

**PROF. DR.  
M. KEMAL OĞUZMAN'IN  
ANISINA ARMAĞAN**

# SUNİ DÖLLENME DOLAYISIYLA ORTAYA ÇIKABİLECEK NESEP PROBLEMLERİ

YARD. DOÇ. DR. HALUK N. NOMER \*

## I. SUNİ DÖLLENMEYE İLİŞKİN TÜRK HUKUKUNDAKİ DÜZENLEME

Suni dölleme, geniş anlamıyla, cinsi münasebet olmaksızın, erkekten alınan spermiler ile kadına ait yumurtanın tıbbi bir müdahale sonucu döllenmesini ifade eder<sup>1</sup>. Tıp bilimindeki ilerlemelere paralel olarak suni döllemelerde de yeni teknikler kullanılır hale gelmiştir. Suni döllemelerde kullanılan veya kullanılması tartışılan teknikleri dört ana grupta toplamak mümkündür<sup>2</sup>:

- 1° Erkekten alınan spermilerin cinsi münasebet olmaksızın kadının rahmine (uterus, dölyatağı) veya yumurta kanalına veya döl yoluna (vajina) aktarılması ve yumurtanın kadının vücudunda döllemesi. Suni dölleme (künstliche Insemination, artificial insemination, AI) tabiri esas itibarıyla bu şık için kullanılmaktadır. Eğer kullanılan sperm kocaya aitse, homolog dölleme (homologe Insemination, AIH), üçüncü kişiye aitse, heterolog döllemeden (heterologe (donogene) Insemination, AID) bahsedilmektedir.
- 2° Gametlerin (üreme hücrelerinin) transferi (gamete intrafallopian transfer, GIFT). Burada döllemeye elverişli yumurta, spermilerle birlikte kadının yumurta kanalına yerleştirilir.
- 3° Yumurtanın vücut dışında, tüpte (in vitro) döllenmesi (In-vitro-

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Erol Cihan, Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlkah, İstanbul Barosu Dergisinin 1971 Temmuz-Ağustos sayısının eki, İstanbul 1971, 18; Tarihi gelişim için bkz. aynı yazar, 23 vd.

2 Kavramlar için bkz. BGE 119 Ia 463.

Fertilisation) ve akabinde embriyonun kadının rahmine transferi (Embryotransfer) (IVF/ET)<sup>3</sup>.

4° Bir kadından diğere embriyo nakli.

Özellikle cinsi münasebet yoluyla çocuk sahibi olamayan çiftler için suni dölleme yolu bir ümit kapısı olmaktadır. Bu durum dikkate alınarak, suni döllemeye imkan sağlayan bir yönetmelik hazırlanmış ve 21 Ağustos 1987 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmıştır<sup>4</sup>. Yönetmelik, 19 Kasım 1996 ve 11 Ocak 1998 tarihlerinde, iki defa değişikliğe uğramıştır<sup>5</sup>. İlk değişiklikte, Yönetmeliğin adı da değiştirilmiştir. Yönetmeliğin adı İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği iken, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği olmuştur.

Yönetmeliğe göre, üremeye yardımcı tedaviden kasıt, anne adayının yumurtası ile kocanın spermini çeşitli yöntemlerle döllemeye daha elverişli hale getirmek, gerektiğinde bunların vücut dışında döllemesini sağlayıp gametlerin veya embriyonun anne adayının genital organlarına transfer edilmesidir (m. 4/f). Dolayısıyla Yönetmelik, gerek gametlerin transferine gerekse üreme hücrelerinin vücut dışında dölendirilip akabinde embriyonun ana rahmine yerleştirilmesine cevaz vermektedir.

Yönetmelik, üremeye yardımcı tedavi merkezlerine başvuracak kişilerde belirli şartların varlığını aramıştır (EK: 2 Hasta Seçim Kriterleri):

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

Yönetmelik iki açıdan önemli sınırlama getirmiştir. Birincisi, suni

<sup>3</sup> İlk tüp bebek 1978 yılında İngiltere'de doğmuş, İsviçre'de ilk tüp bebeğin doğumu ise 1985 yılında gerçekleşmiştir (BGE 115 Ia 241, E. 3a).

<sup>4</sup> RG 19551.

<sup>5</sup> RG 22822 ve 23227.

döllenme yoluna ancak evli çiftler başvurabilirler. Evlilik dışı karı-koca hayatı sürenler, bu arada imam nikahı adı altında birlikte yaşayanlar, suni döllenme yoluna başvuramazlar. İkincisi, suni döllenmede ancak evli çiftlerin kendilerine ait üreme hücreleri kullanılabilir. Evli çiftlere üçüncü kişiler tarafından sperm veya yumurta bağışında bulunulması veya evli çiftlere ait üreme hücrelerinin, doğacak çocuk kendilerine verilmek üzere, başka bir kadında (kiralık veya taşıyıcı anne) kullanılması Yönetmeliğe göre mümkün değildir. Keza Yönetmelik, bir kadından diğer bir kadına embriyo nakline izin vermemektedir.

Yönetmeliğe göre gerçekleşen suni döllenme, nesep problemi yaratmaz. Doğan çocuk, suni döllenme yoluna başvuran evli çiftin müşterek çocuğudur. Şu var ki, Yönetmelikteki sınırlamaların varlığı, nesep problemi ile hiç karşılaşılmayacağı anlamına gelmez. Yönetmeliğe rağmen herhangi bir sebeple evli eşler dışında suni döllenme söz konusu olabilir. Suni döllenme sürecindeki bir karışıklık da buna yol açabilir. Daha önemlisi, suni döllenme yoluna başvurmak isteyenler, getirilen sınırlamalardan kurtulmak amacıyla, yurt dışında suni döllenmenin daha serbestçe yapıldığı bir ülkede amaçlarına ulaşabilirler. Yönetmeliğin öngörmediği hallerde, Medeni Kanunun mevcut hükümlerine göre, çocuğun nesebi nasıl belirlenecektir? Bu sorunun cevabına geçmeden önce, diğer hukuklarda konunun nasıl düzenlendiğini ana hatları ile belirtmek faydalı olacaktır.

## II. YABANCI HUKUKLARDA SUNİ DÖLLENMEYE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Bir kısım ülkeler suni döllenmeleri dikkate alarak nesep hükümlerinde bazı değişiklikler yapmışlardır<sup>6</sup>. Bu düzenlemelerde göze çarpan yeni eğilim, karısının üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına izin veren kocaya çocuğun nesebini reddetme hakkının tanımaması yönündedir. Başka bir ifade ile karısının üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına rıza gösteren koca, sonradan çocuğun nesebini reddedemez. Bu yönde değişiklik yapan ülkelere örnek olarak *İngiltere*'yi (*Great*

<sup>6</sup> Kanun metinleri için bkz. **Bergmann/Ferid**, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt am Main; Ayrıca bkz. *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, Herausgegeben von Dieter Schwab, Dieter Henrich unter Mitarbeit von Wiss. Assistentin Ute Walter, 2. Aktualisierte Auflage, Bielefeld 1996, 203 vd.

*Britain*) (Human Fertilization and Embryology Act, section 28 (2) )<sup>7</sup>, *Amerika Birleşik Devletleri*'ni (Uniform Parentage Act, § 5 (a) )<sup>8</sup>, *Güney Afrika*'yı (Children's Status Act 82 of 1987, section 5 (1) (a) )<sup>9</sup>, *Avusturya*'yı (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, ABGB § 156a)<sup>10</sup>, *İsviçre*'yi (Schweizerisches Zivilgesetzbuch, ZGB Art. 256, Abs. 3)<sup>11</sup>, *Fransa*'yı (Code civil, Cc art. 311-20)<sup>12</sup>, *Belçika*'yı (Cc art. 318, § 4)<sup>13</sup>, *Hollanda*'yı (Burgerlijk Wetboek, BW 1: 201 (1) )<sup>14</sup>, *Ma-*

- 
- 7 1990 tarihli İnsan Fertilizasyonu ve Embriyolojisine Dair Kanun.
- 8 1973 tarihli Ebeveynle İlişkin Yeknesak Kanun. Bu kanun, eyaletler arasında hukuk birliğinin sağlanması amacıyla hazırlanmış model kanunlardan bir tanesidir ve birçok eyaletin kanuni düzenlemesine temel teşkil etmiştir (**Erwin R. Bernat**, Rechtsfragen medizinisch assistierter Zeugung, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris 1989, 118). Dolayısıyla eyalet bazındaki çoğu kanuni düzenlemede de, suni döllemeye rıza gösteren koca hukukun baba (lawful father) sayılmıştır (Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht [dn. 6], USA, 119. Lieferung - abgeschlossen am 31.07.1994, 46).
- 9 30 Eylül 1987 tarihli Çocukların Kişisel Durumuna Dair Kanun, 14 Ekim 1987 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- 10 1 Temmuz 1992 tarihinde yürürlüğe giren Üreme Hekimliği Kanunu (Fortpflanzungs-medizingesetz) ile Medeni Kanunun (ABGB) nesebe ilişkin hükümlerinde değişiklik ve ilaveler yapılmıştır. 156a paragrafı da bu ilavelerden bir tanesidir.
- 11 İsviçre Medeni Kanunundaki (ZGB) çocuğun nesebine ilişkin hükümler (Art. 252 vd.) 25 Haziran 1976 tarihli Federal Kanunla yeniden düzenlenmiş ve bu yeni düzenleme 1 Ocak 1978 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Art. 256 Abs. 3'deki hüküm kanuna bu değişiklik sırasında girmiştir. Nesep hükümlerini de kapsayan son Medeni Kanun değişikliği 26 Haziran 1998 tarihinde yapılmış ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak söz konusu hükümde bir değişiklik yapılmamıştır.
- Madde metni, kocanın üçüncü kişi vasıtasıyla gerçekleşen döllemeye rızasından bahsetmektedir. Üçüncü kişinin vasıtalığı cinsel birleşme yoluyla olabileceği gibi, suni dölleme yoluyla da olabilir (**Cyril Hegnauer**, Grundriss des Kindesrechts und übrigen Verwandtschaftsrechts, Vierte, überarbeitete Aufl., unter Mitarbeit von Peter Breitschmid, Bern 1994, N. 6.03); Aslında hüküm suni dölleme yolu dikkate alınarak hazırlanmıştır. Hükümün geniş şekilde kaleme alınmasının eleştirisi için bkz. **Bernat**, 135-136; Ayrıca bkz. dn. 155.
- 12 Fransız Medeni Kanunundaki suni döllemeye ilişkin hükümler (Cc art. 311-19; 311-20) 29 Temmuz 1994 tarihli İnsan Vücudunun Korunmasına Dair Kanunla Getirilmiştir.
- 13 Belçika Medeni Kanunundaki nesebe ilişkin hükümler (Cc art. 312 vd.) 31 Mart 1987 tarihli Kanunla değiştirilmiştir.
- 14 Hollanda Medeni Kanunu'nun (BW) kişiler ve aile hukukuna ilişkin birinci kitabı, 11 Aralık 1958 tarihli iki Kanun ve 3 Nisan 1969 tarihli Giriş Kanunu ile yeni baştan düzenlenmiş ve bu yeni düzenleme 1 Ocak 1970'de yürürlüğe girmiştir.
- BW 1: 201 (1)'deki hüküm, erkeğin, çocuğun meydana gelmesi sonucunu doğuran eyleme rızasından bahsetmektedir. Bununla kastedilen özellikle kocanın suni döllemeye rıza göstermesidir (Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht [dn. 6], Niederlande, 123.

*caristan*'ı (Aile Kanunu, § 43 (1) )<sup>15</sup>, *Bulgaristan*'ı (Aile Kanunnamesi, m. 33/IV)<sup>16</sup>, *Portekiz*'i (Medeni Kanun, m. 1839/III)<sup>17</sup> sayabiliriz. Buna bağlı olarak, çocuk ile spermin sahibi arasında da herhangi bir nesep bağı kurulamaz (Human Fertilization and Embryology Act, section 28 (4); Uniform Parentage Act, § 5 (b); Children's Status Act, section 5 (2); Cc (Fransız) art. 311-19; Macaristan Aile Kanunu, § 38 (1); ABGB 163, Abs. 4).

Hatta Avusturya ve Fransız hukuklarında evli çiftlerin yanı sıra, evlilik benzeri yaşam beraberliğinde bulunan çiftler de suni döllenme yoluna başvurabilir ve üçüncü kişinin spermi ile çocuk sahibi olabilirler (Fortpflanzungsmedizingesetz, § 2, Abs. 1; § 3, Abs. 2); Cc art. 311-20). Evlilik dışı yaşam beraberliğindeki erkeğin, üçüncü kişinin sperminin kullanılmasına rıza göstermiş olması, onunla çocuk arasında evlilik dışı nesep bağının kurulabilmesi açısından yeterli görülmüştür (ABGB § 163, Abs. 3; Cc art. 311-20). Benzer bir düzenleme İngiliz ve Avustralya hukuklarında da mevcuttur (Human Fertilization and Embryology Act, section 28 (3); Family Law Act, section 60B (4)<sup>18</sup>). Evlilik benzeri yaşam beraberliğinden kasıt, farklı cinslerden iki insanın sürekli ve sıkı bir ilişki içinde bulunmasıdır. Ayrıca, evlilik benzeri ibaresinden de açıkça anlaşılacağı gibi, yaşam beraberliğinde bulunanlar arasında evlenmeye engel teşkil edecek bir hısımlık ilişkisinin bulunmaması gerekir.

Yeni eğilim böyle olmakla beraber gerek Alman Medeni Kanunundaki (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB) son değişikliklerde<sup>19</sup> gerek Adalet Bakanlığınca hazırlanan 1998 tarihli Türk Medeni Kanun Tasarısının

---

Lieferung - abgeschlossen am 31.11.1995, 42, dn. 105).

- 15 1952 tarihli olan Macar Aile Kanunu 1974 yılında değişikliğe uğramış ve bu değişiklikler 1 Temmuz 1974 tarihinde yürürlüğe girmiştir.
- 16 Bulgar Aile Kanunnamesi, 18 Mayıs 1985 tarihlidir.
- 17 25 Kasım 1966 tarihli olan Portekiz Medeni Kanununda özellikle nesep ve evlatlık hukukuna ilişkin olarak 25 Kasım 1977'de reform yapılmış ve yeni hükümler 1 Nisan 1978'de yürürlüğe girmiştir.
- 18 Avustralya Aile Kanunnamesi, 53 sayılı olup 1975 yılına aittir.
- 19 Alman Medeni Kanununun nesebe ilişkin hükümleri (BGB, § 1591 vd.), 1 Temmuz 1998'de yürürlüğe giren, 16 Aralık 1997 tarihli Çocuğun Nesep Hukukuna İlişkin Reform Kanunu ile (Kindschaftsrechtsreformgesetz) yeniden düzenlenmiştir.

da<sup>20</sup> kocanın nesebi reddedebilme hakkını sınırlayan benzer bir hükme yer verilmemiştir. Alman Medeni Kanununda değişiklik yapılırken, Temsilciler Meclisi (Bundesrat), suni dölleme üçüncü kişinin spermının kullanılmasına rıza gösteren kadın ile kocasının babalığı red edemeyeceklerini içeren bir hükmün metne konulmasını teklif etmiş, ancak hükümet, konunun üreme hekimliğine ilişkin genel düzenlemede ele alınmasının daha uygun olacağı gerekçesiyle teklifi reddetmiştir<sup>21</sup>. Türk Medeni Kanun Tasarısına ZGB Art. 256, Abs. 3'daki hükmün neden alınmadığı hususu ise tasarıya ekli gerekçede açıklanmıştır.

Suni dölleme üçüncü kişiye ait yumurtanın kullanılmasına ise genelde olumlu yönde yaklaşılmamaktadır. Ne üçüncü kişilerin evli çiftlere yumurta bağışlamasına ne de evli çiftlerin bir taşıyıcı anne vasıtasıyla çocuk sahibi olmalarına cevaz verilmektedir. Örneğin Alman Embriyonun Korunmasına Dair Kanunun (Embryonenschutzgesetz)<sup>22</sup> birinci paragrafında bir kadına üçüncü kişiye ait bir yumurta hücrelerini aktaranlara (Nr. 1); bir kadının rahminden başka bir kadına nakledilmek üzere embriyo alanlara (Nr. 6); doğumdan sonra çocuğunu temelli üçüncü kişilere bırakacak olan bir kadına (ikame anne) suni dölleme uygulayanlara veya ona embriyo transferi yapanlara (Nr. 7) ve ikinci paragrafında bir yumurtayı başkasına embriyo nakli yapmak üzere dölleyenlere cezai yaptırımlar getirilmiştir. Ayrıca, 1 Aralık'ta yürürlüğe girmek üzere, 27 Kasım 1989 tarihinde yeniden düzenlenen Evlatlık Aracılığı Kanununda (Adoptionsvermittlungsgesetz) kiralık anne aracılığı ile kiralık annelerin ve onları tutmak isteyenlerin ilan vermesi yasaklanmıştır (§ 13c, 13d). Avusturya'da da bir kadında, ancak ondan sadır olan yumurtalar kullanılabilir (Fortpflanzungs-medizingesetz, § 3 (3)). Fransız hukukunda da taşıyıcı annelik yasaklanmıştır. Fransız Medeni Kanununa 29 Temmuz 1994 tarihli Kanunla getirilen ve taşıyıcı anneliğe ilişkin anlaşmaları geçersiz sayan

<sup>20</sup> Tasarı metni için bkz. T.C. Adalet Bakanlığı Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun Tasarısı, Ankara 1999; Ayrıca bkz. **Gökhan Antalya**, Türk Medeni ve Borçlar Hukuku Mevzuatı, İstanbul 1999.

<sup>21</sup> **Hans Friedhelm Gaul**, Die Neuregelung des Abstammungsrechts durch das Kindschaftsrechtsreformgesetz, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ), 1997, 1465.

<sup>22</sup> Kanun 13 Aralık 1990 tarihli olup 1 Ocak 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

hüküm bunu ifade etmektedir (Cc 16-7)<sup>23</sup>. Buna karşılık Güney Afrika hukukundaki kanuni düzenleme, sperm bağışının yanı sıra yumurta bağışını da kapsamına alacak şekilde geniş bir ifadeyle kaleme alınmıştır. Buna göre, kocasının da rızasıyla evli kadında üçüncü kişiye ait üreme hücrelerinin (gametlerin) kullanılması halinde, doğan çocuk, sanki onların üreme hücrelerinin mahsulüymüş gibi, evli çiftte bağlanır (Children's Status Act, section 5 (1) (a) ). Üreme hücresi kullanılan kimse ile çocuk arasında nesep bağı kurulamaz (section 5 (2) ). Benzer düzenleme Avustralya'da da vardır (Family Law Act, section 60A (1) (c), 60B). İsviçre'de ise Federal Anayasa embriyo bağışı ve kiralık anneliğin her çeşidini yasaklamıştır (Schweizerische Bundesverfassung, BV Art. 24novies Abs. 2 lit. d)<sup>24</sup>. Fakat yumurta ve sperm bağışını yasaklayan genel bir hükme yer verilmemiştir<sup>25</sup>. Konunun açıklığı kavuşması, federal kanun koyucunun görevini yerine getirmesine bağlıdır. O ana kadar Kanton kanunlarındaki düzenlemeler uygulama alanı bulacaktır<sup>26</sup>.

