T.C.

**İstanbul Üniversitesi**

**Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı**

Yüksek Lisans Tezi

# SOYBAĞI ALANINDA BİYOETİK VE HUKUK SORUNLARI

NAGEHAN KIRKBEŞOĞLU

2501030571

**Düzeltilmiş Tez**

**TEZ DANIŞMANI**

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul, 2005

T.C.

**İstanbul Üniversitesi**

**Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Özel Hukuk Anabilim Dalı**

Yüksek Lisans Tezi

# SOYBAĞI ALANINDA BİYOETİK VE HUKUK SORUNLARI

NAGEHAN KIRKBEŞOĞLU

2501030571

**Düzeltilmiş Tez**

İ.Ü.Kütüphane ve Dok.D.Eşk.

Dem. No. 40742

Sıra. No.

**TEZ DANIŞMANI**

Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

İstanbul, 2005

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

## TEZ ONAYI

**ÖZEL HUKUK** Anabilim Dalında **2501030571** numaralı **NAGEHAN KIRKBEŞOĞLU'NUN** hazırladığı "**SOYBAĞI ALANINDA BİOTİK VE HUKUK SORUNLARI**" konulu **YÜKSEK LİSANS / ~~DOKTORA~~ TEZİ** ile ilgili **TEZ SAVUNMA SINAVI,** Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 10.Maddesi uyarınca **26.08.2005 CUMA** günü saat **10.00'de** yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin .....Kabul.....'ne* **OYBİRLİĞİ /~~OYÇOKLUĞUYLA~~** karar verilmiştir.

| JÜRİ ÜYESİ | KANAATİ ( 2 ) | İMZA |
|---|---|---|
| PROF. DR. ŞENER AKYOL | Kabul | |
| PROF.DR. HÜSEYİN HATEMİ | Kabul | |
| PROF.DR. SAİBE OKTAY ÖZDEMİR | Kabul | |
| DOÇ.DR. TUFAN ÖĞÜZ | Kabul | |
| DOÇ.DR. ADEM SÖZÜER | Kabul | |

Besim Ömer Paşa Caddesi Beyazıt-34452-İstanbul
Tel:0212 440 00 00Fax: 0212 520 85 04

# DÜZELTME

Hazırlanan tezin araştırmacı tarafından savunulması sırasında, jüri üyeleri tarafından tez üzerinde yapılan incelemeler ve araştırmacı tarafından yapılan açıklamalar dâhilinde, tez metninde bazı düzeltmeler ve eklemeler yapılması kararlaştırılmış ve tezin düzeltilmesi için araştırmacıya süre verilmiştir.

Bu itibarla, tezin düzeltilmesi için verilen sürede, daha önce yer verilmeyen hukuk-ahlâk ilişkisi, kocanın babalığı karinesi, soybağının reddi, rahim tahliyesi (kürtaj), cinsiyet değiştirme, bakım (nafaka) yükümü başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıca tezin alt başlıklarında da uygun görülen düzeltmeler yapılmıştır. Bu başlıklar altında yer verilen bilgiler jüri üyelerinin görüşleri doğrultusunda genişletilmiş ve düzeltilmiştir.

Tez metnine yapılan eklemeler dolayısıyla her ne kadar tüm sayfalara ekleme yapılmamış ise de sayfa metinlerinin kayması nedeniyle tüm sayfanın alt kısımlarına "düzeltme" ibaresi konulmuştur.

## ÖZ

Bu çalışmanın amacı, Medeni Hukukumuzun Soybağı alanında ortaya çıkan hukuk ve biyoetik sorunlarını incelemektir. Bu sorunlar incelenirken, soybağı kavramı, çeşitleri, soybağının kurulması ve hükümleri teorik olarak ele alınmıştır. Sorunların gelişiminin daha iyi anlaşılabilmesi için gerektiğinde eski Medeni Kanunumuz ile karşılaştırmalar yapılmıştır.

Günümüzde gen teknolojisi ve yapay döllenme yöntemlerindeki gelişmelerin Soybağı Hukuku alanında çözülmesi güç sorunlar ortaya çıkarmıştır. Bu çalışmada detaylı olarak, yapay üreme teknolojisindeki gelişmeler, soybağı alanında ortaya çıkardığı sorunlar ve bunlara ilişkin doktrinde yer alan çözüm önerileri araştırılmıştır.



## ABSTRACT

This thesis aims at exploring the bioethical and legal problems exists in Turkish Civil Code in the field of Lienage. By determining all these problems; the Lineage as a concept, types of Lineage, establishment and the provisions of Lineage were explained theoretical. All these exploration was made comparable with the old Turkish Civil Code to be made understood the progress of the problems well.

In recent years, the developments in gene and medically assisted procreation technology caused many complicated problems in the field of Lineage Law. Meanwhile, with this study, the improvements in medically assisted procreation technology, the problems which was caused by this progress and the proposals for solutions were investigated.

# ÖNSÖZ

Söz konusu yüksek lisians tezimiz değerli hocam Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ' nin danışmanlığında hazırlanmıştır. Kendisinin gösterdiği yakın ilgi ve büyük katkılarından dolayı kendisine teşekkür etmeyi borç bilirim..

Çalışmalarım sırasında sonsuz sabır ve anlayış içinde bana destek olan değerli babam Mustafa KIRKBEŞOĞLU ve annem Şükran KIRKBEŞOĞLU' na da teşekkür ederim.

## İÇİNDEKİLER

Sayfa

Öz.....iii

Önsöz.....iv

İçindekiler.....v

Kısaltmalar Listesi.....viii

Giriş.....1

I. BÖLÜM:
TÜRK SOYBAĞI HUKUKU VE BİYOETİK

A. Genel Olarak Ahlâk ve Hukuk İlişkisi.....5

B. Türk Soybağı Hukuku Alanına Genel Bakış.....6

1. Soybağı Kavramı.....6

2. Soybağının Çeşitleri.....7

a. Doğal Soybağı- Hukuki Soybağı.....7

b. Gerçek Soybağı- Yapay Soybağı (Hakiki nesep-Sun-î nesep).....10

c. Evlilik İçi Soybağı-Evlilik Dışı Soybağı.....10

3. Ana Yönünden Soybağının Kurulması.....13

4. Baba Yönünden Soybağının Kurulması.....16

a. Evlilik İçinde Doğan Çocuk Açısından.....16

(1) Kocanın Babalığı Karinesi.....16

(2) Kocanın Soybağını Reddi ve Bunun Sonuçları.....17

b. Evlilik Dışında Doğan Çocuk Açısından.....18

(1) Ana-Babanın Sonradan Evlenmeleriyle Soybağının Kurulması.....18

(2) Tanıma.....20

(3) Babalık Davası.....22

5. Evlat Edinme Yolu ile Soybağının Kurulması.....24

C. Soybağının Hukuki Sonuçları.....25

1. Soyadı.....25

2. Vatandaşlık.....26
3. Bakım (Nafaka) Yükümü.....27
4. Velayet.....27
5. Mirasçılık.....29
6. Evlenme Yasağı.....29

## II. BÖLÜM:
## KİŞİ HÜRRİYETİNİN SOYBAĞI ALANINDA BAZI MADDİ FİİLLER AÇISINDAN SINIRLANMASI

A. Rahim Tahliyesi (Kürtaj).....31
B. Klonlama.....32
C. Cinsiyet Değiştirme.....38

## III. BÖLÜM:
## KİŞİ HÜRRİYETİNİN SOYBAĞI ALANINDA HUKUKİ İŞLEMLER AÇISINDAN SINIRLANMASI

A. Genel Olarak Yapay Döllenme.....40
B. Yapay Döllenme Kavramı ve Yöntemleri.....41
C. Ülkemizde Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Düzenleme.....44
D. Soybağı Alanında Yapay Döllenme Yöntemlerinin Kullanılmasıyla Ortaya Çıkan Hukuki ve Biyoetik Sorunlar.....47
1. Eşlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması (Homolog Döllenme) Durumunda Soybağı.....47
2. Döllenmede Evli Olmayan Çiftlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması (Heterolog Döllenme) Durumunda Soybağı.....56
a. Evli Çifte Yumurta Bağışı.....57
b. Evli Çifte Sperm Bağışı.....61
c. Evli Çifte Hem Yumurta Hem Sperm Bağışı.....67
d. Taşıyıcı Annelik Uygulaması.....70

(1) Yumurtanın Taşıyıcı Anneye veya Üçüncü Kişiye Ait Olması Durumu.....77
(2) Yumurtanın Taşıyıcı Anneye Ait Olmaması Durumu.....78
E. Eşcinsel veya Evlilik Benzeri Birlikteliklerde Yapay Döllenme veya Evlat Edinme Yolu ile Çocuk Edinme İmkânının Tanınması Sorunu.....82

Sonuç.....89
Kaynakça.....93

## KISALTMALAR

| | |
|---|---|
| **Abs.** | : Absatz (fıkra) |
| **AD.** | : Adalet Dergisi |
| **a.e.** | : aynı eser |
| **a.g.e.** | : adı geçen eser |
| **a.g.m.** | : adı geçen makale |
| **a.g.ylt.** | : adı geçen yüksek lisans tezi |
| **Ank. Bar. Der.** | : Ankara Barosu Dergisi |
| **Art.** | : Artikel (madde) |
| **Aufl.** | : Auflage (Bası) |
| **AÜHFD** | : Ankara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Dergisi |
| **AÜSBFD** | : Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi |
| **AY** | : Anayasa |
| **BGB** | : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu) |
| **BGE** | : Entscheidungen des schweizerischen Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi) |
| **BK.** | : Borçlar Kanunu |
| **bkz.** | : bakınız |
| **bkz.: aş.** | : bakınız aşağıda |
| **bkz.: yuk.** | : bakınız yukarıda |
| **b.s.** | : bası |
| **Bull. Med. Eth.** | : Bulletin of Medical Ethics |
| **BV** | : Bundesverfassung (İsviçre Federal Anayasası) |
| **c.** | : cümle |
| **C.** | : Cilt |
| **Çev.** | : Çeviren |
| **dn.** | : dipnot |
| **E.** | : Esas |
| **EMK.** | : 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi |
| **ESchG** | : Embryonenschutzgesetz (Alman Embriyonun Korunmasına Dair Kanun) |
| **f.** | : fıkra |

| | |
|---|---|
| **FmedG** | : Bundesgesetz über die medizinisch Unterstütze Fortpflanzung (Yapay Döllenmeye İlişkin 18.12.1998 tarihli İsviçre Federal Kanunu |
| **GÜHFD** | : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| **HD.** | : Hukuk Dairesi |
| **İst. Bar.Der.** | : İstanbul Barosu Dergisi |
| **İÜHFM.** | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| **İVF** | : In Vitro Fertilization (Tüpte Döllenme) |
| **İz. Bar. Der.** | : İzmir Barosu Dergisi |
| **J.A.M.A.** | : Journal of the American Medical Association |
| **K.** | : Karar |
| **k.g.** | : karşı görüş |
| **krş.** | : karşılaştırınız |
| **m.** | : madde |
| **MK.** | : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu |
| **n.F.** | : neue Fassung (yeni metin) |
| **Nr.** | : numara, Nummer (bend) |
| **PSLJ** | : The Journal of Philosophy, Science and Law |
| **PUF** | : Presses Universitaires de France |
| **RG** | : Resmi Gazete |
| **S.** | : Sayı |
| **s.** | : sayfa |
| **T.** | : Tarih |
| **Vol.** | : Volume (Cilt) |
| **v.d** | : ve devamı |
| **vb.** | : ve benzeri |
| **Y.** | : Yıl |
| **YD** | : Yargıtay Dergisi |
| **YHGK** | : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu |
| **YKD.** | : Yargıtay Kararları Dergisi |
| **ylt.** | : yüksek lisans tezi |
| **y.y** | : Basım yeri yok |
| **ZGB** | : Zivil Gesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu) |

# GİRİŞ

Türk Soybağı Hukuku alanında, evlilik içinde doğan çocuklar ile evlilik dışında doğan çocuklar arasında yapılan ayrım bugüne kadar daima tartışma konusu olmuştur. Özellikle *"evlilik dışı çocuk sorunu"*, evlilik dışı birleşmelerin yaygın olduğu kırsal kesimlerde imam nikâhı geleneğine ve çok eşliliğe bağlı olarak hala varlığını sürdürmektedir. Bu beraberlikler sonucu doğan çocukların, evlilik dışı çocuk sayılması nedeniyle oluşan sorunu gidermek ve evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelmekte hiçbir kabahati olmayan masum çocuğu içinde bulunduğu *"evlilik içi çocuk-evlilik dışı çocuk"* ayrımdan kurtarmak gayesi, Önceki Medeni Kanun döneminde Aile Hukukunun en çok tartışılan konusu haline gelmişti[1]. Bu nedenledir ki, ülkemizde evlilik dışı ilişkilerden doğan çocukların sorunu bazı yollarla aşılmaya çalışılmıştır. Örneğin, bazen çıkarılan özel (af) kanunlarıyla[2] bazı koşullarda dini nikâh temelli evliliklerin bile geçerli sayılmasına ve bu evliliklerden olma çocukların soybağlarının düzeltilmesine olanak tanınmıştır. Bazen de bu sorun, gerek içtihatlar gerekse yasal düzenlemeler yardımıyla aşılmaya çalışılmıştır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin, ilk önce, babalarının zinalarının ürünü olan evlilik dışı çocuklar için

---

[1] Hilmar KRÜGER; **Aile Hukuku Sorunları, Osmanlı İslam Geleneği,** (Çev. Necla Giritlioğlu), İst. Bar. Der. S. 1979 / 7-9, s. 524-525, Aydın AYBAY; **"Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu"**, Ank.Bar.Der., S. 3, 1969, s. 467 vd., Ali Naim İNAN; **"Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları"**, İ.Ü. Cumhuriyet'in 75.Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s. 710-711. Evlilik içi çocuk- evlilik dışı çocuk ayrımının yapılmasının temelinde birçok düşünce yatmakta idi. Bu düşüncelerden en önemlisi de, zina ürünü olan çocukların hukuki statüleri iyileştirildiği taktirde, serbest birleşmelerin artacağı ve evlilik kurumuna duyulan saygının azalacağı düşüncesiydi. Nuşin AYİTER; **"Medeni Kanunun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğilim ve Gereksinmeler Karşısında Değerlendirilmesi"**, Medeni Kanunun 50. Yılı, Ankara, 1977, s. 43 vd., Esat ŞENER; **"Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler"**, AÜHFD 50. Yıl Armağanı, Cilt:II : Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, 1977, s. 222-223. Anayasa Mahkemesi MK. m.4437 f.2'yi iptal ettiği kararında *"Evlilik dışı çocukların babalarına sahih ya da hiç değilse sahih olmayan nesep bağı ile bağlanabilmesine izin verilmesi, hiç kusuru olmadığı halde toplumda çok kötü duruma düşürülen çocuğun korunması ile ilgili bir önlem olup, bunun serbest birleşmeleri artırmaya yönelik bir yanı yoktur. Tersine, serbest birleşmeleri bir ölçüde önlediği savunulabilir. Çünkü evlilik dışı bir ilişkiden doğacak çocuğun soyadını taşımayacağını, mirasçısı olamayacağını bilen kişi hiçbir sorumluluk duymaksızın bu tür bir ilişkiye girebilir. Bu kişinin, doğacak çocuğun mali, sosyal ve hukuksal sorumluluğunu taşıyacağını bilmesi kendisini daha dikkatli davranmaya itebilir."*diyerek bu düşüncenin terk edilmesini sağlamıştır. RG. T. 29.03.1988- S. 19769, s.5 vd.

[2] Bu kanunlardan ilki 1933 yılında olmak üzere bugüne dek dokuz tane çıkartılmış olup genellikle de *"fiili birleşmelerle bunlardan doğan çocukların tescili hk. Kanun"* olarak adlandırılan bu kanunların sonuncusu 8.5.1991 Tarih ve 3716 Sayılı olup, beş yıllık yürürlük süresini 16.5.1996 tarihinde doldurarak yürürlükten kalkmıştır. Levent AKIN; **"Nesebin İdari Yoldan Düzeltilmesi"**, Ank. Bar. Der., 1994/2, s. 183 vd.

kişisel sonuçlu babalık davası açma yolunu, tamamen kapatan EMK. m. 310 /f.2' yi[3] daha sonra da, eşitliğe aykırı olduğu gerekçesiyle 11.9.1987 Tarih ve E. 1987/1 – K.1987/18 Sayılı kararı ile[4] Medeni Kanunun düzgün olmayan soybağlı çocukların mirasçılığını düzenleyen 443. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesiyle ikinci fıkrasını iptal etmesi ve bunun ardından kanunkoyucu tarafından 14.11.1990 tarihli 3678 Sayılı Kanunla 443. maddenin yeniden düzenlenmesi ile bu eşitsizlik kaldırılmaya çalışılmış ancak asıl yapılması hedeflenen soybağının tekliği sonucuna ulaşılamamıştı[5].

Bununla beraber, tıp ve biyoloji alanındaki olağanüstü gelişmeler hukuk, tıp, ahlak ve din adamlarının karşısına; yapay döllenme, tüp bebek (IVF), sperm bankaları, embriyonun annenin rahminden başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi (taşıyıcı annelik), klonlama (kopyalama)[6], ana rahminde cinsiyet değiştirme gibi yeni ve çok boyutlu sorunlar getirmiştir.

İnsan klonlama konusunun hem etik boyutu hem de hukuki anlamda yaratacağı sorunlar, hukukçuların ve ahlakbilimcilerin gündeminde yer alan önemli bir konudur. Klonlama ile ilgili tartışmaların odak noktası, böyle bir uygulamanın ne kadar ahlaki olacağı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Hatta klonlamanın ahlaka aykırı olarak doğurabileceği bazı sonuçlar, bazı bilimkurgu romanlarının konusu haline gelmiştir. Örneğin, 1932'de Aldoux Huxley'in yazdığı "The Brave New World" *(Cesur Yeni Dünya)* adlı romanında[7], Bokanovski Süreci'yle çoğaltılmış bebekleri, yetiştirme çiftliklerinde psikolojik koşullandırmaya tutma gereği duymuştu. Benzer biçimde, Ira Levin' in 1976'da yazdığı "The Boys from Brazil" romanında[8] Adolf Hitler'den klonlanan genç Hitler'lerin öyküsünü kurgulayan Ira Levin, klonları, Adolf Hitler'in kişiliğinin geliştiği tüm olaylar zincirinin benzerine tabi tutma gereğini hissetmişti. Diğer tüm koşullar denk olsa bile, kopya birey, aynı zamanda ikizi olan bir anneye sahip olmasından psikolojik bakımdan etkilenecektir. Klonlamanın sebep olacağı etik ve hukuki sorunlar karşısında bazı bilim adamları

---

[3] EMK. m. 310/ f.2'ye göre, cinsel ilişki esnasında, davalı evli ise, Hakim babalığa hükmedemez.
[4] RG. T. 29.03.1988- S. 19769, s.5 vd.
[5] Mehmet Beşir ACABEY; **Soybağı,** Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002; s. 252 vd.
[6] Geniş açıklama için bkz. aşa.: s. 31 vd.
[7] Aldoux HUXLEY; **The Brave New World** (Cesur Yeni Dünya); Çev. Ender Gürol, Güneş Yayınları, 1989, s. 10 vd.
[8] Ira LEVİN; **The Boys From Brazil"**, 1976.

insan klonlamayı red ederken bazıları da bu tekniğin istisnasız ve mutlak olarak yasaklanmasını gerektirecek etik ve hukuki gerekçelerin halen ortaya konulamamış olduğu düşüncesindedir[9]. Biz de, çalışmamızda özellikle insan klonlamanın üzerinde yoğunlaşan etik ve hukuki tartışmaları ve özellikle üreme amaçlı klonlamanın soybağı alanındaki etkilerini inceledik.

Bilimsel döllenme tekniklerinin gelişmesi, analık ve babalık karinelerinin yıkılmasına zemin hazırlayarak, "döllenme" kavramı etrafında yeni bir "karine temeli" oluşturmuş; bu durum da hukukçulara yeni bir tartışma ortamı yaratmıştır. Bu tekniklerin iyice yayılması ile birlikte birçok soybağı problemi ortaya çıkmıştır. Örneğin, bir kadının yumurtası ya da embriyonu, çocuk sahibi olmak isteyen başka bir kadının rahmine aktarıldığında, gerçek ananın hangisi olduğunu belirleme sorunu tartışılmaya başlanmıştır. Buna ek olarak, kişiliğin başlangıcı, hak ehliyetinin kazanılması ve buna bağlı olarak, ceninin ve embriyoların mirasçı olup olamayacakları, yine, eşlerin kendilerine ait olmayan sperm, yumurta ve embriyo ile çocuk yaptıklarında soybağı durumunun ne olacağı en çok tartışılan konular haline gelmiştir. Gerçi yapay yöntemlerle çocuk edinilmesi yöntemleri ülkemizde henüz pek yaygın olarak kullanılmamaktadır. Ancak, Amerika ve diğer Batılı ülkelerde yoğun bir uygulama alanı bulan bu yöntemler, bir müddet sonra ülkemizi de etkisi altına alabilir. Nitekim bu yöntemlerden biri olan "tüp bebek" uygulamasına 1980'li yıllarda başlanmıştır.

Biz de bu çalışmamızda, pozitif hukukumuzda düzenlenmiş bulunan soybağını; özellikle soybağının kuruluşunu ve soybağı alanında ortaya çıkan hukuk ve biyoetik sorunlarını, Yeni Medeni Kanunumuz ışığında incelemeyi amaç edindik. Bu amaçla sınırlı olan çalışmamız üç ana paragraftan oluşmaktadır. Konunun daha iyi anlaşılmasını sağlamak üzere bazı kavramların anlatılmasında fayda gördük. Bundan dolayı birinci paragrafta genel olarak hukuk-ahlak ilişkisini, soybağı kavramını, soybağının çeşitlerini, anne ve baba yönünden soybağının kurulmasının yollarını ve soybağının hukuki sonuçlarını inceledik. Bunu yaparken, yer yer Yeni Medeni Kanunumuz ve Eski Medeni Kanunumuz karşılaştırmasını yapmayı faydalı gördük.

---

[9] Bu görüşler için bkz. aşa.: s. 33.

İkinci paragrafta, kişi hürriyetinin soybağı alanında bazı maddi fiillerle sınırlanması başlığı altında, rahim tahliyesi (kürtaj), klonlama ve cinsiyet değiştirmeyi inceledik.

Üçüncü paragrafta, kişi hürriyetinin soybağı alanında hukuki işlemler açısından sınırlanması başlığı altında, çeşitli yapay döllenme kavramı ve yöntemleri anlatılmakta ve bu konuyla ilgili etik ve hukuki sorunlara ve doktrinde yer bulan çözüm önerilerine değinilmektedir. Bu başlık altında, son yıllarda bazı batı ülkelerde yoğun tartışmalardan sonra önü açılan eşcinsel veya evlilik benzeri birliktelikler ele alınmış olup, bu başlık içerisinde de bu birliktelerde yapay döllenme veya evlat edinme yolu ile çocuk edinilmesi imkânı, yurtdışındaki gelişmeler ve bu birlikteliklerin hukuki değerlendirilmesine yer verilmiştir.

Yapay döllenme teknolojisindeki gelişmelerin, yalnızca Türk soybağı hukukunda yarattığı sorunlar çalışmamızın kapsamı içinde yer aldığından; bu gelişmelerin kişiler hukuku, miras hukuku ve aile hukuku yönünden ortaya çıkardığı sorunlara sadece gerektiğinde yer verildi.

# I. BÖLÜM:
# TÜRK SOYBAĞI HUKUKU VE BİYOETİK

## A. Genel Olarak Ahlâk ve Hukuk İlişkisi

Çalışmamızda soybağı alanında biyoloji ve tıp alanındaki gelişmeler ile ilgili hukuki değerlendirmelerde bulunurken, biyoetiğin işaret ettiği yazılı olmayan ahlaki değer yargılarının da etkisi göz önüne alındığından, hukuk-ahlak ilişkisinin birbiriyle olan etkileşiminin önemini belirtmeyi faydalı gördük.

Anayasa'nın 11. maddesinde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına gerekçe olabilecek unsurlar belirtilirken *"Genel Ahlak"* da bu unsurların arasında belirtilmiştir. Yine bir kanun kuralı iktibas edilmiş ve kanunlaştırılmış olan kural ahlak kuralı ise; artık bu ahlak kuralı Anayasa m. 13 ve BK. m. 19 gereği "emredici" bir hukuk kuralı konumundadır. BK. m. 20 ise, yazılı olmayan ahlak kurallarına aykırılığı kesin hükümsüzlük sebebi göstererek, bu kuralları emredici kılmaktadır. Ödev yükleyen ahlak kuralları; hukuki bir yaptırım ile güçlendirilmiş olmadıkça, bu ödev gereğince ifaya zorlama hakkını vermez. Özetle, "genel ahlak ilkeleri" Anayasa'nın atfı dolayısıyla "emredici" konuma gelmiş yazılı olmayan hukuk kurallarıdır. Bağlayıcı kaynak niteliğindedir[10].

Doğum öncesi genetik tanı yöntemlerindeki, genetik bilimindeki ve üreme tekniklerindeki gelişmelerin ne şekilde kullanılması gerektiği ve insan genetiği ve özel yaşamı üzerinde nereye kadar müdahalenin kabul edileceğinin sınırlarını belirlemek hukuk devletinin yükümlülüklerinden biridir. Bu sınırların belirlenmesinde ise belirleyici rol oynayan unsurlardan biri de ahlaki değer yargıları; bir başka deyişle ahlak kurallarıdır. Peki, ahlak kuralları neyi ifade etmektedir? Ahlak kuralları, belli bir kültürdeki insan topluluklarının davranışlarını ve birbirleriyle olan ilişkilerini belirlemek için başvurulan kuralların bütünü olarak ifade edilebilir[11].

Ahlak kuralları açısından toplumların ortak ideali "iyi yaşam" dır. Ahlaki bakımdan iyi ya da kötü veya doğru ya da yanlış olanın niteliğini ve temellerini araştıran "Etik"in biyolojideki (canlı bilimi) karşılığı; "biyoetik" kavramı olarak ortaya

---

[10] Hüseyin HATEMİ; **Medeni Hukuka Giriş**, 3. b.s., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 42-43.
[11] Hamit SERBEST, **İnsan ve Etik"**, [(Çevrimiçi) http://www.lightmillennium.org.07.02.2005].

çıkmıştır[12]. Biyoetik genel olarak, canlı bilimi alanındaki insan tutum ve davranışlarını ahlaki prensip ve değerler ışığında inceleyen sistematik çalışmalar olarak izah edilmektedir[13]. Biyolojideki gelişmeler karşısında biyoetiğin işaret ettiği ahlaki değerler, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer görülebilir ve birer hukuk kuralı haline dönüştürülebilir. Örneğin, Avrupa Konseyi'nin hazırladığı "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" uluslar arası alanda biyoetik normların sözleşme ile düzenlendiği bir metindir[14]. Yine bu değerler, Anayasa'nın "Genel Ahlak"a yaptığı atıf nedeniyle Hâkimin kaynak olarak alacağı kurallar arasında yer almaktadır[15].

## B. Türk Soybağı Hukuku Alanına Genel Bakış

### 1. Soybağı Kavramı

Soybağı (filiation/lineage) terimi, 17.2.1926 tarih ve 743 sayılı Eski Medeni Kanunumuzda[16] yer alan "nesep" yerine 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Yeni Medeni Kanunumuzda[17] kullanılarak hukuk diline kazandırılmış yeni bir terim olmakla beraber, biri geniş diğeri dar olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır.

Geniş anlamda soybağı, bir kimse ile onun altsoyu ve üstsoyu (usul-füru) arasındaki hısımlığını ifade etmektedir[18]. Örneğin, bir çocuk ile ana ve babası, büyük ana ve büyük babaları arasında biyolojik ve doğal bir bağlantı, bir başka deyişle

---

[12] Peter KEMP; **Le Discours Bioéthique,** Paris, 2004, s. 19.

[13] Ayşegül UZUN; **Le Droit Européen de la Bioéthique Concernant la Génétique Humaine,** yayınlanmamış ylt, Galatasaray Üniversitesi kütüphanesi, İstanbul, 2004, s. 2., KEMP; **a.g.e.,** s. 33.

[14] UZUN; **a.g.e.,** s. 66.

[15] HATEMİ; **a.e.,** s. 44.

[16] RG. T. 4.4.1926, S. 339; Yayımlandığı Düstur: 3. Tertip, C. 7, s. 237 vd. Bundan sonraki açıklamalarımızda "Eski Medeni Kanun (EMK)" şeklinde ifade edilecektir.

[17] R.G. T. 8.12.2001, S. 24607; Yürürlük Tarihi: 1.1.2002. Bundan sonraki açıklamalarımızda " Medeni Kanun (MK)" şeklinde ifade edilecektir.

[18] H. Veldet VELİDEDEOĞLU; **Türk Medeni Hukuku, C:II, Aile Hukuku,** 5 b.s., İstanbul, 1965, s. 312; Ferit Hakkı SAYMEN / Halid Kemal ELBİR; **Türk Medeni Hukuku, C:III, Aile Hukuku,** 2.b.s., İstanbul, 1960, s. 290, Ömer Uğur GENÇCAN; **Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri,** Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 32, Esat ARSEBÜK; **Türk Medeni Hukuku, C:II, 2.Kitap, Aile Hukuku,** Ankara, 1940, s. 370, Bülent KÖPRÜLÜ/ Selim KANETİ; **Aile Hukuku,** 2. b.s., İstanbul, 1989, s. 205, Feyzi Necmettin FEYZİOĞLU / Cumhur ÖZAKMAN / M. Enis SARIAL; **Aile Hukuku,** 3. b.s., İstanbul, 1986, s. 411, Turgut AKINTÜRK; **Türk Medeni Hukuku -Yeni Medeni Kanuna Göre Uyarlanmış Aile Hukuku,** C: 2, 9. b.s., Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 313, SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005,** s. 143, Bilge ÖZTAN; **Aile Hukuku,** 4. b.s., Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s. 400, Hüseyin HATEMİ / Rona SEROZAN; **Aile Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 272–273.

geniş anlamı ile bir soybağı vardır. Dar anlamda soybağı ise, çocuğun kendisini dünyaya getiren ana ve babası ile arasındaki doğal ve hukuki bağlantıyı[19] ifade eder ki, Medeni Kanunumuzun Aile Hukuku kitabında düzenlenmiş olan soybağı ile ifade edilmek istenen esasında dar anlamda soybağıdır (MK. m. 282 vd.).

## 2. Soybağının Çeşitleri

### a. Doğal Soybağı - Hukuki Soybağı

Bir kişi (çocuk) ile kendilerinden biyolojik-genetik olarak türediği kişiler arasındaki doğal bağa, *doğal soybağı (tabii nesep)* denmektedir[20]. Doğal soybağı, doğumla birlikte kendiliğinden doğar[21]. Bir başka deyişle, hukukumuzda kural olarak

---

[19] VELİDEDEOĞLU; **a.g.e.,** s. 312–313, SAYMEN / ELBİR; **a.g.e.,** s. 290–291, ARSEBÜK; **a.g.e.,** s. 371, FEYZİOĞLU / ÖZAKMAN / SARIAL; **a.g.e.,** s. 411,GENÇCAN; **a.g.e.,** s. 32–33, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.,** s. 206, SEROZAN **a.g.e.,** s. 86, ÖZTAN; ; **a.g.e.,** s. 400, AKINTÜRK; **a.g.e.,** s. 314, HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.,** s. 273. Nüfus Hizmetlerine Ait Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğinin 87 inci maddesine göre: *"Nesep, çocuğu ana ve babaya bağlayan kan bağıdır."* R.G. T. 3.5.1977, S. 15926. İslam Hukukundaki nesep kavramı, sözlük anlamında bir beldeye veya bir kabileye veya bir mesleğe olan bağ'ı (*nisbet'i)* ve ait olma' yı (*izafe'yi)* ifade etmekle beraber, hukuksal deyim olarak, hısımlığı *(karabet'i)*, ana veya baba ile olan hukuksal bağı ifade eder. Ömer Nasuhi BİLMEN; **Hukukı İslamiyye Ve Istılahatı Kamusu,** C : II, y.y., 1967, s. 420. *"..nesep, ana ve baba ile çocuk arasındaki düz çizgi hısımlığını, birinci dereceden usul-füru kan hısımlığını ifade eder"* Hüseyin HATEMİ; **Aile Hukuku (sınava hazırlık kitabı),** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 97. *"Soybağı, bir kişinin ana ve babası arasındaki bağı ifade eder",* DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **Türk Özel Hukuku- Aile Hukuku,** C.3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 436.

[20] VELİDEDEOĞLU; **a.g.e.,** s. 313, ARSEBÜK; **a.g.e.,** s. 371, SEROZAN; **Çocuk Hukuku,** Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 98, FEYZİOĞLU / ÖZAKMAN / SARIAL; **a.g.e.,** s. 414, HATEMİ; **a.g.e.,** s. 98, HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.,** s. 272, Aydın ZEVKLİLER / M. Beşir ACABEY / Emre GÖKYAYLA; **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku,** 6.b.s., Ankara, 1999, s. 1045 vd., AKINTÜRK; **a.g.e.,** s. 314. Doktrinde bazı yazarlarca doğal nesep yerine "gerçek nesep" (S. Sulhi TEKİNAY; **Türk Aile Hukuku,** 7.b.s., İstanbul, 1990, s. 392,) veya "gerçek anlamda nesep" (Kemal OĞUZMAN / Mustafa DURAL; **Aile Hukuku,** Filiz Kitabevi, 2.b.s., İstanbul, 1998, s. 197, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.,** s. 206) de denilmektedir. ÖZMEN'e göre doğal soybağı "Evlilik içinde doğan bir çocukla asıl babası arasındaki soybağı" dır. İsmail ÖZMEN; **Velayet, Nesep ve Evlat Edinme Davaları,** y.y., Ankara, 1999, s. 327.

[21] AKINTÜRK; **a.g.e.,** s. 314. Önceki Medeni Kanunumuza göre; doğal soybağının oluşabilmesinin koşulu, evlilik dışı doğan çocuğun doğal babasının mali sonuçlu babalık davası (EMK. m. 297) sonucunda bir mahkeme hükmüyle belirlenmiş olması idi ve buna rağmen çocuk, doğal babası (ve babasının hısımlarıyla) hukuki anlamda hısım değildi. HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.,** s. 274, SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005,** s. 141. Aynı yönde bkz. Y.2.HD. T. 26.4.1993 S. 603/4179, (YKD. 1993/6 s. 850 vd.). Gerçi, 1/1 sayı ve 22.2.1997 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında, mali sonuçlu babalık hükmüyle, çocuk ile baba arasında "sahih olmayan nesep bağı" kurulacağı ve dolayısıyla aralarında hısımlık ilişkisi kurulacağı kabul edilmişti. Ancak, sözü geçen karar, kanımızca Önceki Medeni Kanunumuzun gayri sahih nesep bağının nasıl kurulacağını öngören 290 vd. maddelerine aykırıdır (YKD. 1997/6 s. 853 vd.9). SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2000,** s. 98 (Bundan böyle "Çocuk Hukuku–2000" olarak anılacaktır), Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU; **Salt Biyolojik**

çocuk ile ana ve babası arasındaki soybağı genetik kökene ve biyolojik türemeye dayanır. Ancak, ana-baba terimi sadece çocuğun biyolojik olarak türediği kişileri; bir başka deyişle aralarında doğal *(biyolojik ve genetik)* soybağı olan kişileri ifade etmek için kullanılmaz. Örnek olarak, başka bir erkekten olan çocuğun soybağını reddetmeyen koca ile başka kişilerin çocuğunu evlat edinen kişiler ile çocuk arasında doğal *(biyolojik ve genetik)* bir soybağı değil, ancak hukuki bir soybağı[22] oluşmaktadır[23]. Bu gibi durumlarda, hukuk düzeninin bu iki tür ana-babalıktan yani doğal (biyolojik-genetik) ana-babalık ile hukuki ana-babalıktan hangisine üstünlük tanıyacağına karar vermek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

*Hukuki soybağı* da, hukuksal düzen tarafından aranan koşulların gerçekleşmesi ile birlikte bir çocuğun hukuki olarak bir ana-babaya bağlanması sonucunda ana-baba ile çocuk arasında kurulan soybağı olarak tarif edilebilir[24]. Mevcut hukuk düzenimizde doğal *(biyolojik-genetik)* soybağı ile hukuki soybağı genellikle örtüşür[25]. Örneğin, çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulur (MK. m. 82/ f.1)[26]. Bu ifadeye paralel olarak diyebiliriz ki, bir çocuğun –terk edilmiş çocuk dışında[27]- annesi doğum olgusuna göre

---

**Babalık ve Yasal Mirasçılık;** AÜHFD, S: 1991–1992/1–4, s. 148 vd, kg; OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.,** s. 375-376.

[22] Hukuki soybağını ifade etmek üzere doktrinde "sosyal-manevi soybağı" kavramı da kullanılmaktadır. Bkz. SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005,** s. 169.

[23] Hans George KOCH; **Fortpflanzungsmedizin im Europäischen Rechtsvergleich,** Aus Politik und Zeitgeschichte, B27 / 2001, s.46, HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.,** s. 273, ACABEY; **a.g.e.,** s. 6 vd., Peter TUOR/ Bernhard SCHNYDER / Jörg SCHMİD, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,** Zürich, 1994, s. 276, SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005.,** s. 144, 150.

[24] ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; ; **a.g.e.,** s. 1046, TUOR / SCHNYDER / SCHMİD; **a.g.e.,** s. 276.

[25] SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005,** s. 144.

[26] Ancak biyolojik analık ve genetik analık bir arada olmayabilir. Örneğin, annenin yumurtalarının rahim dışında kocanın spermleri ile döllendirilip, bir kiralık annenin rahmine aktarıldığı ve doğumu da bu kadının yaptığı durumlarda veya yumurta bağışının söz konusu olduğu durumlarda çocuğun yumurta (genetik) annesi ile çocuğu doğuran annesinden hangisinin, hukuksal olarak anne sayılacağı hususu önemli bir soybağı sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. TUOR / SCHNYDER / SCHMİD, ; **a.g.e.,** s. 277, SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005,** s. 144, 165 vd. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz: aş. s. 55, 68 vd.

[27] Anneleri ve babaları belli olmayan çocuklara mahkeme tarafından bir vasi atanır (MK. m. 404; EMK. m. 354) ve bu çocuklar için 24.5.1983 tarih ve 2828 Sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kanunu hükümleri uyarınca "koruyucu aileler" bulunur (m. 23). Geniş bilgi için bkz. GENÇCAN; **a.g.e.,** s. 633. Terk edilmiş bir çocuk statüsündeki bir çocuğu doğuran kadın/ana bellidir ve aralarında soybağı oluşmuştur ancak henüz kim olduğu bilinmemektedir. Çocuğu doğuran kadının sonradan ortaya çıkması halinde açılacak dava, kurucu (inşai) nitelikte bir dava değil, tespit davası niteliğindedir. Bu dava sonunda verilecek karar da, anne ile soybağının kurulmasına değil; doğumla birlikte kurulan soybağının tespit edilmesi şeklinde olacaktır. Ömer Uğur GENÇCAN, **"Soybağının Belirlenmesi",** [ (Çevrimiçi) http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/word/20011_04.doc 10.01.2005], s. 3-5, HEGNAUER; **a.g.e.,** s. 37, OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.,** s. 324.

her zaman bellidir. Zira kanunkoyucu da, ister evlilik içinde isterse evlilik dışında doğmuş olsun, bir çocuk ile annesi arasında doğum ile birlikte soybağı kurulacağı hususunda hukuk kuralı ortaya koymuştur. Yani çocuğu doğuran kadın, anneliğini inkâr edemez. Nitekim pozitif hukukumuzda da çocuğu doğuran kadına veya çocuğa analığı reddetmek için herhangi bir analığın reddi davası açma olanağı tanınmamıştır.

