

ANA İLE EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUK ARASINDAKİ İLİŐKİYİ DÜZENLEYEN TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATIONS ON THE TURKISH CIVIL CODE PROVISIONS
REGULATING THE RELATIONSHIP
BETWEEN THE MOTHER AND HER NATURAL CHILD

Gamze TURAN BAŐARA*

Özet: TMK'nun 337/l. maddesine göre, evlilik dışında doğan çocuğun velayeti anada olup sonradan çocukla baba arasında soybağının kurulması, ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilemez. Buna karşılık çocuğun soyadının değişmesine sebep olur. Evlilik dışı doğan çocuk, babayla arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa babanın, kurulmamış ise ananın soyadını alır. Böyle bir durumda velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının farklı olması sonucu ortaya çıkacak olup bunun, günlük yaşamda başta velayet hakkının ispatı olmak üzere bir takım zorluklara sebebiyet vermesi muhtemeldir.

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir diğer husus, çocuğun herhangi bir sebeple kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadının nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması halidir. Bu durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespiti yönelik davada, kadın genetik incelemeye rıza göstermez ise TMK'nun 284/b.2. maddesinin mi, yoksa söz konusu maddeye göre daha ağır sonuçlar içeren HMK'nun 292/l. maddesinin mi uygulanacağı sorusu gündeme gelmektedir.

Anahtar kelimeler: Evlilik Dışı Çocuk, Soyadı, Soybağı, Velayet

Abstract: According to the Article 337/l of the Turkish Civil Code (TCC), the custody of the natural child belongs to his/her mother; and establishment of paternity subsequently between the father and his child does not affect the fact that the mother has the right to custody by herself. The establishment of paternity between the father and his child does not affect the fact that the mother has the right to custody by herself; however, this causes replacement of the child's surname. The natural child shall acquire the surname of the father if the paternity relationship is established between the natural child and the father, and the natural child shall acquire the surname of the mother if the paternity relationship is not established (TCC Art. 321). In this case, the surname of the mother who has the right to custody and the surname of her child will consequently

* Yrd. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. gamzeturan@cankaya.edu.tr

be different from each other; and it is quite likely that this will cause a number of difficulties in the daily life, particularly the difficulty in proving the right to custody.

In this context, another matter necessary to be dwelt on the child is, for any reason, registered with the state register of a woman other than that of the woman who gave birth to the child. In this case, the fundamental issue to be discussed is that, in such lawsuit filed under the request for recording of paternity between the mother and her natural child, in case the woman does not consent to genetic examination, whether the Article 284/b.2 of TCC shall apply or the Article 292/1 of the Civil Court Procedures Law, which contains more severe consequences than the Article 284/b.2 of TCC, shall apply.

Keywords: Natural Child, Surname, Paternity, Custody

GİRİŞ

Ana ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişkiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken hususlardan ilki, çocuğun velayetidir. Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 337/I. maddesine göre, evlilik dışında doğan çocuğun velayeti anada olup sonradan çocukla baba arasında tanıma veya babalığa hükmedilmesi yoluyla soybağının kurulması, ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilemez.

Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilememekle birlikte çocuğun soyadının değişmesine sebep olmaktadır. Evlilik dışı doğan çocuk, babayla arasında soybağı ilişkisi kurulmuşsa babanın, kurulmamış ise ananın soyadını alır. Bu durumda velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının farklı olması sonucu ortaya çıkacak olup bunun, günlük yaşamda başta velayet hakkının ispatı olmak üzere bir takım zorluklara sebebiyet vermesi oldukça muhtemeldir.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus soybağına ilişkindir. Ancak belirtmek gerekir ki, soybağı kapsamında tartışılacak mesele, çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmasından bağımsız olarak, ananın herhalde karşılaşılabileceği bir meselidir.

TMK'nun 282. maddesine göre, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulur. Kanun'da öngörülen bu kural, işin mahiyeti gereği olup, tabii bir olgu olan doğum olgusuna dayanmaktadır. Çocuğun herhangi bir sebeple kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadı-

nın nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması, çocuk ile bu kadın arasında soybağı ilişkisi kurulduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespiti-ne yönelik olarak açılacak dava, nüfus sicilinin düzeltilmesi davasıdır.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespiti için kullanılacak doğum belgelerinin mevcut olmaması veya gerçeği yansıtmıyor olması halinde başvurulacak yol genetik inceleme olacaktır. Bu noktada tartışma konusu olacak temel mesele, kadının genetik incelemeye rıza göstermemesi halinde, TMK'nın 284/b.2. maddesinin mi, yoksa söz konusu maddeye göre daha ağır sonuçlar içeren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 292/I. maddesinin mi uygulanacağına ilişkindir. TMK'nın 284/b.2. maddesine göre, davalı, soybağının belirlenmesine yönelik araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir. HMK'nın 292/I. maddesine göre ise haklı bir sebep olmaksızın genetik incelemeye rıza gösterilmemesi halinde hakim zor kullanarak kan ve doku alınmasına karar verebilir.

I- EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUĞUN VELAYETİ

Ana ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişkiyle ilgili olarak üzerinde durulması gereken hususlardan ilki çocuğun velayetidir. Velayet hakkından söz edebilmek için önce ana baba ve çocuk arasında soybağının kurulmuş olması gerekir. Bu kuralın doğal bir sonucu olarak, TMK'nın 337. maddesinde evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin fiil ehliyetine sahip anada olduğu hükme bağlanmıştır. Babalık davası neticesinde babalığa hükmedilmesiyle veya babanın çocuğu tanımasıyla çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilemez. Ancak babanın ana ile evlenmesi halinde evlilik dışında doğan çocuk, kendiliğinden evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tabi olacağından (TMK m. 292), ana ve baba birlikte velayet hakkına sahip olur (TMK m. 336/I).

Ananın küçük olması, kısıtlanması veya ölmesi ya da velayetin anadan alınmış olması halinde hakim, velayeti babaya verebileceği gibi, çocuğa bir vasi de tayin edebilir (TMK m. 337/II). Hakim bu ko-

nuda karar verirken çocuğun yararını dikkate alır.¹ Eğer ileride çocuğun velayetinin anaya bırakılacağı düşünülüyorsa, örneğin ana küçük olduğu için velayet kendisine bırakılmamış ise bu durumda çocuğu babanın velayetine bırakmak yerine ona bir vasi atanmasının daha yerinde bir çözüm olacağı kabul edilmektedir. Zira sonrasında çocuğun velayetinin babadan alınmasının daha zor olacağı düşünülmektedir.²

Ananın küçük veya kısıtlı olması halinde ise mahkeme kararına kadar velayet anada kalır. Daha sonra ananın ergin olması veya hakkındaki kısıtlılık kararının kalkmasıyla, ana kanundan dolayı velayet hakkına sahip olur.³ Ancak bu arada çocuğun velayeti babaya verilmişse, ananın ergin olması ya da hakkındaki kısıtlılık kararının kaldırılması, velayet hakkının kendisine verilmesi için yeterli değildir. Ananın velayet hakkına sahip olabilmesi için, öncelikle velayet hakkının babadan alınmış olması gerekir. Şu halde, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin babaya bırakılması daha çok ananın ölümü veya velayetin anadan alınmış olması halinde söz konusu olmaktadır. Ananın ergin olması veya hakkındaki kısıtlılık kararının kaldırılması halinde velayetin babaya bırakılması için ananın velayeti yürütmekte yetersiz kalacağına anlaşılmış olması gerekir.⁴

II- EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUĞUN SOYADI

Evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağının kurulması ananın tek başına velayet hakkına sahip olmasını etkilememekle birlikte çocuğun soyadının değişmesine sebep olmaktadır. Zira evlilik

¹ Heinz Hausheer/Thomas Geiser/Regina E. Aebi-Müller, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 5.Aufl., Bern, 2014, § 17, N. 17.90; Cyril Hegnauer, Grundriss des Kindesrecht und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern, 1999, § 25, N. 25.23; Thomas Sutter-Somm/Felix Kobel, Familienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2009, N. 276; Peter Breitschmid, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012, Art. 298, N. 2; Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bs., Ankara, 2015, s. 1092.

² Öztan, Aile Hukuku, s. 1092.

³ Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 17, N. 17.91; Hegnauer, Kindesecht, § 25, N. 25.23; Breitschmid, CHK-Handkomm., Art. 298, N. 2; Ingeborg Schwenzer, Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl., Basel-Gnef-Münschen, 2006, Art. 298, N. 3; Öztan, Aile Hukuku, s. 1092; Cem Baygın, Soybağı Hukuku, İstanbul, 2010, s. 270-271.

⁴ Hegnauer, Kindesecht, § 25, N. 25.24; Breitschmid, CHK-Handkomm., Art. 298, N. 2; Öztan, Aile Hukuku, s. 1093.

dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi tesis edilmişse babanın, edilmemişse ananın soyadını almaktadır.⁵ Esasında bu sonuç mantıksal bir zorunluluktur. Çünkü bu durumda çocuğun, soyadını alabileceği hukuken tanınan başka bir kişi de bulunmamaktadır.⁶

Evlilik dışı doğan ve baba ile soybağı ilişkisi tesis edilmemiş olan çocuğun ananın soyadını alması, ananın velayet hakkına sahip olmasına bağlı olmadığından,⁷ velayet kaldırılmış olsa bile çocuk ananın soyadını alır.⁸

TMK'nun 321. maddesinden, soyadının kazanılması hususunda soybağı esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır.⁹ Bunun sonucu olarak, doğumla kazanılan soyadı, dayanağını oluşturan soybağı ilişki-

⁵ Öztan, Aile Hukuku, s. 1013; M. Kemal Oğuzman/ Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, 15. Bs., İstanbul, 2015, s. 109; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, 4. Bs., İstanbul, 2012, s. 171; Burak Özen, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 3-4, İstanbul, 2010, s. 172; Mehmet Beşir Acabey, Soybağı, İzmir, 2002, s. 284; Süleyman Mortaş, "Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi", *GÜHFD*, C. XX, Sy. 2, Ankara, 2016, s. 317; Ayça Akkayan Yıldırım, "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, C. I, İstanbul, 2010, s. 81; Mustafa Aysal, "Velayet Hakkı Kapsamında Çocuğun Soyadı Değişikliği", Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku), Ankara, 2017, s. 351; Ömer Uğur Gençcan Aile Hukuku, Ankara, 2011, s. 1477; Tuba Birinci Uzun, "Aile Soyadı Çıkmazı, Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Bırakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sy. 4, Ankara, 2016, s. 107. YHGK., 13.03.2015 T., 18-1755 E., 1039 K.

