



ÜNAL TEKELİ TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI

(Başvuru no ve Tarihi: 29865/96- 16Kasım 2004)

İZLEME RAPORU

Hazırlayan:

Hülya Üçpınar, Avukat



İNSAN
HAKLARI
ORTAK
PLATFORMU | İHD
HYD
UAÖ TÜRKİYE



Almanya Federal Cumhuriyeti
Büyükelçiliği
Botschaft
der Bundesrepublik Deutschland
Ankara

İHOP AİHM KARARLARININ UYGULANMASI İZLEME RAPORLARI, 2013/2

ÜNAL TEKELİ/TÜRKİYE KARARININ UYGULANMASI - İZLEME RAPORU

Hazırlayan:

Hülya Üçpınar, Avukat

Kapasite Geliştirme Derneği

Tunus Caddesi 87/8, Kavaklıdere-Ankara

T. + 90 312 468 84 60

F. + 90 312 468 92 53

Mart 2013

Bu raporun elektronik kopyasına ve daha ayrıntılı bilgiye <http://www.aihmiz.org.tr/> adresinden ulaşabilirsiniz.



Bazı hakları saklıdır. Bu çalışma Creative Commons Alıntı Bildirimi - Ticari Olmayan Kullanım - Türetilemez - Lisans Devam Ettirme 3.0 Unported lisansı ile lisanslanmıştır. Bu şartları kabul etmek ve Kapasite Geliştirme Derneğini önceden bilgilendirmek suretiyle çalışmayı paylaşmak (kopyalamak ve dağıtmak) serbesttir.

Bu rapor, Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğinin mali desteğiyle, İnsan Hakları Ortak Platformu için Kapasite Geliştirme Derneği tarafından bastırılmıştır.

Bu yayının içeriği İnsan Hakları Ortak Platformunun sorumluluğundadır ve ifade edilen görüşler sadece yazarlara ait olup hiçbir suretle Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğinin görüşleri şeklinde yansıtılamaz.

İÇİNDEKİLER

Başvuru Konusu Olay	1
AİHM Kararı.....	2
46. Madde Uygulaması	4
Bireysel ve Genel Önlemler	5
Hükümet tarafından Bakanlar Komitesi'ne yapılan bilgilendirmeler	5
Genel Önlemlere İlişkin Verili Durum	6
A. Medeni Kanun Madde 187'nin Değişikliğine İlişkin Yasama Faaliyetleri	6
B. YARGI KARARLARI	7
1. Anayasa Mahkemesi Kararları	7
2. Yargıtay Kararları	11
3. Yerel Mahkeme Kararları	14
C. Yürütme Faaliyetleri	15
Sonuç ve Tavsiyeler	18
Hükümete	19
Bakanlar Komitesine	19

Ünal Tekeli / Türkiye

(Başvuru no. 29865/96, 16 Kasım 2004)

İzleme Raporu

Başvuru Konusu Olay

Başvurucu, Ayten ÜNAL TEKELİ, 1990 yılında avukatlık stajı yaparken evlenmiş ve kocasının soyadını almıştır. Mesleki yaşamında evlilik öncesi soyadı ile tanınmakta olduğu için bu soyadını, aslında kocasının soyadı olan yasal soyadının önüne koyarak kullanmaya devam etmiştir. Bununla birlikte resmi belgelerde her iki soyadını kullanması mümkün olmamıştır.

Başvurucu, 1995 yılında Karşıyaka Sulh Hakimliğine, sadece evlilik öncesi soyadı olan ÜNAL'ı kullanmak için başvurmuş ise de Mahkeme, evlilik boyunca kadınların kocalarının soyadlarını taşımak zorunda olduklarını belirterek Medeni Kanun uyarınca davayı reddetmiştir. Karar temyiz edilmiş ancak temyiz talebi de reddedilmiştir.

Medeni Kanun 1997 yılında değişiklik yapılmış ve kadının, evlilik öncesi soyadını kocasının soyadının önüne konularak kullanılmasına izin vermiştir. Bununla birlikte Başvurucu, evlilik öncesi soyadını tek başına kullanabilme talebini devam ettirmiştir.

İç hukukta sonuç alınamayan süreçlerden sonra Başvurucu, konuyu 1995 yılında AİHM'ne taşımış ve Türkiye'de mahkemelerin, kadınların evlilik öncesi soyasını kullanmasına izin vermemesinin Sözleşme'nin 8. Maddesi ile korunmakta olan özel yaşam hakkına haksız bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca Başvurucu, erkeklerin kendi aile soyadlarını evlendikten sonra da kullanmaya devam etmeleri nedeniyle

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

2. 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."

AİHS, Madde 8 : Özel ve aile hayatına saygı hakkı

kendisinin ayrımcılığa uğradığından da yakınarak 8. Madde ile birlikte 14. Maddenin ihlal edildiğinden yakınmıştır.

AİHM Kararı

Mahkeme, başvuru konusu olayla ilgili kararını 2004 yılında vermiştir.

Kararda, erkeklerin evlendikten sonra kendi soyadlarını kullanmaya devam ederken kadınların kullanamaması olgusunun kişiler arasında cinsiyete dayalı bir "farklı muamele" oluşturduğu ve bunun da Sözleşme'nin 14. Maddesini ihlal ettiği sonucuna ulaşılmıştır.

Mahkeme, önüne gelen sorunu öncelikle Sözleşme'nin 8.maddesi bağlamında ele almıştır.

Öncelikle kadının evlilik öncesi soyadını kullanması ve aile soyadının belirlenmesine ilişkin iç hukuk kurallarının Sözleşme'nin 8.maddesinde belirtilen kurala bir müdahale teşkil edip edilmediği ve ediyor, müdahalenin, 14.madde ile çerçevesi çizilen ayrımcılık yasağına aykırı olup olmadığı irdelenmiştir.

Hakka bir müdahalede bulunulduğuna dair başvurucu ile hükümet arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Bununla birlikte Hükümet bu müdahalenin nesnel ve meşru temelleri bulunduğu gibi müdahalenin gerekli olduğundan bahisle, ayrımcı bir uygulama oluşturmadığı görüşündedir.

Mahkeme, hakka yapılan müdahale sonucunda ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğini saptamak bakımından müdahalenin gerekli olup olmadığına iki temel noktada yaptığı tartışma sonucunda ulaşmıştır;

- Aile birliğinin erkeğin ismi ile yansıtılması geleneğinin kabul edilebilir olup olmadığı,
- Aile birliğinin ortak bir aile ismiyle yansıtılmasının gerekli olup olmadığı ve evli çiftler arasında bir fikir ayrılığı halinde çiftlerden birinin soyadının diğerine empoze edilmesinin mümkün olup olmadığı.

Mahkeme, müdahalenin "gerekliliği ve haklılığı" değerlendirmesini yaparken çeşitli referanslara başvurmuştur. Mahkeme öncelikle, cinsiyet eşitliğinin Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin ana hedeflerinden biri olduğu saptamasını yapmıştır. Bu çerçevede Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, soyadı seçimi bağlamında cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılmasına ilişkin 1978 ve 1985 tarihli iki metni bulunmaktadır. Bu hedef ayrıca Parlamenterler Meclisi, Hukuksal İşbirliği Avrupa Komitesi çalışmaları ile Birleşmiş Milletler çalışmalarındaki cinsiyet eşitliği ile ilgili gelişmelerde de görülebilir.

Daha da ötesinde Avrupa Konseyi'ne Taraf Devletler arasında, eşlerin aile soyadını seçiminde eşit muamele konusunda bir konsensüs bulunmaktadır. Türkiye, eşler aksine karar vermiş olsalar bile kocanın soyadının eşlerin soyadı olarak kabul edilmesini -ve kadının da böylece evlilik öncesi soyadını kaybetmesini- hukuksal olarak düzenleyen tek Üye Devlettir.

