**ANAYASA MAHKEMESİ KARARI**

**Esas Sayısı : 2009/85**

**Karar Sayısı : 2011/49**

**Karar Günü : 10.3.2011**

**R.G. Tarih-Sayı : 21.10.2011-28091**

**İTİRAZ YOLUNA BAŞVURANLAR :**

1- Fatih 2. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/85)

2- Ankara 8. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/35)

3- Kadıköy 1. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/94)

**İTİRAZLARIN KONUSU :** 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemidir.

**I- OLAY**

Evli kadının yalnız önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler, iptali için başvurmuşlardır.

**III- YASA METİNLERİ**

**A- İtiraz Konusu Yasa Kuralı**

22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesi şöyledir:

'**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.**'

**B- Dayanılan Anayasa Kuralları**

Başvuru kararlarında Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine dayanılmıştır.

**IV- İLK İNCELEME**

Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün 8. maddesi uyarınca, 2009/85 E. sayılı dosyada 3.12.2009 gününde, 2010/35 E. sayılı dosyada 13.5.2010 gününde, 2010/94 E. sayılı dosyada 7.12.2010 gününde yapılan ilk inceleme toplantılarında başvurularda eksiklik bulunmadığından işin esasının incelenmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

**V- BİRLEŞTİRME KARARLARI**

2010/35 E. sayılı dosyada 10.3.2011 gününde, 2010/94 E. sayılı dosyada 7.12.2010 gününde, yapılan itiraz başvurularına ilişkin davaların, aralarındaki hukuki irtibat nedeniyle 2009/85 esas sayılı dava ile birleştirilmesine, esaslarının kapatılmasına, esas incelemenin 2009/85 esas sayılı dosya üzerinden yürütülmesine, oybirliğiyle karar verilmiştir.

**VI- ESASIN İNCELENMESİ**

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

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kural ile evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakıldığı, kadının kendi soyadını tek başına kullanmasına izin verilmediği, bu durumun eşler arasındaki eşitlik ilkesine, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu belirterek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu 187. maddesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı; ancak kadının evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus memuruna yapacağı yazılı başvuru ile önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece kadın evlenmekle, ilke olarak kocasının soyadını almakta, ancak dilerse evlenmeden önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabilme olanağına sahip olmakta, daha önce iki soyadı kullanması halinde bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Anayasa'nın 12. maddesinde, *'Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*' hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasakoyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülemeyeceği vurgulanmış; 17. maddesinde '*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir*'; 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, teşkilâtı kurar*' denilmiştir.

Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Ayrıca 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan '*Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur*' hükmü gereğince, soyadı kullanmak kişilere yüklenmiş bir yükümlülüktür. Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır.

İtiraz konusu '*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*' kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Milletlerin ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur.

Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Uluslararası hukukun temel belgelerinden olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddelerinde de ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerektiği belirtilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır.

Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan 'özel hayatın ve aile hayatının korunması' ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi görülmemiştir.

Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ ve Engin YILDIRIM bu görüşe katılmamıştır.

**VII- SONUÇ**

1- 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun uyarınca, 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun ile ilgili gerekli düzenlemeler yapılmadan, Mahkeme'nin çalışıp çalışamayacağına ilişkin ön meselenin incelenmesi sonucunda; Mahkeme'nin çalışmasına bir engel bulunmadığına, Fulya KANTARCIOĞLU, Mehmet ERTEN, Fettah OTO, Zehra Ayla PERKTAŞ ile Celal Mümtaz AKINCI'nın, gerekçesi 2010/68 esas sayılı dosyada belirtilen karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

2- 22.11.2001 günlü, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve itirazın REDDİNE, Osman Alifeyyaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve OYÇOKLUĞUYLA,

10.3.2011 gününde karar verildi.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| BaşkanHaşim KILIÇ | BaşkanvekiliOsman Alifeyyaz PAKSÜT | ÜyeFulya KANTARCIOĞLU |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeAhmet AKYALÇIN | ÜyeMehmet ERTEN | ÜyeFettah OTO |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeSerdar ÖZGÜLDÜR | ÜyeSerruh KALELİ | ÜyeZehra Ayla PERKTAŞ |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeRecep KÖMÜRCÜ | ÜyeAlparslan ALTAN | ÜyeBurhan ÜSTÜN |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeEngin YILDIRIM | ÜyeNuri NECİPOĞLU | ÜyeHicabi DURSUN |

|  |  |
| --- | --- |
| ÜyeCelal Mümtaz AKINCI | ÜyeErdal TERCAN |

**KARŞIOY YAZISI**

Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesi, kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağını, önceki soyadını ise kocasının soyadının önünde kullanabileceğini öngörmektedir.

Kural, soyadı kullanımında kadınlar ve erkekler arasında eşit bir düzenleme yapmamıştır.

Anayasa'nın 10. maddesinde kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları vurgulanmış, 17. maddesinde herkesin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Kişinin soyadı üzerindeki hakkı, kadın ve erkek ayrımı yapılmaksızın 17. maddenin güvencesi altındadır.

Yasakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca müdahale edebileceği ve bunun aile birliği ve bütünlüğü bakımından gerekli olduğu yolundaki çoğunluk görüşüne katılmak mümkün değildir. Evlilik ve aile bağlarını yasal ve toplumsal gereklere uygun olarak göstermek için kadının kocasının soyadını taşıması zorunlu olmadığı gibi, neden erkeğin soyadının üstünlük taşıdığının ve kadının ikinci plana itildiğinin Anayasal bir açıklaması da yapılamaz. Çağdaş bir toplumda ve özgürlükçü bir düzende aile bağlarını koruma gerekçesiyle eşlerin soyadları arasında yasa zoruyla tercih yapmanın yeri olmadığı açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Tekeli-Türkiye kararında bu konu etraflıca değerlendirilmiş ve evli kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanmasına olanak verilmemesinin Sözleşme'nin ihlalini teşkil ettiğine hükmetmiştir.

