

EVLİ KADININ SOYADINA İLİŞKİN GÜNCEL GELİŞMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Araş. Gör. Dr. Seda İrem Çakırca*

“Adım kimliğimin simgesidir ve kaybolmamalıdır.”

Lucy Stone

I. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

2002 tarihli Medeni Kanun değişikliğiyle birlikte, aile hukuku alanında önemli ölçüde kadın erkek eşitliği sağlanmıştır. Ne var ki, 743 sayılı eski Medeni Kanun'un 1997 yılında 4248 sayılı Kanun¹ ile değiştirilen 153. maddesinin, kadının kocasının soyadının önünde önceki soyadını da taşımasına imkan veren² ve fakat kocasının soyadını taşıma zorunluluğunu devam ettiren hükmü, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un³ 187. maddesinde aynı şekilde korunmuştur. Medeni Kanun'un 187. maddesi *“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın ise bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”* düzenlemesini getirmektedir.

Evli kadın için kocasının soyadını taşıma yükümlülüğünün devam ettirilmesi anlamına gelen söz konusu hüküm, aile adının erkeğin soyadından oluşması kuralını tekrarlamıştır. Böylelikle hem ulusal hem de ulusüstü insan hakları hukukuna dair belgelerde düzenlenen, evlilikte eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesinin ihlal edilmesine devam edilmiştir. Zira evlendikten sonra kişiliğinin en önemli unsurlarından biri olan (soy)adını değiştirmek ve özel ha-

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, icakirca@istanbul.edu.tr.

¹ RG. 22.05.1997, s. 22996.

² Söz konusu düzenleme ile evli kadının soyadı hususunda eşler arasında eşitliğin sağlandığı 29.10.1998 tarihli Anayasa Mahkemesi kararı (RG. 15. 01. 2002, s. 24937) ile iddia edilse dahi, hükmün bu hali de kadın erkek eşitliğini sağlamanın çok uzağındadır.

İsviçre Medeni Kanun'unda 01.01.1988 tarihinde yapılan benzer düzenlemenin de kadın erkek eşitliğini sağlamaktan uzak olduğuna dair bkz: **Basler Kommentar Obligationenrecht I Art.1-529 OR**, 4. Bası, Yayına Hazırlayanlar Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand, 2006, Roland Bühler/ Art.160 N.2

³ RG. 08.12.2001, s. 24607.

yatındaki her gelişmeyi kamusal alanda açıklamak zorunda kalan sadece kadın eştir.

Bu bağlamda, MK.m.187'nin Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin (*Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*) (Buradan itibaren KKAOKS olarak anılacaktır)⁴ 16. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendine⁵, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁶ (Buradan itibaren AİHS olarak anılacaktır) 8. ve 14. maddelerine⁷ ve

-
- ⁴ Türkiye KKAOKS'ne imza koymamakla birlikte, Sözleşme ile bağlanma iradesini "katılma" suretiyle göstermiştir. 11 Haziran 1985 tarih ve 3232 sayılı "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulduğuna Dair Kanun"u oluşturmuştur (RG. 25.06.1985, s. 18792). Bu işlemin ardından Bakanlar Kurulu'nun 24 Temmuz 1985 tarih 85/9722 sayılı "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmamızın Onaylanması Hakkında Karar"ı çıkartmıştır. Söz konusu karar Sözleşme'nin resmi çevirisiyle beraber; başlığı dahil olmak üzere bir takım çeviri hataları taşıyarak 14 Ekim 1985 tarihli ve 18898 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Sözleşme'nin orijinal başlığında yer alan "elimination" kelimesi hatalı bir çeviri sonucunda Türkçeye "ortadan kaldırılması" olarak değil "önlenmesi" şeklinde çevrilmiştir. Oysa "önlenmesi" ifadesinin İngilizce karşılığı "prevention"dir. Türkiye'nin Sözleşmeye taraf olması ise "katılma" belgesini 20 Aralık 1985 tarihinde depo etmesi ile gerçekleşmiştir. Ancak Sözleşme'nin 27. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca KKAOKS 19 Ocak 1986 tarihinden itibaren Türkiye açısından yürürlük kazanmıştır. Bu çalışmada kullanılan KKAOKS'nin serbest çevirisi için bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri İkinci Cilt Uluslararası Sistemler**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 489-514.
- ⁵ Türkiye Sözleşmeye katılma işlemini gerçekleştirirken, medeni haklar ve evlilik ve aile ilişkilerine ilişkin düzenlemeler getiren, Sözleşme'nin 15/f.2, 4 ve 16/f.1, (c), (d), (f), (g) maddelerine 743 sayılı Medeni Kanun'un kadın erkek eşitliğine aykırı; Sözleşme normuna uygun olmayan hükümleri sebebi ile çekince koymuştur. 1999 yılında ise 1998 tarihli Medeni Kanun Tasarısı'nın TBMM'ne gelmesi üzerine söz konusu çekincelerini geri almıştır.
- ⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Konseyine üye Devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanıp, 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye AİHS'ni 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun" ile onaylamıştır. Sözleşme ilgili Devlet bakımından onaylama belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne depo edilmesiyle yürürlüğe girdiğinden (AİHS m.66/f.3), Türkiye'nin taraf olarak yükümlülükleri, bu depo işlemini gerçekleştirdiği 18.05.1954 tarihinde başlamıştır.
- ⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 16.11.2004 tarihinde Ünal Tekeli v. Türkiye davasına (Başvuru No: 29865/96) konu olan olayın Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamına girdiğine dair kararını verirken, söz konusu maddenin adlara dair net bir hüküm getirmediğini, ancak yine de kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak insanın adının özel ve aile yaşamını ilgilendirdiğini yinelemiştir. Mahkeme, adların kullanımını düzenlemede kamu menfaatinin bulunması ihtimalinin, kişinin bir dereceye kadar başkalarıyla ilişki kurma hakkını da kapsadığı kabul edilen adını, özel ve aile hayatı alanının dışında bırakmak için yeterli olmadığını altını, Burghartz v. İsviçre kararına (Başvuru No: 16213/90, Karar, 22.02.1994) yaptığı atıfla da çizmiştir. Mahkeme Sözleşme'nin 14.maddesine aykırılığı incelerken, aile birliğini ortak bir aile adı aracılığıyla yansıtmaya amacının, söz konusu davada şikayet konusu olan cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmadığına karar vermiştir.

Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı olduğu kabul edilebilir⁸. EMK.m.153'ün iptal edilmesi talebini reddeden bir Anayasa Mahkemesi kararı⁹ mevcutsa da, geçtiğimiz yıla kadar MK.m.187'nin iptal edilmesine veya değiştirilmesine ilişkin bir vakıa Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelmemiştir. 10.03.2011 tarihli karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli v. Türkiye kararından ve 4721 sayılı Medeni Kanun'un yayımlanmasından sonra MK.m.187'ye dair Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ilk karardır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararını yayımlamasından sonra, TBMM Başkanlığı'na sunulan 2/216 esas numaralı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ise 24. yasama döneminde MK.m.187'nin değiştirilmesi için yapılan ilk tekliftir. Söz konusu kanun teklifi, hem zamanlaması açısından hem de önceki yasama dönemlerinde verilen kanun tekliflerinden farklı bir düzenleme getirmeyi amaçladığı için önem arz etmektedir.

Bu çalışmada, MK.m.187'nin iptal edilmesine ve değiştirilmesine ilişkin yukarıda anılan iki güncel gelişmenin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. İlk olarak Anayasa Mahkemesi'nin 10.03.2011 tarihli kararı, daha sonra 14.12.2011 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan kanun teklifi incelenecektir. Son olarak ise söz konusu güncel gelişmeler ışığında, Medeni Kanun'un 187. maddesinde yapılması gereken değişiklikler hakkında değerlendirmeler yapıp, *de lege feranda* öneriler getirilecektir.

II. Anayasa Mahkemesi'nin 10.03.2011 Tarih ve 2009/85 E., 2011/49 K. Sayılı Kararının Değerlendirilmesi

A. Karara Konu Olan Olay

Anayasa Mahkemesi'nin kararına¹⁰ konu olan olay, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 187. maddesinin iptal edilmesine ilişkindir. Evli kadının sadece evlenmeden önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Fatih 2. Aile Mahkemesi (2009/85 E.), Ankara 8. Aile Mahkemesi (2010/35 E.) ve Kadıköy 1. Aile Mahkemesi (2010/94 E.), MK.m.187'nin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Yerel Mahkemeler MK.m.187'e dair itiraz başvurusunda bulunurken, Anayasa Mahkemesi'nin 29.10.1998 tarih ve 1997/61 E., 1998/59 K. sayılı kararında¹¹, EMK.m.153 ile ilgili itirazı değerlendirirken kullandığı gerekçelerin geçtiğimiz on yıl içerisinde geçerliliğini yitirdiğini vurgulamışlardır. Zira kararın verildiği 1998 tarihinden günümüze pozitif hukuk sistemimizde birçok değişiklik meydana geldiği gibi Türkiye'nin taraf olduğu ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinin denetim organları da evli kadının soyadına ilişkin yeni kararlar vermiştir. Her üç yerel mahkeme de itiraz başvurusunda bulunurken; Avrupa

⁸ M.Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay Özdemir, **Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, 11. Bası (10. Basıdan Tıpkı Bası), İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 104; Seda İrem Çakırca, "MK.187'nin Kadın Erkek Eşitliği Açısından Değerlendirilmesi", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 716 vd..