Aslında 2001 yılı Kasım ayında gerçekleştirilen reformlar, aileyi ve çocukları etkileyecek kararlar verilmesi, ekonomik faaliyetler ve eşleri temsil eden soyadının belirlenmesinde kadının kocası ile eşit muamele görmesini amaçlamıştır. Bununla birlikte kadının, kocasının soyadını alma zorunluluğu da dahil olmak üzere evlilik sonrası aile soyadı ile ilgili düzenlemeler değişmeden kalmıştır.

Türk Hükümeti, kocanın soyadının aileye verilmesinin, aile birliğinin tek bir soyadı ile temsil edilmesi geleneğinden kaynaklandığını ileri sürmüştür.

Bununla birlikte Mahkeme, Bakanlar Komitesi'nin medeni hukukta eşlerin eşitliğine ilişkin Kararına (78)37 ve cinsiyet temelli ayrımcılığa karşı yargısal korumaya ilişkin Tavsiye Kararına R(85) atıfta bulunarak cinsiyet eşitliği yönünde ilerlemenin günümüzde Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin temel bir hedefi olduğunun altını çizmiştir. Mahkeme bu bağlamda ve ayrımcılık yasağı ilkesine verilen önemi göz önünde bulundurarak devletlerin, aile birliğinin kocanın soyadıyla dışa vurulduğu şekilde süre giden geleneği evli kadınlara dayatamayacağını belirtmiştir.

Mahkeme, bunun sonucunda, kadınlara aile birliği adına getirilen kocanın soyadını alma zorunluluğunun; kadın evlenmeden önceki soyadını kullanabilse bile, cinsiyet temelli muamele farklılığını objektif ve mantıklı bir biçimde açıklanamadığını ortaya koymuştur.

Aile birliği, diğer Avrupa ülkelerinin yasal sistemlerinde olduğu gibi, ortak bir aile ismi seçilmeksizin de korunabilir ve sağlanabilir. Bununla bağlantılı olarak aile birliği adına evli kadın üzerindeki, önceki soyadının önüne koyarak kullanabilse dahi kocanın soyadını kullanma yükümlülüğün nesnel ve makul hiçbir bir gerekçesi olamaz.

Bu çerçevede Mahkeme, kadının evlilik öncesi soyadını kullanması ve aile soyadının belirlenmesine ilişkin iç hukuk düzenlemelerini 8. madde ile güvence altına alınan hakka, meşru olmayan bir biçimde ve kadın aleyhine bir ayrımcılık yaratarak müdahale edildiğine ve sonuç olarak farklı muamele bağlamında 14. Maddenin ihlaline karar vermiştir. 8. Madde ile ilgili ayrıca bir karar verilmesine gerek görmemiştir.

Hüküm kısmında ise Mahkeme bir tazminata karar vermemiştir. Bunun yerine, sorunun Türk yasalarına göre evli kadınların evlenmeden önceki soyadlarını kullanamamaları olduğu tespitini yaparak bu kararın doğuracağı sonuçların Başvurucu açısından da makul bir giderim olduğuna karar vermiştir.

Mahkeme, hüküm kısmında, başvuru sahibi de dahil olmak üzere evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik Türk Hükümetinin yükümlülüğüne dikkat çekmiştir.

46. Madde Uygulanması

Sözleşme'nin 46. Maddesi uyarınca, Sözleşmeye taraf devletler Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt etmektedir. Mahkemeye yapılan başvurular ve verilen kararların niteliği kural olarak bireyseldir. Bu çerçevede Ünal Tekeli kararının da sadece konuyla ilgili başvuruda bulunan başvurucuyu ilgilendirdiği düşünülebilir. Bununla birlikte, Ünal Tekeli kararı Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca genel veya özel önlem önermemekle birlikte, pilot kararlara benzer bir yöntem uyguladığı bir karar örneğidir. Bu tür kararlar, pilot ve yarı-pilot kararlardan farklı olarak üçüncü bir kategori altında değerlendirilmektedir. Gerçekten de Ünal Tekeli kararında, hüküm fıkrası dışında gerekçe bölümüne bakıldığında Mahkemenin, Türk hükümetine esasında başvurucuya tazminat ödemenin dışında ve çok daha geniş bir ödev yüklediği görülmektedir;

Kararın 73 no.lu paragrafında da belirtildiği gibi, Mahkeme, başvuran da dahil olmak üzere evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da aile isminin seçiminde eşit derecede söz sahibi olma hakkını sağlamaya yönelik yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli önlemleri almayı hükümete bırakmaktadır. Kararın gerekçesinde açıkça ortaya konulduğu üzere bu ihlalin kaynağı Türk Medeni Kanunu'nun 187. maddesidir. Bu nedenle alınacak önlemin bu hükme ilişkin olduğuna şüphe bulunmamaktadır.

AİHM kararları, süregelen bireysel ihlal ile birlikte benzer ihlallerin sonlandırılmasını, gerçekleşmiş ihlallerin sonuçlarının giderilmesini ve benzer ihlallerin tekrarlanmaması için gerekli önlemlerin alınmasını gerektirmektedir. Ünal Tekeli davasında, nihai sonuç, ilgili hükümün kaldırılması veya uygulanmaması ile sağlanabilecektir. Bu sonuca mevzuatın değiştirilmesi yoluyla ulaşılabileceği gibi yetkili merciler tarafından Sözleşme'nin doğrudan uygulanması yoluyla da ulaşılabilir.¹

Nitekim Ünal Tekeli kararı, genel önlemlerin alınmasının sağlanması bakımından Bakanlar Komitesi tarafından bir öncü dava olarak izlenmektedir.

¹ Bununla birlikte, birçok vakada kararın gerekçe kısmı kararın icrası için özel önem taşımaktadır. Bu nedenle, kararların sadece hüküm fıkrasına değil ve fakat gerekçe bölümünün (*obiter dictum*) gereklerine uyulmasının da gerekliliği giderek daha çok vurgulanmaktadır. AKPM Raportörleri tarafından ısrarla vurgulanan "*res interpretata*" ilkesi devletlerin Sözleşmeyi AİHM tarafından yorumlandığı şekliyle uygulamasını gerektirir. Bu aslında yerindenlik ilkesinin de bir gereğidir. Nesnel ödevler yükleyen Sözleşme, öncelikli olarak ulusal makamlar tarafından ortak Avrupa standartlarına göre uygulanacaktır. Bu ortak standartların ne olduğunu söylemeye yetkili makam ise AİHM'dir. O halde taraf devletler sadece ilgili davanın hüküm fıkrasında gösterileni değil ama ayrıca kendi aleyhlerine verilen diğer kararlarla ve hatta başka devletler aleyhine verilen kararlardaki ortak standartlara uyma yükümlülüğü altındadır. (*AİHM Kararlarının Uygulanmasının İzlenmesi: İzleme Çerçevesi, Kerem Altıparmak, 2012., İHOP yayını.*)

Bireysel ve Genel Önlemler

Mahkeme tarafından yapılan tartışmaların yanı sıra kararın hüküm kısmı da aslında sorunun sadece başvuru ile ilgili olmadığı ve alınacak herhangi bir bireysel önlem ile kararın gereklerinin yerine getirilemeyeceği ortaya konulmuş durumdadır. Mahkeme kararında ele alınmış olan ihlal başvurunun niteliği gereği bireysel olsa da aslında yasal düzenlemelerden kaynaklanan genel bir soruna ilişkindir.

Türk Hükümeti, Başvurucunun mağduriyetini gidermek bakımından, bir bireysel önlem olarak kendisine evlenmeden önceki soyadını taşıyan bir kimlik belgesi vererek **bireysel önlemler bakımından yükümlülüğünü yerine getirmiştir**.

Genel önlemlere ilişkin değerlendirme ise aşağıda sunulmuştur.