⁶ Serkan Ayan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *GÜHFD*, C. XVI, Sy. 4, Ankara, 2012, s. 30; Mehmet Gökhan Pehlivan, "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı İle Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Serdar Özgüldür Armağanı, Sy. 7, Ankara, 2016, s. 803.

⁷ Hegnauer, BK, Art. 270, N. 30.

⁸ Ayan, s. 30.

⁹ Yargıtay da kararlarında çocuğun soyadını kazanmasında, soybağının belirleyici unsur olduğuna işaret etmiştir (Y. 18. HD., 26.11.2015 T., 2159 E., 17250 K.; 14.03.2013 T., 14696 E., 3922 K.).

Kanuni düzenlemeler yönünden soyadı, soybağının velayet hakkına bağlı olmayan hükümlerinden olmakla birlikte, Anayasa Mahkemesi çocuğun soyadının belirlenmesini velayet hakkı kapsamında değerlendirmektedir. (AYM, 08.12.2011 T., 119 E., 165 K.; 25.06.2015 tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı 2. Bölüm ve 11.11.2015 tarihli 2013/7979 Başvuru Sayılı Genel Kurul Kararı).

sinin değişmesiyle, başka bir ifadeyle var olduğu sanılan soybağı ilişkisinin gerçekte bulunmadığının anlaşılması veya bilinmeyen soybağı ilişkisinin sonradan tespit edilmesiyle birlikte değişikliğe uğramaktadır.¹⁰ Örneğin, doğduğu sırada ana ve baba evli olmadığı ve babayla arasında soybağı ilişkisi kurulmadığı için ananın soyadını alan çocuk, daha sonra tanıma yoluyla baba ile arasında soybağı ilişkisi kurulursa babanın soyadını almaktadır. Ancak tanımanın iptali sonucunda babayla çocuk arasındaki soybağı ilişkisi ortadan kalkarsa, çocuk tekrar ananın soyadına geri döner.

Evlilik dışında doğan çocuğun baba ile soybağı ilişkisi kurulduktan sonra babanın soyadını alacağı kuralı, gerek öğretide gerek uygulamada tartışma konusu olmuştur. Velayet hakkına sahip olan ve çocukla ilgili her türlü işlemi tek başına yapmak durumunda olan ana, her defasında çocukla soyadı farklılığının sebebini açıklamak zorunda bırakılmaktadır.

Evlilik dışında doğan çocuğun soyadı meselesi, TMK'nun 321. maddesinde ana ve babanın evli olup olmaması durumuna göre her iki ihtimali de içerecek biçimde düzenlenmişti. Buna göre, çocuk ana ve baba evli ise ailenin, evli değilse (evlilik dışında dünyaya gelmişse) ve TMK'nun 285. maddesinde öngörülen babalık karinesi de etkili oluyorsa, ananın soyadını almaktaydı.¹¹

Ancak 25.04.2006 tarihli 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun (NHK) 28/(4). maddesinde ise tanıma üzerine evlilik dışında doğan çocuğun baba hanesine baba adı ve soyadıyla tescil edileceği hüküm altına alınmıştır. Sözü edilen hükmün gerekçesinde "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321 inci maddesine göre tanınan çocuk ana hanesine ananın soyadı ile tescil edilmektedir. Bu madde ile, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi uygulamasında olduğu gibi, tanınan çocuğun baba hanesine babanın soyadı ile tescil edilmesi öngörülmektedir." ifadesine yer verilmiştir. Gerekçede yer alan bu ifadede NHK'nın 28/(4). maddesiyle evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun her durumda ananın soyadını alacağını öngören TMK'nun 321. maddesinin örtülü olarak yürürlük-

¹⁰ Özen, s. 180.

¹¹ Bununla birlikte TMK'nun 292. maddesi uyarınca evlilik dışında doğan çocuk ana ve babanın sonradan evlenmesiyle evlilik içi çocuk statüsü kazanacağından, doğrudan babasının soyadını alacaktır.

ten kaldırıldığı sonucuna varılmaktadır.¹² Böylece bu değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk, tanıma halinde doğrudan babasının soyadını alabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, NHK'nın 28/(4). maddesinde çocuk ile babası arasındaki soybağının mahkeme kararıyla kurulması halinde çocuğun kimin soyadını alacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de mahkemenin babalığa hükmetmesi halinde de tanımada olduğu gibi, evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisi kurulacaktır. Bu nedenle evlilik dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin olarak NHK'nın 28/(4). maddesinde öngörülen çözümün, mahkemenin babalığa hükmetmesi halinde de uygulanabileceğini ve çocuğun babasının soyadını alacağını söylemek mümkündür.¹³

NHK'nın 28/(4). maddesiyle getirilen bu hükme ve ayrıca gerekçede yer verilen açıklamalara rağmen Anayasa Mahkemesi, bu Kanunun yürürlüğe girmesinin ardından uzun bir süre geçtikten sonra, 02.07.2009 tarihinde vermiş olduğu bir kararla, evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, ananın soyadını alacağına ilişkin TMK'nun 321. maddesinin ilgili hükmünü Anayasa'nın 10, 11 ve 41. maddelerine aykırı görmüş ve iptal etmiştir.¹⁴ Esasında Anayasa Mahkemesi örtülü olarak yürürlükten kalkmış olan bir hükmün iptaline karar vermiştir.¹⁵

¹² Ayan, s. 28; Helvacı, s. 172, dnp. 525; Mustafa Dural/Tufan Ögüz/Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2012, s. 317; Akkayan Yıldırım, s. 82. Yargıtay da o tarihlerde verdiği kararlarında NHK'nun 28. maddesine atf yaparak, evlilik dışında doğmuş olup babayla soybağı ilişkisi kurulan çocuğun baba hanesine babanın soyadıyla kaydedilmesi gerektiğini ifade etmiştir (Y. 18. HD., 28.06.2006 T., 3833 E., 10301 K.; 01.03.2007 T., 91 E., 1702 K.). Özen ise NHK'nun düzen kuralları getirdiği ve maddi hukuk açısından değiştirici etki yaratmayacağını ifade etmektedir (Özen, s. 178, dnp. 25).

Kanun koyucu evlilik dışında doğan çocuğun soyadına ilişkin olarak, yeni tarihli özel kanun niteliği taşıyan NHK'da, genel kanun niteliğinde olan TMK'nda değişiklik yapma yoluna gitmiş ise de TMK'nun 321. maddesi buna uygun olarak yeniden düzenlenmemiş olması sebebiyle, söz konusu hükmün yürürlükte olup olmadığı konusunda tereddütler yaşanmış ve mahkemeler zaman zaman örtülü olarak yürürlükten kalkmış olan hükmü esas alarak karar vermiştir.

¹³ Dural/Ögüz/Gümüş, s. 317; Helvacı, s. 172; Öztan, Aile Hukuku, s. 1013; Ayan, s. 27; Pehlivan, s. 804. 2006/11081 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in 103. maddesinde de babalığa hükmedilmesi halinde çocuğun babasının soyadını alacağı açıkça belirtilmiştir

¹⁴ AMK. 02. 07. 2009 T., 114 E., 105 K.

¹⁵ Öztan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla birlikte, TMK'nun 321. maddesi ile NHK'nun 28/(4). maddesi arasında uyum sağlanmış ve evlilik dışında doğan çocuğun babası tarafından tanınması veya babalık davası yoluyla babaya soybağıyla

Anayasa Mahkemesi, ana baba evli değilse çocuğun ananın soyadını alacağına dair TMK'nun 321. maddesinde yer alan hükmü, evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi ilkesine aykırılık teşkil ettiği¹⁶ ve evlilik dışında doğan çocuğun babasının soyadını almasının onun menfaatine olacağı gerekçesi ile iptal etmiştir. Kararda çocuğun babasının soyadını taşımasının bir hak olduğu, ona ananın soyadının verilmesinin ise çocuğun menfaatlerinin ihlali sayılacağı ifade edilmiştir.¹⁷

Söz konusu kararda, evlilik dışında doğan çocuğun babasının soyadını alamamasının, çocuğun farklı ve hatta daha eksik bir sosyal korumaya tabi tutulması anlamına geleceği, başka bir ifadeyle babanın soyadının alınmasının, sosyal koruma seviyesini artıracacağı sonucuna varılmıştır. Fakat bu görüşe katılmak ve evlilik dışında doğan çocuğun ananın soyadını taşımasının, onun menfaatlerinin ihlali anlamına geleceği yönündeki varsayımı kabul etmek mümkün değildir. Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun velayetinin anada olması halinde bile çocuğun babasının soyadını Kanun gereği alması, Anayasa Mahkemesi'nin bahsi geçen kararında dayandığı temel esaslardan biri olan "*çocuğun menfaati*" ilkesine aykırıdır.¹⁸ Serozan'ın isabetli olarak ifade ettiği üzere, evlilik dışında doğan çocuğun ananın soyadını alması ve böylece "*soyadı ile velayet arasında anlamsız ve sakıncalı asimetri-nin*" önüne geçilmesi çocuğun üstün yararına uygun düşen bir çözüm olacaktır.¹⁹

bağlanması halinde, babanın soyadı ile baba hanesine tescil edilmesine ilişkin engel ortadan kalkmış olduğundan, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yerinde olduğunu ifade etmektedir (Özta, Aile Hukuku, s. 1012-1013).

