

KADININ KİMLİK SORUNU “KADININ SOYADI” THE IDENTITY PROBLEM OF THE WOMAN “WOMAN’S SURNAME”

Nazan MOROĞLU*

Özet: Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, *vazgeçilemez, devredilemez ve feragat edilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır*. Soyadı üzerindeki hak, *mutlak haklardan* olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilen ve yasayla özel olarak korunan bir haktır. Ancak, hukukumuz açısından soyadının bütün bu özellikleri “kadınlar” açısından geçerli değildir. Bu yazıda, Türk Medeni Kanunu’na göre kadının soyadı, ilgili İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları ve değişiklik önerisi ile “kadının soyadı ile aile adı” kuralı bakımından Alman Hukukunda ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte yapılan dikkate değer değişikliklere değinilmektedir.

Anahtar Sözcükler: soyadı, kadının soyadı, aile adı, soyadı kanunu, medeni kanun, kişilik hakkı, ortak evlilik adı

Abstract: The surname, which is the most important element in determining one’s identity, *is indispensable, cannot be transferred nor can it be renounced and is a personal right decisively attached to that specific person*. The right to have a surname is a legally protected right that can be put forward against everyone due to the fact that it is an *absolute right*. In our law, however, not all these aspects regarding the surname are available to the “women”. In this article, the topics such as the woman’s surname in the Turkish Civil Code, the related ECHR (European Court of Human Rights) and the Constitutional Courts decisions along with the amendment proposals and the significant changes during the period of patriarchal concept to equalitarian approach in the German Law in terms of the “woman’s surname and the family name” rule are discussed.

Keywords: surname, woman’s surname, family name, surname law, civil code, personal right, common marital name.

I - Genel Olarak Soyadı – Kadının Soyadı

Toplum içinde insanların birbirinden ayırt edilmesini sağlamak üzere tarih boyunca öfad ile birlikte ikinci bir ad kullanıldığı görülmüştür. Bu ikinci ad çoğu kez kişinin dış görünüşü, mesleği veya yaşadığı yer gibi bir nitelemeyle belirtilmiştir, örneğin, Uzun Hasan, Güzel

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi; TÜKD Genel Başkanı

Ayşe, Terzi Mustafa veya Buldanlı Mehmet gibi¹. Soyadı (ikinci adı), zaman içinde yasalarla düzenlenerek özad ile birlikte kullanılması zorunlu kılınmıştır.

Soyadı kavramına tarihi gelişimi, işlevi, kazanılması, hukuki niteliği açısından bakıldığında, soyadının uzun yıllar sadece erkekler için bir kimlik belirleme unsuru olduğu ve kadının soyadının genellikle ataya, babaya, kocaya bağlı olarak değiştiği² görülmektedir. Kadınların tarih boyunca yaşamın birçok alanında olduğu gibi soyadı bakımından da görünmez kılındığına tanık olunmaktadır.

Ülkemizde Soyadı Kanunu'nun³ kabul edilmesinden sonra kullanılmasının yasal bir yükümlülük ve zorunluluk haline gelmesiyle birlikte, soyadı bir kimsenin kimliğinin ayrılmaz bir parçası olmuştur. Bilindiği gibi, 1926 tarihli Medeni Kanun'da soyadının kazanılmasına ve korunmasına ilişkin kurallara yer verilmişti, ancak soyadı taşımayı zorunlu kılan bir yasal düzenleme bulunmamaktaydı. Daha sonra 1934 yılında Soyadı Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle soyadı kullanmak zorunlu hale gelmiş ve böylece Medeni Kanun'un soyadına ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmuştur.⁴

Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, *vazgeçilemez, devredilemez ve feragat edilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır*. Soyadı üzerindeki hak, *mutlak haklardan* olması nedeniyle herkese karşı ileri sürülebilen ve yasayla özel olarak korunan bir haktır. Ancak, hukukumuz açısından soyadının bütün bu özellikleri "*kadınlar*" açısından geçerli değildir. Diğer bir ifadeyle, hukuki niteliği açısından bir kişilik hakkı olan soyadının işlevi ve özellikleri 2001 tarihli Medeni Kanunu'nun 187. (1926 tarihli MK. 153.) maddesinde görüleceği gibi sadece erkekler için geçerli olmakta, "*medeni halindeki*"

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. MOROĞLU Nazan, *Kadının Soyadı*, (Beta yayını), İstanbul 1999, s. 17-23.

² De BEAUVOIR Simone, *Kadın - Evlilik Çağı II*, çev. Bertan Onaran, 6. Baskı, İstanbul 1986, s. 31 vd. Yazar; "Evlilik siyasal, hukuksal ve ahlâksal açıdan bir yasa, sözleşme, kurum sayılabilir... Erkeklerin çoğu evlenirken, soylarını devam ettirmeyi...düşünür.." diyerek 1900'lerin başında yasalarda yer alan soyadı kuralı ile bağlantı kurmaktadır.

³ 21.6.1934 gün ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu. Kanuna göre, her Türk öz adından başka soyadını da taşımak zorundadır ve soyadı seçme görevi ve hakkı evlilik birliğinin başkanı olarak kocaya âittir.

⁴ KÖPRÜLÜ Bülent; *Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişinin Hukuku*, İstanbul, 1984, s. 306; ZEVKLİLER Aydın, *Medeni Hukuk, Kişiler Hukuku*, 4. Bası, Ankara 1995, s. 353-358.

her değişiklik, yasa gereği sadece *kadının soyadının değişmesini zorunlu* kılmaktadır. Bu nedenle, Medeni Kanunun kadının soyadına ilişkin hükmü Anayasamızın 10. ve 41. maddeleri ve 16.11.2004 tarihli Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (İHAM) Ünal Tekeli kararı doğrultusunda, çağdaş hukuk sistemlerindeki kurallar örnek alınarak yeniden düzenlenmelidir.

20. yüzyılın özellikle ikinci yarısından itibaren insanlar arasında ırk, dil, din, cinsiyete dayalı her türlü eşitsizliği kaldırılmasına yönelik çalışmalar, kadın erkek eşitliğinin sağlanması açısından da itici güç olmuştur. 1900'lerin başında yasalarda "*evlenen kadın kocanın, doğan çocuk babanın soyadını alır*" kuralına yer verilmiş, ancak zaman içinde toplumsal yaşamdaki gelişmenin aile yaşamına yansısıyla *eşlerin eşit haklara sahip olması anlayışı* benimsenmiş, evlilik hukukunda ve bu arada soyadı ile ilgili maddelerde de değişiklikler yapılmıştır. Çağdaş hukuk sistemlerinde yaşamın değişen koşullarına ve ortaya çıkan ihtiyaçlara uygun olarak "*kadının soyadı*" kuralının kadın erkek eşitliğine uygun hale getirildiği görülmektedir.

Günümüzde soyadı, kişinin *kimliğinin belirtilmesini*, onun hangi aileye, soya ait olduğunun gösterilmesini (*aidiyet*) ve başka ailelerin bireylerinden *ayırt edilmesini* sağlar. Bu bakımdan soyadı, kişiler arası özel yaşam ilişkileri açısından özel hukuk alanında; nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi açısından da kamu hukuku alanında düzenlenmiştir. Ayrıca, yabancı ile evlenenlerin "*soyadı - aile adı*" ile ilgili karşılaştıkları sorunların çözümünde hangi ülkenin hukukunun uygulanacağı ise milletlerarası özel hukuk kurallarında yer almaktadır.