Hükümet tarafından Bakanlar Komitesi'ne yapılan bilgilendirmeler

Hükümet yetkilileri, sorunun ortadan kaldırılması için almakta oldukları bir dizi genel önlemi Bakanlar Komitesi'ne bildirmiştir;

- 21.06.2005 tarihinde Bakanlar Komitesi'ne yapılan bildirimde Türkiye'nin 11.06.1985 tarihinde BM'nin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ni onayladığı ve Anayasa'nın 90. maddesinin Mayıs 2004'te, Türkiye'nin insan hakları alanındaki yükümlülüklerinin iç hukuktan üstün olduğunu öngörür şekilde değiştirilmesiyle bu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanabilir hale geldiği belirtilmiştir.
- Avrupa Mahkemesinin kararı, Adalet Bakanlığı Bülteni'nde 15.05.2007'de yayımlanmıştır (Sayı 275, sayfa 39). Bakanlar Komitesi'nin Temmuz 2005'te gerçekleşen 928. oturumda Hükümet yetkilileri, bu kararın kamuoyunda büyük ilgi çektiği ve kendilerinin bu tür ihlallerin gelecekte engelleneceğini umdukları yönünde Komiteyi bilgilendirmiştir.
- 11.04.2006'da Hükümet, Sekreteryayı, söz konusu kanuna rağmen başvurucuya evlenmeden önceki soyadını taşıyan bir kimlik belgesi verilmesinin, yürütme yetkilerinin Sözleşmeye ve Avrupa Mahkemesi içtihadına verdiği doğrudan etkinin iyi bir göstergesi olduğuna dair bilgilendirmiştir.
- Adalet Bakanlığı, benzer ihlallerin gelecekte gerçekleşmesini engellemek amacıyla Medeni Kanun'un 187. maddesinin değiştirilmesi yönünde bir kanun tasarısı hazırlamıştır. 997. oturumda (Haziran 2007) Hükümet yetkilileri bu kanunun kabul edilmesi yönündeki hazırlıkların bittiğini ilan etmiştir. Ne var ki Komiteye bir takvim sunulmamıştır.
- Bakanlar Komitesi, Mart 2011'de yapılan 1108. Oturumda genel önlemler hakkında verilecek bilgiler ışığında, yani Medeni Kanun'un 187. maddesini değiştirmeyi amaçlayan kanun tasarısının kabul durumuna ilişkin bilgilere göre incelemeyi bu noktada yeniden ele almaya karar vermiştir.

Genel Önlemlere İlişkin Verili Durum

Medeni Kanun'un 187. Maddesi uyarınca evlenme ile kadınların soyadlarının değişmesinin yarattığı ayrımcılığın ortadan kaldırılabilmesi için izlenecek tek bir çözüm yolu bulunmamaktadır. Kararın yerine getirilmesi için üç farklı olasılık vardır. Aşağıda yasama, yargı ve yürütme gelişmeleri incelenirken bu üç farklı olasılık dikkate alınacaktır.

1. Kararın gerekleri, mevzuatın Sözleşmeye uygun biçimde değiştirilmesi yolu ile yerine getirilebilir.
2. 187. madde Anayasa'ya aykırı bulunarak, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir
3. Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmese bile, Sözleşme hükümlerine, Yargıtay ve yerel mahkemelerce Anayasa'nın 90/5.maddesi uyarınca doğrudan uygulama alanı tanımaktır. Buna göre, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan Medeni Kanunu'nun 187. maddesi kararlara esas alınamayacaktır.

Aşağıda, bu konular sırasıyla ele alınacaktır.

A. Medeni Kanun Madde 187'nin Değişikliğine İlişkin Yasama Faaliyetleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından 16.11.2004 tarihinde verilen Ünal Tekeli kararına ve kararın üzerinde sekiz yıl geçmesine karşın kadının evlilik sonrasında kendi soyadını kullanmasına ilişkin yasal değişiklikler halen yapılmış değildir.

2002 yılında yürürlüğe giren yeni Medenî Kanun kadına, kocasının soyadı ile birlikte, evlenmeden önceki soyadını kullanma olanağı tanımıştır. Bununla birlikte Medeni Kanun'da yapılan bu değişiklik kadınlara iki soyadı birden kullanmayı bir hak olarak değil bir "olanak" olarak düzenlemiş durumdadır. Buna göre kadınlar, evlilik ile iki soyadını birden otomatik olarak almamaktadır. Bu kullanım ancak evlenme sırasında, evlendirme memuruna ya da daha sonra nüfus müdürlüğüne yapılan bir beyanla veya daha sonra açılacak bir dava ile mümkün olabilmektedir.

Kadınlar mevcut durumda soyadı ile ilgili kişilik haklarını kendi iradeleri doğrultusunda kullanamadıkları gibi resmî belgelerde kadının soyadı yine değişmeye mecbur bırakılmakta ve evlilik içerisinde doğmuş olan çocuklar da kocanın, aile soyadı niteliğini kazanmış olan soyadını zorunlu olarak almaktadır.

Türkiye Hükümetinin Bakanlar Komitesi'ne Medeni Kanunun bu düzenlemeyi yapan 187. Maddesi ile ilgili bir değişiklik yapılmasının öngörüldüğü 2011 yılı Mart ayında bildirilmiş durumdadır. İlgili değişiklik çalışmaları 4. Yargı Paketi olarak bilinen mevzuat değişikliği

hazırlıklarının 27 Kasım 2012 tarihinde basında yer alan haberlere yansımış ve kamuoyu da konudan böylece haberdar olmuştur.

Nihayet, Bakanlar Kurulu, 4. Yargı Paketi olarak adlandırılan tasarımı 7 Mart 2013 tarihinde TBMM'ne sevk etmiştir. Ancak tasarıda Medeni Kanununun 187. Maddesine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir.²

Hükümet tarafından hazırlanan 4. Yargı Paketindeki düzenlemenin yanı sıra Cumhuriyet Halk Partisi Milletvekillerinden Sezgin Tanrıkulu³ ile Barış ve Demokrasi Partisi Milletvekillerinden Altan Tan⁴ evli kadınların soyadları ve aile soyadının eşler tarafından belirlenmesine yönelik ayrı ayrı kanun teklifinde bulunmuşlardır. Her iki teklif de halen TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu önündedir.⁵

Ayrıca evlilik ile birlikte kadınların ve aile soyadının belirlenmesini ilişkin bir başka düzenleme de Soyadı Kanununun 4.maddesidir. Maddenin ilk fıkrasında göre "Soyadı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir."⁶ Bu maddenin de TMK m. 187 ile birlikte ele alındığına dair herhangi bir veri bulunmamaktadır.

B. YARGI KARARLARI

1. Anayasa Mahkemesi Kararları

Yasa koyucu tarafından bir düzenleme yapılmamış olsa bile Anayasa Mahkemesi'nin TMK m. 187 düzenlemesi hakkında iptal kararı vermiş olması Ünal Tekeli kararının uygulanabilmesinin olası yollarından biridir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, kadının soyadına ilişkin düzenlemeyi yapan TMK m. 187'e ilişkin iptal istemlerini 1998 ve 2011 yıllarında olmak üzere iki kez ve her ikisinde de aynı iddialarla, olumsuz biçimde karara bağlamıştır.

Kadının evlilik öncesi soyadını taşımasına ilişkin Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan ilk inceleme, Ünal Tekeli/Türkiye kararının verildiği 2004 yılından önceki bir süreçte gerçekleşmiştir. Anayasa Mahkemesi 1998 yılında vermiş olduğu kararında;⁷

...Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar, soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir... Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet

² <http://www.aihmiz.org.tr/?q=tr/content/4-yargi-paketi-turkiye-buyuk-millet-meclisinde>

³ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=112216 ve <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0917.pdf>

⁴ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=113063 ve <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-0948.pdf>

⁵ 5840 S.K. R.G. Tarih-Sayı :24.3.2009 - 27179

⁶ 2525 S.K. R.G. Tarih-Sayı : 2.7.1934 -2741

⁷ AYM. E.1997/61, K.1998/59 sayılı, 29/10/1998 tarihli karar

ayrımcılığına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz...

sonucuna vararak Medeni Kanunun 187. maddesinin iptal istemini reddetmiştir. Karar 15.11.2002 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 41. maddesi⁸ uyarınca, bir kanun maddesinin iptaline ilişkin kararın resmi gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.

