

CENİNİN MALVARLIĞI HAKLARI

Dr.Leyla Müjde KURT*

ÖZET

Cenin hak ehliyetini, sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren kazanır. Hak ehliyeti bakımından ana rahmindeki embriyo ile tüpteki embriyo arasında fark yoktur. Cenine, sağ doğmak geciktirici şartına bağlı olarak, kişilik hakkı tanındığı gibi, bazı malvarlığı hakları da tanınmıştır. Cenin kanunî mirasçı olabilir; mirasçı atanabilir veya ona belirli mal vasiyet edilebilir. Cenin, üçüncü kişi lehine bir sözleşmede lehdar olabilir. Doğumundan önce haksız fiil sebebiyle zarar gördüyse, doğduktan sonra haksız fiili işleyenden maddî ve manevî tazminat talep edebilir. Cenin gelecekte kendisine destek olacak kişiyi kaybederse, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir.

Anahtar Kelimeler: Cenin, Embriyo, Hak Ehliyeti, Malvarlığı Hakları, Ceninin Korunması.

PATRIMONIAL RIGHTS OF THE FETUS

ABSTRACT

Fetus acquires the capacity to rights at the moment of conception provided that it is born alive. Regarding to the capacity of rights, there is no difference between an embryo in its mother's womb and an embryo in

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

vitro. As well as personality right, several patrimonial rights are provided to fetus under the suspensive condition of being born alive. Fetus may be legal heir and may also be appointed as heir or bequeathed by a will. Contracts in favor of a third party may be concluded in favor of a fetus. If it is injured before birth as a result of a tort, once born alive, it may claim compensation for damages as well as for pain and suffering from the tortfeasor. If the fetus loses its future provider, it may claim compensation for the loss of its support.

Keywords: Fetus, Embriyo, Capacity to Rights, Patrimonial Rights, Protection of Fetus.

GİRİŞ

Eski çağlardan beri cenin, basit bir eşya olarak nitelendirilmemekte, hukukî bir statüye kavuşturulmaya ve kişiye tanınan haklardan yararlandırılmaya çalışılmaktadır¹. Bizim hukuk düzenimizde de sağ doğan çocuğa, daha ana rahmine düştüğü aşamadan itibaren hak ehliyeti tanınmış, böylece ceninin menfaatlerinin geriye etkili olarak onun ilk meydana geldiği andan itibaren korunması amaçlanmıştır. Günümüzde, gelişen teknoloji sayesinde artık insan embriyosu sadece ana rahminde meydana gelmemekte, tıbbî müdahalelerle yapay olarak rahim dışında da oluşturulabilmektedir. Bu durum, tüpte dölleme neticesinde sağ olarak doğan çocuğun hak ehliyetini hangi andan itibaren kazanacağı sorununu da beraberinde getirmektedir.

Cenin hak süjesi olmasının, medenî hukuk, ceza hukuku, vergi hukuku gibi hukukun pek çok alanında önemli sonuçları vardır². Hukuk düzeninin cenine hak kazanma yetkisini tanımış olmasının medenî hukuk alanındaki sonuçları çok çeşitlidir. Hak ehliyetine sahip olan ceninin, kişilik hakları, baba ile soybağının kurulması hakkı gibi şahıs varlığı

¹ *Kohler-Vaudaux*, s. 109 vd.

² *Hausheer/Aebi-Müller*, s. 12-14; *Mannsdorfer*, *Embryo and Fetus*, s. 515; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 200-201.

haklarının yanında, mirasçılık sıfatından ötürü kazandığı aynî haklar ve alacak hakları, sözleşmeden veya haksız fiilden kaynaklanan alacak hakları gibi malvarlığına ilişkin hakları da vardır³.

Malvarlığı hakları, para ile ölçülebilen bir değeri olan haklardır⁴. Çalışmamızın konusunu ceninin malvarlığı hakları oluşturmaktadır. Bu itibarla ceninin şahıs varlığı hakları konumuz dışında kalmaktadır. Ancak şahıs varlığı haklarının kullanılmasının veya bir başka kişi tarafından ihlâl edilmesinin malvarlığını ilgilendiren sonuçları da olabilmektedir. Birinci duruma örnek olarak, baba ile soybağının kurulmasının mirasçılık durumuna etkisi; ikinci duruma örnek olarak kişilik hakkının ihlâli sebebiyle ceninin sahip olduğu maddî veya manevî tazminat talepleri gösterilebilir. Şahıs varlığı haklarına da sadece bu çerçevede değinmekle yetineceğiz.

Çalışmamızda öncelikle, cenin kavramı ve ceninin hak ehliyetini nasıl kazandığı üzerinde duracağız. Ardından, ceninin miras hukuku ve borçlar hukuku alanlarında sahip olduğu malvarlığı haklarını inceleyeceğiz. Son olarak da kanun koyucunun ceninin malvarlığı haklarının korunmasına ilişkin olarak getirdiği bazı özel tedbirlere değineceğiz.

1. BİR HAK SÜRESİ OLARAK CENİN

a) Cenin Kavramı

Cenin (*fetus, nasciturus*) kavramı, hukukî metinlerde de kullanılan, ancak esasen tıp bilimine ait bir kavramdır⁵. Cenin genel olarak ana rahmine düşmüş, fakat henüz doğmamış olan çocuk olarak

³ Kohler-Vaudaux, s. 217; Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 523 vd.; Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1302 vd.

⁴ Oğuzman/Barlas, s. 125.

⁵ Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1276.

tanımlanmaktadır⁶. Embriyo, insan organizmasının yumurtanın spermle döllenmesinden bir hücreler topluluğunun, yani ceninin oluşmasına kadar geçirdiği evredir⁷. Yumurtanın döllendiği andan itibaren 8. haftaya kadar olan dönemdeki insan organizmasına “embriyo”, 8. haftadan doğuma kadarki evredeki insan organizmasına ise “cenin” denilmektedir⁸. Yumurta ve sperm hücrelerinin bir araya gelmesinden itibaren yaklaşık 24 saat sonra yumurtanın döllendiği kabul edilmektedir⁹.

Embriyo, ana rahminde gerçekleşen doğal bir döllenmenin sonucunda meydana gelebileceği gibi, yumurtanın sperm ile ana rahmi dışında tıbbî bir müdahale ile döllendirilmesi sonucunda da oluşabilir. Bu sonuncu durum, “yapay döllenme” olarak adlandırılmaktadır¹⁰.

b) Ceninin Hak Ehliyeti

Çocuğun kişiliği, onun tam¹¹ ve sağ¹² doğduğu anda başlar (MK m. 28 f. 1). Çocuk, sağ doğmak koşuluyla, hak ehliyetini ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder (MK m. 28 f. 2). Buna göre, çocuk,

⁶ Özsunay, *Gerçek Kişiler*, s. 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 17; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 199; Serozan, s. 91; Arpacı, s. 7-8.

⁷ Kohler-Vaudaux, s. 6. Bir başka tanıma göre, embriyo, insan spermi ve yumurtasının, yani gametlerin döllendikten sonraki durumuna verilen addır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15 dn. 22.

⁸ Kohler-Vaudaux, s. 6; Özsunay, *Hayatın Başlangıcı*, s. 10; Özsunay, *Embryo and Foetus*, s. 1277.

⁹ Deschenaux/Steinauer, N 469; Özsunay, *Embryo and Foetus*, s. 1277; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15 dn. 21.

¹⁰ Yapay döllenmenin tanımı için bkz. *Kohler-Vaudaux*, s. 13; Nomer, s. 545. Türk hukukunda, yapay döllenme hukuken düzenlenmiş bir kurumdur. “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği”, belirli şartlar altında, anne adayının yumurtası ile kocanın sperminin çeşitli yöntemlerle vücut dışında döllendirilmesine ve elde edilen embriyonun ana rahmine transferine izin vermektedir (m. 4/h). Bu yönetmelik için bkz. 6.3.2010 tarihli ve 27513 s.lı RG.

¹¹ Tam doğum, çocuğun ananın bedeninden tümüyle ayrılmasıdır. *Deschenaux/Steinauer*, N 454; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 195; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 12; *Hatemi*, *Kişiler Hukuku*, s. 29.

¹² Sağ doğum, çocuğun çok kısa bir süre dahi olsa anneden bağımsız olarak yaşamış olmasıdır. Bunun için çocuğun nefes alma, kalp atışı gibi bir hayat belirtisi göstermiş olması gerekir. *Deschenaux/Steinauer*, N 457; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 196; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 12-13; *Hatemi*, *Kişiler Hukuku*, s. 29.

hak ehliyetini tam ve sağ doğduğu anda, yani kişi haline geldiğinde kazanır. Ancak hak ehliyeti hşkşmlerini geriye etkili olarak dođurur¹³. Hak ehliyeti kişinin haklara ve borçlara sahip olma ehliyetidir¹⁴. Bu itibarla cenin hak ehliyetini kazandığında, sadece haklara değil, borçlara da sahip olabilecektir¹⁵. Hak ehliyeti ağısından ana rahminde dşllenmiş embriyo ile yapay olarak tşpte (in vitro) dşllenmiş embriyo arasında bir fark bulunmamaktadır¹⁶. Her iki durumda da cenin, sağ doğmak şartıyla hak ehliyetini geğmişe etkili olarak kazanır.

1. Ceninin Hak Ehliyetini şarta Bağlı Olarak Kazanması

Kanun, ceninin hak ehliyetini kazanmasını, sağ doğum şartına bağlamıştır. Burada kanunî bir şart sşz konusudur¹⁷. Ceninin hak ehliyetinin geciktirici şarta mı, yoksa bozucu şarta mı bağlı olduğu tartışmalıdır. Bir gřrřře¹⁸ gşe, ceninin hak ehliyeti geciktirici şarta bağlı bir ehliyettir. Buna gşe, geciktirici şart, yani sağ doğum geręekleřinceye kadar ceninin hak ehliyetinin hşkşm ve sonuçları askıdadır. Sağ doğum şartı geręekleřtiđinde cenin hak ehliyetini kazanacak, ancak hak ehliyeti

¹³ *Özsunay*, Geręek Kişiler, s. 20; *Özsunay*, Hayatın Başlangıcı, s. 30 dn. 51; *Hatemi Kişiler Hukuku*, s. 30.