⁹ 29.09.1998 T., 1997/61 E., 1998/59 K., (RG. 15.11.2002, s.24937).

¹⁰ RG. 21.10.2011, s. 28091.

¹¹ RG. 15.11.2002, s. 24937.

İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli v. Türkiye kararını; Avrupa Konseyi'nin evli kadının soyadına ilişkin tavsiye kararlarını ve KKAOKS m. 16/f.1 (g) bendini göz önünde tutmuştur. Yerel Mahkemeler ayrıca; MK.m.187 Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti ilkesine; Anayasa'nın 10. maddesi ile birlikte değerlendirildiğinde cinsiyetler arasında ayrımcılık yapılmaması ve eşitlik ilkesine; Anayasa'nın 90. maddesi dikkate alındığında ise yukarıda anılan ulusalüstü insan hakları sözleşmelerine aykırı olduğunun altını çizmiştir.

Öte yandan MK.m.187'nin iptali istemlerinde, Anayasa Mahkemesi'nin 743 sayılı Medeni Kanun'un 153. maddesinin iptaline ilişkin red kararını verdiği 1998 tarihinden sonra, Medeni Kanun'un 2002 yılında kadın erkek arasında normatif eşitliği sağlama hedefi ile bütünüyle değiştirildiği; dünyada ve Türkiye'de haklar ve özgürlükler konusunda büyük dönüşümler yaşandığı vurgulanmıştır¹². Anayasanın 10. maddesine 2004 yılında "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*" hükmünün¹³, 41. maddenin 1. fıkrasındaki "*Aile, Türk toplumunun temelidir.*" hükmüne "*ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*" ibaresinin¹⁴ ve Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasına "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş kanun ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeni ile çıkabilecek uyumsuzluklar da milletlerarası Antlaşma hükümleri esas alınır.*" düzenlemesinin¹⁵ getirilmesi, geçen on üç yılda kadın erkek eşitliğini sağlama ve taraf olunan ulusalüstü insan hakları sözleşmelerinin uygulanabilirliğini artırma yönünde atılan olumlu adımlara örnek olarak gösterilmiştir. Bu bağlamda yerel mahkemeler Anayasa Mahkemesi'nin 1998 tarihli kararının gerekçesinde belirtilen "*kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar*" gibi sebeplerle, kadının kimlik ve kişiliğinin gelişmesine olanak tanımayan düzenlemenin iptali isteminin reddedilmesinin kabul edilemeyeceğinden yola çıkarak, MK.m.187'nin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

¹² 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un genel gerekçesinde, "*Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı aile hukuku alanında ve özellikle kadın-erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış, böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki Kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan "eşitlik ilkesi", yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş, bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin hepsi değiştirilmiştir.*" ifadelerine yer verilmesi suretiyle, kanun koyucunun kadın erkek eşitliğini sağlamayı hedeflediği anlaşılmaktadır. Gerekçede yer alan kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı düzenlemelerin hepsinin değiştirildiğine dair ifadenin ise fazlasıyla iddialı ve gerçeği yansıtmadığını vurgulamakta yarar vardır.

¹³ Söz konusu hüküm 07.05.2004 gün ve 5170 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenmiştir (RG. 22.05.2004, s.25469). Yerel Mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'ne başvurdukları tarih göz önüne alındığı vakit, 12 Eylül 2010 referandumu ile aynı maddenin ikinci fıkrasına eklenen ikinci cümlelerin "*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz*" ifadesinin itiraz başvurusunda kullanılmamış olması anlaşılabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kararını verirken bu son gelişmeyi dikkate almamış olması şaşırtıcıdır.

¹⁴ Anılan düzenleme 4709 sayılı Kanun'un 17. maddesi ile eklenmiştir (RG.17.10.2001, s. 24556).

¹⁵ Söz konusu hüküm 5170 sayılı Kanun'un 7. maddesi ile getirilmiştir (RG. 22.5.2004, s. 25469).

Anayasa Mahkemesi MK.m.187'nin anayasaya aykırı olmadığına sekiz olumlu oya karşı dokuz olumsuz oy ve oyçokluğuyla karar vermiştir. Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle "ilgisin" saptayamadığı için bu konuda bir yorum yapma gereği duymamıştır.

B. Anayasa Mahkemesi'nin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 187 Hükümünün Anayasa'ya Aykırılığı İtirazının Esasına İlişkin Değerlendirmesi

Anayasa Mahkemesi 1998 yılında verdiği kararda kullandığı gerekçeleri tekrar ederek, itiraz konusu MK.m.187 kuralının "aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri" nedeniyle kabul edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bir önceki kararında yaptığı kültürel rölativizm vurgusunu da devam ettirmiştir. Şöyle ki, "Milletlerin ayrıncı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdaki topluma değişmektedir." ifadeleri ile farklı coğrafyalarda farklı uygulamaların ve kuralların kabul edilebileceğini iddia etmiştir.

Mahkeme, itiraz konusu kural aracılığıyla aile adı olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesi sonucunda Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme ayrıca, kanun koyucunun soyadı kullanımına "kamu yararı ve kamu düzeni" gerekleri uyarınca, Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla, müdahalede bulunma konusunda takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2004 tarihli Ünal Tekeli v. Türkiye kararına atıf yapmamıştır. Buna karşın AİHM'nin başka bir içtihadına isim veya başvuru numarası vermeden göndermede bulunmuştur¹⁶. Söz konusu içtihadı göre, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkanına yasal sınırlamalar

¹⁶ Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin isim veya başvuru numarası vermeden atıf yapmışsa da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 15.12.1977 tarihli Lucie Hagmann-Hüsler v. İsviçre (Başvuru No: 8042/77) kararından söz ettiği anlaşılmaktadır. Zira Hagmann Hüsler v. İsviçre kararında AİHM, davacının evlendikten sonra kullanmaya başladığı Hagmann soyadının önünde evlenmeden önceki soyadı olan Hüsler'i kullanma hakkına sahip olması sebebiyle, toplum önünde yeterli derece tanınabileceğine karar vermiştir. Ayrımcılık iddialarını ise, evliliğin hukuki sonuçlarından biri olan soyadı değişikliğini makul ve ölçülü bularak reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 1977 tarihli AİHM içtihadını göz önüne alıp, AİHM'nin sonraki tarihlerde verdiği Burghartz v. İsviçre veya Ünal Tekeli v. Türkiye kararlarına esasa dair incelemesinde yer vermesi hem varılan kararın sıhhati hem de Türk yargı sisteminin temel direği olan bir kurumun güncel gelişmelerden ne kadar uzak olduğunun ortaya çıkması açısından endişe vericidir.

getirilebilir ve ulusal kanun koyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkı da vardır.

Yukarıda anılan gerekçelerle Anayasa Mahkemesi, kanun koyucunun aile adı hakkındaki takdir hakkını eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devleti ilkesine aykırı bir yönü bulunmadığını ve itiraz konusu kuralın kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği imkanı tanınması suretiyle kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulmasının da sağlandığı- nın altını çizmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı iddiasını kabul etmeyerek itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı olmadığına ve bu sebeple iptal isteminin reddinin gerektiğine oy çokluğu ile karar vermiştir. Mahkeme itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisini ise saptayamamıştır.

C. Anayasa Mahkemesi'nin Kararının Değerlendirilmesi

Çalışmanın bu bölümünde, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararının gerekçesinde yer alan iddialar ayrı başlıklar altında incelenecektir. Böylelikle MK.m.187 hükmünün iptali isteminin reddedilmesinde kullanılan gerekçelerin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

1. “Kamu Yararı ve Kamu Düzeni” Gerekçesi Açısından

Anayasa Mahkemesi'nin red kararını verirken kullandığı gerekçelerden ilki, “*kamu yararı ve kamu düzeni gerektirdiği kimi zorunluluklar*” sebebiyle MK.m.187'nin mevcudiyetinin devamının gerekli olduğudur. Zira MK.m.187'de yer alan “*Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır*” emredici hükmü¹⁷ ile aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekçelerinin sağlandığı iddia edilmektedir.

