

BÖLÜM 1 / SECTION 1

AD VE SOYADA İLİŞKİN KARARLAR BİREYİN KİMLİK HAKKI

*(JURISPRUDANCE ON FORENAME AND SURNAME
RIGHT TO INDIVIDUAL IDENTITY)*

Sultan Tahmazoğlu-Üzeltürk*

ÖZET

Kadının kendi soyadını kullanması ve bireyin etnik kökenine dayanan isimler alması karşısında Türk Anayasa Mahkemesi güçlü bir direnç göstermektedir. Anayasa şikayeti yolu ile kadının soyadına ilişkin sorun bir ölçüde aşılmıştır. Burada da kararın etkisi tartışması başlayacaktır. Aksi yönde İHAM kararlarına rağmen hem anayasa yargısı alanında, hem de yasama organının sessizliği anlamında son üç yıllık bilanço negatiftedir.

Anahtar Kelimeler: Kadının soyadı, etnik temelli isim, 1982 Anayasası madde 90/5.

ABSTRACT

Turkish Constitutional Court opposes a rigorous resistance against women would like to use her own surname and individuals want to use name based on their ethnic origin. The problem related to the woman's last name has been surpassed in a certain extent through constitutional complaint way. Now the discussion of the impact of the decisions would be another problem. Although the ECHR decision is contrary, in the field of constitutional jurisdiction as well as policy of inaction of the legislature, the consequences of the problem in this field are negative for last three years.

Keywords: Maiden name, ethnic-based name, 1982 Turkish Constitution Article 90/5.

* Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa mahkemesinin ad ve soyada ilişkin kararlarını iki katedride toplamak mümkündür. Bunlardan ilki kadının soyadına, ikincisi ise sadece soyadına ilişkin kararlardır. Bu iki alanda yer alan kararlar farklı gibi görülmekle beraber Anayasa Mahkemesinin “soy” kavramına bakışını yansıtmaları bakımından paralel bir çizgiyi takip etmektedir.

I- KADININ SOYADI

Anayasa Mahkemesinin son üç yılda kadının soyadına ilişkin kararlarını değerlendirmek için, bu yönde önceki eğilimine de değinmek gerekir.

a- ANAYASA MAHKEMESİ’NİN 1998/59 KARAR SAYILI KARARI

Anayasa Mahkemesinin kadının soyadına ilişkin olarak ilk dikkat çeken kararı, kadının evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak istemesine olur vermeyen MK md. 153/1¹ in anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesinden yapılan başvuru sonucunda gerçekleşmiştir.

Başvuruda amacın erkeği dışlamak ve onu ikinci sıraya itmek olmayıp, onunla yan yana olmak olduğu ve bunun bir iktidar hırsı olmadığı, sadece alını açık, başı dik bir onur mücadelesi olduğu belirtilmektedir. Bu ifadeler, kadının toplumun direncine karşı “amacım erkekten üstün olmak” ya da “iktidar hırsı içinde değilim”, “sadece eşit olmak istiyorum” mesajları ile kendisini anlatma kaygısı taşımaktadır.

Kararda, Anayasa Mahkemesi MK. Md. 153/1’in anlamını şu net ifadelerle açıklamaktadır: Kadın evlenmekle kocasının adını alacak, koca soyadını değiştirdiğinde kadının soyadı da değişecek ve kadın tek başına soyadını değiştirme olanağına sahip olamayacak ve kadının soyadının değişmesi de Yargıtay kararlarına atıf yapılarak kendiliğinden olacaktır.

Anayasa Mahkemesi, yukarıda ne anlama geldiğini belirttiği hükümde, şu gerekçelerle Anayasaya aykırı bir durum görmemektedir:

“İtiraz konusu ‘Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır’ kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. ‘Aile hukuku’ öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında

¹ MK. 153: "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir."

kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır.

Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle **aile birliği ve bütünlüğü** devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. **Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir.** Kaldı ki itiraz konusu kuralda aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez.”

“Kişilerin **haklı bir nedene dayanarak** değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır...”

Anayasa mahkemesi kararda özetle kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunun haklı bir nedene dayandığı için eşitlik ilkesini ihlal etmediğine ve bu haklı sebeplerin de “kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar” olduğunu belirtmektedir. Anayasa Mahkemesinin bu kavramların muğlaklığı ve somut verilerle desteklenmemesi bir yana “kimi zorunluluklar” gibi bir gerekçenin ikna kabiliyetinin zayıflığı da ortadadır.

Kararda üç karşı oy bulunmaktadır. Ortak karşı oyda özetle, eşitsizliğin haklı sebebinin olmadığı, sınırlamanın demokratik bir toplumda zorunlu olmadığı ve bu durumun kadının maddi ve manevi varlığının gelişmesini de engellediği belirtilmektedir².

² “Bu anlayış içinde bakıldığında, yalnız kadın yönünden zorlama getirdiği anlaşılan "Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır." biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi ile de uyum içinde değildir.

b- İHAM'IN TEKELİ KARARI³

Ayşe Ünal Tekeli tarafından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) yapılan başvuruda “sadece evlenmeden önceki soyadını kullanma” talebi söz konusudur. 1997 de Medeni Kanunda yapılan değişiklik, kadının sadece kendi soyadını kullanmasına izin vermemektedir.

Mahkeme ilk olarak, “kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak insanın isminin özel ve aile yaşamını etkilediğini” belirterek müdahalenin Sözleşmenin 8. Maddesinin kapsamında olduğunu saptamıştır. İkinci bir adım olarak ise, özel hayat hakkı ile beraber sözleşmenin 14. Maddesinin de ihlal edilip edilmediği incelenmiştir.

Bu inceleme çerçevesinde Mahkeme üç aşamalı bir değerlendirme yapmaktadır: Farklı muamelenin var olup olmadığı ve bu farklılığın nesnel ve makul bir nedeninin olup olmadığı; bu nedenin varlığının demokratik toplumda zorunlu olup olmadığı; nihayet, kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir orantının olup olmadığı incelenmiştir.

Mahkemenin yaptığı ilk tespit kadın ve erkeğe evlilik içinde “farklı muamele” yapıldığıdır. Buna göre evli kadınlar evlendikten sonra yalnızca önceki soyadlarını yasal olarak kullanamazken, evli erkekler evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmektedirler. Bu durum cinsiyet temelinde bir farklı muameledir.

İkinci adım bu muamelenin “haklı bir nedene” dayanıp dayanmadığının tayinidir. İHAM böyle bir haklı neden olmadığı sonucuna şu değerlendirmelerle ulaşmaktadır. Mahkeme'ye göre, Avrupa Konseyi'nin üye ülkeleri arasında Türkiye -çiftler başka bir düzenlemeyi tercih etse bile- kocanın soyadının aile soyadı olarak kabul edilmesini ve bu nedenle kadının, evlendiğinde otomatik olarak kendi soyadını kaybetmesini yasalarla öngören tek ülke konumundadır ve yapılan son kanun değişikliği ile iki soyadının birlikte kullanılması da bu durumu değiştirmemiştir.

Mahkeme bu bağlamda bazı sorulara yanıt aramıştır: **İlk soru**, aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin söz konusu davada nihai bir etken sayılıp sayılamayacağıdır. Mahkeme; günümüzde kadın erkek eşitliğinin geldiği nokta da dikkate alınarak aile birliğinin, erkeğin soyadının kabul edilmesiyle yansıtılabileceği gibi kadının soyadının ya

Aile soyadının seçimini, evlilik birliğinin eşit haklara sahip bireyleri olan eşlerin özgür iradesine bırakmayarak bu konuda kocaya mutlak bir üstünlük sağlayan kural, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarını sınırlaması, bu yolla onun maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.”

³ Ünal Tekeli v. Turkey, Application no. 29865/96, 16 Kasım 2004.

da çift tarafından seçilen ortak bir soyadın kabul edilmesiyle de yansıtılabileceği sonucuna vararak soruyu olumsuz yanıtlamıştır. **İkinci soru**, aile birliğinin ortak bir aile ismiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığı ve evli çiftler arasında bir fikir ayrılığı halinde çiftlerden birinin soyadının diğerine empoze edilmesinin mümkün olup olmadığı meselesidir. Mahkeme Avrupa tecrübesini de kullanarak, evli çiftlerin ortak bir aile adı taşıyamayı tercih ettiği durumlarda da aile birliğinin korunup güçlendirilebileceğini belirtmekte ve bu durumda KAMU YARARININ zarar gördüğü somut bir sorun görememektedir. **Nihayet** Mahkeme, soyadında tercihlili sistemin kabulü halinde doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda bazı sorunlar yaşanacağını öngörmektedir. Ancak bireylerin seçtikleri isme göre, onur ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı çekmesini beklemenin makul olacağı kanaatindedir.

