

Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı

Ece Göztepe

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Araştırma Görevlisi

•••

Özet

Medeni Kanun'un 153/I maddesinin, "Karı, kocanın aile ismini taşır" hükmü değiştirilerek, 22.5.1997 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan değişiklikle kadınlara, önceki soyadlarını kocalarının soyadı ile birlikte kullanma hakkı tanınmıştır.

Medeni Kanun'un günümüzün gereklerine uydurulmasının ve Anayasa'nın eşitlik ilkesi doğrultusunda değiştirilmesi taleplerinin bir sonucu olarak değerlendirilebilecek bu değişiklik, yasama sürecinin uzun sürmesi ve çok sayıdaki değişiklik önerilerinin örneğin, çocuğun soyadı sorununa hiç değinmemesi nedeniyle eşitlik ilkesinin gerçekleşmesine çok fazla katkıda bulunmamıştır.

Bu yazıda önerilen, yasakoyucunun pek çok olasılığı kapsayan bir yasal düzenleme yapması ve ilgililere istedikleri düzenleme biçimini seçmelerine olanak tanımasıdır. Bu, geleneksel düzenlemeden yana olanların ihtiyaçlarını karşılamaya devam edeceği gibi, çağdaş bir evlilik anlayışından hareket edenlerin eşitlik taleplerine de karşılık verecektir.

Family Name of the Married Women: From the Aspect of Constitutional Equality

Abstract

The provision "Wife, carries the family name of the husband", in Article 153/I of the Civil Code, has been abolished by a changing statute published in the Official Journal in 22.5.1997, and this new provision has given the women the right to use their own family name together with their husband's family name, if they want to.

This change, which is a result of the pressure to modernise the Civil Code and to provide the equality as stated in the Constitution, could not fulfill its aim of substantiating the principle of equality, as the process of legislation lasted too long and the proposals for change have not deal with many important related topics, such as the family name of the child.

With this article, we propose the legislator to regulate this field with a legal rule bearing different probabilities and enabling the spouses to choose one of these choices. This kind of regulation will at the same time, fulfill the wishes of the people, who are willing to adopt a more traditional approach; and also meet the needs of the people, who are willing to lead a modern marriage life and wishing equality in their marriage.

Anayasal Eşitlik İlkesi Açısından Evlilikte Kadınların Soyadı

"Gefühl ist alles, Name ist Schall und Rauch"

(Goethe; Faust I, Marthens Garten)

("Duygu her şeydir; isimse boş bir seda ve dumandır")

Giriş

Bu yazının amacı, Goethe'yi haksız çıkarmak; ismin, bireyselliğimizin en önemli simgesi, kişiliğimizin ilk ve en önemli unsuru olduğunu iddia etmek ve bu iddiayı kanıtlamaya çalışmaktır. Yazının amacı bu olmakla birlikte, yakın tarihli nedeni ise, Medeni Kanun'un (MK) 153/I maddesinin "Karı, kocanın aile ismini taşır" hükmünün değiştirilerek, 22.5.1997 tarihli Resmi Gazete'de¹ yayınlanan değişiklikle kadınlara, kocalarının soyadının yanısıra kendi soyadlarını da kullanma hakkının tanınmış olmasıdır. Yeni düzenlemeye göre, "Kadın, evlenmekle kocanın soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı başvuru ile kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir". Bu düzenlemenin ihtiyaca cevap verdiği, eşitlik ilkesinin gereklerini yerine getirdiği ve evli kadınların soyadı tartışmasının sona erdiği düşünülse de, asıl tartışmanın şimdi başlayacağı da söylenebilir. Çünkü Meclis'te kabul edilen değişikliğe alternatif başka değişiklik teklifleri de vardı ve bunlar yasa değişikliğinde gözardı edildi. Gelecekte yeni taleplerin dile getirilmesi bu nedenle kaçınılmaz görünmektedir.

Medeni Kanun'un aile hukuku bölümü, hukukçu olmayanlar tarafından da en çok bilinen, eleştirilen ve değiştirilmesi istenen kanunlar arasında yer almaktadır. Bunun kuşkusuz en temel nedeni, bu kanunun düzenlemelerinin etki ve sonuçlarını hayatımızın önemli bir bölümünün geçtiği alanda, ailede yakından yaşamamızdır. Çocukken ebeveynlerimiz nedeniyle, evlilikte kendi ilişkimizdeki hak ve yükümlülüklerimiz, boşanmada ise haklarımız vesilesiyle bu kanunun günlük hayatımızı nasıl etkilediğine can alıcı bir biçimde tanık olmaktadır.

1 Kanun no: 4248, kabul tarihi: 14.5.1997; RG 22.5.1997 Sayı: 22996, S. 1.

Medeni Kanun'un bu çok sayıdaki ilgilisi, yasal değişiklik taleplerindeki bir başka sorunu akla getirmektedir ki, bu da kamuoyu ve kamuoyu yoklaması kavramlarıdır. Basının gündeme aldığı konular tartışılırken sık sık kullanılan "toplum bunu istemiyor ya da buna hazır değil", "konu, kamuoyunda taraftar bulmadı" gibi cümlelerin gerçekte neyi anlattığı, nasıl bir kitleyi kastettiği çoğu zaman anlaşılammaktadır. Bunun nedeni, kavramı kullananların bunu muğlaklaştırması olduğu kadar, kavramın kendisinin de tek ve kesin bir tanımının olmamasıdır.

Kamuoyu, adının çağrıştırdığı gibi tek, yekpâre bir bütün değildir. Yani belli bir konu hakkında toplumun belli bir yüzdeyle ifade edilebilecek belli bir kanaatini ifade etmez. Aksine "kamuoyu, belli bir zamanda, belli bir sorun karşısında, bu sorunla ilgilenen kişiler grubuna veya gruplarına hâkim olan kanaattir"². Bu nedenle her bir konu başlığında yeni bir kamuoyu tanımının yapılması gerekecektir. Nükleer enerji santrallerinin gerekli olup olmadığı, vergi reformunun kapsamı ya da Medeni Kanun'un mal rejiminin değiştirilmesi konularında birbirinden tamamen farklı kamuoyları olduğu bir gerçektir. Bunun doğal sonucu olarak yapılan kamuoyu araştırmalarının hem aslında gerçeği söylemediği hem de gerçeğin yalnızca bir kısmını söylediği iddia edilebilir. Çünkü bir "siyasal eylem aracı"³ olarak kamuoyu yoklamaları, bireylerin üzerinde belki de o güne dek hiç düşünmedikleri konular hakkındaki bireysel kanaatlerinin basit bir toplamı değildir ve olamaz da. Çünkü "insan bir sorunla ne kadar ilgiliyse, yani o sorunda ne kadar çıkarı varsa, o sorun üzerinde o kadar çok kanaate sahip olur"⁴. Kamuoyu ve kamuoyu yoklamalarının ne anlama geldiğinin açıklığa kavuşturulması, Türkiye'de özellikle feminist taleplerle karşılaşıldığında kuşanılan zırh görevi gören "toplum hazır değil" iddiasının önüne geçmek açısından önem taşımaktadır.

Değinilmesi gereken bir diğer nokta ise, Medeni Kanun'un aile hukuku bölümünde değiştirilmesi gereken mal rejimi, aile reisliğine bağlı olan eşitsizlikler gibi önemli konular dururken, soyadı gibi 'önemsiz', toplumdaki küçük bir kesimi ilgilendiren bir konuyu sorun etmenin yersizliği ve bunun bir lüks olduğu iddiasıdır. Bu yaklaşımı, sözkonusu kanun değişikliği esnasındaki Meclis görüşmelerinde açıkça görmek mümkündür⁵. Görüşmelerde, soyadının

- 2 Münci Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 6. bası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1981, S. 266. Farklı kamuoyları için ayrıca bkz. Hülya Tufan, "Kamuoyu Araştırmalarının Dayanılmaz Hafifliği", 2. baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, *Laiklik* (Cogito Dizisi), Sayı:1 Yaz 1994, S. 193.
- 3 Pierre Bourdieu, *Kamuoyu Yoktur, Toplum Bilim Sorunları* içinde, (çev. Işık Ergüden), İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1997, S. 205.
- 4 Bourdieu, a.g.m., S. 212.
- 5 Soyadıyla ilgili değişiklik bir 'teselli mükafatı', 'göstermelik düzenleme' olarak nitelenmiştir. TBMM Genel Kurul Tutanakları, 20. Dönem 2. Yasama Yılı, 93. Birleşim, C. 26, 14.5.1997. (Bu tutanaklar henüz basılmadığından, TBMM'nin internet sayfasındaki metinlerinden yararlanılmıştır. <http://www.tbmm.gov.tr>).

kişilik haklarıyla ilişkisi, tasarının bu hakkın temel ilkeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığı, eşitliğin aile hukuku alanında gerçekleştirilmesi için benimsenmesi gereken temel ilkeler hiçbir biçimde tartışılmamış; bir bütün olarak Medeni Kanun'da yapılması gerekli değişiklikler gündeme getirilmiştir. Bu tür genellemeci bir tarzın, yasa tasarılarına eleştirel bir bakışı engelleyeceği açıktır. Evlilikte mal rejiminin kadınların hayatını can alıcı bir biçimde etkilediğini, boşanma halinde sokakta beş parasız kalakalan kadınların önceliklerinin elbette soyadı değişikliği olmadığını görmemek mümkün değildir. Ancak hak mücadelesinde öncelikler sorununun varlığı, kişilik haklarının kullanılmasını ve korunmasını yakından ilgilendiren bir konunun önemsiz addedilmesini, mücadelenin önemsiz hatta gereksiz bir unsur gibi görülmesini haklı göstermez. Kaldı ki, aşağıda ayrıntılı olarak tartışılacağı gibi, soyadıyla ilgili son değişikliğin gerçekten bir kazanım olup olmadığı da tartışmaya açık bir konudur.

Son olarak, Türkiye'deki feminist hareketin tarihine ilişkin bir haksızlığa ya da bilinçli bir çarpıtmaya değinmek yerinde olacaktır. Cumhuriyet Türkiye'sinde yaygın olarak, kadınların herhangi bir talebi olmaksızın, kendilerine o zamanın bazı Avrupa devletlerinin uygulamalarını aşan haklara kavuşturulduğu, yani kadınların devlet eliyle üstten özgürleştirildiği tezleri -mitos da denebilir- ileri sürülmektedir. Bunun bir nedeni, kadınların tarihine ilişkin olarak yakın tarihe dek neredeyse hiçbir çalışma yapılmamış olması, dolayısıyla her kadın hareketinin kendi miladını başlatmış olması kadar, Cumhuriyetin devrimci niteliğinin tarihsel olarak zorunlu bir sonucudur. Çünkü Osmanlı'dan kültürel, siyasal ve hukuki kopuş, her anlamda bir sıfır noktası olarak belenmiş, bir 'tabula rasa' olarak toplumun yepyeni bir kimliğe kavuşturulması tasarlanmıştır. Oysa yakın tarihli feminist tarih araştırmaları, tarihsel olarak böyle bir kopuşun mümkün olmadığını ve toplumdaki kimi talep ve gelişmelerin kadın hareketi tarihinde de tohumlarının Osmanlı döneminde atıldığını göstermiştir. Örneğin, Cumhuriyet tarihinde henüz başırlanmamış bir şey o dönemde başarılmış ve Hanımlara Mahsus Gazete 1895-1908 arasında 604 sayı çıkarılmıştır. Bunun yanında özellikle 2. Meşrutiyet sonrasında kırka yakın kadın dergisi yayınlanmıştır⁶. Bu dergilerde aile reisliğinin sorgulanmasından çağdaş ailenin görünümüne, aile içi rol dağılımından kadınların kimlik edinme zorunluluğuna kadar pek çok konu işlenmiştir. Sonuç olarak, Türkiye'deki kadın hareketinin uzun bir tarihi vardır ve gerek kamusal alandaki gerekse özel alandaki eşitlik düşüncesi yıllardan beri mücadelelerinin odağında yer almaktadır.

Yazıda önce eşitlik ilkesinin Türk anayasalarındaki düzenlenme biçimi ve kapsamı ele alınacak, ardından uluslararası sözleşmelerdeki eşitlik ilkesine

6 Osmanlı kadın hareketi tarihi konusunda en kapsamlı çalışma için bkz. Serpil Çakır, *Osmanlı Kadın Hareketi*, İstanbul, Metis Yayınları, 1994, S. 27.

değınilecektir. Medeni hukukun 'temel hakları' olarak nitelenebilecek kişilik haklarının kapsamına giren isim hakkı, Türk aile hukukunun yapısıyla birlikte ele alınacak ve genel olarak öğretilde, aile hukukunda soyadı sorununun nasıl ele alındığına, bu kurumun hangi önkabullerle incelendiğine değınilecektir. Üçüncü bölümde, Roma, İskandinav, Anglo-Amerikan ve Alman hukuk çavrelerinde eşitlik ilkesinin ve evlilikte soyadının nasıl düzenlendiğı incelenecektir. Bunu takiben, Almanya'daki düzenleme ve gelişmeler daha yakından ele alınacaktır. Almanya'nın özel olarak ele alınmasının nedeni, buradaki gelişmelerin hem yasakoyucu hem de yargı tarafından belirlenmiş olması ve yargının, ilerici kararlarıyla yasakoyucuya yol göstermiş olmasıdır. Son bölümde ise, genel değerdendirmenin yanısıra Türk hukukundaki olası düzenlemeler için önerilere yer verilmiştir.

