

EŞİNİN EVLÂD EDİNMESİNE ONAMINI BİLDİRMESİ GEREKEN ÖTEKİ EŞİN AYIRT GÜCÜNDEN (TEMYİZ KUDRETİNDEN) YOKSUNLUĞU

Prof. Dr. Aytekin ATAAY

I. Genel olarak.

Yurttaşlar Yasası (Medenî Kanun) 255/c 1'e göre: «Karı kocadan birinin evlâd edinmesi veya evlâdlık olması diğerinin rızasına mütevakıftır» (eşlerden birinin evlâd edinmesi veya evlâdlık olması, ötekinin onamına bağlıdır) (1). Söz konusu cnam alınmaksızın yapılan evlâd edinme işlemi sağlam değildir (2).

Eşlerden birinin evlâd edinmesi konusunda öteki eşin onam açıklaması, kullanılması bakımından kişiye sıkı olarak bağlı bulunan (münhasıran şahsa bağlı) haklardandır (3). Bu niteliğinin doğal sonucu olarak da, ayırt gücü (temyiz kudreti) bulunan kısıtlı (mahcur) eş kendi başına onam açıklamasında bulunabilir (4).

(1) VELİDEDEOĞLU H. V., Türkçeleştirilmiş Metinleriyle Birlikte Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanunu I (Türk Dil Kurumu Yayınları no. 305, Ankara 1970), s. 137.

(2) Bak: ATAAY A., Medenî Hukukda Evlâd Edinme, 1. fasikül (İstanbul 1957), s. 98-99.

(3) Bak: ATAAY A., Medenî Hukukun Genel Teorisi, 2. bası (İstanbul 1971), s. 327.

(4) Bak: LADOR J., Des Droits strictement personnels (Besonçon 1933, thèse), s. 126.

Eşinin evlâd edinmesine onam açıklamasında bulunması gereken kişinin ayırt gücünden yoksun olması halinde diğer eşin — YY 255/c 1'deki koşulun gerçekleşmesi olanağının bulunmaması nedeniyle — evlâd edinmeyeceği veya böyle bir durumda artık evlâd edinmenin eşinin onamının aranmayacağı ya da ayırt gücünden yoksun eşin yasal temsilcisinin (kanunî temsilcisinin) onun yerine onam açıklamasında bulunabileceği yasada açık ve seçik olarak belirtilmemiştir. Türk/İsviçre Yurtttaşlar Yasasında «eşlerden birinin evlâd edinmesi... ötekinin onamına bağlıdır» denilmekle yetinilmiştir. Oysa birçok yabancı yasalarda bu konuda açık hükümler vardır. Örneğin Alman Yurtttaşlar Yasası (BGB) 1746/II'ye göre, eşinin evlâd edinmesine onamını bildirmesi gereken öteki eşin bulunduğu yerin bilinmemesi ya da sürekli olarak istek (irade) açıklamasında bulunamayacak bir durumda olması halinde artık evlâd edinme işlemi konusunda onun onamı aranmaz. Fransız Yurtttaşlar Yasası (CCF) 346/II'de (5) ve Avusturya Yurtttaşlar Yasası (ABGB) 180'de (6) benzer hükümler vardır (7).

II. Öğreti (doktrin).

Türk/İsviçre Yurtttaşlar Yasasında eşlerden birinin evlâd edinmesinin ötekinin onamına bağlı bulunduğu koşulunun ayıksız olarak konulmuş bulunması karşısında *Silbernagel/Waerber*, yasanın kaleme alınışında gereksiz bir sertlik bulunduğunu söylemektedir-

(5) Fransız Yurtttaşlar Yasası 346/II'ye göre: «Eş, öteki eşin onamı bulunmaksızın evlâd edinemez ya da evlâd edinilemez; onamını bildirmesi gereken eşin istegini açıklamak gücünden yoksun olması ya da eşler arasında ayrılık bulunması durumlarında bu kurala uyulmaz».