Böylelikle bir hakkın kanun koyucu tarafından sınırlandırıldığı Anayasa Mahkemesi tarafından da kabul edilmektedir. Ancak Mahkeme, söz konusu hakkın kamu yararı ve kamu düzeni kriterleri ile sınırlandırıldığını ve bu sebeple de hakkın sınırlandırılmasına meşruiyet kazandırıldığını iddia etmektedir. Kamu yararı ve kamu düzeni ile sınırlanan kadının, kişiye sıkı sıkıya bağlı; devredilemez, feragat edilemez nitelikteki kişilik hakkına dahil olan unsurlar-

¹⁷ Kadının kocasının soyadını taşıması emredici bir yükümlülüktür ve bu yükümlülük çift taraflıdır. Şöyle ki, söz konusu hüküm karısının soyadının aile adı olarak belirlenmesini isteyen kocaya da olumsuz bir yanıt vermektedir. Koca karısının soyadını sadece MK.m.27'de yer alan adın değiştirilmesi için gerekli sebepleri kanıtladığı takdirde alabilir. Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi, 2011, İstanbul, s.156; Mustafa Alper Gümüş, **Teori ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TKM.m.185-281)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s.23.

dan biri olan, adı üzerindeki hakkıdır¹⁸. Kamu düzeni ve kamu yararı gibi ucu bucağı belli olmayan, soyut kavramlarla, bireyin kişiliğinin en önemli unsuru ve kimliğinin bir simgesi olan (soy)adından vazgeçmesini beklemek, kişilik hakkının orantısız olarak sınırlandırılması anlamına gelmektedir.

Her ne kadar Anayasa Mahkemesi, itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği hükmünün varlığıyla, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulduğunu iddia etmişse de, bu tespit yerinde değildir. Zira kadın eşin kişilik hakkı, kocasının soyadı önünde evlenmeden önceki soyadını kullanmasıyla da zedelenmeye devam etmektedir. Şöyle ki; kadın eş iki soyadı taşımakla ve boşanma ihtimalinde evlenmeden önceki soyadını taşımaya geri dönmek suretiyle, medeni hal değişikliğini kamusal alandaki herkese açıklamak zorunda olacaktır. Buna karşın, erkek eş hayatının her döneminde kesintiye uğramaksızın kendi soyadını taşımaya devam edecektir. Dolayısıyla, MK.m.187'nin kadına evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanma imkanı tanınması, evlilik birliği içerisinde kadın erkek eşitliğini sağlamak için yeterli değildir.

Kadının soyadının isteği dışında değiştirilmesi ve her medeni hal değişikliğinde söz konusu durumu kamuya ilan etme zorunluluğu sadece kişilik hakkının ihlali değil aynı zamanda, cinsiyete göre ayırım yapılması ve eşitlik ilkesinin ihlali anlamına da gelmektedir¹⁹. Zira erkeğin kaç kere evlendiğini, ne zaman boşandığını özel bir ilişki içerisinde olmadığı hiç kimse bilmezken, aynı özel hayata saygı prensibi kadınlar için geçerli olmamaktadır. Böylelikle toplumumuzda "boşanmış" bir kadın olarak yaşamının yarattığı maddi zorluklarının yanına, tamamen yabancı olunan kişilerle özel hayatın paylaşılmasının yarattığı manevi yük de eklenmiş olmaktadır.

Evlilik birliğinin taraflarından sadece kadına kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü getiren MK.m.187 hükmü ile aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlenmesi amaçlarının nasıl sağlanacağı ise anlaşılmamaktadır. İlk olarak aile birliğinin sağlanması için evlenmeden önceki soyadından vazgeçmek fedakarlığının yalnızca kadın eşe düşmesinin kadın erkek eşitliğine aykırı ve cinsiyet ayrımcılığına dayanan bir tutum olduğu mutlaka vurgulanması gereken bir gerekliliktir²⁰. Buna karşın doktrinde kimi yazarlar MK.m.187 hakkında yaptıkları değerlendirmelerde, kadın erkek eşitliği hususuna değinmezsiniz, var olan hukukun bilgisini vermekle yetinmektedirler²¹.

¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, **a.g.e.**, s.104.

¹⁹ Başka bir ifadeyle evli kadının soyadını değiştirmek zorunda bırakılması, özel hayata saygı ilkesinin ihlali anlamına da gelmektedir. Zira kişinin adı, kendisine özel ve kişilik hakkına dahil olan unsurların başında gelmektedir., Deborah J. Anthony, "A Spouse by Any Other Name", **William & Mary Journal of Women and the Law**, Vol.: 17, 2010, s 221.

²⁰ Haluk Nami Nomer, "Avrupa Birliği'ne Üye Devletlerde ve Türkiye'de Evlenen Kadının ve Ortak Çocuğun Soyadı", **Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan**, MHM., Yıl 22, Sayı 2, 2002, s. 447.

²¹ Gümüş, **a.g.e.**, s.23; Mustafa Dural, M. Tufan Öğüz, **Türk Özel Hukuku Cilt: II (Kişiler Hukuku)**, Filiz Kitabevi, 2011, s.161-162.

4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unda evlilik yaşı, konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birliğin giderlerine katılma, yasal mal rejimi gibi konular eşler arası eşitlik esasına dayandırılmıştır²². 2002 tarihli değişikliklerle gerçekleştirildiği iddia edilen eşler arasındaki eşitlik, taraflardan kocayı kadın eşe karşısında üstün duruma getiren MK.m.187 ile ihlal edilmektedir²³. Zorunlu soyadı kullanımı kadını kimliksizleştirmek suretiyle, kişilik hakkını zedelediği gibi kanun koyucunun iradesi ile evlilik içerisinde kocasına; başka bir ifadeyle kocasının soyadına tabi konuma getirmektedir. Kanun koyucunun bu tutumu, patriarkal toplum düzeninin körüklenmesine sebep olmakta ve Anayasa'da 2000'li yılların başından beri yapılmakta olan değişiklikleri işlevsizleştirmektedir.

Öte yandan aile birliğinin sağlanması ve korunması için ortak aile adına dahi ihtiyaç duyulmadığı Avrupa'daki birçok ülkede yapılan düzenlemelerle kabul edilmiştir²⁴. Anayasa Mahkemesi'nin bazı başka kararlarında²⁵ görülenin aksine, evli kadının soyadına ilişkin karşılaştırmalı hukuktaki güncel düzenlemelerden de yararlanılmamıştır. Bu durum iki şekilde açıklanabilir: Anayasa Mahkemesi ya muhalefet şerhlerinde anılan Devletlerin ulusal mevzuatlarını MK.m.187'nin iptali isteminin reddi kararını destekleyecek nitelikte olmadıkları için görmezden gelmiştir ya da böyle bir karşılaştırmalı hukuk analizini kararın esasına hakim olan kültürel rölativizm vurgusu nedeniyle gereksiz bulmuştur. Her iki açıklama da Türk hukukunun en yüksek yargı yerinin karar alırken izlediği ve yeknesaklık taşımayan usulü göstermesi açısından endişe vericidir.

Başka bir açıdan vurgulanması gereken ise toplumun en küçük çekirdeği olan ailenin birliğini sağlayacak olanın; eşlerin ortak bir aile adına sahip olmaları değil, maddi ve manevi olarak birbirlerine bağlı olmaları olduğudur²⁶.

²² Saibe Oktay Özdemir, "Aile Hukukunda Eşitliğe Aykırı Hükümler", **Prof. Dr. Zahit İmre' ye Armağan**, Der Yayınları, İstanbul, 2009, s.289.

²³ Heather MacClintock, "Sexism, Surnames, and Social Progress: The Conflict of Individual Autonomy and Government Preferences in Laws Regarding Name Changes in Marriage", **Temple International and Comparative Law Journal**, Vol.: 24, Spring, 2010, s.285, 286.

Söz konusu eşitlik ihlali ne yazık ki sadece MK.m.187 ile sınırlı değildir. Soybağı karışıklığını önlemek amacıyla, boşanan kadınların ancak boşanmadan 300 gün sonra evlenmelerine izin veren MK. m.132 hükmü ve Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.2009 tarih ve 2005/114 E., 2009/105 K. (RG. 07.10.2009, s. 27369) ile MK.m.321 düzenlemesinde yer alan "evli değilse ananın" ibaresinin iptal edilmesiyle birlikte bekar anelerin çocuklarına soyadlarını vermelerinin engellenmesi kadın erkek eşitliği ihlallerine örnek olarak gösterilebilir.

²⁴ Nomer, **a.g.m.**, s. 424 vd.; Çakırca, **a.g.m.**, s. 731 vd.; Oktay Özdemir, **a.g.m.**, s. 291; Yıldız Abik, **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Ankara, 2005, s.144 vd.; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.161.

²⁵ Karşılaştırmalı hukuktan yararlanan kararlar için bkz.: AYM. 7.7.2010 tarih ve 2010/49 E., 2010/87 K (RG. 01.08.2010, s. 27659); AYM. 27.12.2002 tarih ve 2002/146 E., 2002/201 K. (RG. 11.12.2003, s. 25282); AYM. 29. 11.1990 tarih ve 1990/30 E., 1990/31 K. (RG. 02.07.1992, s. 21272).

