

KADININ VELAYET HAKKINA SAPİH ÇOCUĞUNA KENDİ SOYADINI VEREBİLMESİ VE KADININ EVLENDİKTEN SONRA SOYADINI TEK BAŞINA KULLANABİLMESİ

ŞEYMA KUTLUTAN – 241231006

TC. İSTANBUL GEDİK ÜNİVERSİTESİ
ANAYASA HUKUKUNUN GÜNCEL SORUNLARI

KADININ VELAYET HAKKINA SAHİP ÇOCUĞUNA KENDİ SOYADINI VEREBİLMESİ VE KADININ EVLENDİKTEN SONRA SOYADINI TEK BAŞINA KULLANABİLMESİ

ÖZET: Velayet hakkına sahip olunan çocuğa kadının kendi soyadını verebilmesi, velayet hakkının bir uzantısıdır. Dolayısıyla kadının kendi soyadını çocuğuna verebilmesi, eşitlik ilkesinin getirisi olan bir haktır. Kişinin soyadı kendisine sıkı sıkıya bağlı olan haklarından bir tanesidir. Soyadı, kişilik haklarının bir parçasıdır, bu noktada AY m. 17 ile düzenlenen kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında ele alınacaktır. Ayrıca hem özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında hem de kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamında AİHS m.8 bağlamından uluslararası alanda korunmaktadır.

**AYM 8.12.2011 tarih ve E.2010/119, K.2011/165
2525 SAYILI SOYADI KANUNUNDA DEĞİŞİKLİK**

Kararda, velayet hakkı ve bu bağlamdaki yetkilerin kullanımı da dâhil olmak üzere cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcılıkla ilgili hususların insan hakları ile ilgili birçok uluslararası hukuk belgesinde de yer aldığı, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun evliliğin feshi veya boşanma hâllerinde anasına tevdi edilmiş olsa bile çocuğun, babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağını belirten hükmünün, 8/12/2011 tarihli kararla Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırı görülerek iptal edildiği, bunun yanı sıra Türk hukukunda ad ve soyadın belirli nedenlere dayanarak değiştirilmesine imkân tanındığı, bu bağlamda 4721 sayılı Kanun'un 27. maddesinde adın değiştirilmesinin haklı sebeplere dayanarak talep edilebileceğinin düzenlendiği belirtilmiştir.

Sonuç olarak boşanma sonrası velayeti anneye verilen çocuğun soyadının değiştirilmesi hususunda açık bir düzenlemenin bulunmaması ve farklı yargı kararları verildiği dikkate alındığında, başvuruya konu müdahalenin dayanağı olarak gösterilen kuralın, başvurucunun velayeti altındaki çocuğun soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi şeklindeki müdahale bağlamında belirlilik şartını sağlamadığı ve bu yönüyle müdahalenin kanunilik unsurunu taşımadığı belirtilerek Anayasa'nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.

KADININ VELAYET HAKKINA SAHİP ÇOCUĞUNA KENDİ SOYADINI VEREBİLMESİ

Bu noktada Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararları üzerinden gitmek ve incelemek gerekecektir.

(Havriye Özdemir, B. No: 2013/3434, 25/6/2015, § ...)

İlgili karar uyarınca, boşanma davasından sonra velayeti anneye bırakılan çocuk hakkında yapılan resmi işlemler esnasında soyadının farklı olmasına dayanarak sorunlar yaşandığı, her defasında aile kayıt tablosu ve boşanma ilamını sunmak zorunda kaldığı beyan edilmiş ve bu suretle ilk derece mahkemesinde dava açılmış ancak dava, 2525 sayılı kanunun 4. Maddesine dayandığı halde bu husus mahkeme tarafından değerlendirmeye alınmayarak ve tabiri yerindeyse gerekçesiz bırakılarak, açılan davanın reddine karar verilmiştir.

Velayet hakkı, çocuğun bakımını üstlenene ana veya babaya hak ve yükümlülükler yükler. Bunlar eğitim, öğretim, barınma, sağlık giderleri, çocuğun malvarlığı değerlerinin yönetilmesi,

çocuğunu temsili olabileceği gibi, verilecek örnekler çoğaltılabilir. Velayet hakkına ilişkin olarak ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velayeti altında olduğunu, eşlerin ayrılması durumunda ise boşanma davası sonucunda hâkim kararı ile çocuğun velayeti ana veya babaya verilebilir. Eşlerden birinin ölmesi halinde velayet hakkı sağ kalan eşe verilir.

Velayet hakkının yetkileri dahilinde çocuğun soyadının belirlenmesi ise, 2525 sayılı Kanun ‘un 4. maddesinin, 2. fıkrasına dayanmakta idi. Ancak, bu hüküm Anayasa Mahkemesi tarafından, 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

Esasen söz konusu düzenlemenin 17/2/1926 tarihli ve 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nin 152. maddesinde yer alan, kocanın evlilik birliğinin reisi olduğu kabulüne dayandığı anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Kanun ile söz konusu düzenleme kaldırılmış ve eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri, birliği beraberce yönetecekleri, eşlerden her birinin, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edecekleri yönünde düzenlemeler getirilmek suretiyle eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu kabul edilmiştir.

Bakanlık Görüşünde, “isim hakkı’nın AY m.17 kapsamında değerlendirildiği bildirilmiştir.

Anayasa’nın 17. maddesinin birinci fıkrasında herkesin, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup bu düzenlemede yer verilen “maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı”, Sözleşme’nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır. Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim hakkı da Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa’nın 17. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla birlikte somut başvuruda olduğu gibi velayet hakkı tevdi edilen çocuğun soyadının, başvurucunun kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebi, velayet hakkı ve bu kapsamdaki yetkilerin kullanımı ile ilgili olmakla, Anayasa’nın 20. maddesi kapsamında ele alınması gereken bir hukuki değerdir.

Velayet hakkı bu bağlamda yetkilerin kullanımı bakımından, cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyete dayalı ayrımcı tutumlar ve unsurlar, insan hakları ile ilgili pek çok uluslararası belgede yerini almaktadır.