SONUÇ olarak Mahkeme aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacının, cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmadığına ve 8. madde kapsamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine OYBİRLİĞİYLE karar vermiştir.

c- ANAYASA MAHKEMESİNİN 2011/49⁴ KARAR SAYILI KARARI

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin yukarıda belirtilen Tekeli kararından sonra sorun bir kez daha Anayasa Mahkemesi önüne taşınmıştır. Yukarıda verilen İHAM kararının(2004), Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrasına eklenen cümlelerin(2004) ve aradan geçen on altı yılın etkisiyle Anayasa Mahkemesinin içtihadını değiştirmesi beklenmekteydi.

Evli kadının sadece önceki soyadını kullanması isteminin tekrarlandığı başvuru bu kez Fatih, Ankara ve Kadıköy'den Anayasa Mahkemesine ulaşmış ve başvurular birleştirilmiştir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırılığı iddiası ile iptali istenmiştir. Bu süreç içinde Anayasanın 10. 41. ve 90. maddelerinde kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere yararlanılabilecek değişikliklerin yapıldığını da hatırlamak gerekir.

Başvurularda itiraz konusu kural ile evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakıldığı, kadının kendi soyadını tek başına kullanmasına izin verilmediği, bu durumun eşler arasındaki eşitlik ilkesine, maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu gerekçeleri ile hükmün iptali istenmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararda şu gerekçeleri kullanarak yasayı anayasaya uygun bulmuştur:

⁴ Esas Sayısı: 2009/85, Karar Sayısı: 2011/49, Karar Günü: 10.3.2011, RG. 21. 10. 2011.

1- Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. **Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çığnemiş olmaz.** Bu ilke ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir.

Bu durumda Anayasa Mahkemesine göre, kadın ve erkek durum ve konuları farklı olduğu için, ayrı hukuksal durumları oluşturmakta ve bu yüzden farklı kurallara tabi olmaları eşitlik ilkesini ihlal etmemektedir. Oysa yukarıda verilen Tekeli kararında İHAM farklı bir değerlendirme yapmıştır. Cinsiyet temelinde farklı davranmanın haklı sebebinin olması gerektiğini ve somut durumda da bunun bulunmadığını tespit etmiştir.

2- Anayasa Mahkemesinin kullandığı diğer dayanaklar ise, Anayasa'nın 12. 17. ve 41. maddeleridir.

Anayasa Mahkemesi anayasanın 12. maddesini tekrarlayarak **temel hak ve hürriyetlerin, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiğini vurgulamıştır.** Bu ifadeden hareketle anayasa koyucunun kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünülmemeyeceğini ifade etmiştir.

Anayasa Mahkemesinin bu değerlendirmesini çözmek mümkün değildir. Zaten son derece sorunlu olan ödev ve sorumluluk bilinci ile kullanılan hak ve hürriyetler hatırlatılırken, bu sorumluluğun sadece kadın tarafından yüklenilmesi sonucuna hangi anayasal veri ile ulaşıldığı anlaşılamamaktadır.

Anayasa Mahkemesinin kadının soyadını tek başına kullanması yasağını anayasaya uygun bulduğu kararında dayandığı “ailenin korunması” ve “bireyin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi hakkını” düzenleyen 41. ve 17 maddeler tam tersine yoruma uygun hükümler ihtiva etmektedir. Örneğin, ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığına ilişkin hükümden, kadının kendi soyadını tek başına taşıyamayacağı ve erkeğin taşıyabileceği sonucuna ne hukuken ne de mantıken ulaşmak mümkün değildir. Yine herkesin maddi ve manevi varlığını koruma hakkından kadın ve erkek arasında tercih yapılması sonucu çıkarılamaz. Ayrıca Mahkeme kararında vurgulanan “**ailenin**” korunması, bireyi ya da kadını feda ederek mümkün olabilir mi?

Kararın dayandığı gerekçeler, hukuk mantığı ile alay etme noktasındadır.

3- Anayasa Mahkemesine göre; Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt

etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasa koyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. İtiraz konusu “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin soyadına yüklediği işlev sadece Türk hukuku için değil, tüm sistemler için geçerlidir. Bu noktada hukuken tartışılması gereken husus, kamu yararı ve kamu düzeninin söz konusu ayırıcı muameleyi haklı kılıp kılmadığı, bu müdahalenin demokratik toplumda zorunluluğu ve ölçülü olup olmadığıdır.

İHAM Tekeli kararında kadının kendi soyadını korumasının sakıncalarının olduğunu belirtmekle beraber, bireyin adı ve kimliği ile onurlu yaşamı karşısında toplumun sıkıntılarının göz ardı edilebileceğini belirtmektedir. Tersinden okunursa İHAM kararında toplum yararı için bireyin adı ve kimliğine müdahale ölçülü olmayacaktır.

Aile bağlarının kadının kendi soyadını taşıyarak da güçleneceğini Avrupa örnekleri ile de pekiştiren İHAM, bu şekilde aile bağlarının güçleneceğine ilişkin kanıt bulamamıştır. Türk Anayasa Mahkemesinin bu veriyi hangi kayıtlara dayandığını bilmek mümkün değildir.

4- Anayasa Mahkemesi'nin şu saptaması ilginçtir: “Milletlerin **ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının** aktarılması ve kuşaklararası bağın sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, **gelenek, görenek**, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı **kutsal** bir kurumdur.”

Anayasa Mahkemesi aileyi kutsarken aileyi oluşturan bireyleri unutmaktadır. Bireyin özgür olmadığı bir ailede hangi değerler sonraki nesillere aktarılacaktır? Gelenek ve görenekler bireyin hak ve hürriyetlerinin sınırlandırılmasının haklı nedeni olabilirler mi? Ayrıca “kutsal aile” bireyin hak ve hürriyetlerinin feda edildiği bir kurum olabilir mi?

5- AYM, trajikomik biçimde İHAS'ın (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi) 8. maddesine, eksik ve sonuç olarak yanlış biçimde atıf yapmaktadır:

Anayasa Mahkemesi kararında şu paragrafa yer vermektedir. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan “özel ha-

yatın ve aile hayatının korunması” ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.”

İHAM kararında, 52. paragrafta üye devletlerin belli ölçüde takdir marjından söz edilmektedir. Ancak Mahkeme, 53. paragrafında ise şu net vurguyu yapmaktadır⁵: Sadece cinsiyet temelli farklı muamelenin sözleşmeye uygun olması için çok güçlü nedenlere ihtiyaç bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararında İHAM kararının kendine yakın olan kısmını kararına aldığını ve bir sonraki paragrafa ve sonuca bakmadan ya da bakarak özel bir kasıtlı karar verildiği görülmektedir. En hafif ifade ile bu yaklaşım etik değildir. Eğer Yüksek Mahkeme İHAM kararı ile çelişen bir karar verecekse, hiç değilse tam da bu kararı kendisine destek olarak kullanmamalıdır.

6- Anayasa Mahkemesine göre, itiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli **olan aile birliği ve bütünlüğünün** devamı sağlanmış olmaktadır. Kamu yararı ve düzeninin gerektirdiği zorluklar nedeniyle eşlerden birine öncelik tanınması, bu çerçevede anayasaya uygun bulunmuştur. Ayrıca kadının kendi soyadını kocasının soyadı önünde kullanabilmesi ile “adil bir denge” nin de sağlandığı belirtilmektedir.

Öncelikle aile birliği ve bütünlüğünün sağlanması ve bu çerçevede kamu yararının ve düzeninin sağlanması saptamalarına daha önce işaret edilmişti. İlave olarak, adil denge sağlandığı söylenen kuralda eşlerden biri sadece kendi soyadını kullanabilirken, diğerinin kullanamaması sözkonusudur. İki soyadının kadın tarafından birlikte kullanılması zorunluluğu bu sorunu çözmekte ve Tekeli kararında ifade edildiği gibi kadının çıkarı doğrultusunda bir çözüm olmamaktadır.

