

İNSAN HAKLARI HUKUKUNDAKİ GELİŞMELER IŞIĞINDA TÜRK HUKUKUNDA KADININ VE ÇOCUĞUN SOYADI MESELESİ VE MEDENÎ KANUN'DA DEĞİŞİKLİK ÖNERİSİ

Araş. Gör. Dr. Deniz ERGENE*

Özet

Türk Hukuku uyarınca kadın evlendiğinde zorunlu olarak kocasının soyadını almaktadır. Kadının soyadına ilişkin bu kanunî düzenlemelerin özel hayatın ve aile hayatının korunması ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı olduğu, 2004 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce tespit edildi. Bu çerçevede Türk pozitif hukukunda, kadının soyadına ilişkin düzenlemelerin milletlerarası düzeyde insan haklarına uygun hale getirilmesi beklenirken, Anayasa Mahkemesi 2011 yılında, aynı düzenlemelerin Anayasa'ya uygun olduğu yönünde karar verdi. Bu karardan sonra kitlesel medyada olduğu kadar uzman hukuk çevrelerinde de Türk kadınının soyadına ilişkin yaşadığı sorunlar yer almaya başladı. Bu makalede, söz konusu kazaî gelişmeler ışığında Türk kadınının soyadına ilişkin yaşadığı sorunlar ve bundan bağımsız düşünülemeyecek olan çocuğun soyadı meseleleri incelenmiştir. Mesele, öncelikle millî hukukumuz, ardından da milletlerarası hukuk yönünden, özellikle İsviçre Hukukundaki gelişmeler ile karşılaştırılarak irdelenmiştir. Makalenin son bölümünde de, milletlerarası hukuktaki ilmî ve kazaî gelişmeler ışığında Türk Hukukunda, bu meselenin çözümüne yönelik bir kanun önerisi getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Kadının Soyadı, Çocuğun Soyadı, Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması, Ayrımcılık Yasağı, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi*

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, [denizergene@gmail.com]. Bu çalışma Prof. Dr. Günseli Öztekin Gelgel'in doktora dersinde seminer çalışması olarak sunulmuş ve kendisinin olumlu yönlendirmeleri ile yayıma hazırlanmıştır.

PROBLEM OF SURNAMES OF WOMEN AND CHILDREN IN
TURKISH LAW: AN AMENDMENT PROPOSAL FOR TURKISH
CIVIL CODE IN THE LIGHT OF DEVELOPMENTS IN
HUMAN RIGHTS LAW

Abstract

According to Turkish Law, married women are bound to carry their husbands surname. In 2004, Turkey was held to be in violation of the right to respect for private and family life as well as the prohibition of discrimination by the European Court of Human Rights, due to its legal provision regarding surname of married women. In this respect, it was expected from Turkey to amend its provision pursuant to international human rights standards. The Turkish Constitutional Court has, nevertheless, held these provisions in conformity with the Turkish Constitution, in 2011. Since this decision of the Constitutional Court, the mentioned legal issue has been discussed both in mass media and in legal circles. This article examines the problem of surname not only of women but also of children, since the latter does not stand alone. This article, studies these problems with regard to two different disciplines; Turkish Domestic Law and international law, both in comparison with developments in Swiss Law. As a solution to the problem, a law proposal in light of developments in international law is given at the conclusion of the article.

Keywords: *Women's Surname, Children's Surname, Respect for Private and Family Life, Prohibition of Discrimination, The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*

***“Marrying left your maiden name disused
Its five light sounds no longer mean your face,
Your voice and all your variants of grace.”
Philip Larkin'in Maiden Name adlı şiirinden.***

Giriş

Evlenen Türk kadınının soyadına ilişkin yaşadığı bir takım sorunlar, son yıllarda hukukî mecralarda olduğu kadar kitlesel medyada da yer bulmaya başladı. Özellikle 2004 yılında Ünal Tekeli'nin, evlenmeden önceki soyadını (tek soyadı olarak) koruma talebine ilişkin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde (AİHM) Türkiye aleyhine kazanmış olduğu dava, dikkatlerin bu yöne doğru çevrilmesinde önemli bir adım

oldu¹. Türkiye'nin AIHM'deki bu mahkûmiyetinden yalnızca yedi yıl sonra, 2011 yılında, Anayasa Mahkemesi (AYM) Türk kadınının kanunen ve zorunlu olarak evlendiği kimsenin soyadını alması gerektiği yönündeki önceki içtihadını teyit etmiştir². Anayasa Mahkemesi'nin, AIHM içtihadına aykırı yönde vermiş olduğu bu karar, Türk kadınının soyadı meselesinin güncelliğini artırmıştır. Biz de bu çalışmada, kadının soyadı ve bundan bağımsız düşünülemez olan çocuğun soyadı meselelerini incelemekteyiz.

Kişinin kendi isteği doğrultusunda ve dava açmak yolu ile (soy)adını değiştirdiği haller bir kenara bırakılacak olursa; bir kimsenin kanun gereği (yeni) bir soyad edinmesi ya evlenen kadının durumunda olduğu gibi evlenmenin bir sonucu olarak ya da çocuğun soyadı edinmesinde soybağı ilişkisinin bir sonucu olarak meydana gelmektedir. Bu cepheden bakıldığında, soyadının kazanılması ve değişmesi aile hukukundan kaynaklanan çeşitli ilişkilerin birer sonucu olarak değerlendirilir ve soyadı meselesinde hukuken korunması gereken menfaatin ailenin birliği ve bütünlüğü olduğu düşünülebilir.

Soyadının kazanılması ve değiştirilmesi hususları Medenî Kanun'un kişiler hukuku bahsinde değil, aile hukuku bahsinde düzenlenmiş olmakla birlikte, kişinin adı ve soyadı üzerindeki haklarının, kişilik hakkı olduğu kabul edilmektedir³. Soyadı meselesine, kişinin adı üzerindeki hakkının bir kişilik hakkı olması cephesinden bakacak olursak, hukuken korunması gereken menfaatin soyadı değiştirilen kimsenin kişiliği olduğu sonucuna varılacaktır. 21. yüzyılın ilk on yılını geride bıraktığımız bu günlerde, toplumumuzda kişisel özgürlük ve menfaatlerin, eskisine oranla daha fazla koruma görmesi gerektiği şüphesizdir. Benzer bir toplumsal gelişmeye şahit olan Avrupa ülkelerinde de soyadına ilişkin ihtilaflarda aile hukukuna ilişkin menfaatlerden ziyade, kişiler hukukuna ilişkin menfaatlerin korunması gerektiği ve soyadı üzerindeki kişisel hakların giderek daha da "kişiselleştiği" üzerinde

¹ Ünal Tekeli c. Türkiye Davası, AIHM 29865/96 talep numaralı, 16.11.2004 tarihli karar. Çevrimiçi, 10.11.2011, <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/>

² AYM. E. 2009/85, K. 2011/49 sayılı, 10.03.2011 tarihli karar, RG. 21.10.2011/280091.

³ OĞUZMAN/BARLAS, *Medenî Hukuk*, s. 152, BLONDEL, *Nom Patronymique*, s. 174, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler*, s. 100, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, *Kişiler*, s. 156.

durulmaya başlanmıştır⁴. Nitekim Avrupa Birliği Adalet Divanı, 2003 tarihli Carlos Garcia Avello ve 2008 tarihli Grunkin-Paul kararlarında, kişinin belirli bir soyadı ile tanınması ve bu soyadının değişmezliği ve devamlılığındaki menfaatinin, aile hukuku ve hatta kamu hukukundan kaynaklanabilecek diğer birçok menfaatten daha öncelikli olduğu hususuna vurgu yapmıştır⁵.

Kişilerin ad ve soyadlarının değişmezliği ve devamlılığının korunmasında yalnızca adın sahibinin değil, elbette kişinin içinde yaşadığı toplumun da menfaati vardır. Nitekim kişinin adı ve soyadı onun sosyal ilişkilerinde ve hukukî işlemlerinde toplumdaki diğer kişilerden ayırt edilmesine yarar⁶. Bu yönüyle kişilerin ad ve soyadlarının değişmezliği ve devamlılığının sağlanması, toplumda hak ve yükümlülüklerin tespitinde karışıklık ve belirsizliklerin meydana gelmesine mani olur⁷. Örneğin bir gayrimenkulün satın alınmasında, bankadan kredi alınmasında, gayrimenkulün malikinin ya da kredinin borçlusunun kim olduğunun tespitinde kişinin soyadı ve bu soyadının sürekliliği önemli rol oynamaktadır. O halde denilebilir ki kişinin soyadının kendi iradesi hilafına değiştirilmesinde, hukuk düzeninin koruması gereken menfaatler yalnızca ailevi ya da kişisel değil aynı zamanda toplumsaldır ve bu sebeple kamu düzenini ilgilendirir⁸. Bir kişinin, üstelik yetişkin ve hukukî işlemler yapmaya ehil bir kişinin, soyadının değiştirilmesi, bir kişilik hakkı ihlâli olduğu kadar, kişinin içinde yaşadığı toplumun hukukî işlem güvenliğini ve dolayısıyla kamu düzenini olumsuz yönde etkileyebilecek bir değişikliktir.

Özetle, adın, kamu düzeninden olmak ve kişilik hakkı olmak üzere iki temel özelliğinin olduğu kabul edilmektedir. Adın kamu düzeninden ol-

⁴ KLEINER, s. 42.

⁵ Carlos Garcia Avello c. Belçika, 2 Ekim 2003 tarihli, C-148/02 sayılı, Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı, parag. 40-42. Çevrimiçi, 10.11.2011, <http://curia.europa.eu/juris/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79968997C19020148&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET&where>, Leonhard Matthias Grunkin-Paul c. Almanya, 14 Ekim 2008 tarihli, C-353/06 sayılı, Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararı, parag. 8. Çevrimiçi, 10.11.2011, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0353:EN:HTML>.

⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler*, s. 100, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, *Kişiler*, s. 156, 158, ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 49.

⁷ LARENZ/WOLF, s. 119, BLONDEL, *Nom Patronymique*, s. 105.

⁸ SCHÄTZEL, *Le Nom en Droit International*, s. 197.

ması, soyadı taşıma zorunluluğu, soyadının değişmezliği, devamlılığı, vazgeçilmezliği ve devredilmezliği sonuçlarını doğururken, kişilik hakkı teşkil etmesi de kişiye sıkı surette bağlı olması ve kişinin manevî bütünlüğünün bir parçası olması sonuçlarını doğurmaktadır⁹. Ülkemizde, evlenen kadının zorunlu olarak soyadını değiştirmeye mahkûm edilmesi ile bu nevi bir kişilik hakkı ve kamu düzeni ihlâli, her bir evlenme akdinde tekrarlanmaktadır.

Bugün itibariyle Türkiye, Avrupa Konseyi ülkeleri arasında, taraflar aksini kararlaştırmış olsalar dahi, evlenen kadını başka bir soyadını almaya zorlayan tek ülkedir¹⁰. 2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medenî Kanun’umuzda kadına, kocasının soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını kullanma imkânı tanınmıştır. Ne var ki bu imkân kadının kişilik haklarının ve kamu düzeninin ihlâlinde bir değişiklik yaratmamıştır zira teknik anlamda ve resmî belgelerde kadının soyadı yine değişmeye mecbur bırakılmakta; kadının eski soyadına kocanın soyadı da eklenmektedir. Bu bağlamda çocuk da, kanunen zorunlu olarak aile soyadı niteliğini kazanmış olan, kocanın soyadını almakta, anesinin soyadını ise alamamaktadır¹¹.

Kısaca “Türk hukukunda kadının ve çocuğun soyadı meselesi” olarak adlandırdığımız ve yukarıda bir özetini ortaya koyduğumuz bu hukukî sorunlar çalışmamızda, medenî hukuk (I) ve insan hakları hukuku (II) olmak üzere, iki hukuk disiplini bakımından değerlendirilecek ve sonuç bölümünde meseleye çözüm getireceğini düşündüğümüz bir mevzuat önerisinde bulunulacaktır.

I. Medenî Hukuk Açısından Soyadı Meselesi

Soyadı, kişiye hem bir hak sağlamak hem de bazı yükümlülükler getirmektedir. Soyadına, ona sahip olan kişi bakımından bakıldığında, tespit edilmesi gereken ilk husus, kişinin adı üzerindeki hakkının

⁹ BLONDEL, *Nom Patronymique*, s. 106, 130.

¹⁰ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 61.

¹¹ Ülkemizde soyadı birliği ilkesi kabul edildiğinden, evli kadının çocuğuna soyadını verme olanağı bulunmamaktadır. Bu durum, bir yandan kadının kişilik hakkının ihlâli, diğer yandan evlilik içi çocuk ile evlilik dışı çocukların eşit muamele görmesi hedefi bakımından değerlendirilmeye muhtaçtır. Bu sebeplerle çalışmada soyadı meselesi incelenirken çocuğun soyadı aile adı başlığı altında değerlendirilecektir.

kişiyeye sıkı sıkıya bağılı nitelikte bir kişilik hakkı olduğudur¹². Bu hak hukuk düzenince nüfus siciline kayıt anından itibaren korunmaya başlanır¹³. Kişinin adı üzerindeki kişilik hakkının önemi, kanundaki düzenleniş biçiminden de anlaşılmalıdır. Şöyle ki, her türlü kişilik hakkı genel olarak Medenî Kanun md. 23 vd. hükümlerince korunmakta iken, bu haklardan yalnızca kişinin adına ilişkin olanının korunması, MK md. 27 ve 28’de özel hükümlere bağlanmıştır. O halde kanun koyucunun kişinin adı üzerindeki kişilik hakkına, diğere kişilik haklarına nazaran özel bir önem atfettiğı kabul edilebilir.

Kişinin soyadına, toplum ya da hukuk düzeni cephesinden bakıldığında, soyadının kişinin diğere kimselerden ayırt edilmesine yaradığı ve hukuken kullanılmasının zorunlu olduğu üzerinde durulmalıdır¹⁴. Bu zorunluluk Soyadı Kanunu’nun 1. maddesinde yer alan “Her Türk öz adından başka soyadı kullanmak zorundadır” ifadesinden kaynaklanmaktadır¹⁵. Kanunun ilgili maddesi, aynı zamanda nüfus siciline bir kere kaydedilmiş olan soyadının, değiştirilmeksizin kullanılması mecburiyetini de kapsamaktadır. Bu düzenleme hukuk güvenliğinin sağlanması ve resmî belgelerde düzenin korunması amacıyla getirilmiştir¹⁶. O halde kural, soyadının değiştirilemeyeceğidir¹⁷. İstisnaen, kişinin kendi talebi ve yalnızca haklı sebeplerin varlığı halinde, MK md. 27 uyarınca, hâkim tarafından kişinin soyadı değiştirilebilir.

¹² Kişinin adı üzerindeki hakkın bir kişilik hakkı olduğu Medenî Kanun’un sistematüğinden de anlaşılmalıdır. Şöyle ki, kişinin adı üzerindeki hakkı, Medenî Kanun’un “B. Kişiliğın Korunması” başlığı altında, üçüncü alt başlık olarak yer almaktadır. Kişinin adı üzerindeki hakkın kişiyeye sıkı sıkıya bağılı haklardan olduğu, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi’nin, 4 Haziran 1991 tarihli, W. c. Berne Kantonu Yürütme Konseyi, kararında da açıkça ifade edilmiştir. Çevrimiçi, 15.09.2011, http://www.polyreg.ch/d/information/bgeleitentscheide/Band_117_1991/BGE_117_II_6.html .

¹³ ABİK, *Kadının ve Çocuğın Soyadı*, s. 39.

¹⁴ MOROĞLU, *Kadının Soyadı*, s. 15.

¹⁵ 21.6.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu, RG. 2.7.1934/2741.

¹⁶ ABİK, *Kadının ve Çocuğın Soyadı*, s. 41.

¹⁷ BLONDEL, *Nom Patronymique*, s. 107, Yazar, soyadının değiştirilmesinin “toplumsal sorun niteliğii” (“caractère d’un trouble social”) taşıdığını ifade etmektedir. Nitekim kanun koyucumuzun soyadı değişikliklerinde “haklı sebep” araması da yazarın bahsettiğı bu toplumsal soruna katlanılmasının haklı sayılabilmesi için üstün bir sebep bulunması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.

Hukukumuzda kural soyadının değiştirilemeyeceği ve istisna ancak haklı sebeplerin varlığı durumunda soyadının değiştirileceği olmakla birlikte, aşağıda ayrıntıları ile görüleceği üzere her gün belediyelerce kıyılan yüzlerce nikâh ile her gün yüzlerce kadının soyadı hiçbir haklı sebebin varlığı aranmaksızın, yalnızca evlenme merasimine bağlı olarak değiştirilmektedir. Soyadının devamlılığına ilişkin ana kuralın, Türk hukukunda kadınlar (A) ve çocuklar (B) bakımından nasıl bir istisna haline getirildiği aşağıda incelenecektir.

A. Kadının Soyadı

Kadın evlenene kadar kural olarak doğumla kazanmış olduğu soyadını taşır¹⁸. Bu soyad ile hukukî işlemler yapar, sosyal ve meslekî ilişkiler içine girer. Kişinin adı üzerindeki kişilik hakkı yalnızca hukukî sahadada değil, kişinin manevî dünyasında da sonuç doğurur. Kişi benliğini ve kimliğini adı etrafında inşa eder¹⁹. Kadın da evlenme anına kadar, benlik ve kimliğini evlenmeden önceki soyadı etrafında kurmuştur²⁰. Ne var ki evlenme merasimi ile birlikte kadın, kimliğinin önemli bir unsurunu teşkil eden soyadını kanunen değiştirmek zorundadır, zira MK md. 187, “Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır” hükmünü emretmektedir. Soyadını değiştirme zorunluluğu, evlenenlerden yalnızca kadın eşe yüklenmiştir. Üstelik söz konusu madde hükmü emredici niteliktedir. Bu sebeple hukukumuzda tarafların anlaşması ile dahi kadının soyadının, aile soyadı olması ya da en azından kadının evlenmeden önceki soyadı ile devam etmesi mümkün değildir. Kişinin, toplumdaki kimliğinin, sosyal ve meslekî çevresinde benliğinin oluşmasında önemli bir yer işgal eden soyadını bir günde bırakıp, farklı bir soyadı taşımaya başlaması, onun geçmişi ile arasındaki bağların kopmasına sebebiyet verebilecek niteliktedir²¹.