Sonuç olarak, - evlat edinme, yapay döllenme ve kiralık *(taşıyıcı)* annelik ile ilgili tartışmalar bir kenara bırakılacak olursa- anne bakımından, doğal *(biyolojik-genetik)* soybağı ile hukuki soybağı her zaman örtüşür[28]. Bir başka deyişle, hukuk düzenimizin anne bakımından soybağının kurulmasında aradığı tek şart; doğum olgusudur.

Babanın belirlenmesi açısından ise kanunkoyucu aksi ispat edilebilir bir karine *"kocanın babalığı karinesi"* ortaya koymuştur[29]. Zira babalık olgusunun saptanması analığa nazaran daha zor olduğu için baba ile çocuk arasında soybağının kurulması anne ile çocuk arasında soybağının kurulması kadar basit değildir. İleride daha kapsamlı bahsedeceğimiz için burada sadece, baba yönünden doğal (biyolojik- genetik) soybağı ile hukuki soybağının her zaman örtüşmediğini söylemekle yetiniyoruz[30].

---

[28] Aşağıda daha geniş açıklayacağımız üzere, yumurta bağışı gibi yapay döllenme tekniklerinin kullanılmasının bir sonucu olarak biyolojik anne ve genetik anne birbirinden faklı olabilmektedir. Yine taşıyıcı annelikte de yumurta hücresinin çocuk isteyen kadın veya üçüncü bir kadından alınması halinde, biyolojik ve genetik anne birbirinden farklı olabilmektedir. Biyolojik ve genetik anneliğin birbirinden ayrıldığı bu durumlarda hukuk düzenimiz biyolojik anneliğe (doğum olgusuna) üstünlük tanımıştır. İşte bu gibi durumlarda doğal soybağı *(biyolojik-genetik)* soybağı, hukuki soybağı ile örtüşmemektedir. Daha geniş açıklamalarımız için bkz. aşa. s. 55, 67 vd.

[29] İleride daha geniş olarak bahsedeceğimiz için burada sadece babalık karinesinin *(soybağının reddi davası yoluyla)* aksi ispat edilebilir bir karine olduğunu ifade etmekle yetiniyoruz. Geniş bilgi için bkz. aşa. s. 17 vd.

[30] Örneğin evlilik dışında doğan bir çocuk ile biyolojik-genetik babası arasında "doğal soybağı" doğumla birlikte kendiliğinden doğmasına karşı, Yeni MK. m. 282 / f.2' deki (ana ile evlilik, tanıma, mahkeme hükmü) koşullar gerçekleşmedikçe, aralarında hukuki soybağı oluşmayacağı için çocuk hukuki açıdan genetik-biyolojik babasına karşı *nesepsiz*, yani hukuken *yabancı* olacaktır. Aynı şekilde, evlilik içinde doğan çocuk, annenin zinası ürünü ise ve koca çocuğun soybağını reddetmediyse, koca, çocuğun genetik –biyolojik babası olmamasına rağmen, hukuki babası olacaktır.

### b. Gerçek Soybağı – Yapay Soybağı (Hakiki nesep – Sun-î nesep)

Yukarıda açıkladığımız üzere, doğal (biyolojik- genetik) soybağı, hukuki soybağını tespit etmek bakımından son derece önemlidir. Zira çocuk ile kendisinden türediği kişiler (ana-baba) arasındaki bu biyolojik-genetik doğal bağa, bir başka deyişle kan bağına dayanan soybağı, *gerçek soybağı*dır[31]. Bunun yanında, soybağının biyolojik esaslara göre değil de, mahkeme kararı sonucunda oluştuğu durumlarda *yapay soybağı*ndan söz edilir[32]. Yeni Medeni Kanunumuzda da evlat edinme yolu ile soybağının kurulması sistemi korunmuştur[33]. Yeni Medeni Kanunumuzun 282. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; *"Soybağı ayrıca evlat edinme yoluyla da kurulur"*.

### c. Evlilik İçi Soybağı – Evlilik Dışı Soybağı

Önceki Medeni Kanunumuzun Aile Hukuku kitabının, ikinci kısmında yer alan Yedinci Bap'ı *"Nesebi Sahih Çocuklar"*; Sekizinci Bap'ı ise *"Nesebi Sahih Olmayan Çocuklar"* başlığını taşımaktaydı. Nesebi sahih çocuklar; evlilik içinde doğmuş veya evlilik içinde ana rahmine düşmüş olan çocuklar ile evlilik dışında doğmuş olup sonradan nesebi düzeltilen çocuklar ve soybağı evlat edinme işlemiyle yapay biçimde oluşturulmuş çocuklardı[34]. Dolayısıyla nesebi sahih çocuk deyince, sadece evlilik içi doğmuş çocuklar değil, aynı zamanda sonradan işlemsel (tanıma) ya da yargısal yoldan soybağı düzeltilmiş veya evlat edinilmiş çocukların da anlaşılması gerekirdi[35].

---

[31] ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 1047, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.**, s. 206, TEKİNAY, S. Sulhi; **a.g.e.**, s. 392, krş. OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 197. Doktrinde bazı yazarlar gerçek nesep yerine, tabii nesep terimini kullanmaktadır. Bkz. AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 314, VELİDEDEOĞLU; **a.g.e.**, s. 313, ARSEBÜK; **a.g.e.**, s. 371.

[32] OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 197, AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 314, ACABEY; **a.g.e.**, s. 11-12. Doktrinde bazı yazarlar tarafından yapay soybağı yerine "farazi nesep", "sun-i nesep", "hukuki nesep", "akdi nesep", "izafi nesep", "yapmacık soybağı", "yapay sahih nesep", yapıntı soybağı", "cali nesep", "yapma nesep" denilmektedir. ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 1047, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.**, s. 206, TEKİNAY; **a.g.e.**, s. 392, HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 274, H. Cahit OĞUZOĞLU; **Medeni Hukuk- Şahsın Hukuku, Aile Hukuku**, 5.b.s., Ankara, 1963, s. 216, ÖZTAN, Bilge; ; **a.g.e.**, s. 402, SAYMEN / ELBİR; **a.g.e.**, s. 292, Ali Naim İNAN; **Çocuk Hukuku**, İstanbul, 1968, s. 107–108, ARSEBÜK; **a.g.e.**, s. 371. Aşağıdaki geniş açıklamalarımız için bkz. aşa.s. 24.

[33] Aşağıdaki geniş açıklamalarımız için bkz. aşa. s. 24 vd.

[34] OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 197, ÖZTAN; **a.g.e.**, s. 402, SEROZAN; **a.g.e.**, s. 204–205.

[35] SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2000.**, s. 204–205, HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.**, s. 274.

Nesebi sahih olmayan çocukların durumunu ise önceki Medeni Kanunumuz sistemine göre anne ve baba bakımından ayrı ayrı incelemek gereklidir. Zira anayla onun hısımları bakımından, nesebi sahih olmayan çocukların tümü *evlilik dışında doğmuş çocuklar*dır. Bir başka deyişle, evlilik bağı olmadan doğan çocuk ile annesi arasında sahih olmayan nesep, doğumla birlikte kendiliğinden kurulurdu. Önceki Medeni Kanunumuzda bu durum 290. maddenin birinci cümlesinde şu şekilde ifade edilmişti: *"Nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır"*.

Ancak baba ve onun hısımları bakımından, nesebi sahih olmayan çocuklar, sadece bir *tanıma* işlemi ya da *hüküm* üzerine babaya *hukuken* bağlanan çocuklardı (EMK. m. 290 /c.2)[36]. Baba yönünden düzgün olmayan soybağının kurulabilmesi için

---

[36] Eski Medeni Kanunumuzda babalığa hüküm; "mali sonuçlu babalığa hüküm" ve "kişisel sonuçlu babalığa hüküm" olmak üzere iki şekilde söz konusu olmaktaydı. Sadece kişisel sonuçlu babalığa hüküm ile sahih olmayan nesep kuruluyordu. Bu da çocuğun, babanın soyadını taşımasını, vatandaşlığını kazanabilmesini, karşılıklı hak ve vazifelere sahip olmasını ve velayetin babaya verilmesi imkânını sağlamaktaydı (EMK. m. 310). Mali sonuçlu babalık hükmü elde etmenin tek hukuki sonucu ise çocuğa belli bir yaşa kadar "nafaka" ödenmesi idi (EMK. m. 304). Yoksa bu hüküm çocuk ile babası arasında sahih olmayan nesep bağı kurmuyor ve yukarıda belirtilen imkânları da sağlamıyordu. HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.,** s. 391, Aydın ZEVKLİLER; **"Evlilik Dışı Çocukların Miras Hakkı",** İz. Bar. Der., S. 3, Temmuz–1993, s. 30. *"Evlenme engeli"*nin de mali sonuçlu babalık hükmü ile kurulan doğal (tabii) soybağının bir sonucu olduğu savunulmaktadır. HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.,** s. 120, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.,** s. 70, 287, ÖZTAN; **a.g.e.,** s. 115, 579, AKINTÜRK; **a.g.e.,** s. 373, ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; **a.g.e.,** s. 792. Söz konusu maddenin *Anayasa Mahkemesinin*, nesebi sahih olmayan çocukların mirasçılığını düzenleyen önceki Medeni Kanunun 443. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesiyle ikinci fıkrasını 11.9.1987 tarih ve 1/18 sayılı kararla (R.G. T. 29.03.1988 – S. 19769) iptal etmesinden ve söz konusu maddenin, 14.11.1990 tarihinde kabul edilen *3678 sayılı Kanunla* (R.G. T. 23.11.1990 – S. 20704) değiştirilmesinden sonra mali sonuçlu babalık hükmü elde etmiş olan çocukların da babalarına sahih olmayan nesep ile bağlanıp bağlanamayacakları konusu doktrinde oldukça tartışılmıştır. Bir görüşe göre, bu değişiklikten sonra da, mali sonuçlu babalık hükmü elde etmiş olan çocuklar, eskiden olduğu gibi genetik-biyolojik babalarına sadece *doğal (tabii) soybağı* ile bağlıydılar ve hukuki açıdan babalarına karşı *"nesepsiz"* statüsündeydiler. SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2000,** s. 98, 204–205, 208-209, 218, 225; TEKİNAY; **a.g.e.,** s. 540 vd., 553, 566; Ahmet KILIÇOĞLU; **Evlilik Dışı Çocukların Mirasçılığı,** Dr. Faruk Erdem'e Armağan, Ankara, 1999, s. 452, Haluk BURCUOĞLU; **Medeni Yasa'nın Kabulünden Bugüne Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Statülerindeki Önemli Gelişmeler,** Cumhuriyet'in 75.Yıl Armağanı, İstanbul, 1999, s. 680, ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; **a.g.e.,** s. 1048, 1098 vd.; ÖZTAN; **a.g.e.,** s. 401- 402, 588; KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.,** s. 269-270, 285, 287; KOÇHİSARLIOĞLU; **a.g.m.,** s. 153, 158-159. Aynı yönde bkz. Y.2 .HD. T. 26.4.1993- S. 603/4179 (YKD. 1993/6, s. 850 vd.), Y.2.HD. T. 21.4.1995, S. 3184 / 4932 (ÖZMEN; **a.g.e.,** s. 399–407), Bir diğer görüşe göre de mali sonuçlu babalık hükmü ile sahih olmayan nesep bağı kurulabilmektedir. Bu görüş için bkz.: M. Kemal OĞUZMAN; **"Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu",** Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, AÜSBFD, C. 49, Nr: 1-2,Ocak-Haziran/1994, s.306-309, OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.,** s. 324-325, M. Kemal OĞUZMAN; **Miras Hukuku,** 6.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 46-47, Mustafa DURAL / Turgut ÖZ; **Türk Özel Hukuku – Miras Hukuku,** C : IV, 2.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 33, İhsan ERDOĞAN; **"Evlilik Dışı Çocuğun Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması",** Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD., Haziran-Aralık, C.II, S. 1-2, 1998, s. 35-38. *"....Nesebi Sahih Olmayan çocuk denildiği zaman, evlilik dışında*

gerekli olan bu koşulların bulunmadığı durumlarda ise, evlilik dışı doğan çocuk babasına karşı hukuken *"nesepsiz"* kabul ediliyordu.

Özetleyecek olursak, nesebi sahih olmayan çocuklar deyince, akla evlilik dışında doğmuş veya evlilik dışında ana rahmine düşmüş çocuklar ile sonradan koca tarafından nesebi reddedilen çocuklar kastedilmemekteydi. Bu tür çocuklar, yukarıda izah ettiğimiz şekilde sonradan kanunun aradığı şartlar çerçevesinde durumlarında bir değişiklik olmadığı sürece, sadece *evlilik dışı çocuk* (evlilik dışında doğmuş) konumundaydılar. Bu açıklamalardan da açıkça anlaşılacağı üzere, önceki Medeni Kanunumuz döneminde doktrinde kullanılan evlilik içi - evlilik dışı kavramları, sahih nesep- sahih olmayan nesep kavramlarına göre daha geniş üst kavramlardı[37].

Yeni Medeni Kanunumuz evlilik içi soybağı (sahih nesep)- evlilik dışı (gayrı sahih nesep) ve de kişisel sonuçlu babalık davası- mali (parasal) sonuçlu babalık davası ayrımlarına geriye etkili bir biçimde *(makable şamil)* son vermiştir. Bu husus, 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı *Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*'unun[38] 13. maddesinde; *"Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu Kanun hükümlerine göre karara bağlanır. – Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan mali sonuçlu babalık davalarında çocuğun soybağı, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olur"*. Yine, 12. maddesinin birinci fıkrasında *"Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce, sahih olmayan nesepli çocuklar, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanununun soybağına ilişkin hükümlerine tabi olurlar"* şeklinde ifade edilmiştir.

---

*doğmuş ve babaları tarafından tanınmış veya babalık davası sonunda mali veya şahsi sonuçlarıyla babalıklarına karar verilmiş olan çocukları anlamakta kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır."*diyen Yargıtay'ın bu zorlama yorumuna katılmak, önceki Medeni Kanunumuzun soybağının kurulmasına ilişkin hükümlerine aykırılık teşkil ettiği için mümkün görünmemektedir.(Y.İBK. T. 22.2.1997- S. 1/1, YKD. 1997 / 6, s. 853 vd.) Zira aslında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı ve daha sonra 3678 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme sadece düzgün olmayan soybağlı çocukların mirasçılık paylarına ilişkindir. Yoksa bu düzenleme, düzgün olmayan soybağının hangi şartlarda kurulacağına ilişkin bir düzenleme değildir.

[37] SERÖZAN; **Çocuk Hukuku–2000**, s. 204–205, ACABEY; **a.g.e.**, s. 16, HATEMİ / SERÖZAN; ; **a.g.e.**, s. 275.

[38] R.G. T. 08.12.2001- S. 24607. Bundan böyle *"Yürürlük Kanunu"* şeklinde anılacaktır.

### 3. Ana Yönünden Soybağının Kurulması

Çocuk ile ana arasındaki soybağının belirlenmesinde yukarıda da izah ettiğimiz üzere hiçbir güçlük yoktur. Zira Medeni Kanunumuz anne yönünden hukuki soybağının kurulmasını doğum olayına bağlamıştır. Doğumla birlikte hukuki soybağı da kanun gereği kendiliğinden doğar. Bu durum Yeni Medeni Kanunumuzun 282'inci maddesinin birinci fıkrasında *"Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur"* şeklinde ifade edilmiştir. Bu hüküm, annelik olgusunun (hüküm) doğurma olayına (şart) bağlandığını gösteren bir hukuk kuralıdır[39]. Yani çocuğu doğuran kadının anne olmadığı herhangi bir hukuki yolla inkâr edilemez.

Annenin bilinmediği, çocuğun terk edildiği durumlarda *(Findelkind)* dahi anne bellidir ancak henüz kim olduğu bilinmemektedir. Dolayısıyla, annenin kim olduğunun bilinmediği bir durumda, açılacak dava (babalık davasından farklı olarak) kurucu *(inşai)* nitelikte bir dava değil; annenin belirlenmesine yönelik bir *tespit davası*dır[40]. Yanlışlıkla veya bile bile bir çocuğun nüfus kütüğüne, annesinden *(kendisini doğuran kadın)* başka bir kadının kaydedildiği durumlarda[41], çocuk ile kadın arasında soybağı kurulduğu anlamına gelmez[42]; yanlış kayıt, uygulamada *"Nüfus Kütüğünün Tashih Edilmesi Davası"* olarak isimlendirilen dava yoluyla düzeltilir (MK. m. 39, 42, 46; Nüfus Kanunu m. 46). Her iki durumda da açılacak dava, tespit davası niteliğindedir ve herhangi bir süreye bağlı olmaksızın hukuki yararı olan herkes tarafından açılabilir[43]

---

[39] Bazı yazarlar burada "kesin karine" olduğunu belirtmektedir. HATEMİ / SEROZAN; (SEROZAN) **a.g.e.**, s. 275, 276, 286, SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005**, s. 165 vd., AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 320. Yapay döllenme ve kiralık (taşıyıcı) annelik durumlarında anneliğin belirlenmesi tartışmalıdır. Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz.: aş. 55, 68 vd.

[40] GENÇCAN, **"Soybağının Belirlenmesi"**, s. 3-5, ACABEY; **a.g.e.**, s. 222-223, HEGNAUER; **a.g.e.**, s. 37.

[41] Ülkemizde bu duruma ilişkin olarak en sık karşılaşılan olay, biri resmi nikahlı, diğer (veya diğerleri) imam nikahlı olmak birden fazla kadınla birlikte olan kişilerin, imam nikahlı kadın (veya kadınlardan) doğan çocuklarını, resmi nikahlı eşinin üzerine kaydettirmesidir. OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 205.

[42] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 438.

[43] SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005**, s. 165, HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.**, s. 286, OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 324. ACABEY; **a.g.e.**, s. 224. Yargıtay, kayıt düzeltilmesine ilişkin davaların zamanaşımı veya hak düşürücü süreye bağlı olmadığı görüşündedir. (Y.2. HD., T. 27.2.1986, 1733 / 2053), Ömer Uğur GENÇCAN; **Nüfus Davaları (Genel Hükümler)**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000, s. 116.

Önceki Medeni Kanunumuz hükümlerine göre, çocuk doğduğunda (veya döllendiğinde) onu doğuran kadın evli ise, çocuk ile onu doğuran kadın arasında "sahih nesep" kurulurken; doğduğunda annesi evli olmayan ya da nesebi reddedilen çocuk ile onu doğuran kadın arasında "gayri sahih nesep" kurulurdu (EMK. m. 290, m. 311/ f.1).

4721 sayılı Yeni Medeni Kanunumuzda kabul edilen esasa göre, çocuk doğduğunda (ya da ana rahmine düştüğünde) *anne ister evli olsun ister olmasın,* çocuk ile ana arasında hukuki soybağı kurulacaktır. Bir başka deyişle, önceki Medeni Kanunumuzda (EMK. m. 290, m. 311/ f.1) öngörüldüğü gibi, doğduğunda annesi evli olmayan ya da nesebi reddedilen çocuk ile ana arasında kurulan soybağı Yeni Medeni Kanunumuz sistemine göre artık *"sahih olmayan nesep"* olmayacaktır (yeni MK. m. 282 /f.1, ZGB n.F. 252/ Abs.1)[44].

Yeni Medeni Kanunda *"çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur"* (m.282/ f.1) hükmü, yapay döllenme teknolojisindeki gelişmeler karşısında tartışılan bir hüküm olmuştur[45]. Aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, çeşitli sebeplerle çocuk sahibi olamayan evli bir çift artık çeşitli yapay üreme tekniklerine başvurabilmekte ve bu yollarla gerek üçüncü kişilerin üreme hücrelerinin *(sperm ve yumurta hücreleri)* kullanılmasıyla gerekse üçüncü bir kişinin rahminin çocuğun taşınması maksadıyla kullanılması *(taşıyıcı annelik)* suretiyle çocuk sahibi olabilmektedir. Burada gerçekleştirilen döllenme laboratuar ortamında (tüpte- *in vitro*) olabileceği gibi rahimde *(in vivo)* de olabilir[46].

Döllenmenin dış ortamda (tüpte- *in vitro*) gerçekleştiği durumlarda, soybağının hangi andan itibaren kurulacağı konusunda ACABEY; çocuğun sağ doğması koşuluyla, döllenmenin dış ortamda gerçekleştiği andan (döllenme anı) itibaren hak ehliyetine sahip olması ve çocuk ile annesi arasında bu andan itibaren soybağı kurulması gerektiğini savunmaktadır[47]. Ancak bizce bu ifade soybağını düzenleyen hükümler karşısında pek isabetli görünmemektedir. Zira yazar bu ifadesinin nedenini şu şekilde ifade etmektedir; *"...soybağının, ancak ana rahmine*

---

[44] Ahmet KILIÇOĞLU; **Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler,** 1.b.s., Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 91-92.
[45] ACABEY; **a.g.e.,** s. 200 vd.
[46] bkz. aşa.: s. 38 vd.
[47] ACABEY; **a.g.e.,** s. 198-199

*yerleştirildiği andan itibaren kurulacağı kabul edilecek olursa, bundan bu şekilde döllenen çocukların zarar görmesi ve miras hakkından yoksun kalmaları söz konusu olabilir".* Ancak hemen ifade edelim ki soybağının hangi anda kurulacağı ve kişiliğin hangi andan itibaren başlayacağı farklı sorunlardır. Her iki duruma bağlanan hukuki sonuçlar da birbirinden farklıdır. Görüldüğü üzere yazar burada soybağının döllenme anından itibaren kurulması gerektiğinin gerekçesi olarak dış ortamda döllenmiş olan ceninin hukuki güvenliğe kavuşturulması gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak bu dış ortamda döllenmiş olan cenine hak ehliyeti tanıyarak mümkün olabilir; yoksa soybağının kurulması zaten böyle bir koruma sağlamaz[48]. Hak ehliyeti bakımından da pozitif hukukumuzdaki düzenleme şu şekildedir: MK. m. 28/f.2' e göre *"çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder".* Bunun anlamı, doğmamış çocuğun sağ ve tam doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanması imkânının sağlanmasıdır[49]. Buna göre, sağ ve tam doğmak koşuluyla çocuğun doğumdan önce uğradığı zararların tazminini istemesi imkânı vardır[50]. Amaç cenine hukuki koruma sağlamak ise yapay döllenmedeki gelişmeler de göz önüne alınarak hak ehliyeti bakımından "döllenme" anına üstünlük tanımak gerektiği savunulabilir. Nitekim biz de tüp bebek uygulaması gibi gelişmeler karşısında, sadece dış ortamda döllenmenin gerçekleşmesi halinde embriyonun anne karnına transferinden önce basit bir eşya veya anne ve babanın vücudu veya kişiliklerine ait bir obje olması durumundan kurtarılması ve embriyoya bu safhada hukuki güvenlik temin edilmesi maksadıyla kişiliğin başladığı an olarak "döllenme anı"na itibar edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz[51]. Görüşümüz doğrultusunda, dış ortamda döllenmiş olan embriyonun kişiliği olduğu kabul edilecek olursa, onun embriyo halinde iken üzerinde yapılabilecek her türlü tahribat ve haksız fiil sonucu sakat doğması halinde, çocuk bu durum nedeniyle uğradığı zararları talep

---

[48] Soybağının hukuki sonuçları için bkz. aşa. s. 25 vd.

[49] Doktrinde genel olarak şartın geciktirici olduğu savunulmaktadır. Bkz. M. Kemal OĞUZMAN / Özer SELİÇİ / Saibe OKTAY; **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 6.b.s., İstanbul, 1999, s.14, dn. 16.

[50] OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY; **a.g.e.**, s.14.

[51] Aynı yönde bkz. OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY; **a.g.e**, s. 13, dn.15d, ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; **a.g.e.**, s. 224-225.

edebilecektir. Bu şekilde dış ortamda döllenmiş cenin açısından hukuki güvenlik sağlanmış olacaktır[52].

Bir yandan yapay döllenme tekniklerinin gelişmesi ile beraber, biyolojik ve genetik annenin farklı olması durumunda annenin hangisi olacağına karar vermek zorunluluğu da ortaya çıkmıştır. Annenin belirlenmesi bakımından soybağı alanında ortaya çıkan bu tarz sorunlara üçüncü bölümde daha geniş açıklayacağımız için burada sadece bu tarz sorunların varlığına işaret etmekle yetindik[53].

## 4. BABA YÖNÜNDEN SOYBAĞININ KURULMASI

### a. Evlilik İçinde Doğan Çocuk Açısından

#### (1) Kocanın Babalığı Karinesi

Yeni Medeni Kanun evlilik içinde doğan ya da evlilik içinde ana rahmine düşen çocukların babasının, o evlilikteki koca olduğunu karine olarak kabul etmiştir. "Babalık karinesi" olarak adlandırılan bu karineye göre, evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuk ile o evlilikteki koca arasında hukuken soybağı kurulacaktır[54].

Çocuk, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra doğmuşsa, kural olarak babalık karinesinden faydalanamaz. Ancak, MK. m. 285/ f. 2 hükmü, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatlanması halinde, çocuğun babalık karinesinden yararlanmasına ve koca ile çocuk arasında soybağının kurulmasına olanak tanımıştır.

Yapay döllenme tekniklerinin gelişmesi ile beraber soybağı alanında tartışılması gereken bir sorun da dışarıda döllenen embriyonun kocanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilmesi ve çocuğun da evlilik sona erdikten itibaren 300 gün geçtikten sonra doğması halinde, doğan çocuğun babalık karinesinden yararlanıp

---

[52] YILDIRIM; **a.g.ylt.**; s. 45.
[53] Taşıyıcı annelik ve yumurta bağışı uygulamalarında annenin belirlenmesi sorunu ile ilgili geniş açıklamalarımız için bkz.: aşa. s. 55, 67 vd.
[54] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 438.

yararlanamayacağı hususudur. Bu konuya aşağıda geniş olarak değineceğiz[55]. Ancak burada konunun daha iyi anlaşılması için bu bilgileri vermekte fayda gördük.

### (2) Kocanın Soybağını Reddi ve Bunun Sonuçları

Soybağının reddi, yenilik doğuran dava ile ileri sürülerek babalık karinesinin çürütülmesini ve böylece çocuk ile baba arasındaki soybağının ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir[56]. Medeni Kanunumuz soybağının reddi davasında dayanılacak sebepleri, çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşmesi ile evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmesine göre farklı şekilde düzenlemiştir[57]. Çalışma konumuzun kapsamı bakımından bu sebepleri tek tek inceleme olanağımız bulunmamaktadır. Burada ilk olarak belirtmemiz gereken husus; çocuğun evlilik sırasında ana rahmine düşmüş olması halinde kocanın baba olmasının imkânsız olduğunu ispatlamasında "cinsel ilişki" yanında "yapay döllenme" nin de göz önüne alınması gerektiğidir; yani kocanın, ana ile cinsel ilişkinin veya yapay döllenmeye başvurulmuşsa yapay döllenmenin imkânsız olduğunu ispatlaması gerekmektedir. Aynı şekilde, davalının "gebe kalma döneminde kocanın karısı ile cinsel ilişkide bulunduğu konusunda inandırıcı kanıtlar.." ortaya koyması halinde babalık karinesinin geçerliliğini koruyacağını öngören MK. m. 288 / f.2 hükmünde de "yapay döllenme" göz önüne alınmalıdır.

Soybağının reddi davası açma hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak koca ve çocuğa tanınmıştır (MK. m. 286). Ancak kocanın altsoyu, anası, babası ve gerçek babası olduğunu iddia eden kişi de, dava süresinin geçmesinden önce kocanın ölmesi veya gaipliğine karar verilmesi veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesi hallerinde dava açabilecektir (MK. m. 291/ f.1).

Soybağının reddi kararı yenilik doğuran hüküm niteliğindedir. Dolayısıyla hükmün kesinleşmesiyle birlikte, çocuk ile koca arasındaki soybağı geçmişe etkili olarak, çocuğun doğumundan itibaren ortadan kalkar[58]. Bunun sonucu olarak, soybağının bulunmasından kaynaklanan bakım ve eğitim giderlerini karşılama ile

---

[55] Bkz. aşa. s. 45 vd.
[56] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 441.
[57] Geniş bilgi için bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 443.
[58] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 456.

nafaka yükümlülükleri sona erdiği gibi, çocuğa karşı daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi de sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde (BK. m. 61 vd.) anneden ve soybağının kurulması halinde gerçek babadan talep edebilir.

### b. Evlilik Dışında Doğan Çocuk Açısından

4721 sayılı Yeni Medeni Kanunumuzda atılan ilk önemli adım; "sahih nesep-gayri sahih nesep" ayrımının kaldırılması olmuştur.

Yine Yeni Medeni Kanunumuzda, önceki Medeni Kanundaki *"mali (parasal) sonuçlu babalık davası" –"kişisel sonuçlu babalık davası"* ikiliği de ortadan kaldırılarak, evlilik dışı bütün çocukların babaları ile soybağı kurmalarına yönelik tek bir babalık davasına yer verilmiştir[59].

Türk Soybağı Hukukunda baba yönünden soybağının kurulmasında, evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışı doğan ve babasına sonradan hukuken bağlanan *(ana ile evlilik, tanıma ve babalık davası ile)* çocuk arasında (ana ile evlilik yoluyla soybağının kurulması durumu hariç) *velayet* ve *soyadı* konusu dışında hiçbir fark kalmamıştır[60]. Şimdi evlilik dışında doğan çocuğun babasına hukuken bağlanabileceği yolları kısaca inceleyelim;

#### (1) Ana- Babanın Sonradan Evlenmeleriyle Soybağının Kurulması

Önceki Medeni Kanun döneminde, anne-babanın sonradan evlenmesi, soybağının *(nesebin)* düzeltilmesi yollarından biri olarak kabul edilmişti. Anne-babanın evlenmesi ile birlikte, evlilik dışında doğmuş ortak çocuklar "düzgün soybağlı –*sahih nesepli"* oluyordu (EMK. m. 247). Yeni Medeni Kanunumuza göre,

---

[59] KILIÇOĞLU; **a.g.e.**, s. 89 vd., ACABEY; **a.g.e.**, s. 105 vd.

[60] Evlilik içinde doğan çocuğun velayetini anne-baba birlikte kullanırlar (MK. m. 336/ f.1). Buna karşılık evlilik dışında doğan çocuğun babası ile olan soybağı sadece anne ile evlilik yoluyla kurulmuşsa velayetini anne-baba birlikte kullanır. Yok eğer çocuğun soybağı tanıma veya babalık davası yoluyla kurulmuşsa, anne baba evli olmadığı için velayet anneye ait olur (MK. m. 337/ f.1). Soyadı konusunda da, evlilik içinde doğan çocuk ailenin soyadını taşır (MK. m. 321). Evlilik dışında doğan çocuk da ananın soyadını taşır (MK. m. 321). Ancak evlilik dışında doğan çocuğun soybağı anne ile evlilik yoluyla kurulmuşsa, çocuk ailenin soyadını taşıyacaktır. Yok eğer çocuğun soybağı tanıma veya babalık davası ile kurulmuşsa, bu durumda babası ile arasında hukuki soybağı kurulmuş olan çocuk babanın soyadını taşıyamayacaktır. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. s. 25–28.

ana-babanın sonradan evlenmesiyle, evlilik dışında doğan tüm sağ veya ölmüş çocuklar[61] artık kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacaklardır (MK. m. 292)[62]. Evlenmenin akdedilmesiyle birlikte, bu çocukların hukuki soybağı doğum anından itibaren geriye etkili olarak kendiliğinden kurulmuş olur[63].

Evlenmeyle kurulan soybağına itiraz konusunda önceki Medeni Kanundan farklı olarak, Yeni Medeni Kanunda ana ve babanın yasal mirasçıları ve Cumhuriyet Savcısı dışında çocuğa da itiraz hakkı verilmiştir (MK. m. 294/ f.1, krş. EMK. m. 251). İtiraza ilişkin eskiden öngörülen 3 aylık süre kaldırılmış, hak düşürücü süre bakımından tanımanın iptaline ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı öngörülmüştür (MK. m. 294/ f.3).

Annenin ilk evliliğinin bitmesi (ölüm ve boşanmayla) ve annenin, çocuğun doğal babasıyla evlenmesi durumunda ise; çocuk, evlenme ile doğrudan babasına bağlanmaz. Doğal babaya hukuki olarak bağlanabilmesi için, önce soybağının reddi yoluyla, çocuk ile kadının önceki kocası arasındaki soybağının, soybağının reddi yoluyla kaldırılması gerekir (MK. m. 295/ f.3). Annenin evlilik dışında doğan çocuğu aslında annenin evlendiği erkekten değilse, koca soybağının reddi davası açabilir[64].

Son olarak, evliliğin nisbi veya mutlak butlanla batıl olması ve evliliğin butlanına karar verilmesi halinde ve hatta eşler de iyiniyetli olmasalar bile, çocukların evlenmeyle kurulan soybağında bir değişiklik meydana gelmez (MK. m. 157/ f.1)[65]. Fakat, evliliğin kurucu unsurları eksikse (evlenme resmi memur önünde yapılmamış olması, taraflardan birinin iradesini açıklamamış olması gibi), yani evlenmenin yokluğu söz konusuysa, çocuklar yönünden soybağının kurulması da söz konusu

---

[61] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.,** s. 457.

[62] MK. m. 293; ana-babaya ortak çocuklarını, ikametgahlarının bulunduğu yerdeki ya da evlendikleri yerdeki nüfus memurluğuna beyan etmeleri yükümlülüğünü yüklemiştir. Ancak bu beyan yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması, çocukların soybağının düzelmesine engel teşkil etmez (MK. m. 293/ f.2).

[63] SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005.,** s.200 , ACABEY; **a.g.e.,** s. 155, 278.

[64] SEROZAN; **a.e.,** s.187.

[65] Önceki Medeni Kanun yönünden; SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2000,** s. 136, FEYZİOĞLU / ÖZAKMAN / SARIAL; **a.g.e.,** s. 448, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.,** s. 220, TEKİNAY; **a.g.e.,** s. 432, OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.,** s. 226, ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; **a.g.e.,** s. 1060.

olmayacaktır[66]. Bu durumda, çocuk ile babası arasında soybağının kurulması, ancak çocuğun baba tarafından tanınması veya babalık hükmüyle mümkün olabilir.

### (2) Tanıma

Önceki Medeni Kanun evlilik dışında doğmuş olan her çocuğun tanınmasına izin vermiyordu. Tanınmaları yasak olan evlilik dışı çocuklar; "evli erkek veya evli kadının zinasının ürünü çocuklar" ile "birbirleriyle evlenmeleri yasak olanlardan doğan *(fücur ürünü)* çocuklar" idi (EMK. m. 292). Ancak Anayasa Mahkemesi madde metnindeki "...erkek ve..." sözcüklerini 28.2.1991 tarihinde 15/5 sayılı kararıyla[67] iptal etmesinden sonra tanınması yasak olan çocukların kapsamına artık sadece evlenmesi yasak kan hısımlarının ilişkisinden doğan çocuklar ile annenin zinasının ürünü olup da soybağı koca tarafından reddedilmemiş çocuklar girmekteydi. Evli kadının zinasından doğan çocuğun tanınması yasağının "ratio legis"i ise esasen bu gibi çocukların zaten evlilik içi çocuk olarak kocaya bağlı olmalarıydı.

Yeni Medeni Kanunumuzda bu hükmün yerini; *"başka bir erkek ile soybağı bulunan çocuk, bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamaz"* (MK. m. 295/ f.3) hükmü almıştır. Bu maddenin Eski Medeni Kanunumuzdaki sözü geçen maddeden farkı; bu maddenin kapsamına sadece evli kadının zinasından doğan çocuğun girmemesidir. Yani, evli kadının zinasından doğan çocuk ile bekâr bir kadının, bir erkeğe bağlı olan çocuğu da bu maddenin kapsamına girebilir. Örneğin, bekâr bir kadın bir çocuk dünyaya getirmiş olabilir ve bu çocuğu hatır için bir erkek tanımış olabilir. Bu durumda çocuğun gerçek babası MK. m. 295/ f.3 kuralı gereği çocuğu tanıyamayacaktır. Eski hükmün "ratio legis"ine uygun olarak madde metninin bu şekilde düzenlenmesi oldukça olumlu kabul edilirken, fücur ürünü çocukların tanınması yasağına yer verilmemesi doktrinde tartışma konusu olmuştur. HATEMİ' ye göre, tanıma yasağına yer verilmediği takdirde dedesinin aynı zamanda babası olduğunu gösteren bir resmi kayıt ile karşılaşma durumu ortaya çıkacaktır ki, bu da çocuk yararına değildir. Yazara göre bu durumda tanıma mümkün olmamalı,

---

[66] ACABEY; **a.g.e.**, s. 155.
[67] RG. T. 27.3.1992, S. 21184.

"babalık davası" na imkân verilmelidir. Babalığa hüküm verilirse bu, Nüfus Kütüğü'ne yansıtılmayıp sadece çocuğa müstakbel miras payını ve bütün bakım-eğitim masraflarını da karşılayabilecek oranda bir tazminat ödenmeli ve böyle bir ilişkide bulunan tabii baba ölünceye kadar "kamu haklarından yoksunluk" yan cezasına çarptırılmalıdır[68]. SEROZAN' a göre, fücur ürünü çocukların tanınmasını engelleyen kuralın kaldırılması yerinde olmuştur. Yazara göre bu kural, fücur ürünü olmakta hiçbir katkısı olmayan çocuğun cezalandırılması anlamına geleceği için, anayasal kişilik hakkına ve eşitlik ilkesine aykırı olmasından dolayı bu hükmün kaldırılması isabetli olmuştur[69].

Bununla beraber babanın babasının da çocuğu tanıma yetkisi kaldırılmıştır. Artık evlilik dışı çocuk, yalnızca babası tarafından tanınabilir. Baba isterse, çocuğu resmi senet veya vasiyetname ile tanıyabileceği gibi Yeni Medeni Kanunda farklı olarak, nüfus memuruna ya da sulh mahkemesine yazılı olarak başvurmak suretiyle de çocuğu tanıyabilir (MK. m. 295/ f.1, m. 296)[70].

Yeni Medeni Kanunumuzda yapılan en önemli değişikliklerden biri de, tanımayla beraber evlilik dışında doğan çocuğun doğal babasına hukuken bağlanacağının öngörülmesidir (MK. m. 282/ f.2). Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, eskiden tanıma, evlilik dışı çocuk ile babası arasında "gayri sahih nesep" kurmaktaydı (EMK. m. 290).

Tanıma, geçmişe etkili sonuçlar doğurur, yani çocuğun doğum anından itibaren hüküm ifade eder[71]. Tanıma için herhangi bir hak düşürücü süre de öngörülmüş değildir. Doğumun üstünden kaç yıl geçmiş olursa olsun, evlilik dışında doğan çocuk tanınabilir.

Önceki Medeni Kanunumuzdan farklı olarak, Yeni Medeni Kanunumuzda tanımanın iptalini dava edebilecek kişilerin sayısını oldukça fazla tutmuştur. MK. m. 298'e göre; ana, çocuk (gerektiğinde kayyım), çocuğun ölümünü halinde onun altsoyu, Cumhuriyet Savcısı, Hazine ve diğer ilgililer bu davayı açabilirler.