¹⁴ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 39; *Akipek/Akantürk*, s. 267.

¹⁵ Bazı yazarlar ana rahmindeki çocuğun ancak karşılığında bir avantaj elde edecekse, borca sahip olacağını ileri sşrmektedirler. *Deschenaux/Tercier*, N 465; *Mannsdofer*, Embryo and Fetus, s. 521. Buna karşılık bizim de katıldığımız gşrşşe gşe, bşyle bir sınırlandırma yapılamaz. Zira MK m. 28 f. 2 hşkşminden bşyle bir anlam çıkmamaktadır. *Bucher*, s. 53; *Kohler-Vaudaux*, s. 215.

¹⁶ *Özsunay*, Embryo and Foetus, s. 1294.

¹⁷ *Kohler-Vaudaux*, s. 183. Kanunî şart; kanunun, tarafların iradesinden bağımsız olarak, bir hukukî işlemin veya hukukî sonucun geğerliliğini geręekleřmesine bağladığı, geleceğe ilişkin ve geręekleřmesi şüpheli olgudur. Bu konuda ve kanunî şartın geciktirici veya bozucu nitelikte olabileceği konusunda bkz. *Sirmen*, s. 84-85.

¹⁸ *BSK-Bigler-Eggenberger*, Art. 31, N 8; *Riemer*, s. 82; *Akipek/Akantürk*, s. 245; *Dural/Öğüz*, s. 19; *Zevkliler/Acabey/Gşkyayla*, s. 200; *İmre/Erman*, s. 286. *Özsunay*, önceleri bu gşrşşte idi. Bkz. *Özsunay*, Geręek Kişiler, s. 20; *Özsunay*, Hayatın Başlangıcı, s. 30 dn. 51. Yargıtay da bu gşrşştedir. Yarg. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: “*Hukukumuzda, ceninin medeni haklardan yararlanma (hak ehliyeti) ehliyetinin, geręektirici koşula bağlı bir ehliyet olduğu kabul edilmektedir. Kural olarak medenî haklardan yararlanma ehliyeti, ceninin kişilik kazandığı anda (tam olarak sağ doğum) geręekleřir.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

hükümlerini geçmişe etkili olarak, yani ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren doğuracaktır (MK m. 28 f. 2)¹⁹. Bir başka görüşe²⁰ göre ise, ceninin hak ehliyeti, onun sağ doğmaması bozucu şartına bağlıdır. Bu görüş kabul edilirse, cenin hak ehliyetini ana rahmine düştüğü anda kazanacak ve haklarını ana rahmine düştüğü andan doğana kadarki süreçte kanunî temsilcisi vasıtasıyla kullanabilecektir. Cenin ölü doğduğu takdirde, hak ehliyeti geriye etkili olarak ortadan kalkacaktır. Diğer bir görüşe²¹ göre ise, burada şartın geciktirici mi, yoksa bozucu mu olduğuna, kazanılması ve kullanılması söz konusu hakkın niteliğine ve cenin korunma ihtiyacına göre bir ayırım yapılarak karar verilmelidir. Buna göre, ceninin kişiliğinin korunması, miras hakkı ve menfaatlerinin kanunî temsilci tarafından korunması bakımından, hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. Buna karşılık, sözleşme ehliyeti bakımından, doğacak çocuğun hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmelidir²².

Kanaatimizce, özellikle sözleşme yapma ehliyeti bakımından değerlendirildiğinde, ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazanması, yani henüz doğmamışken kanunî temsilci vasıtasıyla sözleşmeye taraf olma hakkının bulunması, hukukî işlem güvenliğini sarsacak nitelikte olduğundan, kabul edilemez. Zira çocuk ölü doğduğu takdirde, hukukî işlem başlangıçtan itibaren geçersiz hale gelecektir. Keza ceninin hak ehliyetini bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilirse, cenin daha ana rahminde iken yasal temsilci aracılığıyla örneğin, tazminat davalarında taraf sıfatını kazanabilecektir. Ancak cenin ölü doğduğu takdirde, taraf ehliyeti başlangıçtan itibaren ortadan kalkacağından,

¹⁹ *Akipek/Akıntürk*, s. 245; *Dural/Öğüz*, s. 19.

²⁰ *Tuor/Schnyder/Scmid/Rumo-Jungo*, s. 117; *Deschenaux/Steinauer*, N 464; *Piotet*, s. 494; *Kohler-Vaudaux*, s. 233. İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli bir kararında, burada bozucu bir şartın bulunduğunu kabul etmişti. BGE 41 II 648 = JdT 1916 II 482.

²¹ *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 522; *Hausheer/Aebi-Müller*, s. 11-12; *Bucher*, s. 52; *Özsunay*, Embryo and Foetus, s. 1297-1298.

²² *Hausheer/Aebi-Müller*'e göre, ceninin, malvarlığı haklarını geciktirici şarta bağlı olarak, malvarlığı hakları dışındaki haklarını ise bozucu şarta bağlı olarak kazandığı kabul edilmelidir. *Hausheer/Aebi-Müller*, s. 16 vd.

mahkemeler boşuna meşgul edilmiş olacaktır. Öte yandan, hak ehliyetinin, kazanılacak hakkın niteliğine göre, geciktirici veya bozucu şarta tâbi olabileceği görüşü de, kanunda bir dayanağı bulunmadığından ve ceninin henüz ana karnında olduğu dönemde hangi haklar için ehliyetinin bulunduğu, hangileri için bulunmadığı konusunda tereddüt yaratacağından ötürü kabul edilemez. Kanaatimizce, ceninin hak ehliyetinin geciktirici şarta bağlı olduğu kabul edilmeli, ceninin ana karnında bulunduğu süreçte ancak kanunun açıkça öngördüğü istisnai durumlarda kanunî temsilci aracılığıyla korunması ile yetinilmelidir.

2. Ceninin Hak Ehliyetini Kazandığı An

Sağ doğan çocuk, hak ehliyetini, ana rahmine düştüğü andan itibaren elde etmektedir (MK m. 28 f. 2). Bu noktada, çocuğun ana rahmine hangi anda düştüğünün tespiti gerekir. Ana rahminde meydana gelen (*in utero*) döllenmelerde, çocuğun ana rahmine düştüğü an, ananın gebe kaldığı andır²³. Çocuğun ana rahmine düştüğü anı belirlemek tıbbî bir meseledir²⁴. Burada döllenmenin sperm ile yumurtanın ana rahminde birleşmesinden 24 saat sonra gerçekleştiği kabul edilmektedir²⁵. Ceninin ana rahmine düştüğü anın ispatı, ispata ilişkin genel hüküm olan MK m. 6'ya tâbidir²⁶. Bununla birlikte, doktrinde MK m. 287 f. 2 (İMK m. 256a f. 2) ve MK m. 302 f. 1 (İMK m. 262 f. 1) hükümlerinin burada kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Buna göre, çocuğun doğumundan önceki 300. gün ile 180. gün arasında ana rahmine düştüğü karine olarak kabul edilmelidir. Bu karine, ceninin lehine olarak, yani onu en uzun süre hak ehliyetinden yararlandıracak biçimde yorumlanmalı, böylece, tıbbî inceleme yoluyla aksi ispat edilmedikçe, çocuğun doğumundan geriye doğru 300. gün, onun ana rahmine düştüğü tarih olarak kabul edilmelidir²⁷.

²³ Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 17; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15; Arpacı, s. 8; Helvacı, s. 7.

²⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 202; Aydın, s. 12.

²⁵ Deschenaux/Steinauer, N 461; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15 dn. 21.

²⁶ Deschenaux/Steinauer, N 461; Kohler-Vaudaux, s. 207; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15.

²⁷ Deschenaux/Steinauer, N 461-462; Akipek/Akıntürk, s. 244; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 15. Farklı görüşte: Bucher, N 214; Kohler-Vaudaux, s. 207. Bu yazarlara

Kanun metninde ceninin hak ehliyetinin başlangıcı bakımından “ana rahmine düşmüş” olmasından söz edilmektedir. Ancak tüp bebek (in vitro fertilizasyon) yönteminde, hak süjesi olma anının, sperm ile yumurtanın tüpte döllendirilmesi sonucunda elde edilen embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an olarak kabul edilmesi, özellikle embriyo oluşumundan uzun süre sonra ana rahmine yerleştirilmişse, çocuğun aleyhine olur. Oysa kanun koyucunun amacı, cenini başlangıçtan itibaren korumaktır. Bu amaca uygun olarak, “ana rahmine düşme” ifadesi, “döllenme” olarak anlaşılmalı²⁸ ve tüpte döllenme yönteminde, hak ehliyetinin kazanılma anının, embriyonun ana rahmine yerleştirildiği an değil, onun oluştuğu an, yani yumurtanın döllendiği an²⁹ olduğu kabul edilmelidir³⁰. Böylece embriyo, dondurulup saklandığı ihtimal de dâhil olmak üzere, sağ doğmak kaydıyla, henüz ana rahmine konulmadan önceki dönem için de hukuken korunabilecektir. Örneğin, çocuğun fiziksel bozukluğunun temelinde embriyonun ana rahmine yerleştirilmeden önce veya yerleştirilme sırasında maruz kaldığı hatalı bir işlem varsa, çocuk uğradığı zararın tazminini, sağ doğmak kaydıyla talep edebilecektir³¹.

göre, aksi ispat edilmedikçe, çocuğun yaklaşık olarak doğumundan önceki 270. veya 280. günde ana rahmine düştüğü kabul edilmelidir. Kanaatimizce, kanun koyucunun menfaatlerini geçmişe etkili olarak korumak istediği ceninin daha lehine olması itibarıyla, doğumdan önceki 300. günün, aksi ispat edilmedikçe, çocuğun ana rahmine düştüğü gün olarak kabul edilmesi uygundur.

