

**BOŞANMA NEDENİYLE VELAYETİ ANNEYE VERİLEN
ÇOCUĞUN SOYADI**

***LAST NAME OF THE CHILD GIVEN TO THE MOTHER OF
PARENTAL RESPONSIBILITY DUE TO DIVORCE***

Dr. Ali DEMİRBAŞ*

ÖZ

Evlilik içinde doğan çocuk yasa gereği ailenin yani babanın soyadını alır. Evlilik dışında doğan çocuk ise, kural olarak annenin soyadını taşır. Ancak, tanıma veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan evlilik dışı çocuk, babanın soyadını alır.

Evlilik ilişkisi boşanma veya iptal ile sona ermiş ise çocuk, velayet hakkına sahip olan annenin soyadını alabilecektir. Son zamana dek Yargıtay bu soruya olumsuz cevap vermiştir. Anayasa Mahkemesi ise bireysel başvuru üzerine verdiği kararlarda aile hayatına müdahale edildiği gerekçesi ile soruya olumlu cevap vermektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarını takiben Yargıtay da görüş değiştirmiş, bu yöndeki taleplere olumlu cevap verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Çalışmada, boşanma halinde çocuğun, velayet hakkına sahip olan annenin soyadını alabilmesi ele alınmıştır. Çalışmanın giriş bölümünde genel olarak adın kazanılması ele alınmış, ele alınan konunun çerçevesi çizilmiştir. Çalışmanın takip eden bölümlerinde sırasıyla Yargıtay'ın konuya yaklaşımı ve bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar incelenmiş, yargı kararlarının değerlendirilme-

Makalenin Geliş Tarihi : 24/01/2019

Makalenin Kabul Tarihi : 04/07/2019

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi,
e-mail: ali.demirbas@ihu.edu.tr

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8143-8036>

si yapılmış, çözüm arayışlarını takiben sonuç bölümü ile birlikte çalışma tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Soyadı, Annenin Soyadı, Çocuğun Soyadı, Boşanma, Çocuk ve Soyadı

ABSTRACT

The child born in marriage takes the surname of the family, the father's surname. As a rule, the child born out of marriage carries the last name of the mother. However, a child born out of marriage who has been recognized as a parent by recognition or a decision of fatherhood receives the surname of the father.

If the marriage ends with a divorce or cancellation decision, will the child be able to carry the last name of the mother who has the right of parental responsibility? Until recently, the Supreme Court of Appeals has responded negatively to this question. The Constitutional Court responds positively to the question with the reason that it intervened in the family life in the events coming in front of it through individual application. Following the judgements of the Constitutional Court, the Supreme Court of Appeals changed their views and reached the outcome of a positive response to these requests.

In the study, it was discussed that the child could get the last name of the mother who has the right of parental responsibility in case of divorce. In the introduction part of the work, the acquisition of the name in general is handled, and the frame of the subject discussed in the study is drawn. In the following sections of the work, the approach of the Supreme Court of Appeals to the subject and the decisions of the Constitutional Court on the individual application were examined, the judicial decisions were evaluated and the study was completed together with the conclusion section following the search for solutions.

Keywords: Surname, Surname of the Mother, Surname of the Child, Divorce, Child and Surname

GİRİŞ

Kişilik hakları arasında yer alan adlardan özd ad ile soyadı, kullanılması zorunlu olan resmi/yasal¹ adlardır (SK² m. 1; SN³ m. 1). Özd ad; kişileri, özellikle aynı aileye mensup olan fertleri ayırt etmeye yarar⁴. Soyadı ise, nesilden nesile intikalle bir soya/aileye bağlılığı ifade ile farklı ailelere mensup olan fertleri ayırt etmeye yarar⁵.

Çocuğun özadını, üç adı geçmemek ve kısaltma barındırmamak kaydıyla (7039 sayılı Kanun⁶ m. 5 ile değişik NHK⁷ m. 15 V), velayet

- 1 BSK ZGB I- Bühler in Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 5. Auflage, Basel 2014, Art. 270-270b ZGB N 1, 5; Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016, N 699 [BGE 120 III 60 ff. (61), E. 2a].
- 2 21.6.1934 tarih ve 2525 sayılı “Soyadı Kanunu” (RG 2.7.1934, Sayı: 2741).
- 3 24.12.1934 tarih ve 2/1759 nolu Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca yürürlüğe konulan “Soyadı Nizamnamesi” (RG 27.12.1934, Sayı: 2891).
- 4 BSK ZGB I- Bühler, Art. 270-270b ZGB N 5; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 700, 714; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2014, s.106-107; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2014, n.828-829, 832; Özen, Burak: “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, (MÜHF – HAD, 2010/3-4, s.171-194), s.173; Özdemir, Hayrunnisa: “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, (AÜHFD, 2008/3, s.561-598), s. 564.
- 5 Hürlimann-Kaup/Schmid, N 700; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.106-107; Dural/Öğüz, Cilt II, n.828-829, 836; Baygın, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s.97; Helvacı, Serap/Kocabaş, Gediz: “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, (MÜHF – HAD, 2015/2, s.615-644), s.615; Oktay-Özdemir, Saibe: “Soyadı ve İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu’nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması” (Soyadı), (MÜHF – HAD, 2016/3, s.2018-2032), s.2019; Özen, s.172-173; Akkayan Yıldırım, Ayça: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, (Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s.69-89), s.69; Özdemir, s.564.
- 6 19.10.2017 tarih ve 7039 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda

hakkına sahip ana-baba birlikte belirler (TMK⁸ m. 339 V); ana-baba ölmüş veya velayet hakları kaldırılmış ise bu belirlemeyi TMK m. 445 II uyarınca vasi yapar⁹.

Soyadı ise, esas itibariyle soybağı yolu ile (TMK m. 321), evlenme ile (TMK m. 187: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır...”)¹⁰ veyahut evlat edinilme (yapay soybağı yolu) ile (TMK m. 314 III: “Evlâtlık küçük ise evlât edinenin soyadını alır...”)¹¹ kazanılır.

Böylece evlilik içinde doğan çocuk, soybağı yoluyla ailenin soyadını¹¹ (eşlerin ortak soyadı¹²/ana-babanın her ikisinin taşıdığı soyadı¹³) alır [TMK m. 321: “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin... soyadını taşır.”; TMK m. 187: “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır...”]; SN

Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (RG 3.11.2017, Sayı: 30229).

7 25.4.2006 tarih ve 5490 sayılı “Nüfus Hizmetleri Kanunu” (RG 29.4.2006, Sayı: 26153).

8 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı “Türk Medeni Kanunu” (RG 8.12.2001, Sayı: 24607).

9 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.114; Dural/Öğüz, Cilt II, n.852-853.

