

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Esas Sayısı : 2005/114

Karar Sayısı : 2009/105

Karar Günü : 2.7.2009

R.G. Tarih-Sayı :07.10.2009-27369

İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR:

1- İzmir 3. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2005/114)

2- Eskişehir 2. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2005/54)

3- Bakırköy 6. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2006/69)

İTİRAZLARIN KONUSU

1- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 293. maddesinin üçüncü fıkrası ile 321. maddesinin,

2- 03.12.2001 günlü, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinin,

Anayasa'nın 10., 11., 36. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

I- OLAY

Evlilik dışında doğumlar nedeniyle babalığın hükmen tespiti ve babanın soyadının çocuğa verilebilmesi için baba hanesine babanın soyadıyla kayıt yapılması istemleriyle açılan davalarda, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

III- YASA METİNLERİ

A- İtiraz Konusu Yasa Kuralları

1- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun, iptali istenilen fıkrayı da içeren 293. maddesi şöyledir:

'Eşler, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadırlar.

Bildirimin yapılmamış olması, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olmasını engellemez.

Daha önce tanıma veya babalığa hükümle soybağı kurulmuş çocukların ana ve babası birbiriyle evlenince, nüfus memuru re'sen gerekli işlemi yapar.'

2- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun, iptali istenilen 321. maddesi şöyledir:

'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.'

3- 03.12.2001 günlü, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, iptali istenilen 13. maddesi şöyledir:

'Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu Kanun hükümlerine göre karara bağlanır.'

Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan malî sonuçlu babalık davalarında çocuğun soybağı, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olur.'

B- Dayanılan ve İlgili Görülen Anayasa Kuralları

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 10., 11., 36. ve 90. maddelerine dayanılmış; itiraz başvuruları Anayasanın 41. maddesiyle ilgili görülmüştür.

IV- İLK İNCELEME

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, Tülay TUĞCU, Haşim KILIÇ, Sacit ADALI, Fulya KANTARCIOĞLU, Ahmet AKYALÇIN, Mehmet ERTEN, A. Necmi ÖZLER, Serdar ÖZGÜLDÜR, Şevket APALAK, Serruh KALELİ ve Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün katılımlarıyla E.2005/114 sayılı dosya ile ilgili olarak 29.9.2005 gününde, E.2006/69 sayılı dosya ile ilgili olarak da 4.5.2006 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında öncelikle uygulanacak kural sorunu üzerinde durulmuştur.

Anayasa'nın 152. ve 294 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesine göre, mahkemeler, bakmakta oldukları davalarda uygulayacakları kanun ya da kanun hükmünde kararname kurallarını Anayasa'ya aykırı görürler veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık savının ciddi olduğu kanısına varırlarsa, o hükmün iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkilidirler. Ancak, bu kurallar uyarınca bir mahkemenin Anayasa Mahkemesi'ne başvurabilmesi için elinde yöntemince açılmış ve mahkemenin görevine giren bir davanın bulunması ve iptali istenen kuralların da o davada uygulanacak olması gerekmektedir. Uygulanacak yasa kuralları, davanın değişik evrelerinde ortaya çıkan sorunların çözümünde veya davayı sonuçlandırmada olumlu ya da olumsuz yönde etki yapacak nitelikte bulunan kurallardır.

İtiraz yoluna başvuran İzmir 3. Aile Mahkemesi ile Bakırköy 6. Aile Mahkemesince Türk Medenî Kanunu'nun 321. maddesinin iptali istenilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 321. maddesi iki tümceden oluşmaktadır. Maddenin birinci tümcesinde '*Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır.'* denilmiş, ikinci tümcede ise '*Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.'* hükmüne yer verilmiştir. Bakılmakta olan davalarda ananın önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıması

söz konusu olmadığından itiraz konusu ikinci tümcenin davada uygulanacak kural niteliğinde olmadığı açıktır.

İtiraz yoluna başvuran Bakırköy 6. Aile Mahkemesince Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin yanında bu Yasanın 293. maddesinin üçüncü fıkrasının da iptali istenilmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 293. maddesine göre; *'Eşler, evlilik dışında doğmuş olan ortak çocuklarını, evlenme sırasında veya evlenmeden sonra, yerleşim yerlerindeki veya evlenmenin yapıldığı yerdeki nüfus memuruna bildirmek zorundadırlar. / Bildirimin yapılmamış olması, çocuğun evlilik içinde doğan çocuklara ilişkin hükümlere tâbi olmasını engellemez. Daha önce tanıma veya babalığa hükümle soybağı kurulmuş çocukların ana ve babası birbiriyle evlenince, nüfus memuru re'sen gerekli işlemi yapar.'*

Somut olayda, davacı çocuk, annenin davalıyla evlilik dışı ilişkisinden doğmuştur. Anne, itiraz başvurusunun yapıldığı tarih itibariyle 'bekâr'dır, davalı ise bir başka kadınla 'evli'dir. Bu itibarla, davacının annesi ile davalının evlenmeleri hukuken mümkün değildir. İptali istenilen fıkrayı da içeren Türk Medeni Kanunu'nun 293. maddesi, evlilik dışı doğan çocukların anne ve babasının sonradan evlenmeleri halinde uygulanacak kuralları içermektedir. Davacı çocuğun annesi ile davalının evlenmeleri başvuru tarihi itibariyle hukuken mümkün olmadığından Türk Medeni Kanunu'nun 293. maddesinin iptali istenilen üçüncü fıkrası, bakılmakta olan davada uygulanacak kural niteliğine sahip değildir.