Bu yazıda, Türk Medeni Kanunu'na göre kadının soyadı, ilgili İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararları ve değişiklik önerisi ele alınmadan önce, "*kadının soyadı ile aile adı*" kuralı bakımından Alman hukukunda ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte yapılan dikkate değer değişikliklere bakmakta yarar var. Kaynak İsviçre hukukunda ise, Almanya örneğinde olduğu gibi bir yasa değişikliği süreci yaşanmamış, ancak 1980'lerden itibaren Anayasa'da ve Medeni Kanun'da cinsiyete dayalı eşitsizliklerin kaldırılmasına yönelik değişiklik yapılırken, soyadı konusunda da eşler arası eşitliğe doğru adımlar atılmıştır.

II. Alman Hukukunda Kadının Soyadı

Alman hukukunda, *kadının soyadı kuralında* başlangıçtaki ataerkil anlayış, değişen yaşam koşullarına paralel olarak eşlerin eşit haklara sahip olmaları anlayışıyla gelişmiş ve adım adım dikkate değer bir yasa değişikliği süreci yaşanmıştır. Kadının soyadına ilişkin yapılan yasal değişiklikler ve uygulama, Almanya’da aile içinde eşlerin konumunda yaşanan eşitlikçi gelişmeyi destekleyen açık ve kararlı bir kamu politikasının varlığını göstermektedir. 1993’te çıkarılan aile adıyla ilgili yasada (FamNamRG) soyadının toplumsal düzeni sağlama işlevine önem verilmekle beraber, **kişilerin kimliğine ve kişilik hakkına öncelik** tanınmış olduğu görülmektedir.⁵

Alman hukukunda, ilk kez 1794 yılında Prusya’da kabul edilen yasa ile “*evlenen kadın kocasının soyadını alır*” hükmü uygulanmaya başlanmıştır. Daha sonra 1896 yılında yürürlüğe giren Alman Medeni Kanunu’nda (BGB § 1355) soyadı ile ilgili aynı hükme yer verilmiştir. Evlilik birliğinin dış görünümü açısından eşlerin ortak bir soyadı taşımaları kabul edilmiş, eşlerin ortak soyadının da “kocanın soyadı” olacağı tercihi yapılmıştır.

Alman Medeni Kanunu’nda “kadının soyadı”na dair kurallarda 1920’lerden günümüze aşağıdaki değişiklikler yapılmıştır:⁶

- a) Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi’nin Kabulü (1949);
- b) Eşit Haklar Yasası’nın Yürürlüğe Girmesi (1957);
- c) Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu (1976);
- d) Alman Federal Anayasa Mahkemesi’nce 1355/2. md.sine ilişkin verilen İptal Kararı (5.3.1991);
- e) Aile Adı Hakkına Dair Kanun’un kabul edilmesi (16.12.1993).

⁵ NOWAK, Der Name der natürlichen Person, Giessen, 1996, s. 26.

⁶ GIESEN; Familienrecht, Tübingen, 1994, No. 626; (Almanya’da Aile Hukukunda kadının erkekle eşit haklara sahip olması yolunda ilk adım 1921 tarihli “Çocuğun Dini Terbiyesi Hakkında Kanun” -Gesetz über die religiöse Kindererziehung- ile atılmıştır); MENZEL; s. 156: “Alman Medeni Kanunu’nda yapılan ilk değişikliklerin temelinde Alman Hukukçu Kadınlar Birliğinin (DJB) önderliğinde güçlü bir kadın hareketi olduğu görülmektedir.”

a) Eşit Haklara Sahip Olma İlkesi'nin Kabulü

Alman hukukunda, 1949 tarihinde yasalarda kadın erkek eşitliğinin sağlanması yolunda kararlı bir adım atılmış ve Anayasa'nın (Grundgesetz) 3. maddesinde "*bütün insanlar kanun önünde eşittir (1.fıkra); erkekler ve kadınlar eşit haklara sahiptirler..(2. fıkra); hiç kimse ... cinsiyeti.. nedeniyle mağdur edilemez ve daha iyi duruma getirilemez..(3. fıkra)*" hükümlerine yer verilmiştir. "Eşit haklara sahip olma ilkesinin" bütün yasalarda yerleştirilmesini sağlamak üzere, Anayasa'nın 117. maddesiyle, yasalarda yer alan eşitliğe aykırı tüm hükümlerin 31 Mart 1953 tarihine kadar değiştirilmesi için süre tanınmış, bu kuralların değiştirilene kadar yürürlüğünü sürdüreceği, ancak sürenin bitiminde, eşitliğe aykırı bütün maddelerin yürürlükten kalkmış sayılacağı kabul edilmiştir.⁷ Böylece, 1953 yılında kadın erkek eşitliğine aykırı hükümler Anayasa gereğince yürürlükten kalkmıştır.

b) Eşit Haklar Yasası'nın Yürürlüğe Girmesi.

1953 yılında Anayasa'nın 117. maddesi gereğince yürürlükten kalan kurallar yerine, kadın erkek eşitliğine uygun yasal düzenleme ancak 1957 yılında yapılabilmektedir. 18.6.1957'de kabul edilen "Kadın ve Erkeğin Medeni Hukuk alanında Eşit Haklara Sahip Olmaları Hakkında Kanun" (Gesetz über Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts) 1.7.1958 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kısaca Eşit Haklar Yasası olarak anılan 8 maddelik yasanın 1. maddesiyle, Alman MK'nun (BGB) kadın erkek eşitliğine aykırı hükümlerinde değişiklik yapılmıştır. Örneğin, "evlilik birliğine ilişkin bütün işlerde karar verme yetkisi kocaya aittir", "koca ikametgahı ve evi belirler", hükümleri eşitliğe aykırı olduğu için bu yasa ile yürürlükten kaldırılmış ve *kadının soyadı* ile mal rejimlerine ilişkin kurallar ise *yeniden düzenlenmiştir*.

Eşit Haklar Yasası ile, 1896 tarihli Alman MK'nun BGB § 1355 "*kadın evlendiğinde kocasının soyadını alır*" hükmüne "*kadın kendi soyadını da taşımak hakkına sahiptir, evlendirme memuruna bu yolda bildirimde bulunabilir, bu bildirim resmen onaylanır*" hükmü eklenmiştir. Eşit Haklar Yasası ile ataerkil anlayıştan eşit haklara sahip olmaya doğru bir

⁷ JARASS / PIEROTH; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, München 1989 (23.5.1949 tarihli Bonn Anayasası), s. 82; LEIBHOLZ / RINCK; Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Köln, 1971, s. 165.

adım atılmış; kadına kızlık soyadını birlikte kullanma hakkı verilerek, *kadının aile içinde kocası ve çocukları arasında bağımsız bir kimliği olması sağlanmıştır.*⁸ Ancak görüldüğü gibi, burada yine de kadının kimliğine değil, soyadının kamu düzenini sağlama işlevine (Ordnungsfunktion) üstünlük tanınmıştır. Alman Federal İdare Mahkemesi'nin 1960 tarihli bir kararında da "kadının evlenirken soyadından vazgeçmeyi kabul ettiği var sayılmalıdır" denilmiştir.⁹

Eşit Haklar Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle kadınlar, her ne kadar evlilik adının önünde kendi soyadını taşıyabilmesi olanağına sahip olmuşlarsa da, soyadını çocuklarına verme hakkı henüz tanınmamıştır.¹⁰

c) Evlilik ve Aile Hukuku Reform Kanunu

1970'li yıllarda evlilik birliği içinde eşlerin eşit hak ve yükümlülükleri olduğu anlayışının gelişmesine paralel olarak Alman MK.da değişiklik yapılmış ve 14.6.1976 tarihinde Evlilik ve Aile Reformu Kanunu (Ehe- und Familien Reformgesetz) kabul edilmiştir. Kanunda, soyadının bir kişilik hakkı olması özelliği giderek daha ön planda tutulmuş ve kadının kişilik haklarına erkekle eşit ölçüde değer verilmesi kabul edilmiş, soyadına ilişkin madde yeniden düzenlenmiştir.