Kuralın, Anayasa'nın 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle, çoğunluk görüşüne katılmıyorum.

|  |
| --- |
| BaşkanvekiliOsman Alifeyyaz PAKSÜT |

**KARŞIOY GEREKÇESİ**

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun itiraz konusu 187. maddesinde, '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' denilmektedir. Aynı kural, daha önce yürürlükte bulunan 17.2.1926 günlü, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 14.5.1997 günlü, 4248 sayılı Yasa ile değiştirilen 153. maddesinde de yer almış, bu kuralın iptali için yapılan başvuru Anayasa Mahkemesi'nin 29.9.1998 günlü E:1997/61, K:1998/59 sayılı kararı ile reddedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, konuya ilişkin başvuru üzerine verdiği 16.11.2004 günlü, 29865/98 başvuru sayılı Ünal Tekeli - Türkiye kararında,[1] Anayasa Mahkemesi'nin ret kararına da vurgu yapılarak, Ayten Ünal Tekeli'nin evlendikten sonra yalnızca kızlık soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle birlikte düşünüldüğünde, ayrımcılığı reddeden 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır. Mahkeme'ye göre:

*'Başvuru sahibinin yaptığı şikâyet, evli kadınların evlendikten sonra yalnızca evlenmeden önceki soyadlarını yasal olarak kullanamamalarına karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmeleri hakkındadır. Bu durumun, benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı 'farklı muamele' teşkil ettiği şüphesizdir.*

*Hükümetin bahsettiği iki kategori (evli erkekler ve evli kadınlar) arasındaki, sırasıyla toplumsal konumları ve ekonomik bağımsızlıklarına ilişkin olgusal farklar AİHM'yi farklı bir sonuca götürmemektedir.*

*Şikâyet edilen farklı muamelenin haklı nedenleri olup olmadığı konusunun temelinde de bu ayrım yatmaktadır.*

*Hükümetin savunmasında söz konusu müdahale erkek eşin soyadı vasıtasıyla aile birliğini yansıtarak kamu düzenini sağlamaya yönelik meşru bir amaç gütmektedir. Başvuru sahibi bu sava itiraz etmiştir.*

*Taraf Devletlerin AİHS uyarınca, aile birliğini yansıtmaya yönelik önlemlere ilişkin bir takdir yetkisine sahip olmalarına rağmen AİHM, farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği müddetçe 14. madde ile bu tür önlemlerin ilkesel olarak, erkek ve kadına eşit şekilde uygulanmasının öngörüldüğünü yineler.*

*Söz konusu davada AİHM böyle bir neden olduğuna ikna olmamıştır.*

*İlk olarak AİHM, cinsiyetler arası eşitliğin geliştirilmesinin günümüzde Avrupa Konseyi'ne Üye Devletler arasında önemli bir hedef olduğunu hatırlatmaktadır. Bakanlar Komitesi'nin yayınladığı iki metin, yani medeni kanunda eşlerin eşitliğine ilişkin 27 Eylül 1978 tarihli 78 (37) No'lu Karar ve cinsiyet ayrımına karşı hukuksal korumaya ilişkin 5 Şubat 1985 tarihli R (85) 2 No'lu Tavsiye Kararı, bunun temel örnekleridir. Bu metinler Üye Devletleri, aralarında soyadı seçiminin de bulunduğu birçok konuda cinsiyete dayalı ayrımcılığı yok etmeye çağırmaktadır. Bu hedef, Parlamenterler Meclisi'nin (bkz. yukarıdaki 19-22. paragraflar) ve Avrupa Hukuki İşbirliği Komitesi'nin (bkz. yukarıdaki 23-27. paragraflar) çalışmalarında da belirtilmiştir.*

*Uluslararası düzeyde ise, Birleşmiş Milletler'deki kadın-erkek eşitliğine ilişkin gelişmeler, söz konusu alanda, eşlerden her birinin kendi soyadını kullanma ya da yeni aile isminin seçiminde eşit fikir bildirme hakkının tanınmasına doğru ilerlemektedir (bkz. yukarıdaki 23-27. paragraflar).*

*Ayrıca AİHM, Avrupa Konseyi'ndeki Taraf Devletler arasında, eşlerin aile isminin seçiminde eşit söz hakkına sahip olmasına yönelik bir fikir birliğinin oluşmakta olduğuna dikkat çekmektedir.*

*Avrupa Konseyi'nin Üye Devletleri arasında Türkiye 'çift başka bir düzenlemeyi tercih etse bile- kocanın soyadının çiftin soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumundadır. Türkiye'de, eşlerin böyle bir düzenlemeyi kabul etmesi halinde bile evli kadınlar yalnızca evlenmeden önceki soyadlarını kullanamamaktadır. Türk mevzuatında, 22 Kasım 2001 itibarıyla evlenmeden önceki soyadını kocanın soyadının önüne ekleyebilme olanağı da bu durumu değiştirmemektedir. Evliliklerinin soyadlarını etkilemesini istemeyen kadınların çıkarları dikkate alınmamıştır.*

*AİHM, ayrıca Türkiye'yi kendisini kadın ve erkeklerin aile içerisinde eşit haklara sahip olmasını sağlama yönündeki genel eğilimin dışında da konumlandırmamaktadır. İlgili yasal düzenlemelerde, özellikle de 22 Kasım 2001 tarihinden önce erkek, aile içerisinde baskın konumdaydı. Aile birliğinin erkeğin soyadı aracılığıyla yansıtılması, Türk yasalarının o zamana kadar savunduğu geleneksel aile görüşüne karşılık gelmekteydi. Kasım 2001'de yapılan reformların amacı ailenin temsilinde, ekonomik etkinliklerde ve aileyi ve çocukları etkileyen kararların alınmasında kadını erkekle eşit bir konuma getirmekti. Bu yasa ile, diğer bazı yeniliklerin yanı sıra erkeğin aile reisi olarak kabul edilmesinden vazgeçilmiştir. Erkek de kadın da aileyi temsil erkine kavuşmuştur. Ne var ki 2001'de yürürlüğe girmesine rağmen, Medeni Kanun'un kadınları evlilikten sonraki aile ismine yönelik eşlerinin ismini almaya zorlayan hükümler değişmeden kalmıştır.*