10 TMK m. 187 hükmünün eşitlik ilkesi ile çatıştığı hakkında açıklamalar ve yargı kararlarının değerlendirmesi için bkz. Nomer, Haluk N.: “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2002/2, s.421-450), s.421-450; Çakırca, Seda İrem: “Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK.m.187’nin Değerlendirilmesi”, (Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s. 703-748), s.703-748; Helvacı/Kocabaş, s.633-641; Oktay-Özdemir, Soyadı, s.2024; Oruç, Murat: “Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi”, (TAAD, 2016/27, s.451-465), s.451-465; Birinci Uzun, Tuba: “Aile Soyadı Çıkmazı - Anayasa Mahkemesi’nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi”, (Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s.99-137), s.113-117.

11 “Aile soyadı” hakkında açıklamalar için bkz. Özen, s.174-175; Abik, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005, s.55; Başoğlu, Başak: “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/1, s.351-378), s.353-354.

12 Baygın, s.98; Başoğlu, s.353.

13 Özen, s.173.

m. 15: “Evlilik devam ederken ... doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar.”; NHKY¹⁴ m. 22: “Evlilik içinde ... doğan çocuklar ... babanın soyadını alır...”; TMK m. 285: “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır.”; TMK m. 292: “Evlilik dışında doğan çocuk, ana ve babasının birbiriyle evlenmesi hâlinde kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olur.”]. Diğer deyişle zikredilen TMK m. 321, 187; SN m. 15; NHKY m. 22 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde evlilik içi çocuk, aile soyadı olarak babanın soyadını almış olur. Nitekim mehz İsviçre hukukunda 2013 yılına kadar geçerli olan eski hukuka göre de aile soyadı olarak esasen kocanın soyadı geçerli olmaktadır¹⁵ (aArt. 160 Abs. ZGB).

Evlilik dışında doğan çocuk ise, annenin soyadını taşır. Her ne kadar TMK m. 321 I c.1 hükmünde yer alan “evli değilse ananın” ibaresini Anayasa Mahkemesi iptal etmiş¹⁶ olsa da SN m. 15 (“Evlilik dı-

14 29.9.2006 tarih ve 2006/11081 nolu Bakanlar Kurulu kararı uyarınca yürürlüğe konulan “Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik” (RG 23.11.2006, Sayı: 26355).

15 Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Bern 2014, N 07.04 (BGE 122 III 414). Eski ve yeni dönem itibarıyla eşlerin soyadına dair açıklamalar için bkz. aynı eser, N 07.03-07.07.

16 AYM, 2.7.2009, E. 2005/114, K. 2009/105 (RG 7.10.2009, Sayı: 27369). İptal kararı, uygulanacak esaslar bakımından yenilik getirmemiştir (bkz. Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016, n.1644-1645; Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, İstanbul 2016, s.801-802). İptal öncesinde madde metni şu şekildeydi (üstü çizili ibare iptal edilmiştir): “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”. 743 sayılı mülga “Türk Kanunu Medenisi” m. 312 hükmüne göre ise “Babaya nisbeti babalık hükmü ile veya tanınmak suretiyle taayyün eden çocuk, babanın aile ismini taşır...” şeklindeydi. Kararda bu maddelerin yanı sıra NHK m. 28 IV ve SN m. 15 hükümlerine değinildikten sonra “...tanınma işleminin varlığı veya babalık hükmü verilmiş olması durumunda evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmanın çocukların hukuksal statüsünde bir farklılığa yol açması kabul edilemez. ... tanınma işleminin varlığına veya babalık hükmü ve-

şında doğan çocuklar, analarının soyadını alırlar...”¹⁷ ve NHKY m.

rilmiş olmasına rağmen çocuğun babasının soyadını alabilmesini engelleyen itiraz konusu “... evli değilse ananın...” ibaresi, Anayasanın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırıdır” denilerek çoğunluk kararıyla söz konusu ibare hakkında iptal kararı verilmiştir. Böylelikle evlilik içinde doğan çocuklar gibi evlilik dışında doğup da tanıma veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocukların da babanın soyadını herhangi bir engel olmadan alabilmesi sağlanmak istenmiştir. Ne var ki karşı oy yazısında başkanvekili Osman Alifeyyaz Paksüt “Evlilik dışında doğan ve velayeti anada bulunan çocuğun, ananın soyadını taşıyamamasının en önemli sakıncası ise bu durumun çocuğun yararını gözetemeyecek olmasıdır. Çocuğun her türlü sağlık, eğitim ve sosyal kurumlarla olan ilişkilerinde hatta yaşlılarıyla temaslarında anasının farklı, çocuğun farklı bir soyadı taşımasının yaratacağı gereksiz sorular, bu durumu yaşlılarına izah etmekte güçlük çekebilecek ve belki de psikolojik durumu olumsuz etkilenecek olan çocuğun yasayacağı sıkıntılar göz ardı edilemez. Babası ile aynı aile ortamı içinde yaşama olanağından esasen mahrum olan evlilik dışı çocuğun, babasına ait kuru bir soyadını taşımakta eylemli olarak ne yararı bulunduğu açıklanmaksızın, bunun çocuk için daha iyi olduğu şeklinde bir kabule ulaşmanın mantığına katılmak mümkün değildir. Eşitlik ilkesi insan onurunu ve mutluluğunu güvence altına almak için vardır; salt hukuki statüde farklılık yaratılmasının önlenmesi gerekçesiyle uygulamada kişinin aleyhine sonuçlar verebilecek teorik eşitlik, gerçekte eşitsizliktir. Anayasa Mahkemesinin pek çok kararında da vurgulandığı gibi, yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez; durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Kuralların mutlak biçimde uygulanması, en büyük haksızlıktır (Summum jus suma injuria).” ifadeleriyle karara katılmamıştır. Üye Mehmet Erten ise karşı oy yazısında “Evlili olmayan ana ve babadan hangisinin soyadı verildiğinde daha fazla çocuk yararına olabileceği, çocuğun yaşadığı çevreye göre değişebileceği gibi bunlardan birinin diğerine tercih edilmesini gerektiren bir Anayasa kuralı da bulunmamaktadır. Yasa koyucu, evli değilse ananın soyadının alınacağına ilişkin kuralı çocuk yararına gördüğü için takdir yetkisini bu yönde kullanmıştır.” ifadesiyle daha çok çocuğun yararına dikkat çekmiştir. Nitekim doktrinde de kararın isabet taşımadığı yönünde haklı eleştirilere rastlamak mümkündür. Bkz. Akkayan Yıldırım, s.83, 88; Ayan, Serkan: “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/4, s.19-90), s. 28-29.

