

AİLE HUKUKUNUN ÖZELLİKLERİ, İLKELERİ VE GELİŞİMİ



Prof. Dr. Rona SEROZAN

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
rona.serozan@bilgi.edu.tr

Yrd. Doç. Dr. Başak BAŞOĞLU

İstanbul Kemerburgaz Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
basak.basoglu@kemerburgaz.edu.tr

Yrd. Doç. Dr. Berk KAPANCI

MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
berk.kapanci@mef.edu.tr



ÖZET: Aile Hukuku, sağlıklı ve huzurlu bireyler arasındaki ilişkiler söz konusu olduğunda müdahalenin mümkün olduğunca az olması gereken “minimalist” bir hukuk dalıdır. Bununla birlikte, Aile Hukuku ilişkilerinin ve özellikle ailedeki zayıf bireylerin korunması gerektiğinde de müdahale kaçınılmazdır. Son yıllarda modern hukuk sistemlerinin aile ilişkilerine bakış açısında eskisine göre belirgin bir farklılaşma gözlemlenir. Bu yazıda öncelikle aile hukukunun özellikleri, ilkeleri ve modern toplumlardaki gelişiminin incelenmesi, daha sonra da son yıllarda modern aile hukuklarında gündeme gelen aynı cinsiyetten kişilerin fiili yaşam birliktelikleri ile aile hukukunun statüden sözleşmeye dönüşümü konularının özel olarak ele alınması amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aile Hukuku, Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evlilik Dışı Yaşam Birliktelikleri, Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evlilik Dışı Yaşam Birliktelikleri, Aile Hukukunun Sözleşmesel Temellere Dayandırılması, Eşler Arası ilişkiler, Anne-Baba ve Çocuk Arasındaki İlişkiler.

Characteristics, Principles and Development of Family Law

ABSTRACT: Family law is a “minimalistic” branch of law where the legal intervention should be exceptional in case of healthy and peaceful relations between individuals. On the other hand, legal intervention is unavoidable in case it is required to protect the family law relations, especially the weak parties. Recently it is observed that the family relations in the modern legal systems has significantly changed in comparison to the past. The aim of this article is firstly to evaluate the characteristics, principles and the development of the modern family law; and secondly to focus on the cohabitation of the same sex couples and the contractualisation of family law, which are recently the most debated issues in the modern legal systems.

Keywords: Family Law, Cohabitation of the same sex couples, Cohabitation of different sex couples, Contractualisation of Family Law, Relations between the spouses, Parent-child relations.

Önsöz

Profesör İlhan Ulsan özellikle “Malvarlığı Hukuku” alanındaki yapıtlarıyla parlemiş bir hukuk bilimcisi ve öğreticisi sayılsa bile, “gönül dünyasının zenginliği ve ailevi ilişkilerinin sıcaklığı” ile, aynı zamanda “Kişi Varlığı Hukuku” ve bu bağlamda “Aile Hukuku” alanında ülkenin en duyarlı hukukçularından biri olmuştur. Bu nedenle, Aile Hukukundaki güncel gelişmeleri ele alan bir yazının İlhan Ulsan’a “Armağan” a adanacak amaca uygun bir yazı olduğunu sanıyoruz.

MEDENİ KANUN’UN AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN KURALLARININ ÖZELLİKLERİ

Medeni Kanun’un Aile Hukuku Kitabı rekor sayıda (376 adet) kuralıyla dikkat çeker. (MK 118 - 494) Ama çelişki şuradadır ki bu kurallar MK’nın en az uygulanan kurallarıdır. Zaten kuralların bir çoğu da “eksik kurallar” görünümündedir.

Bir kere, sağlıklı ve huzurlu ailelerde aile bireyleri arasında ilişkiler hukuksuz, yasadışı, kuralsız yürür. Parasal sorunlar hiç gündeme gelmez. Arada sırada ortaya çıkan görüş ayrılıklarında da kararlar uzlaşma yoluyla verilir. Bu nedendir ki Aile Hukukuna “minimalist hukuk” gözüyle bakılır.

Kaldı ki aile yaşamında “zorla güzellik” olmaz. Eş sadakate, çocuk da itaate zorlanamaz. Yasada yer alan yükümlerin çoğu dava edilemez ve zorla yerine getirilmesi sağlanamaz yükümlerdir. MK 185 ile MK 322 kuralları bu açıdan tipiktir: MK 185: “Eşler evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitimine ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.” MK 322: “Ana baba ve çocuk ailenin huzurunun ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler.” Mutluluk sağlama, dayanışmada bulunma, sevgi ve saygı gösterme, aile onurunu gözetmek zorla sağla-

nır mı hiç? Bu arada nişanlanmanın evlenmeye zorlama hakkı vermemesi de Aile Hukukunda “zorla güzellik olmayacağı” gerçeğini vurgular. (MK 119)

Aile Hukukunda sıkça rastlanan böylesi soyutun soyutu “*light*” (*soft*) kuralları, kişileri eşit ve özgür sayan Ulusalüstü Sözleşme ve Anayasa kuralları gibi, dolaysız uygulama gücünden (*self executing power*) yoksun “eksik kurallar” görünümündedir. Bu eksik kurallar, olsa olsa, yorum ve boşluk doldurma alanlarında hukukçuya ışık tutabilir.

Görülüyor ki Aile Hukuku kuralları “minimalist” ve (*soft*) kurallardır. Öyleyse aile ilişkilerinin niçin yasada düzenlendiği, hele niçin bu denli geniş kapsamda düzenlendiği sorulabilir. Bu soruya verilecek yanıt açıktır: Toplumsal düzen, kamu güveni, kadınla çocuğun korunması ve kayırılması (pozitif ayrımcılık) ve kendi başlarına buyruk hareket edemeyenlere kol kanat gerilmesi gereksinimi aile ilişkilerinin (bu kapsamda olmasa bile) yasal kalıplara dökülmesini (yasada düzenlenmesini) kaçınılmaz kılmıştır.

Nitekim bu gereksinimledir ki Aile Hukuku dalındaki kuralların önemli bir bölümü kamusal, buyuruculuk ve şekilcilik özellikleriyle donatılmıştır. Gerçekten de Aile Hukukunun üç ayağını oluşturan evlilik, soybağı ve vesayet düzenlemeleri kamusal, buyuruculuk, şekilcilik ve tip sınırlılığı ilkeleriyle kuşatılmıştır.

Örnek verelim: Evlilik ve soybağı statüsüne ilişkin kuralların çoğu buyurucudur. Tüm işlemler sıkı formalitelere bağlıdır. İlişkilerin çözülme nedenleri sınırlı biçimde (tahdidi olarak) sıralanmıştır. (Yoksa tadadi olarak değil!) Nişanı bozma hakkı gibi bozucu yenilik doğuran haklar ancak dava yoluyla kullanılabilir. Dahası, vesayet kamu makamlarınca yürütülür ve denetlenir.

Korumacılık eğilimi karşısında, Aile Hukukunda özel hukukun kamu hukuku ile kesiştiğini söyleyenler bile vardır. Demek ki Aile Hukuku bir bölümüyle *soft* ve *light* kurallardan oluşurken, bir bölümüyle de düpedüz kamusal, buyurucu ve şekilci kurallardan oluşmaktadır.

Ama kamusal çizgiler ne denli kalın olursa olsun, asıl belirgin çizgi, eşit kabul edilen bireyler arasında özerk iradeyle kurulduğu varsayılan ilişkilerde ortaya çıkar. Aile Hukuku tüm makam katılımının bolluğuna karşın devlet müdahaleciliğinin dışında kalan bir özel hukuk dalı sayılır. Nişanlılık ve evlilik serbestçe kurulur, parasal anlaşmalar serbestçe oluşturulur, çocuk serbestçe tanınır ve evlat edinilir. Nitekim Aile Hukuku her zaman ve her yerde özerkçe oluşturulan ilişkilerin özel hukuk dalı olarak ele alınmıştır.

Son zamanlarda Aile Hukukunun gelişim süreci “statüden sözleşmeye” (*from status to contract*) deyiimiyle özetlenebilecek bir yöne akmaktadır.¹ Şöyle

¹ Türk Aile Hukukunda statüden sözleşmeye dönüşümün (*the contractualisation of family law*) sınırları, bu arada tip sıklığı, kamunun müdahaleciliği, kadınların ve çocukların yargısal korunma gereksinimi konularında Bkz. KAPANCI, Kadir Berk: Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?, Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law, İstanbul 2015, s.97-109.

ki devlet kamusal elini Aile Hukuku ilişkilerinin kuruluşunda formalitelerden ve ilişkilerin çözülüşünde de yargısal denetimden tam anlamıyla çekmiş olmasa bile, kamusal elini bu ilişkilerin içeriğinden gittikçe daha fazla çekmektedir. Ancak görece zayıf çocukların ve kadınların korunmaları söz konusu olunca kamusal karakterde buyurucu ve müdahaleci kurallar devreye sokulmaktadır. Özellikle horlanan ve hırpalanan çocuklar yararına ana babanın kamusal denetimi, “*parens patriae*”, gereği, giderek ağırlık kazanmaktadır.

AİLE HUKUKUNDA RASTLANAN OLGULARIN, YÜKÜMLERİN VE HAKLARIN KENDİNE ÖZGÜ NİTELİKLERİ

Aile Hukuku, malvarlıksal (parasal) karakteri ağır basan Medeni Kanun'da (özellikle malvarlıksal karakteri belirgin Eşya, Miras ve Borçlar Hukuku Kitapları ile karşılaştırıldığında) kişi varlığına öncelik ve ağırlık veren bir hukuk dalıdır. Bu hukuk dalında kişinin gönül alemine yakından bağlı “sürekli yaşam birliktelikleri”, “kişiye sıkı biçimde bağlı haklar” ve “kişilik hakları” ile “bağlılık, yardımlaşma ve dayanışma yükümleri” ön planda ve aile hukukçusunun gündeminin başında yer alır.

Aile Hukukunda ender rastlanan malvarlıksal katılım (paylaşım), nafaka ve tazminat istemlerine Borçlar Kanunu kuralları, kuşkusuz, bu istemlerin özellikleri gözetilerek, örnekseme yoluyla uygulanır. (MK 5)

Kişi varlığı eksenli Aile Hukukunda hukuksal olgular, ilişkiler, yükümler ve haklar da doğal olarak kendine özgü bir karakter taşır:

Bir kere, Aile Hukukunda karşılaşılan hukuksal olgular klasik hukuksal işlem kavramına altlanamaz. Nişanlanma klasik sözleşmeye benzemez; evlenmeye zorlama hakkı vermez. Evlenme sanki evlenen çifti yasaca önceden belirlenmiş olma özel bir statüye sokan bir “şart - tasarruf” görünümündedir.² Evlat edinme de bir yargısal tasarruf (*décret*) ile oluşturulmaktadır. Yoksa bir sözleşmeyle değil!

Bu ilişkilerin tümü de sınımsız güven bağlarıyla düğümlenmiş sürekli yaşam birliği ilişkileridir.

Sonra, evvelce belirtildiği gibi yükümler gerçek anlamda yüküm sayılamaz. Aile içinde sadakat, itaat ve dayanışma yükümlerinin dava edilip zorla yerine getirilmesi düşünülemez. Geride anılan MK 119, 185 ve 322 kuralları Aile Hukukunda “zorla güzellik olamaz” özdeyişini çarpıcı biçimde yansıtır.

Öte yandan, velayet, vesayet, ev başkanlığı ve evlilik birliği hakları da klasik egemenlik haklarına benzemez. Bu haklar başkalarını engelleme (yasakla-

² Öte yandan, öğretilerdeki ağırlıklı görüşe göre, evlenme bir aile hukuku sözleşmesi niteliğindedir. Evlenmenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper, Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2014, s.46-47.

ma) yetkisi verse bile, küçük çocuk, kısıtlı, eş ve ev halkı üstünde herhangi bir egemenlik sağlamaz. Bunlar mülkiyet gibi bencil (egoist) haklar olmayıp, özgecil (altruist) haklar olarak sahibine yükümler de yükler. Öyle ki bu haklar için “yüküm - hak” deyimini bile kullanılır.

Bu kendine özgü haklar kişiye sınıksız bağlıdır; devredilmeye, mirasçılara geçmeye ve feragat elverişli sayılmazlar; zamanaşımına uğramazlar ama bazen başka hakların zamanaşımına uğramasını engellerler.

Hakların kullanılmasında kişiye sıkı biçimde bağlılık, temsil yasağı, feragat yasağı, koşul düşmanlığı ve buyurucu kural çokluğu belirgin özelliklerden sayılır.

AİLE HUKUKUNUN KENDİNE ÖZGÜ İLKELERİ

Aile Hukukunun temel ilkeleri olarak, tümü de birbirine bağlı olarak şunlar anılabilir:

a) Bireycilik, b) *numerus clausus*, c) tip sıklığı, d) hukuksal güvenlik (kararlılık ve kalıcılık), e) ilişkilerin sebebinin sorgulanmazlığı (bir tür sebepten soyutluk), f) kişiye sıkı biçimde bağlılık (el değiştirmezlik, mirasçılara geçmezlik, rehin ve haciz edilmezlik), g) dava edilmezlik ve cebren icra edilmezlik, h) “koşul” ve “vade” kaldırmazlık.