İtiraz yoluna başvuran İzmir 3. Aile Mahkemesi, Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin yanında 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinin de iptalini talep etmiştir. 4722 sayılı Yasanın 13. maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında, *'Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu Kanun hükümlerine göre karara bağlanır.'* denilmiş, maddenin ikinci fıkrasında ise *'Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan malî sonuçlu babalık davalarında çocuğun soybağı, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş sayılır.'* hükmüne yer verilmiştir. Bakılmakta olan davanın, mali sonuçlu babalık davasıyla bir ilgisi bulunmadığından itiraz konusu ikinci fıkranın davada uygulanacak kural niteliğinde olmadığı açıktır.

Açıklanan nedenlerle, itiraz başvurusunda bulunan Mahkemelerin bakmakta oldukları davalarda uygulanma olanağı bulunmadığından, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 293. maddesinin üçüncü fıkrası ve 321. maddesinin ikinci tümcesine ilişkin başvuru ile 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 13. maddesinin ikinci fıkrasına yönelik başvuruların Mahkemelerin yetkisizliği nedeniyle reddine; itiraz konusu diğer kurallar hakkında ise, dosyada eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

V- BİRLEŞTİRME KARARI

E.2005/54 ve E.2006/69 sayılı davaların aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle E.2005/114 sayılı dava ile birleştirilmelerine, birleştirilen davaların esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin E.2005/114 sayılı dosya üzerinden yürütülmesine oybirliğiyle karar verilmiştir.

VI- ESASIN İNCELENMESİ

Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kurallar, dayanan ve ilgili görülen Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

1- 4721 Sayılı Yasanın 321. Maddesinin Birinci Tümcesinin İncelenmesi

İtiraz yoluna başvuran Mahkemelerin gerekçelerinde özetle, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, tanınan veya babalık hükmüyle soybağı belirlenen evlilik dışı çocuğun babasının soyadını alabildiği, buna karşılık 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun bu imkânı ortadan kaldırdığı, sonuç itibarıyla çocukların haklarında bir geriye gidişin yaşandığı; itiraz konusu kuralla, evlilik dışı çocukların kendi aralarında da eşitsizlik yaratıldığı, zira 743 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde evlilik dışında doğan çocukların soybağının belirlenmesi amacıyla açılan bir kısım davaların Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği 2002 yılından önce sonuçlandırıldığı ve bu çocukların önceki Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde babalarının soyadını alabildikleri halde, aynı konumda bulunan kimi çocukların ise açılan babalık davalarının 2002 yılından önce sonuçlandırılmamış olması nedeniyle babalarının soyadını alamadığı, bu durumun çocuklar arasında eşitsizlik yarattığı; evlilik içi çocuklarla evlilik dışı çocukların soyadı bağlamında farklı hukuki statüye tabi tutulmalarının Anayasanın eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı; Türk Medeni Kanunu'nun 314. maddesinde, evlatlığın küçük olması halinde evlat edinenin soyadını alacağı öngörüldüğünden, tanınan veya babalık hükmüyle soybağı belirlenen çocuğun da evleviyetle babasının soyadını alabilmesi gerektiği; itiraz konusu kuralın, çocuğun hakları ile ilgili düzenlemeler içeren ve Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli uluslararası sözleşmelerle de bağdaşmadığı, bu nedenlerle itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 10., 11., 36. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Türk Medeni Kanunu'nun itiraz konusu tümceyi de içeren 321. maddesi 'çocuğun soyadı' ile ilgilidir. Buna göre, ***'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.'***

Görüldüğü üzere, çocuğun, annenin mi yoksa babanın mı soyadını taşıyacağı sorusuna cevap teşkil eden Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi düzenlenirken çocuğun evlilik içinde mi yoksa evlilik dışında mı doğmuş olduğu ölçütü esas alınmış, evlilik içinde doğan çocuğun ailenin (diğer bir ifadeyle babanın) soyadını taşıyacağı, buna karşılık evlilik dışında doğan çocuğun ise ananın soyadını taşıyacağı hükmüne yer verilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin gerekçesinde ise ***'() Maddeye göre çocuk, ana ve baba birbirleriyle evli ise ailenin, birbirleriyle evli değilse yani çocuk yasal olmayan bir birleşme sonucunda dünyaya gelmişse ananın soyadını taşır. Baba ile çocuk arasında tanıma ve babalık hükmü ile soybağı kurulduğu hâlde dahi çocuk ananın soyadını alacaktır. ()'*** denilmektedir.

Evlilik dışında doğan ve tanıma ya da babalık davası yoluyla doğal babasına soybağıyla bağlanan çocuğun kimin soyadını alması gerektiği konusunda 17.2.1926 günlü, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 312. maddesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği çözüm tarzının aksine, şu hükmü içermekteydi: ***'Babaya nispeti babalık hükmü ile veya tanımak suretiyle taayyün eden çocuk, babasının aile ismini taşır ve onun vatandaşlık hakkını iktisap eder.'*** Eski Medeni Kanun'a göre evlilik dışında doğan çocuk, doğduğu anda anasının soyadını

almakta, babası tarafından tanınması veya hükümle babalığın belirlenmesi halinde ise babasının soyadını taşımaktaydı. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 312. maddesini karşılayan bir hüküm 4721 sayılı Yasada yer almadığından, Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesi uyarınca, babalık hükmü ya da tanıma halinde dahi çocuk ananın soyadını taşımaya devam edecektir.