MK md. 187’de yer alan emredici hüküm, eski Medenî Kanunumuzda da mevcut idi. Kadının kocasının soyadının önünde, evlenmeden

¹⁸ Kadının evlenmeden önceki soyadını istisnai olarak, evlat edinilme yolu ile ya da ad değiştirme davası sonucunda mahkeme kararı ile kazanmış olması da mümkündür.

¹⁹ BLONDEL, *Nom Patronymique*, s. 132.

²⁰ Bir görüşe göre “soyadı kişinin kimliğinin ayrılmaz parçası (mütemmim cüzü) olarak kabul edilmiştir”. Bkz. MOROĞLU, *Kadının Soyadı*, s. 23.

²¹ ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 24.

önceki soyadını taşıması imkânı ise eski Medenî Kanununun 153. maddesinde 1997 yılında yapılan bir değişiklik ile kabul edilmiştir²². Yeni Medenî Kanununun 187. maddesinde aynen yer alan bu değişiklik uyarınca, “Kadın, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir.” Yeni düzenleme ile evlenen kadına iki seçenek sunulmaktadır, kadın ya kocasının soyadını alacak ya da kendi soyadını kocasının soyadının önüne eklemek suretiyle iki soyadı kullanmaya başlayacaktır. Evlenen kadın tarafından bu ikinci seçeneğin kullanılması halinde dahi, teknik anlamda kadının soyadı değişmekte, kadının yeni soyadı eski ve yeni soyadlarının birlikte bulunması halini almaktadır. O halde denilebilir ki bu yeni düzenlemede de, evlenen kadının soyadı kendisine sunulan hangi seçeneği tercih ederse etsin evlenme öncesine göre farklılaştığı için, kadının soyadı değiştirme zorunluluğunda bir iyileştirmeye gidilmemiştir. Kadının resmî belgelerde soyadı (evlilikten önceki soyadı ile birlikte kocasının soyadı olarak) değişecek, evlilikleri esnasında dünyaya gelecek çocuklar da yalnızca kocasının soyadını alacaklardır.

1997 yılında yapılan bu değişiklik kadının tanınırlığı açısından, eski soyadı rejimine nazaran olumlu bir adım ise de, kadın erkek eşitliği açısından bir ilerleme olarak kabul edilemez. Kadın yine kendini tanıtmaya işlevi gören soyadını değiştirmiş, kendi soyadının yanına yeni bir soyadı eklemiştir. Oysa erkek evlendikten sonra da evlenmeden önceki gibi, aynı ad ve soyadla tanınmaya devam edebilecektir. Eşlerin soyadı konusunda taraf iradelerine neden yer verilmediğini anlamak mümkün olmadığı gibi, ismini değiştirme zorunluluğu bir tarafa yüklenecekse bunun neden kadına yüklendiğinin de objektif bir açıklaması bulunamamaktadır. O halde yapılmış olan bu değişikliğin kadınların toplumda tanınırlıkları açısından olumlu bir adım olduğunu kabul etmekle birlikte, bunun kadın erkek eşitliğine giden yolda bir adım olduğunu söylemek mümkün değildir²³.

²² RG, 22.05.1997-22996.

²³ MOROĞLU, *Kadının Soyadı*, s. 40, ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 57. Yazarlar söz konusu düzenlemenin gecikmiş olduğunu ve yeterli bir düzenleme olmadığını ancak eşitlikçi anlayışa ve kadının kimliğine önem verildiğini gösterdiğini ifade etmektedirler. Kanımızca düzenleme kadının kimliğine az da olsa önem verildiğini göstermekle birlikte, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, eşitlikçi anlayışa önem verildiğine dair bir gösterge olarak kabul edilemez.

Kadın erkek eşitliğini sağlamak hedefini güden Türk Medenî Kanunu'nda, kadının soyadına ilişkin böylesine eşitliğe aykırı bir düzenlemenin, üstelik emredici hüküm olarak getirilmiş olması, çeşitli tarihi ve sosyal sebeplere bağlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin kadının soyadına ilişkin olarak vermiş olduğu 1998 tarihli bir kararda, söz konusu kuralın "kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasakoyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından" kaynaklandığı ifade edilmektedir²⁴. Bugün ülkemizde pek çok alanda yaşanmakta olan kadın erkek eşitsizliğinin, ataerkil toplum yapımızın "sosyal gerçeklikleri" ve "kökleşmiş geleneklerinden" kaynaklandığı bir gerçektir²⁵. Ancak bu durum, kadınlarımızın yıllardır ve sistematik olarak yaşamakta oldukları eşitsizliğin (Anayasa Mahkemesi'nin ileri sürmüş olduğu gibi) bir gerekçesini değil sebebini oluşturmaktadır. Kadın erkek eşitliğinin sağlanması yolunda adım atacak olan Türkiye'nin de bu gerekçeleri bir kenara bırakıp, söz konusu eşitsizlik sebeplerini ortadan kaldırmak için harekete geçmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi, kararın devamında "Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. [...] Yasakoyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır" hükmü ile söz konusu eşitsizliğin sebeplerini haklı sebepler olarak değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin gelenekçi görüşünün aksine, bu durumun eşitlik ilkesine ve dolayısıyla insan haklarına aykırı olduğu uluslararası insan hakları belgelerinde ve mahkeme kararlarında görülmektedir²⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu bu karardan sonra on yıldan fazla zaman geçmiştir. Mahkeme, 2011 yılında, MK md. 187 düzenlemesinin Anayasa'ya (AY) aykırı olduğu itirazını bir kez daha değerlendirme fırsatı elde etmiştir²⁷. Anayasa Mahkemesi'nin

²⁴ AYM. E. 1997/61, K. 1998/59 sayılı 29.09.1998 tarihli karar. Çevrimiçi, 21.11.2011, www.kazanci.com

²⁵ Türk soyadı rejiminin kadının aile içinde ikincil, erkeğin ise birincil rollerinden kaynaklandığı yönünde bkz. EKŞİ, s. 62.

²⁶ Aşağıda II numaralı başlık altındaki açıklamalar.

²⁷ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49 sayılı, 10.03.2011 tarihli karar, RG, 21.10.2011-280091.

bu incelemesinde, mahkemeye itiraz yolu ile üç farklı birinci derece mahkemesi başvurmuştur. Mahkemeler, MK md. 187 hükmünün, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine, cinsiyet eşitliğini öngören 10. maddesine, temel hak ve hürriyetlere ilişkin 12. maddesine, kişinin manevî varlığının korunmasına ilişkin 17. maddesine, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve bunun eşler arasındaki eşitliğe dayandığına ilişkin 41. maddesine ve insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağına dair 90. maddesine aykırı bir düzenleme olduğu tespitiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

İtiraz yoluna başvuran birinci derece mahkemeleri yapmış oldukları hukukî incelemelerde 1998 yılında Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararı birçok yönden eleştirmişlerdir. Anayasa Mahkemesi'nin 1998 tarihli kararında, dayanılan "kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar" olarak sıralanan gerekçelerinin, 2009 yılında "cinsiyetler arasında ayrımcılığa, adaletsizliğe ve eşitlik ilkesine" aykırılığa dayanak oluşturamayacağı, Fatih 2. Aile Mahkemesi tarafından, "Bu aykırılığı gidermek hukuk devleti olmanın gereğidir. Hukuk kuralları da toplumsal yaşam gibi zaman içerisinde gelişir ve değişir. Anayasa Mahkemesi'nin anılan red kararının yayınlanmasından sonra dünyada ve ülkemizde haklar ve özgürlükler konusunda büyük dönüşümler yaşanmıştır" ifadeleri ile tespit edilmiştir²⁸.

2011 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında itiraz yoluna başvuran mahkemelerden, Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin yapmış olduğu tespitlerden en dikkat çekicisi "Kişinin var olan soyadını, evlense dahi sürdürebilme hakkının manevi varlığı içerisinde olduğunda kuşku yoktur. Öyle ise, evlenmekle kocanın soyadının alınacağına ilişkin MK 187. maddedeki düzenleme, Anayasanın 17. maddesindeki kişinin manevi varlığını koruma ilkesine aykırıdır" tespitidir²⁹. Gerçekten de kadının evlenene kadar kendisini temsil eden soyadını bırakmaya mecbur bırakılması, onun bir manada toplumda o güne kadar oluşturmuş olduğu benliğinden vazgeçip, sadece evlenmiş olduğu için yeni bir kimlik, yeni bir benlik oluşturmaya zorlanması anlamına gelir³⁰. Bu ise kadının ev-

²⁸ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, II. A numaralı başlık altında parag. 4.

²⁹ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, II. B numaralı başlık altında parag. 17.

³⁰ Doktrinde, Arslan Öncü, soyadının kişinin toplumdaki temsilcisi olmasına ilişkin bu fonksiyonunun, özel hayatın korunması kapsamındaki "sosyalleş-

lenene kadar tesis etmiş olduğu kişiliğinin ağır biçimde zedelenmesi, maneviyatının zarar görmesi anlamına gelir.

Bir kimsenin ismi ile manevî varlığı arasında sıkı bir bağlantı olduğuna dair Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin yapmış olduğu tespiti, Latin şair Vergilius, şu sözleriyle ifade etmektedir: “Bir kimsenin adı, bize bir anda o kimsenin bütün kişiliğini anımsatır. Onun görüntüsünü, çizgileri ve fizik özelliklerini, aklını, karakterini ve hassaslıklarını, sonuçta tüm maddî ve manevî varlığını, eserlerini ve yaptıklarını, davranış ve tavırlarını, tüm hallerini ve düşüncelerini, insan olarak varlığını oluşturan herşeyini, kişinin adı anında hatırlatır. Adının telaffuz edilmesiyle, kişi bir anda [gözümüzün] önünde canlanır; ölmüşse adı ona hayatını geri verir; yanımızda değilse onu yanımıza çağırır ve acı ayrılık saatlerinde, yalnızca bir isim kalır dudaklarımızda, son teselli ve şefkatimizin en büyük teminatı olarak.”³¹ Vergilius'un da oldukça şairane biçimde ifade ettiği üzere, kişinin adı onun maddî ve manevî varlığının bir tamamlayıcısı hatta bir temsilcisi niteliğindedir. Kişinin maddî ve manevî varlığının temsilcisi, kişiliğinin tamamlayıcısı olan adından bir anda (evlenme anında) vazgeçerek, yeni bir ad etrafında kişilik ve benliğini yeniden inşa etmeye çalışması, onun hayatında önemli bir manevî travma teşkil eder. Nitekim 2011 yılında verilen Anayasa Mahkemesi kararında itiraz yoluna başvuran mahkemelerden Kadıköy 1. Aile Mahkemesi, uzman bir psikologdan almış olduğu raporda, evlenen kadının “kızlık soyadını kaybetmiş olmakla yaşadığı travmayı” tespit etmiştir³².

Anayasa Mahkemesi, 2011 yılında itiraz yolu ile yapmış olduğu incelemede, MK md. 187 düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı hükmüne varmıştır. Mahkeme, gerekçeli kararında, kişinin soyadının “kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur” olduğunu ve bu bağlamda “vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı” olduğunu tespit etmiştir³³. Buna mukabil, “kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri” de olduğuna, bu doğrultuda

me hakkının” bir görünümü olduğunu ifade etmektedir. Bkz. ARSLAN ÖNCÜ, *Özel Hayatın Korunması*, s. 226.

³¹ BLONDEL, *Nom Patronymique*, s. 132.

³² AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, II. C numaralı başlık altında parag. 11.

³³ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 7.

yasakoyucunun “nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle” soyadını düzenlemeler ile kural altında tuttuğuna vurgu yapmıştır³⁴. Nitekim, MK md. 187’de yer alan kuralın da “aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği” yönünde karar vermiştir³⁵.

Anayasa Mahkemesi, “soyadının kişilik haklarından olması[nın] ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına” gelmediği, “[y]asakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa’ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir yetkisi bulunduğu” hususunu hatırlatmaktadır³⁶. Bu bağlamda yasakoyucunun “kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin” kurulmasını da sağladığına hükmetmiştir³⁷.

Başka bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi, kadının soyadı üzerindeki hakkının bir kişilik hakkı olduğunu tespit ettikten sonra bu hakkın kanun yolu ile kamu yararı ve düzeni gerekçeleri ile sınırlandırıldığına hükmetmiştir. Ne var ki Mahkeme, kadının soyadı üzerindeki hakkının sınırlandırılmasına gerekçe olarak gösterdiği kamu düzeni ve kamu yararını, kanımızca ikna edici biçimde ortaya koyamamıştır. Mahkeme, gerekçesinde ilk olarak kadının kocasının soyadını almasının “aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi” yararlarının olduğunu ve bu hususun kamu düzeni ve yararını sağladığını hükme bağlamıştır³⁸. Mahkemenin varmış olduğu bu hüküm, kanımızca toplumumuzun tarihe bakışında oldukça rencide edici yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Şayet, mahkemenin hükmetmiş olduğu gibi kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğu aile birliğinin sağlanması ve aile bağlarının kuvvetlendirilmesinin vazgeçilmez bir unsuru olsaydı, ülkemizde kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunun düzenlendiği 1934 yılından önce aile birliklerinin olmadığı ve aile bağlarının zayıf olduğu sonucuna varma-

³⁴ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 7.

³⁵ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 8.

³⁶ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 12.

³⁷ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 14.

³⁸ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 14.

mız gerekirdi. Nitekim, Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım da karşı oy yazısında bu noktaya dikkat çekmiştir³⁹. Yıldırım'ın karşı oy yazısında da belirttiği gibi “Evlendikten sonra kadının kocasının soyadını almasının aile birliğini sağladığı ispat edilmesi gereken bir iddiadır. [...] Ülkemizde soyadı kullanımı 1934'den beri zorunludur. Dolayısıyla soyadı kullanımı Türk toplumunun yüzyıllardır sürdürdüğü 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.” Böyle bir iddiayı kabul etmek zor ve rencide edicidir.

Mahkeme, kadının kişilik hakkının sınırlandırılmasında kamu düzeni ve yararı gerekçesini ikinci olarak “nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ve resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi” amacına bağlamaktadır⁴⁰. Aşağıda soyadının insan hakları boyutu incelenirken de görüleceği gibi Türkiye benzer bir savunmayı AİHM'de açılan Ünal Tekeli davasında da yapmıştır⁴¹. Davada AİHM, söz konusu savunma ile ilgili olarak yapmış olduğu incelemede, idarenin nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasında ya da resmi belgelerde karışıklığın önlenmesinde ne gibi zorluklar ile karşılaşılacağı somut olarak ortaya konulmadığını tespit etmiştir⁴². Bunun yanı sıra mahkeme, kayıt sistemlerinin değiştirilmesinden ötürü bir takım güçlükler ile karşılaşılmasının kaçınılmaz olduğu, fakat “kişilerin tercih ettikleri adlarına riayet edilerek, haysiyet ve saygınlıklarıyla toplumda yaşamalarının temin edilmesi adına bu güçlüklerin makul” kabul edilmesi gerektiği hükmüne varmıştır⁴³. Bizce de nüfus kayıt sisteminin olası bir soyadı rejimi değişikliğine adapte edilmesi için idarenin üstlenmesi gereken zorluklar ile kişilerin doğdukları andan itibaren sahip oldukları soyadlarını kullanma hakları arasında bir karşılaştırma yapıldığında, kadının kişilik hakkı ve bir insan hakkı niteliğinde olan ikincisine üstünlük tanınması gerekir.

Mahkeme, kadının kişilik hakkının sınırlandırılmasında kamu düzeni ve kamu yararı bulunduğunu son olarak “soyun belirlenmesi” gerek-

³⁹ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, Engin Yıldırım'ın karşıoy yazısı parag. 12, 13.

⁴⁰ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 8.

⁴¹ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 48.

⁴² Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 66.

⁴³ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 67.

çesine dayandırmaktadır⁴⁴. Kadının zorunlu olarak kocasının soyadını kullanmasından, kimin soyunun belirlenmesi yönünde fayda sağlandığı anlaşılabilir değildir. Kadın kocanın soyundan değildir, aksine başka bir soydandır. Bu bağlamda kadının zorunlu olarak kocasının soyadını kullanmasından soyun belirlenmesi yararı değil, tam tersine soyun izinin yitirilmesi sonucu doğmaktadır. MK md. 187'nin kadının soyunun yitirilmesi etkisi en azından, kadının kocasının soyadının önünde kendi soyadını da kullanabilmesi imkânı ile kısmen azaltılmıştır.

Anayasa Mahkemesi, 2011 tarihli kararında, MK md. 187'nin cinsiyet ayrımcılığına sebebiyet verdiğiine ilişkin itirazların yerinde olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme bu hükmünü, "Durum ve konulardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir" gerekçesine dayandırmaktadır⁴⁵. Kanımızca bu gerekçe de yerinde değildir. Zira, farklı muamelelerin haklı kabul edilebilmesi için, farklı muameleye tabi tutulan kimseler arasında somut ihtilafın şartlarından kaynaklanan objektif bir fark bulunması gerekmektedir. Medenî Kanunumuzda eşler, aile hukukunun her alanında eşit olmalarına rağmen, soyadı konusunda farklı muameleye tabi tutulmaktadırlar. Soyadı meselesindeki bu farklılığın hangi objektif olgulara dayandığının mahkemece gösterilmeksizin, sadece kadın ve erkek eşin farklı olduklarının ve bu sebeple farklı muameleye tabi tutulmalarının eşitlik ilkesine aykırı olmadığına mahkemece zikredilmesi, eşitlik ilkesine uygunluğu sağlamaz. Nitekim bu husus, Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısında⁴⁶ ve 2010 yılında Anayasamızda yapılan değişiklik ile vurgu yapılan kadın lehine "pozitif ayrımcılığa" ilişkin düzenlemelere dikkat çekilerek, Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Perktaş ve Recep Kömürcü'nün karşı oy yazılarında⁴⁷ ifade edilmiştir.