Yeni bir başvuru yapılması için geçmesi gerekli bu sürenin dolmasının ardından Fatih 2. Aile Mahkemesi⁹, Ankara 8. Aile Mahkemesi¹⁰ ve Kadıköy 1. Aile Mahkemesi¹¹ tarafından TMK'nın 187. Maddesinin Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle iptali için 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'ne başvuru yapılmıştır.¹²

Mahkemeler başvurularında TMK 187. madde hükmünün, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesini öngören 2. maddesine, cinsiyet eşitliğini öngören 10. maddesine, temel hak ve hürriyetlere ilişkin 12. maddesine, kişinin manevî varlığının korunmasına ilişkin 17. maddesine, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve bunun eşler arasındaki eşitliğe dayandığına ilişkin 41. maddesine ve insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağına dair 90. maddesine aykırı bir düzenleme olduğunu ileri sürmüştür.

Anayasa Mahkemesi, 2011 yılında itiraz yolu ile yapmış olduğu incelemede, MK md. 187 düzenlemesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı hükmüne varmıştır.¹³

Mahkeme her ne kadar gerekçeli kararında, kişinin soyadının "kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur" olduğunu ve bu bağlamda "vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı" olduğunu saptamış ise de karar, soyadına bağlı kişilik hakkından başkaca değerler ve nedenlerle vazgeçilmesi gerekliliği üzerine kurulmuştur. Kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri içinde sayılan bu değer ve nedenler; "aile ve soyun belirlenmesi", "kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme", "nüfus kayıtlarının düzenli tutulması", resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi", "ailenin korunması gibi sebepler" olarak belirtilmiştir. Mahkemenin değerlendirmesine göre;

⁸ Başvuruya engel durumlar

MADDE 41- (1) Mahkemenin işin esasına girerek verdiği ret kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından itibaren on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla itiraz başvurusu yapılamaz.

⁹ 2009/85 E.

¹⁰ 2010/35 E.

¹¹ 2010/94 E.

¹² <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=147>

¹³ <http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=147>

Aile, toplumun temel ögesidir. Sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur.

Anayasa'nın 41. Maddesi uyarınca aile Türk toplumunun temelidir ve Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir.

İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır.

Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasa koyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasa koyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasi yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde yapılmış bir yasanın hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yaratmamaktadır. Belirtilen gerekçelerle yasa koyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir."

Karar, 8 muhalefet şerhi ile verilmiştir. Gerek konuyu Anayasa Mahkemesi önüne getiren yerel mahkemelerin itirazları ve gerekse muhalefet şerhleri Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ve BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine dayanmakta ise de Anayasa Mahkemesi bu itirazların hiç birini dikkate almamış ve tartışmamıştır. Nitekim toplam 19 sayfa olan kararının, sadece iki buçuk sayfasında esasa ilişkin tartışma yapılmıştır. Konuya ilişkin asıl tartışma, karara katılmayan üyelerin yazmış olduğu şerhlerde yer almaktadır.

Kararın esasına ilişkin bölümde ise uluslararası insan hakları belgelerine sadece iki yerde rastlanmaktadır;

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. Maddelerine ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerekliliğine ilişkin argümanları desteklemek,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, Sözleşme'nin 8.maddesi bağlamında ulusal yasama organlarına tanıdığı takdir marjının TMK madde 187 bağlamında meşru bir zemin sağladığını belirtmek amacıyla başvurulmuş durumdadır.

Anayasa Mahkemesi kararının AİHM'in Ünal Tekeli kararından beş yıl sonra verilmiş olmasına rağmen Mahkeme'nin bu kararı hiçbir biçimde dikkate almamış ve kararında herhangi bir biçimde tartışmamış olmasıdır. 187. maddenin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuran yerel mahkemelerin, Ünal Tekeli kararının Anayasa'nın, insan haklarına ilişkin milletlerarası anlaşmaların kanun hükümlerine nazaran öncelikle uygulanacağına dair 90. maddesi uyarınca dikkate alınmasına ilişkin temel itirazları da 90. madde ile itiraz konusu olan TMK m. 187 arasında herhangi bir bağlantı saptanmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi aynı yıl, evlilik sırasında doğmuş olan çocukların soyadına ilişkin de bir inceleme yapmıştır. Siirt Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından yapılan iptal istemi "Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır." biçimindeki Soyadı Kanununun¹⁴ 4. maddesinin birinci cümlesinin, Anayasa'nın 10., 13. ve 41. maddelerine aykırılığına dayanmaktadır.¹⁵

Mahkeme, yaptığı incelemeyi bu kez eşler arası "eşitlik ilkesi" üzerine kurmuş, itiraz konusu kuralın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Ayrımcılık yasağı" başlıklı 14. Maddesi, Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi'nin "Ailenin korunması" başlığını taşıyan 23. maddesinin dördüncü fıkrası, 2003 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde vurgulanan herkesin kanunlar önünde eşit olduğuna ilişkin Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 20. Maddesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile çeliştiğini saptayarak iptaline karar vermiştir.

Aynı yıl verilen iki karar arasındaki yaklaşım birbirinden tamamen farklıdır. Çocuk söz konusu olduğunda, çocuğun soyadına ilişkin eşlerin eşit söz ve karar hakkı olduğunu teslim eden Anayasa Mahkemesi kadına ilişkin taleplerde aynı kısıtlara başvurmadan ve benzer bir değerlendirmeyi yapmaktan ısrarla kaçınmıştır. Ünal Tekeli kararının yaşam geçirilebilmesine ilişkin olanaklardan biri olan Anayasa Mahkemesi'nin TMK m.187'e ilişkin iptal kararı vermesinin yolu böylece bir on yıl daha kapanmış durumdadır.

¹⁴ 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu

¹⁵ 8.12.2011 tarihli, 2010/119 E, 2011/165 K. R.G. Tarih-Sayı: 14.02.2012-28204

<http://www.aihmiz.org.tr/?q=node/42&vaka=148>

2. Yargıtay Kararları

Yerel mahkemelerinin başvuruları üzerine Anayasa Mahkemesi her ne kadar TMK m. 187 ile ilgili iptal kararı vermemiş olsa da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46 ve Anayasa'nın 90. maddeleri uyarınca Yargıtay ve yerel mahkemelerin, Sözleşme hükümlerini ve dolayısıyla da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını doğrudan uygulama yükümlülüğü bulunduğunu belirtmek gerekir. Bununla birlikte çok az sayıdaki yerel mahkeme Ünal Tekeli kararını kendi kararlarına doğrudan esas almıştır. Üstelik bu kararların bazıları temyiz incelemesine tabi tutulmuş ve Yargıtay yargıçları ne Sözleşmeye ve ne de Ünal Tekeli kararına itibar etmiştir.

Evlilik sonrasında, evlilik öncesi soyadını kullanmak üzere Nüfus Müdürlüğüne başvuran Senem Yavuz Nal'ın bu talebi İstanbul 6. Hukuk Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.¹⁶ Ret kararının dayandığı iki temel tartışma noktası;

Anayasa Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu karar karşısında ulusal mahkemelerin, Anayasa'nın 90/5.maddesi uyarınca uluslararası insan hakları sözleşmelerini uygulama yükümlülükleri bulunmaması,

Türk Medeni Kanunu'nun 187 ve Anayasa'nın 20. Maddelerinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi ile herhangi bir uyumsuzluğu olmadığıdır.