4721 sayılı Yasada yer alan kurallar incelendiğinde evlilik dışında doğan çocuğun, halen iki durumda babasının soyadını alabileceği anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi çocuğun ana babasının sonradan evlenmesidir (MK.m.292). İkincisi ise Medeni Kanun'un 27. maddesine göre haklı sebeplerin bulunması durumunda çocuğun soyadının hâkim kararı ile değiştirilmesi ve bu yolla çocuğa babanın soyadının verilmesidir. Bu iki durum dışında, evlilik dışında doğan çocuklar, doğal babaları tarafından tanınmış olsalar veya doğal babalarıyla aralarında babalık hükmü sonucunda soybağı kurulmuş olsa bile babalarının soyadını alamayacaklar ve annelerinden aldıkları soyadını taşımaya devam edeceklerdir.

25.04.2006 günlü, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28. maddesinin (4) numaralı fıkrasında '**Tanınan çocuklar babalarının hanesine baba adı ve soyadı ile analarının kimlik ve kayıtlı olduğu yer bilgileri belirtmek suretiyle tescil edilir**' hükmü yer almıştır. Bu maddeye ilişkin gerekçede ise '4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 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.' denilmiştir.

24.12.1934 tarihli 'Soyadı Nizamnamesi'nin 29 Nisan 2009 günlü, 27214 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 'Soyadı Nizamnamesinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tüzük'le değiştirilen 15. maddesinde ise, '**Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğan çocuklar babalarının soyadını taşırlar. Evlilik dışında doğan çocuklar, analarının soyadını alırlar. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çift soyadı taşıyorsa, çocuk onun bekârlık soyadını taşır. Evlilik dışında doğmuş çocuklar, ana ve babanın birbirleri ile evlenmesi veya babalarının tanınması ya da hakim babalığa karar vermesi ile babanın soyadını alır.**' denilmiştir.

Bununla birlikte, ilgili mevzuatta yapılan değişiklikler, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlükte olan itiraz konusu 321. maddesinin anayasaya aykırılığına ilişkin savların incelenmesine engel oluşturmaz. Bu nedenle itiraz konusu kuralların anayasaya aykırılığına ilişkin iddiaların incelenmesi gerekli görülmüştür.

Anayasa'nın 10. maddesinde, herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Bu ilke, birbirinin aynı durumunda olanlara ayrı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Kişisel nitelikleri ve durumları özdeş olanlar arasında, yasalara konulan kurallarla değişik uygulamalar yapılamaz.

Anayasanın 41. maddesinde de, '**Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. / Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması**

ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.' hükmüne yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde ise, ' ' evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi esası benimsenmiştir. Bu sonuç, esasen 'eşitlik ilkesi'nden de çıkarılabilir' açıklamasına yer verilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin benzeri konularda daha önce verilmiş olan kararlarında vurgulandığı üzere, çocuk evlilik dışı dünyaya gelse bile, ana babasını bilmek, babasının nüfusuna yazılmak, bunun getireceği haklardan yararlanmak, ana ve babasından kendisine karşı olan görevlerini yerine getirmelerini istemek gibi kişiliğine bağlı temel haklara sahiptir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde bütün çocukların evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmalarına bakılmaksızın aynı sosyal korumadan yararlanması gerektiği açıklanmıştır. Keza, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde yasama, yürütme ve yargı organlarınca gerçekleştirilecek bütün faaliyetlerde 'çocuğun yararı'nın esas alınması gerektiğine vurgu yapılmıştır. Anayasanın 41. maddesinin gerekçesinde de, ailenin yanı sıra evlilik dışında doğan çocukların da korunması devlete bir ödev olarak yüklenmiştir.

Bu nedenle, tanıma işleminin varlığı veya babalık hükmü verilmiş olması durumunda evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmanın çocukların hukuksal statüsünde bir farklılığa yol açması kabul edilemez.

Açıklanan nedenlerle, tanıma işleminin varlığına veya babalık hükmü verilmiş olmasına rağmen çocuğun babasının soyadını alabilmesini engelleyen itiraz konusu " evli değilse ananın" ibaresi, Anayasanın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN ve Serruh KALELİ bu görüşe katılmamışlardır.

İptal edilen ibarenin Anayasanın 36. ve 90. maddeleri ile ilgisi görülmemiştir.

Ana ve baba evli ise çocuğun ailenin soyadını alması evlilik birliğinin ve aile olmanın doğal bir sonucu olduğundan 'Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin " ibaresinin Anayasaya aykırı bir yönü görülmemiştir.