---

[68] HATEMİ; **Aile Hukuku- Sınava Hazırlık Kitabı**, s. 110.
[69] SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005**, s. 206.
[70] Tanımanın usulüne ilişkin geniş açıklama için bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 462, AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 342 vd.
[71] Krş. AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 339, TEKİNAY; **a.g.e.**, s. 521, ÖZTAN; **a.g.e.**, s. 411, KÖPRÜLÜ/ KANETİ; **a.g.e.**, s. 269, DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 462.

Son olarak, evli erkeğin henüz döllenmemiş olan ve kendi ölümünden (post-mortal) sonra doğabilecek çocuğunu tanıyıp tanıyamayacağı konusuna değinelim. Doktrinde tanıma için en azından çocuğun ana rahmine düşmüş olması gerektiği yönünde görüş birliği vardır[72]. Yani buna göre spermin sahibi, kendi sağlığında henüz ana rahmine düşmemiş olan çocuğu tanıyamaz. Buna gerekçe olarak, spermin sahibinin ölümle birlikte sperm üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiği ve dolayısıyla artık "çocuk yapmanın" mümkün olmadığı gerekçesiyle kendi ölümünden sonra spermi kullanılan kimsenin babalığına hükmedilmesinin kanuna uygun düşmeyeceği ileri sürülmüştür[73]. Çocuğun doğumdan önce fakat ana rahmine yerleştirilmesinden sonra tanınması halinde, tanımanın geçerliliği çocuğun sağ doğmasına ve doğum anında başka bir erkekle soybağının bulunmamasına bağlıdır.

### (3) Babalık Davası

Yeni Medeni Kanunumuzda "mali sonuçlu babalık davası- kişisel sonuçlu babalık davası" ikiliği tamamen kaldırılmıştır. Artık bir tek babalık davası vardır; o da *hukuki soybağını* kurmaya yöneliktir (MK. m. 301/ f.1). Yani, babalık davasında verilen hükümle kurulan soybağı (eskisinden farklı olarak) bundan böyle *gayri sahih nesep* değildir.

Ayrıca, babalık davasında babalık hükmü verilebilmesi için önceki Medeni Kanunumuzda kişisel sonuçlu babalık davası için öngörülen ağır ve istisnai koşullara da (EMK. m. 310) yer verilmemiştir. Yeni Medeni Kanunumuz, eski kanunumuzun babalık davası ile ilgili oldukça kapsamlı hükümleri yerine, bu konuyu dört madde içinde (m. 301–304) oldukça basit bir çözüme bağlamıştır.

Tanımada olduğu gibi, burada da babalık hükmüyle çocuk ile babası arasında soybağı geriye etkili olarak, doğum anından itibaren kurulmuş olacaktır[74].

Önceki Medeni Kanunda olduğu gibi, Yeni Medeni Kanunda da babalık davası için 1 yıllık hak düşürücü süre öngörülmüştür (MK. m. 303). Babalık davası açma hakkı, ana ve çocuğa tanınmıştır (MK. m. 301/ f.1). Bu dava, çocuğun

---

[72] NOMER; **a.g.m.**, s. 579, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.**, s. 266, DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 466, SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005**, s.205.
[73] NOMER; **a.g.m.**, s. 580.
[74] ACABEY; **a.g.e.**, s. 282, SEROZAN; **a.e.**, s. 207,

doğumundan önce veya sonra açılabilir (MK. m. 303/ f.1). Yani kural, hak düşürücü sürenin çocuğun doğumundan itibaren 1 yıllık sürenin işlemeye başlayacağı ise de eğer çocuk ile başka bir erkek arasında soybağı ilişkisi varsa, 1 yıllık süre bu ilişkinin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar (MK. m. 303/ f.3). Daha önce babalık davasını açma olanağı yoktur. Bu maddede, çocuğun dava açma hakkı yönünden olumlu sayılan bazı yeni düzenlemeler yapılmış ve önceki Kanun döneminde doktrinde savunulduğu gibi[75], çocuğa kayyım atanmadığı durumlarda, hak düşürücü sürenin ergin olma tarihinden itibaren işleyeceği açıkça öngörülmüştür (MK. m. 303/ f. 2). Eğer çocuğa kayyım atanmışsa, bu 1 yıllık dava açma süresi kayyımın atanma gününden (atamanın kayyıma tebliğ edildiği günden) itibaren işlemeye başlar (MK. m. 303/ f.2). Ancak, kayyımın bu süre içerisinde dava açmadığı durumlarda, ergin olduktan sonra çocuğun da dava açma hakkının da ortadan kalkacağı kabul edilecek olursa; bu durum, kayyımın ihmali nedeniyle çocuğun cezalandırılması anlamına gelecektir ki, bu da haksız bir uygulamadır. Aksine, çocuğun buna rağmen dava açabileceği kabul edilecek olursa, kayyımın açacağı davanın hak düşürücü süreye bağlanmış olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Dolayısıyla, MK. m. 303/ f.2'de kayyım için atamanın tebliğinden sonra 1 yıllık hak düşümü sürenin kanundan çıkarılmasıyla bu sorunun çözüleceğini düşünmekteyiz[76].

Bu 1 yıllık süre geçtikten sonra da gecikmeyi haklı kılan sebepler varsa, sebebin ortadan kalkmasından başlayarak 1 ay içinde dava açılabileceği öngörülmüştür (MK. m. 303/ f.4).

Babalık davasının bir yıllık hak düşürücü süreye bağlanması, davalıyı koruma amacına yöneliktir[77]. Zira bir yıllık süre; davalının ailesinin uzun süre sonra açılacak babalık davasının yaratacağı sarsıntılara maruz kalmasını, davalının elindeki kanıtların kaybolması nedeniyle savunma olanağını kaybetmemesini sağlar. Yine bir

---

[75] OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 342, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.**, s. 273, FEYZİOĞLU; **a.g.e.**, s. 561,TEKİNAY; **a.g.e.**, s. 582. Yargıtay'ın 2.5.1960 tarih ve 5/8 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da bu yönde içtihat oluşturulmuştur. Kararda; *"..Evlilik dışında doğan çocuk adına açılacak babalık davasının, çocuğun menfaatlerini korumak için tayin olunacak kayyımın, doğumdan sonra tayin olması halinde, Medeni Kanunun 295. maddesiyle tayin olunan bir yıllık babalık davası müddetinin kayyımın tayininden itibaren başlayacağına...karar verildi"* şeklinde hüküm verilmiştir.

[76] Aynı yönde bkz. SEROZAN; **a.e.**, s. 218.

[77] Bu görüş için bkz. DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 478.

yıllık süre, çocuğun bir an önce soybağına kavuşmasını sağlayacağı için kamu yararına da hizmet etmektedir.

### 5. Evlat Edinme Yolu ile Soybağının Kurulması

Evlat edinme işlemi evlat edinen ile evlat edindiği kişi arasında soybağı ilişkisini kurmaktadır (MK. m. 282/ f.3). Bu işlemin, soybağının kurulmasını sağlayan diğer yollardan (tanıma, babalık hükmü) farkı, bu yolla kurulan soybağının çoğu zaman (kan hısımlarından birinin evlat edinilmesi dışında) kan bağına dayanmamasıdır. Hâlbuki diğer yollar ile bir anlamda kan bağına dayanan soybağı belirlenmekte iken evlat edinme işleminde adeta bir soybağı yaratılmaktadır. Bu özelliği dolayısıyla, evlat edinmeden doğan soybağına "yapay soybağı" da denilmektedir[78].

Yeni Medeni Kanunumuz evlat edinmeye ilişkin bir dizi değişiklik yapmıştır. İlk olarak evlât edinme işlemi artık şekle bağlı bir aile hukuku sözleşmesi olmaktan çıkmıştır[79]. Çünkü artık evlatlık ilişkisi mahkemece verilecek yenilik doğuran bir karar ile kurulacaktır (MK. m. 315/ f.1).

Çalışmamızın kapsamının sınırlı olması nedeniyle bu başlık altında sadece evlat edinme ile kurulan soybağının hükümleri açısından Yeni Medeni Kanunumuzda öngörülen düzenlemeleri ele alacağız.

Evlatlık ilişkisinin kurulması ile beraber, evlatlık ve altsoyu evlat edinene mirasçı olacaktır ancak bununla beraber evlatlığın kendi ana-babasına ve hısımlarına olan mirasçılığı da devam edecektir (MK. m. 314/ f.5). Burada bir nevi "çifte mirasçılık" mevcuttur[80]. Bu durumun evlatlığın akrabaları ile ilişkilerinin devam

---

[78] Herdem BELEN; **Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme,** 1.b.s., Beta Yayımevi, İstanbul, 2005, s. 2.

[79] Evlat edinmenin hukuki niteliğine ilişkin olarak, evlat edinmenin özellikli bir aile hukuku işlemi olduğu ileri sürülmektedir. Krş. BELEN; **a.g.e.,** s. 6. AKINTÜRK ise evlat edinmenin sözleşme niteliğini kaybetmiş bir medeni hukuk işlemi olduğunu savunmaktadır. AKINTÜRK; **a.g.e.,** s. 362.

[80] BELEN; **a.g.e.,** s. 87. İsviçre Medeni Kanunu'nda 26.6.1998 tarihinde çıkartılan ve 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren bir Federal Kanunla evlat edinmeye ilişkin hükümlerde esaslı değişikler yapılmıştır. Bu değişiklerin çift taraflı mirasçılığı öngörmesi, evlat edinme işleminden sonra evlatlığın gerçek ana-babasıyla soybağını sona erdireceğini düzenlemesi bakımından evlatlık ile evlat edinen kişiler arasında gerçek ana-baba ilişkisinin kurulması hedeflenmiştir (ZGB n.F. Art. 267 /Abs. 2), TUOR / SCHNYDER / SCHMİD, ; **a.g.e.,** s. 297 vd., Cyril HEGNAUER; **Grundriss des Kindesrechts,** 3. Aufl., Bern, 1989, s. 73 vd. Kanun metinleri için bkz: [(Çevrimiçi)

etmesine yol açacağı için, evlatlığın evlat edinen ve ailesiyle bütünleşmesine engel oluşturacağını düşünmekteyiz.

Evlat edinmeye ilişkin bir diğer değişiklik de, evlenme engeli hükmünün niteliğinin değişmesidir. Önceki Medeni Kanun döneminde "evlatlık ile evlat edinen ve bunlardan birisi ile diğerinin eşi arasında" evlenme engeli belirtilmekte, ancak bu engel butlana yol açacak kesin bir evlenme engeli olarak düzenlenmemekte idi (EMK. m. 92/ bent 3). Yani olur da bu kişiler arasında evlilik olursa, evlilik geçerli olmakta; evlatlık ilişkisi sona ermekteydi (EMK. m. 121). Oysa şu anda evlatlık ve evlat edinen, bunlardan her biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasındaki ilişkinin varlığı kesin evlenme engeli ve mutlak butlan sebebi teşkil edeceği belirtilmiştir (MK. m. 129/ bent 3). HATEMİ' ye göre burada, eskiden olduğu gibi evlenme ile evlatlık ilişkisinin işlem temelinin çöktüğünün kabul edilerek, evlatlık ilişkisinin sona ermesi ve evlenmenin geçerli sayılması kabul edilmelidir[81]. Yazar evlatlık ve evlat edinenin bu durum karşısında evlenmelerinin mutlak butlan yaptırımına maruz kalacağını düşünerek evlatlık ilişkisi altında evli gibi yaşayabileceklerini ve asıl bu durumun ahlaksızlığa sebep olacağını ifade etmektedir. Buna karşılık DURAL/ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, evlenme engelinin kesin evlenme engeli olarak kabul edilmesinin, Yeni Medeni Kanunumuzda evlat edinme ilişkisinin soybağını kuran bir yol olarak düzenlenmiş olmasının doğal sonucu olduğunu ifade etmektedir[82].

## C. Soybağının Hukuki Sonuçları

### 1. Soyadı

Yeni Medeni Kanunumuzun 321'inci maddesine göre, *"çocuk; ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekârlık soyadını taşır"*. Bu değişiklikle

---

http://www.gesetze.ch/sr/210/210_007.htm. 07.02.2005].__Türk Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerin değerlendirilmesi için bkz. Şükran ŞIPKA; **"4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlat Edinme" ye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi"**, İÜHFM., S:1-2, C: LVII, 1999, 301 vd.

[81] HATEMİ; Hüseyin HATEMİ; **Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku)**, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005, s. 52–53.

[82] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 503, dn. 278.

beraber, evlilik dışında doğan çocuk, doğal baba tarafından tanınsa veya mahkemece babalığına hükmedilse ve bu şekilde çocuk hukuki soybağı ile babasına bağlanmış olsa bile, çocuk annesinin soyadını taşımaya devam edecektir. Zira hükümden de anlaşılacağı üzere, anne ile baba arasındaki evlilik, çocuğun babanın soyadını taşıması açısından şarttır. Yani, evlilik dışında doğan çocuğun, anne ve babasının evlenmesi durumu hariç, babasının soyadını taşıması ihtimali bu düzenlemeye göre artık yoktur[83].

Kanaatimizce bu düzenleme, evlilik dışında doğmuş ancak anne ve babaları evlenmiş ve evlenmemiş (ama babaları ile hukuki soybağını tanıma veya babalık davası ile elde etmiş) olan çocuklar arasında soyadı konusunda haksız yere bir ayrım yarattığı için pek isabetli görünmemektedir. Zira böyle bir durumda, birbirlerine babalığa hüküm veya tanıma ile hukuken soybağı ile bağlanan çocuk ile babası arasında, sırf soybağı ana babanın sonradan evlenmesi ile kurulmamış olduğu için 321' inci madde vd. maddelerde düzenlenmiş bulunan hukuki sonuçlardan soyadı hariç hepsi gerçekleşecektir. Böyle bir durumda çocuğun, vatandaşlığını aldığı, mirasçısı olduğu ve hatta velayetinin[84] kendisinde bulunduğu babasının soyadını dahi taşıyamaması gibi garip bir durum ortaya çıkmaktadır. Anne lehine yaratılan bu ayrımcılık karşısında, yapılacak yasal değişiklik ile hem anne hem de baba açısından orta yolun bulunması gerekmektedir. Bu da, çocuğun kimin soyadını alacağı konusunun öncelikle ana-babanın ortak kararına bırakılması; anlaşmazlık halinde hâkimin çocuğun yararını gözeterek bir karara varması ve çocuğa da ergin olduktan sonra soyadını seçme hakkının tanınması şeklinde söz konusu olabilir.

### 2. Vatandaşlık

Önceki Medeni Kanunumuz vatandaşlık hakkında *"Nesebi sahih olan çocuk, babasının vatandaşlık haklarına malik olur"* hükmünü içermekteydi (EMK. m. 259).

---

[83] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 510.

[84] Anne babanın evli olmadığı ve annenin küçük, kısıtlı, ölmüş veya velayetin kendisinden alındığı durumlarda, çocuk; tanıma veya babalık davası ile hukuken bağlandığı babasının velayeti altına girebilir (MK. m. 337/ f.2). Bkz. aşa. s. 27. İşte böyle bir durumda çocuk, tanıma veya babalık davası ile hukuken bağlandığı ve hatta velayetine sahip olan babasının soyadını taşıyamayacaktır.

Yeni Medeni Kanun ise, çocuğun vatandaşlığı konusunu Türk Vatandaşlığı Kanunu hükümlerine bırakarak bu konuda özel bir hüküm getirmemiştir.

403 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanununun birinci maddesine göre; *"Türkiye içinde veya dışında Türk babadan olan... çocuklar doğumlarından başlayarak Türk vatandaşıdır"*. Buna göre, vatandaşlık haklarına sahip olma bakımından evlilik içinde doğmuş çocuk ile evlilik dışında doğmuş çocuk arasında hiçbir fark bulunmamaktadır. Yeter ki evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile babası arasında ana ile evlilik, tanıma veya hüküm yoluyla hukuki soybağı kurulmuş olsun[85]. Sözü geçen hükümden de anlaşılacağı üzere, burada önemli olan çocuğun *Türk babadan olduğunun* saptanmasıdır.

### 3. Bakım (Nafaka) Yükümü

MK. m. 327/ f.1 hükmüne göre, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılama ana ve babanın yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülük ana ve babaya birlikte aittir (MK. m. 185/ f.2). Bu yükümlülük ana ve babanın velayet hakkına sahip olmasına bağlı değildir; çocuk ile soybağının kurulması ile kanun uyarınca kendiliğinden doğar ve kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar devam eder (MK. m. 328/ f.1). Ana veya babanın veya her ikisinin bu yükümlülüğü yerine getirmemeleri halinde, çocuk nafaka davası açma hakkına sahiptir (MK. m. 329/ f.3).

Evlilik dışında doğmuş olan çocuğun bakım ve eğitim masrafları anaya aittir. Çocuğa fiilen bakmakta olan ana, çocuk için nafakayı babadan babalık davası ile birlikte isteyebilir.

### 4. Velayet

Velayet ile ilgili olarak Yeni Medeni Kanunumuzda ana babanın evli olup olmamasına göre ayırım yapılmıştır. Buna göre, önceki Medeni Kanunumuzda olduğu gibi, eğer ana baba evli ise, velayeti birlikte yürütecekleri öngörülmüştür (336 / f.1, krş. EMK. m. 263). Ancak, önceki düzenlemeden farklı olarak, velayetle ilgili

---

[85] SEROZAN; a.e., s. 240.

anlaşmazlık olması durumunda, babanın oyunu üstün tutan kurala yer verilmemiştir (krş. EMK. m. 263 / 2.cümle). Kanunumuz velayet hakkını ana ve babanın her ikisine birden tanıyarak kadın-erkek eşitliğini sağlamış olmakla beraber, aynı esasa ana babanın evli olmaması halinde bağlı kalmamıştır. Zira ana babanın evli olmaması halinde, velayetin mahkeme tarafından anneye veya babaya verilebileceğini öngören önceki düzenlemeden farklı olarak, velayetin anaya ait olacağı öngörülmüştür (MK. m. 337 /f.1, krş. EMK. m. 312) . İsviçre Medeni Kanunu'nun 298. maddesinden[86] örnek alınarak yapılan bu düzenlemenin ikinci fıkrasına göre, *"ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayet kendisinden alınmışsa, hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velayeti babaya verir"*. Bu durumda da velayetin babaya verilebilmesi için çocuk ile babası arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağının kurulmuş olması şarttır[87]. İsviçre Medeni Kanunu' nda 1.1.2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle İsviçre Medeni Kanunu'na 298a maddesi eklenmiş ve bu hükümde; evli olmayan ana babanın, çocuğun bakımı ve nafakası konusunda anlaşarak hâkime birlikte başvurmaları halinde velayet hakkını beraber kullanmalarına karar verilebileceği öngörülmüştür (ZGB Art. n.F. 298a). İsviçre'de bu hüküm evlilik benzeri birliktelik yaşayan çiftleri de kapsamına aldığından; çocuğun ana babası aynı evi paylaşsalar dahi velayet öncelikle anneye verilir[88]. Benzeri bir düzenlemenin Türk Medeni Kanununda da yer almasının, evlilik dışında doğan çocukların yararı bakımından daha isabetli olacağını düşünmekteyiz.

MK. m. 293' e göre; *"daha önce tanıma veya babalığa hükümle soybağı kurulmuş çocukların ana ve babası birbiriyle evlenince, nüfus memuru re'sen gerekli işlemi yapar"*. İşte nüfus memurunun yapacağı bu düzeltme, sırf soybağı babasının annesi ile evlenmesiyle kurulan çocuk ile soybağı tanımayla veya babalık hükmüyle kurulan çocuğun, soyadı ve velayet açılarından ayrımlı olması yüzünden yapılmaktadır.

---

[86] Bkz. [(Çevrimiçi) http://weblaw.ch/ Juristische Datenbank].

[87] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 520.

[88] Daha geniş bilgi için bkz. Martin ABRAHAM; **"Partnerschaften ohne Trauschein – ein Zukunftsmodell?"**, Universität Bern, Blockseminar, 2002–2003, [(Çevrimiçi) http:// www.epunto.ch], 02.05.2005.

## 5. Mirasçılık

Önceki Medeni Kanunumuzda çocuğun babası ile olan mirasçılık ilişkisi bakımından evlilik içinde doğan çocuklar ve evlilik dışında doğan çocuklar bakımından farklı bir düzenleme öngörülmüştü. Gerçekten, MK. m. 443 / f.2 uyarınca, sahih nesepli ve sahih olmayan nesepli çocuk birlikte mirasçı olduklarında, sahih olmayan nesepli çocuk sahih nesepli çocuğa düşen miras payının yarısı kadar alıyordu. Anayasa Mahkemesi'nin, 11.9.1987 tarih ve 1/18 sayılı kararı[89] ile bu hükmü iptal etmesi ve daha sonra 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla[90] 443. maddenin *"nesebi sahih olmayan hısımlar, nesebi sahih hısımlar gibi mirasçılık hakkını haizdir"* şeklinde yeniden düzenlemesiyle birlikte bu eşitsizlik giderilmeye çalışılmış olmasına rağmen tartışmalar devam etmişti[91].

Nihayet, Yeni Medeni Kanunumuz böyle bir farkı ortadan kaldırarak; *"evlilik dışında doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar"* hükmünü getirmiştir (MK. m. 498)[92].

## 6. Evlenme Yasağı

Medeni Kanunumuzun 129. maddesinin birinci bendinde "hısımlık" evlenme engeli olarak düzenlenmiştir (Ayrıca bkz. Evlendirme Yönetmeliği m. 15). Bu maddeye göre,

---

[89] RG. T. 29.3.1988, S. 19769.

[90] RG. T. 23.11.1990, S. 20704.

[91] Bu tartışmalar özellikle, mali sonuçlu babalık hükmünün mirasçılık bakımından yeterli olup olamayacağı konusunda ortaya çıkmakta idi. Yargıtay'ın 1997 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararında, mali sonuçlu babalık hükmü ile de sahih nesep bağının kurulacağını ve mirasçılık sonucunun doğacağını kabul etmesi, bu tartışmaların devam etmesine sebep olmuştur. (Y.İBK. T. 22.2.1997- S. 1/1, YKD. 1997 / 6, s. 853 vd.) Bu konuda geniş bilgi için bkz. KOÇHİSARLIOĞLU; **a.g.m.**, s. 161 vd., ACABEY; **a.g.e.**, s. 270 vd. Ayrıca yukarıda yaptığımız açıklamalar için bkz. yuk: s. 11, dn. 37.

[92] Madde metninde "evlilik içi hısımlar" ibaresinin kullanılmasının hatalı olduğu görüşünde olan BURCUOĞLU' na göre, bu maddenin kaldırılması yerinde olacaktır. Çünkü evlilik dışında doğan çocuğun babası aile hukukundaki düzenlemeler çerçevesinde belirlendiğinde, artık onun doğumundaki koşullar tümden devre dışı bırakıldığından, zaten mirasçılık bakımından ister istemez evlilik içi doğanlarla özdeşlik olacaktı. BURCUOĞLU; **a.g.m.**, s. 694-695.

a. üstsoy-altsoy hısımları arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,
b. kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında
c. evlat edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında

evlenme mutlak olarak yasaktır. Bu yasağa aykırı evlenmeler mutlak butlan yaptırımı ile karşılaşır (MK. m. 129/b.1, MK. m. 145/b.4, MK. m. 17).

Bu hükmün a bendinde sayılan kişiler birbirleri için MK. m. 17 gereği *kan hısımı*dır. Doğal soybağına ilişkin açıklarımızda da belirttiğimiz gibi[93], *kan hısımlığı* doğal soybağına göre değil, hukuki soybağına göre belirlenir[94]. Birbirinden türeyen kişiler arasındaki ilişki hukuk düzeni tarafından tanınmadıkça, bu kişiler birbirlerine *yabancıdırlar.* Birbirinden türeyen kişiler arasında hukuki soybağının kurulması da, hukuk düzeni tarafından öngörülen bazı koşulların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Hukuki soybağı çocuk ile ana arasında doğumla (MK. m. 282/ f.1), baba ile arasında ise ana ile evlilik, tanıma veya babalığa hükümle kurulacağı gibi (MK. m. 282/ f.2), evlat edinme yoluyla da kurulabilir (MK. m. 282/ f.3).

---

[93] Bkz. yuk.; s. 7 vd.

[94] Çocuğun doğal soybağı ile bağlı olduğu gerçek (genetik) babası ile veya onun çocuğu ile evlenemeyeceği görüşünde bkz. Andreas SCHWARZ; **Aile Hukuku I**, 2. b.s., çev. Bülent Davran, İstanbul, 1946, s. 80, OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 70, NOMER; **a.g.e.**, s. 568. Biz burada hukuken hiçbir anlam ifade etmeyen ve sadece çocuğun doğal anne-babasıyla olan ilişkisini tanımlarken kullandığımız "doğal soybağı"na hukuki sonuçlar bağlanmasını yerinde bulmuyoruz.

## II. BÖLÜM:
## SOYBAĞI ALANINDA KİŞİ HÜRRİYETİNİN BAZI MADDİ FİİLLER AÇISINDAN SINIRLANMASI

Bu başlık altında, kişi hürriyetinin bazı maddi fiiller açısından sınırlanmasının soybağı alanında ortaya çıkardığı sorunlara değinirken genel olarak bu maddi fiiller hakkında da açıklama yapmayı fayda gördük. Bu maddi fiiller genel olarak;

### A. Rahim Tahliyesi (Kürtaj)

Yukarıda ceninin hak ehliyetinin sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak, ana rahmine düştüğü andan itibaren başlayacağını (MK. m. 28/ f.2) ancak dış ortamda döllenmenin olduğu durumlarda sağ ve tam doğum şartına bağlı olarak döllenmeden itibaren başlaması gerektiğini ifade etmiştik[95]. Ancak kanaatimizce sağ ve tam doğum şartı, malvarlığı hakları ve özellikle MK. m. 427/ b.3 ve MK. m. 643/ f.1'de belirtilen mirasçılık hakları açısından söz konusu olmalıdır. Ancak yaşam hakkı bakımından hak ehliyeti, *de lege ferenda* olarak, sağ ve tam doğum şartına bağlı olmayarak ana rahmine düştüğü andan itibaren başlamalıdır[96]. Bu görüşümüzün sonucu olarak, Nüfus Plânlaması Kanunu gereğince 10 haftalık bir süre içinde rahim tahliyesinin (kürtaj) meşru sayılması kabul edilmemelidir. Zira bu halde çocuğun ana rahmine düştüğü andan itibaren sahip olduğu yaşam hakkı, rahim tahliyesi (kürtaj) uygulaması sonucu sınırlanmaktadır. Ancak ananın hayatî tehlike taşıdığı belgelendiği takdirde rahim tahliyesi mümkün olmalıdır. Aşağıda daha detaylı olarak da değindiğimiz üzere, döllenme annenin yumurta hücresi ile erkeğin sperm hücresinin karşılaşmasından itibaren 24 saat sonra oluşmaktadır. Biyolojik anlamda da bu andan sonra *nucle*inin çekirdeği kırılmakta ve DNA yapısı oluşmaktadır. İşte bu durumda sperm hücresi ve yumurta hücresi döllendikten sonra, artık kimsenin müdahale edip kesemeyeceği ferdî hayat süreci başlamış olmaktadır. Bu andan itibaren değerli

---

[95] Bkz. yuk. s. 15.
[96] Aynı yönde bkz.; Hüseyin HATEMİ; **Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı)**, Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005,, s. 12.

sayılan yaşam hakkı bakımından ceninin sağ ve tam doğum şartına bağlı olmaksızın, kişiliğe sahip olduğu kabul edilmelidir[97].

Bu konunun soybağı açısından önemi ise, annesi ile arasındaki soybağının doğumla kurulacağı kabul edilen çocuğun soybağının kurulmasının kürtaj uygulaması sonucu engellenmesidir. Ferdi hayat sürecinin döllenme anından itibaren 24 saat sonra başlaması gerçeği karşısında, bir çocuğun doğum ile kurulacak soybağının da bu tarz maddi fiillerle engellenmesini doğru bulmamaktayız.

### B. Klonlama

Moleküler Biyoloji ve Genetik bilimindeki gelişmeler sonucu klonlama etik ve hukuki tartışmaların odak noktası haline gelerek dünya gündeminde önemli sıralara yerleşmiştir. Biz de bu başlık altında öncelikle klonlamanın yasak edilip edilmemesi gerektiği konusuna, klonlama yasağının hangi hukuki değerleri koruduğuna ve özellikle üreme amaçlı klonlamanın soybağı alanında ortaya çıkardığı etik tartışmalara değineceğiz.

Yunanca'da aynı kökten yeni dallar elde etmek anlamına gelen "clone" kelimesinin karşılığı olarak dilimize giren klonlama, mikrobiyoloji ve biyoloji alanında kendisinin aynısı molekül veya canlıların çoğaltılması anlamında kullanılmaktadır[98].

Özellikle kısırlığa karşı geliştirilmiş olan bu yöntem zamanla başka amaçlarla (cinsiyet seçimi, üreme amaçlı klonlama *–üreme amaçlı hücre yenilemesi- Reproductive Regeneration*[99] - tedavi amaçlı klonlama gibi) da kullanılır hale gelmiştir. Bu amaçlardan çalışma konumuzun kapsamı bakımından bizim için değerlendirilmesi gereken en önemli konu, üreme amaçlı klonlamadır.

Üreme Amaçlı Klonlama genellikle sperm hücresine gerek olmadan gebelik oluşabilmesi ve sonuç olarak erkek olmadan da üremenin gerçekleşebilmesidir. Üreme Amaçlı Kopyalamada, vücuttan alınan bir hücrenin çekirdeği, çekirdeği

---

[97] Hüseyin HATEMİ; **"Evrensel İlâhi- Tabiî Hukuk Açısından Hayat Kavramı ve Korunması"**, Tüm Yönleri ile Aile Planlaması Sempozyumu, Sempozyum Kitabı, 21 Haziran 1998, İstanbul, s.82.

[98] CİN, M. Onursal; **"Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar"**, SÜHF 20. Yıl Armağanı, C: 11, S.: 1–2, Y:2003, s.127.

[99] Geniş bilgi için bkz. Panayiotis ZAVOS; **"Bir zamanlar Tüp Bebek de Tabuydu"**, Bilim ve Teknik Dergisi., Ocak-2002, s.40.

alınmış bir yumurtanın içerisine yerleştirilir ve döllenme gerçekleştikten sonra an rahmine transfer edilir. Sonuç olarak yumurta içerisine yerleştirilen hücre kimden alınmışsa teorik olarak onun aynısı bir canlı doğmaktadır[100].

Üreme amaçlı kopyalama için güvenilir veriler elde edilirse ve insanlara uygulanırsa neler olabilir? Basında ve halk arasında Hitler, Stalin veya diğer ünlü insanların tekrar kopyalanacağı ve doğal dengenin bozulacağı yönünde geniş tartışmalar yapıldı[101]. Hatta gen haritasının tamamen çözülmesi ile aynı insanın göz rengi değişik olanı, daha uzun boylu olanı veya daha zeki olanını yaratmak olası hale gelebilir. Bundan dolayı, gen kopyalaması ve doğum öncesi genetik tanı yöntemlerinin "ojenism" (insan soyunun iyileştirilmesi felsefesi) amacı ile kullanılması tartışmaları da gündeme gelmiştir[102].

Bugün için klonlamanın insanda uygulanmasına genellikle olumsuz yaklaşılmaktadır. Bu uygulamaya karşı ileri sürülen eleştiri ve görüşlere kısaca yer verelim:

- Kopyalama teknikleri ile gen veya insan kopyalanması, insanı "meta"laştırma sonucunu doğuracağı için, insan haysiyetine aykırı bir uygulama olarak kabul edilmelidir[103].
- Üstelik üreme amaçlı klonlama yolu ile ortaya çıkan çocuk, geni kullanılan kişinin genetik olarak özdeşi olacağı için, soybağının belirlenmesi bakımından da güçlüklerle karşılaşılacak ve bu yöntemin uygulanır hale gelmesiyle beraber birbirinin ikizi insanlar ortaya çıkacaktır[104].
- Koyun, keçi, inek ve domuz gibi büyük hayvanlarda klonlama tekniği ile gebelik oranlarının oldukça düşük ve sakat doğum veya düşük oranlarının yüksek olduğu açıklanmıştır. Wilmut tarafından 1996 yılında yapılan "Dolly" ismindeki koyunun kopyalanması sonrasında koyunda oluşan birçok anomali

---

[100] Ramazan MERCAN; **Klonlama (Kopyalama) Üzerine,** [(Çevrimiçi)http://www.populermedikal.com/klonlama.asp07.02.2005], s.1. "Klonlama, kopyalama yoluyla çoğalma anlamına gelir,; anasız ve babasız, yumurtasız ve spermsiz, sözün özü "döllemesiz" çocuk üretimi demektir. Rona SEROZAN; **Çocuk Hukuku,** 2. b.s.,Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005 (Bundan böyle "Çocuk Hukuku-2005" olarak anılacaktır), s.145

[101] MERCAN; **a.g.m.,** s. 2..

[102] Bachelard-Jobard CATHERINE; **L'eugénisme, la Science et le Droit,** PUF, 2001, s. 23.

[103] Hüsrev HATEMİ; **"Klonlama ve Etik";** [(Çevrimiçi)http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=138], 7.3.2005, s. 1 vd

[104] Aslı ZÜLAL; **"Yasalara Yansıyanlar",** Bilim ve Teknik Dergisi, Ocak- 2002, s. 42.

nedeni ile 2003 yılında öldürülmek zorunda kalındığı ifade edilmiştir[105]. Düşük oranlarının % 90 gibi çok yüksek oranlara ulaştığı bildirilmiştir. Ayrıca gebelik sırasında annenin yaşamını da tehdit eden sorunlara rastlanmıştır. Düşük oranlarının yüksek ve karın içerisinde veya doğum sonrası ölümlerin yüksek olması plasenta (eş) bozukluklarına bağlanmaktadır[106]. Bu bilgiler ışığında bugün itibariyle insan klonlamasının istisnasız olarak yasaklanmasının yerinde olacağı, zira bu yasağın koruduğu değerlerin, klonlanmış insanın en önde gelen yaşam hakkı ve sağlık menfaatleri olduğu vurgulanmaktadır[107].

- Bu şekilde sorunlu doğacak bir bireyin toplumda ayrımcılıkla karşılaşacağının da altı çizilmektedir[108].
- Bir yandan klonlanmış çocukların genetik olarak benzersiz olmadıklarından dolayı bağımsız ve otonom olmama duygusuna kapılacakları da ifade edilmektedir[109]. Ayrıca klon, aile bireylerinden birinin geninden gerçekleştirilmişse, aile bireyleri ister istemez klonlanmış aile bireyinin genetik özdeşi olduğu klona karşı da aynı beklentiler içerisinde olacaklardır. Bu durumda çocuk, transfer edilen hücre çekirdeğinin *(Nuclear Cell Somatic Transfer)* kendisinden geldiği bir insanın tekrarı olmak durumunda kalacaktır[110].
- Genetik olarak özdeşini gören çocuğun, karakterinin de birebir aynı olduğuna inanacağı ve bunun psikolojik gelişimini olumsuz etkileyeceği ileri sürülmektedir[111]. Bu görüşe karşı yapılan temel itiraz, klonlanmış kişi ile klonun kişilik yönünden bire bir benzemeyeceği yönünde yapılmaktadır[112]. Bu hususu Amerikalı Genetikçi GARRISON *"Doğacak canlı ile klonlanan kişi sadece fiziksel olarak aynı olacaktır. Bu benzerlik doğal bir klonlama şekli*

---

[105] YILDIRIM; **a.g.ylt.**, s. 22.
[106] MERCAN; **a.g.m.**, s. 2.
[107] MERCAN; **a.g.m.**, s. 2.
[108] CİN, **a.g.e.**, s. 128.
[109] Maryland ROCKVILLE; **"Cloning Human Beings-National Bioethics Advisory Commission-1997"**, National Academies Press, Vol. 1, 2002, s. 52, 62.
[110] Gregory E. PENCE; **"Parental Expectations and Cloning"**, [(Çevrimiçi)http://www.Reproductive Cloning.net] 12.06.2005. Amerikalı hukukçu Andrews ise klonlamayı, " ailenin çocukları üzerinde ölçülü olmayan bir güç kullanımı" olarak nitelendirmektedir. CİN; **a.g.m.**, s. 135.
[111] CİN; **a.g.m.**, s. 130.
[112] CİN; **a.g.m.**, s. 131.

*olan tek yumurta ikizliğinde görülen türdendir. Yani, doğan yeni birey il genleri kullanılan birey tek yumurta ikizlerinde olduğu gibi düşünce ve ruh olarak tamamen farklı kişilerdir. Zaten, insanı insan yapan taşıdığı ruh değil midir?"* şeklindeki sözleriyle ifade etmektedir[113].

- İnsan klonlamaya karşı olan bütün görüşlerin ortak noktası, klonlamanın insan onurunu yaralayacağı ve bu nedenle de yasaklanması gerektiği yönündedir[114]. Bu görüştekilere göre, insan başka bir insan tarafından (kendi dâhil) salt bir araç olarak kullanılamaz; aksine o her zaman amaçtır ve onuru da bundan oluşmaktadır. Bir başka açıklama da klonlamayla insan şahsiyetinin bireyselliğinin ihlal edildiği ve bu şekilde üremeyle insanın "bir kezlik"inin kaybolduğu ve süje niteliğinin elinden alındığı şeklinde yapılmaktadır[115].
- İskoç bilim adamları hayvanlar üzerinde gerçekleştirilen deneylerin amacının verimi en yüksek, eti ve sütü bol hayvanlar yetiştirmek olduğunu belirtiyorlar. Kopyalamanın da bunu sağlayabilecek en iyi ve en basit metot olduğu ifade edilmektedir. Yararlı olduğunu düşünen diğer bir kısım bilim adamı da dikkatleri organ ve doku nakillerinde aşılacak zorluklara çekiyorlar. Hasta olan bir çocuk veya yetişkinden alınacak bir hücre ile onun zarar görmüş doku ve organlarını onaracak sağlıklı ve kalıcı embriyonik hücre kültürleri meydana getirmenin bu sayede mümkün olabileceği belirtilmektedir. Eğer bu başarılırsa, tıp dünyasında zaten bir çığır açılacağı; zira nakillerde sıkça karşılaşılan doku ve hücre uyuşmazlığı problemleri kesin olarak ortadan kalkacağına işaret edilmektedir. İnsana ve yaratılışına dair bu tür müdahalelerin (yani klonlamanın) insanoğluna getireceği yararları şimdiden değerlendirmek, geniş ufukları ve çok güzel olanakları göz ardı etmemek gerektiği de savunulmaktadır[116].
- Klonlamaya, bir insanın organ veya doku bağışlayıcısı olarak hizmet etmesine yönelik, bir başka deyişle üretilen insanın adeta bir organ deposuna

---

[113] Clark GARRISON; **"Who is Clone?"**, J.A.M.A., December – 2002, s. 261.
[114] CİN; **a.g.m.**, s. 133.
[115] CİN; **a.g.m.**, s. 133.
[116] Okyay KILINÇ; **"Kopyalama Nedir, Ne değildir? İnsana da Sıra Gelecek mi?"**, [(Çevrimiçi) http://www. turkishnews.com/itumuk/info/petek/aralik_ocak/klonlama2.txt] 12.06.2005.

dönüştürülmesi amacı ile kullanılması tehlikesi karşısında bu uygulamaya kesinlilikle cevaz verilmemesi gerektiği de ifade edilmektedir[117].