²⁶ Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım da karşı oy yazısında "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 çık-

Kaldı ki, evliliğin tarafları arasındaki söz konusu eşitsizliği kamu yararı, kamu düzeni gibi soyut ve içinin doldurulmasının yorumu açık olduğu kavramlarla belirlemek de mümkün değildir²⁷. Evli kadının kişilik hakkına dahil olan unsurlardan biri olan (soy)adı üzerindeki hakkından vazgeçmeyip, evlenmeden önceki soyadıyla hayatına devam etmesinin kamu düzenine veya kamu yararına aykırı ne gibi sonuçlar doğuracağı Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin incelemesinden anlaşılmamaktadır.

Buna ilaveten, Anayasa'nın 10. maddesine eklenen "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz" hükmü Devlete kadın erkek eşitliği sağlanıncaya kadar geçici özel önlemler²⁸ almak yükümlülüğü de yüklemektedir. Anayasada yer alan bu hüküm karşısında, MK.m.186 düzenlemesi²⁹ uyarınca evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından eşit hukuksal konumda bulunan eşlerden erkeğe

maktadır. Neden kadının kocasının soyadını alması aile birliğinin teminatı olarak görülüyor da, bunun tersi, yani erkeğin karısının soyadını alması aile birliğinin göstergesi olarak görülüyor? Bu sorunun cevabı, elbette, erkek egemen anlayışın tarihsel ve toplumsal olarak hâkim bakış açısı olmasında yatmaktadır. Ortak bir soyadının olması aile birliğinin bir sembolü olarak görülebilir. Ancak bu zorlamayla değil, aile birliğini kuran bireylerin özgür iradeleriyle gerçekleşmelidir." ifadeleri ile evlenmeden önceki soyadından vazgeçme özverisini sadece kadına yüklenmesini eleştirmiş ve ortak aile adının bir zorunluluk olmaktan çıkarılmasını önermiştir. (Bu metin ve ileride alını yapılacak bütün Anayasa Mahkemesi kararına muhalif kalan üyelerin karşı oy gerekçeleri ile ilgili kısmı, Anayasa Mahkemesi kararının Resmi Gazete'de yayımlanmış olan metninde paragraf numarası yer almadığı için aynen alınmıştır.).

²⁷ Zira kadının evlenmekle kocasının soyadını alması sadece kamu düzenine ilişkin bir mesele değildir. Kadının soyadı üzerindeki hakkı, kamusal alandaki özgürlüğünün ve erkek bireylerle eşit olduğunun da bir simgesidir. Suzanna Kim, "Marital Naming/ Naming Marriage: Language and Status in Family Law", **Indiana Law Journal**, Vol.: 85, 2010, s.922; MacClintock, **a.g.m.**, s.312.

²⁸ Fiili eşitsizlikleri dengelemek veya ortadan kaldırmak amacıyla getirilen ayrımlar ve farklı gruplara farklı statülerin getirilmesi eşitliğe ve ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmez. Gelişmiş ülkelerde kadınlara seçilme kotası tanınması, klasik anlamda cinsler arasında var olması gereken eşitliği zedeleyici gibi gözükse de, fiili eşitsizliği gidermeyi amaçlayan geçici özel önlemlere örnektir. Geçici özel önlemler günlük hayatın koşullarının, aynı iş veya makam için yarışmak zorunda kalan kadın ve erkek bireyleri eşit kılana kadar, kadınların erkeklerin karşısında desteklenmesi anlamına gelmektedir. Kadınların fiili olarak erkeklerle eşit duruma gelinceye kadar alınması gereken ve kadın erkek eşitliği gerçekleştiği zaman ortadan kalkan geçici özel önlemler, pozitif ayrımcılık ifadesi ile de anılmaktadır. Ancak ayrımcılığın olumsuz olamayacağından, dolayısıyla pozitif ayrımcılık kavramı yerine "geçici özel önlemler" ifadesinin kullanılması gerekmektedir. Mehmet Semih Gemalmaz, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", **Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.131-139.

²⁹ MK.m.186 "Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler. Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar." ifadeleri ile kadın ve erkeğin evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından eşit hukuksal konumda olduklarını hükme bağlamıştır.

tanınan soyadını dilediği gibi kullanabilme ve sonraki kuşaklara aktarabilme hakkının kadına tanınmaması ise kabul edilemez.

Evli kadının kocasının soyadının önünde olmaksızın, sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasının nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasına engel olacağı; resmi belgelerde karışıklığa sebebiyet vereceği ve soyun belirlenmesini zorlaştıracığı gerekçeleriyle engellenmesi ise her tür işlemin e-Devlet sistemi ile internet üzerinden yapılabilirdiği ve herkesin T.C. Kimlik Numarasının³⁰ olduğu günümüzde kabul edilemez³¹. Öte yandan MK.m.187'nin iptal edilmesi halinde soybağı karışıklıklarının ortaya çıkabileceği endişesi ise çocuğun soyunu belirleyen ortak aile adı olmaması sebebiyle yersizdir. Zira çocuğun soybağını belirleyen, nüfus kayıtlarında yer alan anne ve baba adıdır. Babasının soyadını taşımayan bir çocuğa ilişkin mutlak surette soybağı karışıklığının ortaya çıkacağını düşünmek isabetli değildir.

2. MK.m.187 ile Anayasa'nın 90. Maddesi Arasındaki İlginin Saptanamaması Açısından

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası, Türkiye'nin taraf olduğu/katıldığı uluslararası antlaşmaların getirdiği düzenlemeler iç hukuktaki normlarla çatıştığı vakit uluslararası antlaşmanın geçerli olacağını hükmünü getirmektedir. Dolayısıyla, MK.m.187'nin Türkiye'nin taraf olduğu/katıldığı uluslararası antlaşmalara aykırı olması halinde, MK.m.187 değil söz konusu uluslararası antlaşmanın hükmü uygulanacaktır. Anayasa Mahkemesi ise 10.03.2011 tarihinde verdiği kararda MK.187'nin Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisini saptamamıştır.

Oysa MK.m.187 ile Anayasa'nın 90. maddesi beraber değerlendirildiğinde, MK.m.187'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesini ve ayrımcılık yasağını ele alan 14. maddesini ihlal ettiği³² ilk olarak göze çarpacaktır. Öte yandan, Anayasa Mahkemesi'nin 743 sayılı Medeni Kanun'un 153. maddesinin iptaline ilişkin verdiği 1998 tarihli red kararından sonra; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin önüne Türkiye'yi doğrudan ilgilendiren bir vakıa gelmiştir.

³⁰ T.C. Kimlik Numarası, 25.04.2006 tarihinde kabul edilen 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarının nüfus kayıtları arasında bağ kurmak, kişilerin kaydına ulaşmak ve kamu kuruluşlarında tutulan kayıtlar arasında ilişki sağlamak amacıyla uygulanmaya başlamıştır (RG. 29. 04. 2006, s. 2615).

³¹ Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım karşı oy yazısında "Bununla birlikte, TC kimlik numarası ile ilgili düzenlemeler, soyadının nüfus kayıtlarının düzenli tutulması ve resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi işlevini azaltmıştır." ifadeleri ile kamu düzeni gerekçeleriyle evli kadının kocasının soyadını taşımaya zorlanmasına karşı çıkmıştır.

³² Ivana Radacic, "Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *The European Journal of International Law*, Vol. 19, No: 4, 2008, s. 842.

AİHM 2004 yılında verdiği Ünal Tekeli v. Türkiye kararında³³, evli kadınların evlendikten sonra yalnızca evlenmeden önceki soyadlarını yasal olarak kullanamamalarına karşın evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmekte olduğunu, bu durumda benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı farklı muamele teşkil ettiğini belirtmiştir. AİHM, “*Cinsiyetler arasındaki hak eşitliği eğilimin güçlendiği günümüzde cinsiyete dayanan bir ayrımın kabulü için devletlerin çok daha ağırlıklı ve geçerli nedenlere*” sahip olması gerektiğini vurgulamıştır³⁴. Ayrıca kamu düzeni, kamu yararı gibi soyut kavramlar gerekçe gösterilerek, bireyin kişiliğinin simgesi olan soyadını değiştirmek zorunda bırakılmayacağını da altını çizmiştir.

AİHM kararını verirken “*Bireylerin seçtikleri isme göre saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemek makul olacaktır*” ifadelerini kullanmıştır³⁵. Sonuç olarak AİHM, Ünal Tekeli v. Türkiye davasında AİHS’nin 8. madde ile birlikte düşünüldüğünde 14. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme içtihadı 14. maddenin cinsiyet ayrımcılığına karşı bir koruma sağladığının altını çizmiştir³⁶.

