

YABANCI IRK VE MİLLET İSİMLERİNİN SOYADI OLARAK KULLANILMASI YASAĞI VE BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARININ İNCELENMESİ*

THE BAN OF THE USE OF NAME FROM FOREIGN RACE AND NATION AS A SURNAME AND THE EXAMINATION OF A DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Faruk TURİNAY**

Özet: Soyadı, kişileri birbirinden ayıran en önemli işaretlerden biridir. 2525 sayılı Soyadı Kanunu'na göre bireylerin soyadı kullanmaları zorunludur. Ancak bireyler yabancı ırk ve millet isimlerini soyadı olarak kullanamazlar(Soyadı Kanunu 3. madde) Söz konusu yasa, anayasadaki eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Ancak, Anayasa Mahkemesi söz konusu maddenin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı gerekçesi ile başvuruyu reddetmiştir.

Anahtar Kelimeler: Soyadı, yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağı, anayasaya aykırılık iddiası, eşitlik ilkesi.

Abstract: Surname is one of the most significant signs which distinguishes people from the others. According to Surname Act numbered 2525, individuals have to use a surname. However, individuals can not use the names from foreign race and nation as a surname(Surname Act Art. 3.). Against this ban, a legal action is initiated in Constitutional Court on the ground of principle of equality. However, the court declined this action on the ground that this ban is not against the principle of equality.

Keywords: Surname, the ban of the use of name from foreign race and nation as a surname, action of unconstitutionally,principle of equality.

*"Her insan tek bir kelimenin dairesi içine hapsedilmiştir: kendi ismi."*****

Mallarmé

* Makalenin kaleme alınmasındaki katkılarından ötürü meslektaşım Ar. Gör. Sayın Şeyda Dursun' a teşekkür ederim.

** Galatasaray Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora, f.turinay@gmail.com

*** Grégoire Loiseau, Le nom objet d'un contrat, Paris, La librairie juridique de référence, 1997, s.369

GİRİŞ

Soyadı, kişiliği belirlemede en önemli unsurdur. Buna istinaden, bireylerin soyadları, onların toplum içinde olan ilişkileri bakımından hayati derecede önem teşkil eder. Özellikle de haklı nedene dayanarak soyadın değiştirilmesi usulünde bireyler kendilerini en iyi ifade edecek sözcüğü soyadı olarak seçmek isterler. Ancak, yeni seçilen soyadı 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. Maddesinde belirtilen koşulları sağlamalıdır. Bu çalışma özelinde ise, yeni seçilen soyadı ya da genel olarak soyadı yabancı ırk ya da millet isimlerinden bir sözcük olamazdır.

Yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağı yakın zamanda bir Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında yerel mahkeme 2525 sayılı Kanunda yer alan yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağının iptali için başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi 9'a 8 karşı oyla yerel mahkemenin iptal başvurusunu reddetmiştir.

Bu çalışmanın ana konusunu yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararı oluşturmaktadır. Kararın daha iyi analiz edilmesi adına, çalışmanın ilk bölümünde soyadı kavramına genel hatları ile değinilmiştir. İkinci bölümde ise söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı tüm boyutları ile ele alınmıştır.

I. SOYADI KAVRAMI

Kişinin doğumla birlikte isminin bir parçası olarak bulduğu soyadı, hukuken nitelendirilmeye ve işlevleri bakımından aydınlatılmaya muhtaçtır.

A. TANIMI

İsim, bir kişinin kimliğini belirleyen ve bu bağlamda onu bireyselleştiren, toplumla olan ilişkilerinde onu diğer kişilerden ayıran en önemli unsurdur¹. 2525 Sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. Maddesine göre "Her Türk öz adından başka soyadını da taşımağa mecburdur".

¹ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 9. Bası, Filiz Kitabevi, 2009, s. 94.

Söz konusu hükümden de anlaşılacağı üzere bir Türk vatandaşı yasal olarak ad ve soyadı taşımağa mecburdur. Ancak bu çalışmada yalnızca “soyadı” kavramı üzerinde durulacaktır.

Soyadı, kişinin bir aileye bağlılığını gösteren ve bu sayede bir ailenin fertlerini diğer ailelerden ayıran, nesilden nesile geçen addır². 2525 Sayılı Soyadı Kanunu yürürlüğe girene kadar ülkemizde soyadı kullanma zorunluluğu bulunmamaktaydı. Ama genelde herkes bir aile adı kullanmaktaydı³. Söz konusu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte 21 Haziran 1934 tarihinden itibaren her Türk bir soyadı taşımakla mecbur kılınmıştır.

B. HUKUKİ NİTELİĞİ

Soyadı, mutlak bir haktır aynı zamanda yukarıda da zikredildiği gibi kanuni bir yükümlülüktür⁴. Buna ilaveten, doktrinde çoğunlukla savunulan görüşe göre, soyadı bir kişilik hakkıdır⁵. Çünkü, insanları birbirinden ayıran en önemli unsur, ad ve soyadıdır. Modern toplumun artan oranda kitleleşmesiyle de soyadının bir kişilik hakkı olması niteliği iyice gün yüzüne çıkmaktadır⁶.

Soyadı mutlak bir kişilik hakkı olması suretiyle, kişiye sıkı surette bağlıdır; vazgeçilemez, devredilemez feragat edilemez⁷.

C. SOYADININ İŞLEVLERİ

Soyadının gerek bireysel gerekse toplumsal anlamda birçok işlevi bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi yukarıda da zikredildiği gibi soyadının işlevlerinden bireyi ayırt etme işlevidir. Bu bağlamda ilk olarak soyadı, bireyleri birbirinden ayırt eder. İkinci olarak da soyadı bir kişinin, bir aileye bağlılığını işaret ettiği için bu anlamda aileleri

² Ibid, 95; Yıldız Abik, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2005, s. 31.; Mustafa Dural / Tufan Öğüz, Kişiler Hukuku, İstanbul, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, Filiz Kitabevi, 2010, s 157.

³ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, ibid, s 95.

⁴ Abik, ibid, s 37.

⁵ Dural / Öğüz, ibid, s. 156.; Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99. Sayı, Mart-Nisan 2012, s.246.

⁶ Abik, ibid, s 38.

⁷ İbid.

birbirinden ayırt eder. Söz konusu ikinci işlev soyadının soyun işareti olma işlevi olarak da adlandırılabilir⁸. Bunlarla bağlantılı olarak, soyadının düzen sağlama ve birlik yaratma gibi görevlerinin olduğu da söylenebilir⁹.

D. SOYADININ KAZANILMASI YOLLARI

Soyadı genel olarak doğumla kazanılır. Bundan başka soyadının kullanımının her Türk vatandaşı için zorunlu kılınması ile birlikte yani 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun yeni yürürlüğe girdiği yıllarda soyadı seçme yolu ile kazanılmıştır. Bunlara ilaveten, Türk Medeni Kanunu'nun 187. Maddesinde yer alan "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" hükmü gereği, evlenme, kadın için soyadının kazanılması yollarından biri olarak zikredilebilir.

Soyadının kazanılması yollarından bir diğeri ise mahkeme kararı ile kazanılmasıdır. Bu başlık altında soyadının mahkeme kararı ile kazanılması diğeri bir deyişle soyadının değiştirilmesi konusu ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Yukarıda da bahsedildiği gibi kişinin adı, bu çalışma özelinde ise kişinin soyadı onu toplumda ayırt edici en önemli unsurdur. Bundan ötürü, hukukumuzda ilke olarak ad ve soyad değiştirilemez. Ancak, Medeni Kanun'un 27. Maddesine göre adın ve soyadının değiştirilmesi haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir. Haklı sebebin ne olduğu kanunda tahdidi olarak sayılmamıştır. Diğeri bir deyişle, adın değiştirilmesinde hangi durumların haklı sebep teşkil ettiği her olayın kendi özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından değerlendirilecektir¹⁰. Genel olarak gülünç, çirkin, ahlaksız, incitici, ticari itibari ya da bireylerin mesleki konumlarını zedeleyen ad ve soyadlar haklı sebebe örnek olarak gösterilebilir¹¹.