*AİHM'nin önündeki ilk soru aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Bu geleneğin, erkeğin aile içerisinde sahip olduğu birincil ve kadının sahip olduğu ikincil rollerden kaynaklandığı açıktır. Günümüzde, erkek-kadın eşitliğinin, Türkiye de dahil, Avrupa Konseyi'ne üye devletler içerisinde gösterdiği gelişim ve özellikle de ayrımcılık yapmama ilkesine verilen önem, devletlerin bu geleneği uygulamasını engellemektedir.*

*Aile birliği, bu bağlamda aile soyadı olarak erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabilir (bkz. yukarıda bahsedilen Burghartz, S 28).*

*AİHM'nin yanıtlaması gereken ikinci soru aile birliğinin ortak bir aile ismiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığı ve evli çiftler arasında bir fikir ayrılığı halinde çiftlerden birinin soyadının diğerine empoze edilmesinin mümkün olup olmadığıdır.*

*Bu bağlamda AİHM, Taraf Devletlerin uygulamalarının, evli bir çiftin ortak bir aile adı taşımamayı tercih ettiği durumlarda bile aile birliğinin korunup güçlendirilebileceğini gösterdiğine dikkat çekmektedir. Avrupa'da uygulanan sistemlerin gözlemlenmesi bu bulguyu desteklemektedir. Söz konusu dava Hükümet, ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması halinde, evli çiftlerin ve/veya üçüncü tarafların karşılaşabileceği somut ya da önemli bir sorun gösterememiş ya da kamu çıkarının zarar gördüğünü kanıtlayamamıştır. Bu şartlar altında AİHM, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının 'önüne kendi evlenmeden önceki soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve makul bir nedeni olmadığı kanısındadır.*

*AİHM, kocanın soyadına dayalı geleneksel aile ismi sisteminden, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine ya da özgürce ortak bir aile ismi seçmelerine izin veren başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda yaratacağı sorunların önemini göz ardı etmemektedir. Ancak bireylerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemek makul olacaktır (bkz. benzer şekilde (mutatis mutandis), Christine Goodwin ' Birleşik Krallık [GC], No. 28957/95, S 91, AİHM 2002-VI).*

*Sonuç olarak, aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacı, söz konusu davada şikâyet konusu olan cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır.*

*Dolayısıyla, söz konusu farklı muamele 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırıdır.'*

AİHM kararının dayanağını oluşturan Sözleşme'nin, 14. maddesine koşut düzenleme içeren Anayasa'nın 10. maddesinin ilk fıkrasında, Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir' denildikten sonra 7.5.2004 günlü, 5170 sayılı Yasa ile eklenen ikinci fıkrasında, 'kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür' kuralına yer verilmiş, aynı fıkraya 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Yasa ile yapılan ekle de bu maksatla alınacak tedbirlerin eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamayacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, Anayasa'da cinsiyet ayırımcılığını reddeden eşitlik ilkesine açıkça vurgu yapıldıktan sonra bununla yetinilmeyerek, 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri ile kadın lehine pozitif ayırımcılık yapılmasına olanak sağlanmış, böylece kadın-erkek eşitliği pekiştirilerek, Devlet'e de bu eşitliği yaşama geçirmesi konusunda direktif verilmiştir. Bu durum öncelikle kadın-erkek eşitliğini dikkate almayan, erkeği öne çıkaran yasal düzenlemelerin yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Uluslar arası hukukta da kadınlarla erkeklerin aynı haklardan eşit olarak yararlanmalarını engelleyen kuralların kaldırılması yolunda gelişmeler olduğu görülmektedir. Bu bağlamda, kimi çekinceler içermekle birlikte Türkiye tarafından da imzalanıp 1985 de onaylanan 'Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi; 1954 de onaylanan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve imzalanan ancak henüz onaylanmayan Ek 7. No'lu Protokol; 2003 de onaylanan BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi gibi belgelerde cinsiyete dayalı ayırımcılık reddedilirken, aile içinde eşlerin aynı haklara eşit biçimde sahip olmaları gereği açık biçimde kabul edilmiştir. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 27.9.1978 günlü, 37 sayılı ve 5.2.1985 günlü, 2 sayılı Tavsiye Kararlarında da konuya ilişkin tespitler ve eşler arasında cinsiyet ayrımcılığına neden olan kuralların kaldırılması konusunda çağrılar bulunmaktadır.

4721 sayılı Yasa'dan önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Yasa'nın itiraz konusu kuralla aynı içerikteki 187. maddesi hakkında, Anayasa Mahkemesi tarafından verilen red kararından sonra Anayasa'nın eşitlik ilkesine ilişkin 10. maddesinde, kadınlar lehine 2004 ve 2010 tarihli değişikliklerin yapılmasına karşın, aynı konuda 1998 yılında verilen kararda, çoğunluk oylarıyla da olsa ısrar edilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin, gerçekleştirilen Anayasa değişikliklerini ve uluslararası alandaki gelişmelerin somut bir göstergesi olan AİHM kararlarını dikkate almadığını ortaya koymaktadır. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin korunup, güçlendirilmesi amacıyla evrensel hukuktaki gelişmeler doğrultusunda, Anayasa ve yasalarda yapılan değişikliklerin, onları uygulayan yargı yerleri tarafından özümsenip yaşama geçirilmedikçe, insanın onurlu bir yaşam sürdürmesi, maddi ve manevi varlığını geliştirebilmesi için gerekli ortamın oluşturulmasına bir katkı sağlayamayacağını göstermektedir. İtiraz konusu 187. maddeyle ilgili evlenen kadının, sadece kendi soyadını kullanabilmesine olanak sağlayan bir kanun tasarısı taslağının Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanarak görüşe sunulması ise Yasama açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

Anayasa Mahkemesine daha önce verilen aynı konuya ilişkin 29.9.1998 günlü, E: 1997/61, K: 1998/59 sayılı kararın karşıoy gerekçesinde de belirtildiği gibi; cinsiyete dayalı ayırımları yasaklayan 'farklı cinslerin eşit haklara sahip olması' ilkesinin sözleşmelerle uluslararası alana taşınarak ortak idealler haline dönüştürülmesi, bu ilkenin ulusal düzenlemelere yansıtılmasında itici bir güç oluşturması bakımından büyük önem taşımaktadır.