EMK.m.153’ün Türkiye’nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni ihlal ettiğinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da belirlenmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi’nin esasa dair değerlendirmesini yaparken Ünal Tekeli v. Türkiye kararına atıf yapmaması kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi kararını ortaya çıkarırken ulusalüstü insan hakları belgelerini kullanırken çifte standart uygulamıştır³⁷. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi,

³³ Kararın orijinal metni için bkz.: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=29865/96&sessionid=86971530&skin=hudoc-en> (Çevrimiçi, 22.02.2012).

³⁴ Ünal Tekeli v. Türkiye kararı paragraf numarası 66.

³⁵ Ünal Tekeli v. Türkiye kararı paragraf numarası 67.

³⁶ Yofi Tirosh, “*A name of one’s own: gender and symbolic legal personhood in the European Court of Human Rights*”, **Harvard Journal of Law & Gender**, Vol.: 33, s. 248; MacClintock, **a.g.m.**, s.304, 305; Radacic, **a.g.m.**, 847; Fionnuala Girard, “*Obligating married women to change their surname is sex discrimination- Unal Tekeli v. Turkey, 29865/96 Eur.Ct.H.R. (2004)*”, **Suffolk Transnat’l L.Rev.**, Vol. 30:1, 2006-2007, s.247.

³⁷ Anayasa Mahkemesi, eğer bir hükmü Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmeye karar vermişse bu kararını desteklemek üzere ulusalüstü belgelere ve hatta duruma göre karşılaştırmalı hukuktan yararlanılmakta; buna karşılık ulusal norm esas itibarıyla ulusalüstü standartlara çağdaş gelişmelerle uyumlu olmamasına rağmen Anayasa Mahkemesi’nde ulusal normu iptal etmeme yönünde bir görüş baskın olduğunda ise ulusalüstü belgeler görmezden gelinebilmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında kadın hakları belgelerinin kullanılışı hakkında bkz.: Mehmet Semih Gemalmaz, “*Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı*”, **Özgürlükler Düzeni Olarak Anayasa- Fazıl Sağlam’a Armağan** Prof. Dr. Fazıl Sağlam’a Armağan, İmaj Kitabevi, Ankara, 2006, s.132- 155 (Buradan sonra Gemalmaz, Ulusal Yüksek Yargı Yerleri şeklinde atıf yapılacaktır.). Anayasa Mahkemesi’nin 30.06.1998 T., 1997/27 E., 1998/43 K. (RG.15.01.2000, s.23934) sayılı kararında ve muhalefet şerhinde KKAOKS’ne yapılan yollamalar hakkında bkz.: Gemalmaz, **Ulusal Yüksek Yargı Yerleri**, s. 155.

MK.m.187'yi iptal etmemek kararında olduğu için, bu kararına gerekçe olabilecek bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadından, isim ve başvuru numarası vermeksizin yararlanılmış ve fakat AİHM'nin bu kararından yaklaşık otuz yıl sonra verdiği ve doğrudan Türkiye'yi ilgilendiren; Türkiye'nin davalı olduğu bir kararı görmezden gelebilmiştir.

Oysa kararın karşı oy yazılarında ve iptal başvurusunda bulunan yerel mahkemelerin dilekçelerinde Ünal Tekeli v. Türkiye kararı ve AİHM'nin söz konusu kararı verirken kullandığı gerekçeler vurgulanmıştır³⁸. Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği kararda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Burghartz v. İsviçre kararından³⁹ bahsetmemesi kabul edilebilirse de,

Anayasa Mahkemesi 08.12.2011 tarihinde verdiği 2010/119 E., 2011/165 K. sayılı kararında ise (RG. 14.02.2012, s. 28204), Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 1, 2, 5 ve 16. maddelerine, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. fıkrasına ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesine atıfta bulunarak, 2525 sayılı Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrasının Anayasaya aykırı bulmuş ve iptaline oybirliğiyle karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılında verdiği bir kararında ulusalüstü insan hakları belgelerini referans norm olarak kullanması, başka bir kararında söz konusu belgeleri görmezden gelmesi yukarıda anılan çifte standardı bir kez daha gözler önüne sermektedir.

³⁸ Hatta Anayasa Mahkemesi üyeleri Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Pektaş ve Recep Kömürcü kaleme aldıkları karşı oy gerekçelerinde AİHM'nin Ünal Tekeli v. Türkiye kararının tamamını kullanmışlardır. Diğer karşı oy gerekçelerinin sahipleri olan Engin Yıldırım ve Osman Alifeyyaz Paksüt ise söz konusu karara değinmekle yetinmişlerdir.

³⁹ Burghartz v. İsviçre kararına (Başvuru No: 16213/90) konu olan olayda evlenmekle İsviçre vatandaşlığı da kazanan, Alman vatandaşı Susanna Maria Simone Burghartz ile Albert Johann Schnyder 1984 yılında Almanya'da evlenirler ve Alman Medeni Kanunu'nun 1355. maddesi uyarınca kadının soyadını aile adı olarak belirlerler. Koca aynı zamanda, kendi soyadını da aile adı olarak seçtiği karısının soyadının önünde kullanacağını (Schnyder Burghartz şeklinde) beyan eder. Çiftin, Burghartz adının aile adı olarak ve kocanın aile adının önünde evlenmeden önceki soyadını kullanma talebi İsviçre'nin Basel kantonu yetkilileri tarafından reddedilir. Talepleri reddedilen çift, Alman hukuku uyarınca kabul edilen aile adlarının tescili için dava açarlar. İsviçre Federal Mahkemesi bu talep sonucunda, ad değişikliği yoluyla (Art. 30 Abs.1 ZGB) davacı çiftin aile adı olarak Burghartz'ı almalarına olanak tanır. Ancak Federal Mahkeme, Art.160 Abs. 2 ZGB'nin sadece kadın için bu imkanı tanıdığını vurgulayarak, kocanın aile adının önünde evlenmeden önceki soyadını kullanmasına izin vermemiştir. Mahkemenin verdiği bu karar üzerine, koca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yukarıda anılan olayda, İsviçre'nin Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı bir şekilde, erkekler bakımından ayrımcılık yaptığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, İsviçre'nin haklı bir sebep olmaksızın aile yaşamına karıştığının ve İsviçre kanun koyucusunun söz konusu düzenlemesinin farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesine aykırılık teşkil ettiğinin altını çizmiştir. İsviçre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. Protokolünün 5. maddesine çekince koyduğunu, dolayısıyla Protokolün 5. maddesine giren konularda Sözleşmenin 8. ve 14. maddelerinin uygulanamayacağını ileri sürmüştü de, Mahkeme bu iddiayı kabul etmemiştir. Burghartz kararı, AİHS m.8'in adın korunmasına dair problemlerde de uygulama alanı bulabileceğini göstermesi açısından önemlidir. Heinz Hausheer, "Der Fall Burghartz oder Vom bisweilen garstigen Geschaef t der richterlichen

Türkiye'yi doğrudan ilgilendiren Ünal Tekeli kararını değerlendirme kapsamı dışında tutması kabul edilemez. Anayasa Mahkemesi'nin böylesi bir özensizlik içerisinde MK.m.187'nin iptali istemini reddetmesi, Türk Anayasa yargısının geleceği açısından endişe vericidir. Her ne kadar Anayasa Mahkemesi somut kararında AİHM'nin Ünal Tekeli v. Türkiye kararından bahsetmemişse de, söz konusu kararın hukuki bağlayıcılığı Türkiye için geçerliliğini devam ettirmektedir.

MK.m.187'nin ihlal ettiği diğer ulusalüstü hukuk belgesi ise KKAOKS'dir. Türkiye KKAOKS'ne katılma yoluyla taraf olma işlemini gerçekleştirirken, söz konusu Sözleşmenin m.15/f.2, 4; m. 16/f.1, (c), (d), (f), (g) ve m. 29/f.1 düzenlemelerine ilişkin çekince koymuştur. Türkiye'nin KKAOKS'ne 743 sayılı Medeni Kanunda yer alan ve kadın erkek eşitliğine aykırı hükümler sebebiyle koyduğu çekinceler, söz konusu düzenlemelerin gerek yargısal gerekse yasal değişiklikler sonucunda ortadan kalkmasıyla birlikte 20 Eylül 1999'da geri alınmıştır. Türkiye çekincelerini geri almışsa da, MK.m.187'nin varlığı Medeni Kanun'un Sözleşme ile uyumunu zedelemeye devam etmektedir. Zira KKAOKS m.16/f.1, (g) aile adı/(soyadı), bir meslek ve bir iş seçme hakkı dahil olmak üzere, karı ve koca olarak kişisel haklara sahip olma konusunda eşitlik sağlanmasını düzenlemektedir. Durum böyleyken, Anayasa Mahkemesi'nin KKAOKS'nin 16. maddesinin 1. fıkrasının (g) bendi hakkında da herhangi bir yorum yapmaması değerlendirme eksikliğine sebebiyet verecek niteliktedir. Kararın karşı oy yazılarında haklı olarak belirtildiği gibi, Anayasa'nın 90. maddesi ile birlikte KKAOKS m.16/f.1 (g) hükmü, MK.m.187'den öncelikli olarak dikkate alınmalıdır⁴⁰.