Türkiye’nin 4/6/2003 tarihinde onayladığı, **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 Türü 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 sağlayacakları düzenlemesine yer verilmiştir.

Somut olay açısından ise, velayeti anneye tevdi edilen çocuğun soyadını kendi soyadı ile değiştirme talebinin, yargı makamlarınca reddedilmesinin kişinin aile hayatına saygı hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir.

KADININ EVLENDİKTEN SONRA SOYADINI TEK BAŞINA KULLANABİLMESİ

(Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, § ...)

Başvuru, evli olan kadının kendi soyadını tek başına kullanabilmesine engel olan MK m.187 hükmüne ilişkindir. Kadın -erkek eşitliğine aykırı ve cinsel ayrımcılığa yol açan hüküm hem aile hayatının gizliliği hem de özel hayatın korunması hakkının ihlaline neden olduğu öne sürülerek, anayasanın ihlalini tespitine ilişkindir.

Başvuruya konu hüküm şöyledir; *“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”*

İstanbul Barosu’na bağlı bir avukat olarak çalışan Sevim Akat, evlendikten sonra soyadının Akat Eşki olmasına dayanak göstererek soyadının yalnızca evlenmeden önceki soyadı ile kalmasını talep etmiştir. Başvurucu, resmi işlemlerini kendi soyadı ile yaptığını bu durumun sorun ve çelişki teşkil ettiğini belirtmiş ve dava etmiştir. Ancak, davanın reddedilmesi üzerine bireysel başvuru yoluna gidildiği görülmektedir. Anayasa’nın 2 – 10 – 12 – 17- 20 – 41 – 90. maddelerinin ihlal edildiğinden bahisle, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasını talep etmişlerdir.

Adalet bakanlığı görüş yazısında, AHİM, erkeklerin evlendikten sonra kendi soyadlarını tek başına kullanabilmelerine karşın, kadınların evlendikten sonra soyadlarını tek başına kullanamayıp eşinin soyadı ile birlikte kullanabilmesini, cinsiyetler arası eşitlik ilkesine aykırı bulmuş ve AY m.14 kapsamında ihlalin varlığına kanaat getirmiştir. Başvurucu tarafından açılan davada, 4721 sayılı Medeni Kanun’da kadının soyadını tek başına kullanabileceğine dair bir düzenleme bulunmadığı için davanın reddine karar verilmiştir.

Başvurucunun, bakanlık görüşüne cevaben verdiği dilekçede ise, AHİM tarafından verilen ihlal kararlarına rağmen, iç hukukta gerekli yasal düzenlemenin yapılmadığını ve bu durumun birçok somut başvuru nedeni oluşturduğunu ifade etmiştir.

Belirtilen ihlal, kapsamı gereği sadece AY m.17 – Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı ile değerlendirilecektir ve AİHS m.8 Özel ve Aile Hayatına Saygı kapsamında incelenecektir. Başvuruya konu hak isim hakkıdır.

Anayasa’nın “Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

Sözleşme’nin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin

ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

Özel yaşam kavramı, özel yaşama saygı hakkının alt kategorisine girmektedir. AİHM tarafından oldukça geniş yorumlanmaktadır. Özel hayat kavramına ilişkin olarak spesifik bir tanım yapmak istenmemiştir. Bu yönüyle bile hakkın dar ve sınırlayıcı bir yoruma tabi tutulması önlenmek istenmiştir. Kişinin bireyselliğinin yani bir kişiyi diğerinden ayıran tüm özelliklerin hukuki bir zemine aktarılması çok önemlidir. Birçok uluslararası insan hakları belgesinde “kişiliğin serbestçe geliştirilmesi” kavramına yer verilmekle beraber, Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediği görülmektedir. Özel hayat kavramı, eksiksiz bir tanımla bulunmayan geniş bir kavram olup, bilakis tanımlara sığdırılarak anlam ve kapsam daraltılmasına uğramasından kaçınılan bir kavramdır. Bu kapsamda korunan hukuki değer esasen kişisel bağımsızlıktır. Bu koruma bir taraftan herkes tarafından müdahale edilebilecek, istenmeyen bütün davranışlardan uzak, kendine özel bir ortamda yaşama hakkına sahip olduğuna işaret eder. Diğer taraftan özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceği açıktır. Yani özel hayat bir nevi dış dünya ile vardır.

Westin’e göre mahremiyet sadece kişilerin değil, grupların ve kurumların da kendilerine ait verilerini ne zaman, nasıl ve ne ölçüde diğer kişi veya kurumlara aktarılabilirliğini kendilerinin belirleme hakkıdır. Fisher-Hubber ise mahremiyetin üç niteliğe sahip olduğunu ifade eder:

1. Mekânsal mahremiyet, bireyi kuşatan yakın fiziksel alanı korur.
2. Kişi mahremiyeti, kişiyi haksız müdahalelere karşı korur.
3. Veri mahremiyeti, kişisel bilgilerin toplanma, saklanma ve dağıtımının nasıl yapılacağını veya yapılmayacağını kontrol etmeyi gerektirir.

Mahremiyet kişi özgürlüğünün bir parçasıdır bu nedenle, mahremiyetin ihlali demek, özgürlüğün ihlali demektir. Mahremiyet kelimesi Arapça kökenli olup, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre gizlilik demektir. Yani hayatın olağan akışı gereği, mahremiyet özel hayatın bir parçasıdır.

Özel hayata kanuni olmayan yollarla müdahale edilmesi TCK kapsamında Özel Hayatın Gizliliğinin İhlali suçunu oluşturur. İnsan her ne kadar toplumsal bir varlık olsa da her daim toplum ile iç içe geçmiş bir hayat yaşamaz. Böyle olması da beklenemez. Sadece kendine ait olan, kendi kararlarını verebildiği, düşünebildiği, kendine özgü hareket edebildiği ve bu özgürlüğü kendi çapında yaşayabildiği gizli alan, onun özel hayatıdır. Bu alan kişinin kişilik haklarını oluşturduğu alandır. Cinsel hayatı, eğitim hayatı, çalışma hayatı, ev hayatı, medeni hali, dini inancı, kişisel verileri, seyahatleri ve alışverişleri özel hayatının bir parçası olabilir. Bir insana yalnızca izin verdiği müddetçe yaklaşabiliriz, özel hayat kavramı da böyledir, iradi bir paylaşım söz konusu ise ancak o zaman özel hayatın paylaşılması mümkündür.