Burada kadının iki soyadını birden kullanmasının gerek kadın hakları gerekse bürokraside yarattığı sıkıntıları önlemek için İsviçre'nin dahi bu uygulamadan vazgeçtiği eklenmelidir⁶.

⁵ “53. However, very weighty reasons have to be put forward before a difference of treatment based on the ground of sex alone can be regarded as compatible with the Convention.”

⁶ Eski uygulamaya göre yapılan, kadınların bekârlık soyadları ile birlikte eşlerinin soyadını da beraber taşıması uygulaması da yeni yasa ile son bulmuş oluyor. Kadın nikâh sırasında ya eşinin soyadını alacak ya da kendi soyadında devam edecek. Kendi bekârlık soyadında karar kılan çiftlerin çocukları ise ana-babanın belirlediği (çiftlerden birinin) soyadının taşıyacaklar. Nikâhsız beraberlikten doğan çocuklar doğrudan annenin soyadını alacak. Ancak, çiftlerin ortak talebi ile çocuk babanın soyadını da kullanabilecek. Eski evliler de bu uygulamadan yararlanabilecekler. RA-DİKAL, 8 Ocak 2013

7- Anayasa Mahkemesi kuralı Anayasanın 2,10, 12, 17 ve 41. Maddelerine aykırı görmemiş, 90. Madde ile ise İLGİSİNİ GÖRME-MİŞTİR. Anayasa mahkemesinin m. 90/son da yapılan değişikliği ha-yata geçirmesi hak ve hürriyetlerin garanti edilmesi bakımından son de-rece önemlidir. Temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hu-kuktaki yeri konusunda öğretilerde tam bir uzlaşmanın sağlandığı söylene-mese de Anayasa Mahkemesinin bu konuda yolu açması çok önemlidir. Özellikle anayasa şikâyeti süreci bu yolu daha da zorlamaktadır. Ana-yasa Mahkemesi uluslararası sözleşmeleri, İHAM kararını açıkça gör-mezden gelmiştir.

Anayasa Mahkemesinin uygulamasında temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler pek kullanılmamakta ve Anayasanın 90. Mad-desine gereken anlam verilmemektedir. Yukarıdaki “ilgisiz” saptaması da bunun örneklerinden biridir. Soyadı konusundaki bireysel başvuru kararının gerekçesinde ise o ilgi açıkça kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesinin 2011/49 karar sayılı kararında tek olumlu yanı şudur: İlk soyadı kararında 11 yargıç arasında sadece üç karşı oy bulunmaktaydı. 2. Soyadı kararında ise, 17 yargıç arasında 8 karşı oy bulunmaktadır. Muhalif oy oranı %27 den %47’ye çıkmıştır.

d- KARAR SAYISI 2012/32⁷ BOŞANDIĞI KOCASININ SO-YADINI KULLANMAKTAN VAZGEÇME HAKKI

Boşandıktan sonra kocasının soyadını kullanmak için kadına veri-len iznin kaldırılması talebinin sadece kocaya tanınmasının anayasaya aykırı olduğundan hareketle, Muğla 2. Asliye Hukuk (Aile) Mahkeme-sinden Anayasa mahkemesine itiraz başvurusu yapılmıştır.

Boşandığı eşine ait olan soyadının kaldırılarak, kızlık soyadının kullanılmasına izin verilmesi istemiyle açılan davada, MK. m.173/son daki⁸ hüküm çerçevesinde “boşandığı kocasının soyadını kullanmaya izin” kararının kaldırılmasını mahkemeden isteme hakkının sadece ko-

⁷ Esas Sayısı: 2011/51, Karar Sayısı: 2012/32, Karar Günü: 1.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 21.07.2012-28360

⁸ 08/12/2001 tarihinde 24607 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 4721 sayılı Türk Me-deni Kanununun 173. maddesi hükmü şöyledir:

“Boşanma halinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur; ancak, ev-lenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hâ-kimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.

caya tanındığı, koşulların değişmesi halinde kadınların, boşandıkları eşlerinin anılan fıkra uyarınca dava açmalarını beklemekten başka çarelerinin kalmadığı, bu durumda da dava açma hakkının koca ile sınırlandırılmasının kanun önünde eşitlik ve hak arama hürriyeti ilkeleriyle çeliştiği belirtilmiştir.

ANAYASA MAHKEMESİNİN GEREKÇESİ

Anayasa Mahkemesi esas olarak kararında soyadı kararlarında kullandığı çerçeveyi tekrarlamıştır:

1- “Anayasa’nın amaçladığı eşitlik, mutlak ve eylemli eşitlik değil hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar ayrı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.”

2- “Anayasa’nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında “*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*” denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması hak arama özgürlüğünün bir gereğidir.”

3- “Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekte ve yasayla özel olarak korunmaktadır.”

4- “4721 sayılı Kanun’a göre kadın, doğumla aldığı soyadını evlenince terk etmek ve kocasının soyadını almak zorundadır. Boşanma halinde ise kadının kişisel durumunu koruyacağı ve evlenmeden önceki soyadını alacağı öngörülmüştür. Kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmek istediğinde ise, bunu boşanma davası ile birlikte veya boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde mahkemeden talep etmesi gerekmektedir. **Yasa koyucu boşanan kadının menfaatini korumaya yönelik olarak böyle bir düzenleme yapmış ve koşulların bulunması halinde boşanan kadının, kocasının soyadını kullanmak için izin davası açabileceğini öngörmüştür. Bununla birlikte maddede kocasının soyadını kullanmaya izin alan**

kadının bu izin kaldırılmasını talep edebileceğine dair bir düzenleme mevcut değildir.”

SONUÇ OLARAK kararda, İtiraz konusu kuralda boşanan kadına soyadı kullanımına dair verilen izin kaldırılmasını sadece kocanın talep edebileceği belirtilmişse de anılan düzenlemenin amacının boşanan kadının dava hakkını engellemek değil koşulların değişmesi halinde bu durumdan doğrudan etkilenecek olan kocaya imkan tanınması için öngörülmüş olduğunu belirten Mahkeme hükmün amacına gönderme yapmıştır.

Ayrıca hükümde kadınların dava açmalarını engelleyici bir kısıtlama bulunmaması ve bu davayı da sadece kocanın açabileceğine dair emredici bir hüküm bulunmaması karşısında kocasının soyadını kullanmaya izin alan kadının, koşulların değişmesi, menfaatinin kalmaması veya haklı nedenlerin varlığı halinde verilen bu izin kaldırılmasını Türk Medenî Kanunu'nun 173. maddesi uyarınca isteyebileceği sonucuna varmakta ve bu yönde Yargıtay kararlarına gönderme yapmaktadır.

Anayasa Mahkeme sonucu olarak bir tür YORUMLU RED kararı ile hükmü anayasaya uygun bulmuştur. Karar oybirliği ile alınmıştır.

Ancak Anayasa Mahkemesi kararının kadının soyadı sorununu çözdüğü söylenemez. İlk iki soyadı kararından biraz ileriye gidilmiştir, ama kadın erkek eşitliğinin soyadı konusunda sağlandığını söylemek mümkün değildir. Hükmün kurgusu dahi eşitsizliğe vurgu yaparken, son derece kaygı uyandırıcı uygulamalar bulunurken kadının kocasının soyadını kullanmak istememesi halinde dava açma olanağının yeknesak biçimde uygulanması yönünde şüphelerin oluşması da doğaldır. Anayasa Mahkemesinin kararı bağlayıcıdır. Kadının da boşandığı kocasının soyadını değiştirmek için izin davası açma yetkisinin olduğu açıktır. Ancak daha doğru bir çözüm yasal düzenleme ile durumun netleştirilmesi olmalıdır.

e- ANAYASA MAHKEMESİNİN K.2011/165 KARAR SAYILI KARARI⁹

Velayeti anneye bırakılan küçüğün, küçük düşürücü ve alaya maruz bırakıcı isim ve soyadının değiştirilmesi talebi ile Siirt Asliye Hukuk Mahkemesine dava açılmıştır. Davada uygulanana 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının “*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*” biçimindeki kuralın, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı sebebiyle iptali talep edilmektedir.