Evlilik birliği için eşlerden birinin soyadının **ortak evlilik adı (soyadı)** olarak seçilmesini öngören Alman Medeni Kanunu hükmü (BGB § 1355/1), anayasal eşitlik ilkesine (GG Art.3) uygun hale getirilmiştir.¹¹ Bu madde ile eşlere soyadı seçme konusunda eşit hak ve görev verilmiştir.¹² Eğer eşler evlenme başvurusu veya merasimi sırasında ortak bir (aile ismi) soyadı seçtiklerini beyan etmemişlerse, bu takdir-

⁸ GERNHUBER / COESTER-WALTJEN, s. 142.; RAMM Thilo; Gleichberechtigung und Ehe- und Familienname, FamRZ 1962, s. 281 vd.

⁹ Alman Federal İdare Mahkemesi (BVerWG) bir kararında: "Kişiler evlenmekle evlilik kurumunun getirdiği fedakârlığa katlanmayı kabul etmiş demektir. Bu fedakârlık yürürlükteki yasa gereği soyadı açısından kadına düşmektedir" denilmektedir. (FamRZ, 1960, 1 1960, 113; NJW, 1960, 449).

¹⁰ WESTERMANN H.P.; Handkommentar zum BGB. Band 2, München 1975, s. 628; REBMANN Kurt, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1978, § 1355.

¹¹ NOWAK; s. 34, dip Not 25 de yer verilen Federal Anayasa Mahkemesi Kararı (BVerfGE 17, 168)

¹² GIESEN Dieter; Familienrecht, Tübingen 1994, No. 163; GRZIWOTZ Herbert, Wichtige Rechtsfragen zur Ehe, 2. Aufl., München 1996, s. 54-58.; STURM Fritz; *Der Ehename aus kollisionsrechtlicher Sicht - Zum Beschluss des BGH vom 12.5.1971*, FamRZ 1973, Heft 8/9, s. 401.

de Alman Medeni Kanunu'nda (BGB § 1355/2) yer alan (yedek) hüküm gereğince *kocanın soyadının (Geburtsname) evlilik birliğinin soyadı (Ehename)* olacağı kabul edilmiştir. Bu fıkra hükmünde, Anayasa'nın "kadın erkek eşit haklara sahiptir ve kanunlar önünde eşittir.." hükmüne aykırı düşen, geleneksel anlayışın devam ettiği görülmektedir. Alman hukukunda 1980'li yıllardan beri bu maddenin (BGB § 1355/2, 2) kadın erkek eşitliğine aykırı, patriyarkal bir anlayış içerdiği ileri sürülmektedir.¹³ Aslında eşlerin ortak bir soyadı seçmiş olmaları durumunda veya seçme hakkının kullanılmamış olmasıyla kocanın soyadının aile adı olarak kabul edilmesi halinde, uygulamada bir sorun yaşanmamaktadır. Sorun, eşlerin soyadı konusunda anlaşamamaları halinde, erkeğin soyadının evlilik adı olacağı kabul edilmiş olması nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

Evlilik Hukuku Reform Kanunu'nda yer alan soyadına ilişkin madde, yürürlük tarihi olan **1.7.1976 dan sonra yapılan evlilikler açısından hüküm ifade etmekteydi ve daha önce yapılmış evliliklere (Altehen) dair bir geçiş hükmü mevcut değildi.** Daha sonra çıkarılan Evlilik Adı Değiştirilmesine İlişkin Yasa'da,¹⁴ 1.7.1976 yılından önce yapılmış olan evlilikler için 1.7.1979 ile 30.6.1980 tarihleri arasında yapılmak üzere bir yıllık başvuru süresi tanınmıştır. Bu süre içinde evlendirme memurluğuna başvuran eşlerin "kadının soyadını" evlilik adı olarak seçme hakkını kullanabilecekleri kabul edilmiştir.

d) Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Medeni Kanun'un 1355/2. md.sine ilişkin iptal kararı

Anayasa Mahkemesi'nin (BVerfG) 5.3.1991 tarihli iptal kararı, soyadına ilişkin hükümler açısından Alman hukukunda tam anlamıyla kadın erkek eşitliğinin sağlanmasında, diğer bir deyişle **ataerkil anlayıştan eşitlikçi anlayışa doğru yaşanan süreçte son adımın atılmasında önemli rol oynamıştır.** Yasanın (BGB) 1355. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "*eşler bir evlilik adı seçmemişlerse, kocanın soyadı evlilik adı olur*" hükmü Anayasa'nın (Art. 3/II) eşit haklara sahip olma ilkesine aykırılık oluşturduğu **gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiştir.**

¹³ WIRTH Thomas, *Der Ehename bei im Ausland geschlossenen Ehen nach dem Beschluss des BverfG vom 5.3.1991*, FuR 3/91, s. 138-142.

¹⁴ Von MÜNCH; s. 20: "Das Ehenamensänderungs Gesetz von 27.3.1979". GÖREN ATAYSOY, s. 97.

İptal kararında soyadı maddesinde *yeni bir düzenleme* yapılması gerektiği ve kararın ilânından itibaren *yeni yasa çıkarılana kadar* yapılacak evliliklerde *eşlerin kendi soyadlarını* taşımaya devam edebileceği kabul edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının 2.4.1991 tarihinde yürürlüğe girmesinden itibaren altı ay içinde yapılan evliliklerde yaklaşık dörtte bir oranında eşlerin ortak bir evlilik adı seçmedikleri, kendi soyadlarını taşımaya devam ettikleri ve 1990 yılına kıyasla kocanın soyadının evlilik adı olarak seçilmesinde aynı oranda bir azalma olduğu görülmektedir.¹⁵

e) Aile Adı Hakkına Dair Kanun (FamNamRG)¹⁶

Alman Medeni Kanunu'nun 1355/2. maddesi Federal Anayasa Mahkemesi'nce iptal edildikten iki yıl sonra *Aile Adı Hakkına Dair Kanun* (Familiennamensrechtgesetz) çıkarılmıştır. Kanun'da eşlerin eşit haklara sahip bireyler olarak kişilik haklarına öncelik ve önem verilmiş ve herbirinin kimliklerinin ön planda tutulması benimsenmiştir.