- 17 25.3.2009 tarih ve 2009/14848 nolu Bakanlar Kurulu kararı uyarınca yürürlüğe giren “Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük”ün 4. maddesi ile değişik SN m. 15: “Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evli-

23 I (“Evlilik dışında ... doğan ...çocuk; ... anasının soyadı ... ile tescil edilir.”) hükümleri de bu sonucu doğurmaktadır. Eğer anne önceki evliliğinden ötürü çifte soyadı taşıyorsa çocuk, annenin bekarlık soyadını taşır (TMK m. 321 I c.2; SN m. 15). Bununla birlikte, tanıma veya babalığa hüküm kararı¹⁸ sonucunda baba ile soybağı kurulan evlilik dışı çocuk, babanın soyadını alır¹⁹ (NHK m. 28 IV; NHKY m. 103, 109; SN m. 15)²⁰. Ana-babanın sonradan evlenmesi halinde de evlilik dışı çocuk, ailenin yani babanın soyadını alır (TMK m. 292, 321; SN m. 15).

lik dışında doğan çocuklar, analarının soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekarlık soyadını taşır. Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hakimin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır.”

- 18 7039 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile NHK m. 28 IV hükmünde yapılan değişiklik sayesinde, babalığa hüküm kararı ile soybağı ilişkisi kurulan çocukların babalarının soyadını almaları hususu, tıpkı tanınan çocuklarda olduğu üzere, açık kanuni düzenlemeye kavuşmuştur.
- 19 Olması gereken hukuk açısından bu sonucun otomatik olarak öngörülmemesi, çocuğun menfaati üstün tutularak somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesi gerektiğine dair görüş hakkında bkz. Akkayan Yıldırım, s.83-89. Olması gereken hukuk açısından Alman hukukuna benzer esnek bir düzenleme önerisi için bkz. Özen, s.180, dn.30. Mevcut hukuki durumun ve AYM kararlarındaki yaklaşımın eleştirisi için ve annenin soyadına öncelik verilmesi yönünde, bkz. Serozan, Rona: “Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 21 Mayıs 2012, İstanbul 2013, s.137-165), s.148-151. Aynı hukuki sonucun düzenlendiği 743 sayılı mülga “Türk Kanunu Medenisi” m. 312 hükmü üzerinde düşünülmesi, bu konuda hakime takdir hakkı tanınması gerektiğine dair evvelce gösterilen benzer bir yaklaşım için bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990, s.561.
- 20 7039 sayılı Kanun m. 7 ile değişik NHK m. 28 IV: “*Tanınan veya babalığa hüküm kararı ile soybağı kurulan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile nakledilir.*”; NHKY m. 103 I: “*Mahkemelerce babalığa hüküm kararı verilmesi halinde; çocuk daha önce anasının hanesinde kayıtlı ise başka bir belge veya ana ve babanın beyanı aranmaksızın mahkeme kararına dayanılarak çocuğun kaydı baba soyadı ile baba hanesine taşınır.*”, ayrıca bkz. m. 109; SN m. 15 c.son: “*Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hakimin babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır.*”.

Peki evlilik içinde doğan ve aile soyadı olarak babanın soyadını alan çocuk, evlilik ilişkisinin boşanma veya mutlak ya da nisbi butlan hallerinde iptal (butlan) kararı ile sona ermesi, velayetin de anneye verilmesi halinde annenin soyadını alabilecek midir? Boşanma ile evlilik ilişkisinin sona erdiği hallerde çocuk, velayet hakkı anneye verilmiş olsun olmasın mevcut yasal çerçevede doğumla kazandığı babanın soyadını (aile soyadı) taşımaya devam etmektedir. Yargıtay uygulaması da esasında bu yönde gelişmiştir. Ne var ki bireysel başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi, velayet hakkı sahibi annenin bahsi geçen talebine olumlu yanıt vermektedir. Anayasa Mahkemesinin kararlarını takiben Yargıtay da görüş değişikliğine gitmiş, bu talebe olumlu yanıt vermiştir.

I. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN KONUYA YAKLAŞIMI

A. Soyadı Kanunu m. 4 II c.1 Hükmünün İptali

Anayasa Mahkemesi, “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır” şeklindeki SK m. 4 II c.1 hükmünün iptal kararında²¹ Anayasaya aykırılığa dikkat çekerken, “...yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayırımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayırımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar. Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. ...Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır...” ifadelerine yer vermiştir.

21 AYM, 8.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165 (RG 14.2.2012, Sayı: 28204). Kararın değerlendirmesi için bkz. Oktay-Özdemir, Saibe: “Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi” (Soyadı Kanunu m. 4), [Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s.183-199], s.183-199; Işıntan, Pelin: “Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?”, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s.265-279), s.265-279.

Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen kararında, 1934 tarihli “Soyadı Kanunu”nun, “*Koca, birliğin reisi*dir” (m. 152 I) hükmünü içeren mülga “Türk Kanunu Medenisi” zamanında hazırlanıp yürürlüğe konulduğundan hareketle, “Soyadı Kanunu”nun genel gerekçesinde yer alan, “*Kanunu medenimizin 152 nci maddesi kocayı evlilik birliğinin reisi olarak kabul etmiştir. Binaenaleyh soy adı seçme vazife ve hakkının evvelâ kocaya ait olması mevcut olan bu hükme gayet uygundur. Soy adı kanunu meriyete girdiği anda evliliğin fesih veya boşanma suretile zevali ve çocuk mevcut olupta bunun kariya tevdi halinde çocuğa babanın seçmiş olduğu adı vermek, at evlâda intikal etmek hesabına muvafık ve bunun tasrihi de lâzım görülmüştür.*” ifadelerine yer vermiştir.

Ayrıca kararda, “Soyadı Kanunu”nun ilk defa soyadı alacaklar bakımından düzenlemeler getirdiğine ve çocuğun soyadının düzenlendiği TMK m. 321 hükmüne dikkat çekilmiştir.

B. Bireysel Başvuru Üzerine Çocuğun Soyadına Dair Verilen Kararlar

Çalışmanın esas konusunu oluşturan ve bireysel başvuru üzerine Hayriye Özdemir kararı olarak da anılan kararında Anayasa Mahkemesi, bahsi geçen SK m. 4 II c.1 hükmünün iptal edildiğine ve evlilik birliğinin sona ermesinden sonra çocuğun soyadının düzenlenmesine dair kanunlarda özel bir düzenleme bulunmadığına vurgu yapmış, velayeti anneye verilen çocuğun soyadının annenin soyadı ile değiştirilmesi talebini reddeden yargı kararını velayet hakkının kullanılması kapsamında aile hayatına müdahale niteliğinde görmüştür²².