Soyadı deyişimi ile ilgili diğeri bir önemli nokta ise yeni olarak kullanılmak istenilen soyadı da 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 3. Maddesine uygun olması gerekmektedir. Diğeri bir deyişle, rütbe ve me-

⁸ Ibid, 50.

⁹ Dural / Ögüz, ibid, s. 158-159.

¹⁰ Abik, ibid, s 41.

¹¹ İbid, 102.

muriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleri ile umumi edepelere uygun olmayan veya iğrenç ve gülünç olan sözcükler soyadı olarak kullanılamaz.

II. TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİR KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Soyadı olarak kullanılabilir kelime sınırlama getiren Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde sayılan yasaklardan biri olan yabancı ırk ve millet isimlerinin kullanılması Türk Anayasa Mahkemesi'nin yakın tarihli bir kararına¹² konu olmuştur¹³. Sadece bu karardan hareketle değil, fakat uygulamanın genelinde Türkçe kökenli olmayan isim ve soyadının nüfusa tesciline müspet bakılmadığı söylenebilir¹⁴.

A. DAVANIN İÇERİĞİ¹⁵

Favlus Ay isimli Süryani kökenli Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı, ad ve soyadını *Paulus Bartuma* olarak değiştirmek için davalı nüfus daire-

¹² *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 48, 2. Cilt, 2011, ss.891- 908; Esas sayısı: 2009/47, Karar sayısı: 2011/51, Karar günü: 17.03.2011, R.G. Tarih-Sayı: 12.07.2011-27992

¹³ "Yabancı ırk ve isimleri" tabiri, yüksek mahkemenin bir başka kararında, davalının savunması içinde kendine yer bulmuştur. Söz konusu karar Demokratik Kitle Partisi'nin kapatılmasına ilişkin bir parti kapatma davasını sonuca bağlamıştır. Davalı parti, Soyadı Kanunu'na paralel surette Soyadı Nizamnamesi'nin 7. maddesinde "yabancı ırk ve millet isimleri" teriminin belirtilmesini vatandaşlığa dayalı milliyetçilik anlayışının karşısında yer alan ırk esaslı milliyetçilik anlayışının bir yansıması olarak değerlendirmiştir. Esas sayısı: 1997/2, Karar sayısı: 1999/1, Karar günü: 26.02.1999, R.G. Tarih-Sayı: 22.11.2001-24591, *Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 37, 2. Cilt, 2002, ss.719-921, s.788

¹⁴ Nuray Ekşi, *Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi*, İstanbul, Beta Yayınları, 2008, s.V

¹⁵ Davanın içeriğiyle ilgili olarak incelenmekte olan karar vesilesiyle bir genelleme yapılarak Anayasa Mahkemesi kararlarının sistematigi ve muhtevasına bir eleştiri getirilebilir. Davanın tarafları, konusu ve niteliklerinin, en azından belirli kapsamda, kararın ilk bölümünde yer alması gerekirken; bu bilgilere çoğu zaman yeterince ulaşılamamakta ya da iyi bir ihtimalle hüküm kısmında veya karşı oy yazılarının bulunduğu bölümde bazı bilgilere ulaşmak mümkün olabilmektedir. Bu sorun kararların tüm yönleriyle kavranması bakımından büyük bir engel olarak görünmektedir. Nitekim bu kararda da davacının ismine, etnik kökenine, davanın konusuna Haşim Kılıç ile Engin Yıldırım'ın birlikte kaleme almış oldukları karşı oy yazısında rastlanmaktadır. Mahkeme kararlarının erişilebilir olmasının yanı sıra sistematik ve davanın unsurlarını içermesinin hukuk devleti ilkesi açısından önemini vurgulamakta fayda mülhaza ediyoruz.

sine karşı Midyat Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır¹⁶. Davacı Süryanice bir kelimeyi -Bartuma- soyadı olarak kullanmak istemektedir.

Davacı taraf, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 10. maddesinde eşitlik ilkesinin düzenlendiğini, eşitlik ilkesinin bu ilkeden yaralananlar açısından bir temel hak, yani eşit işlem görmeyi ya da ayırım gözetilmemesini isteme hakkı doğurduğunu, aynı zamanda bu ilkenin devlet organları ve idari makamlar açısından da anayasal bir buyruk ve devlet yönetiminin de temel bir ilkesi olduğunu, bu çerçeveden bakıldığından 10. maddede ifade edilen özellikler (dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep) bakımından ayırım yapan bir kanunun Anayasa'ya aykırı olacağını, ancak 2525 sayılı ve 21/06/1934 tarihli Soyadı Kanunu'nun 3. Maddesinde düzenlenen "yabancı ırk ve millet isimleriyle" ibaresinin Türkçe kökenli olmayan soyadlarının kullanımına engel olduğunu savunmaktadır¹⁷. Davacı, ayrıca, söz konusu düzenlemenin ırksal ve millîetel ayırım yaptığını, Anayasa'nın 10. Maddesinde açıkça ırklara dayalı ayırım yapılamayacağını düzenleme altına alınmasına rağmen Soyadı Kanunu'ndaki ve iptali istenen düzenleme ile Türkçeye ve Türkçe kökenli soyadları lehine ayırım yapıldığını bu durumun da açık bir şekilde Anayasa'nın 10. maddesine aykırı olduğunu, bu vesile ile Soyadı Kanunu'nun 3. maddesindeki "yabancı ırk ve millet isimleriyle" ibaresinin iptal edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Davalı nüfus idaresi, yapılan duruşmada, davacı tarafın anayasa-ya aykırılık itirazına dair takdiri mahkemeye bırakmıştır¹⁸.

Davada yer alan Cumhuriyet savcısı ise davacı vekilinin Soyadı Kanunu'nun 3. maddesinde "yabancı ırk ve millet isimleri" ibaresinin Anayasanın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesine aykırı olduğu yönündeki iddiasını hukuki anlamda tartışmaya değer ve ciddi bulduğundan, taleple ilgili olarak iptal incelemesi yapılmak üzere dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini kamu adına talep ve mütalaa etmiştir¹⁹.

¹⁶ AMKD, op.cit., s.899

¹⁷ Ibid., s.891

¹⁸ Ibid., s.892

¹⁹ Ibid.

İtiraz konusu kuralın anayasaya aykırı olduğu savını ciddi bulan Mahkeme, somut norm denetimi²⁰ yoluyla iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

B. İPTALİ İSTENEN DÜZENLEME, ANAYASANIN İLGİLİ MADDESİ VE SOYADI NİZAMNAMESİNİN ALAKALI HÜKÜMLERİ

Soyadı Kanunu'nun davaya konu olan 3. maddesi şu şekildedir:

"Rütbe ve memuriyet, aşiret ve yabancı ırk ve millet isimleriyle umumî edeplere uygun olmıyan veya iğrenç ve gülünç olan soyadları kullanılamaz."

Hüküm, belirli bir madde başlığı altında yer almamaktadır. Yukarıdaki düzenlemenin uygunluk denetimine tabi tutulduğu anayasanın eşitlik ilkesini tanzim eden 10. Maddesi şöyledir:

"Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.

Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz.

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz.

*Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar."*²¹

²⁰ Anayasaya uygunluk denetimi yollarından biri olan somut norm denetimi, İtalyan hukukunda 'eccezione di incostituzionalità' terimiyle karşılanmaktadır. Lorenzo Delli Priscoli / Paolo G. De Marchi, L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali, Bologna, Zanichelli Editore, 2008. Bu kavram ayrıca, anayasaya aykırılık itirazı (plea of unconstitutionality, contention of unconstitutionality) veya def'i yolu (voie d'exception) olarak da bilinmektedir. Kemal Gözler, Anayasa Hukununun Genel Teorisi, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011, Cilt II, s.750

²¹ Gerek kanunun gerekse anayasanın ilgili hükümlerindeki uyumsuzlukla doğrudan alakalı ibareler italik yazılmıştır.