Bu yasa ile getirilen yenilik eşlerin ortak aile adı kullanmaları *zorunluluğunun kaldırılmasıdır*. Anayasa Mahkemesi kararında belirtildiği gibi, eşlerin evlenirken soyadı seçme hakkını kullanmamaları durumunda, yine de ortak evlilik adı (soyadı) taşımamanın zorunlu tutulması, bir tarafın aleyhine sonuç doğurmakta ve bu da eşitliğe aykırı düşmekteydi. Yeni yasayla evlilikte ortak bir soyadı kullanmak zorunlu olmaktan çıkarılmakla birlikte, toplum içinde evlilik birliğini tanıtıcı

¹⁵ STENZ Heinz, Namenswahl bei der Eheschliessung nach dem Beschluss des BVerfG vom 5.3.1991 - Eine Zwischenbilanz; StAZ, Nr. 1/1992, s. 21 de yer verilen bir araştırma sonucunda, Tübingen Evlendirme Memurluğu tarafından yapılan açıklamaya göre: 2.4.1991 ile 30.9.1991 tarihleri arasında 295 evlilik işlemi yapılmıştır; bunlardan kocanın soyadı evlilik adı olarak seçilen evlilik sayısı 208 (%70, 51), kadının kendi soyadını da birlikte kullanması 33; karının soyadı evlilik soyadı olarak seçilen evlilik sayısı 16 (% 5, 42), kocanın kendi soyadını da birlikte kullanma sayısı 4; eşlerin bir evlilik adı seçmeyip kendi soyadları ile devam ettikleri evlilik sayısı 71 (% 24, 07)dir. Yine Tübingen Evlendirme Memurluğunca açıklanan sayılarla 1990 yılında yapılan 510 evlilikte soyadı seçme durumu karşılaştırıldığında, 1991 yılında kocanın soyadının evlilik adı olarak seçilmesinde % 25 oranında azalma görülmektedir: 510 evlilikten kocanın soyadı evlilik adı olan evlilik sayısı 488 (% 95, 69), bunlardan 155'inde kadın kendi soyadını da birlikte kullanmakta; kadının soyadı evlilik adı olan 22 (% 4, 31) bunlardan 16'sında koca kendi soyadını birlikte kullanmaktadır.

¹⁶ Aile Adı Hakkına Dair Kanun (Familiennamensrechtgesetz) 16.12.1993 tarihinde kabul edilmiş ve 1.4.1994'de yürürlüğe girmiştir.

bir unsur olan *ortak evlilik adını seçme hakkı eşlere tanınmaya devam etmektedir*, dolayısıyla eşlerin ortak soyadı taşımalarına tamamen son verilmiş değildir. Hatta eşlerin evlilik birliği kurulmasından itibaren 5 yıl içinde ortak evlilik adı seçebilecekleri de kabul edilmiştir (Alman MK.1355/3).

1994 de yürürlüğe giren aile adına ilişkin yasaya göre eşler, ortak bir soyadı seçmemişlerse, her biri evlenmeden önceki soyadını taşımaya devam edecektir. Kanun koyucu bu kural ile *eşit haklara sahip olma ilkesini tam olarak yaşama geçirmiş bulunmaktadır*.¹⁷

Eşlerin bu yeni kuraldan yararlanarak ortak aile adı kullanmama- ları halinde, doğan çocukların soyadının nasıl belirleneceği konusun- da da açık bir hüküm getirilmiştir.¹⁸ Alman MK'nun 1616. maddesinde (FamNam RG ile) 1994 de yapılan değişikliğe göre; çocuğa annenin veya babanın soyadı seçilerek verilecek, bir ay içinde böyle bir seçim yapılmadığı takdirde vesayet mahkemesi soyadı seçme yetkisini ana- ya veya babaya verebilecektir. İlk çocuk seçilen soyadı daha sonra do- ğan çocuklar için de geçerli olacaktır.

Eşlerin boşanmaları durumunda, eğer bir evlilik adı seçmişlerse, bunu boşandıktan sonra da taşımaya devam edecekleri kabul edilmiş- tir (Alman MK. 1355/5). Ancak boşanan kişi doğumla kazandığı ya da evlenmeden önce kullanmakta olduğu soyadına dönmek isterse, bunu şahsi hal memuruna bildirecektir.

Aile Adı Hakkına Dair Kanun'da, yürürlüğe giriş tarihinden önce yapılmış olan evliliklere (**Altehen**) **ilişkin geçiş hükmüne de yer veril-**

¹⁷ GIESEN, s. 74, No.165.

¹⁸ GIESEN, age., s. 289-291, No.550-557; Alman Anayasa Mahkemesinin eşlerin soyadı konusunda anlaşamamaları halinde erkeğin soyadının aile adı olarak belirleyiciliğini öngören kuralın anayasal eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle iptal etmesi üzerine, her eşe kendi soyadını taşıma hakkı tanınmıştır. Bu durumda çocuklar ana ve babanın her ikisinin soyadını birlikte taşıyacaklardı. Ancak 1994 de yürürlüğe giren Aile Adı Hakkına İlişkin Yasada ise çocukların annenin ya da babanın olmak üzere tek soyadı kullanmasına olanak verilmektedir. Dolayısıyla, Almanya'da bu yasanın yürürlüğe girişinden önce ve sonraki tarihlerde doğan çocuklar (kardeşler) açısından farklı soyadları söz konusu olmaktadır. Çocuğun soyadı ile ilgili madde (BGB 1616/1) gereğince ana veya babanın soyadının seçilerek çocuğa verilmesi halinde bu soyadı diğer çocuklar için de geçerli olacağından iki soyadını birlikte taşıyan çocuğun kimliğinde bu şekilde bir değişiklik yapılması zorunlu olmaktadır. Ancak yabancı eşle evlilikten doğan çocukların, eğer eşlerden birinin ülke yasası çift soyadına izin veriyorsa, çocuklara ananın ve babanın soyadı her ikisinin birlikte verilebileceği de kabul edilmiştir.

miştir. Buna göre eşler, yasanın yürürlüğe girmesinden itibaren *bir yıl* içinde başvurarak yasanın tanıdığı haklardan yararlanmak isteyebilirler.

Alman hukukunda yaşanan bu süreç, kadının toplumsal yaşam içinde giderek daha fazla yer almasıyla birlikte ortaya çıkan ihtiyacına ve yaşadığı kimlik sorununa çözüm getirmede kanun koyucunun duyarlılığını göstermektedir. Alman hukukunda “kadının soyadı” ile ilgili olarak gördüğümüz bu gelişme, kadına ve kadının kimliğine verilen önem konusunda tutarlı ve kararlı bir kamu politikasının varlığı ve hukuk kurallarının günün ihtiyaçlarına uygun olarak nasıl değiştirilmesi gerektiği konusunda da, dikkatle izlenmesinde yarar olan bir örnek oluşturmaktadır.

III. Türk Hukukunda Kadının Soyadı

1926 tarihli yasada olduğu gibi 2001 tarihli yeni Medeni Kanun’a göre de kadın, doğumla aldığı soyadını evlenince terk etmek ve kocasının soyadını almak zorundadır. Daha sonra medeni halindeki her değişiklikte, boşandığında ve yeniden evlendiğinde kadın, soyadını her defa değiştirmesi gerekmektedir. Hatta evlilik devam ederken, kocanın evlat edinilmesi ile veya haklı nedenle soyadının değiştirilmesi halinde, kocaya bağlı olarak kadının da soyadı değişmektedir. Kadının evlendiğinde veya boşandığında soyadını değiştirmek zorunda olması (Medeni Kanun 187. ve 173. md) kadının kimliğini, pasaportunu, banka hesaplarını, kredi kartını, sürücü belgesini ve birçok benzer resmi veya özel belgeyi yeniden çıkarmasını gerektirmektedir. Evlenince zorunlu olarak soyadını terk eden kadın boşanınca bu defa da “boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini” ispatlamak, aksi halde önceki soyadına dönmek ve bütün bu belgeleri yeniden düzenlemek zorunda kalmaktadır. Medeni halindeki değişikliğe bağlı olarak soyadını değiştirmek zorunda kalmaları kadınları mağdur etmekte “kimlik sorunu” yaşamalarına yol açmaktadır. Özellikle yabancı ile evli kadınların, pasaport başta olmak üzere resmi belgelerde soyadı açısından yaşadıkları sorunlar göz ardı edilemeyecek derecede mağduriyete yol açmaktadır.