I. Anayasal Eşitlik İlkesi ve Kapsamı

Eşitlik ilkesi, 1924 Anayasası'ndan itibaren üç anayasamızda da yer almıştır. 1924 Anayasası'nın 69. maddesine göre, "Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedirler. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır". Bu hüküm, "Türklerin Kamu Hakları" başlığı altında yer almaktadır. Maddenin ifadesi 1961 Anayasası'nda değıştirilmiş ve 'Eşitlik' kenar başlığıyla, 'Temel Haklar ve Ödevler' kısmında iki fıkralık bir düzenleme getirilmiştir. 1961 Anayasası'nın 12. maddesine göre, "(I) Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayırımı gözetilmeksizin, kanun önünde eşittir. (II) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz".

1982 Anayasası ise eşitlik ilkesini üç fıkrada düzenlemiş ve birinci fıkrada sayılan yasaklara 've benzeri sebeplerle' hükmünü ekleyerek, ayırım yasaklarının kapsamını yorum yoluyla genişletmeye elverişli bir düzenleme öngörmüştür. 1982 Anayasası'nın 'Genel Esaslar' kısmında yer alan 'Kanun Önünde Eşitlik' kenar başlıklı 10. maddesine göre, "(I) Herkes, dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. (II) Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz. (III) Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar"⁷.

7 Ankara Üniversitesi Hukuk ve Siyasal Bilgiler Fakülteleri'nin öğretim üyelerinden oluşan bir kurulun hazırladığı 1982 tarihli anayasa önerisinde, eşitlik kenar başlığı altında düzenlenen 12. maddenin ikinci fıkrasında "kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir" hükmüne yer verilmişti. Maddenin gerekçesinde, "Madde kadın-erkek eşitliğini açıkça tekrarlayan bir fıkranın eklenmesi dışında aynen korunmuştur. Anayasa'nın bu hükmü daha önce de cinsler arasında yasal açıdan bir ayırım yapılmasını engeller nitelikteydi. Buna rağmen yasalarımızda (özellikle Medeni Kanun ve Ceza Kanunumuzda) ve yönetsel düzenlemelerde bu ilkeyi zedeleyen hükümlerin varlığı bilinmektedir. Anayasa'ya eklenen bu fıkra ile yasalar önünde kadın-erkek eşitliği bir kez daha vurgulanmakta ve

1982 Anayasası'ndaki kenar başlığının sınırlı ifadesine karşılık bu maddede, iki tür eşitlik ilkesi bir cümle içinde ifade edilmiştir. Bunlar, özgül ayırım yasakları ile şekli ve maddi eşitlik ilkelerini kapsayan genel eşitlik ilkesidir. Özgül ayırım yasakları, maddede sayılan dil, ırk, cinsiyet vb. nedenlerle yapılan ayrımları mutlak olarak yasaklamaktadır. Bunun yanında şekli eşitlik ilkesi kanunların genel ve soyut olmasını, herkese eşit olarak uygulanmasını; maddi eşitlik ilkesi ise yaptığı işlemlerde devletin, hak ve yükümlülükleri, fırsat ve hizmetleri, yetki ve sorumlulukları eşit olarak dağıtmakla yükümlü olmasını ifade eder⁸. Ancak bu ilkeler birbirinden tamamen bağımsız değildir. Biri diğerini gerektirir ve bu ilkelerin istisnasını oluşturan ve ilkeyi ihlal etmediği düşünülen ayrımların sınırını belirlemek hiç de kolay değildir. Genel eşitlik ilkesinin özünü oluşturduğu sıkça dile getirilen 'eşitlerin eşitliği' ifadesi, aynı zamanda eşitlerin kimler olduğu ve bunun nasıl belirleneceği sorusunu da içinde barındırmaktadır. Eşit olmadığı iddia edilenlerin farklılığı hangi ölçütlere göre saptanmıştır ve bu, eşitlik ilkesinin ihlali niteliğini taşımakta mıdır? Bu soruların hiçbiri, her olaya uygulanabilecek şablon çözümlere sahip değildir. Aşağıda görüleceği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin geliştirdiği içtihatlar da bu sorulara açık bir yanıt vermekten uzaktır. Her olay, yeni bir durum analizini ve toplumsal gelişmeler de eldeki ölçütlerin yeniden değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa'da düzenlendiği biçimiyle eşitlik ilkesinin, hangi devlet organlarına yönelik olduğunun, Anayasa'nın 11. maddesine rağmen açıkça ortaya konması maddi ve şekli eşitliğin sağlanması bakımından yararlı olacaktır. 11. maddeye göre, "anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır". O halde, eşitlik ilkesi, yasama organı tarafından hem maddi hem şekli eşitliğin sağlanmasında dikkat edilmesi gereken temel ilkelerden biridir. Çünkü idarenin ve yargı organlarının uygulayacakları normların öncelikle şekli olmak üzere maddi eşitliği sağlamaya yönelik olması ve uygulamada da bunun kişiler açısından somutlaştırılması gerekmektedir. Anayasa yargısının varlığı, yasamanın bu görevini yerine getirip getirmediğinin denetlenebilmesini sağladığı için ayrı bir önem taşımaktadır. Genel hukuk normlarının somutlaştırıldığı her olayda idare ve yargı da şekli eşitliği, maddi eşitliği sağlamak amacıyla yorumlayacaktır. Sonuç olarak eşitlik ilkesi, "kural yapma ve kural uygulama süreçlerini yönlendiren, tüm hukuk düzeninde geçerli olan ve

yasakoyucuya yol gösterilmektedir" denmekteydi. Ancak bu düzenleme Danışma Meclisi'nde kabul görmemiştir. Bkz. Gerekçeli Anayasa Önerisi, AÜSBF Yayınları: 497, Ankara, 1982, s. 30.

8 Ayrım ve kapsamı için bkz. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 3. baskı, İstanbul, Yetkin Yayınları, 1993, S. 112-113.

yasama sürecinde işlerliği anayasa yargısınca güvence altına alınmış bulunan 'gerçek' bir anayasal ilke görünümündedir"⁹.

Anayasa Mahkemesi pek çok kararında özgül ayırım yasakları ve genel eşitlik ilkesinin kapsamı hakkında tanımlar yapmış ve bu konuda yerleşik bir içtihat geliştirmiştir. Mahkeme, 1961 Anayasası'nın 12. ve 1982 Anayasası'nın 10. maddesindeki dil, ırk, cinsiyet vb.'ye dayalı ayrımcılık yasağını mutlak bir yasak olarak ele almaktadır. Mahkeme'ye göre, "Anayasa'nın mutlak olarak yasakladığı, yurttaşların kanun karşısında dillerine, ırklarına, cinsiyetlerine (abc), siyasi düşüncelerine, felsefi inançlarına, dinlerine ve mezheplerine göre, farklı muamele görmeleridir. Bunların dışında kanun önünde eşitlik ancak niteliklerde benzerlik ve yasaların getirdiği kurallara uyarlık oranında söz konusu olabilir"¹⁰. Ancak görüleceği gibi, bu içtihatların satır aralarında kadınlarla erkekler arasında eşitliğin sağlanmasında ya da başka bir deyişle, ayrımcılığın önlenmesinde ölçü olarak alınacak haklı sınırlama nedenlerinde, toplumsal önyargı ve fiili eşitsizliklere açık kapı bırakan ifadelere rastlamak da mümkündür. Örneğin, 18.3.1926 günlü ve 788 sayılı Memurin Kanunu'nun 6. maddesinin ("Kadınların memur ve müstahdem olmaları caizdir. Ne gibi memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilecekleri her vekâletin memurlarına ait kanunlarında tesbit olunur") anayasaya aykırılığı nedeniyle yapılan başvuruya ilişkin kararında¹¹ sözü edilen bu çelişkili yaklaşımın örneğini görmek mümkündür. Bu kararda önce, "Cinsiyet, kanun önünde eşitliği engelleyen bir sebep değildir" denirken, hemen ardından "kadınların vücut yapıları ve işlerin niteliği bakımından bazı kamu hizmetlerine alınmaması, bu prensibi zedeleyecek nitelikte değildir. Kamu hizmetinin aksamadan yürütülmesi gerektiğinden kadınların vücut yapılarının elverişli olmadığı hizmetlerin her vekâletin memurlarına ait kanunlarda gösterilmesinin anayasaya aykırı bir yönü bulunmamaktadır" denmiştir¹².

Mahkeme çeşitli kararlarında dile getirdiği bu görüşünü 1970 yılındaki bir kararında yerleşik görüş olarak nitelemiş ve bunu şöyle özetlemiştir: "12.

9 Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1989, s. 182.

10 E. 1967/14, K. 1967/36, kt. 14.11.1967, AYMKD 5 (1972), S. 208. Aynı yönde bkz. E. 1967/52, K. 1968/29, kt. 2.7.1968, AYMKD 6 (1992), S. 218; E. 1967/49, K. 1968/60, kt. 5.12.1968, AYMKD 6 (1992), S. 296; E. 1968/12, K. 1968/65, kt. 17.12.1968, AYMKD 6 (1992), S. 308; E. 1980/28, K. 1980/45, kt. 1.7.1980, AYMKD 18 (1981), S. 253.

11 E. 1963/148, K. 1963/256, kt. 25.10.1963, AYMKD 1 (1992), S. 457 vd.

12 Bkz. yukarıda adı geçen karar S. 459. Bu gerekçeye ilişkin karşıoylar da mevcuttur. Karşıoy gerekçelerinden biri, ilgili kanunlarda tayin ve tesbit edilmedikçe kadınların memuriyet ve hizmete alınmalarının mümkün olmayacağı anlamının çıkmasıdır. İkinci gerekçe ise, söz konusu hükmün Anayasa'nın 58. maddesindeki 'ödevin gerektirdiği niteliklere sahip olma' şartını genişlettiği ve anayasada yer almayan yeni bir koşul getirdiği ve bunun da kadınlarla erkekler arasında fark gözetmesidir. Son karşıoy nedeni ise, tesbit işinin kadınlara ilişkin olması ve bunun cinsiyete dayalı ayrımcılığı getirmesidir.

maddenin mutlak olarak yasakladığı, kanunların uygulanmasında dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımının gözetilmesi ve bu nedenlerle eşitsizliğe yol açılmasıdır. Bunun dışında ancak birbirinin aynı olan durumlarda aynı hukuk kurallarının öngörülmesi ve ortaya imtiyazlı bir kişi veya topluluk çıkarılmaması zorunludur. Bir bölüm yurttaşların, durumlarındaki özellik ve ayrılık dolayısıyla haklı nedenlerle başka hükümlere bağlı tutulmaları halinde kanun önünde eşitsizlikten ve bir imtiyazdan söz edilemez"¹³.

AYM bir başka kararında da yerleşik içtihadında dile getirdiği eşitliği, eylemli değil hukuksal eşitlik olarak tanımlamıştır¹⁴.

Mahkeme genel eşitlik ilkesini, içtihat oluşturacak biçimde hemen hemen bütün kararlarında şu şekilde tanımlamaktadır: "Yasa karşısında eşitlik, yurttaşların hepsinin her yönden aynı kurallara bağlı tutulması değildir. Haklı nedenlerin varlığında kimi yurttaşlar başka kurallara bağlı tutulursa bundan eşitlik ilkesinin çiğnendiği sonucu çıkarılamaz"¹⁵.

Mahkeme, eşitlik ilkesinin istisnalarına belli bazı ilkeler çerçevesinde cevaz vermiştir: 1631 sayılı Askeri Muhakeme Usulü Kanunu'nun 165. maddesinin, "kadınların aleni duruşmada bulunmalarının yasaklanabileceği" hükmünü, "haklı bir sebebe dayanmadığı" gerekçesiyle iptal etmiştir¹⁶. Bunun yanında "kamu yararı" da sınırlayıcı bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır; ancak Mahkeme aynı kararda "veya başka haklı bir nedene dayanmamış olması" ifadesiyle bu sınırlamanın her somut olayda tekrar incelenmesi gerektiğini, genel bir sınırlama yapmanın mümkün olamayacağını belirtmiş bulunmaktadır¹⁷. Mahkeme'nin, bir kararında¹⁸ söz ettiği "fiziksel özellikler" in yanısıra, "biyolojik" ve "işlevsel" farklılıkları da mutlak ayırım yasaklarının haklı istisnaları olarak gördüğü söylenebilir. Ancak bunların tümünün cinsiyet ayrımı yapılabilmesi için haklı bir neden sayılıp sayılamayacağı ve bu istisnanın "biyolojik farklılıklarla" sınırlandırılmasının gerekip gerekmediği aşağıda tartışılacaktır.