Anayasa'nın Başlangıcı ile 174. maddesinde dile getirilen çağdaş uygarlık düzeyine ulaşma amacı bu uygarlığın hukuk alanına yansıması olan hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası belgelerin, Anayasa kurallarıyla birlikte değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Bu anlayış içinde bakıldığında, yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan 'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır.'biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının, kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının, kadın-erkek eşitliği konusunu önceki düzenlemelerden farklı olarak, kadın lehine pozitif ayrımcılığa izin veren bir noktaya taşıyan Anayasa'nın 10. maddesi ile uyum içinde olduğu ileri sürülemez.

1976 tarihli Alman Evlilik ve Aile Hukuku Yasası'ndaki eşlerin ortak bir soyadı kullanacağı, aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadının seçilebileceği, eğer eşler bir karara varamazlarsa, kocanın soyadının ailenin soyadı olarak kabul edileceğine ilişkin kuralı inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi 5.3.1991 günlü kararıyla kocanın soyadının, ikincil aile adı olarak seçilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: '' bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz. Eğer mevcut toplumsal gerçeklik veri olarak ele alınırsa, anayasal bir emir olan farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin gerçekleştirilmesi işlevini kaybedecektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu ilke, kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlik kazanmaktadır. Çünkü Anayasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrası böylesi ayırımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir. Bu nedenle birey hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunun korunmasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez' [2] Avrupa İnsan Hakları Divanı da, 1994 yılında verdiği İsviçre hakkında mahkûmiyetle sonuçlanan bir kararında, ismin kişinin kimliği anlamına geldiğini, buna yapılan müdahalenin, ailenin özel yaşamına müdahale sayıldığını bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Anayasa'nın herkesin, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu ifade eden 17. maddesi ve herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bulunduğunu belirten 20. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde itiraz konusu kuralın, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı, duraksamaya yer vermeyecek biçimde açıkça ortaya çıkmaktadır.

Belirtilen nedenlerle Anayasa'nın 10., 17. ve 20. maddelerine aykırı olduğu sonucuna varılan itiraz konusu kuralın iptali gerektiği kanısıyla çoğunluk görüşüne katılmıyoruz.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeFulya KANTARCIOĞLU | ÜyeFettah OTO | ÜyeSerdar ÖZGÜLDÜR |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ÜyeSerruh KALELİ | ÜyeZehra Ayla PERKTAŞ | ÜyeRecep KÖMÜRCÜ |

**KARŞI OY YAZISI**

Nasıl ki bir koca, karısının soyadını almıyorsa,

bir kadında kocasının (soy)adını almamalıdır.

(Soy)adım kimliğimdir ve kaybolmamalıdır.

Lucy Stone

1855'de evlendiğinde, evlenmeden önceki soyadını kullanmakta ısrar ederek, bunu ABD'de kabul ettiren ilk kadın olan Lucy Stone (1818-1893), bireysel kimlik açısından soyadının ne kadar önem taşıdığını, yukarıdaki alıntıda dile getirmekteydi. Önemli bir kadın hakları öncüsü olan Lucy Stone, evlilik birliğine adım atan kadının kocasının soyadını almasını, kadının kimliğinin yok olması olarak değerlendirmişti. İnsanlık tarihinin önemli bir bölümünde siyasi, iktisadi ve toplumsal süreçler ve yapılar kadını ötekileştirilerek, hayatın çoğu alanında onu görünmez kılmış, adeta yok saymıştır. Genel olarak erkek karşısında ikincil konumda olmak, erkeğe göre tanımlanmak, erkeğin ötekisi olmak, tarihsel süreç boyunca kadının neredeyse alın yazısı olmuştur. Kaçınılmaz olarak, kadının soyadı ile ilgili toplumsal eğilimler ve hukuki düzenlemeler de bu durumdan nasibini almıştır. Soyadı düzenlemeleri cinsiyet farklılıklarının ve cinsiyet kimliklerinin toplumsal düzeyde sürdürülmesinde rol oynamıştır ve bazı ülkelerde hala oynamaktadır.

Moderniteyle birlikte birey odaklı hak düşüncesinin ve özgürlük anlayışının gelişmesi, demokrasinin bir yönetim ve hayat felsefesi olarak yaygınlık kazanmaya başlamasına yol açmış, insanlar arasında ırk, cinsiyet, dil ve dine dayalı her türlü eşitsizliğin ve ayrımcılığın azaltılması ve ortadan kaldırılması doğrultusunda çeşitli hukuki düzenlemelerin ortaya çıkması, cinsiyetler arası eşitlik yönünde adımlar atılmasına da vesile olmuştur.

Kadınların karşılaştıkları aile içi şiddet, töre cinayetleri gibi çok daha ciddi, yaşamsal öneme sahip durumlarla karşılaştırıldığında, soyadı, ilk bakışta, küçük, önemsiz bir konu gibi görülse de, dilediği soyadını kullanabilme hakkı kadın bireyin kendisini ve hayatını biçimlendirmede tercih hakkına sahip olup, olmadığının 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.