²⁸ *Kohler-Vaudaux*, s. 205; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 16 dn. 28; *Aydın*, s. 14. *Arpacı*'ya göre, kanundaki “ana rahmine düşme” ifadesi geniş yorumlanarak, erkeğin spermi ile kadının yumurtasının birleştirildiği tüp ana rahmi gibi değerlendirilip, tüpteki embriyo da MK m. 28 f. 2'den yararlandırılabilir. *Arpacı*, s. 9.

²⁹ Ana rahmi dışında meydana gelen, yani tüpte (in vitro) döllenmelerde, döllenme anı, yumurta ile spermin tüpte bir araya getirilmesinden 24 saat sonrasındır. *Deschenaux/Steinauer*, N 469.

³⁰ *Deschenaux/Steinauer*, N 468; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 15-16; *Arpacı*, s. 9-10; *Helvacı*, s. 7 dn. 24.

³¹ *Mannsdorfer*, Schädigung, s. 66; *Deschenaux/Steinauer*, N 468; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 17; *Helvacı*, s. 7 dn.24.

II. CENİNİN MALVARLIĞINA İLİŞKİN SAHİP OLDUĞU HAKLAR

a) *Ceninin Miras Hukuku Alanında Sahip Olduğu Malvarlığı Hakları*

MK m. 582 f. 1’de “ *Cenin, sağ doğmak koşuluyla mirasçı olur.*” hükmü yer almaktadır. Ceninin mirasçılığı sağ doğma geciktirici şartına bağlıdır³². Buna karşılık, cenin ölü doğduğu takdirde mirasçı olamayacaktır (MK m. 582 f. 2)³³. MK m. 582 f. 1’de herhangi bir ayırım yapılmadığına göre, ceninin mirasçılığı kanunî mirasçılığı kapsadığı gibi, iradî mirasçılığı da kapsar³⁴. Şu halde ceninin, mirasçılık sıfatı çerçevesinde aynî hak ve alacak hakkı, yani malvarlığı hakkı elde etmesi mümkün olmaktadır.

1. *Ceninin Kanunî Mirasçılıktan Kaynaklanan Malvarlığı Hakları*

Evliliğin sona ermesinden başlayarak 300 gün içinde doğan çocukla babası arasında da soybağı kurulur (MK m. 285 f. 1). Mirasbırakanın ölümünden itibaren 300 gün içinde doğanların mirasbırakanın ölümünde ana rahmine düşmüş olduğu karine olarak kabul edilir ve cenin bu durumda kanunî mirasçı olur (MK m. 285 f. 1’e kıyasen)³⁵. Buna göre, ceninin babası ölmüşse, cenin babanın ölümünden, yani mirasın açılmasından sonra 300 gün içinde sağ doğmak koşulu ile babanın kanunî mirasçısı olur³⁶.

³² *İmre/Erman*, s. 286. Buna karşılık ceninin hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul eden görüşe göre, ceninin mirasçılık ehliyeti onun ölü doğması bozucu şartına bağlıdır. *BSK-Schwander*, Art. 544, N 2; *Piotet*, s. 494; *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523; *Kohler-Vaudaux*, s. 233.

³³ *Özsunay*, Hayatın Başlangıcı, s. 30. Yarg. 2. HD. 27.2.1998, E. 624, K. 2342: “*Cenin sağ doğması halinde mirasçı olacağından, sağ olarak doğup doğmadığı araştırılmadan veraset ilanı verilemez.*” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

³⁴ *BSK-Schwander*, Art. 544, N 3; *Deschenaux/Steinauer*, N 466; *Kohler-Vaudaux*, s. 233; *Akipek/Akıntürk*, s. 244; *İmre/Erman*, s. 452.

³⁵ *İnan/Ertas/Albaş*, s. 464.

³⁶ *BSK-Schwander*, Art. 544, N 3; *Piotet*, s. 494; *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523; *Kohler-Vaudaux*, s. 234; *İnan/Ertas/Albaş*, s. 464.

Yumurthanın sperm ile tüpte döllenmesi ile oluşan embriyonun dondurulması ve dondurulan embriyonun babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilmesi sonucunda tam ve sağ doğan çocuğun, ölen babasının mirasçısı olup olamayacağı tartışmalıdır³⁷. Bir görüşe³⁸ göre, mirasbırakanın ölümü anında ceninin ana rahmine girmiş olması şarttır. Bu sebeple, babanın ölümünden sonra ana rahmine yerleştirilen çocuk onun mirasçısı olmaz. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe³⁹ göre, dondurularak saklanan embriyonun erkeğin ölümünden sonra ananın rahmine yerleştirilmesi durumunda da sağ doğan çocuk ölen babasına mirasçı olabilmelidir. Kanun'da her ne kadar ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “ana rahmine düşmesinden” söz ediliyorsa da, bu ifade, geniş yorumlanarak, ceninin mirasbırakanın ölümünden önce “*döllenmiş olması*” biçiminde anlaşılmalıdır⁴⁰. Buna göre, babanın ölümünden önce tüpte döllenme sağlanmışsa, bu yolla elde edilip dondurulan embriyo ana rahmine babanın ölümünden sonra yerleştirilse de çocuk tam ve sağ doğmak şartıyla babasına mirasçı olabilecektir.

³⁷ 6.3.2010 tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'ne göre, “*Adaylardan fazla embriyo elde edilmesi durumunda eşlerden her ikisinin rızası alınarak embriyolar dondurulmak suretiyle saklanır. Saklama süresinin bir yılı aşması halinde her yıl embriyonun saklanması için çiftler mutlaka başvuruda bulunarak taleplerinin devam ettiğini ifade eden imzalı dilekçelerini vermelidir. Eşlerin birlikte talebi, eşlerden birinin ölümü veya boşanmanın hükmen sabit olması halinde ya da belirlenen sürenin son bulduğunda saklanan embriyolar müdürlükte kurulacak komisyon tarafından tutanak altına alınarak imha edilir.*” (m. 18 f. 12). Buna göre, babanın ölümünden sonra ondan elde edilmiş olan embriyonun ana rahmine transferi yasaktır. Bununla birlikte, bu yasak ihlâl edildiği takdirde hukukî durumun ne olacağıın da incelenmesi gerekir.

³⁸ *İmre/Erman*, s. 287; *Nomer*, s. 581.

³⁹ *Serozan/Engin*, *Miras Hukuku*, s. 87; *Aydın*, s. 36. *Aydın*'a göre, ceninin, sağ ve tam doğum şartıyla, tüpte döllendiği andan itibaren kişilik kazanacağıın kabul edilmesinin en önemli sonucu, onun bu andan itibaren mirasçılık sıfatını kazanacak olmasıdır. Bu sebeple, tüpte döllenme halinde de ceninin mirasçı sıfatını kazanabilmesi için mirasbırakanın ölümü anında ana rahminde bulunması koşulu aranır, ceninin sağ doğmak şartıyla tüpte döllendiği tarihten başlayarak kişilik kazanacağıın kabul etmenin anlamı kalmaz.

⁴⁰ *Serozan/Engin*, *Miras Hukuku*, s. 87.

Kanunî mirasçılarının mirası kazanmasında geçerli olan küllî halefiyet ilkesi (MK m. 599 f. 2) gereği, cenin mirasbırakanın aynî hakları ve alacakları yanında, borçlarını da iktisap eder⁴¹. Cenin, ana rahminde bulunduğu sürece mirasçı sıfatını henüz kazanmış olmadığından, bu süre içinde cenin adına yasal temsilcisinin mirası reddetmesi mümkün değildir. Mirasın reddi süresi çocuğun doğduğu andan itibaren işlemeye başlar⁴².

2. *Ceninin İradî Mirasçılıktan Kaynaklanan Malvarlığı Hakları*

Cenin, ölüme bağlı tasarruf yoluyla iradî mirasçı olarak tayin edilebilir⁴³. Ceninin vasiyetname yoluyla mirasçı tayin edilebileceği konusunda tereddüt yoktur. Buna karşılık, ceninin kanunî temsilcisi aracılığıyla miras sözleşmesinin ölüme bağlı tasarrufta bulunmayan tarafını teşkil edip edemeyeceği tartışmalıdır. Ceninin hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul eden görüşe göre, ceninin kanunî temsilcisi, ceninin menfaatlerine aykırı olmamak kaydıyla, cenin adına mirasbırakan ile (olumlu) miras sözleşmesi akdedebilir⁴⁴. Buna karşılık, ceninin hak ehliyetinin tam ve sağ doğum geciktirici şartına bağlı olduğunu kabul eden bizim de katıldığımız görüşe⁴⁵ göre, cenin ana rahminde iken kanunî temsilci onun adına hukukî işlem yapamaz. Buna göre, kanunî temsilci ceninin adına olumlu miras sözleşmesi akdedemez.

Mirasbırakan, cenini, ölüme bağlı tasarrufla küllî veya cüzî halef haline getirebilir⁴⁶. Cenin, terekenin tamamı veya belirli bir oranı için mirasçı olarak atanabileceği gibi, belirli mal vasiyeti yoluyla vasiyet alacaklısı da kılınabilir.

⁴¹ BSK-Schwander, Art. 544, N 3; Kohler-Vaudaux, s. 234; Akipek/Akıntürk, s. 244.

⁴² Hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul etmekle birlikte, mirasın reddi süresinin çocuğun doğumundan itibaren işleyeceği yönünde, Piotet, s. 494; Kohler-Vaudaux, s. 237.

⁴³ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 18.

⁴⁴ Kohler-Vaudaux, s. 242.

⁴⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19; Zevkliler/Acabay/Gökyayla, s. 204; Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 20.