¹⁶ Anayasa Mahkemesi Kararını bu gerekçe yönünden yerinde gören görüş için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 110.

¹⁷ Anayasa Mahkemesi Kararını bu gerekçe yönünden yerinde gören görüş için bkz. Hüseyin Hatemi/Burcu, Kalkan Oğuztürk, Kişiler Hukuku, 2. Bs., İstanbul, 2013, s. 56.

¹⁸ Rona Serozan, Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 5. Bs., İstanbul, 2014, s. 474; Ayan, s. 29; Ece Baş, Süzel/Gökçe Kurtulan, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, Sy. 135-136, İstanbul, 2015, s. 86. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararındaki karşı oy yazılarında da benzer düşüncelere yer verilmiştir. Karşı oy yazılarında velayetin ana olduğu durumlarda çocuğun ananın soyadını taşımasının amaca uygun olduğu, sırf tanıma veya babalığa hüküm edildiği için, çocukla duygusal hiçbir yakınlığı olmayan babanın soyadını taşımakta çocuğun yararı bulunmayacağı ifade edilmiştir.

¹⁹ Rona Serozan, "Anayasa Mahkemesi'nin Yeni Medeni Kanun Kurallarına İlişkin

Anayasa Mahkemesi'nin TMK'nun 321. maddesinde yer alan "*evli değilse ananın*" ibaresini kaldırmasıyla birlikte, Kanun'un anılan hükmü, yalnızca doğduğu anda ana ve babası evli olan çocukların soyadının nasıl belirleneceği sorusuna yanıt verir hale gelmiştir. Doğduğu anda ana ve babası evli olmayan çocukların soyadının nasıl belirleneceği meselesi, bu çocuklarla ilgili olarak tanıma ve babalık hükmü olup olmadığına bakılmaksızın TMK'nun 321. maddesi dışında kalmaktadır. Hüküm, doğduğu anda ana ve babası evli olan çocukların soyadını düzenlerken, ana ve babası evli olmayan çocukların soyadının nasıl belirleneceği konusunda sessiz kalmaktadır. Anılan düzenleme bu haliyle lafzı itibariyle boşluk içermektedir.²⁰

Diğer taraftan Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı sonucunda, TMK'nun 321. maddesinin iptal hükmünün dışında kalan son cümlesi, anlamsız hale gelmiştir. Gerçekten de, hüküm içerisinde bu cümle kendisinden önce gelen cümleyle bağlantılı şekilde ele alınmış ve ana ile babanın evli olmadığı ihtimalde, ananın çift soyadı taşıması durumunda çocuğun ananın hangi soyadını taşıyacağı sorununa cevap vermiştir. Önceki cümledeki bağlantı ibaresi olan "*evli değilse ananın*" ibaresi iptal edilince bu cümle artık bir anlam ifade etmemektedir.²¹

TMK'nun 321. maddesinin Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı doğrultusunda yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Evlilik dışında dünya gelen çocuğun soyadının ne olacağı hususunda sadece NHK'da düzenleme yapılması yeterli değildir. Öğretide ve uygulamada zorunlu olarak Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararıyla ve NHK'nun 28/(4). maddesiyle uyumlu olacak şekilde, evlilik dışında dünyaya gelmiş olup tanıma veya babalık davası yoluyla baba ile arasında soy-

Kararlarının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 149.

²⁰ Özen, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109-110; Baş Süzel/Kurtulan, s. 87.

²¹ Özen, s. 179; Pelin Işıntan, "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*, Sy. 1, İstanbul, 2012, s. 268; Saibe Oktay-Özdemir, "Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 189; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 109-110; Baş Süzel/Kurtulan, s. 87.

bağı kurulmuş olan çocuğun babanın soyadını, aksi takdirde ananın soyadını alacağı düşüncesi benimsenmiştir.²²

Evlilik dışında doğan çocuğun ananın soyadını almasının temel gerekçesi, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun daha çok ananın yanında kalması, onun gözetiminde ve çevresinde yetiştirilmesi nedeniyle, n soyadını almasının çocuğun menfaatine daha uygun olacağı düşüncesidir.²³ Gerçekten de çocuğuyla ilişkisini inkar ederek, aleyhine babalık davası açılmasına neden olan bir baba karşısında, velayeti anada olan çocuğun, babasının soyadını taşımasının yerinde olacağını söylemek çok isabetli görünmemektedir.²⁴

23.11. 2006 tarihinde yürürlüğe giren Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik'in (NHKUIY) 23/(3). maddesinde çocuğun, ananın bekarlık hanesine yine ananın bekarlık soyadıyla kaydedileceği belirtilmiştir. İlgili düzenlemeyle birlikte çocuğun doğduğu tarihte ananın taşımakta olduğu soyadını değil, bekarlık soyadını alacağı kuralı getirilerek, bu konuda ortaya çıkan sorunlara ve tartışmalara²⁵ kesin bir çözüm getirilmiştir. Böylece ev-

²² Özen, s. 180.

²³ Cyril Hegnauer, Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhältnisses, 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art.270-275 ZGB; Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art.276-295 ZGB, Bern, 1997, Art. 270, N. 21, 115. BGE 105 II 247, 252.

²⁴ Rona Serozan, Çocuk Hukuku, 2. Bs., İstanbul, 2005, s. 238, Kişiler Hukuku, s. 474; Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 11. Bs., İstanbul, 2011, s. 162. Özen'e göre ise aynı babaya soybağıyla bağlı çocuklardan bir kısmı babalarının soyadını taşıırken, diğer bir kısmının bu soyadını taşıyamayacak ve babasından farklı soyadı taşıyan çocukların evlilik dışı dünya geldikleri yönünde bir toplumsal algı yaratılmış olunacaktır (Özen, s. 178).

²⁵ NHKUIY'nin 23/(3). maddesiyle getirilen değişiklikten önce doğum anında ananın taşıdığı soyadının soybağı, evlenme veya ad değiştirme davası yoluyla kazanıldığına bakılmaksızın çocuğun soyadı olmaktadır. Örneğin ana, evliliğinin ölümle sona ermesi nedeniyle veya evliliğinin boşanmayla sona ermesine rağmen eski kocasının soyadını taşımaya devam ediyor olabilir. Bu durumda evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra evlilik dışı bir çocuk dünyaya gelmişse, bu çocuk ananın eski kocasının soyadını almaktaydı. Bu durumda eski koca, soybağı ilişkisi olmadığı bir çocuğa soyadını vermek zorunda kalmaktaydı (Özen, s. 175; Saibe Oktay-Özdemir, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", Prof.Dr. Zahit İmre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 295; Ayan, s. 30; Hegnauer, Kindesecht, § 16, N. 16.06; Peter Tuor/Bernhard Schneider/Jörg Schmid/Alexandra Rumo Jungo, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14.Aufl., Zürich, 2015, § 41, N. 15; Simon Thurnheer, "Die Namensänderung in England und der Schweiz", Jusletter 6. Februar 2012, N. 61, (Jusletter veri tabanı aracılığıyla erişilmiştir.

liliğinin ölümle sona ermesi nedeniyle ölen kocasının veya evliliğinin boşanmayla sona ermesine rağmen TMK'nun 173/II. maddesinden yararlanarak eski kocasının soyadını taşımaya devam eden kadın, evliliğin sona ermesinden itibaren 300 gün geçtikten sonra evlilik dışında bir çocuk dünyaya getirmişse, bu çocuk ananın hali hazırda taşıdığı eski kocasına ait soyadını değil, bekarlık soyadını alacaktır. Bu sonuç, çocuğun babasının sona eren evlilikteki koca olduğu yönünde ortaya çıkabilecek yanlış kanıyı da engelleyecek niteliktedir.²⁶ Çocuk evlilik içinde doğmuş olmakla birlikte, kocanın soybağını reddettiği durumda da anasının bekarlık soyadını alır (NHKUIY m. 23/(1)).

İsviçre ve Alman Hukuklarında ise Türk Hukuku'ndan farklı olarak, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun soyadının belirlenmesinde soybağı değil, velayet ilişkisi esas alınmaktadır. Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun soyadını düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu'nun 270a maddesine göre, evlilik dışında dünyaya gelen çocuk, kural olarak velayet hakkına sahip olan ebeveynin evlenmeden önceki soyadını alır. Eğer evlilik dışında doğan çocuğun velayetini ana ve baba birlikte kullanıyorsa, o takdirde ana ve baba çocuğun hangisinin evlenmeden önceki soyadını taşıyacağına birlikte karar verir. Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti ana ve babadan birine bırakılmamışsa, bu durumda çocuk ananın evlenmeden önceki soyadını alır. İlgili maddenin son fıkrasına göre, velayet değişikliği çocuğun soyadını etkilemez ancak adın değiştirilmesine ilişkin hükümler saklıdır.²⁷

Alman Hukuku'nda çocuğun soyadı meselesi, onun evlilik içinde veya dışında doğmuş olmasından bağımsız olarak düzenlenmiştir. Konuya ilişkin Alman Medeni Kanunu §1617/I' e göre, ailenin ortak bir soyadı yoksa, fakat velayet ana ve baba tarafından birlikte kullanı-

E. T. 15.04.2017)). Bunun yerinde olmadığını gören İsviçre kanun koyucusu da, İsviçre Medeni Kanunu'nda 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikle, evlilik dışında doğan çocuğun velayet hakkı sahibi ebeveynin mevcut değil, bekârlık soyadını alacağını öngörmüştür (ZGB Art. 270a). Şu halde çocuğun doğduğu sırada velayet hakkı sahibi ana, eski evliliğinden gelen soyadını kullanıyorsa veya soybağı reddedildiği için çocuk evlilik dışı çocuk statüsü kazanmışsa ve ana kocasının soyadını kullanıyorsa, çocuk ananın mevcut soyadını değil, bekârlık soyadını alacaktır (Ayan, s.34).