(6) Avusturya Yurtttaşlar Yasası 180'e göre: «Evlî bir kişi ancak eşinin onamıyla evlâd edinebilir ya da evlâd edinilebilir. Eşin akıl hastası olduğuna hükmedilmiş ise, bulunduğu yer bilinmiyorsa ya da evlilik sona ermiş ise bu onam gereksizdir». Bir novella ile yapılan değişiklik sonucu yasaya girmiş olan bu hüküm, Alman Yurtttaşlar Yasasının bazı hükümlerini ve bu arada 1746. maddesini Avusturyada yürürlüğe koyan 25 Ekim 1941 günlü buyrukla örtülü olarak yürürlükten kaldırılmıştır.

(7) Ayrıca bak: Şahıslara ve Aileye İlişkin Bulgar Yasası 27/III (Documentation Juridique Etrangère 1953, sa. 2, s. 22).

ler (8). *Curti/Forrer* de söz konusu koşuldan vaz geçilemeyeceği ve bu konuda yasal temsilden yararlanılamıyacağı kanısındadırlar (9). Bu görüşün doğal sonucu olarak da, eşinin evlâd edinmesine onam açıklamasında bulunması gereken kişinin ayırt gücünden yoksun olması durumunda diğer eş evlâd edinemez. *Egger* ise, «eşin daimi surette temyiz kudretinden mahrumiyeti veya yerinin belli oınması halleri için Alman hukukunda mevcut istisna (§ 1746, keza Av. MK = ABGB § 180) İsviçre hukukunda da kabul edilmelidir» (10) demektedir. *Lador*, eşin — bulunduğu yerin bilinmemesi durumu üzerinde durmaksızın — sürekli biçimde ayırt gücünden yoksun olması durumunda bu sonuncu çözüme katılabileceğini belirtmektedir (11). *Arık* da, onam açıklamasında bulunması gereken eşin ayırt gücünden yoksun olması ya da oturduğu yerin (=meskeninin) bilinmemesi durumlarında *Egger*'in görüşüne katıldığından eşinin evlâd edinmesine onam açıklamasında bulunacak kişinin ayırt gücünden yoksun olması halinde artık eşin onamı koşulunun aranması gerektiği kanısındadır (12). Aynı yazar bir başka yapıtında aynen şöyle demektedir: «...Bu muvafakat (=eşin evlâd edinmesine onam açıklaması) münhasıran şahsa bağlı (kişiye sıkı olarak bağlı) haklardan olduğu için hak sahibinin ehliyetsizliği (=ayırt gücünden yoksun bulunması) halinde hak da kalmamalıdır» (13). Öte yandan *Monnard*, evlâd edinmenin eşi ayırt gücüne sahip bulunmadığı ya da yitik (gaip) olduğu takdirde, bir koruman'ın (vasinin) ya da bir görmen'in (kayyımın) onamının aranması gerektiği görüşündedir (14). *Tekinay*, onam açıklamasında bulunamayacak eş için bir görmen atanarak onun onamının alınmasının doğru bir çözüm olacağı-

(8) Bak: SİLBERNAGEI/WAEBER, Kommentar zum ZGB., II Familienrecht/2, 2. bası (Bern 1927), s. 56.

(9) Bak: CURTI/FORRER (t. çev. Adalet Bakanlığı), Kanunu Medeni Şerhi, I (İstanbul 1930), s. 437.

(10) EGGER A. (t. çev. ÇAĞA T.), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, II Aile Hukuku/2 (Ankara 1949), s. 48.

(11) Bak: LADOR, a.g.y., s. 126.

(12) Bak: ARIK K. F., Türk Hukukunda Evlâd Edinme (SBOD. 1949, sa. 1-4), s. 194.

(13) ARIK, K. F., Evlâd Edinme Bakımından Türk ve İsviçre Doktrin ve Tatbikatı Arasında Bir Mukayese (MHAD. 1956, sa. 2), s. 43.