⁹ E.2010/119, K.2011/165, Karar Günü: 8.12.2011, R.G. 14.02.2012-28204

2525 sayılı Soyadı Kanununda başka ilginç hükümlere de rastlamak mümkündür. Söz konusu kanununda aile birliğinin reisi hala “Koca” olarak işaret edilmektedir. Ayrıca aynı yasanın 4. Maddesine göre (son fıkra) eğer anne yeniden evlenmişse çocuğun adını belirleme hakkı anneye değil, baba cihetinden en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yoksa vasiye ait olacaktır¹⁰. Çocuk üzerinde annenin hakkı bu koşullarda erkeğin ailesinden ve vasiden önce değildir. Bu düzenlemenin de Anayasa Mahkemesi önüne gitmesi halinde iptali beklenir.

Anayasa Mahkemesi 2525 sayılı yasanın 4/2. maddesini OYBİRLİĞİ ile iptal ederken bu kez yukarıda belirtilen kararların aksine İHAM kararlarına doğru yollamalarda bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesinin iptal gerekçeleri şu şekildedir:

1- “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelemin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir.”

2- “Kimi kişilerin başka kurallara bağlı tutulmalarında haklı nedenler varsa, yasa önünde eşitlik ilkesine aykırılıktan söz edilemez. Bu nedenle, yaradılış ve işlevsel özelliklerin zorunlu kıldığı kimi ayrımlar haklı bir nedene dayandığı ölçüde eşitliği bozmadığı halde, sadece cinsiyete dayalı ayrımlar eşitlik ilkesine açık bir aykırılık oluştururlar.”

3- “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. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa’nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.”

Dikkat edilirse Anayasa Mahkemesi farklı muamelenin “haklı sebep” değerlendirmesinde cinsiyete dayalı ayrımcılığı bu kez kabul etmemiştir.

f- YARGITAY 2. HUKUK DAİRESİ TUTKU YURDAKUL KARARI¹¹

Kadının sadece kendi soyadını kullanmasına dair yürüyüşü gel-gitlerle ve çoğu kez de “git”lerle dolu bir macera olmuştur. Bu kez Yargıtay, kadının sadece kendi soyadını kullanmasına ilişkin olarak önüne

¹⁰ Kocanın vefatıyla karı evlenmiş veya koca evvelki fıkrada zikredilen sebeplerle vesayet altına alınmış ve evlilik de zeval bulmuş ise bu hak ve vazife çocuğun baba cihetinden olan kan hısımlarından en yakın erkeğe ve bunların en yaşlısına yok ise vasiye aittir.

¹¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.2011/7737 E., K.2012/16695.

gelen davada Anayasa Mahkemesinin 2011/49 karar sayılı kararına gönderme yapılarak yasa değişmediği sürece İHAM kararının uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir.

Yargıtay'a göre, "Burada ihlale yol açan, ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünü yorum tarzı değil, yasal düzenlemenin bizatihi kendisidir. Bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemeler yasaya uygun karar vermekle yükümlüdür. Bu bakımdan, yerel mahkemenin olayda uygulanma olanağı bulunmayan Anayasa'nın 90/son maddesinden hareketle ulaştığı sonuç, doğru olmadığı gibi, Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık etkisini de bertaraf edici niteliktedir. Böyle bir yaklaşım "yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi" sonucunu hâsıl eder. Bu ise Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği aile birliğinin ve bütünlüğünün kocanın soyadı üzerinden devamına ilişkin genel prensibi ve kamu düzenini bozar. Öyleyse davanın reddine karar verilmelidir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin yasal olmayan gerekçelerle yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır."

Yargıtay kararının buraya kadarki kısmı üzerinde yapılan değerlendirmede 2. Hukuk Dairesinin kararını Anayasa Mahkemesinin 2011/49 karar sayılı kararına dayandırdığı görülür. Daire, Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun bulduğu yasal düzenleme değişmediği sürece kanun hükmünü uygulama zorunluluğuna işaret etmektedir.

Bu noktada yapılacak ilk şey yasama organının harekete geçerek Medeni Kanunun 187. Maddesini Sözleşmeye uygun olarak değiştirmesidir. Üstelik Türk hükümeti bu hususu İHAM önündeki savunmalarında sürekli dile getirmektedir.

Yargıtay kararının arkasındaki ikinci sorun bizzat Anayasa Mahkemesinin verdiği karardır. Çünkü aslında 1982 Anayasasında kadının tek başına soyadını kullanmasına engel bir hüküm yoktur. Tersine Anayasanın 10. Maddesinin 2004 değişikliğinde yer alan kadınlar ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğu ve devletin de bunu hayata geçirmekle yükümlü olduğuna ilişkin düzenleme tam da kadının kendi soyadını erkekle eşit biçimde kullanmasına yol açacak bir hükümdür. Bu durumda medeni kanundaki düzenleme ile İHAS arasında bir çatışmadan söz edilebilir. Bunun çözümü de Anayasanın 90. Maddesi gereğince temel hakka ilişkin sözleşmenin yasaya üstünlüğünün hayata geçirilmesi ile mümkün olabilirdi.

Anayasanın 90/son fıkrasında yer alan değişikliğin önemli olmakla beraber birçok sorunu beraberinde getirdiği de açıktır. Belki biraz da bu sebeple sözkonusu düzenleme yargı kararlarında tam olarak hayata geçmemiştir. Özellikle temel haklara ilişkin uluslararası sözleşme anayasa çatışmasına açık çözüm getiren açık bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır. Bu tür bir hükmün anayasa mahkemesi kararı ile sözleşmenin çatışması halinde de yol göstereceği açıktır. Bir başka tercih de anayasa yargısı

yolunda da davanın esasına bakıldığı durumlar ve İHAM tarafından yasal düzenlemenin sözleşmeye aykırı bulunduğu durumlarda yargılamanın yenilenmesi olasılığı tartışılmalıdır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairenin karardaki ilginç tesbitlerinden biri de anayasanın 90. Madde hükmünün temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerle yasaların aynı konuda farklı hükümler içermesi gereğinden hareketle yapılan yorumdur. Daireye göre Türkiye'nin taraf olduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin başta İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ile temel hak ve özgürlükleri düzenleyen diğer sözleşmelerde, evli kadının “evlenmeden önceki soyadını muhafaza edeceğine” ilişkin açık bir hüküm ve düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile “aynı konuda farklı hüküm” söz konusu değildir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi “Tekeli-Türkiye” kararında kişinin soyadını, özel hayatın kapsamında kabul etmiş, Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesindeki düzenlemenin “evli kadına kocasının soyadını taşımayı dayattığını, bunun da soyadını seçme ve evlenmeden önceki soyadını muhafaza etme hakkını ortadan kaldırdığını” belirterek, yasal düzenlemenin Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen “özel hayata” müdahale oluşturduğunu kabul ederek ihlal kararı vermiştir.

Yargıtay 2. Dairesinin bu görüşüne katılmak mümkün değildir. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin yaşayan bir metin olduğu ve sözleşmenin yorumlanması yetkisinin İHAM'a ait olduğu kararda göz ardı edilmiştir. Ayrıca Anayasanın 90/son maddesinin 2004 değişikliğinde yer alan “aynı konuda farklı hükümler içermesi” ifadesinin çok dar olarak anlaşılması sonucuna da bu durum yol açacaktır. Anayasadaki bu ifadenin temel haklara ilişkin sözleşmelerin sadece pozitif metinleri değil, onun yanında İHAM gibi “yetkili denetim ve koruma organlarının¹²” kararlarını da içerir biçimde yorumlanması hakların güvence alınması bakımından son derece önemlidir.

g- İHAM'IN LEVENTOĞLU¹³, TUNCER GÜNEŞ KARARI¹⁴ ve TANBAY TÜTEN¹⁵ KARARLARI

Anayasa Mahkemesinin 2. soyadı kararından sonra bir dizi İHAM kararı ile karşı karşıya kalınmıştır. Her üç kararda da başvuru sahiplerinin

¹² M. Gülmez, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa, md. 90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 80.

¹³ Case of *Leventoğlu Abdulkadiroğlu v. Turkey*, Başvuru no: 7971/07, 28 Mayıs 2013, Final, 28/08/2013.

¹⁴ Case of *Tuncer Güneş v. Turkey*, Başvuru No: 26268/08, 3 Eylül 2013, Final, 03/12/2013.