AİHS m.8 kapsamında her ne kadar özel hayatın ve aile hayatının korunduğundan bahsedecek olursak, spesifik olarak bir düzenleme getirilmediği, daha doğru bir ifadeyle somutlaştırılmadığı görülmektedir. Ancak ad ve soyad hakkı bu madde kapsamında değerlendirilebilir çünkü, kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, belli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı içerdiği, AİHM’e

göre soyadı, mesleki bağlamın yanı sıra, bireylerin özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemli olup, onları dış dünyaya tanıtma fonksiyonunu üstlenmektedir.

Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan, fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır.

Başvuruya konu yargılama kapsamında başvurusunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerinin kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediği görülmekle, belirtilen uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır.

Anayasa'nın 17. maddesinde, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir.

Hakkın özüne dokunulmadığı müddetçe, temel hak ve hürriyetler sınırlandırılabilir. Her ne kadar m.17 kapsamında bir sınırlama ölçütü öngörülmemiş ise de AY m.13 kapsamında sayılan şartların varlığı halinde demokratik toplum düzenine aykırı olmamak kaydıyla kanunilik unsuru taşıyacak şekilde hakların kısıtlanması mümkündür.

Başvuruya konu yargılama kapsamında, başvurusunun evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanmasının herhangi bir kanuni düzenleme ile saptanmamasının, bu nedenle de yetkili idari merciler ve yargı organları tarafından kullanımının mümkün kılınmaması şeklindeki uygulamanın kişinin, kimliğinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının vazgeçilmezlik, devredilmezlik ve kişiye sıkı suretle bağlı kalma niteliklerinin, kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediği görülmektedir. Bu suretle de Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olarak kişinin manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlaline neden olmuştur.

Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında yapılan bir müdahalenin yasallık şartını sağladığının kabulü için, müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunması zorunludur.

Anayasa'nın "Milletlerarası andlaşmaları uygun bulma" kenar başlıklı 90. maddesinin beşinci fıkrası şöyledir:

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

İç hukuk yollarında bir kanun maddesi ile uluslararası antlaşma hükümleri arasında uyuşmazlık çıkması durumunda, AY m.90/5 hükmüne gönderme yapılarak uluslararası hukuk kurallarının uygulanacağı kuraldır. Çünkü usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş uluslararası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bu suretle kanunlar ile uluslararası antlaşmalar arasında hiyerarşik bir bağ olduğuna hüküm getirilmiştir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak, uluslararası sözleşme hükmü ile iç hukukta düzenlenen kanunlar arasından, önlerindeki uyuşmazlığa kanun hükümlerini gözardı ederek uluslararası sözleşme hükümlerini uyguladılar.

Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan, Türkiye’nin usulüne uygun olarak onaylayarak üye olduğu sözleşme artık iç hukuk kurallarından biri olarak sayılır. Sözleşmenin 8. maddesi, özel hayata ilişkindir, 14. maddesi ise cinsiyetler arası ayrımcılığı eşitleyen kuraldır. Hal böyle olunca AHİM, kişinin soyadını özel hayatın bir parçası olarak kabul eder ve evli kadının, kocasının soyadını kullanmak zorunda kalışını özel hayatın ihlali olarak sayar. Birçok kararında da evli kadının kendi soyadını tek başına kullanamaması ve bu yöndeki ulusal kanuni düzenlemelerin bulunmamasını AIHS m.8 kapsamında özel hayatın gizliliğinin ihlali sayar. Bu haliyle de kadının evli olarak soyadını tek başına kullanamamasını AIHS m.14 bağlamında ayrımcılık yasağına aykırı olarak değerlendirmiş olur. (bkz. **Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96**, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B. No: 7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Türkiye, B. No: 26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Türkiye, B. No:38249/09, 10/12/2013).

Cinsiyetler arası eşitlik ve cinsiyetler arası ayrımcılık ile ilgili hususlar, insan hakları ile ilgili birtakım uluslararası belgelerde yerini almaktadır. Türkiye’nin 04.06.2003 tarihinde onayladığı, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin m23/4 fıkrasında, taraf devletlerin eşlerin evlenirken, evlilik sürecinde ve evlilik sona ererken eşit hak ve tedbirlere sahip olmaları için gerekli tedbirleri almalarını sağlar. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme’nin n.16/1g. 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 sağlayacakları düzenlemesine yer verilmiştir.

AY m.90/5 hükmü uyarınca uluslararası sözleşmeler, iç hukuk sisteminin bir parçasıdır. Kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı hükme göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme ile bir kanun hükmü arasında uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir, zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sözleşme ile çatışan kanun hükümlerinin uygulama kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Başvuruya konu yargılama kapsamında verilen kararın, 4721 sayılı kanunun 187. maddesine dayanak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak yukarıda verilen tespitler ışığında kanunun sözü ile sözleşme hükümleri birbiri ile çatışmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığı karara bağlayan derece mahkemesi, AIHS ve diğer insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar ile çatışan 4721 sayılı

kanununun 187. maddesi kararlarına esas almayarak, başvuru sonucu bakımından AY m.90 uyarınca, uluslararası sözleşmeleri dikkate alması gerekmektedir.

Somut başvuru açısından, başvurunun temel hak ve hürriyetlere dair, uluslararası antlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikli uygulanacağı ve bu kapsamda, sözleşmenin ve AHİM içtihatlarının uyumsuzluğun karara bağlanmasında nazara alınan itirazların yargı merciince dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı anlaşılmaktadır.