Olumsuz yaklaşıma, hatta yasaklamalara rağmen, sunî döllenmede üçüncü kişiye ait yumurta kullanılmışsa, anne kim olacaktır? Genel eğilim, doğuran kadının anne sayılması yönündedir.

İnsan Fertilizasyonu ve Embriyolojisine Dair İngiliz Kanununa göre, sadece, sunî döllenme sonucu çocuğu doğuran kadın anne sayılabilir (Human Fertilization and Embryology Act, section 27 (1) ). Başka bir ifade ile yumurtanın sahibi olan kadın değil, doğuran kadın annedir. Genetik anne, anne statüsünü ancak çocuğu evlat edinme yoluyla kazanabilir (section 27 (2) ). Ancak bu kuralın önemli bir istisnası var-

<sup>23</sup> Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht [dn. 6], Frankreich, 122. Lieferung - abgeschlossen am 30.09.1995, 41; 55, dn. 6.

<sup>24</sup> Söz konusu hüküm, 17 Mayıs 1992 tarihinde yapılan halk oylaması ile kabul edilmiştir.

<sup>25</sup> Anayasa, heterolog döllenmeye, gametlerin transferine, tüpte (in vitro) döllenmeye ve embriyo transferine (IVF/ET) genel bir yasak getirmemiştir; Heterolog döllenmeye, Anayasa değil Kantonların kanuni düzenlemeleri engel teşkil etmektedir (**Marina Mandofia Berney / Olivier Guillard**, Liberté personnelle et procréation assistée, Quelques réflexions, Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ) 1993, 205); Kanunla getirilen genel nitelikteki yasaklamalar kişisel özgürlüğün caiz olmayan şekilde sınırlanması anlamına gelir (BGE 119 Ia 460 vd.).

<sup>26</sup> ZGB-**Ingeborg Schwenger**, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 359 ZGB, Herausgeber: **Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser**, Art. 252, N. 8.



dır. Kanun, taşıyıcı anne tarafından evli bir çifte verilmek üzere bir çocuk dünyaya getirildiği takdirde, çocuğun belirli şartlarla ve mahkeme kararı ile evli çifte bağlanabileceğini kabul etmektedir (section 30). Bunun için aranan şartlar şunlardır; Çocuğun doğumunda, karı-kocadan en az birisinin üreme hücreleri kullanılmış olmalıdır. Karı ve koca, çocuğun doğumundan itibaren altı ay içinde karar için (parental order) mahkemeye başvurmalıdırlar. Çocuk talep ve karar anında evli çiftin yanında yaşıyor olmalıdır. Evli çiftten en az birisinin ikametgahı Birleşik Krallıkta veya Anglo-Normand Adalarında veya Man Adasında olmalıdır. Karı-kocadan herbiri 18 yaşını doldurmuş olmalıdır. Çocuğu doğuran kadın ile çocuğun biyolojik babasının veya kanuna göre babası sayılan kimsenin şartsız olarak ve serbest iradeleriyle, verilecek karara razı olduklarına mahkeme kanaat getirmelidir. Mahkeme ayrıca, çocuk için makul masraflar dışında, herhangi bir bedelin ödenmemiş olduğuna kanaat getirmelidir.

Belçika Medeni Kanunu da doğuran kadının anne olduğundan hareket etmekle birlikte, taşıyıcı annelik bakımından bir açık kapı bırakmıştır. Anneliğin tespitinde nüfus kayıtları esas alınır (Cc art. 312, § 1). Nüfus kaydına göre belirlenen annelik bağı her türlü hukuki delil ile iptal edilebilir (§ 2). Amaç nüfus sicilinde doğuran kadının anne olarak gözükmelerini sağlamaktır. Anneliğin iptali ancak nüfus siciline doğuran kadın değil de başka bir kadın anne olarak kaydedilmişse istenebilir, yoksa genetik anne doğuran kadının anneliğinin iptalini isteyemez<sup>27</sup>. Şu var ki, nüfus kaydında doğuran kadının dışındaki bir kimsenin anne olarak gözükmelerine rağmen, çocuğun mevcut kişisel durumu (şahsi hali) nüfus kaydına uygun düşüyorsa, o takdirde artık iptal davası açılmaz (§ 3). Bu hükümlerle biyolojik doğum olayına nazaran sosyal duruma öncelik tanınmıştır. Şu halde nüfus siciline taşıyıcı anne değil de çocuk sahibi olmak için ona başvuran kadın anne olarak kaydedilmişse ve çocuğun kişisel durumu buna göre oluşmuşsa, artık anneliğin iptali davası açılmaz<sup>28</sup>. Kişisel durumun belirlenmesinde nesep bağına delalet eden ve süreklilik kazanmış çeşitli olgular dikkate alınır. Bunlar, özellikle çocuğun nesep bağı iddia edilen kimsenin adını taşıması, ona anne (veya babası) gibi davranıyor olması ve o kimsenin de

<sup>27</sup> Walter Pintens, in: *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrecht*, [dn. 6], 7, dn. 12.

<sup>28</sup> Pintens, 7, dn. 13.

çocuğa kendi çocuğu gibi davranıyor olması, çocuğun geçimi ve eğitimi ile ilgilenmesi, çocuğa aile, toplum ve kamu makamları tarafından o kimsenin çocuğu nazarıyla bakılmasıdır (art. 331nonies). Bütün bu hususlar taşıyıcı veya kiralık anneyi tutan kadında gerçekleşikten sonra, artık onun anneliği tartışma konusu yapılamaz.

Belçika hukukunun temelde örnek aldığı Fransız Medeni Kanununda ise doğuran kadının anne olduğu kuralı evlilik içi nesep bakımından kabul görmüştür. Evlilik içi nesep bağının şahsi hal sicilindeki kayıtlarla ispat edileceği kuralı bunu ifade etmektedir (Cc art. 319). Bu kurala evlilik dışı nesep bakımından yer verilmemiştir<sup>29</sup>. Anne ile çocuk arasında evlilik dışı nesep ilişkisi tanıma veya şahsi hal veya mahkeme kararı ile kurulmaktadır (Cc art. 334-8).

Avusturya Medeni Kanunu ise soruna kesin bir çözüm getirmiştir: Anne, çocuğu doğuran kadındır (ABGB § 137b). Şu var ki, Üreme Hekimliği Kanununa göre, sunî döllenmede bir kadında ancak o kadının kendisinden alınan yumurtalar kullanılabilir (Fortpflanzungs-medizingesetz, § 3, Ziff. 3). Medeni Kanuna söz konusu hüküm Üreme Hekimliği Kanunu ile eklenmiş olduğuna göre, anne çocuğu doğuran kadındır denirken, doğuran kadının yumurtanın da sahibi olduğundan hareket edilmiş olabileceği akla gelebilir. Yumurta doğuran kadına ait değilse gene aynı hüküm uygulanacak mıdır? Üreme Hekimliği Kanununun sonunda yer alan bir intikal hükmü, çocuğu doğuran kadının, ABGB § 137b uyarınca herhalükarda anne olarak kabul edildiğine<sup>30</sup> delil teşkil etmektedir<sup>31</sup>. Söz konusu intikal hükmüne göre, ABGB § 137b'de yer alan, doğuran kadının anne olduğu kuralı, kanunun yürürlüğe girmesinden önce doğan çocuklar için de geçerlidir (Art. V, Abs. 5). Bunun anlamı şudur; Kanunun yürürlüğe girmesinden önce bir kadında üçüncü kişinin yumurtası kullanılmış ise, o takdirde dahi çocuğu doğuran kadın anne sayılır.

Alman Medeni Kanununda da konuya kesin bir çözüm getirilmiştir: Bir çocuğun annesi, onu doğuran kadındır (BGB § 1591). Bu hüküm-

<sup>29</sup> **Frédérique Ferrand**, in: *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrecht* [dn. 6], 49.

<sup>30</sup> **Helmut Koziol / Rudolf Welsler**, *Grundriß des bürgerlichen Rechts Band II, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht, Zehnte, neu bearbeitete Auflage*, Wien 1996, 247.

<sup>31</sup> **Hans Hoyer**, *Familienrecht und System, Festschrift Fritz Schwind zum 80. Geburtstag*, Wien 1993, 161.

le, babalık karinesi gibi aksi ispat edilebilen bir karine öngörölmüş değildir. Annelik, iptal edilemez<sup>32</sup>. Aynı şekilde Portekiz Medeni Kanununda annelik bakımından nesep bağının kurulması doğum vakıasına dayandırılmıştır (m. 1796/I). Konuya ilişkin daha açık bir düzenleme Bulgar Aile Kanunnamesinde yer almaktadır. Buna göre, çocuk başka bir kadının genetik materyaliyle doğmuş olsa dahi, annelik bakımından nesep bağı doğuma göre belirlenir (m. 31/I).

Amerika Birleşik Devletlerindeki Ebeveyne İlişkin Yeknesak Kanun da doğuran kadının çocuğun annesi olduğu düşüncesinde hareket etmektedir. Kanuna göre, çocuk ile gerçek annesi arasındaki ilişki doğum vakıası ile ispat edilir (Uniform Parentage Act, § 3 (1) ). Ancak bazı eyaletlerde çocuğu doğurup doğurmadığına bakılmaksızın genetik annenin, gerçek anne olduğu kabul edilmektedir<sup>33</sup>.

İsviçre Medeni Kanununa 25 Haziran 1976 tarihli Kanunla getirilen benzer hükmün ifadesi aynı kesinlikte değildir. Bu hükme göre, çocuk ile annesi arasındaki nesep ilişkisi doğumla birlikte kurulur (ZGB Art. 252, Abs. 1). Maddenin ikinci fıkrasında da, çocukla baba arasındaki nesep bağının, annenin evliliğine bağlı olarak veya tanıma veya hakim hükmü ile tespit olunacağı hükme bağlanmıştır. Evlilik içinde doğan çocuğun babası, doğuran kadının kocasıdır (ZGB Art. 255, Abs. 1). Bu bir karinedir. Gerçek baba, spermin sahibi olan kimsedir. Eğer çocuğun ortaya çıkışını sağlayan spermin sahibi, doğuran kadının kocası değilse, o takdirde nesep bağının iptali (nesebin reddi) için dava açılabilir (ZGB Art. 256). Doğuran kadın yumurtanın sahibi değilse, o takdirde de nesebin iptali için dava açılabilir mi?

Kanun, doğumla birlikte çocuğun doğuran kadına bağlanacağını belirtmekle yetinmiş, doğuran kadının veya bir başkasının nesep bağının iptali için dava açabileceğini öngören bir hükme yer vermemiştir. Bununla birlikte tek başına bu düzenleme ile kesin bir sonuca varmak mümkün değildir<sup>34</sup>. Zira nesep bağında asıl olan kan bağıdır (ZGB

32 Stephan Ebeling - Uwe Zimmermann, Die "künstliche" Fortpflanzung, Deutsches und Europäisches Familienrecht (1999) 1, 32; Palandt-Uwe Diederichsen, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl., 1999 München, § 1591, Rn. 2.

33 Ebeling-Zimmermann, 32, dn. 94.

34 Franziska Buchli-Schneider, Künstliche Fortpflanzung aus zivilrechtlicher Sicht, Bern 1987, 149.

Art. 20, Abs. 2). Doğuran kadının anne olduğu aslında bir karineden ibarettir. Dolayısıyla, babalık karinesinin çürütülmesine (ZGB Art. 256 vd.) ve tanımaya (ZGB Art. 260a vd.) ilişkin hükümler bünyesine uygun düştüğü ölçüde annelik karinesine (ZGB Art. 252, Abs. 1) de uygulanmalıdır<sup>35</sup>.

Fakat bu takdirde çocuğun, anneliğin reddi davasını açabilme imkanı önemli ölçüde sınırlanmış olacaktır. Zira çocuk babalığın reddi davasını ancak, eşlerin ortak yaşamı o reşit olmadan sona ermiş ise açabilir (ZGB Art. 256, Abs. 1, Ziff. 2). Bunu dikkate alan diğer bir görüşe göre, anneliğin iptali davası, doğrudan çocuğun kişilik hakkına ve onun ihlaline dayanır (ZGB Art. 28 vd.)<sup>36</sup>. Nesebinin belirlenmesi, dünyaya gelen çocuğun bedeni ve ruhi bütünlüğünün korunması talebinin bir parçasıdır. Aile ve miras hukukunda hakim olan kan bağı esasının üçüncü bir kişiye ait yumurtanın kullanılması suretiyle ihlal edilmesi, aynı zamanda çocuğun kişilik hakkının da hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesi anlamına gelir. Mahkemeden bu ihlalin tespiti istenebileceği gibi doğum siciline anne olarak yumurtanın sahibinin kaydedilmesi suretiyle bu ihlalin sona erdirilmesi de istenebilir. Kiralık annelikte de, çocuk yumurtanın sahibi olan kadına teslim edilmişse, hakimden nüfus kaydının düzeltilmesine karar vermesi istenebilir (ZGB Art. 45/I –1998 tarihli değişiklikle, Art. 42-; Zivilstandsverordnung (ZStV), Art. 50). Fakat doğuran kadın çocuğu teslim etmişse, o takdirde yumurtanın sahibi olan kadın, çocuğun hukuken annesi olmak için dava açamaz, zira o, çocuğun dünyaya gelmesi için doğuran kadına oranla daha az şey yapmıştır. Çocuğun dava hakkı saklıdır.

Diğer bir görüşe göre, anneliğin iptali ancak taşıyıcı anneliğe cevaz verildiği takdirde söz konusu olabilir<sup>37</sup>. Bu halde babalığın reddi davasına kıyasen sonuca varmak için bünyesine uygun düşmez. Anneliğin reddini doğuran kadın ile temyiz kudretine sahip olduktan sonra çocuğun bizzat kendisi isteyebilir. Neticede çocuğun nesebi doğum a-

---

<sup>35</sup> Cyril Hegnauer, Berner Kommentar, Band II: Das Familienrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband, Vierte Auflage, Bern 1984, ZGB Art. 252, N. 39.

<sup>36</sup> Richard Frank, Die künstliche Fortpflanzung beim Menschen im geltenden und im künftigen Recht, Zürich 1989, § 4, N. 31 vd.

<sup>37</sup> Martin Stettler, Traité de droit privé suisse, (Schweizerisches Privatrecht, SPR), Vol. III, tome II, I: Le droit suisse de la filiation, Fribourg 1987, 209-210.

nı itibariyle yumurtanın sahibine bağlanır.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, babalık karinesi ve bu karinenin çürütülmesine ilişkin hükümlere kıyas mümkün değildir. Doğuran kadının annedir ve onun anneliği ne mevcut hukuka (de lege lata) ne de olması gereken hukuka (de lege ferenda) göre iptal edilebilir<sup>38</sup>.

15 Ekim 1975 tarihinde Strasbourg'da kabul edilen, Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuki Durumuna Dair Avrupa Sözleşmesi'nde de (European Convention on the legal status of children born out of wedlock) evlilik dışı doğan çocuklar bakımından annelik ilişkisinin münhasıran çocuğu doğurma olgusuna dayanması gerektiği kabul edilmiştir (Art. 2).

### III. İHTİMALLER

Doğabilecek nesep problemlerine çözüm üretebilmek için, öncelikle suni dölleme nesep bakımından önem taşıyabilecek ihtimallerin neler olduğu konusu üzerinde durmak gerekir. Ortaya koyacağımız ilk ihtimal nesep açısından tabii yoldan döllemeye nazaran bir özellik taşımaz. Buna karşılık diğer ihtimaller nesep açısından özellik taşır ve çözülmesi gereken bir takım problemleri de beraberinde getirir<sup>39</sup>. Tekrar belirtelim ki, ilgili Yönetmelik sadece ilk ihtimale cevaz vermektedir. Bununla beraber, Yönetmeliğe rağmen ve özellikle yurt dışında yapılacak tıbbi müdahaleler sonucu, Yönetmeliğin öngörmediği ihtimallerle karşılaşılabilceği gözden uzak tutulmamalıdır.

#### A. Eşlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması

Nesep problemi yaratmayan ilk ihtimal, evli eşlerden alınan yumurta

<sup>38</sup> **Buchli-Schneider**, 188 vd.; **ZGB-Schwenzer**, Art. 252, N. 9, 11; **Dieter Giesen**, *Moderne Fortpflanzungstechniken im Lichte des deutschen Familienrechts*, Festschrift für Cyril Hegnauer zum 65. Geburtstag, Bern 1986, 71; Aynı yönde **Peter Tuor / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid**, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Elfte Aufl., Zürich 1995, 277; İngiliz hukukundaki gibi (bkz. yukarıda II), tarafların hepsi razı olduğunda, genetik açıdan anne ve babalığın mahkeme kararıyla tespitine cevaz verilebileceği yönünde, **ZGB-Schwenzer**, Art. 252, N. 9.

<sup>39</sup> Suni döllemenin yarattığı problemler için ayrıca bkz. **Reşat Atabek**, *Yapay dölleme*, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 59, Sayı: 7-8-9 1985, 616 vd.

ve spermelerin dışarıda döllendirildikten sonra, döllenmiş yumurtanın tekrardan yumurtanın sahibi olan eşin rahmine yerleştirilmesidir. Normal yoldan çocuk sahibi olamayanlar bu yola başvurumaktadırlar. Bu şekilde doğan çocuğun annesi, onu doğuran kadındır. Babası ise, MK 241 uyarınca onu doğuran kadının kocasıdır ve aynı zamanda o, çocuğun ortaya çıkışını sağlayan sperm sahibidir.

### **B. Evli Olmayan Kadına Sperm Bağışı**

Evli veya evli olmayan bir erkeğin sperm ile evli olmayan bir kadının yumurtasının suni yoldan döllendirilip aynı kadının rahmine yerleştirilmesi halinde de çocuğun annesi, onu doğuran kadındır (MK 290, c. 1). Sperm bağışında bulunan kimse bu bağışı o kadından çocuk sahibi olmak amacıyla yapmışsa, o takdirde problem yoktur. Çocuk ile babası arasındaki nesep bağı tanıma veya babalık davası ile kurulur (MK 290, c. 2). Şahsi sonuçlu babalık davasının açılması, sperm sahibinin anneye evlenme vaademiş olmasına veya suni döllenmenin nüfuzu suiistimal teşkil etmesine bağlıdır (MK 310). Erkeğin döllenme esnasında evli olması, çocuk ile onun arasında nesep bağı kurulmasına engel teşkil etmez<sup>40</sup>. Fakat sperm bağışında bulunan kimse çoğu zaman çocuk ile ilişki kurmak istemez ve anonim kalmayı tercih eder. Çocuk sahibi olmak isteyen kadın bu şartlarla sperm bağışına razı olduktan sonra, acaba yine de sperm bağışında bulunan kimseye karşı babalık davası açılabilir mi?