Özetle, Anayasa Mahkemesi'nin 2011 tarihli kararında, MK md. 187'nin Anayasa'ya aykırı olmadığına dair verilen hüküm, kişilik hakkının sınırlandırılmasının bir gerekçesi olarak öngörülen kamu düzeni

⁴⁴ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 7.

⁴⁵ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, VI numaralı başlık altında parag. 15.

⁴⁶ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, Osman Alifeyyaz Paksüt'ün karşı oy yazısı parag. 4.

⁴⁷ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Perktaş ve Recep Kömürcü'nün karşı oy yazıları parag. 7, 8.

ve yararı sağlanamadığı, sağlandığı durumlarda da orantılı olmadığı için ve maddenin ayrımcılık yasağına aykırı olmadığına dair verilen hüküm, objektif farklılıklara dayandırılmadığı için kanımızca yerinde değildir. Bu sebeple Türk kadınının kişilik ve eşitlik hakları, MK md. 187 uyarınca ihlâl edilmeye devam edecektir.

Evlenen kadının soyadının Medenî Kanun gereğince zorla değiştirilmesinin, kadının kişilik ve eşitlik haklarına aykırı olması bir tarafa bırakılacak olsa bile, söz konusu hükümler, soyadına hâkim olan süreklilik ve hukuk güvenliğinin korunması ilkelerine de aykırıdır. Hukukî işlemlerden kaynaklanan borç ve alacakların kime ait olduğunun, vergi borçlarının yükümlülerinin tespitinde, kişinin soyadı büyük öneme sahiptir⁴⁸. Bu sebeple Medenî Kanun'da soyadının devamlılığı prensip olarak kabul edilmiştir. Medenî Kanun'un 27. maddesinde ad değişikliği yalnızca haklı sebeplerin varlığına bağlanmış, yani istisnai bir imkân olarak öngörülmüştür. Soyadının devamlılığına ilişkin prensip ile temelinden çelişecek şekilde, Türkiye nüfusunun yarısını oluşturan kadınların soyadı, MK md. 187'nin emredici hükmü gereği, evlendikleri an değiştirilmektedir. Bu kadar sık bir uygulama karşısında MK md. 27/f.I'nin öngördüğü istisnai durumun aslında o kadar da istisnai olmadığı kabul edilmelidir. O halde kabul etmek gerekir ki, Medenî Kanun md. 27 ile korunmak istenen kamu düzeni ve hukuk güvenliği, yine Medenî Kanun'un 187. maddesi ile her bir evlenme akdinde ihlâl edilmektedir.

Medenî Kanun'un kadının soyadına ilişkin öngördüğü sistemde yaşanan kamu düzeni ve kişilik hakkı ihlâli yalnızca kadının evlenmesi esnasında ortaya çıkmamaktadır. MK md. 173/f.I uyarınca evli kadın, boşanması halinde, kural olarak yine soyadını değiştirmek ve evlenmeden önceki soyadını almak zorundadır. Kadının "ancak menfaatinin bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğinin" ispatlandığı istisnai durumda, eski kocasının soyadını taşıma imkânı olacaktır (MK md. 173/f.II). Yani bir kadının evlenip boşanmasında, kanunun emredici hükümleri gereği, iki kere kamu düzeni ve kadının kişilik hakları ihlâl edilmektedir. Bu durumda kadının zorla maruz bırakıldığı, ikinci manevî travmayı saymasak bile, bugün ülkemizde boşanma oranının çok yükseldiği düşünüldüğünde, kamu düzeninin ihlâli yolu ile ma-

⁴⁸ SCHÄTZEL, *Le Nom en Droit International*, s. 197, BLONDEL, *Nom Patronymique*, s. 105.

ruz kalınan toplumsal zararın büyüklüğü daha da iyi anlaşılacaktır. Kadının boşandığı kocasının soyadını taşımasına izin verildiği ve bu anlamda ikinci bir manevî travmaya maruz bırakılmadığını düşündüğümüz istisnai durumda dahi, MK md. 173/f.III uyarınca kadın her an bu soyadını kaybetme riski altında tutulmaktadır, zira koca her zaman “koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.” Bu demektir ki kadın boşandığı kocasının soyadını kullanma “imtiyazını (!)” elde ettiği durumda dahi, daimi olarak kendisini bu “imtiyazı kaybetme” tehdidi altında hissedecektir.

Özetle, bugünkü mevzuatımızda, gerek evlenmeye gerek boşanmaya ilişkin hükümler yoluyla, kişinin soyadı üzerindeki kişilik hakkı ve soyadının devamlılığı prensibi, konu kadının soyadına geldiğinde yok sayılmaktadır. Bu durum, Anayasa Mahkemesi kararı ile “sosyal gerçeklikler” ve (ataerkil) geleneklerimiz gerekçe gösterilerek haklı çıkarılmaya çalışılmaktadır.

B. Aile Adı

Eski Medenî Kanun döneminde yazılan eserlerde Türk hukukunda soyadına ilişkin kavram birliğinin sağlanamadığı ifade bulmakta idi. Bu çerçevede eski Medenî Kanun’da “aile ismi” ifadesi tercih edilirken, Soyadı Kanunu’nda “soyadı” ifadesinin tercih edilmekte olduğu tespit edilmekte idi⁴⁹. İki kanun arasındaki kavram ikiliği, yeni Medenî Kanun döneminde giderilmiştir, yeni Medenî Kanun’umuz da Soyadı Kanunu’nda olduğu gibi “soyadı” kavramını kullanmıştır. Bu çalışmada ise Fransızca’daki *nom de famille* ya da Almandadaki *Familiename* kavramlarının karşılığı olan “aile adı” ifadesine de yer verilmektedir. Çalışmada, yeni Medenî Kanun’dan farklı olarak “aile adı” ifadesine yer verilmesinin sebebi, çocuklara intikal edecek olan aile adının eşlerin soyadından bağımsız olarak düşünülebileceğinin vurgulanmasıdır. Başka bir deyişle, evlilik içi çocuğun babasının soyadını alması zorunluluğu, aslında kanunen koyulmuş bir faraziye ile aile adının kocanın soyadı olarak tespit edilmesi sebebi ile doğmuştur. Çalışmamızda “aile adı” ifadesinin kullanımı ile aile adının babanın soyadından başka bir ad (örneğin annenin ya da anne ile babanın soyadlarının bileşimi) olarak tercih edilmesinin mümkün olduğu ve bu durumda çocuğun soyadının anne ya da babadan farklı olabileceği hatırlatılmak istenmiştir.

⁴⁹ MOROĞLU, *Kadının Soyadı*, s. 16.

Bugün hukukumuzda aile adı kocanın soyadıdır. Buna bağlı olarak MK md. 321 hükmüne göre, aile içinde doğan çocuklar, aile adı sıfatı ile babanın soyadını alırlar. Aile adı olarak kocanın soyadının belirlenmesinin temelinde yatan prensibin ailede soyadı birliği ile aile birliğinin sağlanması olduğu ileri sürülmektedir⁵⁰. Evlilik içi doğan çocuğun kocanın soyadını alması, aile birliği esasının bir gereği olarak görülmektedir⁵¹. Böylece bir yandan toplumun en küçük nüvesi olan aile birliğinin soyadı aracılığı ile güçlendirilmesi hedeflenmekte, diğer yandan kişinin belli bir aileye ait olduğunun anlaşılması ile kişinin kimliğinin daha ayrıntılı bir şekilde belirlenmesi istenmektedir. Bu yolla mirasa ilişkin meselelerde, kişinin o aileye ait olduğunun tespitinin daha kolay olacağı, aksi halde, soyadının kişinin kimliğinin belirlenmesinde üstlendiği rolü ifa edemeyeceği ileri sürülmektedir⁵².

Anayasa Mahkemesi'nin kadının soyadına ilişkin vermiş olduğu 1998 tarihli kararında da "Aile Hukuku öğretisinde, [...] toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği" hususları, erkeğin soyadının zorunlu aile adı olarak kabul edilmesinin gerekçeleri arasında sayılmıştır⁵³.

Türk Hukukunda, nasıl eşler, kadının soyadının evlenmeyle kocanın soyadı olmayacağı yönünde anlaşamıyorlar ise, aile adının kocanın soyadı olmayacağı, bir başka deyişle, evlilik içi çocuğun soyadının kocanın soyadı olmayacağı yönünde de anlaşamazlar. Çocuğun soyadını gösteren aile adının taraflarca belirlenmesine imkân tanımayan düzenleme emredici hüküm niteliğindedir. Örneğin, eşler anlaşarak kadının evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak seçemezler. Anayasa Mahkemesi'nin ifadeleri ile "Aile birliğinin sağlanması için yasakoyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir." Aynı kararda "itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmakta" ifadesi yer almaktadır. Bu tespit doğru

⁵⁰ ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 23.

⁵¹ ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 84.

⁵² ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 23.

⁵³ AYM. E. 1997/61, K. 1998/59.

değildir. MK md. 187’de kadına evlenmeden önceki soyadını korumak yönünde sağlanan imkân, bu kadının evlenmeden önceki soyadına aile soyadı sıfatı tanımamaktadır. Kadın yalnızca kişisel olarak eski soyadını kullanma “imtiyazına” kavuşmaktadır. Yoksa, kadının evlenmeden önceki soyadı çocuklara da intikal edecek nitelikte bir aile soyadı haline dönüşmemektedir.

Bu hususta Anayasa Mahkemesi’nin yaklaşımı 2011 tarihli kararda da değişmemiştir. Kararda “yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi [yönünde] eşlerden birisine öncelik tanıyacak şekilde kullanmasının hukuk devletine aykırı” olmadığı hükmüne varılmıştır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi mahkemenin bu hükmü, 1934 tarihli Soyadı Kanunu’ndan önce toplumumuzda aile birliği ve bütünlüğünün olmadığı, aile bağlarının zayıf olduğu gibi yanlış anlamlar ve mahkemenin ayrımcılık yasağına aykırılık bulunmadığına dair hükmüne ilişkin bir takım çelişkiler içermektedir. Şöyle ki, şayet mahkeme hükmünde ifade edildiği gibi aile birliği ve bütünlüğü ve aile bağlarının gücü aile bireylerinin tek bir soyad taşımalarına bağlı ise bu birlik ve bağlar pekâlâ kadının soyadı ile de sağlanabilir. Nitekim Engin Yıldırım’ın karşı oy yazısında haklı olarak belirttiği⁵⁴ gibi “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 tam tersi, yani erkeğin karısının soyadını alması aile birliğinin göstergesi olarak görülüyor? 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 iradeleri ile gerçekleşmelidir.” Aile birliğinin pekâlâ kadının soyadı etrafında teşekkül edebileceği hususu, AİHM’in Burghartz ve Ünal Tekeli kararlarında da açıkça ifade edilmiştir⁵⁵.

Kadının soyadının aile soyadı olarak kararlaştırılmaması, yalnızca kadın açısından ayrımcılık olarak değerlendirilmemekte, aynı zamanda, anne ile çocuk arasındaki bağı da zayıflatmaktadır. Durumu bir

⁵⁴ AYM. E. 2009/85, K. 2011/49, Engin Yıldırım’ın karşı oy yazısı, parag. 12.

⁵⁵ Burghartz c. İsviçre, parag. 28, Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 64.

örnekle açıklayalım. Evlilik içinde doğmuş olduğu için çocuk (kanunî aile soyadı sıfatı ile) kocanın soyadını alır. Evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde, anne evlilik öncesi soyadını geri alır. Bu durumda anne evlilik önceki soyadını, çocuk ise eski kocanın soyadını taşıyacaktır. Bir de uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi velayetin anneye verildiği düşünüldüğünde, çocuğun annesinden farklı bir soyadı taşımasının, çocuk ile beraber yaşadığı anne arasındaki bağı zayıflattığı rahatlıkla tespit edilebilecektir. Üstelik, bu durum annenin çocuğun velisi sıfatı ile hareket ettiği yerlerde ve çocuğun sosyal çevresinde, daima çocuğun neden annesi ile aynı soyadını taşımadığına dair soruların sorulmasına sebebiyet verecektir. Bu sorulara maruz kalmak, anne ve çocuğu özel hayatlarına ilişkin bazı ayrıntıları üçüncü kişiler ile paylaşmak durumunda bırakacaktır. Üstelik, çocuğu, kendi sosyal çevresinde, belki de cevabını dahi bilmediği sorulara cevap vermek baskısı altında bırakacaktır. Bu sorular ile karşılaşmak özellikle çocuğu manevî olarak olumsuz yönde etkileyecektir⁵⁶. Aynı örnekten devam edelim. Boşanmış annenin yeniden evlenerek yeni kocasının soyadını alması ve hatta bu evlilikten, yeni kocanın soyadını alan çocukların doğması durumunda, anne ile birlikte yaşayan ve önceki evlilikten olma, “eski” kocanın soyadını taşıyan çocuğun, kendisini yeni ailesinin bir ferdi gibi hissedemeyeceği ve toplumsal hayatında büyük manevî zorluklar yaşayacağı aşikârdır.

Anne yeniden evlenmemişse, çocuğun annenin soyadını alması ya da anne yeniden evlenmişse annenin yeni soyadını alması ancak MK md. 27 anlamında bir adın değiştirilmesi davası açılması halinde mümkündür. Adın değiştirilmesi davasında haklı sebeplere dayanmak gerekmektedir. Doktrinde haklı sebep, çocuğun yeni soyadını almak-taki menfaatinin eski soyadını taşımasına göre ağır basması olarak gösterilmektedir⁵⁷. Kanımızca burada, soyadının devamlılığı ilkesi ile çocuğun korunması ilkesi karşı karşıya gelmektedir. Şayet, çocuk gerçekten toplumsal bir baskı görme ve / veya yeni ailevî ortamında kendini dışlanmış hissetme tehlikesi altında ise çocuğun korunması ilkesinin kamu düzeni ve işlem güvenliğinin korunması ilkesine ağır bastığı kabul edilmeli ve çocuğun soyadı annesinin soyadı ya da annenin yeni kocasının soyadı olarak değiştirilmelidir. Böyle bir soyadı değişikliği davasında kadının eski kocasının da dinlenmesi gerekir⁵⁸

⁵⁶ ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 29.

⁵⁷ ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 89.

⁵⁸ ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 89.

ancak hâkim haklı sebepleri belirlerken eski kocanın soyadını devam ettirmesi menfaatinden ziyade çocuğun korunması ilkesini göz önünde bulundurmalıdır⁵⁹.

Çocuğun düşmüş olduğu bu zorlu durum esasen aile soyadının ve kadının soyadının hiçbir objektif sebebe dayanmaksızın, sadece, ataerkil geleneklerimizden yola çıkılarak babaya bağlanmasından kaynaklanmaktadır. Kanun aracılığı ile yaratılan bu durumun zararlı sonuçları, MK md. 27'ye dayalı içtihat yolu ile azaltılmaya çalışılabilir. Benzer bir durum İsviçre'de de yaşanmıştır. Evliliğin boşanma ile sonuçlanması halinde, çocuğun beraber yaşadığı annesinin soyadına sahip olmaması hali, çocuğun yararı açısından İsviçre içtihadında değerlendirilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1996 tarihine kadar yerleşmiş içtihadında, yukarıda verilen örnekler gibi çocuk ile annesi arasındaki bağın soyadına bağlı olarak zayıflaması söz konusu olduğunda, çocuğun soyadının kadının soyadına uygun olarak değiştirilmesinde haklı sebep olduğu yorumu yapılmıştır. Federal Mahkeme'nin 1996 tarihine kadar yerleşmiş olan içtihadı uyarınca, çocuğun birlikte yaşadığı annesi ile aynı soyadını taşıması, çocuğun sosyal ortamında maruz kalacağı sorular sebebiyle manevî anlamda zarar göreceğinin bir göstergesi olarak kabul edilmiştir. Bu sebeple 1996 tarihine kadar Federal Mahkeme, çocuğun soyadının değiştirilmesi davalarında, çocuğun aynı soyadını taşımadığı annesi ile yaşamakta olduğunun ispatını, soyadı değiştirmek için yeterli bir haklı sebep olarak görmüştür.

1996 tarihli bir kararı ile Federal Mahkeme, bu içtihadından dönmüştür⁶⁰. 1996'dan beri, Federal Mahkeme'nin yerleşen içtihadında, soyadını değiştirmek isteyen çocuğun, birlikte yaşadığı annesi ile aynı soyadına sahip olmadığını ispatlaması yeterli görülmemiş, ayrıca bu durum sebebiyle ciddi ve gerçek zararlara maruz kaldığını somut ola-

⁵⁹ AYM'nin evlilik dışı çocukların soyadına ilişkin olarak vermiş olduğu 2009 tarihli karara muhalefet şerhi koyan Osman Alifeyyaz Paksüt, evlilik dışı çocuklar bakımından ifade etmiş olmakla birlikte aynı prensibi şu şekilde kayıtlara geçirmiştir, "soyadı konusunda daha fazla korunması gereken menfaat, evlilik dışı çocuk sahibi olan babadan ziyade, çocuğun ve ananın menfaatidir." AYM E. 2005/114, K. 2009/105 sayılı, 2.7.2009 tarihli karar. Çevrimiçi, 21.11.2011, www.kazanci.com

⁶⁰ 1996 tarihli karardaki gerekçeler için bkz. Radici c. Tessin, 25 Kasım 1999 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi kararı, Journal des Tribunaux, 2000 (I), s. 108.

rak ispatlaması gerektiği kabul edilmiştir⁶¹. Federal Mahkeme, içtihadındaki bu değişikliği, İsviçre toplum hayatının değişmiş olduğu, artık birçok çocuğun boşanmış tek ebeveyn ya da hiç evlenmemiş tek ebeveyn tarafından yetiştirilmekte olduğu gerçeğine ve bu durumun artık İsviçre’de olağan hale gelmiş olmasına bağlamaktadır⁶². Başka bir ifade ile Federal Mahkeme, İsviçre’de artık çocukların yalnızca anneleri ile aynı soyadını taşımamalarının soru işaretlerine sebebiyet vermediğini ve bu anlamda çocuklar nezdinde, sadece farklı soyadı taşımanın bir manevî zarar doğurmadığını tespit etmektedir.

