

Bireysel Başvuru Üzerinden Hukuk Metoduna Odaklanmak: Norm somutlaşması, İhmal Yaptırımı ve İçtihat Farklılığı Özelinde Bir Genel Değerlendirme

Doç. Dr. Ozan Ergül

TOBB ETÜ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa Mahkemesi'nin Sayın Başkan ve Üyeleri,

Anayasa Mahkemesi'nin değerli mensupları ve konuklar; sözlerime başlarken hepinizi saygılarımla selamlıyorum.

Bu oturum için sunuş yapmak üzere davet aldığımında açıkçası endişelendim; çünkü 'Genel Değerlendirme' başlıklı bir oturumda hangi özgül ve özgün başlık üzerinden bir sunuş yapmam gerektiği konusunda karar vermem gerektiğini düşündüm. Meşhur fıkradır, "Ne var, ne yok?" diye sorulan bilgisayarın patlaması... Geride bıraktığımız beş yılda bireysel başvuru sayesinde hukuk sistemimizde ve temel hak ve özgürlükler alanında o kadar çok gelişme yaşandı ki, bunların tamamını bir sunuşla dile getirmek veya bir panelde özetlemek haliyle mümkün değildir. Kaldı ki, tekil haklar alanındaki bireysel başvurunun sağladığı katkıyı benden çok daha yetkin şekilde sizlere aktarabilecek olan, bu haklarla ilgili eserler de vermiş bulunan uzmanlar da var ve bunların bir kısmı da şu anda aramızda bulunuyorlar.

Bu nedenlerle ben sunuşumun içeriğini şöyle belirlemeyi düşündüm: Bireysel başvuru üzerinden hukuk metoduna ya da metodolojisine odaklanmak. Çünkü, - farkındayız ya da değiliz - bireysel başvuru gerçekten de hukuk metodu veya metodolojisi anlamında çok önemli tartışmaların yapılabilmesine ve aşamaların aşılabilmesine olanak sağladı.

Öncelikle hukuk metodolojisi deyince ne anlaşılmalıdır? Hukuk metodolojisi her şeyden önce "Hukuk nedir?" sorusuna eğilmeyi gerektirir. Ardından, "Geçerli hukuk ve hukuk normu nedir?" soruları gelir. "Normlar arasındaki hiyerarşi", "normlar arasındaki ilişki" ve yine bu ilişki çerçevesinde

muhtemel “norm çatışmalarının nasıl çözüleceği” “yaptırım teorisi”(“iptal yaptırımı – ihmal yaptırımı”), “hukukta yorum”, “hukuki argümantasyon teknikleri”, “norm somutlaşması” gibi pek çok alt başlığı ve hukuk tekniğine ilişkin sorunu ele alabileceğimiz geniş bir kapsama işaret etmektedir hukuk metodolojisi.

Üzülerek ifade etmeliyim ki, ülkemizde bu konularda çalışan akademisyen sayısı gerçekten çok az. Hukuk felsefecilerimizin bir kısmı bu konular üzerinde çalışıyor ama sayıları açıkçası çok yetersiz. Diğer taraftan, hukuk fakültelerimiz içinde hukuk metodu dersi verilen hukuk fakülteleri sayısı da çok az. İşte Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun, bu konularla ilgili zorunlu ve ciddi bir farkındalık yarattığını düşünüyorum. Yukarıda saymaya çalıştığım konu başlıklarının ya da alt sorunların tamamını bu sunuşta ele almam şüphesiz mümkün değil. Bu nedenle, sadece çarpıcı olduğunu düşündüğüm birkaç başlığı dikkatinize sunarak, bireysel başvuru sayesinde hukukumuz ve anayasal düzenimiz açısından bu alanlarda nasıl gelişmeler yaşandığını sizlerle paylaşmaya, bu konulardaki fikirlerimi sizlere sunmaya çalışacağım.

“Anayasaya uygun yorum” tekniği ile başlamak istiyorum. Ayrıca, “Anayasaya uygun yorumun” anlamı, bunun hukukumuzda bir sorun oluşturup oluşturmadığı ve Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvurunun bu konuyla ilgili bir gelişmeye neden olup olmadığına kısaca değinmek istiyorum. “Anayasaya uygun yorum” anayasanın normatif üstünlüğünün kural olarak tanındığı tüm hukuk sistemlerinde geçerlidir. Anayasa’nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ister yazılı bir kuralla tanınmış olsun, ister hukuk sisteminin hiyerarşik doğasından bu sonuç çıkartılmış olsun, bunun kabul gördüğü bütün anayasal sistemlerde herkesin ve bu arada tüm yargıçların üstün norm olan anayasaya uygun hareket etmesi ve önündeki uyuşmazlığın çözümünde uygulayacağı normlara, mümkünse anayasaya uygun bir yorum yüklemesi zorunluluğu bulunmaktadır.