### **C. Evli Olmayan Kadına Yumurta ve Sperm Bağışı**

Evli olmayan kadının üçüncü kişiye ait yumurta ve spermle çocuk doğurması, çocuğun daha doğmadan evlat edinilmesi anlamına gelir. Çocuğun annesi, bu durumda da MK 290, c. 1 uyarınca doğuran kadın

---

<sup>40</sup> Anayasa Mahkemesinin MK 292 ve 310'a ilişkin iptal kararlarından önce, çocuğun ana rahmine düştüğü anda erkeğin evli olması, onunla çocuk arasında nesep bağının kurulmasına engel teşkil etmekteydi (28.2.1991 tarih ve 15/5 sayılı ve 21.5.1981 tarih ve 67/23 sayılı kararlar, RG 21184 ve 17438). İptal edilen kısımlar, çocuğun ana rahmine cinsi münasebet yoluyla düşmesinden hareket etmekteydi. Oysa bizim üzerinde durduğumuz husus suni döllenmedir. Suni döllenmede cinsi münasebet söz konusu olmadığından, incelediğimiz konunun iptal edilen metinlerin kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği ayrı bir tartışmayı gerekli kılacaktı.

mı olacaktır, yoksa yumurtanın sahibi mi? Doğuran kadının anne sayılması, herşeyden önce evlat edinme hükümlerinin dolanılması (kannuna karşı hile) anlamına gelmez mi ?<sup>41</sup>

#### D. Evli Çifte Sperm Bağışı

Bu ihtimalde, evli kadın, kocası dışında üçüncü bir kişinin spermi ile suni yoldan çocuk sahibi olmaktadır. Bu yol daha ziyade kocanın kısır olması veya kendisinde kalıtsal ve baskın (dominant) hastalıkların bulunması ihtimalinde gündeme gelir. Anne bakımından problem yoktur. Çocuğun annesi, onu doğuran ve yumurtanın da sahibi olan kadındır. Çocuğun babası ise MK 241 uyarınca çocuğu doğuran kadının kocası olacaktır.

Hukuken çocuğun babası kim olmalıdır? Çocuğu doğuran kadının kocası çocuğu reddedebilecek midir? Veya çocuk babasına karşı nesebi red davası açabilecek midir? Spermilerin sahibi olan kimseye de bu hak tanınacak mıdır? Kocanın, karısının üçüncü bir kişinin spermi ile çocuk sahibi olmasına baştan rıza göstermesinin sonuca bir etkisi olacak mıdır?

#### E. Evli Çifte Yumurta Bağışı

Bu ihtimalde, evli bir erkeğin spermi ile üçüncü bir kişinin yumurtası döllendirilir ve erkeğin eşinin rahmine yerleştirilir. Başka bir ifade ile evli kadın kendi eşinin spermi ile çocuk sahibi olur, fakat yumurta kendisinin değildir. Bu yol kadının döllenmeye uygun yumurta üretmediği hallerde gündeme gelir.

Acaba bu ihtimalde de çocuğun annesi, çocuğu doğuran kadın mı, yoksa yumurtanın sahibi olan kadın mı olmalıdır? Çocuğun babası MK 241 uyarınca çocuğu doğuran kadının kocasıdır. Çocuğu doğuran kadını, çocuğun annesi saymaz isek, çocuğun babası kim olacaktır? Başka bir ifade ile doğan çocuk hangi evliliğin ürünü olacaktır? Çocuğun annesi bir evlilikten babası ise başka bir evlilikten mi olacaktır? Veya bir çocuk hukuken iki anneli olabilir mi ?

---

<sup>41</sup> Buchli-Schneider, 162.

### F. Evli Çifte Hem Sperm Hem De Yumurta Bağışı

Çocuk sahibi olmak isteyen, ancak elverişli yumurta ve spermelere sahip olmayan çiftler, üçüncü kişilerin üreme hücreleri ile çocuk sahibi olmak isteyebilirler. Evli kadında üçüncü kişilere ait üreme hücreleri kullanılması nesep durumunu nasıl etkileyecektir, çocuğun anne-babası kim olacaktır? Çocuk istekte bulunan çiftin müşterek çocuğu olarak kabul edilecek midir? Bu durum evlat edinmeye ilişkin hükümlerin dolanılması anlamına gelmez mi? Yoksa çocuk üreme hücrelerini bağışlayanların çocuğu mudur? Yoksa yumurta kendisine ait olmamasına rağmen doğuran kadın çocuğun annesi sayılacak, fakat onun kocası sperm sahibi olmadığı için hukuken baba sayılmayacak ve isterse çocuğun nesebini reddedebilecek midir?

### G. Kiralık Veya Taşıyıcı Annelik

Kiralık veya taşıyıcı annelik, çocuk sahibi olmak isteyen eşlerin kendileri için çocuk doğurması için başka bir kadın ile anlaşmalarını ifade eder. Kiralık veya taşıyıcı annelik çeşitli şekillerde gerçekleşebilir:

#### 1. İstekte Bulunan Eşlere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması

Bu halde, istekte bulunan eşlerden alınan üreme hücreleri dışarıda döllendirilir, daha sonra üçüncü bir kişinin (kiralık veya taşıyıcı annenin) rahmine yerleştirilir. Çocuk, doğum öncesi gelişimini bu kadının rahminde tamamlar ve neticede o kadından dünyaya gelir. Bu yol daha ziyade kendi rahmi çocuk sahibi olmaya müsait olmayan veya sağlık durumu çocuğu rahminde taşımasına elverişli olmayanlar kadınlar için söz konusu olur. Örneğin ileri derecede kalp yetmezliği veya kalp kapakçıklarında ileri derecede işlev bozukluğu bulunan kadınların hamile kalması kendileri için hayati tehlike arzeder. Gene uyuşturucu bağımlısı kadınların hamile kalması doğacak çocuğun sağlığı açısından tehlike arzeder.

Böyle bir durumda çocuğun annesi kimdir? Çocuğun annesi, yumurtanın sahibi olan kadın mıdır, yoksa onu karnında taşıyıp doğuran kimse midir? Yumurtanın sahibi, çocuğu doğuran kadın aleyhine nesebin reddi davasını açıp, çocuğun kendisine bağlanmasını sağlayabilir mi? Veya bizzat çocuğu doğuran kadın veya çocuğun kendisi, ne-



sebin reddi davası açabilmeli midirler? Veya çocuk, hukuken iki anneli olabilir mi?

Çocuğun babası kimdir? Çocuğun babası, kiralık veya taşıyıcı annenin kocası mı, yoksa spermilerin sahibi olan kimse mi olmalıdır? Kiralık veya taşıyıcı annenin kocası çocuğu reddedebilecek midir? Veya çocuk babasına karşı nesebin reddi davası açabilecek midir? Hatta spermilerin sahibi olan kimseye de nesebin reddi davası açma imkanı tanınmalı mıdır ?

## **2. İstekte Bulunan Eşlerden Sadece Kocaya Ait Spermilerin Kullanılması**

Kadının rahmi çocuk sahibi olmaya elverişli olmadığı gibi, kadın döllenmeye elverişli yumurta da üretilmiyorsa, o takdirde o ve kocası çocuk sahibi olmak amacıyla kiralık veya taşıyıcı anne tutmak yoluna gidebilirler. Kiralık veya taşıyıcı annede, kendisinden veya üçüncü kişiden alınan yumurta ile erkek eşten alınan spermeler kullanılır.

Bu durumda çocuğun annesi, kiralık veya taşıyıcı anne mi olacaktır, yoksa çocuk istekte bulunan eşlerin müşterek çocuğu mu olmalıdır? Kiralık veya taşıyıcı annenin kocası baştan rıza gösterdiği halde, doğan çocuğun nesebini reddedebilecek midir?

## **3. İstekte Bulunan Eşlerden Sadece Kadına Ait Yumurtanın Kullanılması**

Çocuk sahibi olmak isteyen eşlerden ne kadının rahmi ne de erkeğin spermi çocuk sahibi olmaya elverişliyse, o takdirde üçüncü bir ihtimal akla gelir. Bu ihtimalde kiralık annede, istekte bulunan eşlerden kadının yumurtası ile kiralık veya taşıyıcı annenin kocasına veya üçüncü bir kişiye ait spermeler kullanılır.

Bu durumda da aynı soru gündeme gelecektir: Doğan çocuk kiralık veya taşıyıcı anne ile kocasının mı, yoksa istekte bulunan eşlerin mi müşterek çocuğudur?

## **4. Üçüncü Kişilere Ait Üreme Hücrelerinin Kullanılması**

Kiralık veya taşıyıcı annede, istekte bulunan eşlerin üreme hücreleri

değil, üçüncü kişilere ait üreme hücreleri kullanılmış olabilir. Bu da bir nevi evlat edinme halidir<sup>42</sup>. Üçüncü kişilere ait üreme hücrelerinin kullanılması sonuca kiralık anneden doğacak çocuk istekte bulunan eşlere verilecektir. Bu durumda çocuk kimlerin müşterek çocuğudur? Çocuğun annesi doğuran kadın mı, yoksa yumurtanın sahibi mi, yoksa istekte bulunan eş midir?

### **H.Suni Döllenmenin Evli Çiftin İsteğinden Farklı Şekilde Gerçekleşmesi**

Problem yaratan ihtimallerin, normal yoldan çocuk sahibi olamayıp Yönetmeliğe uygun olarak suni döllenme yoluna başvuran çiftlere de tesadüf etmesi ihtimal dışı değildir. Örneğin iki tane evli çift ayrı ayrı suni döllenme için başvuruda bulunurlar, eşlerin yumurta ve spermleri doğru şekilde döllendirildiği halde yanlışlıkla veya kasden döllenen yumurtalar farklı eşlerin rahmine yerleştirilir. Bu durum netice itibarıyla yukarıda (G, 1) altında verdiğimiz kiralık veya taşıyıcı anne ihtimalinin aynısıdır.

Aynı örnekte eşlerin yumurta ve spermleri yanlış şekilde döllendirilmiş olabilir. Yani kocaların spermleri yanlışlıkla veya kasden kendi karılarının değil diğer eşin yumurtası ile döllendirilmiş olabilir. Burada da iki ihtimal ortaya çıkar. Birincisi döllenmiş yumurtalardan her birinin o yumurtanın sahibi olan kadının rahmine yerleştirilmesidir. Bu takdirde evli kadınlar kendi eşleri dışındaki bir erkeğin spermi ile çocuk sahibi olurlar ki bu durum yukarıda (D) altında verdiğimiz ihtimalin aynısıdır. İkinci ihtimal ise döllenmiş yumurtalardan her birinin o yumurtanın sahibi olmayan kadının rahmine yerleştirilmesidir. Bu takdirde evli kadınlar kendi eşlerinin spermi ile çocuk sahibi olmuşlardır, fakat yumurta kendilerinin değildir. Bu durum da yukarıda (E) altında verdiğimiz ihtimalin aynısıdır.

---

<sup>42</sup> **Erwin Deutsch**, Artifizielle Wege menschlicher Reproduktion: Rechtsgrundsätze Konservierung von Sperma, Eiern und Embryonen; künstliche Insemination und außerkörperliche Fertilisation; Embryotransfer, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), 3/1985, 182.

#### IV. ANNE VE BABANIN BELİRLENMESİ

##### A. Annenin Belirlenmesi

###### 1. Annelik Statüsü

Çocuğun annesi kimdir? Doğuran kadın mıdır, yoksa çocuğun ortaya çıkışını sağlayan yumurtanın sahibi midir? Yoksa her ikisi de anne olarak kabul edilmeli midir? Her üç görüş de savunulmuştur<sup>43</sup>.

Nesep konusunda bir karara varırken ailenin ve çocuğun saadeti göz önünde bulundurulmalıdır. Getirilecek çözümler ailenin ve çocuğun saadetine gölge düşürmemelidir. Dikkate alınacak diğer bir nokta nesillerin sıhhatidir. Yakın kan bağı olanların birbirleriyle evlenmeleri yasaklanmıştır (MK 92/1). Hısımlığın belirlenmesinde kan bağı esas alınmadığı takdirde, yasaklamaya rağmen yakın kan hısımlarının, belki de farkında olmadan, birbirleriyle evlenmeleri tehlikesi doğar.

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, çifte annelik veya ikiye bölünmüş bir annelik ailenin ve çocuğun saadetine gölge düşürür<sup>44</sup>. Bir insanın, en azından hukuken, bir tek annesi olmalıdır<sup>45</sup>. Aksine bir çözüm tarzı, çözülmesi zor başka bir takım problemleri de beraberinde getirir. Herşeyden önce çifte annelik, her iki annenin de evli olması halinde çifte babalığa yol açar. Bir çocuk aynı anda iki çiftin müşterek çocuğu olabilir mi?<sup>46</sup> Velayet hakkı kime ait olacaktır? Dolayısıyla çifte anneliği mevcut nesep hükümleri ile bağdaştırmak mümkün değildir<sup>47</sup>.

Bu durumda anneliği belirleyici unsur olarak, çocuğun karında taşınıp

43 **Helmut Pichler**, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Zweite, neubearbeitete und erweiterte Auflage, 1. Band, §§ 1 bis 1174 ABGB, Wien 1990, § 138 N. 8; Örneğin **Selb**'e göre kanunda boşluk vardır ve bu boşluk tabii verilere göre doldurulmalıdır. De lege lata hem doğuran kadın hem de yumurtanın sahibi olan kadın annedir (**Walter Selb**, Rechtsordnung und künstliche Reproduktion des Menschen, Tübingen 1987, 72 vd., 102 vd.).

44 İkiye bölünmüş bir anneliğin çocuğun menfaatine uygun düşmediği hususunda bkz. Palandt-**Diederichsen**, § 1591, Rn. 1; **Buchli-Schneider**, 155.

45 **Oskar Edlbacher**, Eimutter, Ammenmutter, Doppelmutter, Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ), 1988, 421; Çifte annelik sisteme yabancıdır (**Giesen**, [dn. 38], 76).

46 De lege lata çifte anneliği savunan **Selb** de (bkz. dn. 43) babalık bakımından bir çözüm getirememiştir (**Selb**, 82).

47 Ne çifte anneliğe ne de çifte babalığa hukuken katlanmak mümkündür (**Tuor/Schnyder/Schmid**, 277).

doğrulması olgusu ile genetik bağ arasında bir tercih yapılacaktır. Kanaatimce, genetik bağa öncelik vermek gerekir<sup>48</sup>. Bunun her somut olayda peşinen ailenin veya çocuğun menfaatine aykırı düşeceği söylenemez. Her somut olayda çocuğun menfaatine uygun düşen kişinin anne kabul edilmesi de kabul edilemez. Hukuk güvenliği gereği genel bir kaide koymak gerekir. Kanaatimce kanunun kan bağına esas alan genel prensibinden ayrılmak için geçerli bir sebep bulunmamaktadır. Doğuran kadının her zaman anne olarak kabulünün hukuk güvenliğinin gereği olduğu, böylece çocuğun annesinin kolayca belirleneceği ve çocuğun hukuken annesiz kalmasının önüne geçileceği itirazı<sup>49</sup> zayıf kalmaktadır. Zira doğuran kadının gene ilk planda anne sayılmasına bir engel bulunmamaktadır. Doğumla kurulan bu bağı ancak gerçek annenin tespiti halinde iptal edilebileceği prensibi kabul edilebilir. Bu takdirde hem hukuk güvenliğine halel gelmemiş hem de çocuk annesiz kalmamış olur. Nitekim doğuran kadının kocası da, gerçek baba olmamasına rağmen, hukuk güvenliği gereği ve çocuğu babasız bırakmamak düşüncesi ile<sup>50</sup> ilk planda hukuken baba sayılmaktadır (MK 241, c. 1).

Mevcut kanuni düzenlemeyle aynı sonuca varmak mümkün müdür? İlk akla gelen, MK 290'daki hükümdür: "Nesebi sahih olmayan çocuğun anası, doğuran kadındır. Babası, tanıma veya bir hüküm ile tahakkuk eder." Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucunun buradaki amacı, bir nesep kaidesi getirmek değildir. Nesebe ilişkin temel hükümler MK 17 ve 18'de yer almaktadır. Kanun koyucunun amacı, evlilik dışı doğan çocuk ile annesi arasında nesep bağının kurulması için ayrıca bir işleme veya mahkeme kararına gerek olmadığını ifade etmekten ibarettir<sup>51</sup>. Nitekim Fransız Hukukunda anne ile çocuk arasında evlilik dışı nesep ilişkisi tanıma veya şahsi hal veya mahkeme kara-

48 Taşıyıcı annenin çocuk üzerindeki etkisi abartılmamalıdır. Çocuğun bir tek annesi olmadığı, o da genetik annedir (Edlbacher, 421); Aksi yönde, Giesen, [dn. 38], 75: Annenin çocuğa karşı olan hissi bağlılığına öncelik vermek gerekir. Ayrıca bkz. dn. 49.

49 Bernat, 247; Buchli-Schneider, 150 vd.; Aynı görüşte, Thomas Jäggi/ Pierre Widmer, Der Leihmutterchaftsvertrag, Innominatverträge Festgabe zum 60. Geburtstag von Walter R. Schlupe, Zürich 1988, 72; Hüseyin Hatemi - Rona Serozan, Aile Hukuku, İstanbul 1993, 287.

50 Buchli-Schneider, 157.

51 Buchli-Schneider, 149.

rı ile kurulmaktadır (Cc art. 334-8). Asıl amaç bu olmakla beraber, kanun koyucunun düşüncesi, ancak doğuran kadının anne olabileceğidir.

Açıkça belirtilmiş olmasa dahi, Medeni Kanuna göre, evlilik içi doğan çocuğun annesi de doğuran kadındır ve aralarındaki nesep bağı doğum ile birlikte kurulur. Bunun aksi zaten kanunlaştırma hareketlerinin cereyan ettiği yıllarda düşünülemezdi. O yıllarda suni dölllenme yoluyla çocuk sahibi olmak mümkün değildi. Çocuk sahibi olmak için cinsel birleşme gerekliydi. Çocuğun dünyaya gelmesine yol açan cinsel birleşmeyi gerçekleştiren kadın çocuğun annesi, erkek ise babasıydı. Anenin belirlenmesi problem yaratmıyordu. Doğum olayı, doğuran kadının anne olduğunu gösteren kesin bir delildi. Nitekim Roma hukukunda da kural, doğuran kadının anne olduğu idi ve bu kural mater semper certa est (anne daima bellidir) şeklinde ifade edilmekteydi<sup>52</sup>. Gerçekten de annenin kim olduğu o zamanlar belli idi ve tartışmasızdı. O kadar ki, herkesçe malum olan bu hususun sonradan kanunlarda yer almasına dahi gerek görülmemiştir. Ne Alman ne Avusturya ne de İsviçre Medeni Kanunu hazırlanırken anneliği belirleyen genel bir kurala yer verilmiştir.

1998 tarihli Medeni Kanun Tasarısında “Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur” (m. 282/I) hükmü yer almaktadır. Tasarının maddeye ilişkin gerekçesinde bu hükmün doğal bir gerçeği dile getirdiği belirtilmektedir<sup>53</sup>. Bu ifadeden anlaşıldığına göre, madde kaleme alınırken suni dölllenme vakıası göz önünde bulundurulmamıştır. Başka bir ifade ile, madde, incelediğimiz konuya bir çözüm getirmek gayesiyle tasarıya konulmuş değildir. Kaldı ki, İsviçre’de de tasarıdaki hükme kaynaklık eden ZGB Art. 252 Abs. 1 hükmü 1976 yılında kanuna konurken yumurta nakline imkan veren bugünkü tıbbi gelişmeler söz konusu değildi ve doğuran kadının anne olduğu kesin bir kural teşkil ediyordu<sup>54</sup>. Tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde, tıptaki son gelişmeler karşısında, getirilen hükmün anneliği kesin olarak belirlemediği, gerçek annenin belirlenmesi için dava açılacağı görüşü

<sup>52</sup> D. 2, 4, 5 Paulus (Libro quarto de edictum).