²⁶

Özen, s. 176.

²⁷

Claudia Stehli, OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl., Zurich, 2016, Art. 270a, N. 1-3; Tuor/Schneider/Schmid/Rumo Jungo, § 41, N. 21-22.

lıyorsa, onların nüfus memurluğuna birlikte yapacakları başvuruyla, ana veya babanın soyadının çocuğa verilmesini tercih edilebilirler.²⁸ Buna karşılık velayet eşlerden sadece birine aitse, çocuk kural olarak velayet hakkına sahip olan ebeveynin, çocuğun doğumu anındaki soyadını alır. Velayet hakkına tek başına sahip olunan çocuk evlilik dışında dünyaya gelmiş bir çocuk olması halinde, velayet hakkı sahibi ebeveynin, nüfus memurluğuna yapacağı başvuruyla, çocuğa diğer ebeveynin soyadının verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Ancak bunun için soyadı verilmek istenen ebeveynin ve çocuk beş yaşını tamamlamışsa çocuğun rızasının alınması gerekir (BGB §1617a).²⁹

Yukarıda yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesi'nin, çocuğun yararına olmadığı gerekçesiyle iptal ettiği hüküm, yukarıda anılan ülkelerin hukuk sistemlerinde çocuğun daha menfaatine olduğu için özel olarak kabul edilmiştir. Anılan ülke hukuklarındaki düzenlemelerin eşitlik ilkesine veya çocuğun menfaatine aykırılığı konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır.

Türk Hukuku bakımından evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağı ilişkisi kurulmuş ise velayet anada olmasına rağmen çocuk babanın soyadıyla nüfus kütüğüne kaydedileceğinden, velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının farklı olması sonucu ortaya çıkabilecektir. Bu durumun ise günlük yaşamda bir takım zorluklara sebebiyet vermesi oldukça muhtemeldir. Şöyle ki, evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında soybağı ilişkisinin kurulmasının ardından çocuk babanın soyadıyla babanın nüfus kütüğüne kaydedilir. Bu durumda velayet anada olmakla birlikte, ana ile çocuğun soyadı farklı olduğundan, ana her defasında tek başına velayet hakkına sahip olduğunun ispatı sorunuyla karşılaşacaktır.

Çocuk evlilik birliği içinde dünyaya gelmiş ve evliliğin boşanmayla sona ermesi sonucunda velayet anaya bırakılmışsa, ananın elinde velayet hakkına sahip olduğunu gösteren bir mahkeme kararı olduğundan, kendisiyle farklı soyadı taşıyan çocuğunun velayetinin ken-

²⁸ Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 9: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Aufl., München, 2017, § 1617, N. 8, 18; Wolfgang Enders, Beck'scher Online-Kommentar BGB, 42. Edition, Stand: 01.02.2017, § 1617, N. 2.

²⁹ v. Sachsen Gessaphe, MüKoBGB, § 1617a, N. 12; Enders, BeckOK BGB, § 1617a, N. 2,3.

disinde olduğunu bu mahkeme kararıyla ispat edebilecektir. Buna karşılık evlilik dışında doğmuş olan çocuk ile ana arasındaki soybağı doğumla kurulduğundan ve ana kanundan dolayı velayet hakkına sahip olduğundan, ananın elinde velayetin tek başına kendisine ait olduğunu gösteren herhangi bir mahkeme kararı bulunmamaktadır. İşte böyle bir durumda ana bakımından velayet hakkına sahip olduğunu nasıl ispat edeceği meselesi gündeme gelmektedir. Böyle bir durumda ananın başvurabileceği tek yol, HMK'nun 106. maddesi kapsamında öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde açacağı bir tespit davasıyla velayetin kendisinde olduğunun mahkemece tespitini talep etmek olacaktır.

Velayet anada olduğu ve çocuğun ana tarafından temsil edildiği halde, soyadının anadan farklı olması, resmi işlemlerde bir takım zorluklara neden olduğu gibi, çocuğun "*neden soyadın ananın soyadından farklı*" sorusuna muhatap olması, çocuk ve ananın özel hayatlarının yanında genel anlamda aile hayatına saygı ilkesi (AY .m. 20, AİHS m. 8) ile de bağdaşmamaktadır.³⁰

Ana ile çocuğun soyadının farklı olmasının beraberinde getirdiği sorunları aşmak adına TMK'nun 27. maddesine dayanarak, çocuğun soyadının velayeti kendinde olan ve çocuğa fiilen bakmakta olan ananın soyadıyla değiştirilmesi talep edilebilir. TMK'nun 27. maddesine uyarınca, haklı sebeplerin varlığı halinde soyadının değiştirilmesi istenebilir. Hakim, hakkaniyetin gereklerini gözeterek ve somut olayın koşullarını değerlendirerek haklı bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verecektir.³¹

Elbette ananın velayet hakkına sahip olması tek başına çocuğun soyadının değiştirilmesi için yeterli bir neden değildir. Esas olan çocuğun üstün yararadır. Çocuğun soyadının değiştirilmesinde haklı nedenin mevcut olup olmadığı değerlendirilirken çocuk yönünden

³⁰ Aysal, çocuğun soybağı hükümlerine göre kanunen kazandığı meşru statüsünün korunmasının aile hayatına saygının ihlali anlamına gelmeyeceğine işaret etmektedir. Aysal'a göre, ana veya babanın velayet hakkına dayanarak çocuğun soyadını belirlemelerine izin vermek, çocuğun meşru statüsünü sarsacak şekilde ana veya babanın çocuk üzerinde keyfi hareketlere yol açacak bir uygulamanın önünün açılması anlamına gelir (Aysal, s. 350).

³¹ Hegnauer, BK, Art. 270, N. 58; Oktay-Özdemir, Anayasa Mahkemesi, s. 195-196.

ahlaki, ruhi, fikri, iktisadi ve benzeri kriterler esas alınmalıdır.³² Evlilik dışında dünyaya gelen ve velayeti anada olan çocuğun soyadının anadan farklı olmasının, onun gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etki doğurduğu tespit edilmiş ve ananın soyadını almasının onun yararına olacağı sonucuna varılmış ise bu durumun çocuğun soyadının ananın soyadıyla değiştirilmesi bakımından haklı sebep oluşturduğu söylenebilir.³³ Gerçekten de çocuğun bakımını ve gözetimini üstlenmiş olan ana ile çocuğun soyadının farklı olması, kimi durumlarda çocuğun menfaatinin korunması amacına aykırılık oluşturabilir.³⁴ Çocuğun sosyal ve hukuki ilişkilerinde ortaya çıkan değişikliklerle birlikte, yasayla belirlenmiş soyadında da değişikliğe gidilmesini haklı gösterecek durumların ortaya çıkması oldukça muhtemeldir.³⁵ Ancak her durumda çocuğun, yanında yetişip büyüdüğü anadan farklı bir soyadı taşımasının, tek başına çocuk için zarar verici sonuçlar meydana getireceği ve soyadının değiştirilmesinde haklı sebep oluşturacağı sonucuna varıl-

³² Öztan, Aile Hukuku, s. 1015; Margot Michel, Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Basel, 2012, Art. 270, N. 10. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında şu belirlemeyi yapmıştır: "Hangi hallerin haklı sebep teşkil ettiği konusunda bir yasal düzenleme bulunmadığından ve esasen bu konuda bir kıstas belirlenmesi de söz konusu olmadığından, haklı sebebin var olup olmadığı, her bir davadaki özel koşullara göre mahkemece belirlenecektir. Bu belirleme yapılırken objektif koşullardan çok, değiştirme isteminde bulunanın mahkemeye sunacağı özel nedenlerin dikkate alınması gerekir." (Y.3. HD., 2.3.1989 T., 1012 E., 375 K.).

³³ Rona Serozan, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 771, Çocuk Hukuku, s. 239; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 118-119; Öztan, Aile Hukuku, s. 1015; Ayan, s. 65; Arzu Genç-Aridemir, "Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan ADAL'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 742; Oktay-Özdemir, Anayasa Mahkemesi, s. 196, dpn. 22; Mortaş, s. 339; Birinci Uzun, s. 107; Işıntan, s. 273; Pehlivan, s. 823; Michael Rüfenacht, "Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungskind", recht, Heft 2, Bern, 2005, s. 65; Rolf Häflinger, Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, Zürich, 1996, s. 262; Hegnauer, Kindesrecht, § 16, N. 16.14, BK Art. 270, N. 20; Peter Breitschmid, "Der Name des Kindes: Namenskontinuität oder Namenskoordination mit Betreuungssituation? Bemerkung zu BGE 132 III 497", ZVW, Jahrgang 62, 2007, s. 32.

³⁴ Çocuk ananın soyadını taşınamaması nedeniyle kendini aileden dışlanmış hissediyorsa, bu konuda aile ve çevreden tepki ya da baskı görüyorsa, bu durumun çocuğun yararına olduğu düşünülemez (Deniz Ergene, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", MHB, Y. 31, Sy. 2, İstanbul, 2011, s. 141).