2- 4722 Sayılı Yasanın 13. Maddesinin Birinci Fıkrasının İncelenmesi

İzmir 3. Aile Mahkemesince yapılan başvuruda, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi döneminde, tanınan veya babalık hükmüyle soybağı belirlenen evlilik dışı çocuğun babasının soyadını alabildiği, buna karşılık 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun bu imkânı ortadan kaldırdığı, sonuç itibarıyla çocukların haklarında bir geriye gidişin yaşandığı; itiraz konusu kuralın, evlilik dışı çocukların kendi aralarında da eşitsizlik yarattığı, zira 743 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde evlilik dışında doğan çocukların soybağının belirlenmesi amacıyla açılan bir kısım davaların Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği 2002 yılından önce sonuçlandırıldığı ve bu çocukların önceki Medeni Kanun hükümleri çerçevesinde babalarının soyadını alabildikleri halde, aynı konumda bulunan kimi çocukların ise açılan babalık davalarının 2002 yılından önce sonuçlandırılmamış olması nedeniyle babalarının soyadını alamadığı, bu durumun çocuklar arasında eşitsizlik yarattığı belirtilerek kuralın Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4722 sayılı Yasanın itiraz konusu 13. maddesi şöyledir:

'Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu Kanun hükümlerine göre karara bağlanır.

Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce olumlu karara bağlanmış olan malî sonuçlu babalık davalarında çocuğun soybağı, yürürlük tarihinden başlayarak bu Kanun hükümlerine göre kurulmuş olur.'

4722 sayılı Yasanın 'Geçmişe etkili olmama kuralı' kenar başlığını taşıyan 1. maddesinin birinci fıkrasında, *'Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır'* denilmiştir. Buna karşılık Yasanın itiraz konusu 13. maddesinde bu genel kuraldan ayrılmış ve *'Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan babalık davaları, bu Kanun hükümlerine göre karara bağlanır'*denilerek babalık davaları bakımından istisnai bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Böylece, bakılmakta olan babalık davası 1999 yılında açılmış olmasına rağmen, o gün yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ne göre değil, 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre yürütülecek ve karara bağlanacaktır.

Neden böyle istisnai bir düzenlemeye yer verildiği hususu, maddenin gerekçesinde "*Babalık davasıyla ilgili hükümler küçüklerin korunması amacını taşıdıklarından ve Türk Medenî Kanunu ile bu konuda daha etkin koruma hükümleri öngörüldüğünden devam etmekte olan davalarda, yeni Kanunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır.*" şeklinde açıklanmıştır.

4722 sayılı Yasanın 13. maddesinde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce açılmış olup, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte devam etmekte olan babalık davalarının yeni Medenî Kanun hükümlerine göre karara bağlanacağı belirtilmiştir. 4722 sayılı Yasanın 13. maddesinin babalık davası bağlamında göndermede bulunduğu kurallar 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 301 ila 304. maddeleri arasında *'Babalık hükmü'* başlığı altında düzenlenmiştir. Bu kapsamda 301. maddede kimlerin babalık davası açma hakkına sahip bulunduğu, 302. maddede babalığa karine teşkil eden cinsel birleşme olgusu, 303. maddede hak düşürücü süreler konusu ve 304. maddede de babalık davası bağlamında ananın mali hakları konusu düzenlenmiştir. Bu nedenle itiraz konusu 13. maddenin göndermede bulunduğu 4721 sayılı Yasanın babalık davası ile ilgili kuralları, *'Soybağının hükümleri'* başlığı altında düzenlenen soyadı ile ilgili düzenlemeyi içermemektedir.

Yasakoyucunun değerlendirmesine göre, yeni Medenî Kanunun babalık davasıyla ilgili kuralları önceki Medenî Kanuna nazaran daha ileri düzenlemeler içerdiğinden, önceki yasa zamanında açılmış olsa bile Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan davaların, yeni Medenî Kanun hükümlerine göre karara bağlanması yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Yasakoyucunun bu doğrultuda bir takdir yetkisi kullanmasının anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural, Anayasanın 10. maddesine aykırı değildir, iptal isteminin reddi gerekir.

VII- İPTAL KARARININ YÜRÜRLÜĞE GİRECEĞİ GÜN SORUNU

Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasında, '*Kanun, kanun hükmünde kararname veya Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü ya da bunların hükümleri, iptal kararlarının Resmî Gazetede yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkar. Gereken hallerde Anayasa Mahkemesi iptal hükmünün yürürlüğe gireceği tarihi ayrıca kararlaştırabilir. Bu tarih, kararın Resmî Gazetede yayımlandığı günden başlayarak bir yılı geçemez*' denilmekte, 2949 sayılı Yasa'nın 53. maddesinin dördüncü fıkrasında da bu kural tekrarlanmaktadır. Maddenin beşinci fıkrasında ise, Anayasa Mahkemesi'nin, iptal sonucunda meydana gelecek hukuksal boşluğu kamu düzenini tehdit veya kamu yararını ihlal edici nitelikte görmesi halinde yukarıdaki fıkra hükmünü uygulayacağı belirtilmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 321. maddesinin birinci tümcesinde yer alan " evli değilse ananın " ibaresinin iptal edilmesi nedeniyle doğan hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, iptal kararının, Resmî Gazetede yayınlanmasından başlayarak bir yıl sonra yürürlüğe girmesi uygun görülmüştür.