Karşılaştırmalı hukukta daha çok, “Anayasa Mahkemesi’nin bağlayıcı yorumu” (*binding interpretation of Constitutional Court*) olarak bilinen Anayasa’ya uygun yorum tekniğine göre, Anayasa Mahkemesi bir kanunun Anayasa’ya uygun olan yorumuna işaret ederek onu iptal etmeyebilir. Anayasa Mahkemesinin anayasaya uygun olduğunu belirttiği yorum, aynı zamanda anayasadan çıkan kurala ilişkin olduğundan derece mahkemeleri üzerinde bağlayıcıdır; çünkü Anayasa bağlayıcıdır. Bu yöneme

göre, Anayasa Mahkemesi, yargısal denetimini yaptığı yasanın anlamını önce kendi yorumuna göre belirlemekte ve bu yorum sürecinde birbirine denk çeşitli anlamlar ortaya çıkmışsa, bunlardan Anayasa'ya uygun olanı tercih etmek suretiyle yasanın iptalinden kaçınmaktadır. Anayasa'ya uygun yorum yöntemi, bir yandan Anayasa'nın üstünlüğü ilkesinin uygulanmasını sağlarken, diğer yandan iptalden kaçınmaya yöneldiği oranda da Anayasa Mahkemesi'nin kendi yetkisini sınırlaması sonucunu doğurmaktadır.¹ Ancak, Anayasaya uygun yorum mutlaka yorumlu ret kararı biçiminde olmak zorunda değildir. Anayasaya uygun yorum yapma yükümlülüğünün sadece Anayasa yargıçları için değil tüm yargıçlar için bir zorunluluk olduğu dikkate alınacak olursa, Anayasa Mahkemesi'nin çeşitli vesilelerle işaret ettiği Anayasa'ya uygun yorumlar da diğer mahkemeler tarafından dikkate alınmalıdır. Mesela Anayasa Mahkemesi'nin bir kanunu iptal ederken ileri sürdüğü gerekçeler, benzer veya aynı sonuca neden olan kanunların yorumunda ve uygulamasında da dikkate alınmalıdır. Aslında, Anayasa Mahkemesi'nin sadece ret kararlarında ileri sürdüğü anayasaya uygun yorumlar değil, iptal kararlarındaki yorumları da bu anlamda bağlayıcı kabul edilmek gerekir. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin eşitlik ilkesi veya hukuk devleti bağlamında yaptığı yorumların, sadece ret kararları açısından değil, iptal kararları söz konusu olduğunda da bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Oysa ülkemizde, bu konudaki tartışma daha çok yorumlu ret kararları üzerinden yapılmış, bu türden kararlardaki Anayasa Mahkemesi yorumlarının diğer mahkemeler üzerindeki bağlayıcılığı sorgulanmıştır.

Ülkemizde, Yargıtay ve Danıştay'ın zaman zaman Anayasa Mahkemesi'nin işaret ettiği anayasaya uygun yoruma uymadığı örnekler olmuştur. Hatta öyle ki, Yargıtay'ın Anayasa Mahkemesi'nin eski 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun (SSK) işverene rücu düzenleyen 26. maddesindeki düzenlemeye ilişkin yorumlu ret kararlarına ve o kararlarda işaret edilen anayasaya uygun yoruma tam aksi yönde İçtihadı Birleştirme Kararı verdiği dahi görülmüştür. 1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı ile o tarihe kadar Anayasa Mahkemesi'nin 506 sayılı Kanununun 26. maddesinin kapsamı ile ilgili olarak işaret ettiği anayasaya uygun yoruma zıt anlamda bir içtihadı birleştirme kararı alınabilmiştir.² Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygun yoruma işaret ettiği durumlarda – ister yorumlu red kararı

1 SAĞLAM, Fazıl, "Yetki ve İşlev Bağlamında Anayasa Mahkemesi'nin Yasama Yürütme ve Yargı ile İlişkisi", Anayasa Yargısı, Cilt: 13, (1996), s. 51.

2 1.7.1994 günlü, E.1992/3, K. 1994/3 sayılı YİBGK RG: 2010.1995 - 22439

olsun, ister olmasın - artık diğer yargı organlarının buna uymamaları bir sorun olmaktan çıkmıştır. Çünkü Anayasa'ya uygun yorum mümkün olduğu halde bunu takip etmeyen, buna uymayan diğer mahkemelerin hak ihlaline sebep olması halinde, artık Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru sayesinde duruma ve yoruma müdahale edebilmektedir.

Bu çok önemli bir gelişmedir. Örneğin, yakınlarda meyvesini vermiş olan “velayeti annede olan çocuğun soyadı” meselesi çarpıcıdır. Yakınlarda diyorum, çünkü daha bu ayın başında ilgili Yargıtay dairesi Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru sonucunda verdiği karara uydu ve velayeti anneye verilmiş çocuğun soyadına annenin karar verebileceğini ve sonuç olarak annenin soyadının çocuğa verilebileceğine hükmetti. Bu nasıl oldu?

Önce çok eski bir kanun, 21.6.1934 tarih 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun ilgili 4. maddesi Anayasa Mahkemesi tarafından 2011 yılında iptal edildi; dolayısıyla norm denetimi sonucunda ortaya konan bir yorum ve ardından bireysel başvurunun buna tamamlayıcı bir etkisini de burada anmak gerekebilir.

2525 sayılı Kanun'un ilgili hükmü şöyleydi: *“Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.”* Bu düzenlemenin iptali sırasında Anayasa Mahkemesi'nin izlediği akıl yürütme ve yorum, daha sonra başka bir Kanuni düzenleye ilişkin yargı yorumu nedeniyle bireysel başvuruda bir hak ihlali tespitine de vesile olmuştur. Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi'nin iptal gerekçesine şöyle bir göz atmakta fayda bulunmaktadır.

