

“... ”

Bir kişinin doğumundan ölümüne kadar kim olduğunu belirleyen hukuki ilk öge o kişinin adı ve soyadıdır. Bu çerçevede ad ve soyad kişilerin kimliğini oluşturan ilk bilgidir. Toplumsal ilişkilerin kurulması işlemlerin muhataplarının bilinmesi gerektiğinden ad ve soyad bilgileri kullanılır. Ancak ad ve soyad kullanımını toplumsal düzeni sağlamak yönünden önem arz etmekteyse de belirtmek gerekir ki kişinin bir ada ve soyada sahip olması ayrıca en temel insan haklarıdır. Bunun sonucu olarak erkekler kadar kadınlarda doğumlarından ölümüne kadar bir ve aynı ad ve soyadının olması onlara da ait en temel haklardır. Fakat kadının soyadının belirlenmesine yönelik Türk medeni Kanunu’nda yer alan yasal düzenlemeler bu hakkı ihlal eder niteliktedir.

İtiraz yolu başvuru yapılmasına sebep teşkil eden ve Mahkememiz önündeki davaya uygulanacak olan kural olan Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesi, evlendikten sonra kadınlara tercih etmeleri halinde doğum soyadların yanında mutlaka kocalarına ait soyadı almalarına yönündeki yasal düzenleme nüfus kayıtların düzenli tutulması ve aile bütünlüğün sağlanması gerekçesiyle kadınları doğumla oluşan kimlikleri değiştirmek zorunda bırakmaktadır söz konusu düzenleme kadınların soyadları üzerinden onların mimliklerine yönelik bir müdahale teşkil etmekte ve aşağıda açıklanacağı üzere aynı durumda bulunanlar arasında ayrımcı bir uygulama yapılması objektif bir temeli olmamasından kaynaklanan gerekçeyle 1982 Anayasası’nın 10. maddesinde korunan eşitlik hakkını 17. maddesinde yer elen manevi varlığını koruma 20. maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkını ihlal etmektedir. Bunlarla birlikte 1982 Anayasası’nın 2. maddesi ve 90/5 hükmü beraber değerlendirildiğinde de kanuni nitelikten yoksun olması nedeniyle de hukuk devleti kuralını ihlal etmektedir. Ayrıca AİHM kararları ve bu doğrultudaki AYM’nin söz konusu düzenlenmenin zımnen ilga edildiği tespiti yapan bireysel başvuru kararları sonrasında yasa koyucunun yeni bir düzenleme yapmaması ve ilgili idarelerin de zımnen edilmesine rağmen yürürlükte olan TMK 187 maddesini doğum soyadlarını muhafaza etmek istemeyip sadece kocalarının kullanmak, isteyen kadınlara uygulanan hem yasa koyucunun hem de idare makamların 1982 Anayasası’nın 153. maddesine aykırı davranması anlamına gelmektedir.

Söz konusu yasal düzenleme kadının kimliğinin ve kişiliğinin bir parçası olan soyadı üzerindeki mutlak ve şahsa bağlı hakkına rıza dışında müdahale etmektedir. Şüphesiz böyle bir müdahalenin meşru bir amacı bulunmalıdır. Ancak ileride detaylı olarak belirtileceği üzere, bu müdahalenin dayandığı meşru bir amaç olmadığı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ortaya koyulmuştur. Şu halde bu düzenleme nüfus kayıtların neden sadece kadının soyadına müdahale edildiğinde düzgün tutulduğu bir haklı gerekçesi bulunmadığından objektif bir temelden yoksun şekilde kadının soyadına müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Erkek doğumla kazandığı soyadını evlilikle değişmesi bir kişilik hakkı olarak korunan soyadı yönünden kadın ve erkek arasında eşit olmayan muameleye neden olmaktadır. Oysa 1982 Anayasası’nın 10. maddesi yanında Türkiye’nin de kabul ettiği insan hakları evrensel Beyanname’sinde eşitlik ilkesine yer verilmekte ve kadın-erkek eşitliği vurgulanmamaktadır. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen ve Türkiye’nin 1985 tarihinde onayladığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın önlenmesine Dair sözleşme de de kadın/erkek eşitliğine ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Türkiye’nin taraf olduğu bir başka uluslararası belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde ayrımcılık yasağı düzenlenmektedir, Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasında ise usullüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalara kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşmalarla hükümleri esas alınır denilmektedir. Bu itibarla söz konusu

düzenleme Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcı ilkeleri nazara alındığında hem Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesine hem de usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara aykırılık taşıdığı açık şekilde görülmektedir.

Buraya kadar kısaca belirten kavramsal temeller ve anayasal mevzuat karşısında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "kadının soyadı" kenar başlıklı 187. maddesi kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir düzenlemesi kenar başlığıyla birlikte aşağıda yer verilen gerekçelerle anayasaya aykırı olup iptal edilmesi gerekmektedir.

B-Gerekçeler

1- Karşılaştırmalı hukuk

Geçmişten günümüze kadar olan süreçte hak eksenli tartışmalar soyadı konusunda da etkileri göstermiştir. Bu tartışmalar ışığında soyadı, kişilerin mesleki hayatlarıyla birlikte özel ve aile hayatlarında diğer insanlarla sosyal, kültürel vb. ilişkiler kurabilmesi için kendisini dış dünyayı tanıtabilmesi için, kişinin manevi varlığının bir unsuru olarak devredilmez, vazgeçilemez ve kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak bir hak olarak kabul edilmiştir.

Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Sözleşme 'ye ek protokol No.7, Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar sözleşmesi ile Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi 'nin konuyla ilgili tavsiye kararlarında bu hakkın cinsiyet ayrımı gözetmeksizin herkese eşit olarak sağlanmasını gerektiği vurgulanmaktadır. Nitekim karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da düzenlemelerin eşitlikçi bir şekilde yenilediği görülmektedir

Gerçekten karşılaştırmalı hukuka bakıldığında da evlilik sonrası eşlerin soyadı tercihlerinin özerk iradelerine bırakıldığı, mevzuatlarında bu yöne yasal düzenlemeler yapıldığı ancak hiçbirinde kadının soyadını muhafaza edebilmesi için dava açmak zorunda bırakılmadığı görülmektedir

Nitekim çağdaş toplumlarda hak ve özgürlüklere verilen önemin artmasıyla ve soyadının bir insan hakkı olarak kabul görmesiyle birlikte ülkeler mevzuatlarını bu anlayış doğrultusunda yenilemiştir Avrupa 'daki birçok ülke, aile birliğinin sağlanması ver korunması için ortak bir aile adına gerek olmadığını kabul ederek bu yönde yasal düzenlemeler yapmıştır. Karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri görmek adına bazı ülkelerdeki evlendikten sonra kadının soyadına ilişkin yasal düzenlemeleri irdelemeye fayda bulunmaktadır

İsviçre medeni Kanunu'nda 30.09,2011 tarihinde yapılan ve 01.01.2013 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik sonrası İsviçre Medeni Kanunu'nun 160. maddesine göre her eş kendi soyadı korumakta, ancak nişanlılar nüfus memuruna kadının veya erenin bekarlık soyadı olarak taşımak/kullanmak istediklerini bildirebilmektedir. "Soyadının değişmezliği ilkesi benimsenerek oluşturulan bu düzenlemeye göre evlendikten sonra her eş sadece kendi soyadını kullanabilmektedir Böylelikle İsviçre hukukunda evlendikten sonraki soyadı hususunda kadın ve erkek eşit haklara sahip hale gelmiştir 160. maddenin son halinde eşlerden birinin soyadını ortak aile adı olarak seçilmesi durumunda diğer eşin bekarlık soyadıyla birlikte taşınmasına ilişkin düzenleme yer almamaktadır.

Alman Medeni Kanun'unun 1335. maddesine göre, kural olarak eşlerin ortak bir aile adı belirlemeleri gerekmektedir. Eşler nüfus memuruna yapacakları bildirim ile her birinin doğumla aldıkları soyadını ya da bildirim yaptıkları tarihteki soyadı aile adı olarak seçebilmektedir. Bu seçim tescil edilmek koşuluyla evlenmeden sonra da yapılabilmektedir Eşlerden birinin soyadının aile soyadı olarak belirlenmesi halinde diğer eşin doğumla aldığı soyadını veya aile soyadınının bildirim tarihindeki soyadını aile adının önünde veya arkasında kullanılması nüfus memuruna yapılacak bildirimle süreye bağlı olmaksızın mümkün kılabilir. Aile soyadının birden çok isimden oluşması halinde bu hakkın kullanılması mümkün olamamaktadır. Eşler ortak bir aile adı belirlemediyse, evlendikleri sırada kendilerine ait soyadını kullanmaya devam etmektedirler.

Alman Medeni Kanunu'nun 1335. maddesinin son hali kadın ve erkeğin evlendikten sonraki belirlenmesinde eşit haklara sahip olmaları sağlamaktadır. Her ne kadar kural olarak bir aile adı belirlenmesi gerekmekte ise de eşler bu hususta zorunlu tutulmamış ve madde eşlerin soyadı seçiminde özgürlükçü bir yaklaşım benimsenmiştir.

İspanya hukukunda eşlerin evlendikten sonra kullanacakları soyadına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın evlendikten sonra eşler ortak bir soyadı belirleyebilir veya kendi soyadlarını kullanmaya devam edebilmektedirler. Ortak bir soyad belirlenmesi halinde kadın kendi soyadını aile soyadına ekleyebilmektedir.

Fransız hukukunda eşlerin soyadına ilişkin düzenlemeler Fransız Medeni Kanunu'nun 255-1. maddesinde yer almaktadır. Önceleri kadının evlendikten sonra kocasını soyadını alacağı benimsenmişken kadın-erkek eşitliğine yönelik gelişmeler neticesinde erkeği yansıttığı düşünülen "soyadı" kelimesi yerine "aile adı" ifadesi kullanılmaya başlamış ve kanuni değişiklikler de bu bakış açısından etkilenmiştir.

2013-404 numaralı 17 Mayıs 2013 tarihli Kanun ile aynı cinsten kişilerin evlenmesi mümkün hale gelmiştir. Bu nedenle aile adı düzenlenirken de bu özgürlükçü yaklaşım benimsenmiştir. Fransız hukukuna göre eşler evlendikten sonra kendi soyadlarını taşımaya devam edebilecekleri gibi birbirlerine soyadını da alabilmektedirler Bir eş evlendikten sonra diğer eşin soyadını kullanmak istese kimlik belgelerinde diğer eşin soyadının önünde veya arkasında kendi soyadlarını kullanabilmektedir diğer eşin soyadını alma hakkı Fransız hukukunda basit bir kullanma hakkıdır.

"Danimarka Norveç, İsveç ve Finlandiya'nın dahil olduğu bu hukuk çevresinde evlilikte ortak soyadı yükümlülüğü kaldırılmıştır bu ülkelerde eşler isterse ortak soyadı kullanabilirler isterlerse kendi soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler

Şu durumda "Ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte birçok ülke evlendikten sonra eşlerin kullanacakları soyadı konusundaki yasal düzenlemelerini eşitlik ilkesi doğrultusunda değiştirmiştir. Buna karşın ataerkil bir toplum anlayışına sahip olan ve aile birliğinin sağlanması ve devamı için erkeğin soyadını aile soyadı olarak kabul eden anlayışı terk etmeyen ülkeler yasal mevzuatlarında değişiklik yapmaktan kaçınmaktadırlar. Türk hukukundaki durum ilk sayılan gruptaki devletlere benzememekle birlikte ikinciler arasında yer almaktadır. Bir başka deyişle aşağıda belirtildiği üzere TMK 187 'nin hukuksal niteliği ele alındığında düzenlemenin uygulamasının hak ihlali yarattığı hem hukuksal niteliği ele alındığında düzenlemenin uygulanmasının hak ihlali yarattığı hem Avrupa Mahkemesinde (1a) hem de Anayasa Mahkemesinin kararlarıyla (1b) belirtildiği görülmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu kararlara uyan şekilde TMK 187'nin zımnen ilga edilmiş olduğu hükmetmiştir (1c) Ancak 2011

yılında söz konusu düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığına ilişkin Anayasa Mahkemesi kararı bulunmaktadır (1d) Netice itibariyle ortaya çıkan durumda TMK 167 düzenlemesi AİHM kararları doğrultusunda yasama organı tarafından değiştirilmesinden hâlâ yürürlükte (2a) AYM tarafından iptal edilmediğinden halen yürürlükteki bir kural halinde konu yargıya taşındığında ise mahkemelerin bu kuralı uygulamaması gerekmektedir. Bu sonucun öncelikle hukuk devletin temeli oluşturan öngörülebilirlik açıklık ve bilinebilirlik ilkelerine aykırı olduğu yürürlükte kaldığı sürece ayrımcılık ve hak ihlali kaynağı dolduğu ortadır