Seçkin'in bir kararın gerekçesine ilişkin karşıoyunda haklı olarak belirttiği gibi, "eşitsizlik durumları aynı nitelikte bulunan kişilerin başka başka kurallara

13 E. 1970/7, K. 1970/23, kt. 12.5.1970, AYMKD 8 (1991), S. 255.

14 E. 1975/152, K. 1975/202, kt. 21.10.1975, AYMKD 13 (1991), S. 648. Aynı terimin kullanılışı için bkz. E. 1980/28, K. 1980/45, kt. 1.7.1980, AYMKD 18 (1981), S. 253; E. 1986/16, K. 1986/25, kt. 21.10.1986, AYMKD 22 (1987), S. 292.

15 E. 1985/31, K. 1986/11, kt. 27.3.1986, AYMKD 22 (1987), S. 121.

16 E. 1963/143, K. 1963/167, kt. 26.6.1963, AYMKD 1 (1992), S. 347.

17 E. 1981/13, K. 1983/8, kt. 28.4.1983, AYMKD 20 (1985), S. 53: "İnsanlar arasında yaradılış ve çalışma gücü veya sağlık bakımından veya nitelikçe buna eşit nedenler dolayısıyla pek çok ayırım bulunduğu açık bir gerçektir. Bundan dolayıdır ki, eşitliği bozan bir kuralın varlığı, ancak o kuralın kamu yararına veya başka haklı bir nedene dayanmamış olması hallerinde ileri sürülebilecektir".

18 E. 1963/148, K. 1963/256, kt. 25.10.1963, AYMKD 1 (1992), S. 459.

bağlı tutulmasında dahi söz konusu olabilir ve uygulamada eşitsizlik çoğunlukla bu biçimde ortaya çıkar. Bundan başka Anayasa'nın 12. maddesi, yalnızca orada sayılan dil, ırk, cinsiyet gibi yönler dolayısıyla yapılan hukuki ayrımları değil, bunlardan başka nedenlerle gerçekleştirilecek hukuki eşitsizlikleri dahi yasaklamaktadır. Çünkü Anayasa'nın 12. maddesinin dayandığı ilke, birbirinin aynı olan durumlarda, haklı bir neden yok iken, başka başka hukuk kurallarının öngörülmesinin yasaklanmasıdır¹⁹. Mahkeme'nin, genel eşitlik ilkesiyle sıkı bağlantı içinde olan özgül ayırım yasaklarına getirdiği istisnaların gerçekte maddi eşitlik ilkesinin ihlali niteliğinde olup olmadığı incelenmeye değer bir konudur.

Anayasa Mahkemesi, kararlarında genel eşitlik ilkesinin istisnalarının olabileceğini belirtmekle birlikte, bunun hukuki ve anayasal sınırlarını belirtmemiş, yasakoyucunun takdir alanını geniş tutma eğilimi göstermiştir. Oysa anayasal ilkeler soyut ve genel normlar koyarken yasama işlemi bu ilkelerin hayata geçirildiği, somutlaştığı hukuk normları olarak karşımıza çıkmaktadır. Kısıtlama ve istisnaların sürekli genel ifadelerle belirtilmesi ve somut ölçü normların geliştirilememesi, Anayasa'nın koyduğu ayırım yasaklarının ihlaline yol açabilecek niteliktedir.

Dünyada feminist hareketin gelişmesi ve bazı kazanımlar elde etmesiyle birlikte, siyaset ve hukuk literatürü "pozitif ayrımcılık" terimiyle tanışmıştır. Bu terim, yukarıda değinilen maddi eşitliğin sağlanmasına, salt şekli eşitliğe sadık kalan uygulamaların yarattığı adaletsizliğin önlenmesine yönelik bir ilkedir. Yaşam koşulları gerçekten eşit ve adil bir rekabeti olanaklı kılacak denli eşitlikçi biçimde biçimleninceye kadar, kadınların aynı mevki ya da iş için yarıştıkları erkekler karşısında desteklenmesi olarak özetlenebilecek bu kurum, çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Öncelikle, bu yolla erkeklerin anayasa aykırı olarak eşit olmayan muameleye tabi tutulduğu itirazında bulunulmuştur. Diğer bir itiraz ise, bir işin gereklerinin cinsiyetle değil, kişinin yetenekleriyle sınırlı olduğudur. Siyasi partilerin kadın kotaları, politikada şansı olmayan kadınların salt cinsiyetleri dolayısıyla imtiyaz sahibi kılındıkları ve gerçekten politik bir kariyer yapmak isteyen kadınların önünde bir engel olmadığı görüşü ortaya atılmıştır.

Pozitif ayrımcılık tartışmasına son noktanın konduğu ve kurumun itirazsız kabul gördüğü söylenemez. Avrupa Birliği bünyesinde bunun son örneğini, Lüksemburg'daki Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın 11 Kasım 1997'de verdiği son karar oluşturmaktadır²⁰. Kadınlar lehine sonuçlanan bu

19 Üye Recai Seçkin'in "Gereğinin Yazılışına İlişkin Karşı Oy Yazısı", E. 1969/8, K. 1969/37, kt. 19.6.1969, AYMKD 7 (1978), S. 361.

20 Karardan alıntılar ve eleştiriler için bkz. "Quotensieg", *EMMA*, Jan/Feb 98, Nr.1, s. 30-31; "Judith Reicherzer, "Die Quotenmänner machen Ärger", *Die ZEIT* (31.10.1997, Nr.45), s.81-82; Margrit Gerste, "Kluge Männer", *Die ZEIT* (14.11.1997, Nr.47), s. 8.

dava ile kotaların kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasında hukuki ve meşru bir araç olduğu ve Avrupa Birliği içinde uygulanacağı ilan edilmiştir. Davanın konusu, Almanya'nın Nordrhein-Westfalen eyaletinde 1989 yılında kabul edilen "kadınların desteklenmesi" yasasıdır. Bu yasaya göre, bir iş sahasında kadınların sayısı erkeklerin sayısından az ise, rakibi olan erkekle aynı niteliklere ve mesleki formasyona sahip kadınlar desteklenir; eğer işe talip olan erkeğin kişisel nitelikleri üstünse, bu kural uygulanmaz. Söz konusu davayı açan kişi de, yasayı çıkaran eyalette bir kadroya öğretmenlik için başvurmuş ve meslektaşı olan kadın, yasadaki koşulları gerçekleştirdiği için kadroya atanmıştır. Bunun üzerine erkek öğretmen, bu yasanın eşitlik ilkesini ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmış ve Alman idare mahkemesi de yasanın, Avrupa Birliği'nin yönergeleriyle bağdaşıp bağdaşmadığına karar verilmesi için Divan'a başvurmuştur. Kararda, eşitlik ilkesinin tarihsel ve toplumsal bazı önyargılar nedeniyle günlük hayatta fiili engellerle karşılaştığı ve pozitif ayrımcılığın bu engellerin aşılmasına hizmet ettiği belirtilmiştir. Buna göre, "Toplumsal gerçeklikte, aynı niteliklere sahip olmaları halinde bile, erkek adayların kadın adaylara tercih edilmesi yönünde bir eğilim mevcuttur. Kadınların iş yaşamındaki rolleri ve yetenekleri konusunda belli bazı önyargılar ve klasik görüşler vardır. Bu nedenle, erkek adayların işe kabulü daha baştan reddedilmediği, tüm adayların yetenekleri objektif değerlendirmeye tabi tutulduğu sürece, eşitliğin sağlanması amacıyla, aynı yeteneklere sahip kadınların desteklenmesi topluluk hukukuna aykırı değildir. (...) Kadınların kariyerlerini daha sık yarıda bırakmalarından, iş saatlerini eviçi ve ailevi yükümlülükleri nedeniyle esnekletirememelerinden ya da hamilelik, doğum ve emzirme sürelerinden dolayı işe gelememelerinden duyulan korku, kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasının nedenlerindedir.

Bu nedenle, farklı cinslerden adayların aynı niteliklere sahip olmaları, aynı zamanda eşit şansa sahip olmaları anlamına gelmemektedir. Dava konusu eyaletin çıkardığı yasa, bu tür fiili eşitsizliklerin azaltılmasına katkıda bulunabilir. Böyle bir düzenleme, mutlak bir otomatiklikle erkeklerin aleyhine bir hüküm içermediği sürece yönergeye uygundur". Kararda belirtilen, işe almadaki fiili eşitsizliğin, aynı niteliklere sahip olmak için gerekli eğitimin alınmasında ve fırsatların elde edilmesinde de yaşandığı sosyolojik bir gerçektir. Buna rağmen Avrupa Mahkemesi'nin kadın-erkek eşitliğine ilişkin bu son kararı, pozitif ayrımcılık düzenlemelerine ışık tutacak niteliktedir.

Anayasa Mahkemesi'nin kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan MK 159. maddesini iptal gerekçesinde²¹ dile getirdiği görüşler, Mahkeme'nin eşitlik konusundaki içtihatlarını geliştirdiğinin ve son yirmi yılın olumlu gelişmelerini izlediğinin göstergesidir. Mahkeme'ye göre, "kadın-erkek eşitliğinin amacı, her iki cinsin benzer ancak eşit olmayan yönlerinin olumlu doğrultuda hukuksal

olarak eşit duruma getirilmesidir. Kuşkusuz benzemeyen yönleri için yapılan farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin, kadına doğum izni verilmesi gibi- bu eşitliği etkilemez. Zira kadın ve erkeğin benzemeyen yönlerine ilişkin hukuk kurallarının amacı, eşitliği sağlamak değil, her iki cinsin farklı özelliklerine hukuksal alanda çözüm getirmektir²². Bu kararın Mahkeme'nin yeni yerleşik içtihadı olduğunu söylemek için erken olmakla birlikte, Alman Anayasa Mahkemesi'nin tek istisna nedeni olarak kabul ettiği biyolojik farklılığın Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da tek haklı neden olarak kabul edildiği söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi eşitlik ilkesinin istisnaları için belirli ölçütler geliştirmemiş olmakla birlikte Mahkeme'nin, fiziksel, biyolojik ve işlevsel farklılıklara dayalı farklı düzenlemeleri hukuka aykırı bulmadığı yukarıda belirtilmişti. Anayasa'nın mutlak ayrım yasaklarını düzenleme biçimine bakıldığında, Mahkeme'nin ilkenin istisnalarını genişletici yorumuna katılmak mümkün değildir. Fiili duruma bakıldığında, cinsiyete dayalı ayrım yasaklarının kadınların toplumsal yaşamdaki konumlarının iyileştirilmesine ve kadınların korunması amacına yönelik olduğu anlaşılacaktır. Öden'in haklı olarak belirttiği gibi, "belirsiz sınıflamaların bu özel türü sözkonusu olduğunda ayrım gözetme yasağının her şeyden önce kadınları korumaya yönelik olduğunu göz önünde bulundurmak ve kadınlara karşı ayrım ile kadınları koruma amaçlı ayrımları özenle ayırt etmek kaçınılmaz bir zorunluluk olarak ortaya çıkıyor". Ancak Öden'in birinci türden ayrımlarda "zorunlu nedenler, çok önemli toplum yararlarının varlığı" gibi nedenlerle yapılacak kanuni farklılaştırmaların en sıkı denetim ölçülerine tabi tutulması gerektiğine ilişkin görüşüne katılmıyoruz. Çünkü bu nedenler de kamu organlarına anayasa ve yasalarda yer almayan bir takdir yetkisi tanımaktadır. Eşitlik ilkesinin istisnasının tek nedeni, biyolojik farklılıklara dayalı zorunluluklar olabilir ki, bu da sonuçta kadının hamilelik, doğum ve doğum sonrası gibi biyolojik farklılığının olağan sonuçları nedeniyle toplumsal konumunun sarsılmasını, iş yaşamından kopmasını önlemeye yönelik olacaktır. Yani, toplum yararı, toplumsal zorunluluklar gibi, mevcut önyargıların sonucu olan ve bunları besleyen nedenler, cinsiyete dayalı mutlak ayrım yasağının istisnası olamaz.

Uluslararası Sözleşmelerde Eşitlik İlkesi

Anayasa'daki eşitlik ilkesinin yansısı Türkiye'nin taraf olduğu ya da yalnızca imzalamakla yetinip henüz onaylamadığı uluslararası sözleşme ve bildirgelerde de eşitlik ilkesi yer almaktadır. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin²³ başlangıcında, "erkeklerle kadınların hak

22 AMKD 27, s. 55-56.

23 RG 27.5.1949 Sayı: 7217.

eşitliğine olan inançtan" bahsedilmekte, 1. ve 7. maddelerde genel eşitlikten ve kanun önünde eşitlikten söz edilmekte, son olarak 16. maddesinde evlilik içinde kadın ve erkeklerin eşitliği ilkesi dile getirilmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, "Erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptir".