Anayasa'nın 2004 yılında yapılan değişikliklerle yeniden düzenlenmiş 10. maddesi ile 41. maddesine atıf yapan Anayasa Mahkemesi şu tespiti paylaşmıştır:

“(…) ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı belirtilerek eşitlik ilkesinin eşler arasında da geçerli olduğu vurgulanmıştır (...) 5170 sayılı Yasa'yla yapılan değişiklikle 'Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür' hükmü, Anayasa'nın 10. Maddesine ikinci fıkra olarak eklenmiştir”.

Anayasa Mahkemesi ayrıca, bu son maddenin gerekçesinde, 2003 Katılım Ortaklığı Belgesi ve Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayırım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisine atıf yapıldığını

hatırlatmıştır. Yine Mahkeme'ye gör: "Öte yandan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 20. Maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağı'na ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartı'nın III. Eşitlik başlıklı bölümünün 23. Maddesinde, "İstihdam, çalışma ve ücret de dahil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır." denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olmayacağı öngörülmektedir."

Anayasa Mahkemesi bunlar yanında, Anayasa'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına 2001 yılında 4709 sayılı Yasa'yla *"ve eşler arasında eşitliğe dayanır"* ibaresinin eklendiğini de vurgulamış ve madde gerekçesinde söz konusu düzenlemenin kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olduğunun ifade edildiğini belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi daha sonra eşitlik ilkesinin amacına ve kadın-erkek eşitliğinin anlamına ilişkin açıklamalarına geçmiş ve çocuğun soyadı ile eşitlik ilkesi arasındaki ilişkiyi şöyle kurmuştur:

"Çocuğun soyadını seçme hakkı, velayet hakkı kapsamında yer alır. Velayet, reşit olmayan çocukların bakım ve gözetimi konusunda ana-babaya verilen hak ve yükümlülüklerden oluşan bir müessesedir. Bu bağlamda çocuğun bakım ve eğitimi, kanuni temsili, malvarlığının yönetimi ve çocuğun menfaatlerinin korunması için hukuki temel oluşturur. Önceleri ana babanın çocukları üzerindeki hakimiyet hakkı olarak görülen velâyet, günümüzde hem yükümlülük hem de bir hak olarak anlaşılmaktadır."

Anayasa Mahkemesi gerekçesinde daha sonra velayetin Medeni Kanun'da nasıl düzenlendiğini ve mahiyetini aktarmaktadır:

"4721 sayılı Yasa'nın velayet hakkına ilişkin 335. Maddesinde ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velayeti altında olduğu, yasal sebep olmadıkça velayetin ana ve babadan alınamayacağı; 336. Maddesinde evlilik devam ettiği sürece ana ve babanın velayeti birlikte kullanacağı, ortak hayata sınırlanması ve ayrılık halinde hakimin velayeti eşlerden birine verebileceği, ana ve babadan birinin ölümü halinde velayetin sağ kalana, boşanmada ise çocuk kendisine bırakılan tarafa ait olduğu hüküm altına alınmıştır."

Anayasa Mahkemesi 2525 sayılı Kanun'un kabul edilmişindeki eşitlik anlayışı ile yeni Türk Medeni Kanunu'ndaki eşitlik anlayışı arasındaki farka

da vurgu yapmaktadır. Mahkeme bu bağlamda “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda kadın-erkek eşitliği konusunda önemli değişiklikler yapılarak, bu eşitlikle bağdaşmayan hükümler Kanun’dan çıkarılmış veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi’nin 152. maddesinde düzenlenen koca evlilik birliğinin revidir ilkesi, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile kaldırılarak, bunun yerine ‘Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Birliği eşler beraberce yönetirler.’ (m.186); ‘Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.’ (m. 188) gibi hükümlerle eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu belirten hükümler kabul edilmiştir.”

Türk Medeni Kanunu çerçevesinde ve kadın-erkek eşitliği alanında yaşanan değişimi vurgulayan Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin uluslararası sözleşmelere değinmeyi de ihmal etmemiştir. Bu bağlamda Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne değinen Mahkeme, Sözleşme’nin 2. maddesiyle taraf devletlerin kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan uygulama ve yasal düzenlemeleri ortadan kaldırmayı kabul ettiklerini hatırlatmıştır. Yine taraf devletlerin, her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek için tüm uygun önlemleri alacaklarını düzenleyen Sözleşme’nin 5. Maddesini aktaran Mahkeme, konuyla ilgili 16. maddeyi de şöyle vurgulamıştır: “16. maddesinde taraf devletlerin evlilik ve aile ilişkileri konusunda kadınlara karşı ayrımı önlemek için ana ve babaya evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ve ulusal yasalarda mevcut veli, vasi, kayyım olma ve evlat edinme veya benzeri müesseselerde eşit hak ve sorumluluklar tanıyacakları kabul edilmiştir.”

Uluslararası Sözleşmeler bağlamında Mahkeme’nin değindiği ikinci Sözleşme Birleşmiş Milletler Siyasi ve Medenî Haklar Sözleşmesi’dir. Gerçekten de Sözleşme’nin “Ailenin Korunması” başlığını taşıyan 23. Maddesinin dördüncü fıkrası şu düzenlemeyi içermektedir: “Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklerle sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur.”

