

**Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin Birinci Dairesi'nin
5.3.1991 tarihli kararı -1 Bvl 83/86 ve 24/88-**

Çeviri: Arş. Gör. Yeşim ATAMER

Özet:

Eşlerin, taraflardan hangisinin doğum ile kazandığı adının evlilik adı olacağı hususunda anlaşamamaları halinde yasa gereği erkeğin adının evlilik adı olacağı şeklindeki düzenleme (Par. 1355 II S. 2 BGB) eşitlik ilkesi (Art. 3 II GG) ile bağdaştırılamaz.

A.

Başvurular, eşlerin evlenme sırasında taraflardan birinin doğum ile kazandığı adının evlilik adı olması konusunda anlaşamamaları halinde kocanın adının evlilik adı olacağı şeklindeki düzenlemenin Art. 3 II GG ile bağdaşıp bağdaşmayacağı sorununa ilişkindir.

I

1. 18.8.1986 tarihli BGB (RGBl S. 195) Par. 1355 uyarınca kadın evlenme ile kocasının adını almaktaydı. Bu düzenleme 18.6.1957 tarihli yasa (BGBl. I. 609) ile kadına, kızlık soyadını evlilik adının arkasına eklemeye hakkı verilecek şekilde değiştirilmiştir. 31. 5. 1978 tarihli bir karar ile BVerfG (BVerfGE 48, 327=FamRZ 1978, 667) bu düzenlemenin Art. 3 II GG ile bağdaştırılamayacağı sonucuna varmıştır.

2. Ancak 14.6.1976 tarihli Evlilik ve Aile Hukuku Reformu'na ilişkin Birinci Yasa (1. EheRG) (BGBl I 1421) ile BGB Par. 1355 bu arada değişikliğe uğramıştır:

Federal Hükümetin taslağı (BT-Drucks. 7/650) nişanlıların, kullanacakları ortak aile adını (evlilik adı) evlenme anında belirlemek zorunda olduklarını ön-

görüyordu. Evlendirme memuru ancak böyle bir açıklama yapıldıktan sonra evlenmeyi gerçekleştirebilecekti. Nişanlılar erkeğin veya kadının doğum ile kazandığı soyad veya bu ikisinin birlikte kullanılacağı bir soyad üzerinde anlaşmakta serbesttiler. Federal Meclis evlenmeyi, nişanlıların evlilik adı konusunda önceden yapacakları bir bildirimle ilgili tutma konusunda bu tasarıya katılmış, ancak çift isimli bir soyadı kullanma olanağını reddetmiştir. Ayrıca hükümet tasarısından ayrılarak, soyadı, evlilik adında yer almayan eşe kendi adını bu adın önüne ekleme hakkı tanınmıştır (BT-Drucks. 7/3119, S. 4, 11).

Senato ise, nişanlıları evlilik adı konusunda bir bildirimde bulunmaya zorlamanın tarafların karar verme özgürlüğünü sınırlayacağı gerekçesiyle bu konuda tereddütlerini dile getirmiştir. Senatoya göre her ne kadar erkeğin adının yegane evlilik adı olarak tespiti eşitlik ilkesine aykırı olabilirse de, hem erkeğin hem de kadının adının seçilebilmesi olanağının kabulü yeterlidir. Bir bildirim zorunluluğunun engellenebilmesi için getirilmesi gereken yedek hukuk kuralında ise erkeğin adını esas almak Senato'ya uygun gözükmiştir.

Sonunda bir aracı komisyonun, Senato'nun evlilik adına ilişkin düzenlemesini büyük oranda benimseyen, ancak Federal Parlamento'nun "atlanan" eşe adını evlilik adının önüne ekleme hakkını veren kararını da dikkate alan teklifi Federal Meclis ve Senato tarafından kabul edilmiştir.

Bundan sonra Par. 1355 BGB aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

(1) Eşler ortak bir aile adı (evlilik adı) taşır.

(2) Eşler evlenme anında evlendirme memuruna yapacakları bir beyan ile erkeğin doğum ile kazandığı adı veya kadının doğum ile kazandığı adı evlilik adı olarak tespit edebilirler. Böyle bir tespit yapılmazsa erkeğin adı evlilik adı olur. Doğum ile kazanılan soyad, evlenme anında nişanlıların doğum belgesine kaydolunacak olan addır.

(3) Doğum ile kazandığı soyad evlilik adı olmayan eş evlendirme memuru-na yönelteceği bir beyan ile evlilik adının önüne doğum ile kazandığı adı veya evlenme anında taşıdığı adı ekleyebilir; bu beyan resmi onaya tabidir.