1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde²⁴ ise, 12. maddede evlenme hakkı düzenlenirken, 14. maddesinde, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerden yararlanmanın cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herkes için sağlanacağı belirtilmiştir.

Türkiye'nin 1985'te imzaladığı ancak henüz onaylamadığı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesine Ek 7 Nolu Protokol'de²⁵ de eşlerin eşitliği ilkesine yer verilmektedir. Protokolün 5. maddesine göre, "eşler evlenirken, evlilik sırasında ve boşanma durumunda kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde eşit medeni hak ve sorumluluklara sahiptir. Bu madde, devletleri, çocukların çıkarları için gerekli önlemleri almaktan alıkoymaz".

Kadın-erkek eşitliği konusundaki en geniş kapsamlı sözleşme hiç kuşkusuz 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren ve Türkiye'nin 24.7.1985 tarih ve 85/9722 sayılı Bakanlar Kurulu kararıyla yürürlük kazanan, "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"dir²⁶. Ama bu sözleşme bazı çekincelerle kabul edilmiştir. Sözleşmenin 15/I ve II fıkraları ile 16/(c), (d), (f) ve (g) bentlerine, Sözleşme'nin 29. maddesinin 2. paragrafına dayanarak çekince konmuştur. Çekinceli maddelerden olan 16/(g) bendine göre, "Taraf devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak, 'aile adı', meslek ve iş seçimi dahil karı ve koca için eşit kişisel hakları sağlayacaklardır".

Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Sözleşme'nin 15/4 ve 16/(c) ve (d) maddelerinin Medeni Kanun tasarısıyla birlikte çekinceli olmaktan çıkıp çıkamayacağını saptanması için Dışişleri Bakanlığı'na başvurmuştur. CEDAW'ın (Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi) yıllık raporunda, soyadıyla ilgili değişikliğin de çekinceyi kaldıracağı

24 Türkiye tarafından 4.11.1950'de imzalanmış, 10.3.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile onaylanmıştır. RG 19.3.1964 Sayı: 8662.

25 Türkiye 22.11.1984 tarihinde imzalanıp 1.11.1988'de yürürlüğe giren bu Protokolü 14.3.1985'te imzalamıştır. Metin için bkz. Süheyl Batum/Necmi Yüzbaşıoğlu, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 2. baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 1997.

26 RG 14 Ekim 1985, Sayı: 18898, s. 1-10. Çekinceler için bkz. *Multilateral Treaties Deposited With the Secretary-General*, United Nations, New York, 1997/Status as at 31 December 1996 (ST/LEG/SER.E/15), s. 176.

belirtilmiş olmakla birlikte, resmi düzeyde bir girişime dayanak olarak görülmediği söylenebilir.

22 Mayıs 1997 tarihli Medeni Kanun değişikliğinden sonra Türkiye, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne konan bazı gecikmelerin ortadan kalktığı düşüncesindedir. Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne (CEDAW) sunulan dönemsel ülke raporunda²⁷ MK'nin 153. maddesindeki değişikliğin kadın-erkek eşitliğini sağladığı belirtilmektedir. Delegasyonda yer alan Prof. Dr. Yakın Ertürk 16. oturumda yaptığı sunuş konuşmasında Türkiye'nin Sözleşme'nin 15/2 ile 16/1 (c), (d), (f) ve (g) paragraflarına, bunların Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleriyle çeliştiği gerekçesiyle çekince koyduğunu belirttiğinden sonra, bu maddelerin MK mad. 152/II, 153/I, 153/II, 154, 263, mal ayrılığı rejimi ve bunun fiili uygulaması olduğunu belirtmiştir²⁸. Raporun sunulduğu dönemde henüz tasarı halindeki değişiklikte birlikte, kadınların eşlerinin soyadlarının yanısıra kendi soyadlarını da kullanabilecekleri, böylelikle Türkiye'nin koyduğu bu çekincenin ortadan kalkacağı ve ayrımcılığın önlenmiş olacağı belirtilmiştir²⁹. Ancak açıktır ki, eşlerden yalnızca kocanın soyadının ortak soyadı olarak seçilebilmesini, çocuğun hiçbir biçimde annenin soyadını alamayacağını öngören ve eşlerin ortak soyadı seçmeden kendi soyadlarını kullanmayı sürdürmelerine olanak tanımayan bir yasal düzenlemenin Sözleşme'de amaçlanan eşitliğin gereklerini yerine getirdiğinden söz edilemez.

II. Medeni Kanun'da Kişilik Hakları ve Eşitlik İlkesi

A. İsim Hakkı

Medeni Kanun'un 23. ve 24. maddeleri "Şahsiyetin Himayesi" başlığı altında kişilik haklarını ve bunun korunmasını düzenlemektedir. Ancak bu iki maddede kişinin hangi varlıklarının bu hakkın kapsamına girdiği belirtilmemiş ya da bunun belirlenmesine ilişkin bir ölçüte yer verilmemiştir. Bunların saptanması öğretiyeye ve yargı içtihatlarına bırakılmıştır. Öğretide bu kişilik hakları hak ve fiil ehliyetleri ile kişisel özgürlükler, beden bütünlüğü ve manevi bütünlük olmak üzere üç ana grupta sınıflandırılmış³⁰ ve başlıca kişi varlıkları olarak hayat, vücut bütünlüğü, onur, şöhret, resim, kişisel sırlar ve haberleşme

27 Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'ne (CEDAW) sunulan 2. ve 3. Birleştirilmiş Dönemsel Ülke Raporu, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, 1997.

28 Bkz. Rapor, s. 46 kenarnotu 47.

29 Bkz. Rapor, s. 47 kn.50; kn.51; s. 121 kn.90.

30 S. Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992s. 250.

kabul edilmiştir. Kanun'un lâfzından, kişilik haklarının mutlak haklardan olduğu, bunlardan vazgeçilemeyeceği, miras yoluyla başkalarına geçirilemeyeceği anlaşılmaktadır.

Ancak Kanun ismin korunmasını ve değişmesini aynı üst başlık altında fakat ayrı iki maddede (mad. 25 ve 26) düzenleyerek, ismin mutlak kişilik haklarından olduğunu ve özel bir korumayı gereksindiğini belirtmiş bulunmaktadır. Kanun'un bu sistematığı medeni hukuk alanındaki eserlere de yansımış ve ismin korunması, kişiliğin korunması başlığından ayrı olarak ele alınmıştır. Öztan ismin ayrıca düzenlemesini, "ismin bir kimsenin ferdileştirilmesinde çok büyük önem taşımasına ve ismin devamlı muhafazasında hukuki güvenlik açısından büyük yarar olmasına" bağlamaktadır³¹.

İsim, öz ad ve soyadından oluşur. Soyadı yerine, Medeni Kanun'un bazı maddelerinde 'aile ismi' deyimini de kullanılmaktadır (MK 126/I, 141, 153/I, 257/I, 311/I ve 312/I). Türk hukukunda gerçek anlamda soyadı kurumu yalnızca altmış üç yıllık bir geçmişe sahiptir. Soyadı Kanunu öncesi dönemde Türkiye'de herkesin şöhret ya da lâkap denilen bir tür soyadı vardı ancak bunun kullanılması zorunlu olmadığı gibi hukuki korumanın kapsamında da değildi. 1926 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun'la birlikte, isim üzerindeki hak, hukuki koruma kapsamına alınmış ve özel önemi nedeniyle, kişilik haklarının genel korumasından ayrı olarak 25. ve 26. maddelerdeki özel koruma hükümlerine tabi kılınmıştır. Fakat kullanılması zorunlu olmadığı için soyadının korunmasına ilişkin hükümler etkili bir biçimde hayata geçirilememiştir. Ancak 21.6.1934'te kabul edilip 2.1.1935 tarihinde yürürlüğe giren Soyadı Kanunu³² ile soyadının kullanılması zorunlu hale gelmiş ve hukuki koruma gerçek işlevine kavuşmuştur³³. Bu kanuna göre, her Türk bir soyadı taşımaya mecburdur (mad.1); soyadını seçme görevi, evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir (mad.4). Boşanma ya da evliliğin feshi nedeniyle çocuğun anneye bırakılmış olması halinde bile bu hak çocuğun babasına aittir. Karı ancak kocanın ölmüş ya da vesayet altına alınmış olması halinde bu hakka sahip kılınmıştır. Görüldüğü gibi, kanun dönemin ataerkil toplum yapısını dikkate alarak soyu temsil ettiği düşünülen erkeği, soyun ifadesi olduğu düşünülen soyadını seçmeye yetkili kılınmıştır. Bu ataerkil anlayışın diğer bir izdüşümü ise, soyadının ya yalnız olarak ya da (oğlu) ile birlikte kullanılmasını öngören Soyadı Nizamnamesi hükmüdür³⁴. Evli kadının, kocasının soyadını almasının diğer önemli bir

31 Bilge Öztan, *Şahsın Hukuku*, 3. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1990, s. 143.

32 2525 sayılı Soyadı Kanunu, RG 2.7.1934 Sayı: 2741.

33 Türkiye'de soyadının kısa tarihçesi için bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku C.1 Cüz 2 (Şahsın Hukuku)*, 3. baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963, s. 131-132.

34 Soyadı Nizamnamesi, RG 27.12.1934, Sayı: 2891, mad.6.

sonucu ise, Nüfus Kanunu'nun 46/III maddesi uyarınca, kocanın soyadının değişmesi halinde kadınının de buna bağlı olarak değişmesidir. Yargıtay da bir kararında, kocanın soyadının değişmesi halinde karının soyadının da 'kendiliğinden' değişmesi gerektiğini, bu gereğin kayden yerine getirilmesinin nüfus idaresine verilmiş idari bir görev olduğunu belirtmiştir³⁵.

İsim hakkı, tüm kişilik hakları gibi, mutlak haklardandır. Bunun anlamı, bunun başkasına devredilememesi, miras yoluyla geçememesi ve bundan vazgeçilememesidir. Bu mutlak hakkın, aile hukuku alanında kadının aleyhine, nasıl 'nisbi' bir hakka dönüştüğüne aşağıda değinilecektir.

Öğretide ismin en önemli işlevinin, kişinin bir aileye bağlılığını göstermek, onu diğer ailelere bağlı kişilerden ayırmak, kişilerin birbirine karıştırılmamasını önleyerek kamu düzenini sağlamak olduğu konusunda bir fikir birliği vardır³⁶. Buradaki temel soru, soyadının hangi aileye bağlılığı gösterdiği, yani anne ve babadan hangisinin ailesiyle bağ kurulduğudur.

Medeni Kanun'un bu konudaki tercihi açıktır. Soyadı, ataerkil anlayışın doğal sonucu olarak, erkeğin ailesine bağlılığı göstermektedir. Bir ailenin kurulmasından başlayarak herkes erkeğin ailesine dahil olmaktadır. Öncelikle kadın, MK 153/1'e göre kocasının soyadını almakta -kendi soyadını da kullanma olanağının tanınması, kocanın soyadını alma zorunluluğu mevcut oldukça fazla önem taşımamaktadır-, ardından MK 259'a göre, nesebi sahih olan çocuk, babanın ismini almaktadır. Bu noktada evli kadınlar ve çocuklar açısından iki sorun ortaya çıkmaktadır: Birincisi, mutlak haklardan olan isim hakkının kadınlar açısından nisbi hale getirilmesi; ikincisi, bir aileye bağlılığı gösteren soyadının çocuk açısından, baba tarafından tek aileyle sınırlandırılarak, annenin ailesiyle olan bağının koparılmasıdır.

Erkek açısından mutlak biçimde korunan isim hakkının kadın açısından nisbi biçimde korunması, kadınların isim hakkının bir "statü ismi" olarak korunduğunu göstermektedir³⁷. Çünkü kadının ismi evlenme, boşanma, evliliğin feshi, yeniden evlenme gibi her hukuki statü değişikliğinde buna bağlı olarak değişmekte ve bundan bağımsız bir varlık sürdürememektedir. Oysa Medeni Kanun'un 8. maddesine göre, "Her şahıs, medeni haklardan istifade

35 Yargıtay 18. HD E.1995/140, K.1995/9280 kt.26.9.1995, YKD C.22, S.1, Ocak 1996, s. 80-81.

36 Mustafa Dural, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 3.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987, s. 178-179; Zahit İmre, *Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara, 1974, s. 815; Bülent Köprülü, *Medeni Hukuk*, 2.baskı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1984, s. 308; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi, *Kişiler Hukuku Derstleri*, 4.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s. 60; Öztan, *Şahsın Hukuku*, s. 143.