Kadın erkek eşitliği açısından MK.m.187 değerlendirilirken, atlanmaması gereken diğer ulusalüstü hukuk belgeleri ise Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenteler Meclisi Karar ve Tavsiyeleridir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 27 Eylül 1978 tarihli Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliğine dair 78 (37) numaralı kararının 6. paragrafında⁴¹ bazı üye Devletlerin kanuni düzenlemelerinde ve uygulamalarında, cinsiyete dayanan ayrımcılığın halen devam

Rechtsharmonisierung in internationalen Verhältnissen", **Familie und Recht: Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät Freiburg für Bernhard Schnyder zum 65. Geburtstag**, Freiburg, 1995, s. 415 vd.; Aeyal M. Gross, "Rights and Normalization: A Critical Study of European Human Rights Case Law on The Choice and Chance of Names", **Harvard Human Rights Journal**, Vol.9, 1996, s.271, 272. Art. 30 Abs.2 ZGB uyarınca soyadı değişikliği talebi ile kadının soyadının aile adı olarak benimsenmesi kabul edilmiştir. Art. 30 Abs. 2 ZGB; aynı maddenin ilk fıkrasında sözü edilen önemli nedenler olmaksızın da, evlenecek çiftin, nikahtan önce, kadının soyadını aile adı olarak almak istediklerini ve bunun için haklı nedenleri olduğunu beyan edebileceğini düzenlemektedir. Böylelikle, Art. 160 ZGB'de yer alan kocanın soyadını aile adı olarak seçme zorunluluğu, dolaylı yoldan da olsa aşılmış olmaktadır. Ancak böyle bir uygulamanın aile ilişkileri içerisinde kadın erkek eşitliğini sağlayıp sağlamadığı şüphelidir. Bühler/**Basler Kommentar**, Art.160 N.16; Dural/Öğüz, **a.g.e.**, s.162.

⁴⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, **a.g.e.**, s. 105; Oktay Özdemir, **a.g.m.**, s.292, 293.

⁴¹ Metnin orijinali için bkz.: Resolution (78) 37 on Equality of Spouses in Civil Law, Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 1978 at the 292nd meeting of the Ministers' Deputies. <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=596422&SecMode=1&DocId=662346&Usage=2> (Çevrimiçi, 20.02.2012).

ettiği ön kabulü ile, eşlerden birinin kendi soyadını değiştirerek diğerinin soyadını almasının zorunluluk olmaktan çıkarılması amacıyla kanuni bir düzenleme yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bakanlar Komitesinin 05 Şubat 1985 tarihli 85 (2) sayılı⁴² ve Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin 28 Nisan 1995 tarih ve 1271 (1995) sayılı Kadın ve Erkek Arasındaki Soyadı Seçimi ve Ebevnelerin Soyadlarının Çocuğa Geçmesi Konularında Ayrımcılığa Dair Tavsiye Kararları⁴³ ile üye ülkelere “*Evlilikte ortak bir soyadının seçiminde eşler arasında tam bir eşitlik sağlanması*” tavsiye edilmiştir. Parlamenterler Meclisi 24 Haziran 2007 tarih ve 1798(2007) sayılı, Medeni Hukuk Alanında Cinslerin Eşitliği İlkesine Saygı Tavsiye Kararında⁴⁴, kadını kocasının soyadını taşıma zorunluluğu getirmesinin, “*kimliklesizleştirilme*”nin bir türü olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararında yukarıda anılan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi Karar ve Tavsiyeleri'ne de atıf yapmamıştır. Oysa Anayasa Mahkemesi üyeleri Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Serdar Özgüldür, Serruh Kaleli, Zehra Ayla Pektaş, Recep Kömürcü ve Engin Yıldırım karşı oy gerekçelerinde söz konusu kararlara, tamamına olmamakla birlikte değinmişlerdir. Anayasa Mahkemesi'nin Ünal Tekeli v. Türkiye kararını dikkate almadığı gibi Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi Karar ve Tavsiyeleri'ne de esasa dair incelemesinde yer vermemesi, yapılan değerlendirmenin ve dolayısıyla varılan sonucun ne kadar eksik olduğunu bir kez daha gözler önüne sermektedir.

Yukarıda anılan ve Türkiye'nin de taraf olduğu ulusüstü insan hakları belgelerinde ve denetim organlarının kararlarında evli kadının kocasının soyadını taşımak zorunda olması, kadın erkek eşitliğinin ve ayrımcılık yasağının ihlali olarak nitelendirilmesine rağmen, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa m.90'ı bu bağlamda değerlendirmemesi ve MK.m.187 ile herhangi bir “*ilgisini*” görememesi isabetli değildir. Anayasa Mahkemesi'nin, MK.m.187 ile Anayasa'nın 90. maddesi arasında hiçbir ilgi saptayamaması ve fakat Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 1970'lerden kalma bir kararının gerekçesini, MK.m.187'nin meşruiyetini sağlamak için kullanması kararın iç çelişmesini göstermektedir. Anayasa Mahkemesi'nin görevi, Anayasa m.90'ın getirdiği düzenlemenin özünü kararlarına yansıtmaktır, yıllar öncesinde verilen ve zaman içerisinde değişen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadını tek yönlü, MK.m.187'nin iptali isteminin reddedilmesini haklı çıkaracak şekilde kullan-

⁴² Belgenin orijinali için bkz.: Recommendation No. R (85) 2 of The Committee of Ministers To Member States on Legal Protection Against Sex Discrimination, Adopted by the Committee of Ministers on 5 February 1985 at the 380th meeting of the Ministers' Deputies. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/gender-equality/Rec_R_85_2_en.pdf (Çevrimiçi, 20.02.2012).

⁴³ Kararın orijinali için bkz.: Recommendation 1271 (1995) on Discrimination Between Men and Women in the Choice of a Surname and in the Passing on of Parents' Surnames to Children. <http://assembly.coe.int/main.asp?link=http://assembly.coe.int/documents/AdoptedText/TA95/EREC1271.HTM> (Çevrimiçi, 20.02.2012).

⁴⁴ Metnin orijinali için bkz.: Recommendation 1798 (2007) Respect for the Principle of Gender Equality in Civil Law. <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta07/erec1798.htm> (Çevrimiçi, 20.02.2012).

mak değildir. Türk yargı sisteminin en saygın kurumu olması gereken Anayasa Mahkemesi'nin, verdiği kararın gerekçesiyle uyusmuyor diye güncel ve Türkiye'yi doğrudan ilgilendiren içtihatları göz ardı etmesi kabul edilemez.

3. Kültürel Rölativizm İddiası Açısından

Anayasa Mahkemesi kararında, aile kurumunun toplumdaki etkinliği ve algılanışının toplumdaki topluma değişme gösterebileceğini ve itiraz konusu kuralın aile adı olarak kullanılan soyadın kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamını sağladığını belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi bu gerekçesi ile kadın erkek eşitliği bağlamında evrensellik ilkesi yerine değerlerin ve uygulamaların kültüre göre değişebileceğini kabul etmiş olmaktadır.

Her toplumun kendi davranış kuralları ve etik değerlerinin olacağı mutlaklıdır. Ancak toplumların kendi gelenek ve değerlerine bağlı olarak kendi seçtikleri şekilde yaşaması gerektiğini savunan kültürel rölativizm⁴⁵, insan haklarının evrenselliği iddiası ile çelişmektedir. KKAOKS farklı toplumlarda farklı uygulamalara olanak verilmesini ve böylelikle devlet eliyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasına cevaz verilmesini kabul etmemiştir⁴⁶. Türkiye,

⁴⁵ Başka bir ifadeyle, güçlü bir kültürel rölativizm düşüncesine göre hakların neler olduğu kültür tarafından belirlenir ve insan doğası ve haklarının evrenselliği ise kültürel rölativizmin aşırılıklarına karşı kontrol mekanizması işlevi görür. Jack Donnelly, "Cultural Relativism and Universal Human Rights", **6 Hum. Rts. Q.**, 1984, s.401. Yazar zayıf bir kültürel rölativizmin; yani Batılı kavramların bütün kültürlerce içselleştirilmesi gerektiği ve evrensel insan haklarında, ancak çok sınırlı ve istisnai şekilde yöresel farklılıklara ve istisnalar yer verilebileceğini kabul etmektedir. Donnelly, **a.g.m.**, s. 414- 419.