(4) Dul kalan veya boşanan eş evlilik adını muhafaza eder. Ancak evlendirme memuruna yönelteceği bir beyan ile doğum ile kazandığı adı veya evlenme anında taşıdığı adı yeniden alabilir; bu beyan resmi onaya tabidir.

Evlilik adı ile bu evlilikten doğan çocukların adı da tespit edilmiş olur. Sahih nesepli çocuklar Par. 1616 BGB uyarınca anne ve babasının evlilik adını taşır.

II.

İlk derece mahkemelerinde davalar Par. 1355 II S. 1 BGB uyarınca bir be-

yanda bulunmamış olan ve bu nedenle Par. 1355 II S. 2 BGB uyarınca doğrudan erkeğin adını evlilik adı olarak almak zorunda bırakılan eşlerin düzeltme istemlerine ilişkindir.

1. Dava 1 BvL. 83/86:

B) İlk derece mahkemesinin istem sahipleri, evlenme anında evlendirme memuruna doğum ile kazandıkları soyadları evlilik içinde de muhafaza etmek istediklerini beyan eden iki Alman vatandaşıdır. Ancak evlendirme memuru Par. 1355 II. S. 2 BGB doğrultusunda erkeğin soyadını evlilik adı olarak evlenme kütüğüne kaydetmiştir. Bunun üzerine eşler evlenme kütüğünün her biri kendi adını kullanmaya devam edecek şekilde düzeltilmesini istemiştir.

b) Sulh Hukuk Mahkemesi ise Anayasa Mahkemesi'ne Par. 1355 II S. 2 BGB'nin, eşlerin evlenme anında taraflardan birinin adını evlilik adı olarak belirlememeleri halinde erkeğin adının doğrudan evlilik adı olması ve bu yüzden kadının kendi adını kaybetmesi açısından anayasaya aykırı olup olmadığı sorusunu yöneltmiştir.

(.....)

Mahkemeye göre yedek hukuk kuralında erkeğin adının esas alınması kadının haklarını haleldar etmektedir, zira onun adı yalnızca erkeği ikna edebilmesi halinde evlilik adı olacaktır, buna karşılık erkek uyuşmazlık halinde kendi adının zaten evlilik adı olacağı bilinci ile anlaşmaya yanaşmayacaktır. Bu ayrımcılığı temellendirebilecek biyolojik veya işlevsel farklılıklar mahkemeye göre mevcut değildir.

2. Dava 1 BvL. 24/88:

a) Bu ilk derece mahkemesinin de istem sahipleri Alman vatandaşıdır. Evlenme anında ikisi de Par. 1355 II S. 1 BGB'ye uygun bir açıklama yapamayacaklarını, ancak erkeğin doğum ile kazandığı adının evlilik adı olmasını da kabul edemeyeceklerini bildirmişlerdir. Evlendirme memuru ise Par. 1355 II. S. 2 BGB uyarınca erkeğin adının evlilik adı olduğu varsayımından hareketle bunu evlenme kütüğüne kaydetmiştir.

Eşler Sulh Hukuk Mahkemesi'ne ayrı ayrı istemler yöneltmişler; erkek evlenme defterine düşülecek bir kayıt ile kendi adını ortak evlilik adı olarak kullanmadıklarının belirtilmesini istemiş, kadın ise bu istem kabul edilmezse en azından kendisinin doğum ile kazandığı adını kullanmaya devam ettiğinin deftere kaydedilmesini istemiştir.

b) (.....) Mahkemeye göre normun (Par. 1355 II S.2 BGB) Anayasa'ya aykırılığı, eşitlik ilkesinin oluşum tarihi dikkate alınacak olursa, özellikle göze çarpar. Yasakoyucu artık aşılmış olan kadın cinsine karşı ayrımcılığı düzenlemelerinin ölçütü haline getirirse Art. 3 II GG ile kendisine yüklenen cinsiyetler arası

eşitliği sağlama görevini ihmal etmiş olur. Yasakoyucu farklı bir düzenleme getirme olanağına sahiptir de. BVerfG'in 8.3.1988 tarihli kararında (BVerfGE 78, 38=FamRZ 1988, 587) da belirttiği gibi ortak bir aile adı tespit etme yükümlülüğünü getirmek zorunda değildi. Eğer ortak bir aile adı taşınmasına ilişkin yükümü ve Art. 3 II GG'yi bağdaştıran bir çözüm bulunamazsa, nişanlılara evlilik içinde de kendi soyadlarını kullanma olanağını verecek şekilde Par. 1355 BGB'u yemiden düzenlemek anayasal bir buyruk teşkil edecektir.

(.....)

C.