- Klonlamaya getirilen bir diğer eleştiri de Adli Tıp alanından gelmektedir. Mevcut teknolojik metotlarla dünyadaki bütün insanların kimliklerinin tespiti açısından DNA analizleri yaparak oldukça kesin verilere ulaşmayı başaran Adli Tıp Biliminin, klonlama tekniği ile üretilen birbiriyle aynı genetik yapıya sahip onlarca ve yüzlerce kişi olması halinde çaresiz kalacağı, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü Müdürü Sevil ATASOY tarafından ifade edilmektedir[118]. Zira klonlanan kimselerin parmak izleri de birbirinin aynı olacaktır.
- Nesli tükenen bitki ve hayvanlara uygulanmasında yarar olduğunu ifade klonlamanın yok olan canlıları yeniden getirmek için en belirgin yöntem olduğu ifade edilmektedir[119]

İnsan klonlamasına birçok batılı ülkede olumsuz yaklaşılmaktadır. Avrupa Konseyi tarafından 1 Mart 2001 tarihinde yürürlüğe girmek üzere çıkarılan "İnsan Kopyalamanın Yasaklanmasına Dair ek Protokol" ile ölü veya canlının genetik benzerini yaratmak gayesi ile üreme amaçlı klonlama yasaklanmıştır. Sözleşmeye ek protokol, insan kopyalaması yasağını uluslararası hukukta ilk defa hukuki bağlayıcılığı olan bir metin ile düzenlemesi bakımından önemlidir[120].

Almanya'da 13.12.1990 tarihli ve 1.1.1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu ile insan kopyalaması her ne amaçla olursa olsun yasaklanmıştır (§ 6).

Avusturya'da 4 Haziran 1992 tarihli Üreme Hekimliği Kanunu *(Fortpflanzungsmedizingesetz)* ile Almanya'da olduğu gibi klonlama yasaklanmıştır. 18.12.1998 tarihli *"Bundesgesetz über die medizinisch untrerstütze Fortpflanzung"(Tıbbi yöntemlerle Desteklenen Üreme Hakkında Federal Kanun)*'da insan kopyalaması yasaklanmakla beraber, aksine davrananlara cezai yaptırımlar da öngörülmüştür (Art. 31).

---

[117] Aslı TOSUN; **"İnsan Kopyalanır mı?"**, [(Çevrimiçi) http://www.ntvmsnbc.com/news/96040.asp] 12.06.2005.
[118] Sevil ATASOY; [(Çevrimiçi) http://www.ntvmsnbc.com/news/96040.asp] 12.06.2005.
[119][(Çevrimiçi)http://www.cu.edu.tr/Content/Shtml/Turkish/basin/2004/0620040099.shtml]12.06.2005
[120] UZUN; **a.g.ylt.**, s. 88..

Ancak klonlamanın bir başka türü olan tedavi amaçla klonlamanın bazı şartlarla kontrol altında uygulanmasına olumlu yaklaşılmaktadır[121]. Tedavi amaçlı klonlama[122] ile yukarıda olduğu gibi işlemler yapıldıktan sonra elde edilen embriyo anne rahmine verilmez ve bazı teknik işlemlerle embriyodaki kök hücrelerinin istenen dokuya farklılaşması sağlanır. Örneğin bu yöntemle karaciğer ve böbrek gibi dokular elde edilebilir. Bu yolla insanın kendi dokularının aynısı elde edilebilir ve transplantasyon[123] işlemlerinde kullanılabilir. Kanımızca tedavi amaçlı klonlama sadece doku ve organ klonlama için mümkün olmalı; insan klonlamasına hangi amaçla olursa olsun olumlu yaklaşılmamalıdır.

Zaten bugün için klonlama sürecinde halen ciddi yaşamsal tehlikelerin bulunması sebebiyle uygulanmasını kabul etmek mümkün değildir. Doğumdan önce birçok anomalinin veya bozukluğun tespit edilmesinin teknolojik olarak mümkün hale geldiğinin ileri sürülerek yasal süre içerisinde kürtaja başvurulabileceği savunması da insan onurunu zedeleyeceği için yersiz ve mantık dışıdır[124]. Anne üzerinde yapılacak böyle bir kürtaj uygulaması İnsan Hakları Biyotıp Sözleşmesi'ne de aykırılık içermektedir. Zira anılan sözleşmenin 15. maddesine göre; Biyoloji ve Tıp alanında insan üzerinde yapılacak bilimsel deneylerin, insan ve insanlık onuruna aykırı olacağını belirtmektedir[125].

Üreme amaçlı klonlamanın soybağı alanında ortaya çıkardığı çok yünlü sorulardan bir tanesi de klonlanmış bir insan hücre çekirdeği alınan kimsenin çocuğu mu yoksa kardeşi mi olacağı sorunudur. Klonun, kendisinden klonlandığı kimse veya kimselerle aynı kişilik yapısına sahip olacağına dair inancı karşısında psikolojik gelişimi nasıl olacaktır? Babadan klonlanan bir çocuk, annesinin, bir zamanlar kendisinin aynısı olan bir adama seksüel hisler duyduğunu düşünce, bu durumla nasıl baş edecektir? Tüm bu sorular insan klonlamasının bizim tahmin ettiğimizden de fazla tehlikelere yol açabileceğinin bir göstergesidir. O yüzden bu tarz bir uygulama

---

[121] MERCAN; **a.g.m.**, s. 2.
[122] MERCAN; **a.g.m.**, s. 1.
[123] **Transplantasyon:** Vücudun bir başka bölümünden alınan dokuların geniş yaraların kapatılması amacıyla diğer bir bölüme nakledilmesidir. [(Çevrimiçi)http://www.estetik-cerrahi.com/plastik13.html]12.07.2005.
[124] Aynı yönde bkz. CİN; **a.g.m.**, s. 137. Kürtaj ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. s.30.
[125] CİN; **a.g.m.**, s. 137.

bilim adamlarınca uzun uzun müzakere edildikten sonra yasal olarak düzenlenmelidir.

### C. Cinsiyet Değiştirme

MK. m. 40'a göre cinsiyet değişikliği için istem sahibinin şahsen mahkemeye başvurarak izin istemesi gerekir. İzin verilmesi için "istem sahibinin onsekiz yaşını doldurmuş olması, evli olmaması, transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık raporuyla belgelemesi şarttır". Kanaatimizce cinsiyet değişikliği gerekçesi olarak "transseksüel yapıda olmak" değil, "hermafrodit[126] yapıda olmak ve baskın cinsiyete dönme isteği" aranmalıdır[127]. Hem kadın hem de erkek cinsel organlarına benzer özellikler taşıyabilen bu kişilerin, iç cinsel organları da farklı olabilmektedir. Özellikle hermafrodit ya da çift cinsiyetli olarak doğan bu çocuklar, diğerlerinden farklı cinsel kimlik sorunları yaşarlar. Hermafrodit çocukların, sağlıklı bir cinsel kimlik oluşturabilmesi için, organlarının belirlenmesi ve olanaklı olduğu kadar fonksiyon görür hale gelmesi için ameliyat gerekir. Eğer bu zamanında yapılmamış ve aile ve çevrenin çocuğa verdiği cinsel kimlikle, ameliyatla oluşturulabilecek kimlik arasında fark varsa, bu çocuğun ruhsal durumunda bozukluk yaratacaktır[128].

Sorun çıkması muhtemel bir diğer konu da; ameliyat öncesinde transseksüelin üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun bulunması şartıdır[129]. Normal bir cinsel organa ve hormon fonksiyonlarına sahip transseksüel, doğal olarak üreme yeteneğine

---

[126] Hermafrodit: Belirsiz dış cinsel organa sahip olanlara hermafrodit denilmektedir.

[127] Aynı yönde bkz. HATEMİ; **Aile Hukuku- Sınava Hazırlık Kitabı,** s. 27, HATEMİ; **Gerçek Kişiler Hukuku,** s. 79. Nitekim 1988 öncesinde Yargıtay'ın verdiği bir kararda "Sadece doğuştan hünsa, çift cinsiyetli (hermafrodit) olanlar için" mahkeme bir istisna tanımıştır. Kararda, bu kişilerin ameliyat edilmesi sonrasında nüfus sicili ile bir çelişki doğuyorsa bunun sicile yansıtılmasına izin verilmesine hükmedilmiştir. Y2HD, 27.03.1986, YKD. 1986, 1112–1126. Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi İçin Dava Açabilir Mi?,** İstanbul 1986, s. 41 vd.

[128] Bengi SEMERCİ; **"Hermafrodit Çocuklar Ve Cinsel Kimlikleri"** Sabah Gazetesi, 11.07.2005.

[129] Üreme yeteneğinden yoksunluğu bir şart olarak öngören Avrupa ülkelerinin yasaları bunun ameliyat **sonrasında,** nüfus sicilinde değişiklik yapılabilmesi aşamasında var olmasını ararlar. Ameliyat öncesinde bu tür bir şartın aranması söz konusu değildir. Örneğin Alman Transseksüeller Yasası § 8, Hollanda Medeni Kanunu m.28; İsveç Toplumsal Cinsiyetin Tayini Yasası m.1 gibi. İtalya veya Avusturya gibi yasalarda ise üreme yeteneğinin kaybı bir koşul olarak dahi yer almaz.

de sahip olacaktır[130]. Dolayısıyla, kanunun aradığı bu yeni koşul, cinsiyet değişikliği ameliyatı için izin almak isteyen kişiye, doktorlar tarafından önceden bir tedavi uygulanmasını, hatta bazen ameliyatı zorunlu kılacaktır. Bu durum transseksüel için hiç kuşkusuz ek ve lüzumsuz bir yük oluşturacaktır. Eğer Türk mahkemeleri bu kriteri, transseksüel kişinin doğuştan üreme yeteneğinden yoksun olması ve dolayısıyla çocuğunun da olmaması gerektiği şeklinde yorumlarsa bu durum, çocuğu olan bir transseksüelin artık hiçbir şekilde ameliyat ile cinsiyet değiştirmesi imkânı olmayacaktır ki bu, evli ve çocuklu kişilerde de cinsel kimlik bozukluklarının olabileceği gerçeği ile çelişecektir. Eğer sonradan üreme yeteneği kaybetmiş ancak daha önce çocuğu olan bir transseksüeli kapsayacak şekilde yorumlanacak olursa, bu durumda da çocuk açısından bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Örneğin, önceden "baba" olan bir transseksüel erkeğin, ameliyatla kadın olması ve nüfus kaydında isminin değiştirilmesi halinde, çocuğun nüfus kaydında da gerekli değişiklik yapılabilecek midir? Yoksa çocuğun, "kadın" ismi taşıyan babasını "baba" olarak benimsemeye çalışırken yaşayabileceği kimlik bunalımlarını ve psikolojik sorunları göz önüne alınarak, bu değişikliğin yapılmasına imkân tanımamak mı gerekir? Üstelik daha geniş boyutlu düşünecek olursak; çocuğu olan ve ancak her nasılsa daha sonra üreme yeteneğini kaybetmiş transseksüel bir erkek ameliyatla kadın olduktan sonra bir çocuk evlat edinse, bu durumda ameliyattan önceki çocuğu açısından "baba"; sonraki çocuğu açısından ise "anne" olacaktır. Bu durumda Türk Mahkemelerinin bu kriteri, transseksüelin "doğuştan itibaren" üreme yeteneğine sahip olması şeklinde yorumlaması daha isabetli görünmektedir.

Son olarak bir transseksüelin sonradan kanunun aradığı şartlar dâhilinde ameliyatla cinsiyetini değiştirmesi halinde, Nüfus Kanunu m. 46 uyarınca *nüfus kaydının düzeltilmesi davası* ile nüfus sicilinde gerekli değişiklik yapılırken isim hanesinin de buna uygun olarak düzeltilmesi imkânı mevuttur[131].

---

[130] Yeşim M. ATAMER; **"Transseksüellerin Türk Hukukundaki Durumu"**, Bilgi Üniversitesi, Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılık ve Şiddet Sempozyumu, Mayıs, 2003.

[131] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; **a.g.e.**, s. 38 vd. Transseksüelin nüfus sicilinin düzeltilmesinden sonra ismini de değiştirmesi imkânı mevcuttur. Medeni Kanun m.27 uyarınca kişinin haklı sebeplerle mahkemeden isminin değiştirilmesini isteme hakkı vardır. Gösterilen sebebin haklı olup olmadığını takdir edecek olan hâkimdir; ancak bir cinsiyet değişikliği ameliyatının haklı sebep sayılacağı konusunda tereddüt etmemek gerekir. Zira kişinin dış görünüşü ile isminin örtüşmemesi gibi önemli bir sebep mevcuttur. ATAMER; **a.g.m.**, s. 4.

# III. BÖLÜM:
# SOYBAĞI ALANINDA KİŞİ HÜRRİYETİNİN İLE HUKUKİ İŞLEMLER İLE SINIRLANMASI

## A. Genel Olarak Yapay Döllenme

Üreme ve gen teknolojisindeki baş döndürücü gelişmeler sonucunda, son yıllarda yapay döllenme gibi çeşitli üreme teknikleriyle dünyaya gelen çocukların sayısında hızlı bir artış gözlemlenmektedir. Sperm bankalarının kurulması, tüp bebek uygulaması, *in vitro* olarak çocuğun cinsiyetinin belirlenmesi[132], ölümden sonra *(post-mortal)* yapay döllenme ve taşıyıcı annelik kurumunun gündeme gelmesi, beraberinde birçok hukuki problem ortaya çıkarmıştır[133]. Bugün dört değişik yöntemle, sun'î olarak (cinsel ilişki olmaksızın) yardımcı üreme teknikleri *(Assisted Reproductive Technologies)*[134] ile çocuk dünyaya getirilebilmektedir. Bunlar; yapay döllenme *(artificial insemination-in vivo fertilization)*, Gametlerin Transferi *(Gamete Intrafallopian Transfer- GIFT)*, tüp bebek uygulaması *(in vitro fertilization-IVF mit Embryotransfer-ET)* ve embriyo[135] nakli *(in vivo fertilisation mit Embryotransfer-ET)* olarak adlandırılmaktadır[136].

---

[132] Uluslar arası alanda biyoetik normların Avrupa Konseyi sözleşme ile düzenlendiği ilk metin olma özelliği taşıyan *"İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"*nin 14. maddesi üreme teknolojilerinin çocuğun cinsiyetini belirleme aracı olarak kullanılmasını, cinsiyete bağlı genetik hastalıkların tanısı dışında yasaklamaktadır. UZUN; **a.g.e.,** s.84., Türkiye'de ise genetik hastalıkların tanısının hangi şartlar altında yapılacağı konusu düzenlenmemiştir. Bkz. *"Genetik Hastalıklar Tanı Merkezleri Yönetmeliği"* RG T: 10.06.1998; S: 23368

[133] NOMER; **a.g.m.,** s. 556 vd., SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005,** s.205, ACABEY; **a.g.e.,** s. 171 vd., GENÇCAN; **"Soybağının Kurulması"**, s. 34, HATEMİ / SEROZAN; ; **a.g.e.,** s. 100-101, 267-268, 286, 296, OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.,** s. 204, Mustafa ATEŞ; **"Nesep Hukuku Yönünden Sun'i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu"**, YD., C: 20, S. 3, Temmuz- 1994, s. 325 vd., Reşat ATABEK; **"Yapay Döllenme"**, İst. Bar.Der., C: 59, S: 7-8-9, 1985, s. 616 vd.

[134] Tıbben yardım edilmiş üreme *"Medically assisted procreation)* kavramı olarak da kullanılmaktadır. Bkz. ÖZSUNAY; **a.g.m.,** s. 8.

[135] Birçok ülkede henüz yardımcı üreme tekniklerini düzenleyen kanuni düzenleme bulunmadığı için, bu ülkelerde "embriyo"nun yasal tanımı yapılamamaktadır (Örn. Belçika, Yunanistan, İtalya, Luxemburg). Embriyo için; Avusturya Hukuku'nda "gelişmeye elverişli hücrelerin oluşturduğu hücrelerin tümü"; Alman Hukuku'nda "Pronuclei' nin kaynaştığı andan itibaren oluşan ve gelişmeye elverişli döllenmiş hücrelerin tümü" şeklinde tanımlar yapılırken; İspanya'da gelişim evrelerine göre, pre-embriyo, embriyo ve fetus (foetus) için ayrı tanımlar verilmektedir. Pre-embriyo (zigot) için; yumurtanın döllenmesinden *"primitive streak"* hücrelerinin oluşmasına kadar geçen süredeki hücrelerin tümü; embriyo için organ oluşumunun başladığı dönemdeki hücreler kastedilmiştir. SHENFİELD / PENNİNGS / SUREAU COHEN; **"The Moral Status of the Pre-Implantation Embryo"**, Human Reproduction, Vol. 16, Nr: 5, May 2001, s. 1046-1048. İsviçre'de 18.12.1998

Çalışmamızın asıl konusunu teşkil etmesi bakımından ilk önce yapay döllenme, tüp bebek *(IVF)* ve embriyo nakli *(ET)* kavramı, yöntemleri ve bu yöntemlerle dünyaya gelen çocukların soybağına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek hukuki problemler ve bunlara ilişkin çözüm yolları geniş kapsamlı olarak tartışılacaktır.

## B. Yapay Döllenme Kavramı ve Yöntemleri

Dar anlamda yapay döllenme *(artificial insemination- künstliche Befruchtung)*, kadının normal ilişki ile gebe kalamaması durumunda, erkek üreme hücrelerinin *(sperm-Gamet)* mekanik yolla *(Al-artifizielle Insemination-Mikroinjektion)* kadının rahmine *(uterus)* şırınga edilmesi ve yumurtanın kadının vücudunda döllendirilmesi suretiyle gerçekleştirilen döllenmedir[137]. Geniş anlamda yapay döllenme ise, cinsel ilişki olmaksızın, erkekten alınan sperm ile kadına ait yumurtanın yapay yolla döllendirilmesini ifade eder[138]. Ancak yapay döllenme terimi ile esasında, yardımcı üreme tekniklerinin bir çeşidi olan ve dar anlamda kullanılan döllenme yöntemi ifade edilmektedir[139].

Yapay döllenme, ilk olarak 18. yüzyılın sonlarında John HUNTER tarafından denenmiş ve başarıya ulaşmıştır[140]. Bu yönteme genellikle, erkek veya kadın veya her ikisinin birden üreme fonksiyonlarının anatomik veya fonksiyonel

---

tarihli *"Bundesgesetz über die medizinisch untrerstütze Fortpflanzung"(Tıbbi yöntemlerle Desteklenen Üreme Hakkında Federal Kanun)*'da ceninin gelişme devrelerine göre sırasıyla "döllenmiş yumurta" *(imprägnierte Eizelle)*, "Embriyo"*(Embryo)* ve "Cenin" *(Foetus)* olarak adlandırıldığı görülmektedir (Art. 2 /h,i,j). Bu kanun için bkz. **[(Çevrimiçi) http://weblaw.ch/ Juristische Datenbank]**. Biz çalışmamızda böyle ayrımlar yapmayarak, döllenmeden doğuma kadar olan bütün aşamalar için "cenin" veya "embriyo" kavramlarını ortak bir kavram olarak kullanacağız.

[136] NOMER; **a.g.m.**, s. 545-546,

[137] Erdem AYDIN; **"Üreme Teknolojileri ve Etik"**, [(Çevrimiçi) http:// www.medinfo.hacettepe. edu.tr /ders/TR/D3/8/3075.doc], 07.04.2005, s..1, AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 337, ATEŞ; **a.g.m.**, s. 331, İsmail AYTAÇ; **"Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelemesi"**, AD., Y: 93, S. 11, Nisan- 2002, s. 188 vd., NOMER; **a.g.m.**, s.545, Erol CİHAN; **"Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sun'î İlkah"**, İst. Bar. Der. Temmuz- Ağustos sayısına Ek, 1971, s. 18, Hülya Günel YILDIRIM; **Tıpta Yapay Döllenme ve Hukuki Sorunlar**; ylt, İstanbul, 1996, s. 2 vd., Jale BAFRA; **"Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme"**, İst. Bar.Der. C: 70, S: 1-2-3, 1996, s. 60., Öztekin TOSUN; **"Ceza Hukuku Bakımından Sun'i İlkah"**, İÜHFM, C: 25, S: 1-4, 1959, s. 107. Biz yapay üreme teknikleri başlığı altında yer verdiğimiz yapay döllenmeyi, *dar anlamda* ifade ettiği durumlar için kullandık.

[138] NOMER; **a.g.m.**, s. 545, ACABEY; **a.g.e.**, s. 173.

[139] ACABEY; **a.g.e.**, s. 175, NOMER; **a.g.m.**, s. 545.

[140] Tarihi gelişim için bkz.: CİHAN; **a.g.e.**, s. 33 vd.

sebeplerle gereği gibi görev yapmadığı durumlarda başvurulur[141]. Bununla beraber, yapay döllenme tekniklerinin, evlilik birliği içerisinde ve eşlere ait üreme hücreleri kullanılarak gerçekleştirilmesinin tedavi amaçlı olduğu; bunun dışında, evlilik dışı döllenme *(Heterolog döllenme)* ve kiralık anne yöntemlerinin kullanılmasının, eşleri çocuk sahibi yapabilmek için geliştirilmiş tedavi amacından yoksun olduğu savunulmaktadır[142]. Aynı zamanda, tüp bebek uygulamasının da tedavi edici niteliği bulunduğundan dolayı ülkemiz açısından hukuka uygun kabul edildiği savulmaktadır. Bu ayrım, yönetmelikte izin verilmeyen veya izin verilen yapay döllenme yöntemlerinin isminin açıkça zikredilmemesi, ancak, üremeye yardımcı tedavi metotları olarak *"...modern tıpta bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar"*ın kastedilmesinden dolayı ortaya çıkmaktadır (Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği[143] m. 4/f).

Yapay döllenme yöntemine başvurmanın bir başka nedeni de "döllenmiş embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önce genetik hastalıkların tanısının yapılabilmesidir *(PGD- Pre-implantation Genetic Diagnosis)*. Bu yolla, IVF tekniğinde embriyo üzerinde yapılan araştırmalar ile ebeveynlerden genetik bir hastalık alabilecek cinsiyetlerin tayini yapılarak sağlıklı birey dünyaya getirme amaçlanabilir[144].

---

[141] CİHAN; **a.g.e.,** s. 21-22, YILDIRIM; **a.g.ylt.,** s. 4-5.
[142] Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU; **Hastanın Tıbbi Müdahaleye Rızası,** yayınlanmamış ylt, İstanbul, 1991, s. 15.
[143] RG. T. 19.11.1996 S. 22822.
[144] Marry Anne WARREN; **"Embriyo Manipulation and Experimentation",** Bailliere's Clinical Obsterics and Gynecology, Vol. 5, Nr.3, September-1991, s. 591-609., Michelle PLACHOT; **"Pre-Implantation Diagnosis",** 3rd Symposium on Bioethics, [(Çevrimiçi) http://www.coe.int/T/E/Legal _Affairs], 17.04.2005, s. 2 vd. Döllenmiş embriyonun ana rahmine yerleştirilmesinden önce genetik hastalıkların tanısı *(PGD- Pre-implantation Genetic Diagnosis)* yapay döllenme işlemleri esnasında kullanılabilir. Esas itibariyle cinsiyete bağlı *(kromozomal)* hastalıkların tanısında ve sağlıklı bir cinsiyetin elde edilmesi ve cinsiyet seçimi *(sex selection)* amacı ile kullanılabileceği için, bütün toplumu öjenik düşünceye iteceği ve normal döllenme yolunu terk edip, IVF yapay döllenmeye sevk edeceği tehlikesi taşıdığından bilim dünyasında etik açıdan tartışmalıdır. Zira, bu yöntem sağlıklı embriyolar elde etmek için birçok sağlıksız embriyonun tahrip edilmesini gerektirebilmektedir. Bu da hayatın ve kişiliğin döllenmenin 14. gününden itibaren başladığını kabul eden ve embriyoların tahribini "insan öldürmek" olarak kabul eden anlayış için insan haklarına aykırı bir durumdur. Yine yapay döllenme esnasında bu yöntem kullanılarak embriyo transferi yapıldığında gebe kalamama riski de %70'lere varmaktadır. Ancak bu yöntemle embriyoda birçok genetik ve kromozal hastalığın teşhis edildiği halde, ailelerin bu çocuklara sahip olmasına bile bile izin vermek de tartışmaya başka bir boyut kazandırmaktadır. Adriano BOMPİANİ; **"Ethical Aspects of Pre-implantation Diagnosis",** 3rd Symposium on Bioethics, [(Çevrimiçi) http://www.coe.int/T/E/Legal _Affairs], 17.04.2005, s. 13 vd. Bu yöntem esnasında, erkekten alınan spermlerden x ve y kromozomu taşıyanları ayrımak mümknü olmaktadır. Bu da doğal olarak cinsiyet seçimine olanak tanımaktadır. AYDIN; **a.g.m.,** s. 2.

Yapay döllenmede, birbiriyle evli olan kişilerin üreme hücreleri *(gamet-sperm-yumurta)* nin kullanılması, başka bir deyişle evli erkeğe ait spermlerle karısına ait yumurtaların yapay yolla döllendirilmesi durumuna "Homolog döllenme" *(homologe insemination-AIH-Artificial Insemination with semen derived from the Husband )* denilmektedir[145]. Bunun dışında, yapay döllenmede, birbiriyle evli olmayan çiftlere ait üreme hücrelerinin *(sperm, yumurta veya embriyonun)* kullanılması durumuna da "Heterolog döllenme" *(hetereloge Insemination- AID- Artificial Insemination with semen derived from a Donor)* adı verilir[146]. Burada, evli çiftlerdeki infertilitenin *(kısırlığın)* nedenine göre, ya kocaya ait sperm, ya kadına ait yumurta ya da her ikisinin de kullanılamaması durumunda üçüncü kişilere ait *(donör)* sperm, yumurta ve embriyo kullanılması durumu söz konusudur [147]. Yapay döllenmede, çocuk isteyen erkeğin spermleri yerine, bir başka erkeğe ait spermler kullanılmışsa, *sperm bağışı;* çocuk isteyen kadının yumurta hücreleri yerine, bir başka kadının yumurta hücreleri kullanılmışsa, *yumurta bağışı*ndan söz edilir. Eğer döllenmede kullanılan üreme hücrelerinden ne sperm ne de yumurta hücreleri çocuğu isteyen çifte aitse, bu durumda *embriyo bağışı* söz konusu olur. Embriyo bağışının olduğu durumlarda, *"doğumdan önce evlat edinme"* durumunun olduğu ifade edilmektedir[148]. Bu

---

Toplumsal ahlaki değerlere aykırı olarak kullanılabilmeye müsait olan bu yöntem ile ilgili olarak Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin "İnsan Embriyosu ve Fetuslarının Tanı ve Tedavi Amaçları ile Bilimsel, Sınai ve Ticari Amaçlarla Kullanılması" Hakkındaki 1046 Sayılı Tavsiye Kararı (1986) Ek'inin (v) maddesi; *"embriyo ve fetüs üzerinde uygulanacak tedavinin patolojik olmayan kalıtımsal özellikleri (non-pathological hereditary characteristics) etkilememesi ve ırk seçimi (racial selection) amacıyla da kullanılmaması gerekir"* demektedir. YILDIRIM; **a.g.ylt.**, s. 13. Almanya'da ise, PID + IVF *(yapay döllenme esnasında genetik tanı)* öjenik veya cinsiyet seçimi gibi amaçlarla kullanılabileceği için 1.1.1991 tarihinde yürürlüğe giren 13.12.1990 tarihli Alman Embriyonun Korunmasına Dair Kanun *(Embryonenschutzgesetz)*, embriyo üzerinde genetik tanı amacı ile araştırma yapılmasını ve bireysel çıkarlar için kullanılmasını yasaklamıştır (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ESchG). Elisabeth HİLDT; **"Preimplantation Diagnosis In Germany?"**, Biomedical Ethics, Vol.1, No.2, 1996, s. 2 vd.

[145] NOMER; **a.g.m.**, s. 545, CİHAN; **a.g.e.**, s. 17-18, ATEŞ; **a.g.m.**, s. 332, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 188, YILDIRIM; **a.g.ylt.**, s. 4 vd., Ergun ÖZSUNAY; **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 5. b.s., İstanbul, 1982, s. 113.

[146] NOMER; **a.g.m.**, s. 545, ACABEY; **a.g.e.**, s. 176, ATEŞ; **a.g.m.**, s. 333, Mehmet AYAN; **"Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk"**, Ankara, 1991, s. 41, ÖZSUNAY; **a.g.m.**, s. 113. Doktrinde homolog döllenme için "Türdeş suni ilkah" ve "Evlilik içinde suni ilkah"; Heterolog döllenme için "Türdeş olmayan suni ilkah" ve "Evlilik dışı suni ilkah" terimleri de kullanılmaktadır. Bkz. CİHAN; **a.g.e.**, s. 20, ATEŞ; **a.g.m.**, s. 332-333.

[147] ATEŞ; **a.g.m.**, s. 333, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 189-190. ACABEY; **a.g.e.**, s. 173-174.

[148] Scott B. RAE; **"Brave New Families?- The Ethics Of New Reproductive Technologies"**, Christian Research Institute, 2005, [(Çevrimiçi) http://www.equip.org/free/DD135.htm], 07.03.2005, s. 4.

döllenme biçiminde *"karışık döllenme"* ve ölümden sonra döllenme *(post-mortale)* şekilleri de söz konusu olabilmektedir[149].

Çalışmamızın bu kısmında yukarıda bahsedilen yapay döllenme yöntemlerine yol açtığı sorunlar ve bunlara ilişkin hukuki düzenlemelere değinilecektir.

### C. Ülkemizde Yapay Döllenmeye İlişkin Hukuki Düzenleme

Ülkemizde yapay döllenmeye ile çocuk edinilmesine ilişkin olarak herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Bu alanda ilk olarak Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 21 Ağustos 1987 tarihinde 19551 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan *"İn-vitro Fertilization ve Embryo Transferi Merkezleri Yönetmeliği"* çıkartılmıştır. Yönetmelik, 19 Kasım 1996, 11 Ocak 1998 ve 8 Temmuz 2005 tarihlerinde üç defa değişikliğe uğramış[150] ve ilk değişiklikte adı *"Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği"* olarak değiştirilmiştir[151]. Esasen söz konusu yönetmelikte yardımcı üreme teknikleri ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Yönetmelikte düzenlenen temel konular; İn-vitro Fertilizasyon (tüp bebek) ve embriyo transferleriyle ilgili olarak kurulacak merkezler ve bu merkezlerin denetimi ve bunları yapacak olan kurullar, merkezlerin kurulması ve açılmasına izin ve ruhsatname verilmesi, merkezlerde bulunması gereken araç-gereç ve personel ile ilgili hususlardır. Bunun dışında Yönetmeliğe göre üremeye yardımcı üreme tekniklerinden kasıt; *"anne adayının yumurtası ile kocasının spermini çeşitli yöntemlerle döllenmeye daha elverişli hale getirerek, gerektiğinde vücut dışında döllenmeyi sağlayıp, gametlerin ve embriyonun anne adayının genital organlarına transferini ifade eden ve modern tıpta bir tedavi yöntemi olarak kabul edilen uygulamalar"* dır (Yönetmelik m. 4/f). Yönetmeliğin "Hasta Seçim Kriterleri"ne ilişkin, 2 numaralı ekinde kimlerin üremeye yardımcı tekniklerden yararlanabileceğini belirtmiştir. Buna göre;

---

[149] Birinci halde, birden çok erkeğin sperminin karıştırılarak bir kadının döllenmesi için kullanılması; ikinci halde de, artık hayatta olmayan erkeğin hayatta iken alınmış ve dondurulmuş spermlerinin onun dul karısı veya herhangi bir kadının döllendirilmesi için kullanılması söz konusudur.

[150] RG. T. 19.11.1996 S. 22822 ve RG. T. 28.1.1998 S. 23244 ve RG. T. 08.07.2005 S. 25869.

[151] Bundan böyle "Yönetmelik" olarak anılacaktır.

1. Üremeye yardımcı tedavi yöntemlerinden ancak evli çiftler yararlanabilir;
2. Tedavide ancak evli çiftlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılabilir;
3. Evli çiftlerin diğer tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olamadıklarını belgelemiş olmaları gerekir.

Açıkça görüldüğü üzere, Yönetmelik embriyo nakli, sperm bağışı, yumurta bağışı ve taşıyıcı anneliğe izin vermemektedir. Bunun dışında, halk arasında "tüp bebek" olarak bilinen yapay döllenme tekniği, Gamet Transferi ve Mikroenjeksiyon teknikleri ile sadece evli çiftlere ait üreme hücreleri kullanılarak gerçekleştirilen yapay döllenme teknikleri kullanılmasını mümkün kılmaktadır.

8 Temmuz 2005 tarihinde 25869 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren *"Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik"* ile artık üremeye yardımcı tedavi merkezlerinin çalışma yapabilmesi için Sağlık Bakanlığı'ndan izin alınması gerekecektir (m. 7/.f.2). Bünyesinde birden fazla kadın hastalıkları ve doğum kliniği bulunan hastanelerde de tek bir merkez açılmasına izin verilecek (m. 7/ f.2) . Merkez sahibi değişik illerde ve bir ilde birden fazla merkez açabilecek (m. 7/ f.2). Üçten fazla embriyo transfer edilemeyecek (m. 17/ f.2, c.1). Yaş faktörü, embriyo kalitesi ve benzeri tıbbi zorunluluk hallerinde üçten fazla embriyo transfer edilmesi durumunda uygulamayı yapan tabip gerekçesini belgelendirmek zorunda olacak (m. 17/ f.2, c.2). Üreme hücreleri ve gonad dokuları saklanamayacak (m. 17/ f.3, c.1). Ancak tıbbî zorunluluk hallerinde üreme hücreleri (testis, sperm, yumurtalık) ve gonad dokuları saklanabilir (m. 17/ f.3, c.2) Saklanan üreme hücreleri ve gonad dokuları evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılamayacak (m. 17/ f.3, c.3). Dondurulan üreme hücreleri ve gonad dokuları alınan kişinin isteğine göre imha edilebilir (m. 17/ f.3, c.4). Yönetmelikte göze çarpan en olumlu değişiklik, çoğul gebelik ve prematüre bebek riskini en aza indirmek için, üçten fazla embriyo transferini yasaklanmasıdır. Yine bu değişikliğe göre, tıbbi zorunluluk bulunduğu durumlarda gonad dokuları ve üreme hücreleri saklanabilecektir. Bu durumda örneğin, kemoterapi tedavi gören kanser hastası bir erkeğin spermlerinin ölmesi tehlikesi karşısında spermleri saklanabilecektir.

Açıkça görüleceği üzere yapay döllenmeye ilişkin tek hukuki düzenleme olan *"Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği"* nde, sadece evli kişilere ait üreme hücreleri kullanılarak yapay döllenmenin gerçekleştirilmesine izin verilmektedir. Buna göre, sperm bağışı, yumurta bağışı, embriyo nakli ve taşıyıcı annelik uygulamaları ülkemizde yasaktır. Bu son değişiklikte sadece, öngörülen esaslara uymayan Merkezlerin ruhsatnamelerinin iptali yaptırımı öngörülmüş; bunun ötesinde bu yasaklara aykırı hareket edenler için herhangi bir yaptırım öngörülmemiştir.

Bunun da ötesinde, bilindiği gibi artık birçok batılı ülkede yapay döllenme yoluyla çocuk sahibi olma en az evlat edinme ile çocuk sahibi olma kadar önemli bir yere sahip olmuştur. Birçok ülke gerek olumlu gerekse olumsuz olarak yapay döllenme gerçeğine karşı düzenlemeler yaparken; ne yazık ki Türkiye'de kanun koyucu yeni Medeni Kanunumuz düzenlenirken bu konudaki sıkıntılara çözüm getirme konusunda suskun kalmayı tercih etmiş olup, bu kadar önemli konuları, çözüm getirmekten uzak olan Yönetmeliğe bırakmıştır. Yapay döllenme gerçeği o kadar göz ardı edilmiştir ki, babalık karinesinin tespiti bakımından MK. m. 288 ile 302 hükümlerinde doğal döllenmeyi ifade eden "cinsel ilişki" ibaresi kullanılmaya devam edilmiştir. Bir an önce bu yasaklara uyulmadığı takdirde uygulanacak yasal müeyyideler ve bu uygulamaların yaratabileceği hukuki sorunlar gibi ciddi konulara Yönetmelik gibi idari bir tasarruf yerine yapılacak kanuni bir düzenleme ile açıklık getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.



düzeltme

## D. Soybağı Alanında Yapay Döllenme Yöntemlerinin Kullanılması İle Ortaya Çıkan Hukuki ve Biyoetik Sorunlar

### 1. Eşlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması (Homolog Döllenme) Durumunda Soybağı

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, homolog döllenme, evlilik birliği içerisinde eşlere ait üreme hücrelerinin kullanılması ile gerçekleştirilen döllenmedir[152]. Bu yönteme genellikle sperm hücrelerinin herhangi bir nedenle *(sperm sayısının düşük olması, kalitesinin düşük olması vs.)* kadın yumurtasına erişemediği veya yumurta zarını aşamadığı durumda başvurulur[153].

Evlilik birliği içerisinde gerçekleştirilen homolog döllenmenin, karı ve kocanın rızalarının alınması şartıyla, hukuka uygun olduğu konusunda öğretide görüş birliği vardır[154]. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu döllenme metodunun tedavi niteliğinde olduğu, bundan dolayı da kişilik hakkına tecavüz oluşturmayacağı ve toplumun genel ahlakına ve dini inançlarına ters düşmeyeceği düşünülmektedir[155]. Homolog döllenme tıbbi müdahalelere ilişkin genel esaslara tabidir[156]. Döllenmenin

---

[152] Evlilik benzeri birliktelik içinde yaşayan çiftlerin *(Konkubinat)* üreme hücrelerinin kullanıldığı yapay döllenmenin de bazı yazarlar tarafından "Homolog Döllenme – *quasi homologe insemination*" grubuna sokulduğu görülmektedir. Susanne KNOOP; **"Recht Auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt"**, KOPS Datenbank, (Dissertation), 2004, [(Çevrimiçi) http://www.ub.uni-konstanz.de/kops/volltexte/ 2005/1489/], 07.03.2005, s. 17-18. Ancak, bu tür döllenmelerin hukuki açıdan Heterolog döllenme grubuna sokulması daha uygundur olduğu görüşünde bkz. ACABEY; **a.g.e.**, s. 176.

[153] ÖZGÜR / IŞIKOĞLU / SELEKER; **"Yardımcı Üreme Teknolojileri"**, Antalya, 2002, s. 9.

[154] HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 296, NOMER; **a.g.m.**, s. 556-557, ÖZTAN; **Aile Hukuku**, s. 406, ACABEY; **a.g.e.**, s. 182, AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 337, BAFRA; **a.g.m.**, s. 61, ATABEK; **a.g.m.**, s. 621, ATEŞ; **a.g.m.**, s. 332, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 189-190, CİHAN; **a.g.e.**, s. 59.