Soyadı Kanunu'na dayanılarak onunla aynı yıl ihdas edilen Soyadı Nizamnamesi'nin 5. ve 7. maddeleri incelenmekte olan konuyla yakından alakalıdır:

Madde 5 - Yeni takılan soyadları Türk dilinden alınır.

Madde 7 - Yabancı ırk ve millet isimleri soyadı olarak kullanılmaz.

Nizamname'nin soyadına ilişkin yukarıda yer verilen olumlu ve olumsuz yasakların ayrıca konulması, soyadında "yabancı ırk ve millet isimleri"nin kullanılmaması ile soyadının Türkçe kelimeler arasından seçilmesinin birbiriyle örtüşmeyen, ayrı şartlar olduğu kanaati uyandırmaktadır.

C. YEREL MAHKEMENİN İTİRAZ GEREKÇELERİ ÜZERİNE

Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi hakkında verdiği, mutlak / hukuki eşitlik ayrımını yaptığı bir kararına²² atıfta bulunan yerel mahkeme, somut olayda hukuki eşitliğin zedelendiği kanaatine varmıştır²³. Yüksek mahkemenin de bu iki eşitlik anlayışı arasında tercihini hukuki eşitlikten yana kullandığı göz önünde bulundurulursa, en azından gerekçe düzeyinde, ilk derece mahkemesinin yüksek mahkemenin kararında kullanması muhtemel bir kıstasa gerekçeleri arasında yer verdiği söylenebilir. Buna göre, "davada da buna benzer bir durum söz konusudur." Kişi mevcut soyadını Türkçe kökenli bir kelimeyle değiştirmek amacı ile mahkemeye başvurduğunda hukuken herhangi bir sorunla karşılaşmamaktadır. Buna karşılık kamu düzenine aykırı anlam içermeyen, Türk dilinin ses yapısına uygun, ancak Türkçe kökenli olmayan bir sözcüğü soyadı olarak kullanmak için mahkemeye başvuran kişiler ise taleplerinin olumsuz sonuçlanması durumu ile karşı karşıya kalmaktadır. Böylece hukuki durumları aynı olan kişiler maalesef farklı muamelelere tabi tutulmuş olmaktadır²⁴.

²² Esas sayısı: 2005/28, Karar sayısı: 2008/122, Karar günü: 12.06.2008, R.G. Tarih-Sayı: 13.11.2008-27053.

²³ AMKD, op.cit., s.893

²⁴ Ibid.

Midyat Asliye Hukuk Mahkemesi, açık bir şekilde belirtmese de, Soyadı Kanunu'ndaki düzenlemenin "çağımızın ihtiyaçlarının dışında insan hakları ve demokratik toplum yapısı gereklerinin gerisinde" kaldığı kanaatinde görünmektedir. Bu durum, iptali istenen hükmü kanun koyucu tarafından değiştirilmiş bir başka hükümle benzeştirmesinden anlaşılmaktadır. Mahkemenin bahsettiği düzenleme Nüfus Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasındaki "Çocuğun adını ana ve babası kor. Ancak *milli kültürümüze, ahlak kurallarına örf ve adetlerimize uygun düşmeyen* veya kamu oyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlenme dışında doğmuş ise anasının soyadını alır." hükmüdür. Mahkemeye göre, kanun koyucu italikle vurgusu yapılan kısımları yukarıda belirtilen ölçütlere (çağın ihtiyaçlarına uygunluk vd.) uygun düşmediği için 15/07/2003 tarihli ve 4928 sayılı Yasanın 5. maddesi ile Nüfus Kanunu'nun 16. maddesini, "Çocuğun adını ana ve babası kor. Ancak ahlak kurallarına uygun düşmeyen veya kamuoyunu inciten adlar konulmaz, doğan çocuk babasının, evlilik dışında doğmuş ise anasının soyadını alır." şeklinde değiştirmiştir. Böylece milli kültür ile örf ve âdetin sınırları dışında kalan, Türkçe kökenli olmayan isimlerin kullanılmasının yolunu açmıştır. Benzeri bir değişiklik Soyadı Kanunu bakımından da elzemdir. Bu değişiklik kanun koyucu tarafından yahut yüksek mahkemenin vereceği bir iptal kararıyla gerçekleştirilebilir²⁵.

Türkiye'nin tarihinde çeşitli ırk ve dillerden insanların bir arada yaşamış olmaları, mahkemenin kendisinden yola çıktığı olgulardan biridir. Diğer yandan temel hak ve özgürlükler, "demokratik ve çağdaş toplumların vazgeçilmez unsurlarında biri" niteliğiyle bir başka hareket noktasıdır. Mahkeme bu hak ve özgürlüklerin başında gördüğü insanın maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını soyadı seçme hakkıyla ilişkilendirmektedir. Buna göre, "Toplumların kendi örf ve adetlerini yaşamları ve kültürlerini geliştirmelerine imkân sağlamak, Devlet'in asli görevleri arasında yer almaktadır. Bu kapsamda da günümüzde insanların diledikleri soy isimleri, kamu düzenine, genel ahlaka ve Türk gramatikal yapısına uygun olmak kaydıyla kullana-

²⁵ Ibid., s.894

bilmelerine imkân tanınmalıdır.”²⁶ Türkiye’nin taraf olduğu konuyla alakalı uluslararası sözleşmeler de yerel mahkemenin dayandığı gerekçelerden biridir.

Son olarak, mahkeme, iptali istene hüküm ile anayasal düzenin mahiyeti arasında bir bağ kurarak iddiasını güçlendirme çabasındadır.²⁷ Şöyle ki, 21/06/1934 tarihli Soyadı Kanunu’nun yürürlüğe giydiği tarihte 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu uygulanmaktadır. Bu anayasanın eşitlik ilkesine dair tek hükmü 69. maddesinde bulunmakta olup şu şekildedir:

“Türkler kanûn nâzârında müsâvî ve bilâistisnâ kanûna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyâzları mülgâ ve memnûdur.”²⁸

Mahkemeye göre bu düzenlemedeki eşitlik ilkesi, “günümüze göre son derece dar düzenlenmiş ve eşitliğin sadece Türkler arasında söz konusu olabileceğini öngörmüştür.”²⁹ Düzenlemenin kapsam olarak günümüzdeki muadillerine göre daha kısa olduğuna kuşku yoktur. Buna mukabil, mahkemenin eşitliğin sadece Türkler arasında var olabileceğine ilişkin görüşüne katılmak mümkün değildir. Zira aynı anayasanın 88. Maddesi yaptığı vatandaş tanımıyla “Türkler” in hukuk kimler olduğunu belirlemiştir:

“Türkiye ahâlisine din ve ırk farkı olmaksızın vatandaşlık itibâriyle (Türk) ıtlak olunur”³⁰.

Türkiye’de veya hariçte bir Türk babanın sulbünden doğan veya hut Türkiye’de mütemekkin bir ecnebî babanın sulbünden Türkiye’de doğup da memleket dahilinde ikâmet ve sinn-i rüşde vusûlünde resmen Türklüğü ihtiyar eden veyahut Vatandaşlık Kanûnu mûcibince Türklüğe kabûl olunan herkes Türktür.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., s.894-895

²⁸ Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011, s.25

²⁹ AMKD, op.cit., s.895

³⁰ Kabul edilir, sayılır. “İtlak” genelleme yapılırken kullanılan bir kelimedir. Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, “ıtlak” başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, erişim tarihi: 24.07.2012

Türklük sıfatı kanûnen muayyen olan ahvâlde izâa edilir³¹”³²

Görüldüğü üzere, -en azından- hukuki anlamda Türkler’in vatandaşlığı ifade ettiği, Türkiye’de yaşayan farklı dil ve ırk mensuplarını kapsadığı söylenebilecektir.