⁴⁶ Kohler-Vaudaux, s. 233.

a) Ceninin Mirasçı Atanması

MK m. 516 f. 1'e göre, "*Mirasbırakan, mirasının tamamı veya belirli bir oranı için bir veya birden çok kişiyi mirasçı atayabilir.*" Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufla terekenin tamamı veya belirli bir oranı için mirasçı tayin ettiği kişi, mirasbırakanın küllî halefidir ve mirasbırakanın ölümü anında tereke malları üzerinde doğrudan mülkiyet hakkı kazanır (MK m. 599)⁴⁷. MK m. 582 f. 1'e göre, cenin, sağ doğmak şartıyla mirasçı olacağından, mirasbırakanın mirasçı olarak atadığı kimse, onun öldüğü tarihte ana rahminde olduğu takdirde sağ doğmak şartıyla mirasçı olabilecektir.

b) Cenine Belirli Mal Bırakılması

Mirasbırakan, ölümüne bağlı tasarrufla bir kimseye terekeye dâhil belirli bir malı (örneğin, maliki bulunduğu bir evi, otomobili, dükkânı) bırakarak da kazandırmada bulunabilir (MK m. 517 f. 1). Mirasbırakan cenin lehine belirli bir mal vasiyet edebilir. MK m. 581 f. 1'e göre, "*Vasiyet alacaklısı olabilmek için mirasbırakanın ölümü anında mirasa ehil olarak sağ olmak şarttır.*" Bununla birlikte, MK m. 582 f. 1 gereği cenin sağ doğmak koşuluyla mirasçı olacağından, mirasbırakanın ölümü anında ana rahminde bulunan cenin de, sağ doğduğu takdirde belirli mal vasiyetinin alacaklısı olabilecektir⁴⁸. Bu durumda cenin cüzî haleftir. Cenin, sağ doğduğu takdirde vasiyet alacağını kazanırsa da, kendisine vasiyet olunan malı kendiliğinden iktisap edemez. Bunun için, vasiyet borçlusunun⁴⁹ borcunu ifa etmesi (örneğin, vasiyet olunan mal bir taşınırsa taşınırın zilyetliğini vasiyet alacaklısına nakletmesi, taşınmazsa taşınmaz tapuda vasiyet alacaklısı adına tescil ettirmesi, alacaksa alacağı vasiyet alacaklısına temlik etmesi) gerekir⁵⁰. Cenin ölü doğduğu takdirde,

⁴⁷ *İmre/Erman*, s. 115; *Kılıçoğlu*, *Miras*, s. 140.

⁴⁸ *Kohler-Vaudaux*, s. 243; *Mannsдорfer*, *Embryo and Fetus*, s. 523.

⁴⁹ Vasiyet borçlusu, kanunî veya atanmış bir mirasçı olabileceği gibi, lehine mal vasiyet edilen bir başka kişi de olabilir. *Kohler-Vaudaux*, s. 243-244; *İmre/Erman*, s. 116.

⁵⁰ *İmre/Erman*, s. 117.

kişilik kazanamamış olacağından, onun lehine yapılan belirli mal vasiyeti de artık hükümsüz kabul edilmelidir⁵¹.

c) *Ceninin Art Mirasçı Olması*

MK m. 583 f. 1'e göre, "*Mirasın açıldığı anda henüz var olmayan bir kimseye art mirasçı veya art vasiyet alacaklısı olarak, tereke veya tereke malı bırakılabilir.*" Vasiyetçinin mirasçı atadığı veya lehine mal vasiyet ettiği kişi, henüz doğmamış ve ana rahmine düşmemiş bir kişi (*nondum conceptus*) ise, ölüme bağlı tasarruf art mirasçı atama, yani kurucu (fevkalade) ikame yoluyla gerçekleşebilecektir⁵². Bu durumda ön mirasçı mirası art mirasçıya geçirme yükümlülüğü altında olarak iktisap edecektir (MK m. 524 f. 2). MK m. 525 f. 1'e göre, "*Art mirasçı, mirası belirlenmiş olan geçiş anında sağ ise kazanır.*" O halde, art mirasçı olarak atanan kişi, kurucu (fevkalade) ikamenin açıldığı anda⁵³ hayatta olmalı, en azından cenin durumunda olmalıdır. Bu durumda cenin, sağ doğmak şartı ile MK m. 583 çerçevesinde art mirasçı sıfatıyla mirası kazanabilecektir⁵⁴. Buna karşılık, ikamenin açıldığı anda art mirasçı henüz ana rahmine düşmemişse, kurucu ikame ortadan kalkar. MK m. 522 f. 3'e göre, "*Mirasın art mirasçıya geçmesine herhangi bir sebeple olanak kalmadığı anda miras, ön mirasçıya; ön mirasçı ölmüşse onun mirasçılarına kesin olarak geçer.*" Bu sebeple, bu durumda miras ön mirasçıda kalır veya o ölmüşse onun mirasçılarına intikal eder⁵⁵. Belirtmek gerekir ki, vasiyetçinin mirasçı atadığı veya lehine mal vasiyet ettiği kişi, vasiyetçinin öldüğü anda ana rahmine düşmüş bulunuyorsa, kurucu ikameye gerek yoktur. Zira bu durumda, cenin tam ve sağ doğmak şartı ile

⁵¹ Kohler-Vaudaux, s. 244.

⁵² İmre/Erman, s. 145; Hatemi, Miras Hukuku, s. 98, 122.

⁵³ Kurucu (fevkalade) ikamenin açıldığı an MK m. 522'de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, mirasbırakan ölüme bağlı tasarrufla mirasın art mirasçıya geçiş anı bakımından başka türlü bir düzenleme getirmiş olmadıkça, miras ön mirasçının ölümüyle art mirasçıya geçecektir. Ancak mirasbırakan kurucu (fevkalade) ikamenin açılması, yani mirasın art mirasçıya geçişi için ön mirasçının ölümünden başka bir anı tayin etmiş de olabilir. Bu konuda bkz. İmre/Erman, s. 151.

⁵⁴ Kohler-Vaudaux, s. 243; İmre/Erman, s. 152.

⁵⁵ İmre/Erman, s. 152.

hak ehliyetine kavuşacağından, zaten MK m. 582 f. 1 hükmü gereği doğrudan mirasçı olacaktır⁵⁶.

B. CENİNİN BORÇLAR HUKUKU ALANINDA SAHİP OLDUĞU MALVARLIĞI HAKLARI

1. Sözleşmeden Doğan Alacak Hakları

Cenin henüz dünyaya sağ olarak gelmeden kanunî temsil yoluyla bir sözleşmenin tarafı olup olamayacağı tartışmalıdır. Ceninin hak ehliyetinin bozucu şarta bağlı olduğunu kabul eden bazı yazarlara göre⁵⁷, cenin ana rahmine düştüğü andan itibaren sözleşme yapma ehliyetine sahiptir ve kanunî temsilcisi onun adına sözleşme akdedebilir. Bu görüşe göre, cenin ölü doğduğu takdirde sözleşme başlangıçtan itibaren hükümsüz kalır. Ancak bu görüş hukukî işlem güvenliğini tehlikeye atacak niteliktedir. Sözleşmenin karşı tarafı sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli olduğu inancıyla bazı tasarruflarda bulunacak, ancak cenin ölü doğduğu takdirde bu tasarruflar geçersiz hale gelecektir. Kanaatimizce cenin hak ehliyetini sağ doğum geciktirici şartına bağlı olarak elde edeceğinden, doğumundan önce kanunî temsil yoluyla bir sözleşmeye taraf olamaz. Ancak bu durum ceninin hiçbir biçimde sözleşmeden kaynaklanan bir hak elde edemeyeceği anlamına gelmez. Cenin tarafı olmadığı bir sözleşmenin lehdarı olabileceği gibi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmede sözleşmenin koruma alanına giren kişi de olabilir. İşte bu durumlarda ceninin sağ doğmak şartıyla sözleşmeden doğan bir alacak hakkına sahip olması mümkündür.

a) Ceninin Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmenin Lehdarı Olması

Cenin, üçüncü kişi yararına yapılan bir sözleşmede (BK m. 111) lehdar olabilir⁵⁸. Ceninin tam ve sağ doğum şartı gerçekleşmeden önce

⁵⁶ İmre/Erman, s. 146.

⁵⁷ Kohler-Vaudaux, s. 246.

⁵⁸ Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 552; Kohler-Vaudaux, s. 246; Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1304; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19; Aydın, s. 45. Yarg. 4. HD. 3.2.1959, E. 3273, K. 1565: "(...) Borçlar Kanunu'nun 111'nci maddesi uyarınca

sözleşme ehliyetinin bulunmaması buna engel değildir. Zira üçüncü kişi yararına sözleşmede lehdar, sözleşmeye taraf değildir⁵⁹. Henüz doğmamış bir çocuk yararına akdedilen sözleşmelerin hüküm ve sonuç doğurması, çocuğun sağ doğması geciktirici şartına bağlıdır⁶⁰. Çocuk ancak sağ doğduğu takdirde bu sözleşmeden doğan talep hakkını sözleşmenin borçlusuna karşı ileri sürebilir. Örneğin, cenin lehine hayat veya kaza sigortası sözleşmesi akdedilebilir⁶¹. Bu durumda borçlu (sigortacı), tehlike, yani kaza veya ölüm gerçekleştiğinde, sigorta tazminatını sağ doğumu halinde cenine ödemeyi üstlenmiş olur⁶². Çocuk sağ doğduğu takdirde, tehlike gerçekleştiğinde, tazminatın kendisine ödenmesini sigortacıdan talep edebilir⁶³.

b) Ceninin Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Çerçevesinde Sözleşmeden Doğan Bir Talep Hakkının Bulunup Bulunmadığı Meselesi

Ceninin anne babasının hekimle kurduğu sözleşmenin⁶⁴ cenini koruyucu etkili bir sözleşme⁶⁵ olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe⁶⁶ göre, ana rahmindeki cenin annenin bir parçası sayıldığı için, ana babasının hekim ile kurduğu sözleşmenin koruma alanına dâhil kabul edilemez. Buna karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, ceninin ana babası ile hekim arasında akdedilen hekimlik sözleşmesi üçüncü kişi konumundaki cenini koruyucu etkili bir sözleşmedir. Zira hekimin bu

başkası lehine yapılan akitle, ana rahmindeki bir çocuğa (...) bir takım haklar ve menfaatler sağlanabilir.” (Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 202 dn. 33’den naklen).