Bu ilkelere özel olarak “statüye bağlılık” ilkesini de eklemelidir. Bununla kast edilen şudur: Nişanlılık, evlilik ve soybağı ilişkilerini kurma ve bozma buyurucu ve şekilci kurallara bağlanmış oluşu gibi, bu ilişkilerin içeriği de kişilerce üzerinde tasarruf edilemez sıklıkta biçimlenmiştir.

Yalnız şu var: Geride “statüden sözleşmeye” (*from status to contract*) gelişim süreci bağlamında da belirtildiği gibi, son zamanlarda ibre sözleşme serbestliğine doğru kaymaktadır. Şu da var ki sözleşme serbestliğinin aşılmaz sınırı özel bir korumayı ve pozitif ayrımcılığı (kayırmayı) gereksinen çocukların üstün yararınadır.

AİLE HUKUKUNUN İDEOLOJİK VE ETİK BOYUTU

Aile Hukukunun dikkat çeken bir özelliği de bu hukuk dalının ideolojik boyutunda su üstüne çıkar. Dinsel hukuk – laik hukuk çekişmesi en keskin biçimde bu alanda ortaya çıkar. Tek eşlilik ile çok eşlilik, salt dinsel törende evlenmek ile resmi nikah, kadının koca ve çocuğun da baba karşısındaki konumu, evlilik dışı ilişkilerin ve bu ilişkilerin ürünü çocukların durumu hep bu ideolojik tartışmanın konuları olmuştur.

Dahası, Aile Hukukunun ahlak (etik) alanına uzanan duyarlı bir boyutu daha vardır: Evlilik dışı yaşam birlikteliği, yapay dölleme olanakları, kiralık taşıyıcı annelik gibi ahlaki değer yargılarını gündeme getiren duyarlı konular hep bu hukuk dalının ilgi ve sürtüşme alanına girer. Bu alanlardaki görüş ayrılıkları da geniş ölçüde kişilerin ahlak anlayışına bağlı kalır.

Bütün bu özellikler Aile Hukukunu Medeni Kanun'da benzerine kolay kolay rastlanmayan kendine özgü bir hukuk dalına çevirir.

AİLE HUKUKUNUN GELİŞİM SÜRECİ

Aile Hukukunun tarih boyunca, hiç değişmeden, Medeni Kanun'da şimdi düzenlenmiş olduğu gibi donup kalmış olduğu sanılmamalıdır. Aile Hukuku ailenin yapısı ve işlevi ile birlikte sürekli kabuk değiştirmektedir. Bu değişim süreci de toplumun sosyo-ekonomik yapısındaki ve özellikle üretim ve mülkiyet ilişkilerindeki gelişmelerle bağlantılıdır.

Sanayi kapitalizmi öncesinde aile bir ekonomik üretim birimidir; aynı zamanda erkeğin (aile babasının) kapalı mülkiyet kulübüydü. Nitekim "familia"nın "pater familias"a ait malları ve köleleri kapsayan bir hukuksal birim olarak nitelendirilmesi bu gözlemi doğrular.

Sanayi kapitalizminde üretim toplumsallaştı; kadın ve çocuk aile dışında bağımlı çalışma yaşamına (iş hayatına) girdi. O zaman ailenin işlevi ve yapısı da değişti. Aile küçüldü ve özerk kabuğuna, çekirdeğine çekildi. Evde çocukla ilgilenecek aile ferdi kalmadı.

Tarıma bağlı feodal ekonomik yapının erkek egemen (ataerkil) büyük çiftlik ailesi kapitalist sanayi toplumunda küçük çekirdek aileye dönüşünce de aile mülkiyetinin kuşaklar boyu dondurulması (aile fideikomileri) yasaklandı, özel bir korumayı gereksinen kadınların ve çocukların hukuksal koruması geliştirildi; evlilik dışı çocukların hukuksal durumu iyileştirildi.

Boşanma serbestliğinden veya yasağından yargısal boşanma sistemine, dinsel nikahtan kamusal nikaha, poligamiden monogamiye, baş göz etmeden özgür evlenmeye geçiş süreci, işte bu sosyo - ekonomik arka plan aydınlatılmadan doğru dürüst kavranamaz, algılanamaz.

Aile topluluğu (geniş anlamda aile) ile ilgili yardım nafakasının uygulamada giderek gerilemesinin, altsoyun denkleştirme alacağıının yerini örtülü (zımni) iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret alacağıının almasının, aile vakıflarına, aile malları ortaklıklarına ve aile yurtlarına karşı soğuk tavır alınmasının ardında yatan da feodal tarım ekonomisinden kapitalist sanayi ekonomisine geçiş sürecinden başka bir neden değildir.

Ailenin üretim işlevli büyük aileden tüketim işlevli küçük çekirdek aileye dönüşmesi aile fertleri arasındaki duygusal bağları yoğunlaştırdı. Ne var ki bu duygusal yoğunluk aileyi daha kırılğan bir hale getirdi. Boşanmaların sayısı arttı.

Öte yandan, evliliğin ve çocuk yetiştirmenin beraberinde gelen ekonomik külfetler nedeniyle evlilikten ve çocuktan kaçınma eğilimi baş gösterdi. Aile ekonomik işlevini yitirince, geçici evlilik dışı yaşam birliktelikleri de çoğaldı.

Fiili yaşam birliktelikleri, üvey evlatlar ve aynı cinsiyetten çiftlerin çocuk sahibi olma sorunları aile hukukçusunun gündemine oturdu. Öyle ki şimdilerde

*ister ayrı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu olsun, isterse de aynı cinsiyetten kişilerin oluşturduğu olsun, fiili yaşam birliklikleri için de yasal mirasçılık, aile konutu, edinilmiş mallara katılma ve nafaka alanlarında evlilik birlikliğine ilişkin düzenlemelerin geçerliliği önerilmektedir.*³

Öte yandan, boşanmalar üzerine kurulan yeni birliklikler üvey evlatlı karmaşık (yamalı bohça, kolaj = *patch-work*) aileleri beraberinde getirdi. Üvey evlat sorunu ivegen hale geldi.

Kolaj aile sorunlarından başlıcası şöyle bir örnekte karikatürize edilebilir: Avludan bir çocuk ağlaması gelir. Evin erkeği elinde sigarası, önünde kahvesi, yerinden kalkmaya zahmet etmeden avluya seslenir: “Hanım ne oluyor orada?” “Yok bir şey bey” der kadın. “Senin çocuk benim çocukla bir olmuş, bizim oğlanı dövüyor.”

Türk hukukunda Aile Hukukunun, ailenin sosyal yapısındaki ve işlevindeki farklılaşmasına ve son aşamada da sosyo - ekonomik değişime koşut olan dönüşümü daha da belirgindir.⁴ Salt dinsel törende evlilikten medeni (sivil) nikaha, taaddüdü zevcattan tek eşli aileye, boşanma serbestliğinden (talaktan) boşanma sıklığına, mehir lütfundan mal rejimi haklarına, kadının ve çocuğun bağımlılıklarından bağımsızlıklarına dönüşüm, tarıma bağlı doğu feodalitesini anamalcılığa (sanayi kapitalizmine) dönüştüren ulusal demokratik devrimle eşzamanlı gerçekleşmiştir.

Aile Hukukunun gelişimi, son yıllarda evlilik ve aile kurumunun geçirdiği değişime bağlı olarak, özellikle kadın haklarının ve çocuk haklarının dinamiğiyle müthiş bir ivme kazandı. Bu gelişme karşısında Medeni Kanun’un en sık ve en geniş kapsamda değiştirilen kitabının “Aile Hukuku Kitabı” olması hiç de yadırganmamalıdır.

İlginçtir; Anadolu İsviçre Medeni Kanunu’na “damat kanunu” diye karşı çıkmış ve benimsediği “baba - yasa” uyarınca babanın mülkiyetini koruyacak erkek çocuğu babasının mülkiyetini damadın ailesine taşıyacak kız çocuğa karşı dolaylı yollardan kayırmış (kız çocuktan miras kaçırılmış) ve erkek çocuğuna (ailenin) mülkünü “mal ayrılığı rejimi” ile gelinin paylaşma hakkından sıyırmıştır.

Gerçekten de erkekle kadının geleneksel rollerinde (meslek erkeği ile ev kadını rollerinde) gerçekleşen değişim, kadın ve çocuk haklarındaki patlama, erkeğin kazancına eşinin de hakça katılma talebi, boşanmalardaki artış, evlilik dışı ilişkilere bakış açısındaki değişim, bunlara koşut olarak üvey çocuk ve evlilik dışı çocuk sayısındaki artış, yapay dölleme tekniklerindeki gelişim, bütün

³ Bkz. Özellikle COTTIER, Michelle: Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, successio 2014, s.29-55.

⁴ Mehaz İsviçre Medeni Kanunu bakımından konunun değerlendirilmesi için bkz. SCHWENZER, Ingeborg: Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, FamPra – Die Praxis des Familienrechts, Stampfli, Bern, 2014 s.966-1005.

bunlar hep bir arada Aile Hukuku alanında köktenci reformlara ve revizyonlara yol açmıştır.

“Metres vasiyetnamesi”nin ahlaka aykırı sayıldığı, zinanın üstelik kadın ve erkek için farklı ağırlıkta suç sayıldığı, evlilik dışı ilişkilere ve bu ilişkilerin ürünü çocuklara haksız ayrımcılık yapıldığı günleri şimdi nasıl da yadırgıyoruz.

Aile Hukuku bu ahlaki ve hukuki değer yargılarının değişiminden en fazla nasibini alan hukuk dalı olsa gerek!

Ahlaki değer yargılarının ve Aile Hukukunun bu hızlı değişimi son aşamada toplumun sosyo - ekonomik yapısındaki gelişmeye, bu bağlamda özellikle ailenin yapısındaki ve işlevindeki değişime sıkıca bağlı bulunmakta. Tarımsal üretimin büyük çiftlik ailesinden sanayi kapitalizminin küçük çekirdek ailesine dönüşüm belirgin biçimde göze batmakta.

Bu arada istatistikler şu olguyu kanıtıyor: Gittikçe daha az evlilik kuruluyor; gittikçe daha fazla evlilik çözülüyor; gittikçe daha az çocuk üretiliyor. Bunun da ekonomik ve sosyal nedenleri var. Evliliğin ve çocuğun gittikçe daha masraflı ve riskli olmaya başlaması görünür başlıca neden.

Kolay çözülebilir geçici evlilik dışı ilişkilerin ve boşanmaların artması ve çocukların dışlanması ise beraberinde yeni yeni Aile Hukuku sorunları getiriyor.

Evlilik dışı çocuk reformuyla, bu çocuklara karşı olan haksızlık geniş ölçüde aşıldı. Ama bu sefer de yamalı bohça kolaj ailelerde (*patch-work family*'de) üvey çocuk sorunsalı gündeme geldi.

Şimdi de özellikle evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin tasfiyesi, özellikle de ortada kalan hayat arkadaşının hakları baş ağrıtıyor. Son yıllarda evlilik dışı (fiili) yaşam birlikteliği sürdüren çiftlerin çocukları üzerindeki haklarının ve evlat edinme konusundaki hakların resmi evlilik ilişkisi sürdüren çiftlerin çocukları üzerindeki haklarıyla ve evlat edinme haklarıyla eşit hale getirilmesi ve kadınla çocuğun soyadının otomatik olarak erkeğe bağlı tutulmasının önünün alınması konusundaki içtihatlar Aile Hukuku alanında ulusal yasa koyucusunu adamakıllı zorlamakta.

Aile Hukuku alanındaki güncel gelişmelerden söz edince akla en başta tıbbi (yapay) bebek üretiminin yol açtığı sorunlar ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri gelir.

Bir kere, şimdilerde sperm bağışçısı genetik - biyolojik babanın çocuğu ile ilişki kurma konusundaki hakları adamakıllı güçlendirilmekte. O bile belirli, sıkı koşullarla da olsa kocanın babalık karinesini çürütebilmekte ve ardından da babalığını resmileştirebilmekte.

Ama bu akımın bir tersine eğilimi var: O da sperm babasını doğacak çocuğa karşı nafaka ve miras risklerinden kurtarma konusunda. Ne de olsa genetik sperm babası çocuktan izlenemiyor artık. Kararlı mahkeme içtihatları hep bu

yönde.⁵ Ne doktor ne ana gizleyemiyor çocuktan genetik babayı, yani sperm sahibini!

Çare öncelenmiş feragat sözleşmesinde bulunuyor şimdilik. Alman ve İsviçre hukukunda henüz ana karnına düşmemiş olan bir varlık (*nondum conceptus*) için pekala bir kayyım (temsilci) atanabiliyor.

Sonra bir de gökkuşağı ilişki yaşayan aynı cinsiyetten çiftler için çocuk sahibi olma yollarının kolaylaştırılması ve eşitlenmesi tartışılıyor.⁶ Şöyle ki, kadınlar için sperm bağış yoluyla yaşam gerçeğine daha uygun yoldan çocuk sahibi olma şansı varken, erkekler için bu yol ancak yumurta bağış ile birlikte taşıyıcı anneliğe izin veren ülkelerde açık sayılıyor. Kadın erkek eşitliği kaygılarıyla, erkeğin sperm bağışına göz yumulduğu ölçüde, kadının da yumurta bağışına ve taşıyıcı analığına göz yumulması gerektiği görüşü giderek güçlenmekte.