<sup>53</sup> T.C. Adalet Bakanlığı Türk Medeni Kanunu Tasarısı, [dn. 20], 360.

<sup>54</sup> Buchli-Schneider, 185.

dile getirilmektedir<sup>55</sup>.

Aslında doğuran kadın, yumurtanın sahibi olduğu için anne kabul edilmektedir. Doğum olayı annenin, yani yumurtanın sahibinin kim olduğunu tespiti yarayan bir olgudan ibarettir. Nitekim MK 17/II hükmüne göre, usul ve furu hısımlığı, birbirinin sulbünden (soyundan, neslinden) gelenler arasındaki hısımlıktır. Başka bir ifade ile hısımlığı belirleyen genetik bağdır. Tüm aile ve miras hukuku hükümleri bu esas temel almıştır. O halde çocuğun ortaya çıkışını sağlayan yumurtanın sahibi çocuğun annesi, spermin sahibi ise çocuğun babasıdır. Yumurtanın sahibi olan kadın, bizzat çocuğu doğurmuş olmasa, hatta yumurtası onun bilgisi ve isteği dışında kullanılmış olsa dahi, çocuğun annesidir. Kan hısımlığı bakımından iradenin rolü yoktur. Mevcut düzenlemeye göre, MK 290, c. 1'in lafzına rağmen, durum böyledir. Bu görüş, yani doğuran kadının değil, yumurtanın sahibi olan kadının anne olduğu görüşü, İsviçre hukukunda<sup>56</sup>, 1997 yılında getirilen düzenlemeden önceki dönem bakımından Alman hukukunda<sup>57</sup> ve 1992 yı-

<sup>55</sup> Bkz. dn. 35-36.

<sup>56</sup> Bkz. dn. 55.

<sup>57</sup> **Bilsdorfer**, doğan çocuğun, doğumla birlikte genetik anne ve babaya bağlanacağı görüşündedir (**Peter Bilsdorfer**, MDR 10/1984, 805-806). Diğer bir görüşe göre ise, doğuran kadın annedir, ancak onun anneliği, babalığın reddine ilişkin hükümlere kıyasen iptal edilebilir (**Helmut Kollhosser**, Rechtsprobleme bei medizinischen Zeugungshilfen, Juristische Arbeitsblätter (JA), 1985, 555, 556; **Dagmar Coester-Waltjen**, Künstliche Fortpflanzung und Zivilrecht, FamRZ 1992, 371; Aynı yazar, Die künstliche Befruchtung beim Menschen - Zulässigkeit und zivilrechtliche Folgen, Gutachten B, Verhandlungen des 56. Deutschen Juristentages, Berlin 1986, Band I, B 112 vd.).

**Göppinger**'e göre, düzeltme (Personenstandgesetz, PStG § 47) veya tespit davası ile (Zivilprozeßordnung, ZPO § 640, Abs. 2 Nr. 1) doğuran kadın yerine yumurtanın sahibi olan kadının doğum defterine anne olarak kaydedilmesi mümkündür (Staudinger – **Horst Göppinger**, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 12., neubearbeitete Auflage, Viertes Buch, Familienrecht, §§ 1589-1600o, Berlin 1983, § 1591, Rz. 45 vd.). **Gaul**'e göre de babalığın iptali davasına kıyas yapmak yerine süreye tabi olmaksızın ZPO § 640, Abs. 2 Nr. 1 uyarınca anneliğin tespiti davasının açılması dava açabilmesi bakımından yumurtayı verenin lehine olur (Soergel - **Hans Friedhelm Gaul**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 8, Familienrecht II (§§ 1589-1921), 12., neubearb. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, § 1591, Rz. 39).

Diğer bir görüş, doğuran kadının anne olduğu kuralının kesin bir karine teşkil ettiği ve babalığın reddine ilişkin hükümlere kıyas yapılamayacağı yolundadır (Bkz. Staudinger - **Thomas Rauscher**, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 13. Auflage, §§ 1589-1600o, Berlin 1997, Anh. zu 1591, Rn. 36 vd.; **Günther Beitzke / Alexander Lüderitz**, Familienrecht, 26. Aufl.,

linda getirilen düzenlemeden önceki dönem bakımından Avusturya hukukunda<sup>58</sup> da savunulmuştur.

Mevcut düzenlemeden çıkan sonuç bu olmakla beraber, çocuğu doğuran kadın gene de ilk başta o çocuğun annesi sayılmalıdır<sup>59</sup>. Çünkü hayatın normal akışına uygun düşen, yumurtanın doğuran kadına ait olmasıdır. Bu bir karinedir. Çocuğu hangi kadın doğurmuşsa, çocuğun annesi karine olarak o kadındır. Nüfus siciline anne olarak, doğuran kadının adı yazılır. Karinenin aksi iddia ve ispat edilebilir ve nüfus sicilindeki anne kaydının değiştirilmesi istenebilir. Böyle bir dava nite-lik itibariyle MK 38 ve Nüfus Kanunu, m. 11 anlamında nüfus sicilindeki kaydın düzeltilmesine ilişkin bir dava değildir<sup>60</sup>. Zira doğuran kadını anne olarak gösteren kayıt, karineye dayandığından doğrudur. Ortada düzeltilmesi gereken yanlış bir kayıt yoktur. Kayıt ancak kari-nenin aksinin ispat edilmesi ve karineye dayanan nesep ilişkisinin mahkemece iptal edilmesi üzerine yanlış hale gelir ve düzeltilmesi ge-rekir. Benzer durum babalık karinesi için de söz konusudur. Evlilik içi doğan çocuğun babası, karine olarak kocadır (MK 241) ve nüfus sici-

---

München 1992, § 22 IV 5; Palandt-Diederichsen, 56. Auflage, § 1591, Rn. 11; **Anne Katrin Diefenbach**, Leihmutterchaft, rechtliche Probleme der für andere übernommenen Mutterschaft, Diss., Frankfurt am Main 1990, 72 vd., 81 vd.; Aynı yönde, **Deutsch**, 182).

**Mutschler**'e göre, doğuran kadın anneliğinin iptalini, ancak yumurta veya embriyoun nakli kendi rızası dışında gerçekleşmişse isteyebilir. Bunun dışında doğuran kadın veya genetik anne anneliğinin iptalini isteyemez (bkz. dn. 87). Fakat çocuğa bu hak tanınmalıdır (MünchKomm – **Dietrich Mutschler**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 8, Familienrecht II, §§ 1589-1921, 3. Auflage, München 1992, § 1591, 1592, RdNr. 52-53; § 1596, RdNr. 20; Olması gereken (de lege ferenda) budur (**Mutschler**, Emanzipation und Verantwortung –Zur Neuordnung des Abstammungsrechts-, FamRZ 1994, 69).

**58 Edlbacher**, 420; Doğuran kadının anne sayılması gerektiği görüşü de savunulmuştur (mesela **Willibald Posch**, Rechtsprobleme der medizinischen assistierten Fortpflanzung und Gentechnologie, Verhandlungen des zehnten Österreichischen Juristentages Wien 1988, Band I, 5. Teil, 107). Bu görüşün temelinde, hukuk güvenliği ile yumurtanın kime ait olduğunun tespiti tartışmalarını bertaraf etmek düşüncesi yatmaktadır (**Pichler**, § 138 N. 8). Bakanlığın hazırladığı kanun teklifinde doğuran kadının doğumdan itibaren üç ay içinde çocuğu yumurtanın sahibi olan kadına teslim etmesi halinde, yumurtanın sahibi olan kadının anne sayılacağı hükme bağlanmıştı (§ 137 Abs. 2) (**Bkz. Posch**, 117).

**59** Bkz. dn. 57; Üçüncü kişinin yumurtası kullanıldığı takdirde, İsviçre'de de ilk planda çocuğun annesi ZGB Art. 252 Abs. 1 uyarınca doğuran kadındır (**Hegnauer**, Grundriss, N. 3.04), ancak sonradan anneliğinin iptali söz konusu olabilir (bkz. dn. 35-36).

**60** Krş. **Frank**, [dn. 36], § 4, N. 42.

line baba olarak kocanın adı yazılır. Buna karşı kocanın açacağı nesebin reddi davası, nüfus kaydının düzeltilmesi davası değildir<sup>61</sup>. Bununla birlikte nüfus sicilindeki kayıt, nesebin reddi kararına uygun şekilde düzeltilir (Nüfus Kanunu, m. 48). Suni döllenme, yumurtanın sahibi öldükten sonra gerçekleşmiş olsa dahi, onun anneliğine hükmedilebilir ve nüfus siciline anne olarak onun adı yazılabilir<sup>62</sup>.

Aksine bir çözüm tarzı, yani özellikle kiralık annelikte babalığın iptaline ve gerçek (genetik) babaya bağlanma imkanı mevcutken<sup>63</sup>, gerçek anneye bağlanma imkanını tanımamak çelişki ve haklı bir sebebe dayanmayan ayrımcılık<sup>64</sup> yaratırdı<sup>65</sup>.

## 2. Anneliğin İptali İçin Dava Açma Hakkına Sahip Olanlar

### a. Çocuğu doğuran kadın ile yumurtanın sahibi olan kadın

Kanunda anneliğin reddine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Kanun koyucu, doğuran kadının çocuğun annesi olmayabileceği ihtimalini tahmin edemediğinden kanunda bu konuda bir boşluk vardır ve bu boşluk MK 1 hükmü uyarınca doldurulmalıdır. Babalığın reddine (MK 242 vd.) ve babalık davasına (MK 295 vd.) ilişkin hükümlerin yol gösterici olabileceği düşünülebilirse de<sup>66</sup>, anneliğin reddi davasının farklı özelliklere sahip olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Babalığın reddi davasında, normal olan, davayı açan kocanın karısının bir başka erkekten çocuk sahibi olmasına rızasının bulunmadığıdır. Oysa bir başkasının yumurtası ile çocuk doğuran kadın, normal şartlar altında bunun bilincindedir ve bunu isteyerek suni döllenme yoluna baş-

<sup>61</sup> A. Egger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, II. Band: Das Familienrecht, Zweite Abteilung: Die Verwandtschaft, Art. 252-359, Zweite umgearbeitete Auflage, Zürich 1943, Art. 253, N. 1.

<sup>62</sup> Aksi yönde Hegnauer, Komm. Art. 252, N. 40; Ayrıca, bir kimsenin ölümünden sonra sperminin suni döllenmede kullanılması durumu için bkz. aşağıda IV, B, 1.

<sup>63</sup> Bkz. aşağıda IV, B, 2, b, bb.

<sup>64</sup> Aksi görüşte, Diefenbach, 83 vd.

<sup>65</sup> Alman hukukunda anneliğin iptaline imkan tanımayan yeni düzenlemenin (BGB § 1591), bu açıdan abartılı olduğu hususunda bkz. Palandt-Diederichsen, § 1591, N. 2.

<sup>66</sup> Bkz. dn. 35, 57; Alman hukukunda doğuran kadının anne olduğunu belirten BGB § 1591 hükmü kesin bir ifade taşımaktadır. Dolayısıyla babalığın iptaline ilişkin hükümlere kıyasen anneliğin iptali yolu kapalıdır (bkz. dn. 32).



vurmuştur. Anneliğin iptali ve tespitine ilişkin kanun boşluğu bu durum dikkate alınarak doldurulmalıdır.

Eğer çocuğu doğuran kadının arzusu başlangıçta, yani döllenmiş yumurta kendi rahmine nakledilirken, çocuğu sahiplenmek idiyse ve yumurtanın sahibi olan kadın bunun için yumurtasını vermiş idiyse, o takdirde artık doğuran kadın çocuğun nesebini reddedemez. Doğuran kadının daha baştan çocuğu benimsemesi nesebi reddetme hakkını sona erdirir<sup>67</sup>. Yumurtanın sahibi olan kadın da, annelik iddiasında bulunamaz<sup>68</sup>. Bu çözüm tarzı çocuğun ve ailenin saadetini temin gayesine uygun düşer. Yumurtanın sahibi olan kadın ile çocuk arasında hukuki değil, fakat tabii bir nesep bağı (parenté naturelle) vardır ve bu bağ evlenmeye engel teşkil eder (MK 92/1)<sup>69</sup>. Kan bağı (genetik bağ) dolayısıyla birbirleriyle evlenmeleri yasak olan kimselerin, aynı zamanda hukuken de birbirlerine hısımlar olmaları zorunluluğu bulunmaktadır<sup>70</sup>. Benzer bir durum babalık davasında da söz konusu olmaktadır. Koca nesebi reddetmedikçe, gerçek baba, babalık iddiasında bulunamaz. Amaç aileyi korumaktır<sup>71</sup>. Buna rağmen çocuk gerçek (genetik) babası ile veya onun çocuğu ile evlenemez<sup>72</sup>.

Taşıyıcı annelik durumunda ise, taşıyıcı anne ile üreme hücrelerini verenler arasında bir anlaşma vardır (taşıyıcı annelik veya kiralık annelik sözleşmesi). Bu anlaşmaya göre çocuk doğumdan sonra üreme hücrelerini verenlere teslim edilecek ve nüfusa da onların çocuğu olarak kaydedilecek veya onlara evlatlık verilecektir. Bu anlaşma hukuka ve-

<sup>67</sup> Tıpkı başkasının spermi ile karısının çocuk doğurmasına rıza gösteren kocanın çocuğun nesebini reddetme hakkına sahip olmadığı gibi (bkz. aşağıda IV, B, 2, b, aa); Nitekim **Hegnauer**, rızası varsa doğuran kadının nesebinin reddedilemeyeceği sonucuna ZGB Art. 256 Abs. 3 hükmüne kıyas yoluyla varmaktadır (**Hegnauer**, Komm. Art. 252, N. 39); Sahiplenmek arzusuyla doğuran kadının nesebinin reddi davası açmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği hususunda bkz. **Buchli-Schneider**, 192; Kollhossler, 555-556; Gerek sperm bağıışı kabul eden kocanın gerek yumurta bağıışı kabul eden kadının çocuğun nesebini reddedebileceği görüşü de savunulmaktadır (mesela bkz. **Soergel-Gaul**, § 1591, Rz. 44).

<sup>68</sup> **Gottfried Knöpfel**, Faktische Elternschaft, Bedeutung und Grenzen, FamRZ 1983, 322.

<sup>69</sup> Tabii nesep bağının evlenmeye engel teşkil edeceği hakkında bkz. **Kemal Oğuzman - Mustafa Dural**, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul 1998, 70.

<sup>70</sup> **Hoyer**, 159-161.

<sup>71</sup> Bkz. dn. 125.

<sup>72</sup> **Andreas B. Schwarz**, Aile Hukuku I, İkinci Bası, çev. Bülent Davran, İstanbul 1946, 80.

ya ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz kabul edilmektedir<sup>73</sup>. Bir kısım insanın kendi emelleri için başkalarının vücutlarını bir vasıta olarak kullanmaları ve çocuk ile doğuran kadın arasındaki biyolojik ve ruhsal bağın göz ardı edilerek çocuğun insanlık onurunun zedelenmesi ahlaka aykırı ve doğuran kadın bakımından özgürlüğün caiz olmayan şekilde sınırlandırılması olarak değerlendirilmektedir (BK 20; MK 23/II)<sup>74</sup>. Hatta istekte bulunan eşlerin, çocuğu evlat edinme taahhütleri dahi onlar açısından özgürlüğün caiz olmayan şekilde sınırlandırılması anlamına gelir<sup>75</sup>. Üreme serbestisi adı altında insanların kendi özel alanlarının dışına taşarak doğacak çocuğun özel alanına etkide bulunacak davranışları etik açıdan uygun görülmemektedir<sup>76</sup>. Embriyonun korunması çerçevesinde yumurta bağıışı veya taşıyıcı anneliği yasaklayan özel hükümler getirilmektedir, ki bunun örneklerini yabancı hukuklardaki düzenlemeleri belirtirken vermiştik. Ülkemizde de Yönetmelik buna izin vermemektedir. Dolayısıyla bir hekimin yumurta veya embriyo nakline ilişkin olarak yaptığı anlaşmalar hukuka aykırılık sebebiyle, tarafların kendi aralarında yaptıkları kiralık annelik sözleşmesi (veya yumurta veya embriyo bağıışı sözleşmesi) ise en azından konusundaki imkansızlık sebebiyle geçersizdir (BK 20/I)<sup>77</sup>. Ahlaka aykırılık konusunda ise peşin fikirli olmamak gerekir. Başka türlü çocuk sahibi olmayan eşlerin sırf yardım amacıyla bu işe razı olan bir kadın ile taşıyıcı annelik hususunda anlaşmaları, tarafların ahlaka aykırı bir amaç

---

<sup>73</sup> Frank, [dn. 36], § 3, N. 113; Palandt-Diederichsen, Einf. v. 1591, Rn. 33; Staudinger-Rauscher, Anh. zu § 1591, Rn. 35; Kanuna aykırı olduğu görüşünde, ZGB-Schwenzer, Art. 252, N. 10; Fransız Medeni Kanununda, taşıyıcı anneliğe ilişkin anlaşmaların geçersiz olduğunu belirten özel bir hüküm bulunmaktadır (Cc 16-7); Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kişinin hukukuna ilişkin hükümler içermesi onun baştan geçersiz sayılmasını gerektirmez (Bernat, 249 vd.).

<sup>74</sup> Buchli-Schneider, 174 vd.

<sup>75</sup> Jäggi/Widmer, 73.

<sup>76</sup> Ebeling-Zimmermann, 31, dn. 88.

<sup>77</sup> Alman hukukunda da benzer bir durum vardır. Hekime getirilen yasakların (bkz. dn. 22), kiralık annelik ve yumurta veya embriyo bağıışı sözleşmelerini, ahlaka aykırılık tartışması saklı kalmak kaydıyla, kanuna aykırı hale getirmeyeceği görüşünde, Coester-Waltjen, FamRZ 1992, 371.

Sözleşme geçerli olsa dahi taraflar doğrudan kişiliklerine yönelik edimlerin ifasına zorlanamazlar. MK 23 buna engel teşkil eder. Şu var ki, sözleşmenin geçersizliğinin kabulü, kiralık annenin masraf ve kazanç kaybının tazmini gibi herhangi bir talepte bulunamamasına yol açar (Beitzke/Lüderitz, § 22 IV 2).

güttükleri şeklinde yorumlanamaz<sup>78</sup>. Amaç çocuk sahibi olmaktır. Ahlaka aykırı olan sadece taşıyıcı anneliğin bir menfaat karşılığı yapılması, yani doğurganlığın ticari bir meta haline getirilmesidir<sup>79</sup>. Evlatlık kurumu dikkate alındığında, doğan çocuğun başka bir aileye verilmesi hukukumuzda da yabancı değildir. Bundan başka, doğacak çocuğu korumak düşüncesi ile de taşıyıcı anneliğin karşısında yer almak isabetli değildir. Çocuk, dünyaya gelmesine mani olunarak korunmaya çalışılamaz<sup>80</sup>. Benzer olaylar karşısında farklı değer yargısında bulunmak çelişki yaratır. Sperm bağışı bakımından olumsuz bir değer yargısında bulunmayan yazarların, ikame anneliğe, ki burada kiralık annenin yumurtası ile istekte bulunan eşlerden kocanın spermeleri dölendirilir, şiddetle karşı gelmeleri çelişkili bir tutum arz etmektedir<sup>81</sup>.