Bu karara göre, Anayasa'nın 152. Maddesi uyarınca Anayasaya uygunlukları usulüne göre saptanan yasa hükümlerinin, yasama organınca değiştirilmedikçe veya yürürlükten kaldırılmadıkça yargı organlarını on yıl süreyle bağlar. Kaldı ki Anayasa'nın 90/5. Maddesi uyarınca uluslararası antlaşmalar "anayasa" hükmünde değil "yasa" hükmündedir. Bu durumda da uluslararası hiç bir antlaşma, uyumsuzluk halinde Anayasa'nın 152 ve 153. Maddeleri hükümlerine karşı esas alınamaz¹⁷. İstanbul 6. Hukuk Mahkemesi ayrıca, "usulüne göre yürürlüğe

¹⁶ İstanbul 6. Hukuk Mahkemesi, 2007/93 E., 156 K., 14.06.2007

¹⁷ m.152; "Bir davaya bakmakta olan mahkeme, uygulanacak bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin hükümlerini Anayasaya aykırı görürse veya taraflardan birinin ileri sürdüğü aykırılık iddiasının ciddî olduğu kanısına varırsa, Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakır.

Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını ciddî görmezse bu iddia, temyiz merciince esas hükümle birlikte karara bağlanır.

Anayasa Mahkemesi, işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını verir ve açıklar. Bu süre içinde karar verilmezse mahkeme davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandırır. Ancak, Anayasa Mahkemesinin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse, mahkeme buna uymak zorundadır.

Anayasa Mahkemesinin işin esasına girerek verdiği red kararının Resmî Gazetede yayımlanmasından sonra on yıl geçmedikçe aynı kanun hükmünün Anayasaya aykırılığı iddiasıyla tekrar başvuruda bulunulamaz."

m. 153/son; "Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede hemen yayımlanır ve yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar."

konulmuş" sözleşmelerden bahsettiği halde Ünal Tekeli kararında belirtilen Avrupa Konseyi'nin tavsiye kararlarının hiç birinin bu nitelikte olmadığı saptamasını da yapmıştır.

Kararın devamında Yerel Mahkeme Sözleşme'nin 8. Maddesinin esas ve sınırlama ölçütleriyle Anayasa m. 20'de yer alan hakkın özüne ilişkin düzenleme ve sınırlama ölçütlerini karşılaştırarak bu iki madde arasındaki uyumu tespit etmiştir. Ardından, Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasa'ya uygunluğu saptanmış bulunan TMK m. 187 düzenlemesinin de Sözleşme'nin 8. Maddesine aykırılık teşkil edemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle de Sözleşme'nin 8. maddesinin karara esas alınmasının mümkün olamayacağı belirtilmiştir.

Aynı biçimde Mahkeme, TMK m. 187'nin, Sözleşme'nin 14. maddesine de aykırı olamayacağı görüşündedir. Burada da dayanak Anayasa Mahkemesi tarafından 1998 yılında, TMK m. 187 ile ilgili verilmiş olan "Anayasa'ya uygunluk" kararıdır.

Mahkeme aynı nedenlerle TMK m. 187'nin, BM Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine de aykırı olamayacağını saptamıştır.

Ayrıntılı bir tartışma sonucunda Senem Yavuz Nal'ın evlilik öncesi soyadını tek başına alma talebi reddedilmiştir. Davacının temyiz ve ardından karar düzeltme talepleri Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından, herhangi bir tartışma yapılmaksızın reddedilmiştir.¹⁸

Bir başka yerel mahkemenin yorumu ise farklı olmuştur. Öğretim üyesi Tutku Yurdakul'un, evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmak üzere Ankara 11. Aile Mahkemesi'nde açtığı davada Mahkeme, Yurdakul'un talebini yerinde bularak evlilik öncesi soyadını, eşinin soyadına eklenmeksizin tek başına kullanmaya devam edebileceğine karar vermiştir.¹⁹ Bununla birlikte, temyiz edilen yerel Mahkeme kararı Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından incelenerek karara bağlanmıştır. Kararda;

Medeni Kanun'un 187. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne dava açıldığı, ancak yüksek mahkemenin bu talebi reddettiği;

Yasal hüküm yürürlükte buldukça mahkemenin yasal düzenlemeye aykırı karar tesis etme olanağı bulunmadığı,

Ünal Tekeli - Türkiye kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği, ihlale yol açan unsurun ulusal mahkemelerin uygulaması veya yasa hükmünün yorum tarzı olmadığı yasal düzenlemenin kendisi olduğu ve bu nedenle de bu düzenleme değiştirilmedikçe mahkemelerin yasaya uygun karar vermekle yükümlü olduğu,

18 18.Hukuk Dairesi, 2008/6984 E., 8435 K., 10.07.2008

19 <http://www.hurriyet.com.tr/planet/21637863.asp>;

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1102987&CategoryID=77>

Yerel mahkemenin olayda uygulanma olanağı bulunmayan anayasanın 90/son maddesinden hareketle ulaştığı sonuç doğru olmadığı gibi Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılık etkisini de bertaraf edici nitelikte olduğu ve Yerel Mahkemenin bu yaklaşımının 'yürürlükte olan yasa hükmüne aykırı kararlar verilmesi' sonucunu doğurduğu,

Yerel Mahkemenin değerlendirmesinin Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği aile birliğinin kocanın soyadı üzerinde devamına ilişkin prensibi ve kamu düzenini bozacağı değerlendirmesi yapılmıştır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, "Kocasının soyadında bir değişiklik olmadıkça evlenen kadın kocasının soyadını taşımak zorundadır. Yasal düzenleme böyledir. Evlilik boşanma veya iptal kararıyla sona ermedikçe evli kadının yalnız evlenmeden önceki soyadını kullanması, yasal olarak mümkün değildir." değerlendirmeleri ışığında Ankara 11. Aile Mahkemesi tarafından verilen kararı bozmuştur.

Bir başka örnek, bir avukat olan Oya Aydın'ın davasıdır. Aydın, evlendikten sonra Çankaya Nüfus Müdürlüğü'ne bir dilekçe vererek sadece kendi (kararda geçen biçimiyle) "kızlık soyadını" kullanmak istediğini belirtmiştir. Ancak bu talebi kabul edilmemiş ve nüfus kaydı, eşinin de soyadı eklenerek "Oya Aydın Göktaş" olarak düzenlenmiştir. Aydın'ın sadece kendi soyadını kullanmak için Ankara 11. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde açtığı dava olumlu sonuçlanmış ise de Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı kararı temyiz etmiştir. Temyiz incelemesini görüşen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise bir önceki kararda belirtilen gerekçelerle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur.²⁰

Yine bir avukat olan Gülizar Tuncer'in aynı nedenle açmış olduğu davada da Tuncer'in talebi TMK m. 187 gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Kararı veren Şişli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi 187. maddenin kadın-erkek arasında eşitliği zedeleyen hükümler getirmediği, tam tersine "kocanın soyadı önüne soyadı kullanma hakkı kazandırdığı" görüşündedir.²¹

Yerel Mahkemenin bu kararı, Tuncer tarafından temyiz edilmiş ancak Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere, Yerel Mahkemenin vermiş olduğu karar üzerinde hiç bir tartışma yapılmaksızın onanmıştır.²² Onama kararı üzerine kararla ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapılmıştır.²³

Bir başka temyiz incelemesi 2. Hukuk Dairesi tarafından gerçekleştirilmiştir. Dava, Suriye uyruklu bir kişiyle evlenen kadının evlenme nedeniyle taşımakta olduğu kocasına ait soyadının değiştirilmesine ilişkindir. Davacının açmış olduğu dava Yerel Mahkeme tarafından kabul edilmiş ve temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bununla birlikte Adalet Bakanlığı'nın talebi üzerine Yargıtay

20 <http://haber.gazetevatan.com/0/124062/1/Haber>; <http://bianet.org/bianet/kadin/81062-aihmnin-soyadi-karari-ic-hukuka-uygulandi>, 20 Haziran 2006

21 Şişli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2007/230 E, 363 K.