Yeniden mahkemenin kurduğu bağlantıya dönülürse, Soyadı Kanunu’nun 3. maddesindeki düzenleme, eşitlik ilkesini düzenleyen 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nun 69. maddesi ile aynı doğrultudadır ve “sadece Türkçe soyadlarının kullanımına müsaade etmektedir.”. Yerel mahkeme sonraki anayasalarda “eşitlik” anlayışının değiştiği kanaatine varmıştır: “1961 Anayasası’nın 12. maddesi ve akabinde de 1982 Anayasası’nın 10. maddesi ile hiçbir ayırım gözetmeksizin herkesin eşit olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla Soyadı Kanunu’ndaki bu düzenlemenin 1982 Anayasası’nın 10. maddesi ile kabul edilen eşitlik prensibi ile uyumlu olduğundan söz edilemeyeceği”³³ ortadadır.

Mahkeme bu gerekçelerle “yabancı ırk ve millet isimleri” ibaresinin iptalini talep etmiştir.

D. YÜKSEK MAHKEMENİN GÖRÜŞÜ VE KARŞI-OY GEREKÇELERİNİN ELE ALINMASI

On yedi üyenin katıldığı toplantıda Anayasa Mahkemesi, dokuz üyenin ret sekiz üyenin iptal yönünde oy kullanması sonucu 21.6.1934 günlü, 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 3. maddesinde yer alan “... yabancı ırk ve millet isimleriyle ...” ibaresinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir. Mahkeme üyelerinden Haşim Kılıç, Osman Alifeyyaz Paksüt, Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Engin Yıldırım, Hicabi Dursun, Celal Mümtaz Akıncı ile Erdal Tercan karşı-oy kullanmışlardır³⁴. Kararın şekillenmesinde ret ve iptal oylarındaki farkın tek bir üyenin görüş değiştirmesiyle ilgili düzenlemenin iptali sonucunun doğmasına yol açacak derecede az olması uyumsuzluğun çetrefilli yapısına işaret etmektedir.

³¹ Yitirilir. Ibid.

³² Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, op.cit., s.29

³³ AMKD, op.cit., s.895

³⁴ Ibid., s.898

1. ÇOĞUNLUK GÖRÜŞÜ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yüksek mahkeme “yabancı ırk ve millet isimleri” kullanılması yasağını Türkçe kökenli olma zorunluluğu şeklinde yorumlamamakta; münhasıran dile özgü tartışmalardan bağımsız bir terim olarak ele almaktadır. Nitekim kararda, Soyadı Kanunu’na istinaden çıkarılan Soyadı Nizamnamesine atfen, “yeni alınacak soyadlarının yabancı ırk ve millet ismi olmaması ve aynı zamanda Türk dilinden alınması”³⁵ ifadelerini kullanmak suretiyle, soyadının Türkçe kökenli olmasını “yabancı ırk ve millet isimleri” kullanılmamasından ayrı bir şart olarak telakki etmektedir. Yukarıda da temas edildiği üzere Soyadı Nizamnamesi, iki şartı ayrı maddelerde düzenlediği gibi; Anayasa Mahkemesi de bunları farklı konumlarda görmektedir.

Mahkeme, gâi ve tarihi yorum yöntemlerini kullanarak, iptali istenen hükümlerle ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi ihtisas komisyonu ve genel kurul tutanaklarının içeriğinden hareketle, “vatandaşlar arasında milli birlik ve bütünlüğün sağlanmasının amaçlandığı”³⁶ savunmaktadır.

Yukarıda yer verilen, yerel mahkemenin eşitlik ilkesi bağlamında atıfta bulunduğu Anayasa Mahkemesi kararındaki ifadelerin hemen aynısına burada rastlanmaktadır: “Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir.”³⁷ Mahkemeye göre, bu ilke, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitlik ilkesinin ihlalini men etmektedir. Bu noktadan sonra, mahkemenin vardığı sonuca giden yolu aydınlatacak bir ifadeyle karşılaşılmaktadır: “Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamala-

³⁵ Ibid., s.896

³⁶ Ibid.

³⁷ Ibid., s.896-897

rı gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."³⁸ Yüksek mahkeme, kuramsal düzeyde, 10. maddenin anlamını hukuki eşitlikle sınırlamış; "durumlarındaki özellikler"e göre bazı kişi ve toplulukların farklı kurallara tabi tutulmasını hukuka uygun bulmaktadır.

Soyadına ilişkin mahkemenin yaptığı tanım, onun "bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur" ve "vazgeçilmez, devredilmez, feragat edilmez ve kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı" olduğu yönündedir³⁹. İkinci olarak soyadının işlevi vurgulanmaktadır. Buna göre, soyadı bir kimsenin kimliğinin yanı sıra ailesini ve soyunu belirler. Kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt edilmesini; kişinin hangi kökene, topluluğa veya millete mensup olduğunu tespitini sağlar. Mahkeme, soyadının sayılan işlevleri dolayısıyla kanun koyucunun birtakım sebeplerle soyadı seçimine sınırlamalar getirebilmesini tasvip etmektedir. Bu sebepler şunlar olabilir: "nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması, ulusal birliğin sağlanması, dil ve dil kimliğinin korunması". Ayrıca kamu yararı ve kamu düzeni, anayasaya uygun olmak şartıyla, kanun koyucuya soyadı kullanımına müdahale bakımından takdir yetkisi veren değerlerdir. Nitekim mahkeme kararını şekillendiren çoğunluk fikrine göre, "Ulus bütünlüğünün algılanabilmesi ve aynı iklimde yaşayan insanların tasa ve kıvanç ortaklığı, koruma, kollama, yardımlaşma duygularının devamlılığı ve birbirlerine karşı yabancılaşmalarının önlenmesi nedeniyle yasakoyucunun bu alana müdahale yetkisi, kamu yararı ve kamu düzeni niteliğini içermekte ve takdir yetkisi içinde kalmaktadır."⁴⁰ Bu ifadeler, temel hak ve hürriyetlere yönelebilecek pek çok sınırlamaya hukukun sınırlarını aşacak şekilde imkan tanıyacak muğlak kavramlar içermekte; Hegel'i ve *devletin ruhu* ile bireysel özgürlükleri aynı potada eritmesini hatırlatacak şekilde⁴¹, devletin somut kurumlarından biri olan yasa-

³⁸ Ibid., s.897

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Ibid., s.897-898

⁴¹ Timothy C. Luther, *Hegel's Critique of Modernity: Reconciling Individual Freedom and the Community*, Lanham Maryland, Lexington Books, 2010, s.67; Hegel, devletin somut kuruluşundaki ruh ile bireyin özgürlüğü arasında bir sentezi keşfetmiştir. Ibid.

ma organına bir yetki tanıyarak haklar bakımından tehlikeli bir yolu açabilecek niteliktedir. Kanun gücü marifetiyle dayanışmanın, millet bütünlüğünün, tasa ve kıvanç ortaklığı gibi 'ulvi', 'manevi', müphem terimlere, bir hakkın kullanılmasını kısıtlayan bir kuralın anayasallığı denetlenirken yer verilmesi isabetli görünmemektedir.