¹⁵ Case of *Tanbay Tüten v. Turkey*, Başvuru no:38249/09, 10 Aralık 2013.

iddiası, evlendikten sonra sadece kendi soyadlarını kullanmak biçimindedir. Mahkeme bu yöndeki başvuruları kabul edilebilir bulmuştur.

Hükümet kararlardaki savunmasında, Medeni Kanununun 187. maddesinin Sözleşme ile uyumunu sağlamak üzere yasama çalışmaları olduğundan bahsetmektedir. Kararlar *Tekeli* kararı ile karşılaştırıldığında son derece kısa ve neredeyse “tıpkısı” biçimdedir.

Mahkemeye gönderilen dökümanların incelenmesi sonucu Mahkeme, hükümetin cinsiyet temelli ayrımcı müdahaleyi haklı çıkaracak ikna edici deliller ileri sürmediği kanaatine vararak özel hayat temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararların tümünde sonuç olarak, 14. maddenin 8. madde ile bağlantılı olarak ihlal edildiğine, oybirliği ile karar verilmiştir.

İHAM, bu kez çocuğun soyadına ilişkin olarak İtalya’ya karşı *Fazzo*¹⁶ kararında son derece önemli bir içtihat oluşturmuştur. Milano’da ikamet eden Alessandra Cusan- Luigi Fazzo çifti, 1999 yılında doğan kızları Maddalena’ya, annesinin kızlık soyadını vermek istemişler, fakat bu talepleri nüfus müdürlüğü tarafından reddedilmiştir. Yargı yoluna başvuran Fazzo çifti bu tür bir uygulamaya zorlamanın yasal temelleriolmadığını iddia etmişlerdir. Buna karşılık yargı makamları uygulamanın köklerinin toplumsal yapı ve İtalyan tarihine uygun olduğuna karar vermişlerdir. Kararda ayrıca İtalyan Anayasa Mahkemesinin kadının çocuğuna tek başına soyadını verememesine ilişkin düzenlemeyi ne ahlaki ve hukuki eşitliğe ne de anayasa korunan eşit vatandaşlık kavramına aykırı bulmadığına işaret edildiği belirtilmektedir. Mahkeme ayrıca Anayasa Mahkemesinin bu alanda düzenleme yapma yetkisinin parlamentoaya ait olduğunu vurguladığını da belirtmektedir.

İHAM ise kararında sözkonusu yasanın son derece sert ve kadınlara karşı ayrımcı olduğuna ve özel hayat temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme kararını verirken düzenlemenin İtalyan anayasa Mahkemesi tarafından vurgulanan ataerkil niteliği ve eşitlik ilkesine aykırılığı saptamasını da kararına dayanak olarak kullanmıştır. İHAM ayrıca İçtüzüğü’nün 46. Maddesini hatırlatarak bu alanda düzenleme yapma ve uygulamada değişiklik yapma yükümlülüğünü de de hatırlatmaktadır.

Türk Anayasa Mahkemesi evlilik dışı doğan çocuğun tanıma olsa bile annenin soyadını alacağına ilişkin kuralı evlilik içi ve evlilik dışı doğan çocukların babanın soyadını taşımaları bakımından eşitsizlik yarattığından hareketle anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir¹⁷.

¹⁶ *Case of Cusan and Fazzo v. Italy*, Başvuru no: 77/07, 7 Ocak 2014.

¹⁷ Esas Sayısı: 2005/114, Karar Sayısı: 2009/105, Karar Günü: 2.7.2009, R.G. Tarih-Sayı:07.10.2009-27369. “tanıma işleminin varlığına veya babalık hükmü verilmiş

Aşağıda ifade edileceği gibi kadının soyadına ilişkin mücadelesi İHAM kararlarının etkisiyle Anayasa Mahkemesini de zorlamaya başlamıştır. Bu sebeple Bireysel başvuru yolu ile varılan sonuç sürpriz değildir. Ama sorunun çözüldüğü anlamına da gelmemektedir.

h- ANAYASA MAHKEMESİNİN BİREYSEL BAŞVURU KARARI¹⁸

Kadının sadece kendi soyadını kullanmasına ilişkin olarak verdiği hukuk mücadelesi sırf anayasa yargısı boyutu ile 16 yılı doldurmuştur. Anayasa Mahkemesinin önceki çizgisinde ısrar eden ikinci soyadı kararının (K.2011/49) resmi gazetede yayım tarihi 21.10. 2011 dir. Bu tarihten itibaren 10 yıl süre ile aynı kanunun anayasa mahkemesi önüne itiraz yolu ile getirilmesi mümkün değildir. Bireysel başvurunun Türk hukukunda 23 Eylül 2011 den itibaren fiilen işlemesi sebebiyle artık bu yol aşılmadan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine de gitmek mümkün değildir.

Sorunun çözümünde biri siyasi diğeri yargısal iki yol kalmıştır: İlki MK. md. 187’yi değiştirmek. Diğeri ise bu kez anayasa mahkemesine bireysel başvuru yolu ile gitmek. Zira artık bu yolu aşmadan Anayasa mahkemesine bireysel başvuruda bulunmadan artık İHAM’ne gitme olanağı da yoktur.

Anayasa Mahkemesi anayasa şikayeti olarak önüne gelen başvuruda MK mf. 187 çerçevesinde yapılan uygulama karşısında cinsel olarak ayrımcılığa maruz tutularak özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmediği ve anayasal haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararını şu esaslara dayandırmıştır:

1- Anayasanın 17. maddesinde yer alan kişinin dokunulmazlığı, bireyin maddi ve manevi varlığının korunması hakkı çerçevesinde korunan isim hakkı İHAS nin 8. maddesi kapsamında korunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi İHAM kararlarından yararlanarak Sözleşme kapsamında “*kişiliğin serbestçe geliştirilmesi*” kavramına açıkça yer verilmemekle beraber, ismin kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, özel ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirildiğine işaret etmekte ve korunmaktadır. Anayasal açıdan ise madde 17 çerçevesinde; bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak

olmasına rağmen çocuğun babasının soyadını alabilmesini engelleyen itiraz konusu “... evli değilse ananın...” ibaresi, Anayasanın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırıdır, iptali gerekir.”

¹⁸ I. BÖLÜM, Başvuru Numarası: 2013/2187, Karar Tarihi: 19/12/2013

kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında yer aldığını belirtmiştir. Bu durumda kararın ilk aşamasında isim hakkı hem anayasada (md. 17) hem de sözleşmede (md.8) korunan bir hak olarak bireysel başvurunun konusu kapsamındadır.

2- İkinci aşamada Anayasa Mahkemesi isim hakkına bir müdahale olduğunu tespit etmektedir.

3-Anayasa Mahkemesi hakka yapılan müdahalenin anayasal güvence ölçütleri kullanılarak sınırlanıp sınırlanmadığını araştırmaktadır. Burada mahkeme yapılan müdahalenin “hukuki” olup olmadığını yani müdahaleye yetki veren bir yasal düzenlemenin olup olmadığını incelemektedir.

Bu değerlendirmede Anayasa mahkemesi hangi yasal düzenlemenin olaya uygulandığı ve uygulanması gerektiği değerlendirmesini yapmaktadır. Anayasa Mahkemesine göre uygulanan kural MK. md. 187 dir. Uygulanması gereken kural ise, Anayasanın 90/son hükmü gereği temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmelerdir¹⁹.

Mahkeme Anayasanın 90/son düzenlemesine göre, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan yargı dahil uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi ilginç bir yorum ile Anayasanın 90/son hükmünü bir “zımni ilga” kuralı olarak kabul etmekte ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetlerinin zımnen ilga edildikleri için ortadan kaldırıldığı sonucuna varmaktadır.

4- Sonuç olarak somut olaya uygulanan kural olan MK md 187'nin, bu kural Anayasa md. 90/son gereği uluslararası sözleşmeler karşısında zımnen ilga edildiği için, uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır. Zımnen ilga edilen bir yasa ile hürriyete müdahale edilmiştir. Hürriyetin sınırlanmasında kanunilik şartı yerine getirilmediği için müdahale anayasanın 17. maddesine aykırıdır.