Evlilik dışı ilişki kuran aynı cinsiyetten çiftler için evlat edinme engeli koyan ülkelerde, bir de evlat edinme yoluyla çocuk sahibi olma konusunda bir zorlukla karşılaşmakta.

Sonra bir başka eşitsizliğin de altı çizilmeli: Değil mi ki babalık ayrıştırılabiliyor, o zaman analık da aynı şekilde ayrıştırılabilmeli ve anaya da aynen babaya olduğu gibi soybağımı ret hakkı tanınmalı!

Kısacası, kadınlar ve erkekler için çocuk sahibi olma hakkı eşitlenmeli ve kolaylaştırılmalı! Bunun yolu yordamı ileride özel olarak ele alınacaktır.

Aile Hukukunda ikinci bir rüzgar da evlilik dışı fiili yaşam birlikteliklerinin meşrulaştırılıp korunmaya alınması doğrultusunda esmekte.

Çocuğun üstün yararının önceliği ışığında, boşanmış eşin çocuğunu yeni evlilik ilişkisine getirdiği yani “*patch-work*” (yamalı bohça ya da kolaj) ailelerde üvey evladın özel olarak korunması da çağdaş eğilimler arasında göze çarpmakta.

Öte yandan, Medeni Kanun’un vesayete ilişkin kurallarının reformu da sırada beklemektedir. Batı ve bu arada örnek aldığımız İsviçre, vesayet sözcüğünün de çağrıştırdığı otoriter rejimi çoktan değiştirmiştir. Bu arada, yeni “*Betreuung*” (ihtimam gösterme, göz kulak olma) rejiminde yaşlı insanların gerkesinimleri onların onurları korunarak karşılanmaktadır.

Öyle anlaşılmalıdır ki Aile Hukukunun bir başka güncel sorunu da yaşlıların korunmasıyla ilgilidir. “*Elder Law*” salt son “*Betreuungsrecht*” ile üstesinden gelinecek gibi değildir. Yaşlıların sömürülmesine ve fırsatçılığa kurban edilmesine karşı irade bozukluğu ötesi “haksız etkileme” (*undue influence*) kavramının forse edilmesi ve kusur (sorumluluk) ehliyetinde yaşlılar yararına ayrıksı özel düzenlemelere gidilmesi kaçınılmaz gözükmektedir.

⁵ Bu konuda bkz. BAYSAL, Başak: Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s.493-533.

⁶ Bu tartışmalar için bkz. SCHWENZER, s.994.

AYNI CİNSİYETTEN KİŞİLERİN BİRLİKTELİĞİ (GÖKKUŞAĞI AİLELER) KONUSUNDA KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ GELİŞMELER

Aynı cinsiyetten kişilerin yaşam birlikteliği karşısında takınılan hukuksal tavır değişikliği Aile Hukuku'nun gelişim sürecinde en önemli aşamalardan biri olsa gerek.

Yirminci yüzyılın sonlarına kadar bireylerin kurdukları farklı fiili yaşam birlikteliklerinden sadece “bir kadın ile bir erkeğin evliliği” aile oluşturmaya olanak vermekte ve hukuken korunmaktaydı. Bugün ise kırkın üzerinde hukuk sistemi aynı cinsiyetten kişilerin kurdukları fiili yaşam birlikteliklerini yani gökkuşağı aileleri de tanımakta,⁷ yirmi iki ülkede ise gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin evliliklerine açıkça izin verilmektedir.⁸ Öte yandan ne yazık ki bugün hala aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerini suç sayan ülkeler de bulunmaktadır.⁹ Görüldüğü üzere, farklı hukuk sistemlerinin gökkuşağı ailelere yaklaşımları tam tanımadan yok saymaya ve hatta suç saymaya kadar farklılık göstermektedir.¹⁰

Son otuz yılda gökkuşağı aileler, toplumun ve dolayısıyla hukukçuların “aile” anlayışına yeni bir renk katmıştır. Bu yeni anlayış, miras, evlat edinme, yumurta-sperm bağı, yapay döllene, taşıyıcı annelik, soybağı (babalık) karinesi gibi pek çok konuda da yansımalarını bulmuştur. Tüm bu tartışmalar, yukarıda da ifade edildiği üzere, ailenin ve evlilik kurumunun toplumdaki rolünün de yeniden ele alınmasını sağlamıştır.¹¹

⁷ Mayıs 2015 tarihi itibarıyla aynı cinsiyetten kişilerin yaşam birlikteliklerini tanıyan ülkelerin listesi için bkz. çevrimiçi http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_WorldMap_2015_ENG.pdf 25 Şubat 2016 tarihinde İtalya'da aynı cinsiyetten kişilerin yaşam birlikteliklerine evlat edinme ve çocuk sahibi olma dışında evlilik ile eş düzeyde haklar tanıyan yasa tasarısı İtalyan Senatosu tarafından onaylandı.

⁸ ABD, Arjantin, Belçika, Brezilya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İskoçya, İspanya, İsveç, İzlanda Kanada, Lüksemburg, Meksika, Norveç, Portekiz, Uruguay ve Yeni Zelanda'da aynı cinsiyetten kişilerin evlenmelerine izin vermektedir. Konuya ilişkin yakın tarihli gelişmeler hakkında ayrıca bkz. HARMAN, Gülsin: Eşcinsel evlilik engelleri kalkıyor, Milliyet Gazetesi, 1 Temmuz, 2015, çevrimiçi <http://www.milliyet.com.tr/escinsel-evlilik-engelleri-gundem-2081969/>

⁹ Mayıs 2015 itibarıyla halen Birleşik Arap Emirlikleri, Cezayir, Fas, Hindistan, İran, Libya, Mısır, Nijerya, Somali, Suudi Arabistan, ve Yemen'in de dahil olduğu 75 ülkede eşcinsel ilişkiler suç olarak kabul edilmekte ve bu ülkelerden bazılarında ise eşcinsel ilişkilerin cezası idam olarak düzenlenmiştir. Konuya ilişkin International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association tarafından hazırlanan rapor için bkz. http://old.ilga.org/Statehomophobia/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2015.pdf

¹⁰ Hukuk sistemlerinin gökkuşağı ailelere bu yaklaşım farklılıkları milletlerarası özel hukuk anlamında da tartışmalara yol açmaktadır. Bu tartışmalar için bkz. YASAN, Candan: Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri, İstanbul 2013; SİRMEN, Sedat: Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenleniş, AÜHFMD Cilt 58 No 4, Ankara 2009, s.825-879.

¹¹ Bu gelişmeler bağlamında aile hukukunun yeniden ele alınması konusunda bkz. SCHWENZER, s.978 vd.

Aynı cinsiyetten kişilerin birliktelikleri hukuken ilk defa 1989 yılında Danimarka'da "kayıtlı yaşam birlikteliği" olarak tanınmıştır. Zaman içerisinde gökkuşağı ilişki yaşayan aynı cinsiyetten çiftlerin kayıtlı yaşam birlikteliklerini tanıyan ülkelerin sayısı ve sağladıkları korumanın kapsamı artmış ve üstelik bazı ülkelerde bu çiftlere evlenme hakkı da verilmeye başlamıştır. Öte yandan, bir çok hukuk sisteminde evlilik kurumunun sembolik ve dinsel önemi nedeniyle, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler sadece kayıtlı yaşam birlikteliği korumasından faydalanabilmektedir.¹²

Hemen belirtmelidir ki, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin kayıtlı yaşam birlikteliklerini tanıyan hukuk sistemlerinde, çoğu zaman çiftlere ancak malvarlığı, miras, sosyal güvenlik, vergi ve aile içi şiddetin önlenmesi konularında kısıtlı haklar tanınmakta, buna karşılık, çiftlerin evlat edinme, yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olma veya diğer eşin soyadını alma gibi hakları bulunmamaktadır.¹³ Ancak bu durum genellikle evlilik ile kayıtlı yaşam birlikteliği kurumlarının arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır.¹⁴

Gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin evlilikleri ise ilk defa 2001 yılında Hollanda'da tanınmıştır.¹⁵ Her ne kadar başta Hollanda olmak üzere, bazı hukuk sistemlerinde aynı cinsiyetten kişilere evlenme olanağı tanınmışsa da, bu evliliklere çoğu zaman geleneksel evliliklerle eş haklar tanınmamaktadır. Bunun temel nedeni gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin doğal yollardan prokreasyon (üreme) olanaklarının olmamasıdır.

Birçok hukuk sisteminde gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler, evliliklerinde geleneksel soybağı (babalık) karinesinden faydalanamazlar. Şöyle ki, lezbiyen eşlerden birinin doğurduğu çocuğun ortak çocuk olarak kabul edilmesi biyolojik

¹² Bunun en tipik örneği evlenme ve boşanmanın dini kurallara tabi olduğu İsrail'dir. İsrail'de her ne kadar aynı cinsiyetten kişilerin evlenmesine izin verilmesine de, evlilik dışı yaşam birlikteliklerine tanınan haklar neredeyse evlilik ile eş düzeydedir. Mahkeme içtihatlarına göre aynı cinsiyetten kişilerin yapay dölleme yollarından çocuk sahibi olmalarına dahi izin verilmektedir. Bu konuya ilişkin bkz. BLECHER-PRIGAT, Ayelet: Same-Sex Relationships and Israeli Law, s.131-161.

¹³ SAEZ, Macarena: Same Sex Marriage, General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/ Rapports Généraux du XVIIIème Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Springer 2012, s.115-141 (127).

¹⁴ Örneğin Almanya, Avusturya ve İsviçre'de aynı cinsiyetten kişilerin kayıtlı yaşam birlikteliği kurmaları mümkündür. Ancak çiftlere kayıtlı yaşam birlikteliklerine özgü sınırlı haklar tanınmaktadır. Avusturya için bkz. AICHBERGER-BEIG, Daphne: Registered Partnership for Same-Sex Couples, Austrian Law - An International Perspective, Vienna 2010 s.63-78. Almanya için bkz. SCHERPE, Jens M.: National Report: Germany, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, Cilt 19 No 1, 2011, s.151-186. Ayrıca bkz. DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.71-72, KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Das Deutsche Lebenspartnerschaftsgesetz, Insbesondere Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, MÜHF – HAD, Cilt. 16, Sayı. 3-4, s.249-277; İsviçre için bkz. PETERS, Annelot: National Report: Switzerland, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, Cilt 19 No 1, 2011, s.309-318.

¹⁵ SAEZ, s.116.

olarak olanaksızdır.¹⁶ Ancak bazı hukuk sistemleri, hem çocuğun öz babasına hem de çocuğu doğuran annenin eşine soybağı (babalık) karinesinden faydalanma hakkı vermiştir.¹⁷ Bazı hukuk sistemlerinde ise annenin eşine bu hak ancak çocuğun öz babasının bilinmemesi, örneğin sperm bağıışı yoluyla çocuk sahibi olunması, halinde tanınmaktadır.¹⁸

Erkek çiftlere benzer bir hakkın sağlanması daha da zordur. Zira çocuğu doğuran anadır (analık karinesi). Öte yandan, teknolojinin ve yapay dölleme yöntemlerinin gelişmesiyle, erkek çiftlerin de yumurta bağıışı ile kiralık taşıyıcı anne yoluna başvurarak çocuk sahibi olmaları olanaklı hale gelmiştir. Ancak hem yumurta bağıışına hem de taşıyıcı anneliğe olanak veren hukuk sistemlerinin sayısı oldukça azdır. Bu hukuk sistemlerinde ise genellikle yumurta bağıışla-yan ile taşıyıcı annenin ayrı kişiler olması aranmaktadır.¹⁹

Görüldüğü üzere, modern hukuk sistemlerinde gökkuşağı ilişki yaşayan bireylerin sperm/yumurta bağıışı ve taşıyıcı annelik gibi yollardan çocuk sahibi olmaları durumunda, onların iradi ebeynliklerinin (*intentionale Elternschaft*) tanınması yönünde bir eğilim bulunmaktadır.²⁰ Buna göre, aynı cinsiyetten yaşam birlikteliği sürdüren bireylerin her ikisinin de rızası ve ortak kararı ile sperm/yumurta bağıışı ve taşıyıcı annelik gibi yollardan çocuk sahibi olunmuş ise, bu durumda çocuğun doğumu ile çiftler doğrudan ebevy (anne veya baba) sıfatına ve ortak velayet hakkına sahip olacaklardır.

Şüphesiz, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlere çocuk sahibi olabilmeleri için en yaygın olarak tanınan olanak, diğer eşin çocuğunu evlat edinme ve/veya birlikte

¹⁶ Hemen belirtilmelidir ki, tiptaki yeni gelişmeler başta aynı cinsiyetten kişilerin soybağı sorunları olmak üzere, Aile Hukukunu da etkileyecektir. Örneğin son yıllarda kadının kemik iliğinden sperm elde edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin bilimsel çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar neticesinde lezbiyen eşlerden birinin doğurduğu çocuğun ortak çocuk olması da biyolojik olarak mümkün olacaktır.