Özel olanla, kamusal olanın kesiştiği bir noktada bulunan, kişinin kendisini ve kimliğini biçimlendiren soyadına müdahalenin kendisi, sadece kadın-erkek eşitliğini ihlal eden ve ayrımcılığa neden olan bir hak ihlalinin türevi olarak değil, başlı başına bir insan hakları ihlali olarak nitelendirilebilir. [3]

Cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususlar, sadece ulusal seviyedeki düzenlemelerde değil, insan hakları ile ilgili uluslar arası hukuk belgelerinde de yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesi aile ve özel hayata saygıyı ifade ederken ve 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. 22.11.1984 tarihli 7 No.lu Protokol'un 5. maddesinde 'Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde, evlilikle ilgili, evlilik sırasında veya ayrıldıktan sonra, özel hukuk nitelikli haklara ve yükümlülüklere eşit olarak sahiptirler' denilmektedir. Türkiye'nin 04.06.2003 tarihinde onayladığı, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23/4. maddesine göre taraf devletler, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacaktır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin (CEDAW) 1/g bendi de şu şekildedir: 'Taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliğine dayanılarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır: Aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş (kadın-erkek) için geçerli, eşit kişisel haklar...' Türkiye'nin imzaladığı her iki sözleşme yanında, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 05 Şubat 1985 tarihli 2 sayılı ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 28 Nisan 1995 tarihli 1271 sayılı Tavsiye Kararları ile üye ülkelere 'Evlilikte ortak bir soyadının seçiminde eşler arasında tam bir eşitlik sağlanması' tavsiye edilmiştir. Avrupa Konseyi'nin, Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliği Konusundaki 37 sayılı İlke Kararının 11/6. bendinde de, soyadı konusunda bir eşin diğerinin soyadını kullanmaya zorlanamayacağı ifade edilmektedir.

Mukayeseli hukuka baktığımızda soyadı ile ilgili çeşitli düzenlemeler olduğunu görmekteyiz. Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında kadının evlendiğinde kendi soyadını kaybetmesini yasayla öngören tek ülke Türkiye'dir. Bazı ülkelerde de evlenmeyle soyadının değişmesi yasal bir zorunluluktur. Mesela, Japon Medeni Kanun'u evli çiftlerin eşlerden birinin soyadını almasını zorunlu tutmuş ancak burada hangi eşin soyadının alınacağını belirtmemiş, tarafların kendilerine bırakmıştır.[4] Benzer bir düzenleme İsviçre hukukunda da yer almaktadır. Ortak Hukuk (*Common Law*)sisteminin olduğu ülkelerde, örneğin İngiltere'de eşlerden biri, diğer eşin soyadını kullanmak istiyorsa bunu evlendirme cüzdanına yazdırması yeterlidir. ABD'de konuyla ilgili federal bir düzenleme olmadığından, konu eyaletlerin takdirine bırakılmıştır. ABD'yi meydana getiren 50 eyaletin tamamında kadınlara evlendiklerinde soyadlarını muhafaza etme veya kocalarının soyadlarını alma hususunda tercih hakkı tanınmıştır.[5]

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin, Alman Medeni Kanun'un 1355/2. maddesine ilişkin iptal kararı, soyadına ilişkin hükümler açısından Alman Hukuku'nda tam anlamıyla kadın erkek eşitliğinin sağlanmasında önemli rol oynamıştır. İlgili fıkrada yer alan 'eşler bir evlilik adı seçmemişlerse, kocanın soyadı evlilik adı olur' hükmü Anayasanın (Art. 3/II) eşit haklara sahip olma ilkesine aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle Alman Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir [6].

ABD'de evli bir kadının kocasının soyadı ile seçmen listesine kayıt olmasını zorunlu tutan yasal bir hükme karşı yapılan itirazı içeren *Dunn v. Palermo* davasında ise, Tennessee Eyalet Yüksek Mahkemesi, 'Kişinin kendi adı üzerindeki denetimini bir özgürlük ve eşitlik sorunu' olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, 'Gelenek ve görenekler hukuku yönetemez. Konu idari gerekçeler veya önemsiz bir toplumsal pratik diye geçiştirilemez'.[7]

AİHM kararlarına baktığımızda da, kadın-erkek eşitliğini sağlayıcı yönde bir eğilimin olduğunu görmekteyiz. AİHM, Tekeli/Türkiye kararında, evli kadınların evlendikten sonra yalnızca evlenmeden önceki soyadlarını yasal olarak kullanamamalarına karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmekte olduğunu, bu durumunda benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı farklı muamele teşkil ettiğini belirtmiştir.[8] AİHM, 'Cinsiyetler arasındaki hak eşitliği eğilimin güçlendiği günümüzde cinsiyete dayanan bir ayrımın kabulü için devletlerin çok daha ağırlıklı ve geçerli nedenlere', sahip olması gerektiğini vurgulamıştır.[9] Karışıklık ya da kargaşa gibi kamu düzenine ilişkin gerekçeleri bireyselliğe aykırı gören Mahkeme, 'Bireylerin seçtikleri isme göre saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemek makul olacaktır' demektedir.[10] Sonuç olarak AİHM, AİHS'nin 8. madde ('özel ve aile hayatına saygı hakkı') ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddesinin (cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme içtihadı 14. maddenin cinsiyet ayrımcılığına karşı bir koruma sağladığını vurgulamaktadır. Nitekim karısının soyadını almak isteyen bir kocanın talebinin İsviçre makamlarınca uygun bulunmaması üzerine açılan bir davada (Burghartz/İsviçre), AİHM İsviçre'nin 8. maddeyle birlikte düşünüldüğünde 14. maddeyi ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme, burada sadece cinsiyet nedeniyle farklı muameleye tabi tutulmanın kabul edilebilmesi için çok güçlü gerekçeler gerektiğini belirtmiştir.[11]

Farklı soyadlarının aile birliğini zayıflatacağı, çocukların duygusal olarak olumsuz etkileneceği, bütün bunların da aile birliğine zarar vereceği iddia edilmiştir.[12] ABD'de de evli kadınların seçmen kütüğüne kaydolma, pasaport alma ve dava açma gibi konularda evlilik öncesi soyadlarını kullanmaları 'yerleşik sosyal adetler ve gelenekler' gerekçe gösterilerek mahkemelerce 1970'lere kadar kabul edilmemiştir.[13]

Ülkemizde de Anayasa Mahkemesi bir kararında, kadının kocasının soyadını almasını, 'Kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından' kaynaklandığını savunmuştur.[14] Mahkeme, aile birliğinin sağlanması, kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklardan dolayı soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu ifade etmiştir.