¹⁹ Bunlar iHAS 8 çerçevesinde verilen kararlar, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 4. fıkrasında taraf devletlerin, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hak ve sorumluluklara sahip olmalarını sağlamak için gerekli tedbirleri alacakları; Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (g) bendinde ise yine taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliğine dayanılarak aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil her iki eş için geçerli, eşit kişisel haklar sağlayacaklarına ilişkin düzenlemelerdir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucu verdiği karar son derece önemlidir. Öncelikle temel haklara ilişkin uluslararası sözleşmeler ile yasaların çatışması halinde anayasa mahkemesinin yorumu özgürlükçü bir tercihtir. Bu yönüyle desteklenmelidir.

Şimdi tartışılacak husus ise Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının ve gerekçelerinin aynı tür davalara bakan mahkemeler üzerindeki etkisidir.

Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarının tarafları bağlayıcı subjektif kararlar olduğu, herkesi bağlayıcı sonuçlar doğurmayacağı ifade edilebilir. Anayasa m. 153/son da yer alan Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığına ilişkin hükmün bireysel başvuru kararları için geçerli olmadığı da başvurunun niteliği gereği dayanaksız argümanlar değildir.

Ancak, anayasa şikayetinin amacını ve anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğünü esas alan yaklaşım gereği haklı olarak bu kararlar ile somutlaşan ölçütlerin davaya bakmakta olan mahkemeler tarafından aynı ve benzer durumlar için dolaylı olarak bağlayıcılığına vurgu yapmakta ve bu yolla hak ihlallerinin en aza indirilmesi savunulmaktadır²⁰. Bu yorum anayasa şikayetinin objektif etkisi ile de örtüşmektedir²¹.”

Bir diğer yaklaşım ise, anayasa mahkemesinin yargı sistemi içerisindeki yeri ve otoritesinden hareketle mahkemelerin bu kararlara uygun yorum yapma gereğine işaret etmektedir²².

Anayasa şikayeti esas olarak subjektif nitelikli bir yargı yoludur. Ancak bu durum kararların aynı durumlarda uygulanması, emsal teşkil etmesine engel değildir²³. Devam eden davalar bakımından anayasa şika-

²⁰ İ.Ö. Kaboğlu, “Anayasa, Yargıçları da Bağlar” Birgün, <http://birgun.net/yazigoster/ibrahim-o-kaboglu/19-12-2013/anayasa-yargiclari-da-baglar-1448.html>, erişim tarihi 10.3.2014. Kaboğlu, bireysel başvuru kararlarının “doğrudan” ve “dolaylı” etkisinden bahsetmekte ve dolaylı etkinin aynı ve benzer konularda bulunan kişiler açısından söz konusu olacağını ifade etmektedir.

²¹ R. Mellinshof, “Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı, 2009, C. 26., s.33. “Anayasa şikayetinin işlevi, bireysel temel hakların korunmasıyla sınırlı değildir. Anayasa şikayeti usulünün bir diğer işlevi de objektif Anayasa hukukunun korunmasına, yorumlanması ve geliştirilmesine hizmet etmektir. Dolayısıyla, Anayasa şikayeti sadece subjektif temel hakların korunmasına değil, aynı zamanda objektif Anayasa hukukunun korunmasına da hizmet eden bir başvuru yoludur.”

²² Rıza Türmen, Düşünenlerin Düşüncesi, Milliyet, 19.12.2013 <http://gundem.milliyet.com.tr/balbay-karari-ve-tutuklu-vekiller/gundem/ydetay/1809485/default.htm>, erişim tarihi, 9.1.2014.

²³ Tolga Şirin, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti, (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul: XII Levha, 2013, s. 662 vd.

yetinin amacı ve anayasa mahkemesinin niteliği dikkate alınarak sözkonusu somut karar verilmemiş gibi davranmak hukuka olan saygı ve güveni sarsacak, hakkın teslimini geciktirecektir. Gecikmiş adaletin adalete götürmeyeceği de açıktır.

II- ETNİK TEMELLİ SOYADI KARARLARI

a-ANAYASA MAHKEMESİNİN 2011/51²⁴ KARAR SAYILI KARARI

Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından anayasa Mahkemesi önüne götürülen başvuruda 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde yer alan "...yabancı ırk ve millet isimleriyle..." ibaresinin, Anayasa'nın 10. maddesine aykırılığı savıyla iptali istenmektedir.

Olayda Süryani kökenli bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Favlus Ay ad ve soyadını Paulus Bartuma olarak değiştirmek için dava açmıştır. Davacı Süryanice bir kelime olan -Bartuma- 'yı soyadı olarak kullanmak istemektedir. Başvuru 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun aşağıda verilen 3. Maddesine dayanılarak reddedilmiştir:

"Madde 3- Rütbe ve memuriyet, aşiret ve **yabancı ırk ve millet isimleriyle** umumi edeplere uygun olmıyan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz."

Maddenin "**yabancı ırk ve millet isimleriyle**" kısmının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi hükmü 17 yargıçtan sekizinin karşı oyunun bulunduğu bir karar ile Anayasaya uygun bulmuştur.

ANAYASA MAHKEMESİNİN GEREKÇELERİ ŞUNLARDIR:

Anayasa Mahkemesi iki dayanak bakımından diğer soyadı kararlarında da kullandığı şablonu kullanmaya devam etmiştir.

1-"Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."

2- "Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Soyadı üzerindeki hak, mutlak haklardan olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilmekte ve yasayla özel olarak

²⁴ Esas Sayısı: 2009/47, Karar Sayısı: 2011/51, Karar Günü: 17.3.2011, R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2011-27992

korunmaktadır. Ayrıca soyadı kullanmak, yasakoyucu tarafından kişiye yüklenmiş bir yükümlülüktür. Nitekim 2525 sayılı Yasa'nın 1. maddesindeki "Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur" kuralı ile bu yükümlülük açıkça belirtilmiştir.

Soyadının, bir kimsenin kimliğini belirleme işlevi yanında ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme ya da kişinin hangi kökene, topluluğa veya ulusa ait olduğunu belirleme işlevi de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması, ulusal birliğin sağlanması, dil ve dil kimliğinin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır. Kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca soyadı kullanımına yapılan bu müdahalede, Anayasaya uygun olmak koşuluyla yasakoyucunun takdir hakkının bulunduğu açıktır."

3- "Yasakoyucu kural ile birleştirici, bütünleştirici, çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen, ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir.

Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaşmalarının önlenmesi nedeniyle yasakoyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde kalmaktadır".

Anayasa Mahkemesinin kullandığı üçüncü dayanak, farklı gibi görünmekle beraber ailenin birliği ve bütünlüğünden ulusun birliği ve bütünlüğü kavramına geçiş yapıldığı ve bu kez kadının kocaya tabi olması yerine azınlığın çoğunluğa tabi olmasında KAMU DÜZENİ VE YARARI bulunmuştur. Tabi bu alan da devletin takdir yetkisi içinde bırakılmıştır.

Mahkeme bu tezini, esasın incelenmesine başlarken Soyadı Nizamnamesinin 1934 deki Meclis tutanaklarına giderek saptadığı "milli birlik ve bütünlük amacı" ile de desteklemiştir. Anayasa mahkemesinin bu yorumu kabul edildiği zaman bile maksadını aşan bir düzenleme olarak bugünün koşullarını karşılamadığı belirtilerek eleştirilmiştir²⁵.

²⁵ O.A. Paksüt'ün karşıoyu:"... Soyadı Kanunu'nun kabulü sırasında toplumsal bütünlüğü sağlama kaygısıyla ve o gün dahi amacını aşan şekilde yasalaştığı anlaşılan kuralın mevzuatımızdan temizlenmesi için iptali gerektiği..". H. Kılıç ve E. Yıldırım'ın karşıoyları: "1934 yılında anlaşılabilir olan bu kural..."

Karşıoylarda iptali istenen kuralın birleştirici bütünleştirici olmaktan ziyade bütünlüğe zarar verdiği haklı olarak vurgulanmıştır²⁶.

4-Anayasa Mahkemesi daha önceki soyadı kararlarında yaptığı gibi İHAM kararları ile süslemiştir:

“...nüfusun eksiksiz olarak kaydedilmesi, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğu...”

Daha önceki soyadı kararlarında görüldüğü gibi Anayasa Mahkemesi, İHAM kararlarından yaptığı alıntılarını kararların sadece bir kısmına giderek diğer değerlendirmeleri ve sonucu görmezden gelerek yapmaktadır.