37 Kavram için bkz. Krüger, "Der Name der Frau nach bürgerlichem Recht", *AcP* 1957, s. 251; Bilge Öztan, "Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu", *Oğuzoğlu'na Armağan*, Ankara, AÜHFYayınları, 1972, s. 430.

eder. Binaenaleyh kanun dairesinde haklara ve borçlara ehil olmakta herkes müsavidir". Medeni Kanun'un bu maddesiyle kadınlar ve erkekler arasında anayasal eşitlik ilkesi doğrultusunda hukuki eşitliğin sağlandığı söylenebilir. Buna göre, Medeni Kanun'daki hak ve yükümlülükler bakımından kadın ve erkekler arasında bir fark olmamak gerekir. Ancak bu eşitliğin mutlak olmadığı, aile hukuku bölümünde açıkça görülmektedir.

B. Aile Hukukunun Yapısı

Türk medeni hukuk öğretisinde, Medeni Kanun'un hukuki eşitlik ilkesinden, aile hukuku alanında bazı "haklı" nedenlerden dolayı sapıldığı konusunda görüş birliği vardır. Öğreti, bunun nedenlerini açıklamak hususunda çeşitlilik göstermekle birlikte ortak paydaları, bunun hakkaniyete aykırı olmadığı, toplum yapısının bunu gerektirdiği ve böyle bir sapmayı aile hukukunun zorunlu kılmasıdır. Aile hukukunda kadının haklarının kısıtlanmasının nedeni olarak,

- zorunluluklar, toplumsal gerçekler³⁸,

- kadınların menfaatlerinin korunması³⁹,

- düzenin sağlanması⁴⁰,

- aile bağlarının kuvvetlendirilmesi; düzen, huzur ve uyumun sağlanması; evlilik birliğinin menfaati icabı⁴¹,

- kadının tabii ve içtimai zayıflığı⁴²,

- kadının erkeğe göre farklı yaradılışı⁴³,

- aile içinde iki başlılığın önlenmesi⁴⁴ gösterilmektedir.

Ancak bu nedenler sayılırken, bu nedenlerin niçin eşitlikten sapılmasını haklı gösterdiğine ya da korunmaya çalışılan değerlerin niçin kadınların

38 Aytekin Ataay, "Bir 'İnkilâp' Yapıtı Olarak Medeni Kanun", *IÜHFM* 1982, C.45-47, s. 55; Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş*, 3.baskı, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1980, s. 362; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 1992, s. 653.

39 Ataay, 1982, s. 55

40 Ataay, 1982, s. 55

41 Ataay, 1982, s. 55; Köprülü/Kaneti, *Aile Hukuku*, 2.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989, s. 11-12; Saymen/Elbir, *Türk Medeni Hukuku III. Cilt (Aile Hukuku)*, 2. baskı, İstanbul, Hak Kitabevi, 1960, s. 128; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 1992, s. 653.

42 Öztan, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, AÜHF Yayınları, 1983, s.7; Saymen/Elbir, *Türk Medeni Hukuku III. Cilt (Aile Hukuku)*, 2. baskı, İstanbul, Hak Kitabevi, 1960, s. 9.

43 Erol Cansel, "Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)", *Medeni Kanun'un 50. Yılı*, Ankara, AÜHF Yayınları, 1977, s. 38.

44 Turgut Akıntürk, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975, s.105; Aydın Zevkliler, *Medeni Hukuk*, 1992, s. 713.

haklarının kısıtlanmasıyla doğrudan bağlantılı olduğuna ilişkin herhangi bir açıklama yapılmamaktadır. Tüm bu nedenler 'kendinde' haklı sayılmakta, korunduğu iddia edilen düzen, uyum, varlığı iddia edilen farklı yaradılış sorgulanmadan kabul edilmektedir. Bunun dönüştürülebilme kapasitesi hatta ailenin bu kategoriler içinde düşünülmesinin reddi hiç sözkonusu edilmemektedir.

Bunun, evlenmenin hukuki mahiyetiyle ilgili görüşlerle yakından ilişkisi vardır. Türk hukukunda bu konuda belli başlı üç görüş mevcuttur⁴⁵:

Sözleşme görüşüne göre, evlenme de diğer sözleşmeler gibi, tarafların birbirine uygun ve karşılıklı iradeleri ile oluşan, taraflara karşılıklı hak ve borçlar yükleyen bir hukuki işlemdir. Ancak aile hukukunun kamu hukukunu da ilgilendirmesi nedeniyle tam anlamıyla bir sözleşmeden değil, kendine özgü bir "aile hukuku sözleşmesi"nden söz etmek yerinde olacaktır. Çünkü bu alanda şarta bağlı olma gibi kurumlara yer olmadığı gibi, sözleşmenin içeriğini belirleme konusunda da tam anlamıyla bir irade özgürlüğü yoktur.

Kurum görüşü ise, evlenme ile aile denen bir kurumun meydana geldiğini ve bu kurumun kendini oluşturanlardan bağımsız bir varlığa sahip olduğunu ileri sürmektedir. Bu nedenle eşler, kendi çıkarlarından bağımsız çıkarlara sahip olan bu kuruma uygun hareket etmek, onun çıkarlarını kendilerinininkinden üstün tutmak ve kendi keyiflerine göre davranmamak zorundadırlar.

Duguit'nin ortaya attığı şart-tasarruf görüşü ise, evlenmenin kuruluş ve sona erme koşulları ile hukuki sonuçlarının hukuk düzenince belirlendiğini, tarafların evlenme iradelerini açıkladıkları andan itibaren yasadaki bu koşullarla bağlı olduklarını savunmaktadır.

Her üç görüş de Türk hukuk öğretisinde taraftar bulmuştur. Tekinay, evlenme akdi ile evlilik halini ayırarak, ilkinde sözleşme görüşünü, ikincisinde şart-tasarruf görüşünü benimsemektedir⁴⁶. Ağırlıklı görüş ise, evliliğin "kendine özgü bir aile hukuku sözleşmesi" olduğu yönündedir. Her üç görüş de gerçekliği belli bir oranda dile getirmekle birlikte, özellikle kadınların haklarının yukarıda anılan gerekçelerle kısıtlanmasında ve medeni hakları kullanmadaki eşitlik ilkesinden sapılmasında, kurum görüşünün ağır bastığı ya da zimnen kabul edildiği söylenebilir. Daha önce de belirtildiği gibi, bir kurum hakkında mutlak ve değişmez ölçütler koymak ne denli zorsa, o ölçüde de gereksiz ve anlamsızdır. Yine de bir kurumun düzenlenmesinde tercih edilecek görüşün belli bir tutarlılığa sahip olması ve temel hak ve özgürlüklerin gelişimci çizgisinin arkasına düşmemesine dikkat edilmesi yerinde olacaktır.

45 Bkz. Zevkliler, a.g.e., s. 682.

46 S. Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku*, 7.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990, s. 64-65.

C. Aile Hukukunda Soyadı Sorunu

Yasakoyucunun görevi, anayasadaki temel hak ve özgürlükleri somutlaştırmak, anayasada yer alan temel ilkelerin, temel hak ve özgürlüklerin yasalarla uygulamaya geçirilmesini sağlamaktır. Nitekim Medeni Kanun'daki kişilik hakları da anayasadaki kişi hakları ve ödevlerinin yasalaradaki ifadesinden başka bir şey değildir. Yasakoyucu anayasanın çizdiği bu çerçevede hareket etmek zorundadır. Bunu yaparken, bu çerçevenin sınırlarını sonuna kadar kullanabileceği gibi, bunun bir kısmını da yerine getirebilir. Ailenin korunması ve soyadı konusunda yasakoyucunun, anayasal çerçevenin yalnızca bir kısmını kullandığı, hareket alanını tümüyle tüketmediği söylenebilir.

1982 Anayasası'nın "Ailenin korunması" kenar başlıklı 41. maddesine göre, "(1) Aile Türk toplumunun temelidir. (2) Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ve uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar". Görüldüğü gibi, anayasakoyucu aileyle ilgili sınırlı bir düzenleme getirmiş ve yasakoyucuya geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Aile hukukundaki ortak soyadı yükümlülüğü açısından bakacak olursak, Anayasa'nın bu konuda ne bir emri ne de bir yasağı söz konusudur. Yani yasakoyucunun bu alandaki tercihi anayasal bir zorunluluktan kaynaklanmamaktadır; bu tamamen kendi takdir yetkisinin bir ürünüdür. Durum böyle olunca, evlilikte ortak soyadının zorunlu olmaktan çıkarılmasıyla, ailenin korunmasıyla ilgili anayasa hükmünün ihlal edilmeyeceği görülmektedir. Çünkü isim birliği, ailenin refahı ve huzuru için anayasal bir zorunluluk olarak görülmemiştir.

Gerçekte son düzenleme, yasakoyucunun tercih ettiği görülen ve doktrinde de kadın aleyhine eşitsizliklerin haklı gerekçesi olarak gösterilen isim birliği ilkesinden bir sapmadır. Çünkü isim birliğinde amaç, aile üyelerinin aynı isim altında toplanmalarıdır. Oysa yeni düzenlemeye göre kadın bu birlikten çıkmakta ve resmi kurumlarda da bu birliğe dahil olup olmadığı anlaşılması zorlaşmış bulunmaktadır. Çünkü örneğin, herhangi bir resmi listede kadın, kendi soyadı öne yazılmış olduğu için, kocanın soyadının baş harfine göre değil, kendi soyadının baş harfine göre yer alacaktır. Bu durumda kocayla ya da çocuklarla bağı kopmuş olmaktadır. Yok eğer kadının ikinci, yani kocanın soyadının önemli olduğu ve buna bakılması gerektiği iddia ediliyorsa, kanun değişikliğinin bir aldatmacadan ibaret olduğunun kabulü gerekecektir. Görüldüğü üzere, bir yandan aile birliğinin isimde birlikle sağlanacağına ısrar etmek, öte yandan da ikili soyadının kadınların eşitlik taleplerine karşılık verdiğini ileri sürerek bunu savunmak bir çelişki oluşturmaktadır.

Düzenlemenin eleştirilecek diğer bir yanı ise, "önceki soyadı" deyiminin, boşandıktan sonra yeni bir evlilik yapan kadınlara, ilk soyadlarını kullanma olanağı tanımamasıdır. Eğer kadın ilk evliliğinde yalnızca kocasının soyadını kullanmış ise, ikinci evliliğinde ya yalnızca yeni kocasının soyadını alabilecek

ya da ilk kocasının soyadını, yeni soyadının önüne koyabilecektir. Kadının doğumla kazandığı ilk soyadını ikinci evliliğinde de kullanabilmesi için, ilk evliliğinde iki soyadını (ilk kocasının ve doğumla kazandığı ilk soyadını) birlikte kullanmış olması gereklidir. Böylelikle ikinci evliliğinde Yasa'nın öngördüğü seçim hakkını kullanarak doğumla kazandığı ilk soyadını ikinci kocasının soyadının önüne koyabilecektir. Kısaca özetlemek gerekirse, ilk evliliklerini yeni düzenlemeden önce yapmış olan kadınların, doğumla kazandıkları soyadlarını sonraki evliliklerinde kullanma olanakları fiilen ortadan kaldırılmıştır. Yasa, yeni evlenecek kadınlara çok sınırlı bir hak vermekle yetinmiştir. Bu nedenle, anayasal bir zorunluluktan kaynaklanmayan, ailede isim birliğinin tarafların tercihlerine bırakılması ve bu tercihin de özgürlükçü bir anlayışla birden çok seçeneği içinde barındıracak biçimde yasayla düzenlenmesi en uygun yol olarak görünmektedir.

Medeni Kanun'un değiştirilen 153/1 maddesinin ilk halinde de zaman zaman, bu maddenin uygulanması konusunda kuşular doğmuş ve bunun üzerine öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Değişiklik öncesinde sorun, kadınların evlilik öncesi soyadını kullanıp kullanamayacağıydı. Velidedeoğlu, kadının evlenmekle kızlık soyadını kaybetmeyeceğini, boşanmadan sonra kendiliğinden bu ada dönmesinin bunun kanıtı olduğunu belirterek, kadının İsviçre'dekine benzer biçimde kendi soyadını kocasınınkine ekleyebileceğini ileri sürmekteydi⁴⁷. Buna karşılık Tekinay, kadının evlenme ile kocasının soyadını alacağını, yani kızlık ya da dulluk soyadını bırakmasının zorunlu olduğunu belirtmekteydi⁴⁸.

TMK 153/1'in değiştirilmesinden önce bu düzenlemenin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle pek çok dava açılmış, ama dava mahkemelerinden yalnız bir tanesi iddiayı ciddi bulup Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur⁴⁹. Halen Anayasa Mahkemesi'nde görülmekte olan başvurunun sahibi Av. Oya Ataman, evlenmeden önceki soyadını sürdürememesinin anayasaya aykırı olduğunu iddia etmekteydi. Davasını Anayasa Mahkemesi'ne götüremeyen Av. Ayten Ünal Tekeli ise Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur⁵⁰.