Anayasa Mahkemesi, bireysel başvuru kararlarında ihlalin kaynağının yargı kararından değil yargı kararının dayandığı kanundan kaynaklandığını tespit ettiği durumlarda gereğinin yapılması için bireysel başvurur kararının bir örneği Türkiye Büyük Meclisi 'ne göndermektedir Somut TMK 187 düzenlemesinde de benzer bir hak ihlali kararı söz konusu olup yasala organının AİHM ve AYM'nin hak ihlali kararları karşısında hareketsiz kalması karşısında TMK 187 düzenlemesinin AYM tarafından iptal edilmesi artık bir zorunluluk haline gelmiştir

2- TMK 187 düzenlemesinin hukuksal durumu 1982 Anayasası'nın 2., 10., 17., 20., 90/5., 153/son maddelerinde aykırılık iddialarının gerekçeleri

Anayasası'nın 2. maddesi hukuk devleti kuralını, 90/5 düzenlemesi usullüne göre yürürlüğe girmiş olan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların kanunla çalışması halinde milletlerarası antlaşma hükümlerin esas alınacağını 153/son düzenlemesi ise Anayasa Mahkemesi kararların bağlayıcını düzenlemektedir. Aşağıda TMK 187 düzenlemesine ilişkin yer verilen yargısal kararlar bu düzenlemenin açık öngörülebilir ve bilinebilir bu düzenleme olmadığını ortaya koymaktadır. Buna ilişkin açıklamalar aynı zamanda düzenlemenin maddi içeriğinin de 1982 Anayasası'nın 10., 17. ve 20. maddelerinde olan aykırılık gerekçelerini de oluşturmaktadır

a) Avrupa Hukukuna göre TMK 187 düzenlemesi ayrımcı şekilde hak ihlali yaratmaktadır

2004 yılında kadının evlenmeden önceki soy adını kullanılması bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye aleyhine yapılan Ayten Ünal Tekeli başvurusunda Avrupa insan hakları mahkemesi soyadının mesleki yaşamın yanı sıra insanlarla sosyal kültürel ve diğer türden ilişkiler kurma ve geliştirme becerisi açısından özel ve aile yaşamlarında da kişiyi tamamladığını belirterek “ söz konusu davada başvuranın özel çevrede ve kültürel ya da siyasi etkinliklerde tanındığı kendi soyadı olan Ünal 'ı kullanmasına izin verilmemesinin mesleki olmayan etkinliklerini büyük etkide ölçüde etkilemiş olabileceğini bu nedenle başvuranın aleyhinde verilen kararlar nedeniyle mağdur olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme tarafından bir kimlik belirlimi ve aile yaşamını etkilemesi nedeniyle AİHS 'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca evli kadınların evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadlarını kullanabilmelerinin benzer konumundaki kişiler arasında cinsiyete dayalı farklı muamele teşkil ettiği ve Türkiye'nin konuya ilişkin savunmasının ayrımcılık için makul ve nesnel bir gerekçe içermediği ifade edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında geleneksel bir yaklaşım olan aile birliğinin erkeğin soyadı ile temsil edilmesi yerine erkek-kadın eşitliğine ve ayrımcılık yaşağına verilen önem doğrultusunda aile birliğinin kadının ya da erkeğin soyadıyla veya eşlerin birlikte seçecekleri soyadıyla temsil edilebileceğini belirtmektedir. Avrupa İnsan hakları Mahkemesi kararında belirtildiği üzere Avrupa Konseyini 'nin üye ülkeleri arasında sadece Türkiye'de kocanın

soyadı aile soyadı olarak kabul edilmekte ve kadının evlendikten sonra kerdi soyadını ya tüm-
den kaybetmesi ya da kocasınınki de eklemek suretiyle bambaşka soyad haline gelmesi söz
konusu olmaktadır.

Mahkemeye göre Avrupa'daki uygulamalar nazara alındığında eşlerin ortak bir aile adı
kullanmak istememeleri halinde de aile birliğinin sağlanabildiği görülmekte olup Türkiye ortak
bir aile ismi bulunmadığında karışılacak somut ya da önemli bir sorun göstermemekte bu ne-
denle evlendikten sonra kadının evlilik öncesi soyadıyla birlikte bile olsa, erkeğin soyadını al-
mak zorunda bırakılmasının nesnel ve makul bir nedeni bulunmamaktadır. Tüm bu değerlen-
dirmeler dikkate alındığında mahkeme, evlendikten sonra eşlerin soyadı seçiminde özgür ol-
maları gerektiğini kişilerin seçtikleri soyadıyla saygınlık ve itibarla yaşamalarına sağlamak
adına bu durumun nüfus kayıtların tutulmasında yaratacağı sıkıntıları katlanabilir olduğunu be-
lirterek, söz konusu farklı muamelenin AİHS 'nin 8. maddesiyle beraber düşünüldüğünde 14.
maddesini ihlal ettiği sonucuna varmaktadır

b) Anayasa Mahkemesi'ne göre TMK 187 AİHS Hukuku karşında zımnen ilga edilmiş
bir düzenlemedir.

Avrupa İnsan hakları mahkemesi evlendikten sonra kadının münhasıran önceki soyadını
kullanabilmesi talebine ilişkin Ünal Tekeli davasında ihlal kararı vermiştir, bu karar sonrasında
Anayasa Mahkemesi'ne evlendikten sonra kadının münhasıran evlilik öncesi doğumla kazanı-
lan soyadını kullanabilmesi talebiyle yapıla bireysel başvurularda da ihlal kararları vermiştir.