Yüksek mahkeme, iptali istenen kuralı bir anlayışın tezahürü olarak görmektedir. Fakat bu anlayışın özellikleri arasında saydığı bazı sıfat veya sıfatlar apaçık anlaşılmamakta ya da birbiriyle çelişmektedir. Mesela, "çoğunluğun içinde azınlığın hak ve hürriyetlerinde ayrımcılık yapılmasını engelleyen" deyimini izaha muhtaçtır. Şöyle ki, ayrımcılığa karşı korunan öznenin çoğunluk mu, yoksa azınlık mı olduğu belirsizdir. Zira mahkeme bu özellik ile "birleştirici, bütünleştirici" bir hukuk siyasetini bağdaştırmaktadır. Soyadına müdahaleyi göze olacak düzeyde vatandaşların ortak yanlarını artırmaya çalışan bir kanun koyucunun aynı kuralla azınlığa karşı uygulanabilecek bir ayrımcılığı bertaraf edebilmesi mümkün müdür? Yüksek mahkeme, birleştirici tutumun kuralla yansıdığına kuşku duymamaktadır. Öyle ki, bu kuralla yasama erki, "ulusal aidiyet ilkesi içinde anayasal birliktelik altında aynı topraklarda ve ortak atmosferde yaşayan vatandaşlar yönünden ulus kimliği ve dili altında toplanan bir dil kimliği anlayışı getirmiştir.". Soyadı, bu halde, dil ve millet birliğini sağlayan bir araç görünümündedir. Görünen o ki, mahkeme ayrımcılık yasağını ayrı seçimler yapma hakkını sınırlandıracak şekilde algılamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin soyadı kullanımına ilişkin kararlarına değinmekten geri kalmayan Anayasa Mahkemesi, nüfusun eksiksiz kaydedilmesi, kişisel kimlik tespiti veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca soyadı değiştirme imkanına kanuni sınırlamalar getirilebileceği; kanun koyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğuna ilişkin hükümlerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde düzenlenen özel hayatın ve aile hayatının korunması ilkesine uygun olarak AİHM tarafından tesis edildiğini vurgulamıştır.

Son olarak, Anayasa Mahkemesi yabancı ırk ve millet isimleri kullanma yasağının herkese uygulandığından hareketle eşitlik ilkesinin ihlalinin söz konusu olmadığına kanaat getirmiştir. Bu tutum ancak *kuşkusuz haklarda değil yasaklarda eşitlik* anlayışıyla tevil edilebilir görünmektedir.

2. KARŞIOYLAR

Soyadı Kanunu'ndaki "yabancı ırk ve millet isimleri" ibaresinin anayasaya aykırı olduğu ve iptali yönünde oy kullanan fakat çoğunluğu sağlayamayan mahkeme üyeleri Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü'nün m.12/son hükmü gereği dört ayrı karşıoy yazısı kaleme almışlardır. Bu metinlerde çoğunluk görüşüne muhalif olarak ileri sürülen gerekçeler çeşitlilik arz etmekte; diğer yandan ise kendi içlerinde ortak noktalar taşımaktadır. Genel itibariyle dayanılan gerekçeler ilgili düzenlemenin günümüz hukuk anlayışı bakımından kabul edilemezliği, eşitlik ilkesine dolayısıyla ayrımcılık yasağına aykırı olduğu, soyadının temel bir kişilik hakkı oluşu, demokrasiye aykırılığı, uluslararası sözleşmelere muhalefet, sınırlama sebebi olarak kamu düzeni'nin geniş yorum tabi tutulamayacağı ve halihazırda bu değeri koruyucu kuralların mevcudiyeti ve son olarak anayasanın yarattığı millet anlayışının dışında kaldığı hususlarında yoğunlaşmaktadır. Aynı gerekçelere farklı karşıoy yazılarında rastlanması ve iptali istenen hükmün mahiyetinin daha belirgin şekilde açıklığa kavuşturulması amacıyla azınlıkta kalan üyelerin karşıoyları içerikleri esas alınarak değerlendirilecektir. Gerekçeler, hukuki sorunun ve çözüm yolunun takip edilebilmesi düşüncesiyle özelden genele bir sıra ile ele alınacaktır.

a. Soyadının Niteliği

Bazı yargıçlar soyadını kişiyi diğer kişilerden ayırmaya yarayan hukuki bir araç, kimliğin ayrılmaz bir parçası ve toplum hayatına katılma şekli olarak tanımlamaktadır⁴². Yargıçlar, bu tanımdan hareketle soyadının, "kişinin onurla taşınması için" bireye verilmiş kişiye sıkı sıkıya bağlı, vazgeçilmez, devredilmez bir kişilik hakkı ve bir mutlak

⁴² AMKD, op.cit., "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", s.901

hak olup kanunla özel olarak korunduğunu ileri sürmektedir⁴³. Bir başka yargıç, soyadının bireyin toplumda bulunduğu konumunu açıklama işlevinden söz etmektedir⁴⁴.

Diğer yandan soyadı kullanma hakkının pozitif hukukta işgal ettiği yerin tespiti bakımından, onun anayasada ayrıca bir *lex specialis* ile düzenlenmediği; *lex generalis* niteliğindeki 17. maddenin ilk fıkrası kapsamında bulunduğu savunulmaktadır⁴⁵. Bu hüküm, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkı düzenlemekte olup; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.” hükmünü havidir. Bu hak, yargıçlara göre, kişiyi var eder; kişinin şahsiyetini serbestçe geliştirmesini sağlar; diğer kişilerden farkını ortaya koyan değerlerin korunmasına imkan tanır ve “insan haysiyetinin özünü oluşturur”. Bu bağlamda “koruma”, maddi ve manevi varlığa dahil olan hakların kullanılmasının zorlaştırılmaması; “geliştirme” ise söz konusu hakların mevcut durumunu iyileştirme, kullanımını kolaylaştırma olarak ifade edilebilir. Bireyin kendini adlandırması, kişiliğini geliştirmesine dâhil bir hak olarak görülmektedir⁴⁶. Ayrı bir karşı oy yazısı kaleme almış bir yargıca göre, anayasanın 17. maddesindeki bu hükümde herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmediğinden kanunla sınırlanamayacaktır⁴⁷. Halbuki, iptali istenen hüküm bu hakkı sınırlayıcı vasıftadır⁴⁸.

Bazı yargıçlar, soyadını maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkına ilave olarak, “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı” kapsamında görmektedir⁴⁹.

Soyadı, özel ve kamusal alanların kesiştiği bir konumda bulunmakta olup kişinin kendisini ve kimliğini şekillendirmektedir. Azınlıkta kalan bazı yargıçlara göre, bu yüzden soyadı kullanımına müdahale “bir hak ihlalinin türevi” değil, “başlı başına bir insan hakları

⁴³ Ibid.

⁴⁴ “Hicabi Dursun’un Karşı Oy Yazısı”, Ibid., s.908

⁴⁵ Ibid., s.902

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ “Osman Alifeyyaz Paksüt’ün Karşı Oy Yazısı” Ibid., s.904

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ “Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan’ın Karşı Oy Yazısı”, Ibid., s.905

ihlali”dir⁵⁰. Bu görüşe katılmak zor görünmektedir; çünkü yürürlükteki hukuk soyadını bağımsız bir hak olarak düzenlememiştir⁵¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı hakkını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi⁵² kapsamında ele almaktadır⁵³.

b. “Yabancı”, “İrk” ve “Millet” Terimlerinin Tanımlanması Sorunu ve Uluslararası Sözleşmelerin Getirdikleri

İptali istenen hükmün anayasallığı sorgulanırken, kuşkusuz, içerdiği terimlerin hangi anlama geldiği en önemli duraklardan birini oluşturmaktadır.

Bir grup yargıç, “bir insan topluluğunu oluşturan bireylerin ortak kaderi paylaşan bir birlik olma konusundaki iradeleri”ni *millet* kavramının temelini yerleştirmektedir⁵⁴. Bu doğrultuda dil, din, etnik ve ırk farklılıklarının millet sıfatının kazanılmasına engel olmadığı söylenmektedir.

Yabancı terimi bakımından olumsuz bir tanımlama yöntemi kullanılan yargıçlar, bu kelimenin “Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları arasında çoğunluğu oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini topluluklara mensup olanları ima edecek şekilde anlaşılma”sı gerektiğini ileri sürmektedir⁵⁵.