Evlilikte soyadı sorunu, kadın kuruluşları tarafından da sık sık dile getirilmiş ve buna ilişkin çözüm önerileri geliştirilmiştir. İstanbul Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1984 yılında Adalet Bakanlığı'nca kurulan komisyon tarafından hazırlanan "Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi" başlıklı çalışmanın kadın-erkek eşitliğini yerine getirmeyen hükümlerine alternatif olarak bir Medeni Kanun Değişiklik Tasarısı

47 Velidedeoğlu, a.g.e., s. 135 dn.10.

48 S. Sulhi Tekinay, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 283.

49 Bkz. *Yeni Yüzyıl*, 4.6.1997.

50 Bkz. *Yeni Yüzyıl ve Milliyet*, 24.12.1995.

hazırlamıştır. Bu tasarı 100.000 imza toplandıktan sonra 17 Şubat 1993'te Meclis'e iletilmiştir. Bu tasarıya göre (mad.153), "Evlenme akdi sırasında kadın kocasının ya da koca karısının soyadını seçme hakkına sahiptir. Bu bildirim evlendirme memuruna yapılır. Eşler evlenme sırasında evlendirme memuruna ya da herhangi bir zamanda nüfus memuruna yapacakları yazılı bir bildirim ile bekârlık soyadlarını da kullanabilirler. Bu taktirde bekârlık soyadı önde yer alır".

Bu tasarı, ortak soyadı koşulunu esas almıştır. Eşlerden birinin soyadını ortak soyadı olarak seçme ve bekârlık soyadını buna ekleme olanağının yanısıra, her iki eşin de ortak bir soyadı saptamadan bekârlık soyadlarını sürdürmeleri olanağına yer verilmemiştir.

Siyasi partilerin Medeni Kanun'da reform önerileri kapsamında soyadı da ele alınmıştır. CHP'nin 11.7.1996 tarihli tasarısına göre, "Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak, kadın nüfus müdürlüğüne yapacağı yazılı bildirimden sonra, kocasının soyadı ile birlikte kendi aile adını veya evlenme sırasında taşıdığı soyadını da kullanabilir. Bu takdirde aile adı veya evlenme sırasında taşıdığı soyadı önde yer alır". Bu tasarı da kocanın soyadını aile adı olarak esas almakta ve kadının soyadının aile adı olarak seçilmesine olanak tanımamaktadır. Ama bekârlık soyadının yanısıra boşanmış olmasına karşın eski eşinin soyadını kullanmayı sürdüren kadınlara bu adı koruma olanağı tanıdığı için olumlu bir içeriğe sahiptir.

III. Karşılaştırmalı Hukukta Eşitlik İlkesi ve Evli Kadınların Soyadı

Eşitlik ilkesinin anayasal ifadesi ve bu ilkenin somutlaşmış biçimi olarak isim hakkının ve evlilikte eşlerin soyadının düzenlenmesi açısından dünya ülkelerine bakıldığında, bu konuda birbirinden çok farklı eğilimler olduğu gözlenmektedir. Aynı hukuk çevresinde bulunan ülkelerin bile birbiriyle uyuşmayan düzenlemeleri mevcuttur. Ancak bu çeşitliliğe karşın her ülkenin belli bazı ilkeler doğrultusunda tutarlı olmaya çalıştığı ve toplumun isim konusundaki geleneklerini yasal düzenlemenin dışında bırakmadığı görülmektedir.

Dikkate değer diğer bir nokta ise, eşitlik ilkesinin devletlerin anayasalarında yer alma biçiminin dar bir yoruma tabi tutulmaması, bu ilke en klasik haliyle yer alsa bile bunun, bir hukuk devletinin doğasına içkin olduğunun kabul edilmesidir. Görüleceği gibi, klasik haklar kataloğu olmayan ülkeler dahi günümüzün temel hak ve özgürlüklerini hukuk düzenlerinin doğal bir parçası kabul etmişler ve bunun gereklerine uygun yasal düzenlemeler yapmışlardır. Bu amaçla ilgili ülkelerin Medeni Kanunlarının soyadına ilişkin düzenlemelerinden önce, anayasal eşitlik ilkesini nasıl düzenlemiş olduklarına kısaca değinilecektir.

Bu doğrultuda diğer ülkelerin yasal düzenlemeleri incelenirken, Almanya'nın özel bir yeri olduğu görülecektir. Çünkü bu ülkedeki mevcut düzenleme hem yasama hem de yargı organının katkılarıyla kırk yıllık bir zaman dilimi içinde geliştirilmiştir. Bu süreçteki temel kaygı ise, anayasadaki kadın-erkek eşitliği ilkesinin tam anlamıyla hayata geçirilmesidir. Bu nedenle, Almanya örneği daha ayrıntılı biçimde ele alınacaktır.

Soyadının Batı Avrupa'daki tarihi, Türkiye'dekinden oldukça eskilere uzanmaktadır. Soyadı ilk olarak Roma İmparatorluğu zamanında kullanılmaya başlanmış, İmparatorluğun yıkılmasından sonra ancak 8. yüzyılda Yukarı İtalya'da yeniden gündeme gelmiştir. 12. yüzyılda Kıta Avrupasında yaygınlaşan soyadı, 18. yüzyıla kadar örf ve adet hukukuna terkedilmiş, bu konuda devletin herhangi bir düzenlemesi olmamıştır. Bu zamana dek soyadı ilk olarak soylu sınıflar arasında yaygınlık kazanmıştır. Mirasın paylaşılması ve erkeğe bağlı soyluluk zincirinin doğru biçimde saptanmasında soyadı önemli bir rol oynamıştır. 18. yüzyıl sonundan itibaren devletlerin örgün bir kamu hizmeti ağı kurmaya başlamasıyla (şehir defterlerinin tutulması, vergi listelerinin hazırlanması, seçmen kütükleri ve özellikle zorunlu hale getirilen askerlik hizmeti için listelerin hazırlanması), ticaret hacminin artmasıyla ve hukuki işlemlerin büyük ölçüde yazılı hale gelmesiyle birlikte kişilerin birbirinden ayırdedilebilmesi için soyadı hayati bir önem kazanmıştır. Bu süreçte ataerkil toplum düzeni içinde babasının evinden çıkıp kocasının himayesine giren kadınların, kocalarının ve babasına mirasçı olan ve babanın ailesinin soyunu sürdürececek çocukların da babalarının soyadını alması doğal karşılanmıştır⁵¹. 20. yüzyıla geldiğinde Batı Avrupa'daki fiili ve hukuki durum budur. Aşağıda görüleceği gibi, toplumun değişen yapısı ve kadınların örgütlü talepleri karşısında bu ülkeler, anayasalarındaki eşitlik ilkesini güne uydurmak zorunda kalmışlardır.

A. Roma Hukuk Çevresi⁵²

Fransa: 1958 tarihli Fransız Anayasası'nın başlangıç kısmında 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni kabul eden ve buna eklemeler yapan 1946 tarihli Anayasa'ya göndermede bulunularak bu bildirgeyle bağlı olduğu ilan edilmektedir. Bildirgenin 1. maddesinde ise tüm insanların eşit haklara sahip oldukları yazılıdır. Anayasa'nın 1. maddesinde de yurttaşların soylarına, ırklarına ya da dinlerine bakılmaksızın kanun önünde eşit oldukları kabul

51 Ayrıntılı bilgi için bkz. Dieter Giesen, *Der Familienname aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht*, *FuR* 1993/2, s. 66 vd; Schwenzer, *FamRZ* 1991/4, s. 391.

52 Giesen, *FuR* 1993/2, s. 76 vd.; Ingeborg Schwenzer, *Namensrecht im Überblick*, *FamRZ* 1991/4, s. 393.

edilmiştir. Görüldüğü gibi, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduklarını belirten özel bir hüküm mevcut değildir.

Fransa'da isim hukuku ağırlıklı olarak yasayla değil, örf ve adet hukukuyla düzenlenmektedir. Evlilik, soyadı değişikliğini gerektirmez ve eşlerin ortak bir soyadını sürdürme zorunluluğu yoktur. Kadınlar kocalarının soyadını alma hakkına ya da bu soyadını kendi adlarına eklemeye olanağına sahiptirler. Erkek de kadının soyadını kendi adına ekleyebilir ama onun soyadını alamaz. Diğer eşin soyadını kendi soyadına ekleme hakkı, evliliğin sona ermesiyle ortadan kalkmaktadır.

Çocuklar babanın soyadını alır. 1985'ten beri soyadının kullanımında çocuklara, yasal olarak soyadını taşımadığı ebeveyninin soyadını da ek olarak kullanma olanağı getirilmiştir.

İspanya: 1978 tarihli İspanyol Anayasası'nda Türk Anayasası'ndakine benzer bir eşitlik ilkesi benimsenmiştir. 14. maddeye göre, herkes kanun önünde eşittir ve kimseye soyu, ırkı, cinsiyeti, dini, dünya görüşü ya da diğer kişisel ya da toplumsal nitelikleri nedeniyle ayrımcılık yapılamaz ya da ayrıcalık tanınmaz.

Evlilikte eşlerin soyadı yasayla düzenlenmemiştir. İki eş de kendi soyadlarını kullanmayı sürdürebilecekleri gibi, ortak bir soyadı da kararlaştırabilirler. Bunun yanında kadının, kendi soyadına kocasının soyadını ekleme hakkı da vardır.

Çocuk annenin ve babanın soyadından oluşan ikili bir soyadı alır. İlk soyadı babanınkidir; bunun önemi, ikili soyadına sahip çocuğun kendi çocuğuna geçireceği soyadının bu ilk soyadı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak çocuk reşit olduktan sonra soyadlarının sırasını değiştirme, böylelikle hangi adının kendi çocuğuna geçeceğine karar verme hakkına sahiptir. Sturm, reşit olduktan sonra bu sıranın değiştirilmesine pek yanaşmadığını, çünkü o zamana dek bu sıranın yerleşik hale geldiğini belirtmektedir⁵³.

B. İskandinav Hukuk Çevresi⁵⁴

1953 tarihli Danimarka Anayasası'nda eşitliğe ilişkin bir düzenleme yoktur; 1975 tarihli İsveç Anayasası'nın 16. maddesinde cinsiyeti dayalı ayırım yasağı getirilmiştir. Buna göre, kadın-erkek eşitliğini sağlamaya, askerlik hizmetine ya da buna benzer bir hizmete ilişkin olmadığı sürece kimse cinsiyetinden dolayı ayrımcılığa tabi tutulamaz. 1919 tarihli Finlandiya

⁵³ Fritz Sturm, *Der Kindesname national und international*, Prütting/Rüssmann (Hg), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts (Festschrift für Gerhard Lücke)*, München, C.H.Beck, 1997, s. 810.

⁵⁴ Giesen, a.g.m., s. 77; Schwenger, a.g.m., s. 392-393.

Anayasası ise 5. maddesinin ilk fıkrasında kanun önünde eşitliği ve cinsiyete dayalı ayırım yasağının da içinde bulunduğu özgül ayırım yasaklarını düzenlerken 3. fıkrasında, toplumda ve iş yaşamında kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olmalarının desteklenmesini kabul etmektedir.

Danimarka, Norveç, İsveç ve Finlandiya'nın dahil olduğu bu hukuk çevresinde evlilikte ortak soyadı yükümlülüğü kaldırılmıştır. Bu ülkelerde eşler isterlerse ortak bir soyadı kullanabilirler; isterlerse kendi soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler.

Çocuk ortak soyadını, eğer yoksa, ebeveynlerden birinin soyadını alır. Bu, eşlerin ortak kararıyla gerçekleşir. Eğer eşler bir karara varamazlarsa, çocuk annenin soyadını alır.

C. Anglo-Amerikan Hukuk Çevresi

Birleşik İngiltere Krallığı'nın 1215 Magna Carta'dan başlayarak uzun bir tarihsel süreçte oluşan ve hep birlikte devletin anayasasını oluşturan bağlayıcı hukuki metinleri bulunmaktadır. Bunların en önemlileri Magna Carta (1215), Petition of Rights (1627), Habeas Corpus (1679), Bill of Rights (1689), Act of Settlement (1701)'dir. Bunların içinde klasik bir haklar kataloğu olmadığı gibi, eşitlik ilkesiyle ilgili bir hüküm de yer almamaktadır. Hukuk düzeni, teamül hukuku (common law) ve yasa hukuku (statute law) arasında paylaşılmıştır. Eşitlik ilkesinin de büyük oranda common law'da gerçekleştirildiği söylenebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde ise yalnızca seçim hakkının kullanılmasında ayrımcılık yasağıyla ilgili iki hüküm bulunmaktadır. 1870 tarihli ek 15. madde ırk, renk ve sınıfa dayalı ayrımcılığı yasaklarken, 1920 tarihli ek 19. madde, aktif seçme hakkında cinsiyete dayalı ayrımlara yasak getirmektedir.

Sonuç olarak, genel eşitlik ilkesine ya da özgül ayırım yasaklarına ilişkin başkaca bir düzenleme mevcut değildir.

İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri'nin dahil olduğu Anglo-Amerikan sisteminde soyadı konusunda tam bir özgürlük söz konusudur. Genel olarak soyadını değiştirmenin tek sınırını hukuki hile amacının varlığı oluşturur. Bu özgürlük, evlilikte kadının soyadında da korunmuştur.