¹⁷ Kanada'nın Québec eyaletinde 2002 yılında soybağına ilişkin yapılan reform neticesinde hem çocuğun öz babasının hem de çocuğu doğuran annenin eşinin soybağı (babalık) karinesinden faydalanması sağlanmıştır. LECKEY, Robert: Where the Parents are of the Same Sex: Québec's Reforms to Filiation, *International Journal of Law, Policy and the Family* 23, (2009), 62-82. Québec eyaletindeki bu gelişmenin ardından Ontario'da da 2007 yılında Yüksek Mahkeme tarafından verilen bir kararda çocuğu doğuran annenin, annenin eşinin ve genetik babanın birlikte çocuğun yasal temsilcisi olabileceklerini ifade edilmiştir. Bkz. A.A. v. B.B., 2007 ON-CA 2.

¹⁸ Hollanda WAALDIJK, Kees: Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries, *Judicial Studies Institute Journal*, Cilt. 5, Dublin, 2005, s.104-127 (110).

¹⁹ Yumurta bağıışı ve taşıyıcı annelik kurumlarından yararlanılması ve hatta yumurta bağıışçısı ile taşıyıcı annenin farklı kişiler olması zorunluluğu, "çocuğu doğuran annedir" düşüncesine dayalı annelik karinesinin artık "kesin karine" olmaktan çıktığını gösterir. Çocuğun kökenini öğrenme hakkı ve dolayısıyla üstün menfaati gözetildiğinde, nasıl ki babalık karinesinde soybağıını red imkanı tanınmakta ise çocuğu doğuran anne bakımından da soybağıını red imkanı tanınmalıdır. Bu görüş için bkz. SCHWENZER, s.996.

²⁰ Bu konuda bkz. SCHWENZER, s.995 vd.

evlat edinmezdir.²¹ Ancak gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin kısıtlamasız evlat edinme olanağı tanıyan ülke sayısı oldukça azdır.²²

Gökkuşağı evliliklerin, geleneksel evliliklerden ayrıldığı bir diğer husus ise dinsel evlilik törenleridir. Kanada gibi hem çiftlere dinsel tören ile resmi nikah yapabilme olanağını hem de gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlere evlenme olanağını tanıyan ülkelerde, din görevlilerine de kendi dinsel inançları ile bağdaşmayan evlilikleri gerçekleştirmekten kaçınma hakkı tanınmıştır.²³ Bu nedendir ki, Kanada'da gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler kendilerine tanınan dinsel tören ile evlenme olanağından faydalanamazlar. Ancak böyle bir olanağın tanınmış olması bile şüphesiz toplumun bakış açısını değiştirmektedir.

İster evlilik olsun, ister kayıtlı yaşam birlikteliği, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlere hukuk sistemlerince tanınan haklar, toplumun geneline de yansiyarak her alanda hoşgörünün hakim olmasını ve cinsiyete, cinsiyet kimliğine dayalı ayrımcılığın azalmasını sağlamaktadır.

GÖKKUŞAĞI BİRLİKTELİKLERİN TÜRK AİLE HUKUKUNDAKİ DURUMU

Türkiye'de de son on yılda LGBTİ (*Lezbiyen, Gay, Biseksüel, Transgender, Interseks*) bireylerin ve gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin sosyal görünürlükleri arttı.²⁴ Buna rağmen henüz ne Türk toplumu ne de Türk kanun koyucusu LGBTİ bireyleri kucaklamaya ve gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlere Aile Hukuku korumasını sağlamaya hazır değil.

Gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler bir yana dursun, Türkiye'de ayrı cinsiyet-ten kişilerin evlilik dışı fiili yaşam birliktelikleri dahi hukuki korumadan faydalanamaz. Nitekim, Türk Aile Hukukunda korunan ilişki tipleri sadece nişanlanma ve evliliktir.²⁵ Bunun dışındaki fiili yaşam birlikteliklerine Aile Hukuku koruması sağlanmamıştır.

²¹ Gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlere evlat edinme hakkı tanıyan hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ve konunun Türk hukuku açısından değerlendirilmesi için bkz. YASAN, Candan: Eşcinsellerin Evlat Edinmesi, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul 2011, s.895-908.

²² Gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlere evlenme hakkı tanıyan ülkeler ile onlara birlikte evlat edinmelerine izin veren ülkeler büyük oranda örtüşmektedir: ABD, Andora, Arjantin, Avusturya, Belçika, Bermuda, Brezilya, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Güney Afrika, Hollanda, İngiltere, İrlanda, İspanya, İsrail, İsveç, İzlanda, Kanada, Kolombiya, Lüksemburg, Malta, Norveç, Portekiz, Uruguay ve Yeni Zelanda'dır.

²³ BUREAU, Marie-France: National Report: Canadian, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, Cilt 19 No 1, 2011, s.85-96 (88).

²⁴ Örneğin İstanbul Onur Yürüyüşü, 2015 yılında 13. defa düzenlenmiştir. Bkz. <http://tr.prideistanbul.org>

²⁵ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, İstanbul 2014, s.11; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.4 vd.; ÖĞÜZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul, 1998, s.4 vd.; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2015, s.17.

Türk hukukunda evlilik ise sadece bir kadın ile bir erkek arasında kurulabilir. Bu nedenle, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin evlilikleri Türk hukukunda yok hükmündedir.²⁶ Türk hukukunda nişanlanmadan bahsedebilmek için tarafların karşılıklı evlenme vaadinde bulunmaları yeterlidir. Bu kapsamda birbirleri ile evlenme iradesine sahip gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin birlikteliklerine nişanlanma hükümlerini uygulamak düşünülebilir. Ancak, kanunun sistematik yorumundan evlenme vaadinin ancak geçerli bir evliliğin kurulmasına yönelik olabileceği, dolayısıyla bir kadın ve bir erkek arasında hüküm doğuracağı sonucuna varılacaktır.²⁷ Buna göre, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler nişanlılık korumasından da faydalanamayacaklardır. Sonuç olarak, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler ne Aile Hukukunun mal rejimleri, nafaka, tazminat gibi korumalarından ne de mirasçılık haklarından yararlanabileceklerdir.

*Türk Hukukuna benzer şekilde gökkuşağı birlikteliklerini hukuken tanımayan Japonya'da çiftler hukuken korunan bir aile oluşturabilmek ve böylece aileye tanınan hak ve korumalardan faydalanabilmek için birbirlerini evlat edinme yöntemini kullanmaktadırlar.*²⁸

Türk hukukunda "aile" kavramı tanımlanmamaktadır.²⁹ Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("AİHS") 8. maddesi çerçevesinde ise sadece yasal birlikteliklerin değil yasal olarak tanınmayan birlikteliklerin de aile olarak nitelendirilebileceği kabul edilmiştir. Buna göre, birlikte yaşayan kişilerin, birbirlerine bağlılıklarına, ilişkilerinin ciddiyetine ve derinliğine göre kurdukları yaşam birlikteliğinin aile olarak nitelendirilmesi mümkündür.³⁰

²⁶ Esasen Türk Medeni Kanununda evliliğin bir kadın ve bir erkek arasında yapılması gerektiği açıkça belirtilmemiştir. Ancak Evlendirme Yönetmeliği'nin 2. maddesinde "Evlenme: Bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacı ile yapmış oldukları medeni hukuk sözleşmesi" olarak tanımlanmıştır. Evlendirme Yönetmeliği'nin 6., 11., 14. ve 16. maddeleri ve Türk Medeni Kanununun 134. ve 136. maddeleriyle de desteklenen bu tanım öğretide de kabul görmüştür. AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.204; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.47; OĞUZMAN/ DURAL, s.19; ÖZTAN, s.572; SCHWARZ, Andreas (çev. Bülent Davran): Aile Hukuku I, İstanbul 1946, s.25., TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul, 1996, s.63.

²⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.204; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.71; OĞUZMAN/ DURAL, s.24, 26; ÖZTAN, s.572; SCHWARZ, s. 123., TEKİNAY, s.108.

²⁸ Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. TAMAKI, Teiko: National Report: Japan, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law Cilt 19, Sayı 1, 2011, s.251-264 (259-260).

²⁹ Anayasa'nın 41. maddesinde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı ve teşkilatı kuracağı belirtilerek, ailenin ve özellikle ananın ve çocukların korunması devlete bir görev olarak yüklenmiştir. Ancak aile kavramı tanımlanmamıştır. Benzer şekilde Türk Medeni Kanunu'nda da "aile" kavramına ilişkin bir tanım bulunmamaktadır.

³⁰ Bu konuda bkz. ECHR: Case of Keegan v. Ireland, No: 411/490, çevrimiçi <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6bbff8.html>, N. 42-43-44, Case of Al-Nashif v. Bulgaria, Application No. 50963/99, Judgment of 20 June 2002, N. 94, çevrimiçi <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60522>, Case of Elsholz v. Germany Application no. 25735/94, Judgment of 13 July 2000, N. 43, çevrimiçi <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58763>.

AİHS standartlarına göre gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin fiili yaşam birlikliklerinin Türk hukukunda da aile olarak nitelendirilmesi ve buna bağlı olarak Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca fiili yaşam birlikteliği dahilinde şiddete karşı bir korumadan yararlanmaları düşünülebilir.³¹ Ancak Yargıtay bir kararında birlikte yaşayan aynı cinsiyetten bir çiftin beraberliğini ahlaka aykırı olarak nitelendirmiş, bir başka kararında ise aile hayatı yaşayan aynı cinsiyetten bir çiftin birlikteliğinin ancak “metres hayatı” olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir.³² Yargıtay’ın bu yaklaşımı gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin birlikteliklerinin “aile” olarak nitelendirilmelerini ve Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun uyarınca fiili yaşam birlikteliği dahilinde şiddete karşı bir korumadan yararlanmalarını da olanaksız kılar.

Fiili yaşam birlikteliği dahilinde şiddete maruz kalan tarafın, kişilik haklarının ihlali ve haksız fiil temellerine dayalı korumadan faydalanması ve zararının tazminini talep etmesi her zaman mümkündür.

Türk hukukunda yapay dölleme sadece evli çiftlere tanınmıştır, sperm/yumurta bağıışı ile kiralık taşıyıcı annelik ise Türk hukukunda yasaktır. Buna göre, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler Türkiye’de yapay dölleme ile çocuk sahibi olamazlar. Benzer şekilde, birlikte çocuk evlat edinme veya eşlerden birinin çocuğunun diğer eş tarafından evlat edinilmesi de sadece evli çiftlere tanınmıştır, dolayısıyla gökkuşağı ilişki yaşayan çiftler bu yollardan da yararlanamazlar.

Öte yandan, Türk hukukunda tek başına evlat edinme olanaklıdır. Buna göre, gökkuşağı ilişki yaşayan bireylerin tek başına çocuk evlat edinmeleri ve çocuklarını birliktelik dahilinde yetiştirmeleri düşünülebilir. Ancak tek başına çocuk evlat edinmek isteyen bir LGBTI birey de çeşitli zorluklarla karşılaşabilecektir. Nitekim, Yargıtay eski tarihli bir kararında lezbiyen olduğu gerekçesiyle boşanan bir anneye çocuğunun velayeti sırf annenin cinsel tercihleri nedeniyle vermemiştir.³³ Yargıtay’ın söz konusu karardaki gerekçesi şöyledir: “*Böylesine marazi (hastalık derecesine varan) bir alışkanlığı bulunan kadına kız çocuğunun velayetinin verilmesi onun geleceğini tehlikeye düşüren bir durum meydana getirebilir. Küçüğün idrak çağına erip kişiliği zarara uğradıktan sonra onu, anasından uzaklaştırmak hiç bir anlam taşımaz. Velayet düzenlenirken göz*

³¹ Bu konuda bkz. BAŞOĞLU, Başak: Legal Status of Same-Sex Couples within the Framework of Turkish Civil Law, Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation, editör: Macarena Saez, Springer 2015, s.189-208 (193-194). Ayrıca bkz. BAŞOĞLU, Başak/ YASAN, Candan: National Report: Turkey, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law Cilt 19, Sayı 1, 2011, s.319-328.

³² Yargıtay 4. Hukuk Dairesi’nin 4 Haziran 2012 tarihli ve E. 2012, K. 9724 sayılı kararı ile Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 26 Mayıs 1999 tarihli ve E. 9-307, K. 467 kararı. (www.kazanci.com)

³³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin 21 Haziran 1982 tarihli, 5077 E. 5531 K. sayılı kararı. (www.kazanci.com) Bu kararın eleştirisi için bkz. YASAN, Eşcinsellerin Evlat Edinmesi, s.907.