VIII- SONUÇ

A- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 321. maddesinin birinci tümcesinde yer alan;

1- 'Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2- " evli değilse ananın " ibaresinin Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Sacit ADALI, Mehmet ERTEN ile Serruh KALELİ'nin karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

B- 3.12.2001 günlü, 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, OYBİRLİĞİYLE,

C- İptal edilen ibarenin doğuracağı hukuksal boşluk kamu yararını ihlal edici nitelikte görüldüğünden, Anayasa'nın 153. maddesinin üçüncü fıkrasıyla 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 53. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları gereğince iptal hükmünün, KARARIN RESMÎ GAZETE'DE YAYIMLANMASINDAN BAŞLAYARAK BİR YIL SONRA YÜRÜRLÜĞE GİRMESİNE, OYBİRLİĞİYLE,

2.7.2009 gününde karar verildi.

Başkan	Başkanvekili	Üye
Haşim KILIÇ	Osman Alifeyyaz PAKSÜT	Sacit ADALI

Üye

Fulya KANTARCIOĞLU

Üye

Ahmet AKYALÇIN

Üye

Mehmet ERTEN

Üye

Mustafa YILDIRIM

Üye

Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye

Şevket APALAK

Üye

Serruh KALELİ

Üye

Zehra Ayla PERKTAŞ

KARŞIOY YAZISI

Türk Medeni Kanununun 321. maddesinin birinci tümcesinde yer alan '*Çocuk, ana ve baba ' evli değilse ananın soyadını taşır'*' kuralının iptaline aşağıdaki nedenlerle katılmıyorum:

Çoğunluk gerekçesinde, bu konuda çocuğun yararının esas alınması gerektiği belirtilerek, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olmanın çocukların hukuksal statüsünde bir farklılığa yol açmasının kabul edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bu düşünceden hareketle, babanın soyadını taşıma yönünden evlilik içi veya dışında doğmuş çocuklar arasında eşitsizliği önlemek amacıyla iptal kararına ulaşıldığı anlaşılmaktadır.

Konu hakkında doğru yargıya varabilmek için aynı babadan olduğu halde farklı soyadı kullanmanın kişiler arasında eşitsizlik yaratıp yaratmadığı hususunu incelemek gereklidir. Soyadı, ülkemize Batı'dan intikal etmiş bir kurumdur. Bu kurumun gelişip ortaya çıktığı Batı sosyal ve hukuk sistemine göre soyadı, kişinin geniş anlamda aile ile olan ilişkisini ifade eder. Soyadı kelimesi İngilizcede '*aile adı*' karşılığı '*Family name*', Almandaca yine aynı

anlamda '**Familienname**' ile eş anlamlıdır. Türkçe '**soyadı**' kelimesindeki '**soy**'un etnik, ırksal bir anlam ifade etmeyip, yasadaki '**üstsoy**' veya '**altsoy**' gibi, aile mensubiyetini ve aile içinde önce veya sonra gelen nesille olan bağlantıyı ifade ettiğinde kuşku yoktur. Soyadı ayrıca, isim benzerliklerinden doğan karışıklıkları önleme, kişinin toplumsal hayatta hukuk düzeni içinde kimliğinin teşhisine yardımcı olma işlevi görür. Bu açıdan soyadı, kimsesiz veya ailesi olmayanlar yönünden de gereklidir; ancak kişinin hangi soyadını taşıyacağı önem taşımaz.

Tarihsel ve sosyolojik olarak 'geniş aile' düzeninin geçerli olduğu dönemlerden beri aileye sonradan evlenme suretiyle iltihak eden gelinler de eşlerinin soyadını kullanagelmışlerdir. Ancak zamanla geniş ailenin yerini sadece ana, baba ve çocuklardan oluşan çekirdek aile düzenine bırakması ve kadın haklarındaki gelişmeler sonucu önce Batı'da, daha sonra ülkemizde, kadının evlenme halinde de eski soyadını kullanabilmesi esası benimsenmiş ve bu husus Medeni Kanunumuzda da yer almıştır (TMK madde 187).

Aynı şekilde, evlat edinmede de soyadı değişebilmektedir. TMK'nun 314. maddesinin üçüncü fıkrasına göre evlatlık küçük ise, evlat edinenin soyadını alır.

Bu açıklamaların ortaya koyduğu gibi, **soyadı, kişi ile aile arasındaki irtibatı gösterir, doğrudan doğruya biyolojik babayı göstermez.** Yine buna göre, geniş veya çekirdek anlamda bir ailenin bulunmadığı yerde çocuğun, biyolojik babanın soyadını taşıması gerekmez. Çocuk, kendi arzu ediyorsa veya menfaati o yönde ise, babasının soyadını taşıma hakkına sahip olmalıdır. Ancak evlilik içinde veya dışında doğmuş olma halleri dış alemde gözlenebilen, geriye döndürülemeyen, eski hale getirilemeyen maddi olgular olduklarından, farklı durumdaki bu kişiler arasında eşitlik karşılaştırması yapılamaz.

Türk Medeni Kanununun 337. maddesine göre ana ve baba evli değilse velayet, anaya aittir. Buna göre, evlilik dışında doğmuş olup annesiyle birlikte yaşayan çocuğun kanuni temsilcisi anadır. Ananın bu hakkı, gerekli koşulların varlığı halinde çocuğun adının değiştirilmesini dava etme hakkını da içerir. Buna rağmen çocuğun, aile dışında olan babanın soyadını taşıması, işin doğasına uygun değildir.