³⁵ Hegnauer, BK, Art. 270, N. 57-58; Regina E. Aebe-Müller, CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012, Art. 30, N. 2; Özen, s. 184.

maz. Yasa gereği kazandığı soyadını taşıyan çocuğun hangi nedenden dolayı somut ve ciddi bir zarar göreceği ispatlanmalıdır.³⁶

Yargıtay konuya ilişkin kararlarında velayet hakkının anaya verilmiş olmasının çocuğun soyadının değiştirilmesi bakımından haklı neden sayılmadığını, babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı usulüne uygun şekilde açılan bir dava yoluyla değişmedikçe çocuğun soyadının değişmeyeceğini ve velayet hakkına dayanarak ananın bu yönde bir talepte bulunamayacağını belirtmiştir.³⁷

İsviçre Federal Mahkemesi, eski tarihli kararlarında çoğunlukla, çocuğun soyadının, velayetinin bırakıldığı ve birlikte yaşadığı ananın soyadıyla değiştirilmesi yönündeki talepleri, çocuğun menfaatine uygun düşeceği gerekçesiyle kabul etmekteydi. Federal Mahkeme kararlarında, ananın yanında büyüyen çocuğun ondan farklı bir soyadı taşımasının, çocuk için büyük oranda olumsuz etkiler yaratacağını belirtmiştir.³⁸

Federal Mahkeme, sonraki tarihli kararlarında ise çocuğun soyadının velayet hakkı sahibi ananın soyadıyla değiştirilmesi yönündeki talepleri, değişen sosyal yaşam koşulları ve farklı soyadının tek başına çocuk üzerinde olumsuz etki yaratmayacağı gerekçesiyle reddetmektedir. Federal Mahkeme'ye göre, sosyal yaşamda ortaya çıkan gelişmeler nedeniyle, artık çocuğun anadan farklı bir soyadı taşımasının, çocuk açısından tek başına sosyal bir olumsuzluk yarattığı ve soyadının değiştirilmesinde haklı sebep oluşturduğu söylenemez. Çocuğun anadan farklı soyadı taşımasının neden ve nasıl bir olumsuz etki yarattığının somut olarak ispatlanması gerekir.³⁹

³⁶ Ayan, s. 65; Mortaş, s. 323, 36; Özen, s. 184. Özen'e göre, babasının soyadını taşıyan çocuk, sırf bu nedenle ciddi ve somut bir mağduriyete uğramaktaysa ve ananın soyadını alması bu mağduriyeti ortadan kaldıracaksa, o takdirde soyadı değişikliğini haklı gösteren bir sebebin bulunduğu kabul edilebilir (Özen, s. 185).

³⁷ Y.18 HD., 11.12.1996 T., 10269 E., 11112 K.; 18 HD., 23.2.2009 T., 11663 E., 1466 K.; 18 HD., 25.10.2002 T., 8139 E., 10431 K.; YHGK., 25.12.2013 T., 18-464 E., 1698 K.; 13.03.2015 T., 18-1755 E., 1039 K.

³⁸ BGE 105 II 247, 252; 108 II 247, 250-253; 109 II 177, 179; 110 II 433, 434; 119 II 307, 309. Sutter-Somm/Kobel, N. 819; Häflinger, s. 256; Rüfenacht, s. 63; Aebi-Müller, CHK-Handkomm., Art. 30, N. 2.

³⁹ BGE 121 III 145, 147-148; 124 III 401, 403; 126 III 1, 2-3; BGer 5C.163/2002, E. 2.2.2; 5C.97/2004, E.3; 5C.9/2006, E.5; 5A_624/2010, E.3.3). Sutter-Somm/Kobel, N. 819; Stephani Hrubesch-Millauer, Berner Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin kim tarafından talep edileceğine ilişkindir. Bu konuda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Bir görüşe göre, evlilik birliği içinde doğan veya evlilik birliği dışında doğmuş olup babasıyla soybağı ilişkisi kurulan çocuk, TMK'nun 321. maddesi uyarınca babasının soyadını taşımak zorundadır. Çocuğun soyadı bu suretle belirlendikten sonra, ergin oluncaya kadar velayet hakkına ve sair nedenlere dayanarak soyadının değiştirilmesi, TMK'nun 321. maddesinde yer alan düzenleme karşısında mümkün değildir. Çocuk ergin olduktan sonra haklı sebep varsa soyadını değiştirmek üzere dava açabilir.⁴⁰

Bir diğer görüşe göre ise ad değiştirmek şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğundan, çocuk, ayırt etme gücüne sahip olduğu sürece, soyadının değiştirilmesini talep edebilir.⁴¹ Ancak sınırlı ehliyetsizler yönünden ad değiştirilme taleplerinin yasal temsilcinin rızasına bağlı tutulmasının çıkar durumlarına daha uygun düşeceği savunulmaktadır.⁴² Adın değiştirilmesini talep hakkı her ne kadar şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde ise de bu dava sonucunda küçüğün maddi ve manevi yükümlülükler altına girmesi ihtimali bulunduğu gerekçesiyle yasal temsilcinin rızasının alınması gerektiği kabul edilmektedir.⁴³ Esasen TMK'nun 16/I. maddesi hükmü karşısında, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin ad değiştirme taleplerinin yasal

Art.1-9 ZGB, Bern, 2012, Art. 4, N. 440; Rüfenacht, s. 63; Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer/Vito Roberto, Einleitungsartikel und Personenrecht, Bern, 2011, s. 200; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 17, N. 17.15; Aebi-Müller, CHK-Handkomm., Art. 30, N. 2-3.

⁴⁰ Dural/Öğüz, s. 170; Baygın, s. 101; Aysal, s. 345. Yargıtay da, soyadının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu belirttikten sonra, çocuğun soyadının değiştirilmesi davasının yasal temsile kapalı olduğunu, çocuğun ergin olduktan sonra kendi adına dava açabileceğini açıkça ifade etmiştir (YHGK., 12.10.2011 T., 18-535 E., 622 K.; Y.18. H D., 29.04.2002 T., 2635 E., 4981 K.; 25.10.2002 T., 8139 E., 10431 K.; 29.09.2003 T., 4315 E. 6899 K.; 23.02.2009 T., 11663 E., 1466 K.; 16.06.2011 T., 4986 E., 7207 K.; 8.06.2013 T., 8551 E., 10693 K.).

⁴¹ Hegnauer, BK, Art. 270, N. 60; Andrea Büchler, OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3, Aufl., Zurich, 2016, Art. 30, N. 7; Bilge Öztan, Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar), 6. Bs., Ankara, 1994, s. 176; Serozan, Kişiler Hukuku, s. 475; Helvacı, s. 179; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 122-123; Özen, s. 193; Gençcan, s. 1494; Işınan, s. 274.

⁴² Öztan, Aile Hukuku, s. 1016, Şahsın Hukuku, s. 176; Ergun Özsunay, Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, 4. Bs., İstanbul, 1979, s. 201; Dural/Öğüz, s. 170.

⁴³ Öztan, Şahsın Hukuku, s. 176.

temsilcilerinin rızasına bağlı tutulmasını, kanun sistemi ile bağdaştırmak güç görünmektedir.

Haklı sebebe dayanarak soyadının değiştirilmesi talebinin, nispi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Buna bağlı olarak, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuğun soyadının değiştirilmesinin yasal temsilcisi tarafından talep edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.⁴⁴ Ancak soyadı değişikliği için açılacak davada çocuğun ana babasının yasal temsilci sıfatıyla hareket etmesi yerinde görülmemektedir. Çocukla ilgili her durumda yol gösterici nitelikte olan çocuğun üstün yararı ilkesi, soyadının değiştirilmesi talebinin değerlendirilmesinde de temel hareket noktası olacaktır. Soyadının değiştirilmesine ilişkin davada ana baba soyadı değişikliğiyle ilgili olarak kendi görüş ve değerlendirmelerini aktaracağından, başka bir ifadeyle çocuğun menfaatiyle ana ve babanın menfaati karşı karşıya gelebileceğinden, ana veya babanın çocuğun yasal temsilcisi olarak hareket edememeleri gerekir. Böyle bir durumda başvurulacak yol çocuğa kayyım tayin etmek olmalıdır.⁴⁵

Evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında tanıma veya babalığa hükmedilmesiyle soybağının tesis edilmesi, çocuğun mutlaka babasının soyadını alması için yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Aynı şekilde evlilik dışında dünyaya gelmiş olup babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olan çocuğun, her durumda mutlak surette ananın soyadını alması gerektiği yönündeki emredici bir düzenleme de isabetli değildir. Evlilik dışında doğan çocuğun soyadının tespitinde esas olan çocuğun üstün menfaatidir. Evlilik dışında dünyaya gelen ve ananın velayeti altında bulunan çocuk, anayla birlikte yaşıyor ve onun tarafından yetiştiriliyor ise sadece babasıyla arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisinin kurulmuş olması sebebiyle çocuğun babasının soyadını alacağı sonucuna varılması her durumda çocuğun menfaatine uygun bir çözüm olmayabilir. Bu itibarla evlilik dışında doğan çocuğun soyadı hususunda bağlayıcı bir kural yerine,

⁴⁴ Öztan, Aile Hukuku, s. 1016, Şahsın Hukuku, s. 177; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 122; Serozan, Kişiler Hukuku, s. 475; Özen, s. 193; Helvacı, s. 179; Özsunay, s. 201; Gençcan, s. 1494; Hegnauer, BK, Art. 270, N. 60, Kindesecht, § 16, N. 16.13; Büchler, OFK- ZGB Komm., Art. 30, N. 7. BGE 110 II 433; 117 II 6, 7.