Son olarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne değinen Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesini³ aktararak, konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını şöyle özetlemiştir: "AİHM kararlarında da çok geçerli nedenlerin varlığı dışında, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. Maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını ihlal ettiği kabul edilmektedir."

Önce ulusal hukukumuzdaki değişimi, ardından taraf olunan uluslararası sözleşmelerdeki durumu aktaran Anayasa Mahkemesi, kadın-erkek eşitliği konusundaki mevcut durumun adeta bir fotoğrafını çektikten ve bunun velayet konusundaki izdüşümünü aktardıktan sonra, söz konusu tespitlerini şöyle sonuçlandırmıştır: "*Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa'nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır.*"

Mahkeme, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. Maddesinin ikinci fıkrasını böylece iptal ettikten sonra, ne yazık ki velayeti annede olan çocuğun soyadı ile ilgili sorun çözülememiştir. Çünkü, Yargıtay bu kez de Medeni Kanun'da yer alan bir düzenlemeden hareketle velayeti anneye verilen çocuğun dahi soyadının babanın soyadı olması gerektiğinde ısrar etmiştir.

Anayasa Mahkemesi'nin Yargıtay ve ilk derece mahkemelerinin konuya ilişkin yorumuna müdahalesi Hayriye Özdemir'in gerçekleştirdiği bireysel başvuru üzerine mümkün olmuştur.⁴

Başvuru, boşanma davası sonrasında velayet hakkı tanınan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açılan davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının, karar sonucunu etkileyecek olan iddiaların derece mahkemesi kararlarında karşılanmamış olması nedeniyle gerekçeli karar hakkının ve karar düzeltme talebinin reddi üzerine para cezasına hükmedilmesi nedeniyle mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği hakkındadır.

3 AİHS m. 14: "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır."

4 Hayriye Özdemir Başvurusu (B. No: 2013/3434), Karar Tarihi: 25.6.2015, R.G. Tarih – Sayı: 2.10.2015 – 29490.

Başvurucu, Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesine verdiği 24/2/2012 tarihli dilekçe ile boşanma davası sonrası velayeti kendisine verilen çocuğun soyadının, boşandığı eşinin soyadı yerine kendi soyadı olan “Özdemir” olarak değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiştir. Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesinin 16/4/2012 tarihli kararı ile davanın kabulüne hükmedilmiş ve karar gerekçesinde, Anayasa Mahkemesinin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile, 21/6/1934 tarihli ve 2525 sayılı Soyadı Kanunu’nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “*evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği soyadını alır*” şeklindeki ibarenin iptal edildiği ve iptal kararının Resmî Gazete’de yayımlanmış olduğu, bu kapsamda annenin, çocuğun soyadının kendi soyadı ile değiştirilmesi yönündeki talebinde haklı neden bulunduğu tespitlerine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, ilk derece mahkemesi, Anayasa Mahkemesi’nin Soyadı Kanunu’nun ilgili düzenlemesine ilişkin iptal kararını ve gerekçesini dikkate alarak velayet hakkına sahip annenin soyadı değişikliği talebini haklı görmüştür.

Ancak bu karar temyiz edilmiştir. Yargıtay 18. Hukuk Dairesi 6/6/2012 tarih ve E.2012/5587, K.2012/7122 sayılı kararı ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Bozma kararının gerekçesinde, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 321. maddesi hükmüne göre doğru nesepli çocuğun; babanın (ailenin) soyadını taşıyacağı, boşanma veya ölüm üzerine velayetin annede olmasının soyadında herhangi bir değişikliğe neden olamayacağı, babanın soyadı veya çocuk reşit olduktan sonra kendi soyadı, usulüne uygun olarak açacağı bir dava sonunda verilecek kararla değişmedikçe çocuğun soyadının da değişmeyeceği ifade edilmiştir.

Bozma sonrası Diyarbakır 5. Asliye Hukuk Mahkemesi davanın reddine karar vermiş ve karar gerekçesi olarak Yargıtay bozma ilamına işaret etmiştir. Daha sonra bu karar onanmış ve karar düzeltme talebi de reddedilmiştir.

Yargıtay’ın dayandığı 4721 sayılı Kanun’un “Soyadı” kenar başlıklı 321. maddesi şöyledir:

“Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; (...) soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”

4721 sayılı Kanun’un “Adın değiştirilmesi” kenar başlıklı 27. maddesi ise şöyledir:

“Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.

Adın değiştirildiği nüfus siciline kayıt ve ilân olunur.

Ad değişmekle kişisel durum değişmez.

Adın değiştirilmesinden zarar gören kimse, bunu öğrendiği günden başlayarak bir yıl içinde değiştirme kararının kaldırılmasını dava edebilir.”