[155] BAFRA; **a.g.m.**, s. 62, AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 338, Faruk EREM; **"Döllenme Özgürlüğü"**, Yasa Der., Temmuz-1980, s. 8, "Yani, Homolog suni ilkah, müsaade edilmiş, rıza gösterilmiş, cezalandırılması söz konusu olmayan tıbbi müdahaledir", CİHAN; **a.g.e.**, s. 20. Diyanet İşleri Başkanlığı'nın da yapay döllenmenin kocadan alınan spermle sağlanmasının dine aykırı olmadığı şeklinde görüş belirtmiştir. Bkz. Tüp Bebek başlıklı ve 01.05.2002 tarihli Din İşleri Yüksek Kurulu Kararları, **[http://www.diyanet.gov.tr/turkish/karar].** İslamiyette sperm ve yumurta bağışının ve taşıyıcı anneliğin caiz olmadığı konusunda geniş bilgi için bkz. Gamal I. SEROUR; **"Reproductive Choice: A Muslim Perspective In The Future Of Human Reproduction"**, Clarendon Press, 1998, s. 195-202.Buna karşılık, Katolik Kilisesi'nin yapay döllenmenin her türlüsüne karşı olduğu belirtilmektedir. Bernard M. DICKENS; **"Ethical Issues Arising From The Use Of Assisted Reproductive Technologies"**, Geneva, 2001, s. 331-332.

[156] Tıbbi müdahalelerde, prensip olarak, hekimin müdahalesinin kişilik hakkına aykırı müdahale teşkil etmemesi için, hastanın ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmayan rızasına ihtiyaç vardır. Bunun yanında, müdahalenin hukuka aykırı olmaması için rızanın yanında, ayrıca müdahalenin tedavi amacı

yapılmasından önce hekim, tarafları kapsamlı olarak aydınlatmak ve bu aydınlatmaya dayalı rızalarını almak zorundadır[157].

Homolog döllenme sonucu dünyaya gelen çocuğun soybağının belirlenmesi konusunda kanunun lafzından ayrılmamak gerekir. Yeni Medeni Kanunumuzun "Babalık Karinesi" başlığı altındaki 285. maddesinin birinci fıkrasında; *"Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır"* denilmektedir. Burada kanunkoyucu, evlilik ürünü olan çocuklar yönünden, kocayı baba sayan bir *"babalık karinesi"* ortaya koymuştur. Sözü geçen karine çürütülebilen (aksi ispatlanabilen) bir karinedir[158]. Açıkça görüldüğü üzere, babalık karinesinin temelini "cinsel ilişki" değil, "kocalık" oluşturmaktadır. Bu esasa göre, yapay döllenme ile doğan çocuğun belirlenmesinde de evlilik içi nesep karinesi geçerlidir. Sonuç olarak, evlilik birliği içerisinde kocaya ait sperm ve kadına ait yumurta kullanılmasında (Homolog döllenme) hukuki olarak herhangi bir sorun yaşanmamaktadır. Buna göre, evli çiftler arasında yapılan Homolog döllenme sonucunda meydana gelen çocuğun soybağı, döllenmenin evlilik sürerken gerçekleşmesi veya çocuğun evlilik içinde doğması koşuluyla veya evlilik sona erdikten itibaren 300 gün içinde doğan çocuklar, babalarına hukuki soybağı ile bağlı olacaklardır. Bir başka deyişle, bu şartlar altında dünyaya gelmiş olan çocuklar evlilik içinde doğmuş sayılır ve başka bir işleme gerek kalmaksızın doğrudan hukuki soybağına sahip olur. Burada sorun kocanın, çocuğun kendisinden olmadığını düşündüğü halde, MK. m. 286 uyarınca soybağının reddi davası açıp açamayacağı noktasında oluşmaktadır. Doktrinde baskın olarak, sperm hücresinin kocaya ait olduğu Homolog döllenmede, kocanın ister rızası ve bilgisi dışında isterse rızasıyla

---

gütmesi, iyileştirici nitelikte olması, müdahalenin meslekte yetkili kişiler tarafından ele alınması ve tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılması gereklidir. Serap HELVACI; **Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, Beta, 1.b.s., İstanbul, 2001, s. 52-53, H. BALCI; **Hekimin Yasal Sorumlulukları**, İzmir, 1995, s. 95-96.

[157] ÖZSUNAY; **Gerçek Kişiler**, s. 113 vd, CİHAN; **a.g.e.**, s. 49,100, HELVACI; **a.g.e.**, s. 52 vd, AYAN; **a.g.e.**, s. 12-14, OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY; **a.g.e.**, s. 118-119, Eşlerden birinin rızası alınmadan yapılan homolog döllenme hukuka aykırıdır. Aynı şekilde hekim de, eşler ve çocuk açından koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Kısırlık oranı çok yüksek olması, gebeliğin kadın için hayati tehlike taşıması ve kocanın genetik hastalığının olması halinde eşlerde homolog döllenme yapılmaması gerekir. AYAN; **a.g.e.**, s.40-42.

[158] HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 289, OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 199, ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA; ; **a.g.e.**, s. 1050, SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005**, s. 169, AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 288, FEYZİOĞLU / ÖZAKMAN / SARIAL; **a.g.e.**, s. 422, KÖPRÜLÜ / KANETİ; **a.g.e.**, s. 208 vd.



düzeltme

gerçekleşmiş olsun yani sperminin gizlice kullanılmış olması durumunda dahi soybağının reddedilemeyeceği savunulmaktadır[159]. Bu görüşün ortak noktası, tecavüze uğrayan bir kadın nasıl çocuğun annesi olmayı isteyip istemediğine bakılmaksızın, anne olarak kabul ediliyorsa veya ayırt etme gücüne sahip olmayan biri de baba olabiliyorsa, yapay döllenmeye rıza gösteren spermin sahibi koca da baba olarak kabul edilmeli ve soybağını reddedememelidir. Ancak kanaatimizce bu tespit isabetli değildir. Zira kıyas ancak birbirine benzer durumda yapılmalıdır. Ayırt etme gücüne sahip olmayan bir erkeğin durumu ile yapay döllenmeye rıza gösteren bir erkeğin kendi spermleri dışında başka birine ait spermin kullanılması durumu ve de tecavüze uğrayan kadının durumu birbirinden farklıdır. Üstelik soybağının reddi davası açma hakkı kişilik işlemi hakkıdır ve önceden bu haktan feragat mümkün değildir.

Homolog döllenme açısından bir diğer problem; karışık döllenme yani döllenmede sperm kokteyli kullanılması ve kocanın ölümünden sonra *(post-mortale Insemination)* ondan alınan spermlerin kullanılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Döllenmede sperm kokteyli kullanılmışsa, şayet kokteylin içinde kocanın spermleri kullanılmışsa yine kocanın (kural olarak) baba sayılması gerektiği savunulmaktadır[160]. Görüleceği üzere, böyle bir durumda Homolog ve Heterolog döllenme bir arada bulunmaktadır. Kanaatimizce, kocanın yapay döllenmeye rızası olmakla birlikte, başkalarına ait spermler (kendi spermi de kullanılmasa bile), onun ve karısının rızası dışında, üçüncü bir kişinin iradesi veya yanlışlıkla kullanılmışsa, koca yine de çocuğun soybağını reddedebilir[161]. Zira soybağının reddi hakkı kişiye sıkı surette bağlı bir haktır ve önceden bu haktan feragat edilebilmesi mümkün değildir[162]. Kocanın ölümünden sonra (post-mortale) döllenme ise bugün artık Kıta Avrupasında hukuka uygun kabul edilir hale gelmiş ve bazı ülkelerde buna uygun yasal düzenlemeler yapılmaya başlamıştır. Bunlardan birisi Yunanistan'dır. Yunanistan'da 3089/2002 sayılı İnsan Üremesinde Tıbbi Yardım Hakkındaki Kanunu[163], nu kabul

---

[159] HATEMİ / SEROZAN (SEROZAN); **a.g.e.**, s. 296, NOMER; **a.g.m.**, s. 579, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 189, SEROZAN; **a.e.**, s. 182-183.

[160] ACABEY; **a.g.e.**, s. 183.

[161] HATEMİ; **Aile Hukuku- Sınava Hazırlık Kitabı**, s. 104.

[162] Nitekim tecavüze uğrayan bir kadın da anne olabilmektedir.

[163] Resmi Gazete No. A' 327/2002. Geniş bilgi için bkz. İrini Kiriakaki; **"Yeni Yunan Üreme Tababet Kanunu"**, Hukuki Perspektifler Dergisi, S:3, Nisan 2005, s. 206.

edilerek, hem evli çiftlerin hem de birlikte yaşayanların post-mortale döllenmelerine izin verilmiştir.

Bir diğer problem arz eden durum da artık hayatta olmayan kocadan, ölmeden önce alınan spermlerin dondurulması ve ölümünden sonra yapay döllenmede *(post-mortale)* kullanılması halinde ortaya çıkmaktadır[164]. Böyle bir durumda cevaplandırılması gereken soru, ölen kocanın, doğan çocuğun babası sayılıp sayılamayacağıdır. Ancak, hemen belirtelim ki, bir kimsenin ölümünden sonra spermlerinin yapay döllenmede kullanılmasını, genellikle birçok ülke yasaları yasaklamakla beraber ve öğretide de olumsuz karşılanmaktadır[165]. Yine, ölüden döllenmeye elverişli sperm almak, ölümden sonra belli bir süre içinde mümkün olabilmektedir. Bu spermlerle yapılan yapay döllenmenin, ölünün anısına ve cesede

---

[164] ATABEK, **a.g.m.**, s. 616 vd., NOMER; **a.g.m.**, s. 579, ACABEY; **a.g.e.**, s. 183, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 189, HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 268.

[165] İsviçre'de 18.12.1998 tarihli "Tıbbi Yöntemlerle Desteklenen Üreme Hakkında Federal Kanun-*(Bundesgesetz über die Medizinisch Unterstütze Fortpflanzung)*" ile, ölümden sonra üreme hücrelerinin kullanılması yasaklanmış (Art.3 / Abs. 4) ve aksine davrananlar için hapis cezası veya 100.000 Frank'a kadar para cezası öngörülmüştür (Art. 37/b). Kanun metni için bkz. [(Çevrimiçi) http://www.weblaw.ch/Juristische Datenbank], 14.04.2005. Fransa'da ise, 1994 yılında çıkan yapay döllenme ile ilgili yasalarla, eşlerden birinin ölümünden sonra yapay döllenme tamamen yasaklanmıştır. Kanun metinleri için bkz. *Journal Officiel*,29 Temmuz 1994, s. 11024. Daha sonra Anayasa Konseyi biri *insan vücudundan elde edilen ürün ve parçaların kullanılmasına ve bağışlanmasına* ilişkin; diğeri de tıbbi *yollarla döllenme ve doğum öncesi teşhis* konularını düzenleyen bu iki kanunun, insan onuruna saygı, bireysel özgürlük, ailenin hakları, sağlık hakkı, yasam hakkı ve nesep hakkı açılarından incelemiş ve söz konusu düzenlemelerin Anayasaya uygun olduğu sonucuna varmıştır. Kemal GÖZLER; **"Fransız Anayasa Konseyi Kararları Kroniği: 1994"**, AÜHFD, C: 44, S: 1-4, 1995, s. 809-819. Aynı şekilde Almanya'da da 1.1.1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu ölümden sonra yapay döllenmeyi yasaklamış ve buna aykırı davrananların üç yıla kadar hapis veya para cezasıyla cezalandırılacaklarını öngörmüştür (§ 4/ Ziff.3). İngiliz Hukuku'nda post mortal olarak gerçekleştirilen yapay döllenme yasak değildir ancak ölen koca baba sayılmamaktadır (Human Fertilization and Embryology Act 1990, section 28 / 6-b). Ancak, Yüksek Mahkeme'nin verdiği bir kararda bu kuralın Avrupa İnsan Hakları 8.maddesi'ne aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle uygulanmaması gerektiğine karar vermiştir. 2003 yılında "Human Fertilization and Embryology Act 1990" (İnsan Döllenmesi ve Embriyoloji Kanunu)' da yapılan değişiklikle, kadının doğumdan itibaren 42 gün içinde başvurması üzerine, ölen kocanın çocuğun nüfus kâğıdında "baba" olarak tescil edilebileceğini öngörmektedir. (Human Fertilization and Embryology Act 2003 (Deceased Fathers) Section 28 /5-A,I) Chantall GILL'ARD; **"Law and Morality in Assisted Reproductive Technology Case study on the Leeds Teaching Hospitals NHS Trust *v* Mr.& Mrs. A. & Others"**, *PSLJ*, Vol. 4, August 12, 2004, s. 47. Fransa'da Yüksek Mahkemenin karara bağladığı bir olayda; evli çift yapay döllenme gerçekleştirmek üzere kliniğe başvururlar ve döllenme gerçekleştirilmek üzere kocadan sperm hücreleri alınır. Ancak döllenme gerçekleştirilmeden koca ölür ve bunun üzere karısı kliniğe başvurarak ölen kocanın spermleri ile post-mortem olarak döllenme yapılmasını talep eder. Kliniğin bu talebi red etmesi üzerine ölen kocanın karısı yasal yollara başvurur. Ancak kadının bu talebi hem yerel mahkeme hem de Yüksek Mahkeme tarafından 27.9.1994 tarihli "Yardımcı Üreme Tekniklerine Dair Kanunu"nun 9. maddesine göre reddedilir. Bkz. JOURNIAC; Council of Europe; **"Digest Of Selected Medical Law and Bioethics Cases"**, Strasbourg, 1998, s. 22.

karşı saygısızlık ve hakaret suçu oluşturduğu ileri sürülmüştür[166]. Burada ilk cevaplandırılması gereken soru, bu yolla (ölen kocanın spermleriyle) döllenen çocukların, MK. m. 285 / f.1'de öngörülen babalık karinesinin kapsamına girip girmeyeceğidir. Öğretide hakim görüşe göre; ölen kocanın dondurulmuş spermi ile yapay döllenme gerçekleştirilmiş ve çocuk da evliliğin sona ermesinden itibaren 300 geçmeden önce dünyaya gelmiş ise, o taktirde çocuk karineden yararlanır[167]. Aksi görüşte olanlar ise, spermin sahibinin ölümle birlikte sperm üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiğini ve dolayısıyla "çocuk yapmasının" mümkün olmadığı gerekçesiyle kendi ölümünden sonra spermi kullanılan kişinin babalığına hükmedilememesi gerektiğini savunmaktadır[168]. NOMER ise, çocuğun kişiliğinin sağ olarak doğmak koşuluyla ana rahmine konulduğu andan itibaren başlayacağını ve dolayısıyla döllenmiş yumurtanın evliliğin sona ermesinden önce ana rahmine konulmadıkça çocuk ile baba arasında hukuki soybağının kurulamayacağını savunmaktadır[169].

Bizce, böyle bir durumda "çocuğun yararı" üstün tutularak bir karara varmak gerekir. Bu durumda kanunun sözüne bağlı kalınması ve evlilik sona erdikten (babanın ölmesinden) itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun karineden faydalanması gerektiğini düşünmekteyiz. Bunun bir sonucu olarak da, bu durumdaki çocuk, kocanın yasal mirasçısı olarak kabul edilmelidir.

Özellik arz eden bir diğer durum, tüpte gerçekleştirilen döllenmede *(IVF)*, - *embriyonun dondurulması söz konusu olmaksızın* - döllenmenin kocanın sağlığında gerçekleştirilmesine rağmen koca öldükten sonra ana rahmine yerleştirilmesi ve çocuğun evlilik sona erdikten itibaren 300 gün sonra dünyaya gelmesi durumudur. Nitekim kanun kural olarak, 300 gün geçtikten sonra doğan çocuğun evlilik ürünü

---

[166] BAFRA; **a.g.m.**, s. 65.

[167] NOMER; **a.g.m.**, s. 579–580, ACABEY; **a.g.e.**, s. 186 vd., Şahin AKINCI; **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar**, 1996, s. 235, CİHAN; **a.g.e.**, s. 63, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 189.

[168] Geniş bilgi için bkz. NOMER; **a.g.m.**, s. 580.

[169] Haluk N. NOMER; **"Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri"**, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000; **a.g.m.**, s. 580-581. Karşılaştırmalı hukukta ceninin hukuksal durumu için bkz. Ergun ÖZSUNAY; **"Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar"**, Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998, s. 9 vd. Warnock Raporu'nda yer alan bir görüş de kişiliğin döllenmeden itibaren 14. günde başladığını, zira bazı sinir hücrelerinin oluşmaya başladığı bu dönemde ana rahmine tam olarak yerleşme meydana geldiğini savunmaktadır: Norman M. FORD; **"When Did I Begin? Conception of the Individual in History, Philosophy and Science**, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, s. 480.

olduğunun ispatına imkân tanımıştır. Medeni Kanunumuzun 285. maddenin ikinci fıkrasında; evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra doğmuş olsa bile, "ananın evlilik sırasında *gebe kaldığının"* ispatlanması durumunda, çocuğun babalık karinesinin kapsamında sayılacağı öngörülmüştür. NOMER, çocuğun hak ehliyetinin, sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düştüğü andan başladığını düzenleyen yasa hükmüne dayanarak (MK.m.28/ f.2), çocuğun evlilik ürünü olduğunun ispatı olarak yapay döllenmenin evlilik sona ermeden önce gerçekleşmiş olmasının yeterli görülmemesini; en azından ana rahmine yerleştirilmiş olması gerektiğini savunmaktadır[170]. Yazar, ana rahmine konulmadıkça döllenmiş yumurtanın akıbetinin belli olmaması sebebiyle, bütün hukuki sonuçların askıda bir duruma bağlanmasının isabetsiz olacağını ileri sürmektedir. ACABEY ise, embriyonun dondurulup çok sonra ana rahmine yerleştirildiği durumlar bir tarafa bırakılacak olursa, çocuğun evlilik ürünü sayılabilmesi için evlilik sona ermeden önce ana rahmine yerleşmiş olma şartını aramanın her zaman hakkaniyete uygun olmayabileceğini ifade etmektedir. Yazar, döllenmiş yumurtanın yaklaşık iki hafta (14 günlük) bir sürede ana rahmine yerleştirilmesi gerektiğini ve soybağını da bu sürenin hesaba katılarak belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır[171]. Yazara göre, tüpte döllenen çocuğun, *(embriyo veya spermin dondurulması söz konusu olmaksızın)* evlilik devam ederken kocanın spermleri ile döllendiği ve normal süresi (yaklaşık iki hafta) içinde ana rahmine yerleştirildiği ispat edilirse ve kocanın da bu süre içinde fakat embriyo ana rahmine yerleştirilmeden öldüğü takdirde, çocuk 300 günden sonra doğmuş olsa bile ölen kocaya evlilik ürünü çocuk gibi bağlanabilmeli ve mirasçısı sayılabilmelidir[172]. Bununla beraber her iki görüşe göre de, eğer *embriyo dondurulmuş* ise ve koca öldükten çok sonra gebelik gerçekleştirilmişse, artık çocuk babalık karinesinin kapsamında sayılmamalıdır[173]. Bu durumda, çocuk ile ölmüş koca arasındaki soybağı ancak babalık davası yoluyla mümkün olabilecektir (MK. m. 301vd.). Bu durumdaki çocukların mirasçılığı konusunda NOMER; çocuğun mirasçı olabilmesi için dışarıda döllenen yumurtanın evlilik sona ermeden önce en azından ana rahmine düşmüş olması gerektiğini (MK.m.580, 582), aksi takdirde evlilik sona ermeden önce

[170] NOMER; **a.g.m.**, s. 580.
[171] ACABEY; **a.g.e.**, s. 189 vd.
[172] ACABEY; **a.g.e.**, s. 192.
[173] NOMER; **a.g.m.**, s. 580 vd, ACABEY; **a.g.e.**, s. 192.

döllenmiş ancak ana rahmine yerleştirilmemiş çocuğun mirasçı olamayacağı görüşündedir[174]. ACABEY ise; çocuğun babaya hukuken bağlanabildiği durumlarda, ana rahmine düşmüş olma şartının gerekçe gösterilerek mirastan mahrum bırakılmalarının, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağı görüşündedir[175]. ÖZSUNAY ise, MK' a göre (YMK. m. 580, 582) dondurulmuş embriyolarda, ceninin sağ doğması halinde mirasçı olabileceğini, ölü doğan çocuğun mirasçı olamayacağını ifade etmektedir[176]. Kanunkoyucu mirasçılık konusunda 582. maddede *"cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz"* dedikten sonra, 643. maddede *"mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğumuna kadar ertelenir"* demek suretiyle MK. m. 28/ f.2'deki kural gereği ceninin sağ ve tam doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren mirasçı olma hakkına sahip olacağı vurgulanmaktadır.

Kanaatimizce, bu sorunun çözümü için pozitif hukukumuzda kullanılan ancak tıbbi gelişmeler sonucu çok daha teknik ve karmaşık anlamlar ifade edebilen kavramlara açıklık getirilmelidir. Medeni Kanunumuzun ifade ettiği "gebe kalma" kavramını sadece normal yollardan döllenme ile oluşan ceninin ana rahmine yerleştiği ilk an olarak anlamak, gelişmekte olan yardımcı üreme teknikleri ile beraber düşünüldüğünde doğru olacak mıdır? İngiltere'de 1990 tarihli *"Human Fertilization and Embryology Act"* döllenmenin "iki hücre zigot görünümünün (appearance of a two cell zygote) oluştuğu anda tamamlandığını kabul etmekte ve döllenmenin tamamlandığı bu durumdaki hücreleri "Embriyo" olarak nitelendirmektedir (Section 1 /a-b)[177]. ABD'nde Milli Sağlık Enstitüsü İnsan Embriyosu Araştırma Paneli Raporu'nda (NIH Human Embryo Research Panel) "tüpte döllendirilmiş, ancak henüz rahime nakledilmemiş ya da yerleştirilmemiş yumurta *"preimplantation embryo"* olarak anılmaktadır[178]. Yine, Warnock Komitesi Raporu'nda, döllenme anından 14.

---

[174] NOMER; **a.g.m.**, s. 580-581.

[175] ACABEY; **a.g.e.**, s. 191.

[176] Yazarın, dondurulmuş embriyoların, genetik ana-babanın ölmesi nedeniyle, başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi durumunda, doğacak çocuğun ölen çiftin yasal mirasçı olacağını ifade etmesi, hukuki soybağını esas alan Miras Hukukumuz sisteminde isabetli değildir. Bkz. ÖZSUNAY; **a.g.m.**, s. 30. Çünkü, genetik anne ile biyolojik annelik farklı olduğu durumlarda dahi MK. m. 281 /f.1' e göre, hukuki soybağı biyolojik anne (doğuran kadın) ile çocuk arasında kurulur.

[177] Kanun metni için bkz. **[Çevrimiçi http://www. hmso.gov.uk/acts/acts1990].**

[178] Dianne N. IRVING; **"When Do Human Beings Begin?"**, International Journal of Sociology and Social Policy, Vol. 19 /3-4, 1999, s. 32 vd.

günün sonuna kadar geçen dönemdeki insan organizması için "Embriyo öncesi" *(preembryo)* terimi kullanılmakla beraber, her iki raporda da "embriyo öncesi" organizmanın rahime nakledilmeye elverişli, araştırma yapılabilir ve kişilikten yoksun olan bir varlık olduğu belirtilmiştir[179]. "Döllenme" ise, *in vivo veya in vitro* olarak her ikisinde de, erkek üreme hücresinin *(sperm)* ile kadın üreme hücresinin *(oocyte)* karşılaşmasından itibaren 24 saat sonra gerçekleşir. Bu andan itibaren hamilelik süreci ister tüpte *(in vitro)* isterse rahim içinde *(in vivo)* olsun işlemeye başlar[180]. Döllenmenin dış ortamda söz konusu olduğu zaman, hak ehliyetinin de dolayısıyla kişiliğin de bu andan itibaren başlaması gerektiğini düşünmekteyiz. Nitekim döllenmenin olmasından itibaren müstakbel insanın yani *nucleinin* çekirdeği açılmakta ve DNA yapısı bu anda oluşmuş bulunmaktadır [181]. Ancak, hak ehliyetinin başlangıcı için döllenme anına önem verilmesi, ceninin ana rahmine transferinden önce hukuki bir varlık kazandığı anlamına gelmemektedir. Bunun için, sağ ve tam doğum şartı *(geciktirici şart)* yine aranır[182]. Ceninin kişiliğe sahip olması hukukun çeşitli alanlarında sonuç doğurur. Örneğin, cenin doğmadan babası öldürülmüşse, sağ olarak doğduğunda babasının ölümünden sorumlu olanlardan destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir (BK. m. 45/ f.2). Nitekim mirasçılık konusunda kanun, cenini tam ve sağ doğmak koşulu ile bir hak süjesi olarak kabul etmektedir. MK. m. 582'ye göre; *"cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur. Ölü doğan çocuk mirasçı olamaz"*.

İsviçre Medeni Kanununa göre; kocanın ölümünden 300 gün sonra doğan çocuğun, babalık karinesinden yararlanabilmesi için; çocuğun, kocanın ölümden önce *döllenmiş olduğunun (gezeugt worden ist)* ispatlanması gerekmektedir (ZGB. n.F. Art. 255/ Abs. 2). Alman Medeni Kanunu'nda da, İsviçre Medeni Kanunundakine benzer

---

[179] Dame Mary WARNOCK; **Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilization and Embryology,** London, 1984, s. 27, 63, "Biyolojik anlamda 14 günlük süre içerisinde ana rahmine tutunma *(implantation)* mümkün olamamaktadır. 14. günden itibaren insan olmaya dair ilk belirti olarak kabul edilen *"primitive steak"* hücreleri oluşmaktadır". Largo Francesco VİTO; **" Official Statements – Against Experimentation on Human Embryos",** Bull. Med. Eth., 1996, Vol. 122, s. 9,10,11, IRVING; **a.g.m.,** s. 31-35, ÖZSUNAY; **a.g.m.,** s. 10.

[180] IRVING; ; **a.g.m.,** s. 40.

[181] Anthony ZIMMERMAN; **"Zygotes and Embryos Are People",** Homiletic and Pastoral Review, June, 2000, s. 5 vd. IRVING; **a.g.m.,** s. 22 vd.

[182] Biz sadece yaşam hakkı bakımından sağ ve tam doğum şartı olmaksızın ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olması gerektiğini düşünmekteyiz.

bir düzenleme yer almaktadır (BGB n. F. § 1593/ Abs. 1,2)[183]. Son 20 yıldır tüp bebek uygulamasının devam ettiği ülkemizde, Medeni Kanunumuzun hem soybağı hem de kişiler hukukunu düzenleyen kısımlarında, tıbbi gelişmelere uygun olarak, hem doğal yoldan hem de yapay yoldan döllenmeyi kapsayan *"döllenme"* kavramının esas alınması gerektiğini düşünmekteyiz[184]. Bununla beraber, embriyo öncesi dönemdeki araştırmalar ve ana rahmine yerleştirme için en uygun sürenin hesaplanarak, diğer bazı Batılı ülkelerdeki gibi bu embriyolar üzerindeki işlemlerin kontrol altına alınmasını düzenleyen ve kavramsal boşlukları dolduran hükümlere de ihtiyaç vardır[185].

Ülkemizde dondurulmuş embriyolara ilişkin olarak, Yönetmelikte 1996 tarihinde yapılan değişiklikte, dondurulmuş embriyolara ilişkin m.17/ f.2 hükmü eklenmiştir. Bu hükme göre; *"Adaylardan fazla embriyo alınması durumunda, eşlerden her ikisinin rızası alınarak, embriyolar dondurulmak suretiyle saklanabilir. Üç yılı geçmemek şartıyla, merkez tarafından tespit edilecek süre içinde, her iki eşin rızası alınarak aynı adaylarda kullanılabilir. Bu süre sonunda veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde, bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir"*. Görüldüğü üzere, dondurulmuş embriyoların ölümden sonra kullanılmasına izin verilmemekle beraber, buna aykırı davrananlara uygulanacak herhangi hukuki bir yaptırım da öngörülmemiştir. Bu hüküm 8 Temmuz 2005 tarihli, 25869 sayılı Resmi Gazete ile yürürlüğe giren yönetmelikle şu şekilde değiştirilmiştir: *Adaylardan fazla embriyo alınması durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanabilir. Beş yılı geçmemek şartıyla, merkez tarafından tespit edilecek süre içinde her iki eşin rızası alınarak aynı adayda kullanılabilir. Bu süre sonunda*

---

[183] Kanun metinleri için bkz. [(Çevrimiçi) http:// www.dejure.org/gesetze/BGB], 02.03.2005, [(Çevrimiçi) http://www.zivilgesetzbuch.ch], 02.03.2005.

[184] Aynı yönde bkz. HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 296. Cinsel ilişki gibi yapay döllenmenin de babalığa karine teşkil edeceği hususu, Avusturya hukukunda özel bir hükümle düzenlenmiştir (ABGB § 163, Abs. 1, Satz 2).

[185] Örneğin, bilimsel araştırma için alınmış embriyolar, döllenmeden itibaren 14 gün sonra imha edilmeli ve araştırmada kullanılan preembriyolar hukuki güvenlik bakımından daha sonra yapay döllenme (IVF) amacı ile kullanılmamalıdır. ACOG; **"Preembryo Research", Ethics In Obstetrics and Gynecology;** 2nd Edition, 2004, s. 98, Joseph G. SHENKER; **"Ethical Aspects of Advanced Reproductive Technologies"**, Annals Newyork Academy Of Sciences, Nr. 997, 2003, s. 19.

*veya eşlerden birinin ölümü veya eşlerin birlikte talebi veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde, bu süreden önce saklanan embriyolar derhal imha edilir".*

Dondurulmuş embriyoların mirasçı olup olamayacakları ve miras yoluyla edinilip edinilemeyecekleri ayrı bir tartışma konusudur[186]. Türk Hukukunda, çocuk, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olur (MK. m. 28/ f.2) ve MK, ceninin sağ doğması halinde mirasçı olacağını kabul etmiştir (MK. m. 582). Buradan yola çıkarak, dondurulmuş embriyoların, sağ doğması halinde, onun ölmüş babasına mirasçı olabileceğini ileri sürmek mümkündür[187].

## 2. Döllenmede Evli Olmayan Çiftlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması (Heterolog Döllenme) Durumunda Soybağı

Heterolog döllenme, evli bir kadına ait yumurta ile kocası dışındaki bir erkeğin spermiyle yapay yoldan döllenmesi (*sperm bağışı*) veya evli çiftlerin her ikisine de ait olmayan üreme hücrelerinin kullanılması (hem sperm hem de yumurta bağışının bir arada olması –*embriyo nakli*- veya evli erkeğe ait spermin karısına ait olmayan yumurta ile döllendirilmesi *(yumurta bağışı)* durumudur[188].

MK. m. 23/ f.3; *"Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamaz"* demektedir. Bu düzenlemeye göre biyolojik materyal olan sperm, yumurta ve rahim kullanımını içeren sözleşmelerin yapılmasının mümkün olduğu savunulmaktadır[189]. Ancak bu sözleşmenin karşı tarafı evliliğe zorlama hakkı, cebri icra ve ifaya zorlama hakkı vermediği bir eksik borç doğurduğu kabul

---

[186] ÖZSUNAY; **a.g.m.**, s. 30-31.

[187] ÖZSUNAY, dondurulmuş embriyoların bir başkasına implante edilmesi ve çocuğun sağ doğması halinde, onun, ölmüş ana veya babasının mirasçısı olabileceği görüşündedir (ÖZSUNAY; **a.g.m.**, s. 30). Ancak, dondurulmuş embriyonun, başka bir kadının rahmine yerleştirilmesi (implante edilmesi) ve genetik annenin ölmesi durumunda çocuğun ölmüş olan genetik annenin mirasçısı olacağını ileri sürmek, anne bakımından biyolojik esası kabul eden Medeni Kanunumuz açısından mümkün görünmemektedir. Zira, pozitif hukukumuzda *"anne, çocuğu doğuran kadındır"* (MK. m. 282/ f.1). Genetik ve biyolojik anneliğin ayrıldığı taşıyıcı annelik durumunda ortaya çıkan soybağı sorununa ilişkin açıklamalarımız için bkz. aşa. s. 16 vd.

[188] ACABEY; **a.g.m.**, s. 193, NOMER; **a.g.m.**, s. 545, 558-559, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 189-190, ATEŞ; **a.g.m.**, s. 333.

[189] Sinan YILMAZ; **Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim- "Surrogate Motherhood"**, yayınlanmamış ylt, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 126.

edilmektedir. Buna bağlı olarak da taraf edimini ifa ederse, bu ifanın geçerli olduğu ifade edilmekle beraber sözleşmenin ifasında uyuşmazlık çıkmaması halinde bu sözleşmenin ve gerekli diğer tüm yan edimlerin geçerli olacağı savunulmaktadır[190]. Ancak kanaatimizce bu yerinde bir tespit değildir. Çünkü üreme hücrelerinin (yumurta ve sperm), embriyonun ve rahim kullanımının organ ve doku nakli sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır[191]. Ülkemizde kabul edilen görüşe göre sperm ve yumurta bağışı, embriyo nakli ve rahim kullanımı organ ve doku nakli olarak değerlendirilmemektedir[192].

Heterolog döllenme, döllenmenin çeşidine göre ortaya çıkabilecek soybağı sorunlarını üç ihtimal dâhilinde sıralayalım:

### a. Evli Çifte Yumurta Bağışı

Yumurta bağışı, herhangi bir kısırlık sorunu olmayan kadınlardan geleneksel tüp bebek tedavilerinde olduğu gibi yumurta hücresi elde edilerek, bu yumurtaların, bir başka kadın için kullanılmasıdır[193]. Bu ihtimalde, verici kadından elde edilen yumurtalar alıcı kadının kocasının spermleri ile döllendikten sonra alıcı kadının rahmine transfer edilir[194]. Bu yola genellikle yumurtalıkların işlevini kaybettiği durumlarda başvurulur[195]. Bu uygulamadan sonra doğacak olan çocuk, genetik olarak babasının özelliklerini taşıdığı halde, onu doğuran kadının genetik özelliklerine sahip olmayacaktır. Bu durumda çocuğun annesi doğuran kadın mı yoksa çocuğun genetik

---

[190] YILMAZ; **a.g.ylt.**, s. 127.

[191] ATEŞ; **a.g.m.**, s. 330.

[192] ZEVKLİLER yalnızca yumurtalık naklinin organ nakli kavramı içinde mütalaa edilebileceğini savunurken, EREM; "bebek naklinin organ nakli olmadığını" ifade etmektedir. Bkz. ATEŞ; **a.g.m.**, s. 330.

[193] Yapay döllenmede başka bir kadından alınmış yumurta hücrelerinin kullanılması *(yumurta bağışı)*, *yumurtalık naklinden* tamamen farklıdır. Yumurtalık nakli teknik olarak bir organ nakli şeklinde yapılmaktadır ve organ nakline ilişkin hükümlere tabi olmaktadır. Burada, arızalı olan yumurtalık çıkartılarak yerine başka bir kadına ait yumurtalık nakledilmektedir. Yumurtalık naklinde işlevsiz olan kadın rahmi organ nakline ilişkin hükümler çerçevesinde işlev görür hale getirilmektedir. ZEVKLİLER (**Tedavi Amaçlı Müdahaleler**); s. 33.

[194] Alper MUMCU; **Yumurta Bağışı**", [(Çevrimiçi) http:// www.mumcu.com], 11.02.2005, ESHRE; "**III. Gamete and Embryo Donation**", Human Reproduction, Vol. 17, No.5, 2002, s. 1407-1408.

[195] ÖZGÜR / IŞIKOĞLU / SELEKER; **a.g.e.**, s. 13, MUMCU; **a.g.m.**, s. 1.

özelliklerini taşıyan yumurtanın sahibi mi olacaktır? Yoksa her ikisi de birden ı anne olarak kabul edilmelidir? Öğretide her üç görüş de savunulmaktadır[196].

Ülkemizde yapay döllenmeye ilişkin tek hukuki düzenleme olan *"Üremey Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği"* nde, sadece evli kişilere ait üreme hücrele kullanılarak yapay döllenmenin gerçekleştirilmesine izin verilmektedir[197] Kanaatimizce de yumurta bağışının yasaklanması isabetlidir. Nitekim Heterolog döllenmenin söz konusu olduğu durumlar, hem anne-baba hem de çocuk açısından çok boyutlu psikolojik sorunları beraberinde getirebilmektedir[198]. Ancak daha önce ifade ettiğimiz gibi bu yasağa rağmen yapay döllenmenin gerçekleştirildiği bir durumda ortaya çıkabilecek soybağı problemlerinin çözümlenmesi zorunludur. Burada hukuk sistemlerinin cevaplandırması gereken temel soru; çocuğu doğuran biyolojik anne ile genetik annenin ayrıldığı bir durumda hukuki açıdan hangi tür anneliğe üstünlük tanınması gerektiğidir.

Yeni Medeni Kanunumuza göre, çocuk ister yapay döllenme isterse doğal yolla döllenmiş olsun ve bu yollardan biriyle gebe kalan kadın ister evli olsun ister evli olmasın, çocuk ile ana arasında soybağı doğumla birlikte kurulur (MK. m. 282 /f.1). Görüldüğü üzere, hukuk sistemimiz anne açısından hukuki bakımından biyolojik anneliğe üstünlük tanımaktadır. Ancak doktrinde, biyolojik ve genetik anneliğin bir arada olmadığı durumlarda her zaman biyolojik anneliğe üstünlük tanımanın hukuken bazı tehlikelere yol açabileceği savunulmuştur[199]. Buna gerekçe olarak soybağının belirlenmesinde kan bağı esas alınmadığı takdirde, yakın kan hısımlarının, belki farkında olmadan, birbiriyle evlenme tehlikesinin ortaya çıkması gösterilmiştir.

Türk Hukuku'nda NOMER, hukuki annelik yönünden genetik kökene üstünlük tanınması gerektiğini çocuğu doğuran kadının ilk bakışta çocuğun annesi sayılması gerektiği ve nüfus siciline doğuran kadının anne olarak kaydedilmesi gerektiğini savunmaktadır[200]. Ancak yazar bu kaydın karineye dayandığını ve bu karinenin

---

[196] ACABEY; **a.g.e.**, s. 200 vd.

[197] Genç yaşta kanser nedeni ile üreme hücrelerini kaybeden ya da erken yaşta erken menopoza giren pek çok kadının anne olma hakkının ülkemizde geçerli olan yasaklayıcı hükümler nedeni elinden alınmaktadır. Bu durumda çok sayıda çift sperm veya yumurta bağışı yoluyla çocuk sahibi olmak maksadı ile yabancı ülkelere seyahat etmektedirler. Bunun da zaman, işgücü ve döviz kaybına neden olduğu görüşünde bkz. *MUMCU*; **a.g.m.**, s. 5.

[198] Heterolog döllenmenin yol açtığı psikolojik sorunlar için bkz. CİHAN; **a.g.e.**, s. 30 vd.

[199] NOMER; **a.g.m.**, s. 562.

[200] NOMER; **a.g.m.**, s. 563 vd.

aksinin ispat edildiği durumda doğuran kadının anneliğinin iptal edilebileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, yumurta bağışının olduğu durumlarda, çocuk doğuran kadının ilk baştan çocuğu benimsemiş olması nesebi reddetme hakkını sona erdirir. Bununla beraber yazar, eğer yapay döllenme yoluna başvuran kadına, kendisinin bilgisi ve rızası dışında başkasına ait yumurta veya embriyo nakledilmişse, doğuran kadına kural olarak soybağını reddetme hakkı tanınması gerektiğini savunmakla beraber, yumurtanın kime ait olduğu belirlenemiyorsa veya yumurta doğuran kadına ait olmamakla beraber sperm kocasına aitse, o takdirde doğuran kadının çocuğun soybağını reddedememesi gerektiğini ifade etmektedir[201]. Ancak hemen belirtelim ki, bu durumda, başkasının yumurtasını kullanarak çocuğu doğuran kadının, sırf baştan çocuğu benimsediği için soybağını reddetme hakkının sona ereceğini kabul etmek, genetik ve kan bağı esasına bağlı olan ve irade ve isteğin soybağının belirlenmesinde rolünün olmadığını savunan bu görüş açısından çelişki oluşturmaktadır.