Uluslararası sözleşmelerin evli erkek ve kadının evlilik sonrasında, soyadı bakımından eşit hakları sahip olmasını öngören hüküm ile evli kadının kocasının soyadını kullanmasını zorunlu gören iç hukuk kuralı arasında aynı konu hakkında farklı hükümler içermesi nedeniyle, ilgili sözleşme hükümlerinin somut olay açısından esas alınması gereken hukuk kuralı olduğu sonucuna varılmakla, başvurunun manevi varlığı kapsamı altında güvence altına alınan, hüküm kurulan soyadı hakkına yönelik kanuni şartın sağlanmadığına yöneliktir.

Belirtilen nedenlerle, başvurunun Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan manevi varlığın korunması ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekmiştir.

KADININ KOCASININ SOYADINI ALMASINI ÖNGÖREN KURALIN İPTALİ

(AYM, E.2022/155, K.2023/38, 22/02/2023, § ...)

4721 sayılı kanunun, 187. maddesinde kadının soyadı düzenlenmiştir. Kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı ancak, ancak evlendirme memuruna veya nüfus müdürüne daha sonra yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadının önünde kendi soyadını da kullanabileceği öngörülmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan yalnızca bir defa yararlanabileceğini, dolayısıyla talebin bu yönde olmadığı kadının kendi soyadını tek başına kullanabilmesi yönünde olduğu gözetilmelidir. Bu itibarda söz koşunu talebin uygulama imkânı bulunmadığından bahsedilerek, başvurunun talebi ilk derece mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

2525 Sayılı Soyadı Kanunu uyarınca, 1. maddesinde, her Türk'ün özadı dışında bir de soyadı bulunması zorunluluğunun getirmiştir. 2. maddesinde, soyadın söyleyişte, yazıda ve imzada isimden sonra gelmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. 3. maddesinde ise, rütbe, memuriyet, yabancı ırk, aşiret, millet isimleriyle, genel ahlaka uygun olmayan, iğrenç ve gülünç kelimelerin soyadı olarak kullanılamayacağı öngörülmüştür.

Aynı kanunun 5. maddesinde ise, mümeyyiz olan reşit kişilerin soyadını seçmekte serbest oldukları, 7. maddenin 1. fıkrasında kanunun yayınlandığı tarihten itibaren iki yıl içinde soyadı olmayanlar ile soyadının değiştirmek isteyenlerin, taşıyacakları adı nüfus kütüklerine geçirilmek üzere bildirecekleri, 8. maddesinde soyadı seçme işlerinde çıkabilecek uyumsuzlukları çözmek üzere, soyadını kendisi seçmeyenler, anası ve babası belli olmayanlara ad takma, bir adın kanuna uygun olup olmadığı şeklinde karar verme yetkisinin ana kütüğün bulunduğu yerin en büyük mülki amirine ait olduğu, 10 maddesinde ise kanunun belirlediği süre geçtikten sonra, soyadını değiştirmek isteyenlerin 4721 sayılı kanunun bu konudaki hükümlerine tabi olacağı belirtilmiştir.

5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanun'unun m.7/1c. bendinde, soyadı ile evli kadınların önceki soyadları aile kütüğünde yer alması gereken bilgiler arasında yer almaktadır.

4721 sayılı kanunun 36/1. fıkrasında kişisel durumun bu amaçla tutulan resmi sicille belirleneceği, 39. maddesinde ise mahkeme kararı olmadıkça, kişisel durum sicilinin hiçbir kaydında düzeltme yapılamayacağı belirtilmiştir. Aynı kanunun 35/1 fıkrasında kesinleşmiş mahkeme hükmü olmadıkça, nüfus kütüklerinin hiçbir kaydının düzeltilmeyeceği, kayıtların anlamını ve taşıdığı bilgileri değiştirecek şerhler koyulamayacağı belirtilmiştir. Ancak olayların aile kütüğüne tescili esnasında yapılan maddi hataların nüfus müdürlüğünce dayanak belgesine uygun olarak düzeltileceğini belirlemiştir.

4721 sayılı kanunun 27/1 fıkrasında haklı bir nedenini varlığı halinde adın değiştirilmesinin hâkimden istenebileceği öngörülmüştür. 5490 sayılı Kanun'un 36/1b. bendinde ise, haklı sebebe dayalı olarak nüfus kaydında düzeltme yapılmasının hâkimden istenebileceği belirtilmiş ayrıca nüfus müdürlüğünün ad değişikliği halinde, adı değişen kişinin çocuklarının ana veya baba adını, soyadı değişikliğinde ise, soyadı değiştirilen kişinin eşinin ve ergin olmayan çocuklarının soyadını da düzeltereceği öngörülmüştür.

Anılan kanunun ek 3. maddesinde, boşandığı eşinin soyadını kullanmasına izin verilen kadının evlenmeden önceki soyadını taşımak istemesi, eşinin soyadı ile birlikte önceki soyadını taşıyan kadının ise sadece eşinin soyadını taşımak istemesi halinde, yazılı talepte bulunması şartıyla nüfus müdürlüğünce, gerekli işlemin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

4721 sayılı kanunun 321. maddesinin birinci cümlesinde, çocuğun ana ve babası evli ise ailenin soyadını taşıyacağı, 314. maddesinin üçüncü fıkrasında ise evlatlığın küçük ise evlat edinmenin soyadını taşıyacağı, evlat edinen isterse çocuğa yeni bir ad verebileceği, ergin olan evlatlığın, evlat edinme sırasında dilerse evlat edinmenin soyadını alabileceği öngörülmüştür.

4721 sayılı kanunun 187. maddesinin 1. cümlesi itiraza konudur. Bu suretle kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı, daha sonra evlendirme memuruna ya da nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuru ile kocasının soyadı önünde kendi soyadını da kullanabileceği bildirilmiştir. Başka bir deyişle kadının evlenmeden önceki soyadını kullanabilmesi, taleple bağlıdır. Anılan talep uyarınca da ancak kendi soyadını kocasının soyadı önünde kullanabilmektedir.