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 yaşayacağı 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 açıklanamaz, 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**). Bu nedenle TMK'nun 321. maddesi, Anayasanın 10. maddesine aykırı değildir.

Anayasanın 41. maddesi, evlilik dışında doğan çocukların korunmasını devlete bir ödev olarak yüklemiştir. Buna göre, soyadı konusunda daha fazla korunması gereken menfaat, evlilik dışı çocuk sahibi olan babadan ziyade, çocuğun ve ananın menfaatidir. Her ne kadar çocuğun, babasının soyadını taşımakta bazı hallerde menfaati olabileceği düşünülebilirse de, bunu genel bir kural olarak yasa yolu ile çocuğa dayatmanın, yukarıda açıklanan nedenlerle, birçok durumda çocuğun aleyhine olacağı açıktır. Bu nedenle iptal kararı, Anayasanın 41. maddesine de aykırıdır.

Yasakoyucu, Türk Medeni Kanunu'nu düzenlerken takdirini, evlilik dışı doğan çocuğun anasının soyadını taşıması yönünde kullanmış olup Anayasaya aykırı bir yönü bulunmayan bu takdiri geçersiz hale getirmekle Anayasa Mahkemesi, anayasa yargısının esaslarına da uymayan bir karar vermiş olmaktadır.

Anayasanın 41. maddesine göre aile, Türk toplumunun temelidir. Bu nedenle yasalar ve yargı kararları, yasal ve meşru aileyi koruyucu olmalı, evlilik dışı ilişkileri ve medeni nikah dışında kurulan çok eşli birliktelikleri teşvik etmemelidir. Evlilik dışı doğan çocukların evlilik içinde doğan çocuklarla aynı haklara sahip olmaları mutlaka gereklidir. Ancak, çocuğa eylemli olarak ek bir yarar getirmeyen, çocuktan ziyade evlilik dışı ilişkileri sorumsuzca kuran babayı evlilik içi çocuk sahibi imiş gibi, çocuğuna soyadını vermenin manevi hazzı ile adeta ödüllendirmenin, toplumsal ve etik yönleri üzerinde de durulması gerekmektedir.

Bu nedenlerle karara katılmamaktayım.

Başkanvekili

Osman Alifeyyaz PAKSÜT

KARŞI OY

Türk Medenî Kanunu'nun 321. maddesinin Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen ibarenin de yer aldığı ilk tümcesinde ' **Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır** ' denilmektedir.

Kural, çocuğun soyadını belirlerken ana ve baba evli iken doğmuş olup olmamasını ölçüt olarak almış, ana ve baba evli iken doğan çocuğun babanın soyadını taşıyacağı, ana ve baba evli değilken doğan çocuğun ise ananın soyadını taşıyacağı biçiminde düzenlenmiştir.

Madde gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, ana ve babası evli olmayan çocuk ile babası arasında tanıma ya da babalığa hüküm sonucu soybağı kurulmuş olsa bile, anasının soyadını taşımaya devam edecektir.

Anayasa'nın 5. maddesi kişilerin refah, huzur ve mutluluğunun sağlanması, 41. maddesi ise toplumun temeli olan ailenin huzur ve refahı ve özellikle ana ve çocuğun korunması için gerekli önlemlerin alınması görevini Devlet'e vermiştir.

Anayasanın 41. maddesindeki '*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması.... için gerekli tedbirleri alır...*' biçimindeki hüküm, çocukların korunmasını güvence altına almaktadır. Kural çocukların mutlu bir aile ortamında gelişimini sağlıklı bir şekilde yapabilmesi için belli koşulların sağlanmasını devlete görev olarak vermekte, 'aile'nin de korunacağını öngörerek çocukları dolaylı olarak bir kez daha korumaktadır. Ailenin korunmasıyla sağlıklı nesiller yetiştirilmesinin amaçlandığı da açıktır.

Düzenlemede yer alan "*evli değilse ananın...*" biçimindeki ibarenin Anayasa'ya aykırılığı; çocuk ile babası arasında tanıma ya da babalığa hüküm sonucu soybağı kurulduğunda babanın soyadını almasının çocuk yararına olacağı, evli ana ve babadan doğan çocukla tanıma ya da hükümle soybağı kurulan çocuk arasında ayrıcalık yaratıldığı düşüncesine dayanmaktadır.

Ayrıcalık yaratıldığı konusu bir yana bırakılmak koşuluyla bu düşüncenin yanlış olduğu söylenmeyebilir. Buna karşılık, tanıma veya babalık hükmü ile soybağı kurulsa bile, çocuğun annesinin soyadını taşımaya devam etmesinde, çocuğun daha fazla yararı olduğu da ileri sürülebilir. Bu bağlamda, Medeni Kanun'un 337. maddesinin birinci fıkrasında '*Ana ve baba evli değilse velayet anaya aittir*' kuralı uyarınca, tanıma veya babalığa hüküm sonucu çocukla baba arasında soybağı kurulsa da çocuk anasının velayeti altında kalmaya devam etmektedir. Tanıma ya da hüküm ile kurulan soybağı ilişkisi, çocuk ile babanın hukuken bir arada yaşamalarını sağlamaya yetmemekte ve aile ortamı kurulamamaktadır. Velayeti altında olan çocuğuyla bir arada yaşayarak oluşturduğu aile ortamında, onun eğitimi, bakımını ve gözetimini yüklenmiş olan ananın, çocuğuna kendi soyadının verilmesindeki yarar da en az aykırılık düşüncesi kadar önemli ve savunulabilir bir durumdur.