SEROZAN; çocuğu doğuran biyolojik anne ile yumurta sahibi genetik annenin ayrıldığı durumlarda, ana yönünden hukuki soybağının gebelik ve doğum olayına göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır[202]. Yazar, çocuğun genetik annesi ile değil, kendisini karnında taşıyan biyolojik annesiyle bütünleştiğini ifade ederken, herkesçe seçilebilir *(aleni)* gebelik ve doğum olgularıyla belirlenen "biyolojik analık" ın çocuğun soybağı statüsünün güvenilirliği ve kararlılığı açısından çok daha sağlam bir dayanak oluşturduğu görüşündedir. Dolayısıyla, doğuran kadının anneliği tersi kanıtlanamayan kesin bir karine niteliğindedir. Bunun sonucu olarak da, çocuğun soybağı reddedilemez[203].

Kanaatimizce, çocuğun yararı ilkesine öncelik verildiğinde ikinci görüş daha isabetli gözükmektedir. Bu nedenle, çocuğun doğum anından itibaren hukuken bir anneye bağlanması çözümüne üstünlük tanınmalı ve hem yürürlükteki hukuk hem de olması gereken hukuk yönünden, çocuğu doğuran kadın, ilk planda hukuki yönden anne sayılmalıdır. Medeni Kanunumuzun 285. maddesinde yer alan babalık karinesi tamamen, babanın anne ile evliliğine dayanmaktadır. Kocayı baba sayan bu hükme göre, evlilik içinde doğan veya evlilik içinde ana rahmine düşen çocuğun babası

---

[201] NOMER; **a.g.m.**, s. 573.
[202] SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005**, s.166.
[203] SEROZAN; **a.e.**, s. 144, 166. Aynı görüşte bkz. ACABEY; **a.g.e.**, s. 220-221.



düzeltme

karine olarak koca kabul edilmiştir. Görüldüğü üzere, babalık karinesinin temelini anne ile olan evliliği oluşturmaktadır. Çocuk ile baba arasındaki soybağının kurulmasını doğrudan sağlayacak tek ilişki, bu hükme göre babanın anne ile evliliğidir. Babaya soybağını reddetme hakkını tanıyan hükümlerin kıyasen burada uygulanması da söz konusu olamamalıdır. Çünkü kıyas ancak birbirine benzeyen durumlarda mümkündür. Aldatılan koca (görünürdeki baba) ile başka bir kadından alınan yumurta ile döllenmiş embriyoyu karnında taşıyan kadının durumları birbirinden çok farklıdır. Üstelik Medeni Kanunumuzun soybağını düzenleyen hükümlerine dikkat edildiğinde, kanun koyucunun her zaman genetik bağa sıkı sıkıya kalmadığı, bilakis çocuğun istikrarlı ve mümkün olduğunca kısa bir sürede ana-babaya bağlanmasını amaçladığı görülür. Nitekim karısının başka bir erkekten olan çocuğunu öngörülen süreler içinde reddetmeyen koca, çocuğun genetik babası olmamasına rağmen hukuken babası olarak kabul edilmektedir[204]. Hatta genetik babaya dahi, çocuğa hukuken bağlanabilmek için, koca *(görünürdeki baba)* yönünden soybağını reddetme hakkının tanınmamış olması da; genetik ve kan bağına nazaran çocuğun menfaatlerine öncelik verildiğini göstermektedir. Demek ki, kanun koyucunun öncelikli amacı, çocuğun korunmaya değer çıkarlarını korumak olup, hukuki soybağının genetik bağ veya kan bağıyla örtüşmesini sağlamak değildir. Nesillerin sıhhati düşünülerek genetik bağa üstünlük tanıyan görüş tarafından ileri sürülen gerekçeler[205], çocuğun yararı ve ailenin saadeti karşısında zayıf kalmaktadır.

Bununla beraber, anneye veya çocuğa veya her ikisine birden soybağını reddetme hakkı tanımak, çocuğu uzun süre hukuken annesiz kalması veya uzun süre dava ve çekişme malzemesi olması sonucunu doğurabilecektir[206]. Üstelik evli kadın; bir başka kadının yumurta hücreleri ile döllenmiş embriyoyu rahmine yerleştirilmesine onay vererek ve çocuğu doğurarak, onun dünyaya gelmesinde çok önemli bir rol üstlenmiştir. Bu nedenle anne yönünden soybağının reddedilebilmesinde hukuken korunmaya değer bir çıkar olduğunu düşünmemekteyiz. Soybağı konusunda bir karara varırken ailenin birliği ve çocuğun saadeti üstün tutulmalıdır. Bunun dışında, çifte annelik veya ikiye bölünmüş bir annelik de, ailenin

---

[204] ACABEY; **a.g.e.**, s. 221.
[205] Bkz. NOMER; **a.g.m.**, s. 562.
[206] SEROZAN; **a.e.**, s. 166, HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 287.

ve çocuğun saadetine gölge düşüreceği cihetle kabul edilmemelidir[207]. Böyle bir durum kabul edilecek olursa, annelerin her ikisinin de evli olması halinde çifte babalık da söz konusu olabilecektir. Bu da velayet hakkı ve miras konularında işin içinden çıkılmaz problemlere sebep olabilecektir. Ayrıca, bir kimsenin hukuken aynı anda iki ana-babası olamaz[208].

### b. Evli Çifte Sperm Bağışı

Bu ihtimalde, evli kadına ait üreme hücreleri, kocası dışında üçüncü bir kişinin spermi ile yapay yoldan döllendirilmektedir. Bu yola genellikle, erkekte sperm üretiminin hiç olmadığı ya da mevcut yöntemlerle sperm elde edilemediği durumlarda başvurulur[209].

Gerçi ülkemizde, yapay döllenmede, çocuk isteyen evli çiftlerin üreme hücreleri dışında, üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılması, 21.08.1987 tarihli "Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği" m.17/ f.1'e göre yasaklanmıştır. Söz konusu hükme göre; *"...kendilerine ÜYTE uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve spermler ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması ve bu Yönetmelikte belirtilenlerin dışında her ne maksatla olursa olsun bulundurulması, kullanılması, nakledilmesi, satılması yasaktır. Bu yasağa ve bu Yönetmelik hükümlerine uymadığı tespit edilenlerin faaliyetleri Bakanlıkça durdurulur".*

Yönetmeliğin "Hasta Seçim Kriterleri"ne ilişkin 2 numaralı ekine göre de; *"ÜYTE uygulanacak olanların; 1- Evli çift olması, 2- Sadece kendilerine ait üreme hücrelerinin kullanılması, 3- Evli çiftlerin bu Yönetmelik'te öngörülen tedavi yöntemleri dışındaki mevcut tedavi yöntemleri ile çocuk sahibi olamadıklarının belgelenmiş bulunması"* gerekir. Açıkça görüleceği üzere, bir kadının, kocası olmayan bir kişinin spermiyle (sperm bağışı ile) yapay yoldan döllenmesi ve yine döllenmede evli kadından başka bir kadına ait yumurtanın kullanılması da (yumurta

---

[207] NOMER; **a.g.m.**, s. 562.
[208] ACABEY; **a.g.e.**, s. 7-8.
[209] ÖZGÜR / IŞIKOĞLU / SELEKER; **a.g.e.**, s. 4, 14.

bağışı veya embriyo bağışı) yasaklanmıştır. Durum böyle olmasına rağmen, asıl hukuki sorun, evli çiftlerin bu yönetmeliğe aykırı olarak veya yurtdışında bu tür döllenmenin yasak olmadığı bir ülkede, üçüncü kişilere ait üreme hücreleri ile yapay yoldan döllenmesi halinde doğan çocuğun kime bağlanacağı ve soybağının reddedilip edilemeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır[210].

Soybağının tespiti bakımından anne bakımından problem yoktur. Zira çocuğun annesi onu doğuran kadındır ve çocukla ana arasındaki soybağı doğumla birlikte kurulur (MK. m. 282/ f.1).

Ancak, babanın belirlenmesi bakımından evli çiftler dışında üçüncü bir kişinin sperminin kullanılması konusu tartışmalıdır. Bu konuyu, kocanın sperm bağışına rıza vermiş olup olmamasına göre ikiye ayırarak inceleyelim:

Yabancı bir erkeğin spermiyle Heterolog döllenmeye rıza gösterdikten sonra artık kocanın çocuğun soybağını reddedemeyeceği görüşü bir takım gerekçelerle savunulmaktadır. Doktrinde ileri sürülen bütün gerekçeleri sırayla inceleyecek olursak:

- Bunlardan ilki; kocanın yapay döllenmede üçüncü kişiden alınan üreme hücrelerinin kullanılmasına rıza göstermesinin ahlaka aykırı görülmesidir[211]. Bu görüşe göre, bu beyanın ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz (BK. m. 20) kabul edileceği düşünülse bile, soybağını reddetme hakkını sona erdirmeyeceği sonucunu doğuracağı kabul edilemez. Zira hiç kimse kendi ahlaka aykırı davranışıyla yarattığı durumdan bir hak çıkaramaz. Bu sonuç, Roma Hukuku'ndan gelen bir deyişle "hak arayan kişinin ellerinin temiz olması gerekir" ifadesiyle izah edilebilir.

---

[210] Sperm bağışının soybağı sorunu dışında psikolojik, tıbbi ve ahlaki olarak ortaya çıkardığı sorunlar da son derece önemlidir bkz. CİHAN; **a.g.e.**, s. 30 vd.

[211] ACABEY; **a.g.e.**, s. 195, Cüneyt ÇİLİNGİROĞLU; **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, 1993, s. 23, 77, Böyle bir rızanın din ve ahlak anlayışıyla bağdaşmadığı ve dolayısıyla bu tür bir yapay döllenmenin kadının zinada bulunması anlamına geldiği ve boşanma sebebi sayılacağı görüşünde; AKINTÜRK; **a.g.e.**, s. 337. Kocanın rızası, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık sebebiyle hüküm doğurmaz. OĞUZMAN / DURAL; **a.g.e.**, s. 223. Topluma hakim dini ve ahlaki telakkilerin bu işleme cevaz vermeyeceği dikkate alındığında, bu tür yapay döllenmeyi amaçlayan sözleşmeleri BK. m.20'ye aykırı saymak gerekir. Tarafların rızası da bu işlemi hukuka uygun kılmamalıdır. AYAN; **a.g.e.**, s. 42. Aksi görüşte bkz. NOMER; **a.g.m.**, s. 586-587.

- Bir diğer gerekçe de, böyle bir döllenmeye kocanın rıza vermiş olmasının, çocuğu baştan kabullenmesi anlamına gelmesi düşüncesidir[212]. Bu gerekçeye göre, kocanın bu tür bir döllenmeye rıza göstermiş olması ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olarak kabul edilse bile, çocuğu kabullenme ve soybağını ret hakkından feragat açısından geçerlidir ve soybağı açısından hüküm doğurur. Nitekim tanıma ve evlat edinmedeki rıza beyanından sonradan dönülememesi (MK. m. 298 ve MK. m. 317) gibi prensiplerin Medeni Kanunumuzda yer alması, bu tür döllenmeye verilen rızadan da sonradan dönülemeyeceğini kabul etme bakımından yeterlidir. Nitekim bütün bu durumlarda verilen rıza beyanlarının ortak noktası, çocuğu bir kere kabul ettikten sonra bundan geri dönülemeyeceği prensibidir[213].
- Üçüncü gerekçe de, zinada affin kadın yararına boşanma davasını etkisizleştirmesinden hareketle, Heterolog döllenmeye verilen rızanın *(ister baştan ister sonradan verilmiş olsun),* çocuk yararına soybağının reddi davasını etkisizleştirmesi gerektiği düşüncesidir[214]. Zira boşanma açısından hak kaybı, ahlaka aykırı olan davranış (zina) gerçekleştikten sonra ve bu davranışın bağışlanması ile ortaya çıkmaktadır. Medeni Kanunumuz 161. maddesi üçüncü fıkrasında *"af halinde dava hakkı düşer"* denilmektedir. İsviçre Medeni Kanunun eski şeklindeki (Art.137 Abs. 3) zinaya muvafakat halinde de dava açılamayacağı yolundaki hüküm, Türk Medeni Kanunumuza alınmamıştır. Doktrinde çoğunlukla, kanunda böyle bir hüküm bulunmadığından dolayı ve zinaya önceden muvafakat etmenin ahlaka aykırı olacağından hareketle, rızanın af kapsamına girmeyeceği ve boşanma davası açılabileceği savunulmaktadır[215] Yargıtay'ımız da eşlerin birbirinin zinasına önceden muvafakat etmelerini af mahiyetinde görmeyerek, boşanmaya karar verilmesi gerektiğini ifade etmektedir[216]. Ancak doktrinde, eşini zinaya zorlayıp veya teşvik edip, onun fuhuş kazancından geçinen bir kimsenin zina sebebiyle boşanma davasının;

---

[2] HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.,** s. 297, TEKİNAY; **a.g.e.,** s. 427, NOMER, **a.g.m.,** s. 584 vd.
[3] Heterolog döllenmeye baştan onay verme işlemine *"öncelenmiş bir evlat edinme işlemi"* gözüyle kılması görüşünde bkz. SEROZAN; **a.e.,** s. 120.
SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005,** s. 183.
DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.,** s. 106, ÖZTAN; **a.g.e.,** s. 219, AKINTÜRK; **a.g.e.,** s. 238, KİNAY; **a.g.e.,** s. 203.
YHGK. T. 11.3.1964, 2607/197, Ank. Bar. Der. 1964, s. 390.

MK. m. 2/ f.2'ye aykırılık dolayısı ile redde mahkum edilmesi gerektiği de savunulmaktadır[217]. Aynı şekilde, Heterolog döllenmeye önceden rıza vermiş olan kocanın da soybağını ret hakkı kural olarak etkisizleşmelidir. Ancak, soybağı hukukunda "çocuk yararı ve üstünlüğü" ilkesi ön planda tutulması gerektiğinden, kocanın önceden verilmiş rızasının her zaman kesin olarak soybağını ret hakkını etkisizleştireceği sonucunu öngörmek, bu ilkeye aykırılık oluşturabilir. Zira zinada olduğu gibi, sırf başka bir erkek çocuk sahibi olsun diye para karşılığında Heterolog döllenmeye baştan verilmiş rıza, kocanın soybağını ret hakkını etkisizleştireceği sonucunu doğurmamalıdır. Aynı şekilde, koca, karısının taşıyıcı anne olarak üçüncü kişilere ait üreme hücreleri ile çocuk doğurmasına izin vermiş olabilir. Böyle bir durumda kocanın soybağının reddi davası açabileceğini, kocanın bu davayı açmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil etmeyeceği savunulmaktadır[218]. Burada ileri sürülen gerekçe de, kocanın ilk başta verdiği rızanın sadece kiralık annelik için olduğu ve başlangıçta taraflar arasında bu yönde bir görüş birliğinin olduğu düşüncesidir. Sonradan diğerlerinin görüş değiştirmesi ve karısının çocuğu sahiplenmesi, rızası ve niyeti çocuğu kabullenme olmayan kocayı, çocuğu kabullenmek zorunda bırakamaz. İsviçre'de de ZGB Art. 256, Abs. 3 hükmü herhangi bir ayrım yapmadan kocanın rızasının soybağının reddi davasını açma hakkını ortadan kaldıracağını belirtmektedir. Ancak, kanun koyucu bu hükmü getirirken sadece, kocanın çocuk sahibi olmak arzusuyla başkasının spermlerinin kullanılmasına rıza gösterdiği halleri göz önünde bulundurmuştur[219].

- Son olarak kocanın, yapay döllenmeye rızası bulunmakla beraber, başka bir erkeğe ait spermler, onun ve karısının rızası dışında, üçüncü bir kişinin iradesiyle veya yanlışlık eseri yapay döllenmede kullanılmış ise, bu takdirde dahi yapay döllenmeye baştan rıza göstermiş olan kocanın, yine çocuğun soybağını reddedememesi gerektiği savunulmaktadır[220]. Zira daha önceden de ifade ettiğimiz gibi, yapay döllenmeye baştan rıza veren koca bunun

[217] HATEMİ; **Aile Hukuku- Evlilik Hukuku**, s. 105, OĞUZMAN / DURAL, **a.g.e.**, s. 116.
[218] NOMER; **a.g.m.**, s. 589.
[219] NOMER; **a.g.m.**, s. 589.
[220] NOMER; **a.g.m.**, s. 590.

sonuçlarına da katlanmak zorundadır. Aksine bir çözüm, bu yolla dünyaya gelen masum çocuğun üstün yararına aykırı olurdu. Buna karşılık, çocuğun dava hakkı kocanın üçüncü kişinin sperminin kullanılmasına rızasından etkilenmemelidir[221]. Kocanın ve çocuğun dava hakkı birbirinden bağımsızdır[222].

Özetleyecek olursak, koca kendisinin rızası dışında üçüncü bir kişinin spermi kullanıldığı için MK. m. 286 vd. gereğince, çocuğun kendi spermlerinden meydan gelmediğini ispatlamak suretiyle soybağını red davası açamayacağı kabul edilmekle beraber Heterolog döllenmeye baştan rıza[223] vermiş olan kocanın soybağını reddetme hakkı olmaması gerektiği, doktrinde görüş birliği içerisinde savunulmaktadır[224]. Bu görüş uyarınca eğer, yabancı erkeğin spermiyle Heterolog döllenme kocanın rızası dışında gerçekleşmişse, kocaya kendi geninden gelmeyen çocuğun soybağını reddetme yolu açık tutulur[225].

Bugün birçok batılı ülkede yapılan yeni yasal düzenlemeler ile karısının üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına rıza gösteren kocanın soybağının reddi davasını açamayacağını belirten açık hükümler getirilmiştir (İngiltere'de; Human Fertilization and Embryology Act, section 28 (2), İsviçre'de; ZGB Art. 256, Abs. 3, Fransa'da; art. 311-20, Cc., Belçika'da; art. 318, § 4, BW 1: 201).

Kanaatimizce, soybağının reddi hakkı bir kişilik işlemi hakkı olduğundan bu haktan önceden feragat edilmesi anlamına gelebilecek yorumlar isabetli değildir. Karısının üçüncü kişinin spermi ile döllenmesine kocanın rıza göstermesi, dürüstlük ilkesi ve güven sorumluluğuna göre sadece kocanın doğmasına rıza gösterdiği çocuğa ergin oluncaya kadar nafaka ödemekle yükümlü olması sonucunu doğurmalıdır[226]. Yoksa soybağının reddi hakkının etkisizleşmesi gibi bir sonuç doğmamalıdır. Nitekim HATEMİ' nin de işaret ettiği gibi bu ihtimalde kocanın "rıza" dan sonra eşinden

---

[221] NOMER; **a.g.m.**, s. 588.
[222] DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ; **a.g.e.**, s. 448.
[223] Rızanın resmi şekle tabi tutulması gerektiği görüşünde bkz. NOMER; **a.g.m.**, s. 586.
[224], ACABEY; **a.g.e.**, s. 193, SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005**, s. 120, HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 297, ÖZTAN; **a.g.e.**, s. 406, ATEŞ; **a.g.m.**, s. 335, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 190. ACABEY; **a.g.e.**, s. 195, SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005**, s. 120, HATEMİ / SEROZAN (SEROZAN); **a.g.e.**, s. 297, NOMER; **a.g.m.**, s. 585, TEKİNAY; **a.g.e.**, s. 1990 Kocanın rızası olmadan gerçekleştirilen yapay döllenmenin "zina" veya şeref kırıcı bir fiil olarak "pek fena muamele" kabul edilerek MK.m. 162 (önceki MK. m. 130), boşanma sebebi sayılabileceği görüşünde CİHAN; **a.g.e.**, s. 66
[225] Soybağının reddi ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. s. 17.
[226] HATEMİ; **Aile Hukuku**, s. 104.

boşanabileceği, evlilik birliğinin sarsılabileceği gibi ihtimaller karşısında kişilik işlemi hakkı olan soybağının reddi hakkının "rıza" ile düşmesi yerine, kocaya bu hakkı tanımak; ancak çocuğa ergin oluncaya kadar nafaka ödemeye mahkum etmek yerinde bir çözüm olacaktır.

Alman Medeni Kanunu'nda ise 16.12. 1997 tarihinde yapılan ve 1.7.1998 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikte, anneye hem kendi adına hem de ergin olmayan çocuğun yasal temsilcisi sıfatıyla dava açma yetkisi tanınmıştır (BGB. n.F. § 1600a / Abs. 2, 3, 4). Ancak, 9.4.2002 tarihinde çıkartılan ve 11.4.2002 tarihinde yürürlüğe giren "Çocuk Haklarını İyileştirme Yasası"[227] *(Gesetz zur Weiteren Verbesserung von Kinderrechten)* ile Alman Medeni Kanunu'nun 1600. maddesine 2. fıkra eklenmek suretiyle bu duruma özgü istisnai bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu yeni düzenlemeye göre; annenin ve kocasının rızasıyla bir başka erkekten alınan sperm hücreleri kullanılmak suretiyle yapay yoldan döllenen ve bunun sonucunda dünyaya gelen çocuğun, baba yönünden soybağı ne koca tarafından ne de anne tarafından reddedilebilir (BGB. n.F. § 1600 / Abs. 2). Ancak bu durumda çocuğun soybağını reddetme hakkı saklı tutulmuştur[228].

Sperm bağışı ile ilgili olarak özellik arz eden bir diğer durum da, sperm bağışçısının (donörün) kimliğinin gizli tutulup tutulmaması gerektiği konusudur. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de çocuğun soyunu öğrenme, genetik ana-babasını tanıma ve onlarla birlikte bulunma hakkı, çocuğun onurlu kişiliğinin ve kimliğinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmiştir ( m. 4, 7-11). Zira, çocuğun genetik haritasını ve kimin dölünden geldiğini bilmesinde hem bedensel sağlığı hem de ruhsal sağlığı açısından büyük yarar vardır. Bu kural ile uyumlu olarak, sperm bağışçısının (donörün) kimliği, soybağının çocuk tarafından reddedilmesi girişimine kadar gizli tutulmalı; çocuğun soybağını ret hakkını kullanmaya karar vermesinden sonra artık gizli tutulan donörün bilgileri açığa çıkarılmalıdır. Bu girişimden önce, aile huzurunun korunması bakımından donörün kimlik bilgileri kesinlikle gizli tutulmalıdır[229].

---

[227] BGBI 2002 I 1239 Nr. 23.

[228] Dieter SCHWAB; **"Kinderrechteverbesserungsgesetz in Kraft Getrehen"**, 2003, [(Çevrimiçi) http://www.famrz.de/g3101.htm], 07.03.2005.

[229] SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005**, s. 185.

Sonuç olarak, sperm bağışı ülkemizde yönetmelik gereği yasak olan bir uygulamadır. Ancak, yönetmeliğe aykırı olarak davranan evli çiftlere herhangi cezai yaptırım öngörülmemekle beraber bu şekilde ortaya çıkan soybağının nasıl çözümleneceği hususu konusunda hukuki bir boşluk bulunmaktadır[230]. Mevcut hukuki boşluk doldurulurken soybağı konusunda tamamen masum olan çocuğun yararı üstün tutularak bir karara varmak gerekir. Bu anlamda, başka bir erkeğe ait spermle döllenmesine rıza vermiş olan koca, doğmasına sebep olduğu çocuğa ergin oluncaya kadar nafaka ödemekle yükümlü tutulmalıdır[231]. Kocanın sperm bağışına rıza vermesi, kişilik işlemi hakkı olan soybağını red davası açma hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Bununla birlikte çocuğun da her zaman soybağını reddetme yolu açıktır[232]. Zaten, yeni Medeni Kanun'da çocuğun soybağını ret hakkı kocanın ret hakkından bağımsız olarak kabul edilmiştir (MK. m. 286/ f.2).

### c. Evli Çifte Hem Sperm Hem de Yumurta Bağışı

Bu yöntemle çocuk sahibi olma iki değişik şekilde gerçekleşebilir: Bunlardan ilki, evli çiftlerin her ikisinin de çocuk yapma yeteneğinden yoksun olduğu durumlarda, dış ortamda, genellikle tüp içerisinde *(in vitro)* gerçekleştirilen döllenmede kullanılan üreme hücrelerinden hem yumurta hücrelerinin hem de sperm hücrelerinin, çocuk isteyen çift dışındaki kişilere ait olması durumudur (*embriyo bağışı).* İkincisi de, döllenmenin dış ortamda değil de bir başka kadının vücudunda *(in vivo) (spermlerin şırınga edilmesi veya cinsel ilişki yoluyla)* gerçekleştirildiği ve bu şekilde meydana gelen embriyonun alınarak, evli kadının rahmine yerleştirilmesi durumudur *(embriyo nakli – in vivo fertilization mit Embryotransfer)*[233]. Bu durumların her ikisinde de biyolojik anne-baba ve genetik anne-baba birbirinden ayrılmaktadır. Yani, çocuğun biri doğal *(tabii)* diğeri hukuki olmak üzere iki anne-babası mevcut olmaktadır.

Yapay döllenmede üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılmasına yabancı hukuklarda genellikle olumlu yaklaşılmamaktadır. Örneğin; Alman

---

230 Ülkemizdeki hukuki düzenleme ile ilgili açıklamalarımız için bkz. yuk. s. 42.
231 HATEMİ; **Aile Hukuku,** s. 104.
232 NOMER; **a.g.m.,** s. 576, SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005,** s. 185.
233 AYTAÇ; **a.g.m.,** s. 193, ATEŞ; **a.g.m.,** s. 339.

Embriyonun Korunmasına Dair Kanun *(Embryonenschutzgesetz)*[234]'a göre, bir kadına üçüncü kişiye ait yumurta hücresini aktaranlara (§1 Nr.1); bir kadının rahminden başka bir kadına nakledilmek üzere embriyo alanlara (§1 Nr.6); doğumdan sonra çocuğunu temelli üçüncü kişilere bırakacak olan bir kadına *(ikame anne)* yapay döllenme uygulayanlara veya ona embriyo transferi yapanlara (§1 Nr.7) ve bir yumurtayı başkasına embriyo nakli yapmak üzere dölleyenlere (§2 Nr.1-2) cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Kanada'da 29 Mart 2004 tarihli Yardımcı Üreme Teknikleri Kanunu *(Assisted Human Reproduction Act)*[235] ile belli şartlar altında sperm ve yumurta bağışı veya embriyo nakline izin verilmiştir *[controlled activities – Clause 10 (3)]*. İngiltere'de "Human Fertilization and Embryology Act 1990" a göre, hem *sperm bağışı* hem *yumurta bağışı* ve de *embryo transferi* caizdir [(Section 28 (2)]. Ancak koca, yapay döllenmeye onay vermediğini kanıtlamak suretiyle, çocuğun soybağını reddedebilir. Fransa'da 29.7.1994 tarihli üç yasayla, yapay döllenme yoluyla dünyaya gelen çocukların soybağına ilişkin bazı hükümler öngörülmüştür. Söz geçen yasalarla, Fransız Medeni Kanunu'na 311-19 ve 311-20 maddeleri eklenmiştir. Bu değişikliklerle beraber Fransa'da, gerek sperm bağışına gerekse yumurta hücreleri bağışına izin verilmiştir[236]. 311-19'uncu maddede, üçüncü kişilerin yaptığı üreme hücreleri bağışıyla gerçekleştirilen yapay döllenmede, bu yolla doğan çocuk ile üreme hücrelerini bağışlayan kişi arasında soybağı kurulamayacağı öngörülmüştür. Döllenmede üçüncü bir kişinin üreme hücrelerinin kullanılmasına noter ya da hâkim önünde yazılı onay veren kişi, çocuğun soybağını kural olarak reddedemez (Code Civil Art. 311–20 / Abs.2)[237].

Türk hukukunda NOMER; yapay döllenmeye sadece kendilerinden alınacak üreme hücrelerinin kullanılması şartıyla rıza gösteren evli çiftlerde, yanlışlık eseri veya üçüncü kişinin iradesi sonucu üçüncü kişilere ait yumurta ve sperm hücreleri kullanılmışsa, hem yumurta sahibinin hem de doğuran kadının anneliğin reddi ve

---

[234] Kanun 13 Aralık 1990 tarihli olup 1 Ocak 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun metni için bkz. [(Çevrimiçi) http://www.rechtliches.de/info_ESchG.html].

[235] Kanunun tam metni için bkz. [(Çevrimiçi)http://www.parl.gc.ca/common/bills_ls.asp?Parl=37&Ses=2&Is=c13].

[236] David Tennent BAIRD; **"Access to Medically-Assisted Procreation"**, 3rd Symposium on Bioethics, First Part, . [(Çevrimiçi) http://www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/].

[237] Kanun metni için bkz. [(Çevrimiçi) http://www. divorce-famille.net/pages/loi_filiation.htm].

tespiti davasını açabileceğini savunmaktadır[238]. Yazar, çocuğun da bu davayı reşit olduktan sonra açabileceğini ifade ettikten sonra, hâkimin hükmü ile birlikte yumurtanın sahibi olan kadını çocuğun annesi ve onun yapay döllenme anındaki kocasının da kural olarak çocuğun babası olacağını belirtmektedir. Bununla beraber yazar, annelik davasının yanında koca veya çocuk veya mirasçılık hakları muhtel olanların babalığın iptali davası açabileceği düşüncesindedir.

Karı kocanın her ikisinin de çocuk yapma yeteneğinden yoksun olduğu ancak evli kadının bir çocuğu doğumuna kadar rahminde taşıyabilme yeteneğine sahip olduğu bir durumda; tamamen üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinden oluşan embriyo evli kadının rahmine transfer edilmekte ve bu kadın çocuğu evlilik içinde doğurmuş bulunmaktadır. Bu uygulamayı öğretide *"doğum öncesi evlat edinme"* olarak nitelendirenler bulunmaktadır[239].

Bu ihtimalde, tamamen üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinden oluşan embriyo evli kadının rahmine transfer edilerek döllenme sağlanmaktadır. Her şeyden önce burada bir nevi Heterolog döllenme söz konusu olmaktadır[240]. Bu başlık altındaki sorunlar için Heterolog döllenme için yaptığımız açıklamaların kıyasen burada da uygulanması gerektiğini düşünmekteyiz[241]. Buna göre, doğum olayı evlilik içerisinde gerçekleştiğinden çocuk baba ve anne açısından hukuki soybağına sahip olacaktır. Ancak, babanın embriyo nakline veya bağışına rıza gösterip göstermemesinin soybağını reddi davası açma hakkını etkilemeyeceğini düşünmekteyiz[242].

Türkiye'de Yönetmelik' teki yasaklamaya rağmen, bu yasağın gizlice ihlal edildiği belirtilirken, 1998 yılında Aile Şûrası'nda bir bayan Bakanlık yetkilisinin Türkiye'de sperm bankasına ihtiyaç duyulduğunu ve bu ihtiyacı içeren bir yazıyı hazırlanan Tasarı ile birlikte Adalet Bakanlığı'na gönderildiğini belirtmesi, kanaatimizce sperm bağışının sonuçlarının ve ahlaki boyutunun hiç nazara alınmadığını göstermektedir[243].

---

[238] NOMER; **a.g.m.**, s. 591.
[239] ATEŞ; **a.g.m.**, s. 342.
[240] ATEŞ; **a.g.m.**, s. 340.
[241] Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. yuk.; s. 54 vd
[242] Aynı yönde bkz. ACABEY; **a.g.e.**, s. 195, NOMER; **a.g.m.**, s. 583-584.
[243] Bu bilgiler için bkz. HATEMİ; **Aile Hukuku- sınava hazırlık kitabı**, s. 99.

### d. Taşıyıcı Annelik Uygulaması

Şayet bir kadın, yapılan bir anlaşma uyarınca, herhangi bir sebepten çocuk doğurma yeteneğinden mahrum olan ya da doğurması kendisi için tehlikeli olabilecek bir kadının çocuğunu onun yerine karnında taşıyorsa, *taşıyıcı annelik* söz konusu olur[244]. Bu yol daha ziyade, rahmi çocuk taşımaya elverişli olmayan veya sağlık durumu (kalp yetmezliği vb. rahatsızlıklar) nedeniyle çocuğu rahminde taşıyamayacak olan kadınlar için söz konusu olmaktadır[245].

Birçok ülkede yapılan yasal düzenlemelerde taşıyıcı anneliğin genelde yasaklandığı görülmektedir[246]. Örneğin Almanya'da 13.12.1990 tarihli ve 1.1.1991 tarihinde yürürlüğe giren Embriyo Koruma Kanunu (§§ 1-12) *(Embryonenschutzgesetz-ESchG)* ve 1.12.1989 tarihinde değiştirilen Evlatlık İşlemlerinde Aracılık Kanunu (§§ 13, 13b, 13c, 13d, 14, 14b) *(Gesetz zur Änderung des Adoptionvermittlungsgesetz)* ile, yumurta bağışı *(eispende)*, embriyo bağışı *(embryospende)* ve taşıyıcı annelik *(tragemutterschaft)* kural olarak yasaklanmış ve hatta bu yasağa aykırı eylemler suç sayılarak cezaya tabi tutulmuştur[247]. Alman Hukuku'nda baskın görüşe göre, ikame (yedek) annelik durumu söz konusu olduğunda, çocuk, gönüllü anneye veya gönüllü çifte ancak *evlat edinme yoluyla* bağlanabilir[248].

İngiltere'de 1990 tarihli İnsan Dölleme Embriyo Bilimine Dair Kanun *(Human Fertilization and Embryology Act )* ile taşıyıcı anneliğe ancak bazı şartlarla cevaz verildiği görülmektedir. Buna göre, ilk olarak gönüllü anne veya babanın yahut her ikisinin, aynı zamanda çocuğun genetik anne veya babası olmaları gerekirken gönüllü anne ve babanın da evli bir çift olmaları gerekir. Bundan başka taşıyıcı annenin ve eğer evliyse kocasının onayının alınmış olması; talep anında çocuğun gönüllü çiftle

---

[244] YILMAZ; **a.g.ylt.**, s. 6. Taşıyıcı anne ile genetik ana-baba arasında yapılan bu anlaşmanın hukuki mahiyeti konusunda, bu sözleşmeyi kadının üreme hizmetinin kiralanması şeklinde yorumlandığı ve buna ilişkin olarak da taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranması halinde kira akdine aykırılık hükümlerinin uygulama alanı bulacağı; örneğin kadının hamileliği sırasında alkol, uyuşturucu vs. alması ve çocukta bir sakatlık meydana gelmesi durumunda ayıp hükümlerinin uygulanacağı da ileri sürülmektedir. Bkz. YILDIRIM; **a.g.ylt.**, s. 54. Taşıyıcı annelik sözleşmesinin niteliğinin "istisna akdi" veya "vekalet akdi" olabileceği yönündeki diğer görüşler için bkz. YILMAZ; **a.g.ylt.**, s. 155.

[245] STOREY; **a.g.m.**, s. 2, KESER; **a.g.m.**, s. 52, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 193.

[246] Bkz. NOMER; **a.g.m.**, s. 547 vd.

[247] Daha ayrıntılı bilgi için bkz. KNOOP; **a.g.e.**, s. 31, 41, 52, 295.

[248] Wolfram H. EBERBACH; **"Rechtliche Probleme Der "Leihmutterschaft"**, MedR, 1986, s. 253-259, KNOOP; **a.g.e.**, s. 171.

beraber yaşaması; çocuğun 6 aydan büyük olmaması ve çocuğun gönüllü çifte verilmesine karşılık bir ivaz öngörülmüş olmaması gerekir (section 30)[249].

İsviçre'de, Federal Anayasa, embriyo bağışı ve kiralık anneliğin her çeşidini yasaklamıştır (*Schweizerische Bundesverfassung,* BV Art. 24novies Abs. 2 lit. d)[250]. Aynı şekilde, Aralık 1998 tarihinde kabul edilen ve 1.1.2001 tarihinde yürürlüğe giren "Tıbbi Yöntemlerle Desteklenen Üreme Hakkında Kanunu" *(Fortpflanzungsmedizingesetzes – FmedG)* ile bu fiilleri yapanlara cezai yaptırımlar öngörülmüştür (FmedG. Art. 4)[251].

Fransa' da, Fransız Medeni Kanununda, taşıyıcı anneliğe ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğunu belirten özel bir hüküm bulunmaktadır (Cc 16–7). Bunun da ötesinde, 29.7.1994 tarihli üç yasa ile yapay döllenme düzenlenmiş, bu düzenlemede ister ivazlı olsun, ister ivazsız olsun her türlü taşıyıcı annelik yasaklanarak, buna aykırı davrananlar için hürriyeti bağlayıcı cezalar öngörülmüştür[252]. Fakat Fransa'da sperm bağışı, yumurta bağışı ve hatta bazı şartlarla embriyo bağışı dahi caiz kabul edilmiştir.

Taşıyıcı annelik uygulamasının ücret karşılığı yapılması[253], ticari amaçlı olması, bu uygulama ile insan vücudunun ve hayatının ticari bir meta olarak kullanılması, taşıyıcı anneyi ve çocuğu bir eşya değerine indirmekte ve bu konuda sözleşme yapılması ahlak kurallarına aykırı olarak kabul edilmektedir[254]. Özellikle, üreme serbestîsi adı altında insanların kendi özel alanlarının dışına taşarak doğacak çocuğun özel yaşam alanına etkide bulunması ve özellikle ivaz karşılığı yapılan

---

[249] KİRK; **a.g.m.,** s. 719-720, NOMER; **a.g.m.,** s. 551-552.

[250] Söz konusu hüküm, 17 Mayıs 1992 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilmiştir..

[251] Daha geniş bilgi için bkz. ZWİCKY / KAYSER / GRAF; **"Geraten Fortpflanzungsmedizin und Stammzellenforschung in der Schweiz ausser Kontrolle?",** Schweizerische Ärztezeitung, Nr. 85: 46, 2004, s. 2446 vd

[252] Geniş bilgi için bkz. Jean- Christophe GALLOUX; **"Le Statut des Gamétes Humains en Droit Français Contemporain",** McGill L.J., Vol. 40, 1995, s. 994 vd.

[253] Kanada'da 29 Mart 2004 tarihli Yardımcı Üreme Teknikleri Kanunu ile taşıyıcı anneliğin ivaz karşılığı yapılmasını yasaklamakta ve de buna rağmen yapılması halinde cezai yaptırımlar öngörmektedir. (Section 12 / 1-c) *Assisted Human Reproduction Act, 2004).*Aynı şekilde Avrupa Birliği Şartı'nın 3. maddesi insan vücudunun ticari amaçla kullanılmasını yasaklamaktadır. Geniş bilgi için bkz. YILDIRIM; **a.g.ylt.,** s. 92 vd. Bununla beraber, Avrupa Konseyi tavsiye kararında istisnai durumlarda ve ivazsız olarak ve hukuken yaptırımı olmayan bir kiralık anneliği kabul etmelerini öngörmektedir. KESER; **a.g.m.,** s. 313.