22 Bkz. AYM, 25.6.2015, 2013/3434 (RG 2.10.2015, Sayı: 29490). Kararda AYM özellikle şu hususlara dikkat çekmektedir: “...velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının, başvuruçunun kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebi, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olmakla, Anayasa'nun 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değerdir.” (para. 41); “Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdi ve aile hayatını

Zikredilen kararı takiben Anayasa Mahkemesi, yine bireysel başvuru üzerine karara bağladığı bir başka olayda, çocuğun soyadının belirlenmesinin çeşitli hukuk sistemlerinde velayet hakkı (aile hayatına saygı) sınırları içinde yer aldığını belirtmiş, velayet hakkı bağlamında

kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasadaki karşılığını oluşturmaktadır. ...” (para. 43); “Anayasa'nın 20. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin, yasal olma şartını sağladığının kabulü için müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur. Bununla birlikte, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli değildir. Yasallık ölçütü aynı zamanda maddi bir içeriği de gerektirmekte olup bu noktada yasanın niteliği önem kazanmaktadır, yasayla sınırlama ölçütü aynı zamanda belirlilik ve erişilebilirliği ifade etmektedir. Temel hakların sınırlandırılması alanında, ilgili yasal düzenlemenin; içerik, amaç ve kapsam bakımından belirli ve muhataplarının hukuksal durumlarını algılayabilecekleri açıklıkta olması zorunlu olup belirlilik unsurunu taşımayan bir kanun hükmünün, bireysel hak ve özgürlüklere Anayasa'nın meşru saymadığı bir müdahale anlamına geleceği açıktır.” (para. 56); “...ilgili kanuni düzenleme temel haklara ne oranda müdahale ediyorsa söz konusu düzenlemede aranacak belirlilik oranı da aynı doğrultuda yükselecektir.” (para. 58); “Bu kapsamda, söz konusu ret kararının hukuki dayanağı olarak 4721 sayılı Kanun'un 321. maddesine işaret edildiği ve söz konusu Kanun hükmünün, “Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (.) soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.” düzenlemesini içerdiği görülmektedir. ...kanunlarda evlilik birliğinin sona ermesini müteakip çocuğun soyadının ... özel bir düzenlemenin yer almadığı, evliliğin feshi veya boşanma hâlinde çocuğun soyadının belirlenmesine ilişkin münhasır bir düzenleme ... 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer almakla birlikte, bu hükmün ... iptal edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. ...4721 sayılı Kanun'un 27. maddesinde genel olarak, belirli koşullarla ad ve soyadının değiştirilmesi hususunda talepte bulunma imkânının tanındığı ve ...taleplerin haklı nedenlere dayanılarak ileri sürülebileceğinin düzenlendiği görülmektedir.” (para. 64); “...boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının ne olacağı konusunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargısal kararların verildiği dikkate alındığında başvuruya konu müdahalenin kanuni dayanağı olarak gösterilen Kanun hükmünün, başvuruçunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında, belirlilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.” (para. 67). Kararın eleştirisi için bkz. Birinci Uzun, s.99-137.

erkeğe tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasını AY²³ m. 20 ile birlikte ele alınan cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağına yani eşitliğe (AY m. 10) aykırı bulmuştur²⁴. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği başkaca benzer kararlara rastlamak mümkündür²⁵.

23 18.10.1982 tarih ve 2709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasası" (RG 9.11.1982, Sayı: 17863 Mükerrer).

24 Bkz. AYM, 11.11.2015, 2013/7979 (RG 24.12.2015, Sayı: 29572). Kararda geçen şu ifadeler dikkat çekicidir: "*Çeşitli hukuk sistemlerinde koruma, bakım ve gözetim hakkı veya benzer terimlerle ifade edilen velayet hakkı kapsamında, çocuğun soyadını belirleme hakkı da yer almakta olup söz konusu hukuki değer velayet hakkının ifası ve bu bağlamda aile bağlarının sürdürülmesi noktasındaki fonksiyonu nedeniyle aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvence kapsamında yer almaktadır.*" (para. 38); "*Anayasa'nın 10. maddesi "ayrımcılık yasağı" biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin, anayasal bağlamda her durumda dayanılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir (AYM, E.1996/15, K.1996/34, 23/9/1996). Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir (Tuğba Arslan, B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 108).*" (para. 41); "*...başvurunun esası, çocuğun ilk soyadı iktisabında kanunen babanın soyadının tercih edilmesi olmamakla birlikte, başvuruya konu uygulamanın temelinde çocuğun soyadının babanın soyadı olarak belirlenmesinin yer aldığı, bu kapsamda babanın çocuğa kendi soyadını verme imkânı bulunduğu gibi bu imkânın evliliğin boşanma, fesih veya ölümle neticelenmesi durumunda da herhangi bir tasarrufa gerek kalmaksızın devam ettiği ancak haklı nedenler bulunması durumunda dahi anneye çocuğa soyadını verme imkânı tanınmadığı görülmektedir.*" (para. 52); "*Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda olup erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını belirleme hakkının kadına tanınmamasının, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete dayalı farklı bir muamele teşkil ettiği açıktır.*" (para. 53); "*Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesi ile birlikte ele alınan Anayasa'nın 10. maddesinin ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.*" (para. 59).

25 Bkz. AYM, 11.11.2015, 2013/9880 (RG 31.12.2015, Sayı: 29579); AYM, 20.7.2017, 2014/1826 (6.8.2018 tarihinde www.lexpera.com.tr adresinden erişildi.); AYM, 26.10.2017, 2014/2033 (6.8.2018 tarihinde www.lexpera.com.tr adresinden erişildi).

II. YARGITAY'IN KONUYA YAKLAŞIMI

Yargıtay'ın yakın geçmişe kadar konuya yaklaşımı, boşanma sonucunda velayet hakkı anneye verilmiş olsa bile çocuğun soyadında değişikliğe gidilemeyeceği yönünde olmuştur. Yargıtay'ın son yaklaşımı ise tamamen farklı yöndedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun (YHGK) 2015 tarihli bir kararı yakın geçmişe kadar geçerli olan Yargıtay'ın görüşünü iyi bir şekilde yansıtmaktadır. Bahsi geçen kararda, yürürlükten kaldırılan "Türk Kanunu Medenisi"²⁶ zamanında ilk defa soyadı alacaklar için geçerli olan SK m. 4 II c.1 hükmünün AYM tarafından iptal edilmiş olmasının mevcut yasal düzenlemeyi değiştirmedeği; kanundaki istisnai durumlar saklı olmak üzere, velayet hakkı boşanan anneye verilmiş olsa da evlilik içinde doğarak emredici hüküm (TMK m. 321) uyarınca babasının soyadını almış olan çocuğun soyadında değişikliğe gidilemeyeceği; velayet hakkının ancak çocuk ergin oluncaya kadar geçerli olan geçici bir hak olduğu; bir varsayım olarak aksi bir sonuca gidilse bile bu sefer şartların değişmesine bağlı olarak velayetin anneden alınıp babaya verilebileceği, dolayısıyla tekrar çocuğun soyadında değişikliğin gündeme geleceği, böyle bir durumda sicil kayıtlarına güven ve istikrardan bahsedilemeyeceği vurgulanmıştır²⁷. Bu yönde başkaca Yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür²⁸.

26 17.2.1926 tarih ve 743 sayılı (mülga) "Türk Kanunu Medenisi" (RG 4.4.1926, Sayı: 339).