Öte yandan kültürel rölativizm olgusunu tamamen reddetmenin bütünsel olarak insan hakları hareketini olumsuz etkileyeceğini ve ahlak kuramcılarının, doğayı açıklamaya çalışmak yerine evrensel bir sonuca ulaşabilecek insan hakları standartlarını geliştirmeye katkı sağlamaları gerektiği iddia edilmiştir. Alison Dundes Renteln, "The Unanswered Challenge of Relativism and the Consequences for Human Rights", **7 Hum. Rts. Q.**, 1985, s.540.

⁴⁶ KKAOKS m.2, (f), "Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasaları, düzenlemeleri, gelenekleri ve uygulamaları değiştirmek ya da kaldırmak/ (ilga etmek) üzere, mevzuat dahil, gerekli/ (uygun) bütün önlemleri almayı" ve m.5, (a), "Taraf Devletler: (a) Cinsiyetlerden birinin diğerinden aşağı ya da üstün olduğu düşüncesine yahut erkekler ve kadınlar bakımından klişeleşmiş/ (stereotip) rollere dayanan önyargıların ve geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını gerçekleştirmek amacıyla, erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış tarzlarını/ (alışkanlıklarını) değiştirmek üzere, uygun bütün önlemleri alacaklardır." ifadeleri ile Taraf Devletlere kültürel faktörlere bağlı olarak cinsiyet ayrımcılığına yol açacak uygulamalardan kaçınması ve söz konusu kültürel davranış tarzlarını değiştirmek üzere bütün önlemleri alması yükümünü yüklemektedir. Henry J. Steiner, Philip Alston, **International Human Rights In Context, Law, Politics, Morals**, Second Edition, Oxford University Press, New York, 2000, s.406.

Anayasa Mahkemesi üyesi Osman Alifeyyaz Paksüt de "Evlilik ve aile bağlarını yasal ve toplumsal gereklere uygun olarak göstermek için kadının kocasının soyadını taşıması zorunlu olmadığı gibi, neden erkeğin soyadının üstünlük taşıdığı ve kadının ikinci plana itildiğinin Anayasal bir açıklaması da yapılamaz. Çağdaş bir toplumda ve öz-

KKAOKS'ne katıldığı vakit yürürlükte olan Medeni Kanunu sebebiyle KKAOKS'ne koyduğu medeni haklar ve evlilik ve aile ilişkilerine ilişkin çekincelerini 1999 yılında kaldırmıştır. KKAOKS'ne konulan çekincelerin kaldırılmasıyla birlikte, aile kurumunun toplumdaki etkinliği ve algılanışının toplumlarda değişiklik gösterebileceği iddiası ile MK.m.187'nin varlığına meşruiyet kazandırılması iki açıdan kabul edilemez.

İlk olarak Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca Türkiye'nin taraf olduğu usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunların farklı hükümler içermesi halinde, uluslararası sözleşme hükümleri esas alınacaktır. Böylece, Türkiye'nin katılma suretiyle taraf olduğu KKAOKS'nin esasını oluşturan, kültürel rölativizm argümanı ile kadına karşı ayrımcılık yapılmasının ortadan kaldırılması ilkesi öncelikli olarak dikkate alınmalıdır.

İkinci olarak ise, kadının kocasının soyadını alması ile aile birliğinin ve bütünlüğünün sağlanması ve devam etmesi, kadın erkek eşitliğini haklı çıkaracak bir gerekçe değildir. Zira toplumun en küçük birimi olan aileyi oluşturacak olan, birbiriyle eşit haklara ve yükümlülüklerle sahip olan bireylerdir. Aileyi oluşturacak olan taraflar arasında evliliğin henüz başlangıcında kanun koyucu tarafından eşitsizlik yaratılması, eşlerden birinin soyadının aile adı olarak belirlenmesinin zorunlu kılınması demokratik bir toplumsal yapının oluşmasını engelleyeceği sebebiyle de isabetli değildir. Aile birliğinin sağlanması için kadın eşten soyadını değiştirme fedakarlığını beklemek hatta daha doğru bir ifadeyle kadını bu soyadı değişikliğine zorlamak, en önemli amaçlarından bir tanesi kadın erkek eşitliğini sağlamak olan 2002 tarihli Medeni Kanun değişikliğinin bu bağlamda başarısız olduğuna işaret eder. Zira ortak aile adı kullanımı tarafların iradesi ile gerçekleştirilmeli ve soyadını değiştirmek veya değiştirmemek konusunda hem kadın hem de erkek eşe seçim hakkı tanınmalıdır⁴⁷.

Öte yandan ülkemizde soyadı kullanımının cumhuriyetin ilanından sonra⁴⁸ zorunlu hale gelmesi ve bu sebeple, aile birliğini sağladığı iddia edilen soyadı kullanımının Türk toplumunun yüzyıllardır sürdürdüğü bir gelenek olarak kabul edilemeyeceği sebepleri ile kadının evlilik öncesi soyadını kullanmasının aile birliğine zarar verdiği iddiasını mevcut olmayan bir geleneğe işaret etmesi nedeniyle kabul etmemek⁴⁹ de kendi içinde tutarsızdır. Zira prensip olarak

gürlükçü bir düzende aile bağlarını koruma gerekçesiyle eşlerin soyadları arasında yasa zoruyla tercih yapmanın yeri olmadığı açıktır." ifadeleri ile toplumsal gerekler ileri sürülerek kadının kocasının soyadını taşımaya zorlanmasına karşı çıkmıştır.

⁴⁷ Öte yandan soyadı, bir aileyi ifade etmekten ziyade, bir kimsenin baba tarafından hangi soydan geldiğini ifade etmektedir. Soyadı yerine aile adı kavramını ön plana çıkarmak gerekir. Nomer, **a.g.m.**, s.450.

⁴⁸ 21.06.1934 tarih ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu ile soyadı kullanımı zorunlu hale getirilmiştir. (RG. 02.07.1934, s. 2741).

⁴⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım'ın "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" ifadelerini kullandığı karşı oy yazısı.

karşı çıkılması gereken, farklı coğrafyalarda farklı uygulamaların olabileceğini gelenek ve toplumsal değerlerle açıklamaya çalışan kültürel rölativist görüşlerdir. Kültürel rölativizme ve farklı şekillerde tezahür eden görünüşlerinin bütünüyle kabul edilmemesi halinde, toplumsal geleneğin var olup olmadığını Soyadı Kanunu'nun yayımlanması tarihinin öncesi veya sonrası ile açıklama gereği de kalmayacaktır.

Kaldı ki; söz konusu gelenek ne kadar uzun zamandır uygulanıyor olursa olsun, hiçbir kültürel öge veya gelenek cinsiyet ayrımcılığına yol açan hukuk kurallarının varlığını haklı çıkarmaz⁵⁰. Öte yandan toplumumuzda yer alan her geleneğin doğru olduğunu kabul edersek, kadını ikincilleştiren eve hapseden uygulamaları, töre cinayetlerini, namus adına şiddeti, başlık parasını da meşrulaştırmış oluruz⁵¹. Yapılması gereken geleneği ve önemini yadsımadan, zamana ve gelişen koşullara uymayan geleneklerin tasfiye etmektir⁵².

III. 2/216 Esas Numaralı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi

Evli kadının soyadını düzenleyen MK.m.187'nin iptali isteminin reddedilmesinden sonra, 14 Aralık 2011 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulan ve 22 Aralık 2011 tarihinden beri sevk edildiği Adalet Komisyonunun talii komisyonu olan Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonunda yer alan 2/216 esas numaralı Türk Medeni Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi MK.m.187'yi değiştirmeyi amaçlamaktadır. Kanun Teklifi şöyledir: “*Kadın evlenmekle soyadını muhafaza eder. Ancak evlendirme memuruna veya daha*

⁵⁰ Anthbony, **a.g.m.**, s 216.

⁵¹ Kültürel çoğulcuğu, mutlak bir kültürel rölativizme bağlamak, insan hakları için vazgeçilmez olan tüm değerlerin yadsınması anlamına gelebilir. Başka bir ifadeyle böyle bir tutum; herhangi bir kültür çevresinde kırbaçlama gibi, kadınların sünnet edilmesi gibi ya da cinsiyete, inanca, düşünceye, renge, ırka, etnik kimliğe, sosyal statüye dayanan ayrımcı ve eşitsiz cezaları ya da geleneksel uygulamaları kurumsallaştırmış olabilir. Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 7. Bası, Legal Yayıncılık, 2010, İstanbul, s. 1485.