[254] NOMER; **a.g.m.,** s. 568-569, dn. 73, AYTAÇ; **a.g.m.,** s. 194. Kiralık (veya ödünç) annenin, ödünç annelik sözleşmesinde, çocuğu gönüllü anne babaya vermeyi taahhüt etmesinin, eksik borç olarak nitelendirildiği ve ifa edildiği taktirde geçerli olacağı da savunulmaktadır. ACABEY; **a.g.e.,** s. 208, dn.34.

kiralık annelikte çocuktan para karşılığı vazgeçilmesi etik görülmemektedir[255]. O yüzden bazı ülkelerde ivaz karşılığı olan kiralık annelik durumu yasaklanmakla beraber, ivaz karşılığı olmayan ödünç annelik durumuna da bazı şartlarla izin verilmektedir. Yine, ivaz karşılığı yapılan bu tarz anlaşmaların, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı (MK. m. 23) ve bu nedenle batıl (BK. m. 19) olduğu ifade edilmektedir[256]. Ancak, taşıyıcı annelik uygulamasının ticari bir uygulama olmaması şartıyla, toplumsal bir yarara yönelik ve tüm alternatifler tükendiğinde başvurulması gereken bir yöntem olarak düşünülmesi gerektiği de savunulmaktadır[257].

Türk Hukukunda NOMER, başka türlü çocuk sahibi olamayan eşlerin sırf yardım amacıyla bu işe razı olan bir kadın ile taşıyıcı annelik hususunda anlaşmaları, tarafların ahlaka aykırı amaç güttükleri şeklinde yorumlanamayacağı düşüncesindedir[258]. Yazara göre, burada çiftlerin amacı yalnızca çocuk sahibi olmaktır. Dolayısıyla da taşıyıcı annelik sözleşmeleri geçerli olarak hüküm ifade etmelidir.

Ancak bu görüş çeşitli açılardan isabetli görünmemektedir. Zira bizce taşıyıcı annelik müessesinin kabulü; hamilelik sürecinde taşıyıcı annenin biyolojik ve psikolojik yıpranmasının göz ardı edilmesi anlamına gelir ki, bu da insan vücudunun metalaştırılması bir başka deyişle doğaya aykırı olarak kitleleşmesini sağlamaktadır[259]. Kadın, karnında taşıdığı çocuk ile hem psikolojik hem de biyolojik olarak bütünleşmektedir. Bazen bu bütünleşme o kadar fazladır ki; kadın bu çocuğu para kazanmak için taşısa dahi, doğum karşılığı ücretten vazgeçtiği[260] yahut ticari maksat o kadar ön plana çıkmaktadır ki, kendi sağlığını riske atarak[261] ve ölümü göze alarak kadının doğumu gerçekleştirdiği görülmektedir. Bu sevgi ve bütünleşmenin

---

[255] RAE; **a.g.m.**, s. 5-6.
[256] YILMAZ; **a.g.ylt.** s. 124.
[257] Bülent SAVRAN; **"İn Vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferinde Etik ve Hukuksal Sorunlar"**, Tıbbi Etik, C:4, S:2, 1996, s.76.
[258] NOMER; **a.g.m.**, s. 570.
[259] CİHAN; **a.g.e.**, s. 30 vd.
[260] Amerika'nın Arizona Eyaleti'nde, karnında beşiz taşıyan bir taşıyıcı anne, doğum sonrası alacağı 15.000 dolar ücretten vazgeçmiştir (**Hürriyet**, 18 Nisan 2005, s.38). Para kazanmak üzere taşıyıcı anne olan bir kadının, bu iş için anlaştığı ücretten vazgeçmesi, annenin dünyaya getireceği çocuklarla bütünleştiğini ve annelik duygusunun ticari amacın önüne geçtiğini göstermektedir. Psikolojik açıdan bu durum irdelendiğinde, annelik duygularının ticari amaçla kullanılmasının ve yıpratılmasının ne kadar yanlış olduğu açıkça ortadadır.
[261] İngiltere'de Natasha adında bir kadın, kendisinde hiper tansiyon olduğunu ve hamileliğin kendisi için riskli olduğunu bilmesine rağmen, taşıyıcı anne oldu ve çocuğu dünyaya getirdikten hemen sonra öldü. (**Mirror**, 3 Şubat 2005)

ardından taşıyıcı anneden çocuğun koparılıp alınması, hangi amaçla olursa olsun kabul edilmemelidir. Bir diğer gerekçe de taşıyıcı anne ile çocuk sahibi olmak isteyen çiftler arasında "taşıyıcı annelik sözleşmesi" yapılması ve bu sözleşmeye göre, çocuğun, doğumdan sonra taşıyıcı anne tarafından çocuğu isteyen çiftlere teslim edileceğinin ve nüfusa onların çocuğu olarak kaydedileceğinin ya da onlara evlatlık olarak verileceğinin öngörülmesidir[262]. Böyle bir sözleşme ile beraber taşıyıcı anne, gerek ivazlı gerek ivazsız, sözleşme gereği çocuğu doğurduktan sonra çocuğu gönüllü çifte verme taahhüdü altına girmektedir. Bir kadın hatır için olsa dahi taşıyıcı anne olmayı kabul etse ve arada hiçbir taahhüt bulunmasa dahi, taşıyıcı anne çocuğu doğurduktan sonra bu fikrinden vazgeçebilir. Böyle bir durum da çocuğu isteyen çiftler *(özellikle sperm kocadan alınmışsa)* bakımından çocuğu taşıyıcı anneden koparabilmek için bir hayli çekişmeli süreç başlayabilecektir. Çocuk da bu çekişmenin arasında yıllarca kalabilir. Taşıyıcı anneyi devir taahhüdü altına sokacak bir anlaşma ise başlı başına hangi maksatla olursa olsun ahlaka aykırı kabul edilmelidir. Bir sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığını tespitte, tarafların "ortak amacı" önemli olduğu kadar, sözleşmenin konusunun da önemli olduğu gözden kaçırılmamalıdır[263]. Bu gibi durumlarda, *"ahlaka aykırı"* olan bizzat bu davranış veya tutum değil, bunun bir "edim" karşılığında üstlenilmesi ve borçlanılmasıdır. Bunun da ötesinde, bir *"yapma"* veya *"yapmama"* edimi, para karşılığında üstlenilmese bile, özgürlüğün MK. m. 23[264] aykırı bir biçimde sınırlanması olduğu takdirde *"ahlaka aykırılık"* söz konusu olabilir[265]. Bunu doktrinde verilen bir örnekle açıklayalım: örneğin, boşanmaya rıza göstermesi için kadın ile sözleşme yapılması veya boşanmaya rıza karşılığında para verileceğinin taahhüt altına alınması konusunda, boşanmaya rıza göstermek ahlaka aykırı değildir; burada ahlaka aykırı olan, boşanmaya rıza göstermenin hukuken bağlayıcı bir sözleşme konusu yapılması veya

---

[262] AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 196. NOMER; **a.g.m.**, s. 568.

[263] "Bazı davranış ve tutumlar, bir borç ilişkisinin konusu olmadıkça "ahlaka aykırı" görülemeyişlerine rağmen, bir "malvarlığı" menfaati veya bir "edim" karşılığı "yapma" veya "yapmama" borcu haline getirildikleri için yine yazılı olmayan ahlak kurallarına aykırı sayılırlar. Hüseyin HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları"**, (Bundan böyle "Hukuka ve Ahlaka Aykırılık" olarak anılacaktır) Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 157-159.

[264] EMK m. 23; *"Kimse medeni haklardan ve onarlı kullanmaktan kısmen olsun feragat edemez. Kimse, hürriyetini ferağ edemediği gibi kanuna veya adabı umumiyeye mugayir surette takyit dahi edemez".*

[265] HATEMİ; **a.g.e.**, s. 162.

bu rızanın satın alınmasıdır[266]. Her sözleşme bir dereceye kadar "bağlanma" dır ancak özgürlüğün ahlaka aykırı biçimde ve aşırı biçimde kısıtlanmasının "ahlaka aykırı" ve dolayısıyla MK. m. 23/ f. 2' ye de aykırılık teşkil edeceğinden da "hukuka aykırı" olduğunu savunan HATEMİ' nin bu görüşlerine aynen katılmaktayız[267]. MK. m. 23/ f.2' nin ihlali sayılan durumlarda da hem "ahlaka aykırılık" hem de MK. m. 23/ f.2'deki emredici nitelikteki kural da ihlal edilmiş olacağından "hukuka aykırılık"tan da bahsedilecektir[268]. Taşıyıcı annelik durumunda, tarafların sadece çocuk sahibi olmak istemeleri ahlaka ve hukuka aykırı değildir; burada ahlaka ve hukuka aykırı olan, doğuran kadının çocuğu üzerindeki tüm annelik haklarından *(çocuğun eğitimi-bakım, çocukla kişisel ilişki kurma, vs.)*[269] - ister ivaz karşılığı olsun ister olmasın- vazgeçeceği ve doğumdan sonra çocukla bütün ilişkisinin kesilmesine zorlanacağı ya da çocuğu zorla evlat olarak verme yükümü altına gireceği bir sözleşme düzenlemektir[270]. Zira Yeni Medeni Kanunumuzun 23. maddesi' ne göre; *"kimse hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz"*. Üstelik doğumdan sonra çocuğun çifte devredileceğini ve çiftin adına nüfusa kaydedileceğini öngören taşıyıcı annelik sözleşmeleri hukuka da aykırıdır. Nitekim Medeni Kanunun soybağına ilişkin hükümleri emredici niteliktedir ve anne-baba sayılan kişiler üçüncü kişilerle anlaşarak kendileri yerine onların anne-baba olmasını sağlayamazlar[271]. Soybağı ancak, ana açısından doğum ile; baba açısından ise ana ile evlilik, tanıma ve hâkim hükmüyle kurulurken hem ana hem de baba açısından evlat edinme yolu ile kurulabilir (MK. m. 282). Bu durumda, son çare olarak, eğer taşıyıcı anne bekârsa, sperm hücresini veren genetik babanın çocuğu tanıyıp, hâkimden velayetin kendisine verilmesini sağlayabilir (MK. m. 337 / f. 2)[272]. Taşıyıcı anne evli ise, kocasının

---

[266] HATEMİ; **a.e.**, s. 160, dn. 31.
[267] HATEMİ; **a.e.**, s. 155–156.
[268] HATEMİ; **a.e.**, s. 154.
[269] Medeni Kanunumuzun *"Soybağının Hükümleri"* üst başlığı altında ve *"çocukla kişisel ilişki"* alt başlığı altında 323. maddedeki kural gereği, ana ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir.
[270] Aynı görüşte bkz. HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 288.
[271] NOMER; **a.g.m.**, s. 570.
[272] Ancak hemen belirtelim ki, Yeni Medeni Kanunumuzda anne – baba evli değilse, velayet anneye aittir. Velayetin babaya geçmesi, ananın küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velayetin kendisinden alındığı hallerde hâkimin çocuğun menfaatine göre kendisine velayetin babaya verilmesine hükmetmesi şartına bağlıdır (MK. m. 337 / f.2)

çocuğun soybağını reddetmeme hakkı vardır. Böyle bir durumda da, başka bir erkeğe soybağı ile bağlı olan çocuğu genetik baba tanıyamayacaktır (MK. m. 295 / f.3). Bu halde, geriye sadece çocuğun soybağını reddetmesi ve ancak ondan sonra genetik babasına bağlanması ihtimali kalmaktadır. Bir yandan ülkemizde *"Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği"* taşıyıcı anneliğe cevaz vermemektedir (Yönetmelik m. (m. 17/ f.3, c.3). Dolayısıyla, taraflar arasında yapılan taşıyıcı annelik sözleşmesi en azından konusundaki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olacaktır (BK. m. 20 / f.1)[273].

Taşıyıcı annelik uygulamasına, açıkladığımız bu nedenlerden dolayı kesinlikle cevaz verilmemelidir. Zira ülkemizde ve birçok ülkede kanunkoyucunun anne yönünden hukuki soybağının belirlenmesindeki tercihini, *doğuran kadın* lehinde kullanmasının nedenleri; doğum olayının rahatlıkla ispat edilebilmesi, hukuki güvenlik, kadının mahremiyetinin korunması, doğuran kadın ile çocuk arasında gebelik ve doğum sürecinde çok yakın bir ilişki kurulması gerçeğidir[274].

15 Ekim 1975 tarihli "Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumuna Dair Avrupa Sözleşmesi" *(European Convention on the Legal Status of Children Born Out of Wedlock)'* nde de evlilik dışı doğan çocuklar bakımından annelik ilişkisinin münhasıran çocuğu doğurma olgusuna dayanması gerektiği kabul edilmiştir (Art. 2)[275].

Taşıyıcı annelik sözleşmesinin ahlaka aykırı olduğunu kabul ettikten sonra, böyle bir sözleşmenin konusundaki ahlaka aykırılık sebebiyle BK. m. 20 gereği geçersiz sayılacağını söyleyebiliriz. Peki, eğer taşıyıcı anne doğumdan sonra çocuğu taahhüt ettiği gibi evlatlık olarak vermekten veya teslim etmekten kaçınırsa, peşin almış olduğu parasal karşılığı iade etmek zorunda kalacak mıdır? Yoksa BK. 65 kuralı gereği iade yasağı kapsamına mı girecektir?

SEROZAN' a göre bu durumda, taşıyıcı anne peşin almış olduğu parasal karşılığı iade etmek zorundadır. Yazara göre, bu gibi anlaşmaların bağlıyıcılıktan

---

[273] BK. m. 20 / f.1' e göre; *"bir sözleşmenin konusu imkânsız veya hukuka ya da ahlaka aykırı olursa, o sözleşme geçersizdir"*.

[274] Aynı yönde bkz. SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005.**, s. 166.

[275] Sözleşmenin metni için bkz. [(Çevrimiçi) http://www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties], 15.06.2005.

eksik bırakılmasıyla izlenen amaç, BK. m. 65 kuralının iade yasağının uygulanmasını haklı kılmaz[276].

Kanaatimizce de bu görüş isabetlidir. Zira taşıyıcı annelik sözleşmesi BK. m. 20 anlamında "konu"sundaki ahlaka ve hukuka aykırılıktan dolayı geçersiz olması, tarafların ahlaka veya hukuka aykırı bir amacın gerçekleşmesi için verilen şeyin iadesini yasaklayan BK. m. 65 kuralının uygulanmasını gerektirmez. Zira taşıyıcı annelik sözleşmesinde ortak amaç ve bu sözleşmenin yapılmasındaki asıl sebep (causa), çocuk isteyen çifti çocuk sahibi yapmaktır. Burada ahlaka ve hukuka aykırılığın sebebi, tarafların düzenledikleri sözleşmede vazgeçilemez bazı hak ve özgürlükleri göz ardı ederek, bu haklardan- *ister para veya "malvarlığı menfaati" karşılığı olsun ister olmasın-* vazgeçilmesini öngörmeleridir.

BK. m. 20 anlamında sözleşmenin geçersiz sayılması için hukuka veya ahlaka aykırılığın bilincine varılması gerekmez[277]. Hukuka veya ahlaka aykırılık halinde BK. m. 20' deki yaptırımın uygulanabilmesi için, hukuka veya ahlaka aykırılığın taraflar arasındaki ilişkinin "konu"sunda olması gerekir[278]. Ancak, BK. m. 65 bir nev'i "ceza" kuralı olarak ele alındığı takdirde, BK. m.20' nin uygulanması için aranmayan hukuka veya ahlaka aykırılık bilinci BK. m. 65' in uygulanması için aranabilecektir[279]. Sonuç olarak ifade edelim ki, konusunun ahlaka aykırı olması nedeniyle BK. m. 20 gereği geçersiz sayılan taşıyıcı annelik sözleşmesi, tarafların ahlaka aykırı bir amaçla ya da ahlak dışı bir bilinçle taşıyıcı anneye ivaz verilmesini kararlaştırmadıkları için BK. m. 65' deki iade yasağı kuralının burada uygulama alanı bulmamalıdır. Taşıyıcı anne doğumdan sonra çocuğu vermekten kaçınırsa, peşin olarak aldığı ivazı geri vermek zorunda kalmalıdır.

NOMER, karısının yumurtasının kiralık annede kullanılmasına razı olan ve doğacak çocuğu baştan kabullenen kocanın sonradan çocuğun kendisinden olmadığını iddia edemeyeceğini savunmaktadır[280]. Ancak bu görüş de, kişilik işlemi hakkı olan soybağının reddi davası açma hakkından önceden feragat etmenin mümkün olamayacağı gerçeği karşısında isabetli değildir.

---

[276] SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005**, s. 167.
[277] HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık**, s. 591.
[278] HATEMİ; **a.e.**, s. 178.
[279] HATEMİ; **a.e.**, s. 588.
[280] NOMER; **a.g.m.**, s. 572.

Ülkemizdeki mevcut hukuki düzenlemeye göre de taşıyıcı anneliğe izin verilmemektedir (Yönetmelik m. 17/ f.1)[281]. Ancak böyle bir yasaklamaya rağmen taşıyıcı annelik uygulamasına başvurulmuşsa soybağı açısından ortaya çıkan durum ne olacaktır? Burada hukuki açıdan karşılaşılan en önemli sorun, döllenmede biyolojik ve genetik ve de gönüllü anneliğin ayrılması yahut genetik-biyolojik annenin ayrılmamasına rağmen gönüllü annenin başka bir kadın olması halinde, hukuki açıdan hangi tür anneliğe üstünlük tanınacağı hususudur.

Taşıyıcı annelik ile ilgili hukuki değerlendirmelerimizi bu uygulamayı iki ayrı ihtimal dahilinde gerçekleştirelim[282]:

### (1) Yumurtanın Taşıyıcı Anneye veya Üçüncü Kişiye Ait Olması Durumu

Döllemede taşıyıcı annenin yumurta hücrelerinin kullanıldığı duruma *ikame annelik* veya *yedek annelik*[283] *(Ersatzmutterschaft- Partial Surrogacy)* adı verilmektedir[284]. Bu halde biyolojik anneliğin ve genetik anneliğin birbirinden ayrılması söz konusu olmamasına rağmen; çocuk sahibi olmak isteyen gönüllü anne *(sosyal anne)* ile biyolojik-genetik anne ayrılmaktadır. Bu uygulama, kadının hem yumurtalıklarının çalışmadığı hem de çocuğu taşıma veya doğurma yeteneğinin olmadığı durumlarda söz konusu olmaktadır.

NOMER, eğer taşıyıcı annede kullanılan yumurta bizzat kiralık annenin kendisine veya üçüncü bir kişiye aitse, o takdirde çocuğun istekte bulunan gönüllü anneye bağlanmasının mevcut hukuka göre mümkün olmadığını belirtirken tek çarenin birlikte evlat edinmek olduğunu ifade etmektedir[285]. Bu son durumda, çocuğu doğuran kiralık annenin "anne" olarak kalmasının en uygun çözüm olduğu yazar tarafından savunulmaktadır.

---

[281] Ülkemizdeki hukuki düzenleme ile ilgili geniş bilgi için bkz.: yuk., s. 42 vd.

[282] ACABEY; **a.g.e.**, s. 201 vd., KNOOP; **a.g.e.**, 170 vd., Maggie KİRK; **Relative Concerns Associated with Genetics and Surrogacy"**, British Journal Of Nursing, Vol. 7, 1998, s. 717 vd.

[283] Çocuğu isteyen gönüllü anne ve babanın her ikisinin de çocuk yapma yeteneklerinin olmadığı ve kadının da doğumu ve hamileliği kaldıramayacak olması durumlarında üçüncü kişilere ait sperm ve yumurta kullanılarak yumurta sahibi ya da üçüncü bir taşıyıcı annede hamilelik sağlanmakta ve çocuğun doğması sağlanmaktadır. KESER; **a.g.m.**, s. 358-359.

[284] KNOOP; **a.g.e.**, s. 170, KİRK; **a.g.m.**, s. 719.

[285] NOMER; **a.g.m.**, s. 574.

Kanaatimizce bu ihtimalde de sonuç şu şekilde olmalıdır: Taşıyıcı annede kullanılan yumurta ister kendisine isterse üçüncü bir kişiye ait olsun, taşıyıcı anne biyolojik anne olmasından ötürü hukuken "anne" dir. Bu durumda çocuğu isteyen gönüllü evli çift için çocuğu "birlikte" evlat edinme imkânı dışında bir imkân yoktur. Bu imkan da MK..m. 306/ f.1'de şu şekilde ifade edilmektedir: *"eşler, ancak birlikte evlat edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlat edinemezler".*

### (2) Yumurtanın Taşıyıcı Anneye Ait Olmaması Durumu

Döllemede taşıyıcı annenin yumurta hücrelerinin kullanılmadığı yani çocuğu isteyen gönüllü çifte ait embriyonun kullanıldığı *ödünç annelik* veya *kiralık anne (Leihmutterschaft, Mietmutterschaft- Full-Gestational Surrogacy)* durumudur ki, bu halde çocuğu doğuran biyolojik anne ile genetik anne farklıdır[286]. Taşıyıcı anne çocuğu bir ivaz karşılığında karnında taşıyorsa "kiralık anne" *(Mietmutter)*; ivaz karşılığı olmaksızın karnında taşıyorsa "ödünç anne-*ariyet anne*" *(Leihmutter)* olarak adlandırılmaktadır[287].

Bu ihtimalde NOMER; anneliğin belirlenmesinde genetik bağa üstünlük tanınması gerektiğini ancak doğuran kadının ilk planda anne sayılabileceği ve doğumla kurulan bağın da ancak gerçek annenin tespiti halinde iptal edilebileceğini savunmaktadır[288]. Yumurta bağışı durumunu taşıyıcı annelik durumundan tamamen ayıran yazar, yumurta bağışından farklı olarak taşıyıcı anne uygulamasında, taşıyıcı anneliğe razı olan kadının sonradan soybağını reddedebilmesini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır[289]. Anneliğin reddi ve tespiti davasında doğuran kadın ve yumurta sahibi kadının yanı sıra bunların kocaları ve çocuğun da taraf olarak yer alması gerektiğini ifade eden yazar davanın kabulü

---

[286] Grayce P. STOREY; **"Ethical Problems Surrounding Surrogate Motherhood"**, [(Çevrimiçi) http://www.yale.edu.ynhti], ATEŞ; **a.g.m.**, s. 342, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 193. Kadının yumurtalıklarının çalıştığı ancak hamileliği ve doğumu kaldıramayacak şekilde olduğu hallerde, anneden yumurta ve babadan sperm alınmakta, bunlar laboratuar ortamında döllendikten sonra çocuğu taşıyacak ve doğuracak olan kadının rahmine yerleştirilmektedir. Taşıyıcı anne, çocuk doğduktan sonra çocuğu genetik anne ve babaya vermektedir. İstem sahibi anne ve baba çocuğun genetik ve sosyal anne ve babasıdır. Leyla KESER; **"Ödünç Annelik Sözleşmesi"**, Argumentum, Yıl: 7, 1997, S. 52, s. 358.

[287] KNOOP; **a.g.e.**, s. 170.

[288] NOMER; **a.g.m.**, s. 563 vd.

[289] NOMER; **a.g.m.**, s. 571.

halinde çocuğun, yumurta sahibi olan kadın ile bu kadının yapay döllenmenin gerçekleştiği andaki kocasının evlilik içi çocuğu olarak kabul edileceğini belirtmektedir[290]. Yazar bu ifadeleriyle bağlantılı olarak, çocuğun bir taşıyıcı anne tarafından istekte bulunan eşlere teslim edilmek şartıyla dünyaya getirilmesi halinde, çocuğun spermin sahibi gerçek babasına bağlanabilmesinin "annelik davası" ile de mümkün olacağını belirtmektedir[291].

HATEMİ; kiralık anne uygulaması ile "yumurta hücresini veren kadın" ile "doğuran kadın" arasında annenin kim olduğu tartışması çıkmışsa, doğuran kadının anne olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır[292]. Ancak her ikisinin de evlenme yasağı bakımından "ana" sayılması gerektiğini belirterek evlenme yasağı, mirasçılık gibi hükümlerin her iki kadın için de doğması gerektiğini ifade etmektedir. "Doğuran Kadın" ve "yumurta hücresini veren kadın"ın mirasçılıkları, "iki eş" gibi, ana sıfatı ile elde edilecek miras payını eşit paylaşma şeklinde olmalıdır. Buna karşılık; çocuğun hangi kadına tevdi edileceği hususu "çocuk yararı ve esenliği ilkesi"ne göre hâkim (Aile Mahkemesi) tarafından değerlendirilmelidir[293].

SEROZAN ise, çocuğu doğuran biyolojik anne ile genetik annenin ayrıldığı durumlarda, gebelik ve doğum olayına üstünlük tanınması gerektiğini savunmaktadır[294]. Çocuğun hamilelik sürecinde yumurta annesiyle değil, biyolojik annesi ile bütünleştiğini kaydeden yazar, herkesçe seçilebilir, aleni gebelik ve doğum olgularıyla belirlenen biyolojik analığın çocuğun soybağının belirlenmesi açısından çok daha sağlam ve güvenilir bir dayanak oluşturduğunu savunmaktadır[295]. Bu nedenle hukuki yönden anne olarak kabul edilecek kadın, çocuğu doğuran kadındır. Onun anneliği aksi ispat edilemeyen kesin bir karine oluşturur. Bunun sonucu olarak, çocuğun anne yönünden soybağı reddedilemez[296].

---

[290] NOMER; **a.g.m.**, s. 572.

[291] "Böyle bir dava açılıp da yumurtanın sahibi olan kadının anne olduğu mahkeme kararı ile tespit olunduğunda, yumurtanın sahibi olan kadının suni döllenme anındaki kocası başka bir işleme gerek kalmaksızın çocuğun babası sıfatını kazanır; meğerki o, suni döllenmenin kendisinin bilgisi ve rızası dışında gerçekleştiğini ve çocuğun da kendisinden olmadığını ispat etsin". NOMER; **a.g.m.**, s. 593.

[292] Hüseyin HATEMİ; **Miras Hukuku**, 3. b.s., İstanbul, 2004, s. 25.

[293] HATEMİ; **(Aile Hukuku)**, s. 98.

[294] SEROZAN; **a.g.e.**, s. 99, 108. Aynı görüşte bkz. ACABEY; **a.g.e.**, s. 220 vd.

[295] SEROZAN; **a.g.e.**, s. 108, HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 287.

[296] SEROZAN; **a.g.e.**, s. 99, 108.

Kanaatimizce, NOMER' in yumurta bağışı ile taşıyıcı annelik arasında bir ayırım yaparak, ilk durumda anne tarafından soybağının reddedilemeyeceğini; ikinci durumda ise anneliğin reddi ve tespiti davası açılması suretiyle soybağının reddedilebileceği görüşünü desteklemek üzere sağlam bir gerekçe mevcut değildir. Zira bu görüş uyarınca, soybağının belirlenmesinde kişilerin iradesi değil, genetik ve kan bağı esas alınmalıdır. Üstelik kiralık annede üçüncü bir kadına ait yumurtanın kullanılması halinde "bunu bilerek" çocuğu doğuran kiralık annenin *"anne"* olarak kalması gerektiğini ifade etmek; iradeye değil de genetik – kan bağını esas alan görüş bakımından diğer bir çelişkidir.

Kanımızca annelik durumunun belirlenmesinde; "çocuğun yararı ve esenliği" ve "nesillerin sıhhati" ilkeleri bir arada göz önünde tutulmamalıdır. Dolayısıyla hem yürürlükteki hukuk, hem de olması gereken hukuk açısından, doğuran kadının anne olarak sayılması gerektiği ve anne yönünden soybağının kesin bir karine teşkil etmesi gerektiği görüşündeyiz. Çocuğun yararı ve esenliği ilkesi gereğince, çocuğun bir an önce ana-babaya bağlanmasında ve ana-babasını tanımasında menfaati vardır. Bu esas, 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin[297] 7. maddesinde *"çocuk doğumdan hemen sonra derhal nüfus kütüğüne kaydedilecek ve doğumdan itibaren bir isim hakkına, bir vatandaşlık kazanma hakkına ve mümkün olduğu ölçüde ana-babasını bilme hakkına ve onlar tarafından bakılma hakkına sahip olacaktır"* denilerek de teyit edilmektedir. Bu sayede çocuğun annesi konusunda doğacak hukuki çekişmelerin ve davaların malzemesi haline getirilmesi engellenmiş olur[298]. Ancak, biyolojik annenin ve genetik annenin ayrıldığı durumlarda, evlenme yasağı bakımından her iki annenin de "ana" olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan HATEMİ' nin görüşüne tamamen katılmaktayız[299]. Çünkü her nasılsa taşıyıcı annelik ülkemizde gerçekleşmişse, hem biyolojik annenin (taşıyıcı anne) hem de genetik annenin (çocuğu isteyen evli kadın) "anne" olarak kabul edilmesi nesillerin sıhhati açısından önemlidir.

Şimdi Medeni Kanunumuz düzenlemesi çerçevesinde bu sorunu çözümleyelim; eğer taşıyıcı annelik her nasılsa gerçekleşmişse, bu durumda eğer

---

[297] Türkiye de bu sözleşmeye taraftır. RG. T. 27.1.1995, S. 22184. Geniş bilgi için bkz. Ali Naim İNAN; **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme"**, AÜHFD, Cilt: 44, S.1–4, Ankara, 1996, s. 765 vd.

[298] SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005,** s. 166, ACABEY; **a.g.e.,** s. 221.

[299] HATEMİ; **(Aile Hukuku),** s. 98.

taşıyıcı anne bekârsa, çocuk ile arasında doğumla birlikte hukuki soybağı kurulacaktır (MK. m. 282/ f.1). Fakat çocuğun gönüllü (çocuğu isteyen) genetik baba tarafından tanınması mümkündür (MK. m. 282/ f.2, 295 vd.). Ancak bu durumda çocuğun gönüllü (çocuğu isteyen) genetik annesi ile arasında soybağı kurulamayacaktır. Bunun için yine tek çözüm çocuğu isteyen evli çiftin MK. 306/ f.1 uyarınca çocuğu birlikte evlat edinmeleridir. Taşıyıcı annenin evli olması halinde ise, çocuk evlilik birliği içinde doğmuş olduğu için Medeni Kanunun 285. maddesine göre, taşıyıcı anneye ve onun kocasına soybağı ile bağlı olacaktır[300]. Bu durumda, MK. m. 295/ f.3'e göre, çocuğun soybağını koca reddetmedikçe genetik baba tarafından tanınması da mümkün değildir. Taşıyıcı annelik uygulamasında evli çiftlere ait üreme hücrelerinin kullanılması durumunda, hem genetik anne hem de genetik baba açısından soybağının kurulabilmesi için çocuğu MK. m. 306/ f.1'e uygun olarak birlikte evlat edinmeleri gerekmektedir. Keza doktrinde de taşıyıcı annelik durumunda, genetik ana ve genetik babanın çocuğu biyolojik anneden *(taşıyıcı anne)* devralabilmesinin ancak birlikte evlat edinme yoluyla mümkün olduğu savunulmaktadır[301]. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, çocuğun soybağı sadece evli çiftin çocuğu birlikte evlat edinmesi yoluyla değişebilir. Çocuğu isteyen gönüllü çift ancak bu yolla çocuğun velayetini elde edebilir. Ancak MK. m. 305, bir küçüğün evlat edinilmesini, evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olma şartına bağlamaktadır. Bu durumda taşıyıcı anne çocuğu doğurur doğurmaz evlatlık olarak vermeye rıza gösterse bile bu kanunen mümkün görünmemektedir.

[300] ACABEY; **a.g.e.**, s. 202-203.
[301] SEROZAN; **Çocuk Hukuku-2005**, s.167, NOMER; **a.g.m.**, s. 574, ACABEY; **a.g.e.**, s. 221-222, AKINCI, **a.g.e.**, s. 574, AYTAÇ; **a.g.m.**, s. 197.

## E. Eşcinsel Birliktelikler veya Evlilik Benzeri Birlikteliklerde Yapay Döllenme ile Çocuk Edinme İmkânının Tanınması Sorunu

Son olarak, aynı cinsten (eşcinsel- homoseksüel) beraberlikler ile evlilik benzeri birlikteliklere ve bu birliktelikteki çiftlere evlat edinme veya yapay döllenme yolu ile çocuk edinme imkanı tanınmasına değinmekte fayda görüyoruz.

Bugün birçok Avrupa ülkesinde, aynı cinsten olup da bir araya gelen veya evli gibi beraber yaşayan çiftlerin ilişkilerine "evlilik" sonuçlarının bağlandığını görmekteyiz. Örneğin, Almanya'da 1 Ağustos 2001 tarihinde yürürlüğe giren "Gönüllü Beraberlik Yasası" *(Lebenspartnerschaftgesetz)*[302]'na göre, Almanya devleti gönüllü birliktelik yasası kapsamında kayıt yaptıranlara sigorta, miras, birbirinin soyadını alabilme ve finansal haklar da dahil olmak üzere birçok hakkı tanıyor. Fakat evliliğin getirdiği tüm olanaklardan faydalanabildiklerini söylemek henüz zor görünmektedir. Örnek vermek gerekirse bu çiftler, evlilerin sahip olduğu vergi kolaylıklarından veya birbirlerinin çocuğunun vesayetine sahip olma gibi haklara sahip değiller. Almanya'da 1 Ocak 2005 tarihinde yürürlüğe giren yasa ile Gönüllü Beraberlik Yasası'nda değişiklik yapılmış ve bu değişiklikle beraber eşlerden birisinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinebilmesi, ayrılma durumunda eşlerin yasal haklar talep edebilmeleri ve nafaka gibi yenilikler ile eşcinsel çiftlere verilen hakların kapsamını genişletilmiştir[303]. Her ne kadar kabul edilen yasa Alman eşcinsel çiftlerine beraberce evlat edinme hakkını vermese de eşlerden birisinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinilebilmesi Almanya'da olumlu bir adım olarak görülmektedir[304].

İsviçre'de ise, Haziran 2005 tarihinde İsviçre halkı yüzde 58 gibi yüksek bir rakamla eşcinsellere gönüllü birliktelik hakkı verilmesine onay verdi. Her ne kadar yasa eşcinsel çiftlere evlat edinme veya yapay yoldan döllenme gibi hakları sağlamasa da eşcinsel çiftlerin birlikteliklerine yasal bir çerçeve getiren bir kanun dünya tarihinde ilk kez halkoyu ile kabul edilmiş oldu[305].

---

[302] "Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft *(LPartG")*. Kanunun tam metni için bkz. [(Çevrimiçi) http://www. bundesrecht.juris.de] 12.06.2005.

[303] [(Çevrimiçi) http://lexikon.freenet.de/Eingetragene_Lebenspartnerschaft],12. 6.2005.

[304] Nicolette KRESSL; **"Übersicht über Gesetzliche Neuregelungen zum 1 Januar 2005"**, [(Çevrimiçi)http://www.kressl.de/download/neuregelungen2005], s. 20.

[305] [(Çevrimiçi)http://www. http://www.kaosgl.com/anasayfa/fn/fullnews.php?id=105],12. 6.2005.

Cinsel yönelim farkı gözetmeden herkese eşit şekilde evlilik hakkının sağlandığı ilk ülke 2001 yılında Hollanda olmuştur. Onu da 2002 yılında Belçika takip etti[306].

Fransa'da ise, Almanya'dakine benzer bir gönüllü birliktelik uygulaması, Fransa'da da 13 Kasım 1999 tarihli *"pacte civil de solidarité"* (Sosyal Beraberlik Paktı) adlı yasa ile uygulanmaktadır[307].

Avusturya, Fransız ve İngiliz hukuklarında evli çiftlerin yanı sıra, evlilik benzeri yaşam beraberliğinde bulunan çiftler de, yapay döllenme yoluna başvurabilir ve hatta üçüncü kişinin üreme hücreleri ile çocuk sahibi olabilirler[308]. Buna karşılık, bu ülkelerde homoseksüel çiftlere ve yalnız yaşayan kadınlara bu yolla çocuk sahibi olma hakkı henüz tanınmamıştır.

Aynı cinsten beraberliklerin tanınması sistemi Avrupa Birliği'ne üye devletlerin çoğunluğunda yerini almaya başlamıştır; fakat verilen haklar ve terminoloji bağlamında oldukça farklılık göstermektedir. Alman veya İsveç kanunlarına göre eşcinsel çiftlerin sahip oldukları haklar, heteroseksüel *(ayrı cinsten)* evliliklerin yasal durumundan çok farklı olarak, bu ülkelerin dışında geçerli olmamaktadır. Bu Avrupa Birliği sınırlarında yaşayan aynı cinsten çiftler için seyahat konusunun problem olması demektir. Şubat 2003'te Avrupa Parlamentosu aynı cinsten çiftleri, kayıtlı olan çiftleri ve öteki evli olmayan ama sürekli bir ilişkisi olan çiftleri seyahat özgürlüğünün kapsamında tanıyan bir kararı onayladı[309]. Eğer Bakanlar Konseyi tarafından onaylanırsa, Kuzey ülkelerinin kendi aralarında kayıtlı beraberliklerin tanınması için yapmış oldukları anlaşmaların da ötesinde, çeşitli ülkelerin aynı cinsten çiftlere verdiği hakların tanınması için verilmiş en önemli uluslararası tanıma kararı olacak.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de bir kararında, çocukla ilişkiler yönünden evlilik dışı yaşam birlikteliğini evlilik birliği ile eşdeğerde görmüştür[310]. 17 Haziran

---

[306] **"Dünyada Eşcinsel Birliktelikler"** [(Çevrimiçi)http://www.kaosgl.com/anasayfa/fn/fullnews.php?id=61],126.2005.

[307] **"Avrupa'da Eşcinsel Birlikteliklerin Yasal Durumu"**, [(Çevrimiçi)http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX9803236L],12. 6.2005.

[308] ACABEY; **a.g.e.**, s. 87, 98.

[309] Mark BELL; **"EP Calls for Free Movement Rights for Unmarried Couples"**, ILGA-Europe Newsletter, vol. 3, issue 1, March, 2003, s. 6-7.

[310] SEROZAN; **Çocuk Hukuku–2005**, s. 137.

2003 tarihinde onayladığı bir rapor ile Avrupa Parlamentosu, üye 15 devlete homoseksüeller de dâhil olmak üzere beraber yaşayan çiftlerin, evli olanların sahip olduğu haklara sahip olabilmeleri için çağrıda bulunmuştur[311].

Eşcinsel veya evlilik benzeri birlikteliklerin hukuken tanınması ve bu beraberliklerdeki çiftlere evlat edinme veya yapay döllenme yolu ile çocuk edinme imkânının tanınması, gelecek nesillerin sağlıklı yetişmesi bakımından tehlikeli sonuçlar doğurabilir. Toplumun temeli olan "Aile" kavramını altüst eden böyle birlikteliklere "eşitlik" ilkesinin yanlış yorumlanması ile geçerlilik kazandırılmaya çalışılmakta[312] ve "çocuk yararı ve esenliği" ilkesi böyle bir uygulama uğruna bertaraf edilmektedir [313]. Soybağı Hukuku alanında çocuk yararı ilkesi oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Çocuk yararının önceliği hem Anayasa'da hem de Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'de üstün tutulmuştur[314]. Çocuk yararı ilkesi her şeyden önce soybağı hukukunda karşılaşılan bütün sorunlarda her zaman çocuk yararı ve esenliğinin dikkate alınmasını gerektirir. Örneğin, velayetin yürütülmesinde, evlat edinmede, tanımada, soybağı uyuşmazlıklarında, yapay döllenmenin yol açtığı sorunların çözümünde ve daha nice durumda çocuk yararı ilkesi dikkate alınır. Bu ilke uğruna birçok yükümden vazgeçildiği de görülmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, çocuğun soyunu, genetik ana-babasını tanıma ve onlarla birlikte bulunma hakkı, sperm bağışı durumlarında hekimin sır tutma yükümlülüğünün bertaraf edilmesine ve sperm donörünün kimliğinin açığa çıkmasına neden olabilmektedir[315]. Eşcinsel birlikteliklerde evlat edinme veya yapay döllenme yoluyla edinilen çocukların sağlıksız bir ortamda eğitileceği ve bu ortamda yetişen çocukların sahip olduğu bu tarz bir aile nosyonuna uygun cinsel eğilimler gösterebileceği kuvvetle muhtemel olacaktır. Bu da zamanla Anayasa ile koruma

---

[311] [(Çevrimiçi) http://www.kaosgl.com/anasayfa/fn/fullnews.php?id=61] 12.06.2005.