Anayasa'nın 2. ve 5. maddeleri uyarınca, yasa koyucu kişilerin, ailenin ve çocukların yararlarına olan düzenlemeleri yapmakla görevlidir. Evli 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.

Nitekim, ana ve baba evli ise babanın soyadının alınacağına ilişkin kural oybirliği ile Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır. Yasa koyucu bu düzenlemeyi de, çocuğun ana ve babasının birbirleriyle olan hukuki bağlantılarını gözeterek bu durumda olan bir çocuğun babasının soyadını almasında daha fazla yararı olduğu düşüncesine dayanarak yapmıştır.

Öte yandan, baba yönünden, ana ve babası evli olan çocukla tanıma ya da hükümle soybağı kurulan çocuk arasında, soyadı farklılığı dışında hukuki sonuçlar bakımından her hangi bir ayrıcalık bulunmamaktadır. Esasen temel düşünce çocukların korunması olduğu için, bunların ana ve babayla ana ve babanın da birbirleriyle olan hukuki bağlantılarının farklılığı ile paralel olarak korunmaları için duyulan ihtiyaçlar da farklılaşmaktadır. Çocukların içinde bulundukları bu farklı durumlar gözetilerek yapılan düzenlemelerin, onların çıkarlarına olduğu açıktır. Bu bakımdan aralarında eşitlik karşılaştırılması yapılamayacağının da gözetilmesi gerekir.

Yasa koyucu konuyla ilgili düzenlemede takdir yetkisini kullanmıştır.

Bu nedenle "*evli değilse ananın...*" biçimindeki ibare Anayasa'ya aykırı değildir.

İstemin reddi gerekir.

Üye

Mehmet ERTEN

KARŞIOY

Mahkememiz, önceki Medeni Yasa'nın 312. maddesi gibi çiftler evli değilse, babalık hükmü veya tanıma hallerinde çocukla soybağı kuran ancak çocuğa babanın soyadının kullanılması imkanını ortadan kaldıran, iptali istenen yeni düzenleme olan 4721 sayılı Yasa'nın 321. maddesinin 'ana baba evli değilse çocuk ananın soyadını taşır' şeklindeki düzenlemesinin, Anayasa'nın 41. maddesinde öngörülen çocuğu koruyan bir hüküm olmadığını, evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi esasının benimsenmesi gerekir şeklindeki gerekçeye de dayanılarak Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Yeni Medeni Yasamız çocuğun korunmasının temel taşı olan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 7. ve 8. maddelerinde de vurgulandığı gibi kimliğinin ayrılmaz bir parçası olarak belirli bir ada, soybağına ve nüfus kaydına sahip olacağı için çocuğun yararının önceliklerini de dikkate alarak, önceki yasanın getirdiği evlilik içi, dışı, sahih, gayri sahih, nesepli gibi ifadelerle sınıflandırılan anlayışı ve çocuklar arası ayırımı ortadan kaldırmak için soybağını, çocuğun evlilik içi-dışı olduğuna bakılmaksızın doğumla birlikte eşit statüde anne ve babasına aynı tür soybağı ile bağlı olacağı yönünde çocuğun yararının önceliği ilkesine gözeterek kurmuş, soybağı anne yönünden doğumla, baba yönünde de anne ile evlilik tanıma veya babalık davasında verilen hükümle kurucu yenilik doğuran bir hak olarak geriye etkili ana rahmine düştüğü an itibariyle kurmuştur. Soybağı kurulmuş çocuğun evli olmayan anne ve baba nedeniyle soyadı yönünden görülen ayırım ise ayırıştırıcı kimlik bilgilerinin aidiyeti gösterme ve sosyal kökeni belirleme gibi düzeni sağlaması işlevi yönünden ayrımcılık, eşitsizlik olarak nitelenmesi mümkün değildir.

Öncelikle bilinmelidir ki Medeni Yasa 26-27. maddeleri ile haklı sebep halinde çocuğun korunmaya değer bir menfaati varsa soyadını değiştirebileceğine de işaret ederek bu yönde bir hak kazanmasının sahip olduğunu göstermektedir.

Anayasal değerlendirmeye esas olan doktriner ve uygulamalı tartışmalar objektif/nesnel bir çok olay yönünden değerlendirmeler üzerine odaklanmaktadır. Örneğin babanın çocuğu tanımaya rağmen soyadını verememesine, çocuğuna taşıtamamasına içerlemekte, çocuğun kendi çevresinde evlilik dışı algılanmasına sebep olunmasına fırsat verildiğini söylemekte, annenin tasvip dışı bir hayat düzeninin varlığı halinde çocuğun menfaati yönünden kayıplar ve neticede itiraz yoluna gelen mahkeme gibi evlilik içi-dışı doğmuş çocuklar yönünden eşitsizlik yaratıldığı ifade edilmektedir.