Hatırlanacağı üzere, 2525 sayılı Kanun’un Anayasa Mahkemesi’nin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilen 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi şöyledir: *“Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.”* Anayasa Mahkemesi, işte bu düzenlemeye ilişkin iptal kararındaki eşitlik anlayış ve yorumunu, bireysel başvuru üzerine hatırlatmak ve dikkate sunmak durumunda kalmıştır:

“Velayet hakkı kapsamındaki yetkiler dahilinde olan çocuğun soyadının belirlenmesi hususu ise evliliğin feshi veya boşanma bağlamında, 2525 sayılı Kanun’un Anayasa Mahkemesi’nin 8/12/2011 tarihli ve E.2010/119, K.2011/165 sayılı kararı ile iptal edilen 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde düzenlenmiş ve ilgili hükümde, evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile çocuğun, babasının seçtiği veya seçeceği adı alacağı belirtilmiştir. Esasen söz konusu düzenlemenin 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 15. Maddesinde yer alan, kocanın evlilik birliğinin reisi olduğu kabulüne dayandığı anlaşılmaktadır. 4721 sayılı Kanun ile söz konusu düzenleme kaldırılmış ve eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri, birliği beraber yönetecekleri, eşlerden her birinin, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edecekleri yönünde düzenlemeler getirilmek suretiyle eşlerin evlilik birliğinde eşit hak ve yükümlülükler sahip olduğu kabul edilmiştir.”

Görüldüğü üzere Anayasa Mahkemesi, çocuk üzerinde eşlerin sahip olduğu velayet hakkının, eşler arasındaki eşitlik anlayışındaki değişimden bağımsız bir biçimde yorumlanamayacağına dikkat çekmiştir.

Anayasa Mahkemesi hakka bir müdahalenin varlığını belirledikten sonra, tam da konumuzla ilgili şu tespitini aktarmıştır: *“Müdahaleye temel alınan kanun hükmünün yorumlanması Anayasa Mahkemesinin görevi olmamakla birlikte başta yargısal organlar olmak üzere kurumsal makamların, ilgili yasa hükmünün uygulanmasında anayasaya uygun bir yorum tarzını benimsemeleri gerekmektedir.* Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin görevi, söz konusu yorum ve uygulamanın Anayasa’ya uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır”.

Anayasa Mahkemesi işte tam da bu noktada, bireysel başvuru sayesinde bu denetimi gerçekleştirme olanağına kavuşmuştur. Bireysel başvuru olmasaydı, Anayasa Mahkemesi'nin norm denetimi yoluyla önüne gelmesi halinde ilgili yasayı iptal etmek dışında bir zorlayıcı gücü olamazdı. Oysa, iptal yaptırımına her anayasaya aykırı sonuç nedeniyle başvurulamayacağı gibi, başta yasal boşluğun yaratacağı sakıncalar ve ilgili yasanın dayanak oluşturduğu haklar olmak üzere pek çok konuda olumsuz sonuçlara neden olacağı için, her durumda iptal yaptırımına başvurulması uygun düşmeyebilir de.

İkinci Bölüm tarafından verilen öncü niteliğindeki bu kararda, Medeni Kanun'un ilgili hükmüne ilişkin Yargıtay yorumu nedeniyle hak ihlaline sebep olduğu belirtilirken, Anayasa Mahkemesi hem Anayasa'nın 20. maddesinin (AİHS 8. Madde karşılığı olarak) ihlal edildiğini belirtmekte, hem de ilgili Medeni Kanun hükmünün belirlilik yönünden yetersiz olduğundan bahisle, maddi yönden yasanın taşınması gereken belirliliğe sahip olmadığını ileri sürmektedir. Bu ikinci gerekçeye gerek olup olmadığı bence tartışmaya açıktır. Aslında, Medeni Kanun hükmünün Yargıtay'ın lafzi yorum çerçevesinde belirttiği şekilde anlaşılması pekala mümkün görünmektedir. Ancak, asıl sorun Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'dan ve AİHS başta olmak üzere taraf olunan ilgili uluslararası düzenlemelerden çıkarımsadığı eşitlik anlayışı ile, Medeni Kanun hükmüne yüklenen anlam arasındaki uyumsuzluktur. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay'ın belirli olmayan bir yasaya dayanması iddiası yerine, doğrudan Medeni Kanun normunun ileri sürülen yorumunun Anayasa'ya (ve bu arada temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir antlaşma olan AİHS'e) aykırılığına dayanmalı ve kararının bir yerinde de belirttiği gibi, Yargıtay'ı ve ilk derece mahkemelerini 2525 sayılı Kanun'a ilişkin iptal kararındaki Anayasa'ya uygun yoruma davet etmeliydi. Nitekim, Mahkeme kısa bir süre sonra verdiği bireysel başvuru kararlarında, Medeni Kanun'un ilgili normunun hakka müdahale için belirli olmadığı iddiası yerine, doğrudan ve sadece diğer gerekçeye dayanmıştır.

AYM Genel Kurul kararı olması nedeniyle ayrı bir öneme sahip bulunan bu doğrultudaki Nurcan Yolcu başvurusu anılabilir.⁵ İkinci Bölüm'ün Hayriye Özdemir başvurusu üzerine verdiği karardan yaklaşık beş ay sonra Genel Kurul tarafından verilen bu kararda Mahkeme, evlilik içinde ve evlilik sona erdikten sonra eşler arasında eşitliğin ne anlama geldiğini hatırlattıktan ve

5 Nurcan Yolcu Başvurusu (B. No: 2013/9980), Karar Tarihi: 11.11.2015, R.G. Tarih – Sayı: 31.12.2015 – 29579.

AİHM içtihadına da değindikten sonra, doğrudan Anayasa'nın 20. (AİHS m. 8 izdüşümü olarak) ve 10. maddelerine (AİHS m. 14 izdüşümü olarak) aykırılık tespit etmiştir. Bu kararda, Medeni Kanun'un ilgili normunun yeterince belirli olmadığı yönünde bir iddia bulunmaması bizce de daha isabetlidir.