Evlendikten sonra kadının kocasının soyadını almasının aile birliğini sağladığı ispat edilmesi gereken bir iddiadır. Bir an için bu iddianın doğru olduğunu varsaydığımızda 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 görülmüyor' Bu sorunun cevabı, elbette, erkek egemen anlayışın tarihsel ve toplumsal olarak hâkim bakış açısı olmasında yatmaktadır. Ortak bir soyadının olması aile birliğinin bir sembolü olarak görülebilir. Ancak bu zorlamayla değil, aile birliğini kuran bireylerin özgür iradeleriyle gerçekleşmelidir.

Ülkemizde soyadı kullanımı 1934'den beri zorunludur. Dolayısıyla, soyadı kullanımı Türk toplumunun yüzyıllardır sürdüğü bir gelenek olmadığından kadının evlendiğinde evlilik öncesi soyadını kullanmasının aile birliğine zarar verdiği iddiası kendi içinde çelişkili olmaktadır. Zira böyle bir iddiadan, Soyadı Kanunu'ndan önce Türk toplumunda aile birliğinin zayıf olduğu sonucu kaçınılmaz olarak çıkmaktadır.

Kadının evlendikten sonra kocasının soyadını alması aile içinde tek soyadının olmasını sağladığından, bunun idari işlemlerde karışıklıkların önlenmesi için gerekli olduğu görüşü dile getirilebilir. Bununla birlikte, TC kimlik numarası ile ilgili düzenlemeler, soyadının nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ve resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi işlevini azaltmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin kadın-erkek eşitliğini vurgulayan önemli kararları da olmuştur. Mesela, Mahkeme 1964'de verdiği bir kararda, 'Cinsiyet yasa önünde eşitliği engelleyen bir neden değildir' açıklamasıyla, kadın erkek eşitliğinin sağlanması yönünde güçlü bir içtihat geliştirmeye başlamıştı.[15] Benzer şekilde, mülga 743 sayılı Medeni Kanun'un 159. maddesi kadının çalışmasını kocasının iznine bağlamış iken, bu düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu belirtilerek iptal edilmiştir. Bu olayda davacı kadın olduğu için eşitlik ilkesi onun aleyhine bozulmuş, kocaya erkek olduğu için üstünlük tanınmış, kadının çalışması Medeni Kanunun 159. maddesi gereğince kocanın iznine bağlanmıştı. Mahkeme haklı olarak, 'Eğer herkes cinsiyet farkı gözetilmeksizin, kanun önünde eşitse, koca herhangi birinden izin almadan çalışabildiği halde bu hak kadına niçin tanınmamaktadır' sorusunu sormuştur.[16] Anayasa Mahkeme'si yukarıdaki davada haklı olarak sorduğu bu soruyu, itiraz konusu kuralla ilgili olarak sormaktan kaçınmıştır.

Gelenek ve görenek tek başına hukuki bir düzenlemenin meşruiyetini sağlamaz. Toplumun tarihsel olarak farklı gruplara farklı davranması eşitlik ilkesine aykırı olduğundan, günümüzde savunulamaz. Hukuk, esas olarak insan aklının bir ürünüdür ve belli ilkeler doğrultusunda, belli amaçlar güdülerek tasarlanır. Anayasasal haklarla gelenek ve görenek uyuşmadığında yapılması gereken anayasal haklar doğrultusunda karar vermektir. Buradan insan eylemlerinde ve toplumsal ilişkilerde geleneğin önemini yadsıdığımız sonucu çıkarılmamalıdır. Geçmiş kuşakların yaşam deneyimini ve birikimini günümüze aktaran gelenek, geçmişte donup kalmış, durağan ilişkiler ağı değildir. Tam tersine, yeni şartlar altında şu anki kuşaklar tarafından yeniden yorumlanır, üretilir, değerlendirilir. Geleneği insan toplumları için gerekli kılan, onu yok olmaktan kurtaran da bu dinamik özelliğidir. Zamanın ruhuna uymayan gelenek ve görenekler toplum tarafından adeta ayıklanır. Toplumumuzda kadının evinde oturması, çalışmaması da bir gelenekti ama zamanla bu değişime uğradı. Kadının toplumsal, iktisadi ve siyasi hayata katılımının artması geleneksel aile yapısı ve anlayışını da değiştirmekte, kadınla ilgili olan geleneksel tutum ve davranışların yeniden değerlendirilmesine yol açmaktadır.

Bir kimsenin birey olarak kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez ve feragat edilemez, kişiye sıkı surette bağlı mutlak bir kişilik hakkıdır. Bununlar birlikte, kadının soyadı söz konusu olduğunda bu mutlak hak, nispi bir hakka dönüşmektedir.[17] Zira, itiraz konusu olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine göre, 'Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır'. Bu madde evli kadına kocasının soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını taşıma hakkını tanımakla birlikte, evli kadının sadece evlilik öncesi soyadını kullanmasına olanak tanımamaktadır. Bu durumda, bir kişilik hakkı olarak soyadının getirdiği koruma 187. madde bağlamında sadece erkekler için geçerli olmakta, kadının soyadı evlenme, boşanma, yeniden evlenme gibi her hukuki statü değişikliğinde değişmektedir. Kadının evlendiğinde veya boşandığında soyadını değiştirmek zorunda olması kadının birçok resmi veya özel belgeyi yeniden çıkarmasını gerektirmektedir. Medeni halindeki değişikliğe bağlı olarak soyadı değiştirmek zorunda kalan meslek sahibi kadınlar özellikle mağdur olmaktadırlar. Erkek ise doğduğu gün aldığı soyadını kural olarak yaşamı boyunca taşıma hakkına sahiptir.