(14) Bak: MONNARD C., L'Adoption dans la pratique juridique suisse (Lausanne 1943, thèse), s. 52.

nı söylemektedir (15). *Feyzioğlu* da bu konuda aynen şöyle demektedir: «Şayet rızasına ihtiyaç bulunan eş (temyiz kudretinden yoksun) hale gelmiş durumdaysa, onun yerine, bu amaçla tayin olunacak bir (kayımın = görmenin rızası) alınmalıdır» (16).

III. Görüşümüz.

Evlâd edinenin eşinin istek açıklamasında bulunması olanaksız olan hallerde, YY 255/c 1'deki koşuldan ancak vaz geçilmesi düşünülebilir. Yoksa, eşinin onam açıklamasında bulunamaması nedeniyle diğer eşin evlâd edinemeyeceği sonucuna ulaşılamaz. Aksi çözüm, evlâd edinmek isteyen eşin yasal bir hakdan — YY 8'in hak yeteneği (hak ehliyeti) konusunda koyduğu eşitlik ve genellik ilkelerine açıkça aykırı olarak — yoksun kalması sonucunu doğurur. Öte yandan, eşinin evlâd edinmesi konusunda istek açıklamasında bulunması olanaksız olan kişinin yasal temsilcisinin onamının alınmasında gidilemez. Çünkü, bir kimsenin, eşinin evlâd edinmesine onamını bildirmesi kişiye sıkı olarak bağlı bulunan bir hakdır (17). Kişiye sıkı olarak bağlı bulunan bir hakkını kullanmayacak durumda bulunan bir kimse yerine onun yasal temsilcisinin istek açıklamasında bulunması, söz konusu hakkın kullanılmasının, hak sahibi bakımından YY 8'e açık biçimde aykırı düşmesi halinde kabul edilebilir. İstek açıklamasında bulunamaması yüzünden bir şahsın, karısının veya kocasının — YY 255/c 1'deki koşulun yerine getirilememesi nedeniyle — evlâd edinmemesi, kendisi (=istek açıklamasında bulunamayan kişi) açısından açık bir adaletsizliğin doğumuna yol açmaz. Bu nedenle de yasal temsil kabul edilemez. Bilindiği üzere şahsa sıkı olarak bağlı bulunan bir hakkın yasal temsilci tarafından kullanılabilmesi ancak açık bir adaletsizliğin varlığı yani, söz konusu hakkın yasal temsil yoluyla kullanılmasının kabul edilmemesi sonucu varlığının hak sahibi bakımından bir anlam taşımaması ve bu durumda da, YY 8'in hak ye-

(15) Bak: TEKİNAY S. S., Türk Aile Hukuku, 2. bası (İstanbul 1971), s. 363.

(16) FEYZİOĞLU F. N., Aile Hukuku Dersleri (İstanbul 1971), s. 367.

(17) Bak: yukarıda not 3.

teneği konusunda koyduğu genellik ve eşitlik ilkelerine açık bir aykırılık teşkil etmesi halinde kabul edilebilmektedir (18). Bunun dışında, şahsa sıkı olarak bağlı bulunan hakların niteliği yasal temsil olanağını ortadan kaldırmaktadır. Evlâd edinecek kişinin eşinin ayırt gücü bulunmaması halinde YY 255/c 1'deki koşulu yasal temsilcinin — hakkın niteliği gereği — yerine getirebilmesi olanağının bulunmamasının, evlâd edinecek eşin çıkarlarına açıkca aykırı düştüğü ortadadır. Bu nokta göz önünde bulundurularak eşin onamının alınmasına olanak bulunmayan hallerde — hakkın niteliği gereği yasal temsilden yararlanılamıyacağından — YY 255/c 1'deki koşulun bir yana bırakılması, bu koşuld an v a z g e ç i l m e s i g e r e k i r. Aksi halde, evlâd edinmek isteyen eşin hak ve eylem yetenekleri (hak ve fiil ehliyetleri) yasa koyucunun düşünmediği, dilemediği biçimde sınırlandırılmış olur.

(18) Bak: ATAAY A., Medeni Hukuk Uygulama Çalışmaları I, 2. baskı (İstanbul 1966), s. 184-186.