Sonuç olarak başta da belirttiğimiz gibi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru olmasaydı, Yargıtay'ın yorumu nedeniyle, asıl amacı evlilik içi doğan çocuğun tek bir soyadı olmasını sağlamak olan Medeni Kanun kuralı – Anayasa Mahkemesi tarafından annenin velayeti altındaki çocuğun soyadına ilişkin başka bir kanunun kısıtlayıcı kuralı iptal edildiği halde – velayet hakkı sahibi anneler ve çocukları açısından sınırlayıcı sonuçlar doğurmaya devam edecekti. Böylece, bireysel başvuru Anayasa'nın üstünlüğünün gerçek anlamda hayata geçmesini sağlayarak önemli bir işlevi yerine getirmektedir.

Diğer taraftan, Türkiye'de Anayasa Mahkemesi kararlarının gerekçesinin hiçbir biçimde bağlayıcı olmadığı yönündeki yaygın ve bazen Anayasa yargıçları tarafından da benimsenen görüşün isabetli olmadığı da ortaya çıkmış bulunmaktadır. Mahkeme kararlarının gerekçelerini, “mutlak bağlayıcı- hiçbir biçimde bağlayıcı değil” şeklinde adeta siyah-beyaz olarak ele alan bu yaklaşımın isabetliliği de ayrı bir tartışma konusudur. Aslında olması gereken, gerekçelerin mutlak biçimde bağlayıcı olup olmadığını tartışmak değil, gerekçeden ve yorumdan beklentilerimizi tespit etmek, ardından da bu beklentilerimizi karşılayabilecek bir “gerekçe otoritesinin” varlığını tanımaktır. Gerekçenin otoritesi, kararın meşruiyetini de sağlamaktadır. Bu nedenle gerekçenin otoritesi, “hukuk nedir?” sorusunun, “Anayasa kuralı nedir?” sorgulamasının önemli bir yerinde durmaktadır. Anayasaya uygun yorumun, temel hak ve özgürlüklerin korunmasını sağladığı ölçüde, Anayasa'nın üstünlüğüne de hizmet edeceği açıktır. Bu hususta Türk hukukunun istenen noktaya gelmesi, ancak bu yolla olabilirdi demek belki üzücü görülebilir, ancak böyle bir iddia bir o kadar da gerçekçidir. Zira Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin Soyadı Kanunu'na ilişkin iptal kararının gerekçesini dikkate almış olsaydı, Medeni Kanun'un ilgili kuralını yapmış olduğu gibi yorumlamazdı.

Hukuk metodu ile Anayasa hukukumuzun yolu şüphesiz başka noktalarda da kesişmektedir. Bunlardan bir diğeri, Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrasına 2004 yılında eklenen cümle ile birlikte ortaya çıkan durumdur. 2004 yılında Anayasa'ya eklenen ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunlar arasında çatışma olması halinde

milletlerarası antlaşmaların esas alınması gerektiğini belirten bu cümle bence bir özel nitelikli norm çatışma kuralıdır. Çünkü ikisi de kanun hükmünde olan iki normatif düzenlemeden, yani bir kanun ile usulüne göre yürürlüğe konulmuş bir milletlerarası antlaşmadan, hangisinin uygulanacağını (ve doğal olarak hangisinin ihmal edileceğini) bu kural belirlemiştir. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin önemli bir reform olarak kabul gören bu kuralın gerçek etkisi de ne yazık ki, ancak bireysel başvurunun kabulü ile gözlenebilir hale gelmiştir. Şayet bu çatışma kuralından beklenen amaç AİHM içtihadının temel hak ve özgürlüklerin norm alanının somutlaştırılmasında (ve yorumlanmasında) etkin olmasını sağlamak idiyse, bu ancak bireysel başvuru ile mümkün olabilmiştir. Sonuçları itibariyle hala hukuk camiasından ve kamu erki kullananlardan kaynaklı itirazlara maruz kalan bu çatışma kuralının gerçek etkisi, parlamentonun kabul ettiği kanunların somut bazı sonuçlarının, temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmaların uygulanma ve yorumlanması ile somutlaşan norm alanları ile çatıştığı ölçüde, ihmal edilmesini gerektirmektedir. Böylece, “Kanun vardır, hukuk budur ve sonucu budur” anlayışından, “Kanun ancak temel hak ve özgürlüğe ilişkin antlaşma ile çatışmadığı ölçüde uygulanabilir ve hukukun kaynağı olabilir” anlayışına geçilmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru olmasaydı, bu sonucun ortaya çıkması da pek mümkün olamazdı. Bu iddiayı, 2004 yılında Anayasa’nun 90. maddesinin değiştirilmesinden 2012 yılında bireysel başvurunun işlemeye başlamasına kadar geçen süreçte, yeterince teyit etmiş bulunuyoruz.