5-Karar yeni alınacak soyadını yabancı ırk ve millet ismi olarak almak isteyen herkese ayırım gözetmeksizin uygulandığı için kuralın, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bir yönü de bulunmamaktadır diyerek bağlanmaktadır.

Anayasa mahkemesinin bu yorumu her şeyden önce bir Türkiye Cumhuriyeti vatandaşının etnik kökenine ait bir kelimeyi YABANCI olarak nitelendirmesi ile tartışmaya açıktır.

6-Kararın karşı oylarında millet kavramının tanımına subjektif farklı biçimlerde yapıldığı görülmektedir. Bu ve objektif milliyetçilik kavramlarını vurgular şekilde farklı yaklaşıldığı görülmektedir:

“Bir insan topluluğunu oluşturan bireylerin ortak kaderi paylaşan bir birlik olma konusundaki iradeleri millet olgusunun olmazsa olmaz koşuludur. Dil, din, etnik ve ırk farklılıkları millet olmaya engel değildir. “Yabancı ırk ve millet isimleriyle” ibaresindeki “yabancı” kelimesi Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları arasında çoğunluğu oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini topluluklara mensup olanları ima edecek şekilde anlaşılmalıdır²⁷.”

Aynı yönde: “Türk Milleti kavramının Türk ırkı ile eş anlamlı olmadığıdır.²⁸”

²⁶ H. Kılıç ve E. Yıldırım'ın karşıoyları:“... bu kural, günümüzde bütünleştirici ve birleştirici olmak bir yana, vatandaşların bir kısmında, özellikle çoğunluğu oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini kimliğe sahip olanlar arasında haklı olarak ayrımcılığa uğradıkları kanısını doğurmakta, bu da milli birlik ve beraberliğe aslında zarar vermektedir.”

²⁷ H. Kılıç ve E. Yıldırım'ın karşıoyları.

²⁸ O.A Paksüt'ün karşıoyu.

Diğer yönde bir başka karşı oyda millet kavramının içine objektif milliyetçiliğin kriterlerinin de yerleştirildiği de görülmektedir²⁹:

“Millet ise çoğunlukla aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, ülkü, duygu, gelenek ve görenek birliği olan insanların oluşturduğu topluluk olarak tanımlanmaktadır.”

7- Kararın ilginç yönlerinden biri de her ikisi de bireyin kimlik hakkına ilişkin olmakla beraber Anayasa Mahkemesinin kadının soyasına ilişkin 2. Kararı ile 2011/51 karar sayılı kararını veren yargıçların aynı olmasıdır. Daha da ilginç olan ilk kararda karara katılmayıp karşıoy yazan dört yargıç ikinci kararda karşıoy yazmayıp karara katılmışlar, etnik temelli soyadının kullanılmasının yasaklanmasını anayasaya aykırı bulmamışlardır³⁰. Kadının sadece kendi soyadını kullanmasına ilişkin yasağı anayasaya uygun bulan dört yargıç da, bu kez yabancı soyadını anayasaya aykırı bulmaktadır³¹. Yargıçlardan sadece dördünün her iki kararda da karşıoyu bulunmaktadır³². Aynı hukuki temele sahip iki kararda yargıçların bu farklı tutumlarını anlamak kolay değildir.

Anayasa Mahkemesi, 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinin “*Aynı konuya ilişkin olarak nüfus kaydının düzeltilmesi davası ancak bir kere açılabilir.*” biçimindeki birinci cümlesini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir³³. Kararın gerekçesi iki ayrı Anayasa Mahkemesi olduğu izlenimi yaratmaktadır:

“Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir parçası olan kimliği ve aile bağlarıyla ilgili bilgileri içeren nüfus kayıtlarında haklı nedenlerin varlığı halinde değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkı, maddi ve manevi varlığını koruma, geliştirme hakkı kapsamında olup, bunun dava yoluyla bir defadan fazla talep edilememesini öngören kural Anayasa'nın 17. maddesi ile bağdaşmamaktadır.

Öte yandan, itiraz konusu kuralla kişilerin ad, soyadı, cinsiyet ve doğum kaydı gibi bilgilerinde herhangi bir nedenle meydana gelen değişikliklerin resmi kimlik kayıtlarında yer almasını sağlamak amacıyla dava açmaları hak arama özgürlüğünün doğal bir sonucudur. Ancak dava hakkının bir kere ile sınırlandırılarak maddi gerçeğin resmi kayıtlara geçmesinin engellenmesi hak arama özgürlüğüne müdahale niteliğindedir.”

²⁹ H. Dursun'un karşıoyu.

³⁰ Bu yargıçlar, Kaleli, Pektaş, Özgüldür ve Kömürcü'dür.

³¹ Bu yargıçlar; Kılıç, Tercan, Dursun ve Akıncı'dır.

³² Bu yargıçlar, Paksüt, Kantarcıoğlu, Oto, ve Yıldırım'dır.

³³ E. 2011/34, K. 2012/48, Karar Günü: 30.3.2012, R.G. Tarih-Sayı: 06.10.2012-28433

b- YARGITAY'IN KÜRDİSTAN KARARI³⁴

Bireyin isim hakkı konusunda ve özellikle etnik temelli isimler hakkında Yargıtay'ın önemli kararları bulunmaktadır³⁵. Bu kararlardan belki de en önemlisi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Mizgin adının kullanılması ile ilgili olarak verdiği içtihatır. Yargıtay'a göre: "Ad üzerindeki bu hak Anayasamızda güvence altına alınmış bulunan temel hak ve özgürlükler kapsamında olup, her Türk yurttaşının milli kültür ve çağdaş hukuk düzeni içinde eşit olarak yararlandırılması ilkesine dayandırılmıştır".

Yargıtay'ın bu yöndeki kararları bugün de devam etmektedir. Bir kız çocuğuna verilen 'Kürdistan' isminin, Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından "çocuğu ve toplumu rencide edeceği" gerekçesiyle 'Helin' olarak değiştirilmesine ilişkin olarak Yargıtay 18. Hukuk dairesine ulaşan davada Yargıtay "isim verme hakkının anne ve babaya ait olduğu" belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuş ve 'Kürdistan' adının kullanılabilmesine karar vermiştir.

Daireye göre; "Her kişinin bir adı olması zorunlu kılınmıştır. Bu zorunluluk kişinin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir öğesini oluşturan adını özgürce seçmesi ve onurla taşıması için kendisine tanınmış bir temel kişilik hakkıdır. Bu hak Anayasa'da güvence altına alınmış, temel hak ve özgürlüklerden olup, her Türk yurttaşı eşit olarak yararlanır. İlgili yasalarda çocuğun adını koyma hakkı anne ve babaya aittir. Ayrıca adın yabancı kökenli olması da onun değiştirilmesini gerektirmez. Gerçek kişilerin ön adlarının düzenlendiği yasal mevzuat kapsamında söz konusu ismin tescilini ve kullanılmasını engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bu hakkın kullanılmasını ortadan kaldıracak şekilde mahkemece mevcut ismin silinerek yerine re'sen Helin isminin verilmesi hukuken mümkün değildir. Hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kararın bozulmasına oy birliği karar verilmiştir."

Ad konusunda bir diğer sorun ismin yazılışında kullanılan alfabeye ilişkin olarak ortaya çıkmıştır. Anayasa Mahkemesinin üç yıllık karar bilançosunu ortaya koymayı hedefleyen bu çalışmanın sınırlarını aşan bir tartışma olduğundan sadece hatırlatılmakla yetinilecektir³⁶.

³⁴ HÜRRIYET, 13.7.2013.

³⁵ Kararlar için bkz. S.Üzeltürk, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul, 2004, s. 134 vd.

³⁶ Kemal Taşkın ve Diğerleri kararı, (Başvuru no: 30206/04, 37038/04, 43681/04, 45376/04, 12881/05, 28697/05, 32797/05 et 45609/05) İHAM Başvurucuların isimlerini Türk alfabesinde olmayan harflerle yazma taleplerinin reddini yetkililerin takdir marjını aşmadıklarından bahisle sözleşmenin 8. Maddesine aykırı görmemiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. S. Tahmazoğlu Üzeltürk, "Uyum Yasaları ve İHAS 14 Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasası", Danıştay'da 24-25 Ekim 2003 ta-

c- GÜZEL ERDAGÖZ - TÜRKİYE DAVASI³⁷

Başvurucu 1930 doğumludur ve Kars'ta ikamet eden bir çiftçidir. Adı nüfusa "Güzel" olarak kaydedilmiştir. Yazılışı "Gözel" olan adının yasal kayıtlarda "Güzel" olarak yer alması nedeniyle tarım destek kredisini alamamıştır. Adının "Gözel" olarak değiştirilmesi talebi bilirkişinin Türk Dil Kurumu'nun yayınladığı Türkçe sözlükte "güzel" sözcüğünün yer aldığını, bu kullanımın imlasının doğru olduğunu, "gözel" kelimesinin ise Türkçe sözlüklerde yer almayan fakat yöresel bir kullanım olduğunu belirtmiş ve Mahkeme de başvurucunun talebini reddetmiştir. Yargıtay da kararı onamıştır.