⁵² Anayasa Mahkemesi üyesi Engin Yıldırım “*Gelenek ve görenek tek başına hukuki bir düzenlemenin meşruiyetini sağlamaz. Toplumun tarihsel olarak farklı gruplara farklı davranması eşitlik ilkesine aykırı olduğundan, günümüzde savunulamaz. Hukuk, esas olarak insan aklının bir ürünüdür ve belli ilkeler doğrultusunda, belli amaçlar güdülerek tasarlanır. Anayasasal haklarla gelenek ve görenek uyumunda yapılması gereken anayasal haklar doğrultusunda karar vermektedir. Buradan insan eylemlerinde ve toplumsal ilişkilerde geleneğin önemini yadsıdığımız sonucu çıkarılmamalıdır. Geçmiş kuşakların yaşam deneyimini ve birikimini günümüze aktaran gelenek, geçmişte donup kalmış, durağan ilişkiler ağı değildir. Tam tersine, yeni şartlar altında şu anki kuşaklar tarafından yeniden yorumlanır, üretilir, değerlendirilir. Geleneği insan toplumları için gerekli kılan, onu yok olmaktan kurtaran da bu dinamik özelliğidir. Zamanın ruhuna uymayan gelenek ve görenekler toplum tarafından adeta ayıklanır. Toplumumuzda kadının evinde oturması, çalışmaması da bir gelenektir ama zamanla bu değişime uğradı. Kadının toplumsal, iktisadi ve siyasi hayata katılımının artması geleneksel aile yapısı ve anlayışını da değiştirmekte, kadınıla ilgili olan geleneksel tutum ve davranışların yeniden değerlendirilmesine yol açmaktadır.*” ifadeleri ile aynı yönde görüş bildirmiştir.

sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla soyadının arkasına kocasının soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan yalnızca bir soyadı için yararlanabilir.”

Bu kanun teklifi; 06.11.2008 tarihinde TBMM Başkanlığı'na sunulmuş ve Haziran 2011 itibariyle kadük olan kanun teklifi⁵³ ile farklılık arz eder. 2008 tarihli kanun teklifi ile evlenmeden önce tanındığı ve bilindiği soyadını taşımaya devam etmek isteyen ve kocasının soyadını almak istemeyen kadınlara, evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla sadece önceki soyadını taşıma konusunda yeni tercih hakkı tanınmıştır. Söz konusu eşlere çoklu seçme hakkı tanıdığı için olumlu bulunsa da, kadının seçebileceği soyadının sadece doğumla kazandığı soyadı ile sınırlı olması ve eşlerin seçim haklarını kullanmadıkları zaman hangi soyadını seçmiş sayılacaklarının belirlenmemiş olması eleştirilmiştir⁵⁴.

14.12.2011 tarihli kanun teklifi ise bir önceki teklife göre aile adı konusunda daha ilerici bir tutum sergilemektedir. İlk olarak teklifin yasalaşması halinde, ortak aile adı zorunluluğu kalktığı gibi, kadının evlendiğinde kendi soyadını taşıması bir kural halinde gelecektir. Kadın isterse kendi soyadının arkasına kocasının soyadını alabilecektir. Bu durumda bir önceki teklifte olduğu gibi, kadın evlilik işlemleri sırasında veya sonrasında ayrıca bir başvuru yapmaksızın kendi soyadını kullanabilecektir. Böylelikle fiili olarak karşılaşılabileceği tepki ve ön yargılardan da kurtulacaktır; zira kanun koyucunun koyduğu kural kadının kendi soyadını taşıması olacaktır⁵⁵.

İkinci olarak ise kadına sadece doğumla kazandıkları soyadlarını kullanma hakkı tanınmamıştır. Böylelikle boşandıkları veya kaybettikleri eşlerinin soyadları ile tanınan ve bu soyadlarını değiştirmek istemeyen kadınlara da seçim hakkı tanınmış olmaktadır. Teklif bu yönden de bir önceki teklife göre daha olumludur.

Üçüncü olarak ise teklif, kadının evlendikten sonra da kendi soyadını taşımasının bir kural olduğunu belirtmekle, eşlerin seçim haklarını kullanmadıkları zaman hangi soyadını seçmiş sayılacaklarının belirsiz olması gibi bir eleştiriyi de ortadan kaldırmaktadır⁵⁶.

⁵³ 2008 tarihli kanun teklifi MK. m. 187'nin “kadının soyadı” olan başlığının “aile adı”, madde metninin ise “Eşler evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile evlendikten sonra ya doğumla kazandıkları soyadlarını, ya eşlerinin soyadlarını, veya doğumla kazandıkları soyadlarını eşlerinin soyadları önünde beraber kullanmayı seçebilirler. Eşler evlendikten sonraki herhangi bir tarihte Nüfus Müdürlüklerine başvurarak bu maddedeki soyadı seçme hakkını kullanabilirler.” şeklinde değiştirilmesini önermektedir.

⁵⁴ Çakırca, **a.g.m.**, s.746.

⁵⁵ 2008 tarihli kanun teklifi, Türk toplumunun yapısı ve şartları sebebiyle, kadının erkeği doğumla kazandığı soyadını kullanması konusunda ikna edemeyeceği ve MK.m.187'nin fiili olarak uygulanmaya devam edeceği sebebiyle eleştirilmiştir. Bkz. Abik, **a.g.e.**, s.102.

⁵⁶ Cyrill Hegnauer, “Der Familienname im neuen Eherecht”, **SJZ.**, Heft 15, 1981, s. 249, Oktay Özdemir, **a.g.m.**, s. 293; Nomer, **a.g.m.**, s. 448; Ece Göztepe, “Anayasal Eşitlik Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı”, **AÜSBFD.**, 54/2, s. 129 vd..

Ancak 2/216 esas numaralı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi'nin en büyük eksikliği, evlendikten sonra kendi soyadını kullanmak istemeyen ve sadece kocasının soyadını taşımak isteyen kadınlara böyle bir seçim hakkı tanımasıdır. Zira teklifte kadının elindeki tek seçim hakkı, soyadının arkasına kocasının soyadını da eklemektir. Yukarıda Anayasa Mahkemesi'nin kararı değerlendirirken, aile adı meselesinin tarafların iradesi ile şekillenmesi gerektiği vurgulanmıştı. Bu bağlamda taraflara kocanın soyadını ortak aile adı olarak taşıma imkanının tanınmaması da isabetli değildir.

IV. Sonuç ve De lege Feranda Öneriler

Anayasa Mahkemesi evli kadının soyadını düzenleyen MK.m.187'nin iptal edilmesine ilişkin verdiği red kararında, kanun koyucunun aile adı konusunda takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, erkek eşe öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmadığını belirtmiştir. 1997 yılında EMK.m.153'e eklenen kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanmasına olanak tanınmasıyla, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlandığını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığını da kabul etmemiş ve itiraz konusu kuralı Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı bulmayarak, iptal istemini reddetmiştir. İtiraz konusu kuralın Anayasa'nın 90. maddesiyle ilgisi ise görülmemiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin son kararı, aynı meseleye ilişkin verdiği 1998 tarihli red kararı ile kıyaslandığında olumlu ve olumsuz oyların birbirine yakınlığı açısından umut verici ve fakat varılan sonuçla kıyaslandığında yetersizdir. Yukarıda da anılan sebeplerden ötürü Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ünal Tekeli v. Türkiye kararı gibi, evli kadının soyadına ilişkin son kararın ardından geçen on üç yıl içerisindeki gelişmeleri değerlendirmesi kapsamına almaması isabetli değildir. Kanun koyucunun ise en kısa zamanda, Anayasa Mahkemesi'nin olumlu veya olumsuz bir kararını beklemeden, cinsiyet ayrımcılığı yaratan ve kadın erkek eşitliği ilkesini ihlal eden MK.m.187 hükmünü değiştirmesi gerekmektedir.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra TBMM Başkanlığı'na sunulan 2/216 esas numaralı Türk Medeni Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ise olumlu bir gelişme olarak kabul edilse de, bir takım eksiklikleri içinde barındırmaktadır. Ortak aile adının bir zorunluluk olmaktan çıkarılması ve kadının evlendiğinde kendi soyadını taşımasının kural olması kanun teklifinin en olumlu yönleridir⁵⁷. Söz konusu teklifin tam demokratik bir düzenleme getirilmesi için *de lege feranda* kadına evlendikten sonra sadece kocasının soyadını taşıyabilmesine de olanak tanıyacak bir şekilde revize edilmesi gerekmektedir. Zira çalışmanın içerisinde sıklıkla vurgulandığı üzere,

⁵⁷ MK.m.187'nin evliliğin soyadını değiştirmek zorunluluğu doğurmamasının kabulü ile değiştirilmesi yönünde bkz.: Oktay Özdemir, **a.g.m.**, s.293; Nomer, **a.g.m.**, s.448.

önemli olan soyadı seçiminde taraflara seçim hakkının tanınmasıdır. Bu bağlamda sadece kocasının soyadını taşımak isteyen kadınlara da bu hak tanınmalıdır. Anılan değişiklikler yapıldıktan sonra 2/216 esas numaralı Kanun Teklifi'nin kanunlaşması ile birlikte, kadın erkek eşitliğinin, normatif düzlemde de olsa, sağlanması için bir adım daha atılmış olacaktır.