27 YHGK, 19.6.2015, E. 2013/2352, K. 2015/1710 (6.8.2018 tarihinde www.lexpera.com.tr adresinden erişildi). YHGK, bahsi geçen kararında konuya ilişkin olarak Özel Dairenin (Yargıtay 18. HD, 21.3.2013, E. 2012/15166, K. 2013/4361) bozma gerekçesinden şu alıntılara yer vermiştir: "...Soyadı Kanununun 4.maddesinin ikinci fıkrasının "evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadı alır" ... cümlesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra ... velayet hakkına sahip anaların çocuklarına ... soyadlarını vermek için ... soyadı değişikliği davalarını açtıkları görülmektedir. ...düzenlemenin, ... ilk defa soyadı alınması ile ilgili bulunduğu ... Yasa maddesi kabul edildiği 21.06.1934 tarihinin koşullarına göre misyonunu tamamlamış... Türk Medeni Kanununun 321. maddesi, ... "çocuk, ana ve baba evli

Ne var ki Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru üzerine verdiği kararları takiben Yargıtay'ın da aynı yönde görüş değişikliğine gittiği görülmektedir. Nitekim 9.4.2018 tarihli kararında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi²⁹, çocuğun soyadının belirlenmesini Anayasa Mahkemesi gibi

ise ailenin” soyadını taşıyacağı hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar verilmiştir. ... “aile” deyiminden babanın anlaşılacağı ... Buna karşılık ... “evli değilse ananın” ibaresi ... iptal edilmiştir. ... Çocuğun ... soyadını velayet hakkına veya başka nedenlere dayanarak değiştirmek ... 321. maddesindeki düzenleme karşısında mümkün değildir. ... Velayet hakkı, ... geçici bir haktır. ... sonradan ... çocuğun yararı açısından velayetin babaya yeniden verilmesi halinde bu kez baba ... çocuğun soyadını değiştirmek isteyecektir. ... Böyle bir uygulamanın nüfus kütüklerindeki kaydın güvenilirliği ve istikrarı zedeleyeceği gibi asıl bu gibi uygulamalar çocuğun ruh hali üzerinde çok derin ve etkili travma yaratacaktır. ...”. Kararın devamında YHGK, Özel Dairenin bozma kararını şu ifadelerle benimsemiştir: “Babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadını usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe, çocuğun da soyadı değişmez. O halde velayete sahip ana dahi bu hakka dayanarak kişiye sıkı sıkıya bağlı kişilik haklarıyla ilgili çocuğun soyadının değiştirilmesi davasını açamaz(HGK'nun 25.12.2013 gün ve 2013/18-464 E., 2013/1698 K.; HGK'nun 13.03.2015 gün ve 2013/18-1755 E., 2013/1039 K. sayılı ilamları). ... Somut olayda da, anne baba sonradan boşanmış olsalar da soyadı değiştirilmek istenilen küçük, evlilik içinde doğmuştur. Az yukarıda belirtildiği üzere, TMK m. 321 uyarınca ana ve babası evli iken doğan çocuk babasının soyadını taşır. Evlilik içinde doğan çocuğun babasının (ailenin) soyadını alacağına dair düzenleme emredicidir. Çocuğun başka bir soyadı alması mümkün değildir. Soyadı Kanunu'nun 4. maddesi ilk defa soyadı alınması ile ilgili düzenlemeler içerdiğinden somut olayda uygulanması mümkün değildir. Bu nedenle boşanma sonrası velayet kendisinde olan annenin, küçüğün soyadını kendi soyadı ile değiştirilmesini istemesi mümkün değildir.”.

- 28 Bkz. YHGK, 13.3.2015, E. 2013/1755, K. 2015/1039 (6.8.2018 www.lexpera.com.tr tarihinde erişildi). Ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD, 2.4.2014, E. 2013/23824, K. 2014/7729 (6.8.2018 tarihinde www.lexpera.com.tr adresinden erişildi.): “...olayda çocuklar soyadını seçme yoluyla değil, "evlilik içinde doğumla" kanundan dolayı kazanmışlardır. Kanundan dolayı aldıkları bu soyadı, ergin olduktan sonra haklı sebeplerin varlığı halinde kendilerinin talebi üzerine değiştirilebilir. Bunun dışında evliliğin mahkeme kararı veya ölümle sonra ermesi halinde velayet kendisine bırakılan anne çocukların soyadının değiştirilmesini isteyemez. ...”.
- 29 Bkz. Yargıtay 2. HD, 9.4.2018, E. 2018/1306, K. 2018/4719 (6.8.2018 tarihinde www.lexpera.com.tr adresinden erişildi.).

velayet hakkı kapsamında değerlendirmiş, ilaveten doktrindeki görüşlere yer vererek çocuğun üstün yararını da dikkate almıştır. Bu saiklerle Daire, boşanma sonrasında velayet hakkı anneye verilen ve evlilik içi doğum nedeniyle boşanma sonrasında da babasının soyadını taşımaya devam eden çocuğun, annesi ile aynı soyadı taşıması yönündeki annenin talebini olumlu bulmuş ve davacı annenin istinaf talebini ret eden Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılması yönünde karar vermiştir.

Sonuç itibarıyla, AYM'nin bireysel başvuru üzerine verdiği ve vereceği kararlar karşısında Yargıtay'ın konuya yaklaşımı, çocuğun üstün yararına aykırı değilse annenin bu talebine olumsuz cevap verilemeyeceği yönünde zorunlu bir gelişme göstermiştir.

III. YARGI KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Çocuğun soyadının belirlenmesi, hukuk politikası tercihinine göre velayet veya soybağına bağlı olabilmektedir³⁰. Türk Medeni Kanunu sistematüğinde çocuğun soyadı, soybağına ilişkin hükümler arasında düzenlenmiştir (TMK m. 321 vd.). Böylece hukukumuzda soyadı velayete değil, soybağına bağlanmış durumdadır³¹. Nitekim tanıma ya da babalığa hüküm kararı neticesinde babası ile arasında soybağı kurulan çocuğun kural olarak velayet hakkı annede olmasına rağmen babanın soyadını alması bu saptamayı teyit etmektedir³². Aksi bir hal için o yönde kanunda değişikliğe gitmek gerekmektedir³³. Esasında mevcut düzenleme ile aile soyadında yeknesaklık amaçlanmaktadır³⁴.

30 Oktay-Özdemir, Soyadı Kanunu m. 4, s.192.

31 Oktay-Özdemir, Soyadı Kanunu m. 4, s.191; Oktay-Özdemir, Soyadı, s.2032; Birinci Uzun, s.107; Başoğlu, s.358. Aksi yönde, bkz. Pehlivan, Mehmet Gökhan: "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016/7, s.793-829), s.818 vd. (Yazar, vesayet altına alınan küçüğün menfaati gerekli kılıyorsa vesayet makamlarının izni alınmak suretiyle vasi tarafından açılacak bir dava ile haklı nedenlerin bulunduğu durumlarda çocuğun soyadının velayet hakları kaldırılan anne babanın soyadından başka bir soyad ile değiştirilmesinin dahi mümkün olduğunu savunmaktadır, s.825).