Adlandırma sistemi toplumdaki farklı gruplar arasındaki güç/iktidar ilişkilerinin bir yansıması ve ifadesidir. Kocanın soyadını alma, kadının toplumsal ve siyasi olarak görünür kılınmamasına neden olmaktadır. Kadının evlenmesiyle soyadından vazgeçmeye zorlanması bireysel özerkliğinden vazgeçmesi anlamına gelebilmektedir.[18] Kadın'ın her evlendiğinde yeni kocasının soyadını alması, Amerika Birleşik Devletleri'nde kölelik döneminde, kölelerin adlarının sahiplerine göre değişmesinden çok da farklı değildir.[19]

Anayasa'nın 10. maddesinin, 2. fıkrasında, 'Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz', ibareleri yer almaktadır. Evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan eşlerden erkeğe tanınan soyadını dilediği gibi kullanabilme ve sonraki kuşaklara aktarabilme hakkının kadına tanınmaması ve kadının soyadının isteği dışında değiştirilmesi cinsiyete göre ayrım yapılmasına eşitlik ilkesinin ihlali anlamına gelmektedir. Yalnız kadın yönünden zorlama getiren, 'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır', biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocaya kadın karşısında ayrıcalıklı bir durum sağlamaktadır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının hangi gerekçeyle olursa olsun sınırlandırılması demokratik toplum düzeninin en önemli gereklerinden ve ilkelerinden olan eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.

Anayasanın 12. maddesi uyarınca, 'Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir'. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir öğesi olan soyadını özgürce seçebilmesi kendisine tanınmış temel bir kişilik hakkı olup, soyadları onu taşıyanların kişiliğinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Cinsiyetinden dolayı bireyin bu temel kişilik hakkından mahrum bırakılması demokratik bir siyasi, hukuki ve toplumsal düzende düşünülemez. Bireyin kişiliğini geliştirmesi kendini tanımlama dolayısıyla adlandırma hakkını içermektedir. Kendimi nasıl adlandırdığım benim ifade hürriyetimin bir parçasıdır. Evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmaları onların en temel kişilik haklarının yok sayılması anlamına gelmektedir. Kişinin soyadını, evlense dahi koruyup kullanabilme hakkı, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez temel hak olduğundan, kadının evlenmekle eşinin soyadını alma zorunluluğu Anayasa 12. maddesini ihlal etmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinin ilk fıkrasına göre, 'Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.' Kişinin var olan soyadını, evlense dahi sürdürebilme hakkının manevi varlığı içerisinde olduğunu söyleyebiliriz. Kişiyi var eden, toplumsal ilişkilere katılımını etkileyen ve düzenleyen, kişiliğini serbestçe geliştirmesini sağlayan ve diğer kişilerden farklılığını ortaya koyan değerlerin korunması ve özgürce geliştirilmesini temin eden maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı insanın birey olmasının ve insan haysiyetinin özünü oluşturur. Özgürlüğün temelinde kişinin kendi varoluşunu kendisinin tanımlama hakkı vardır. Kişinin tercih ve tanımlama haklarına sahip olması özerk ve özgür bir birey olarak toplumsal yaşamı zenginleştirmesine önemli bir katkı yapacaktır.

Bireyin soyunun işareti olan soyadını temel bir kişilik hakkı olarak kullanması ve onu istemediği sürece değiştirmeye zorlanmaması kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının doğal bir sonucudur. Soyadları ve adlar kişinin kendisini, toplumsal dünyasını geçmiş nesiller ve şimdiki ailesiyle tanımlamasına sağlar. Kadının evlenme ile kocasının soyadını alması sadece kocanın soyadını kuşaktan kuşağa geçmesine olanak sağlayarak, kadının soyadının soyun işareti olma işlevini engellemektedir.

Herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olması bağlamında koruma, kişinin maddi ve manevi varlığı ile ilgili hakların kullanım olanaklarının zorlaştırılmaması anlamına gelir. Gelişme ise, maddi ve manevi varlığı ile ilgili hakların mevcut konumunu daha da ileriye götürme, iyileştirme, bu haklardan kaynaklanan imkânlara ulaşmada kolaylık sağlanması anlamına gelir.[20]

İtiraz konusu kuralla, evlenen kadının kocasının soyadını almaya ve kendi soyadından vazgeçemeye zorlanması soyadının kişilik hakkı olması nedeniyle sahip olması gereken vazgeçilemezlik, devredilemezlik, kişiye sıkı surette bağlı olma gibi niteliklerinin kadının soyadı bakımından geçerliliğini büyük ölçüde yitirmesi ve kadının maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının sınırlandırılması sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, itiraz konusu kural Anayasa'nın 17. maddesine aykırıdır.

Anayasa'nın 41. maddesinin ilk fıkrasına göre ise, 'Aile, Türk toplumun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.' 4721 sayılı Medeni Kanun'da her alanda eşler arası eşitlik kabul edilmesine rağmen, 'Kadının Soyadı'na ilişkin kural bu eşitliğe aykırı olan tek düzenleme olarak varlığını sürdürmektedir.[21] Ülkemizde, son yıllarda gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri başta olmak üzere, yasalarda kadın erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla yeni düzenlemeler yapılmıştır. Medeni Kanunda değişiklik yapılmasının temel amaçlarından biri, ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin yerleştirilmesi ve kadın erkek eşitsizliğinin kaldırılmasıydı. Yeni Medeni Kanunun Genel Gerekçesinde de 'günümüzde modern hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde temel ilke olarak kabul edilen kadın ' erkek eşitliği ilkesinin hukukumuzda da tam anlamıyla yerleştirilmesi amacıyla' Medeni Kanunda değişiklik yapıldığı belirtilmektedir. Gerçektende 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanun'un Aile Hukuku bölümünde evlilik yaşı, konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birliğin giderlerine katılma, yasal mal rejimi gibi konular eşler arası eşitlik esasına dayandırılmıştır. Medeni Kanunun Aile Hukuku bölümünde Anayasal eşitlik ilkesine uymayan tek madde 'Kadının Soyadı'dır. Zorunlu soyadı kullanımı 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 ve 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 varsayımı yer almıştır. Aile kurumunun,'Toplumun kalbinde en küçük demokrasinin inşasına' imkân verecek bir şekilde, cinsiyetler arası eşitliğe dayalı olarak yapılanabilmesi, toplumsal düzeyde demokrasinin ve demokratik değerlerin yerleşmesine imkân tanıyacaktır.