Ülkemiz için henüz böyle bir toplumsal değişim söz konusu değildir. Türkiye’de hâlâ çocuğun boşanmış annesi ile aynı soyadını taşıması ve bunların birlikte yaşamaları durumu, çocuk açısından, başlı başına bir manevî travma sebebidir ve soyadının değiştirilmesi için tek başına haklı sebep olarak görülmelidir. Kanımızca, bugün için Türkiye’de bu sebeple açılan bir soyadı değişikliği davasında, davacıdan ayrıca ciddi ve gerçek zararlara maruz kaldığını somut olarak ispatlaması istenmemelidir. Bir başka ifade ile Türkiye’de henüz sosyal koşullar İsviçre’deki gibi değişmediğinden, Türk içtihadının, İsviçre Federal Mahkemesi’nin 1996 öncesi içtihadı ile uyumlu olması gerekmektedir.

Nitekim AYM’nin 8.12.2011 tarihli oldukça yeni bir kararında bu husus araştırma konusu yapılmıştır⁶³. Soyadı Kanunu md. 4’ün Anayasa’ya aykırılığı iddiası ile açılan bu davada, ilgili maddenin Anayasa’nın eşitlik ilkesine ilişkin 10., ailenin korunması ve çocuk haklarına ilişkin 41. ve temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddesine ayrılık teşkil ettiği ileri sürülmüştür. İtiraz yoluna başvuran Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi’nin önündeki davaya konu olayda, boşanma sonucu velayeti anneye verilen çocuğun, annesi ile arasında soyadı farklılığı doğmuştur. Bu soyadının çocuğun sosyal çevresi olan “*okulda ve mahalle arkadaşları arasında alay konusu yapıldığı*” ileri sürülmüştür.

⁶¹ i.S. A.X. c. B.X., 22 Mayıs 2006 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, Zeitschrift für Vormundschaftswesen 2006, s. 259, A.L. ve B.L.c. C.L., 10 Eylül 1998 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, Journal des Tribunaux, 1999 (I), s. 221.

⁶² A.L. ve B.L.c. C.L., 10 Eylül 1998 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, Journal des Tribunaux, 1999 (I), s. 221.

⁶³ AYM E. 2010/119, K. 2011/165 sayılı 08.12.2011 tarihli kararı, RG. 14.02.2012/28204.

Bu sebeple çocuğun babasına ait soyadının annesinin soyadı ile değiştirilmesi talep edilmiştir. Mahkeme, çocuğun soyadını düzenleyen MK md. 321 hükmünün “Çocuk ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır” ifadesini göz önünde bulundurarak, ilgili maddenin çocukların soyadına ilişkin her ihtilafı çözümlenmediği sonucuna varmıştır. Buradan yola çıkarak AYM, Soyadı Kanunu’nun 4. maddesinin prensip itibarıyla ilk defa soyadı alınması ile ilgili düzenlemeler içermesine rağmen, evliliğin sona ermesi hallerinde çocukların soyadının tespitinde de istisnaen uygulama alanı bulabileceğine hükmetmiştir⁶⁴. İstisnaen uygulama alanı bulunduğu AYM tarafından tespit edilen Soyadı Kanunu md. 4/f.II, evliliğin sona ermesinden sonra dahi, evlilik içi çocuğun eski kocanın soyadını alacağını düzenlemek-

⁶⁴ AYM E. 210/119 K. 2011/165, V. numaralı başlık altında parag. 5, Soyadı Kanunu’nun ilk defa soyadı alınan haller dışında, örneğin soyadının soybağı sebebiyle intikali hallerinde uygulama alanı bulup bulmadığı tartışma konusu yapılabilir. Bir görüşe göre, Soyadı Kanunu md. 4/f.II’nin iptal edilmiş olmasının bugün boşanan eşlerin çocuklarının soyadlarına bir etkisi olmayacaktır, zira bu kanun yalnızca ilk defa soyadı alınan haller için öngörülmüştür. Ne var ki AYM bu görüşte değildir. AYM’nin görüşü uyarınca, MK düzenlemeleri çocuğun soyadına ilişkin tüm ihtimalleri kapsamamaktadır. Bu doğrultuda, Soyadı Kanunu md. 4’ün istisnaen uygulama alanı bulunduğu sonucuna varılmaktadır. AYM, istisnaen uygulandığını tespit ettiği bu hükümü eşitlik ilkesine aykırı olması sebebiyle iptal etmiştir. Soyadı Kanunu md. 4/f.II’nin iptal edilmemiş olsa idi, istisnaen bugün de uygulama alanı bulabileceği, bu sebeple iptal edilmiş olmasının bugünkü boşanmalar bakımından sonuç doğuruyor olduğu fikrini desteklemek adına, maddenin içindeki “seçtiği” ifadesi üzerinde durmak mümkündür. Maddenin lafzında, boşanma halinde çocuk “babasının seçtiği veya seçeceği adı alır” ifadesi yer almaktadır. Boşanmadan sonra babanın “seçeceği” soyadının alınması, gerçekten de ilk defa soyadı seçilen hallerde uygulanacak bir hükümdür. Ancak boşanma halinde çocuğun “babasının [...] seçtiği” soyadını alması ifadesinden anlaşılan, önce baba tarafından soyadının seçildiği, sonra boşanmanın gerçekleştiği, bu boşanmaya rağmen babanın seçilmiş olan soyadının soybağı sebebiyle çocuğa *intikal* etmesi halidir. Yani çocuğun “babasının [...] seçtiği” soyadını alması düzenlemesi, *ilk defa soyadı seçilmesine ilişkin bir hüküm değil, var olan bir soyadının boşanmaya rağmen çocuğa intikali hükmüdür*. Başka bir deyişle, bugünkü boşanmalarda boşanan babaya ailesinden intikal etmiş olan soyadının (yani hâli hazırda seçilmiş olan bir soyadının), boşanmaya rağmen çocuğa intikal etmesinden farklı bir durum düzenlenmemektedir. O halde bu intikal hükmü iptal edilmemiş olmasa idi bugün de uygulama alanı bulabilirdi, yani hükmün iptal edilmiş olmasının bugünkü soyadı değişikliği davalarında, anenin soyadının çocuğa intikal edebilmesi yönünde bir etkisi olabilir.

tedir. Soyadı Kanunu md. 4/f.II'de yer alan, velayetin anaya verildiği durumlarda dahi çocuğun babasından intikal eden soyadını taşıması zorunluluğunun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği, AYM tarafından Anayasa hükümlerine, onaylanmış olduğumuz milletlerarası sözleşmelere, AIHM kararlarına ve hatta aday ülke konumunda olduğumuz Avrupa Birliği'nin Anayasa Taslağı'na atıf yapılarak tespit edilmiştir⁶⁵. AYM'nin incelemesinde, çocuğun soyadını seçme hakkının, velayet hakkı kapsamında olduğuna vurgu yapılmıştır. Mahkemeye göre eşlere farklı haklar tanınması “yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar [sebebiyle] haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği” bozmamaktadır. Ne var ki, “Eşler evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur”⁶⁶.

Özetle, Mahkeme, Soyadı Kanunu md. 4/f.II'yi iptal etmekle, ana babası boşanan çocuğun soyadının, açılabilir bir soyadı değiştirme davası ile annesinin soyadı olarak da değiştirilebilmesi gerektiği yönünde bir tespitte bulunmuş, çocuğun zorunlu olarak babasının soyadını almasının eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiğini karara bağlamıştır. Bu doğrultuda denilebilir ki, bu son AYM kararı ile de paralel olarak, boşanma sonrasında anne, dava yolu ile velayeti kendisinde olan çocuğa kendi soyadını verebilir.

Evlilik içinde doğmuş olan çocukların soyadlarına ilişkin mağduriyetleri, içtihat yolu ile yukarıda açıklandığı şekilde azaltılabilmekte iken, evlilik dışı çocukların soyadı bugün mevzuatımızda ciddi sorunlara sebebiyet vermektedir. 2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medenî Kanunumuzun aile hukuku alanındaki hedeflerinden biri evlilik dışı çocuk ile evlilik içi çocuğun eşit muamele görmesinin sağlanması ve bu yolla anayasal eşitlik ilkesi ile uyum sağlanması idi. Bu bağlamda sahipsiz ve gayrisahipsiz nesep ayırımı ortadan kaldırılmıştır. Soyadı konusunda ise, evlilik içi ve dışı doğan çocuklar arasındaki ayırım, yeni Medenî Kanun'da da korunmuştur. Buna göre, MK md. 321 uyarınca evlilik içinde doğan çocuk babanın soyadını alırken, evlilik dışı doğan çocuk ananın soyadını almakta idi. Evlilik içinde doğup, babanın soyadını

⁶⁵ AYM E. 2010/199, K. 2011/165, V. numaralı başlık altında parag. 6 vd.

⁶⁶ AYM E. 2010/199, K. 2011/165, V. numaralı başlık altında parag. 19, 20.

alan çocuk, soyadına ilişkin olarak yukarıda saymış olduğumuz sıkıntılar yaşarken, bu düzenleme sayesinde evlilik dışı doğan çocuk annenin soyadını alarak benzer sıkıntılar yaşamayacak idi. Ne var ki, Anayasa Mahkemesi'nin 2.7.2009 tarihli bir kararı ile MK md. 321'de yer alan "evli değilse ananın" ifadesi iptal edilmiştir⁶⁷. Bu kararda evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar bakımından eşitlik ilkesine aykırılık tespit edilmiştir. Karara göre, evlilik dışı çocuğa baba ile soybağı kurulduktan sonra babanın soyadını alma imkânı tanınmadığı için eşitlik ilkesine aykırılık söz konusudur. Soyadına ilişkin MK md. 321, Anayasa Mahkemesi'nin 2009 tarihli iptal kararı sonucunda evlilik dışı çocukların annenin soyadını almasına engel olmaktadır. Bu iptal kararı Resmî Gazete'de yayınlandığı tarih olan 7.10.2009'dan itibaren 1 yıl sonra, 7.10.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶⁸. Bu iptal kararının yürürlüğe girmesi ile birlikte, bugün itibariyle evlilik dışı doğan çocukların soyadına ilişkin Medenî Kanun'da açık bir düzenleme mevcut değildir⁶⁹. Buna karşılık Nüfus Hizmetleri Kanunu md. 28/f.4'te tanıma ya da babalığa hükmedilmesi hallerinde çocuğun babanın soyadını alacağı düzenlenmektedir⁷⁰. Bu kanun kapsamında, evlilik dışı çocuklar baba ile soybağının kurulması halinde babanın soyadını almaktadırlar⁷¹.

Görüldüğü üzere evlilik içi doğan çocuk ile evlilik dışı doğan çocuğun soyadları farklı şekilde düzenlenmektedir. Kanımızca bu düzenlemenin eşitlik ilkesine aykırı olduğu savunulamaz zira bu iki grup çocuk arasında objektif farklılıklar mevcuttur. Evlilik içinde doğan çocuğun babası hukuk gözünde bellidir ve kocadır. Evlilik dışı doğan çocuğun babasının kim olduğunun tespiti ise her zaman mümkün olmayabilir, örneğin çocuk faili tespit edilememiş bir tecavüz suçunun mahsulü olabilir. Buna rağmen herkesin soyadı kullanma yükümlülüğü olduğu için bu çocuğa bir soyadı verilmesi gerekmektedir. Bu durumda çocuğa bir soyadı tespit edilmesinde en uygun bağlanma noktasının annenin soyadı olduğu aşikârdır. Oysa evlilik içinde doğmuş olan çocuğun hem annesinin hem de babalık karinesi sebebiyle babasının tespiti müm-

⁶⁷ AYM E. 2005/114, K. 2009/105, 2.7.2009 tarihli karar. Çevrimiçi, 21.11.2011, www.kazanci.com

⁶⁸ ÖZDEMİR/GRASSINGER, s. 104.

⁶⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler*, s. 102.

⁷⁰ 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu, RG. 29.04.2006/26153.

⁷¹ Soyadına ilişkin hakkı belirleyen kanunun Nüfus Hizmetleri Kanunu değil, Medenî Kanun olması gerektiğine dair eleştiri için bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, *Kişiler*, s. 103.

kündür. Bu çocuğun soyadının tespitinde uygun olabilecek iki bağlanma noktası vardır. Eğer evlilik içi çocuklar ile evlilik dışı çocukların, soyadı bakımından eşit muamele görmeleri hedefleniyor ise, evlilik dışı çocuklarda olduğu gibi evlilik içi çocuklarda da soyadının annenin soyadına bağlanması daha doğru bir tercih olacaktır, zira evlilik dışı çocukların babasının tespiti her zaman mümkün değildir⁷². Bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararına muhalefet şerhi koymuş bulunan Osman Alifeyyaz Paksüt'ün de belirtmiş olduğu gibi, "Babası ile aynı aile ortamı içinde yaşama olanağından esasen mahrum olan evlilik dışı çocuğun, babasına ait kuru bir soyadını taşımakta eylemli olarak ne yararı bulunduğu açıklanmaksızın, bunun çocuk için daha iyi olduğu şeklinde bir kabule ulaşmanın mantığına katılmak mümkün değildir." Üstelik bu durumda birlikte yaşadığı annesinden farklı bir soyadı edinecek olan çocuğun toplumda evlilik dışı çocuk olduğu, her ismini söylediğinde bir kez daha vurgulanmış olacaktır. Esasen evlilik dışı çocuğun babasının soyadını aldığı durumda toplumsal baskı altında kalması ihtimali artmaktadır.

Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün hazırlamış olduğu, Medenî Kanun'un 321. maddesinde değişiklik yapılmasına ilişkin bir kanun tasarısı taslağında⁷³ Nüfus Hizmetleri Kanunu ile Medenî Kanun düzenlemesi arasındaki uyumsuzluğun önüne geçilmek hedeflenmektedir. Bu doğrultuda "Çocuk, evlilik dışında doğmuş olmakla birlikte babasıyla arasındaki soybağı, tanıma veya babalık hükmüyle kurulmuş ise babanın soyadını taşır. Çocuğun menfaatine ise mahkemece ananın soyadını taşımasına karar verilebilir" düzenlemesinin MK md. 321'de yer alması hedeflenmektedir. Bu tasarı taslağı yasalastığı takdirde, AYM kararı yönünde, evlilik dışında doğmuş çocuk dahi olsa, bu çocuğun babasının soyadını alacağı prensibi getirilmektedir. Bununla birlikte, istisnaen ve yukarıda açıkladığımız şekilde çocuğun menfaatinin gerektirdiği durumlarda evlilik dışı çocuğun anasının soyadını taşıyacağına mahkemece karar verilebileceği hükme bağlanmaktadır⁷⁴. Kanımızca, bu değişiklik yasalastığı takdirde evlilik dışı çocuğun soyadı meselesi önemli ölçüde iyileştirilmiş olacaktır.

⁷² Evlilik dışı çocuğun ananın soyadını alması gerektiğine ilişkin aynı yönde bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, *Kişiler*, s. 162.

⁷³ Çevrimiçi, 10.12.2011, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/turkmedenikanunu.pdf>

⁷⁴ Türk Medenî Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı Taslağı 2. madde gerekçesi parag. 4.

II. İnsan Hakları Açısından Soyadı Meselesi

Bütün insan hakları belgelerinde ayrımcılık yasağı ya da eşitlik prensibi ifade edilmiş, herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklere ayırım gözetilmeksizin sahip olduğu ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın kabul edilemez olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda cinsiyete dayalı eşitliğin insan haklarının temel prensiplerinden olduğu kabul edilmektedir⁷⁵.

Türk hukukunda insan hakları öncelikle Anayasamızda yer alan temel hak ve hürriyetler ile koruma altına alınmıştır. Bu koruma faaliyetini yerine getiren yasaların Anayasa'ya uygunluğu denetimini yapan Anayasa Mahkemesi'dir. Anayasa Mahkemesi'nin temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak, kadının ve çocuğun soyadına bakışına yukarıda Türk Mevzuatını açıklarken değindik. Bu bölümde ise Türk Hukukuna uluslararası anlaşmalar yolu ile giren ve Anayasa md. 90/f.V uyarınca kanun hükmünde olan insan hakları düzenlemeleri üzerinde durulacaktır.

Türkiye, kurucu üyelerinden olduğu Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) taraftır. Sözleşme, 4 Kasım 1950 tarihinde, 14 ülke ile birlikte Türkiye tarafından imzalanmış ve 10 Mart 1954 yılında onaylanarak, 18 Mayıs 1954 yılında Türkiye'de yürürlüğe girmiştir⁷⁶. Bu bağlamda AİHS'de yer alan özel hayatın korunmasına ilişkin 8. madde ve ayrımcılığın önlenmesine ilişkin 14. madde Türkiye açısından bağlayıcıdır. Bugüne kadar bu iki maddenin ihlâli sebebine dayanılarak, kadının soyadı konusunda AİHM'de üç dava açılmıştır⁷⁷. Bunlardan ilki İsviçre aleyhine Burghartz davası, ikincisi Türkiye aleyhine Ünal Tekeli, üçüncüsü ise yine İsviçre aleyhine açılmış olan Losonci Rose ve Rose davasıdır. Aşağıda ilk bölümde AİHM'in bu kararları ve kadın haklarına ilişkin Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanmış olan diğer belgeler ışığında Türk Mevzuatının durumu değerlendirilecektir.

Türkiye, insan hakları ve temel hürriyetler kapsamında kadın erkek eşitliğinin sağlanması hedefinde, AİHS'nin onaylanması ile yetinmemiş, uluslararası alanda başka faaliyetlerde de bulunmuştur. Bu çer-

⁷⁵ RADACIC, *Gender Equality*, s. 841, ODER, s. 24, 25.

⁷⁶ RG. 19.03.1956/8662.

⁷⁷ AİHM'de açılan bu davalardan önce kadının soyadının AİHS md. 8 ve 14 kapsamında değerlendirmesi, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından Hagmann-Hüsler dosyasında yapılmıştır. Bu değerlendirme de aşağıda "A. Avrupa Konseyi Sistemi" başlığı altında incelenmektedir.