Evlü kadın kendi soyadını kullanmayı sürdürebileceği gibi, kocasının soyadını da alabilir. Bunun yanında kendi soyadıyla birlikte kocasının soyadını da kullanabilir. Evliliğin sona ermesi soyadını etkilemez; aynı biçimde evlilik dışı birlikteliklerde de kadın erkeğin soyadını alabilmektedir⁵⁵.

Çocuğun adının belirlenmesi neredeyse tamamen geleneklere bırakılmıştır. Bu doğrultuda genel eğilim, babanın soyadının verilmesidir.

Ancak ebeveynlerin, eşlerden birinin ya da ikisinin birden adlarını çocuğun soyadı olarak seçmeleri hatta adlarının hecelerinden yeni bir soyadı yaratmaları bile olanaklıdır (Bkz. Jech v. Burch davası, 466 F. Supp. 714 D.Hawaii 1979). Bu davada Alena Jech ve Adolf Befurt, çocuklarına Adrian Jebef adını vermek istemişlerdi; buna olanak tanımayan Hawaii yasalarına karşı başvurdukları Eyalet Mahkemesi'nde bu tür bir yasağın ABD Anayasası'nın 14. maddesine aykırı olduğuna karar verilmiştir.

Karar vermeme durumunda eşlerden ikisine de öncelik tanınmamakta, nihai kararı yargıç vermektedir. Ölçüt, çocuğun esenliğidir; çocuğun o güne dek kullandığı adı kullanma süresi, ebeveynlerin tek tek çocukla ilişkisi, çocuğun taraflardan biriyle kalacak olması, velayet hakkına sahip ebeveynin saik ve çıkarları vs. gibi ölçütler yargıcın dikkate alması gereken noktalardır. Yargıç ebeveynlerden birinin soyadının verilmesini kararlaştırabileceği gibi, her ikisinin soyadının da verilmesine karar verebilir⁵⁶.

D. Alman Hukuk Çevresi⁵⁷

İsviçre: 1981 yılındaki halkoylaması sonucu, eşit haklara sahip olma ilkesinin anayasada bir temel hak olarak yer almasını takiben, 1988'deki yasa değişikliği sonrası, erkeğin soyadı, aile adının saptanmasında esas oluşturmakla birlikte kadının soyadının da aile adı olarak kararlaştırılmasına sınırlı da olsa bir olanak tanınmıştır. Bunun için "dikkate değer nedenler" gerekmektedir ve kadının soyadının aile adı olarak seçilmesi, soyadı değiştirme usulüne tabidir.

Diğer yandan kadın, kocasının soyadının önüne kendi soyadını koyabilirken, bu hak, kadının soyadının aile adı olması durumunda kocaya tanınmamıştır.

Çocuk, ebeveynlerin aile adını alır. Ortak ve tek soyadı zorunlu olduğundan, iki soyadından oluşan bir soyadın verilmesi mümkün değildir.

Avusturya: 1920 tarihli Avusturya Anayasası'nın 7. maddesinde kanun önünde eşitlik ilkesi benimsenirken, cinsiyetten kaynaklanan ayrımlar da yasaklanmaktadır.

1995'teki yasa değişikliğinden⁵⁸ bu yana evlilikte ortak soyadı yükümlülüğü yoktur. Bunun yanında eşler, kadının ya da erkeğin soyadının ortak soyadı olmasını kararlaştırabilirler.

56 Schwenzer, a.g.m., s. 394.

57 Schwenzer, a.g.m., s. 392; Sturm, a.g.m., s. 825.

58 Das österreichische Namensrechtsänderungsgesetz BGBl.1995/25. 1.5.1995'te yürürlüğe girmiştir.

Ortak soyadı seçmeyen eşler evlenirken, çocukların hangi ebeveynin soyadını alacağını belirtmek zorundadırlar. Eğer bunu yapmazlarsa, çocuğa babanın soyadı verilir.

Yunanistan: 1975 tarihli Yunanistan Anayasası 4. maddesinin ilk fıkrasında tüm yurttaşlarının kanun önünde eşitliğini kabul ettikten sonra, ikinci fıkrasında erkek ve kadın yurttaşların eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu belirtmektedir.

Evlilik, soyadı değişikliğine neden olmamaktadır. Eşler kendi soyadlarını kullanabilecekleri gibi, ortak bir soyadı da belirleyebilirler.

Evlilik içi çocukların soyadları, evlilik öncesinde, tüm çocuklar için geçerli olmak üzere belirlenir. Anne ve babanın soyadlarından oluşan ikili soyadı da olanaklıdır. Eğer eşler bir karara varamazlarsa, çocuklara babanın soyadı verilir.

E. Almanya

1949 tarihli Alman Anayasası eşitlik ilkesini, 'kanun önünde eşitlik' kenar başlığı altında üç fıkrada düzenlemiştir. 3. maddenin birinci fıkrasına göre, herkes kanun önünde eşittir. 2. fıkrada, erkek ve kadınların eşit haklara sahip oldukları ve devletin kadınların ve erkeklerin fiili eşitliğinin sağlanmasını destekleyeceği ve mevcut engellerin ortadan kaldırılmasına çalışacağı belirtilmektedir. Üçüncü fıkrada ise aralarında cinsiyete dayalı ayrımcılığın da yer aldığı özgül ayırım yasakları yer almaktadır.

Almanya, 1896 tarihli Prusya Medeni Kanunu'ndan bu yana büyük aşamalar kaydetmiş, eşitlik ilkesi toplumsal talepler doğrultusunda yasamanın gerek doğrudan gerekse yargı dolayımıyla gerçekleşen müdahaleleriyle hayata geçirilmeye çalışılmıştır. Evlilikte eşlerin ve çocukların soyadlarına ilişkin düzenlemeye geçmeden önce, tarihsel gelişme göz atmak yararlı olacaktır.

1896 tarihli yasaya göre, kadın kocasının soyadını taşır (§1355); çocuk da babanın soyadını taşır (§1616)⁵⁹.

1957 tarihli "Eşit Haklara Sahip Olma Yasası"yla getirilen değişikliğe göre, aile adı yine kocanın soyadı olmakla birlikte kadına, kocasının soyadına kendi soyadını da ekleyerek kullanma hakkı tanınmıştır.

⁵⁹ Evlilik birliğinin doğası ve erkeğin konumu gereği, erkeğin soyadının bu birliği temsil etmesi gerektiği görüşüne dayanan bu düzenleme daha 1907 yılında Marianne Weber tarafından eleştirilmiştir. Weber, "Hukukun Gelişmesinde Eş ve Anne" (Tübingen, 1907) isimli monografisinde bu maddeye karşı çıkmış, buna gerekçe olarak da, bu maddenin kadın ve çocukların çıkarlarına karşılık erkeklerin ayrıcalıklarını üstün tutmasını göstermiştir. Önerisi ise, çocukların soyadı konusunda eşlere bir seçim hakkının tanınması ve kadının ikili soyadı kullanabilmesinin sağlanmasıdır. Bkz. Giessen, *FuR* 1993/2, s. 69 dn.78.

1963 yılında Federal Anayasa Mahkemesi'nin (FAYM) evlilikte soyadıyla ilgili ilk kararında davanın konusu, 1957 tarihli yasanın 1355. maddesinin birinci cümlesinde yer alan ortak soyadı yükümlülüğünün kişilik haklarına aykırı olup olmadığıdır⁶⁰. Mahkeme, ortak soyadı kullanma yükümlülüğünün kişilik haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir. Ama davanın konusu olmamakla birlikte ortak soyadının kocanın soyadı olmasının, Federal Anayasa'nın 3. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan eşitlik ve eşit haklara sahip olma ilkelerine aykırı olduğuna ilişkin kuşkularını da dile getirmekle birlikte, bunu davanın kapsamı dışında değerlendirmiştir.

1976 tarihli 1. Evlilik ve Aile Hukuku Yasası'na⁶¹ göre, eşler ortak bir soyadı kullanır (mad.1355/I). Aile soyadı olarak karının ya da kocanın soyadı seçilebilir (1355/II 1.cümle). Eğer eşler bir karar vermezlerse, kocanın soyadı, ailenin soyadı olarak kabul edilir (1355/II 2.cümle). Kendi soyadı aile adı olmayan eş, doğum ya da evlilik öncesinde kullanmakta olduğu soyadını aile adına ekleyebilir (1355/III).

Çocuğun soyadı, aile adıdır (mad.1616).

Yasaya göre, 1.4.1953 ile 30.6.1976 arasında evlenmiş olanlar, kadının soyadının da aile adı olarak seçilebilmesi hükmünden yararlanamayacaklardı.

Yasa tasarısında, ortak soyadı zorunluluğuna karşılık eşlerin soyadlarından oluşan ikili bir soyadının da aile adı olarak kullanılabilmesi öngörülüyordu. Ancak bu öneri Federal Meclis'te kabul görmemiştir.

1978'te 1976 tarihli yasanın 1953-1976 arasındaki evlilikleri, yeni düzenlemenin kadının soyadının da aile adı olarak seçilebileceğini öngören maddesinin kapsamı dışında bırakmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla dava açılmıştır. Mahkeme, bu hükmü anayasaya aykırı bulmuş ve bu tarihler arasında yapılan evlilikler için de geçici bir düzenleme öngörmüştür⁶².

1988 tarihli FAYM kararının⁶³ konusu yine, 1355. maddenin 1. fıkrasındaki ortak aile adı yükümlülüğünün anayasada güvence altına alınmış kişilik haklarına ve insan onuruna aykırı olup olmadığıdır. Mahkeme bunun anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Ancak bunu tartışırken, dava konusu edilmeyen, kocanın soyadının ikincil nitelikteki seçiminin (1355/II 2. cümle) eşitlik ilkesine uygunluğuyla ilgili kuşkularını da dile getirmiştir.

1991 tarihli son kararıyla⁶⁴ Mahkeme, bugünkü yasal düzenlemeye büyük ölçüde kaynaklık etmiştir. Davanın konusu, 1355. maddenin 2. fıkrasının ikinci

60 BVerfGE 17, 168 vd.

61 1. Gesetz zur Reform des Ehe-und Familienrechts (1. EheRG) vom 14.6.1976 BGBl.I S. 1421.

62 BVerfGE 48, 327.

63 BVerfGE 78, 38 vd.

64 BVerfGE 84, 9 vd.

cümlesinde yer alan, kocanın soyadının ikincil olarak aile adı olarak seçilmesi hükmüdür. Mahkeme bu hükmü, anayasanın eşitlik ilkesine aykırı bulup iptal etmiştir. Yasakoyucu yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar da kendisi geçici bir düzenleme getirmiştir. Federal Anayasa Mahkemesi'nin düzenleyici işlem yapma yetkisi olmamakla birlikte bu tür geniş etkisi olan bir düzenleme yetkisini, kendisine Federal Anayasa ve kanunla verilen yetkilerin işlevinden çıkardığı belirtilmektedir⁶⁵. Yasakoyucu iptal kararında belirtilen ilkeler doğrultusunda yeni bir yasal düzenleme yapıncaya kadar Mahkeme'nin öngördüğü düzenleme şöyleydi:

* Eşler, kadının ya da erkeğin soyadını ortak soyadı seçebilecekleri gibi, evlenmeden önce kullandıkları soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler.

* Eşler ortak bir soyadı taşıyorsa, evlilik içi çocuk ya babanın, ya annenin ya da ikisinin soyadlarından oluşturulmuş ikili bir soyadını kazanabilir.

* Eğer çocuğun ebeveynleri bir karara varamazlarsa, çocuk eşlerin soyadlarından oluşturulmuş ikili soyadını alır; soyadlarının sırası kurayla belirlenir.

Mahkeme'nin yasakoyucuya yol gösteren kararı, ismin kişilik hakkıyla sıkı sıkıya ilişkisini ve eşitlik ilkesinin toplumsal değer yargıları karşısında hayata geçirilmesinin zorunlu olduğuna ilişkin açıklamalarıyla ilerici bir içeriğe sahiptir. Mahkeme'ye göre, "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 kaybedecektir. Bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalınmalıdır. Esas olarak bu, kadınların ayrımcılığa uğradığı yerlerde geçerlilik kazanmaktadır, çünkü Anayasa'nın 3. maddesinin 2. fıkrası böylesi ayrımcılığı önleme amacına hizmet etmektedir. (...)

Doğumla kazanılan ad, kişinin bireyselliğinin ve kimliğinin ifadesidir; bu nedenle birey, hukuk düzeninin adına saygı göstermesini ve bunu korumasını talep edebilir. Bir isim değişikliği, çok önemli nedenler olmadıkça talep edilemez.(...)

Çocuğun soyadının evlilik akdi sırasında saptanması sözkonusu olamaz, çünkü böyle bir yükümlülük evlenme özgürlüğünü kısıtlayıcı niteliktedir. Ebeveynlerden birinin soyadının zorunlu olması da anayasal açıdan itiraz konusu edilebilir. Bütün bunlardan sonra ebeveynlerin seçim hakkının varlığı en adil çözüm yolu olarak görünmektedir. İkili soyadı seçme olanağının tanınması, eşlerin karar verememesi hallerini büyük ölçüde ortadan kaldıracığından uygun bir çözüm olacaktır⁶⁶.