Nesnel tartışmaların kaçınmamızı gerektiren yerindelik yönünden sayısız cevaplar var ise de kısaca IHEB madde 25-26'da ister evlilik içi, ister evlilik dışı doğumlar aynı sosyal konumdan yararlanırlarken, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuğa ilişkin bütün faaliyetlerde yasama, yürütme ve yargının 'Çocuğun yararı'nı esas alınması gerektiğine vurgu yapmıştır. Anayasa'nın 41. maddesi aileyi ve çocuğun korunmasını işaret ederken tartışmaya, açık çözümler getirmekte yasakoyucunun görevidir.

Soyadı Kanunu'nda düzenleme serbestliği olmayan Türk Hukukunda somut olaylara yönelik birden çok çözüm şekli hukuk ve sosyal devlet ilkesine daha uygun olsa da, karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Almanya, İsviçre, Hollanda'da evlilik dışı çocuk kural olarak ana soyadını taşımakta anglo-Amerikan hukukunda dileyenin ikisini birden ya da yeni yaratılan bir soyadı bile olabileceği gibi Fransa ve yukarıda sayılan diğerlerinde ana-babanın birlikte beyan halinde tanımada erkeğin soyadını alabilmektedir.

Medeni hukuk sistemimizde ise yasakoyucunun tercihini, evlilik içi ve dışı doğan çocukların hukuki konumlarındaki farklılık nedeniyle soybağı kurma yönünden bu şekilde kullandığı anlaşılmaktadır.

Evlilik dışı çocuğun ana soyadını taşıması kuralında, doğumla oluşan soybağı esası kabul edilmiş ve evlilik baba yönünden soybağı kurmanın bir şartı sayıldığı hukuki nitelmesi karşısında evli olmayan baba yönünden iptaline geline Medeni Kanun'un 321. maddesinin 'evli değilse ananın' ibaresinin eşitsizlik yarattığı söylenemeyeceğinden çoğunluğun Anayasa'ya aykırılığın tespitine ilişkin görüşlerine katılamamıştır.

Babaya (kendi velayet dönemi hariç) şahsi münasebette tesis etmediği, velayetsiz uzak ara ilişki döneminde kendi soyadını taşımasına öncelik veren anlayışı daha hukuksal, daha sosyal, daha adil olduğunu göstermeye yarayacak bir ölçü, bir öncelik kriteri ve anayasal dayanak yoktur.

Babanın sırf nüfus hal cetvelinde; mahkeme kararı ile tanıdı ya da kendinden sadır olduğunu ispatlandı diye evli olmadığı süreçte soyadı taşımak yönünden annenin önüne geçecek üstün kazanılmış bir hakkı ya da babayla duygusal, sosyal hiçbir yönü, bağlılığı bulunmayan çocuklar yönünden, sırf baba tanıdı diye çocuğun rızasına da başvurulamayan bir ortamda onun soyadını taşıma zorunda bırakılmasının haklı nedeni var sayılamaz.

Anayasal ilke olarak aynı sosyal konumdan yararlanacak çocuklar yönünden yasakoyucunun çocuğun doğumu anındaki ana babanın medeni statüsü dışında öncelikle soybağının teşekkülü yönünden kurduğu düzenlemede istisnai hallerde baba soyadını taşıma halleri de sosyal hukuk devleti olma gereği hukuk düzeninde var olduğundan ailenin ya da çocuğun korunmadığı söylenemeyeceği ya da evlilik içi doğan çocuğun baba soyadı alırken evlilik dışı doğan çocukta da baba soyadı olması gerektiğine ilişkin baba soyadının, anaya üstün

bir öncelik, yücelik ve üstünlüğe ilişkin haklı hukuki nedeni var olmadığı sürece düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemeyeceği düşünülmüştür.

Hal böyle iken, öğretideki hakim görüşün, yargısal içtihatlarının bu doğrultuda şekillendiği ve ayrıca 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 28/4. maddede yer alan düzenleme ile evlilik dışı doğan ancak tanınan çocukların babalarının hanesine baba soyadı ile kayıt ve tescil edilebileceği, soyadı nizamnamesinin bir tüzük ile 29 Nisan 2009 tarihinde değiştirilen 15. madde ile de evlilik dışı tanınan çocuğun baba soyadını alacağı ve yine 5490 sayılı Yasa'ya ilişkin yönetmeliğin 109. maddede de çocuğun baba soyadı ile baba hanesine tescil edilip ana ve çocuk arası bağ kurulur şeklindeki ifadeler ihtilaf konusu düzenleme hakkında yaşanan hukukun tecelli şeklini göstermektedir. Özetle çocuk yönünden babanın soyadını alamama olarak gösterilen eksikliklerin yasalarca giderildiği, evlilik dışı, ana babası evli olmayan, çocuğun istisnai haller dışında velayetinin annede olduğu, onun tarafından korunup kullanıldığı, şefkatin eğitiminin verildiği, ihtiyaçlarının giderildiği, milletin hayatında rol alacak birey haline gelmesi için çabalarının sürdüğü bu süreçte velayet hak sahibini ananın doğumla kendiliğinden çocuğu ile arasında kurulmuş soybağının tanınma aracı olan soyadının ana soyadı olmasının, baba soyadını taşımaya ilişkin haller hukuk düzenimizde de yer aldığı da dikkate alındığında 'ana baba evli değilse çocuk ananın soyadını taşır' şeklindeki düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olduğu söylenemez.

Üye

Sacit ADALI

Üye

Serruh KALELİ