22 18. Hukuk Dairesi, 2007/9789 E., 2007/10030 K., 22.11.2007

23 Tuncer Güneş/Türkiye, 26268/2008 Başvuru hakkında henüz karar verilmemiştir.

Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebi ile ele alınan Yerel Mahkemenin kararı hakkında 2. Hukuk Dairesi tarafından bozma kararı verilmiştir.²⁴

18. Hukuk Dairesi ise açılan bir davada "Druchar" olan soyadının, evlilik öncesi soyadı olan "Sagular" olarak değiştirilmesini istemiyle Kartal 3. Asliye Hukuk Mahkemesine açılan dava sonucunda verilen kararı bozmuştur. Kartal 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, davacının talebini kabul etmiş ve karar temyiz edilmeksizin kesinleşmiştir. Bununla birlikte karar, kararın yürürlükteki hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanun yararına bozma talebi ile temyiz incelemesine tabi tutulmuştur. Bu incelemeyi yapan 18. Hukuk Dairesi, davacının Alman uyruklu Josef Druchar ile evlendiği ve bu evliliğin yasal olarak sona erdiğini gösteren bilgi ve belge olmadığı ve dolayısıyla evlilik devam ettiği için reddine karar verilmemiş olmasını usul ve yasaya aykırı bulmuştur.²⁵

3. Yerel Mahkeme Kararları

İlk derece mahkemelerin, Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılında TMK m. 187 ile ilgili vermiş olduğu kararının ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarının aksine, Ünal Tekeli kararını esas alan ve Yargıtay denetiminden geçmeksizin kesinleşen bazı kararları da bulunmaktadır.

Ebru Voyvoda isimli akademisyenin, evliliğin ilerleyen yıllarında açtığı davada Ankara 3. Aile Mahkemesi, Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca AİHM'in Ünal Tekeli kararına dayanarak "akademik kariyer sahibi olarak öncesinde 'Voyvoda' soyadıyla ulusal ve uluslararası eserler yayınladığı ve bu soy isim ile yayınlanan eserler ve çalışmalar sonucu çeşitli ödüller aldığı sabit olması" gerekçesiyle davacının evlilik öncesi soyadını kullanabileceğine karar vermiştir. Dava, eşe karşı açılmış ve eşin de temyiz etmemesi sonucunda karar kesinleşmiştir.²⁶

Ankara 5. Aile Mahkemesi tarafından, yine akademisyen olan bir kadının davasında verilen bir kararda da Yerel Mahkeme, Yargıtay ve Anayasa Mahkemesi kararlarından farklı bir yol izlemiştir. Yerel Mahkeme kararında Ünal Tekeli kararına dayanmış ve aile adı konusunda kadın-erkek arasında eşit söz hakkı bulunması gerektiğinden hareketle davacının davasını kabul etmiştir.²⁷ Yerel Mahkeme, TMK m. 187 konusunda uluslararası normlara uygun bir düzenleme yapılmamasını da "Türkiye'nin Ünal Tekeli kararından doğan yükümlülüğünün yerine getirilmemesi" olarak tanımlamıştır. Anayasa m. 90 uyarınca uluslararası hukuku esas alan Yerel Mahkeme, Sözleşme hükümleri karşısında aslında TMK m. 187'nin zımnen kaldırılmış olacağı sonucuna da varmıştır.

24 2. Hukuk Dairesi, E. 2008/3618, K. 2009/9413, 12.5.2009

25 18. Hukuk Dairesi, E. 2010/6750, K. 2010/10314, 6.7.2010

26 <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14357344.asp>, 8 Nisan 2010;

<http://www.ntvmsnbc.com/id/25079934/>, 9 Nisan 2010

27 E.2009/293, K.2009/1359, 04.11.2009, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1188.htm
Zeynep Fulya Işılak, "Kadının Soyadı"

Yine, akademisyen olan Hatice Yılmaz Yüksekıldız'ın Ankara 11. Aile Mahkemesinde²⁸, başka bir akademisyen olan Başak Çalı'nın da Ankara 5. Aile Mahkemesinde²⁹ açmış olduğu davalar da benzer gerekçelerle kabul edilmiştir.

Ayrıca yukarıda belirtilen mahkeme kararlarında, kadının kocasının soyadını kullanmak zorunda olmasının, Anayasa'nın 'kanun önünde eşitlik' başlıklı 10, "Temel hak ve hürriyetlerin niteliği" başlıklı 12, 'Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı' başlıklı 17. ve 'Ailenin korunması' başlıklı 41. Maddelerine de referanslar bulunmaktadır.

C. Yürütme Faaliyetleri

Yürütme faaliyetleri de, yukarıda örnekleriyle açıklandığı üzere yasama ve yargı organlarının, Ünal Tekeli kararına ilişkin genel önlemleri almamaları ile doğrudan bir uyum içerisinde olmuştur.

Hükümet yetkilileri, Bakanlar Komitesi'ne Ünal tekeli kararının çevirisinin yapıldığını, kararın kamuoyunda büyük ilgi çektiğini ve bu tür ihlallerin gelecekte engelleneceğini umduklarını belirtmiş iseler de kararın herhangi bir olumlu etkisinin bulunmadığı hem Anayasa Mahkemesi ve hem de Yargıtay kararlarından anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, kararın yayınlanmasının kendisi ihlali gidermek bakımından yeterli bir önlem değildir.

Kaldı ki kararın gereklerinin yaşama geçirilmesi için Hükümet tarafından gerçekleştirilen başkaca bir yürütme önlemi de bulunmamaktadır.

Ünal Tekeli kararında Mahkeme, Hükümetin yapmış olduğu "idarenin nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasında ya da resmî belgelerde karışıklığın önlenmesi" savunmasının somut dayanaklarının bulunmadığını saptamıştır. (para.66) Daha da ötesinde, "kişilerin tercih ettikleri adlarına riayet edilerek, haysiyet ve saygınlıklarıyla toplumda yaşamalarının temin edilmesi adına bu güçlüklerin makul" kabul edilmesi gerektiğin altını da çizmiştir. (para. 67)

Hükümetin bu iddiası, sorunun kaynağını yani belirtilen güçlüğü aslında evlilikle kadının soyadının değişmesinden kaynaklandığı gerçeğini göz ardı etmektedir. Öte yandan Türkiye 2006 yılında çıkarılan Nüfus Hizmetleri Kanunu³⁰ ile yurttaşlık kaydında otomasyona geçmiş ve Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi- MERNİS ile tüm yurttaşlarına birer kimlik numarası vermiştir.³¹

28 <http://www.bianet.org/bianet/kadin/131517-kadinin-bekarlik-soyadini-kullanmasinin-yolu-aciliyor>, 17 Temmuz 2011;

<http://www.radikal.com.tr/Radikal.aspx?aType=RadikalDetayV3&ArticleID=1056625&CategoryID=77>

29 <http://gundem.milliyet.com.tr/kadin--kizlik-soyadina-kavustu/guncel/gundemdetay/05.11.2009/1158242/default.htm>

30 5490 S.K., R.G. tarihi: 29/ 04/2006, Sayı : 26153

31 5490 S.K. m.46

Yurttaşlar, her türlü resmi ve pek çok özel işlerinde bu yurttaşlık numarasını kullanmak zorundadırlar.³²

Yine, Ulusal Yargı Ağı Projesi – UYAP, Adalet Bakanlığı teşkilat ve görevlerine 2001 yılında eklenen Bilgi İşlem Dairesi ile birlikte uygulamakta olduğu bir başka otomasyon sistemidir.³³ UYAP sisteminde her türlü işlem yurttaşlık numarası ile gerçekleştirilmektedir.