İHAM kararında ulusal mahkemelerin başvuranın talebini reddetme gerekçelerinin esasen bu ismin Türkçe sözlükte bulunmaması olduğunu, işaret etmektedir ve ayrıca mahkemenin karar gerekçesinin açık bir mevzuat uygulamasına dayanmadığını belirtmektedir. Mahkemeye göre Nüfus Kanununun ilgili maddesinin Türkçe sözlükte yer almayan adların kaydedilmesine ilişkin genel bir yasak olarak yorumlamak güç olması yanında Türk adlarının çok çeşitli dilsel kökenleri olduğu gerçeği ile ve sözleşmenin 8. Maddesi ile de bağdaşmayacaktır.

Mahkemeye göre hem sınırlama açık bir mevzuata dayanmamaktadır. Red talebinin yeterli ve uygun bir gerekçesi yoktur ve bu tür bir sınırlama demokratik toplumda gerekli değildir.

Erdagöz davası Anayasa Mahkemesinin 2011/51 karar sayılı kararının karşısına konulacak bir karar olarak değerlendirilebilir. Bundan sonraki süreçte bireysel başvurularda da gündeme geleceği söylenebilir.

SONUÇ OLARAK; bireyin ismi, kimliği konusunda bazı istisnalar olmakla beraber ulusal yargı makamları iyi sınavlar verememişlerdir. Kadının sadece kendi soyadını kullanması talebi gibi son derece basit bir durum karşısında bile büyük bir dirençle karşılaşılabilmekte, uluslararası hukuk göz ardı edilebilmektedir. Üstelik bu yol son derece zorlayarak, İHAM kararları eksik yorumlanarak yapılmıştır.

Kadının soyadının bireysel başvuru yolu ile tanınması büyük ölçüde artık sona gelmesinden ve özellikle de uluslararası mekanizmaların zorlamasından kaynaklanmaktadır. Yazık ki Türk uygulamasında içeriden gelen değil dışarıdan gelen seslere karşı duyarlılık görece daha fazladır.

rihleri arasında düzenlenen "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı" Sempozyumunda sunulan Tebliğ.

³⁷ Güzel Erdagöz / Türkiye, 21 Ekim 2008, Başvuru no: 37483/02, Kararın Türkçe çevirisi için bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/37483-02.pdf>, erişim tarihi 1.2.2014.

Ancak soyadı konusunda sorun henüz bitmemiştir. Karşılaştırmalı hukukta da benzer gelişmeler işaret edilebilir. Türk medeni hukuku açısından son derece önemli bir kaynak olan İsviçre’de 1 Ocak 2013’ten itibaren geçerli olan düzenlemeye göre eşlerden her biri evlendikten sonra kendi soyadını taşıyabilecek, isterlerse tek bir soyadı kullanabilecekler ve tercihlerini nikahta beyan edeceklerdir. Bu durumda çocuğun soyadını da eşler birlikte belirleyebileceklerdir. Eşler evli değilse çocuk annenin soyadını taşıyacak, ancak anlaşma halinde babanın soyadını da alabilecektir. Türkiye’de yakın zamanda benzer yasal düzenlemeler yapmak durumunda kalacaktır. Kalmalıdır. Sorunun temelinde şüphesiz yasama organının bu alanda sessiz kalması da yatmaktadır.

Kadının soyadı konusundaki direnç, etnik temelli isim davalarında da farklı değildir. Bu konuda Yargıtay kararları çok daha ileri noktalarda iken, Anayasa Mahkemesinin yorumu kadının soyadının arkasındaki tabiyet anlayışından farklı değildir.

Ayrıca Anayasa Mahkemesinin kadının soyadı ve etnik temelli isimler dışında isim hakkına bakışı oldukça liberal görünmekte ve özünde İHAM çizgisini aratmamaktadır. Bu durum bazen iki ayrı Anayasa Mahkemesi var izlenimi yaratmaktadır.

İHAM, *Daróczy* kararında³⁸ başvurucunun elli yıl önce evlendikten sonra aldığı ve bu süre içinde kullandığı soyadının değiştirilmesi karşısında düzenlemenin kadının çıkarlarını kollamadığına ve katılığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre isim, bireyin öz-kimliği ve kendini tanımlamasında kilit kavramlardandır. Bu alanda haklı bir sebep olmaksızın sınırlama getirmek, veya ismi ilgili sebepler olmadan değiştirmek Sözleşmenin 8. Maddesinin amacı olan bireyin kişisel gelişimi ve kendi geleceğini tayin hakkının korunmasına aykırıdır. Soyadı meselesine yaklaşımın tabiyet esas alınmaksızın bu merkezde biçimlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır.

SORU: Çocuğun soyadına ilişkin olarak anne babanın öncelikle uzlaşması aranır. Eğer bu konuda anne ve baba uzlaşmıyorsa farklı tercihler düşünülebilir:

³⁸ Case of *Daróczy v. Hungary*, Başvuru no: 44378/05, 1 Şubat 2008, Final 01/10/2008. Bayan Tibor Ipolyné Daróczy Macar vatandaşı ve 1933 Budapeşte doğumludur. 1950 de bay Tibor Ipoly Daróczy ile evlenmiştir. Doğum sertifikasına göre Bay Tibor Ipoly Daróczy iki soyadı taşıma hakkına sahiptir. Başvurucunun eşi nikah belgesini Tibor Daróczy olarak imzalamıştır. Başvurucu da Tibor a son ek (ne) ekleyerek eşinin adını almış ve Tiborné Daróczy olarak kaydetmiştir. Yani başvurucunun evlilik sonrası soyadı budur. Daha sonra kadının eşinin soyadının bütününe alması gerektiği ve Tibor Ipolyné Daróczy olarak kaydedilmesi ve aksi durumun yasalara aykırı olduğu ortaya çıkmıştır.

- 1- Ataerkil bir anlayışla otomatik olarak çocuğun babanın soyadını alması. Bu tercih tüm tartışmaları yeni baştan yapmaya yol açacaktır.
- 2- Annenin soyadının çocuğa verilmesi bir öncekinden daha adil bir sonuçtur anne ve çocuğun inkar edilemez bağlantısı düşünüldüğünde.
- 3- İdari veya yargısal bir otoritenin çocuk adına karar vermesi.

KAYNAKÇA

GÜLMEZ Mesut, İnsan Hakları Uluslararası Sözleşmelerinin İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, (Anayasa, md. 90/son), Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2004, s. 38-82.

KABOĞLU İbrahim Ö., “Anayasa, Yargıcları da Bağlar” Birgün, <http://birgun.net/vazi-goster/ibrahim-o-kaboglu/19-12-2013/anayasa-yargiclari-da-baglar-1448.html>, erişim tarihi 10.3.2014.

MELLİNGHOF Rudolf, “Federal Almanya Cumhuriyetinde Anayasa Şikayeti, Anayasa Yargısı, 2009, C. 26., s. 31-44.

ŞİRİN Tolga, Türkiye’de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru): İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul: XII Levha, 2013.

TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK Sultan, “Uyum Yasaları ve İHAS 14 Bağlamında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Danıştay’da 24-25 Ekim 2003 tarihleri arasında düzenlenen “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve İdari Yargı” Sempozyumunda sunulan Tebliğ.

TÜRME Rıza, Düşünenlerin Düşüncesi, Milliyet, 19.12.2013 <http://gundem.milliyet.com.tr/balbay-karari-ve-tutuklu-vekiller/gundem/ydetay/1809485/default.htm>, erişim tarihi, 9.1.2014.

ÜZELTÜRK Sultan, 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, Beta, İstanbul, 2004.