önünde tutulacak husus, çocuğun sadece o andaki değil, gelecekteki yararlarının dahi her yönü ile korunmasıdır. Bu bakımdan çocuk henüz kötü alışkanlıklar edinmeden gerekli tedbirin alınması zorunludur. Hal böyle olunca, küçüğün ahlaki gelişimine, öncelik ve şefkatin üstünde değer verilmesi gerekir. Öyle ise "karşılaşılan iki kötülükten zarardan, hafifin tercih edilmesi" yolundaki kural gözetilerek çocuğun, babanın velayetine bırakılması uygun olur." Türk hukukunda bu yaklaşım hakim olduğu sürece, LGBTI bireylerin tek başına çocuk evlat edinmeleri hukuken olanaklı olmakla birlikte fiilen çok zordur. Oysa ki, Türkiye'nin de taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi uyarınca evlat edinilen kişinin cinsel tercihlerinin çocuğun üstün yararına aykırı olmadıkça evlat edinme sürecinde bir kriter olarak değerlendirilmemesi gerekir.³⁴

GÖKKUŞAĞI BİRLİKTELİKLERİN SÖZLEŞMESEL TEMELDE KORUNMASI

Görüldüğü üzere, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin kurdukları fiili yaşam birliktelikleri bugün Türk Aile Hukuku bakımından sonuç doğurmaz. Ancak bu fiili yaşam birlikteliklerinin ve çiftlerin aralarındaki işlemlerin Medeni Hukukun ve Borçlar Hukukunun diğer alanlarında hüküm ve sonuçlar doğurması, özellikle sözleşmesel temelde korunması söz konusu olabilir.³⁵

Sözleşme serbestisi, Aile Hukukunun aksine Borçlar Hukukunun temel ilkelerinden biridir. Buna göre, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin ortak banka hesabı açmak, birlikte taşınır veya taşınmaz mal edinmek gibi konularda üçüncü kişilerle sözleşme kurmaları hiç şüphesiz mümkündür.³⁶

Dahası, Aile Hukuku korumasından faydalanamayan gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin, birbirlerine karşı bakım yükümleri, ayrılık halinde malvarlığının paylaşılması, birbirlerine bağışlamalarda bulunmaları gibi hususları sözleşme ile önceden kararlaştırmalarına da bir engel bulunmamaktadır. Ancak öğretide bir görüşe göre, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin kendi aralarında yapmış oldukları tüm bu sözleşmeler BK 27 uyarınca ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılacaktır.³⁷ Oysa, ahlaka aykırılık kanısına varırken, doğru makul adil düşünen sıradan bir kişinin veya toplumun genel ahlak anlayışının değil, Anayasaya ve çağdaş insan haklarına uygun bir anlayışın temel alınması gerekir. Bugün

³⁴ Çocuğun üstün yararı ilkesine ilişkin bkz. SEROZAN, Rona: Çocuk Hukuku, İstanbul 2005, s.65 vd.

³⁵ Benzer şekilde evlilik dışı yaşam birlikteliklerinin ve özellikle sadece dini nikah yaparak birlikte yaşayan çiftlerin de sözleşmesel temelde korunması olanaklıdır. Bu konuda bkz. SEROZAN, Rona: Evlilik Dışı Birlikte Yaşam İlişkisi, İstanbul Barosu Dergisi Cilt 57, Sayı 1- 3, 1983, s.5-17; KÖTELİ, Argun: Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, BAŞOĞLU, Başak/ PAKSOY, Meliha Sermin: Dini Nikahlı Kadının Hukuki Durumu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s.239-269.

³⁶ BAŞOĞLU, s.196.

³⁷ HATEMİ, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul, 1976, s.353; GÖKYAYLA, K. Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004, s.121, 128. Bu konudaki genel tartışmalar için bkz. KÖTELİ, s.121-122.

modern hukuk sistemlerinin bir çoğunda hukuken tanınan gökkuşağı birlikteliklerin, Türk hukukunda ahlaka aykırı olarak nitelendirilmesi çağdaş toplumsal bakış açısı, insan hakları ve Anayasa'nın eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.³⁸

Kaldı ki, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin yaşam birliktelikleri her ne kadar Türk Aile Hukukunda tanınmasa da, Türkiye'de bu birlikteliklerin yasaklanması ve suç sayılması söz konusu değildir. Bu birlikteliklerde tarafların müşterek amacı, tıpkı diğer yaşam birlikteliklerinde olduğu gibi manevi, maddi ve sosyal boyutlarıyla ortak bir yaşamı paylaşmaktır. Tarafların bedel veya menfaat karşılığında cinsel ilişki kurmak gibi bir amaçları bulunmadığı veya taraflardan birinin evli olması gibi bir durum söz konusu olmadığı sürece, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin kendi aralarında yapmış oldukları sözleşmeler ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz sayılmaz – ki böyle durumlarda sözleşmeler ister aynı cinsiyetten ister ayrı cinsiyetten kişiler arasında yapılmış olsun geçersiz olacaktır.

Öte yandan, gökkuşağı ilişki yaşayan kişiler birbirlerine yasal mirasçı olmasalar da, ölüme bağlı tasarrufta bulunmak yoluyla, bir nebze de olsa miras haklarına sahip olabileceklerdir. Ancak bağışlamanın bağışlayanın ölümüne bağlandığı durumlar BK 290 uyarınca vasiyet hükümlerine tabi olacaktır ve yapılan bağışlama vasiyetname için aranan şekil şartlarını taşımadığı ve saklı pay kurallarını ihlal ettiği ölçüde geçersiz sayılacaktır.

Son olarak, gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin fiili yaşam birlikteliklerinin adi ortaklık olarak nitelendirilmesi de düşünülebilir.³⁹ Sonuçta Türk hukuku bakımından gökkuşağı ilişki yaşayan çiftlerin fiili yaşam birliktelikleri, müşterek amaçları ortak bir yaşamı paylaşmak olan iki kişinin bir araya gelmesi ve birlikte ortak yaşamlarını sürdürmek için karşılıklı dayanışma içinde bulunmalarından ibarettir.⁴⁰ Dolayısıyla, Aile Hukuku ilişkisinin temelini oluşturan bir yapıda hiçbir koruma sağlanamayan bu birlikteliklere adi ortaklık hükümlerini kıyasen uygulamak suretiyle koruma sağlamak mümkün olacaktır.⁴¹

³⁸ BAŞOĞLU, s.198.

³⁹ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. BAŞOĞLU, s.201-202.

⁴⁰ Türk hukukunda, adi ortaklığın amacının salt ekonomik mi olması gerektiği, yoksa dinsel, siyasal, bilimsel, sanatsal veya sosyal amaçları da haiz olup olmayacağı hususu öğretide tartışmalıdır. Türk hukukunda ağırlıklı görüş, hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı sürece adi ortaklığın salt ekonomik amaç için değil, her türlü amacı izlemek için kurulabileceği yönündedir. Nitekim İsviçre ve Alman hukuklarında da görüş bu yöndedir. Bu tartışmalar için bkz. BARLAS, Nami: Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2008, s.31-32. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de fiili yaşam birlikteliklerine ilişkin eski tarihli kararlarında, bu birlikteliklerde adi ortaklık oluşturma bilinci ve amacı olmaksızın tamamen tarafların davranışlarının sonucu olarak adi ortaklığın kurulmasının mümkün olduğunu belirtmiştir. Bkz. BGE 108 II 204; BGE 109 II 228; BGE 109 II 230; BGE 4A_441/2007; BGE 4A_443/2009. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, Alper: Yargıtay 2. ve 4. Hukuk Daireleri'nin Aile Hukukuna İlişkin Bir Kısım Kararları Üzerine Düşünceler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, s.421-433 (423).

⁴¹ Hiç şüphesiz ister aynı cinsiyetten olsun, ister ayrı cinsiyetten olsun evlilik dışı fiili yaşam birlikteliği kuran tüm çiftlere adi ortaklık hükümlerinin kıyasen uygulanması söz konusu olabilecektir. Ancak adi ortaklık hükümleri fiili yaşamı birlikteliklerine hep hukuken korunmaya muhtaç zayıf bi-

Buna göre, öncelikle adi ortaklığın yönetimine ve temsiline ilişkin hükümleri ile sona erme sebepleri, birliktelik henüz devam ederken kıyasen uygulanabilir. Nitekim, bu hükümler Türk Medeni Kanununun aileye ilişkin hükümleri ile paralellik göstermekte ve fiili birliktelik yaşayan bireyler arasında eşitliğin sağlanmasına yönelik olumlu çözümler sunmaktadır.⁴² Şöyle ki, BK 621 uyarınca her ortağın ortaklığa para, alacak, mal gibi maddi veya emek gibi manevi bir katılım payı koymakla yükümlü olması, MK 186 III uyarınca eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmalarına düzenlemesine paraleldir. BK 625 uyarınca kural olarak bütün ortakların olağan işler bakımından ortaklığı yönetme hakkına sahip olmaları, MK 186 II uyarınca eşlerin evlilik birliğini beraberce yönetecekleri düzenlemesini çağrıştırmaktadır. Yine BK 638 uyarınca ortakların ortaklık ilişkisi çerçevesindeki borçlardan üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olmaları, MK 189 uyarınca birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde eşlerin üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olmaları düzenlemesine benzetilmektedir.

Hiç şüphesiz, adi ortaklığın tasfiyesi hükümlerinin fiili yaşam birlikteliğinin sona ermesinde kıyasen uygulanması ise, zayıf tarafı koruyan sınırlı çözümler getirecektir. Tarafların, birlikteliğin devamı için tahsis ettikleri gelirler, adi ortaklık ilişkisine getirilen katılma payları, birliktelik devam ederken yapılan yatırımlar ile sahip olunan eşyalar ise kazanç olarak nitelendirilecektir. Adi ortaklığın tasfiyesinde öncelikle ortaklığın hak ve borçları temizlenecek, daha sonra ortakların avansları ve masrafları hesaplanarak tasfiye edilecek, sonra da kalandan katılma payları ödenecek ve geriye bir şey kalırsa kazanç olarak ortaklara dağıtılacaktır. Böylece fiili yaşam birlikteliğini sona erdiren taraflara adeta edinilmiş mallara katılma rejimine yaklaşan bir koruma sağlanmaktadır. Üstelik BK 638 uyarınca tarafların adi ortaklık adına alınan mal ve alacaklar üzerinde elbirliği ile hak sahibi olmaları da fiili birliktelik yaşayan bireyler açısından olumlu bir düzenlemedir.

reyi koruma amacını gözeterek ve birlikteliğin bünyesine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanmalı ve bu uygulamada son derece temkinli davranılmalıdır. Durumun dini nikahlı eş bakımından değerlendirilmesi için bkz. BAŞOĞLU/ PAKSOY, s.260 vd. Öte yandan, adi ortaklık hükümlerinin fiili yaşam birlikteliklerine hem birliktelik devam ederken hem de birlikteliğin tasfiyesi aşamasında kıyasen uygulanması düşüncesine çeşitli itirazlar yükseltilebilir. Zira bu şekilde evliliğe bir alternatif yaratılmış olacaktır. Bunun da kanun koyucunun öngördüğü sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkelerine aykırılık göstereceği düşünülebilir. Yine de modern hukuk sistemlerinin fiili yaşam birlikteliklerini hukuken tanımak yönündeki eğilimi ve kanun koyucunun bu hukuk politikası tercihini yapması üzerinden geçen zamanda hem İsviçre'de hem de Türkiye'de ailenin yapısının ve işlevinin değişmesi, böyle bir kıyası mümkün ve haklı kılmaktadır.

⁴² Esasen, evliliğin adi ortaklık ilişkisinin Aile Hukuku bakımından özel olarak düzenlenmiş bir görünümü olduğunu söylemek de pekala mümkündür. Öyle ki, evliliğe ilişkin düzenleme pek çok açıdan adi ortaklık düzenlemesine paraleldir. Nitekim, MK 185'te yer alan eşlerin birbirlerine karşı olan özen ve sadakat yükümleri dahi adi ortaklıkta gözlenebilmektedir: BK 628 uyarınca her ortağın ortaklık işlerinde özen yükümü ile BK 626 uyarınca ortakların sadakat yükümü (rekabet etmeme yükümü) temelde MK 185'teki koşul özelliği gösterir.

Bunların yanı sıra, fiili yaşam birlikteliği sürdüren taraflardan birinin hukuka aykırı bir fiil sonucunda ölümü halinde, hayatta kalanın şartları olduğu sürece BK 53 uyarınca hukuka aykırı fiilin failinden destekten yoksun kalma tazminatı talep etmesi de mümkündür.⁴³ Yukarıda da anıldığı üzere, müşterek amaçları ortak bir yaşamı paylaşmak olan kişiler, karşılıklı dayanışmayı içeren bir birliktelik içindedir ve dolayısıyla bu kişiler birbirlerine “destek” olarak kabul edilmelidir.⁴⁴ Böylece, taraflardan birinin hukuka aykırı bir fiil sonucunda ölümü halinde, hayatta kalan ama mirastan pay alma hakkı olmayan diğer tarafın, failden destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkı olacaktır, meğer ki hayat standartları düşmüş olmasın.

Hayatta kalan tarafın ayrıca BK 56 uyarınca hukuka aykırı fiilin failinden manevi tazminat talep etmesi de olanaklı olacaktır. Şöyle ki, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.⁴⁵ Manevi tazminatın amacı hukuka aykırılık neticesinde ölen kişinin yakınlarının yaşadıkları elem ve üzüntünün para vasıtasıyla bir derece hafifletmesi yani onların manevi zararının tazmin edilmesidir. Buna göre, duygusal, manevi, maddi ve sosyal boyutlarıyla aile ilişkisinin tüm unsurlarını yaşayan ve fakat hukuken eş olarak nitelendirilmeyen gökkuşağı birlikteliklerde taraflardan birinin ölümü halinde diğer tarafın yaşayacağı elem ve üzüntünün hukuken tanınmış bir ailenin bireylerinkinden hiç bir farkı bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu kişilerin yakın olarak değerlendirilmesi ve failden manevi tazminat talep edebilmeleri gerekir.