Bu itibarla kurala göre, kadın evlendikten sonra soyadını tek başına kullanamamaktadır.

Başvuruya konu kararda özetle kişinin soyadının kimliğinin ve kişiliğinin bir parçası olduğu, itiraz konusu kuralla kadının evlenmeden önceki soyadının tek başına kullanamamasının meşru bir amaca hizmet etmediğini, erkeğin doğumla kazandığı soyadını bir ömür boyu kullanabilirken kadın için aynı durum söz konusu değildir. Dolayısıyla bu durum eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. AHİM ve AYM tarafından bu suretle ihlal kararları verildiği ancak, değiştirilmeyen kuralın idare tarafından uygulanmaya devam ettiği, bu durumda AYM kararlarının bağlayıcılığını ihlal edildiği vurgulanarak, kuralın Anayasa'nın 2,10,17,20,90 ve 153. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

Anayasa m.10'da eşitlik ilkesi yer almaktadır Buna göre, *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir./Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün*

işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” denilmiştir.

Anayasanın anılan maddesinde değinilen kanun önünde eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için uygulanır. Bu ilke ile eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilere aynı hukuksal normların uygulanmasını sağlamaktır. Kişilere ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle aynı durumda olan kişi veya topluluklara farklı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik herkesin her yönden aynı kurallara tabi tutulacağı anlamına gelmez. Durumun özelliği kimi kişi veya topluluklar için, değişik kuralların uygulanmasını ön görebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara tabi tutulursa eşitlik ilkesi zedelenmemiş olacaktır.

Eşitlik ilkesi yönünden yapılacak anayasallık denetiminde, 10. madde uyarınca aynı ya da benzer durumlar bulunan kişilere karşı, farklı muamelenin bulunup bulunmadığı tespit edilmeli. Bu bağlamda aynı ya da benzer durumdaki kişiler karşısında farklılık gözetilip gözetilmediği belirlenmelidir. Devamında bu farklı muamelenin nesnel ve makul bir temele dayanıp dayanmadığı nihayetinde, eğer nesnel ve makul bir nedene dayanıyorsa, söz konusu muamelenin ölçülü olup olmadığı irdelenmelidir. Ölçülülük ilkesi, amaç ile araç arasında hakkaniyetli bir dengenin bulunup bulunmadığını ifade eder. Kısaca bu ilke, farklı muamelenin öngörülen nesnel amaç ile aynı orantıda olmasını gerektirmektedir.

4721 sayılı kanun yürürlüğe girmeden önceki dönemde, eşlerin evlilik birliğini korumadaki konumlarının her yönden eşit şekilde sağlandığından bahsetmek pek mümkün değildi. 17.02.1926’da mülga olan Türk Kanunu Medenisi 152. maddesinde “*Koca birliğin reisidir./Evin intihabı karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi, ona aittir.*”, 153. maddesinin ikinci fıkrasında “*Kadın, müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviridir. Eve, kadın bakar.*”, 154. maddesinin birinci cümlesinde “*Birliği koca temsil eder.*” denilmekteydi. Ayrıca mülga Kanun’un 21. maddesinde erkek eşin ikamet adresinin kadın eşin ikamet adresi sayılacağı, 98. maddesinde evlenme başvurusunun erkeğin ikametinin bulunduğu yerdeki idareye yapılacağı, 263. maddesinin ikinci cümlesinde ise evlilik birliğinin devam ettiği süre içinde ana ve babanın velayete ilişkin hususlarda anlaşamamaları durumunda babanın oyunun geçerli olacağı belirtilmişti.

Diğer yandan mülga Kanun’un 153. maddesinin birinci fıkrasında 14/5/1997 tarihli ve 4248 sayılı Kanun’un 1. maddesiyle yapılan değişiklikten önce kadının kocasının aile ismini taşıyacağı öngörülmüştü. Anılan fıkrada yapılan değişiklikte ise kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruya kocasının soyadı önünde, önceki soyadını da kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği belirtilmişti. Söz konusu değişikliğin gerekçesinde ise kadının evlenmeden önce mesleki yaşamda tanınmış olması hâlinde veya bazı düşüncelerle eski soyadını kaybetmek istememesi durumunda kocasının soyadı ile bekârlık soyadını da kullanabilmesine imkân tanınmasının bir ihtiyaç olarak ortaya çıktığı ifade edilmişti.

Zaman içinde koşulların değişmesi ile birlikte yasalarda değişiklik yapılmasına ihtiyaç duyulabilir. Bu koşullar; sosyal, ekonomik, demokrafik, teknolojik nedenler olabilir. Ayrıca Anayasa’nın 2. fıkrasında insan haklarına saygılı devlet ilkesi de insan hakları alanında yaşanan değişim ve dönüşüm dikkate alınmak suretiyle, belirli yasal düzenlemelerin değiştirilmesini

veya yürürlükten kaldırılmasını gerektirebilir. Nitekim, 4721 sayılı kanunun genel gerekçesinde, canlı varlıklar gibi kanunların da zamanla yaşlandıkları, günün ihtiyaçlarına gereği gibi cevap vermekte zorlandıkları vurgulanmış ve 1028. maddesiyle 743 sayılı kanun yürürlükten kaldırılmıştır.

4721 sayılı kanun ile eşitlik ilkesi uyarınca eşlerin evlilik birliği kurumundaki konumları yeniden düzenlenmiştir. Anılan kanunun genel gerekçesinde, kanun ile evlilik hukukuna ilişkin yapılan değişikliklerin, modern hukuk sistemlerinde temel ilke olarak kabul edilen, kadın-erkek eşitliğinin sürdürülmesi, bu eşitliğe ters düşen hükümlerin kanundan çıkarılması veya eşitliği sağlayacak düşüncesine dayandığı ayrıca, kanunların EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİ başlıklı, üçüncü bölümünde yapılan değişikliklerin, büyük çoğunluğunun da kadın-erkek arasındaki eşitliğe dayandığını ifade etmek gerekir.