Erkek ise doğduğu gün aldığı soyadını kural olarak yaşamı boyunca taşıma hakkına sahiptir. Soyadını ancak evlat edinilmesi ve haklı nedenle soyadını değiştirme talebinin kabul edilerek karara bağlanması durumlarında değiştirir.

Türk hukukunda, son yıllarda özellikle AB'ne uyum yasaları çerçevesinde yapılan anayasa değişiklikleri başta olmak üzere yasalarda kadın erkek eşitliği yolunda önemli adımlar atılmıştır. 3 Ekim 2001 tarihinde Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklikle "Aile toplumun temelidir" maddesine "eşlerarası eşitliği dayandır" ibaresi eklenmiştir. 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilerek 1 Ocak 2002'de yürürlüğe giren yeni Medeni Kanun da eşler arası eşitlik ilkesine uygun düzenlenmiştir. MK'nun "Aile Hukuku" bölümünde anayasal eşitlik ilkesine aykırı düşen tek madde "kadının soyadı"dır (md. 187 ve 173).

1. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan kurallar

Bilindiği gibi 1926 tarihli Medeni Kanunu'nun 153. maddesinde 1997 yılında değişiklik yapılanaya kadar "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" kuralı yürürlükteydi. **1997 yılında 153. madde değiştirilmiş** ve eşitliğe doğru bir adım olarak niteleyebileceğimiz aşağıdaki düzenleme yapılmıştır:

"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."

Yukarıdaki hüküm 2001 tarih ve 4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesine "Kadının Soyadı" başlığıyla aynen alınmıştır. Oysa Medeni Kanunda değişiklik yapılmasının temel amacı, ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin yerleştirilmesi ve kadın erkek eşitsizliğinin kaldırılmasıydı. Yeni Medeni Kanun'un genel gerekçesinde "günümüzde modern hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde temel ilke olarak kabul edilen kadın - erkek eşitliği ilkesinin hukukumuzda da tam anlamıyla yerleştirilmesi amacıyla" Medeni Kanun'da değişiklik yapıldığı belirtilmektedir. Gerçekten 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanun'un "Aile Hukuku" bölümünde evlilik yaşı, konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birliğin giderlerine katılma, yasal mal rejimi gibi konular eşlerarası eşitlik esasına dayandırılmıştır.¹⁹ Ancak, evliliğin genel hükümlerinde yer alan 187. maddede ve boşanmanın sonuç-

¹⁹ MOROĞLU N., *Ailede Demokrasi - Toplumda Demokrasi*, Dünya Gazetesi, 7 Mart 2003.

larına ilişkin 173. maddede “Kadının Soyadı” kurallarında kadınlara karşı ayrımcılık devam etmektedir.

“Kadının Soyadı” başlığını taşıyan **187. madde**, önceki Medeni Kanun’un 153. maddesinin 1997’de değiştirilen, yukarıda yazılı şekliyle aynıdır.

Madde 173 - Boşanan Kadının Kişisel Durumu:

“Boşanma halinde kadın evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur, ancak evlenmeden önceki soyadını yeniden alır. Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse, hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir.

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

Koca, koşulların değişmesi halinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.”

Kadın boşandığı kocasının soyadını kullanmaya devam etmek istediğinde, **bunu boşanma davası ile birlikte veya boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde talep edebilir.** Kadının boşandığı kocasının soyadını kullanmayı talep etmesi, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan bir dava hakkı olduğuna göre, MK’nun 178. maddesi hükmü gereğince bir yıllık zamanaşımına tabidir.²⁰ Yargıtay’ın 2. HD.nin 25.6.1970 tarih ve 3452/3917 sayılı kararında “... davalı tarafın (kadın) Ö... soyadını kullanmasında davacının zımni bir izni olduğunun kabulü gerekir. Çünkü, davacı kendi soyadını kullanmasına boşanmayı müteakip itiraz etmemiş, beş seneye yakın bir zaman sonra bu davayı açmıştır” denilmektedir. Söz konusu karar dikkate alındığında, boşanma üzerinden bir yıl geçtikten sonra, boşanan kadının MK. md. 173/2’ye dayanarak dava açmasında bir menfaati olmayacağı sonucuna varabiliriz.

Yukarıda görüldüğü gibi, (yeni) Medeni Kanun’da her iki maddede de kadınlara karşı ayrımcılık sürmektedir. Özellikle 187. madde gereğince evlendiğinde kocasının soyadını almak zorunda bırakılan kadın açısından, boşandığında bu defa 173. md. gereğince kocasının soyadını kullanma yasağının getirilmesi hakkaniyete de aykırıdır. Kadının kocasının soyadını kullanmakta yararı olduğunu ispatlayamaması ya da izin verilse

²⁰ DOĞAN İzzet, *Aile Hukukunda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler*, Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2005, s. 1366-1367.

bile kocanın her zaman iznin kaldırılmasını talep edebilmesi karşısında, kadın yeniden soyadı değiştirmek zorunda kalacaktır. 187. maddede göz önünde tutulduğunda, boşanma durumunda 173. maddenin İsviçre'deki gibi düzenlenmesi ve boşanan kadının kocasının soyadını kullanma hakkının devam etmesi, ancak kadının istemiyle kendi soyadına dönebilmesi kabul edilmeliydi.

Aslında, Medeni Kanun değişikliği yapılırken, "Evlilik Birliği" bölümünde bütün kurallar "eşler" sözcüğüyle başlatılmış ve eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesine uygun düzenlenmiştir. Bu nedenle, Anayasa'nın 41. ve 10. maddelerine de aykırı olan MK.nun "Kadının Soyadı" maddesindeki ayrımcılık kaldırılmalı ve eşitlik ilkesi çerçevesinde yeniden düzenlenmelidir.

2. Uluslararası Sözleşmelerde Kadının Soyadı

Türkiye kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere düzenlenmiş olan BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni, Ek İhtiyari Protokol'ü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi²¹ ile 7 No.lu Ek Protokol'ü onaylamıştır. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir.

a) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

Genel kapsamlı olan İnsan Hakları Sözleşmeleri yanında, somut olarak kadının insan haklarını yaşama geçirmek, kadınlara karşı var olan ayrımcılığı kaldırmak amacıyla düzenlenmiş olan *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi* en kapsamlı ve en geniş katılımlı uluslararası sözleşmedir. 23 Şubat 2012 tarihi itibarıyla 187²² ülkenin taraf olduğu Sözleşmeyi Türkiye 1985 yılında onaylamıştır. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Hakkında Sözleşme'nin 16. maddesinin g fıkrası doğrudan konumuzla ilgilidir. Bu maddede:

"Taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

²¹ MOROĞLU Nazan, Uluslararası Sözleşmelerde Kadın Erkek Eşitliği, İstanbul Barosu yay., 2005.