⁴⁵ Hegnauer, BK, Art. 270, N. 53-54, 60-62, Kindesecht, § 16, 16.13; Öztan, Aile Hukuku, s. 1016; Özen, s. 194.

ya çocuğun velayet hakkı sahibi ebeveyn ile soyadı benzerliğine olanak tanınması⁴⁶ ya da hakime somut olayın şartlarına göre çocuğun menfaatini gözetebilecek nitelikte bir karar verebilmesi imkanının tanınması isabetli bir çözüm olacaktır.⁴⁷

Evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun soyadına ilişkin yasal düzenlemede yapılması önerilen değişikliğe göre, evlilik dışında doğan çocuk, ananın doğumu sırasında kullandığı soyadını almalıdır. *Çocuğun doğduğu sırada ana* evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, *çocuk ananın* bekarlık soyadını almalıdır. Babası ile arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisi kurulan çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektilmesi halinde mümkün olmalıdır. Yani evlilik dışında doğmuş olan çocuğun, babasıyla arasında soybağı kurulmuş bile olsa, velayet anada kaldığı sürece çocuğun ananın soyadını taşımasının daha uygun olacağı kabul edilmektedir.⁴⁸

II- EVLİLİK DIŞINDA DOĞAN ÇOCUK İLE ANA ARASINDA DOĞUMLA KURULAN SOYBAĞININ TESPİTİ

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus soybağına ilişkindir. Ancak belirtmek gerekir ki, soybağı kapsamında tartışılacak mesele, çocuğun evlilik içinde veya dışında doğmuş olmasından bağımsız olarak, ananın herhalde karşılaşılabileceği bir meselidir.

TMK'nun 282. maddesinde ana ile çocuk arasındaki soybağının doğumla kurulacağı düzenlenmiştir. Kanun'da öngörülen bu kural, işin mahiyeti gereği olup, tabii bir olgu olan doğum olgusuna dayanmaktadır. Bu nedenle yalnızca doğum olayının varlığı, ana ve çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin kurulması için yeterli kabul edilmiştir. Çocuğun evlilik içinde veya dışında dünyaya gelmesi, anaya soybağı ile bağlanması bakımından herhangi bir fark yaratmaz.

⁴⁶ Serozan, *Kişiler Hukuku*, s. 473.

⁴⁷ Oktay-Özdemir, *Anayasa Mahkemesi*, s. 197-198; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 119; Akkayan Yıldırım, s. 89.

⁴⁸ Ayan, s. 77; Dural/Öğüz, s. 162. Öğretide ileri sürülen bir diğer çözüm göre, evlilik dışında dünyaya gelen çocuğun anasının soyadını alacağı; çocuk ile babası arasında soybağının kurulmuş olduğu hallerde ise TMK'nun 27. maddesi çerçevesinde adın değiştirilmesi yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir (Akkayan Yıldırım, s. 85).

TMK'nun 28/II. maddesi gereğince, çocuk sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren hak ehliyetine sahip olacağından, ana ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin, ceninin ana rahmine düştüğü andan itibaren kurulduğu kabul edilmektedir.⁴⁹

Çocuğu doğran ana tek bir kişi olacağından, ana her zaman bellidir. Burada çocuğu doğuran kadının tespiti soybağının kurulması için yeterlidir. Ana çocukla arasındaki soybağını, aynı şekilde çocuk da anayla arasındaki soybağını reddedemez.⁵⁰

Belirtmek gerekir ki, herhangi bir sebeple çocuğun kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadın adına doğum siciline yazılması ve dolayısıyla bu kadının nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması, çocuk ile bu kadın arasında soybağı ilişkisi kurulduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik olarak açılacak dava nüfus sicilinin düzeltilmesi davası olacaktır.⁵¹

Nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada, ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespiti için doğum belgelerinin mevcut olmaması veya gerçeği yansıtmıyor olması halinde, başvurulacak yol tıbbi inceleme ve araştırma olacaktır. Soybağının belirlenmesine yönelik davalarda tıbbi inceleme ve araştırmalara ilişkin TMK'nın 284/b.2. maddesi ile HMK'nın 292/I. maddesi olmak üzere iki yasal düzenleme yürürlüktedir.

Soybağına ilişkin davalarda yargılama usulünü düzenleyen TMK'nın 284/b.2. maddesine göre, taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemeye rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hakimın öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse,

⁴⁹ Öztan, Aile Hukuku, s. 868; Hausheer/Geiser/Aebi-Müller, § 16, N. 16.09.

⁵⁰ Hegnauer, BK, Art. 252, N. 38; Johannes Reich, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012, Art. 252, N. 10; Tuor/Schneider/Schmid/Rumo Jungo, § 39, N. 9; Schwenzer, BSK, Art. 252, N. 9; Öztan, Aile Hukuku, s. 868.

⁵¹ Öztan, Aile Hukuku, s. 868; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 244; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara, 2015, s. 513; Gençcan, s. 1005. Y. 2. HD., 5.4.1999 T., 1104 E., 3027 K.; 07.06.2000 T., 5846 E., 7583 K.; 01.06.2009 T., 5650 E., 10465 K.; 17.06.2010 T., 9422 E., 12119 K.

durum ve koşullara göre bundan beklenen sonuç, onun aleyhine doğmuş sayılabilir. Kanun koyucu TMK'nın 284/b.2. maddesinde inceleme ve araştırma yükümlülüğüne riayet edilmemesi halinde, davalının rızası aranmaksızın zorla inceleme ve araştırmaya dahil edilebileceğine dair bir hükme yer vermemiştir.⁵² HMK'nın 292/I. maddesine göre ise uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir.

Soybağının belirlenmesine yönelik tıbbi inceleme ve araştırmalarla ilgili olarak yürürlükte bulunan TMK'nın 284/b.2. maddesi ve HMK'nın 292/I. maddesinden hangisinin uygulama alanı bulacağı hususu öğretilerde tartışmalıdır. Öğretilerde bir görüş, HMK'nın 292/I. maddesinin TMK'nın 284/b.2. maddesini zımnen yürürlükten kaldırdığını ileri sürmektedir. Bu görüşü savunanlar, soybağına ilişkin davaların kamu yararının korunmasına hizmet ettiğini ve kamu yararının kişi yararına kıyasla her zaman üstün tutulması gerektiğini belirtmektedirler. Kanun koyucu, bireysel özgürlüklerden çok, maddi gerçeğin ortaya çıkmasının sağlayacağı menfaati üstün tutmuştur.⁵³

⁵² Öztan, *Aile Hukuku*, s. 871; Emel Badur, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara, 2017, s. 260; Serozan, *Çocuk Hukuku*, s. 178, 215; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 252. Y.4. CD., 11.03.2013 T., 5356 E., 6985 K.; Y. 2. HD., 28.03.2013 T., 4904 E., 5957 K.

⁵³ Süha Tanrıver, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, Ankara, 2016, s. 969-970; Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", *İTÜSBD*, C. 12, Sy. 24, İstanbul, 2013, s. 113-115; İbrahim Özbay/Şerife Aksan Nar, "Son Yasal Değişikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul", *EÜHFD*, C. 14, Sy. 3-4, Kayseri, 2010, s. 212; Kılıçoğlu, s. 520; Nagehan Kırkbeşoğlu, "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme Kökeni Öğrenme Hakkı", *TAAD*, Y. 7, Sy. 24, Ankara, 2016, s. 219; Sezin Aktape Artık, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?", *İTÜSBD*, C. 10, Sy. 20, İstanbul, 2011, s. 169, dpn. 50; Murat Uyu-maz, *Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler*, Ankara, 2015, s. 191. Öztan, HMK'nda yer alan hükümün, TMK'nun ilgili maddesine kıyasla özel hüküm olduğunu ve kanun koyucunun çocuğun soybağının bilmesine ilişkin kişilik hakkını, tıbbi incelemeye taraf olan kişilerin vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik hakkından üste olduğunu belirtmektedir (Öztan, *Aile Hukuku*, s. 894).

Konuya ilişkin olarak öğretide ileri sürülen bir başka görüşe göre, maddi hukuk kuralı olan TMK'nın 284/b.2. maddesine, HMK'nın 292/I. maddesi karşısında üstünlük tanınması gerekir.⁵⁴

Her iki normunda yürürlükte olduğunu belirten Kuru'ya göre ise davalının hakimın öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi halinde, hakimın HMK 292/I. maddesi uyarınca incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebileceği gibi; durum ve koşullara göre TMK'nın 284/b.2. maddesi çerçevesinde bundan beklenen sonuç davalının aleyhine doğmuş sayılabilecektir.⁵⁵

TMK'nun 284. maddesinde yer alan "*Soybağına ilişkin davalarda, aşağıdaki kurallar saklı kalmak kaydıyla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uygulanır.*" ifadesine rağmen, HMK'nın 292. maddesinin yürürlüğe girmesiyle TMK'nun 284. maddesinin yürürlükten kalktığını söylemek mümkün görünmemektedir.

TMK ve HMK'nın sözü edilen maddelerinin uygulama alanına ilişkin de bir farklılık söz konusudur. Yukarıda da ifade olunduğu üzere, TMK'nın sistematığı gereği, soybağına ilişkin davalar çocukla baba arasındaki soybağının mahkeme kararıyla kurulması veya kaldırılmasına yöneliktir. Buna karşılık HMK'nın 292. maddesinin uygulama alanı daha geniş olup, TMK'da düzenlenen soybağına ilişkin davalar kapsamında değerlendirilemeyecek olan nüfus sicilinin düzeltilmesine yönelik davalarda da uygulanabilir.⁵⁶

TMK'nun 284. maddesinin "*soybağının kurulması*" başlığı altında düzenlenmiş olması, nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada çocuğu doğuran ana ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin tespitinde uygulama alanı bulamayacağını düşündürmektedir. Zira çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki soybağı doğumla birlikte za-

⁵⁴ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bs., Ankara, 2014, s. 839. Dural/Öğüz/Gümüş'e göre, TMK'nun 284. maddesinde, soybağına ilişkin davalarda, söz konusu maddede öngörülen kurallar saklı kalmak kaydıyla HMK hükümlerinin uygulanacağını belirtmiş olması, kanun koyucu tarafından soybağına ilişkin davalarda TMK'nda düzenlenen hükümlere bir öncelik tanındığına işaret etmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 253; aynı yönde bkz. Oktay Özdemir/Tek, s. 927; Badur, s. 255, 265).