Anayasa Mahkemesi 19/12/2013 tarihinde. Sevim AKAT EŞKİ başvurusuna ilişkin ver-
miş olduğu 2013/2187 numaralı bireysel başvuru kararında başvuruyu Anayasa'nın 17. maddesi
ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini'nin 8. maddesinde düzenlediği ifade etmiştir. Anayasa
Mahkemesi kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin kararlarında soya-
dının özel haya ve aile hayatı kavramlarıyla birlikte değerlendirilmesi gerektiğinden Söz-
leşme'nin 8. maddesindeki özel ve aile hayatına saygı hakkı ile aynı doğrultuda olduğunu bir
kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğunu belirtmiştir. Ka-
rarda " başvuru konu yargılama manevi varlığı kapsamında başvurucunun sadece evlenme-
den önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi
şeklindeki uygulamanın kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurların biri olan so-
yadının vazgeçilmezlik devredilmezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerin kadının
soyadı bakımından geçerliğini etkilediği görülmekte belirtilen uygulamanın Anayasanın 17.
maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müda-
hale oluşturduğu açıktır denilmiştir. Anayasa Mahkemesi daha önce somut norm denetimi ka-
rarlarında ilişki yaptığı değerlendirmelerden farklı olarak ilk kez Anayasa ya aykırılığını dile
getirmiştir. Ayrıca Anayasa mahkemesi konuyu ilk kez anayasanın 13. maddesine uygun olarak
sınırlandırabileceği "Anayasanın 17. maddesinde manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi
hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmediği ifade edilmiştir Bunun yanı sıra
konu anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrası bakımından ele alınarak 4721 sayılı Kanun'un 187.
maddesinin Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa insan hakları sözleşmesi ve Kadınlara karşı her
türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ilişkin sözleşme hükümleri ile çatıştığı " bu durumda
uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemeleridir AİHS ve uluslararası insan hakları antlaş-
maları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru
konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken ulusla-
rarası sözleşme hükümlerini dikkate alınması gerektiği ortaya konmuştur.

Son olarak kararda “Uluslararası sözleşmelerin evli erkek ve kadının evlilik sözleşmelerin, evli erkek ve kadının evlilik sonrasında soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören iç hukuk düzenlemelerin aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle ilgili sözleşmelerin hükümlerin somut uyuşmazlık açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla başvuruçunun manevi varlığı kapsamında güvence altına alınan isim hakkına yönelik müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı” belirtilerek başvuruçunun Anayasa’nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığı korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine oybirliğine karar verilmiştir.

c) TMK 187’nin zımnen ilga edildiği Hukuk Genel Kurulu kararıyla da teyit edilmiştir

Anayasa Mahkemesi’nin Sevim AKAT EŞKİ başvurusuna ilişkin vermiş olduğu karar sonrasında aynı konu Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. Hukuk genel kurulu uyuşmazlığın, AİHS karşısında Anayasa Mahkemesi kararların bağlayıcı olup olmadığı varılacak sonuca göre TMK 187 madde hükmüne rağmen kadının evlilik birliği içinde sadece kendi soyadını kullanıp kullanmayacağı noktasında toplandığını belirtmiş, kararda evlendikten sonra kadının yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanması hususunda Avrupa Birliği ile Birleşmiş Milletler ’deki gelişmeler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ünal Tekeli/Türkiye kararındaki gerekçeleri benimsenmiştir.

Hukuk Genel Kurulu kararında Anayasa Mahkemesi ‘nin itiraz yoluyla inceleyerek Anayasa’ya aykırı olmadığına karar verdiği Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin yürürlükte olduğunu, yürürlükte olan bu maddenin Anayasa’nın 90/5. maddesi gereği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. ve 14. maddeleri ile çatıştığı, bu halde temel hak ve özgürlüklere ilişkin Sözleşme hükümlerin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Hukuk Genel Kurulu temel hak ve Özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerin uygulama kabiliyetini ortadan kaldırılması nedeniyle Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasını zımni ilga kuralı olarak nitelendirilmiştir.

Sonuç olarak Hukuk Genel Kurulu evlendikten sonra kadının evlilik öncesi soyadını kullanmasının hiçbir neden ileri sürülmeksizin kullanılabilir bir insan hakkı olduğunu ve kadın-erkek arasında eşit uygulanması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin direnme kararının onanmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bu kararları herkes için bağlayıcıdır. Türk Medeni Kanunu’nun 187. madde hükmünün Türkiye’nin taraf olduğu ve usulüne uygun olarak yürürlüğe kurulmuş uluslararası sözleşme hükümleriyle çatıştığı ve Anayasa’nın 90. maddesinin 5. fıkrasını uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerin esas alınması gerektiğini Anayasa Mahkemesi kararlarında ortaya konmaktadır. Yargıtay Hukuk Kurulu da konuya ilişkin kararında bu hususa değinerek Türk Medeni Kanunu’nun 187. madde hükmünün zımnen ilga edildiğini ve bir insan hakkı olarak soyadının kullanılmasında kadın ve erkek arasında ayırım yapılmaması gerektiğini belirtmiştir.

D) TMK 187’nin uygulanması hak ihlali yaratırken soyut düzenleme olarak Anayasa’ya uygun bulunmuştur

Anayasa Mahkemesi ise kadının evlendikten sonra münhasıran kendi soyadını kullanması hususunda 2011 yılında, daha önce 1998 yılında vermiş olduğu kararıyla aynı sonuca vararak, söz konusu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olmadığına oy çokluğuyla karar vermiştir.

Üstelik bu son kararında söz konusu düzenlemenin Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi bulunmadığını da belirtmiştir. Kararda Anayasa'nın 41. maddesi, "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. maddesi, ekonomik, sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddesine değinilerek, itiraza konu kuralın kayıtlarının düzenli tutulması, resmî belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu yararı ve kamu düzeni gereği Anayasa'ya uygun olarak müdahale edilebileceği belirtilmiştir. Ve hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarının da bu doğrultuda olduğunu ifade ederek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olmadığına ve Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi bulunmadığına oyçokluğuyla karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararında "kadının soyadı üzerindeki hakkının hukuki niteliğine değil, soyadının aileyi ve soyu belirleme işlevine öncelik "verdiği söylenebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin 2009/85 F. Ve 2011/49 K. Sayılı 10/03/2011 tarihli kararına ilişkin Engin YILDIRIM'ın karşı oy gerekçesi ise, içeriği bakımından büyük önem arz etmektedir.