çevrede, Türkiye, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'ni onaylamıştır⁷⁸. Sözleşme, eşitliğe aykırı olan tüm yasaların kaldırılmasını, cinsiyetlerin birbirine üstünlüğü üzerine kurulmuş tüm gelenek, görenek, örf ve âdetin ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir. Sözleşme katılım belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne depo edilmesini (20 Aralık 1985)⁷⁹ izleyen 30. gün olan 19 Ocak 1986'da Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu sözleşmenin 16. maddesine çekince koymuş idi. Konumuz bakımından, Türkiye'nin çekince koymuş olduğu bu 16. madde önem arz etmektedir zira bu maddenin g bendi uyarınca "eşlerin aile adının seçiminde eşit haklara sahip olmaları gerektiği" düzenlenmiştir. Türkiye, sözleşmeye katılırken Medenî Kanun düzenlemelerini göz önünde bulundurarak koyduğu bu çekinceyi, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne tevdi ettiği Dışişleri Bakanlığı'nın 29 Haziran 1999 tarihli yazısı ile kaldırmıştır. Çekincenin 1999 yılında kaldırılması ile AY md. 90/f.V uyarınca, Sözleşmenin 16. maddesinin g bendi Türk Hukukunda bağlayıcı hüküm niteliğine bürünmüştür. Aşağıda ikinci bölümde Birleşmiş Milletler mekanizması çerçevesinde bu bağlayıcılığın sonuçları incelenecektir.

A. Avrupa Konseyi Sistemi

AİHS'de kişilerin adları üzerindeki haklarına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, AİHM içtihatları ile özellikle evlenen kadınların soyadları üzerindeki kişilik haklarının, AİHS md. 8'de düzenlenen özel hayatın korunması hakkı kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmiştir.

Avrupa Konseyi sisteminde kadının soyadına ilişkin olarak yapılan ilk başvuru, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu nezdinde, İsviçre aleyhine Lucie Hagmann-Hüsler tarafından yapılmış olan başvurudur⁸⁰. Hag-

⁷⁸ Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair 3232 sayılı Kanun ile onaylanmıştır. RG. 25.06.1985/18792.

⁷⁹ Çevrimiçi, 18.11.2011, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en.

⁸⁰ Hagmann-Hüsler c. İsviçre Vakası, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 8042/77 talep numaralı, 15 Aralık 1977 tarihli karar. Çevrimiçi, 20.01.2011, <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=89548705&skin=hudoc-en&action=request>.

mann-Hüsler İsviçre'nin Soleure Kantonu'nun parlamento seçimlerine evlenmeden önceki soyadı olan Hüsler ile aday olmak istemiştir. Buna gerekçe olarak da toplumda Hüsler soyadı ile bilindiğini ve bu soyadını kullanmamasının seçilme olasılığını düşürdüğünü ileri sürmüştür. İsviçre idarî makamları ise evli kadının yalnızca evlenmeden önceki soyadı ile aday olmasına izin vermemişlerdir. Hagmann-Hüsler, bu idarî işlemin md. 8 anlamında özel hayatın korunması ilkesine aykırı olduğunu ileri sürerek Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Komisyon, 1977 yılında verdiği kararda, parlamenter seçimlerin "özel hayat" kavramı içinde değerlendirilmesinin oldukça geniş bir yorum olduğunu tespit etmiştir⁸¹. Oysa, bugün, parlamenter seçimlere, toplumda bilinen soyadı ile aday olmanın da özel hayatın korunması kapsamında yer alacağı tereddüde yer vermeyecek şekilde kabul edilmiştir.

Lucie Hagmann-Hüsler'in İsviçre Hukukundaki soyadına ilişkin düzenlemelerin cinsiyete dayalı ayrımcılık yarattığı yönündeki iddiası, Komisyon tarafından, bu farklılığın objektif ve makul olması sebebiyle reddedilmiştir. Komisyon, farklılığın objektif ve makul olduğu görüşünü, soyadının aile bireylerinin toplum nazarındaki temsilci unsur olması sebebine dayandırmıştır. Ayrıca, aile bireylerinin tamamının kocanın soyadını kullanmasının, üçüncü kişiler nazarında tanınmayı sağladığı ve bu amaç bakımından öngörülmüş olan tedbirin uygun ve orantılı olduğu sonucuna varmıştır.

1977 yılında verilen bu karardan sonra AİHM'in verdiği tüm kararlarda, AİHS bakımından konuya bakış açısının değişmiş olduğu görülmektedir. AİHM'e kadının soyadına ilişkin olarak yapılan ilk başvuru İsviçre aleyhine Burghartz'ın açmış olduğu davadır⁸². İhtilafa ilişkin olayda, 1984 yılında Almanya'da evlenen Alman vatandaşı Bayan Burghartz ile Bay Schnyder, Alman Medenî Kanunu'nun 1355. maddesi

⁸¹ Adaya, seçim çalışmalarında soyadı olan Hagmann'ın peşi sıra, Hüsler'i de kullanması konusunda imkân tanınmıştır. Bu imkânın, evli kadının toplumsal hayatta kendini tanıtabilmesi için yeterli olduğu Komisyon kararında tespit edilmiştir.

⁸² Çevrimiçi, 19.11.2011, Burghartz c. İsviçre Davası, AİHM 16213/90 talep numaralı, 22 Şubat 1994 tarihli karar, <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database>.

uyarınca, aile adı olarak Burghartz'ı seçmişlerdir. Koca, aile soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını kullanmak istemektedir. Soyadının "Schnyder Burghartz" olması talebi ile İsviçre mercilerine ve bunların kararlarına karşı İsviçre Mahkemelerine başvuran koca, olumlu yanıt alamamıştır⁸³. İsviçre Medenî Kanunu md. 30/f.II, nişanlıların evlenmeden önce yapacakları bir başvuru ile, haklı bir sebep ileri sürdükleri takdirde, kadının soyadını aile adı olarak seçmelerine izin vermektedir. Bu yola başvurulmadığı takdirde, İsviçre Medenî Kanunu md. 160/f.II uyarınca, kadının kocasının soyadını alacağı ve bu soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Ancak kanunda kadının soyadının aile adı olarak seçildiği durumlarda, kocanın evlenmeden önceki soyadını aile adının önünde kullanabileceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Burghartz, davasını AİHS md. 8 ve 14'e dayandırmıştır⁸⁴. Diğer bir ifadeyle, İsviçre Medenî Kanunu düzenlemesinin ayrımcılık yasağına ve özel hayatın korunmasına ilişkin insan hakkına aykırı olduğunu iddia etmiştir. İsviçre, bu düzenleme ile aile birliğinin korunması amacını güttüğünü ileri sürmüş ve gelenekler ile bir kopma yaşanmasının önüne geçmek için eşler arasında aile adının seçimine ilişkin mutlak bir eşitliğe rıza göstermediği savunmasını yapmıştır.⁸⁵

Mahkeme, İsviçre'nin geleneklerin korunmasına ilişkin savunmasını kabul etmemiştir. Kararında, AİHS'in bugünün şartları ışığında ve ayrımcılık yasağına önem verilerek yorumlanması gerektiğini hatırlatmıştır⁸⁶. Nitekim eşitlik prensibi, toplumun o günkü anlayışına göre değil, aksine topluma eşitlik yolunda yön vermek üzere yorumlanmalıdır⁸⁷.

İsviçre'nin aile birliğinin korunmasına ilişkin savunması karşısında, mahkeme şu şekilde karar vermiştir; "İsviçre Medenî Kanunu'nda aile adı olarak kocanın adı alındığında, kadın evlenmeden önceki soyadını bu ortak adın önünde kullanabilmektedir, kocanın da eşinden almış

⁸³ Burghartz c. İsviçre, parag. 6, 7.

⁸⁴ AİHS sisteminde yalnızca ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddeye dayanılarak dava açılmamaktadır. İddia edilen ayrımcılığın mutlaka sözleşme kapsamındaki başka bir insan hakkını da ihlâl etmesi gerekmektedir. Bkz. SUDRE, *Droits de l'Homme*, s. 247, 248.

⁸⁵ Burghartz c. İsviçre, parag. 9.

⁸⁶ Burghartz c. İsviçre, parag. 28.

⁸⁷ Alman Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesinin ne şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin bu tespiti için bkz. NOMER, s. 446.

olduğu ortak adın önünde evlenmeden önceki soyadını kullanması, evlilik birliğinin temsilinde diğer yönetime nazaran en ufak bir azalmaya sebebiyet vermeyecektir”⁸⁸. Görüldüğü gibi mahkeme kadın ile erkek arasında tam bir eşitliğin sağlanması hedefini gütmektedir, üstelik bunu yaparken zaman zaman geleneklerden uzaklaşmak gerektiğini vurgulamaktadır. Nitekim mahkeme kararında, kadın erkek eşitliğinin sağlanması yolundaki gelişmelerin, Avrupa Konseyi devletlerinin önemli hedeflerinden olduğu zikredilmektedir⁸⁹.

Kadın erkek eşitliğine doğru atılmış bir adım olan, Burghartz kararından kabaca 10 yıl sonra Türkiye aleyhine sonuçlanan Ünal Tekeli davasında da AİHM’nin benzer bir tavır takındığı görülmüştür. Üstelik, Burghartz davasında, Mahkeme, 4 olumsuz oya karşı 5 olumlu oy ile karar almışken, yani “çekingen” davranmışken, 2000’li yıllara gelindiğinde Ünal Tekeli davasında kadın erkek eşitliği lehinde oybirliği ile karar almıştır. Burghartz kararına muhalefet şerhi derceden Pettiti ve Valticos isimli hâkimler, özel hayatın korunmasına ilişkin 8. maddede açıkça adın korunmadığı ve dolayısıyla, soyadına ilişkin davanın 8. maddenin uygulama alanına girmediği görüşünü savunmakta idiler. Bu hâkimlere göre, her ne kadar kadın erkek eşitliği Avrupa Konseyi ülkeleri için önemli bir hedef ise de, bu hedeften henüz çok uzak olduğu ve ad konusunun ülkelerin takdir yetkilerine girdiği kabul edilmelidir⁹⁰.

Benzer yorumlar, Burghartz davasından sonra İsviçre’de de bazı yazarlarca dile getirilmiştir. İsviçreli bu yazarlardan bir kısmı, “aile adı konusunun ülkenin kültür ve geleneklerine ilişkin olması sebebiyle, yabancı, uluslararası ya da uluslararası bir yargısal oligarşi tarafından düzenlenemeyeceği” ve bu konuda devletin münhasıran yetkili olduğu üzerinde durmuşlardır. Diğer bir kısım İsviçreli yazar da 8. madde gibi genel nitelikli bir maddenin isme ilişkin olarak yorumlanamayacağını ileri sürmüştür⁹¹. Ancak 2005 yılına gelindiğinde, Ünal Tekeli davasında, ne 8. maddenin ad üzerindeki hakları kapsamadığına ilişkin bir itiraz, ne de bu hususun devletin münhasır takdir sahasına girdiği yönünde bir görüş ileri sürülmüştür.

⁸⁸ Burghartz c. İsviçre, parag. 28.

⁸⁹ Burghartz c. İsviçre, parag. 27.

⁹⁰ Burghartz c. İsviçre, Pettiti ve Valticos’un Muhalefet Şerhleri, parag. 1-3.

⁹¹ Burghartz kararı aleyhindeki bu görüşler ve eleştirileri için bkz. TOUZÉ, s. 396, dn. 9, 10, 11.

Türkiye aleyhine açılan Ünal Tekeli davasında, Ayten Ünal Tekeli, soyadı olarak yalnızca evlenmeden önceki soyadı olan Ünal'ı kullanmak istemiştir. Ne var ki yukarıda açıklandığı üzere, Türk mevzuatı evlenen kadını kocasının soyadını kullanmaya zorladığı için bu imkândan mahrum kalmıştır. Ünal Tekeli, davasını Burghartz davasında olduğu gibi AİHS md. 8 ve 14'e dayandırmıştır. Ünal Tekeli, iş çevresinde "Ünal" olarak tanınması, resmî belgelerde yalnızca Ünal soyadını kullanamaması, Tekeli soyadını kullanmak zorunda kalması sebepleriyle cinsiyete dayalı ayrımcılık mağduru olduğunu ileri sürmüştür⁹².

Mahkeme bu davada özel hayatın korunmasına ilişkin 8. maddenin kişinin adını kapsayıp kapsamadığı hususunu tartışmadığı gibi, Avrupa Konseyi nezdinde çıkartılmış çeşitli belgelere de atıf yaparak, kişinin adı üzerindeki hakkının Avrupa Konseyi sisteminde bir insan hakkı olarak korunduğunu vurgulamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (78) 37 sayılı ve 27 Eylül 1978 tarihli Medenî Hukukta Eşlerin Eşitliğine İlişkin Kararı'na (ki bu karar aynı isimli protokol takip etmiştir) ve (85) 2 sayılı ve 5 Şubat 1985 tarihli, Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığa Karşı Hukukî Korumaya İlişkin Tavsiye Kararı'na atıfta bulunmuştur⁹³.

Bakanlar Komitesi'nin Medenî Hukukta Eşlerin Eşitliğine İlişkin Kararı'nın 6. maddesinde, aile adına ilişkin ayrımcılık içermeyen düzenlemeler bakımından, Avrupa Konseyi üyesi ülkelere çeşitli öneriler getirilmiştir. Bunlar;

⁹² Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 10.

⁹³ (78) 37 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararı için bkz. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=596401&SecMode=1&DocId=662318&Usage=2> , (85) 2 sayılı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kararı için bkz. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/Rec_R_85_2_fr.pdf . Konseyi Bakanlar Komitesi'nin yanı sıra, Parlamenterler Meclisi de kadın erkek eşitliğine yönelik bir tavsiye kararı çıkartmıştır. Parlamenterler Meclisi'nin 1271 (1995) sayılı tavsiye kararında birçok ülkede kadın erkek eşitliğine yönelik kanunlar çıkartılmış olmakla birlikte bu konuda hâlâ ayrımcılığın devam ettiği ülkelerin olduğu üzerinde durulmuştur. 1271(1995) sayılı Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi kararı için bkz. <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta95/EREC1271.htm> .

1. Diğer eş ile anlaşılarak, özellikle eşlerden birinin soyadının ya da eşlerin soyadlarının birleşiminin ya da eşlerin soyadlarından farklı bir adın, aile adı olarak seçilmesi,
2. Eşlerin her birinin evlilik öncesindeki soyadını taşımaya devam etmesi,
3. Kanun yolu ile eşlerin soyadlarının birleşiminden meydana gelen bir aile adının oluşturulması

yönündeki önerilerdir. Bunların dışında ve taraflardan birinin soyadını zorunlu olarak değiştirmesi sonucunu doğuran bir çözümün, AİHS ve Avrupa Konseyi'nin diğer belgelerine aykırı, yani eşitlik ilkesine aykırı olacağı açıktır.

Türk Mevzuatının, bu belgeler çerçevesinde cinsiyetler arası eşitliğe dayanmadığı aşikârdır. Türkiye, AİHM'deki savunmasında, cinsiyetler arasındaki bu farklı uygulamanın, korunmak istenen çeşitli menfaatler karşısında objektif ve makul olduğunu iddia etmiştir. Türkiye, savunmasında, aile birliğinin aile adı ile bağlantılı olduğu ve kocanın soyadının aile adı olarak belirlenmesi ile Türk kanun koyucusunun aile birliğini korumaya, yani kamu düzenini korumaya yöneldiği gerekçelerine dayanmıştır. Üstelik, kocanın adının aile adı olarak belirlenmesi ile kadının aile içindeki yerinin güçlendirildiği (!) iddia edilmiştir. Türkiye, son olarak, olası bir sistem değişikliğinin nüfus sicillerinde büyük zorluklara sebebiyet vereceği savunmasında bulunmuştur.

Mahkeme, öncelikle kadın ile erkek arasındaki her farklı uygulamanın mutlaka ayrımcılık yasağına aykırı olmayacağını, bazı koşulların bir araya gelmesi ile farklı bir uygulamanın söz konusu olabileceğini hatırlatmıştır. Ardından, Ünal Tekeli olayında bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelemesine gitmiştir. AİHM'in yerleşmiş içtihadı gereğince, farklı uygulamaların, 14. madde anlamında ayrımcı olması için objektif ve makul olmaması gerekir⁹⁴. Objektif farklılıktan anlaşılana, farklı muameleye tabi tutulan kimselerin fiilî durumlarının esaslı olarak farklı olması, makul olmaktan anlaşılana ise farklı muameleyle hedeflenen amaç ve aracın orantılı olmasıdır⁹⁵. Her ne kadar ailenin

⁹⁴ RADACIC, *Gender Equality*, s. 842, 843, SUDRE, *Droits de l'Homme*, s. 256 vd., EKŞİ, s. 61.

⁹⁵ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 50, 51.

birliğini sağlamak için ülkelerin belirli bir takdir yetkileri varsa da, ülkeler bu takdir yetkilerini kadın erkek eşitliğini gözeterek şekilde kullanmak zorundadır⁹⁶, meğer ki kadın ve erkeğe farklı davranılmasını haklı gösterecek esaslı ve fiili bir farklılık ve aile birliği hedefi ile bu yolda öngörülen araç orantılı olsun⁹⁷.

Mahkeme kararında da tespit edildiği gibi, Türkiye, aile birliğinin korunmasına ilişkin takdir yetkisini, kadın erkek eşitliğini dikkate almaksızın kullanmıştır. Şayet korunmak istenen menfaat ortak aile adı aracılığıyla sağlanan aile birliği ise, bu birliği sağlayacak ortak ad, pekâlâ tarafların ortak kararı ile kadının soyadı olarak da seçilebilir⁹⁸. Üstelik, Türkiye, AİHM'deki savunmasında, ortak bir aile adının olmadığı durumda aile birliğinin hangi tehlikelere maruz kalacağını somut biçimde ortaya koyabilmiş değildir⁹⁹. AİHM'e göre, nüfus sicilinde sistem değişikliğinden kaynaklanabilecek sıkıntılara, vatandaşlarının soyadları üzerindeki kişilik haklarına ve insan onuruna duyduğu saygı gereği, devletin katlanması en makul olan yoldur¹⁰⁰.