⁵⁵ Baki Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, İstanbul, 2016, s. 434.

⁵⁶ Badur, s. 265.

ten kurulmuş olup, nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, çocuk ile ana arasında soybağının kurulmasına değil, tespitine hizmet eder. TMK açısından çocukla ana arasındaki soybağı doğumla kurulduğundan, yargısal yolla kurulabilecek tek soybağı, çocukla baba arasındaki soybağıdır. Diğer taraftan hükümde sadece davalıdan söz edilmiş, davacıya hiç yer verilmemiş olması da, bu kuralın yalnızca babayla çocuk arasında soybağı ilişkisinin kurulmasına yönelik olarak açılacak davalarda uygulanacağına işaret etmektedir.

Şu halde, çocuğun kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadının nüfus siciline kaydedilmesi halinde nüfus kaydının düzeltilmesi talebiyle açılan davalarda ana olduğu iddia olunan kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespitine yönelik olarak yapılacak genetik incelemelerle ilgili olarak başvurulabilecek hüküm HMK'nın 292/I. maddesidir. Buna göre, ana olduğu iddia olunan kadının çocuğu doğran kadın olup olmadığının tespitine yönelik genetik inceleme-ye haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesi halinde hakim, zor kullanarak kan ve doku alınmasına karar verebilecektir.

Kan ve doku alınmasına izin vermeyen kişiden zorla kan ve doku alınması kişilik hakkının ihlali olup insan onuruyla bağdaşmayan bir uygulamadır. Genetik inceleme yapılmasına haklı bir sebep olmaksızın izin vermemenin yaptırımını zor kullanmak suretiyle ilgilinin bedensel bütünlüğüne müdahale olmayıp sadece kaçınan kişi aleyhine fiili bir karine yaratılmasından ibarettir.⁵⁷ Hakim, somut olayın şartlarına göre tıbbi incelemeyle ispatlanmak istenen olgunun ispatlanmış sayıldığına karar verebilir.

Buraya kadar yapılan açıklamalardan varılan sonuca göre, baba ile çocuk arasında soybağının kurulmasına yönelik davalarda soybağının tespiti amacıyla yapılacak genetik incelemeler bakımından gerek TMK'nın 284/b.2. maddesinin gerekse HMK'nın 292. maddesinin uygulanması söz konusu olabileceken, ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespitine yönelik genetik in-

⁵⁷ Oktay Özdemir/Tek, çocuğun soybağını öğrenmesindeki menfaati ile kişinin vücut bütünlüğüne rızası olmaksızın müdahale edilmesi arasında büyük bir oransızlık olduğunu belirtmektedirler (Saibe Oktay Özdemir/ Gülen Sinem Tek, "Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 925).

celemeler bakımından yalnızca içinde insan onuruyla bağdaştırılması mümkün olmayan ağır kişilik hakkı ihlalini barındıran HMK'nun 292/I. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

Yargıtay'ın yakın tarihli bir kararında da, nüfus kaydında hatalı olan ana kaydının düzeltilmesi talebiyle açılan davada, yerel mahkeme tarafından davalılara ihtarlı davetiye çıkarıldığı halde, davalıların DNA incelemesi için icabet etmemeleri üzerine, mevcut delil ve beyanlarla davanın kabulüne karar verilmesi, "HMK'nun 292. maddesi gözetilerek işlem yapılması gerekirken eksik inceleme sonucunda yazılı şekilde karar verilmesi" gerekçesiyle doğru görülmemiştir. Yargıtay, bilinçli bir tercihle TMK'nun 284. maddesinden hiç söz etmeyerek, sadece HMK'nun 292. maddesi uyarınca zorla inceleme yapılması gerektiğine işaret etmiştir.⁵⁸

Aynı Daire, babalığın tespitine ilişkin kararında, çocuk, ana ve baba olduğu iddia edilen kişiye ait gerekli kan ve doku örnekleri alınarak DNA incelemesi yaptırılıp alınacak rapor doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken, taraf beyanlarıyla yetinilerek karar verilmesini, bozma sebebi olarak kabul etmiştir.⁵⁹ Yargıtay'ın bu kararında TMK'nun 284. ve HMK'nun 292. maddelerine aralarında bir üstünlük ilişkisi kurmaksızın değinmiş olması, soybağının kurulması davaları açısından her iki maddenin de uygulanabilir olduğu görüşünde olduğu sonucuna varılabilmektedir.⁶⁰

SONUÇ

Ana ile evlilik dışında dünyaya gelen çocuk arasındaki ilişkileri konu alan TMK hükümlerinden öğreti ve uygulamada tartışma konusu olanların başında çocuğun soyadı meselesi gelmektedir.

Evlilik dışında doğan çocuğun velayeti kural olarak fiil ehliyetine sahip anadadır. Ancak evlilik dışında doğan çocuk ile baba arasında tanıma veya babalık davası yoluyla soybağı ilişkisi kurulmuş ise velayet anada olmasına rağmen çocuk babanın soyadıyla nüfus kütüğüne kaydedileceğinden, velayet hakkı sahibi ana ile çocuğun soyadının

⁵⁸ Y. 18. HD., 16. 10. 2014 T., 7595 E., 14283 K.

⁵⁹ Y. 18. HD., 13. 10. 2014 T., 6038 E., 13961 K.

⁶⁰ Badur, s. 266.

farklı olması sonucu ortaya çıkabilecektir. Velayet anada olduğu ve çocuğun ana tarafından temsil edildiği halde, soyadının anadan farklı olması, resmi işlemlerde bir takım zorluklara neden olduğu gibi, çocuğun gelişimi ve kişiliği üzerinde olumsuz etkiler de doğurabilir.

Şu halde, evlilik dışında doğan çocuk ile babası arasında tanıma veya babalığa hükmedilmesiyle soybağının tesis edilmesi, çocuğun mutlaka babasının soyadını alması için yeterli bir gerekçe olmamalıdır. Aynı şekilde evlilik dışında dünyaya gelmiş olup babası ile arasında soybağı ilişkisi kurulmuş olan çocuğun, her durumda mutlak surette ananın soyadını alması gerektiği yönündeki emredici bir düzenleme de isabetli değildir. Çocuğun soyadının nasıl belirleneceğine ilişkin kesin ve bağlayıcı bir düzenleme yapmak yerine, somut olayın şartlarına göre çocuğun çıkarını değerlendirmeye imkan tanıyan esnek bir düzenleme kabul etmek amaca en uygun çözüm olacaktır. Buna göre, evlilik dışında doğan çocuk, ananın doğumu sırasında kullandığı soyadını almalıdır. Çocuğun doğumu sırasında ana evliyse ve bu sebeple soyadı değişmişse, çocuk ananın bekarlık soyadını almalıdır. Babası ile arasında tanıma veya babalık hükmüyle soybağı ilişkisi tesis edilen çocuğun babasının soyadını alması, velayetin babaya verilmiş olması ve haklı sebeplerin gerektirmesi halinde mümkün olmalıdır.

Evlilik dışında doğan çocuk ile ana arasındaki ilişkiler kapsamında tartışma konusu olabilecek bir diğer mesele, soybağının tespiti konusundadır. Esasında üzerinde durulan husus, sadece evlilik dışında değil, evlilik içinde doğan çocuğun ana bakımından soybağının tespitinde de gündeme gelebilecektir.

TMK'nun 282. maddesine göre, ana ile çocuk arasındaki soybağı doğumla kurulmaktadır. Ancak herhangi bir sebeple çocuğun kendisini doğuran kadın dışında başka bir kadın adına doğum siciline ve dolayısıyla bu kadının nüfus kütüğüne kaydedilmiş olması, çocuk ile bu kadın arasında soybağı ilişkisi kurulduğu anlamına gelmez. Dolayısıyla böyle bir durumda çocuğu doğuran kadın ile çocuk arasındaki soybağının tespitine yönelik olarak açılacak olan dava nüfus sicilinin düzeltilmesi davasıdır.

Nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespiti için gerekli olan doğum belgelerinin mevcut olmaması veya gerçeği yan-

sıtmıyor olması halinde başvurulacak yol tıbbi inceleme ve araştırma olacaktır. Soybağının belirlenmesine yönelik davalarda tıbbi inceleme ve araştırmalar ilişkin TMK'nın 284/b.2. maddesi ile HMK'nın 292/I. maddesi olmak üzere iki yasal düzenleme yürürlükte.

Anılan bu iki düzenleme arasında en önemli fark, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan inceleme ve araştırmaya haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmemesinin sonucuna ilişkindir. TMK'nın 284/b.2. maddesine göre, davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermez ise durum ve koşullara göre bundan beklenen sonuç, onun aleyhine doğmuş sayılabilir. HMK'nın 292/I. maddesine göre ise hakim'in öngördüğü inceleme ve araştırmaya rıza gösterilmemesi halinde, hakim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir.