Bu hususta m. 186 uyarınca, eşlerin oturacakları konutu birlikte seçmeleri, evlilik birliğini beraberce yönetecekleri, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları öngörülmüştür. Anılan maddenin gerekçesinde, konutun seçimini kocaya tanıyan hükmün değiştirildiği, kadın-erkek eşitliğini sağlamak üzere, kocanın evlilik birliğinin reisi olduğunu söyleyen hükmün kaldırıldığı, evlilik birliğinin yönetiminde eşlere eşit söz hakkının tanındığı, ayrıca eşlerin evlilik birliği giderlerine katılmasının da eşitlik ilkesi gözetilmek suretiyle düzenlendiği belirtilmiştir.

Diğer yandan mülga 743 sayılı Kanun'un erkek eşin açık olarak veya zımnen, rızası ile meslek edineceği veya sanat yapabileceğini hüküm altına alan, Anayasa Mahkemesi'nin 29/11/1990 tarihli ve E.1990/30, K.1900/31 sayılı kararıyla iptal edilmesinin ardından 4721 sayılı Kanun'un aynı konuyu düzenleyen ve gerekçesinde anılan karara atıf yapılan 192. maddesinde eşlerden her birinin meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda olmadığı ancak meslek ve iş seçimi ile bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararının gözönünde bulundurulacağı hükme bağlanmıştır.

Ayrıca 4721 sayılı kanunun 134/1 hükmü uyarınca birbiriyle evlenecek erkek ve kadının içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memuruna birlikte başvuracakları hüküm altına alınmakla, evlenme başvurusu yapılacak yerin, tespiti erkekten ikamet adresine üstünlük tanıyan mülga 743 sayılı Kanun'un 98. maddesindeki yaklaşımdan da vazgeçilmiştir.

Öte yandan 4721 sayılı kanunun 336/1 fıkrasında evlilik devam ettiği sürece, ana ve babanın velayeti birlikte kullanacakları belirtilmekle, anılan maddenin mülga 743 sayılı Kanun'un 263. maddesindeki erkeğin oyuna üstünlük tanıyan hükme ise yer verilmemiştir. Ayrıca evliliğin feshi ve boşanma hallerinde dahi çocuğun anaya verilmiş olması durumunda babasının seçtiği veya seçeceği adı öngören 2525 sayılı kanun m.4/2.1. hükmü eşitlik ilkesine aykırı görülerek kaldırılmıştır.

Bu itibarla tarihsel süreç içerisinde, kadın-erkek eşitliğini hayata geçirmeye yönelik hukuki gelişmelerin yaşandığı, bu kapsamda eşitlik ilkesine aykırı olduğu değerlendirilen kimi hükümlerin iptal edildiği, ayrıca mülga 743 sayılı Kanun'un eşitlik ilkesine aykırı olduğu değerlendirilen hükümlerine 4721 sayılı kanunda yer verilmediği ve evlilik hukukunun eşitlik ilkesi anlamında yeniden düzenlendiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık 4721 sayılı kanunda kadının soyadı yeniden düzenlenmiş olup, mülga 743 sayılı kanunun m.153/1 hükmü, 4721 sayılı kanuna itiraza konu 187. madde ile aynen yer verilmiştir.

2525 sayılı Kanun m.1 uyarınca soyadı taşıma, bir yükümlülüktür. Bununla birlikte Anayasa m.20/1 uyarınca özel hayata saygı gösterme yükümlülüğü söz konusudur. Bireyin yaşımı ile özdeşleşen ve kişiliğinin ayrı bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde rol oynayan, vazgeçilmez, devredilmez ve kişiliğe sıkı surette bağlı olan isim hakkının da kişinin özel hayatının bir unsuru olduğu açıktır. Dolayısıyla Anayasa'nın 20. maddesine dayanarak, cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra isim ve soyadı hakkı da kişinin özel hayatı ve aile hayatının korunması kapsamında düzenlenmiştir.

Bu itibarla kişiliğin bir parçası olan soyadı taşımak yalnızca, bir yükümlülük değildir. Aynı zamanda bir hak niteliğindedir ve AY m.20 hükmü uyarınca korunur. Nitekim AHİM'de anılan hakkın AHİS m.8 kapsamında koruma altına alındığı kabul edilmiştir. (**Ünal Tekeli/Türkiye, B. No:29865/96, 16/11/2004, § 42**).

AY m.41, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu öngörülen hüküm uyarınca, 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı kanunun 17. maddesine “*ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” ibaresi eklenmiştir. Anılan kanunun genel gerekçesinde, anayasanın uygulama dönemi içinde ortaya çıkan ihtiyaçlar, kamuoyunun beklentileri ve siyasal açılımlar doğrultusunda yenilenmesi gerektiğinin ortaya çıktığı ayrıca AB'ye üyelik sürecinde ekonomik ve siyasi kriterlerin karşılanması amacıyla bu alanda gerekli yasal düzenlemelerin yapılması amacıyla Anayasa'da bazı değişikliklerin yapılması elzem olmuştur. Teklif ile toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek, çağdaş, demokratik standartlara ve evrensel normlara uygun olan, insan hakları ve hukukun üstünlüğünü ön olana çıkaran bir Anayasa değişikliğinin hedeflendiğini belirtmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde ise, kadın-erkek eşitliğinin korunmasına yönelik bir düzenlemenin ön görüldüğü ifade edilmiştir.