AİHM'in soyadı konusundaki içtihadı, Burghartz ve Ünal Tekeli davaları ile netlik kazandıktan sonra verilmiş olan 2005 tarihli bir Federal Mahkeme kararında, İsviçre aile adı hukukunun AİHS'e aykırı olmadığı görüşü yer almıştır¹⁰¹. Federal Mahkeme'nin bu görüşü doktrinde ağır eleştiri almıştır¹⁰². Nitekim, söz konusu karar, İsviçre'nin bir kere daha, AİHM tarafından aile adı rejimi sebebiyle mahkûm edilmesine sebebiyet vermiştir. Eşlerin soyadı konusunda İsviçre mevzuatı, Türk Mevzuatına nazaran eşitlik ilkesine çok daha uygundur. Buna rağmen İsviçre hukukunda eşler bakımından hâlâ tam bir eşitlik sağlanamamıştır.

⁹⁶ RADACIC, *Gender Equality*, s. 846, 847. Yazara göre, aile adı konusunda devletlerin takdir yetkileri eşitlik ilkesi karşısında dardır.

⁹⁷ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 58.

⁹⁸ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 64.

⁹⁹ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 66.

¹⁰⁰ Ünal Tekeli c. Türkiye, parag. 67.

¹⁰¹ Iris Rose ve Laszlo Losonci c. Berne Kantonu "İdare Mahkemesi", 24 Mayıs 2005 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, *Journal des Tribunaux*, 2006 I, s. 73.

¹⁰² BUCHER, s. 320. Yazar, 2005 tarihli Federal Mahkeme kararının AİHM içtihatlarını göz ardı etmesini, "şaşırtıcı bir aymazlığı gözler önüne seriyor" ifadeleri ile eleştirmektedir.

AIHM'in aile adına ilişkin vermiş olduğu 09.11.2010 tarihli bu son kararda, İsviçre aleyhine dava açanlar Losonci Rose ve Rose çiftidir¹⁰³. AIHM kararına konu bu olayda Macaristan vatandaşı Laszlo Losonci ve İsviçre vatandaşı Iris Rose çiftinin asıl arzu ettikleri her eşin evlendikten sonra da, evlenmeden önceki soyadlarını olduğu gibi korumaya devam etmeleri, evlenmenin soyadları üzerinde bir değişikliğe yol açmamasıdır. Ne var ki İsviçre aile adı rejimi bu olasılığa izin vermemektedir. İsviçre Medenî Hukuku'na göre, kural olarak, aile adı kocanın soyadıdır. Kadının soyadının aile adı olması için, nişanlıların bu yönde özel bir talepte bulunarak, bu tercihteki meşru menfaatlerini ispat etmeleri gerekmektedir. Bu durumda kadının soyadı evlenmeden önceki hâli ile kalmaktadır. Koca dilerse, aile adı niteliğini kazanmış olan kadının soyadının önünde, kendi soyadını da kullanabilmektedir. Davaya konu olayda çift bu son yola başvurmuştur, böylece çiftin adları Laszlo Losonci Rose ve Iris Rose olmuştur. Bu talep ile kadın eşin soyadı evlenmeden önceki hâli ile kalmasına rağmen, erkek eşin soyadı değişmiştir, evlenmeden önce Losonci olan soyadı Losonci Rose olmuştur.

Macaristan vatandaşı erkek eş, soyadını evlenmeden önceki hali ile kullanabilmek amacıyla, İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu'ndaki ada ilişkin bağlanma kuralında düzenlenmiş olan seçim hakkından yararlanmak istemiştir. Bu amaçla, soyadına ilişkin idarî işlemlere millî hukukunun uygulanmasını talep etmiştir. Laszlo Losonci Rose, millî hukuku olan Macar hukukuna göre evlenmeden önceki soyadını, peşine eşinin soyadını eklemeksizin kullanabilmektedir, yani evlendikten sonra da Laszlo Losonci ismiyle hayatına devam edebilmektedir. İsviçre idarî makamları ve mahkemeleri, Laszlo Losonci Rose'un bu talebini reddetmişlerdir. İsviçre makamlarının bu talebi reddetmelerindeki temel dayanak noktası, Losonci Rose'un birbiri ile çelişen iki talebinin olmasıdır. Bu talepler; kadının soyadının aile adı olması yönündeki talep ve kendi soyadına millî hukukunun uygulanması yönündeki taleptir. İsviçre idarî makamları ve mahkemeleri, bu iki talebin birbiri ile çeliştiği gerekçesini ileri sürerek, Laszlo Losonci Rose'un ikinci talebini reddetmiştir.

Losonci Rose ve Rose çifti ise, AIHM'e başvurarak, İsviçre aile adı rejiminin özel hayatın korunması ve eşitlik ilkesine aykırı olması sebebi

¹⁰³ Losonci Rose ve Rose c. İsviçre Davası, AIHM 664/06 talep numaralı, 09.11.2010 tarihli karar. Çevrimiçi, 04.11.2011, <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/> .

ile mağdur olduklarını iddia etmişlerdir. Eşlerin iddiasına göre; aynı ihtilaf İsviçreli eşin erkek, Macar eşin kadın olduğu bir çift için meydana gelse idi, İsviçre Mevzuatına göre, her bir eşin kendi soyadını taşıyarak evlilik birliğine devam etmeleri mümkün olabilirdi. Şöyle ki, kadın Macaristan vatandaşı, koca da İsviçreli olmuş olsa idi, kanunî rejim uyarınca aile soyadı kocanın soyadı olmuş olacağından, bu sonucu elde etmek için eşlerin ayrıca bir talepte bulunmalarına gerek olmayacaktı. Bu durumda, evlenen Macar kadının idareye tek bir talepte bulunması yeterli olacaktı. Bu talep, İsviçre'nin ada ilişkin bağlanma kuralında yer alan, kişinin adına millî hukukunun uygulanması yönündeki talep olacaktı. Böylece birbiri ile çelişen talepler olduğu savunması ile İsviçre idaresi ve mahkemeleri, eşlerin evlenmeden önceki soyadlarını korumalarına mâni olamayacaktı. Davacılar, bu farklılığın eşitlik ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesi ile AİHM'e başvurmuşlardır.

AİHM, itilafa ilişkin kararının gerekçelerinde, Türkiye'nin soyadına ilişkin olası düzenlemeleri bakımından da yol gösterici olabilecek, Ünal Tekeli kararına paralel nitelikte hükümlere yer vermiştir. Hattâ denilebilir ki, AİHM ada ilişkin rejimlerin eşitlik ilkesine uyumlu olması gerektiğine dair içtihadını bu kararı ile sağlamlaştırmıştır. Bu kararında, AİHM, kişinin zorunlu olarak adını değiştirmesinin özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında değerlendirilmesi gerektiği¹⁰⁴ ve bu hususta cinsiyetler arasında farklı düzenlemelerin ancak objektif bir gerekçe¹⁰⁵ ile ve olağanın üstünde, çok kuvvetli sebeplerin varlığı halinde¹⁰⁶ kabul edilebileceği yönündeki kararını bir kere daha teyit etmiştir. Kararda, ayrıca, aile birliğinin korunması gerekçesinin, cinsiyete dayalı ayrımcılığın hukuka uygun kabul edilebilmesi için tek başına makul bir gerekçe olamayacağı hükmü, Ünal Tekeli kararına atıf yapılmak suretiyle tekrar edilmiştir¹⁰⁷.

Görüldüğü gibi, kadının soyadına ve aile adına ilişkin Türkiye'de bugün yürürlükte olan mevzuatın, özel hayatın korunması ilkesine ve kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu AİHM tarafından tespit edilmiştir. Oysa, AİHS kapsamında, devletin pozitif yükümlülükleri arasında insan hakları ihlallerini önlemek yönünde makul önlemler alınması yer almaktadır ki bunlardan en başta geleni insan hakları rejimine uygun

¹⁰⁴ Losonci Rose ve Rose c. İsviçre, parag. 51.

¹⁰⁵ Losonci Rose ve Rose c. İsviçre, parag. 38.

¹⁰⁶ Losonci Rose ve Rose c. İsviçre, parag. 41.

¹⁰⁷ Losonci Rose ve Rose c. İsviçre, parag. 46.

kanunlar çıkarmaktır¹⁰⁸. Türkiye'nin, AİHS sistemine uygun bir soyadı rejimi ihdas edebilmesi için, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (78) 37 sayılı kararında tavsiye olunan çözümlerden birini benimseyen bir kanun çıkarması icap etmektedir¹⁰⁹. Bugün kadının soyadı konusunda, kadın erkek eşitliği açısından bizden bir adım ileride olan İsviçre'deki düzenlemenin¹¹⁰ bile AİHS'e ve anayasal temel hak ve özgürlüklere aykırılığı,¹¹¹ yalnızca AİHM kararlarında değil, 2010 tarihli bir Federal Mahkeme kararında da kabul edilmiştir¹¹². 2010 yılında Federal Mahkeme'nin kabul etmiş olduğu bu gerçeği, Türk Anayasa Mahkemesi'nin de tespit etmesi gerekirken, Mahkeme 2011 yılında vermiş olduğu karar ile hâlâ kamu düzeni ve aile birliği gibi gerekçeler ile Türk kadını temel bir insan hakkından mahrum bırakmaktadır.

B. Birleşmiş Milletler Sistemi

Birleşmiş Milletler bünyesinde ihdas edilmiş olan kadının insan haklarına özgü Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin onaylanması ile Türkiye, kadınların insan haklarının tesis edilip korunacağı taahhütlerinde bulunmaktadır¹¹³. Söz konusu taahhütler kapsamında eşitlik, yalnızca kanun metninde kadınlar ve erkeklerin eşit olduklarına ilişkin hükümlerin yer alması ile değil, aynı zamanda, etkileri bakımından kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden uygulamaların ortadan kaldırılmasına yönelik müspet tedbirlerin alınması ile gerçekleştirilebilir¹¹⁴.

¹⁰⁸ ARSLAN ÖNCÜ, *Özel Yaşamın Korunması*, s. 49.

¹⁰⁹ ARSLAN ÖNCÜ, *Özel Yaşamın Korunması*, s. 233.

¹¹⁰ İsviçre hukukunda, yapılan talebin makul olması şartının gerçekleşmesi halinde, tarafların anlaşması ile kadının soyadı aile soyadı olarak seçilebilir. Öngörülmüş olan bu imkân sebebiyle, İsviçre'nin aile adı düzenlemesinin Türk hukukundan bir adım önde olduğu düşünülebilir.

¹¹¹ İsviçre hukukunda, tarafların kadının soyadını taşımak konusunda anlaşamamaları halinde ya da anlaşmış olmalarına rağmen, yetkili merci tarafından, gerekçelerinin makul olarak nitelendirilmemesi halinde, kadın, kocanın soyadını almak zorunda bırakılmaktadır.

¹¹² i.S. S.S.Si. c. Zürich Kantonu Hukuk ve İçişleri İdaresi, 25 Ocak 2010 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi Kararı, Die Praxis des Familienrechts, 2010, s. 406, 407.

¹¹³ Birleşmiş Milletler bünyesinde kadınların insan haklarına ilişkin olarak ihdas edilen diğer belgeler için bkz. GEMALMAZ, *İnsan Hakları*, s. 589.

¹¹⁴ GEMALMAZ, *Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması*, s. 164, ODER, s. 25, 26, MOROĞLU, *Kadınların İnsan Hakları*, s. 889. Kadınlara karşı her yönüyle ayrımcılığın ortadan kaldırılması bakımından Sözleşme ile

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin, evlenen kadının soyadına ilişkin 16. maddesini de içine alan çeşitli hükümlerine ilişkin, Türkiye'nin koymuş olduğu çekinceler vardı¹¹⁵. Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca “kadınlara karşı ayrımcılık”, “kadınların, medenî durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medenî ve diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama” anlamına gelmektedir. Kadınlara karşı ayrımcılık tanımının bu şekilde yapılmasından sonra, evlenen kadının soyadının zorla değiştirilmesine göz yumulması ve bu doğrultuda Sözleşme'nin 16. maddesine çekince konması, Sözleşme'nin *raison d'être*'ine (varlık sebebine), ve Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi md. 19/c'ye aykırı görünmektedir¹¹⁶. Nitekim, Türkiye, 1999 yılında 16. maddeye koymuş olduğu çekinceyi kaldırmıştır.

Sözleşme'nin birinci maddesi, 16. maddesinin 1. fıkrasının g bendi ile birlikte okunduğunda, Sözleşme'de aile adının eşlerin ortak kararı ile seçilebilmesinin bir insan hakkı olarak tanımlandığı görülmektedir. Sözleşme ile kadının bireyselliği ve özerkliğinin kuvvetlendirilmesi esas alınmıştır¹¹⁷. Sözleşme'nin 16. maddesinin g bendi de kadının adının kocasına bağımlı olmasının önüne geçilmesi yolu ile bireyselliğinin kuvvetlendirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Madde, “Taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli önlemleri alır ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesi temelinde;

Türkiye'nin altına girmiş olduğu taahhüt, yalnızca yasalar yolu ile ve kamusal alanda kadınlara karşı ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını değil, aynı zamanda özel hukuk kişilerinin sebebiyet verdikleri kadınlara karşı ayrımcılığın engellenmesini, ayrımcılık yapan bu kimselerin kovuşturulmasını ve mağdur olan kadınların da tazminat yolu ile tatmin edilmelerini kapsamaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. GEMALMAZ, *İnsan Hakları*, s. 1497 vd., ARSLAN ÖNCÜ, *BM Kadınlara Karşı Ayrımcılık*, s. 11.

¹¹⁵ Türkiye'nin 1999'dan önce koymuş olduğu çekincelerin hukukî muteberliklerine ilişkin değerlendirme için bkz. ÇELİKEL, s. 63.

¹¹⁶ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerine konmuş olan çekinceler ve bu çekinceler aleyhine ileri sürülen görüşler için bkz. GEMALMAZ, *Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması*, s. 193 vd., ARSLAN ÖNCÜ, *BM Kadınlara Karşı Ayrımcılık*, s. 18.

¹¹⁷ ODER, s. 41.

[...]

g) aile adının seçilmesi

[...]

hali de dahil olmak üzere, karı kocaya eşit hakları sağlar” hükmünü içermektedir. Türkiye 1999 tarihinde bu maddeye getirmiş olduğu çekişmeyi kaldırdığı için, söz konusu hak, AY md. 90 anlamında kanun hükmündedir.

Evlenen kadının soyadına ilişkin Medenî Kanun düzenlememizin, genel bir anayasal hüküm olan eşitlik ilkesine aykırı olduğu yukarıda ayrıntısı ile açıklanmış bulunuyor. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi md. 16/1 (g) ise özel hüküm niteliğinde soyadı konusunda eşlerin eşitliğini öngörmektedir. Medenî Kanun’un kadının adına ilişkin hükümlerinin, genel eşitlik ilkesine aykırı olduğunun tespit edildiği durumda, aynı düzenlemenin özel hüküm niteliğindeki Sözleşme’nin 16. maddesinin g bendinde aykırı olduğunun evleviyetle kabul edilmesi gerekir. Özetle MK md. 187’de yer alan düzenleme, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi md. 16/1 (g) de yer alan aile adına ilişkin eşitlik hükmüne aykırıdır¹¹⁸.

Anayasamız gereği kanun hükmünde kabul edilen ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin olan Sözleşme’nin 16. maddesinin g bendi ile Türkiye Cumhuriyeti’nin bir başka kanun hükmü (MK md. 187) bağdaşmamaktadır. 2004 yılında Anayasa’ımızda 5170 sayılı kanun ile yapılan değişiklik sonucunda, 90. maddenin 5. fıkrasına eklenen yeni cümle “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” hükmünü emretmektedir. Bu doğrultuda AY md. 90/f.V uyarınca, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası andlaşma olduğu için, hâkimin öncelikle bu sözleşme hükümlerini esas alarak karar vermesi gerekmektedir¹¹⁹. Diğer bir ifadeyle,

¹¹⁸ ÖZDAMAR, s. 339, 340.

¹¹⁹ Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nin AY md. 90/f.V kapsamında temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir milletlerarası

kadının soyadına ilişkin ihtilaflarda Türk hâkiminin, milletlerarası temel hak ve hürriyetlere ilişkin bir sözleşmeye aykırı olan MK md. 187 hükmünü değil, AY md. 90 gereğince Sözleşme'nin 16. maddesinin g bendini öncelikle ve doğrudan doğruya uygulaması gerekmektedir¹²⁰. Üstelik, Türk hâkimi, önüne gelen somut ihtilafı çözerken, AYM'nin MK md. 187'nin anayasal temel hak ve özgürlüklere, özellikle de eşitlik ilkesine aykırı olmadığı yönündeki 2011 tarihli kararına rağmen, insan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşme hükmünü uygulayacaktır. Zira, hâkim, AY md. 90/f.V hükmü ile bağlıdır. Bu husus doktrinde şu şekilde ifade edilmiştir “Bir kanun hükmü Anayasa’ya uygun olmasına rağmen uluslararası bir antlaşmaya aykırı hükümler içeriyorsa, bu kanunun uygulanması ihmal edilerek uluslararası antlaşma hükümleri uygulanmalıdır”¹²¹. “Sözleşmeye aykırı yasal düzenlemeyi uygulamayı uluslararası antlaşma hükümlerini uygulama yetkisi, tüm mahkemeler ve yürütme organları tarafından kullanılacaktır. Hatta kullanılmak zorundadır”¹²². O halde, evlenen kadının soyadına ilişkin bir somut ihtilaf ile karşılaşan hâkimin uygulayacağı hüküm, MK md. 187 değil, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 16. maddesinin g bendidir.

Kadının soyadına ilişkin ihtilafa uygulanacak hükmün, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 16. maddesinin, aile adına ilişkin g bendinde olduğunu tespit eden hâkim, bu hükmü uygularken başka bir sorunla daha karşılaşacaktır. Sözleşme'nin 16. maddesinin g bendi, bir ihtilafı çözmeye müsait olacak kadar somut ve ayrıntılı bir düzenleme değildir. Sözleşme yalnızca “kadın erkek eşitliği ilkesi temelinde [...] aile adının seçilmesi [konusunda] karı kocaya eşit haklar”ın sağlanmasını öngörmektedir. Sözleşme, bu eşit hakların ne şekilde sağlanacağını somut olarak düzenlememiştir. Örneğin, eşler evlenmeden önceki soyadlarının bir birleşimini mi kullanacaklardır? Yoksa taraflara hangi soyadının aile adı olarak kullanılacağına dair bir seçim hakkı mı tanınacaktır? Ya da her

sözleşme olduğu yönünde bkz. ÖZOK, s. 11, GÜLMEZ, s. 67.