Yasağa rağmen taşıyıcı annelik gerçekleşebilir. Bu durumda, doğuran kadın, çocuğun nesebini reddedebilecek midir? Veya yumurtanın sahibi olan kadın, yumurtanın kendisine ait olduğunu iddia ve ispat ederek çocuğun kendisine bağlanmasını sağlayabilecek midir?

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, nesebi belirleyen hükümler emredici niteliktedirler. Yani taraflar, kendi iradelerine bırakılmış konular dışında, kendi aralarında anlaşarak kanunen belirlenmiş nesep durumlarında değişiklik yapamazlar. Doğan çocuğun nesebini kanun belirler. Kanunen anne-baba sayılan kişiler üçüncü kişilerle anlaşarak kendileri yerine onların anne-baba olmasını sağlayamazlar. Üçüncü kişiler ancak belirli şartlar dairesinde çocuğu evlat edinebilirler. Evlat edinme dışında, nesep durumunda değişiklik yaratmaya yönelik sözleşmeler geçersizdir<sup>82</sup>. Dolayısıyla kiralık annelik sözleşmesi de ka-

<sup>78</sup> Coester-Waltjen, Gutachten, B 79; Kollhossler, 557; Ancak yazara göre, ortaya çıkardığı problemler dolayısıyla kiralık annelik yasaklanmalıdır (Kollhossler, 559).

<sup>79</sup> Coester-Waltjen, Gutachten, B 81-91; Kollhossler, 557; Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 37. Doğurduğu çocuğu "satmak" gayesiyle hareket eden kadının, hukuken anne sayılsa dahi, velayet hakkına sahip olmasının yerinde olmadığı hakkında bkz. Dieter Giesen'in İngiliz ve Alman üst mahkeme kararlarına ilişkin notu, Juristen-Zeitung (JZ) 1985, 1053 vd.

<sup>80</sup> Coester-Waltjen, Gutachten, B 82.

<sup>81</sup> Selb, 109; Ancak yazarın kendisi de para karşılığı olsun veya olmasın her türlü kiralık annelik sözleşmesinin gerek de lege lata gerek lege ferenda geçersiz sayılması gerektiği görüşündedir (Selb, 114 vd., 116). Sperm bağışı gibi yumurta bağışına da cevaz verilmedir görüşünde, Kollhossler, 559.

<sup>82</sup> Kollhossler, 556; Bu anlamda, Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 37.

nunen belirlenmiş nesep durumunda bir değişiklik yaratamaz. Kiralık annelik sözleşmesinin ahlaka veya hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz olup olmadığının nesep durumuna bir etkisi bulunmamaktadır. O halde burada da anneliği belirleyen genel kural uygulanacaktır. Bu konuda kabul ettiğimiz görüşe göre, ilk planda taşıyıcı anne, çocuğu doğuran kadın sıfatıyla anne sayılır. Fakat gerçek anne MK 17/II hükmü uyarınca yumurtanın sahibi olan kadındır ve açılacak bir dava ile gerçek annenin tespiti mümkündür<sup>83</sup>. Tarafların neticede geçerliliği tartışma konusu olan kiralık annelik sözleşmesi ile amaçladıkları hedefe ulaşmış olmaları, ondan bağımsız olarak belirlenen nesep durumunda bir değişiklik yaratmaz<sup>84</sup>.

Anneliğin iptalini ve çocuğun yumurtanın sahibi olan kadına bağlanmasını, hem doğuran kadının kendisi hem de yumurtanın sahibi olan kadın isteyebilmelidir. Kiralık anneliğe razı olan kadının sonradan çocuğun nesebini reddetmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez<sup>85</sup>. Diğer taraftan yumurtanın sahibi olan kadının dava açmasının, ailenin korunması esasına ve çocuğun bir aile içinde büyümekteki menfaatine aykırı bir yönü yoktur. Zira çocuk neticede istekte bulunan eşlerin müşterek çocuğu olacak ve bir aile ortamında büyüyecektir. Kaldı ki kiralık anne evli değilse, o takdirde zaten çocuğun aile içinde büyümesi söz konusu değildir. Bu itibarla bu noktada babalığın reddi davasına ve dolayısıyla gerçek babaya bu hakkın tanınmaması kuralına kıyas yapılamaz<sup>86</sup>. Yumurtanın sahibi olan kadın ile doğuran kadın, a-

---

83 Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 43; Genel olarak anneliğin reddini kabul eden yazarlar için bkz. dn. 57, 35, 36; Doktrinde taşıyıcı annelik sözleşmesinin nesep durumunda değişiklik yaratmayacağı genel kabul görmekte birlikte, bir kısım yazar tarafından doğuran kadının anne olduğu kuralına katı şekilde bağlı kalınmaktadır; Mesela bkz. **Bernat**, 246-24; **Buchli-Schneider**, 190. **Kollhosser**'e göre de, kiralık anne çocuğu teslim etmekten veya yumurtanın sahibi olan kadın çocuğu teslim almaktan kaçınırsa, o takdirde çocuğun zorla kiralık anneden alınması ve yumurtanın sahibi olan kadına verilmesi yolu kapalı tutulmalıdır. Zira aksi takdirde evlat edinme hükümleri ihlal edilmiş olur (**Kollhosser**, 556); **Buchli-Schneider** de anneliğin iptal edilemeyeceği görüşündedir. Ancak aksi görüşün kabulü halinde durumun ne olacağına da değinmiştir. Ona göre, anneliğin reddi bir kere kabul edildiği takdirde, kiralık annenin anneliği iptale konu olmaktan kurtulamaz (**Buchli-Schneider**, 202).

84 Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 43.

85 **Buchli-Schneider**, 193; **Kollhosser**, 556; Tıpkı karısının kiralık anne olmasına razı olan kocanın doğan çocuğun nesebini reddetmesinde olduğu gibi (bkz. aşağıda B, 2, b, bb).

86 Aksi yönde, yani genetik anneye dava hakkının tanınmaması gerektiği görüşünde,

çacakları dava ile neticede aralarındaki geçersiz sözleşme ile amaçladıkları sonuca ulaşırlar<sup>87</sup>. Ancak bu durum sözleşmeden bağımsız olarak neseb hükümlerinin doğurduğu bir sonuçtur.

Anneliğin reddi ve tespiti talepleri birlikte yapılmak gerekir. Anneliğin tek başına reddi çocuğun hem annesiz hem babasız ortada kalmasına yol açabilir. Amaç çocuğun anne ve babasının tespiti ve aynı zamanda çocuğun anne ve babasız ortada kalmasını önlemek olmalıdır. Babalığın reddi davası, gerçek babanın tespiti şartına bağlı değildir. Fakat anneliğin reddinde durum farklıdır. Hukuken baba sayılan kimse- nin çoğu zaman çocuğun doğumunda bir dahli bulunmaz. Oysa hukuken anne sayılan kimse çocuğu doğurmuştur. Bu durum, gerçek anenin tespit edilememesi halinde doğuran kadının annelikten ve onun yükümlülüklerinden kurtulamamasını haklı kılar. Davada, doğuran kadın ile yumurtanın sahibi olan kadının yanı sıra varsa bunların kocaları ve çocuk da taraf olarak yer almalıdır. Çocuğu davada, bu iş için atanacak kayyım temsil eder (MK 376/2). Davanın kabulü halinde, çocuğun annesi yumurtanın sahibi olan kadın, babası da varsa o kadının suni döllenenin gerçekleştiği andaki kocası olur. Suni döllenmede kullanılan sperm kocaya ait olmasa dahi durum böyledir. Karısının yumurtasının kiralık annede kullanılmasına razı olan ve doğacak çocuğu baştan kabullenen koca, sonradan çocuğun kendisinden olmadığını iddia edemez<sup>88</sup>. Çocuk, istekte bulunan karı-kocanın evlilik içi (sahih nesepli) çocuğu olur<sup>89</sup>. Süre bakımından babalık davasındaki bir yıllık süreden yararlanılabilir (MK 296). Buna göre, anneliğin reddi ve tespiti davası çocuk doğduktan sonra bir sene içerisinde açılmalıdır.

---

**Buchli-Schneider**, 192; **Knöpfungel**'e göre de, sadece doğuran kadın anneliğinin iptalini isteyebilir, yumurtanın sahibi olan kadın isteyemez. Zira hamilelik ve doğum sebebiyle çocukla daha ziyade bağlılığı olan odur (**Knöpfungel**, 322); Aynı yönde, **Frank**, [dn. 36], § 4, N. 31 vd. (bkz. dn. 36'ya ait metin).

<sup>87</sup> Bu sebeple, **Mutschler**'e göre, yumurtanın sahibi olan kadın ile doğuran kadına nesebi iptal edebilme hakkı tanınmamalıdır (MünchKomm-**Mutschler**, § 1591, 1592, RdNr. 53).

<sup>88</sup> Tıpkı karısının üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına razı olan kocanın, doğan çocuğun nesebini reddedemeyeceği gibi (bkz. aşağıda B, 2, b, aa); Eğer rızanın nesebin red hakkını ortadan kaldırmadığı görüşü kabul edilirse, o takdirde karısının kiralık anneye yumurta vermesine rıza gösteren koca da çocuğun nesebini reddedebilir (Bu görüşte, **Soergel-Gaul**, § 1591, Rz. 43).

<sup>89</sup> **Soergel-Gaul**, § 1591, Rz. 43.

Bu çözüm tarzı netice itibariyle ailenin ve çocuğun saadetini ve nesillerin sıhhatinin temini gayelerine uygun düşecektir. Doğan çocuğun taşıyıcı anneyi tutan ve ona sahip olmak için yanıp tutuşan eşlere verilmesi ve çocuğun o aile içinde büyümesi en uygun çözüm tarzıdır. Hele hele çocuk taşıyıcı anne tarafından istekte bulunan eşlere teslim edilmişse ve çocuk onların yanında büyümeye başlamışsa, o takdirde bu sosyal gerçekliğe aykırı hukuki statünün devamında ne çocuğun ne de ailenin saadeti bakımından bir fayda vardır<sup>90</sup>.

Anneliğin reddi ve tespiti davası yerine, şartları gerçekleştiği takdirde evlat edinme yoluna da başvurulabilir. Ancak yumurtanın sahibi olan kadının doğan çocuğu evlat edinmesi nispeten ağır şartlara tabidir. Evlat edinmek isteyen herşeyden önce nesebi sahih furuunun bulunmaması (MK 253), ayrıca çocuğun anne ve babasının, yani doğuran kadın ile kocasının muvafakatı (MK 254) ve sulh hakiminin izni (MK 254) gereklidir.

Doğuran kadının çocuğu yumurtanın sahibine teslim etmesinin yanı sıra, çocuk nüfusa da yumurtanın sahibinin çocuğu olarak kaydedilmişse, o takdirde fiili ve hukuki durum baştan şekillenmiş demektir ve herhangi bir dava açmaya gerek kalmaz.

Suni döllenme yoluna başvuran kadına, kendisinin bilgisi ve rızası dışında başkasına ait yumurta veya embriyo nakledilmişse, o takdirde durum ne olacaktır, bu kimseye çocuğun nesebini reddetme imkanı tanınacak mıdır? Bu kimse kural olarak çocuğun nesebini reddedememelidir<sup>91</sup>. Ancak duruma göre red hakkının varlığı uygun düşmeyebilir. Mesela yumurtanın kime ait olduğu belirlenemiyorsa veya yumurta doğuran kadına ait olmamakla beraber sperm onun kocasına aitse, o takdirde doğuran kadın çocuğun nesebini reddedememelidir. Doğuran kadın özellikle bu konuda dahli olmayan eşini yarı yolda bırakamaz. Suni döllenme yoluna başvuran kadın, bunun arzu edilmeyen sonuçlarına da katlanmak durumundadır. Ailenin ve çocuğun saadeti bunu gerektirir. Buna karşılık yumurtanın sahibi belli ve sperm de kocanın değilse, o takdirde hem yumurtanın sahibi hem de doğuran kadın anneliğin reddi ve tespiti davasını, gene en geç doğumdan itibaren

---

<sup>90</sup> İngiliz ve Belçika hukuklarındaki nesebin belirlenmesinde sosyal gerçekliği dikkate alan hükümler için bkz. yukarıda II.

<sup>91</sup> MünchKomm-Mutschler, § 1591, 1592, RdNr. 53; Coester-Waltjen, Gutachten, B 113.

bir yıl içinde açabilmelidir.

Eğer kiralık annede kullanılan yumurta bizzat kiralık annenin kendisine veya üçüncü bir kişiye aitse, o takdirde çocuğun istekte bulunan eşlerden kadına bağlanması mevcut hukuka göre (de lege lata) mümkün değildir. O ne çocuğu doğurmuştur, ne de yumurtanın sahibidir. Tek çare evlat edinme yoludur<sup>92</sup>. Çocuğun, onunla kişisel ilişki kurmamak üzere yumurtasını bağışlayan üçüncü kişiye bağlanması da uygun düşmez. Bunu bilerek çocuğu doğuran kiralık annenin anne olarak kalması en uygun çözüm tarzıdır.

### b. Mirasçılık hakları muhtel olanlar

Doğuran kadının, dava açma hakkına sahip olmasına rağmen bu hakkını kullanmadığı hallerde, onun anne sayılmasından dolayı mirasçılık hakları muhtel olanlar da MK 245/I'e kıyasen dava açabilmelidirler. Buna göre, doğuran kadının ölmesi veya temyiz kudretinden mahrum olması yahut bulunduğu yerin bilinmemesi halinde, çocukla birlikte mirasçı veya çocuk sebebi ile mirastan mahrum olanlar, doğumdan itibaren bir yıl içinde anneliğin reddi ve tespiti davasını açabilirler. Mirasçılık hakları muhtel olanların açabilecekleri dava ikincil niteliktedir. Doğuran kadının nesebi reddetme hakkına sahip olmadığı durumlarda onlar da nesebin reddi için dava açamazlar<sup>93</sup>.

MK 245/I hükmü mevcut bir evliliği dikkate alarak miras hakkı muhtel olanlara ikincil nitelikte bir dava hakkı tanımıştır. Bu hükme kıyas yapıldığına göre, doğuran kadının evli olmadığı durumlarda, her ilgili doğrudan nesebin reddi davası açabilecek midir? Doğuran kadının evli olmadığı durumlarda dahi her ilgilinin dava açabilmesi isabetli bir yol değildir. Nesebi ret hakkı sadece çocuğun doğumuna doğrudan katkıda bulunan kişilere ait olmalıdır<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Selb, 110; Kollhossler, 555; Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 36; Bu tip suni döllenenmelere evlat edinmenin özel bir türü olarak ve belirli şartlarla cevaz verilebileceği görüşünde, Kollhossler, 559.

<sup>93</sup> Krş. aşağıda B, 2, b, aa.

<sup>94</sup> Buchli-Schneider, 192.

### c. Savcı

MK 245/II hükmüne göre, kadın evlenmeden evvel gebe kaldığı takdirde, koca çocuğu benimsemiş olsa bile savcı, babalığın iptali davasını açabilir. Bu hükmün kıyas yoluyla anneliğin iptali bakımından da uygulanması düşünülebilirse de, diğer dava hakkı sahipleri dava açmamışken, savcının doğuran kadının anneliğinin iptalini istemesi ailenin ve çocuğun saadeti gayesine uygun düşmez. Kaldı ki, savcının babalığın iptali davasını açması dahi eleştirilmektedir<sup>95</sup> ve hatta 1984 tarihli Medeni Kanun Öntasarısı ile 1998 tarihli Tasarıda (m. 227; m. 291) ve İsviçre Medeni Kanununda savcının dava hakkı kaldırılmıştır (Art. 256, 258)<sup>96</sup>.

### d. Çocuk

Çocuk, kendisini doğuran kadın aleyhine anneliğin reddi davası açabilecek midir? Babalığın reddi bakımından, kanunda çocuğa dava hakkı tanıyan bir hüküm yer almamaktadır. Konu tartışmaya açıktır<sup>97</sup>. İsviçre Medeni Kanunu (Art. 256/I) ile 1998 tarihli Medeni Kanun Tasarısında çocuğa da babalığı ret davası açabilme hakkı verilmiştir (m. 286/II). Ancak bu dava hakkı İsviçre Medeni Kanununda bir şarta bağlanmıştır. Buna göre çocuk ancak kendisi reşit olmadan önce eşler arasındaki ortak yaşam sona ermiş ise babalığın reddi davasını açabilir. 1998 tarihli Medeni Kanun Tasarısının ilk şeklinde bu şart mevcutken, sonradan kaldırılmıştır<sup>98</sup>. Aileyi ön planda tutan İsviçre Medeni Kanunundaki düzenleme tavsiyeye şayandır.

Çocuğun anneliğin reddi davası açabilmesi bakımından da benzer bir

---

<sup>95</sup> Bkz. **Bernat**, 138 vd.; Savcının kamu menfaatine dayanarak kanbağına göre nesebin belirlenmesini isteyebilmesinin temelinde ırkçı nasyonal sosyalist düşüncenin yattığı hususunda bkz. **Posch**, 52; **Hatemi-Serozan**, 300.

<sup>96</sup> Alman Medeni Kanununda da savcıya nesebi reddetme hakkı tanınmamıştır (BGB § 1600); Buna karşılık Avusturya Medeni Kanunu savcıya belirli şartlarla nesebi reddetme hakkı tanımıştır (ABGB § 158, 159/II). Ancak savcı, kamu menfaati veya çocuğun veya altsoyunun menfaati bakımından gerekli görüyorsa, nesebin reddi davasını açar (§ 158).

<sup>97</sup> Bkz. dn. 128.

<sup>98</sup> Tasarı metninde 286'ncı maddenin ikinci fıkrasının ilk şekli şöyleydi: “Eşler arasındaki evlilik son bulduğu sırada ergin olmayan çocuk da dava hakkına sahiptir...”. Yeni metin ise şöyledir: “Çocuk da dava hakkına sahiptir...” (Tasarının son hali için bkz. dn. 20).



çözüm benimsenebilir<sup>99</sup>. Çocuk ancak, doğuran kadın ve onun kocası ile birlikte, bir aile ortamı içerisinde yaşamasına imkan kalmadığı takdirde, gerçek annesi ile kendisi arasında nesep bağının kurulması için dava açabilmelidir. Aile ortamının gerçekleşmesi herşeyden önce hem çocuğu doğuran kadının hem de kocasının çocuğu sahiplenmesine bağlıdır. Doğuran kadın veya yumurtanın sahibi olan kadın, anneliğin reddi davasını açmış ve bu dava kabul edilmişse zaten dava sonucunda çocuk gerçek (genetik) annesine bağlanır. Buna mukabil babanın çocuğun nesebini reddetmesi halinde, çocuğun gerçek annesine bağlanması için ayrı bir davaya ihtiyaç vardır. Çocuk bu durumda anneliğin reddi davasını açabilmeli ve gerçek annesi ile arasında nesep bağı kurulabilmelidir. Doğuran kadının çocuğu benimsemesi çocuğun dava hakkını etkilemez. Çocuk zaten evlilik dışı doğmuşsa veya evlilik birliği sonradan, fakat çocuk henüz daha reşit olmadan sona ermişse veya çocuk yumurtanın sahibi olan kadına teslim edilmişse, o takdirde gene çocuk anneliğin reddi davasını açabilmelidir.