65 Bkz. Michael Coester, Verfassungswidrigkeit des Ehenamensrechts, *Jura* 1991/11, s. 582 dn.32. Coester bu yetkiyi "implied power" olarak nitelemektedir.

66 BverfGE 84, 17 ve 22-23.

Yasakoyucu, Mahkeme'nin geçici düzenlemesinden sonra bir düzenleme yapmış ancak görüleceği gibi, Mahkeme'nin geçici düzenlemesinin gerisinde kalmıştır. Bugün de yürürlükte olan Alman Medeni Kanunu'na göre,

* Eşler ortak bir soyadı belirlemekle yükümlüdür; ancak bunu yapmak zorunda değildirler. Eğer ortak bir soyadı kararlaştırmazlarsa, evlilik anındaki soyadlarını kullanmayı sürdürebilirler (mad. 1355/I).

* Aile soyadı, ya kadının ya da erkeğin soyadıdır (mad. 1355/II); ikili soyadı, soyadlarının çok uzun olabileceği gerekçesiyle yasakoyucu tarafından kabul görmemiştir.

* Çocuğun soyadı ya annenin ya da babanın soyadıdır (mad. 1616). İkili soyadı kullanılamaz. Ebeveynler bir ay içinde bir karara varamazlarsa, velayet mahkemesi ebeveynlerden birine seçim hakkını ve bu hakkın kullanılması için belli bir süre verir. Eğer seçim hakkı bu süre içinde kullanılmazsa çocuk, seçim hakkı kendisine verilen ebeveynin soyadını alır.

Alman hukuku kırk yıla yayılan bir süreçte eşitlik ilkesinin optimum noktasını bulmaya çalışmıştır; ancak yasal düzenleme sonrası hukuk literatürüne bakıldığında bu serüvenin bittiği henüz söylenemez. Gerçekten de Alman hukukundaki mevcut düzenleme, farklı çevrelerce değişik biçimlerde yorumlanmaktadır. Bu konuda belli başlı iki taraf vardır: Birincisi, isim hukukundaki dinamikleşmenin, yani seçeneklerin çoğalmasının, ismin kimliği belirleme niteliğini ortadan kaldıracaklarını, bir aileye aidiyeti gösteremeyeceğini ileri sürmektedir⁶⁷. Karşı tarafta ise, özellikle çocuklara iki eşin soyadından oluşan ikili bir soyadı verilmesi olanağının ortadan kaldırılmasının, ebeveynlerin haklarına bir müdahale olduğunu ve eşlerin ortak soyadı taşımalarının anayasal bir zorunluluk olmadığını, ancak isterlerse, ikili bir ortak soyadı da seçebilmeleri gerektiğini ileri süren görüş yer almaktadır⁶⁸. Anayasa Mahkemesi'nin geçici düzenlemesinde yer alan ikili soyadı, iki kişiyle başlayan ve sonrasında çoğalan gönüllü bir birliktelik olarak evliliğin tüm üyelerine saygı ilkesinin gereklerini en iyi biçimde yerine getirmekteydi.

IV. Değerlendirme ve Öneriler

Karşılaştırmalı hukukta da görüldüğü gibi, evlilikte eşlerin soyadı konusunda tek ve ideal bir örnekten söz etmeye olanak yoktur. Her ülke, ait olduğu hukuk çevresi ve tarihi gelenekleri çerçevesinde kendi modelini geliştirmeye çalışmıştır, ancak hiçbir hukuki düzenleme itirazsız kabul

⁶⁷ Gernhuber/Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Auflage, München, C.H.Beck, 1994, s.148.

⁶⁸ Ute Sacksofsky, *Das eheliche Namensrecht-der unendlichen Geschichte dritter Akt*, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung*, 1995, s. 98 vd.

görmemektedir. Bu nedenle tek bir örnek üzerinde ısrar etmek yerine, özgürlükçülük ilkesi temelinde, yasayla birden çok alternatifi sunulması en doğru çözüm olarak görünmektedir. Gelenekler doğrultusunda mevcut düzenlemeyi tercih edecekler olacağı gibi, eşitlikçi taleplerini aile hukuku alanında gerçekleştirmek isteyenler de olacaktır. Kıta Avrupası geleneğine dahil olan Türkiye için bu alanın yasal düzenleme dışında geleneklere terkedilmesi düşünülemeyeceğine göre, yasal çerçevede en geniş seçenekler düzenlenmeye çalışılmalıdır. Özgürlükçü bir düzenlemenin temel unsurlarından birinin, kişilerin iradesine yasalar çerçevesinde en geniş yetkileri tanımak olduğu gözönünde tutulmalıdır.

Bu doğrultuda evlilikte soyadı için yasa hükmüne dahil edilebilecek seçenekler şöyle sıralanabilir:

* Eşler dilerlerse, ortak bir soyadı seçebilmelidir. Ancak ortak soyadı, zorunlu olmaktan çıkarılmalıdır.

* Her iki eşin de doğumla kazandıkları soyadları ortak soyadı olarak seçilebilmelidir. Bu olanak yalnızca kocanın soyadı ile sınırlandırılmamalıdır.

* Eşlerin ikisinin soyadından oluşan ikili bir soyadı da ortak soyadı olarak seçilebilmelidir.

* Çocuğun soyadı, varsa ortak soyadı, yoksa eşlerden birinin soyadı ya da eşlerin soyadından oluşan ikili bir soyadı olabilmelidir. Bu soyadının sırasının değiştirilmesi ya da tek soyadının seçilmesi, 18 yaşını doldurduktan sonra çocuğun iradesine tabi olmalıdır.

Soyadıyla ilgili reform önerilerine hemen hemen her ülkede yöneltilen ilk itiraz, kamu düzeninin bozulacağı ve bürokrasinin böyle çeşitli alternatifleri içeren bir düzenlemenin altından kalkamayacağı olmaktadır. Bu itiraza Türkiye açısından bakıldığında, bunun pek de gerçekçi olmadığı görülecektir. Çünkü çok 'pratik' ve basit olduğu düşünülen mevcut yasal düzenlemeyle bile nüfus işleri kırsal alanda, özellikle de Doğu bölgelerimizde etkin biçimde yürütülememektedir⁶⁹. Bunun toplumsal ve sosyolojik nedenleri bir tarafa bırakılırsa, devletin yapması gerekenin, temel hakları yok sayarak kendince en

69 Bunun yakın tarihli bir tanıklığı için bkz. Pervin Kaplan/Şebnem Aksoy, "Güneydoğu'nun Adaleti Kadınlara Emanet", *Radikal (Yazı Dizisi)*, 4-7 Aralık 1997. "Halkın çoğunluğunun, kadınların hiçbirinin, çocukların ise okula gidene kadar nüfus cüzdanına sahip olmaması, adaletin geçicmesine neden oluyor. Savcılar otopsiye gittikleri kişinin aslında kayıtlara göre hiç yaşamamış olduğunu görüyorlar. Doğmamış bir kişinin ölüm evrakları hazırlanamayacağı için önce kimlik çıkarmak istiyorlar. Ancak anne ve babasının resmi nikahlı olmadığını, annesinin de nüfus cüzdanı olmadığını öğreniyorlar. Bunun üzerine önce anneye nüfus cüzdanı çıkarılıyor, anne ve baba resmi nikahla evlendiriliyor; ölen kişinin kimliği çıkarılıyor, sonra da ölüm evrakı düzenleniyor. Bu durum, kısa süre içinde hazırlanacak "normal bir ölüm" evrakının bile aylarca hazırlanamamasına neden oluyor" (6.12.1997).

basit çözümünü yeğlemesi değil, nüfus işlerini düzenli ve yaygın hale getirecek altyapıyı hazırlamak olduğu ortadadır.

Medeni Kanun'un soyadı konusunda tek bir çözümü zorunlu kılmak yerine, birden çok olasılığı düzenlemesi ve bunu yasa çerçevesinde tarafların iradesine bırakması en uygun çözüm olarak görünmektedir.

Kaynakça

- Akıntürk, Turgut, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1975.
- Ataay, Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 3. baskı, İstanbul, Fakülteler
- Bornhofen, Heinrich, Die Verwaltungsvorschriften zum Familiennamensrechtsgesetz, *Das Standesamt* 1994/5, S. 141-151.
- Bourdieu, Pierre, "Kamuoyu Yoktur", *Toplumbilim Sorunları*, (çev. Işık Ergüden), İstanbul, Kesit Yayıncılık, 1997, S. 203-215.
- Cansel, Erol, "Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)", *Medeni Kanun'un 50. Yılı*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1977, S. 23-42.
- Coester, Michael, Das neue Familiennamensrechtsgesetz, *Familie und Recht (FuR)* 1994/1, S. 1-8.
- Coester, Michael, Verfassungswidrigkeit des Ehenamensrechts, *Jura* 1991/11, S. 580-585.
- Çakır, Serpil, *Osmanlı Kadın Hareketi*, İstanbul, Metis Yayınları, 1994.
- Diederichsen, Uwe, Die Neuordnung des Familienrechts, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1994/17, S. 1089-1097.
- Dural, Mustafa, *Türk Medeni Hukukunda Gerçek Kişiler*, 3. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1987.
- Gernhuber/Coester-Waltjen, *Lehrbuch des Familienrechts*, 4. Auflage, München, C.H.Beck, 1994.
- Giesen, Dieter, Der Familienname aus rechtshistorischer, rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht, *Familie und Recht (FuR)* 1993/2, S. 65-81.
- Gören, Zafer, *Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olmaları*, İzmir, 1991.
- Henrich, Dieter, *Familienrecht*, 5. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter Verlag, 1995.
- Hepting, Reinhard, Der Name der ehelichen Familie in der Reform, *Standesamt* 1992/7, S. 201-211.
- İmre, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, 3. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1980.
- İmre, Zahit, Şahsiyet Hakkının Korunmasına İlişkin Genel Esaslar, İsim Hakkı ve İsim Hakkının Korunması, *Recai Seçkin'e Armağan*, Ankara, 1974, S. 797-845.
- Kaneti, Selim, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *Anayasa Yargısı* (6), Ankara, 1989, S. 19-35.
- Kapani, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 6. bası, Ankara, AÜHF Yayınları, 1981.
- Kaplan, Pervin/Şebnem Aksoy, *Güneydoğu'nun Adaleti Kadınlara Emanet, Radikal Gazetesi Yazı Dizisi*, 4-7 Aralık 1997.
- Karadeniz-Çelebican, Özcan, *Roma Hukuku*, 4. baskı, Ankara, Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1989.
- Köprülü, Bülent, *Medeni Hukuk*, 2. baskı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984.
- Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, 2. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1989.

- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer, *Kişiler Hukuku Dersleri*, 4.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.
- Öden, Merih, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, (yayınlanmamış doktora tezi), Ankara, 1989.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1995.
- Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, 5. baskı, İstanbul, Güryay Matbaacılık, 1986.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 2. baskı, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1983.
- Öztan, Bilge, "Evlilik Birliğinin Sona Ermesi Halinde Kadının Soyadı Sorunu", *Oğuzoğlu'na Armağan*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972, S. 421-439.
- Öztan, Bilge, *Şahsın Hukuku*, 3. baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 1990.
- Sacksofsky, Ute, Das eheliche Namensrecht-der unendlichen Geschichte dritter Akt, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung (KritV)* 1995, S. 94-111.
- Saymen, Ferit H./Elbir, Halid E., *Türk Medeni Hukuku III. Cilt (Aile Hukuku)*, 2. baskı, İstanbul, Hak Kitabevi, 1960.
- Schwab, Dieter, Der Name ist Schall und Rauch, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1992/9, S. 1015-1018.
- Schwenzer, Ingeborg, Namensrecht im Überblick, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1991/4, S. 390-397.
- Staudinger, J. von, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd.4)*, 12. Auflage, Berlin, Walter de Gruyter, 1993.
- Sturm, Fritz, Der Kindesname national und international, Prütting/Rüssmann (Hg), *Verfahrensrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts (Festschrift für Gerhard Lücke)*, München, C.H.Beck, 1997.
- Tekinay, S. Sulhi, *Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Tekinay, S. Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, 7.baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1990.
- Tufan, Hülya, "Kamuoyu Araştırmalarının Dayanılmaz Hafifliği", 2. baskı, *Laiklik (Cogito Dizisi)*, Sayı:1 Yaz 1994, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, S. 183-194.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku C.1 Cüz 2 (Şahsın Hukuku)*, 3. baskı, İstanbul, Nurgök Matbaası, 1963.
- Wagenitz, Thomas, Grundlinien des neuen Familiennamensrechts, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1994/7, S. 409-416.
- Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, 3. baskı, Ankara, Savaş Yayınları, 1992.