Bazı yargıçlar, ırk’ı “kalıtsal olarak ortak fiziksel ve fizyolojik özelliklere sahip olan toplulukları” millet’i ise “aynı topraklar üzerinde yaşayan, aralarında dil, tarih, duygu, ülkü, gelenek ve görenek

⁵⁰ “Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım’ın Karşı Oy Yazısı”, *Ibid.*, s.902

⁵¹ Milli ve milletlerarası hukukta soyadı genellikle tek başına düzenlenmemiştir. İstisnai olarak, isim hakkını düzenleyen uluslararası sözleşmelerin varlığından söz etmekte fayda vardır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin 24/2 hükmü her çocuğun doğumdan sonra (soy)isim alma hakkını düzenlemiştir. Sözleşme’nin 8. maddesi, taraf devletlerin çocuğun isim ve soy isim hakkına saygı gösterme ve bu konuda kanuna aykırı olan müdahalelerden kaçınma yükümlülüğünü belirtmektedir. Diğer yandan Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, 18. maddesinde herkesin bir isim ve/veya soyisim hakkına sahip olduğunu açıklığa kavuşturmuştur.

⁵² Bu madde “özel ve aile yaşamına saygı hakkı”nı düzenlemektedir.

⁵³ Ümit Kılıç, “İsim ve Soyisim Hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Korunması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 89, Yıl: 2010, s.260

⁵⁴ AMKD, “Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım’ın Karşı Oy Yazısı”, *op.cit.*, s.900

⁵⁵ *Ibid.*

birliği olan toplulukları" ifade edecek şekilde tarif etmektedir⁵⁶. *Yabancı* terimine gelince, bu kelime hukuken ancak vatandaşlık üzerinden tanımlanabilir: "Hangi etnik kökenden gelirse gelsin Türk Devletine vatandaşlık bağı ile bağlı olan ve millet tanımının içinde yer alan herkesin, milli kültür ve medeniyetin oluşmasına katkıda bulunduğu kabulü gerekir." Yargıçların kullandığı bu ifadelerde hukuki durum ile fiili tablo arasında bir bağdaştırma yoluna gittikleri söylenebilir. Nitekim devam eden bölümde, "aynı topraklar üzerinde aynı devletin vatandaşı olarak yaşayanların, aralarındaki millî birlik, beraberlik ve dayanışma duygusu"na vurgu yapılmaktadır. "Kişinin kendisini o milletin bir bireyi olarak hissedip aynı ortak ideallerin gerçekleşmesine katkıda bulunması" hukuki bir amaç olarak görülmektedir. Yargıçlara göre bu yoldan hareketle "yabancı ırk veya millet ismiyle soyadı alan bir kişinin, sadece bu nedenle bir millete ait olmanın birleştirici özelliklerini taşıyamayacağı varsayımıyla ayırimcılığa bağlı tutulmasının, Anayasa ile bağdaştığı kabul edilemez."⁵⁷

Bir başka yargıç, *ırk* terimi bakımından "bir canlı türünde aynı karakteri taşıyan canlıların oluşturduğu alt bölüm" şeklindeki bir tanıma itibar etmektedir⁵⁸. Benimsediği *millet* tanımı ise yukarıdaki paragraftaki tarifile hemen hemen örtüşmektedir.

Her Türlü İrk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin⁵⁹ 1. maddesinin ilk fıkrası esasen ırk ayrımcılığını tanımlamakta olup; bu tariften ırk teriminin "ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik köken"i (*race, colour, descent, or national or ethnic origin*) kapsayacak anlamda kullanıldığını söylemek mümkündür⁶⁰.

⁵⁶ "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", *Ibid.*, s.905

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ "Hicabi Dursun'un Karşı Oy Yazısı", *Ibid.*, s.907

⁵⁹ Sözleşmenin özgün ismi International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination olup Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2106 sayılı ve 21 Aralık 1965 tarihli kararıyla kabul edilmiş ve imza ve onaya açılmıştır. Sözleşme, 19. madde uyarınca 4 Ocak 1969'da yürürlüğe girmiştir. Türkiye belgeyi 13 Ekim 1972'de imzalamış, 16 Eylül 2002'de onay belgesini tevdi ederek sözleşmeye taraf olmuştur. Sözleşmenin özgün metni için bkz: Office of United Nations High Commissioner for Human Rights Official Web Site, <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>, erişim tarihi: 02.08.2012

⁶⁰ Sözü edilen 1. Maddenin ilk fıkrası şu şekildedir: "In this Convention, the term

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ırk kelimesi ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddede zikredilmektedir⁶¹. Öte yandan İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'ye ek 12 numaralı Protokol⁶², bu terime "ayrımcılığın genel olarak yasaklanması" başlıklı 1. maddesinin ilk fıkrasında ayrımcılık yapılamayacak bir özellikler arasında yer vermektedir⁶³.

c. Eşitlik İlkesine Aykırılık ya da Ayrımcılık Yasağı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eşitlik ilkesi mahiyeti gereği ayrımcılık yasağını zorunlu kılar. O yüzden iki kavramı birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Nitekim bu iki kavramın farkı tartışmasına girilmeksizin⁶⁴ doğrudan eşitlik / ayrımcılık yasağı aynı kabul edilip maddi-şekli ayrımı üzerinden incelemeye başlanmaktadır⁶⁵.

İptali istenen hükme ilişkin uyuşmazlık Anayasa Mahkemesi'nin nezdinde ileri sürülürken dayanılan kural Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10. maddesidir. Her ne kadar karşı oy yazan yüksek mahkeme üyelerinden bazıları anayasanın başka bir maddesini (17. madde) de anayasallık denetimi kapsamında değerlendirirse de "yabancı ırk ve millet isimleri" ibaresinin iptalinde isabetli olarak esasen "kanun önünde eşitlik" başlıklı üst kural dikkate alınmıştır.

"racial discrimination" shall mean any distinction, exclusion, restriction or preference based on race, colour, descent, or national or ethnic origin which has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life." *Ibid.*

⁶¹ Site Officiel des Nations Unies, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/volume-660-I-9464-French.pdf>, erişim tarihi: 02.08.2012

⁶² "İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme" (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olarak bilinen belgenin resmi adıdır. Sözleşme imzalandıktan sonra pek çok ek sözleşme yapılmıştır. Bunlardan biri de ayrımcılık yasağını esas alan, 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da kabul edilen 12 numaralı protokoldür. Bu belgenin özgün metnine ulaşmak için bkz: Council of Europe Treaty Office Web Site, Protokol no. 12 to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/177.htm>, erişim tarihi: 02.08.2012

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Oddný Mjöll Arnardóttir, Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, s.1-5

⁶⁵ *Ibid.*, s.5 vd.

Bazı yargıçlar yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılmasını engelleyen düzenlemenin amacını, *ratio legis*'ini sorgulayarak eşitlik ilkesini "bütünleştirici ve birleştirici"likle bağdaştırmaktadır⁶⁶. Bu bakış açısı sonraki değerlendirmelere de yansımış olup yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadında kullanılmasına izin verilmesi ve böylece "egemen unsurlardan farklı çeşitli etnik ve/veya dini gruplara mensup vatandaşların ayrımcılığa uğramamaları", "anayasal birliktelik" açısından olumlu bir araç olarak görülmektedir⁶⁷. Bu doğrultuda "Bir ülkede yaşayanların çoğunluğundan farklı etnik ve/veya dini kimlikler taşıyan toplulukların bu farklılıklarını tekçi, homojenleştirici bir anlayışla yok saymak, insan haklarının ihlal edilmesi sonucunu doğur"acaktır⁶⁸. Eşitlik hakkından yararlanmanın işlevi şöyle ifade edilmektedir: "İnsan haklarına dayalı demokratik ve özgür bir toplumda milli dayanışma ruhu ve milli birlik, farklılıkları bastırarak değil, onları tanıyarak, onların zenginliklerden faydalanırlar olarak gerçekleştirilebilir."⁶⁹ Bu yaklaşım, insanın doğuştan getirdiği bazı temel hakları olduğunu savunan tabii hukuk kuramından ziyade Anglo-Saxon faydacılığıyla bağdaşır görünmektedir. Yargıçlar, yukarıda belirtildiği üzere, soyadı seçme hakkını başlı başına bir insan hakkı olarak değerlendirerek "farklı bir etnisiteye mensubiyetten dolayı bireyin bu temel kişilik hakkından mahrum bırakılması demokratik bir siyasi, hukuki ve toplumsal düzende düşünülemez"yeceğini savunmaktadır. Böylece uyuşmazlığı etnisite temeline oturtarak ayrımcılık yapıldığını ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

Bir yargıç, isabetli bir şekilde anayasanın başlangıç bölümünde kendine yer bulan bir ibareyi eşitlik ilkesiyle beraber değerlendirmiş tir⁷⁰: Türk milletinin "dünya milletleri ailesinin eşit haklara sahip şerefli bir üyesi" olması... Gerçekten, tutarlı bulunduğu takdirde, evrensel düzeyde kabul edilecek böylesi bir eşitlik milli boyutta ortaya çıkabilecek eşitlikle ilgili pek çok ihtilafı kendiliğinden bertaraf edebilecektir.

