlu Cengiz, Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/1237/1833.pdf?show> (15.9.2011).

Oğuzman Kemal, Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu, Ankara Üniversitesi, SBF Dergisi, C.49, S 1-3, http://www.politics.ankara.edu.tr/dergi/pdf/49/1/22_kemal_oguzman.pdf (15.9.2011).

Tuğ Ayşim/Elma Cüneyt, 2004-2007 Verileri ile Babalık Testlerinin Değerlendirilmesi, Adli Tıp Derg., Y.2008, C. 22, S.3.

<http://www.journalagent.com/z4/vi.asp?pdire=adlitip&plng=tur&un=ADLITIP-44154&look4=> (19.9.2011).

Tuğ Aşım, Babalık Testlerinde Son Düzenlemeler: Uluslararası Adli Genetikçiler Derneği Babalık Testi Komisyonu Önerileri, Adli Tıp Dergisi, Y 2010, C 24, S. 1, <http://www.adlitipdergisi.com/jvi.asp?pdire=adlitip&plng=tur&un=ADLITIP-97752&look4=> (14.9.2011).

Yargıtay Kararları İçin : Kazancı Hukuk Otomasyon