²² http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (erişim tarihi 23.02.2012)

g) Aile adı, ... karı koca için eşit kişisel haklar”

denilerek, kadının soyadı konusunda eşlerin eşit haklara sahip olması ilkesine uyulması zorunluluğu açık bir ifade ile öngörmüştür. Bu nedenle, Türkiye'nin 1985 yılında onayladığı Sözleşme'den doğan taahhütlerini yerine getirmesi gerekmektedir.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve 7 No.lu Protokol

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14 maddelerinde ve 22.11.1984 tarihli 7 No.lu Protokol'ün 5. maddesinde “Eşler kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde, evlilikle ilgili, evlilik sırasında veya ayrıldıktan sonra, özel hukuk nitelikli haklara ve yükümlülüklerle eşit olarak sahiptirler” denilmektedir. Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin “ Medeni Hukukta Eşlerin Eşitliği Konusundaki 37 sayılı İlke Kararı'nın 11/6. bendinde” de soyadı konusunda bir eşin diğerinin soyadını kullanmaya zorlanamayacağına değinilmektedir.

3. Kadının Soyadına İlişkin Anayasa Mahkemesi Kararları

a) Kadın erkek eşitliği açısından “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” kuralı, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırılığı nedeniyle hem 1926 tarihli Medeni Kanun hem de 2001 tarihli Medeni Kanun açısından Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüş ve iptali istenmiştir. Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin 20 Eylül 1998 tarih ve 61/59 sayılı kararıyla²³ Medeni Kanun'un “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” maddesinin iptal istemini “bu durum eşitliğe aykırı değildir” diye reddetmiştir. Ret kararının gerekçesi dört yıl sonra 15.11.2002 tarihinde yayımlanmıştır.

Mahkemenin ret gerekçesinde: “... İtiraz konusu kural kimi sosyal gerçeklerin zorunluluklarından ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. Aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği devam etmiş olacaktır. 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 öngörülmemiş, kadın başvurduğunda kocanın soyadıyla birlikte önceki soyadını da kullanma olanağı vardır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayrımına dayanan bir farklılaşma

²³ Anayasa Mahkemesinin 20 Eylül 1998 tarih ve 61/59 sayılı kararı, RG. 15.11.2002, s. 24937

yarattığı savı da yersizdir. Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez.²⁴ Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişiler için değişik kural ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi, bu haklı nedenler karşısında eşitliğe aykırılık oluşturmaz..." denilmektedir.

Burada dikkate değer olan husus, Anayasa Mahkemesi'nin bir başka kararında²⁵ "modern aile hukukunun dayanağı olan eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesi ve Anayasanın 10. maddesinde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığı" gerekçesine açıkça yer verdiği halde kadının soyadı konusunda bu görüşünden ayrılmış olmasıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin, "Kadının Soyadı" kuralına ilişkin iptal isteminin reddi kararına muhalif kalan başkan Mustafa Bumin, üyeler Fulya Kantarcıoğlu ile Yalçın Acargün, Türkiye'nin 1985 yılında onayladığı Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin "farklı cinslerin eşit haklara sahip olması" ilkesinin esas alınması gerektiğine işaret etmişlerdir.

Karşı oy yazısında "Bu kural evlilik birliği içinde aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni, kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak olanaksızdır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılması demokratik hukuk devleti ve demokratik toplum düzeni gerekleriyle bağdaştığı ileri sürülemez. Aile soyadının seçimini, evlilikte eşit haklara sahip eşlerin özgür iradesine bırakmayıp, kocaya mutlak üstünlük sağlayan kural, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkına müdahale niteliği taşıdığından Anayasa'nın 17. maddesine de aykırıdır.." denilmektedir.

Anayasa Mahkemesinin 3'e karşı 8 oyla verdiği "kadının soyadı" kuralına ilişkin iptal istemini reddeden kararına, o tarihte de bugün de katılmamız mümkün değil. Karşı oy yazısında işaret edilen Sözleşme ve Anayasa maddeleri dikkate alınması ve maddenin iptali gerekirdi.

b) Anayasa Mahkemesi'nin 2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90.

²⁴ Kararın verildiği tarihte henüz Anayasa'nın 41. maddesinde (2001) ve 10. maddesindeki (2004) değişiklikleri yapılmamış olmasının eksikliği görülmektedir.

²⁵ Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 tarih ve 1990/30 sayılı, kadının çalışmak kocasından izin almasına dair MK. 159. maddesinin iptali kararı.

maddelerine aykırılığı savıyla iptali istemiyle yapılan itiraz hakkındaki **10.3.2011 tarihli ret kararının kanımca hukuken haklı gerekçesi bulunmamaktadır.**²⁶

Evli kadının yalnız önceki soyadını kullanması istemiyle açılan davalarda itiraz konusu MK. 187. maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkemeler²⁷ iptali için başvurmuşlardır. Ancak, Anayasa Mahkemesi Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığına ve **itirazın REDDİNE**, Osman Alifey-yaz PAKSÜT, Fulya KANTARCIOĞLU, Fettah OTO, Serdar ÖZGÜLDÜR, Serruh KALELİ, Zehra Ayla PERKTAŞ, Recep KÖMÜRCÜ ile Engin YILDIRIM'ın karşıoyları ve **OYÇOKLUĞUYLA** 10.3.2011 gününde karar verilmiştir.

Karşı oy yazılarında, kadının kimlik sorunu, kadın erkek eşitliği ve Anayasa ve uluslararası sözleşmeler çerçevesinde 187. maddenin iptal edilmesi konusunda haklı gerekçeler verilmiştir.

KARŞI OY YAZISI

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

²⁶ RG. 21.10.2011 - 28091; E: 2009/85, K. 2011/49

²⁷ 1- Fatih 2. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2009/85), Ankara 8. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/35); Kadıköy 1. Aile Mahkemesi (Esas Sayısı: 2010/94)

sağlayan bir kanun tasarısı taslağının Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanarak görüşe sunulması ise yasama açısından olumlu bir gelişme olarak değerlendirilebilir.

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

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

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

1976 tarihli Alman Evlilik ve Aile Hukuku Yasası'ndaki eşlerin ortak bir soyadı kullanacağı, aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadının seçilebileceği, eğer eşler bir karara varamazlarsa, kocanın soyadının ailenin soyadı olarak kabul edileceğine ilişkin kuralı inceleyen Alman Anayasa Mahkemesi 5.3.1991 günlü kararıyla kocanın soyadının, ikincil aile adı olarak seçilmesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. İptal kararının gerekçesinde şu görüşlere yer verilmiştir: "... bir ilişkinin geleneksel yapısı, eşitsizliği haklı kılamaz. Eğer mevcut toplumsal gerçeklik veri olarak ele alınırsa, anayasal bir emir olan farklı cinslerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin gerçekleştirilmesi işlevini kaybe-

decektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu ilke, kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlik kazanmaktadır. Çünkü Anayasa'nın 3. maddesinin ikinci fıkrası böylesi ayrımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir. Bu nedenle birey hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunun korunmasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez" ^[2] Avrupa İnsan Hakları Divanı da, 1994 yılında verdiği İsviçre hakkında mahkûmiyetle sonuçlanan bir kararında, ismin kişinin kimliği anlamına geldiğini, buna yapılan müdahalenin, ailenin özel yaşamına müdahale sayıldığını bu nedenle eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

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

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

Üye Fulya KANTARCIOĞLU

Üye Fettah OTO

Üye Serdar ÖZGÜLDÜR

Üye Serruh KALELİ

Üye Zehra Ayla PERKTAŞ

Üye Recep KÖMÜRCÜ

KARŞI OY YAZISI

"...Anayasa'nın 41. maddesinin ilk fıkrasına göre ise, "Aile, Türk toplumu temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır." 4721 sayılı Medeni Kanun'da her alanda eşler arası eşitlik kabul edilmesine rağmen, "Kadının Soyadı"na ilişkin kural bu eşitliğe aykırı olan tek düzenleme olarak varlığını sürdürmektedir.²⁸

²⁸ (Moroğlu, Nazan, "Medeni Kanun'a Göre Kadının Soyadı ve Bir Öneri, www.tukd.org.tr/dosya/kadinin_soyadi.doc erişim tarihi, 26.04.2011.)