Karşı oy gerekçesi, Lucy Stone'a ait "Nasıl ki bir koca, karısının soyadını alamıyorsa bir kadın da kocasının (soy) adını almamalıdır. (Soy) adım kimliğimdir ve kaybolmamalıdır, sözleriyle başlamaktadır. Sırf bu sözler bile, karşı oy gerekçesinin temelini özetler niteliktedir. Karşı oy gerekçesinde belirtildiği üzere, kadın yüzyıllardır ötekileştirilmesi ve erkeğe bağlı olarak değerlendirilmesi, soyadı konusundaki yasal düzenlemelerin de cinsiyet temelli olmasına neden olmuştur. Çağdaş toplumlarda kişi hak ve özgürlüklerine verilen önemin artmasıyla bu anlayıştan vazgeçilmeye çalışılarak, cinsiyet eşitliğini de içeren eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasası bağlamında yasal düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır. Gerekçede "Kadınların karşılaştıkları aile içi şiddet, töre cinayetleri gibi çok daha ciddi, yaşamsal öneme sahip durumlarla karşılaştırıldığında soyadı, ilk bakışla, küçük önemsiz bir konu gibi görülse de dilediği soyadını kullanabilme hakkı kadın bireyin kendisini ve hayatını biçimlendirmede tercih hakkına sahip olup, olmadığı önemli bir göstergesidir. Günümüzde soyadı, kişinin kimliğinin belirtilmesini, onun hangi aileye, soya ait olduğunun gösterilmesini ve başka ailelerin bireylerinden ayırt edilmesini sağlayan bir işleve sahiptir. Soyadı kişiyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan hukuki bir araç olarak onun kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır ve kişi bununla toplumsal hayatın içinde yer alır." İfadelerine yer verilmiş, kadının soyadı üzerindeki hakkının önemine vurgu yapılarak bu hakka yapılan müdahale insan haklarının ihlali olarak nitelendirilmiştir. Ayrıca konuya ilişkin olarak uluslararası hukukta yer alan metinlerin eşler arasında eşitlik ve soyadı konusunda eşlere eşit haklar tanınmasına ilişkin düzenlemeleri ele alınmıştır. Gerekçede mesele karşılaştırmalı hukuk bakımından değerlendirilerek, ülkelerin konuya ilişkin farklı farklı düzenlemeleri bulunduğu, ancak Avrupa Konseyi'ne üye olan devletler arasında sadece Türkiye'de kadının evlendikten sonra kendi soyadını kaybetmesinin yasa ile düzenlendiği belirtilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli/Türkiye ve Burghartz/İsviçre kararlarına da gerekçede yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu karara ilişkin olarak ise, "Evlendikten sonra kadının kocasının soyadını almasının aile birliğini sağladığı ispat edilmesi gereken bir iddiadır. Bir an için bu iddianın doğru olduğunu var saydığımızda bir soru ortaya çıkmaktadır. Neden kadının kocasının soyadını alması aile birliğinin teminatı olarak görülüyor da bunun tersi, yani erkeğin karısının soyadını alması aile birliğinin göstergesi olarak görülüyor? Bu sorunun cevabı, elbette, erkek egemen anlayışının tarihsel ve toplumsal olarak hâkim bakış açısı görülebilir. Ancak bu zorlamayla değil, aile birliğini kuran bireylerin özgür iradeleriyle gerçekleşmelidir. İfadeleri ile kararın dayandığı gerekçenin özünde temelsiz olduğu ve ataerkil düşüncenin etkisiyle oluşturulduğu açık bir şekilde ortaya konmuştur. Buna karşılık, Anayasa Mahkemesi'nin kadın-erkek eşitliğine ilişkin verdiği olumlu kararların bulunduğu da

belirtilmiştir. Ayrıca toplumsal geleneklerin değişen koşullara ilişkin olarak yeniden şekillenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karşı oy gerekçesinde, erkeklerin doğumla kazandıkları soyadını ömür boyu taşıma imkânı varken kadınların medeni hallerindeki değişikliğe göre soyadlarının değişmesinin kadınlar için yarattığı mağduriyet dile getirilmiştir. Kaldı ki 4721 sayılı Medeni Kanun'un eşler arasındaki hususları düzenleyen tüm hükümleri eşitlik ilkesine dayanmakta, sadece soyadına ilişkin hüküm bu ülkeye aykırılık teşkil etmektedir. Sonuç olarak gerekçede” Zorunlu soyadı kullanımını kadının kişiliğinin zedelenmesi ve evlilik bağı içinde devlet zoruyla tabi konumda tutulması anlamına gelmektedir. Kadınların toplumsal yaşamda tanındığı soyadını kullanmaya devam etmesi en doğal hakkıdır. Evli kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması kadının kimlik kişiliğinin gelişmesine yol açarak, aile kurumunun eşitlikçi bir yapıya sahip olmasına katkı yapacaktır. Kadının evlilik öncesi sahip olduğu soyadının kullanılmasına izin verilmesiyle evlilikte taraflar arasında eşitliği sağlamada küçük ama önemli bir adım atılmış olacaktır. Yeryüzünde var olan toplumların neredeyse tamamında erkeğin kadına üstünlüğü yerleşik bir değer yargısı olmuş ve bunun temelinde, kadının aciz, erkek tarafından korunmaya muhtaç bir varlık (inbeccillitas sexus) olduğu varsayım yer almıştır. Aile kurumunun, toplumun kalbinde en küçük demokrasinin inşasına imkân tanıyacaktır. İfadelerine yer verilmiş, “evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak” ve kişilik hakkı olan soyadından vazgeçmek zorunda bırakılmalarının Anayasa'nın 10,12,17, ve 41. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir.