Çocuğu kiralık anne doğurmuşsa, o takdirde çocuğun gerçek annesine bağlanmak üzere anneliğin reddi davasını açabileceğinde tereddüt etmemek gerekir. Buna mukabil doğuran kadın çocuğu sahiplenmek arzusuyla ve üçüncü kişiden bağış yoluyla aldığı yumurta ile doğurmuşsa, o takdirde başlangıçta yumurtayı bağışlamakla birlikte çocukla ilişki kurmak istemeyen kadının sonradan anne sayılması işin bünyesine uygun düşmez<sup>100</sup>. Bununla birlikte kanunun temelde kan bağına esas aldığı düşünüldüğünde, çocuğun gene de yumurta bağışında bulunan kimsenin anne sayılması için kendisini doğuran kadının anneliğini reddedebileceğini kabul etmek gerekir<sup>101</sup>.

Çocuk davayı, babalık davasında olduğu gibi, en geç reşit olmasını takip eden ilk yıl içinde açmalıdır<sup>102</sup>. Çocuk davayı, kendisini doğuran

<sup>99</sup> **Buchli-Schneider**, 193; Alman hukuku bakımından da çocuğun evlilik içi doğum karinesini çürütüp, anne veya babalığın tespitini isteyebileceği görüşünde, **Kollhoser**, 557.

<sup>100</sup> **Buchli-Schneider**, 201; Sperm bağışlayana karşı açılacak babalık davası bakımından bkz. aşağıda B, 3.

<sup>101</sup> De lege ferenda bu görüşte, **MünchKomm-Mutschler**, § 1596, RdNr. 20.

<sup>102</sup> Çocuğun açacağı babalık davasında bir yıllık sürenin çocuğun reşit olmasından itibaren işlemeye başlayacağı, gerek 1984 tarihli Medeni Kanun Öntasarısı (m. 289/II) ile 1998 tarihli Tasarıda (m. 303/II) gerekse İsviçre Medeni Kanununda (ZGB Art. 263 Abs. 1 Ziff. 2) açık hükme bağlanmıştır.

kadına, varsa onun doğum anındaki kocasına, yani kanunen anne ve babası sayılan kişilere, ayrıca yumurtanın sahibi olan kadına ve varsa onun kocasına karşı açmalıdır. Çocuk reşit olmadan önce ve onun menfaatinin zorunlu kıldığı hallerde atanacak bir kayyımın da MK 298'e kıyasen çocuk adına anneliğin reddi ve tespiti davasını açabileceğini kabul etmek gerekir<sup>103</sup>. İsviçre hukukunda, nesebinin belirlenmesinin çocuğun kişilik hakkına dayandığı ve bu sebeple herhangi bir şarta bağlı olmaksızın çocuk tarafından anneliğin reddi davası açılabilmelidir görüşü savunulmaktadır<sup>104</sup>. Çocuğun kişilik hakkından kaynaklanan nesebine ilişkin gerçek bilgileri öğrenme hakkının bulunup bulunmadığı ve bulunsa dahi bunun kapsamının ne olduğu tartışmalıdır<sup>105</sup>. Herhalükarda öğrenme hakkının varlığı, hak sahibine ayrıca hukuki statünün de bu bilgilere göre değiştirilmesini isteme hakkını vermez. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Alman Medeni Kanununda çocuğun nesebinin reddi davasını açma hakkına getirilen sınırlamaları (BGB § 1596, eski metin), çocuğun nesebini öğrenme hakkını ölçüsüz şekilde sınırladığı gerekçesiyle anayasaya aykırı bulmuş, ancak kanun koyucuya nesebin reddi hakkının genişletilmesi yerine iptal hakkı dışında sadece gerçek babanın belirlenmesine yönelik bir tespit davasına imkan sağlaması yolunu da açık bırakmıştır<sup>106</sup>. Ke-

<sup>103</sup> Babalığın reddi davası bakımından bkz. aşağıda B, 2, a.

<sup>104</sup> Bkz. dn. 36.

<sup>105</sup> Bkz. **Buchli-Schneider**, 79 vd.; **Ebeling-Zimmermann**, 30; **Bernat**, 205; **Posch**, 57 vd.; Nesebi öğrenme hakkının anayasa hukukuna dayandığı hususunda bkz. **Palandt-Diederichsen**, Einf. v. § 1591, Rn. 5 vd.; Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı, FamRZ 1989, 147; İnsanlık onuru kişinin kendi yaşamını kendi sorumluluğu altında belirleme ve biçimleme yeteneğidir. Kişisel belirleme ve bilgi edinmeye kişinin kendi kökeni hakkında bilgi sahibi olması da dahildir (**Zafer Gören**, Anayasa ve Sorumluluk, II. Cilt, İzmir 1999); Buna karşılık, tabii yoldan doğan çocuklar anneleri istemedikçe gerçek babalarını öğrenme imkanına sahip değilken, suni döllenme yoluyla doğan çocuklara bu konuda ayrıcalık tanımak için haklı bir sebep bulunmadığı görüşünde, **Franz Werro**, Les droits du père naturel, in: *Familie und Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg, Separatum, Freiburg 1995*, 874-875.

<sup>106</sup> NJW 1989, 891; Spermini bağışlayan kişiden ziyade suni döllenmeye rıza gösteren kocanın baba sayılmasının daha uygun olacağı ve bu sebeple tespit davasına imkan sağlandığı takdirde, artık çocuğa nesebi red hakkının hiç tanınmayabileceği görüşünde, **Andreas Roth**, Die Zustimmung eines Mannes zur heterologen Insemination bei seiner Ehefrau, FamRZ 1996, 771; Ancak Alman kanun koyucusu, çocuğa ait nesebinin reddi davasına getirilen sınırlamaları kaldırma yolunu tercih etmiştir (BGB § 1600) (bkz. dn. 19); Yeni düzenlemenin aileyi koruma ilkesi ile bağdaşmadığı görüşünde, **Thilo Ramm**, Kindschaftsreform ?, JZ 1996, 993; Buna mukabil neseb bağı iptal edilmeksizin gerçek

za Alman hukukunda çocuğun gerçek (genetik) annesinin kim olduğunu öğrenme hakkının bulunduğu kabul edilmekle birlikte, bu hak ona gerçek anneye bağlanma imkanı vermemektedir (BGB § 1591)<sup>107</sup>. Hatta pratikte çocuk bu hakkını temine yönelik hukuki bir vasıttan mahrumdur<sup>108</sup>.

#### e. Koca

Nesebin iptali davasını diğer eşin açıp açamayacağı babalığın reddi bakımından tartışmalıdır. Kanunda açıkça üçüncü kişiden çocuğu olan kadına, kocasının nesebini reddetme hakkı tanınmamıştır. Bununla birlikte, kadına da sırf kocası olması sebebiyle kendi çocuğunun babası sayılan kişiye karşı babalığın reddi davası açabilme hakkının verilmesi gerekip gerekmediği konusu tartışmaya açıktır<sup>109</sup>.

Evli kadının üçüncü kişinin yumurtası ile çocuk doğurması halinde durum ne olacaktır? Kocaya da anneliğin reddi davası açma hakkı tanınmalı mıdır? Eğer üçüncü kişiden yumurta alınması müşterek bir çocuğa sahibi olmak düşüncesine dayanıyorsa ve koca da baştan buna rıza göstermişse, o takdirde sonradan karısının anneliğini tartışma konusu yapamaz. Gene karısı taşıyıcı anne olarak çocuğu doğurmuş ve çocuk onda kalmışsa, koca karısının anneliğinin iptalini sağlayamaz. Yumurtanın sahibi olan kadın çocuğu sahiplenmemişken, kocanın çocuk ile onu anne olarak kabullenen kadın arasındaki nesep bağı koparmasına imkan vermemek gerekir. Koca, çocuk kendisinden değilse, kendisi için dava açabilir ve babalığının iptalini sağlayabilir<sup>110</sup>.

---

babanın tespitine cevaz verilmesinin, aileye daha ziyade zarar vereceği görüşünde, **Gaul**, 1459.

<sup>107</sup> Palandt-**Diederichsen**, § 1591, Rn. 2.

<sup>108</sup> ZPO § 256'ya dayanan tespit davaları bir hukuki ilişkinin var olup olmadığına yöneliktir. Genetik bağ, sadece bir vakıadan ibaret olduğu için tespit davasına konu olamaz (**Gaul**, 1464).

<sup>109</sup> Bkz. aşağıda B, 2, a.

<sup>110</sup> Bkz. aşağıda B, 2, b, bb.

## B. Babanın Belirlenmesi

### 1. Babalık Statüsü

Çocuğun babası kimdir? Bir çocuğun babası, onun ortaya çıkışını sağlayan spermin sahibidir. Kan bağına dayalı usul-fürü hısımlığını düzenleyen MK 17/II hükmünden ve bu hükmü esas alan aile ve miras hukuku hükümlerinin bütününden çıkan sonuç budur. MK 241, c. 1 hükmü babanın belirlenmesi hususunda bir karine getirmiştir. Bu hükme göre, evlilik mevcut iken veya evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün içinde doğan çocuğun babası, kocadır, yani çocuk kocanın sperminin mahsulü sayılır. Fakat koca, MK 242 uyarınca nesebin reddi davası açarak bu karineyi çürütebilir ve çocuk ile kendisi arasındaki nesebin iptalini sağlayabilir (MK 243, 244).

Sunî döllenme ile doğan çocuğun babasının belirlenmesinde de evlilik içi nesep karinesi geçerlidir<sup>111</sup>. Yani ilk etapta çocuğu doğuran kadın, çocuğun annesidir ve onun sunî döllenmenin gerçekleştiği andaki kocası çocuğun babası sayılır. Eğer sunî döllenmede kullanılan sperm kocaya ait değil ise, koca kural olarak MK 242 uyarınca nesebin reddi davasını açabilir<sup>112</sup>. Spermin kocaya ait olduğu, fakat onun bilgisi ve isteği dışında kullanılmış olduğu durumlarda koca nesebin reddi davasını açamaz<sup>113</sup>. Zira nesep bağı için kan bağı (genetik bağı) gerekli ve yeterlidir, bilgi ve istek aranmaz. Nitekim temyiz kudretine sahip olmayan birisi de baba olabilmektedir<sup>114</sup>.

Kocanın spermi onun ölümünden sonra kullanılmış (postmortale Insemination) ve çocuk da evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra dünyaya gelmiş ise, o takdirde artık evlilik içi nesep karinesi geçerli değildir. Spermin sahibi sağlığında henüz ana rahmine düşmemiş olan çocuğu tanıyamaz. Tanıma için en azından çocuğun a-

---

<sup>111</sup> Hegnauer, Komm. Art. 255, N. 44; Buchli-Schneider, 157; Frank, [dn. 36], § 4, N. 17; ZGB-Schwenzer, Art. 256, N. 12; Coester-Waltjen, Gutachten, B. 24; Kollhosser, 554; Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 32.

<sup>112</sup> Pichler, § 138, N. 6.

<sup>113</sup> Buchli-Schneider, 129 vd.; Coester-Waltjen, Gutachten, B. 25; Staudinger-Göppinger, § 1591, Rz. 38; Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 30; Hegnauer, Komm. Art. 256a/256b, N. 37; Hatemi-Serozan, 296.

<sup>114</sup> Aynı şekilde tecavüze uğrayan bir kadın da anne olabilmektedir.

na rahmine düşmüş olması gerekir<sup>115</sup>. Baba tanıma yetkisine sahip olmadığına göre, büyük babanın da tanıma yetkisi yoktur. Çocuk ile spermin sahibi arasında gayrisahih nesep bağının kurulması ancak babalık davası ile olabilir<sup>116</sup>. Spermin sahibinin ölümle birlikte sperm üzerindeki tasarruf yetkisini kaybettiği ve dolayısıyla artık “çocuk yapmasının” (“zeugen”) mümkün olmadığı gerekçesiyle kendi ölümünden sonra spermi kullanılan kimsenin babalığına hükmedilmesinin kanuna uygun düşmeyeceği görüşü de savunulmaktadır<sup>117</sup>. Oysa ki, kanunun sisteminde nesep bağının kurulması için kan bağı yeterli sayılmaktadır. Diğer taraftan spermin sahibi öldüğünde çocuk henüz ana rahmine düşmemiş olduğundan, çocuk spermin sahibine mirasçı olamaz (MK 522, 524)<sup>118</sup>.

Suni dölleme kocanın ölümünden önce gerçekleştirildiği halde, döllenen yumurta ana rahmine kocanın ölümünden sonra, hatta belki de uzunca bir süre sonra yerleştirilmiş olabilir. O takdirde 300 günlük kanuni sürenin geçmiş olmasına rağmen çocuğun aslında evlilik ürünü olduğunu ve dolayısıyla sahih nesepli olduğunu ispat etmek mümkün olacak mıdır? Kanun kural olarak, 300 gün geçtikten sonra doğan çocuğun evlilik ürünü olduğunun ispatına imkan tanımıştır (MK 241, c. 2). Şu var ki, suni döllemelerde çocuğun evlilik ürünü sayılabilmesi için, suni döllemenin evlilik sona ermezden önce gerçekleşmiş olması yeterli görülmemelidir. Buna ilaveten dışarıda döllenen yumurtanın evlilik sona ermezden evvel en azından ana rahmine de yerleştirilmiş

<sup>115</sup> **Bülent Köprülü - Selim Kaneti**, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, 266; **Buchli-Schneider**, 141; **Coester-Waltjen**, Gutachten, B. 39; **ZGB-Schwenzer**, Art. 260, N. 5; **Hegnauer**, Komm. Art. 255, N. 36; Aynı yönde, **Stettler**, 35; Şarta bağlılık ve dönülebilir tanıma işleminin niteliğine uygun düşmez. Aksi yönde, **Andreas Spickhoff**, Vaterschaft und konsentierete Fremdinsemination, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 197 (1997), 424 vd.

<sup>116</sup> **Coester-Waltjen**, Gutachten, B. 39; **Staudinger-Rauscher**, Anh. zu § 1591, Rn. 11; **MünchKomm-Mutschler**, § 1589, RdNr. 5; § 1591, 1592 RdNr. 48; **Soergel-Gaul**, § 1591, Rz. 47.

<sup>117</sup> **Hegnauer**, Komm. Art. 255, N. 36; Art. 261, N. 78a; Art. 262, N. 23a; Aynı görüşte, **Frank**, [dn. 36], § 4, N. 19; **Giesen**, [dn. 38], 65; **Mandofia Berney/Guillad**, 82; Ölümünden sonraki suni dölleme cinsi münasebete eş tutulamaz; Buna karşılık, uzun süre önce ölen bir kimse ile yeni doğan bir çocuk arasında hukuken baba-çocuk ilişkisinin kurulmasının kanunun lafzına değil, ama amacına (ratio legis) uygun düşmediği görüşünde, **Buchli-Schneider**, 141 vd.

<sup>118</sup> **Coester-Waltjen**, Gutachten, B. 42; **Staudinger-Rauscher**, Anh. zu § 1591, Rn. 11.

olmasını aramak gerekir<sup>119</sup>. Ana rahmine konulmadıkça döllenmiş yumurtanın akıbeti belli değildir. Bütün hukuki sonuçların bu askıda kalmış duruma bağlanması isabetli olmaz. Çocuğun kişiliği, sağ olarak doğmak kaydıyla, ana rahmine konulduğu (Nidation) (“ana rahmine düştüğü”) andan itibaren başlar (MK 27/II)<sup>120</sup>. O itibarla, döllenmiş yumurta evliliğin sona ermesinden önce ana rahmine konulmadıkça, çocuk ile baba arasında evlilik içi (sahih) nesep bağı kurulamaz. Döllenmiş yumurtanın ana rahmine konulmasından önceki safhada yapılacak bir tanıma işlemi de geçersiz kabul edilmelidir<sup>121</sup>. Mirasçılık bakımından da yumurtanın dışarıda döllendirildiği an değil ana rahmine konulduğu an esas alınmalıdır. Baba sağken çocuk henüz ana rahmine konulmamışsa, çocuk babasına mirasçı olamamalıdır<sup>122</sup>.

## 2. Babalığın İptali

### a. Kocanın rızası yoksa

Evlü bir kadın kocasının bilgisi veya rızası olmaksızın suni döllenme yoluna başvurur ve üçüncü kişinin spermi ile çocuk sahibi olursa, o

<sup>119</sup> Buchli-Schneider, 136 vd.

<sup>120</sup> Karşılaştırmalı hukukta ceninin hukuksal durumu için bkz. Ergun Özsunay, Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, 9 vd.

Konu tartışmalıdır. Kişiliğin ana rahmine konulma ile başladığı görüşünde, Buchli-Schneider, 140; Christian Brückner, Künstliche Fortpflanzung und Forschung am Embryo in vitro – Gedanken de lege ferenda, SJZ 1985, 383; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku, Hakiki Şahıslar, Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 1994, 18;

Kişiliğin döllenme ile birlikte başladığı görüşünde, M Kemal Oğuzman - Özer Seliçi - Saibe Oktay, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Baskı, İstanbul 1999, 12; Abdülkadir Arpacı, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 1993, 8; Aydın Zevkliler / Beşir Acabey / Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 1999, 224; Kollhoser, 561; Richard Frank, Der verwaiste Embryo – ein Anwendungsfall des Persönlichkeitsrechts, SJZ 1984, 366; Mario M. Pedrazzini, Für eine kohärente Rechtsordnung, SJZ 1990, 139 vd.; Andreas Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, Zweite Auflage, Basel, Frankfurt am Main, 1995, N. 213; Giesen, [dn. 38], 72.

<sup>121</sup> Buchli-Schneider, 141.

<sup>122</sup> Buchli-Schneider, 143; Aynı yönde, ZGB-Markus Guggenbühl/Caterina Nägeli, [dn. 26], Art. 31, N. 19.

takdirde koca nesebin reddi davasını açabilir<sup>123</sup>. MK 242 uyarınca koca bu davayı doğum olayını öğrendiği günden itibaren bir ay içinde açmalıdır. Kocanın, dava açma hakkına sahip olmasına rağmen bu hakkını kullanmadığı belirli hallerde, mirasçılık hakkı muhtel olanlar da nesebin reddi davasını açabilirler (MK 245/I). Suni dölleme ve gebelik evlenmeden önce gerçekleşmişse, savcı da dava açabilir (MK 245/II). Buna mukabil, spermin sahibi olan gerçek baba, çocuk ile doğuran kadının kocası arasındaki nesep bağının iptali için dava açamaz. Kanunda dava açabilecek olanlar arasında gerçek babanın adı geçmediği gibi doktrinde de genel kabul gören görüş onun, nesebin reddi davasını açamayacağı yönündedir<sup>124</sup>. Gerçek babanın koca ile çocuk arasındaki nesep bağını iptal ettirmesi ailenin saadetine gölge düşürür<sup>125</sup>. Aynı düşünce spermini bağışlayan kişinin, koca aleyhine babalığın iptali davası açması hakkında da geçerlidir<sup>126</sup>. Kanunda anneye de dava hakkı tanınmamıştır. Üçüncü kişinin spermi ile çocuk sahibi olan kadının, kocasının babalığını reddetme hakkına sahip olup olmadığı tartışmaya açık bir konudur<sup>127</sup>. Aynı şekilde çocuğun, babasının nesebini reddedebilip reddedemeyeceği hususu da tartışmalıdır<sup>128</sup>. İsviçre Medeni Kanunu ile 1998 tarihli Medeni Kanun Tasarısında ço-

<sup>123</sup> Bu konuda görüş ayrılığı bulunmamaktadır; Staudinger-Rauscher, Anh. zu § 1591, Rn. 16; Coester-Waltjen, Gutachten, B. 48; Posch, 49; Kollhosser, 554; Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 33; Hegnauer, Komm. Art. 256, N. 46; Art. 256a/256b, N. 39; Hatemi-Serozan, 297.