Ülkemizde, son yıllarda gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri başta olmak üzere, yasalarda kadın erkek eşitliğinin sağlanması amacıyla yeni düzenlemeler yapılmıştır. Medeni Kanun'da değişiklik yapılmasının temel amaçlarından biri, ailede eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesinin yerleştirilmesi ve kadın erkek eşitsizliğinin kaldırılmasıydı. Yeni Medeni Kanunun genel gerekçesinde de "günümüzde modern hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde temel ilke olarak kabul edilen kadın - erkek eşitliği ilkesinin hukukumuzda da tam anlamıyla yerleştirilmesi amacıyla" Medeni Kanun'da değişiklik yapıldığı belirtilmektedir. Gerçektende 2002'de yürürlüğe giren Medeni Kanun'un "Aile Hukuku" bölümünde evlilik yaşı, konutun seçimi, evlilik birliğinin yönetimi ve temsili, birliğin giderlerine katılma, yasal mal rejimi gibi konular eşler arası eşitlik esasına dayandırılmıştır. Medeni Kanunun "Aile Hukuku" bölümünde anayasal eşitlik ilkesine uymayan tek madde "Kadının Soyadı"dır. Zorunlu soyadı kullanımı kadının kişiliğinin zedelenmesi ve evlilik bağı içinde devlet zoruyla tabi konumda tutulması anlamına gelmektedir.

Kadınların toplumsal yaşamda tanındığı soyadını kullanmaya devam etmesi en doğal hakkıdır. Evli kadının evlenmeden önceki soyadını kullanması kadının kimlik ve kişiliğinin gelişmesine yol açarak, aile kurumunun eşitlikçi bir yapıya sahip olmasına katkı yapacaktır. Kadının evlilik öncesi sahip olduğu soyadının kullanılmasına izin verilmesiyle evlilikte taraflar arasında eşitliği sağlamada küçük ama önemli bir adım atılmış olacaktır.

Yeryüzünde var olan toplumların neredeyse tamamında erkeğin kadına üstünlüğü yerleşik bir değer yargısı olmuş ve bunun temelinde, kadının aciz, erkek tarafından korunmaya muhtaç bir varlık (*inbeccillitas sexus*) olduğu varsayımı yer almıştır. Aile kurumunun, "toplumun kalbinde en küçük demokrasinin inşasına" imkân verecek bir şekilde, cinsiyetler arası eşitliğe dayalı olarak yapılanabilmesi, toplumsal düzeyde demokrasinin ve demokratik değerlerin yerleşmesine imkân tanıyacaktır.

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

c) Anayasa Mahkemesine tarihi bir karar aldırın gelişme, Siirt Asliye Hukuk Mahkemesine yapılan başvuru ile geldi.²⁹ Eşinden boşanıp çocuğunun velayet hakkını veren mahkeme kararıyla alan anne, babaya ait olan soyadı da değiştirirp çocuğuna kendi soyadını vermek istedi. Ancak, mahkeme bu değişikliğe Soyadı Kanunu'nun izin vermemesi üzerine 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 birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığı savıyla iptaline karar verilmesi istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne itiraz yolu ile başvurdu. Anayasa Mahkemesi "...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..." gerekçesiyle oybirliğiyle maddenin iptaline karar verdi. Ancak, 1934 tarihli Soyadı Kanunu'nun ilgili maddesinin iptal edilmiş olması karşısında bir yasa boşluğu doğmuştur. Medeni Kanun'daki çocuğun soyadına ilişkin maddenin de bu yolda yeniden düzenlenmesi gerekecektir.

4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı³⁰

"Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın, nüfus idaresinin evlendikten sonra kızlık soyadını kullanmasına izin vermemesini" İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) şikayet eden Ayten Ünal Tekeli, bunun cinsiyete dayalı ayrımcılık olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran Ünal-Tekeli, ulusal mercilerin evliliğinden sonra yalnızca kızlık soyadını kullanmasına izin vermemelerinin hem tek başına hem de 14. maddeyle birlikte düşünüldüğünde 8. maddeyi³¹ ihlal ettiğini iddia etmiştir. Ulusal yargı yolla-

²⁹ Karar Günü: 8.12.2011; E.: 2010/119; K: 2011/165; R.G. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204;

³⁰ Ünal - Tekeli Türkiye Davası, AHİM, 4. Daire, Başvuru No. 29865/96; Karar 16 Kasım 2004.

³¹ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) 8. madde:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik,

rında bunun bir ayrımcılık olmadığına karar verilmiş olduğunu belirten başvuran, Sözleşmenin 8. maddesinin uygulanmasını talep etmiştir.

Türk hükümeti yaptığı savunmada, bu davaya Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanamayacağını ileri sürerek, soyadı seçiminin bireysel bir tercih olmadığını ve devletlerin bu alanda kamu düzeni gereğince geniş tasarruf hakları bulunduğunu belirtmiştir. Ayrıca Hükümet, durumun cinsiyetler arasında farklı muamele oluşturduğunun farkında olduğunu, ancak bunun bir kamu düzeni sorunu olduğunu ve burada bireyin özel yaşamına değil, kamu düzenine öncelik verildiğini açıklamıştır. Anayasa Mahkemesi kararına atfla, Türkiye'deki toplumsal gerçekler gözönüne alındığında cinsiyete dayalı farklı muamelenin geçerli nedenleri olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, 14 Mayıs 1997'de MK'nun 153. maddesinde değişiklik yapılmış olduğunu, kadınların evlenmekle aldığı kocasının soyadının önünde önceki soyadını da kullanabileceğini açıklamıştır.

AİHM, cinsiyetler arası eşitliğin geliştirilmesinin günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında önemli bir hedef olduğunu vurgulayarak, Bakanlar Komitesi'nin yayınladığı iki metne işaret etmiştir.³² Mahkeme, bu metinlerin üye Devletleri, aralarında soyadı seçiminin de bulunduğu birçok konuda cinsiyete dayalı ayrımcılığı kaldırmaya çağıran temel belgeler olduğunu vurgulamıştır. AİHM ayrıca, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde, eşlerin aile adı seçiminde eşit haklara sahip olduklarını, Türkiye'nin evlenmekle kadının otomatik olarak soyadını değiştirmesini yasalarla öngören tek ülke olduğunu; evlenince soyadını değiştirmek istemeyen kadınların çıkarlarının dikkate alınmamış olduğunu belirtmiştir. Türkiye'de Kasım 2001'de yapılan Medeni Kanun değişikliğinin amacı ailede eşleri eşit haklara sahip konuma getirmek olduğu halde, evlendikten sonraki aile adına yönelik, kadınları kocalarının soyadlarını almaya zorlayan kuralların

kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlilik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

İHAS 14.madde:

"Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer görüşler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımında hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

³² Medeni Kanun'da eşlerin eşitliğine ilişkin 27 Eylül 1978 tarihli ve 37 sayılı karar; cinsiyet ayrımına karşı yasal korumaya ilişkin 5 şubat 1985 tarihli ve 2 sayılı tavsiye kararı.

değiştirilmemesinin hiçbir haklı gerekçesi olamayacağını ileri süren AİHM, söz konusu farklı muamelenin başvuranın talebi doğrultusunda 14. maddeyle birlikte düşünüldüğünde Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir.