Par. 1355 II S. 2 BGB, GG Art. 3 II ile bağdaştırılmaz.

I.

Art. 3 II GG cinsiyet farklılığının hukuki alanda farklı düzenlemelere tabi olmanın temelinde yatan birincil neden olmasını yasaklamaktadır. Ancak bu, çeşitli nesnel biyolojik ve işlevsel (işbölümüne ilişkin) farklılıklar doğrultusunda kadınlar ve erkekler arasındaki bazı yaşam ilişkilerinin farklı düzenlemelere konu olmasını engellememektedir (karş. BVerfGE. 63, 181, 191=FamRZ 1983, 562). Buna karşı bir yaşam ilişkisinin geleneksel kavranış biçimi farklı muamele için yeterli bir neden oluşturamaz. Nitekim varolan toplumsal gerçeklik olduğu gibi kabullenilmek zorunda kalınsa, sözkonusu anayasal buyruk gelecek için cinsler arasında eşitliği sağlama konusundaki işlevini yitirdi (karş. BVerfGE 57, 335, 344, 345 vd.=FamRZ 1981, 1041). Eşitlik ilkesi katı bir şekilde uygulanmak zorundadır. Bu özellikle kadınların mağdur edildiği alanlarda geçerlidir, zira Art. 3 II GG herşeyden önce bu tür mağduriyetlerin ortadan kaldırılmasına hizmet etmelidir (karş. BVerfGE 74, 163, 179=FamRZ 1987, 348).

II.

Par. 1355 II S. 2 BGB uyarınca, eşlerden birinin doğum ile kazandığı adının evlilik adı olarak kararlaştırılmamış olması halinde erkeğin adı evlilik adı olmaktadır. Bu hüküm evlilik adının tespiti konusunda kadın ve erkeği farklı muameleye tabi tutmaktadır. Ancak bu ayrımcılık cinsiyetler arası nesnel farklılıklara dayandırılmamaktadır. Başka nedenlerden ötürü de anayasal meşruluğu savunulamaz.

1. Alman bir evlendirme memuru önünde evlenen eşlerin hukuki düzenlemeden haberdar oldukları ve bu yüzden yasanın öngördüğü sonucu zımnen kabullendikleri gerekçesiyle sözkonusu yasal düzenlemenin Art. 3 II GG ölçütüne vurulamayacağı savlanamaz. Özellikle başvuruların konusunu oluşturan olaylarda da olduğu gibi nişanlıların açıkça aksi yöndeki iradelerini bildirmelerine rağmen yasa gereği erkeğin adının evlilik adı olması bu savı geçersiz kılar. Ortak bir evlilik adında anlaşamayan, ancak kadının bu konudaki haklarının ihlali-

ni de engellemek isteyen nişanlılar bu durumda evlenemeyeceklerdir. Oysa yasakoyucu emredici olmayan düzenlemelerde de temel hakları gözönünde bulundurmak zorundadır.

2. Cinsiyete dayalı ayırım yapan yedek hukuk kuralı Art. 3 II GG karşısında önem taşıyabilecek başka gerekçelere dayandırılmamaktadır.

a) Biyolojik veya işlevsel ayrılıklar bu farklı muameleyi gerekçelendiremez (karş. BVerfGE 48, 327, 337=FamRZ 1978, 667). Bunun yanı sıra işlevsel (işbölümüne ilişkin) farklılıkların kadının haklarının haleldar edilmesine ne derecede gerekçe oluşturabileceği sorusu ayrıca sorulmalıdır. İsme ilişkin bu ayırmacı muamelenin bu tür farklılıklarla temellendirilemeyeceği açıktır. Kadınların daha sınırlı oranda iş sahibi olmaları cinsiyetler arasındaki nesnel işlevsel farklılıklara değil, olsa olsa yerleşmiş geleneksel işbölümüne dayandırılabilir. Oysa Art. 3 II GG tam bu iş bölümünü pekiştirmek istememektedir. (karş. BVerfGE 57, 335, 344=FamRZ 1981, 1041). Kadınların daha yüksek mesleki statülerde bulunmamaları kısmen bu haksız ayrımcılığın sonucudur.

b) Eşitlik ilkesi dava konusu bağlamda başka anayasal güvencelerle de sınırlandırılmamıştır (karş. BVerfGE 48, 327, 338 vd.=FamRZ 1978, 667). Yasakoyucunun ortak aile adına bağlı kalma kararı anayasal açıdan eleştiri konusu olamaz. Ancak bu karar cinsiyete dayalı ayrımcılığın nedenini oluşturamaz, zira Art. 6 I GG yasakoyucuyu ailenin isimbirliğini korumak konusunda yükümlendirmemektedir (karş. BVerfGE 78, 38, 49=FamRZ 1988, 587). Ayrıca böyle durumlarda yasakoyucunun çocuğun adına ilişkin düzenlemede zorlanacağı düşüncesi, evlilik adı açısından kadın ve erkek arasındaki eşitlik ilkesinden sapmayı gerekçelendiremez. Hem yabancı hukuk düzenleri, hem de son yıllarda evlilik ve aile adına ilişkin yeni düzenlemeler konusunda yürütülen hukuk politikasına ilişkin tartışmalar, eşitlik ilkesini ihlal etmeden de çocuğun adına ilişkin pratik çözümlerin bulunabileceğini göstermektedir.