3- Güncel Durum

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ayrımcılık yasağını ihlal ettiğine karar verilmiş olan, bunun sonucu olarak da Anayasa Mahkemesi tarafından da zımnen ilga edilmiş olduğu belirtilen buna karşılık da Anayasa Mahkemesince anayasaya aykırı olmadığına da karar verilen Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi olduğu gibi varlığın korumaya devam etmektedir (a). Bu düzenleme anayasaya aykırı bulunup iptal edilmediği için ilgili idarelere (Nüfus Müdürlüklerince) uygulanmakta (b) ancak konu yargıya taşındığında ise mahkemelerce uygulanmaması gerekmektedir.

a. TMK 187 düzenlemesine ilişkin yasama organı hareketsizdir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararı sonrasında bu karar doğrultusunda çeşitli kanun teklifleri hazırlanmış ve TBMM'ye sunulmuştur. Kadının evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanabilmesi için yapılan tekliflere rağmen, yasama organının kanun değişikliği yapma yönünde bir çalışması olmamıştır. 187. maddede yer alan düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun olmadığı, Anayasa'ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'ne aykırı olduğu belirtilerek 06.11.2008 tarihinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun Teklifi hazırlanmış ve söz konusu maddenin, “Aile Adı” kenar başlığıyla “Eşler evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile evlendikten sonra ya doğumla kazandıkları soyadlarını, ya eşlerinin soyadlarını, veya doğumla kazandıkları soyadlarını eşlerinin soyadının önünde beraber kullanmayı seçebilirler. Eşler evlendiklerinden sonra herhangi bir tarihte Nüfus Müdürlüklerine başvurarak bu maddedeki soyadını seçme hakkını kullanabilirler. “Şeklinde değiştirilmesi teklif edilmiştir”. 14.12.2011 tarihinde ise, maddenin, “Kadın, evlenmekle soyadını muhafaza eder. Ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya soyadının arkasında koçasının soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı izin yararlanabilir, “şeklinde değiştirilmesi için teklif verilmiş”, ancak bu teklif henüz kabul edilmemiştir.

Yasama organı maddenin değiştirilmesine ilişkin bir adım atmamaktadır. Bu tercih bilinçli olsun ya da olmasın, kadınların evlendikten sonra münhasıran önceki soyadlarını kullanabilme haklarını ihlal etmeye devam etmektedir. Erkeğin bir soyadını kullanması bakımından bu yönde bir müdahale bulunmazken, kadınlar evlenme ve aslında bununla bağlantılı olarak da boşanma) nedeniyle soyadlarını içeren belgeleri her hukuki statü değişikliğinde değiştirmek zorunda kalmakta, medeni hallerindeki değişiklikleri kamuya paylaşmak zorunda bırakılmaktadır. 187. maddede evlendikten sonra kullanılacak soyadına ilişkin olarak kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamaktan çok uzaktır. Söz konusu madde, “evli kadının soyadını isteği dışında değiştirmekte ve haklı neden olarak kabul edilebilecek hiçbir gerekçe ortaya koymamaktadır.

b. Zımnen ilga olan TMK 187 düzenlenmesi 1982 Anayasası’nın 153. maddesiyle çatışan şekilde hala ilgili idare tarafından uygulanmaktadır

Kadınlar evlendikten sonra münhasıran önceki soyadlarını kullanma taleplerini doğrudan nüfus müdürlüğüne ilettiklerinde nüfus müdürlükleri; Nüfus Hizmetleri Kanunu’nun 35/1. maddesini ileri sürerek talepleri reddetmektedir. Bu halde evlilik sonrası sadece doğumla kazandıkları kendi soyadlarını kullanmak isteyen kadınlar dava açmak zorunda bırakılmaktadırlar.

Kadının evlendikten sonra münhasıran önceki soyadını kullanmasını kişiye sıkı sıkıya bağlı vazgeçilmez, devredilemez bir insan hakkı olarak ele alan ve cinsiyet farklılıklarına göre uygulama belirlenmesinin ayrımcılık yağı kapsamına gireceği belirte kararlara rağmen Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinde değişiklik yapılmamıştır. Hukuk Genel Kurulu kararı sonrasında, evlendikten sonra yalnızca önceki soyadını kullanmak isteyen kadınların dava açması halinde ilk derece mahkemeleri olumlu yönde kararlar vermektedir. Bu taleple idari mercilere yapılan başvurular ise, Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin yürürlükte olması gerekçesiyle reddedilmektedir. Bu durumun sebeplerinden biri olan ve AYM’nin bireysel başvuru yolunda vermiş olduğu Ayşe Sena Sezgin Arslan kararının, bu itiraz dilekçesinde öne sürülen gerekçeler karşısında objektif hukukla bağdaşmadığının da altı çizilmelidir.

İdarenin bu tutumuna gerekçe olarak hukukta egemen olan idarenin kanuniliği ilkesi ileri sürülmekte ise de Anayasa’nın 11. Ve 90/5. maddesi kanunilik ilkesinin temelini oluşturduğundan, bu ilke bağlamında idare söz konusu Anayasa maddelerine uygun işlemler tesis etmekle yükümlüdür. Bir başka ifadeyle Anayasa 90/5. maddesi 11. madde delaletiyle idare yönünden de bağlayıcıdır. Ancak uygulamada TMK 187 yürürlükte olduğu sürece idare bu kuralı önceleyen işlemler yapmakta ve bu yöndeki başvuruları reddetmektedir.

Soyadı üzerindeki haklarını dava yoluyla talep edebilmeleri kadınlar bakımından süregelen hak ihlalinin devam ettiğinin bir göstergesidir. Kadın dilediği zaman idari mercilere yapacağı başvuruyla kendi soyadını kullanamamakta, bunun için hukuk davası açmak zorunda bırakılmaktadır. Bu noktada tartışılması gereken husus, Anayasa Mahkemesi’nin konuya ilişkin olarak vermiş olduğu kararların niteliği ve Hukuk Genel Kurulu kararında da bahsi geçen zımni ilga bağlamında, kadınların hukuk davası açmasına gerek olmadan idari mercilere yapacakları başvuruyla evlendikten sonar münhasıran önceki soyadlarını kullanmayı talep edebilme imkanlarının olup olmadığıdır.