AİHM kararı gereğince, başvuran da dahil olmak üzere evli eşlerin kendi soyadlarını kullanabilme veya soyadı (aile adı) seçiminde eşit haklara sahip olmalarını sağlamaya yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması Türkiye devletine bırakılmıştır. AİHM başvurana ayrıca bir manevi tazminat verilmesini uygun görmemiştir.

AİHM kararının açıklanmasının ardından, "eşlere ortak soyadı seçme hakkı veren" ve kadına evlendikten sonra sadece kendi soyadını taşıma hakkı veren" kanun teklifleri TBMM'ne verilmişse de, bu kanun teklifleri henüz gündeme alınmamıştır.

Değişiklik Önerisi

Türk hukukunda halen yürürlükte olan "Kadının Soyadı"na ilişkin kurallar (MK. 187 ve 173. md.ler), soyadının hukuki niteliği ve işlevi göz önünde tutulduğunda kadınlara karşı ayrımcılık oluşturmaya devam etmektedir. Bilindiği gibi, soyadı bir kimsenin kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır, dolayısıyla kadının soyadı da kadının kimliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. Evlenince ve boşanınca sadece kadının soyadını değiştirmek zorunda kalması, günümüzde ortaya çıkan ihtiyaca ve çağdaş hukuk kurallarına aykırı düşmektedir. Medeni Kanun'un kadının soyadıyla ilgili kuralları Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve AİHM kararı doğrultusunda yeniden düzenlenmesi gereklidir.

Medeni Kanun'da yer alan "Kadının Soyadı"na ilişkin kurallar, Anayasa'nın aşağıdaki hükümlerine aykırıdır:

- 2001 tarihinde Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklikle kabul edilen *ailede "eşlerarası eşitliği"* öngören hükmüne;
- 2010 değişikliği gözönünde tutulduğunda, Anayasa'nın "kanun önünde eşitlik" başlığını taşıyan 10. maddesinin "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*" hükmüne;

- Anayasa'nın 12. maddesinde yer alan kişilik haklarının korunmasına ilişkin *"herkes kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir"* hükmüne;
- Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan *"herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma.. hakkına sahiptir"* hükmüne;
- 2004 değişikliğiyle Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına eklenen *"usulüne uygun yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümler esas alınır"* hükmüne aykırıdır.

Özellikle 2001 yılında Anayasa'nın 41. maddesinde yapılan değişiklik karşısında, *"evlendiğinde kendi soyadını taşımaya devam etme miyle"* (Aile Mahkemesinde) açılacak bir davada, MK.nun 187. maddesinin Anayasa'ya açık aykırılığı nedeniyle Anayasa Mahkemesine götürüldüğünde iptal edilmesi gerekirken, Anayasa Mahkemesi bu yolda yapılan itirazı 10.03.2011 tarihinde oyçokluğuyla reddetmiştir.

MK'da yer alan "Kadının Soyadı" kuralı, Anayasa'ya aykırılığının yanında, Türkiye'nin taraf olduğu ve uygulama taahhüdü altında bulunduğu başta Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi'nin 16. maddesine; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. ve 8. maddelerine; 7 no.lu Ek Protokol'ün 5. maddesine; Avrupa Konseyi tavsiye kararlarına ve ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına da aykırı düşmektedir.

Kadınların toplumsal yaşamda tanındığı soyadını evlendiğinde de kullanmaya devam etmesi en doğal ve yasal hakkıdır. Nitekim yasada böyle bir hak verilmemesine rağmen toplum içinde veya iş yaşamında tanındığı soyadını evlendiğinde kullanmaya devam eden çok sayıda kadın vardır. Bu gereksinimin karşılanması için "Kadının Soyadı" kuralı, "eşlerin soyadı konusunda birlikte karar verebilmelerine veya her birinin kendi soyadını taşımaya devam etmesine imkan verecek" bir şekilde değiştirilmelidir. Bu bakımdan Alman hukukunun örnek alınması kanımca doğru bir tercih olacaktır.

Önerim, 187. madde başlığının "Kadının Soyadı" yerine "**Aile Adı**" olarak değiştirilmesi ve maddenin *eşlerin ortak bir soyadı seçme zorunda olmadıkları, ama dilerlerse seçme hakkının da verildiği aşğıdaki şekilde* düzenlenmesidir. Böyle bir değişiklik Anayasa'nın 41. ve

10. maddesindeki eşitlik ilkesine uygun ve İHAM'ın Türkiye'ye verdiği yükümlülüğü yerine getirecek, aynı zamanda günümüzde ortaya çıkan ihtiyaçları da karşılayacak nitelikte olacaktır:

Madde 187. Aile Adı:

“ Eşler, her biri evlilik öncesi soyadını kullanmaya devam etmek istemedikleri takdirde, evlendirme memuruna yapacakları yazılı bildirim ile ortak aile adı olarak erkeğin ya da kadının doğumla aldığı soyadını seçebilirler. Soyadı aile adı olarak seçilmeyen eş doğumla kazandığı soyadını aile adının önünde taşıyabilir. Eşler böyle bir seçimde bulunmamışlarsa kadın evlenmekle kocasının soyadını alır ve doğumla aldığı soyadını kocasının soyadının önünde taşır.”

Yukarıdaki şekilde yapılması önerilen değişiklikle **eşlerin her birine kendi soyadlarını taşımaya devam etme imkanı verilmiş** olacaktır. Bu imkanı kullanmak istemeyen eşlere aynı zamanda evlenirken **“soyadını seçme hakkı verilmesi” eşlerin eşit haklara sahip olmaları ilkesine uygun düşecektir.** Ortak aile adı seçmedikleri takdirde, evli kişilerin ortak soyadı kullanması anlayışını benimseyen görüşe uygun olarak **kadın kocasının soyadını alacaktır.** Evlenirken eşlerden birinin soyadının seçilmemiş olması günümüzde olduğu gibi, kocanın soyadının aile adı olarak kabul edilmiş olması anlamına gelecektir. **Ayrıca, önerilen hükme göre kadın da doğumla kazandığı soyadını kaybetmeyeceğinden, bir kimlik sorunu yaşamaması önlenmiş olacaktır. Mevcut evlilikler için bir geçiş hükmü ile örneğin bir yıl süre tanınarak, isteyen eşlere bu süre içinde aile adı seçmeleri imkanı verilebilir.** Medeni Kanun'un 187. maddesinde önerilen şekilde yapılacak bir değişiklik, aynı zamanda boşanma durumunda kadının soyadı ve çocuğun soyadı kurallarının da yeniden düzenlenmesini gerektirecektir. Özellikle Medeni Kanun'un 321. maddesi açısından “çocuğun soyadına” bir başka yazıda değinilecektir.

Yürürlükteki MK. 187. madde hükmünün, objektif veya sübjektif nedenle evlendiğinde karısının soyadını almak isteyen erkek açısından da engelleyici olduğu gözardı edilmemelidir. Bu bakımdan MK.nun 187. maddesinde yapılmasını önerdiğimiz değişikliğin günümüz gereksinimini karşılayacağını düşünüyoruz.