⁵⁹ Oğuzman/Öz, s. 828; Eren, s. 1095.

⁶⁰ Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 523.

⁶¹ Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 55; Aydın, s. 46.

⁶² Eren, s. 1096.

⁶³ Aydın, s. 46.

⁶⁴ Hekimin akdettiği tedavi sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 44; Aydın, s. 101.

⁶⁵ Üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme kavramı hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s.824-825.

⁶⁶ Büyüksağış, N 868. Bu görüşe yöneltilen eleştiri için bkz. Aydın, s. 112 dn. 239. Kanaatimizce, burada dikkat edilmesi gereken nokta, ceninin ananın bir parçası sayılmasının doğum gerçekleşene kadarki durum olduğudur. Bir kere sağ doğum gerçekleştiğinde cenin geçmişe etkili olarak hak ehliyeti kazanacağından, onun doğumundan önce akdedilen bir sözleşmeden hak elde etmesi mümkündür.

sözleşme çerçevesinde borçlandığı edimin tehlikeleri sözleşmenin karşı tarafı olan gebe kadını etkilediği kadar, bu sözleşmeye taraf olmayan cenini de etkilemekte; bu itibarla, bu sözleşmenin koruma alanına ceninin sağlığı da girmektedir⁶⁷.

Bu çerçevede, cenin ana karnındayken hekimin kusurlu tıbbî müdahalesi sonucunda zarar görmüşse, doğduktan sonra, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde hekimden sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlere göre tazminat talep edebilir⁶⁸. Keza hekim ceninde ana rahminde tedavi edilebilecek bir hastalığı özen yükümüne aykırı davranarak teşhis edememişse, bu durumda da doğan çocuk üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde hekimden sözleşme sorumluluğu esasına göre tazminat talep edebilir⁶⁹.

2. Haksız Fiilden Doğan Alacak Hakları

Cenin, doğumundan önce gerçekleşen bir haksız fiil sebebiyle maddî veya manevî bir zarara uğramışsa, bu zararın tazminini sağ doğmak

⁶⁷ Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 157; Aydın, s. 112.

⁶⁸ Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 157.

⁶⁹ Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 157. Hastalığın tedavi edilebilir nitelikte olup, olmamasına göre bir ayırım yapmadan sonuç olarak bu görüşte, Aydın, s. 113. Yargıtay hekimin çocuktaki anomaliyi özen eksikliği sebebiyle tespit edememiş olması durumunda, çocuk lehine sözleşmenin ihlâli sebebiyle tazminata hükmetmektedir. Örneğin bkz. Yarg. HGK, 11.12.2002, E. 13-1011, K. 1047: “davacı E. ile davalılar arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin vekâlet görevini ifade özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalı bulunmakla, uyuşmazlığa vekâlet hükümleri uygulanmalı (...) Davacı E. 'nin eşi ve çocuğu durumundaki diğer iki davacının iddia ve talepleri yine bu ilişkiye dayalı olduğundan, tümüne aynı hükümlerin uygulanması gerekeceği de açıktır. (...) davalı vekillerin özen borcuna aykırı davranışlarının doğurduğu zararın, davacı küçük A. 'nın doğumu anında bütün unsurları ile ortaya çıkmış bulunduğu kabulü gerekmektedir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay, bu kararında, anomalili doğan çocuğu, hatalı olarak, ana ile hekim arasındaki vekâlet sözleşmenin tarafı gibi değerlendirmiştir. Sonuç itibarıyla çocuğa vekâlet sözleşmesinden doğan özen borcuna aykırılık sebebiyle tazminat ödenmesine hükmetmiştir. Oysa burada üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşme bulunup bulunmadığı incelenmeliydi. Bu yöndeki eleştiri için bkz. Aydın, s. 113. Ayrıca bu kararda hastalığın zamanında teşhis edilseydi ana karnında tedavi edilebilir olup olmadığı da incelenmemiştir.

şartıyla haksız fiil failinden talep edebilir⁷⁰. Bu tazminat davalarını sağ doğan çocuk adına kanunî temsilcisi açar⁷¹.

a) Ceninin Uğradığı Bedensel (Cismanî) Zarar Sebebiyle Tazminat Talep Etmesi

Cenin, MK m. 28 f. 2 hükmü gereği, sağ doğumla hak ehliyetini geçmişe etkili olarak kazandığı için, cenine karşı işlenen haksız fiiller, sağ doğum şartı gerçekleştiğinde bir kişiye karşı işlenmiş kabul edilmektedir⁷². Bu itibarla cenin ana rahminde iken dış müdahale sebebiyle bedensel zarara uğrarsa, sağ doğduğu takdirde tazminat talep etme hakkına sahiptir⁷³. Örneğin, cenin, annenin gebeyken geçirdiği trafik kazası sebebiyle bedensel zarara uğramış olarak dünyaya gelirse, doğduktan sonra, kazaya kusuru ile sebep olan kişiden haksız fiil hükümlerine (BK m. 41 vd.) göre tazminat talep edebilir⁷⁴. Öte yandan, cenin, ana rahmindeyken hekimin kusurlu tıbbî müdahalede bulunması sebebiyle bedensel zarara uğrarsa, doğduktan sonra, yukarıda değindiğimiz gibi üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde sözleşmenin ihlâlî hükümlerine dayanarak hekimden tazminat talep edebileceği gibi⁷⁵, hekimden haksız fiile dayalı olarak tazminat talep etmeyi de yeğleyebilir⁷⁶. Bedensel zarar sıklıkla fiziksel ve/veya zihinsel olarak özürlü (sakat) doğum biçiminde karşımıza çıkar. Ancak örneğin sezaryenle doğum sırasında neşterin çocuğun yüzüne değerek kalıcı iz bırakması biçiminde meydana gelen zarar da bedensel zarardır.

⁷⁰ *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Aydın*, s. 16.

⁷¹ *Özsunay*, Embryo and Foetus, s. 1364; *Tekinay*, s. 208.

⁷² *Tekinay*, s. 208.

⁷³ *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 549-550; *Özsunay*, Embryo and Foetus, s. 1364; *Dural/Öğüz*, s. 20; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Arpacı*, s. 8.

⁷⁴ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Serozan*, s. 91.

⁷⁵ Bkz. yukarıda II.B.1.b.

⁷⁶ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Şenocak*, Özürlü Çocuk, s. 157; *Aydın*, s. 60, 91; *Büyüksağış*, N 805.

Hekim, cenine ana karnında tıbbî bir müdahalede bulunmamış, ancak ceninin gelişimindeki anomaliyi tespit edip, ana babasına bu konuda bilgi vermediği için çocuk özürlü olarak dünyaya gelmişse, çocuğun doğduktan sonra hekime haksız fiil sorumluluğu temelinde başvurmasının mümkün olup olmadığı meselesi üzerinde de durulmalıdır. Burada şöyle bir ayırım yapılmaktadır. Şayet hekim ana rahmindeki ceninin gelişimindeki anomaliyi zamanında tespit etseydi cenine ana rahminde tıbbî müdahalede bulunularak ceninin özürlü doğması engellenebilecek idiyse, çocuk, yukarıda değindiğimiz üzere üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde sözleşmenin ihlâli hükümlerine dayanarak hekimden tazminat talep edebileceği gibi⁷⁷, bunun yerine haksız fiil hükümlerine (BK m. 41 vd.) dayanarak da hekimden tazminat talep edebilir. Zira burada hekimin hareketsiz kalmak biçiminde işlediği hukuka aykırı davranış çocuğun özürlü olmasına sebep olmuştur⁷⁸. Buna karşılık, hekim gerekli özeni göstererek zamanında anomaliyi teşhis etseydi dahi çocuğun özürlü olarak doğmasının önüne geçilmesi mümkün değilse, özürlü doğan çocuk hekimi haksız fiil temelinde sorumlu tutamaz. Zira çocuğun özürlü olarak doğması çocuk bakımından bir zarar olarak nitelendirilemediğinden, bu durumda hekimin özen yükümüne aykırı davranışı bir zarara sebep olmuş değildir⁷⁹.

Cenin sağ doğduktan sonra, doğumundan önce bedensel zarara uğramasına (örneğin, özürlü doğmasına) sebep olan haksız fiil failinden maddî zararının tazminini talep edebilir (BK m. 46 f. 1)⁸⁰. Çocuğun erginliğine kadar bakımına, eğitimine ve korunmasına ilişkin giderleri karşılama yükümlülüğü ana ve babasına ait olduğu için (MK m. 327 f. 1),

⁷⁷ Bkz. yukarıda Bkz. yukarıda II. B.1.b.

⁷⁸ Aydın, s. 92.

⁷⁹ Aydın, s. 92. Burada hekim, cenin ana rahmindeyken yaptığı kontrollerde teşhis koyamayarak ananın gebeliğini sona erdirmeye imkânını kullanamamasına ve özürlü çocuğun doğumuna sebep olmuştur. Ancak çocuktaki anomaliye hekimin bir davranışı sebep olmamıştır. Özürlü çocuğun var olmama konusunda bir kişilik hakkı bulunmadığı için, özürlü çocuk, doğumu sebebiyle hekimden haksız fiile dayalı olarak tazminat talep edemez. Şenocak, Özürlü Çocuk, s. 158.