<sup>124</sup> Hâkim görüşün bu yönde olduğu hususunda bkz. Oğuzman - Dural, 220; Alman Medeni Kanunundaki nesebe ilişkin son değişikliklerde de gerçek babaya nesebi iptal ettirebilme hakkı tanınmamıştır (BGB § 1600); De lege ferenda gerçek babaya da sınırlı bir iptal hakkının tanınması gerektiği görüşünde, Tobias Helms, Vaterschaftsanfechtung durch den Erzeuger des Kindes ?, FamRZ 1997, 913 vd.

<sup>125</sup> Oğuzman - Dural, 220; Ebeling-Zimmermann, 34.

<sup>126</sup> Coester-Waltjen, Gutachten, B 67.

<sup>127</sup> Bkz. Hatemi-Serozan, 299 vd.; Annenin mirasçı sıfatı ile dahi dava hakkına sahip olmadığı görüşünde, Oğuzman-Dural, 215; ; İsviçre'de 1976 değişikliği sırasında anneye de dava hakkı tanınması hususu tartışılmış, ancak kabul edilmemiştir (Hegnauer, Komm. Art. 256, N. 77); Alman Medeni Kanunundaki yeni düzenlemede, anne de babalığı iptal ettirebilir (BGB § 1600).

<sup>128</sup> Bkz. Oğuzman - Dural, 217 vd.; Avusturya hukukunda, kanunda boşluk bulunmadığı ve çocuğa dava hakkı tanınmadığı görüşü hakimdir (Bkz. Bernat, 139). Alman hukukunda çocuğa belirli şartlarla iptal hakkı tanınmıştı (BGB § 1596). 16 Aralık 1997 tarihli Kanunla kabul edilen yeni düzenlemede çocuğun iptal hakkı herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır (BGB § 1600) (bkz. dn. 106).

çuğa dava hakkı tanınmış (Art. 256/I; m. 286/II), fakat bu hak İsviçre Medeni Kanununda bir şarta bağlanmıştır<sup>129</sup>. Çocuk ancak, eşlerin ortak yaşamı, o henüz reşit olmadan sona ermiş ise, babasının nesebini reddedebilir. Çocuğun dava hakkı kabul edildiğinde, reşit olmadan önce onun adına davayı MK 376, b. 2 uyarınca atanacak bir kayyım açar<sup>130</sup>. Kayyım ancak çocuğun menfaati zorunlu kılıyorsa, özellikle koca çocuğu kendi çocuğu olarak görmüyor ve ona göre davranıyorsa dava açabilmelidir<sup>131</sup>. Bunun dışında çocuğa, mevcut nesep bağının iptali söz konusu olmaksızın, sadece genetik babanın kim olduğunun tespiti davası da tanınabilir<sup>132</sup>.

#### b. Kocanın rızası varsa

Evli kadının üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmak için kocasının rızasını alması çeşitli şekillerde olabilir.

##### aa. Sperm bağışına rıza

Koca bu rızayı, doğacak çocuğu sahiplenmek arzusuyla vermiş olabilir. Özellikle tıbbi sebeplerle çocuk sahibi olamayan koca, çocuk sahibi olmak arzusuyla karısının kendi yumurtası, fakat üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına rıza gösterir ve doğacak çocuğu baştan kabullenir. Bu kabullenmenin, nesebin reddi davası açma hakkını sona erdirip erdirmeyeceği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, rıza beyanı, kocanın nesebin reddi davası açma hakkını sona erdirmez. Zira nesebi reddetme hakkından feragat geçersizdir<sup>133</sup>. Kanun nesebi reddetme hususunda kocaya bir süre tanımıştır.

<sup>129</sup> Bkz. yukarıda IV, A, 2, d; Alman Anayasa Mahkemesinin, çocuğun nesebin reddi davasına getirilen sınırlamalar hakkındaki görüşü için bkz. dn. 106; Çocuğun açacağı davaya sınırlama getirilmemesi gerektiği görüşünde, **Hatemi-Serozan**, 297, 301.

<sup>130</sup> **Hatemi-Serozan**, 304.

<sup>131</sup> **Frank**, [dn. 36], § 4, N. 26; **Hegnauer**, Komm. Art. 256, N. 57.

<sup>132</sup> **Coester-Waltjen**, Gutachten, B 63 vd.; Ayrıca bkz. dn. 106.

<sup>133</sup> Mesela bkz. **Ebeling-Zimmermann**, 32; **Pichler**, § 163a N. 5; 1992'deki değişikliklerle gelen ABGB § 156a'dan önce, Avusturya hukukunda hakim olan görüş buydu (**Posch**, 50); Alman Federal Mahkemesi de bu görüştedir (bkz. dn. 140); Fransız literatüründe de bu görüşün kabul edildiği hususunda bkz. **Soergel-Gaul**, § 1591, Rz. 34; İsviçre huku-



Bu süre kocaya tanınan bir düşünme süresidir. Kocanın rızası olsa dahi bu sürede değişiklik yapılamaz. Koca bu süre içinde düşünecek ve nesebin reddi davasını açıp açmama hususunda bir karara varacaktır. Nitekim, kocanın doğan çocuğu benimsemesi halinde nesebin reddi davasını açamayacağı yolunda Alman Medeni Kanunu ile İsviçre Medeni Kanunda yer alan hükümler (BGB § 1598; ZGB Art. 257, Abs. 1) yürürlükten kalkmış<sup>134</sup> ve böylece kocaya mutlak bir düşünme süresi tanınmıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Türk hukukunda, kocanın doğan çocuğu benimsemesi halinde nesebi red hakkının kalkacağını belirten MK 246/I hükmü halen yürürlüktedir. Diğer taraftan savunulan bu görüş, incelediğimiz duruma uygun düşmemektedir. Düşünme süresi kocanın çocuğun kendisinden olmadığını sonradan öğrendiği durumlar için bir anlam taşır. İncelediğimiz durumda ise koca çocuğun kendisinden olmadığını önceden bilmekte, hatta rıza beyanıyla karısını üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına teşvik etmektedir<sup>135</sup>. Böyle bir durumda kocaya kesin bir düşünme süresi vermeye gerek yoktur<sup>136</sup>. Koca kendisine tanınan bu düşünme süresinden vazgeçip nesebin reddi davasını açma hakkından feragat edebilmelidir<sup>137</sup>.

---

kunda da nesebi red hakkından feragat, geçersiz kabul edilmektedir. ZGB Art. 256, Abs. 3 bunun istisnasıdır (**Hegnauer**, Grundriss, N. 6.03).

<sup>134</sup> BGB § 1598'deki hüküm 12 Nisan 1938 tarihli, ZGB Art. 257, Abs. 1'deki hüküm ise 25 Haziran 1976 tarihli Federal Kanunla ve 1 Ocak 1978 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır.

<sup>135</sup> **Bernat**, 126.

<sup>136</sup> **Dieter Giesen**, JZ 1983, 553; **Kollhossner**, 555.

<sup>137</sup> Almanya'da, rızası bulunan kocanın ya nesebi ret hakkına hiç sahip olmadığı (mesela **Roth**, 770; Aynı görüşte, **Palandt-Diederichsen**, Einf. v. § 1591, Rn. 29) veya bunu kullanmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği görüşünün hakim olduğu hususunda bkz. **Coester-Waltjen**, Gutachten, B 50; **Staudinger-Rauscher**, Anh. zu § 1591, Rn. 17. Buna mukabil **Coester-Waltjen**'in görüşüne göre, kocanın nesebi red hakkının bertarafı, ne ailenin ne çocuğun menfaatine ne de biyolojik gerçeğin ortaya çıkmasına bir fayda sağlar (**Coester-Waltjen**, Gutachten, B 51 vd.); **Rauscher**'e göre de, kocanın sebep olduğu durumdan sorumluluğu, nesep hukuku alanında değil, nafaka hukuku alanında çözümlenmelidir (**Staudinger-Rauscher**, Anh. zu § 1591, Rn. 17). Avusturya'da da benzer görüşler ileri sürülmüştür: Koca nesep bağımlı iptal edebilmeli, ancak ona bağlı mali külfetlerden kurtulamamalıdır (**Posch**, 53); Türk hukuku bakımından, rızası bulunan kocanın nesebi reddedemeyeceği görüşünde, **Hatemi-Serozan**, 297; **Selahattin Sulhi Tekinay**, Türk Aile Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul 1990, 427; **Turgut Akıntürk**, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Genişletilmiş Dördüncü Bası, Ankara 1996, 303 (Yazar bunu, kocanın rızasının din ve ahlak anlayışı bakımından kabul edilebilir bir şey olmamasına

Feragatın mümkün olmadığı kabul edilse dahi<sup>138</sup>, aynı sonuca dürüstlük kuralının yardımıyla da varmak mümkündür<sup>139</sup>. Kocanın, suni döllenmeye rıza gösterdikten ve böylece karısında çocuğun nesebini reddetmeyeceği hususunda haklı bir güven uyanmasına ve onun buna dayanarak çocuğu doğurmasına sebep olduktan sonra nesebin reddi davasını açması çelişkili davranış (venire contra factum proprium) teşkil eder ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Fakat Alman Federal Mahkemesi ne kocanın nesebi red hakkından feragat edebileceğini kabul etmekte ne de kocanın sperm bağışına razı olduktan sonra nesebin reddi davası açmasını hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Federal Mahkemeye göre, çelişkili davranıştan bahsedebilmek için rızanın yanı sıra diğer bazı özel şartların da varlığı gerekir<sup>140</sup>.

Sonuç olarak kocanın suni döllenmeye rıza göstermesi, onun nesebi ret hakkını sona erdirir. Koca suni döllenmeye rıza gösterirken bu sonucunu düşünmüş olup olmamasının önemi bulunmamaktadır. Eğer koca nesebi ret hakkından feragat etmek düşüncesiyle suni döllenmeye rıza göstermişse, o takdirde hukuki bir sonuca yönelmiş olan bu rıza hukuki işlem niteliğindedir. Eğer feragat düşüncesi olmaksızın suni döllenmeye rıza göstermişse, o takdirde buradaki rıza beyanı hukuki işlem benzeri fiil niteliğindedir ve bunlara gene kıyasen hukuki işlemlerin tabi olduğu hükümler uygulanır<sup>141</sup>. Üreme hücrelerinin alınması ve nakli için yazılı rıza beyanı şart olmasına rağmen (MK 23/III)<sup>142</sup>, bu şart kocanın üçüncü kişinin sperminin kullanılmasına rızası için geçerli değildir. Kocanın rızası herhangi bir şekil şartına tabi tutulma-

---

bağlamaktadır).

- <sup>138</sup> Kocanın nesebi red hakkından feragat edebileceği kabul edildiği takdirde, artık dürüstlük kuralına dayanmaya gerek kalmaz (Roth, 771).
- <sup>139</sup> Spickhoff, 399 vd.; Bernat, 128 vd.; Staudinger-Göppinger, § 1591, Rz. 40; Ebeling-Zimmermann, 33; Kollhosser, 555; İsviçre’de rıza halinde kocanın nesebi red hakkını kaldıran ZGB Art. 256, Abs. 3 hükmünün, hakkın kötüye kullanılması yasağının bir uygulama hali olduğu hususunda bkz. ZGB-Schwenzer, Art. 256, N. 12; Giesen, [dn. 38], 67.
- <sup>140</sup> BGHZ 87, 169 = NJW 1983, 2073 = FamRZ 1983, 686 = JZ 1983, 549; Öğretideki eleştirilere rağmen (bkz. dn. 137, 139), Federal Mahkeme görüşünde ısrar etmiştir (NJW 1995, 2921 = FamRZ 1995, 1273).
- <sup>141</sup> Rıza beyanın hukuki nitelendirilmesi için ayrıca bkz. Haluk N. Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, 101.
- <sup>142</sup> Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, 73.

mıştır (BK 11/II). Tanıma ve evlat edinme hükümlerine paralel olarak, kocanın rıza beyanının da resmi şekle tabi tutulması yerinde olur<sup>143</sup>. Sonuçları dikkate alındığında, kocanın rıza beyanı açık (“sarih”) olmalıdır. Zımnî beyan, bu arada kocanın rıza gösterdiği kanaatini uyandıran davranışları (factum concludens), nesebi ret hakkını sona erdirici etkiye sahip değildir<sup>144</sup>. Rıza beyanının eşe, spermin sahibine veya hekime yapılmış olması yeterlidir<sup>145</sup>.

Kocanın, üçüncü kişinin spermi ile karısının çocuk doğurmasına verdiği rızanın ahlaka veya hukuka aykırı ve bu sebeple geçersiz olduğu gerekçesiyle, nesebi ret hakkını düşürücü bir etkiye sahip olamayacağı<sup>146</sup> da ileri sürülemez. Ahlaka veya hukuka aykırı eyleme rıza bu niteliği ile geçersiz olabilir, ancak aynı beyan çocuğu benimseme ve nesebi ret hakkından feragat açısından geçerlidir. Çocuğun hukuka veya ahlaka aykırı bir eylemin veya iradenin sonucu olarak doğmuş olması tanımaya engel teşkil etmez. Bir kadına tecavüz eden kimse de, kural olarak doğan çocuğu kabullenebilir, onu MK 291 uyarınca tanı-

---

<sup>143</sup> Giesen, [dn. 38], 62.

<sup>144</sup> Açık bir rıza beyanı bulunmadığı takdirde, kanaat verici davranışın ZGB Art. 256, Abs. 3 uyarınca dava hakkını sona erdirmeyeceği görüşünde, **Buchli-Schneider**, 167; **Hegnauer**, Komm. Art. 256, N. 41; Şu var ki, kendi davranışıyla çocuğun annesinde veya hekimde suni döllenmeye razı olduğu intibamı uyandıran kocanın sonradan nesebin reddi davasını açması MK 2 anlamında dürüstlüğe aykırı düşer (**Frank**, [dn. 36], § 4, N. 25). Buna mukabil **Hegnauer**'e göre, feragatin caiz olmaması ve bir yıllık kısa dava süresi karşısında, razı olduğu intibamı uyandıran kocanın sonradan nesebin reddi davasını açması hakkın kötüye kullanılması teşkil etmez (**Hegnauer**, Komm. Art. 256, N. 49).

<sup>145</sup> **Hegnauer**, Komm. Art. 256, N. 41.

<sup>146</sup> İsviçre'de kocanın nesebi red hakkını kaldıran ZGB Art. 256, Abs. 3 hükmü getirilirken, buna gerekçe olarak, aynı sonuca hakkın kötüye kullanılması kurumuyla ulaşılabileceği, ancak OR Art. 20 (BK 20) (ahlaka aykırı akitlerin geçersizliği) ve ZGB 27 (MK 23) (özgürlüğün devredilemeyeceği) hükümleri karşısında bunun o kadar kesin olmadığı ve açık bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir (Bkz. **Buchli-Schneider**, 164).

**Mutschler**'e göre de, müştereken çocuk sahibi olmak gayesiyle karısının üçüncü kişilere ait üreme hücreleri ile çocuk doğurmasına rıza gösteren kocanın, karısına karşı nesebi red hakkından feragat etmesi hem ahlaka aykırılık sebebiyle hem de feragati de içeren anlaşmanın bütünü itibarıyla kanuna aykırı olması sebebiyle geçersizdir (**MünchKomm-Mutschler**, § 1591, 1592, RdNr. 49).

Türk doktrininde de, suni döllenmede üçüncü kişiden alınan üreme hücrelerinin kullanılması ahlaka aykırı görülmektedir (Bkz. **Çilingiroğlu**, 23, 77). Kocanın rızası, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık sebebiyle hüküm doğurmaz (**Oğuzman-Dural**, 223).

yabilir<sup>147</sup>. Ahlakı aykırılık bakımından da peşin bir yargıya varmak gerekir. Çocuk sahibi olmak arzusuyla kocanın üçüncü kişinin sperminin kullanılmasına rıza göstermesinin ahlaka aykırı sayılmayacağı düşünülebilir<sup>148</sup>. Üçüncü kişinin sperminin kullanılmasının çocuğun veya ailenin saadetine aykırı düşeceği de peşinen ileri sürülemez<sup>149</sup>.

Diğer taraftan rıza beyanının çocuğu kabullenme anlamına geldiği ve bunun sonucunda dava hakkının düşeceğinin kabulü, tanıma ve evlat edinmeye ilişkin düzenlemeler ile de uyum içindedir<sup>150</sup>. Tanıma ve evlat edinmede de esas itibarıyla bir çocuğun kabullenilmesi söz konusudur. Ortak nokta, çocuğu bir kere kabullenenin bundan geri dönemeyeceği prensibidir. Çocuğu tanıyan sonradan tanımadan vazgeçemeyeceği gibi (MK 293-294), evlat edinmede de, evlat edinen evlatlık ilişkisini dilediği zaman tek taraflı olarak feshetme yetkisine sahip değildir (MK 258).

Yeni kanuni düzenlemeler, karısının üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına rıza gösteren kocanın nesebin reddi davasını açamayacağını belirten açık hükümler getirmişlerdir (Human Fertilization and Embryology Act, section 28 (2); Uniform Parentage Act, § 5 (a); ABGB § 156a; ZGB Art. 256, Abs. 3; Cc (Fransız) art. 311-20; Cc (Belçika) art. 318, § 4; BW 1: 201 (1); Macar Aile Kanunu, § 43, (1); Bulgar Aile Kanunnamesi, m. 33/IV; Portekiz Medeni Kanunu, m. 1839/III; Keza Güney Afrika'da, evli çiftin başvurusu üzerine, evli kadında üçüncü bir kişinin üreme hücreleri kullanılmış olsa dahi, doğan çocuk o evliliğin mahsulü sayılmaktadır (Children's Status Act, section 5 (1) (a) ).

<sup>147</sup> Tecavüz vakıası, tek başına tanımaya itiraz sebebi değildir (MK 293/I). Tanımanın çocuk için zararlı olduğu ayrıca araştırılmak gerekir (Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, İstanbul 1979).

<sup>148</sup> Belirli şartlarla sperm bağışına cevaz verilmesi gerektiği görüşünün bugün için hakim görüş olduğu ve gittikçe de kuvvetlendiği hususunda bkz. **Kollhosser**, 559; Kanuna aykırılık konusunda bkz. dn. 77; Heterolog döllenmeye getirilen genel bir yasak, kişisel özgürlüğün caiz olmayan şekilde sınırlanması anlamına gelir (BGE 115 Ia 234 vd.; BGE 119 Ia 460 vd.); Evlilik benzeri yaşam beraberliğindeki çiftler bakımından bkz. dn. 171.

<sup>149</sup> **Coester-Waltjen**, Gutachten, B 45 vd.

<sup>150</sup> **Bernat**, 129 vd.; **Giesen**, [dn. 38], 553; **Staudinger-Göppinger**, § 1591, Rz. 40; Evlat edinmeyle paralellik kurulamayacağı görüşünde, **Soergel-Gaul**, § 1591, Rz. 34.