Sonuç olarak, itiraz konusu olan kadının evlenmekle kocanın soyadını alınacağına ilişkin düzenlemenin, Anayasanın 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olduğu düşüncesiyle çoğunluk görüşüne muhalefet ediyorum.

|  |
| --- |
| ÜyeEngin YILDIRIM |

**Kaynakça**

Anthbony, Deborah, J. (2010), 'A Spouse by Any Other Name', *William & Mary Journal of Women and the Law,*cilt 17, ss: 187-222.

Aslan, Betül (2009), *Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Göztepe, Ece (1999), 'Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı', *AÜ SBF Dergisi* cilt 54, sayı 2, ss: 101-130.

Leissner, Omi Morgenstern (1998), 'The problem that has no name', *Cardozo Women's Law Journal*, cilt 5, sayı 4, ss: 211-407.

MacClintock, Heather, (2010), 'Sexism, Surnames, and Social Progress: The Conflict of Individual Autonomy and Government Preferences in Laws Regarding Name Changes in Marriage', *Temple International and Comparative Law Journal*, cilt 24, Bahar, ss: 278-324.

Moroğlu, Nazan, 'Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin\_soyadi.doc(erişim tarihi, 26.04.2011).

Shin, Ki-Young (2008), ' 'The Personal is the Political': Women's Surname Change in Japan', *Journal of Korean Law*, cilt 8, ss: 161-179.

Suzanna, Kim, (2010) 'Marital Naming/Naming Marriage: Language and Status in Family Law,' *Indiana Law.Journal*, cilt 85, ss: 893-953.

Tirosh, Yofi (2010), 'A name of one's own: gender and symbolic legal personhood in the European Court of Human Rights', *Harvard Journal of Law and Gender*, cilt 33, ss: 247-307.

[1] Gökçiçek Ayata ' Sevinç Eryılmaz Dilek ' Bertil Emrah Oder, Kadın Hakları Uluslar arası Hukuk ve Uygulama, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010, Sh: 634-636

[2] Ece Göztepe, Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadının Soyadı, AÜHFD. C. 45, S. 17

[3] Tirosh, Yofi (2010), 'A name of one's own: gender and symbolic legal personhood in the European Court of Human Rights', *Harvard Journal of Law and Gender*, cilt 33, s. 255.

[4] MacClintock, Heather, (2010), 'Sexism, Surnames, and Social Progress: The Conflict of Individual Autonomy and Government Preferences in Laws Regarding Name Changes in Marriage', *Temple International and Comparative Law Journal*, cilt 24, Spring, s.281.

[5] MacClintock, Heather, (2010), s. 292.

[6] Moroğlu, Nazan, 'Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin\_soyadi.doc (erişim tarihi, 26.04.2011).

[7] Suzanna, Kim, (2010) 'Marital Naming/Naming Marriage: Language and Status in Family Law,' cilt 85, *Indiana Law Journal*, s.921.

[8]http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp'item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=tekeli%20
%7C%20turkey&sessionid=70140449&skin=hudoc-en, (erişim tarihi 26.04.2011), Ünal Tekeli v.Turkey, Application no. 29865/96, paragraf 55.

[9] Tekeli v. Turkey, paragraf 53.

[10] Tekeli v. Turkey, paragraf 67.

[11]http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp'item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=burghartz&
sessionid=70140449&skin=hudoc-en (erişim tarihi, 26.04.2011), Burghartz v. Switzerland , Application. No 16213/90, paragraf 24.

[12] Bu konuda Japonya'da yapılan tartışmalar için bkz. Shin, Ki-Young (2008), ' 'The Personal is the Political': Women's Surname Change in Japan', *Journal of Korean Law*, cilt 8, s. 177.

[13] Anthony, Deborah, J. (2010), 'A Spouse by Any Other Name', *William & Mary Journal of Women and the Law,*cilt 17, ss: 198-200.

[14] Esas Sayısı:1997/61, Karar Sayısı: 1998/59. http://www.anayasa.gov.tr/index.php'l=manage\_karar&ref=show&action=karar&id=1427&content= (erişim tarihi, 26.04.2011).

[15] Esas Sayısı: 1963/148, Karar Sayısı: 1963/256, http://www.anayasa.gov.tr/index.php'l=manage\_karar&ref=show&action=karar&id=72&content= (erişim tarihi, 26.04.2011).

[16] Esas Sayısı: 1990/30, Karar Sayısı: 1990/31,

http://www.anayasa.gov.tr/index.php'l=manage\_karar&ref=show&action=karar&id=923&content= (erişim tarihi, 26.04.2011).

[17] Göztepe, Ece (1999), 'Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı', *AÜ SBF Dergisi* cilt 54, sayı 2, s. 115.

[18] Leissner, Omi Morgenstern (1998), 'The problem that has no name', *Cardozo Women's Law Journal*, cilt 5, sayı 4, s. 358.

[19] Leissner, (1998), s. 356.

[20] Aslan, Betül (2009), *Devletin Temel Amaç ve Ödevleri Işığında Öznel Gelişme Hakkı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 88.

[21]Moroğlu, Nazan, 'Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin\_soyadi.doc (erişim tarihi, 26.04.2011).