MERNİS ve UYAP sistemleri arasındaki bu organik bağlantı esasında evlenme, boşanma, aile soyadı işlemleri gibi medeni haklara ilişkin her türlü işlemin (diğer pek çok işlem gibi) herhangi bir karışıklığa yol açmaksızın yapılabilmesini sağlamak üzere kurulmuştur. Nitekim Adalet Bakanlığı web sitesinde de bu otomasyon sisteminin bütünlük yapısına özellikle vurgu yapılmaktadır;

"Bu çerçevede UYAP ile entegrasyonu sağlanan Adli Sicil Bilgi Sistemi'nden sabıka kayıtları, MERNİS'ten nüfus kayıtları ve Adres Kayıt Sistemi'nden adres kayıtları, POLNET'ten ehliyet kayıtları, Merkez Bankasından döviz kurları, TAKBİS'ten tapu ve kadastro kayıtları yargı birimlerince otomatik olarak anında alınabilmektedir."³⁴

*"UYAP, kamu kesiminde diğer bilgisayar ağlarıyla bütünlük sağlayarak bilgi ve belge akışının en kısa zamanda gerçekleştirilmesini sağlamaktadır. Örneğin; Adli Sicil, MERNİS, TAKBİS, POLNET ve Merkez Bankası veri tabanları ile sağlanan bütünlük sayesinde, nüfus kaydı, sabıka kaydı, ehliyet kaydı, tapu kaydı ve döviz kurları birkaç saniye içinde yargı makamları önüne getirilebilmektedir."*³⁵

Bununla birlikte sistem işlememekte ve kadınlar, evlenme ve boşanma ile soyadı değişikliği yapmak zorunda kalmakta, resmi ve özel sektörde bulunan kayıtları/belgeleri düzelttirmek ve bunun için hem ciddi bir zaman ve hem de ciddi bir ekonomik külfetin altına girmek zorunda kalmaktadır.

Evlenme ya da boşanma ile nüfus kaydını düzelttiren kadının öncelikle yeni bir nüfus cüzdanı alması gereklidir. Ayrıca, düzeltilmesi gerekli kayıtlar/belgeler asgari olarak şunlardır; vergi kaydı, meslek odası kayıtları, SSK kayıtları, araba gibi tescile tabi menkullerin kayıtları, vb. Tapu kayıtlarının düzeltilmesi için ayrıca dava açılması ve daha sonra tapuda işlem yaptırılması gerekmektedir. Sonra, kişinin yeni bir vergi levhası, (varsa) mesleğe ilişkin avukatlık kimliği gibi kimlik belgesi düzenlettirmesi; pasaportunu, ehliyetini, araba ruhsatını, sigorta kayıtlarını yeniletmesi; mesleğe ilişkin kartvizit, başlıklı kağıt, vb. gibi kırtasiye malzemelerinin yeniden basılması; banka hesaplarının düzeltilmesi, banka kartlarının yeniden çıkartılması, Telekom kayıtlarının düzeltilmesi, vb. Ayrıca, her türlü karışıklığın önlenmesi için (özellikle avukatların,

32 Kanun, m.47

33 Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, m.22/A; <http://www.uyap.gov.tr/tanitim/tarihce.html>

34 <http://www.uyap.gov.tr/tanitim/genel.html>

35 <http://www.uyap.gov.tr/tanitim/genel.html>

eski soy isim ile verilmiş vekaletnamelerin kullanılması sırasında) bir de evlilik cüzdanı ya da boşanma kararını yanında taşıması gereklidir.

Tapu kayıtlarının düzeltilmesi için dava açan ve daha sonra bu kararla tahsis yaptıran kadının yapması gereken ödeme yaklaşık olarak 250 liradır. Pasaportunu değiştirmek ve 3 yıllık bir pasaport için ise kadının 313,25 TL harç ve 72 lira defter bedeli vermesi gereklidir.

Evlenme/boşanma ile soyadının değişmesinin kadına getirdiği ciddi ekonomik yükün yanı sıra kadın, her bir işlem için resmi dairelere ve bankalara giderek sıra bekleyecek, tüm işlemleri bir günde bitirmesi mümkün olmayacağından bu işlemler için tekrar tekrar zaman harcaması da gerekecektir.

Örneğin, boşanma kararının ilgili mahkeme tarafından UYAP sisteme işlenmesi ile soyadı değişikliği MERNİS sisteminde otomatik olarak görülebilecek iken ilgili mahkemeler, boşanma kararını ve üst yazısını nüfus müdürlüklerine fiziki olarak iletmekte, nüfus müdürlükleri ancak bundan sonra boşanma kararını sisteme işlemektedir. Kadın ancak, süreleri kestirilemeyen bu işlemlerden sonra nüfus müdürlüğüne giderek ve 5.75 lira harç ödedikten sonra başkaca tüm işlemleri yapmaya elverişli belgeyi yani nüfus kağıdını alabilecektir.

Dolayısıyla aslında kişilerin tercih ettikleri adlarına riayet edilerek, haysiyet ve saygınlıklarıyla toplumda yaşamalarının temin edilmesi adına bu güçlüklerin makul kabul edilmesi gereği” yürütme alanında devletlere bir yükümlülük getirmekte ise de zaten var olan sistemlerin işlememesi, tersinden bir yükü kadınlara yüklemektedir. TMK m. 187, soyadının belirlenmesi konusunda eşler arası bir cinsiyet eşitsizliği yarattığı gibi kadının aleyhine, gündelik yaşamda yansımaları bulan bir dizi eşitsizliğe de neden olmaktadır.

Öte yandan, kişilerin ad ve soyadlarının değişmezliği ve devamlılığının sağlanması, toplumda hak ve yükümlülüklerin tespitinde karışıklık ve belirsizliklerin meydana gelmesine mani olur. Örneğin bir gayrimenkulün satın alınmasında, bankadan kredi alınmasında, gayrimenkulün malikinin ya da kredinin borçlusunun kim olduğunun tespitinde kişinin soyadı ve bu soyadının sürekliliği önemli rol oynamaktadır. O halde denilebilir ki kişinin soyadının kendi iradesi hilafına değiştirilmesinde, hukuk düzeninin koruması gereken menfaatler yalnızca ailevi ya da kişisel değil aynı zamanda toplumsaldır ve bu sebeple kamu düzenini ilgilendirir.³⁶

Bu nedenle de Ünal Tekeli davasında Hükümetin, “idarenin nüfus kayıtlarının düzenli tutulmasında ya da resmî belgelerde karışıklığın önlenmesi” için boşanan kadının soyadının değişmesine karşı yaptığı savunma esasında tamamen temelden yoksundur. Boşanmış kadının soyadı, sadece kişilik haklarıyla doğrudan bağlantılı olduğu gibi kamu düzeninin istikrarlı biçimde sağlanmasının gereklerinden biri olarak da ortaya çıkmaktadır.

³⁶ Deniz Ergene, İnsan Hakları Hukukundaki Gelişmeler Işığında Türk Hukukunda Kadının Ve Çocuğun Soyadı Meselesi Ve Medenî Kanun’da Değişiklik Önerisi, MHB Yıl 31, Sayı 2, 2011, sayfa 126

Sonuç ve Tavsiyeler

Ünal Tekeli kararında Hükümet her ne kadar Başvurucunun, durumla ilgili daha fazla zarar görmesini engelleyecek bireysel önlemi almış ise de Başvurucu ile aynı durumda olan kadınlar bakımından Hükümetin herhangi bir adım atmış olduğunu söylemek mümkün değildir; Yasama organı hali hazırda TMK m. 187'yi Ünal Tekeli kararında belirtilen standartlara uygun hale getiren bir yasa çıkarmamıştır; TMK m. 187, yasaların Anayasa'ya ve dolayısıyla m.90/5 uyarınca temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmeler uygunluğunu denetleyen Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmemiştir. Ünal Tekeli kararını ve çizdiği standartları kararlarına esas alan yerel mahkemeler bulunmakla birlikte konuya ilişkin Yargıtay içtihatları ne yazık ki olumlu değildir.

Olumlu yerel mahkeme kararlarının ise genel yaklaşımı yansıtmadığı ve kendi içlerinde bazı ortak özelliklere sahip oldukları görülmektedir.