⁶⁶ AMKD, "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", op.cit., s.900

⁶⁷ Benzeri bir yaklaşım diğer bir karşı oy yazısında da görülmektedir: bkz: "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.906

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ "Osman Alifeyyaz Paksüt'ün Karşı Oy Yazısı" Ibid., s.903

Milletlerden biri diğerleriyle eşit sayıldığı durumda *yabancı* milletlerin var olduğuna dair anlayış doğal bir surette ortadan kalkacaktır. Bu sayede yalnız soyadı seçme ve değiştirme hakkı bakımından değil -aralarında yürürlükteki anayasa tarafından yabancılara tanınmayanların da olduğu- pek çok temel hak ve özgürlüğün geçerlilik alanı genişleyecektir. Başka bazı mahkeme üyeleri ise anayasanın temel felsefesini yansıttığını iddia ettikleri başlangıç bölümündeki “her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ... gereklerince yararlan”masına atıfta bulunmuşlardır⁷¹. Böylece *yabancı ırk ve millet isimleri* ibaresinin iptal dayanakları arasına hukuken anayasaya dâhil olan başlangıç metninin de girdiği söylenebilecektir.

Eşitlik ilkesinin yanı sıra yukarıda değinilen birleştiricilik meselesi ayrımcılık yasağını daraltmayı gerektirmiştir. Bu bağlamda yeniden bu ifadeleri hatırlatmakta fayda olabilir: “Yabancı ırk veya millet ismiyle soyadı alan bir kişinin, sadece bu nedenle bir millete ait olmanın birleştirici özelliklerini taşıyamayacağı varsayımıyla ayrımcılığa bağlı tutulmasının, Anayasa ile bağdaştığı kabul edilemez.”⁷². Yargıçların aksine, uyuşmazlığı kanun koyucunun amacını dikkate almadan eşitlik ilkesi ve ayrımcılığa başvurmama kıstasları çerçevesinde değerlendirilmek hukuken daha isabetli görünmektedir.

d. Bireyin Kamu Yararı ve Kamu Düzenine Karşı Korunması

Anayasa Mahkemesinin incelemeye konu kararında soyadı seçimine yönelik müdahale kamu yararı ve kamu düzeni menfaatleriyle meşrulaştırılmıştır⁷³. Tarifi zor olan bu kavramların hakların kısıtlanmasında kullanılabilmesi için sınır çizgilerinin net bir şekilde belirlenmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Diğer yandan haklar açısından temel yorum kurallarına bakmak gerekir. “*Potestas stricte interpretatur*”⁷⁴ (yetkiler dar yorumlanır), “*Quotiens dubia interpretatio libertatis est, se-*

⁷¹ “Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan’ın Karşı Oy Yazısı”, *Ibid.*, s.906

⁷² *Ibid.*

⁷³ “Esasın İncelenmesi”, *Ibid.*, s.897-898

⁷⁴ Gabriel Adeleye./ Kofi Acquah-Dadzie /Thomas J. Sienkewicz / James T. McDonough, *World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers*, Illinois, Bolchazy-Carducci Publishers, 1999, s.309

cundum libertatem respondendum erit"⁷⁵ (özgürlüklere ilişkin yorumda tereddüt varsa cevap özgürlük lehine olur) "*powers are narrow, rights broad*"⁷⁶ (yetkiler dar haklar geniştir) gibi pek çok yerleşik kural kamu düzeni ve kamu yararı terimlerinin dar yorumlanmasını zorunlu kılmaktadır. Devlet müdahalesinin istisnai oluşu karşı oy yazılarına yansımıştır⁷⁷. Yine de davanın konusu bağlamında "kamu düzeni"nin genel ahlak ve Türk gramatik yapısına ilaveten genel sınırlama sebepleri arasında sayıldığı görülmektedir⁷⁸.

Karşı oy yazılarının birinde anayasanın 10. maddesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesiyle birlikte ele alınarak, iptali talep edilen düzenleme "farklı etnik gruplara mensup olan Türk vatandaşlarının kendilerini diledikleri soyadı ile ifade etmelerini engellediğinden, bu konudaki kamu yararının ne olduğu açıkça belirlenmeden getirilen sınırlamanın meşru bir amaca dayandığından söz edileme"yeceği ileri sürülmektedir⁷⁹. Böylece kamu yararının apaçık görülmediği böylesi bir konuda özgürlüğün esas olması gerektiğine işaret edilmektedir. Bazı yargıçlar ise anayasal sınırlar içinde kalmak kaydıyla kamu yararına dayalı hak kısıtlamalarının hukuka uygun olduğunu teyit etme ihtiyacı hissetmiştir⁸⁰. Öte yandan, aynı yargıçlar halihazırda yürürlükte olan kısıtlamaların kamu yararının sağlanması için kâfi olduğunu vurgulamıştır:

"Anayasa'nın 3. maddesindeki Türkiye Devleti'nin dilinin Türkçe olduğuna ilişkin hükmün, 4. maddesindeki değiştirilemeyecek ve değiştirilmesi teklif edilemeyecek hükümler arasında yer alması ve yabancı ırk ve millet isimleriyle kullanılmak istenen soyadlarının, 1.11.1928 günlü, 1353 sayılı Türk Harflerinin Kabul ve Tatbiki Hakkında Kanun uyarınca, Türk harfleriyle yazılmasının zorunlu bulunması,

⁷⁵ Henry Campbell Black, A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1995, s.987

⁷⁶ Kemal Gözler, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011, Cilt I, s.301

⁷⁷ AMKD, "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", op.cit., s.901

⁷⁸ Ibid.

⁷⁹ AMKD, "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", op.cit., s.905-906

⁸⁰ "Fulya Kantarcıoğlu, Fettah Oto, Celal Mümtaz Akıncı ve Erdal Tercan'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.905

bu konuda sınırlama nedeni olarak ileri sürülebilecek farklı bir kamu yararı gerekçesini de dayanaksız bırakmaktadır.”