“Anayasa madde 90/5 ek cümle – AİHS – Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru” üçgeninde sağlanan bu koruma sisteminin uygulanmasında da sorunlar yaşanmamış değildir. Örneğin, Anayasa m. 90/5 ek cümle uyarınca ne yapılması gerektiği konusunda bir bocalama süreci yaşanmıştır. Anayasa Mahkemesi, yine bir soyadı meselesi ile ama bu kez evli kadının soyadı meselesi ile ilgili bireysel başvuru kararında, aslında hiç gereği yokken, iki bağdaşmaz yaptırım türünü bir araya getirmeye çalışmıştır. Bir kanun, temel hak ve özgürlüğe ilişkin milletlerarası antlaşma ile çatışıyorsa ne yapılmalıdır? Mahkeme: 1) Söz konusu kanun ihmal edilmelidir; 2) Söz konusu kanun aslında yoktur (mülgadır). Mantık gereği ikisi bir arada olamayacak iki yaptırım işte Sevim Akat Eşki kararında bir arada anılmıştır.⁶ Bir kanun ya vardır, ya yoktur; hem var, hem yok olamaz. Oysa Anayasa Mahkemesi, hem yok hükmündedir (mülgadır), hem de vardır ama ihmal edilmelidir sonuçlarını aynı karar gerekçesinde anmıştır. O kadar ki,

⁶ Sevim Akat Eşki Başvurusu, (B. No: 2013/2187), Karar Tarihi: 19.12.2013.

gerekçenin bir yerinde, kanunun yokluğu nedeniyle Anayasa madde 13'ün dahi ihlal edildiğini iddia etmiştir. Bu akıl yürütme isabetsiz olduğu kadar tehlikelidir. Şöyle ki:

1) 90. maddedeki ek cümlelerin gereği olarak temel hak ve özgürlüklere ilişkin antlaşmalarla çatışan kanunların ilga edilmiş olduğunu savunursak, milletlerarası antlaşmalara kıyasla temel hak ve özgürlüklerin lehine olan kanunların uygulanma şansını ortadan kaldırmış oluruz. Oysa her şeye rağmen amaçsal yorum çerçevesinde lehe olan kanunların geçerliliği ve uygulanabilirliğini savunmak mümkündür.

2) Kanunun geçersizliğine hükmedebilecek organ Anayasa Mahkemesi'dir. Eğer temel hak ve özgürlüğe ilişkin milletlerarası antlaşma ile çatışan kanun geçersiz hale gelir dersek, hangi normun geçersiz olduğunu tespit etmek için Anayasa Mahkemesi'ne bakmamız yetmez, AİHM'e de bakmamız gerekir. Bir ulusal kanunun geçerliliğinin uluslararası bir yargı organının kararına bağlı olması herhalde kaotik bir duruma sebep olacaktır ve bu nedenle kabul edilebilir görünmemektedir.

3) Geçersiz olduğu iddia edilen kanun, bir tarafı ile hak ve özgürlükler üzerinde müdahaleye sebep oluyorsa da, bazı diğer somut sonuçları itibariyle hak ve özgürlüklere dayanak teşkil ediyor, onları güçlendiriyor, hatta kamu düzeninin sağlanmasına katkıda bulunuyor olabilir. Örneğin, bazı evli kadınlar eşlerinin soyadını taşımak istiyor olabilirler ve buna olanak sağlayan da bir yönüyle hak ihlaline sebep olduğu belirtilen Medeni Kanun'un aynı düzenlemesidir. Norm somutlaşması çerçevesinde bir boyutuyla hak ihlaline sebep olan bir kanun metni (örneğin, evli kadın eşinin soyadını almak zorundadır), bir yönüyle kamu düzeninden olan adın oluşmasında hak tanıyabilmektedir (örneğin, evli kadın eşinin soyadını alabilir).

Yukarıda söylediklerimizle ilgili olarak şunu hatırlatabiliriz: bazı akademisyenler, Anayasa Mahkemesi'nin Sevim Akat Eşki kararından ilham alarak, AİHM içtihatları çerçevesinde hak ihlalinin kaynağı olarak işaret edilen kanunların yok olduğunu iddia etmeye başlamışlardır. Bu görüşe katılmak, hele hiçbir ayırım yapmaksızın bunun tüm kanunlar için geçerli olduğunu iddia etmek mümkün görünmemektedir. Aksi halde, ulusal hukukumuzdaki geçerli normların neler olduğunu tespit etmek içinden çıkılmaz bir soruna dönüşebilir.

Diğer taraftan, buna gerek de yoktur. Çünkü, kanunun hak ihlaline sebep olan somut hükmünün ihmal edilmesi, hak ihlalinin sona ermesi için yeterli olabilir, ya da en azından bunun önünü açabilir. Evli kadının

soyadı meselesinde, Anayasa Mahkemesi kararına rağmen, hala her kadının mahkemeye başvurmak zorunda olması, hatta nüfus müdürlüklerinin mahkeme kararlarını temyiz etmek suretiyle sürecin uzamasına sebep olmaları şüphesiz önemli bir sorundur. Hala nihai çözüm, kanun koyucudan beklenmektedir. Ancak, alınan mesafenin de küçümsenmemesi gerekir. Bireysel başvuru olmasaydı, Anayasa 90. maddeye ek cümle eklenmemiş olsaydı, hala evli kadının soyadı meselesiyle uğraşılıyor olacaktık.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşma ile çatışan kanunların, bireysel başvuru sayesinde somut yönleriyle ihmal edilmesinin örneği sadece evli kadının soyadını düzenleyen TMK hükümleriyle ilgili de değildir. Askeri idari yargıda zamanaşımı, eşlerin çocuk üzerinde birlikte velayeti, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun aksi düzenlemesine rağmen nüfus kaydı kapatılanların kayıtlarında değişiklik yapılabilmesi⁷, velayeti annede olan çocuğun soyadı, ilgili kanuni düzenlemelerin ihmal edilmesi ile mümkün olmuştur. Üstelik burada, bireysel başvurunun öğretici/egitici etkisinden de bahsedebiliriz, zira bu saydığımız örneklerden ilk ikisinde doğrudan Anayasa Mahkemesi'nin bir etkisi bulunmamaktadır. Sadece son iki örneğimiz bireysel başvuru kararları ile şekillenmiştir. Örneğin, boşanmış eşlerin çocuk üzerinde birlikte velayetinin kabulü uluslararası antlaşmaları ve bunlara ilişkin içtihatları dikkate almak zorunda kaldığını fark eden Yargıtay tarafından geliştirilmiştir.⁸ Sonuç olarak hukukumuzun ne olduğunu belirlerken Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları artık eskisine göre çok daha belirleyicidir.