[312] BM İnsan Hakları Komitesi'nde eşitlik ile ilgili iki tartışma konusu oldu. Bunlardan biri, cinsel yönelime ilişkin ayrımcılıktı. *Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi*'nin 17. maddesi *"haber verilmeden veya kanunsuz bir şekilde"* mahremiyete müdahaleyi yasaklarken, 26. madde'ye göre ayrımcılık yapılması yasak olanlar arasında *...ırk, renk, cinsiyet, dil, din politik veya başka fikirler, etnik veya sosyal konum, mülkiyet, doğum veya diğer durumlar* yer almaktadır. Komitede, "Cinsel yönelime" yönelik ayrımcılığın "diğer durumlar" kapsamına girdiği savunuldu [(Çevrimiçi) http://www. amnesty-turkiye.org] 12.06.2005.

[313] Aynı yönde bkz. HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 6, 22, HATEMİ; **Aile Hukuku – Evlilik Hukuku**, s. 34.

[314] Daha geniş bilgi için bkz. İNAN; **a.g.m.**, s. 10 vd.

[315] Yukarıdaki açıklamalarımız için bkz. s. 64.

altına alınan "Aile" kavramının zamanla çökmesine nende olacaktır. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda bu hususu göz önüne alarak *"..çocuğun saadeti ve kamu menfaati açısından evlilik benzeri yaşam beraberliğindeki çiftlerin Heterolog döllenmeye yönelik, kişisel özgürlüğe dayanan mutlak bir hakka sahip olduklarından söz edilemez"* demektedir[316].

Ülkemizde, evlilik benzeri birliktelik sürdüren çiftlerin birlikte evlat edinme olasılığı yoktur. Zira Medeni Kanunumuzda bu imkân sadece evli çiftlere birlikte kararlaştırarak veya evli olmayan bir kişiye tek başına belli şartlar altında tanınmıştır (MK. m. 306–307). Bu husus; *"eşler ancak birlikte evlat edinebilir; evli olmayanlar birlikte evlat edinemezler"* şeklinde ifade edilmiştir (MK. m. 306). Yine, ülkemizdeki Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği gereği, yapay döllenme sadece evli çiftlere tanınmış bir imkân olup; yalnız yaşayan kişiler, evlilik benzeri birliktelik yaşayan kişiler veya homoseksüel (eşcinsel) birlikteler bakımından bu imkân söz konusu değildir.

Evlilik benzeri veya eşcinsel birlikteliklere "evlilik" sonuçlarını tam olarak bağlamanın; Aile'yi koruyan Anayasa ilkesi (AY. m. 41) ile bağdaşmayacağını düşünmekteyiz[317].

Eşitlik ilkesi insan hakları alanındadır. Aile, Anayasa'da da öngörüldüğü üzere, eşler arasındaki eşitliğe dayanır (AY. m. 41 / f.2). Bu da karşı cinsten olan eşlerin aile içindeki hak ve yükümlülüklerinin eşitliği anlamında ortaya çıkar[318]. MK. m. 134' de *birbiriyle evlenecek erkek ve kadın"* ve MK. m. 136'da *"erkek ve kadından her biri"* ifadesi yer almaktadır. Türk Hukuku bakımından evlenecekler arasında cins ayrılığı yoksa evlenme sözleşmesi evlendirme memuru önünde yapılmış olsa bile, evleneceklerin her birinin irade beyanı da "yok" hükmünde sayılır. Kanaatimizce bazı batılı ülkelerin aksine ülkemizde "evlilik benzeri birliktelik" veya "eşcinsel birlikteliklere" **evlilik gibi** sonuç bağlanmamalıdır.

---

[316] BGE 119 Ia 483.

[317] Aynı görüşte bkz. HATEMİ / SEROZAN; **a.g.e.**, s. 26.

[318] Bu esas 18 Ocak 2005 tarihli Anayasa Mahkemesi Kararında da aynen şöyle ifade edilmektedir: *"..Öte yandan, yasa önünde eşitlik ilkesi, hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir"* (RG. T. 17.05.2005, S. 25818, E. 2005/ 4, K.2005 /7).

Türkiye' de bugün hala kırsal kesimlerde görülen "imam nikâhı" ve "kuma düzeni" evlilik benzeri yaşam olgusunu tartışılır hale getirmektedir[319]. Ülkemizin gerçekleri karşısında bu tarz beraberliklerde mağdur olan kadınların korunması adına bazı istisnai düzenlemeler yapmak gerektiğine inanıyoruz. Bu tarz durumlarda HATEMİ' ye göre; evlendirme memuru sıfatını haiz olmayan bir kimse huzurunda irade açıklanmış (imam nikahı gibi), ya da taraflar böyle bir kimseyi aracı kılmaksızın evli gibi bir araya gelmişlerse, bu birliktelik sona erdiğinde hiç değilse âdi ortalık hükümlerinin uygulanması yerinde olur[320]. Yazar hatta "de lege ferenda" olarak korunmaya muhtaç olan kadının bu birlikteliklerin sona ermesinde sırf onun için bir ayrılma tazminatı tanınması gerektiğini de ifade etmektedir. "Ahlâk dışı" dışı sayılmayan evlilik benzeri birlikteliklerde, birlikte yaşayan kadın veya erkekten birisi haksız fiil sonucu ölürse diğeri, "destekten yoksun kalma" dolayısıyla sorumlu kimseden tazminat talep edebilmelidir[321].

---

[319] Kumalık sisteminde, olayın ekonomik ve sosyal kökenleri ağır basmakta, bazı yörelerde bir saygınlık ve itibar öğesi olarak görülmektedir. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık,** s. 339, dn. 97.

[320] Bkz. HATEMİ; **Aile Hukuku- Evlilik Hukuku,** s. 39-40.

[321] HATEMİ; **a.e.,** s. 40. Bu esas 11.06.2003 tarihli Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Bu kararda *"Davacı tarafından dosyaya sunulan H Kraliyet Noterler Birliğince tastikli " birlikte yaşama mukavelesi" isimli belge ve tercümesinden davacı ile ölen erkek arkadaşının birlikte yaşadıkları müşterek ev masraflarını, işleri bölüşerek birinin ölümü halinde diğerinin mükellefiyetlerine kadar uymaları gereken hükümleri düzenlemişlerdir.*

*Destekten yoksun kalma tazminatı Borçlar kanunun 45. maddesinin 2. fıkrası gereğince yoksun kalınan yardımın tazmini amacını taşır. Bu yardımın fiilhal yapılmakta olması koşulu yoktur. Bugün yapılmasa dahi ileride yapacağı muhakkak ise tazminata hükmetmek gerekir. Bu yardım infak ve iaşeye taalluk edebileceği gibi yılda bir veya iki defa yapılan yardımlar ve hediyeler de olabilir. Bu davayı açabilmek için mirasçı olmak ve ölen yönünden nafaka mükellefi bulunmak da şart değildir. Davacının ölenin bir yakını olması yani aralarında yakın ilişkiler bulunması ancak yardımın devamlı veya yapılmasının muhakkak olması yeterlidir. Bu bakımdan nişanlı, hatta evlilik dışı birlikte yaşama ve hizmetçi dahi koşulları mevcutsa destekten yoksunluk tazminatı isteyebilir.*

*Davacının davalıdan sürekli destek aldığı karı koca gibi birlikte yaşadıkları dosyaya sunulan "birlikte yaşam mukavelesi" hükümlerinden anlaşılmakta olup, davacının davalının gelirinden ne oranda destek aldığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır.*

*2-Borçlar kanununun 47 maddesi gereğince hâkim hususi halleri nazar alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muafık tazminat verilmesine karar verebilir. Ölünün ailesi kavramını, ölenin yakınları olarak anlamak gerekir. Destek tazminatındaki desteğin yakını tanımı manevi tazminat verilecek kimseleri de kapsar. Ölenle aralarında eylemli ve gerçek bir bağ bulunan kimseler ölenin ailesi kavramı içinde düşünülmelidir. Ölenin nişanlısı, evlilik dışı birlikte yaşayan gayri resmi eş de manevi tazminat isteyebilir.*

*Davacının davalı ile birlikte yaşam mukavelesi hükümlerine göre birlikte yaşadığı sabit olup, manevi tazminat isteyebilir. Tarafların sosyal ekonomik durumları ve ölenle olan ilişkileri göz önünde tutularak manevi tazminatın amaç ve niteliğine uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmek*

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kanun'un evlilik saymadığı bu tarz ilişkilerden doğan günahsız çocukları korumak amacıyla geçmişte bazı tedbirler öngörülmüştü[322]. Ancak yasal bütün tedbirlere rağmen bu beraberlikler hala mevcudiyetini korumaktadır.

İki kişinin evlilik benzeri birliktelik yaşaması, onların yaptığı her türlü tasarrufu ahlaka aykırı olarak kabul etmemizi gerektirmez[323]. Burada özellikle Yargıtay'ın 2003 tarihinde verdiği kararı aynen aktarmak istiyoruz. Karara konu olayda bir kadın bir erkek ile evlilik dışı bir ilişki yaşamıştır ve kadın, erkeğin evine giderken şahsi eşyasını da beraberinde götürmüştür. Kadın evden kovulduğunu ileri sürerek şahsi eşyalarını almak üzere dava açınca Yargıtay; *"Dava, eşya alacağı istemine ilişkindir. Dava konusu eşyaların davalıda bulunduğu tartışmasızdır. Davacı, davalının bakıcı olduğunu ileri sürmüşse de dosya içeriğinden, toplanan kanıtlardan, tarafların iddia ve savunmaları ile tanık anlatımlarından davalı ile davacının gayrı resmi evli oldukları, davacı tanıklarının bile bu hususu doğrulayan anlatımları bulunduğu anlaşılmaktadır. Davacı başkası ile evli bulunduğuna göre, davalı ile gayrı resmi biçimde karı-koca gibi yaşaması yasanın öngördüğü koşullara uygun değildir. Davacının hukuk dışı ve ahlaka aykırı bir amaç için dava konusu eşyaları davalıya verdiği kabul edilmelidir. BK' nun 65. maddesinde, haksız veya ahlaka aykırı bir amaç için verilen şeylerin istirdat edilemeyeceği belirtilmiştir. Şu durum karşısında davanın tümüyle reddedilmesi gerekirken, mahkemece davalının eşyaları iade ile yükümlendirilmesi bozmayı gerektirmiştir"* şeklinde içtihat etmiştir[324]. Kanaatimizce bu tarz birliktelikler sona erdiği zaman "ahlaki vazife"nin iadesinin istenemeyeceği kuralına göre değil, kural olarak BK. m. 65' deki iade yasağı kuralına göre iade edilememelidir[325]. Ancak hayatın doğal akışı içerisinde geçekleşen bazı olaylar bu kuralдan ayrılmamızı gerektirebilir. Zira haksız ve ahlaka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesi için verilen şeyin iadesini yasaklayan BK. m. 65 kuralının

---

*gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir"* denilmektedir. (Y. 13.HD., T. 11.06.2003, 2559 / 7644([Çevrimiçi) http://www. yargitay.gov. tr] 15.06.2005.

[322] Özel af kanunları gibi. Bkz. yuk.: s. 1.

[323] Yargıtay da bu konuda *"Nikâhsız karı-koca halinde yaşayanların her türlü tasarrufunun ahlaka aykırı olduğunun kabulüne imkân yoktur"* demektedir. (Y.4.HD. 11.5.1965 1041/2503) Karar için bkz. HATEMİ; **Hukuka ve Ahlaka Aykırılık.**, s. 355, dn. 117.

[324] Y.4.HD., T. 06 /10/ 2003, E. 2003 / 5655 K. 2003 / 11194 ([Çevrimiçi) http://www. yargitay.gov. tr] 15.06.2005.

[325] HATEMİ; **a.e.**, s. 354.

uygulanması bazen hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edebilir[326]. Örneğin, evlilik dışı bir ilişkide uzun yıllar bir erkekle birlikte yaşayan ve ona evinde veya işyerinde hizmet eden bir kadın, erkeğin başka bir kadın ile evlenmesi ve onu terk etmesi veya ona bir şey bırakmadan eceli ile ölmesi durumlarında yüzüstü kalmış ve yoksulluğa düşmüş ise, bu durumda dahi BK. m. 65'in katı bir şekilde uygulanması doğru olacak mıdır?[327] Kanaatimizce genel ve soyut bir ilke benimsemek yerine somut olayın özellikleri dikkate alınarak "hakkaniyet"e uygun bir çözüm getirmek tercih edilmelidir[328]. Örneğin yukarıda verdiğimiz Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, taraflardan birinin evli olması, bu kuralın uygulanması konusunda daha sert davranılmasını gerektirebilir.

[326] HATEMİ; **a.e.**, s. 534 vd.
[327] Geniş bilgi için bkz. HATEMİ; **a.e.**, s. 364.
[328] HATEMİ; **a.e.**, s. 366, dn. 126.

# SONUÇ

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı yeni Medeni Kanunumuzda Soybağı alanına ilişkin reform niteliğinde değişiklikler yapılarak, eskiden beri tartışılmakta olan problemlerin büyük bir kısmı aşılmaya çalışılmıştır.

Bu yeniliklerden en önemlisi; 743 sayılı önceki Medeni Kanunumuzda yapılan "sahih nesep- gayri sahih nesep" ayırımına son verilmesi olmuştur. Bundan böyle evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğup sonradan babasına hukuken bağlanan çocuklar arasında böyle bir ayrım yapılması söz konusu olmayacaktır. Ayrıca, "sahih nesep-gayri sahih nesep" ayırımı ortadan kaldırıldığı için, "nesebin düzeltilmesi" yoluna da yeni Medeni Kanunumuzda yer verilmemiştir.

Önemli bir diğer yenilik ise, kişisel sonuçlu-mali sonuçlu babalık davası ayırımı kaldırılarak, bir tek "babalık davası" na yer verilmesi olmuştur. Önceki Medeni Kanunda kişisel sonuçlu babalık hükmü elde edebilmek için öngörülen ağır koşullara yeni Medeni Kanunda yer verilmemiştir.

Medeni Kanunumuzda olumlu sayılamayacak düzenlemelerden biri, babalık davasında çocuğa kayyım atanmışsa ise hak düşürücü sürenin kayyım için 1 yıl olarak öngörülmüş olmasıdır. Zira çocuğa kayyım atandığı durumlarda, kayyım süresi içinde (kendisine atamanın tebliğinden itibaren 1 yıl içerisinde) babalık davasını açmazsa, çocuğun da dava açma ihtimalinin olmadığı kabul edilecek olursa, çocuk kayyımın ihmali nedeniyle cezalandırılmış olacaktır. Aksine çocuğun buna rağmen dava açabileceği kabul edilirse, kayyımın açacağı davanın hak düşürücü süreye bağlanmış olmasının bir anlamı kalmayacaktır. Bu noktada, kayyım için öngörülen sürenin yasadan çıkartılması ile bu sorunun çözüleceği görüşündeyiz.

Olumlu sayılamayacak düzenlemelerden bir diğeri de soyadı konusudur. Bu düzenlemeye göre, evlilik dışında doğan çocuk, doğal baba tarafından tanınsa veya mahkemece babalığına hükmedilse bile, çocuk (sırf babasının annesiyle evlenmemesi nedeniyle) annesinin soyadını taşımaya devam edecektir. Anne lehine yaratılan bu durum karşısında, yapılacak yasal değişiklik ile hem anne hem de baba açısından orta yolun bulunması gerekmektedir. Bu da, çocuğun kimin soyadını alacağı konusunun öncelikle ana-babanın ortak kararına bırakılması; anlaşmazlık halinde hâkimin

çocuğun yararını gözeterek bir karara varması ve çocuğa da ergin olduktan sonra soyadını seçme hakkının tanınması şeklinde söz konusu olabilir.

Ülkemizde yapay döllenmeye ilişkin tek hukuki düzenleme olan *"Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği"* nde, sadece evli kişilere ait üreme hücreleri kullanılarak yapay döllenmenin gerçekleştirilmesine izin verilmektedir. Yani Yönetmelik embriyo nakli, sperm bağışı, yumurta bağışı ve taşıyıcı anneliğe izin vermemektedir. Bu yasaklamaların yerinde olduğunu kabul ediyoruz. Ancak bu yasaklara uyulmadığı takdirde uygulanacak yasal müeyyideler ve bu uygulamaların yaratabileceği hukuki sorunlar gibi ciddi konulara Yönetmelik gibi idari bir tasarruf yerine yapılacak kanuni bir düzenleme ile açıklık getirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.. Bu yollarla doğan çocuğun hukuken kime bağlanacağı hususu şu anda oldukça tartışılan bir konudur. Kanımızca, yapılacak bir yasal düzenlemeyle; yapay döllenme ile dünyaya getirilen çocukların soybağına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek hukuki problemlere de çözüm getirilmeye çalışılmalıdır. Zira yapay döllenmenin, özellikle Heterolog döllenmenin, yaratacağı soybağı karışıklıkları, miras ihtilafları ve sperm vericinin gizli tutulması nedeniyle ortaya çıkabilecek baba-kız ya da kardeş evlilikleri gibi problemler açısından bakıldığında toplum ve aile yapısında bir takım zedelenmelere yol açması kaçınılmazdır.

Her nasılsa evli çifte sperm bağışı gerçekleşmişse, buna rıza vermiş olan koca, doğmasına sebep olduğu çocuğa ergin oluncaya kadar nafaka ödemekle yükümlü tutulmalıdır. Kocanın sperm bağışına rıza vermesi, kişilik işlemi hakkı olan soybağını red davası açma hakkını ortadan kaldırmamalıdır. Zira kişilik işlemi hakkından feragat mümkün değildir. Bununla birlikte çocuğun da her zaman soybağını reddetme yolu açıktır

Sperm bağışına izin verildiği takdirde, çocuğun genetik haritasını ve kimin dölünden geldiğini bilmesinde hem bedensel sağlığı hem de ruhsal sağlığı açısından büyük yarar olduğu için, sperm bağışçısının (donörün) kimliği, soybağının çocuk tarafından reddedilmesi girişimine kadar gizli tutulmalı; çocuğun soybağını ret hakkını kullanmaya karar vermesinden sonra artık gizli tutulan donörün bilgileri açığa çıkarılmalıdır.

Evli çifte yumurta bağışı her nasılsa gerçekleşmişse çocuğun yararı prensibine öncelik verildiğinde çocuğun doğum anından itibaren hukuken bir anneye bağlanması

çözümüne üstünlük tanınmalı ve hem yürürlükteki hukuk hem de olması gereken hukuk yönünden, çocuğu doğuran kadın, ilk planda hukuki yönden anne sayılmalıdır.

Taşıyıcı annelik sözleşmesinde, sözleşmenin konusu çocuğun doğumdan sonra taşıyıcı anneden koparılarak çocuğu isteyen çifte verilmesidir. Böyle bir sonuç, hukukumuzda "anne" olarak kabul edilen doğuran kadının çocuk üzerindeki annelik haklarından ve yükümlülüklerinden vazgeçmesi anlamına gelecektir ki bu da hem ahlaka hem de hukuka aykırılık teşkil edeceğinden dolayı kabul edilemez. Ülkemizde taşıyıcı annelik yönetmelik ile yasaklanmıştır. Ancak bu yasağa aykırı hareket için herhangi bir yasal yaptırım öngörülmemiştir. Taşıyıcı annelik her nasılsa gerçekleşmişse, çocuğun yararı ve esenliği ilkesi gereğince yumurta bağışında olduğu gibi "doğuran kadının" anneliğine üstünlük tanınması gerekmektedir. Bu durumlarda çocuğun genetik anneye verilebileceği öngörülerek taşıyıcı annelik asla teşvik edilmemelidir. Zira doğuran kadının vazgeçilmez annelik haklarından mahrum edilmesini sağlayacak bir taşıyıcı annelik sözleşmesi –ister ivaz karşılığı olsun ister olmasın- MK. m. 23'ü de ihlal etmesi sebebiyle hem hukuka hem de ahlaka aykırıdır. Sözleşmenin konusundaki bu ahlaka aykırılık nedeniyle de bu tür sözleşmeler BK. m. 20 gereği geçersiz kabul edilmelidir. Ancak, ahlaka aykırı verilen şeyin iadesini yasaklayan BK. m. 65 tarafların "ortak amacının" ahlaka aykırı bir şeyi gerçekleştirmek olmasını; yani ahlaka aykırılık bilincini aradığı için burada BK. m. 65 uygulama alanı bulamamalıdır. Zira taşıyıcı annelik sözleşmesinde tarafların ortak amacı, çocuk sahibi olmak isteyen çifti çocuk sahibi yapmaktır.

Üreme Amaçlı klonlama (kopyalama) ise, gelecek nesillerin sıhhati ve kötü amaçlarla kullanılması tehlikesi taşıdığından ve toplumsal, ahlaki ve hukuki boyutta birçok soruna yol açacağından dolayı asla kabul edilmemelidir. Keza, birçok batılı ülkede de bu uygulamaya olumsuz yaklaşılmaktadır.

Son olarak, eşcinsel veya evlilik benzeri birlikteliklerde evlat edinme veya yapay döllenme yoluyla çocuk edinilmesi imkânı, çocuk yararı ilkesi açısından düşünüldüğünde oldukça tehlikeli sonuçlar doğurabileceği için asla kabul edilmemeli ve bu tür beraberlikler de toplumun temeli olan "aile" birliğini sarsacağı için asla desteklenmemelidir. Ancak, bu tür beraberliklere, bazı batılı ülkelerde olduğu gibi, evlat edinme ve yapay döllenme dışında evliliğe ilişkin diğer imkânlardan yararlanma seçenekleri sunulabilir. Bu tarz beraberlikler ahlaka aykırı olarak kabul edildiğinde,

bu birliktelikler sona erdiği zaman kural olarak verilen şeylerin BK. m. 65 kuralı gereği iade edilememelidir. Ancak, somut olayın özelliklerine göre, iade yasağının ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil ediyorsa, MK. m. 2 /f.2 kuralı üstün tutularak, verilen şeyin iadesi sağlanabilmelidir.

Ülkemizde evlilik benzeri veya eşcinsel birlikler "ahlaka aykırı" olarak kabul edildiğinden ve pozitif hukuk sistemimiz bakımından bu çiftlere "evlat edinme" veya "yapay döllenme" imkânı ile çocuk edinmeleri mümkün olmadığından dolayı, bu çiftlerin yapay döllenme ve evlat edinme yolu ile çocuk edinmesi imkânı söz konusu değildir.

## KAYNAKÇA


ABRAHAM, Martin : **"Partnerschaften ohne Trauschein – ein Zukunftsmodell?"**, Universität Bern, Blockseminar, 2002–2003, [(Çevrimiçi) http:// www.epunto. ch], 02.05.2005

ACABEY, Mehmet Beşir : **Soybağı,** Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2002

ACOG *(Press)* : **"Preembryo Research", Ethics In Obstetrics and Gynecology;** 2nd Edition, 2004

AKIN Levent : **"Nesebin İdari Yoldan Düzeltilmesi",** Ank. Bar. Der., 1994/2

AKINCI, Şahin : **Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar,** 1996

AKINTÜRK, Turgut : **Türk Medeni Hukuku -Yeni Medeni Kanuna Göre Uyarlanmış Aile Hukuku,** 9. b.s., C.2, Beta Kitabevi, İstanbul, 2004.

ARPACI, Abdülkadir : **Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler),** 2. b.s., İstanbul, 2000

ARSEBÜK, Esat : **Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku,** C:II, 2.Kitap, , Ankara, 1940

ATAMER, Yeşim M. : **"Transseksüellerin Türk Hukûkundaki Durumu"**, Bilgi Üniversitesi, Eşcinsellere Yönelik Ayrımcılık ve Şiddet Sempozyumu, Mayıs, 2003

ATEŞ, Mustafa : **"Nesep Hukuku Yönünden Sun'i Usullerle Dünyaya Getirilen Çocukların Durumu"**, YD., C: 20, S. 3, Temmuz- 1994

AYAN, Mehmet : **"Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk"**, Ankara, 1991

AYBAY, Aydın :**"Evlilik Dışında Doğan Çocuklar Sorunu"**, Ank.Bar.Der., S. 3, 1969

AYDIN Erdem : **"Üreme Teknolojileri ve Etik"**, [(Çevrimiçi) http:// www.medinfo. hacettepe. edu.tr /ders/TR/D3/8/3075.doc], 07.04.2005

AYİTER, Nuşin : **"Medeni Kanunun Nesebe İlişkin Düzenlemesinin, Yeni Eğilim ve Gereksinmeler Karşısında Değerlendirilmesi"**, Medeni Kanunun 50. Yılı, Ankara, 1977

ATABEK, Reşat : **"Yapay Döllenme"**, İst. Bar.Der., C: 59, S: 7-8-9, 1985

AYTAÇ, İsmail : **"Yardımcı Üreme Tekniklerinin Nesep Hukuku Açısından İncelemesi"**, A.D., Y:93, S. 11, Nisan- 2002

BAFRA, Jale : **"Ceza Hukuku Açısından Yapay Döllenme"**, İst. Bar.Der. C: 70, S: 1-2-3, 1996

BAIRD, David Tennent : **"Access to Medically-Assisted Procreation"**, 3rd Symposium on Bioethics, First Part, [(Çevrimiçi)http:/ /www.coe.int/T/E/Legal_Affairs/].

BELEN, Herdem : **Yeni Medeni Kanun Hükümleri Uyarınca Evlat Edinme,** 1.b.s., Beta Yayımevi, İstanbul, 2005

BELL, Mark : **"EP Calls for Free Movement Rights for Unmarried Couples"**, ILGA-Europe Newsletter, vol. 3, issue 1, March, 2003

BİLMEN, Ömer Nasuhi : **Hukukı İslamiyye Ve Istılahatı Kamusu,** C : II, yy, 1967.

BOMPİANİ Adriano : **"Ethical Aspects of Pre-implantation Diagnosis"**, 3rd Symposium on Bioethics, [(Çevrimiçi) http://www.coe.int/T/E/Legal _Affairs], 17.04.2005

BURCUOĞLU, Haluk : **Medeni Yasa'nın Kabulünden Bugüne Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Statülerindeki Önemli Gelişmeler,**

Cumhuriyet'in 75.Yıl Armağanı, İstanbul, 1999

CATHERINE, Bachelard-Jobard : **L'eugénisme, la Science et le Droit,** PUF, 2001

CİHAN, Erol : **"Sosyal ve Hukuki Bakımdan Sun'i İlkah",** İst. Bar. Der. Temmuz- Ağustos sayısına Ek, 1971

CİN, M. Onursal : **"Üreme Amaçlı Klonlamanın Cezalandırılabilirliği Üzerine Etik ve Hukuki Argümanlar",** SÜHF 20. Yıl Armağanı, C: 11, S.: 1-2, Y:2003

GARRISON, Clark : **"Who is Clone?",** J.A.M.A., December – 2002

ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt : **Tıbbi Müdahaleye Rıza,** İstanbul, 1993

DICKENS, Bernard M. : **"Ethical Issues Arising From The Use Of Assisted Reproductive Technologies",** Geneva, 2001

DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut : **Türk Özel Hukuku – Miras Hukuku,** C : IV, 2.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.

DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ : **Türk Özel Hukuku- Aile Hukuku,** C.3, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2005.

EBERBACH, Wolfram H. :**"Rechtliche Probleme Der "Leihmutterschaft",** MedR, 1986

ERDOĞAN, İhsan : **"Evlilik Dışı Çocuğun Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımlarının Ona Mirasçı Olması"**, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu' na Armağan, Gazi Üniversitesi HFD., Haziran-Aralık, C.II, S. 1-2, 1998

ESHRE : **"III. Gamete and Embryo Donation"**, Human Reproduction, Vol. 17, No.5, 2002

Ferit H. SAYMEN / Halid K. ELBİR : **Türk Medeni Hukuku, C:III, Aile Hukuku,** 2.b.s., İstanbul, 1960,

FEYZİOĞLU/ ÖZAKMAN / SARIAL : **Aile Hukuku,** 3. b.s., İstanbul, 1986

GALLOUX, Jean- Christophe : **"Le Statut des Gamétes Humains en Droit Français Contemporain"**, McGill L.J., Vol. 40, 1995

GENÇCAN, Ömer Uğur : **Soybağının Kurulması, Reddi, Düzeltilmesi, İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri,** Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

GENÇCAN, Ömer Uğur :**"Soybağının Belirlenmesi"**,(Çevrimiçi) http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/word/2011_04.doc 10.01.2005]

GENÇCAN Ömer Uğur : **Nüfus Davaları (Genel Hükümler),** Yetkin Yayınevi, Ankara, 2000

GILL'ARD, Chantall : **"Law and Morality in Assisted Reproductive Technology Case study on the Leeds Teaching Hospitals NHS Trust v Mr.& Mrs. A. & Others"**, *PSLJ,* Vol. 4, August 12, 2004

GÖZLER, Kemal : **"Fransız Anayasa Konseyi Kararları Kroniği: 1994"**, AÜHFD, C: 44, S: 1-4, 1995

HATEMİ / SEROZAN : **Aile Hukuku,** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993

HATEMİ, Hüseyin : **Aile Hukuku (sınava hazırlık kitabı),** Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999

HATEMİ, Hüseyin : **"Evrensel İlâhi- Tabiî Hukuk Açısından Hayat Kavramı ve Korunması",** Tüm Yönleri ile Aile Planlaması Sempozyumu, Sempozyum Kitabı, 21 Haziran 1998, İstanbul.

HATEMİ, Hüseyin : **Medeni Hukuka Giriş,** 3. b.s., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004

HATEMİ, Hüseyin : **Gerçek Kişiler Hukuku (Kısa Ders Kitabı),** Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005

HATEMİ, Hüseyin : **Aile Hukuku I (Evlilik Hukuku),** Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005

HATEMİ ,Hüseyin : **Miras Hukuku,** 3. b.s., İstanbul, 2004

HATEMİ, Hüsrev : **"Klonlama ve Etik"; ",** [(Çevrimiçi) http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=138], 07.03.2005

HEGNAUER, Cyril : **Grundriss des Kindesrechts,** 3. Aufl., Bern, 1989

HİLDT, Elisabeth : **"Preimplantation Diagnosis In Germany?",** Biomedical Ethics, Vol.1, No.2, 1996

İNAN, Ali Naim : **Çocuk Hukuku,** İstanbul, 1968.

İNAN, Ali Naim : **"Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları",** İ.Ü. Cumhuriyet'in 75.Yıl Armağanı, İstanbul, 1999

İNAN, Ali Naim : **Çocuk Haklarına Dair Sözleşme",** AÜHFD, Cilt: 44, S.1-4, Ankara, 1996

IRVING, Dianne N. : **"When Do Human Beings Begin?",** International Journal of Sociology and Social Policy, Vol. 19 /3-4, 1999

JOURNIAC; Council of Europe : **"Digest Of Selected Medical Law and Bioethics Cases"** , Strasbourg, 1998

KEMP, Peter : **Le Discours Bioéthique,** Paris, 2004

KESER, Leyla : **"Ödünç Annelik Sözleşmesi",** Argumentum, Yıl: 7, 1997, S. 52

KILIÇOĞLU, Ahmet : **Evlilik Dışı Çocukların Mirasçılığı,** Dr. Faruk Erdem'e Armağan, Ankara, 1999

KILIÇOĞLU, Ahmet : **Medeni Kanun' umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler,** 1.b.s., Turhan Kitabevi, Ankara, 2003

KILINÇ, Okyay : **"Kopyalama Nedir, Ne değildir? İnsana da Sıra Gelecek mi?",** [(Çevrimiçi)http://www.turkishnews.com/itumuk/info/petek/aralik_ocak/klonlama2.txt ] 12.06.2005

KİRİAKAKİ, İrini : **"Yeni Yunan Üreme Tababet Kanunu",** Hukuki Perspektifler Dergisi, S:3, Nisan 2005

KİRK, Maggie : **Relative Concerns Associated with Genetics and Surrogacy",** British Journal Of Nursing, Vol. 7, 1998

KOCH, Hans George :**Fortpflanzungsmedizin im Europäischen Rechtsvergleich,** Aus Politik und Zeitgeschichte, B27 / 2001

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz :**"Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık";** AÜHFD, S: 1991-1992/1-4

KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim : **Aile Hukuku,** B.2, İstanbul, 1989

KNOOP, Susanne :**"Recht Auf Fortpflanzung und medizinischer Fortschritt",** KOPS-Datenbank,Dissertation,2004,[Çevrimiçi )http://www.ub.unikonstanz.de/kops/volltexte/2005/1489/],07.03.2005.

KRESSL, Nicolette : **"Übersicht über Gesetzliche Neuregelungen zum 1 Januar 2005",** [(Çevrimiçi)http://www.kressl.de/download/ neuregelungen2005]

KRÜGER, Hilmar : **Aile Hukuku Sorunları, Osmanlı İslam Geleneği,** (Çev. Necla Giritlioğlu), İst. Bar.Der. S., 1979 / 7-9

LEVİN, Ira : **The Boys From Brazil",** 1976

MERCAN, Ramazan : **Klonlama (Kopyalama) Üzerine,** [(Çevrimiçi)http://www.populermedikal.com/klonlama.asp07.02.2005]

MUMCU, Alper : **Yumurta Bağışı",** [(Çevrimiçi) http:// www.mumcu.com], 11.02.2005

NOMER, Haluk N. : **"Suni Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri",** Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman' ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000

OĞUZMAN, M. Kemal : **"Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu",** Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, AÜSBFD, C. 49, No: 1-2,Ocak-Haziran/1994

OĞUZMAN, M. Kemal : **Miras Hukuku,** 6.b.s., Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995

OĞUZMAN / DURAL : **Aile Hukuku,** Filiz Kitabevi, 2.b.s., İstanbul,1998

OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY : **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler),** 6.b.s., İstanbul, 1999

OĞUZOĞLU, H. Cahit : **Medeni Hukuk- Şahsın Hukuku, Aile Hukuku,** 5.b.s., Ankara, 1963

ÖZGÜR / IŞIKOĞLU / SELEKER :**"Yardımcı Üreme Teknolojileri",** Antalya, 2002

ÖZMEN, İsmail :**Velayet, Nesep ve Evlat Edinme Davaları,** y.y., Ankara, 1999

ÖZSUNAY, Ergun : **"Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Durumlar",** Bülent Davran'a Armağan, İstanbul, 1998

ÖZSUNAY Ergun : **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu,** 5. b.s., İstanbul, 1982

ÖZTAN, Bilge : **Aile Hukuku,** 4. b.s., Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

RAE Scott B. : **"Brave New Families?- The Ethics Of New Reproductive Technologies",** Christian Research Institute, 2005, [(Çevrimiçi)http://www.equip.org/free/DD 135.htm], 07.03.2005

ROCKVILLE, Maryland : **"Cloning Human Beings-National Bioethics Advisory Commission- 1997",** National Academies Press, Vol. 1, 2002

SAVRAN, Bülent : **"İn Vitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferinde Etik ve Hukuksal Sorunlar"**, Tıbbi Etik, C:4, S:2, 1996.

SCHWAB, Dieter : **"Kinderrechteverbesserungsgesetz in Kraft Getrehen"**,2003, [(Çevrimiçi)http://www.famrz.de/g3101.htm], 07.03.2005

SCHWARZ, Andreas : **Aile Hukuku I,** 2. b.s., çev. Bülent Davran, İstanbul, 1946

SEMERCİ Bengi : **"Hermofrodit Çocuklar Ve Cinsel Kimlikleri"** Sabah Gazatesi, 11.07.2005

SHENKER, Joseph G. :**"Ethical Aspects of Advanced Reproductive Technologies",** Annals Newyork Academy Of Sciences, No. 997, 2003

SEROUR, Gamal I. : **"Reproductive Choice: A Muslim Perspective In The Future Of Human Reproduction",** Clarendon Press, 1998

SEROZAN, Rona :**Çocuk Hukuku,** Beta Yayınevi, İstanbul, 2000

SEROZAN, Rona :**Çocuk Hukuku,** 2. b.s.,Vedat Kitabevi, İstanbul, 2005

ŞENER, Esat : **"Medeni Kanun'un Aile ve Nesep Bölümünde Çatışan Eğilimler",** AÜHFD 50. Yıl Armağanı, Cilt:II : Boşanma Hukuku Haftası, Ankara, 1977

ŞIPKA, Şükran : **"4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Evlat Edinme"ye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi",** İÜHFM, S:1-2, C: LVII, 1999

TOSUN, Öztekin : **"Ceza Hukuku Bakımından Sun'î İlkah",** İÜHFM, C: 25, S: 1-4, 1959

TOSUN, Aslı : **"İnsan Kopyalanır mı?",** [(Çevrimiçi)http://www.ntvmsnbc.com/news/9040.asp] 12.06.2005.

TUOR / SCHNYDER / SCHMİD : **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch,** Zürich, 1994

UZUN, Ayşegül : **Le Droit Européen de la Bioéthique Concernant la Génétique Humaine,**

yayınlanmamış ylt, Galatasaray Üniversitesi kütüphanesi, İstanbul, 2004

VELİDEDEOĞLU, H. Veldet : **Türk Medeni Hukuku, C:II, Aile Hukuku,** 5 b.s., İstanbul, 1965

VİTO, Largo Francesco : **" Official Statements – Against Experimentation on Human Embryos",** Bull. Med. Eth., Vol. 122, 1996.

WARNOCK, Dame Mary : **Report of the Committee of Inquıry into Human Fertilization and Embryology,** London, 1984

WARREN, Marry Anne : **"Embriyo Manipulation and Experimentation",** Bailliere's Clinical Obsterics and Gynecology, Vol. 5, No.3, Sep.1991

YILDIRIM, Hülya Günel : **Tıpta Yapay Döllenme ve Hukuki Sorunlar;** ylt, İstanbul, 1996

YILMAZ, Sinan :**Dünyadaki Uygulama ve Mevzuatımız Açısından Kiralık Rahim- "Surrogate Motherhood",** yayınlanmamış ylt, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2002

ZEVKLİLER, Aydın : **"Evlilik Dışı Çocukların Miras Hakkı",** İz. Bar. Der., S.3, Temmuz-1993

ZEVKLİLER, Aydın : **Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku,** 4.b.s., İstanbul, 1995

ZEVKLİLER / ACABEY / GÖKYAYLA : **Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku,** 6.b.s., Ankara, 1999

ZIMMERMAN, Anthony : **"Zygotes and Embryos Are People",** Homiletic and Pastoral Review, June, 2000

ZÜLAL, Aslı : **"Yasalara Yansıyanlar",** Bilim ve Teknik Dergisi, Ocak- 2002

ZWİCKY / KAYSER / GRAF : **"Geraten Fortpflanzungsmedizin und Stammzellenforschung in der Schweiz ausser Kontrolle?",** Schweizerische Ärztezeitung, Nr. 85: 46, 2004