Öncelikle; kararlar yaygın değildir. Olumlu kararlar ancak kararları veren yargıçların hem AİHM kararlarını ve hem de BM Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi hükümlerini doğrudan uygulama inisiyatifi ile ve konuya duyarlı olmaları nedeniyle mümkün olabilmektedir.

Yargıtay'ın 2012 yılında vermiş olduğu kararı sonrasında, daha önce verilen olumlu kararların da tekrar etmesi imkansız hale gelmiştir. Bazı mahkemelerin olumlu karar vermesi, herkesin bu haktan yararlanabilmesi için gerekli hukuksal altyapı oluşturulmadığı takdirde keyfilige yol açacaktır.

Yerel mahkemeler tarafından verilen ve temyiz edilmeksizin kesinleşen olumlu kararlar, davacılar bakımından sorunu gideren çözümler sunmuşlardır. Bununla birlikte bu olumlu kararlar, Yargıtay tarafından bozulan yerel mahkeme kararlarındaki davacı kadınlar ve hiç dava açmamış kadınlar bakımından ayrımcı bir sonuç doğurmaktadır. Kişilik haklarının ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilen soyadına ilişkin bilinen olumlu kararların tümünde davacı kadınlar avukat, öğretim üyesi olmak gibi kariyerler ile medeni haklarını kullanma yeteneği bakımından olanaklara sahip bir kesimden olma özelliğini taşımaktadır. Nitekim Ankara 3. Aile Mahkemesi tarafından verilen karar tamamen davacının "akademik kariyer sahibi olarak öncesinde 'Voyvoda' soyadıyla ulusal ve uluslararası eserler yayınladığı ve bu soy isim ile yayınlanan eserler ve çalışmalar sonucu çeşitli ödüller aldığı sabit olmasına" dayandırılmaktadır.³⁷ Davacı kadınların bu nitelikleri dava ve karar sayılarının azlığı ile birleştiğinde -dava yolu ile de olsa- kendi soyadını taşıyan bir ayrıcalıklı bir kadın grubu yaratılmış olmaktadır.

37 <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/14357344.asp>, 8 Nisan 2010

Hükümete

Raporun başında da belirtildiği gibi Ünal Tekeli kararının gereklerinin yerine getirilebilmesinin üç yolu bulunmaktadır;

1. Mevzuatın Sözleşme'ye uygun biçimde değiştirilmesi,
2. 187. maddenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptali,
3. İlk iki önlem gerçekleştirilinceye değin ya da gerçekleştirilmese bile Yargıtay ve yerel mahkemelerde Sözleşme hükümlerine, Anayasa'nın 90/5.maddesi uyarınca doğrudan uygulama alanı tanınması.

Bununla birlikte, AİHM kararının üzerinden geçen dokuz yıla karşın Hükümetin, 1 numaralı çözüm yoluna ilişkin ciddi bir çalışması bulunmamaktadır. 2. numaralı çözüm yolu ise Anayasa Mahkemesi tarafından 2011 yılında verilen kararı ile kapanmış durumdadır. Bazı yerel mahkemeler tarafından 3.çözüm yolu zaman zaman kullanılmakta ise de Anayasa Mahkemesi'nin 2011 yılı kararı ve Yargıtay içtihatları bu yolun da, istisnai uygulamalar dışında, kapalı olduğunu ortaya koymaktadır.

Bu nedenle evlilik akdi ile bir araya gelmiş olan "eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemlerin"³⁸ "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan"³⁹ sağlanması yükümlülüğü çerçevesinde ve Ünal Tekeli kararı bağlamında Hükümetin;

TMK m. 187 ile birlikte, Soyadı Kanunu'nun 4. Maddesinin yürürlükten kaldırılarak, soyadı konusunda eşler arasında eşit haklara dayalı bir rejim öngören yasal bir düzenleme için yasa tasarısı hazırlayarak Parlamente'ye sunması gereklidir.

Ancak bu düzenleme yapıncaya kadar, ihlallerin devam etmesinin önüne geçilebilmesi bakımından ilk derece mahkemeleri ile birlikte Yargıtay daireleri de Sözleşme hükümlerine ve dolayısıyla Ünal Tekeli kararının gereklerine uyumalıdır. Bunun için izlenecek en işlevli yol Yargıtay Genel Kurulu tarafından alınacak bir içtihadı birleştirme kararı olacaktır.

Bakanlar Komitesine

Ünal Tekeli/Türkiye kararı 9 yıllık bir süreçten bu yana Bakanlar Komitesi'nin izleme usulü altında ele alınmaktadır.

Ünal Tekeli kararı ile saptanmış olan ihlal, hem kadınların kişilik hakları ve hem de kamu düzeninin sağlanması ile doğrudan ilgilidir. Ayrıca kadınlar, evli ve boşanmış olanlarının yanı sıra

³⁸ Birleşmiş Milletler Siyasal ve Medenî Haklar Sözleşmesi m. 23/4
³⁹ AİHS m.14

henüz bu aşamaya gelmemiş olanlar da TMK m. 187'nin potansiyel mağdurudur ve toplumun yarısını oluşturmaktadır. Nitekim giderek artan sayıda kadının mahkemelere başvurması da sorunun vahametini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla ihlalin yoğunluğu, ağırlığını da arttıran bir unsurdur.

AİHM tarafından kararın verildiği 2004 yılından bu yana geçen 9 yıllık süreçte Hükümetin, ihlali giderecek esaslı bir önlem almamış olduğu bir gerçekliktir. Bu çerçevede Ünal Tekeli kararının izlenmeye devam edilmesi gerekmele birlikte kararın standart izleme usulü çerçevesi yerine nitelikli izleme usulüne alınması, Hükümet tarafından genel önlemlerin yerine getirilmesi bakımından etkili bir sonuç doğuracaktır.

TEŞEKKÜR...

İnsan hakları hareketinin üniversite ile buluşmasının önemini farkında olan ve kurulduğu günden bu yana özellikle Ankara Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi ile birlikte ortak çalışmalar yürüten İHOP, bu önemli çalışmayı çok değerli iki akademisyenin katkıları ile gerçekleştirmiştir. Çalışmanın yönteminin oluşturulmasından eğitimlerine ve raporların üretimine kadar bütün süreçlerde sahip olduğu eşsiz bilgi birikimini bizimle paylaşmış olan Yrd. Doç Dr. Kerem Altıparmak'a, insan hakları hareketinin bilgi toplama ve analiz etme yöntem ve araç ihtiyacını bu pilot çalışmada gideren ve çalışmanın bel kemiğini oluşturan izleme veri tabanının oluşturulmasını sağlayan Yrd. Doç Dr. Ahmet Murat Aytaç'a derin şükranlarımızı sunmayı borç biliriz.

Türkiye insan hakları hareketi, birbirinden farklı ve son derece önemli deneyimleri olan savunuculardan oluşur. Bu çalışmada, deneyimlerini ve bilgi birikimlerini esirgemeyen, avukatlık mesleklerinin yanında aktif insan hakları savunuculuğunu yürütmekte olan ve izleme raporlarını hazırlayan Hüsnü Öndül, Hülya Üçpınar ve Nalan Erkem'e, raporların basımı sürecinde görünürlük danışmanlığımızı yapan Raul Mansur'a, web sitesinin oluşturulması sürecinde katkıda bulunan Ferruh Erkem'e, çalışmanın amaçlarına ulaşmasında verdikleri çok değerleri katkılardan ötürü ayrı ayrı teşekkür ederiz.

Bu çalışmaya Ankara, İzmir, Mardin, Batman, Diyarbakır, İstanbul 'da faaliyet gösteren pek çok avukat ve insan hakları savunucusu katkıda bulunmuştur. Başta Mesut Beştaş olmak üzere çalışmayı değerli ve önemli bulan ve katkılarını esirgemeyen bütün arkadaşlarımıza İHOP adına teşekkür ederiz.

Nihayet, bu çalışmayı gerçekleştirebilmek için gerekli kaynağı sağlayan Federal Almanya Cumhuriyeti Büyükelçiliğine teşekkür ederiz.