⁸⁰ Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1364, 1373; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 75; Aydın, s. 60.

erginliğe kadar çocuğun bakımı, eğitimi, korunması için sağlıklı bir çocuğa nazaran fazladan yapılan masrafları çocuk değil, ana ve baba haksız fiil failinden talep edebilir⁸¹. Buna karşılık, çocuk, erginliğinden sonra bakımı ve tedavisi için gerekli olan masrafların, uğradığı bedensel zarar sebebiyle çalışma gücü tamamen veya kısmen kaybolmuşsa, bundan kaynaklanan kazanç kaybının tazminini haksız fiil failinden talep edebilir (BK m. 46 f. 1)⁸². Cenin sağ doğduktan sonra, doğumundan önce bedensel zarara uğramasına sebep olan haksız fiil failinden, duyduğu acı ve üzüntü sebebiyle manevî tazminat da talep edebilir (BK m. 47)⁸³.

b) Ceninin Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Talep Etmesi

Cenine gelecekte bakacak, onun geçimini sağlayacak, yani ona destek⁸⁴ olacak kişi, ceninin doğumundan önce bir haksız fiil neticesinde ölmüş olabilir. Bu durumda çocuk, sağ doğduğu takdirde, gelecekteki desteğini yitirdiği için, haksız fiilden sorumlu olan kişiden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilecektir (BK m. 45 f. 2)⁸⁵.

Cenin için destek, onun ana ve babasıdır⁸⁶. Zira sağ doğacak çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderleri karşılamak ana ve babanın görevidir (MK m. 327 f. 1). Cenin ana rahmindeyken babası örneğin, bir cinayet veya bir trafik kazası sonucunda ölebilir. Bu durumda cenin, doğduktan sonra, koşulları gerçekleşmişse, haksız fiil

⁸¹ Aydın, s. 60-61.

⁸² Aydın, s. 61.

⁸³ Özsunay, Embryo and Foetus, s. 1364, 1373; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 77; Aydın, s. 60.

⁸⁴ Destek kavramı hakkında bkz. Oğuzman/Öz, s. 565; Eren, s. 721 vd.

⁸⁵ Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 523; Tekinay, s. 208-209; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 201; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 18. Yarg. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: “Olayımızda destek olan baba 7.9.1980 tarihinde ölmüş davacı Belgizar 25.12.1980 günü doğmuştur. Babanın ölüm gününde davacının kişiliği henüz gerçekleşmemiş, cenin halindedir. Sağ ve tam doğum koşulu ile medeni haklardan yaralanacağı, desteğin yitirilmesi nedeniyle maddi ve manevi tazminat isteyebileceği benimsendiğine göre bu hakkı kullanma zamanının başlangıcının sağ ve tam doğumun gerçekleştiği 25.12.1980 gününü kabul etmek gerekir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁸⁶ Aydın, s. 40.

failinden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir. Bazı durumlarda, gebe olan kadının beyin ölümü gerçekleştiği halde, tıbbî destekle ceninin doğumu sağlanabilmektedir⁸⁷. Böyle bir durumda da ana bir haksız fiil sonucunda ölmüşse, çocuk sağ doğmak şartıyla, haksız fiili işleyen kişiden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmelidir.

Destekten yoksun kalma tazminatının tutarı, ölen kişinin çocuğa sağlayabileceği desteğin muhtemel miktarı kadar olacaktır⁸⁸. Bu tutar hesaplanırken, çocuğun bakım ihtiyacının ne kadar süre devam edeceği, yaşasaydı çocuğa destek olacak olan ana veya babanın kazancının ne kadar olduğu ve çocuğa desteği ne kadar süre devam ettirebilecek olduğu gibi unsurlar göz önünde tutulacaktır⁸⁹.

c) Ceninin Bir Yakının Haksız Fiil Sonucu Ölmüş Olması Sebebiyle Tazminat Talep Etmesi

Ceninin ailesinden biri onun doğumundan önce haksız fiil sonucunda ölmüşse, cenin, doğduktan sonra haksız fiil failinden BK m. 47 uyarınca manevî tazminat talep edebilir⁹⁰. Zira aile fertlerinden birinin

⁸⁷ *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 520; *Mannsdorfer*, Schädigung, s. 63-65; *Serozan/Engin*, s. 87.

⁸⁸ *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 523.

⁸⁹ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop*, s. 635 vd.; *Oğuzman/Öz*, s. 568 vd.; *Eren*, s. 725 vd.; *Aydın*, s. 43.

⁹⁰ *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 201; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 18; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop*, s. 661. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. 11. HD, 5.4.2010, E. 12224, K. 3776: “Mahkemece (...) Ankara Asliye 6. Ticaret Mahkemesinin maddi ve manevi tazminata ilişkin kesinleşen ilamıyla davalının % 20 oranındaki kusurunun kesinleştiği ve kaza tarihi itibarıyla anne karında olan davacıardan kardeş Hakan B.'ın TMK'nun 28. maddesi uyarınca hak ehliyetinin mevcut bulunduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne (...) karar verilmiştir. (...)Kararı, taraf vekilleri temiz etmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yon bulunmamasına (...) göre, taraf vekillerinin tüm temiz itirazları yerinde değildir.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yarg. 4. HD, 12.10.1983, E. 7784, K. 8331: “Dava trafik kazasından doğma manevi tazminat isteğidir. (...) Ancak kardeşlerden Muhsine, Ramazan, Tokman ve Saime'nin yaşlarının küçük olmaları nedeni ile bir acı duymayacakları benimsenip onların isteklerinin reddine karar verilmiştir. Oysa manevî tazminat yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim

(örneğin, ceninin babasının veya kardeşinin) ceninin doğumundan önce ölmesi, onun doğduktan sonra ailenin ölen bireyi olmadan büyümesine ve bu sebeple acı ve üzüntü duymasına, yani manevî zarara uğramasına sebep olacaktır⁹¹. Durumun özelliğinin manevî tazminatı gerektirip gerektirmediğine hâkim karar verir (BK m. 47).

III. CENİNİN MALVARLIĞI MENFAATLERİNİN KORUNMASINA YÖNELİK TEDBİRLER

Kanun koyucu ceninin malvarlığı menfaatlerini korumaya yönelik bazı özel tedbirler öngörmüştür. Burada iki mesele üzerinde durmak gerekir. Bunlardan biri cenine kayyım atanması, diğeri ise mirasçılar arasında cenin varsa mirasın paylaşımının ceninin doğumuna kadar ertelenmesidir.

a) Cenine Kayyım Atanması

Ceninin hak ehliyetinin tam ve sağ doğum geciktirici şartına bağlı olduğunu ve ceninin bu şart gerçekleşene kadar kişiliğe sahip olmadığını kabul ettiğimizden, cenin henüz doğmadan onun için kanunî temsilci tâyin edilmesi kural olarak söz konusu olmaz⁹². Ancak bu durumun kanundan doğan bazı istisnaları vardır. Bu istisnalardan biri, evlilik dışında ana rahmine düşen ceninin baba ile arasında soybağının kurulmasına yönelik

bu gibi olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Gerçekten küçük davacılar yaşları itibarıyla olay günü acı çekme durumunda olmasalar bile ileride büyüdükleri zaman kardeşleri Cevahir'in bu şekilde kaybindan ötürü bir ızdırap duyacakları muhakkaktır.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 661. Ölenin ailesi, ölen aile bireyine karşı işlenen haksız fiilden yansıma yoluyla manevî zarara uğramaktadır. Oğuzman/Öz, s. 699.

⁹² Özsunay, Gerçek Kişiler, s. 20; Dural/Öğüz, s. 19; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 204; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 19; Arpacı, s. 8; Aydın, s. 19. Yarg. 4. HD, 23.10.1984, E. 1983/6447, K. 1984/2849: “Kişilik sağlam ve tam doğumla başladığına göre, yasanın özel biçimde düzenlediği ayrık hal (MK. nun 298, 377/3. maddesi uyarınca kayyım atanması ve babalık davasının açılması) dışında, ceninine, bu evrede dava hakkı tanınması, kanunî (veli) veya kazaî (vasi) temsilci aracılığı ile bu hakkın kullandırılması mümkün değildir (...) Cenin halinde velayet hakkı kullanılmayacağı, vasi atanamayacağına göre dava hakkının kullanılmasından da söz edilemez.” (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

olarak babalık davası açmak üzere cenine bir kayyım atanmasıdır (MK m. 301 f. 3; MK m. 303 f. 2). Buna göre, evlilik dışında ana rahmine düşen cenin için babalık davası açmak üzere, onun doğumundan önce, ananın talebi ile hâkim cenine kayyım atayabilecektir⁹³. Cenin adına kayyımın babalık davası açabilmesi imkânı, ceninin kişilik haklarının korunması yanında, malvarlığı haklarının korunmasına da hizmet eder⁹⁴. Zira babaya soybağıyla bağlanmanın, mirasçılık gibi malvarlığına ilişkin sonuçları da vardır.

Cenine kayyım atanabilecek diğer bir durum ise MK m. 427 b. 3'te düzenlenmiştir. Buna göre, mirasçılar arasında cenin bulunup da ceninin menfaatleri gerekli kıldığı takdirde, vesayet makamı cenine yönetim kayyımı atayabilecektir⁹⁵. Esas olan ceninin menfaatlerinin ana babası tarafından korunması olduğundan, ancak ana baba ceninin menfaatlerini koruyabilecek durumda değilse veya korumuyorsa kayyım tâyini yoluna gidilecektir⁹⁶. Kayyım burada ceninin terekeye ilişkin menfaatlerinin korunması ile görevli olduğuna göre, yalnız terekenin yönetimi ve korunması için gereken işleri yapabilecektir (MK m. 460 f. 1). Bunun haricindeki işleri yapmak için vesayet makamının izni gerekir (MK m. 460 f. 2)⁹⁷.

b) Mirasın Paylaşılmasının Ertelenmesi

Mirasbırakanın birden çok mirasçısının bulunması durumunda, mirasın mirasçılara geçmesinden paylaşılmasına kadar, mirasçılar arasında terekedeki tüm hak ve borçları kapsayan bir elbirliği ortaklığı meydana gelmektedir (MK m. 640 f. 1 ve f. 2). MK m. 642 f. 1'e göre, "Mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı

⁹³ *Helvacı*, s. 7 dn. 26; *Gümüş*, s. 161; *Özsunay*, Gerçek Kişiler, s. 20; *Dural/Öğüz*, s. 19; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 204; *Aydın*, s. 19.

⁹⁴ *Aydın*, s. 20.