AY m.10/1 herkesin cinsiyet yönünden kanun önünde eşit olduğunu belirtirken, anılan maddeye 07.05.2004 tarihli ve 5170 sayılı kanunun birinci maddesiyle eklenen ikinci fıkrada, kadın ile erkeğin eşit haklara sahip olduğu ve devletin bu eşitliği yaşama geçirilmesiyle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu kanun'un genel gerekçesinde, dünyada gelişen yeni demokratik açılımlara uyum sağlanması, bu açıklamalara uygun bir şekilde temel hak ve hürriyetlerin, evrensel düzeyde kabul edilmiş standart ve normlar ile AB standartları seviyesine çıkartılması, öngörülen kanunlar ile yapılan değişikliklerin yanı sıra, Anayasa'da da değişiklik yapılması gereğini doğurmuştur. Anılan maddenin gerekçesinde ise, cinsiyet temelli eşitliğin ve ayrımcılığı yasaklayan uluslararası sözleşmelere atıf yapılmıştır. Söz konusu eşitlik ile yeterli temsili sağlanmayan cinsiyet lehine, belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sağlanması, sürdürülmesi veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı kabul edilmelidir.

Anılan anayasal değişikliklerle beraber, kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulamaya geçirildiğinden söz edilebilmesi için, kadın ve erkek eşitliğinin tam anlamıyla sağlanması gerektiği güçlü bir şekilde vurgulanmıştır. Bu suretle anayasa koyucunun eşitlik ilkesine eşler arasında uygulanmasına verildiği önem açık bir şekilde ortaya konulmuştur.

Öte yandan Sözleşme'ye Ek (7) Numaralı Protokol'ün 5. maddesinde de “*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.*” denilmek suretiyle eşler arasında eşitlik ilkesi özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu Ek Protokol, 10/3/2016 tarihli ve 6684 sayılı Kanun'la onaylanmasının uygun bulunması üzerine 8/4/2016 tarihli ve

29678 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 28/3/2016 tarihli ve 2016/8717 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Bu suretle, evlenmeden önceki soyadının, evlendikten sonra da kullanabilmesi yönünden kadın ve erkeğin karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda bulundukları sonucuna ulaşılmıştır. Erkeğin evlenmeden önceki soyadını evlendikten sonra da tek başına kullanabildiği halde, kural koymak suretiyle kadının evlenmeden önceki soyadını, evlendikten sonra ancak kocasının soyadı önünde kullanacağını öngördüğünden, karşılaştırmaya müsait şekilde benzer durumda olan eşler arasında cinsiyet temelinde farklı muamelelerin yapıldığı açıktır.

Kadının evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra da kullanmasına izin verilmemesinin hak ihlaline yol açtığı suretiyle AHİM ve AYM’ ye birçok bireysel başvuru yapılmıştır. Bu kapsamda AHİM, kadının soyadını tek başına kullanmasını AHİS m.8 kapsamında değerlendirmiş ve bu suretle de özel hayatın ve aile hayatının korunması kapsamında, ayrımcılık yasağını düzenleyen AHİS m.14 ihlal edilmiştir. (**Ünal Tekeli/Türkiye**).

AYM ile uluslararası sözleşmelerin, erkek ve kadının evlendikten sonra eşit hak ve yükümlülüklerden faydalanması, evlilik sonrası soyadları bakımından eşit haklara sahip olmasını öngören hükümleri ile, evli kadının kocanın soyadını kullanması zorunluluğunu öngören iç hukuk düzenlemelerinin aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle, AY m.90/5 uyarınca uluslararası sözleşme hükümlerinin dikkate alınması gerektiğini, bu itibarla başvuruçular hakkında 4721 sayılı kanunun 187. maddesinin uygulanmasının kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığını ve bu yönde ihlale açıldığı belirtilmiştir. **bkz. Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013; Gülsüm Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014; Neşe Aslanbay Akbiyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015).**

Öte yandan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, kadının soyadına ilişkin davalarda önemli bir içtihat geliştirmiştir. AYM kararlarında olduğu gibi kadının soyadının evlendikten sonra tek başına kullanmasına izin verilmemesine ilişkin olarak, AY m.90/5 hükmünün uygulanması gereğini ifade etmiştir. Böylelikle uluslararası hükümlerin uygulanması gerektiği hükümde belirtilmiştir. Bu bağlamda Yargıtay, kadının evlenmeden önceki soyadını, evlendikten sonra tek başına kullanamamasının AHİS m. 8 ile m.14’ü bağlantılı sayarak, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine hüküm getirmiştir. Ayrıca, kadının evlenmeden önceki soyadını, evlendikten sonra tek başına kullanabilmesi için, haklı bir nedenin bulunmasına gerek olmadığını da ayrıca belirtmiştir. (**Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E.2014/889, K.2015/2011, 30/9/2015**).

Bununla birlikte anılan yargısal içtihatların, kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi için, tek başına yeterli olduğu söylenemez. Söz konusu ilkenin hukuk düzenine egemen olabilmesi için, yasama ve yürütme organları ile idare makamlarının da belirli yükümlülükleri mevcuttur. Başka bir ifadeyle insan haklarına saygılı devlet ilkesinin bir gereği olarak, tartışma ve uyuşmazlık yaşanmayan bir düzenin gerçekleşmesinde devletin tüm organları ve idare makamının görevleri bulunmaktadır. Sonuç itibarıyla AY m.10/2 kadın-erkek eşitliğinin hayata geçirilmesini sağlamakla yükümlü olduğunu, m.10/5 ise, devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun davranmak zorunda olduklarını öngören hükümlerde anılan göreve işaret edilmiştir.

Diğer yandan Anayasa’nın başlangıç hükümlerinde kuvvetler ayrılığının, devlet organları arasında medeni bir iş bölümü, iş birliği oluşturduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte eşler arasında eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi yönünden devlet organları ve idare makamlarının

iş birliği içinde olmaları gerektiği anayasal bir zorunluluktur. Bu iş birliği bağlamında yasal düzenlemelerin ve idari uygulamaların, büyük önem arz ettiği açıktır. Özellikle eşler arasında eşitliğin hayata geçirilmesinde esas alınan nokta, kadının yargı yoluna başvurmaksızın erkeklerle eşit haklardan yararlanabilmesidir. Yani kadının, erkek ile aynı şekilde, eşit haklardan yararlanmasının, kanunilik güvencesi altına alınması gereğidir. Bu kanuni güvenceyi hayata geçirebilecek uygulayıcılarda idare ve idarenin işlemleridir. Bu bağlamda yargısal içtihatların tek başına yeterli güvenceyi sağlayamadığı da açıktır.