STATÜDEN SÖZLEŞMEYE: AİLE HUKUKUNUN SÖZLEŞMESEL TEMELLERE DAYANDIRILMASI EĞİLİMİ

Aile Hukuku alanındaki gelişmelerden ve bu bağlamda aynı cinsiyetten kişilerin birlikteliklerine karşı eşitlikçi ve sosyal bir yaklaşımın geliştirilmesinden söz ederken, evvelce kısaca değinilmiş olan ilginç bir gelişmeye daha dikkat çekmek gerekir. Bu da Aile Hukukunda son zamanlarda gözlenen statüden sözleşmeye (*from status to contract*) yönelme eğilimidir.

Tarihsel gelişim sürecine bakıldığında, kapalı bir sistem olarak nitelendirilebilecek olan Aile Hukukunun temelde özel hukuk ve kamu hukuku kesişmesinde yer alan ve yer yer dinsel hukukların etkisinde kalan bir hukuk dalı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Aile Hukukunun kamu düzeniyle yakından ilgili oluşu,

⁴³ Kanunda açık olarak düzenlenmiş yansıma bir zarar olan destekten yoksun kalma tazminatının söz konusu olabilmesi için destek ilişkisinin bulunması şartı aranmaktadır. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul 2014, s.755; OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, İstanbul 2013, s.101.

⁴⁴ Bu bağlamda destek, bir şahsa fiilen, sürekli ve düzenli olarak bakıp gözetin, kısmen veya tamamen geçimini sağlayan ve/veya ileride bakıp gözeteceği, geçimini sağlayacağı kesin olan kişiler olarak tanımlanmaktadır. EREN, s.755, 757; OĞUZMAN/ ÖZ, s.102; KÖTELI, s.192.

⁴⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s.261-262.

kendisini tüm Aile Hukuku ilişkilerinde fazlasıyla hissettirir. Öyle ki, bir yanda eşler arasındaki yatay, diğer yanda anne-baba ve çocuk arasındaki dikey ilişkiler, hep sınırlı sayı (*numerus clausus*) ilkesine tabi belirli statüler çerçevesinde belirlenmektedir.⁴⁶ Bu statüler hem Anayasa tarafından öncelikli olarak korunur, hem de sosyal güvenlik hukuku, vergi hukuku, ceza hukuku gibi kamu hukuku alanlarında özel olarak dikkate alınır ve bunlara sonuçlar bağlanır. Söz konusu statülere giriş kadar bu statülerden çıkış da belirli emredici kurallara ve şekli merasimlere uyulmasını gerektirir. Tüm bunların temelinde ailenin toplumsal yapının en küçük birimi olarak kabul edilmesi yatar. Ne demeli, bu paradigma kabul edildiğinde ailenin bir birim olarak korunması menfaati, birey menfaatlerinin her zaman önünde olacaktır. Böyle olunca da “*Kol kırılır, yen içinde kalır*” misali, ailenin korunması temel ilkesiyle bir tür paradoks oluşturacak şekilde Aile Hukuku ilişkilerine devlet müdahalesi de sınırlı kalır.⁴⁷ Şöyle ki, hiç şüphesiz devlet aileyi bir birim olarak dış etkilere karşı korumaktadır; ancak onun daha küçük parçacıklarını oluşturan bireyler (özellikle zayıf tarafları oluşturan kadın ve çocuklar) aile hücrelerinin çeperlerinin içinde adeta saklı kalırlar, bu alana aynı etkinlikte bir koruma ulaşmaz. İlgili alan, ailenin öznel alanı kabul edilir.

Günümüzde ise, gelişmiş ülkelerin modern aile hukuklarının statüden sözleşmeye doğru seyreden bir hareket içerisinde gözlemlenir. Hiç şüphesiz bu değişimin kökeninde toplumsal yapının en küçük biriminin “aile” olduğu düşüncesinin, yavaş yavaş yerini toplumun en küçük birimin “birey” olduğu düşüncesine bırakması bulunmaktadır. Doğaldır ki, Aile Hukuku sözleşmesel alana çekildiğinde bile yine emredici kurallarla çevrili olacaktır. Ancak bu defa emredici kuralların altında bir birim olarak ailenin değil, bireylerin ve özellikle çocukların menfaatlerinin gözetilmesi yatar.

Sınırlı sayı ilkesini terk etmekte olan modern Aile Hukuku sistemleri, bir yanda Aile Hukuku ilişkilerinin kurulmasını ve bunların sona erdirilmesini sözleşmesel temellere dayandırarak bir anlamda kolaylaştırırken, diğer yanda fiili yaşam birliktelikleri, gökkuşağı aileler gibi yeni aile ilişkisi oluşumlarına da kucak açmaktadırlar. Bu gelişmelerin etkisiyle yeni Aile Hukuku ilişkileri anayasal olarak korunmakta ve diğer kamu hukuku dalları bakımından da dikkate alınmaktadır. Diğer yandan Aile Hukukunda birey menfaatlerinin ön plana çık-

⁴⁶ Bu bağlamda açıklamalarımız somutlaştırmak adına, konuyla ilgili iki temel örnek gösterilebilir: İlk örneği oluşturacak evlenme, sanki evlenen çifti yasaca önceden belirlenmiş olma özel bir statüye sokan bir “şart - tasarruf” görünümündedir. İkinci örneği oluşturan evlat edinme de bir yarı-gasal tasarruf ile meydana getirilmektedir. Sözü edilen her iki yapı da sözleşmeden ayrılmıdır. Öte yandan, öğretilerdeki ağırlıklı görüşe göre, evlenme bir aile hukuku sözleşmesi niteliğindedir. Evlenmenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.46-47.

⁴⁷ Modern Aile Hukuku sistemlerinde bu eğilimi ele alan toplu bir inceleme için bkz. SWENNEN, Frederik: *Private Ordering in Family Law: A Global Perspective, Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Springer 2015, s.1 vd. Bu konuda ayrıca bkz. KAPANCI, s.97 vd.; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.4 vd.; SCHWARZ, s.13 vd.

ması, ailenin iç ilişkilerine devlet müdahalesini artırmakta, bireylerin ve özellikle çocuğun güvenliğini ve haysiyetini ilgilendiren durumlarda ve eşitlik ilkesinin ihlalinde geri durulmamaktadır.

Türk Hukukuna bakıldığında klasik Aile Hukuku yapısının etkisi halen sürmektedir. Kapalı bir sistem olarak tasarlanan bu yapıda, serbest sözleşmeler rejimi yerine sabit ve sınırlı sayıdaki statüler rejimi esas alınmıştır.⁴⁸

STATÜLER HUKUKU: İRADE SERBESTLİĞİNE YER OLMAYIŞI

Özel hukukun temelindeki mantıkla pek bağdaşmayacak şekilde, Aile Hukuku ilişkilerinde irade serbestliğine pek de yer verilmez. Bu hukuk dalında statü olarak tanımlanan hukuki yapılar, diğer sözleşmesel yapılardan farklılık gösterir. Belirleyici olan Aile Hukuku kurallarının emredici özellikleridir. Temel bir ilke olarak, bu kurallardan sapılabilmesi olanaklı değildir. Bir defa var olan Aile Hukuku statülerinin kurulması ve içerikleri bu şekilde önceden saptanmıştır. Bu ilişkilerin içeriklerinin taraflarca farklı şekilde düzenlenmesi de kabul edilemez, söz gelimi evlilik öncesi anlaşmalar eşlerin içine girecekleri statülerin hak ve borçlarını kanunun öngördüğü düzenden farklı tasarladıkları ölçüde geçersiz sayılır.⁴⁹

İlginçtir, Batı'da gözlenen yeni eğilimlere göre, evli çiftler tekrar başvuruda bulunmadıkları olasılıkta evlenmeden itibaren ortalama yedi yıllık bir süre geçtikten sonra resmi olarak ve kendiliğinden boşanmış sayılmaktadırlar. İsteyen çiftler ise, hiç şüphesiz evliliklerine devam etmek için yeniden başvuruda bulunabilmekte ve evliliklerini tazeleyebilmektedirler. Söz konusu yaklaşım, ilk bakışta biraz yadırgatıcı gibi gözükse de, evliliklerini sürdürmek isteyen çiftler için bir güven tazeleme ve sevgilerini test etme olanağı sağlayabileceği de söylenebilir⁵⁰. Ayrıca ayrılmaya karar verenlere de birbirlerinden nefret etmeden hayatlarına başka bir yön verme şansı sağlaması da bu yaklaşımın diğer bir olumlu yönü olarak görülebilir. Öyle anlaşılıyor ki belirli süreli resmi evlilik seçeneği post-modern birliktelik türlerinden biri olarak Türk Hukukunda da er ya da geç gündeme gelecektir. Aslında bu düşünceler, kişinin aklına ister istemez, iş (hizmet) sözleşmesi gibi bağımlılık ilişkilerinde taraflara on yıllık bir sürenin sonunda tanınan süreli olağan fesih yetkisiyle (Bkz. BK 430 III) konut

⁴⁸ Türk Aile Hukukunun özellikleri ile ilgili olarak genel olarak bkz. KAPANCI, s.99; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.4 vd.; ÖĞÜZMAN/ DURAL, s.4 vd.; TEKİNAY, s.1 vd.

⁴⁹ Bu konuda özel olarak bkz. SWENNEN, s.4-5.

⁵⁰ Aslında belirli süre sonunda ilişkinin devam ettiğinin ve ancak taraflardan birinin başvurusu halinde ise serbestçe sona erdirilebileceğinin kabulü belki daha az yadırgatıcı olabilecektir. Bu şekilde hem belirli sürenin sonunda ilişkinin yıpranabileceği kabul edilmekte, hem de sona erme sonucu taraflardan birinin başvurusuna bırakılmaktadır. Dolayısıyla böyle bir kabul, ilişkinin devamlılığı yine esas alınmış olacaktır. Nitekim bağlı metnin devamında da belirtileceği üzere, bünyelerinde bağımlılık unsuru barındıran diğer bazı sözleşmesel ilişkilerinde (BK 430 III, 347 III) anılan tarzda bir kural yapısı öngörülmektedir.

ve çatılı işyeri kirasının - dolaylı olarak - en fazla on yıllık süre ile sınırlandırılması (Bkz. BK 347 III) getirir. Esasen anılan tüm bu kuralların dayanağı olan MK 23, sözü geçen yaklaşım için de mevcut hukukumuzdaki temel tutamak noktası olarak gösterilebilir: Sözleşme özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmasına, kişi bunu kendisi istemiş olsa bile engel olunmalıdır. İlgili hüküm bu suretle kişiyi kendi kendisine karşı dahi korumaktadır.

Diğer taraftan, evlilik dışı yaşam birliktelikleri ve gökkuşağı aileler gibi yeni Aile Hukuku ilişkileri de, sınırlı sayı ilkesine takılmaktadır. Hatta bu ilişkilerin ekonomik etkili sözleşmeler alanı bile ne yazık ki muhafazakar bir yaklaşımınla salt cinsel birliktelikle bağlantılı algılanmakta ve dolayısıyla ahlaka aykırılık sayılmaktadır. Bunun sonucunda da bu gibi sözleşmeler bile hükümsüz sayılmakta ve bu yüzden korunmaya layık olan kişiler bu korumadan yoksun bırakılmaktadırlar.⁵¹

TÜRK AİLE HUKUKUNDA SINIRLI DA OLSA SÖZLEŞME YAPILMASINA ELVERİŞLİ ALANLAR - EŞLER ARASINDAKİ İLİŞKİLERDE

Her ne kadar Türk Aile Hukuku, modern hukuk sistemlerinde gözlemlenen statüden sözleşmeye yönelme akımına henüz kapılmamışsa da, Türk Aile Hukukunda da sınırlı da olsa sözleşme yapmaya elverişli alanlar bulunmaktadır. Sözleşme serbestisine olanak veren bu sınırlı alanlar öncelikle eşler arasındaki ilişkiler bakımından incelenebilir.

Evlilik birliği tüzel kişilikten yoksun bir hukuki - ekonomik ortaklık oluşturmaktadır. Bu ortaklık evlilik birliğinin resmi şekilde yapılan evlenme ile kurulmasından itibaren başlar ve evliliğin sona ermesine kadar devam eder.⁵² Bir ortaklık olarak evlilik birliğinin çeşitli giderleri olacaktır. Bu giderlerin en başında gıda, konut, giyim, kişisel bakım ve sağlık gibi temel ihtiyaçlar hakkında yapılan harcamalar gelir. Bundan başka eşlerin sahip oldukları ve aileye hizmet eden malvarlığı değerleri bakımından yapılan harcamalar, sosyal güvenlik harcamaları ve kültürel harcamalar da birlik giderlerine dahildir.⁵³

Bir ortaklık ilişkisi olarak evlilik birliğinin giderlerinin nasıl ve ne oranda karşılanacağı konusunda MK 186 III yol göstericidir. Buna göre *“Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.”* Evlilik birliğinin giderlerinin eşler tarafından karşılanmasında temel kriterler *“ailenin ihtiyaçları”*, *“eşlerin ödeme gücü”* ve *“eşlerin yaşam şartları”* olarak belirlenebilir. Dolayısıyla her bir münferit evlilik ilişkisi bakımından evlilik birliğinin ihtiyaç-

⁵¹ Böyle bir eğilimin yerinde olmadığı ile ilgili olarak bkz. yukarıda *“Gökkuşağı Birlikteliklerin Sözleşme Temelinde Korunması”* başlığı altındaki açıklamalarımız.