⁹⁵ *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 19; *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 204.

⁹⁶ *Deschenaux/Steinauer*, N 1111; *Kohler-Vaudaux*, s. 236; *Mannsdorfer*, Embryo and Fetus, s. 540; *Dural/Öğüz/Gümüş*, s. 430; *İmre/Erman*, s. 452.

⁹⁷ *Kohler-Vaudaux*, s. 236; *Dural/Öğüz/Gümüş*, s. 433.

sürdürmekle yükümlü olmadıkça, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir.” O halde paylaşma sözleşme veya kanun gereği ertelenebilir.

Mirasın paylaşılmasının kanun hükmü gereği ertelendiği durumlardan biri de mirasçılar arasında cenin bulunmasıdır⁹⁸. MK m. 643 f. 1’e göre “Mirasın açıldığı tarihte, mirasçı olabilecek bir cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir.” Bu hüküm emredici niteliktedir⁹⁹. Mirasçılar arasında cenin bulunduğu halde, ceninin doğumu beklenmeden miras paylaşılmışsa, bu paylaşma hükümsüz olduğundan, cenin tam ve sağ doğduğu takdirde tekrar paylaşma talep edilebilir¹⁰⁰.

Mirasın ertelenmesine sebep olan cenin, kanunî veya iradî mirasçı olabilir¹⁰¹. Mirasın paylaşılmasının ertelenmesine sebep olacak cenin kanunî mirasçı olduğu takdirde, onun mirasbırakanın çocuğu olması şart değildir¹⁰². Ertelemeye sebep olan cenin, mirasbırakanın kendisinden önce ölen kanunî mirasçılarında birinin alt soyu da olabilir. Örneğin, mirasbırakanın oğlu mirasbırakandan önce ve eşi hamileyken ölmüş olup,

⁹⁸ Guinand/Stettler/Leuba, s. 262; Kılıçoğlu, s. 312; İnan/Ertaş/Albaş, s. 559.

⁹⁹ Mannsdorfer, Embryo and Fetus, s. 530; Dural/Öz, s. 470 dn. 179. Aksi görüşte: Piotet, s. 63; BK-Tuor/Picenoni, Art. 605, N 2; ZK-Escher/Escher, Art. 605, N 2; Kohler-Vaudaux, s. 237. Aksi görüşteki bu yazarlara göre, mirasçılar arasında cenin bulunuyorsa mirasın paylaşılmasının ceninin doğumuna kadar erteleneceği hükmü, düzenleyici bir hükümdür. Bu itibarla, ceninin kanunî temsilcisi dâhil tüm ilgililerin onay vermesi halinde paylaşma ceninin doğumu beklenmeden de yapılabilir. Kanaatimizce, bu son görüş isabetli değildir. Zira MK m. 643 f. 1’de “*cenin varsa paylaşma doğuma kadar ertelenir.*” hükmünü getiren kanun koyucu, mirasın paylaşılmasından önce kimlerin mirasçı olacağını kesin olarak tespit edilmesini amaçlamıştır. Çocuk, sağ doğarsa mirasçı olacaktır; ölü doğarsa, olmayacaktır. Bu durum ancak doğum gerçekleştiğinde belli olacağına göre, kanaatimizce, kimlerin mirasçı olacağını kesin olarak belli olmadığı bir dönemde mirasın paylaşılması bu hükmün amacına aykırıdır. Bu itibarla, MK m. 643 f. 1 hükmü emredici niteliktedir. Bir kanun hükmünün emredici nitelikte olup olmadığının özellikle hükmün amacı araştırılarak tespit edilebileceği konusunda bkz. Oğuzman/Barlas, s. 78.

¹⁰⁰ İmre/Erman, s.452; Dural/Öz, s. 471; Aydın, s. 38. Ceninin kanunî temsilcisinin onayı alınmadan paylaşım yapılmışsa, cenin tam ve sağ doğduğu takdirde paylaşma itiraz edilebileceği görüşünde, BK-Tuor/Picenoni, Art. 605, N 2; Kohler-Vaudaux, s. 238.

¹⁰¹ Aral, s. 66; İmre/Erman, s. 452.

¹⁰² Aral, s. 66; İmre/Erman, s.452.

mirasbırakan öldüğünde bu hamilelik devam ediyorsa, paylaşma bu ceninin doğumuna kadar ertelenir¹⁰³.

Mirasın paylaşılmasının ertelenmesi için, miras açıldığı anda ana rahminde bulunan bir ceninin varlığı şart mıdır, yoksa mirasçı olabilecek tüpte döllenmiş bir embriyonun varlığı da erteleme için yeterli midir? Bir görüşe¹⁰⁴ göre, paylaşmanın ertelenmesi için mirasbırakanın ölümü anında ceninin ana rahmine düşmüş olması şarttır. Buna karşılık diğer bir görüşe¹⁰⁵ göre, mirasbırakanın ölümü anında ana rahminde bulunmayan, yumurtanın spermle tüpte döllendirilmesi ile oluşmuş mirasçı olabilecek bir embriyo varsa, bu takdirde de mirasın paylaşılması ceninin doğumuna kadar ertelenir. Kanaatimizce, mirasın paylaşılması için her durumda dondurulmuş embriyonun doğumunun beklenmesi şart koşulamaz. Zira embriyo dondurulduğu takdirde, bunun ne zaman ana rahmine yerleştirileceği veya yerleştirilip yerleştirilmeyeceği belirsizdir. Tüpte döllendirilmiş ve dondurulmuş embriyo çok uzun bir zaman sonra ana rahmine yerleştirilebileceği gibi, hiç yerleştirilmeyebilir de. Bu sebeple, mirasın paylaşımına başlamaya ancak tüpte döllenmeyle oluşturulan embriyonun mirasın açıldığı anda ana rahminde bulunuyor olması engel olmalıdır. Bununla birlikte, mirasın paylaşımı tamamlanıncaya kadar dondurulmuş embriyo ana rahmine yerleştirildiği takdirde, paylaşımın tamamlanması ceninin doğumu gerçekleşinceye kadar ertelenmelidir (MK m. 643'e kıyasen). Acaba dondurulmuş embriyo ana rahmine mirasın paylaşımı tamamlandıktan sonra yerleştirilmişse durum ne olacaktır? Tüpte döllenmiş embriyonun ana rahmine yerleştirilip yerleştirilmeyeceğinin belirsiz olması mirasın paylaşılmasını engellememelidir. Ancak bu durum dondurulmuş embriyonun tam ve sağ doğmak kaydıyla döllenme anından itibaren mirasbırakana mirasçı olacağı sonucunu değiştirmez.

¹⁰³ *İmre/Erman*, s. 452; *Dural/Öz*, s. 470; *Aydın*, s. 38.

¹⁰⁴ *İmre/Erman*, s.452.

¹⁰⁵ *Serozan/Engin*, s. 443; *Aydın*, s. 38.

Tüpte döllenmiş embriyo ana rahmine hiç koyulmazsa mirasın paylaşılmış olması soruna yol açmaz. Buna karşılık, ister paylaşma tamamlanmadan embriyo ana rahmine yerleştirilmiş ancak buna rağmen doğum beklenmeyip paylaşma tamamlanmış olsun, ister paylaşma tamamlandıktan sonra embriyo ana rahmine yerleştirilip sağ doğum gerçekleşmiş olsun, dondurulmuş embriyo sağ doğduğunda mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kazanacağından, mirasın paylaşımı hükümsüz kalacaktır¹⁰⁶. Tüpte döllen embriyonun tam ve sağ doğumundan önce miras paylaşımı tamamlanmışsa, cenin doğduğu anda geçmişe etkili olarak mirasçılık sıfatını kazanacağından, onun miras sebebiyle istihkak davası (MK m. 637) açma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir¹⁰⁷. Bu davada hâkim mirasçılık sıfatıyla ilgili uyuşmazlıkları da çözeceğinden (MK m. 637 f. 2) dondurulmuş embriyodan dünyaya gelen çocuğun, tam ve sağ doğum şartı gerçekleştiği için mirasçılık sıfatını kazandığı tespit edilir. Bu çerçevede davacı çocuk kanunî veya atanmış mirasçı olarak terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kişilere karşı mirasçılıktaki üstün hakkını ileri sürebilir. Miras sebebiyle istihkak davasının tâbi olduğu zamanaşımı süresi, davacının kendisinin mirasçı olduğunu ve iyiniyetli davalının terekeyi veya tereke malını elinde bulundurduğunu öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her durumda mirasbırakanın ölümünden veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren on yıldır (MK m. 639 f. 1). İyiniyetli olmayan davalılara karşı zamanaşımı süresi ise yirmi yıldır (MK m. 639 f. 2). Kanaatimizce, henüz paylaşma tamamlanmadan dondurulmuş embriyo ana rahmine yerleştirilmiş, bu durum bilindiği halde doğum beklenmeden paylaşım tamamlanmışsa, diğer mirasçılar kötünietli kabul edilmeli ve davacı çocuk yirmi yıllık uzun zamanaşımından yararlandırılmalıdır. Buna karşılık, embriyo mirasın paylaşılması tamamlandıktan sonra ana rahmine yerleştirilmiş ve sağ doğmuşsa, bu durumda kendilerine karşı miras

¹⁰⁶ Tüpte döllendirilen embriyonun sağ doğmak kaydıyla, döllenme anından itibaren hak ehliyetini kazanacağını kabul ettiğimiz için, babanın ölümünden sonra embriyonun ana rahmine yerleştirilmiş olması onun mirasçı olmasına engel değildir. *Kohler-Vaudaux*, s. 242.

¹⁰⁷ *Kohler-Vaudaux*, s. 242.

sebebiyle istihkak davası açılacak kişiler kural olarak iyiniyetli kabul edilmelidir. Zira miras paylaşıldığı sırada henüz embriyonun ana rahmine yerleştirilip yerleştirilmeyeceği belirsizdir. Belki de hiçbir zaman gerçekleşmeyecek bir durum için miras paylaşımının ertelenmesi mirasçılardan beklenemez.