32 Oktay-Özdemir, Soyadı Kanunu m. 4, s.192.

33 Oktay-Özdemir, Soyadı Kanunu m. 4, s.194.

34 Özen, s.193.

Mevcut yasal çerçevede, babanın soyadı (aile soyadı) değişmedikçe veya çocuk reşit olup dava açmadıkça aile içinde doğan çocuğun soyadı kural olarak değişmemektedir (adın değişmezliği ilkesi³⁵). Her ne kadar bazı hukuk düzenlerinde çocuğun soyadı velayete bağlı olarak düzenlenmekte ve velayetin kimde olduğuna göre soyadında değişiklik öngörülmekte ise de ülkemizde mevcut yasal düzenleme çerçevesinde çocuğun velayet hakkı sahibi annenin soyadını alabilmesi ancak TMK m. 27 hükmüne istinaden haklı sebeple amaca uygun yorumla mümkün görünmektedir³⁶. Bununla birlikte, boşanma sonrasında velayet hakkına sahip anne ile çocuk arasında farklı soyadı kullanılacak olması TMK m. 27 uyarınca açılacak bir dava ile önlenebilirse de sırf bu farklılık tek başına soyadı değişikliğinde haklı sebep oluşturmamalıdır. Ancak babanın soyadını taşıması çocuk için ciddi ve somut bir mağduriyet oluşturmakta ve annenin soyadını almakla bu mağduriyet önlenilmekte ise haklı sebebin varlığından bahsetmek mümkün olmalıdır³⁷.

Tüm bunlardan hareketle Anayasa Mahkemesi'nin çocuğun soyadını belirleme hakkını soybağı yerine velayet hakkı kapsamında (kadın-erkek eşitliği üzerinden³⁸) değerlendirerek hüküm kurması doktrinde hatalı bulunarak eleştirilmektedir³⁹. Kaldı ki velayetin anneye verilmiş olması tek başına aile hayatının kurulması için yeterli değildir; diğer deyişle ana-babanın birlikte velayet hakkının tartışıldığı⁴⁰ bir or-

35 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.116.

36 Oktay-Özdemir, Soyadı Kanunu m. 4, s.195; Ayan, s.68; Işıntan, s.274; Birinci Uzun, s.107, 117, 121; Başoğlu, s.361-362.

37 Özen, s.185.

38 Eleştiriler için bkz. Oktay-Özdemir, Soyadı Kanunu m. 4, s.195; Birinci Uzun, s.117.

39 Oktay-Özdemir, Soyadı, s.2032; Işıntan, s.277-278; Birinci Uzun, s.99, 105; Başoğlu, s.358. Mevcut yasal çerçeve açısından tartışma götürür şekilde aksi yönde, karş. Baş Süzel, Ece/Kurtulan, Gökçe: "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/135-136, s.77-90), s.85.

40 Nitekim İsviçre hukukunda bu uygulama 2000 yılından beri yasal olarak yürürlükte (Art. 133 Abs. 3 ZGB).

tamda babanın dışlanarak çocuk ile baba arasındaki aile birliği ilişkisinin görmezden gelinmesi de haklı bir eleştiri konusudur⁴¹.

Çocukla ilgili hukuksal kurum ve kurallar yorumlanırken hareket noktası çocuğun menfaati⁴² olmalıdır⁴³. Bu bakımdan Anayasa Mahkemesi'nin çocuğun üstün yararına değinmeden karar vermesi haklı olarak ayrı bir eleştiri konusudur⁴⁴. Buradan hareketle doktrinde çocuğun üstün yararı ilkesi uyarınca kendisiyle alakalı hususlarda bizzat ayırt etme gücünü haiz çocuğun dinlenilmesi gerektiğine işaret edilmektedir⁴⁵. Esasında adın değiştirilmesi, nisbi kişilik hakları arasında yer alan bir hak olması⁴⁶ hasebiyle ayırt etme gücü bulunan çocuklar bakımından dinlemenin ötesinde rızalarının aranması, hatta şahsen dava açabilmeleri gerekir⁴⁷. Nitekim revizyon sonrası İsviçre hukukunda on iki yaşını dolduran çocukların isim değişikliğinde rızaları bir şart olarak aranmaktadır (Art. 270b ZGB). Yapılacak bir düzenlemede bu husus da göz önünde tutulmalıdır.

41 Birinci Uzun, s.112-113.

42 Çocuğun yararı, değişen koşullar karşısında kanun koyucuların tanımlama getirmedikleri, somut olayın şartlarına göre değişkenlik gösteren, bu nedenle de hakimin takdir alanına bırakılan bir kavramdır (Özdemir/Ruhi, s.17).

43 Özen, s.194.

44 Birinci Uzun, s.107.

45 Birinci Uzun, s.107-108.

46 BSK ZGB I- Bühler, Art. 270-270b ZGB N 35 (BGE 117 II 8); Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.98; Özen, s.193; Karş. Dural/Öğüz, Cilt II, n.478.

47 Doktrinde bu husus tartışmalıdır. Çocuğun soyadının değiştirilmesine dair talebin kim tarafından ileri sürülebileceği hakkında tartışmalar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.122-123 (Yazara göre, hakkın şahsen kullanılması gerekir, ayırt etme gücünün bulunması yeterlidir); Dural/Öğüz, Cilt II, n.922-923 (Yazara göre, kanuni temsilcinin talebe katılması gerekir); Baygın, s.101 (Yazara göre, ancak çocuk erginliğe eriştikten sonra haklı sebeplere istinaden dava açabilir); Özen, s.193-194 [Yazara göre, ayırt etme gücü bulunan çocuğun kendisi talepte bulunmalıdır, burada nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın varlığı bulunduğu yasal temsil yoluyla da (kayım tarafından) bu talep ileri sürülebilir]; Birinci Uzun, s.108-112, 117; Işıntan, s.273-275 (Yazara göre, davanın kural olarak kişinin kendisi tarafından açılması gerekir, ayırt etme gücünün bulunması yeterlidir); Başoğlu, s.362-364 (Yazara göre, davayı kural olarak çocuğun kendisinin açması gerekir).

Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ve vereceği kararlar karşısında görüş değiştiren Yargıtay da bu hususta velayet hakkına istinaden karar vermiş, ancak Anayasa Mahkemesinden farklı ve yerinde olarak çocuğun yararını da esas almıştır. Bununla birlikte istisnai bir yol olarak TMK m. 27 uyarınca haklı sebebe istinaden bu yönde karar verme imkanı varken velayet hakkının kimde olduğundan hareketle karar verilmesi mevcut yasal düzenleme sistematığına aykırı düşmüştür.