Söz konusu, AHİM, AYM ve Yargıtay kararları, kadının evlenmeden önceki soyadını, evlendikten sonra tek başına kullanabilmesine sınırlı bir imkân tanımıştır. Özellikle, kadın-erkek arasındaki eşitliği ilişkin anayasal değişiklikler ile, yargısal içtihatlardaki tüm gelişmelere rağmen, varlığı korunan ve idare makamlarınca uygulanmaya devam edilen kural nedeniyle kadının herhangi bir külfete katlanmaksızın, evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmesini mümkün kılamamıştır.

Benzer durumda olanlara, farklı bir müdahale yapılmasının nesnel ve makul bir nedeninin bulunmadığı açıktır. Bu farklı muamelenin hangi dereceye kadar mümkün olacağı da kamu otoritelerinin belirli ölçüde takdir yetkisine sahip olmalarına bağlıdır. Bununla birlikte, bu takdir yetkisinin kapsamı farklı muamele konu hakkın niteliğine göre değişebilmektedir. Diğer yandan cinsiyete dayalı farklı muamele söz konusu olduğunda takdir yetkisi daraltılmaktadır. Eşler arasında cinsiyet temelli farklı muamele bağlamında, kamu idarelerinin son derece sınırlı bir takdir yetkisi tanındığı ve bu takdir yetkisinin oldukça dar yorumlandığı belirtilmelidir.

Nüfus kayıtlarında karışıklığın önlenmesi ve soybağının sağlıklı bir şekilde tespit edilmesinde kamu yararı vardır. Bununla birlikte Türkiye Cumhuriyeti kimlik bilgilerinin bulunması ve nüfus hizmetlerinin bilişim teknolojilerinden faydalandığı göz önüne alındığında, söz konusu kamu yararının sağlanmasının yegane yolunun kadının evlendikten sonra kendi soyadını eşinin soyadından önce kullanmak olmadığı sonucuna varılmıştır.

Bu suretle nüfus kayıtlarının düzenin sağlanması amacı ile kuralla öngörülen farklı muamelenin makul nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Yine AY m.41/1 hükmü uyarınca, Türk toplumunun temeli olduğu belirtilen ailenin, toplumsal değerlerin sonraki nesillere aktırılması gibi önemli bir işlevi bulunmaktadır. Aile bireylerinin aynı soyadı taşımasının aile birliğini koruyacağı inancı ile bu sayede ailenin toplumsal işlevini yerine getirmede katkı sağlayacağı inancı bir yana, kadının evlendikten sonra kocasının soyadı ile kendi soyadını kullanabilmesinin ortak bir soyadı alma noktasında tek seçenek olmadığı, eşlerden birinin soyadının ortak soyad olabileceği, ortak soyadın eşlerin evlenmeden önceki soyadlarının birleşimi olabileceği de mümkündür.

Ayrıca, ortak soyadı kullanmanın aile bağlarını koruyan zorunlu bir unsur olmadığı, bu bağlamda eşlerin ortak soyadı taşınamaması halinde eşlerin hiçbir suretle ortak hayat kuramayacağından bahsetmek mümkün değildir.

Buna bağlı olarak aile bağlarını güçlendirmek adına, kuralla öngörülen farklı muamelenin, makul nedeni olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu suretle AYM tarafından kadının evlenmeden önceki soyadının, evlendikten sonra kocasının soyadı önünde kullanmasının başka bir nedeni tespit edilememiştir. Bu itibarla kadının, evlenmeden önceki soyadının evlendikten sonra tek başına kullanabilmesi kadın ve erkek arasında kuralla öngörülen farklı muamelenin

nesnel ve makul bir nedene dayanmaması sebebiyle, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle kural, AY m.10 hükmüne aykırıdır ve iptali gerekmektedir.

SONUÇ: Anılan bireysel başvuru kararları uyarınca, ilk AYM kararında 2525 sayılı soyadı kanunda yapılan değişiklik incelenmiştir. Cinsiyetler arası eşitlik ve temel insan hakları nezdine yaklaşabilmek için ilgili kanunda değişiklikler yapılmıştır. Günümüzde değişen koşullar baz alınarak, kanunların bu güncelliği takip edebilmesi adına, günümüz koşullarına cevap veremeyen, toplumun somut ve genel ihtiyaçlarını artık karşılamayan kanun maddeleri ve kanunlar mülga edilmiştir. Bu kapsamda kadın-erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümler dikkate alınmıştır. Devamında, Hayriye Özdemir adlı bireysel başvuru kararında, velayet hakkına sahip annenin çocuğuna, kendi soyadını verebilmesi tartışılmış ve hükme bağlanmıştır. İlgili hüküm uyarınca çocuğun soyadını belirleme hakkının, velayet hükümleri kapsamında değerlendirilebileceği ve velayet hakkına sahip annenin çocuğun soyadını belirme hakkının, AY m. 20 ve AHİS m.8 ile bağlantılı olduğunu, yani kişinin özel ve aile hayatının korunmasının bir parçası olduğuna hükmedilmiştir. Sevim Akat Eşki kararında ise kadının evlenmeden önceki soyadını tek başına kullanabilmesi başlığı incelenmiştir. Kişinin soyadı AY m. 17 kapsamında, yani kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme kapsamında değerlendirilmiştir. Son olarak, kadının kocanın soyadını almasını öngören kuralın iptali, başlıklı AYM kararında, AY m. 10 kapsamında, cinsiyetler arası eşitlik ve AHİS m.14 ayrımcılık yasağı kapsamında irdelenmiştir. Ayrıca bütünlük ve sonuç açısından AY m.90/5 hükmü uyarınca ulusal kanunlar ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler arasında bir çelişki veya eksiklik bulunması durumunda uluslararası sözleşmelerin esas alınacağı belirlenmiş ve kanunilik unsuru tartışılmıştır.