Bir başka mesele "içtihat istikrarı" meselesidir. Bu da şüphesiz, bir hukuk metodolojisi sorunudur; çünkü "Hukuk nedir?", "Hukukun kaynakları nelerdir?" gibi sorulara yanıt ararken yargısal içtihat, emsal karar ve içtihat istikrarı kavramları gündemimize girmektedir. İchtihat tutarlılığının önemi, bireysel başvuru çerçevesinde Anayasa Mahkemesi'nin müdahaleleri ile anlaşılmıştır. Diğer bir deyişle, bireysel başvuru olmasaydı böyle bir katkı pek mümkün olamazdı dersek abartmış sayılmamalıyız.

7 Aslan Faruk Toprak Başvurusu, (Başvuru No: 2013/2957).

8 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin E.2016/15571 sayılı kararı. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bu kararıyla, ortak (birlikte) velayetin Türk kamu düzenine açıkça aykırı olmadığına ve Türk toplumunun temel yapısı ve temel çıkarlarını ihlal etmediğine karar vermiştir. Böylece, ortak velayetin Türk kamu düzenine aykırı olduğu yönündeki yerleşik içtihadını ve Türk Medeni Kanunu'nda ortak velayetin bulunmadığına ilişkin doktrini terk etmiştir.

Bu gelişme nasıl yaşanmıştır? Anayasa Mahkemesi, mesela alt derece mahkemesi ile üst derece mahkemesi arasındaki içtihat tutarsızlığının hak ihlaline sebep olduğunu söylemiştir. Yine Yargıtay ve Danıştay bünyesindeki iki daire, hatta bazen üç dairenin içtihatlarındaki tutarsızlığı hak ihlali olarak görmüştür. Bu gibi durumlarda ihlal edilen, gerekçeli karar hakkı üzerinden adil yargılanma hakkı olmaktadır.

Yargısal içtihat niye önemlidir? İchtihat tutarlığı, hukuki güvenlik ilkesi ve hukuki istikrar açısından önemlidir; çünkü bir hukuk devletinde bir normun, bir yasal düzenlemenin bizim üzerimizde, hukukumuzda nasıl sonuçlar doğuracağını bilmek isteriz. Emsal karar odaklı, içtihat hukuku odaklı olduğu bilinen (ama içtihat hukukunun sanıldığı kadar baskın olmadığı da belirtilen) ortak hukuk (*common law*) kültüründe içtihat hukukundaki değişikliklerin önemsenmesi bu yüzdendir. Hukukun daha ağırlıklı kaynağı yargı içtihadı olarak kabul edildiği için, bundaki keyfiliklerin ve yeterli gerekçelendirilmemiş değişikliklerin hukuki güvenlik ilkesi açısından tehlike doğurduğu kabul edilmektedir. Şimdi Anayasa Mahkemesi, bu bireysel başvuru yöntemi sayesinde hak ihlali kararlarını vererek ilgili mahkemelerin ve hatta yüksek mahkemelerin aynı normu farklı şekilde uygulamasının hak ihlali doğurduğunu söylemiştir. Burada yalnız son bir cümle olarak şunu söylemek isterim: Anayasa Mahkemesi Mehmet Arif Madenci kararında bence hiç gereği yokken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden bir esinlenme içine girmiştir. İchtihat istikrarsızlığının hak ihlali oluşturduğunu tespit ettiği önceki kararlarının aksine, Mehmet Arif Madenci kararında, tekil (tek bir olayda gözlenen) bir içtihat farklılaşmasının hak ihlali doğurmayacağını iddia etmiştir. Kanaatimce, bir ulusüstü yargı organı olan AIHM'in ulusal yargı organlarının – hatta çoğu kez ulusal temyiz mahkemelerinin – tekil içtihat farklılığını bu bağlamda hak ihlali saymaması kabul edilebilir. Ancak, bir ulusal yargı mercii olan Anayasa Mahkemesi'nin neden yerleşik içtihattan dönüldüğünü sorgulamasında, ya da bir temyiz mahkemesinin neden aynı nitelikteki benzer olaylarda kanunu ve olguları farklı yorumladığını irdelemesinde, yargının keyfililiğine son verilebilmesi ve arzu edilen adil yargılanma hakkına kavuşulabilmesi yönlerinden büyük fayda vardır.

Beni dinlediğiniz için teşekkür eder, saygılar sunarım.