IV. ÇÖZÜM ARAYIŞLARI

Çocuğun özadının belirlenmesinde velayet hakkını esas alan yasa koyucu, çocuğun soyadının belirlenmesinde soybağını (ailenin soyadını) esas almış görünmektedir. Peki boşanma (ya da iptal) sonucu evlilik ilişkisinin ortadan kalktığı bir durumda artık mevcut olmayan ailenin soyadını çocuk üzerinde devam ettirmek günümüzde ne derece sağlıklıdır? Boşanma halinde çocuğun velayetinin kime verileceğinin belirlenmesinde olduğu gibi bu noktada da çocuğun menfaati dikkate alınmalıdır. Öyle ki somut olayda çocuğun menfaati babanın soyadını taşımak yönünde olabileceği gibi aksi yönde de olabilir.

Somut olayın özelliğine göre menfaatler çeşitlilik arz ettiğinden çocuğun birlikte yaşadığı ebeveyninin soyadını alabilmesi ya da somut olayda çocuğun menfaatini esas almak suretiyle hakimın takdirine bağlı olarak çocuğun soyadında değişikliğe gidilebilmesi yönünde düzenlemeye gitmek bir çözüm olarak önerilmektedir⁴⁸. Doktrinde başkaca çözüm önerilene rastlamak mümkündür. Söz gelişi, eşlerin ayrı soyad taşımaları halinde öncelikli olarak ana-babanın çocuğun soyadını içlerinden birinin soyadı olarak belirleme haklarının bulunması, anlaşama halinde Alman hukukunda kısa bir süre uygulama alanı bulmuş olan kur'a yöntemine başvurulabileceği, kur'a yönteminde elenen eşe ait soyadının da belirlenen soyadının önünde kullanılabileceği⁴⁹; bir başka görüşe göre ise, eşlerin ayrı soyad taşımaları halinde çocuğun soybağı

48 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.119-120; Oktay-Özdemir, Soyadı Kanunu m. 4, s.197-198.

49 Nomer, s.449.

ile bağlı olduğu ana-babanın soyadlarını (çifte soyadı) alfabetik olarak taşıyabileceği⁵⁰; yine aynı yaklaşımla, eşlerin ayrı soyad taşımaları halinde, çocuğun ana-babanın doğum soyadlarını (çifte soyadı) taşıyabileceği⁵¹ doktrinde ifade edilen bazı çözüm önerileridir.

Gelinen noktada yasal bir değişikliğe gitmek faydalı olacaktır ve yasal çerçeve – uygulama çatışmasına son verecektir. Nitekim TMK m. 321 hükmünün mehzazını oluşturan İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) 270 hükmünde 30.9.2011 tarihinde değişikliğe gidilmiştir. 1 Ocak 2013 tarihinde yürürlüğe giren bu revizyon uyarınca İsviçre hukukunda, birbiriyle evli olan ana-baba, ortak soyad taşıyorlarsa⁵² çocuk da bu ortak soyadını alır (Art. 270 Abs. 3 ZGB); farklı soyad taşıyorlarsa (Art. 160 Abs. 1 ZGB) evlilik kurulurken ortak çocuklar için hangi eşin bekarlık soyadını (Ledigname) belirlemişlerse çocuk bu belirlemeye uygun olarak o eşin bekarlık soyadını alır (Art. 270 Abs. 1 ZGB), ne var ki ilk çocuğun doğumunu takiben bir yıl içinde birlikte talep etmeleri halinde çocuk, diğer eşin bekarlık soyadını alır (Art. 270 Abs. 2 ZGB). Aynı düzenleme uyarınca evlilik dışında doğan çocuğun soyadı, velayet hakkının anada (ananın bekarlık soyadını alır), babada (babanın bekarlık soyadını alır), anada-babada birlikte (hangisinin bekarlık soyadını alacağını ana-baba birlikte kararlaştırır) veya hiçbirinde (ananın bekarlık soyadını alır) olmasına göre ve ismin değiştirilmesine ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, sonradan velayette yapılacak değişikliklerin çocuğun soyadında bir değişikliğe neden olmayacağı şeklinde ayrı bir maddede düzenlenmiş (Art. 270a ZGB), ayrıca on iki yaşını dolduran çocu-

50 Başoğlu, s.373.

51 Abik, s.143.

52 İsviçre Hukukunda bahsi geçen değişiklikler sonrasında eşler, resmi soyadı olarak eşlerden birinin bekarlık soyadını aile soyadı olarak kullanabilirler [2014 yılında 782 çift kadının bekarlık soyadını, 29921 çift ise erkeğin bekarlık soyadının aile soyadı olarak seçmişlerdir (Hürlimann-Kaup/Schmid, N 702, Fn. 103, Quelle: BFS, BEVNAT)]. Bu durumda her iki eş ve de çocuklar bu soyadını taşırlar. Bunun yerine eşler, evlilik öncesi soyadlarını muhafaza etme yolunu da seçebilirler. Bu durumda ise çocuklar, hangi ebeveynin bekarlık soyadı kararlaştırılmış ise sadece onun bekarlık soyadını taşırlar (Art. 160 ZGB). Açıklamalar için bkz. Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 07.01; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 706.

ğün soyadında değişikliğe gidilebilmesi için çocuğun rızasının alınması şartı getirilmiştir (Art. 270b ZGB)⁵³.

Esasında İsviçre’de 2012 yılı sonuna kadar aile adında birlik ilkesi geçerli olmuştur. 2013 yılı başı itibariyle mehaz İsviçre hukukunda doğumla kazanılan adın değişmezliği ilkesine geçiş yapılmıştır⁵⁴. Buna göre, İsviçre hukukunda 2013 sonrası yeni hukuk uyarınca eşlerin farklı soyad taşıması esas kural olarak mümkünse de ortak çocukların farklı soyad taşıması mümkün değildir (Art. 270a Abs. 2 ZGB); eşlerin tüm ortak çocukları aynı soyadı taşımak zorundadırlar⁵⁵.

Alman Medeni Kanununun (BGB) 1616 vd. maddelerinde İsviçre hukukundan farklı olarak ana-babanın evli olup olmamasına bakılmaksızın varsa ailenin ortak soyadına yoksa velayet hakkının birlikte olmasına ya da kimde olduğuna göre esnek bir düzenleme yapıldığı görülmektedir.

Hukukumuzda da evliliğin iptali (butlanı) veya boşanma sonucunda velayeti anneye verilen çocuğun mevcut yasal düzenlemede olduğu şekilde babanın soyadını taşımaya devam etmek zorunda olması yerine, olması gereken hukuk açısından daha esnek bir yapının düşünülmesi gerekmektedir. Çocuğun sadece babasının soyadını ya da sadece annesinin soyadını zorunlu olarak taşımasını öngören bir düzenleme, çocuğun menfaatini zedeleyen, çeşitli uyuşmazlıklara neden olan, yargı yoluyla hak arayışlarını sürdüren ve doktriner tartışmaları beraberinde getiren geçici bir çözüm olacaktır. Bunun yerine çocuğun yüksek menfaatini esas alan, ayırt etme gücü bulunup bulunmamasına göre çocuğun görüşünü/rızasını dikkate alan ve somut olayın şartlarına göre hâkimin takdirine yer veren bir düzenlemeye gidilmelidir.