Anayasa’nın 153. maddesinin son fıkrasında “Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır ve yasama yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar.” Hükmü yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin somut norm denetimi yoluyla Türk Medeni Kanunu’nun 187. maddesinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasıyla açılan iptal

davası (soyut norm denetimi) ile bir davaya bakmakta olan mahkemenin uygulanacak bir kanun veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesinin hükümlerini Anayasaya aykırı görmesi veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddi olduğu kanısına varması halinde başvuru itiraz yolu (somut norm denetimi) sonucunda Anayasa Mahkemesi bir normun Anayasa'ya aykırı olup olmadığını denetlemektedir. Bu hallerde Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrası gereği kararların herkes için bağlayıcı olduğu açıktır. Burada önemli olan Anayasa Mahkemesi'nin evlendikten sonra kadının sadece kendi soyadını kullanabilmesini engelleyen düzenlemenin "zımnın ilga" edilmiş olan bir düzenleme olması sebebiyle bu düzenlemenin yargı organlarınca uygulanmasının hak ihlali olduğunu ortaya koyan bireysel başvuru kararlarının etkisinin ne olduğudur.

Bireysel başvuru sonucunda verilecek kararlara ilişkin düzenleme, 30/03/2011 tarih ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50. maddesinde yer almaktadır. Maddenin 1. ve 2. fıkralarında "Esas inceleme sonunda başvurunun hakkının ihlal edildiğine ya da edilmediğine karar verilir ihlal kararı verilmesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere hükmedilir. Ancak yerindelik denetimi yapılamaz, idari eylem ve işlem niteliğinde karar verilemez. Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hallerde başvuru lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarının ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir, denilmektedir. Bu hükümden anlaşılacağı üzere, Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında başvuran kişinin hakkının ihlal edilip edilmediğine karar verilmektedir. Bir görüşe göre, bireysel başvuru sonucunda verilen karar sadece başvuru yönünden sonuç doğurmaktadır. Bireysel başvuru neticesinde bir normun Anayasa'ya aykırı olduğunda bahisle iptaline karar verilmesi söz konusu olamamaktadır. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin verdiği kararların herkes için bağlayıcı olması mümkün olmamaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi nedeniyle yapılan ilk başvuru olan ... başvurusuna ve konuya ilişkin yapılan diğer bireysel yönünden sonuç doğurmada ve evlendikten sonra sadece önceki soyadını kullanmak isteyen kadınların ayrıca bireysel başvuru yoluna gitmeleri gerekmektedir. Bireysel başvuru kararları neticesinde Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi iptal edilememekte, yürürlükte kalmaya devam etmektedir.

Bizim de kaldığımız bir diğer görüşe göre ise, Anayasa'nın 153. maddesinin son fıkrasında yer alan bağlayıcı etkinin, bireysel başvuru kararları bakımından da geçerli olduğunun kabul edilmesi yoluyla bir normun Anayasa'ya aykırı olup olmadığını denetlerken, teknik bir uyumsuzluk konusu olmayan bireysel başvuru yolunda bireylerin kamu gücü işlemleri nedeniyle hak ihlali mağduru olup olmadığını belirlemektedir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi'nin norma denetimi ve bireysel başvuru yetkileri birbirinden farklı ise neticelerinde verilecek kararların, bu konuda Anayasa'da veya 6216 sayılı Yasa'da ayrıca bir hüküm bulunmaması nazara alındığında "Anayasa Mahkemesi'nin somut olay temelinde yürüyen değerlendirmelerinde yer verdiği anayasal hakların özlerine niteliklerine müdahalenin varlığı ve bunun anayasal sınırlarına ilişkin tespitleri somut olayın taraflarını aşarak anayasanın anlamını ve uygulanma biçimini gösteren değere sahiptir. "Bu nedenle de bireysel başvurulara ilişkin verilen kararların herkes için bağlayıcı olduğu söylenebilmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine ilişkin yapılan bireysel başvuru kararlarında, Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, 4721 sayılı Kanun'un 187 maddesinin Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları antlaşmaları ile çatışan

4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyuşmazlık açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği ortaya konmuştur. Anayasa Mahkemesi bu değerlendirmesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin zımnen ilga edildiğini ifade etmektedir.

Kuvvetler ayrılığı ilkesinin gereği olarak kanunları koymak. Değiştirmek veya kaldırmak Anayasa'nın 87. maddesinde yasama organının görevleri arasında sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesinin 6216 sayılı Kanun'un 50. maddesinin 1. fıkrasının uyarınca ihlal kararı vermesi halinde ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yapılması gerekenlere de hükmedebilmektedir. Soyadına ilişkin yapılan bireysel ihlale karar veren Mahkeme, yasama organının konuyla ilgili yeni bir düzenleme yapmasına dair bir karar verebilecek iken, kararlarında bu yönde herhangi bir değerlendirme yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi kararlarında bu husus olsun ya da olmasın, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı niteliği Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmelere üstünlük tanıyan Anayasa'nın 90/5. maddesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı doğrultusunda, Türk yargı organları, kadınların önceki soyadlarını kullanma talebiyle yaptıkları başvurularda kabul kararı vererek maddenin yol açtığı ihlali, ancak bu yola başvurma imkânı bulabilen kadınlar bakımından bir nebze olsun giderilmektedir. Ancak bu durumda da ilk derece mahkemeleri tarafından, Anayasa'nın 90/5. maddesi gereği uluslararası sözleşme hükümleri dikkate alınırken her somut olaya göre farklı bir uygulama benimsenebileceğinden hukuki güvenlik ve hukuki istikrar ilkelerine aykırı şekilde farklı kararlar verilmesi söz konusu olabilmektedir.

4- Tüm kadınlar bakımından idarenin uyması beklenen, ancak önceki soyadını muhafaza etmek isteyen kadınlar bakımından yargı organlarının uygulamaması gereken TMK 187 düzenlemesi, kanuni nitelikten yoksun olması, meşru bir amacının bulunmaması ve ayrıca eşitlik ilkesine aykırılık yaratması sebepleriyle iptal edilmelidir.