¹²⁰ ÖZDAMAR, s. 36, ÖZOK, s. 12, GÜLMEZ, s. 55. İnsan haklarına ilişkin milletlerarası sözleşmenin doğrudan uygulanmasının gerekçesi olarak bu tür antlaşma hükümlerinin normlar hiyerarşimizde kanunlardan üstte yer aldığına ilişkin bkz. GÖZLER, s. 280.

¹²¹ ÇOLAKER, s. 34, GÜLMEZ, s. 70.

¹²² Bu görüş doğrultusundaki mahkeme kararları için bkz. ÇOLAKER, s. 71.

eş evlenmeden önceki soyadını kullanmaya devam mı edecektir? Uygulanacağı AY md. 90/f.V uyarınca tespit edilen Sözleşme’de, bir soyadı ihtilafını çözebilecek kadar somut ve ayrıntılı düzenlemeler yer almamaktadır. Bu örnekte olduğu gibi, uygulanacağı tespit edilen hükmün somut olayın özelliklerine göre sınırlandırılmış olmaması halinde bir örtülü kanun boşluğu vardır¹²³.

Hâkimin önündeki somut ihtilafı çözebilmesi için bu örtülü kanun boşluğunu doldurması gerekmektedir. Hâkim, bu boşluğu MK md. 1 uyarınca dolduracaktır¹²⁴. Hâkim kanun boşluğunu öncelikle örf ve adet hukukuna bakarak, burada da uygulanabilir bir hüküm bulamaz ise kendisi hukuk yaratarak dolduracaktır. İlk bakışta kadının soyadına ilişkin bir örf ve adet hukuku olduğu, bunun da kadının kocasının soyadını alması olduğu düşünülebilir. Ne var ki söz konusu örf ve adet hukukunun uygulanabilir olmadığını tespit etmek gerekir. Zira bu örf ve adet hukuku kuralı yine AY md. 90/f.V uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası anlaşma ile, yani Sözleşme’nin 16. maddesinin g bendi ile çatışma halinde olacaktır. O halde MK md. 1 uyarınca, hâkimin önünde tek bir seçenek kalmaktadır; kendisinin hukuk yaratarak boşluğu doldurması. Hâkimin bu noktada hassas davranarak, AY md. 90/f.V’in gereğini yerine getirmesi ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası sözleşmenin hükümlerini “esas alan”, eşitlik illesini gözetken, bir ihtilafı çözebilecek derecede somut bir hüküm yaratması gerekmektedir¹²⁵. O halde, hâkim evlenen kadının soyadına ilişkin hukuk yaratırken, AİHS’yi, AİHM İctihadi’nı, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin (78) 37 sayılı kararını ve Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi hükümlerini esas alacaktır. Bu hükümler ile çatışmayacak nitelikte somut ve uygulanabilir bir hukuk normu yaratmaya özen göstererek, örtülü kanun boşluğunu dolduracaktır.

Somut ihtilaf ile karşılaşan her hâkim yukarıdaki yolu izlerken, kendi toplumsal birikimlerinden yola çıkarak ve kendi adalet anlayışı çerçevesinde, özellikle Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin (78) 37 sayılı

¹²³ HATEMÎ, *Medenî Hukuk*, s. 105.

¹²⁴ Genel olarak kanun boşluğunun doldurulması konusunda bkz. OĞUZMAN/BARLAS, *Medenî Hukuk*, s. 100, HATEMÎ, *Medenî Hukuk*, s. 114.

¹²⁵ Kanunda boşluk bulunması halinde, boşluğun antlaşma hükümlerine göre doldurulması gerektiği hakkında bkz. ÇOLAKER, s. 118.

kararında önerilen çözümlerden birini benimseyen ve somut olay adaletini sağlayan bir hukuk normu yaratacaktır. Ne var ki her hâkimin eşitlik ilkesine uygun olarak tercih ettiği çözüm bir diğeri ile aynı olmayabilir. Uygulamada meydana gelebilecek bu farklılıklar, bir içtihadı birleştirme kararı alınıncaya kadar, hukuk güvenliğini zedeleyebilir. Bu sebeple bu alanda, Türkiye'nin uluslararası yükümlülükleri ile çelişmeyen bir kanun düzenlemesi yapılması ihtiyacı çok acildir.

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 16. maddesi üzerindeki çekinceler kaldırılırken, Sözleşme'nin 29. maddesinde öngörülen çekincenin devam edeceği bildirilmiştir. Bu çekince uyarınca, sözleşmenin yorum ve uygulanmasından kaynaklanan uyuşmazlıkların müzakere yolu ile çözülememesi halinde hakeme gitme, bu usûlün çalıştırılmadığı halde Uluslararası Adalet Divanı'nın önüne gitme imkânının önü kapatılmıştır. Türkiye'nin 1999 yılında yapmış olduğu bu tercih, esasen uluslararası politikayı ilgilendirmekte, hak sahibi kadınlar üzerinde ancak dolaylı bir etki doğurmaktadır.

Siyasî irade, hakem yoluna ilişkin çekincenin devam ettirilmesi ile bir yolu kapatmış olmakla birlikte, bir yıl sonra, 8 Eylül 2000 tarihinde ihtiyari ek protokolü imzalayarak, 29 Ekim 2002 tarihinde de onaylayarak, Türk kadınlarına önemli başka bir yol açmıştır¹²⁶. Protokol 29.01.2003 tarihinden beri Türkiye bakımından yürürlüktedir. Bu protokolün 2. maddesi uyarınca Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde yer alan hakları ihlâl edilen bireyler ya da gruplar, bireysel başvuru usûlü olarak adlandırılan yol ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi'ne başvurabilirler¹²⁷. Ancak bu yola başvurulabilmesi için tüm ulusal hukuk yollarının tüketilmiş olması gerekmektedir¹²⁸. Kadı-

¹²⁶ 4770 sayılı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi-ne İlişkin İhtiyarî Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun, RG. 02.08.2002/24834.

¹²⁷ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, sözleşme ile kurulmuş yarı yargısal bir organ olup, sözleşmenin denetim organı konumundadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN ÖNCÜ, *BM Kadınlara Karşı Ayrımcılık*, s. 25 vd., GEMALMAZ, *İnsan Hakları*, s. 1654, 1655.

¹²⁸ Bir bireysel başvurunun Komite tarafından kabul edilebilmesi için gerekli diğer şartlar hakkında bkz. ARSLAN ÖNCÜ, *BM Kadınlara Karşı Ayrımcılık*, s. 37, 38, GEMALMAZ, *İnsan Hakları*, s. 645 vd.

na Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi, aldığı başvuru hakkında araştırma yapar, bu bağlamda ilgili taraf devleti bilgilendirir, onun önlem almasına olanak verir ve durum hakkında görüş ve varsa tavsiyelerini ilgili taraf devlete gönderir. Bu belgenin alınmasından itibaren ilgili taraf devlet, konu hakkında savunmalarını ve varsa inceleme süresince almış olduğu önlemleri komiteye bildirir. Hakkında bireysel başvuru yapılmış olan devlet, Komite'nin gönderdiği görüş ve tavsiyeler doğrultusunda aldığı önlemler hakkında Komite'yi periyodik raporlarında bilgilendirmek yükümlülüğü altındadır¹²⁹.

İhtiyari protokolde öngörülmüş olan bu usûl AIHM'nin kararları gibi bağlayıcı yaptırımlar ya da tazminat hükümleri öngörmemektedir. Yine de hakkında böyle bir usûle başvurulmuş olması Türkiye için uluslararası arenada önemli bir itibar kaybına neden olacağından, Türk kadınının soyadına ilişkin olarak yaşadığı insan hakkı ihlâline karşı bu yola başvurması, siyasî irade üzerinde politik bir baskı yaratabilecek niteliktedir¹³⁰. Bu bağlamda, "bireysel başvuru usûlü" işletildiği takdirde, Türkiye'nin söz konusu protokole taraf olmasının Türk kadınlarının insan hakları açısından olumlu sonuç vereceği beklenebilir.

III. Bir Kanun Önerisi ve Sonuç

Bugün Avrupa'da birçok ülkede artık eşlere aile adını seçme özgürlüğü¹³¹ ve eşlere evlenme öncesindeki soyadlarını kullanmaya devam etme imkânı tanınmaktadır¹³². Buna mukabil, Türk hukuku, eşlerin soyadları konusunda bir irade muhtariyeti tanımadığı gibi kadına evlenmeden önceki soyadını (değiştirmeksizin) devam ettirme imkânı da tanımamaktadır. Türk Hukukunun kadının soyadına ilişkin hüküm-

¹²⁹ Sözleşmede öngörülmüş olan periyodik rapor sistemi ve işleyişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN ÖNCÜ, *BM Kadınlara Karşı Ayrımcılık*, s. 29 vd., GEMALMAZ, *İnsan Hakları*, s. 633 vd.

¹³⁰ GEMALMAZ, *Kadına Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması*, s. 175. Gemalmaz, sözleşmenin öngördüğü araçların, sözleşmenin amaçlarına nazaran yeterince kuvvetli olmadığını ifade etmekle birlikte, bireysel başvuru usûlünün sözleşmenin öngördüğü araçlara önemli bir katkı sağladığını vurgulamaktadır.

¹³¹ Bu ülkelerin hangileri olduğu hakkında bkz. ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 67 vd.

¹³² Bu ülkelerin hangileri olduğu hakkında bkz. ABİK, *Kadının ve Çocuğun Soyadı*, s. 69 vd.

lerinin, yalnızca muassır medeniyetler seviyesine,¹³³ getirilmesi amacı ile değil, aynı zamanda bugün ülkemizde yürürlükte olan insan hakları belgeleri ile çatışmasının önüne geçilmesi amacıyla da bir an önce değiştirilmesi gerekmektedir.

Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nce hazırlanıp görüşe sunulan kanun tasarısı taslakları arasında Türk Medenî Kanunu'nun kadının soyadına ilişkin 187. ve çocuğun soyadına ilişkin 321. maddelerinin değiştirilmesine ilişkin bir tasarı taslağı yer almaktadır¹³⁴. Bu taslakta, evlenen kadının, evlenme sebebiyle soyadını değiştirme zorunluluğu kaldırılmıştır. Taslak hükmüne göre “Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabileceği gibi, sadece önceki soyadını kullanmaya da devam edebilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.” Bu düzenleme evlenen kadın ve erkeğe aile adının seçiminde tam bir eşitlik sağlamamaktadır, zira çocuğa da intikal eden aile adı, yine kanunen kocanın soyadı olmaktadır. Kadın ise yalnızca bireysel olarak evlenmeden önceki soyadını taşıma imkânına kavuşmaktadır. Tasarı taslağı, en azından, evlenen kadının yalnızca evlenmiş olmasından ötürü soyadını değiştirmeye zorlanmasının önüne geçmektedir. Bu bakımdan, kanunlaştığı takdirde önemli bir insan hakları ihlâlinin önüne geçmeye imkân tanıyacak niteliktedir. İsviçre'nin soyadı rejiminde olduğu gibi, kadın ile erkek arasında tam bir eşitlik sağlamayan düzenlemeler, her zaman AİHM tarafından mahkûm edilme riskini taşımaya devam eder. Nitekim, eşler arasında gerçek bir eşitlik sağlamayan bu tasarı taslağı kanunlaşsa bile, AİHM, soyadı rejimi sebebiyle Türkiye aleyhine kararlar alınmaya devam edebilir. Bu sebeple, bahsedilen taslaktan farklı olarak, kadın ve erkek arasında tam bir eşitlik sağlayacağını düşündüğümüz kanun önerisini, gerekçeleri ile birlikte aşağıda sunmaktayız.

Yapılacak mevzuat değişikli uyarınca, irade muhtariyeti ve eşitlik ilkelerinden¹³⁵ ödün vermeksizin, bu ilkelerin izin verdiği ölçüde, aile adı seçilmesi yolu ile aile birliğinin ortak bir soyad ile temsil edilme-

¹³³ Birçok Avrupa ülkesinde kadının ve çocuğun soyadının ne şekilde düzenlendiğine ilişkin bkz. NOMER, s. 424 vd.

¹³⁴ Çevrimiçi, 10.12.2011, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gg/turkmedenikanunu.pdf>.

¹³⁵ İsviçre'de de isim hukukunun gözden geçirilmesi gündemdedir. Bu bağlamda ele alınan önerilerde bizim sonuç bölümünde sunduğumuz gibi eşitlik ve irade muhtariyeti ilkeleri öne çıkmaktadır. FASSBIND/SPRING, s. 267.

sinde bir mahzur yoktur. Bu bağlamda, taraflara, öncelikle ortak bir soyad üzerinde anlaşma imkânı tanınmalıdır. Taraflara, aile birliğini, yani ortak aile adını da koruyarak, kadın ve erkeğin eşit oldukları soyadı seçme imkânı tanınabilir. Örneğin;

“Nişanlılar, en geç evlenme başvurusunu yaptıkları tarihte, nişanlılardan birinin soyadını aile adı olarak seçebilirler.”

Bu yolla bir yandan taraflara ortak bir aile adı seçme imkânı tanınmışken, diğer taraftan kadın bu seçimde zorunlu olarak soyadı değiştirilen kişi olmamaktadır.

Nişanlılar, ortak bir soyadını kullanmayı anlaşarak dahi seçmiş olsalar, evlenmeden önceki soyadı aile adı olarak seçilmeyen nişanlının, soyadı üzerindeki kişilik hakları ve toplumsal ve meslekî hayatı zarar görebilir. Bu nişanlı, aile birliğinin tek bir aile adı ile temsil edilmesi için, bir anlamda soyadı üzerindeki kişilik haklarından ödün vermektedir. O halde, eşinin soyadını aile adı olarak kullanmayı kendi rızası ile kabul etmiş olmasına rağmen, bu eşin zararlarının en aza indirilmesi gerekmektedir. Bu yolda;

“Aile adı olarak kendi soyadı seçilmeyen nişanlı, evlenme başvurusunu yaptığı tarihte ya da evlendikten sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile evlenmeden önceki soyadını aile adının önünde kullanabilir.”

anlamında bir hüküm kabul edilebilir.

Nişanlılar ortak aile adı üzerinde anlaşamayabilirler. Nişanlılardan hiçbiri aile birliğini temsil edecek ortak bir aile adı için, kendi toplumsal ve meslekî tanınırlığından ve soyadı üzerindeki kişisel haklarından vazgeçmek istemeyebilir. Bu durumda eşlerin evlenmelerine rağmen, evlenme öncesindeki adlarını kullanmalarına imkân tanınmalıdır. Kimse soyadını değiştirmek tehdidine rağmen evlenmeye razı edilmemelidir. Bu doğrultuda;

“Nişanlılar ortak aile adı konusunda anlaşamazlar ise, her bir nişanlı evlenme sonrasında kendi soyadını taşır. Bu durumda, nişanlılardan biri evlilikten sonra eşinin soyadını kendi soyadının önünde taşımak isterse, evlenme başvurusunu yaptığı tarihte ya da evlendikten sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile eşinin soyadını kendi soyadının önünde taşıyabilir.”

şeklinde bir düzenleme benimsenebilir. Giriş bölümünde açıklandığı üzere, bir kimsenin soyadını değiştirmeksizin devam ettirmesi kamu düzeni açısından gereklidir, nitekim bir kişinin kimliğinin belirlenmesinde soyadı önemli bir işlev icra etmektedir. Bu bağlamda, nişanlıların kendi soyadları ile devam etmelerine olanak tanınması, aslında kamu düzeninin ve işlem güvenliğinin de en üst düzeyde korunduğu bir çözüm olmaktadır.

Eşlerin ortak bir aile adı taşımadıkları durumda, evlilik içinde doğacak çocuğun hangi soyadını taşıyacağı hususu belirsiz kalır. Bu konu düzenlenirken de yine eşitlik çerçevesinde tarafların iradesine başvurmak gerekmektedir. O halde;

“Nişanlılar bir aile adı seçmez iseler, doğması muhtemel çocuklarının hangi nişanlının soyadını alacağını kararlaştırarak, bunu en geç evlenme başvurusunu yaptıkları tarihte yazılı olarak bildirirler.”

gibi, tarafların iradesine öncelik tanıyan bir çözüm tercih edilmelidir. Burada önemli olan husus, evlilik içinde doğacak çocuğun soyadının hangi eşin soyadı olacağına karar verilen tarihtir. Bazı yazarlar, bu tarihin, ilk çocuğun doğduğu tarih olabileceğini ileri sürmektedirler¹³⁶. Kanımızca kanunkoyucu böyle bir tercih yaptığında, hem aile birliğini temelinden sarsacak kadar ciddi tartışmalara sebebiyet verebilecek, hem de bir karara varılmadığı takdirde, hâkimin karar vermesi yoluna gidilmek durumunda kalınacaktır ki, bu son durumda çocuğun doğumundan sonra bir süre (hâkimin karar vermesine kadar geçen süre) soyadsız kalması riski doğar. Bu sebeple, şayet aile birliğini temelinden sarsma riski olan bir tartışma varsa, bunun, bizim tercih ettiğimiz çözümde olduğu gibi, evlilik merasiminden önce yapılması en uygun olanıdır. Bu yolla hem sonradan yaşanabilecek aile dramlarının, hem de çocuğun bir süreliğine dahi soyadsız kalmasının önüne geçilmiş olunur.

Nişanlıların ortak bir aile adlarının olmadığı durumda, muhtemel çocuğun soyadının hangi nişanlının soyadı olacağı konusunda da anlaşamaları halinde, akla iki ihtimal gelebilir. Ya nişanlıların evlenmesine izin verilmeyebilir ya da kanunda çocuğun soyadının nasıl tespit edileceği gösterilir. İlk çözüm evlenme özgürlüğünün, doğacağı kesin

¹³⁶ RUMO-JUNGO, s. 176, 177.

dahi olmayan bir çocuk sebebiyle, ağır ve haksız yere sınırlandırılması anlamına gelir. O halde bu kimselerin evlenmesine mani olunmamalıdır. Çocuğun soyadı konusunda anlayamayan nişanlıların evlenmelerine kanunen izin verileceğine göre, bunlardan doğacak çocuğun soyadının hangi eşin soyadı olacağıнын tayini gerekmektedir. Bu noktada tarafların iradeleri tıkanmıştır, o halde çocuğun soyadının hangisi olacağıнын kanun yolu ile tayin edilmesi gerekmektedir.