⁵² GÜMÜŞ, Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s.34.

⁵³ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.155; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.39.

larının çerçevesi somutlaştırılacak, bu somutlaştırma yapılırken de eşlerin bireysel ekonomik durumları ve yaşam tarzları göz önüne alınacak ve buna göre giderler için yapılacak katkı payları belirlenecektir.⁵⁴

Eşler herhangi bir şekilde tabi olmaksızın evlilik birliğinin giderleriyle ilgili olarak bağlayıcı anlaşmalar yapabilirler. Bu anlaşmalar çoğunlukla evlenmenin kurulması sırasında düzenlenir. Eşler, bu suretle evlilik giderlerine ne ölçüde katılacaklarını diledikleri şekilde belirleyebilirler.⁵⁵ Bu anlaşmalar, sözleşmelerin genel geçerlilik şartlarına tabidir. (bkz. BK 27 vd.) Bu bağlamda şayet anlaşma, özellikle eşlerden birine MK 23'ün sınırlarını çatlatacak şekilde ölçüsüzce yük yükltüyor ve onun ekonomik ve kişisel değerlerinin kaybına yol açıyorsa, anlaşmanın BK 27'ye aykırılıktan dolayı kesin hükümsüz olacağına dikkat çekilmelidir. Örneğin anlaşma gerekliliklerinin yerine getirilebilmesi için eşlerden biri aşırı görülebilecek bir çalışma temposuna mahkum ediliyorsa durum böyledir. Diğer taraftan anlaşmanın irade sakatlıklarından biri (özellikle korkutma) nedeniyle iptal edilebilir olup olmadığı (bkz. BK 30 vd.) dikkatle gözetilmelidir.⁵⁶

İlgili anlaşmanın zaman içinde revizyona (gözden geçirmeye) tabi tutulması gerekebilir. Anlaşma iki şekilde bu tarzda bir değişiklik geçirebilir: Bir defa eşler ortak anlaşmaları dahilinde katılımın şeklini ve miktarını her zaman yeniden belirleyebilirler. Diğer taraftan beklenmeyen ve öngörülemeyen durumlara dayalı olarak eşlerden birinin tek taraflı bir revizyon isteği de ayrıca gündeme gelebilir.⁵⁷ Bu olasılıkta anlaşmanın yeni koşullara uyarlanması, BK 138'in "aşırı ifa güçlüğüne" ilişkin kuralı çerçevesinde olanaklı olabilir. Zaten MK 185 II'nin yorumu da bunu gerektirir.⁵⁸ Ancak eşlerden birinin sübjektif durumunda kendi isteği doğrultusunda meydana gelen değişiklikler (örneğin iradi şekilde gerçekleşen iş değişikliği), anlaşmanın uyarlanması taleplerine esas olamaz.⁵⁹

Yine eşler arasındaki mal rejimi bakımından da sınırlı da olsa bir sözleşme özgürlüğünün bulunduğu söylenebilir. Öyle ki, eşler kanunda belirtilen mal rejimlerinden birini seçtikten sonra, yine kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde bu ilişkide iradi olarak değişiklikler yapabilirler.⁶⁰ Örneğin edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler malvarlıklarının hangi mal grubuna dahil olacağını sınırları çerçevesinde belirleyebilirler. Söz gelişi, normal şartlarda bir mesleğin icrası veya bir işletmenin faaliyeti nedeniyle doğan ve edinilmiş mallara dahil ol-

⁵⁴ KAPANCI, s.105; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.114; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri s.34; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015, s.211.

⁵⁵ ÖZTAN, s.238; KILIÇOĞLU, s.213.

⁵⁶ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.52-53.

⁵⁷ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.53.

⁵⁸ Bkz. ÖZTAN, s.238-239; GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.53.

⁵⁹ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.54.

⁶⁰ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.270-272.

ması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mallara dahil olacağını veya normal şartlarda kişisel mallara dahil olması gereken kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olacağını kararlaştırabilirler (MK 221). Aynı şekilde eşler, dilerlerse mal rejiminin tasfiyesindeki yasal paylaşım kurallarını değiştirebilir, artık değere katılma bakımından farklı bir esas kabul edebilir (MK 237) veya değer artış paylarının paylaşmaya tabi olmayacağı - yazılı bir anlaşmayla - öngörebilirler (MK 276). Eşlerin sonradan başlangıçta kabul ettikleri mal rejimini değiştirmeleri veya bu değişiklikten sonra eski mal rejimine tekrar dönebilmeleri de istisnalar bir kenara bırakılacak olursa (MK 209, 210, 211) olanak dahilindedir.⁶¹ (MK 208)

Eşlerden her biri, kendi sahip olduğu malvarlığını tek başına yönetir. Ancak eşlerden birinin diğerine, kendi malvarlığının tamamının veya bir kısmının yönetimini bırakması da söz konusu olabilir.⁶² İlgili husustaki bütünsel bir yetkilendirme açık veya örtülü olarak yapılabilirken; eğer yetkilendirme kısmi olarak yapılıyorsa, hangi mallar bakımından yetki verildiği mutlaka açıkça belirtilmelidir. Böyle bir durumda eşler arasında kural olarak bir vekalet (Bkz. BK 502 vd.) sözleşmesi kurulur. (MK 215) Ancak bu bir zorunluluk değildir, eşler sözleşme ilişkisinin tipini diledikleri gibi belirleyebilirler; söz gelişi bir hizmet (BK 393 vd.) veya kullanım ödücü (BK 379 vd.) ya da bir adi ortaklık sözleşmesi (BK 620 vd.) kurma yoluna da gidebilirler.⁶³ Diğer taraftan sözü edilen yetkilendirme için eşlerin arasında hangi malvarlığı rejiminin bulunduğu bir önemi yoktur, söz konusu yönetim işi kabul edilen malvarlığı rejiminden bağımsızdır. Ayrıca bu tarzda bir yetki devri, eşler arasındaki malvarlığı rejiminde de herhangi bir değişikliğe yol açmaz.⁶⁴ Bu şekilde gerçekleşen bir malvarlığı yönetiminde gözetilmesi gereken temel şart, diğer eşe ait değerleri yönetim yetkisine sahip olan eşin, bu değerleri kendisine ait kişisel mallara veya edinilmiş mallara karıştırmamasıdır.⁶⁵

Buna karşılık, eşlerin evlilik birliğinden doğan ve malî sonuçları olmayan yükümleri (birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak, birliğin mutluluğunu sağlamak, çocukların bakımına beraberce özen göstermek...) hakkında anlaşma yapmaları olanaklı değildir. Esasen bu yükümler özlerinde klasik Borçlar Hukuku yaptırımlarına tabi olmayan eksik yükümlerdir; ihlal edilmeleri halinde eşlerin doğrudan tazminat sorumlulukları doğmaz. Öyle ki bu yükümler daha çok ahlaki ve manevi nitelik taşımaktadır.⁶⁶ Öte yandan söz konusu yüküm-

⁶¹ Bu konuda bkz. ÖZTAN, s.405-407; KAPANCI, s.104-106.

⁶² GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.244.

⁶³ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.244.

⁶⁴ GÜMÜŞ, Evliliğin Genel Hükümleri, s.245.

⁶⁵ Bu konuda bkz. ÖZTAN, s.410-413.

⁶⁶ SEROZAN, Rona: Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılgılar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakar İdeoloji. Güncel Hukuk, 36-40 (36).

ler, eşlerin kişilik haklarını doğrudan ilgilendirildiğinden üstlerinde tasarruf edilmesi de olanaklı olmaz.⁶⁷ Ancak hatırlatılmalıdır ki bu yükümlerin ihlali de, kanunda kısıtlı sayıda belirtilen boşanma sebeplerinden birini oluşturabilir; böyle bir durumda ihlal boşanma davasının açılmasına ve buna bağlı sonuçların oluşmasına (kusurlu eşin maddi ve manevi tazminat sorumluluğu) meydan verebilir.⁶⁸

Bilindiği üzere, evlilik birliğinin sona erdirilmesi ise, boşanma ile sağlanmaktadır. Boşanma, eşler hayattayken kanunda öngörülen bir sebebe dayalı olarak eşlerden birinin açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkim kararı ile son verilmesidir. Belirtilmelidir ki Türk Hukukunda, boşanma ancak hâkim kararıyla olanaklı olabilecektir, bu anlamda mutlaka boşanma davasının açılması gerekir. Boşanma davası, ileriye yönelik etkiyi haiz yenilik doğuran bir davadır.⁶⁹

Bunun dışında, taraflar karşılıklı veya tek taraflı bir irade beyanlarıyla evliliği sona erdirecekleri konusunda kendi aralarında anlaşamazlar. Türk Hukukunda boşanmanın sonuçlarının sözleşme ile düzenlenebilmesine de imkân tanınmamıştır. Belirli maddi şartların yerine gelmesiyle söz konusu olabilecek anlaşmalı boşanma sebebi dâhilinde tarafların boşanma veya boşanmanın sonuçları hakkında anlaşmış olmaları da ancak boşanma davasına bakan hâkim düzenlenen anlaşmayı onayladığında bir anlam ifade eder.⁷⁰ (Bkz. BK 166) Hâkim, yapılan anlaşmayı dava taraflarının ve çocuklarının menfaatlerini göz önünde bulundurarak değerlendirecektir. Yapılacak bu değerlendirmede anlaşmanın ahlaka aykırı olup olmadığı, aşırı yararlanma haline yol açıp açmadığı ve tarafların anlaşmayı yaparken bir irade sakatlığı hali içinde olup olmadıkları özellikle değerlendirmeye alınmalıdır. Hâkim uygun bulmadığı anlaşma şartlarının değiştirilmesini isteyebilir veya bu şekilde bir sonuca varılamıyorsa kendisi re'sen düzenlemede bulunabilir.⁷¹ Yapılacak değişiklikler ancak taraflar da kabul ederse bir hüküm ifade eder ve boşanmaya karar verilebilir. Aksi türlü dava reddedilir.⁷² Bu noktada ancak hâkim onayı ve verilecek mahkeme kararı boşanma sonucunu doğurur. Boşanma kararı kesinleşinceye kadar eşlerin boşanmadan vazgeçebilmeleri mümkündür.⁷³

İsviçre Hukukundan (ZGB 111) farklı olarak Türk Hukukunda "anlaşmalı ayrılık" düzenlemesi doğrudan kamuna alınmamıştır. Bununla birlikte, öğretilde, tarafların anlaşmalı boşanma koşullarına benzer koşulları sağlayarak anlaşma-

⁶⁷ SEROZAN, Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararları, s.36.

⁶⁸ SEROZAN, Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararları, s.36.

⁶⁹ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.102-103.

⁷⁰ YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar: Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2016, s.36; KILIÇOĞLU, s.143; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.120.

⁷¹ YILMAZ BİLGİN, s.68; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.122.

⁷² DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.122.

⁷³ Bkz. ÖZTAN, s.694-695; KAPANCI, s.105.

*lı ayrılık da talep edebilecekleri ileri sürülmektedir. Sonuçta boşanma ve ayrılık sebepleri özdeşlik gösterir.*⁷⁴

Sözün özü, anlaşmalı boşanmada taraflar, hüküm ifade edebilmesi hâkim onayı ve verilecek mahkeme kararına bağlı olmak kaydıyla, boşanma sonrası nafaka yükümleri ve sahip olunan malların tasfiyesi konusunda anlaşma yapabilirler.⁷⁵

ANNE-BABA İLE ÇOCUK ARASINDAKİ İLİŞKİLERDE

Türk Aile Hukukunun dikey ilişkilerinde de sözleşme yapılabilme olanağı yok denilebilecek kadar kısıtlıdır. Bu olanağın söz konusu olabileceği alanlara şöyle bir göz gezdirelim: Bilindiği üzere, Türk Hukukunda velayet hakkına sahip olan kişiler (anne, baba veya evlat edinen) tarafından çocuğun eğitilmesi kanunda hem hak hem de görev olarak düzenlenmiştir. Velayet hakkı kapsamında çocuğun eğitilmesi, genel eğitiminin yanında mesleki ve dini eğitimini de kapsar.⁷⁶ Çocuğun alacağı eğitim, bir yandan velayet hakkı sahibinin ekonomik olanaklarına diğer yandan da çocuğun bireysel yeteneklerine ve eğilimlerine bağlıdır. Bunun da ötesinde verilecek eğitimin çocuğun yararına olması gerekir.⁷⁷ Anne ve babanın uygulamalarının çocuğun yararına olmadığı anlaşılırsa velayet hakkının kaldırılmasına karar verilebilir.