SONUÇ

Çocuğun hak ehliyetini kazanması, onun tam ve sağ doğması kanunî geciktirici şartına bağlıdır. Çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğunda kazandığı hak ehliyeti, etkilerini onun ana rahmine düştüğü andan itibaren, yani geçmişe etkili olarak doğurur. Ancak MK m. 28 f. 2’de yer alan çocuğun “ana rahmine düştüğü an” ifadesi “döllenme anı”, yani “embriyonun oluştuğu an” olarak anlaşılmalıdır. Böylece döllenme yapay olarak tüpte gerçekleştirildiğinde, çocuk tam ve sağ doğduğu takdirde, hak ehliyetini tüpte döllenme anından itibaren kazanabilecektir.

Cenin hak ehliyetinin kapsamına kişilik hakkı gibi şahıs varlığı haklarının yanında, malvarlığı hakları da girer. Cenin, sağ doğmak kaydıyla, kanunî veya iradî mirasçı olabilir (MK m. 582 f. 1), Cenin, ölüme bağlı tasarruf yoluyla mirasçı olarak atanabileceği gibi, cenine belirli mal da vasiyet edilebilir. Ceninin, sonradan sağ doğmak şartıyla mirası art mirasçı sıfatıyla elde etmesi de mümkündür (MK m. 583).

Cenin, hak ehliyetini sağ doğum geciktirici şartına bağlı olarak elde edeceğinden, doğumundan önce kanunî temsil yoluyla bir sözleşmeye taraf olamaz. Ancak cenin üçüncü kişi yararına yapılan bir sözleşmede (BK m. 111) lehdar konumunda olabilir. Ceninin ana babası ile hekim arasında akdedilen hekimlik sözleşmesi üçüncü kişi konumundaki cenini koruyucu etkili bir sözleşmedir. Bu sebeple, sağ doğan cenin, ana karnındayken hekimin kusurlu tıbbî müdahalesi sonucunda zarar görmüşse veya hekim ceninde bulunan ve ana rahminde tedavi edilebilecek bir hastalığı özen yükümüne aykırı davranarak teşhis

edememişse, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme temelinde hekimden sözleşme sorumluluğu esasına göre tazminat talep edebilir.

Cenin, ana rahminde iken dış müdahale sebebiyle bedensel zarara uğrarsa, sağ doğduğu takdirde haksız fiil failinden maddî tazminat (BK m. 46 f. 1) ve manevî tazminat (BK m. 47) talep edebilir. Hekim ana rahmindeki ceninin gelişimindeki anomaliyi zamanında tespit etseydi cenine ana rahminde tıbbî müdahalede bulunularak onun özürlü doğması engellenebilecek idiyse, özürlü doğan çocuk, hekimden haksız fiil sorumluluğu esasına dayalı olarak tazminat talep edebilir. Cenine ileride destek olacak olan ana veya babası cenin doğmadan önce haksız fiil sonucunda ölmüşse, sağ doğan çocuk, haksız fiili işleyen kişiden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir (BK m. 45 f. 2). Keza ceninin ailesinden biri ceninin doğumundan önce haksız fiil neticesinde ölmüşse, sağ doğan cenin haksız fiil failinden manevî tazminat talep edebilir (BK m. 47).

Evlilik dışında ana rahmine düşen cenin için babalık davası açmak üzere, onun doğumundan önce, ananın talebi ile hâkim cenine kayyım atayabilir. Öte yandan, mirasçılar arasında cenin bulunuyorsa, ceninin menfaatleri gerekli kıldığı takdirde, vesayet makamı cenine yönetim kayyımı atayabilir (MK m. 427 b. 3). Mirasçılar arasında cenin bulunuyorsa, mirasın paylaşımı ceninin doğumuna kadar ertelenir (MK m. 643 f. 1). Sağ doğduğu takdirde mirasçı olabilecek tüpte döllendirilmiş bir embriyonun varlığı, bu embriyo ana rahmine yerleştirilmedikçe, mirasın paylaşımına başlanmasına engel teşkil etmez. Ancak dondurulmuş embriyo mirasın paylaşımı tamamlanmadan önce ana rahmine yerleştirildiği takdirde, paylaşımın tamamlanması ceninin doğumu gerçekleşinceye kadar ertelenmelidir. Tüpte döllendirilen embriyo, mirasın paylaşımı tamamlandıktan sonra sağ doğmuşsa, mirasçılık sıfatını geçmişe etkili olarak kazanacağından, mirasın paylaşımı hükümsüz kalacaktır. Bu durumda, sağ doğan çocuk, kanunî veya atanmış mirasçı

olarak terekeyi veya bazı tereke mallarını elinde bulunduran kişilere karşı miras sebebiyle istihkak davası açabilir.

KAYNAKÇA

Aral, F.: Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.

Akipek, J./Akıntürk, T.: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 6. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

Arpacı, A.: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), Beta Yayınevi, İstanbul 2000.

Aydın, T.: Kişilik Haklarının Doğum Öncesi Korunması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2007.

Bigler-Eggenberger, M.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.) 2. Aufl. Basel 2003, Art. 11. (Kısaltma: BSK- Bigler-Eggenberger).

Bucher, A.: Personnes physiques et protection de la personnalité, 4ème éd., Bâle 1999.

Büyüksağış, E.: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddî Zarar Kavramı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Deschenaux, H./Steinauer, P. H.: Personnes physiques et tutelle, 4. éd., Berne 2001.

Dural, M./Öğüz, T.: Kişiler Hukuku, 10. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, M. A.: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2008.

Dural, M./Öz, T.: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2009.

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, 10. Bası, İstanbul 2009.

- Escher, A./Escher A.:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III, Das Erbrecht, Der Erbgang (Art. 537-640), E. Beck (Hrsg.), Zürich 1960. (Kısaltma: ZK-Escher/Escher)
- Gümüş, M. A.:** Türk Medenî Hukukunda Kayyımlik, İstanbul 2006.
- Hatemi, H.:** Kişiler Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992. (Kısaltma: Hatemi, Kişiler Hukuku)
- Hatemi, H.:** Miras Hukuku, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004. (Kısaltma: Hatemi, Miras Hukuku)
- Hausheer, H/Aebi-Müller, R.:** Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.
- Helvacı, S.:** Gerçek Kişiler, 2. Bası, İstanbul 2007.
- İmre, Z./Erman, H.:** Miras Hukuku, 8. Bası, Der Yayınları, İstanbul 2011.
- Guinand, J./Stettler, M./Leuba, A.:** Droit des successions (art. 457-640 CC), 6. éd., Fribourg 2005.
- İnan, A. N./Ertas, Ő./Albaş, H.:** Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.
- Kılıçoğlu, A.:** Miras Hukuku, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2009.
- Kohler-Vaudaux, M.:** Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître, Zürich 2006.
- Mannsdorfer, T. M.:** "Rights of Embryo and Fetus in Private Law", Rapports suisses présentés au XVIème Congrès international de droit comparé, Zurich 2002, s. 515-554. (Kısaltma: Mannsdorfer, Embryo and Fetus)
- Mannsdorfer, T. M.:** Pränatal Schädigung, Freiburg 2000. (Kısaltma: Mannsdorfer, Schädigung)
- Nomer, H.:** Sunî Döllenme Dolayısıyla Ortaya Çıkabilecek Nesep Problemleri, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 545 vd.
- Oğuzman, K./Barlas, N.:** Medenî Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.
- Oğuzman, K./Selici, Ö./Oktay-Özdemir, S.:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.

Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul 2010.

Özsunay, E.: “Rights of embryo and foetus in private law”, Convergence of legal systems in the 21st century, General Reports delivered at the XVIth International Congress of Comparative Law, Brisbane, Australia, 14-20 July 2002), Extrait, Bruxelles 2006, s. 1275-1413. (Kısaltma: Özsunay, Embryo and Foetus)

Özsunay, E.: “Hayatın Başlangıcı ve Sonuna İlişkin En Önemli Hukuksal Sorunlar”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul 1998, s. 2-58. (Kısaltma: Özsunay, Hayatın Başlangıcı)

Özsunay, E.: Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, İstanbul 1979. (Kısaltma: Özsunay, Gerçek Kişiler)

Piotet, Paul: Droit successoral, Traité de droit privé suisse, Tome IV, Fribourg 1975.

Riemer, H. M.: Personenrecht des ZGB, 2. Aufl., Bern 2002.

Schwander, I.: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II (Art. 457-977 ZGB), Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/ Thomas Geiser (Hrsg.) 2. Aufl. Basel 2003, Art. 544 (Kısaltma: BSK-Schwander)

Sirmen, L.: Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

Serozan, R./Engin, B. İ., Miras Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

Serozan, R.: Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.

Şenocak, Z.: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 (Kısaltma: Şenocak, Hekimin Sorumluluğu)

Şenocak, Z.: İstenmeden Dünyaya Gelen Özürlü Çocuk ve Tazminat (Kısaltma: Şenocak, Özürlü Çocuk)

Tekinay, S.S.: Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.

Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tuor/Picenoni: Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band III: Das Erbrecht. 2. Abteilung: Der Erbgang, Art. 537-640 ZGB, 2. Aufl., Bern 1964 (Kısaltma: BK- Tuor/Picenoni).

Tuor P./Schnyder B./Schmid J./Rumo-Jungo A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich 2002.

Zevkliler, A./Acabey, B./Gökyayla, E.: Medenî Hukuk, 6. Bası, Seçkin Kitabevi, Ankara 2000.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel/article
Aufl.	: Auflage
Bd.	: Band
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	: Borçlar Kanunu
BK-	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CR-	: Commentaire romand
dn.	: dip notu
éd.	: édition/éditeur
E.	: Esas
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İMK	: İsviçre Medenî Kanunu
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar/Kanunu
m.	: madde
N	: numara
MK	: Medenî Kanun
:	: sayfa
:	: sayı
vd.	: ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	:SchweizerischesZivilgesetzbuc