Çocuğun soyadının bir kere kanun yolu ile tayin edileceğini tespit ettikten sonra, nişanlıların soyadlarından hangisinin tercih edilmesi gerektiğinin tartışılması icap eder¹³⁷. Bugüne kadar kanunumuz hep çocuğun soyadı hususunda kocanın soyadı yanında hareket etmiştir. Bundan sonra da benzer bir tercih mi yapılmalıdır? Yoksa kadının soyadı, çocuk açısından bakarsak annenin soyadı, bu durumda tercih edilebilir mi? Esasen burada doktrinde sorulmakta olan bir soruyu tekrar etmekteyiz: “Neden erkeğin değil de, kadının insan hakları sınırlandırılmaktadır?”¹³⁸

Kanun yolu ile çocuğun soyadı belirlenirken, ne ataerkil geleneklerden yola çıkılmalı ne de öç almaçı feminist bir eda ile “bundan sonra da kadınlara üstünlük tanınsın” gibi bir yaklaşım tercih edilmelidir. Nişanlılardan birinin soyadı kanunen tercih edileceğinden, esasen kadın ile erkek arasında farklı bir uygulamaya gidilecektir. O halde, bu ayrı uygulamanın, insan hakları kapsamında ayrımcılık yasağını ihlâl etmemesi gerekmektedir. Ayrımcılık yasağına ilişkin AIHM içtihadı da göz önünde bulundurularak, bu farklı uygulamada somut olgulardan kaynaklanan objektif kriterler esas alınmalıdır.

Kadın ile erkek arasında, fizyolojilerinden kaynaklanan bir takım objektif farklılıklar vardır, bunlardan biri, çocuğu doğurmanın anne oldu-

¹³⁷ Çocuğun, her iki eşin soyadını birlikte taşıyacağı bir çözüm de düşünülebilirdi. Ne var ki bu çözüm tercih edildiğinde, çift soyadlı iki kişni çocuğunun dört soyadlı olması ve her geçen jenerasyonda bu sayının katlanarak yükselmesi ihtimali, çözümün tarafımızca benimsenmesine mani olmuştur. Diğer bir çözüm de çocuğun öncelikle her iki eşin soyadını alması ve belirli bir yaşa geldiğinde (örneğin reşit olduğunda) bir soyadını tercih etmesi, diğerini terk etmesi yönünde olabilir. Bu çözüm de tarafımızca benimsenmemiştir. Zira bu çözümde, kanun koyucunun dahi vermekte zorlandığı bir kararın vicdan yükü, oldukça genç yaştaki bir bireyin omuzlarına yüklenmektedir. Üstelik böyle bir karar çeşitli aile dramlarının yaşanmasına da sebebiyet verebilecek niteliktedir.

¹³⁸ NOMER, s. 447.

ğudur. Sadece bu sebeple, çocuk ile anne arasındaki nesep bağı daha doğum anında oluşmakta ve bu nesep bağı sonradan ortaya çıkabilecek bir takım bulgular ile ortadan kalkma riski altında bulunmamaktadır. Oysa evlilik içinde doğmuş çocuklar ile koca arasındaki soybağı, fizyolojik bir gerçeğe dayanılarak değil, kanunen yaratılmış, yani sunî bir babalık karinesine dayanmaktadır. Sunî olarak koca ile kurulan soybağı, her an bir DNA testi ile ya da başka bir fizyolojik gerçeğin ortaya çıkması ile kopma riskini taşımaktadır. Çocuğun kocanın soyadını aldığı ihtimalde, koca ile soybağı ilişkisinin sona ermesi çocuğun soyadını da etkileyecektir. Bu durumda çocuğun soyadında meydana gelebilecek değişiklikler, çocuğun manevî dünyasını, kamu düzenini ve hukuk güvenliğini etkileyecektir. Ana ile soybağı ilişkisinin sona ermesi mümkün olmadığından, çocuğun yararı ve kamu düzeni açısından çocuğun anasının soyadını alması bir risk teşkil etmemektedir.

Kadın ile erkek arasındaki bir diğer objektif fark, özellikle küçük yaştaki çocukların anne bakımına ihtiyaç duymasındadır. Ülkemizde olduğu gibi Avrupa ülkelerinde de boşanma halinde, özellikle küçük yaştaki çocukların bakımı anneye verilmektedir. Çocuğun soyadının, kocanın soyadına bağlandığı ihtimalde, boşanan anne kendi soyadını, onunla birlikte yaşayan küçük çocuğu ise eski kocanın soyadını taşıyacaktır. Birlikte yaşadığı annesi ile farklı soyadı taşıyan çocuk, toplumsal ilişkilerinde güçlük çekmekte ve bu sebeple manevî anlamda travma yaşamaktadır. Çocuğun soyadının kocanın soyadına bağlandığı Türkiye’de, çalışmada ayrıntısıyla bahsetmiş olduğumuz gibi, bu sorun hâlihazırda yaşanmaktadır. Çocuğun manevî dünyasındaki travmanın azaltılması amacıyla, soyadı değiştirme davası açılabilenkte ise de ideal olan çocuğun böyle bir travma ile karşılaşma ihtimalini ortadan kaldırmak ya da azaltmak olmalıdır. Şayet evlilik içinde doğan çocuk doğduğu andan itibaren annenin soyadını taşırsa, boşanma halinde anneye verilen çocuk ile annesi arasında bir soyadı farklılığı bulunmayacak, böylece çocuk, soyadı konusunda önemli bir sosyal ve manevî travmaya hiç uğramamış olacaktır.

Yeni Medenî Kanunumuz birçok açıdan evlilik içi çocuklar ile evlilik dışı çocuklar arasındaki ayrımcılığın önüne geçmiş, ancak ne yazık ki çocuğun soyadı bakımından eşitliği sağlayamamıştır. Çalışmamızda da açıklandığı gibi bu husus, AYM’de inceleme konusu yapılmış ve evlilik içi çocuklar ile evlilik dışı çocuklar arasında soyadı bakımından bir eşitsizlik olduğu saptanmıştır. Evlilik dışı çocuğun doğduğu sırada

ve hattâ belki sonrasında da babası belli olmayabilir. Babasının kim olduğu bilinmeyen çocuğun soyadının babaya bağlanması düşünülemez. O halde, evlilik içi ve dışı doğmuş olan çocukların soyadı hükümleri arasında bir paralellik yaratılacaksa, evlilik içi çocukların soyadı hükümlerinin evlilik dışı çocuklara uyarlanması tek çözümdür. Zira, birçok durumda, evlilik dışı çocuğun soyadının tespitinde, annenin soyadı dışında bir bağlanma noktası yoktur. Hüküm AYM tarafından iptal edilmeden önce olduğu şekliyle korunmalı, şayet bir eşitlik yaratılmak isteniyor idiyse, evlilik dışı çocuklarda olduğu gibi evlilik içi çocuklarda da çocuğun soyadı annenin soyadı olmalıydı.

Özetlersek, nişanlıların kendi soyadları ile devam etmek istedikleri ve muhtemel çocuğun hangi nişanlının soyadını alacağını kararlaştırılmadığı durumlarda, çocuğun soyadının kanunen tespit edilmesi gerekmektedir. Kanun bu durumda objektif sebeplere dayanarak kadının ya da erkeğin soyadının çocuğun soyadı olacağını tespit edebilir. Bu tercihin yapılmasında objektif kriterlere bakılması gerekmektedir. Yukarıda saymış olduğumuz; annenin daha doğum anında belli olması fakat kocanın biyolojik baba olup olmadığının doğum anında bilinmemesi, boşanma halinde çocuğun çoğunlukla anneye veriliyor olması ve anne ile çocuk arasında farklı soyadı uygulamasının çocuğu manevî ve toplumsal açıdan güç durumlara düşürmesi, evlilik dışı çocuklar ile evlilik içi çocukların soyadları konusunda paralellik ve eşitlik sağlanması bakımından, annenin soyadının tercih edilmesi objektif kriterlere uygun gözükmektedir. Bu sebeple;

“Nişanlılarca aile adı tespit edilmediği ve muhtemel çocuğun soyadının hangi nişanlının soyadı olacağını nişanlılarca kararlaştırılmadığı durumlarda, çocuk annenin soyadını alır”

hükmü en uygun çözüm olarak görülmektedir.

Çalışmamızda ortaya koymuş olduğumuz gibi, evlenen kadına kocasının soyadının önünde evlenmeden önceki soyadını kullanma imkânının tanınmış olması, kadının soyadını değiştirmek zorunda bırakıldığı gerçeğini değiştirmemektedir. Bu düzenleme, söz konusu zorunluluktan ötürü ortaya çıkan kişisel ve kamusal zararı ortadan kaldırmakta, yalnızca kadının durumunu kısmî olarak iyileştirmektedir. Ne var ki bu iyileşme, ne Anayasa md. 10/f.II’de yer alan kadın erkek

eşitliği ile bağdaşmakta, ne de 2010 yılında referandum yolu ile kabul edilip, aynı maddeye eklenen “pozitif ayrımcılık” hedefi ile uyuşmaktadır. Nitekim, 2004 yılında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nden, Türkiye aleyhine, Ünal Tekeli lehine verilen karar da bu durumu tespit etmektedir. Şayet, Türkiye kadının soyadına ilişkin eşitlik ilkesine aykırı olan düzenlemelerini bir an evvel değiştirmek yoluna gitmez ise, Ünal Tekeli kararı, AİHM’den Türkiye aleyhine verilecek tek karar olmayacaktır. Türkiye’de her gün kıyılan yüzlerce nikâhta, eşitlik ilkesi her gün yüzlerce kez ihlâl edilmektedir. Türk kadınlarının da Avrupalı hemcinsleri gibi, erkekler ile eşit olmasının kanun yolu ile sağlanması bugün Türkiye’nin öncelikli konuları arasında yer almalıdır.

Bu sonuç bölümünde yapmış olduğumuz mevzuat önerisi, soyadı hukukunu ilgilendiren çeşitli menfaatlerin en uygun birleşimi olduğunu düşündüğümüz çözümdür. Yine de, kadın erkek eşitliği ilkesinden ödün vermeksizin, başka çözümlerin düşünülmesi mümkündür. Örneğin bizim yaptığımız gibi nişanlıların soyadlarının devamlılığı ilkesine öncelik vermek yerine, bir başka görüş aile adının birliği ilkesine ağırlık verebilir. Bu çözümlerden her biri kadın erkek eşitliğinin sağlanması koşulu ile kabul edilebilir olacaktır. Kadın erkek eşitliğini reddeden görüşler ise, AİHM tarafından mahkûm edilmek ve BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi tarafından inceleme ve siyasî baskı altında tutulmak durumunda kalacaktır.

Kaynakça

- ABİK, Yıldız; *Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık 2005.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay; *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXII, Sayı 1-2, İstanbul, 2004, s. 3-43.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay; *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, İstanbul, Beta Yayınları, 2011.
- BLONDEL, Pierre; *Étude Juridique sur le Nom Patronymique*, Paris, J.B. Sirey ve Larose & Forcel Yayınları, 1905.
- BUCHER, Andreas; *Jurisprudence Suisse en Matière de Droit International Privé de la Famille*, Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen, 2007, s. 189-245.
- ÇELİKEL, Aysel; *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme ve Türkiye'nin Koyduğu Çekinceler*, Milletlerarası Hukuk Bülteni, Yıl: 10, Sayı: 1-2, İstanbul, 1990, s. 59-64.
- ÇOLAKER, Mustafa; *Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010.
- DURAL, Mustafa/Tufan ÖĞÜZ/Mustafa Alper GÜMÜŞ; *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku*, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- EKŞİ, Nuray; *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyad Meselesi*, 1. Bası, İstanbul, Beta Yayınlar, 2008.
- FASSBIND, Patrick/Monika SPRING; *Revisionsbedürftiges Namensrecht*, Schweizerische Juristen-Zeitung, 103, s. 265-271.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi: Çekinceler Sorunu Işığında Haklar Analizi*, Prof. Dr. İl Han Özay'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt LXIX, Sayı 1-2, İstanbul, 2011, s. 141-240.
- GEMALMAZ, Mehmet Semih; *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, 7. Bası, İstanbul, Legal Yayınevi, 2010.

- GÖZLER Kemal; *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 9. Bası, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2010.
- GÜLMEZ, Mesut; *Mesut Gülmez'in Bildirisi, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Paneli)*, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, s. 38-82.
- HATEMÎ, Hüseyin; *Medenî Hukuk'a Giriş*, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- KLEINER, Caroline; *Le Dialogue entre le Droit Civil et le Droit International Privé en Matière de Nom*, Revue Suisse de Droit International et de Droit Européen, 2010, s. 39-63.
- LARENZ, Karl/Manfred WOLF; *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Bası, Münih, C.H. Beck Yayınları, 2004.
- MOROĞLU, Nazan; *Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, Beta Yayınları, 1999, s. 881-908.
- MOROĞLU, Nazan; *Kadının Soyadı*, İstanbul, Beta Yayınları, 1999.
- NOMER, Halûk N.; *Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni: Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, İstanbul, Beta Yayınları, 2002, s. 421-450.
- ODER, Bertil Emrah; *Kadınların İnsan Haklarının Uluslararası Düzeyde Korunması*, Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.
- OĞUZMAN, M. Kemal/Nami BARLAS; *Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, 17. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2011.
- OĞUZMAN, M. Kemal/Özer SELİÇİ/ Saibe OKTAY-ÖZDEMİR; *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 11. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- ÖZDAMAR, Demet; *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW) ve Ek İhtiyari Protokol'ün İç Hukukumuzda Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009.
- ÖZDEMİR, Saibe Oktay/Gülçin Elçin GRASSINGER; *Türk Medenî Kanunu ve Yürürlük Kanunu Türk Borçlar Kanunu*, 3. Bası, İstanbul, Beta Yayınları, 2010.
- ÖZOK, Özdemir; *Özdemir Özok'un Önbildirisi*, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması (Paneli), Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, s. 7-13.

- RADACIC, Ivana; *Gender Equality Jurisprudence of European Court of Human Rights*, *European Journal of International Law*, Eylül 2008, s. 841-857.
- RUMO-JUNGO, Alexandra; *Das neue Namensrecht – ein Diskussionsbeitrag*, *Zeitschrift für Vormunschaftswesen*, 2001, s. 167-178.
- SCHÄTZEL, Walter, *Le Nom des Personnes en Droit International*, *Recueil des Cours*, 1958, 95 cilt, sayı III, s. 177-261.
- SUDRE, Frédéric; *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, Paris, Puf Yayınları, 2003.
- TOUZÉ, Sébastien; *Observations Générales sur la Compétence des Etats en Matière de Nom de Famille à la Lumière de l'Arrêt Burghartz Contre Suisse*, *die Zeitschrift für die Aktuelle Juristische Praxis*, 2003, s.295-402.

Kararlar Listesi

- Hagmann-Hüsler c. İsviçre Vakası, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu 8042/77 talep numaralı, 15 Aralık 1977 tarihli karar. Çevrimiçi ziyaret tarihi 20.01.2011 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=89548705&skin=hudoc-en&action=request> .
- Burghartz c. İsviçre Davası, AIHM16213/90 talep numaralı, 22 Şubat 1994 tarihli karar. Çevrimiçi ziyaret tarihi 19.11.2011 <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/> .
- Ünal Tekeli c. Türkiye Davası, AIHM 29865/96 talep numaralı, 16.11.2004 tarihli karar. Çevrimiçi ziyaret tarihi 19.11.2011 <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/> .
- Losonci Rose ve Rose c. İsviçre Davası, AIHM 664/06 talep numaralı, 09.11.2010 tarihli karar. Çevrimiçi ziyaret tarihi 04.11.2011 <http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Case-Law/Hudoc/Hudoc+database/> .
- AYM. E. 1997/61, K. 1998/59 sayılı 29.09.1998 tarihli karar. Çevrimiçi ziyaret tarihi 21.11.2011 www.kazanci.com .
- AYM E. 2005/114, K. 2009/105 sayılı, 2.7.2009 tarihli karar. Çevrimiçi ziyaret tarihi 21.11.2011 www.kazanci.com .
- AYM. E. 2009/85, K. 2011/49 sayılı, 10.03.2011 tarihli karar, RG. 21.10.2011/280091.
- AYM E. 2010/119, K. 2011/165 sayılı 08.12.2011 tarihli karar, RG. 14.02.2012/28204.
- A.L. ve B.L. c. C.L., 10 Eylül 1998 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, Journal des Tribunaux, 1999 I, s. 219-223.
- Iris Rose ve Laszlo Losonci c. Berne Kantonu "İdare Mahkemesi", 24 Mayıs 2005 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, Journal des Tribunaux, 2006 I, s. 67-74.
- i.S. A.X. c. B.X., 22 Mayıs 2006 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, Zeitschrift für Vormuntschaftswesen 2006, s. 255-259.

- i.S. S.S.Si. c. Zürich Kantonu Hukuk ve İçişleri İdaresi, 25 Ocak 2010 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı, Die Praxis des Familienrechts, 2010, s. 403, 408.
- Radici c. Tessin, 25 Kasım 1999 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi kararı. Journal des Tribunaux 2000 I, s. 106-110.
- W. c. Berne Kantonu Yürütme Konseyi, 4 Haziran 1991 tarihli, İsviçre Federal Mahkemesi 2. Hukuk Dairesi kararı. Çevrimiçi ziyaret tarihi 15.09.2011 http://www.polyreg.ch/d/informationen/bgeleitentscheide/Band_117_1991/BGE_117_II_6.html .
- Carlos Garcia Avello c. Belçika, 2 Ekim 2003 tarihli, C-148/02 sayılı, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı. Çevrimiçi ziyaret tarihi 10.11.2011 <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79968997C19020148&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET&where> .
- Leonhard Matthias Grunkin-Paul c. Almanya, 14 Ekim 2008 tarihli, C-353/06 sayılı, Avrupa Birliği Adalet Divanı kararı. Çevrimiçi ziyaret tarihi 10.11.2011 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62006J0353:EN:HTML>.