Yasakoyucunun ortak bir aile adının taşınması konusundaki kararı Par. 1355 II S. 2 BGB'da yer alan kadın ve erkek arasındaki ayrımcılığın gerekçesini oluşturamaz, zira isimbirliği eşitlik ilkesini ihlal etmeden de gerçekleştirilebilir. Yasanın hazırlanması aşamasında Art. 3 II GG'e daha uygun düşen bir çözümün bulunması konusundaki çabaların devam ettirilmemesinin nedeni özellikle Par. 1355 II S. 1 BGB ile getirilen soyad konusundaki seçim hakkının yeterli olacağı düşüncesidir (karş. yukarıda A I 2).

3. Eşlerin Par. 1355 II S. 1 BGB uyarınca kadının veya erkeğin adını evlilik adı olarak belirleyebilmeleri sözkonusu ayrımcılığın önemini azaltmamaktadır. Özellikle nişanlıların anlaşamamaları hali açısından hukuki eşitlik sorunu önem kazanmaktadır. İşte tam bu durumlar için yasa kadını mağdur eden bir düzenleme benimsemiştir. Diğer yandan bu yedek hukuk kuralı eşlerin seçim hakkı

üzerinde de doğrudan etkili olmaktadır. Evlilik adı seçilmesi aşamasında fırsat eşitliği kadın aleyhine sınırlanmaktadır. Erkeğin uzlaşma isteği, bir ihtilaf halinde, kadının evlilikten vazgeçmemesi koşuluyla, kendi adının yasa gereği ortak aile adı olacağı bilinciyle körelecektir. Velayet hakkının kullanılmasında anlaşma sağlanamaması halinde babanın oyunun üstün tutulacağını öngören Par. 1628 I BGB'un eski düzenlemesinde de olduğu gibi eşlerin aile adını birlikte kararlaştırabilecekleri gerçeği yedek hukuk kuralında kadının mağdur edilmesi hususunu dengeleyemez (karş. BVerfGE 10, 59, 78 vd=FamRZ 1959, 416).

D

Par. 1355 II s. 2 BGB bu nedenlerden ötürü Art. 3 II GG ile bağdaştırılmaz. Yasakoyucu eşitlik ilkesini gözeten ve "eski olaylar" için de bir geçiş düzenlemesi içeren yeni bir düzenleme getirmek yükümlülüğü altındadır. Ancak hukuk güvenliği açısından, yeni bir yasal düzenleme yürürlüğe girene kadar uygulanacak bir geçiş düzenlemesini bu kararla tespit etmek zorunluluğu mevcuttur.

(.....)

Karar:

I. Par. 1355 II S. 2 BGB'un 14.6.1976 tarihli Evlilik ve Aile Hukuku Reformuna ilişkin Birinci Yasa (1. EheRG) (BGBl I 1421) ile değişik hali Art. 3 II GG ile bağdaştırılmaz.

II. Yeni bir yasal düzenleme getirilene kadar Par. 1355 ve 1616 BGB aşağıdaki şekilde uygulanacaktır:

1. Bu kararın BGBl'da yayınlandığı tarihten itibaren, evlenme anında Par. 1355 II S. 1 BGB doğrultusunda bir beyanda bulunmayan eşler geçici olarak evlenme anında taşıdıkları soyadları taşımaya devam ederler.

2. Eşler ortak bir aile adı taşımıyorlarsa geçici olarak nesebi sahil çocukun adı aşağıdaki şekilde düzenlenir:

Yasal temsilciler, çocuğun doğumunun doğum kütüğüne kaydından önce kendisinin adını babanın adı, annenin adı veya bunlardan oluşturulan çift isimli bir soyad olarak belirleyebilirler. Böyle bir beyanda bulunmazlarsa çocuk eşlerin soyadlarından oluşan çift isimli bir soyad alır; hangi adın önce geleceği kur'a ile belirlenir.

(FamRZ=Familienrechtzeitschrift 1991, Heft 5, 535)