Halen hukuk hayatımızda çokça tartışma götüren evli kadının soyadı meselesi de çocuğun soyadı meselesinden esasında bağımsız değildir. Bir taraftan haklı olarak kadın-erkek eşitliğini yakalama gayreti di-

53 Konu hakkında bkz. BSK ZGB I- Bühler, Art. 270-270b ZGB N 7-8; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 07.08; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 706-706a.

54 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 07.03; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 701-702.

55 Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, N 07.08.

ğer taraftan kadın-erkek-çocuk(lar) bakımından hangi soyadın kullanılacağı, bu konuda taraflara seçim hakkı tanınıp tanınmayacağı, çocuğun soyadının belirlenmesinde soybağı-velayet ikilisinden hangisine öncelik verileceği gibi bir dizi husus bakımından hukuk politikasının belirlenmesi gerekmektedir. Oysaki mevcut yasal çerçevede yaşanan belirsizlikler yargı yoluyla çözüme kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Zira bu yolla evli kadının müstakilen bekarlık soyadını kullanabilmesi; boşanmış kadının da velayeti kendisine verilen çocuğu ile kendi soyadını benzer kılması mümkün olmaktadır. Bu durum sürdürülebilir değildir. Bir bütün olarak kadın-erkek-çocuk bakımından soyadı meselesinin gelişen ve değişen toplum beklentilerini karşılayacak şekilde yasal çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Bu değişikliklere giderken ve hukuk politikası belirlenirken konumuz açısından ana-babadan hangisinin çıkarı daha önemlidir arayışı yerine çocuğun üstün yararı nerededir önceliğinden hareket edilmelidir. Tüm bu varsayımsal düzenleme ve muhtemel sonuçları, bir taraftan Türk aile yapısıyla uyum sağlarken diğer taraftan çocuğun sosyal ve psikolojik yaşam alanına pozitif etki sağlamalıdır.

Bu konuda mevcut düzenlemeye getirilebilecek bir başka eleştiri soyadı meselesinin birden fazla düzenlemeye konu olmasıdır. Yukarıda yer verdiğimiz çeşitli düzenlemelerde (TMK, SK, SN, NHK, NHKY) soyadının hükme bağlandığı görülmektedir. Bu durum da soyadı meselesinin sağlıklı bir biçimde ele alınmasını güçleştirmektedir. Nitekim Soyadı Kanunu'nda yer alan bir hükmün Anayasa Mahkemesi tarafından iptali diğer normların tekraren yorumlanmasını icap ettirmiştir. Bu eleştiriye soyadı ile ilgili davalarda duruma göre farklı mahkemelerin (Asliye Hukuk/Aile Mahkemesi) görevli oluşunu da eklemek gerekir. Bu norm ve uygulama kargaşasına son vermek gerekmektedir.

SONUÇ

Boşanma veya evliliğin feshi suretiyle evlilik ilişkisinin sona erdiği hallerde çocuğun soyadının akıbeti ile tanıma veya babalık davası yoluyla babasıyla soybağı kurulan evlilik dışı çocuğun soyadının akıbeti hatta evli kadının soyadı meselesi birbirinden bağımsız değildir. Yapılacak muhtemel bir düzenlemede tüm bu hususlar bir bütün halinde ele

alınıp, üzerinde yeterince tartışılıp kalıcı bir çözüme gidilmesi haklı bir beklenti olacaktır. Diğer değişle sorunun, eşlerin soyadı meselesini de içerecek şekilde bir bütün olarak ele alınması ve yasal bir düzenleme ile çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Abik, Yıldız: Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara 2005.

Ayan, Serkan: “Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi”, (Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/4, s.19-90).

Akkayan Yıldırım, Ayça: “Evlilik Dışı Çocuğun Soyadı ve 02.07.2009 Tarih 2005/114 E. 2009/105 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararının Bu Bağlamda Değerlendirilmesi”, (Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s.69-89).

Baş Süzel, Ece/Kurtulan, Gökçe: “Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi”, (Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015/135-136, s.77-90).

Başoğlu, Başak: “Soybağının Çocuğun Soyadına Etkisi”, (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2017/1, s.351-378).

Baygın, Cem: Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.

Birinci Uzun, Tuba: “Aile Soyadı Çıkmazı - Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velayeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi”, (Ankara Barosu Dergisi, 2016/4, s.99-137).

BSK ZGB I-BEARBEITER/IN: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.): Basler Kommentar zum Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 5. Auflage, Basel 2014.

Çakırca, Seda İrem: “Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. m. 187'nin Değerlendirilmesi”, (Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul 2010, s.703-748).

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul 2014.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, 12. Baskı, İstanbul 2016.

Hausheer, Heinz/Geiser, Thomas/Aebi-Müller, Regina E.: Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Bern 2014.

Helvacı, Serap/Kocabaş, Gediz: “Fransız, Alman, İsviçre ve Türk Hukuklarında Kadının Soyadı”, (MÜHF – HAD, 2015/2, s.615-644).

Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016.

Işıntan, Pelin: “Anayasa Mahkemesinin 8.12.2011 Tarihli Kararı Işığında Türk Hukukunda Velayet Hakkı Kendisine Verilmiş Kadının Çocuğun Soyadını Seçme Hakkı Mevcut Mudur?”, (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s.265-279).

Nomer, Haluk N.: “Avrupa Birliği’ne Üye Devletlerde ve Türkiye’de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı”, (Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2002/2, s.421-450).

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2014.

Oktay-Özdemir, Saibe: “Anayasa Mahkemesi’nin Soyadı Kanunu m. 4’ü İptal eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi” (Soyadı Kanunu m. 4), [Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul 2013, s.183-199].

Oktay-Özdemir, Saibe: “Soyadı ve İle İlgili İsviçre Medeni Kanunu’nda 2013 Yılında Yürürlüğe Giren Değişiklikler İle Türk Hukukundaki Durumun Karşılaştırılması” (Soyadı), (MÜHF – HAD, 2016/3, s.2018-2032).

Oruç, Murat: “Evli Kadının Münhasıran Bekarlık Soyadını Kullanabilmesi”, (TAAD, 2016/27, s.451-465).

Pehlivan, Mehmet Gökhan: “Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı ile Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, (Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2016/7, s.793-829).

Serozan, Rona: “Anayasa Mahkemesi’nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi”, (Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 21 Mayıs 2012, İstanbul 2013, s.137-165).

Özdemir, Hayrunnisa/Ruhi, Ahmet Cemal: Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, İstanbul 2016.

Özdemir, Hayrunnisa: “Türk ve İsviçre Medeni Hukukunda Ad Üzerindeki Hak ve Korunması”, (AÜHFD, 2008/3, s.561-598).

Özen, Burak: “Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması”, (MÜHF – HAD, 2010/3-4, s.171-194).

Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1990.