Hukuk devletinin en başta yer alan kurallarından biri bireylerin ve devlet organlarının uyması gereken kurallarının açık, öngörülebilir ve bilinebilir olması gelmektedir. Yukarıda konuyla ilgili kararlarına atına detaylı biçimde açıklandığı üzere, TMK 187 düzenlenmesi nüfus müdürlüklerinin ve evlenmek isteyen her kadının uyması beklenen bir kural olmakla beraber, evlilik birliği içinde sadece doğum soyadını kullanmak isteyen ve mahkemeye başvurduğunda da bunu elde edeceğini bilen kadınlar bakımından da, düzenleme yargısal uyuşmazlıklarda zımnen ilga edildiğinden "uygulanmaması" gereken bir kural haline gelmiştir. Bu durumun açıklık ve öngörülebilirlik nitelikleriyle bağdaştığını söylemek mümkün değildir. Ayrıca görüldüğü üzere kanun düzenlemesinin uygulamasının da kadınlar arasında yeknesak olmaması hukuk devleti kuralına aykırılık oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, TMK 187'nin konu mahkemeye taşındığında uygulanmayan bir kural olduğunu bilen kadınlarla bunu bilmediğinden soyadını değiştirmek zorunda kalanlar arasında kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktan yararlanma bakımından farklı bir uygulama yapılması da söz konusudur. Bu durumda kanunun "bilinirlik" özelliğini de taşımadığının, bu temelde adeta ayrımcı bir uygulama kaynağı haline gelmiş olmasının da altı çizilmelidir.

TMK 187'nin maddi içeriğinin ayrımcı şekilde hak ihlali yarattığı ise yukarıda yer verilen hem AİHM hem de AYM'nin vermiş olduğu bireysel başvuru kararlarında detaylı şekilde aktarıldığından burada özetle, soyadının temel ve kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kamu düzeni bakımından soyadına müdahalenin meşru bir gerekçe olarak kabul edilebileceği ancak bu müdahalenin cinsiyetler arasında bir fark yaratılmadan yapılabileceği ifade edilerek, bu nitelikte olmayan TMK 187 düzenlemesinin açık şekilde ayrımcılık yaratacak şekilde 1/82 Anayasası'nın 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu ifade edilmelidir.

C-Sonuç

Yasama organının hareketsizliği karşısında sorunun çözülebilmesi için maddenin somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek iptal kararıyla yürürlükten kaldırılması gerekmektedir.

Burada ele alınması gereken husus, söz konusu düzenlemenin madde başlığıyla beraber iptal edilmesi halinde evlilikte soyadının belirlenmesine ilişkin kuralın ortadan kalkmasının bir hukuksal boşluk oluşturup oluşturmayacağıdır

Aslında verilebilecek bir iptal kararı konuyla ilgili bir hukuksal boşluk yaratmayacaktır. Zira ilgili idarelerin hem AİHM hem de AYM'nin verdiği kararlara uyarak ve bunları uygulayarak, eşlerin soyadını taşıyıp taşıyamama konusunda (evlilik birliği devam ettiği sürece hangi soyada sahip olmak istedikleri konusunda) özgürce karar verebilecektir. İdareye düşen görev, bu kararı resmî belgelere işlemekten ibaret olacaktır.

Ancak evlilik birliği içindeki soyadı tercihinin ilişkin hükmün iptal edilmesi meselenin sadece bir yönünü oluşturmaktadır. Bu düzenlemenin evlilik birliği içinde doğan çocuklar üzerinde ve evlilik birliğinin sona ermesi durumunda da hem kadın hem de çocuklar bakımından önemli etkileri bulunmaktadır. Her ne kadar boşanma sonucu çocuğun soyadına ilişkin tercih Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru yoluyla verdiği ihlal kararları sonrasında bir ölçüde açıklığı kavuşturulmuş olsa da soyadı konusunun Türk hukukunda kadın, erkek ve çocuk bakımından hak temelli ve bütüncül bir yaklaşımla ele alınarak yeniden düzenlenmesi bir zorunluluktur. Bu itibarla Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararında süre tanıyarak yasama organının sadece evlilikle sınırlı olmayarak konuyu bütüncül olarak ele alması gerektiğine ilişkin tespit ve yapılacak yeni düzenlenmeleri uluslararası sözleşmeler doğrultusunda hâkim olan cinsiyet eşitliği anlayışı benimsenerek, eşlerin iradesini üstün kılacak, eşlere seçim hakkı tanıyacak ve özgürlüklerini koruyacak şekilde olması gerektiğinin belirtilmesi konunun hızlı ve özgürlükler hukukuna uygun şekilde yeniden düzenlenmesine yön verecektir. Kanımızca evlendikten sonra kullanılacak soyadı konusunda eşlerin tercihler ön planda tutularak, Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin Medeni Hukukta şekilde özgürlükçü bir düzenleme yapılması halinde kadın soyadı üzerindeki hakkını tam anlamıyla kullanabilecek ve soyadıyla varlığını ortaya koyabilecektir.

Bu itibarla Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin, madde içeriği ile kenar başlığı da dahil olmak üzere, Anayasa'nın 2,10,17,20,90/5,153. maddelerine aykırılık teşkil ettiğinden iptaline karar verilmesi gerekmektedir.

KARAR: Yukarıda açıklanan gerekçelerce

1. Karar içeriğinde açıklandığı üzere Anayasa'nın 2,10,17,20,90/5,153. maddesinin iptali yönünden Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun uyarınca itiraz yola ile incelenmek üzere Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına,

2. İncelemeye esas olmak üzere dosya arasında bulunan kayıtların ve iş bu kararın onaylı biter örneğinin oluşturulacak dizi listesine bağlanılarak bir dosya halinde Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesine,

3. İstem noktasız olarak iletilmesinden başlamak üzere beş ay süre ile Anayasa Mahkemesi tarafından verilecek kararın beklenilmesine,

Esas Sayısı : 2022/86

Karar Sayısı : 2022/83

4. Yasal düzenleme ile belirlenen beş aylık sürede karar verilmez ise ilgili yargılamanın yürürlükteki hükümlere göre (Anayasa Mahkemesinin kararı esas hakkında karar kesinleşinceye kadar gelirse Anayasa Mahkemesi hükmüne uyulması koşuluyla sonuçlandırılmasına karar verildi.”