Mahkeme üyelerinden biri kamu düzenine dayanan sınırlama gerekçesinin tahdidi tanımını yapmıştır: “kişinin diğer vatandaşlardan ayrılmasını ve tanınmasını, kamusal alanda kimliğinin belirlenmesini sağlama(k)”⁸¹. Buna göre mevcut durumda Süryani kökenli Türk vatandaşının Süryanice kökenli bir kelimeyi soyadı olarak kullanması ayırt edici şekilde kimliğinin tespitine engel olmayacağına göre sınırlayıcı hüküm anayasaya aykırıdır.

e. Düzenlemenin Eskimesi: Çağdaş Hukuk Anlayışıyla Çelişme

Karşı oy yazılarında kullanılan belli başlı argümanlardan sonuncusu “yabancı ırk ve millet isimleri” ibaresinin yer aldığı düzenlemenin zamanla özgürlüklerin genişlemesine ayak uyduramadığı yönündedir. Soyut olarak düşünüldüğünde bu eskimenin, gerek norm gerekse hükmün içeriği açısından gerçekleşmiş olduğu ifade edilebilir. Düzenlemenin yer aldığı kanun 1934 yılında kabul edilmiştir. Davaya konu uyuşmazlık 2011 yılına ait olduğuna göre, kural ile uygulamanın arasına yetmiş yedili yıllık bir vakit diliminin girdiğini söylemek mümkündür. Diğer açıdan, hüküm soyadı olarak kullanılabilir kelimeleri *yabancı ırk ve millet isimleri* yönünden sınırlamakta; bu ibare spesifik olarak yabancı ırkların ve milletlerin isimlerini aşacak ve yabancı kökenli kelimeleri de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır. Nitekim soyadı değişikliği davasını açan Süryani kökenli Türk vatandaşının talep ettiği soyadı olan *Bartuma*’nın yabancı bir ırkın yahut milletin ismi olmadığı; sadece Türkçe dışında bir dile mensup bir kelime olduğu malumdur. Böylesine geniş yorumlanan düzenlemenin hak ve özgürlükler itibarıyla çağdaş demokratik düzenlerin özellikleriyle bağdaşmadığı savunulabilir ki, bu görüşün iptali destekleyen yargıçların kaleme aldığı metinlere yansdığı görülmektedir.

Kanun koyucunun iptali istenen düzenlemeyi ihdas gayesini tespit eden bazı mahkeme üyeleri milli birlik ve beraberliğin vatandaşlık üst

⁸¹ “Osman Alifeyyaz Paksüt’ün Karşı Oy Yazısı” Ibid., s.904

kimliği altında sağlanması hedefinin altını çizmektedir⁸². Fakat onlara göre, "1934 yılında anlaşılabilir olan bu kural, günümüzde bütünleştirici ve birleştirici olmak bir yana, vatandaşların bir kısmında, özellikle çoğunluğu oluşturanlardan farklı etnik ve/veya dini kimliğe sahip olanlar arasında haklı olarak ayrımcılığa uğradıkları kanısını doğurmakta, bu da milli birlik ve beraberliğe aslında zarar vermektedir."⁸³. Bir başka yüksek mahkeme üyesi daha ileriye giderek düzenlemenin "o gün dahi amacını aşan şekilde yasalastığı"nı⁸⁴ vurgulamaktadır.

İlga edilen ve halen yürürlükte olmayan 1587 sayılı Nüfus Kanunu'ndaki benzeri bir hükmün 2003 tarihli bir kanunla ortadan kaldırılması yargıçların iltifat ettiği örnektir⁸⁵. Hemen belirtmek gerekir ki, iki düzenleme arasındaki benzerlik içerik yönünden değil sınırlayıcılık açısından dır. Bu hüküm yeni doğmuş çocuğun adının konulmasıyla ilgili "...Milli kültürümüze...örf ve adetlerimize uygun düşmeyen" isimlerin konulamayacağına ilişkindir. Buna göre, kanun koyucu "Nüfus Kanunundaki bu ibarenin insan haklarına dayalı demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun düşmediğinden hareketle yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir."⁸⁶. Dolayısıyla bu üyeler kanun koyucunun yapmadığı bir değişikliği Anayasa Mahkemesi'nin vereceği bir iptal kararı ile 'negatif kanun koyuculuk'⁸⁷ (*negative legislation*) sıfatıyla gerçekleştirmesi gerektiğinden dem vurmaktadır.

SONUÇ

Yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağı yakın zamanda bir Anayasa Mahkemesi kararına konu olmuştur. Söz konusu Anayasa Mahkemesi kararında yerel mahkeme 2525 sayılı Kanunda yer alan yabancı ırk ve millet isimlerinin soyadı olarak kullanılması yasağının iptali için başvurmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi 9'a 8 karşı oyla yerel mahkemenin iptal başvurusunu reddetmiştir.

⁸² "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.899-900

⁸³ Ibid., s.900

⁸⁴ "Osman Alifeyyaz Paksüt'ün Karşı Oy Yazısı" Ibid., s.904

⁸⁵ "Haşim Kılıç ve Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Yazısı", Ibid., s.900-901

⁸⁶ Ibid., s.901

⁸⁷ Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 34-37

Bu çalışmanın ana konusunu yukarıda anılan Anayasa Mahkemesi kararı oluşturmuştur. Kararın daha iyi analiz edilmesi adına, çalışmanın ilk bölümünde soyadı kavramına genel hatları ile değinilmiştir. İkinci bölümde ise söz konusu Anayasa Mahkemesi kararı tüm boyutları ile ele alınmıştır.

Genel itibariyle eleştirilerimiz, ilgili düzenlemenin günümüz hukuk anlayışı bakımından kabul edilemezliği, eşitlik ilkesine dolayısıyla ayrımcılık yasağına aykırı olduğu, soyadının temel bir kişilik hakkı oluşu, demokrasiye aykırılığı, uluslararası sözleşmelere muhalefet, sınırlama sebebi olarak kamu düzeni'nin geniş yoruma tabi tutulmaması ve hâlihazırda bu değeri koruyucu kuralların mevcudiyeti ve son olarak anayasanın yarattığı millet anlayışının dışında kaldığı hususlarında yoğunlaşmaktadır. Son olarak belirtmek gerekir ki, yabancı ırk ve millet isimlerini soyadı olarak kullanılmayacak unsurlar arasından çıkarmak –özellikle de yüksek mahkemenin verdiği karardan sonra- kanun koyucuya düşmektedir.

KAYNAKLAR

Basılı Kaynaklar

- Abik Yıldız, Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı, Ankara, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2005
- Adeleye Gabriel,/ Acquah-Dadzie Kofi / Sienkewicz Thomas J. / McDonough James T., World Dictionary of Foreign Expressions: A Resource for Readers and Writers, Illinois, Bolchazy-Carducci Publishers, 1999
- Arnardóttir Oddný Mjöll, Equality and Non-Discrimination Under the European Convention on Human Rights, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2003
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 48, 2. Cilt, 2011, ss.891- 908
- Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi*, Sayı: 37, 2. Cilt, 2002, ss.719-921
- Black Henry Campbell, A Law Dictionary Containing Definitions of the Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1995
- Dural Mustafa / Öğüz Tufan, Kişiler Hukuku, İstanbul, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 10. Bası, Filiz Kitabevi, 2010
- Ekşi Nuray, Vatandaşlık Hukukumuzda Türkçe Olmayan Ad ve Soyadı Meselesi, İstanbul, Beta Yayınları, 2008
- Gözler Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Bursa, Ekin Kitabevi, 2011

- Luther Timothy C., *Hegel's Critique of Modernity: Reconciling Individual Freedom and the Community*, Lanham Maryland, Lexington Books, 2010
- Moroğlu Nazan, "Kadının Kimlik Sorunu: Kadının Soyadı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 99. Sayı, Mart-Nisan 2012
- Oğuzman Kemal / Seliçi Özer / Oktay Özdemir, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, İstanbul, Yeniden gözden geçirilmiş ve mevzuata uyarlanmış 9. Bası, Filiz Kitabevi, 2009
- Prıscollı Lorenzo Delli / Marchı Paolo G. De, *L'eccezione di incostituzionalità: profili processuali*, Bologna, Zanichelli Editore, 2008
- Yüzbaşıoğlu Necmi, *Anayasa Hukukunun Temel Metinleri*, 7. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2011

İnternet Kaynakları

- Council of Europe Treaty Office Web Site, Protokol no. 12 to Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/177.htm>
- Office of United Nations High Commissioner for Human Rights Official Web Site, <http://www2.ohchr.org/english/law/cerd.htm>
- Sité Officiel des Nations Unies, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20660/volume-660-I-9464-French.pdf>
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, "ıtlak" başlığı, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>