İşte Türk Hukukunda çocuğun eğitimi ile ilgili olarak velayet hakkının kullanılmasına dair yapılan anlaşmaların gerek tarafları gerekse de çocuk açısından hukuken bağlayıcı bir etki doğurması söz konusu olamaz. Bir defa bu konularda yapılan anlaşmanın çocuğun yararı gerektirdiği ölçüde daha sonradan değişikliğe uğraması kaçınılmazdır. Örneğin çocuğun Fransızca eğitim veren bir okulda okutulduğu düşünölsün. Daha sonra bu eğitimin ağırlığı nedeniyle çocuğun yararına olmayacağı anlaşılırsa, bir başka okulda eğitim görmesi kararlaştırılabilir. Anne ve babanın çocuğun yararına olmadığı halde aynı konuda ısrar etmeleri, çocuğun kişilik haklarının ihlaline sebep olur.

Yalnız belki bu türden anlaşmaların çocuğa verilecek eğitimin içeriğiyle ilgili değil de salt çocuğun bakım ve eğitim giderleriyle (malî sonuçlar) ilgili olarak yapılmasına taraflar (anne ve baba) açısından Borçlar Hukuku çerçevesinde bağlayıcı özellik tanınabilir. Buna karşılık çocuk açısından yapılan anlaşmanın yine bir bağlayıcılığı yoktur. Bir örnekle somutlaştıralım: Anne ve baba çocuğun eğitim giderlerinin münhasıran baba tarafından karşılanacağı noktında anlaşsınlar. Bu durumda Borçlar Hukuku çerçevesinde bir üçüncü kişi yararına sözleşme ile karşı karşıya olduğu söylenebilir (TBK 129). Hatta ortada teknik anlamda tam üçüncü kişi (çocuk) yararına bir sözleşme olduğu söylene-

⁷⁴ ÖZTAN, s.699; YILMAZ BİLGİN, s.45.

⁷⁵ YILMAZ BİLGİN, s.36; KILIÇOĞLU, s.143; DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.120.

⁷⁶ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.345.

⁷⁷ AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.412; KILIÇOĞLU, s.630.

biliyorsa, çocuk bu işleme dayalı olarak doğrudan doğruya babasından talepte de bulunabilir.⁷⁸

Ancak söz konusu anlaşma, somut örnekte annenin yasal nafaka yükümünü ortadan kaldırmaz. Çocuk dilerse anneden de nafaka talebinde bulunabilecektir. Sözün özü, çocuğun eğitim giderleriyle ilgili olarak yapılacak eşler arasındaki anlaşmalar ancak çocuğun var olan haklarını genişlettikleri ölçüde hüküm ifade ederler.⁷⁹

Bazı durumlarda da, çocuğun eğitim ve bakım giderleri başka kişiler tarafından üstlenilmiş olabilir. Sözü edilen üçüncü kişiler, bu şekilde ihtiyari olarak giderlere katıldıklarında, ana-baba da onların üstlendikleri oranda kendi borçlarından kurtulurlar. Yalnız bunun için bu üçüncü kişilerin karşılıksız kazandırma niyetiyle hareket etmeleri gerekir. Aksi takdirde onlar, yaptıkları harcamaları doğrudan bu giderleri üstlenmesi gereken bakım yükümlüsü anne-babaya rücu edebilirler.⁸⁰

Çocuğun dini eğitimi ile ilgili olarak ise, anne ve babanın bu konuda yapacağı anlaşmalar baştan geçersiz sayılmıştır (MK 341 II). Zira bu durumun gerek din ve vicdan hürriyeti (AY 24) gerekse de çocuğun kişilik haklarıyla (MK 23 vd.) yakından ilintisi bulunmaktadır.⁸¹

SONSÖZ

Aile Hukuku alanında gözlemlenen gelişmeler karşısında, artık evlilik ve aile kavramlarına değişik bir yaklaşımla eğilmenin ve bu kavramlara yeni boyutlar kazandırmanın günü gelmiş sayılabilir.

Bir kere, evlilik ve aile kavramlarının üzerindeki muhafazakar “kutsal hale” kesinlikle kaldırılmalıdır. En başta da Aile Hukuku’na ilişkin kuramlar ve kavramlar dinsel ve ideolojik saplantıların gölgesinden kurtarılmalıdır.

“Aile”, insanlar arasında sevginin, saygının, hoşgörünün, paylaşmanın ve dayanışmanın yaşandığı bir “sosyal hücre” olarak algılanmalı ve böylece gerçekçi bir sosyal temele oturtulmalıdır.

Bu arada, aile içinde özellikle görece güçsüz olan birey, bu bağlamda çocuk ve kadın özel olarak korunmalıdır. Bu koruma güçsüzü gözetip kayıran “pozitif ayrımcılık” ilkesiyle pekiştirilmelidir.

Kadın-erkek eşitliği ilkesine sosyal koruma ilkesinin eşlik edeceği böylesine ideal bir düzende evlilik ve aile kavramları da sınırsız bir “sosyal yuva”ya dönüşmüş olacaktır.

⁷⁸ Bu konuda ayrıca bkz. KAPANCI, s.102.

⁷⁹ KAPANCI, s.103.

⁸⁰ Bkz. ÖZTAN, s.1049.

⁸¹ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s.346; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.413; KILIÇOĞLU, s.631. Ayrıca bkz. SEROZAN, Çocuk Hukuku, s.262 vd.

Öte yandan, yaşam birlikteliği ve aile kurumları, sadece kökleşmiş törelerin ve yasaların katı kalıpları içerisine sıkıştırılmamalı, her türlü dayanışmalı, paylaşmalı, özverili yaşam birlikteliği seçeneklerine esnekçe açık tutulmalıdır.

Günümüzde artık tipik “çekirdek aile” birlikte yaşam türlerinden sadece bir tanesi olmuştur. O kadar ki bugün gelinen noktada geleneksel çekirdek aile adeta sosyoloji müzesinde sergilenen antik bir modele dönüşmüş gözükmektedir.

Muhafazakarlar tarafından yozlaşma olarak nitelendirilen değişik post-modern birlikte yaşam versiyonları, çağdaş bilim insanları tarafından insanların ilişkilerini daha huzurlu ve mutlu yaşayabilmek için kendilerine uyacak diye özgürce seçtikleri birlikte yaşam biçimleri olarak algılanmaktadır.

Birileri salt dinsel törende evlenip “resmi nikah” kıymak istemiyorsa, bir başka çift her ikisini aynı zamanda gerçekleştirmek ve üç çocuk sahibi olmak istiyorsa, bir başka çift evlenmeksizin, çocuk sahibi olmaksızın ve aynı çatı altında oturmaksızın sürekli hayat arkadaşı olarak kalmak istiyorsa ya da aynı cinsiyetten bir çift evlenip evlat edinmek istiyorsa, bu isteklerini hukuki kalıplar içinde herhangi bir hukuki engelle karşılaşmaksızın yaşama geçirebilmelidir. Bu talepler hukukça tanınıp saygı görmeli ve güçsüz kişiden yana sosyal boyutlu hukuk kurallarıyla düzenlenmelidir.

Unutulmasın ki insanoglu başka bir insanla ilişkisinde ve bu ilişkiyi yoğunlaştıran sürekli, kalıcı yaşam birlikteliğinde var olup gelişir. Sevgi de bu sürekli, kalıcı ilişkinin başlıca taşıyıcısı ve pekiştiricisi olur.

Evliliği ve aileyi, daha geniş bağlamda “yaşam birlikteliğini”, hangi biçimiyle olursa olsun, sevgi ilişkisinin yaşama geçirilme seçeneklerinden biri olarak değerlendirmek ve korumak bundan böyle hukukçunun birincil görevi olacaktır. Çağdaş uygarlığın ve yaşam kültürünün rüzgarı da bu yönde esmektedir zaten.

KAYNAKÇA

- AICHBERGER-BEIG**, Daphne: Registered Partnership for Same-Sex Couples, Austrian Law - An International Perspective, Vienna 2010 s.63-78.
- AKINTÜRK**, Turgut/ **ATEŞ KARAMAN**, Derya: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, İstanbul 2014.
- BAŞOĞLU**, Başak: Legal Status of Same-Sex Couples within the Framework of Turkish Civil Law, Same Sex Couples - Comparative Insights on Marriage and Cohabitation, editör: Macarena Saez, Springer 2015, s.189-208.
- BAŞOĞLU**, Başak/ **PAKSOY**, Meliha Sermin: Dini Nikâhlı Kadının Hukuki Durumu, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s.239-269.
- BAŞOĞLU**, Başak/ **YASAN**, Candan: National Report: Turkey, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law Cilt 19, Sayı 1, 2011, s.319-328.
- BAYSAL**, Başak: Çocuğun Kökenini Öğrenme Hakkı, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, İstanbul, 2010, s.493-533.
- BLECHER-PRIGAT**, Ayelet: Same-Sex Relationships and Israeli Law, s.131-161.
- BUREAU**, Marie-France: National Report: Canadian, American University Journal of Gender, Social Policy & the Law, Cilt 19 No 1, 2011, s.85-96.
- COTTIER**, Michelle: Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz, successio 2014, s.29-55.
- DURAL**, Mustafa/ **ÖĞÜZ**, Tufan/ **GÜMÜŞ**, Alper, Türk Özel Hukuku C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2014.
- EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, İstanbul 2014.
- GÖKYAYLA**, K. Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004.
- GÜMÜŞ**, Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- GÜMÜŞ**, Alper: Yargıtay 2. ve 4. Hukuk Daireleri'nin Aile Hukukuna İlişkin Bir Kısmı Kararları Üzerine Düşünceler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007/1, s.421-433.
- HARMAN**, Gülsin: Eşcinsel evlilik engelleri kalkıyor, Milliyet Gazetesi, 1 Temmuz, 2015, çevrimiçi <http://www.milliyet.com.tr/escinsel-evlilik-engelleri-gundem-2081969/>
- HATEMİ**, Hüseyin: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul, 1976.
- KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu: Das Deutsche Lebenspartnerschaftsgesetz, Insbesondere Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare, MÜHF – HAD, Cilt. 16, Sayı. 3-4, s.249-277.
- KAPANCI**, Kadir Berk: Contractualisation of Family Law: Is it possible in Turkey?, Turkish Reports to the XIXth International Congress of Comparative Law, İstanbul 2015, s.s. 97-109.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015.
- KÖTELİ**, Argun: Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991.

- LECKEY, Robert: Where the Parents are of the Same Sex: Québec's Reforms to Filiation, *International Journal of Law, Policy and the Family* 23, (2009), 62-82.
- OĞUZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa: *Aile Hukuku*, İstanbul, 1998.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, İstanbul 2013.
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, Ankara 2015.
- PETERS, Annelot: National Report: Switzerland, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Cilt 19 No 1, 2011, s.309-318.
- SAEZ, Macarena: Same Sex Marriage, General Reports of the XVIIIth Congress of the International Academy of Comparative Law/ Rapports Généraux du XVIIIeme Congres de l'Académie Internationale de Droit Comparé, Springer 2012, s.115-141.
- SCHERPE, Jens M.: National Report: Germany, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, Cilt 19 No 1, 2011, s.151-186.
- SCHWARZ, Andreas (çev. Bülent Davran): *Aile Hukuku I*, İstanbul 1946.
- SCHWENZER, Ingeborg: *Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen, FamPra - Die Praxis des Familienrechts*, Stampfli, Bern, 2014 s.966-1005.
- SEROZAN, Rona: *Çocuk Hukuku*, İstanbul 2005.
- SEROZAN, Rona: Evlilik Dışı Birlikte Yaşam İlişkisi, *İstanbul Barosu Dergisi* Cilt 57, Sayı 1- 3, 1983, s.5-17.
- SEROZAN, Rona: Yargıtay'ın Tepki Çeken Son Tazminat Kararlarında Göze Batan Hukuksal Yanılgılar ve Bunları Tetikleyen Muhafazakar İdeoloji, *Güncel Hukuk*, 36-40.
- SİRMEN, Sedat: Eş Cinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilâfi Hukukunda Düzenlenişi, *AÜHFMD* Cilt 58 No 4, Ankara 2009, s.825-879.
- SWENNEN, Frederik: Private Ordering in Family Law: A Global Perspective, *Contractualisation of Family Law - Global Perspectives*, Springer 2015.
- TAMAKİ, Teiko: National Report: Japan, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law* Cilt 19, Sayı 1, 2011, s.251-264.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi: *Türk Aile Hukuku*, İstanbul, 1996.
- WAALDIJK, Kees: Others May Follow: The Introduction of Marriage, Quasi-Marriage, and Semi-Marriage for Same-Sex Couples in European Countries, *Judicial Studies Institute Journal*, Cilt. 5, Dublin, 2005, s.104-127.
- YASAN, Candan: Eşcinsellerin Evlat Edinmesi, Prof. Dr. Belgin Erdoğan'a Armağan, İstanbul 2011, s.895-908.
- YASAN, Candan: *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, İstanbul 2013.
- YILMAZ BİLGİN, Esra Pınar: *Türk Hukukunda Anlaşılmalı Boşanma*, İstanbul 2016.