Kabul ettiğimiz görüş uyarınca koca dava açma hakkına sahip olmadığına göre, mirasçılık hakları muhtel olanlar da nesebin reddi davasını açamazlar. Onların dava hakları ikincil niteliktedir. Sadece kocanın belirli sebeplerle dava hakkını kullanamadığı durumlarda dava hakkına sahiptirler (MK 245/I). Bunlar dava açamayınca, aralarında tabii nesep bağı bulunmayan kişiler birbirlerine mirasçı olabileceklerdir. Mesela kocanın babası ile çocuk arasında, tabii nesep bağı olmamasına rağmen mirasçılık ilişkisi kurulmaktadır. Dolayısıyla karı-koca suni dölleme yoluna başvurmakla, yani kendi iradeleriyle başkalarının mirasçılık durumunu etkilemektedirler. Halbuki tanıma ve evlat edinmede de nesep bağının kurulması tanıyanın ve evlat edinenin iradesine dayanır. Fakat tanımada her ilgili tanımaya itiraz edebilir (MK 294). Evlat edinmede ise zaten evlatlıkla kendisini evlatlığa alanın hısımları arasında mirasçılık ilişkisinin kurulmayacağı kanun hükmü icabıdır (MK 257/I). Buradan hareketle suni dölleme sebebiyle mirasçılık hakları muhtel olanların en azından bir tespit davası açarak çocuk ile aralarında nesep bağı ve dolayısıyla mirasçılık ilişkisi bulunmadığını mahkeme yoluyla tespit ettirebilmelerine imkan tanınmalıdır şeklinde bir düşünce akla gelebilir<sup>151</sup>. İradenin rolü bakımından arada benzerlik bulunmakla birlikte, buradaki suni döllemede evlilik içinde bir çocuk doğmaktadır. Kanun koyucu ailenin ve çocuğun saadetini düşünerek, mirasçılık hakları muhtel olanlara evlilik içi doğan çocuğun nesebini tartışma imkanı tanımamıştır. Onların ancak ikincil nitelikte bir dava hakları vardır. Aynı gerekçe ve kanundaki mevcut düzenleme karşısında suni dölleme dolayısıyla mirasçılık hakkı muhtel olanların doğrudan nesebin reddi davası veya bir tespit davası açma hakkına sahip olmadıklarını kabul etmek gerekir.

Buna mukabil -kabul edildiği takdirde<sup>152</sup>- çocuğun dava hakkı kocanın üçüncü kişinin sperminin kullanılmasına rızasından etkilenmez<sup>153</sup>.

MK 245/II hükmüne göre savcı, kadın evlenmeden evvel gebe kaldığı takdirde babalığın iptalini dava edebilir ve onun bu hakkı kocanın ço-

---

<sup>151</sup> Bernat, 119 vd.

<sup>152</sup> Bkz. yukarıda IV, B, 2, a.

<sup>153</sup> Hegnauer, Komm. Art. 256, N. 39, 59; Art. 256a/256b, N. 38; Aynı yazar, Grundriss, N. 6.06; Buchli-Schneider, 182 vd.; ZGB-Schwenzer, Art. 256, N. 14; Staudinger-Rauscher, Anh. zu § 1591, Rn. 22; Soergel-Gaul, § 1591, Rz. 34.

cuğu benimsemesinden etkilenmez. Şu var ki, önceden verilen rızanın sonraki benimsemeden farklı yanları vardır. Evlilik dışı birlikte yaşayanlar bir müşterek çocuğa sahip olmak arzusuyla üçüncü kişinin sperminin kullanıldığı suni döllenmeye rıza göstermişler ve kadın bu yöntemle gebe kaldıktan sonra bu kimseler evlenmişlerse, o takdirde artık savcının babalığın iptali davası açarak bu aile ortamına müdahalesi uygun düşmez. Savcı kamu menfaatini gözetmelidir ve kamu menfaati ailenin korunmasından ve çocuğun saadetinden yanadır<sup>154</sup>.

### bb. Taşıyıcı anneliğe rıza

Koca, karısının taşıyıcı veya kiralık anne olarak üçüncü kişilere ait üreme hücreleri ile çocuk doğurmasına izin vermiş olabilir. Böyle bir durumda doğuran kadının veya yumurtanın sahibi olan kadının veya çocuğun anneliğinin reddi ve tespiti hususunda dava açabileceklerini belirtmiştik. Bu dava açılıp da yumurtanın sahibi olan kadının anne olduğu mahkeme kararı ile tespit olduğunda, doğuran kadının kocasının babalığı, başka bir işleme mahal kalmadan düşer ve yumurtanın sahibi olan kadının suni döllenme anındaki kocası çocuğun babası kabul edilir, meğer ki o, suni döllenmenin kendisinin bilgisi ve rızası dışında gerçekleştiğini ve çocuğun da kendisinden olmadığını ispat etsin.

Annelik davasından ayrı olarak, doğuran kadının kocası da nesebin reddi davasını açabilir. Kocanın, karısının üçüncü kişinin spermi ile çocuk doğurmasına baştan rıza göstermiş olması dava hakkını ortadan kaldırmaz<sup>155</sup>. Kocanın bu davayı açmış olması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez<sup>156</sup>. Koca rıza göstermiştir, ancak bu

---

<sup>154</sup> Nitekim Avusturya Hukukunda da, kocanın rızası varsa, savcı da dava açamaz (bkz. Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht [dn. 6], Österreich, 116. Lieferung – abgeschlossen am 31.8.1993, 110, dn. 86a); Prensip itibarıyla savcının babalığın iptali davası açabilmesi itiraz konusudur (bkz. yukarıda IV, A, 2, c).

<sup>155</sup> Posch, 108; Selb, 110; ZGB Art. 256, Abs. 3 hükmü herhangi bir ayırım yapmadan kocanın rızasının nesebin reddi davasını ortadan kaldıracığını belirtmektedir. Ancak kanun koyucu bu hükmü getirirken, kocanın çocuk sahibi olmak arzusuyla başkasına ait spermlerin kullanılmasına rıza gösterdiği halleri göz önünde bulundurmıştır. Kocanın arzusu çocuğu sahiplenmek değilse, o takdirde kanunun lafzına rağmen nesebin reddi davasını açabileceği hususunda bkz. Buchli-Schneider, 168 vd.; Aynı görüşte, Jäggi/Widmer, 72.

<sup>156</sup> Bernat, 249; Buchli-Schneider, 169.

rıza çocuğu sahiplenmek için değil, kiralık annelik içindir ve başlangıçta taraflar arasında bu konuda görüş birliği vardır. Sonradan diğerlerinin görüş değiştirmesi ve karısının çocuğu sahiplenmesi, kocayı çocuğu kabullenmek zorunda bırakamaz.

MK 245/I uyarınca mirasçılık hakkı muhtel olanlar ve dava hakkı kabul edildiği takdirde çocuk da babalığın reddi için dava açabilir. MK 245/II uyarınca savcı da dava açabilir. Ancak savcının dava açabilmesi, kadının evlenmeden önce gebe kalmış olmasına bağlıdır.

Fakat ikame annelikte, ki burada kiralık annenin yumurtası ile istekte bulunan eşlerden kocanın spermeleri döllendirilir, koca çocuğun nesebini reddedememelidir<sup>157</sup>. Zira ikame anne de çocuğun nesebini reddedememektedir. Hem çocuğu doğuran odur hem de yumurta ona aittir. Çocuk, evlat edinme söz konusu olmadıkça istekte bulunan anneye bağlanamaz. Bu durumda çocuğun ve ailenin menfaati, babanın nesebi reddedememesini gerektirir. Karısının ikame anneliğine razı olan koca bunun sonuçlarına da katlanmak durumundadır.

### cc. Suni döllenmeye, kendisinden alınacak spermelerin kullanılması şartıyla rıza

Kocanın suni döllenmeye rızası bulunmakla birlikte, başkasına ait spermeler, onun ve karısının rızası dışında, üçüncü bir kişinin iradesiyle veya bir yanlışlık eseri suni döllenmede kullanılmış olabilirler. Bu takdirde koca çocuğun nesebini reddedememelidir<sup>158</sup>. Suni döllenme yoluna rıza gösteren koca, arzu edilmeyen sonuçlarına da katlanmak durumundadır. Özellikle bu konuda dahli olmayan eşini yalnız bırakamaz. Ailenin ve çocuğun saadeti bunu gerektirir. Mirasçılık hakkı muhtel olanlar da dava açamazlar. Fakat çocuğun dava hakkı saklıdır. Çocuk kendisini doğuran kadın ile kocası arasındaki müşterek hayatın veya evliliğin, o henüz reşit olmadan sona ermiş olması halinde babası aleyhine nesebin reddi davasını açabilir. Suni döllenme ve gebelik evlilikten önce gerçekleşmiş olsa dahi, savcı dava açamamalıdır, onun dava açması ailenin saadetine gölge düşürür.

<sup>157</sup> Hatemi-Serozan, 288.

<sup>158</sup> Hakim görüş aksi yöndedir, Coester-Waltjen, Gutachten, B 54; MünchKomm-Mut-schler, § 1591, 1592, N. 48a; Bernat, 137; Frank, [dn. 36], § 4, N. 18.

Spermin yanı sıra sunî döllenmede kullanılan yumurta da üçüncü kişiye aitse, o takdirde hem yumurtanın sahibi hem de doğuran kadın anneliğin reddi ve tespiti davasını açabilirler. Çocuk da bu davayı reşit olduktan sonra açabilir. Hakimin hükmü ile birlikte yumurtanın sahibi olan kadın çocuğun annesi, onun sunî döllenme anındaki kocası da çocuğun babası olur, meğer ki o, karısının kendisinin bilgisi ve rızası olmaksızın sunî döllenmede kullanılmak üzere kendisinden yumurta alınmasına izin verdiğini ve çocuğun da kendisinden olmadığını ispat etsin. Annelik davasının yanı sıra koca veya çocuk veya belirli şartlarla miras hakları muhtel olanlar babalığın iptali için dava açabilirler.

### 3. Gerçek Babaya Bağlanma

Hernekadar doktrinde sperm bağışında bulunan kimsenin, aralarındaki kan bağına rağmen, çocuğun babası olarak mahkemece tespit edilemeyeceği yolunda görüşler ileri sürülmüşse de<sup>159</sup>, de lege lata çocuk ile spermin sahibi arasında gayrisahih nesep bağıının kurulması mümkündür<sup>160</sup>.

Sunî döllenme yoluna başvuran kadın sunî döllenme sırasında evli değilse veya evli olup da kocası ile çocuk arasındaki nesep bağı, nesebin reddi davası sonucunda iptal edilmişse, o takdirde çocuk ile spermin sahibi olan gerçek baba arasındaki nesep bağı tanıma veya bir hüküm ile kurulur (MK 290). Spermin sahibinin sunî döllenmeye önceden rıza göstermiş olup olmaması bu konuda önem taşımaz<sup>161</sup>. Tanıma yetkisinden feragat, bu yetki kişilik hakkına dayandığından, geçerli değildir<sup>162</sup>. Keza taraflar önceden yapacakları bir anlaşmayla babalık davasına, özellikle çocuğun dava hakkına bir sınırlama getiremezler<sup>163</sup>. Spermin sahibi olan gerçek baba çocuğu tanıyabilir (MK 291) veya kendisi aleyhine çocuk veya annesi tarafından mali sonuçlu

---

<sup>159</sup> De lege ferenda bu görüşte, **Buchli-Schneider**, 194 vd.; **Deutsch**, 181; Ayrıca bkz. **Brückner**, 386; **Posch**, 61, dn. 210; Buna karşılık, sperm bağışında bulunan kimseye de de lege ferenda babalık davasının açılabilmesi gerektiği görüşünde, **Selb**, 68.

<sup>160</sup> **Buchli-Schneider**, 194; **Frank**, [dn. 36], § 4, N. 27.

<sup>161</sup> **Coester-Waltjen**, Gutachten, B 59.

<sup>162</sup> **Hegnauer**, Komm. Art. 260, N. 11.

<sup>163</sup> **Hegnauer**, Komm. Art. 261, N. 53; **Coester-Waltjen**, Gutachten, B 59; B 75.



veya şartları gerçekleşmişse şahsi sonuçlu babalık davası açılabilir (MK 295). Çocuğa bu iş için kayyım atanır (MK 298). Şu var ki, çocuğun annesi sperm bağışında bulunan kimsenin anonim kalmasına baştan razı olmuşsa, o takdirde sonradan çocuğun o kişiye bağlanması için dava açması hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir<sup>164</sup>. Ancak anne ile sperm bağışında bulunan arasındaki anonimlik anlaşması çocuğun açacağı babalık davasını etkilemez<sup>165</sup>. Aynı şekilde hekimin bu yöndeki taahhüdü, nesebini öğrenme hakkı karşısında, çocuğa karşı geçerli değildir<sup>166</sup>.

Babalığın tespitinde MK 301'deki karineye dayanmak mümkündür. Karine bakımından, suni dölleme cinsi münasebete eş tutulur<sup>167</sup>. Buna göre, doğumdan evvel üç yüzüncü gün ile yüz sekseninci gün arasında, davalı ile çocuğun annesinin üreme hücrelerinin suni yoldan döllendirilmiş olması, davalının babalığına karine teşkil eder. Suni döllemenin davalının ölümünden sonra gerçekleşmesi halinde dahi karineye dayanılabilir<sup>168</sup>.

Mali sonuçlu babalık davasında, sadece anne lehine maddi ve şartları gerçekleşmişse manevi tazminata ve çocuk için nafakaya hükmedilir (MK 304-306). Şahsi sonuçlu babalık davası ise ancak spermin sahibi olan kimsenin, anneye evlenme vaadetmesi veya suni döllemenin nüfuzu suiistimal teşkil etmesi halinde açılabilir (MK 310). Bu davada tazminat ve nafaka talepleri ile birlikte veya ayrıca hakimden bütün kişisel sonuçları ile birlikte babalığa hükmetmesi istenir (MK 297, 312). İster mali sonuçlu ister şahsi sonuçlu babalığa hükmedilsin, çocuk MK 443 hükmü uyarınca sahih nesepli çocuk gibi mirasçılık hak-

<sup>164</sup> Buchli-Schneider, 194; Hegnauer, aynı sonuca, ZGB Art. 256 Abs. 3'teki rıza beyanının kocanın nesebi red hakkını ortadan kaldıracağı hükmüne kıyas yoluyla varmaktadır (Hegnauer, Komm. Art. 261, N. 42).

<sup>165</sup> Buchli-Schneider, 194.

<sup>166</sup> ZGB-Schwenzer, Art. 261, N. 10; Hegnauer, Komm. Art. 261, N. 68; Frank, [dn. 36], § 3, N. 117 vd.; Buna mukabil anonimliğin temin edilmesi görüşünde, Brückner, 389; Mandofia Berney/Guillad, 213; Stettler, 55 vd.

<sup>167</sup> ZGB-Schwenzer, Art. 262, N. 2; Cinsi münasebet gibi suni döllemenin de babalığa karine teşkil edeceği hususu, Avusturya hukukunda özel bir hükümlerle düzenlenmiştir (ABGB § 163, Abs. 1, Satz 2); Aksi yönde, Stettler, 85.

<sup>168</sup> ZGB-Schwenzer, Art. 262, N. 2.

kını haizdir<sup>169</sup>.

Çocuk bir taşıyıcı veya kiralık anne tarafından, istekte bulunan eşlere teslim edilmek şartıyla dünyaya getirilmiş ise, o takdirde çocuğun spermin sahibi olan gerçek babasına bağlanması, annelik davası ile de gerçekleşebilir. Böyle bir dava açılıp da yumurtanın sahibi olan kadının anne olduğu mahkeme kararı ile tespit olduğunda, yumurtanın sahibi olan kadının sunî döllenme anındaki kocası başka bir işleme gerek kalmaksızın çocuğun babası sıfatını kazanır, meğer ki o, sunî döllenmenin kendisinin bilgisi ve rızası dışında gerçekleştiğini ve çocuğun da kendisinden olmadığını ispat etsin.

Kiralık veya taşıyıcı anne, çocuğu, başkalarına, üreme hücreleri kendilerine ait olmayan üçüncü kişilere vermek üzere doğurmuşsa, o takdirde çocuğun bu kimselere bağlanması mevcut hukuka göre mümkün değildir<sup>170</sup>. İstekte bulunan erkek ne spermin sahibidir ne de karısı çocuğu doğurmuştur. Aynı şekilde, evlilik dışı yaşam beraberliğindeki çiftlere sperm bağışlanması durumunda, sperm bağışını kabul eden erkek ile çocuk arasında nesep bağının kurulması mümkün değildir<sup>171</sup>. Bu kimselerin yapacakları tanıma işlemi itiraz halinde hakim tarafından iptal edilir (MK 293-294). Tek çare evlat edinmedir.

## V. SONUÇ

Çocuğun anne ve babası genetik bağa göre belirlenir. Bir çocuğun ortaya çıkışını sağlayan yumurtanın sahibi, o çocuğun annesi, spermin sahibi ise babasıdır. Usul-fürü hısımlığını belirleyen MK 17/II hükmünden ve aile ve miras hukuku hükümlerinin bu esas temel alınmasından çıkan sonuç budur. MK 17/II hükmü anne baba arasında bir ay-

<sup>169</sup> Yargıtay mali sonuçlu babalığa hükmedilmesini (“tabii babalık hükmü”) mirasçılık hakkı için yeterli görüyor (Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurul Kararı, Esas No: 1996/1, Karar No: 1997/1, RG 22 Mayıs 1997, Sayı: 22996). Bunun ötesinde süre ve davacılar bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın açılacak alelade bir tespit davası ile mirasçılık ilişkisinin kurulması kanuna ters düşer (Bkz. M. Kemal Oğuzman, Miras Hukuku, Gözden geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 1995, 46 vd.)

<sup>170</sup> Bkz. dn. 92.

<sup>171</sup> BGE 115 Ia 253, E. 6c; Bu itibarla, çocuğun saadeti ve kamu menfaati açısından evlilik benzeri yaşam beraberliğindeki çiftlerin heterolog döllenmeye yönelik, kişisel özgürlüğe dayanan mutlak bir hakka sahip olduklarından söz edilemez (BGE 119 Ia 483).

rım yapmamıştır. Her ikisi bakımından da genetik bağ esastır. O halde, anne ve babanın belirlenmesi benzer hükümlere tabi olmalıdır.

Çocuğun anne ve babası belirlenirken öncelikle karinelere hareket edilir. İlk planda çocuğun annesi onu doğuran kadın (gayrisahih nesepli çocuklar bakımından, MK 290), babası ise doğuran kadının kocasıdır (MK 241). Nüfus siciline önce bunlar anne ve baba olarak kaydedilirler. Karinenin aksi dava yoluyla iddia ve ispat edildiğinde, kanun icabı kurulmuş bulunan nesepli çocuğun anne ve baba olarak kaydedilmesi iptal edilir ve çocuk gerçek anne veya babasına bağlanır (babalık davası, MK 295 vd.).

Dolayısıyla suni dölleme üçüncü kişiye ait üreme hücrelerinin kullanılması halinde, nesebin iptali yoluna gidilip çocuğun gerçek anne veya babasına bağlanması mümkündür. Şu var ki, eğer doğuran kadın veya kocası, üçüncü kişiden alınan yumurta veya sperm kullanılarak doğacak çocuğu sahiplenmek gayesi ile hareket etmişlerse, o takdirde artık nesebin iptali için dava açamazlar. Verilen rıza, doğuran kadının veya kocasının nesepli itirazında bulunma hakkını baştan sona erdirir.