TMK'nın 284. maddesinin "*soybağının kurulması*" başlığı altında düzenlenmiş olması, nüfus sicilinin düzeltilmesi talebiyle açılan davada çocuğu doğuran ana ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin tespitinde uygulama alanı bulamayacağını düşündürmektedir. Zira çocuk ile onu doğuran kadın arasındaki soybağı doğumla birlikte zaten kurulmuş olup nüfus sicilinin düzeltilmesi davası, çocuk ile ana arasında soybağının kurulmasına değil, tespitine hizmet edecektir. Şu halde, ana olduğu iddia edilen kadının çocuğu doğuran kadın olup olmadığının tespitine yönelik genetik incelemeler bakımından yalnızca içinde insan onuruyla bağdaştırılması mümkün olmayan ağır kişilik hakkı ihlalini barındıran HMK'nın 292/I. maddesi uygulama alanı bulacak ve ana olduğu iddia olunan kadının genetik incelemeye haklı bir sebep olmaksızın rıza göstermemesi halinde, hakim zor kullanarak kan ve doku alınmasına karar verebilecektir.

Kaynakça

Acabay Mehmet Beşir, Soybağı, İzmir, 2002.

Aeb-Müller Regina E., CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB, 2. Aufl., Zurich, 2012. (CHK-Handkomm.)

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, C. I, İstanbul, 2010, s. 69-90.

- Aktape Artık Sezin, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Yürürlüğe Girmesiyle Medeni Yargılama Hukukunda Neler Değişiyor?", *İTÜSBD*, C. 10, Sy. 20, İstanbul, 2011, s. 145-177.
- Ayan Serkan, "Anayasa Mahkemesi Kararları ve Çocuklar ile Kadının Soyadına İlişkin Değişiklik Tasarısı Taslağı Işığında Soyadının İlk Kez Edinilmesi, Kendiliğinden Değişmesi ve Değiştirilmesi", *GÜHFD*, C. XVI, Sy. 4, Ankara, 2012, s. 19-90.
- Aysal Mustafa, "Velayet Hakkı Kapsamında Çocuğun Soyadı Değişikliği", *Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku)*, Ankara, 2017, s. 341- 353.
- Badur Emel, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller*, Ankara, 2017.
- Baş Süzel Ece/Kurtulan Gökçe, "Çocuğun Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararlarının İncelenmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, Sy. 135-136, İstanbul, 2015, s. 77-89.
- Baygın Cem, *Soybağı Hukuku*, İstanbul, 2010.
- Birinci Uzun Tuba, "Aile Soyadı Çıkmazı, Anayasa Mahkemesi'nin Çocuğun Soyadının Velâyeti Kendisine Brakılan Annesi Tarafından Değiştirilmesi Hakkındaki 25 Haziran 2015 Tarihli ve 2013/3434 Başvuru Sayılı Kararının İncelenmesi", *Ankara Barosu Dergisi*, Sy. 4, Ankara, 2016, s. 99-137.
- Breitschmid, Peter, *CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB*, 2. Aufl., Zurich, 2012. (CHK-Handkomm.)
- Breitschmid Peter, "Der Name des Kindes: Namenskontinuität oder Namenskoordination mit Betreuungssituation? Bemerkung zu BGE 132 III 497", *ZVW*, Jahrgang 62, 2007, s. 31-33.
- Büchler Andrea, *OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. Aufl., Zurich, 2016. (OFK-ZGB Komm.)
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan/Gümüş Alper, *Türk Özel Hukuku C. III, Aile Hukuku*, 5. Bs., İstanbul, 2012.
- Dural Mustafa/Öğüz Tufan, *Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku*, 11. Bs., İstanbul, 2011.
- Enders Wolfgang, *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 42. Edition, Stand: 01.02.2017.
- Ergene Deniz, "İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının ve Çocuğun Soyadı Meselesi ve Medeni Kanun'da Değişiklik Önerisi", *MHB*, Y. 31, Sy. 2, İstanbul, 2011, s. 123-176.
- Genç-Aridemir Arzu, "Türk Hukukunda Anne ve Babası Evli Olan Çocuğun Soyadı ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı*, 2011/II - 2012/I, Prof.Dr. Erhan Adal'a Armağan, İstanbul, 2012, s. 731-753.
- Gençcan Ömer Uğur, *Aile Hukuku*, Ankara, 2011.
- Häflinger Rolf, *Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB*, Zürich, 1996.
- Hatemi Hüseyin/Kalkan Oğuztürk Burcu, *Kişiler Hukuku*, 2. Bs., İstanbul, 2013.

- Hausheer Heinz/Geiser Thomas/Aebi-Müller Regina E., *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, 5.Aufl., Bern, 2014.
- Hegnauer Cyril, *Grundriss des Kindesrecht und des übrigen Verwandtschaftsrechts*, Bern, 5. Aufl., 1999. (Kindesrecht)
- Hegnauer Cyril, *Berner Kommentar zum Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Band II, 2. Abteilung: Die Verwandtschaft, 2. Teilband: Die Wirkungen des Kindesverhaeltnisses, 1. Unterteilband: Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Art.270-275 ZGB; Die Unterhaltspflicht der Eltern, Art.276-295 ZGB*, Bern, 1997.(BK)
- Helvacı Serap, *Gerçek Kişiler*, 4. Bs., İstanbul, 2012, s. 171.
- Hofer Sibylle/Hrubesch-Millauer Stephanie/Roberto Vito, *Einleitungsartikel und Personenrecht*, Bern, 2011.
- Hrubesch-Millauer Stephani, *Berner Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung Art.1-9 ZGB*, Bern, 2012. (BK)
- 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*, Sy. 1, İstanbul, 2012, s. 265-279.
- Kılıçoğlu Ahmet M., *Aile Hukuku*, Ankara, 2015, s. 513.
- Kırkbeşoğlu Nagehan, "28.02.2008 Tarihli İsviçre Federal Mahkemesi Kararının (BGE 134 III 241) Çevirisi ve Kökenini Öğrenme Hakkı İle İlgili Genel Bir Değerlendirme Kökeni Öğrenme Hakkı", *TAAD*, Y. 7, Sy. 24, Ankara, 2016, s. 199-225.
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, İstanbul, 2016.
- Michel, Margot, *Kurzkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Basel, 2012.
- Mortaş Süleyman, "Evlenen Kadın İle Velayeti Kadına Bırakılan Çocuğun Soyadının Belirlenmesinde "Kocanın Soyadı" Parametresi", *GÜHFD*, C. XX, Sy. 2, Ankara, 2016, s. 311-369.
- Oğuzman M. Kemal/Seliçi Özer/Oktay-Özdemir Saibe, *Kişiler Hukuku*, 15. Bs., İstanbul, 2015.
- Oktay-Özdemir Saibe, "Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu m. 4'ü İptal Eden 8.12.2011 Tarih ve 119/165 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi", *Anayasa Mahkemesinin Medeni Hukuka İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu* (21 Mayıs 2012), İstanbul, 2013, s. 183-199. (Anayasa Mahkemesi)
- Oktay-Özdemir Saibe, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", Prof. Dr. Zahit imre'ye Armağan, İstanbul, 2009, s. 289-305.
- Oktay Özdemir Saibe/Tek Gülen Sinem, "Türk Hukukunda Tıp Bilimindeki Gelişmelerin Soybağına Etkileri", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013, s. 909-931.
- Özbay İbrahim/Aksan Nar Şerife, "Son Yasal Değişikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Usul", *EÜHFD*, C. 14, Sy. 3-4, Kayseri, 2010, s. 187-286.

- Özbilen Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", *İTÜSBD*, C. 12, Sy. 24, İstanbul, 2013, s. 99-124.
- Özen Burak, "Soyadının Soybağı Yoluyla Kazanılması ve Bu Yolla Kazanılan Soyadında Değişiklik Yapılması", *MÜHF-HAD*, C. 16, S. 3-4, İstanbul, 2010, s. 171-194.
- Özsunay Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, 4.Bs., İstanbul, 1979.
- Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bs., Ankara, 2015. (Aile Hukuku)
- Öztan Bilge, *Şahsın Hukuku (Hakiki Şahıslar)*, 6. Bs., Ankara, 1994. (Şahsın Hukuku)
- Pehlivan Mehmet Gökhan, "Soyadı Kavramı ve Küçüklerin Soyadı İle Velayet Hakkı Arasındaki İlişkinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Serdar Özgüldür Armağanı, Sy. 7, Ankara, 2016, s. 793-829.
- Reich Johannes, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht Art. 1-456 ZGB*, 2. Aufl., Zurich, 2012. (CHK-Handkomm.)
- Rüfenacht Michael, "Praxis des Bundesgerichts zur Namensänderung beim Scheidungskind", *recht*, Heft 2, Bern, 2005, s. 62-65.
- Schwenzer Ingeborg, *Basler Kommentar, ZGB I, Art. 1-456 ZGB*, 3. Aufl., Basel-Gnef-Münschen, 2006.
- Serozan Rona, *Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku*, 5. Bs., İstanbul, 2014. (Kişiler Hukuku)
- Serozan Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Bs., İstanbul, 2005. (Çocuk Hukuku)
- Serozan Rona, "Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2008, s. 759-777.
- 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.137-166.
- Stehli Claudia, *OFK- ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3, Aufl., Zurich, 2016. (OFK-ZGB Komm.)
- Sutter-Somm Thomas/Kobel Felix, *Familienrecht*, Zürich-Basel-Genf, 2009.
- Tanriver Süha, *Medeni Usul Hukuku*, C. 1, Ankara, 2016.
- Thurnheer Simon, "Die Namensänderung in England und der Schweiz", *Jusletter* 6. Februar 2012. (Jusletter veri tabanı aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 15.04.2017)
- Tuor Peter/Schneider Bernhard/Schmid Jörg/Rumo Jungo Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 14.Aufl., Zürich, 2015.
- Umar Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bs., Ankara, 2014, s. 839.
- Uyumaz Murat, *Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler*, Ankara, 2015.
- Von Sachsen Gessaphe Karl August Prinz, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 9: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII, 7. Aufl., München, 2017.